

# Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2011

ISSN 2146 - 1708



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ

**YAYININ ADI HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**YIL 2011 CİLT (1) SAYI (2) AY ARALIK**

**YAYIN SAHİBİNİN ADI** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına  
Prof.Dr.Selma ÇETİNER ŞEKERCİ

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ** Yrd.Doç.Dr. Muammer KETİZMEN

**YAYIN İDARE MERKEZİ** Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü  
Rektörlük Binası 7. Kat  
06800 / ANKARA

**YAYIN İDARE MERKEZİ TEL.** +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77 **FAKS** +90 (312) 297 62 93

**İNTERNET ADRESİ** <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>

**E-POSTA** [hukukdergi@hacettepe.edu.tr](mailto:hukukdergi@hacettepe.edu.tr)

**YAYIN DİLİ** Türkçe ve yabancı diller

**YAYIN TÜRÜ** Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir  
Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi yerel süreli bir yayındır

**YAYINLANMA BİÇİMİ** Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır

**BASIMCININ ADI** Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi  
Sıhhiye 06100 / ANKARA

**BASIMCININ TEL.** 0 (312) 310 9790

**BASIM TARİHİ / YERİ** 20 ARALIK 2011 / ANKARA

**ISSN** 2146 - 1708

#### **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

#### Editörler

Yrd.Doç.Dr. Öykü Didem AYDIN  
Yrd.Doç.Dr. Muammer KETİZMEN

#### Editör Yardımcıları

Arş.Gör. Hale AKDAĞ  
Arş.Gör. Şefik Taylan AKMAN  
Arş.Gör. Tunay TUNOĞLU  
Uzman Alper BULUR

## Yayın Kurulu

Prof.Dr. Selma ÇETİNER ŞEKERCİ  
Doç.Dr. Luigi CORNACCHIA  
Doç.Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU  
Yrd.Doç.Dr. Öykü Didem AYDIN  
Yrd.Doç.Dr. Ferhat CANBOLAT  
Yrd.Doç.Dr. Muammer KETİZMEN  
Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS  
Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Università Degli Studi di Lecce Facoltà di Giurisprudenza  
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Victoria University of Wellington  
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Danışma Kurulu

Prof.Dr. Serap AKİPEK  
Prof.Dr. Mustafa AKKAYA  
Prof.Dr. Meltem CANİKLİOĞLU  
Prof.Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI  
Prof.Dr. Merdan HEKİMOĞLU  
Prof.Dr. Çiğdem KIRCA  
Prof.Dr. Erdal ONAR  
Prof.Dr. Çağlar ÖZEL  
Prof.Dr. Hakan PEKCANİTEZ  
Prof.Dr. Mithat SANCAR  
Prof.Dr. Fügen SARGIN  
Prof.Dr. Asuman TURANBOY  
Doç.Dr. Gülriz UYGUR  
Doç.Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi  
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Hacettepe Üniversitesi İİBF  
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**NAME OF PUBLICATION** HACETTEPE LAW REVIEW  
**YEAR** 2011 **VOLUME** 1 **NUMBER** 2 **MONTH** December  
**PUBLISHER** On the Behalf of Hacettepe University Faculty of Law Deanship  
Prof. Dr. Selma ÇETİNER ŞEKERCİ  
**RESPONSIBLE MANAGER** Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN  
**ADDRESS** Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü  
Rektörlük Binası 7. Kat  
06800 / ANKARA  
**PHONE** +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77 **FAX** +90 (312) 297 62 93  
**URL** <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>  
**E-MAIL** [hukukdergi@hacettepe.edu.tr](mailto:hukukdergi@hacettepe.edu.tr)  
**LANGUAGE** Turkish and foreign languages  
**TYPE OF PUBLICATION** Hacettepe Law Review is a refereed journal  
Hacettepe Law Review is a local periodical journal  
**FORM OF PUBLICATION** Published twice a year in June and December  
**NAME OF PRESS** Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi  
Sıhhiye 06100 / ANKARA  
**PHONE OF PRESS** 0 (312) 3109790  
**DATE AND PLACE OF PRINTING** 20 DECEMBER 2011 / ANKARA  
**ISSN** 2146 - 1708

#### **Hacettepe Law Review**

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Hacettepe University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

#### Editors

**Asst. Prof. Dr. Öykü Didem AYDIN**

**Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN**

#### Deputy Editors

**Res. Asist. Hale AKDAĞ**

**Res. Asist. Şefik Taylan AKMAN**

**Res. Asist. Tunay TUNOĞLU**

**Expert Alper BULUR**

## *Editorial Board*

---

**Prof. Dr. Selma ÇETİNER ŞEKERCİ**

**Assoc. Prof. Dr. Luigi CORNACCHIA**

**Assoc. Prof. Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU**

**Asst. Prof. Dr. Öykü Didem AYDIN**

**Asst. Prof. Dr. Ferhat CANBOLAT**

**Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN**

**Lecturer Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS**

**Lecturer Dr. Özge OKAY TEKİNSOY**

Hacettepe University Faculty of Law

Università Degli Studi di Lecce Facoltà di Giurisprudenza

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Victoria University of Wellington

Hacettepe University Faculty of Law

## *Board of Advisors*

---

**Prof. Dr. Serap AKİPEK**

**Prof. Dr. Mustafa AKKAYA**

**Prof. Dr. Meltem CANIKLIOĞLU**

**Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**

**Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU**

**Prof. Dr. Çiğdem KIRCA**

**Prof. Dr. Erdal ONAR**

**Prof. Dr. Çağlar ÖZEL**

**Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ**

**Prof. Dr. Mithat SANCAR**

**Prof. Dr. Fügen SARGIN**

**Prof. Dr. Asuman TURANBOY**

**Assoc. Prof. Dr. Gülriz UYGUR**

**Assoc. Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR**

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Dokuz Eylül University Faculty of Law

Başkent University Faculty of Law

İzmir University Faculty of Law

TOBB ETÜ Faculty of Law

Bilkent University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences

Galatasaray University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

# İçindekiler

## Makaleler

AİHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçeve de Doğan Uluslararası Sorumluluk . . . . .	1
<b>Prof. Dr. Füsün ARSAVA</b>	
Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı: ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi ve AİHS Sözleşmesi'nin 10. Maddesi Zemininden Hareket Eden Bir Kuram Çatısı . . . . .	26
<b>Yrd. Doç. Dr. jur. Öykü Didem AYDIN</b>	
Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği . . . . .	64
<b>Yrd. Doç. Dr. Gül Fiş ÜSTÜN</b>	
II. Dünya Savaşı Yıllarında Türkiye'de Hububat Üretiminin Vergilendirilmesi. . . . .	73
<b>Arş. Gör. Şefik Taylan AKMAN &amp; Arş. Gör. İnci SOLAK AKMAN</b>	
Sanat Özgürlüğü . . . . .	92
<b>Arş. Gör. Bilge BİNGÖL</b>	
Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları . . . . .	140
<b>Arş. Gör. Ali CENGİZ</b>	

# Contents

---

## Articles

---

The Criteria for the Application of the Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms Outside the Territory to Which the Convention Applied and the International Responsibility in This Context . . . . . 1

**Prof. Dr. Füsün ARSAVA**

Constitutionality of Restrictions on Free Speech in Light of Its Scope and Functions:  
A Theoretical Framework on the Basis of the First Amendment of the Constitution of the United States of America and Article 10 of the European Convention of Human Rights . . . . . 26

**Asst. Prof. Dr. jur. Öykü Didem AYDIN**

Legal Character of "Notification Records of Administrative Fines" Established by Investor Protection Fund . . . . . 64

**Asst. Prof. Dr. Güi FİŞ ÜSTÜN**

Taxation of Grain Production in Turkey During the World War II . . . . . 73

**Res. Asst. Şefik Taylan AKMAN & Res. Asst. İnci SOLAK AKMAN**

Freedom of Art. . . . . 92

**Res. Asst. Bilge BİNGÖL**

Commercial Agent and Its Rights and Obligations Deriving from Commercial Agency Contract . . . . . 140

**Res. Asst. Ali CENGİZ**





# AİHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçeve de Doğan Uluslararası Sorumluluk

Araştırma

## Füsün ARSAVA\*

\* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk ABD.  
(Prof. Dr., Atılım University Faculty of Law, International Law Department) (E-posta: farsava@atilim.edu.tr)

### ÖZET

Avrupa İnsan Hakları ve Özgürlükleri Konvansiyonunun 1. maddesine göre Konvansiyon tarafı devletler kendi egemenlik alanında bulunan bireylere I. Kesimde yer alan hakları ve özgürlükleri temin etme taahhüdü yapmıştır. Bir Konvansiyon üyesinin yetkilerini yabancı bir ülkede kullanması veya yetkilerini NATO veya BM'e devretmesi onun Konvansiyon yükümlülüklerinden kurtulmasına yol açmamaktadır. Hazırlanan bu makale Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunun Konvansiyon alanı dışında uygulanmasından doğan uluslararası sorumluluk konusuna ışık tutmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Jurisdiction, extraterritorial tasarruf, etkin denetim, egemenlik yetkilerinin devri, overall effective control, Srebrenica kararı

### ABSTRACT

#### THE CRITERIA FOR THE APPLICATION OF THE CONVENTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS OUTSIDE THE TERRITORY TO WHICH THE CONVENTION APPLIED AND THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY IN THIS CONTEXT

Article I of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms stipulates that the high contracting parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I. Thus the contracting parties could not escape their obligations under the Convention in cases when they exercise their authority in foreign countries or transfer the powers to the UN or NATO. The article aims to shed light on international responsibility derived from the application of the Convention outside the territory to which the Convention applied.

### Keywords

Jurisdiction, extra-territorial application of Convention, effective control, transfer of sovereign powers, overall effective control, Srebrenica ruling

A rtan uluslararası ilişkiler AİHK'na taraf devletlerin ulusal organlarının yurt dışında görevlendirilmesine yahut egemenlik yetkilerini idari yahut askeri olarak işbirliği yaptığı yahut her iki konuda da işbirliği yaptığı uluslararası organlara devretmesine yol açmaktadır. Böyle bir durumda AİHM, zorunlu yargı yetkisi, diğer evrensel insan hakları enstrümanlarına nazaran sağlam kurumsal yapısı, bağlayıcı kararları ve zararların tazminine hükmetme olanağı nedeniyle hakları ihlâl olanlar bakımından bir çekim merkezi olarak gözükmektedir. Bu çerçevede AİHK'nun nerede, kimlere ve hangi koşullarda uygulanmasının mümkün olduğu önemli sorular olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM'nin yetkisi çerçevesinde potansiyel olarak ortaya çıkabilecek sorunlara Konvansiyonun uygulanabilirliği, insan haklarını ihlâl eden tasarrufların Konvansiyon üyesi bir devlete tahmil edilmesi tartışmaları bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

AİHK'nun bölgesel bir insan hakları enstrümanı oluşturması Konvansiyonun uygulanabilirliğinde, diğer bir ifade ile insan hakları ihlâllerinin Konvansiyon devletlerine tahmil edilmesinde ve AİHM'nin yargı yetkisinin kabulünde esas olmaktadır. Bu nedenle AİHK istisnai durumlar dışında "espace juridique" haricinde, özellikle evrensel uluslararası örgütlerin katıldığı operasyonlarda uygulama bulmaz. Bununla beraber espace juridique dışında ve/veya uluslararası örgütlerin katılımıyla yapılan operasyonlarda insan haklarının temin edilmesinde çok kutuplu dünyada uluslararası koordinasyon gerekliliğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Koordinasyon, yabancı devletlerin egemenliğine, ancak aynı zamanda dışarıya dönük hukuki tasarruflar ihdas edilebilen, örneğin BM gibi siyasi tasarruf birimlerinin muhtariyetine saygıyı da gerektirmektedir. Belli koşullarda karma egemenlik tasarrufları bakımından konvansiyonun uygulanması, dolayısıyla konvansiyon üyesi devletlere bu çerçevede doğan insan hakları ihlâllerinin tahmil edilmesi, AİHM'nin yargı yetkisini beraberinde getirmektedir. Bir Konvansiyon üyesinin askerini yahut polisini yabancı bir ülkeye operasyon için göndermesi yahut polis ve askerini yetkilerini NATO veya BM'e devretmesi durumunda Konvansiyonun yükümlülüklerinden kurtulması etkin insan hakları koruması düşüncesine ters düşer.

## AİHK'nun 1. Maddesinin Hareket Noktası Olarak Kabulü

AİHK'nun 1.maddesine göre Konvansiyon tarafı tüm devletler kendi egemenlik alanında bulunan tüm bireylere I. kesimde yer alan hakları ve özgürlükleri temin etme taahhüdü yapmıştır. "Jurisdiction" kavramının anlamı açık değildir. Jurisdiction herşeyden önce devletin hukuki yetkisini (otoritesini) yahut devlet tasarruflarını gerçekleştirme yetkisini (kompetenz) ifade etmektedir. Özellikle İngilizce'de jurisdiction'a açık olarak ülkesellikle bağlantılı olarak anlam verilmektedir. "Outside the jurisdiction" devlet yetkilerinin kullanıldığı alanların dışı olarak kabul edilmektedir<sup>1</sup> Fransızca "jurisdiction" ülkesellikle çok sıkı bağlantılı olarak anlaşılmamaktadır, ülkenin ve jurisdiction'un her zaman örtüşmesi gerekmektedir<sup>2</sup>. Jurisdiction Konvansiyon metninin Almanca tercümesinde, devletin egemenlik dışı tasarruflarının dışında kalan tasarruflarını ve devlet dışı aktörlerin tasarruflarının dışında kalan egemenlik tasarruflarını kapsamaktadır. Yargı yetkisi ve adli yönetim aynı şekilde jurisdiction olarak kabul edilmektedir. AİHK'nun 1.maddesinde yer alan jurisdiction kavramına verilen bu çeşitli anlamlar AİHM'ne çoğu kez birbirileri ile bağlantılı olarak ortaya çıkan üç hukuki sorunun, diğer bir ifade ile AİHK'nun uygulanması, insan hakları ihlâllerinin bir üye devlete tahmil edilmesi, AİHM'nin yetkisi sorularının cevaplandırılması çerçevesinde dayanak olarak alınmaktadır. AİHK'nun yer ve kişiler bakımından uygulanma alanının açıklığa kavuşması AİHK ihlâlinin değerlendirilmesinde öncelikli bir sorudur. Zira, şayet AİHK'nun uygulanması söz konusu ise Konvansiyonun ihlâli söz konusu olabilir. Nihayet Konvansiyonun maddi olarak uygulanması ve AİHM'nin yetkisi iki ayrı boyut oluşturmaktadır. Şüphesiz AİHK sistemi AİHM'nin zorunlu yetkisini sistemin özelliği olarak kabul ederek uyumluluk içinde olduğunu ortaya koymaktadır. Mahkemenin yargı yetkisi AİHK'nun 35.maddesinde düzenlenmiştir. Şikâyetçinin Konvansiyon tarafı bir devletin egemenlik yetkisine tâbi olmaması durumunda AİHM'ne yapılan şikâyetin Konvansiyona uygunluğu kabul edilemez.

1 MARTIN, Elisabeth A., **A Dictionary of Law**, 5th ed., 2002, s. 272 vd.

2 EKMR, Zypern-Türkei, DR 2(1975), s. 82 - 127, s. 118, Rn.8.

AIHM, AIHK 1.maddesi anlamında "jurisdiction" kavramının bu çerçevedeki genel DH yaklaşımını yansıttığını tespit etmiştir. Bununla beraber AIHK'nun şikayet edilen devletin ülkesinin dışında yahut Konvansiyon dışı alanlarda uygulanmasının "extritorial jurisdiction"a ilişkin genel DH prensipleri muvacehesinde cevaplandırılması söz konusu değildir. Genel DH üç klâsik egemenlik yetkisini birbirinden ayırmaktadır. Bunlar "jurisdiction to prescribe", "to adjudicate" ve "to enforce" olarak dile getirilmektedir. Bu üç tip egemenlik yetkisinden sadece birincisinin sınırlı olarak extritorial (ülke dışılık) geçerli olması mümkündür. DH devletlere, kendi devletlerine ilişkin olduğu nispette ülke dışında cereyan eden olaylara uygulanmak üzere norm ihdas etme yetkisi tanımlanmaktadır (bu çerçevede klâsik bağlantı vatandaşlık ile kurulmaktadır. Devletler vatandaşlarının yabancı ülkelerde işledikleri suçlar için yahut mağdur vatandaşı olması durumunda ceza kanunlarını uygulayabilir; diğer bir bağlantı etkileme prensibi ışığında kurulmaktadır. Devletler kanunlarının uygulanma alanını, ülkesinde etkilenme söz konusu olduğu nispette ülkesi dışında cereyan eden olaylar için de kabul etmektedir ve yine uluslararası hukuki değerlerin korunması için (evrensellik prensibi) kendi kanunlarını uygulamaktadır). Böyle bir durum çerçevesinde en sorunlu olan husus extritorial uygulanan kanunun ihlâl edilmesi durumunda, özellikle yurt dışında işlenen suçlara ne şekilde yaptırım uygulanacağıdır. İcra mercileri ve mahkemeler diğer bir devletin kendi ülkesinde tasarrufta bulunması için açık yahut zımnen izin vermemesi yahut DH karakterli başka bir özel dayanak olmadığı takdirde prensip olarak sadece ülke içinde tasarrufta bulunur (bir DH anlaşması, Güvenlik Konseyinin yetki vermesi, askeri işgal bu dayanağı oluşturabilir). Bunun dışında bu çerçevede elçilik binalarında, konsolosluklarda ve yahut yabancı ülkelerdeki askeri hapisanelerde gerçekleştirilen tasarruflara ilişkin DH teamül kullarına istinat eden istisnaların göz ardı edilmesi gerekmektedir.

Temel haklar ulusal organlar için sınırlar koymakta, sınırlı olarak da tasarruf mükellefiyeti getirmektedir. Devletlerin tasarruflarına getirilen bu sınırlamalar yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kullanılması çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Temel hak problemi herşeyden önce "Exterritorial" icra önlemleri bakımından, örneğin

tutuklama, enterne etme, askeri yahut polisiye güvenlik önlemleri yahut bunların ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Exterritorial icra tasarrufları genel prensiplere göre prensip olarak caiz değildir.

Temel hakların geçerliliği sorunu sadece icrai tasarruflar bağlamında değil, aynı zamanda norm uygulanması bağlamında gündeme gelmektedir. Ancak bu durumun "jurisdiction to prescribe" olarak kategorize edilmesi söz konusu değildir. Burada rekabet kanununun yahut ceza kanununun extritorial uygulamasında olduğu gibi yurttaşlara değil, devlete yükümlülük getirilmektedir. Temel haklar çerçevesinde yükümlü kılınan daima mercilerdir. Prensip olarak tasarrufta bulunan devlet organının potansiyel olarak temel hakları sınırlandıran önlemler aldığı varsayılır. Exterritorial egemenlik hakkı kullanılması yasağı normal şartlarda temel hakların ülke dışında uygulanmasını yasaklamaktadır. Temel hak yükümlülükleri, tasarrufta bulunan ulusal organları sınırladığı ve onların yapamayacakları hususları ortaya koyduğu nispette, temel hak normlarının uygulandığı ülke devleti ile bir uyumsuzluk yaratmamaktadır; bu durum devletin egemenliğine bir müdahale oluşturmamaktadır.

Temel hakların etkin olarak korunması prensibi ışığında devlet tasarrufunun meşruiyetine bağlı olarak temel hak teminatı önem taşımaktadır. Bir devletin DH'na aykırı olarak extritorial tasarrufta bulunması durumunda temel hak yükümlülüklerinden kurtulması söz konusu değildir. Özellikle meşru olmayan devlet tasarrufları çerçevesinde temel hak ihlalleri ortaya çıkmaktadır. Bir devletin DH'na aykırı bir şekilde diğer bir devleti işgal etmesi ile o devletin egemenlik haklarını ihlâl etmesi durumunda, estoppel prensibi temel hak yükümlülüklerini sınırlamak amacıyla işgalcinin hukuken egemenlik haklarına istinat etmesini reddetmektedir.

Bir devletin "jurisdiction"ını yabancı bir ülkeye teşmil etmesi halinde, insan hakları yükümlülüklerinin o devleti takip etmesi söz konusu olmaktadır. Bu durum "extritorial" önlemlerin DH'da geçerli "jurisdiction" prensibinin ihlâl edilmesinden bağımsız olarak ortaya çıkan bir sonuçtur. Zira DH'da geçerli "jurisdiction" prensibinin ihlâl edilmesinin mağdur bakımından önemi bulunmamaktadır.<sup>3</sup>

3 ARNAULD, Andreas von, "Das Menschenrecht im Auslandseinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund und Menschen-

## **AİHM İçtihatlarında “Jurisdiction”ın Değerlendirilmesi**

AİHM içtihatlarında birçok kez AİHK'nun 1.madde ile iştiğal etmiştir. Egemenlik haklarının uluslararası örgütlere devri söz konusu olsa da, mahkemenin ülkesellik esasından hareket ettiği görülmektedir.

## **AİHK Alanı Dışında Sonuçlar Doğuran Ulusal Tasarruflar**

1989 tarihli Soering davasına İngiltere'nin kendisini ölüm cezası bekleyen bir mahkumun ABD'ye iadesi yol açmıştır. İngiltere AİHK tarafı bir devlet olarak insanlık dışı bir eylemi kendisi gerçekleştirmemiştir. İngiltere sadece dolaylı olarak bu eyleme yol açacak şekilde mahkumu ABD'ye iade etmiştir. Konvansiyon devleti İngiltere'nin tasarrufu, AİHK'nun 3.maddesi muvacehesinde caiz olan eşğin aşılmasına yol açan bir tehlike yaratmıştır<sup>4</sup>. AİHM Soering davasında AİHK 1.maddesinin AİHK uygulanma alanına her şeyden önce ülkesel bir sınır çizdiğini vurgulamıştır. Konvansiyonun 1. maddesi, Konvansiyonun Konvansiyon üyesi olmayan devletlerin tasarruflarını düzenleme ve onlara AİHK standartlarını empoze etme iddiasında olmadığından hareket etmiştir. Ortaya konulan bu görüş bununla beraber AİHM'nin açıkça ifade ettiği üzere, Konvansiyon tarafı devletleri AİHK'nun 3.maddesine göre sahip oldukları sorumluluktan kurtarmamaktadır<sup>5</sup>. İngiltere'nin iadeye ilişkin verdiği kararın, AİHK standardına uygun olmaması nedeniyle verilmemesi gerekirdi. Soering davasına extrritorial bir tasarruf değil, Konvansiyon tarafı devletin kendi ülkesinde, Konvansiyon tarafı olmayan bir başka devletin ülkesinde insan hakları ihlâli sonucu doğuracak tasarrufu yol açmıştır. İnsan hakları ihlâlinin ortaya çıktığı yerin AİHK alanı dışında olması AİHM tarafından sonucu değiştirecek bir durum olarak görülmemiştir.

## **Etkin Denetimin Sağlandığı Alanda Extrritorial Tasarruf**

Konvansiyon tarafı bir devletin yabancı bir ülkede etkin kontrol sağlama durumunda, bu alan AİHK'nun 1.madde anlamında Konvansiyon

devletinin “jurisdiction”ına tâbidir; bu nedenle de bir alanda AİHK uygulanabilir ve bu alanda AİHM yetkilidir. Bu yaklaşıma Loizidou-Türkiye davası başlangıç oluşturmuştur. Bu davada öncelikli tartışma konusunu Türkiye'nin AİHM'nin yetkisinin kabulüne ilişkin bildirisinde mahkemenin yetkisini ülkesel olarak sınırlaması oluşturmuştur. AİHM Türkiye'nin askeri işgal gücü olarak Kuzey Kıbrıs'ta etkin kontrole sahip olduğunu, bu nedenle de AİHK'nun Kuzey Kıbrıs'ta Türkiye'nin tasarrufları çerçevesinde uygulanması gerektiğini kabul etmiştir<sup>6</sup>. AİHM konuya ilişkin kararında bu çerçevede genel bir kontrolün (“effective overall control”) yeterli olduğuna karar vermiştir. Polis ve yerel merciler üzerinde Türkiye'nin münferit kontrolü gerekli değildir<sup>7</sup>. Daha sonraki bir Kıbrıs-Türkiye davasında AİHM etkin kontrolün doğrudan silahlı kuvvetler üzerinden sağlanmasının mümkün olduğu gibi, yerel yönetim üzerinden dolaylı olarak da sağlanabileceği tespitini yapmıştır<sup>8</sup>. AİHK'nın Kuzey Kıbrıs'ta uygulanmasının bu davalarda kabul edilmesi Konvansiyonun uygulanma alanına coğrafi olarak genişletilmesi sonucunu doğurmamıştır.

Amerikan Supreme Court tarafından karara bağlanan Boumediene-Bush davasında mahkemenin aynı çizgiyi izlediği görülmektedir<sup>9</sup>. Bu dava Amerikan askeri hapisanesi Guantánamo Bay'de bulunan tutukluların hakları nedeniyle açılmıştır (Amerikan anayasasının md. I, §9 c1.2 muvacehesinde temel hakların - Habeas Corpus'un ihlâli). Supreme Court'a göre temel hakların extrritorial geçerliliğinin şeklen değil, fonksiyonel olarak anlaşılması gerekmektedir. Önemli olan söz konusu alanın şeklen hukuki statüsü yahut hapisanenin yabancı bir ülkede olması değil, o alanda sahip olunan denetimin ölçüsüdür. “Extrritorialite” sorununun şekli dayanağa göre değil, objektif esaslara ve pratik mülâhazalara göre açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Sonuç olarak yüksek mahkeme anayasanın Habeas-Corpus garantisinin tam kapsamı ile Guantánamo hapisanesinde

rechten”, bknz.: WEINGARTNER, Dieter (Hrsg.), **Streitkräfte und Menschenrechte**, 2008, s. 61 - 82.

4 EuGRZ 16(1989), Rn. 88 ve 91.

5 EGMR, Soering-VK, Series, A161

6 EGMR, Loizidou-Türkei, 23.03.1995, Nr.15318/89, Series A/310(1995), Rn.62-64.

7 EGMR, Loizidou-Türkei II, Nr.15318/89, 8.12.1996, Reports 1996-VI, s.2234, Rn.56.

8 EGMR, Zypern-Türkei, Große Kammer, Beschw. Nr.25781/94, Urteil, 10.5.2001, ECHR 2001-IV, Rn.77.

9 US Supreme Court, Boumediene-Bush, 12.06.2008, 533 vs 289.

uygulanmasını kabul etmiştir. Küba ve ABD arasında 1903 yılında yapılan anlaşma ile Küba Guantánamo Bay'de egemenliğini korumakla beraber, "jurisdiction" ve denetim yetkisini tam olarak ABD'ye bırakmıştır. Supreme Court prensip olarak Guantánamo Bay'in de jure Küba'nın egemenliğine tabî olduğunu kabul etmekle beraber, denetimin ve fiili egemenliğin tam olarak ABD'ye ait olduğunu kabul etmiştir. Guantánamo Bay'de ABD'nin de facto egemen olması nedeniyle Amerikan hükümetinin Amerikan anayasasının getirdiği yükümlülükleri yerine getirme mükellefiyeti bulunmaktadır. Siyasi organlar keyfi olarak anayasayı uygulamak yahut uygulamamak yetkisine sahip değildir. Guantánamo Bay'de Amerika'nın denetiminin bir DH anlaşmasına istinat etmesi, Guantánamo'daki durumu özel kılmaktadır. Yabancı bir ülkenin komple işgalinde olduğu gibi, Guantánamo üzerinde de tam bir ABD kontrolü bulunmaktadır. Guantánamo'nun şeklen başka bir devletin egemenliğinde olması sonucu değiştirmemektedir. Görüldüğü üzere yabancı bir ülkede etkin kontrol insan hakları yükümlülüklerini uygulanmasında ölçü olarak alınmaktadır.

### **Konvansiyon Devletin Etkin Denetimi Olmadığı Durumlarda "Exterritorial" Tasarrufların Hukuki Sonuçları**

Konvansiyon tarafı bir devletin etkin kontrolünün olmadığı bir ülkede "exterritorial" tasarruflar nedeniyle doğan sorunlarda çelişkili bir durumla karşılaşmaktadır. Atipik, ancak öğretici bir dava olarak Drozd-Janosek (1992) davası bu çerçevede<sup>10</sup> önem taşımaktadır. Egemenlik yetkisinin *ratione loci* ve *ratione personae* olarak birbirinden ayrı denetlendiği bu davada AİHM Konvansiyon devletlerinin "exterritorial" tasarrufları nedeniyle sorumluluğunu kabul etmemiştir.

Dava Fransa ve İspanya mahkemelerinin Andorra'ya gönderdiği yargıçların kararlarına karşı yapılan bireysel başvuru nedeniyle AİHM önüne gelmiştir. Andorra prensliği 1999 tarihli anayasanın ihdasına kadar Fransa Cumhuriyeti başkanı ve Urgel piskoposu (Bischof) (İspanya) tarafından ortak yönetiliyordu (Andorra 1993'ten beri egemen bir devlettir). Andorra 1994'e kadar Avrupa Konseyi'nin üyesi değildi ve bu nedenle de

AİHK'na taraf değildi. AİHM Andorra'nın statüsünü condominium olarak değil *sui generis* olarak nitelendirmiştir.

AİHM, AİHK'nın yer bakımından Andorra'da uygulanması itirazını, diğer bir ifade ile *jurisdiction* ilişkine *ratione loci* itirazı kabul etmiştir. Mahkeme bununla beraber şikayetçinin Andorra mahkemesi tarafından mahkum edilmesini İspanya ve Fransa'nın *ratione personae* egemenlik yetkisi muvacehesinde incelemiştir. AİHM'ne göre konvansiyon devletlerinin egemenlik yetkilerini (AİHK 1.madde) kendi ülkelerinin dışında kullanması mümkündür. Bununla birlikte yargıçların İspanya yahut Fransa yargıcı olarak değil, Andorra'nın otonom mahkemelerinin yargıçları olarak karar vermeleri nedeniyle AİHK 1.madde muvacehesinde İspanya'nın yahut Fransa'nın egemenlik yetkisini kullandığını kabul etmemiştir. Sonuç olarak, Konvansiyon üyesi devletlerin sorumluluğunun kabul edilmemesi davada AİHK muvacehesinde Andorra'da alınan önlemlerin denetimini önlemiştir.

"Exterritorial" tasarruflar nedeniyle doğan bir başka önemli dava Banković davasıdır (2001)<sup>11</sup>. Konvansiyon üyesi devletlerin hava kuvvetlerinin Belgrat'ı bombardımanı sonucu ölen eski Yugoslavya Cumhuriyeti vatandaşlarının yakınları tarafından Konvansiyon üyesi kimi devletlere karşı açılan davada AİHK'nın ihlâl edildiği iddiası yapılmıştır (16 kişinin öldüğü operasyon, NATO hava operasyonu olarak 24 Mart 1999'dan 8 Haziran 1999'a kadar devam etmiştir. Operasyon Sırp Radyo ve Televizyon Yayın Merkezine yönelik olarak yapılmıştır).

Büyük Daire kurbanlar ve davalı devletler arasında "jurisdiction" ilişkisini eski Yugoslavya Cumhuriyeti'nin AİHK üyesi olmaması yanı sıra şikayetçinin ve onun ölen akrabalarının AİHK'nın 1.maddesi muvacehesinde Konvansiyon devletinin egemenliğine tabî olmaması gerekçesi ile *ratione personae* reddetmiştir. AİHM şikayetçinin AİHK 1.maddesi muvacehesinde kendi egemenlik yetkisine tabî olmadığı itirazını yapan ve bu nedenle de davanın caiz olmadığı iddiasını yapan Konvansiyon tarafı davalı devletlerin savunmasını kabul etmiştir. Bu meyanda sadece Fransa, bombardımanın Konvansiyon üyesi devletlere

10 EGMR, Drozd und Janousek - Frankreich und Spanien, Beschw. Nr.12747/87, karar 26.06.1992.

11 EGMR, Banković-17 üye devlet, 12.12.2001, Bireysel şikâyet davası, Nr.52207/59.

değil, NATO'ya tahmil edilmesi gerektiği konusunda itiraz yapmıştır. Şikayetçiler buna karşılık Konvansiyon tarafı devletlerin jurisdiction'ı kabul edilmesi gerektiğini, zira Belgrat'a yapılan hava operasyonu kararının Konvansiyon üyesi devletlerin ülkelerinde alındığını, NATO'nun hava ülkesindeki kontrolünün, Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'taki kontrolü kadar tam olduğunu, hava saldırıları ve kara ülkesinde bulunan askeri güç arasında ayırım yapmanın gerçek dışı olduğunu itiraz olarak dile getirmiştir. Bu gerekçeleri mahkeme reddetmiştir. AİHM'ne göre davalı devlet ve şikâyetçiler arasında kararın verildiği yerden bağımsız olarak eylem yahut eylemin etkileri bakımından gerçek bir bağlantının olması gerekmektedir. Bu cevap Soering davasındaki yaklaşıma ters düşmektedir. Soering davasında İngiltere'nin mahkûmu iade kararı, ABD'de doğuracağı sonuçlardan bağımsız olarak AİHK'na aykırı bulunmuştur.

AİHM egemenlik yetkisini alışılmış anlamda öncelikle ülkesel olarak anlamaktadır. Devletlerin kendi ülkesi dışında egemenlik yetkisini kullanmasının DH muvacehesinde haklı nedenlerinin olması gerekir. Konvansiyon tarafı devletlerin sonraki uygulamalarının gösterdiği üzere AİHK 1.madde uygulaması "exterritorial" egemenlik haklarının kullanılmasını kapsamamaktadır. AİHK tarafı devletlerin katılımıyla gerçekleşen exterritorial askeri operasyonlarda (Basra körfezinde, Bosna-Hersek'te) AİHK garantilerinden (AİHK'nın 15.md.) zaruret halinde sapma olanağı tanıyan hakka istinat edilemez. Konvansiyon üyesi devletlerin madde 15'e istinaden (ulusal yaşamı tehdit eden bir zaruret halinin bulunması) hakların askıya alınmasının AİHK'nın sıkı koşulları nedeniyle caiz olmadığını bilmesi gerekir.

AİHM ayrıca 1.madde'nin hazırlık çalışmalarında normun dar yorumuna ilişkin bir anlayış benimsendiğine işaret etmektedir (AİHK'nun yaşayan bir enstrüman olarak dinamik-teleolojik yorum tekniğine göre yorumlanması AİHK'nun gereksinimlerine daha uygundur). AİHK'nun 1.madde hükmünün Konvansiyon tarafı devletlere tahmil edilen her tasarrufu kapsadığı yolunda bir görüşün kabulü halinde madde hükmünde yer alan "egemenlik yetkisine tâbi tüm kişiler" vurgusunun bir anlamı olamayacağını göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bunun dışında Konvansiyonun ratiōne personae uygulanması ayrı bir koşul olarak

kurbanın niteliği ile bağlantılı bir değerlendirilmeyi gerekli kılmaktadır.

AİHM mukayeseli hukuk değerlendirmesi yaparak AİHK'nun 1.maddesinde 1949 Cenevre Konvansiyonlarında olduğu gibi, taraf devletlere her koşulda Konvansiyona riayet etmek ve riayeti sağlamak mükellefiyeti getirilmemesi nedeniyle AİHK'nuna taraf devletlere coğrafi alan olarak kapsamlı yükümlülük getirme gibi bir iradenin söz konusu olmadığına işaret etmektedir. AİHK'nun ordre-public fonksiyonu onun prensip olarak bölgesel geçerliliğini ile zafiyete uğramaktadır. Konvansiyon üye devletlerin jurisdiction alanında bağılayıcılığa sahiptir. Konvansiyonun eski Yugoslavya topraklarında uygulanmasının kabul edilmemesi insan hakları himaye sisteminde boşluk yaratmamaktadır. Kıbrıs örneğinde, Türkiye'nin AİHK'na taraf olmasına karşılık, eski Yugoslavya AİHK'na taraf değildi. Nihayet AİHM 1.madde anlamında egemenlik yetkisinin mevcudiyetinin kabulüne ilişkin içtihadını tekrar ederek, Konvansiyonun 1.maddesi muvacehesinde Konvansiyonun uygulanması sonucunu doğuracak şekilde exterritorial jurisdiction'ın kullanıldığını, Konvansiyon devletinin ülke ve ahali üzerinde etkin bir kontrol sağlaması (askeri bir işgal yahut ülke devletinin onayı ile) ve Konvansiyon devletinin normal şartlarda ülke devletine ait olan kamu yetkilerini bütünüyle yahut kısmen kullanması durumunda kabul edebileceğini ifade etmiştir. Daha sonra karara bağlanan Issa davasında kişiler üzerinde kurulan münferit denetim "jurisdiction"ın kabulü için bir koşul olarak eklenmişse de, Bankovic' davası exterritorial tasarruflar sorunu bakımından ölçü teşkil eden yerini korumaktadır.

### **Kişiler ve Mallar Üzerinde Yetki Kullanılmasına Matuf Exterritorial Tasarruflar (Münferit Denetim)**

Bir grup içtihatlarda konu yabancı ülkelerdeki elçilik ve konsolosluk personelinin tasarrufları çerçevesinde ele alınmaktadır. Yetkili devlet organları kişiler ve mallar üzerinde egemenlik yetkisi kullandığı nispette Konvansiyonun 1. maddesi muvacehesinde bu konular devletin "jurisdiction"ına girmektedir.

W.M-Danimarka davasında Doğu Almanya'da Danimarka elçiliğine kaçan Doğu Almanya

vatandaşının tutuklanması dava konusu olmuştur. Danimarka elçisi Doğu Almanya makamlarından yardım talep etmiştir ve onların elçiliğe girmesine izin vermiştir. Davada ilgili kişilerin Danimarka'nın "jurisdiction"ına girdiği kabul edilmiştir<sup>12</sup>. 2004 tarihli Issa davasında, Iraklı şikâyetçi Türk silahlı kuvvetlerinin Irak'ta yakınlarını öldürdüğü iddiasını yapmıştır<sup>13</sup>. AİHM Konvansiyon devletlerinin yetkili organlarının denetimi altında yabancı ülkelerde yapılan tasarruflar nedeniyle bu tasarrufların ulusal hukuka uygun veya aykırı olmasından bağımsız olarak Konvansiyon devletinin sorumlu tutulabileceğini kabul etmiştir.

AİHK'nun 1. maddesi Konvansiyon devletlerinin kendi ülkelerinde yapmaları caiz olmayan ihlalleri başka ülkelerde yapmalarını kabul etmemiştir. AİHM, Konvansiyon devletinin sorumluluğunu, davalı devletin yabancı bir devletin işgali durumunda olduğu gibi, bir bölgesinde bütünüyle kontrolü ele geçirmemesi durumunda da kabul etmektedir. AİHM 6 haftalık bir askeri birlik bulundurmanın dahi tüm Irak üzerinde denetimi tesis edebileceğini kabul etmekle beraber, somut durumda bunun gerçekleştiğini kabul etmemiştir.

Genel denetimin sağlanamadığı durumlarda kişiler ve şeyler üzerinde Konvansiyon devletinin somut otorite ve münferit denetiminin sağlanması gerekmektedir. Issa davasında gerçekten Türkiye'nin söylenen yerde operasyon yapıp yapmadığı şikâyetçi tarafından kanıtlanamamıştır. Hal böyle olunca AİHM öldürmenin Irak vatandaşı Kürtler tarafından gerçekleştirilmiş olabileceği ihtimali ile AİHK 1. maddesi muvacehesinde kurbanın Türkiye'nin "jurisdiction"ına tabî olduğunu kabul etmeyerek şikâyeti reddetmiştir. Bu grupta bir Konvansiyon devletinin yabancı ülkede kişileri gözaltına alması da ele alınmaktadır. Öcalan Kenya'da tutuklanmış ve Kenya yetkilileri tarafından Nairobi havaalanına uluslararası transit bölgesinde bulunan Türk uçağına getirilmiştir. AİHM bu tutuklamada AİHK'nunun 5. madde garantilerinin uygulandığı konusunda tereddüde düşmemiştir. Öcalan Türk güvenlik güçlerine teslim edildikten sonra etkin olarak Türkiye'nin otoritesine ve

AİHK'nın 1. madde anlamında Türkiye'nin egemenlik yetkisine tabî olmuştur.

Öcalan davasında, Öcalan'ın Türk vatandaşı olması yahut AİHM tarafından istenilen etkin kontrolün ülke üzerinde sağlanması nedeni ile değil, kişi üzerinde otoritenin tesis edilmesi nedeni ile genel DH'nun kişilerle bağlantı kurma yaklaşımının karşılandığı kabul edilmiştir<sup>14</sup>. Bununla beraber yurt dışında tutukluluk yahut gözaltına alma durumunda kişinin statüsüne yapılan atıf tutuklayan devletin temel haklarını tüm kapsamı ile geçerli olması olanağını vermemektedir. Vatandaşlık, ülke yanı sıra egemenlik yetkilerinin kullanılmasında kabul gören bir diğer bağlantı noktasıdır. Çoğu kez "jurisdiction over territory" ve "jurisdiction over persons" yanyana bulunmaktadır. Bu paralellik vatandaşların ülke yanı sıra DH süjesi olan devletlerin inşai unsurları olarak karşımıza çıkmasından ileri gelmektedir. Bununla beraber kişiler üzerinde "jurisdiction" sadece "jurisdiction to prescribe" boyutu ile sorun teşkil etmemektedir. Diğer bir ifade ile "extraterritorial jurisdiction"ın genel hukuk prensiplerine göre kendi vatandaşları üzerinde uygulanması caiz olmakla beraber, icrai tasarrufların vatandaşlara karşı uygulanması caiz değildir.

Öcalan davasında Konvansiyon üyesi devletin (Türkiye'nin) otoritesinin Öcalan üzerinde fiziken etkin olma ile mi yoksa tutuklamanın Türk hava gemisinde cereyan etmesi ile mi tesis edildiği tartışılmıştır. Yerleşik içtihatlar göre uluslararası temül hukuku muvacehesinde devletlerin bayraklarını taşıyan gemilerdeki yahut uçaklarındaki tasarrufları (AİHK tarafı devletlerin diplomasi temsilcilerinin ülke dışındaki tasarrufları gibi) nedeniyle "extraterritorial jurisdiction"ın kabul edilmesi sonucu AİHK'nun uygulanmasını mümkündür<sup>15</sup>. Bununla beraber yukarıda ortaya konulan tablo genel DH prensiplerinin "extraterritorial" egemenlik uygulamasında temel haklara bağlılık konusunda ipucu içermediğini göstermektedir. Daha sonraki tarihli Saddam Hüseyin - Arnautluk davası Mahkemenin Öcalan davasında uçağın ülke gibi kabul edilmesi esasından değil, Türkiye'nin Öcalan'ı etkin otoritesine almasından hareket ettiğini göstermiştir.

12 EKMR, W.M.-Dänemark, Beschw.Nr.17392, DR 73(1992), s. 193 - 200.

13 EGMR, Issa-Türkei, Beschw. Nr.31821/96, 16.11.2004 tarihli karar, Rn.71.

14 krş.. STOLTENBERG, Klaus, "Auslandseinsätze der Bundeswehr im menschenrechtlichen Niemandsland? ", *Zeitschrift für Rechtspolitik* 41(2008), s. 111 - 114.

15 EGMR, Banković davası, Rn.73.

AİHK'nun 1. maddesi muvacehesinde egemenlik yetkisinin ülke dışında tutuklama ile de tesis edilmesi mümkündür. Saddam Hüseyin - Arnavutluk davasında tutuklamanın Konvansiyon üyesi olmayan ABD tarafından yapılması nedeniyle bireysel şikâyet caiz olarak kabul edilmemiştir<sup>16</sup>.

### Karşılaştırma

Prencip olarak kişi üzerinde minimum denetim yahut otorite tesisi, gözetim altına alma yahut tutuklama durumunda tam ve etkin şekilde mevcuttur (ülke üzerinde genel kontrolü sağlamadan bağımsız olarak). Yukarda işaret edilen Boumediene - Bush<sup>17</sup> davasında US Supreme Court Amerikan anayasasının tutuklulukla ilgili temel hakların bütünüyle Guantanamo Bay için uygulanmasını kabul ettiği kararında bu mülahazadan hareket etmiştir.

Irak'taki Amerikan hapisaneleriyle ilgili bir diğer supreme court kararında ise farklı bir anlayışla yabancı bir ülkede hapisane oluşturulması durumunun her hâlükârda ABD'nin temel haklarının uygulanmasını gerektiren etkin bir egemenlik kullanımı olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir. Muraf - Green davası<sup>18</sup> Irak'taki koalisyon gücü mensubu iki askerin suç işledikleri iddiası ve güvenlik gerekçeleri ile tutuklanması ve ABD'nin Irak'taki askeri hapisanesine atılması nedeniyle gündeme gelmiştir. Burada açıklığa kavuşturulması gereken husus, ABD mahkemelerinin Irak'ta habeas-corporus yetkilerini kullanma olanağına sahip olup olmadığı, Irak'taki ABD hapisanesindeki tutukluların yabancı bir egemene (Irak'a) yargılanmaları için tesliminden ABD'nin imtina etme olanağının bulunup bulunmadığıdır. Supreme Court, Güvenlik Konseyi'nin 1790 (2007) sayılı kararına göre Irak'ın ülkesinde cezalandırma yetkisini münhasıran koruması nedeniyle ABD mahkemelerinin Irak'ta habeas corpus yetkisini kullanmasını kabul etmemiştir. Irak hukukuna göre ceza davalarında kararlar merkezi ceza mahkemesi tarafından verilmektedir. Amerikan askeri mahkemeleri sadece zarar gören Irak hapisanelerini ikame etmek üzere hizmet etmektedir.

Şüpheliler Irak devletinin isteği ile ceza davasına kadar orada muhafaza edilmektedir. Tutuklama işlemini gerçekleştiren Amerikan askeri makamları münhasıran Amerikan kumandanlığına tâbidir. Tutukluların serbest bırakılması Irak mercilerinin veya müttefiklerin onayı olmaksızın sağlanabilirdi. Habeas corpus yetki kullanımı yargı kararı ile tutukluların serbest bırakılmasına yol açabilirdi. Ancak bu durum Irak'ın ülkesinde suç işleyen kişiler üzerinde ceza hukukunu öncelikli uygulama yetkisini ihlâl edebilirdi. Bunun dışında habeas corpus'un tanınması Amerikan icra organının dış politikada sahip olduğu karar özgürlüğüne, Amerikan yargısının caiz olmayan şekilde Irak'ın yargı yetkisine müdahalesine yol açabilir ve bu da ABD'nin yabancı ülkelerde yaptığı askeri operasyon kapasitesine zarar verebilirdi. Bu gerekçeler ışığında supreme court Irak'ta Amerikan hapisanesinde bulunan tutuklular için Amerikan mahkemelerinin habeas corpus yetkisini reddetmiştir.

Boumediene davasından<sup>19</sup> farklı bir kararın çıkması, Irak'ta sınırlı da olsa fonksiyon gösteren bir ülkesel yetkinin olmasına karşılık, Guantánamo Bay'da Amerikan temel haklarının geçerliliğinin reddedilmesi durumunda Küba'nın Guantánamo Bay'de etkin bir egemenlik yetkisi kullanmaması nedeniyle, tutukluların temel haklardan mahrum bir duruma düşmesi riskine bağlanmıştır.

Muraf kararındaki değerlendirmeye ters düşer bir şekilde Al-Skeini davasında<sup>20</sup> Lordlar Kamarası Öcalan davasına atfen Irak'taki İngiliz askeri hapisanesinde gerçekleştirilen kötü muamele ve öldürme olaylarının karara bağlanmasında AİHK'nin esas alınmasını kabul etmiştir.

Konvansiyon devletlerinin kendi ülkelerinde egemenlik yetkisi kullanması durumunda "ülke dışılık" kabul edilmemektedir. İçtihatlar bu çerçevede jurisdiction'ın anlamını açıklığa kavuşturmaktadır. Assanidze - Gürcistan davasında (şikâyetçi Gürcistan Yüksek Mahkemesinin beraat kararına ve Gürcistan devlet başkanının affına rağmen muhtar Acar Cumhuriyeti (Gürcistan'da) tarafından tutuklanmıştır) AİHM, AİHK'nun 1. maddesi muvacehesinde devletlerin ülkelerindeki tasarrufları için "jurisdiction"ını kabul etmiştir.

16 EGMR, Hussein v Albanien und andere, Beschw. Nr. 23276/04, davanın caiz olarak kabul edilmemesine ilişkin 14.03.2006'da verilmiştir.

17 12.06.2008 tarihli karar, 533, Us 289 (2008).

18 US Supreme Court, Muraf v. Greene, 533 US 167 (2008).

19 US Supreme Court, Boumediene v. Bush, Urteil vom 12.6.2008, 533 US 289 (2008).

20 House of Lords, Al Skeini v Secretary of State for Defence (2007), UKHL 26, Urteil vom 13 Juni 2007.



Konvansiyon devletlerinin takdiren ülkelerinin bir kesimini AİHK'nun uygulanma alanı dışında bırakma imkânı bulunmamaktadır. Zira böyle bir durum Konvansiyon devletlerinin farklı şekilde muamele görmesine yol açabilir ve sonuç olarak insan haklarının etkin himayesi olanağını ortadan kaldırır<sup>21</sup>.

AİHM bu davayı Kıbrıs'tan farklı olarak (Loizidou davasından), Gürcistan'da Gürcistan dışında başka bir etkin otoritenin olmaması nedeniyle ayrı mütalâa etmiştir. Diğer taraftan yine bu davayı Banković davasından da dava edilen NATO devletlerinden farklı olarak Gürcistan'ın ülke üzerinde "overall control" sahip olması ve Sırbistan'ın dava esnasında AİHK'na taraf olmamasına karşılık, Gürcistan'ın Konvansiyona taraf olması gerekçeyle farklı değerlendirmiştir. Konvansiyon ihlâlinin Acar makamları tarafından gerçekleştirilmiş olması, Gürcistan'daki iç yetki dağılımı ve Gürcistan devlet yapısındaki aksaklıklar, Gürcistan'ı AİHK'nun 1.maddesinden doğan Konvansiyonu temin etme konusundaki genel yükümlülüklerden ibra etmemiştir.

Ilascu v. Moldavya - Rusya davasında (3 Moldavya vatandaşı gezginci işgal gücü mensupları tarafından tutuklanmış, 1993'te Transnistrien yüksek mahkemesi tarafından mahkum edilmiş ve yıllarca insanlığa aykırı koşullarda tutukluluk yaşamışlardır) AİHM şikayetçinin Moldavya ve Rusya'nın AİHK'nun 1. maddesi muvacehesinde egemenlik yetkisine tabî olup olmadığı sorusu çerçevesinde Moldavya'nın kendi ülkesinde etkin kontrole sahip olmamakla beraber AİHK'nun 1. maddesi muvacehesinde işgalci devlete yahut uluslararası örgüte karşı diplomatik yahut yargı önlemleri alma mükellefiyeti bulunduğunu kabul etmiştir<sup>22</sup>.

### **Uluslararası Örgütlere Katılma Durumunda AİHK'nun 1. Maddesi Muvacehesinde "Jurisdiktion"**

AİHM 1999 tarihli iki kararında<sup>23</sup> bir Konvansiyon devletinin egemenlik yetkisini uluslararası yahut supranasyonal bir örgüte devretmek suretiyle

AİHK'na riayet etme mükellefiyetinden kurtulamayacağı prensibini ortaya koymuştur. AİHK tarafı devletler ilgili örgütün önlemlerinin Konvansiyona ters düşmemesi konusunda sorumludur. Topluluk yasama faaliyetlerinin, ulusal yasama faaliyeti kadar AB yurttaşları bakımından sonuçlar doğurması nedeniyle AB üyesi devletler AİHK'na ek 1 nolu protokolün 3.maddesinden doğan yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftir. Aynı konu kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi çerçevesinde gündeme gelmektedir. Özelleştirilen kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi esnasında ortaya çıkan insan hakları ihlâllerinden Konvansiyon devletlerinin sorumluluğu günümüzde tartışılan konular arasında yer almaktadır<sup>24</sup>.

Prensip olarak bireylerin devlete karşı sahip olduğu temel haklarının yapısal kimi değişikliklerle etkinliğini kaybetmesi mümkün değildir. AİHM, uluslararası örgütlere kimi görev ve yetkilerin devrinde olduğu gibi, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi ile temel hak yükümlülüklerinden devletlerin kurtulmasının söz konusu olmadığını ortaya koymuştur<sup>25</sup>.

Uluslararası örgütlere egemenlik yetkisinin devri çerçevesinde Konvansiyon devletlerinin yükümlülüklerinden kurtulamaması Bosphorus - İrlanda davasında ele alınmıştır<sup>26</sup>. Bosphorus havayolları eski Yugoslavya havayolları JAT'tan leasingle uçak almış ve bu uçakları kullanmıştır. Güvenlik Konseyi 1991'den itibaren başlayan iç savaşla beraber Yugoslavya'ya karşı yaptırım kararları almaya başlamıştır. BM Güvenlik Konseyi kararının AB'de uygulanması çerçevesinde AB 990/93 sayılı tüzüğü ihdas etmiştir. Söz konusu tüzüğün uygulanması çerçevesinde İrlanda makamları İrlanda'da iki uçağa el koymuştur. Bosphorus hava yolları AİHK'na ek 1 nolu protokolün 1. maddenin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Burada ortaya çıkan soru AİHM'nin üye devletler üzerinden tasarrufta bulunan AB'nin AİHK'na riayetini denetleme olanağına sahip olup olmadığıdır. AİHM, Konvansiyon tarafı devletlerin egemenlik haklarını uluslararası veya supranasyonal bir örgüte devretmek suretiyle AİHK'na

21 EGMR, Assanidze - Georgien, Beschw. Nr.71503/01 (2004), Rn.137.

22 EGMR, Ilascu v. Moldavien und Russland, Beschw. Nr. 48787/99, Urteil vom 8 Juli 2004, Rn.331 ve 333.

23 Matthews v. Vereinigtes Königreich, Besch.Nr.24833/94, 18.2.1999, ECHR 1999-I, s.251 vd. = EuGRZ 26 (1999), s.200 vd.; Waite und Kennedy v. Germany, Beschw.Nr.26083/94, Urteil vom 18.2.1999, Rn.67.

24 bkz.: KEES, Alexander Oliver, **Privatisierung im Völkerrecht**, 2008, s. 132 - 179.

25 EGMR, Costello-Roberts v. UK, Beschw.Nr.89/1991/341/414, Ser.A Nr.247-C, Rn.27.

26 EGMR, Bosphorus v. Irland, Besch. Nr.45036/98, 30 Juni 2004.

riayet sorumluluğundan kurtulması, AİHK'nun amaç ve hedefine uygun düşmediğini saptamıştır. Egemenlik yetkisinin devredildiği örgütün prensip olarak eşdeğer bir temel hak himayesi sağlaması durumunda AİHK'nun ihlâli söz konusu olmayacaktır. Eşdeğer bir temel hak standardı, AİHK'na benzeyen, mukayese edilebilir bir standart anlamını taşımaktadır. AİHM, AB bakımından Konvansiyona uygun eşdeğer bir temel hak standardının mevcudiyetinden hareket etmiştir. AİHM Bosphorus davasında AB hukukunda eşdeğer temel hak standardının mevcudiyetinden hareketle mülkiyet hakkının ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır.

Solange II davasından sonra AB tasarruflarının denetimi bakımından kendisini yetkisiz ilan eden Federal Alman Anayasa Mahkemesinden farklı olarak AİHM Bosphorus davasından sonra kendini yetkisiz ilan etmemekle beraber ATAD kararlarını prensip olarak münferiden denetlememektedir. Kadi davasında da AB Komisyonu ATAD'na Solange II'e istinat edilmesini önermişse de, mahkeme tarafından öneri kabul görmemiştir<sup>27</sup>.

### **Uluslararası Rejimlerde, Özellikle BM'de Tasarrufların Devlet Organlarına Tahmil Edilmesi**

Egemenlik tasarruflarının tahmil edilmesi uluslararası örgütler veya uluslararası rejimler bakımından önemli rol oynamaktadır. Uluslararası örgütler üye devletlerden bağımsız bir tasarruf birliği gereksinimi ile oluşturulur. Buna uygun olarak uluslararası örgütler örgüt üyesi devletlerden ayrı olarak DH süjesidir ve DH yükümlülüklerinin taşıyıcısı olarak uluslararası sorumluluk süjesidir. Uluslararası örgütler siyasi anlamda muayyen ölçüde üye devletlerden bağımsızdır. Bu mülâhazalarla üye devletlerin (örneğin insan haklarına ilişkin) yükümlülükleri mutlak olarak uluslararası örgütlere teşmil edilemez.

Güvenlik Konseyinin tasarruf özgürlüğü, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin sorumluluğundan daha önemlidir. BM anlaşmasının öncelikle ilgili 103. maddesi ve 25. maddesi bu hedeflere hizmet etmektedir. İnsan hakları ihlâli teşkil eden önlemlerin kolay şekilde Konvansiyon devletlerine tahmil edilmesi uluslararası rejimler

çerçevesinde üye devletlerin sorumluluklarını önlemek için örgütün her kararına müdahale etmesine yol açabilir. Bu durum ise örgütün muhtariyetine uygun bir sonuç vermez. Bu nedenle doğru bir dengenin kurulması gerekliliği bulunmaktadır.

### **Hess Davası (1994)**

Hess davası uluslararası rejimin exterritorial tasarrufla bir araya geldiği karma egemenlik yetkisinin kullanıldığı durumlar bakımından bir örnek dava oluşturmaktadır. Bu davada<sup>28</sup> Hitler'in özel sekreteri Rudolf Hess Nürnberg askeri mahkemesi tarafından ömür boyu hapis cezasına çarptırılmış ve dört savaş galibi müttefik devletler komutanları tarafından Spandau askeri hapisanesine yegâne mahkûm olarak cezasını çekmek üzere gönderilmiştir. Hess kararında askeri hapisane işletilmesi kişiler üzerinde etkin kontrol uygulanması olarak nitelendirilmiştir. İnsan Hakları Komisyonu İngiliz mercilerinin Berlin'deki önlemleri sebebiyle Konvansiyon muvacehesinde sorumlu tutulmasının mümkün olduğu tespitini yapmakla beraber hapisane yönetiminin münhasıran dört müttefike ortak olarak ait olması nedeniyle davalı İngiltere'nin sorumluluğunu reddetmiştir. Ortak sorumluluğun dört ayrı yetkiye ayrılması söz konusu değildir. Müttefiklerin hapisaneyle ilgili anlaşması AİHK'nun yürürlüğe girmesinden önce yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın feshi mümkün değildir. Hapishanenin münhasıran İngiltere'nin egemenlik yetkisine tabî olmaması nedeniyle, İngiltere aleyhine yapılan şikâyet *ratione personae* caiz kabul edilmemiştir. Monuf ve Al Skeini davalarındaki Irak'taki askeri hapishanelerden farklı olarak Spandau askeri hapisanesinin Konvansiyonun jurisdiction alanında bulunduğu göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

### **Behrami ve Saramati Davası (2007)**

Behrami ve Saramati davası<sup>29</sup> Kosova'da yaşanan 3 Arnavut'un ayrımcı önlemler nedeniyle bireysel şikâyeti üzerine açılmıştır. Sırbistan'a ait Kosova'da olayların cereyan ettiği sırada (2000-2001 yıllarında) Sırbistan henüz AİHK'nu

28 EKMR, Ilse Hess v. UK, BeschI.Nr.6231/73, Entscheidung vom 28 Mai 1975, DR 2(1975), s. 72 - 76.

29 Behrami und Behrami v. Frankreich, Beschw.Nr. 71412/01 und Saramati v. Frankreich, Deutschland und Norwegen, Beschw.Nr. 78166/01. Büyük dairenin 2 Mayıs 2007 tarihli karar için bkz.: EuGRZ 34 (2007), s. 522 - 542.

27 EuGH, Rs. C-402/05P ve C-415/05P, Kadi u. Al Barakaat International Foundation v. Rat und Kommission vom 3.9.2008, Rn.319.

onaylamamıştı (Sırbistan-Karadağ AİHK'nu 3 Mart 2004'te onaylamıştır). NATO'nun Kosova'ya müdahalesi ertesinde BM Güvenlik Konseyi 1244 sayılı kararla (1999) Kosova'nın hukuki statüsünü belirlemiştir. Güvenlik Konseyi kararı ışığında bir Kosova Güvenlik Gücü (KFOR) oluşturulmuştur. KFOR, BM üyesi devletler tarafından BM şemsiyesi altında NATO'nun katılımıyla, ancak tek elden yönetim ve denetim anlayışıyla kurulmuştur. 1244 sayılı karara göre KFOR Kosova'da askeri denetim yetkisi kullanmak üzere oluşturulmuştur. KFOR'un UN-peace keeping misyonu bulunmamaktadır. KFOR 1244 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmakla beraber BM'in yardımcı bir organı değildir. Sivil geçici yönetim UNMIK (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo) BM anlaşması VII. Bölümüne göre kurulan BM'in yardımcı organıdır. UNMIK'in misyonu, Kosova'da yasama, yürütme ve yargı yetkisinin kullanılmasıdır. Davada ele alınan konu KFOR ve UNMIK'in tasarruf ve ihmâllerinin Kosova'ya birlik gönderen AİHK tarafı devletlere, BM ve/veya NATO'ya tahmil edilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Behrami davası UNMIK'e ilişkindir. NATO'nun 1999 bombardımanından kalan patlamamış bir bombanın patlaması ile oyun oynayan çocuklara zarar vermesi nedeniyle açılmıştır. Baba ve kör olan çocuk Fransa'ya karşı Fransa'nın sorumlu olduğu alanda KFOR birliklerinin mayınlı araziye işaretlememesi ve bombaları zararsız hale getirmemeleri nedeniyle bireysel şikâyet davası açmıştır. AİHM'nin bilirkişi raporu mayınların temizlenmesi işinin kazadan önce UNMIK bünyesindeki UNMACC'e (UN-MineAction Coordination Centre) geçtiğini ortaya koymuştur. KFOR (askeri birim) sadece UNMIK'e hizmet vermek üzere kalmıştır.

Saramati'nin Norveç ve Fransa'ya karşı açtığı dava KFOR'a ilişkindir (Saramati esas olarak davayı Almanya'ya karşı açmıştır. Ancak tutuklanmasında Alman askerlerinin rolünü kanıtlayamaması nedeniyle Almanya sadece davaya gözlemci olarak katılmıştır. Saramati 2001'de UNMIK polis gücü tarafından tutuklanmış ve daha sonra Kosova ceza hukukuna göre mahkûm olmuştur. Tutuklama emri KFOR'un Fransız ve Norveçli komutanları tarafından düzenlenmiştir.

Olayların Konvansiyon üyesi olmayan bir devletin ülkesinde cereyan etmesi nedeniyle hukuki değerlendirme için "jurisdiktion" konusunun

açıklığa kavuşması gerekmiştir. AİHM ülkesellik konusunu arka plana atarak, Kosova'nın uluslararası gücün etkin kontrolünde olduğunu ve BM'in bölge üzerinde "overall effective control"e sahip olduğunu tespit etmiştir. AİHM bu çerçevede Banković davasında ortaya çıkmayan ek bir sorun olarak tasarrufların sadece BM'e ve NATO'ya tahmil edilebilmesi nedeniyle Fransa ve Norveç'in "jurisdiction"ının düşmesinin gerekip gerekmediğini incelemiştir. AİHM sonuç olarak Konvansiyon devletlerinin sorumluluğunu kabul etmemiştir. Bu şekilde ülkesel "jurisdiction"a sahip olmakla beraber dava edilen Konvansiyon devletlerinin sorumluluğu kabul edilmemiştir. AİHM, uluslararası örgütlerin sorumluluğu konusunda ILC tasarısının ilgili hükümlerine atıfta bulunmuştur.

Uluslararası örgütlerin uluslararası örgüte atfedilebilecek uluslararası hukuka aykırı tasarruflarından doğan sorumluluğu 3. maddede yer alan temel prensibe istinaden açıklanmıştır. 5. madde uluslararası örgütüne tahsis edilen devlet organlarının tasarruflarının tahmili konusunu düzenlemektedir. Söz konusu hüküm "The conduct of an organ of a state or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct"<sup>30</sup> şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükmün Behrami/Saramati davasına uygulanması mümkündür. Zira burada BM'e, KFOR'a ve UNMIK'e devletler tarafından askeri birlik tahsis edilmiştir.

ILC tasarısının 5.maddesine göre birlik tahsis eden devletlerin mensuplarının tasarrufları gönderen devlete değil, bu tasarruflar üzerinde etkin denetime sahip uluslararası örgüte tahmil edilecektir. AİHM bu paralelde eleştiri konusu tasarruflar üzerinde gönderen devletin mi, BM'in mi etkin denetim yetkisine sahip olduğunu incelemiş ve sonuç olarak BM'in etkin denetim yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir.

AİHM Güvenlik Konseyinin nihai sorumluluğunun değerlendirilmesinde iki esastan hareket etmiştir. AİHM ilk olarak KFOR'un ve UNMIK'in

30 International Law Commission (ILC), Drafting Committee, Responsibility of International Organizations, titles and texts of the draft articles 4,5,6 and 7, UN-Dokument A/CN.4/L.468 vom 27 Mai 2004.

yetkilerinin kaynağının BM olduğunu kabul etmiştir. Güvenlik Konseyi üye devletleri kendilerinin alabileceği yahut kendilerinin icra edebileceği önlemler konusunda yetkilendirmemiştir. Güvenlik Konseyi 1244 sayılı 1999 tarihli kararı ile askeri ve güvenlikle ilgili yetkileri KFOR'a (NATO) ve sivil yönetimle ilgili yetkileri UNMIK'e bırakmıştır; bu şekilde dolaylı olarak katkıya hazır devletlere yetki delegasyonu yapmıştır. Bu tür yetki delegasyonları BM anlaşmasının VII. bölümüne uygundur; bu nedenle de caizdir.

AİHM bakımından cevaplandırılması gereken diğer soru Güvenlik Konseyi'nin denetim yetkisinin yoğunluğudur. AİHM için Güvenlik Konseyinin stratejik anlamda emir verme yetkisi yeterlidir. Güvenlik Konseyi NATO'ya KFOR'u kurması için yetki delegasyonu yapmıştır. Bu çerçevede birlik tahsis eden devletler belli yetkilerini korumuştur. Ancak bu durum NATO'nun operasyonlarda emir verme yetkisini etkilememiştir. Sonuç olarak Güvenlik Konseyi nihai sorumluluğa sahiptir ve KFOR tasarrufları nedeniyle Konvansiyon devletleri sorumlu değildir. UNMIK ise esasen BM'in yardımcı organı olması nedeniyle tasarruflarının BM'e tahmil edilmesi gerekmektedir. AİHM hukuk politikası nokta-i nazarından AİHK devletlerinin BM Güvenlik Konseyi kararlarını icra eden tasarruflarının AİHK ışığında yargısal denetiminin BM'in barışı temin etme görevlerini engelleyebileceği, bunun ise BM Güvenlik Konseyi kararlarının öngörülmeleyen koşullara bağlanması sonucunu doğurabileceği hususlarına işaret etmiştir<sup>31</sup>. KFOR'un AİHK'na eşdeğer bir temel hak temin etmemesi ve bu nedenle davalı devletin AİHK'na uygun bir tasarruf içinde olmaması sonucu değiştirmemektedir. Gerek mayınların UNMIK tarafından temizlenmemesinden, gerekse KFOR tarafından yapılan tutuklamalardan Konvansiyon devletleri değil, BM sorumludur. Bu nedenle de AİHM yetkili değildir.

Behrami davasındaki prensipler Kosova'da (KFOR için bkz.: EGMR, Kasumaj v. Greece, Beschw. Nr.6974/05, 05.07.2007 tarihli yetkisizlik kararı), Kıbrıs'ta [UNFICYP için bkz.: AİHM, Stephens v. Zypern, Türkei und die Vereinten Nationen, Beschw.Nr.45267/06 (2008)] kabul edilmiştir. Söz konusu kararlarda tampon bölgede savaş eylemleri nedeniyle evlerin zarar görmesinden sadece BM

sorumlu kabul edilmiştir (UNFICYP BM yardımcı organı olarak münhasıran BM'in denetim ve yönetim yetkisine tâbidir). Beric davasında da Bosna-Hersek yüksek temsilcisi için aynı yaklaşım ortaya konulmuştur. Bosna-Hersek'te Yüksek temsilcisi şikâyetçileri bütün kamu görevlerinden ve siyasi partilerdeki pozisyonlarından uzaklaştırmıştır. Bu çerçevede şikâyetçiler AİHK'nun 6.maddesinden doğan haklarının ve diğer Konvansiyon garantilerinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. AİHM Güvenlik Konseyinin etkin genel kontrolünü kabul etmiştir ve bu şekilde Loizidou içtihatına esas olan ülke kriterinden geri adım atmıştır (bkz.: EGMR, Beric v. Bosnien-Herzegowina, Beschw.Nr.36357/04 und diğerleri, 16.10.2007, Rn.27 tarihli yetkisizlik davası) AİHM Güvenlik Konseyinin BM anlaşmasının VII.Bölümüne istinaden yüksek temsilcinin atanmasına ilişkin 1995 tarihli 1031 sayılı kararına atıfta bulunmuştur.

Bu karara istinaden birçok kez yüksek temsilcinin yetkilerini tanımlayan barışın icrası konferansı yapılmıştır. Güvenlik Konseyi resolusyonu açık bir şekilde sınırlı kimi yetkileri muayyen üye devletlere delege etmiştir. Yüksek temsilcinin bu çerçevede Güvenlik Konseyine rapor verme mükellefiyeti kabul edilmiştir. Bunun dışında yüksek temsilcinin önlemlerinin ve kararlarının doğrudan etkisi söz konusu olması nedeni ile bu önlem ve kararların devletler tarafından transforme edilmesi gerekliliği kabul edilmemiştir. Yüksek temsilcinin önlemlerinin Konvansiyon devletlerine tahmil edilememesi nedeniyle Konvansiyon devletleri aleyhine yapılan bireysel başvuru AİHK'nun 35. madde muvacehesinde *ratione personae* Konvansiyona uygun değildir.

Behrami/Seramati kararı İngiliz House of Lords ve Hollanda mahkemesi başta olmak üzere ulusal mahkemeler tarafından benimsenmiştir. House of Lords, İngiliz-İrak çifte vatandaşlığına sahip Al-Jeddah'ın önleyici bir önlem olarak muayyen bir süreyle sınırlı olmaksızın Irak'ta İngiliz Birlikleri tarafından gözaltına alınmasının AİHK muvacehesinde değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığını karara bağlamıştır. Lord Bingham çoğunluğun görüşü olarak önlemin İngiltere'ye tahmil edilmesinin gerektiğini ifade etmiştir<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> EGMR, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen, Beschw.Nr.71412/01 und 78166/01, Rn.149.

<sup>32</sup> House of Lords, case of R. (on the Application of Al-Jeddah) v. Secretary of State for the Defence, Urteil vom 12 Dezember 2007, UKHL 58.

Bununla beraber Konvansiyon yükümlülükleri ile Irak'ta güvenliğin teminine ilişkin BM hukukundan doğan yükümlülüklerin başdaştırılması, bu önlemlerin AİHK garantisi çerçevesinde mütalâa edilmesi ile mümkün olmuştur.

House of Lords Kosova'daki durumdan farklı olarak Irak'ta BM yetkilerinin delege edildiği bir durumdan değil, İngiltere ve ABD'nin BM tarafından işgal gücü olarak 01.05.2003'ten 28.06.2004'e kadar yetkilendirilmesinden hareket etmiştir. Bu yetkilendirmenin sona ermesi ertesinde İngiliz güçlerinin Irak'ta mevcudiyeti bir taraftan Irak hükümetinin daveti, diğer taraftan Güvenlik Konseyi'nin 1546 sayılı 08.06.2004 tarihli kararı ile oluşturulan United Nations Assistance Mission for Iraq (UNAMI) ile açıklanmıştır. Irak hükümetinin daveti üzerine ABD savunma bakanı Powell BM Genel Sekreterliği'ne, Irak hükümeti ile yapılacak bu anlaşma muvacehesinde uluslararası bir Birliğin görevlendirilmesi talebini iletmiştir. Al-Jeddah Ekim 2004'te bu hukuki rejimin başlamasından sonra tutuklanmıştır.

BM'in bir yetki delegasyonu yapmadığı devletleri yetkilendirdiği durumlarda House of Lords'da temsil edilen çoğunluğun görüşüne göre müdahaleden yetki kullanan devletin (İngiltere'nin) sorumlu olması gerekmektedir. Sorumluluk konusunun İngiltere bakımından açıklığa kavuşması, AİHK'nun 5. maddesinin BM anlaşmasının 103. maddesi üzerinden tamamen devre dışı kalıp kalmadığı, diğer bir ifade ile İngiltere'nin BM'e karşı üstlendiği yükümlülüklerle 5. maddenin modifiye edilip edilmediği konusunun değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Çoğunluğun görüşüne göre BM'in amaçlarının AİHK'nın 5. maddesi gereğiyle uyumlu kılınabilir. BM Güvenlik Konseyi'nin UNAMI'yi oluşturan 1546 sayılı kararı prensip olarak BM anlaşmasının 103. maddesine göre önceliğe sahiptir. İngiltere BM misyonunun icrası çerçevesinde temel haklara zorunlu olarak gerekli müdahaleleri yapabilir, ancak bu çerçevede yapılan temel hak sınırlamaları müdahalenin parçası olduğu nispette AİHK'nın 5. maddesi muvacehesinde kabul görebilir<sup>33</sup>. Sadece Lord Earlsferry azınlık oyunda AİHK'nun bu çerçevede esas alınmasının mümkün olmadığı görüşünü dile getirmiştir<sup>34</sup>.

33 Lord Bingham'in ve Baroness Hale of Richmond'un görüşleri için bkz.: Rn.121-129.

34 bkz.: Lord Earlsferry'nin görüşleri için Rn.80.

Lord Earlsferry Irak'ın işgalinden sonra Kosova'da olduğu gibi BM'in sorumlu olması gerektiğini ifade etmiştir. 1546 sayılı Güvenlik Konseyi resolusyonu müdahale yükümlülüğü getirmiştir. Bu karar BM anlaşmasının 25. ve 103. maddeleri muvacehesinde AİHK 5. maddesine nazaran önceliğe sahiptir. Lord Earlsferry'nin görüşlerinin kabul edilmesi durumunda İngiltere'nin Irak'a yaptığı müdahalede AİHK standartlarının dikkate alınması gerekliliği ortadan kalkmaktadır.

Sonuç olarak mahkemenin çoğunluğu tarafından AİHK ve BM hukuku arasında uyum yaratılmak istenilmiş ve BM'in güvenliği sağlama amaçlarına saygı göstermenin yazısız koşulu olarak AİHK'nun 5. madde hükümlerine atıf yapılmıştır. Behrami ve Kadı davasındaki yaklaşımdan farklı olarak AİHK ve BM anlaşması arasında bir denge oluşturulması konuya daha uygun olmuştur<sup>35</sup>.

### Lahey Bölge Mahkemesinin 2008 Srebrenica Kararı

Behrami - Saramati kararı Hollanda'da Srebrenica katliamı nedeniyle açılan davada da benimsenmiştir. Davada 819 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile Srebrenica koruma bölgesinin denetiminden sorumlu kılınan 400 mavi bereli Hollanda askerinin sorumluluğu iddia edilmiştir.

Lahey Bölge mahkemesi yer değiştirmelerden ve ölümlerden dolayı Hollanda'nın sorumluluğunu reddetmiştir<sup>36</sup>. Mahkeme uluslararası hukuk komisyonunun devletlerin birbirlerine ödünç organ verme durumlarında devletlerin sorumluluğunu düzenleyen 6. maddeyi kıyasen BM'e birlik tahsisi durumlarına uygulamıştır. Bu hükme göre organı ödünç alan devletin egemenlik haklarını kullandığı kabul edilmektedir. Bir UN-Peacekeeping operation'a katılma, birliklerin gerçekleştireceği operasyonların yönetiminin ve denetiminin BM'e bırakılması demektir. BM'e yetkinin devredilmesi gerekli bir şekilde personel işlerini ve çekilme kararını kapsamak zorunda değildir.

BM yükümlülüklerinin ve BM'e birlik tahsis eden AİHK'na taraf devletlerin Konvansiyon yükümlülüklerinin birbirine ters düşmesi bir mazeret

35 EuGH, Rs. C-402/05P und C-415/05P, Kadı und A.Barakaat v. Rat und Kommission, 03.09.2008, Rn.288.

36 District Court in The Hague, Civil Law Section, Case no.7, Cause list no.265615/HA ZA 06-167, 10.09.2008, LJN: BF 0181; İngiliz tercümesi için bkz.: Netherlands International Review, 2008, s. 440 - 455.

oluşturamaz. Zira birlik tahsisi gönüllü gerçekleşmiştir. Bosphorus davasında hareket edilen nokta-i nazar burada reddedilmektedir. Bosna-Hersek katliamının yapıldığı esnada ne BM'in, ne de Hollanda'nın etkin denetimindeydi. Bu durumun Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'taki varlığıyla da karşılaştırılması mümkün değildir. Zira Srebrenica "exterritorial" alan değildir. Behrami/Saramati davasında söz konusu olan KFOR ve UNMIK'in durumundan farklı olarak Srebrenica'da görev yapan UNPROFOR misyonunun yasama, icra ve yargı yetkisi bulunmamaktadır. BM'in münhasır sorumluluğuna ilişkin temel kuralı Srebrenica'daki özellikler değiştirmemektedir. BM'in birlik gönderen devletin ağır ihmali durumlarında kendi iç ilişkileri çerçevesinde rücu etmesi mümkündür. Ancak buna ilişkin bir iddia yapılmamıştır. Mahkeme bunun dışında Hollanda'nın emirleriyle normal kumanda yapısının ve emir-komuta zincirinin bozulup bozulmadığını incelemiştir. Hollanda mercilerinin BM emirlerini yerine getirmeme olanağı bulursa idi, Hollanda'nın sorumluluğu kabul edilebilirdi. Hollanda'nın BM emirlerine karşı gelmesi gibi bir durum yoktur. Bu durumda gerek Hollanda, gerekse BM bakımından geleneksel sorumluluk kuralından sapılması söz konusu değildir. Bu nedenle mavi berelilerin müslüman ahalinin nakli ve öldürülmesi çerçevesinde yol açtıkları sorumluluk BM'e aittir.

Mahkemenin aynı meyanda BM'in Hollanda mahkemeleri önünde yargı bağımsızlığını kabul etmesi nedeniyle, BM'in uluslararası hukuktan doğan sorumluluğunun icra edilmesi mümkün olmamıştır. Bu tablo alınan önlemlerden münhasıran BM'in sorumlu kılınması çerçevesinde ulusal mahkemeler önünde yargı bağımsızlığıyla bağlantılı olarak ortaya çıkan hukuk boşluğunu ve BM önlemlerine karşı insan haklarının uluslararası seviyede korunması mekanizmasının eksikliğini açık şekilde ortaya koymaktadır<sup>37</sup>.

AİHM içtihatları insan hakları ihlallerinde AİHK'nun yer ve kişi bakımından prensip olarak Konvansiyon devletlerine uygulanabilirliğinin varsayıldığını göstermektedir. Bu nedenle AİHK'nun ihlâli iddiaları çerçevesinde uluslararası örgütün

bu önlemden sorumlu olup olmadığı önem taşımamaktadır. Zira Konvansiyon devletlerinin Konvansiyona riayet mükellefiyetinden uluslararası örgüte üyelik ile kurtulması mümkün değildir (Matthews/Bosphorus davası). AİHK davalı devletin ülkesinin dışında prensip olarak uygulanmaz. Bir istisnanın kabulü için Konvansiyon devletinin etkin denetiminin olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Konvansiyon devleti bir bölge yahut tüm ülkede etkin bir denetim icra ettiği yahut yabancı bir ülkede kimi kişilerin doğrudan Konvansiyon devletinin sivil yahut askeri otoritesine ve denetimine tabî olması halinde AİHK'nun uygulanması kabul edilmektedir (Issa davası). Aynı zamanda exterritorial tasarrufların söz konusu olduğu ve uluslararası örgütlerin müdahil olduğu durumlarda konvansiyon devletinin etkin kontrolünün olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

Şayet sadece ülke devleti ülke ve aktörler üzerinde etkin denetime sahip ise ve temel haklardan etkilenen kişiler onun koruması altında ise, Konvansiyon devleti ve uluslararası örgüt arasında sorumluluk alanlarının sınırlandırılması sorunu yaşanmaz. Zira böyle bir durumda sadece yer bakımından geçerli hukuk uygulanır (ülke devletinin AİHK'nu onayı halinde AİHK'nun uygulanması da dahil olmak üzere). Bağımsızlık öncesi Kosova'da olduğu gibi, yabancı yahut uluslararası bir gücün ülkedeki varlığı nedeni ile ülke devletinin etkin denetiminin sağlanmadığı durumlarda, uluslararası örgüt ve Konvansiyon devleti arasında yetki ve görev taksimatına bağlı olarak denetim anahtar kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak AİHM'ne göre şayet uluslararası örgüt gerek ülke devleti, gerekse Konvansiyon devleti ile ilişkide nihai kontrol yetkisine sahip olarak kabul ediliyorsa, insan haklarının korunması çerçevesinde ne Konvansiyon devletinin hukuku, ne de yer bakımından geçerli hukuk uygulanabilir. Sadece uluslararası örgütün hukuku uygulanabilir. Egemenlik haklarının "exterritorial" kullanımında (AİHK'nun uygulanma alanının tayininde) ve devlet organlarının uluslararası örgütlere tahsisinde (AİHK'nun ihlâlinin bir Konvansiyon devletine yüklenmesi çerçevesinde) AİHM etkin denetim kriterini esas almaktadır.

AİHK'nun yer bakımından uygulanması çerçevesinde uluslararası sorumluluk konusu ön

37 District Court in The Hague, Civil Law Section, Case no.7, case list no. 295247/HA ZA 07-2973, 10 Temmuz 2008 tarihli karar, LJN: BD6796, İngilizce tercüme için bkz.: Netherlands International Law Review, 2008, s. 428 - 439.

plana çıkmaktadır. Konvansiyon devleti ve ÷lkesinde egemenlik yetkisi kullanılan devlet arasında sorumluluk alanlarının ayrılması, aynı zamanda AİHK'nun ve yer bakımından geçerli hukukun arasındaki rekabet ilişkisinin açıklığa kavuşturulması anlamını taşımaktadır.

Uluslararası örgütlerle işbirliği çerçevesinde konu buna karşılık öncelikle ÷lkesel olarak sorumluluk alanlarının ayrılmasına ilişkin değildir. Konvansiyon devletinin yetki devrettiği uluslararası örgüt şikâyet edilen Konvansiyon devletinin ÷lkesinde de tasarrufta bulunabilir. Bu durum hatta AB tasarrufları bakımından tipik olan durumdur. Bu çerçevede Konvansiyon devleti ve uluslararası örgüt arasında sorumluluk alanlarının sınırlanması konuya göre yapılmaktadır.

Konvansiyon devleti, tasarrufun gerçekleştiği ÷lke ve uluslararası örgüt arasındaki üçlü ilişkide AİHK'nun uygulanabilirliğinin Konvansiyon devletinin o bölge yahut aktörler üzerinde denetimini sağlamış olmasına bağlı olması, denetim kavramının mümkün olduğunca açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Uluslararası sorumluluk hukukunda etkin kontrol kriteri yerleşik bir kriter olarak kabul görmektedir (uluslararası hukuk Komisyonu tasarısı md. 8 ve 5).

İnsan hakları ihlâli, özel düzenlemeler söz konusu olmadığı nispette, uluslararası hukukun özel bir ihlâlini teşkil etmektedir. Bu nedenle BM İnsan Hakları Komitesinin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin uygulanabilirliğini anlaşıma devletlerinin etkin denetimi koşuluna bağlaması mantıklı bir sonuç olarak kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Benzer bir şekilde ILC-prensiplerinin AİHK'na uygulanması mümkündür. Devletlerin sorumluluğuna ilişkin UH Komisyonu tasarısının 33(2) ve 55. maddeleri insan hakları alanında da lex specialis düzenlemeler olarak uygulanabilir. Şüphesiz lex specialis düzenlemelerin genel prensiplere ters düşmemesi gerekmektedir.

Devletlerin sorumluluğunu doğuracak etkin denetim, tasarrufları yapan kişiler veya gruplarla devlet örgütü arasında gerçek bir bağın bulunmasını gerektirmektedir<sup>39</sup>. Operasyonla sadece

zımnen veya periferik olarak bağlantılı olunması ve operasyonların devletin denetim ve yönetimine tâbi olmaması halinde devletin sorumluluğu kabul edilmemektedir. Etkinlik kriterinin görüldüğü gibi oldukça sıkı bir şekilde her bireysel ve somut önlemede ayrı olarak araştırılması gerekmektedir. İddia edilen hukuk ihlâlinin kabul edilebilmesi için devletin her bir operasyon için ayrı talimat vermesi gerekmektedir. Hukuk ihlâli yapan kişi veya gruplara verilen genel talimatlar yahut onları etkilemek yeterli değildir.

AİHM'nin içtihadı işaret edilen prensiplerle tam uyumlu değildir. AİHM Behrami davasında uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin ILC tasarısının özellikle 5. maddesinde öngörülen etkin denetim düzenlemesine atfen örgütün etkin denetimini sorumluluk için gerekli görmüştür. Müdahil devletler de davada aynı şekilde etkin denetim kriterini vurgulamıştır<sup>40</sup>. Mahkeme uluslararası sorumluluk konusunda ancak bu çerçevede bir başka yeni kriteri gündeme getirmiştir: nihai sorumluluk ve denetim ("ultimate authority and control")<sup>41</sup>. Söz konusu kavram tamamen yenisidir. Kavram daha önce AİHM'nin önceki içtihadlarında yer almadığı gibi, devletlerin uluslararası sorumluluğu ile ilgili metinlerde (ILC-Text), insan haklarının korunmasıyla ilgili diğer mahkemelerin, mercilerin ve kararlarında da yer almamıştır. Yeni kriter uluslararası Adalet Divanı'nın etkin denetim kriterine nazaran<sup>42</sup> daha geniş ve esnektir.

Nihai sorumluluk ve denetim kavramına karşı Behrami davası ile bağlantılı olarak eleştiri getirilmektedir. Nihai sorumluluk kriteri ortak yahut paralel sorumluluk durumları çerçevesinde birden ziyade sorumluluğa olanak tanımamaktadır. Oysa insan haklarının ihlâline yol açan önlemeden bir Konvansiyon devletinin sorumlu olması, diğer aktörlerin (uluslararası örgüt yahut diğer devletler) sorumlu kılınmamasına yol açmamalıdır. AİHK'na ilişkin olarak sorumluluk sadece AİHK'na taraf olan devletler bakımından söz konusu olmaktadır. AİHK çerçevesindeki ihlâllerden uluslararası örgütler sorumlu değildir (Lizbon anlaşması

38 UNHRC, General Comment No.31(80), Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant (UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.05.2004), Rn.10).

39 ILC-Report on the work of its 53rd session, YBILC, Vol.II, Teil 2, s. 47.

40 EGMR, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen, Besch.Nr.71412/01 und 78166/01, Büyük Dairenin 02.05.2007 tarihli karar için bkz.: EuGRZ 34(2007), s. 522 - 542.

41 bkz. Behrami-Saramati davası, Rn.137.

42 Kjetil Mujezinović Larsen, Attribution of Conduct in Peace Operations: The "Ultimate Authority and Control" Test, European Journal of International Law 19 (2008), s. 509 - 533.

ile, AB'nin AİHK'na taraf olması kabul edilmiştir). AİHK çerçevesinde uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin kriterlerin değil, devletlerin sorumluluğuna ilişkin kriterlerin ölçü olması gerekmektedir. Bu nedenle AİHM'nin Behrami/Saramati davasında ILC tasarısının devletlerin sorumluluğu konusundaki düzenlemelere değil de, uluslararası örgütlerin sorumluluğu konusundaki düzenlemelere atıf yapması anlaşılabilir değildir. ILC tasarısının 8. maddesinde ve 5. maddesinde yer alan (uluslararası örgütlere ilişkin sorumluluk) etkin denetim kriterinin aynı anlamı taşıması halinde hangi maddeye atıf yapıldığının önemi bulunmamaktadır. Devletlerin ve uluslararası örgütlerin işbirliği durumunda bir tasarrufun sorumluluğunun münhasıran tek bir egemene yüklenmesi değil, sorumluluğun devlet ve uluslararası örgüt arasında paylaşılması gerekmektedir. AİHK'nun uygulanması için Lahey bölge mahkemesinin yaptığı gibi şeklen devletlerin sorumluluğu ile ilgili düzenlemeye istinat edilmesi doğru olmakla beraber, uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin maddenin uygulanması da devletlerin sorumluluğuna ilişkin maddenin uygulanması ile aynı sonucu verecektir.

### Genel Denetim

AİHM'nin şimdiye dek bölgeye hakim olmak anlamında kullanılan "effective overall control" kavramını devletlerin sorumluluğu bakımından kullanması şaşkınlık yaratmıştır. Bu şekilde Uluslararası Adalet Divanı ve ICTY arasındaki görüş ayrılıkları giderilerek devletin sadece genel bir denetiminin söz konusu olmadığı, somut tasarruf üzerinde etkin denetiminin olduğu durumlarda, devlet dışı aktörlerin tasarrufları devlete yüklenebilecektir<sup>43</sup>.

AİHM'nin her iki sıfatı devletlerin sorumluluk hukuku çerçevesinde birbirinin zıttı kavramlar olarak kullanması bir talihsizliktir. Etkin ve genel kavramı AİHM tarafından eski bir kararında AİHK'nun ülkesel olarak uygulanabilirliği çerçevesinde biraraya getirilmiş ve "effective overall control" kriteri kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Behrami davasında da dava edilen hükümetler bu kriteri gündeme getirmişlerdir<sup>45</sup>. AİHM sorumluluğun yüklenmesi

çerçevesinde "exterritorialität" (ülke dışılık) sorununu ele almadığı için, yeni kriter olarak nihai sorumluluk ve etkin denetim esasında bir değerlendirme yapmıştır.

Özellikle askeri önlemler bakımından önemli olan ülke ile ilişkili "effective overall control" kriterinin silahlı çatışmalar hukukunda uygulanmasıdır. Bir toprak parçasında kuvvet kullanılması bağlamında kullanılan denetim kavramının insani DH'nun değerleri ışığında yorumlanması gerekmektedir. Lahey Kara Savaşı kurallarının 42. maddesine göre bir toprak parçasının düşman ordusunun eline geçmesi halinde işgalden söz edilmektedir. İşgal gücü insani DH özel kurallarına, özellikle IV. Cenevre Sözleşmesine uymakla yükümlüdür. Sivil halkın korunmasıyla ilgili Cenevre sözleşmesi oldukça düşük bir standart belirlemiştir. Eski Yugoslavya savaş suçları mahkemesi işgalcilerin eline düşülmesi halinde ülke üzerinde denetimin sağlanması ölçüsüne bağlı olmaksızın kişisel hakların korunması gerektiğini kabul etmiştir<sup>46</sup>. Bu şekilde bireyler birliklerin işgal esnasındaki etkin tasarruflarından, işgal gücünün ülkeye tam olarak yerleşmesi öncesi korunmaktadır. AİHM'nin ülke ve kişiler üzerinde denetimin sağlanması ile Konvansiyon devletlerinin "jurisdiction"ını kabul etmesi, hem insani DH'nun yaklaşımına uygun düşmektedir, hem de işgalin henüz tam gerçekleşmediği durumlarda birey haklarının himayesini güçlendirmektedir.

Egemenlik haklarının özel kişilere devrinde de bu çerçevede paralellikler ortaya çıkmaktadır. Yabancı bir ülkede sorumluluğun doğması için "overall control" gibi tüm ülkede etkinlik gerekmektedir. Evrensel insan hakları içtihatlarında artan bir şekilde aksiyon alanlarına örneğin, hapishaneler katılmaktadır. Özelleştirilen bir hapishanede, münferit tasarruflar üzerinde devletin etkin denetimi olmaması nedeniyle somut durum tasarrufların devlete tahmil edilmemesini gerektirse de, devletin insan hakları alanında sorumluluğu kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Esnek bir kriter olarak etkin kontrol AİHK ve uluslararası örgütler arasındaki ilişkilerde Konvansiyon ihlallerinin tahmil

43 IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v USA), Merits, ICJ Reports 1986, 14, Rn.115.

44 bkz.: AİHM, Loisdou II kararı, Rn.56.

45 bkz.: Behrami/Saramati davası, Rn.98.

46 ICTY, Trail Chambers, Case No. IT-98-34-T, Urteil 31.03.2003, Prosecutor v. Mladen Naletilic aka "tuta" and Vinko Martinovic, aka "Stela", Rn.221-222.

47 KEES, Alexander Oliver, *Privatisierung im Völkerrecht*, 2008, s. 1161.



edilmesinde ILC tasarısının bu kriteri açıkça kabul etmesi nedeniyle ölçü olmaktadır. Şüphesiz etkin denetim BM'in tasarrufları bakımından Güvenlik Konseyi'nin münferit tasarruflarının denetimi anlamını taşımamaktadır. BM ve BM üyesi devletler arasında BM anlaşmasının 43. maddesinde öngörülen anlaşmanın yapılmaması nedeniyle Güvenlik Konseyi gönüllü olarak üye devletler tarafından tahsis edilen birliklerin desteğine muhtaçtır. Üye devletler gerekli olarak belli ölçüde kendi birlikleri üzerinde denetimi muhafaza ederler. Üye devletlerin artık denetim yetkisi nedeniyle BM'in sorumluluğunun reddedilmemesi gerekmektedir.

Diğer taraftan bu birliklerin üye devletler tarafından münhasıran ve tam olarak BM'in denetimine bırakılmadığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Üye devletler belli ölçüde denetimi muhafaza etmek istemiştir. Sonuç olarak etkin denetim kriteri sorumluluk sorununun her boyutu itibarı ile gerek devletler arası ilişkiler, gerekse Konvansiyon devletleri ve uluslararası örgütler arasındaki ilişkilerin cevaplandırılmasında en rasyonel kriter olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede ILC tasarısının devletlerin sorumluluğuna ilişkin hükmünün uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin hükmüne paralel düzenlendiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Prencip olarak Konvansiyon devletlerinin etkin denetimi normatif olarak yerinde görülmektedir. Fiilen bir devletin kapasitesinin olmamasına rağmen temel hakların uygulanabilirliğini kabul etmek anlamsızdır. Konvansiyon devletinin insan haklarının koruma yükümlülüğünü gerçekten yerine getirme kapasitesine sahip olması gerekmektedir. Konvansiyon devletinin bir bölge veya aktör üzerinde etkin denetiminin söz konusu olması halinde devletin uluslararası sorumluluğunun sadece uygulanabilirliği değil, aynı zamanda olasılığı bulunmaktadır. Olası egemenlik yetkisi kullanabilecek bir Konvansiyon devletinin uluslararası sorumluluğunun iddia edilmesi insan haklarının etkin olarak koruma amacını erozyona uğratabilir. Etkin denetim kriteri AİHK'nun uygulanması ve AİHK ihlallerinin tahmili çerçevesinde doğan sorunları ve hukuki güvensizliği ortadan kaldırır. Uluslararası örgütlerin müdahil olduğu durumlarda sadece bu yaklaşımın uygulanabilme olasılığı vardır. Örneğin BM Genel Sekreteri Kosova yönetimine ilişkin bir raporunda Behrami kararının

verilmesinden sonra zımnen etkin denetim kriterine nazaran daha esnek olan "ultimate authority and control" kriterinden uzaklaşmış ve BM'in etkin kontrolünün olduğu operasyonlarda alınan önlemlerde BM sorumluluğunu kabul etmiştir<sup>48</sup>.

Etkin denetim kriteri üzerinden AİHK sisteminin genel uluslararası sorumluluk hukuku ile uyumu temin edilerek DH'da parçalanma önlenmiştir. Konvansiyon devleti ile ülkesinde insan hakları ihlali yapılmış olan devlet arasındaki ilişkide Konvansiyon devletinin etkin denetimi, bu devletin bir devlet tarafından normal olarak yaptığı, örneğin binaları, insanları arama, insanları tutuklama veya hapisane yönetme gibi alışılmış tasarrufları yapması halinde kabul edilmektedir (normallik testi). Etkin denetim için ipucu teşkil eden bir diğer husus da Konvansiyon devletinin yabancı bir ülkede bulunma süresidir. Bu süre ne kadar uzarsa etkin denetim o kadar güçlü şekilde kabul edilmektedir.

Uluslararası örgütlerle ilişki çerçevesinde Konvansiyon devletinin etkin denetimi, dolayısıyla AİHK'nun uygulanabilirliği birlik gönderen devletlerle kabul eden devlet arasında yapılan anlaşmalardan da istihraç edilmektedir. Konvansiyon devletinin birliğinin askerleri üzerinde muhafaza ettiği cezalandırma ve disiplin yetkilerini kullanmasının Konvansiyon devletinin etkin denetimi bakımından ipucu oluşturup oluşturmadığı, bu yetkinin uygulamada her zaman korunması nedeniyle sorumluluğun tayininde tartışma yaratmaktadır.

Behrami/Saramati ve Beric davasında AİHM BM misyonunun belli bir süre ile sınırlanmamasını bu çerçevede ölçü olarak kabul etmemiştir. 1244 sayılı BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı Kosova'ya ilişkin ve Bosna-Hersek yüksek temsilciliğine ilişkin kararları örneklerinde görüldüğü gibi, BM Güvenlik Konseyi sürekli üyelerinden birinin vetosu ile misyonun sona ermesi engellenebilir. Sürekli bir Güvenlik Konseyi üyesi tarafından engelleme yapılması olanağı, BM'in münferit üyelerinin misyonu tek taraflı ortadan kaldıramaması Güvenlik Konseyi'nin sorumluluğunu engellemektedir. AİHK'nun uygulanmaması sonucunu doğuracak değişik faktörler uluslararası örgütün etkin kontrolü bakımından ipucu oluşturmaktadır.

48 UN-Secretary General Report on the United Interim Administration Mission in Kosova vom 12 Juni 2008 (UN-Doc.S/2008/354), Rn.16.

Uluslararası örgütün birlik gönderen devletlerin iç ve dış ilişkileri çerçevesinde doğan zararları nedeniyle sorumluluğu üstlenmesi ve rücu yapılmasına izin vermesi durumlarında uluslararası örgütün etkin kontrolünden söz edilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, AİHM'nin görüşüne göre bu çerçevede esas olan husus, uluslararası örgütün kendi yetkilerinin birlik tahsis eden devletlere delegasyonudur. Yetkilendirme ve yetki delegasyonu arasındaki ayırım yenidir ve BM anlaşmasında bir dayanağı bulunmamaktadır. Güvenlik Konseyi kararlarında tipik olarak yetkilendirmeden söz etmektedir (Güvenlik Konseyi 1244 sayılı Kosova'ya ilişkin kararında da aynı şekilde yetkilendirmeden söz etmiştir)<sup>49</sup>. AİHM'ne göre açık, zamanla sınırlı olarak belli konulardaki uluslararası örgüt yetkilerinin devletlere delege edilmesi örgütün etkin denetimi bakımından ipucu oluşturmaktadır<sup>50</sup>. Burada yetkinin hukuka uygun olarak delege edilip edilmediği, insan hakları ihlâli teşkil eden tasarrufun hukuka uygun yahut aykırı olması önemli değildir. Tereddüt yaratan bir durum da devletlerin uluslararası örgüte rapor verme yükümlülüğünün uluslararası örgütün etkin denetimi bakımından ipucu oluşturup oluşturmadığıdır. Lord Bingham Al-Jeddah davası çerçevesinde rapor kabul etmenin etkin denetim ve kumandaya sahip olmaktan başka bir şey olduğunu ifade etmektedir<sup>51</sup>.

Sonuç olarak BM'in yardımcı organı olarak görev yapan Peacekeeping operasyonlar dâhil olmak üzere (BM anl. VI ve/veya VII. Bölüme göre) yapılan uluslararası askeri operasyonların, ulusal olarak yönetilen Hybride (karma) misyonların ve operasyonların yukarıdaki ipuçları ışığında münferiden değerlendirilmesi gerekmektedir. Etkin denetim ve AİHK 1. madde anlamında jurisdiction'a ilişkin ipuçları prensip olarak hukuki ilişkilere değil, olaylara ilişkindir. Bu nedenle ipuçları hukuki tabiatı sahip olmaktan çok fiili niteliklidir. Bu çerçevede potansiyel olarak temel hakları ihlâl eden önlemlerin meşruiyeti değil, etkinliği önem taşımaktadır. Bununla beraber bu ipuçları

49 bknz: 1244 sayılı (1999) Kosova kararı, Ziff.4.

50 bknz.: AİHM, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen, Rn.132.

51 Lord Bingham'ın Al-Jeddah davasına ilişkin görüşü için bknz.: House of Lords, R. (on the Application of Al-Jeddah) v. Secretary of state for the Defence, 12 Aralık 2007 tarihli karar (2007) UKHL 58, Rn.24.

muvacehesinde uluslararası örgütler tarafından yürütülen operasyonlarda birliklerin tasarruflarından doğan sorumluluğun tümüyle uluslararası örgüte yahut birlik tahsis eden devlete yüklenmesi söz konusu değildir. Gri alanlar kalmaya devam edecektir. İnsan haklarını ilgilendiren yerel ve somut aktivitelerin prensip olarak ulusal tasarrufa bırakılması nedeniyle devletlerin sorumluluğunun kabulüne ilişkin varsayımın özel ipuçları muvacehesinde çürütülmesi mümkündür<sup>52</sup>.

### **Konvansiyon Devletlerinin Etkin Denetimi (Behrami/Saramati Davası)**

Etkin denetim ölçütü ışığında Behrami/Saramati kararının başka türlü verilmesi söz konusu olabilirdi. Sırbistan Kosova'nın bağımsızlığı öncesinde uluslararası gücün Kosova'daki mevcudiyeti nedeniyle AİHK 1. maddesi anlamında Kosova'da egemenlik yetkisi kullanamamıştır<sup>53</sup>. 1244 sayılı (1995) Güvenlik Konseyi kararı uluslararası güvenlik gücünün "unified command and control" a tâbi kıldığını ifade etmiştir. KFOR çerçevesinde birlik gönderen devletler sadece sınırlı olarak NATO'ya "operational control" yahut "operational command" devretmişlerdir. Bunun sonucu olarak NATO operasyonlarında normal olan duruma uygun olarak NATO Kosova'da tam ve münhasır bir kumanda yetkisine sahip kılınmamıştır. NATO komutanı bu dayanak ışığında operasyon emirleri verme yetkisine sahiptir. Ancak bu emirlerin ulusal birlik komutanları tarafından ulusal kumanda yetkilerine dönüştürülmesi gerekmektedir. Bunun anlamı NATO komutanının prensip olarak askerlere emir verme yetkisine sahip olmamasıdır. Birlik tahsis eden devletlerin birlik üzerinde siyasi ve demokratik denetimi temin bakımından birliklerini her zaman geri çekme yetkisi kabul edilmiştir. Birlik tahsis eden devletler askerler üzerinde disiplin ve cezalandırma yetkisini korumuştur. Bunun dışında KFOR'un ve UNMIK'in yargı bağımsızlığından istifade etmesi ve UNMIK'e

52 RICHTER, Dagmar, "Humanitarian Law and Human Rights: Intersecting Circles or Separate Spheres?", bknz.: GIEGERICH, Thomas (Hrsg.), **A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference**, 2009, s. 257 - 322.

53 European Commission for Democracy through Law'ın (Venedik Komisyonu) NATO operasyonu çerçevesinde hazırladığı görüş için bknz.: Opinion on Human Rights in Kosovo: Possible Establishment of Review Mechanisms (No.280/2004, CDL-AD (2004) 033, Rn.77)

ilişkin 2000/47 sayılı Regulation'un 2. ve 3. maddeleri muvacehesinde sadece kendi ülkelerinin yargı yetkisi kabul edilmiştir. Bütün bu nedenler Güvenlik Konseyi'nin uluslararası sorumluluk hukuku ışığında Kosova'da bağımsızlık öncesi etkin denetiminin ve nihai sorumluluğunun söz konusu olmadığını ortaya koymaktadır<sup>54</sup>. AİHM'nin görüşüne göre "exterritorialite" uluslararası örgütlerle işbirliği çerçevesinde de önemli rol oynamaktadır. Uluslararası örgütün işbirliği ile yahut uluslararası örgüt tarafından bir Konvansiyon devletinin ülkesinde önlem alınması durumunda, uluslararası örgütün etkin denetiminin olduğu durumlarda dahi, Matthew davasının ortaya koyduğu üzere (Matthew prensibi) Konvansiyon devletinin egemenlik devri ile Konvansiyon sorumluluklarından kurtulması kabul edilmemekte, Konvansiyon devleti sorumlu kabul edilmektedir. Bu sonuç, Behrami/Saramati davasında AİHM'nin açık bir şekilde Bosphorus içtihatının uygulanmasını reddetmesi ile ortaya çıkmıştır. AİHM bu ayrımı devletin ülkesinde doğrudan tasarrufta bulunan aktörlere atfen savunmuştur. Bosphorus davasında potansiyel olarak temel hakları ihlâl eden önlem, uçağa el konulması, AİHK üyesi İrlanda'nın ülkesinde gerçekleşmiştir. Buna karşılık Behrami/Saramati davasında sorun yaratan önlemler şikâyet edilen devletin ülkesinin dışında alınmıştır. Bosphorus davasında bakanlık emri ile ulusal mercilerin tasarrufta bulunmasının esas alınmasına karşılık, Behrami/Saramati davasında KFOR ve UNMIK tasarruflarının Konvansiyon devletine tahmil edilememesi petitio principii'ne istinat ettirilmiştir. Zira sorun zaten KFOR ve UNMIK tasarruflarından kimin sorumlu olacağı hususudur. Mahkeme olayın geçtiği yere göre bir ayırım yapmıştır. Mahkemenin içtihadına göre uluslararası yahut supranasyonal örgütlerin potansiyel olarak temel hakları ihlâl eden tasarruflar üzerindeki etkin denetimi, bu tasarruflar exterritorial gerçekleştiği nispette Konvansiyon devletlerini sorumluluktan kurtarmaktadır. Loizidou ve Bankovic' davalarında söz konusu edilen, önlemin bütünüyle Konvansiyon alanının dışında (espace juridique) alınıp alınmadığına ilişkin ölçütün yeni içtihatla rol oynamadığı görülmektedir.

54 KRIEGER, Heike, **Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz**, ZaöRV 62, 2002, s. 669 - 702

## Devletin Ülkesinden Konvansiyon Alanına Geçiş

AİHM içtihadında ulusal alanda ve exterritorial alanda gerçekleşen olayların farklı değerlendirilmesi ve AİHK'nun espace juridique'de ihmâl edilmesi tartışma konusu oluşturmaktadır. Küreselleşme ve bununla bağlantılı olarak ulusal sınırların anlamını kaybettiği günümüzde Konvansiyon devletlerinin somut olayın gerçekleştiği yer esas alınarak sorumlu tutulması gerçeğe uymamaktadır. Konvansiyon alanında devletlerin organlarının tasarruflarından, bu tasarruflar ülke dışında gerçekleşse de konvansiyon devletlerinin sorumlu tutulacağı varsayımı vardır. Bu varsayım Konvansiyon alanında hukuk boşluğunu önlemektedir. Buna karşılık önlemin Konvansiyon alanında yahut tümüyle Konvansiyon alanı dışında (Irak örneği) alınması ayırımının yapılması savunulabilir gözükmemektedir. Zira Konvansiyon tarafı olmayan bir ülke ile ilişkilerde genel hukuk prensibi olarak devletlerin yargı bağımsızlığı prensibi gündeme gelmektedir [Monetary Gold-prensibi; Monetary Gold davasında uluslararası Adalet Divanı'nın ön sorun olarak Arnavutluk'un İtalya'dan götürdüğü altınlar nedeniyle uluslararası sorumluluğunu saptaması gerekiyordu). Arnavutluk'un Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kabul etmesi nedeniyle Uluslararası Adalet Divanı karar verememiştir<sup>55</sup>.

House of Lords Al-Skeini davasında (2007) Konvansiyon garantilerinin uygulanması bakımından AİHK'nun espace juridique anlamına ilişkin görüşlerini ortaya koymuştur<sup>56</sup>. Davada Lord yargıçlar AİHK'nun Irak'ta uygulanabilirliğine ilişkin bir ön sorun olarak İngiliz Human Rights Act'i ele almıştır. Davayı Basra'da İngiliz askerleri tarafından öldürülen 6 Iraklı sivilin yakınları açmıştır. İngiliz savunma bakanlığı ölüm nedenlerinin araştırılması için bağımsız bir soruşturma yapılmasını reddetmiştir. Lord yargıçlar İngiliz askerlerinin prensip olarak AİHK ile bağlı olmadığı sonucuna varmıştır<sup>57</sup>. Yargıçlar her şeyden önce AİHM'nin

55 Bknz.: IGH, Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (preliminary question), Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America, ICJ Reports 1954, 19, 33.

56 House of Lords, Al-Skeini v. Secretary of State for Defence, (2007) UKHL 26, 13.06.2007.

57 İngiliz hapisanesindeki kötü muamele ve öldürmeler çerçevesinde kabul edilen istisnalar için bknz.: House of Lords, Al-Skeini

Banković kararına istinat etmiş ve daha sonraki Issa kararını emsal olarak tanımaktan imtina etmiştir.

Lord Brown of Eaton and Under-Heywood işgal gücünün Lahey kara savaşı kurallarının 43. maddesine göre işgal edilen devletin geçerli kanunlarına saygı göstermekle yükümlü olduğuna dikkat çekerek, AİHK'nun Irak'ta uygulanmasının Irak'ta geçerli şeriat hukukunun ihlâli sonucunu doğuracağını ileri sürmüştür. Lord Earlsferry AİHK'nun bölgesel bir enstrüman olduğunu ve AİHK'nun insan hakları alanında emperyal bir araç olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. AİHK Konvansiyon devletlerinde örneğin ölüm cezası, kadınlara ayrımcı muamele ve homoseksüalite konularında geçerli olan toplumsal değerlere saygı ışığında yorumlanır. Konvansiyon haklarının tamamen farklı değerlere sahip Irak'ta uygulanması saçmalaktır<sup>58</sup>. İnsan hakları alanında bölgesel bir enstrüman olan AİHK'nun emperyal bir araca dönüştürülemeyeceği iddiasının haklılık payı bulunmamaktadır. Yerleşik bir prensip olarak kanunların ülkeselliği prensibinin sonucu olarak herkesin bulunduğu yerin kurallarının göre hareket etmesi gerekmektedir. Irak'ta AİHK'nun geçerli olmasına ilişkin bir beklenti bulunmamaktadır. Ancak Irak'ta İngiliz askerlerinin bulunması böyle bir beklenti yaratmış olabilir ve bu nedenle de AİHK alanı dışında yapılan operasyonlarda AİHK'nun uygulanabilirliğinin toptan reddedilmemesi gerekmektedir<sup>59</sup>. Uluslararası misyonlarda bulunan askerlerin ve güvenlik güçlerinin buldukları ülkenin yargısına tâbi olmaması, yargı bağımsızlığından istifade etmesi önemli bir hukuki boşluk yaratmaktadır. Tasarrufta bulunan kişilerin prensip olarak yerel hukuka tâbi olması, yargı bağımsızlığından istifade edilmesi nedeniyle mağdur bakımından bir sonuç vermemektedir.

### Temel Haklar Toleransı Prensibi

Farklı insan hakları rejimlerinin (ulusal, Avrupa ve evrensel) üst üste binmesi durumlarında insan hakları ve temel hak düzenlemelerinin aynı

paralelde düzenlemeler içermesi nedeniyle normlar çatışmasından değil, normlar rekabetinden söz edilmektedir. Rakip durumdaki insan hakları, diğer bir ifade ile temel hak standartlarından hangisinin egemenlik hakkı kullanan tarafından esas alınacağı ve rekabet halindeki denetim mercilerinden hangisine bu çerçevede yetki tanınacağı konusunda Alman Anayasa Mahkemesinin Solange II kararı<sup>60</sup> önemlidir.

Solange II kararına istinat ederek Bosphorus davasında AİHM, maddi hukuk garantilerinin ve hakların korunmasına ilişkin prosedürel mekanizmanın AİHK'nun standardına benzer olduğu nispette, Konvansiyon devletlerinin uluslararası örgüte (AB) üyeliğinden doğan mükellefiyetlerini yerine getirmeye matuf tasarruflarını kabul edilebilir mütalâa etmiştir. Bu davada AİHM, davalı Konvansiyon devletinin AİHK'nun gereklerinin yerine getirdiğini ve AİHK ihlâli yapmadığını kabul etmiştir. AİHM somut durumu incelemekten feragat etmiş (Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Solange II kararından farklı olarak), ancak kendini yetkisiz ilân etmemiştir. Bu tablo, üst üste binen hukuk rejimlerinden her birinin prensip olarak kendi insan hakları standardını esas almak istediğini ve ancak istisnai durumlarda diğer rejimlerin insan haklarının korunmasına ilişkin müdahalesini kabul ettiğini ortaya koymaktadır. Rekabet içinde olan farklı insan hakları rejimlerinin standartları detaylarda farklı olsa da, önemli noktalarda benzer oldukları takdirde problem ortaya çıkmamaktadır (GG 23. md, 1. fık. GG ile özünde mukayese edilebilir bir temel himayesi istenmektedir). Mukayese edilebilir yahut benzer olma sadece temel hakların korunma ölçüsüne ilişkin maddi hukuk garantileri için değil, prosedürel olarak denetim olanakları için de istenmektedir. Asgari koşul yerine geldiği takdirde prensip olarak diğer temel hak rejiminin ölçü olması kabul edilmektedir.

AB'ne ilişkin olarak gerek Alman Anayasa Mahkemesi, gerekse AİHM AB'de maddi ve prosedürel olarak insan haklarını korumanın asgari koşullarının yerine getirildiği varsayımından hareket etmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Strasburg Mahkemesi AB temel haklarını ve AB mahkemelerinin hakları koruma olanaklarını

v. Secretary of State for Defence, (2007) UKHL 26, 13.06.2007 tarihli karar.

<sup>58</sup> Lord Brown of Eaton-under-Heywood'un görüşleri için bkz.: karar Rn.129.

<sup>59</sup> ARNAULD, Andreas von, "Das Menschenrecht im Auslandsinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten", bkz.: WEINGARTNER, Dieter, (Hrsg.), **Streitkräfte und Menschenrechte, Nomos**, Baden-Baden 2008 (Forum Innere Führung, Bd. 30), s. 61 - 82.

<sup>60</sup> BverfGE 73, 335(387)-Solange II, 1986) ve AİHM'nin Bosphorus kararı (EGMR, Bosphorus v. Irland, Beschw.Nr.45036/98, Urteil vom 30 Juni 2005.

Alman ve AİHK koruma sistemine prensip olarak benzer kabul etmiştir.

Benzer bir eşdeğerlik varsayımı Kanada Supreme Court tarafından da kabul edilmiştir. Hape davasında yüksek mahkeme Kanada Temel Hak Şartı'nın ölçüsüz arama ve el koyma yasağı öngören 8. maddesinin "extritorial" uygulanmasını (Turks ve Caicos adalarında) reddetmiştir<sup>61</sup>. Solange II/Bosphorus davasına istinaden mahkeme sınır aşan suçlarla etkin mücadele gerekleri ve yabancı devletlerin egemenliğine saygı anlayışı ile Kanada usul hukukuna ilişkin temel haklardan muayyen bir ölçüde sapılmasını kabul etmiştir. Kanada mercilerinin yabancı ülkede temin edilen prosedürel garantilerin ne ölçüde Kanada temel hak garantilerine uygun olduğunu araştırması gerekmektedir. Hakların korunmasına ilişkin minimum farkların yukarıda işaret edilen hususlar muvacehesinde tolere edilmesi gerekmektedir. Yerel hukuk tarafından temel hak teminatının Kanada Temel Haklar Şartı muvacehesinde yeterli olduğu varsayılmaktadır. Temel hakkı ihlâl edilen şikâyetçinin temel hak düzenlemeleri arasında bir sapma olduğunu somut durumda iddia etmesi gerekmektedir. Bu çerçevede hükümetin temel haklar bakımından yapılan işlemlerin savunabilir olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Yerel düzenleme ve prosedürün "substantially inconsistent with the fundamental principles emanating from the Charter" olduğu gösterilmediği nispette Kanada Temel Haklar Şartı ihlâl edilmemiştir. Zikredilen 3 mahkeme, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, AİHM ve Kanada Supreme Court rekabet içinde bulunan temel hak rejimlerinin uyum içinde olduğu varsayımından hareket etmiştir.

Solange II/Bosphorus kararı farklı temel hak rejimlerinin hakları koruma mercilerinin zorunlu olarak yetkisizliği sonucunu doğurmamıştır. Özellikle Kanada Supreme Court sadece maddi hukuk seviyesinde hakların eşdeğer temin edildiği varsayımından hareket ederek Kanada mercilerinin ülke dışı tasarrufları bakımından Kanada yargısının temel haklara uygunluk denetimi yetkisini tartışma dışı tutmuştur.

Bosphorus davasında AİHK'nun uygulanabilirliğini AİHM de kararın maddi hukuk bölümünde

incelemiştir. Yabancı temel hak rejimlerinin karşılıklı olarak tanınması ilgili temel hak rejiminde hukuk devleti asgari standartlarının tutturulmasına bağlıdır<sup>62</sup>. Bu sonuç teorik olarak temel hak normlarının harmonizasyonu ile gerçekleşebilir. Örneğin BM seviyesinde Güvenlik Konseyinin bireylerin ekonomik ve sosyal haklarını ihlâl eden yaptırımlarının evrensel insan hakları metinlerindeki standarda uygunluğunu denetleyen bağımsız bir merciin kurulması ile bu sağlanabilir. Bu tür bir asgari uyum özellikle prosedürel olarak siyaseten oldukça zordur. Bu nedenle AİHM'nin somut durumda temel hak himayesinin aşağı standartta olması halinde frene basması önemlidir.

Yabancı temel hak rejimi üzerinde iyileştirici bir baskıyı siyasi aktörler (mahkemeler dahil olmak üzere) gerçekleştirebilir<sup>63</sup>. Solange II kararı ile temel hakların benzerliği varsayımından hareket edilmesi nedeni ile prensip olarak yargısal denetim yetkisinden vazgeçilmiştir. Bu nedenle de karar bir baskı aracı özelliği taşımamaktadır. Ancak böyle bir bağlantı kurulması, Kanada Supreme Court'un Hape davasında ortaya koyduğu gibi zorunlu değildir. AİHM kendi yetkisini kabul ettiği nispette potansiyel olarak temel hakları ihlâl eden tasarrufları temel hak rejimlerinin üst üste bindiği durumlarda yabancı temel hak rejimi asgari standardı tutturuncaya kadar kendi temel hak rejimi ışığında denetleyebilir.

### **Temel Hak Toleransı Prensibinin BM'in Temel Hakları İhlâl Eden ve Dolayısıyla Potansiyel Olarak AİHK'nunu İhlâl Eden Önlemlerine Uygulanması**

BM ve organları, yardımcı organları prensip olarak uluslararası insan hakları ve insani DH ile bağlıdır. BM'in şeklen insan hakları anlaşmalarına taraf olmaması nedeniyle bu bağlılığın dogmatik olarak açıklanması zor, ancak olanaksız değildir. Bu çerçevedeki en temel gerekçe BM'in estoppel yasağı muvacehesinde insan haklarının da dahil olduğu (BM anl. md. 1(3), md. 55, bent c) kendi amaç ve prensiplerine saygı göstermesi gereğidir. İnsan hakları anlaşmaları BM anlaşmasının

61 Supreme Court'un R.v. Hape davasında verdiği 07.06.2007 nolu karar; 2007 SCC 26 kararı için bkz.: <http://scc-lexcum.unimontreal.ca>

62 MÖSTL, Markus, "Rechtsgrundlagen und Rechtsbestand der Europäischen Sicherheitspolitik", bkz.: HATJE, A. & NETTESHEIM, M. (Hrsg.). **Sicherheit in der Europäischen Union**, Europarecht 2009, Beiheft 3, s. 3 vd.

63 Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Solange I kararının bu çerçevede oynadığı rol için bkz.: BverfGE 37, 271 (1974).

yorumunda esas alınmaktadır (Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 31, fık. 3, bent c). Bunun dışında BM uluslararası hukuk süjesi olarak prensip olarak insan haklarının ve insani devletler hukukunun dahil olduğu uluslararası teamül hukukuna bağlıdır. Nihayet insan hakları standartları kısmen özel anlaşmalar yahut göndermelerle BM için de geçerli olmaktadır. BM'in insan haklarına saygı göstermesi çerçevesinde AİHK'nun eşdeğerlik problemi maddi hukuk standardından çok prosedürel seviyede hakların icrası bakımından ortaya çıkmaktadır. Son zamanlarda özellikle BM yaptırımlarının muhatap aldığı kişiler bakımından bu konu gündeme gelmektedir. BM Genel Sekreterliğinde bir focal point oluşturulmuştur. Focal point yaptırımların muhatapları olan kişilerin listeden silinme yahut istisna taleplerinin yapılması talebinin yer aldığı dilekçelerini kabul etmektedir (BM Güvenlik Konseyinin 1730(2006) sayılı kararı ile kurulmuştur). Focal point 2005 yılında yapılan dünya zirvesinde bireylerin yaptırım listesine alınması, listeden çıkarılması ve istisnalar için fair ve açık bir prosedür oluşturulması için Güvenlik Konseyinden gelen talep üzerine kurulmuştur<sup>64</sup>. Focal point 73 sayfalık listede ismine yer verilerek yaptırıma uğrayan kişilerin ülkelerinin diplomatik himaye girişimi beklenmeksizin, isimlerinin silinmesini talep etmesine izin vermektedir. Focal point "clearing" merci rolü ilgilinin vatani ve ikamet ettiği ülke ile bağlantı kurmaktadır. İlgilinin ikamet ettiği ülke devleti listeden çıkarma talebi yapma yahut yapmama yetkisine sahiptir. Listedden çıkarma kararı yetkili yaptırım komitesine aittir. Güvenlik Konseyinin sürekli üyelerinin listeden çıkarma önerisini veto ile bloke etme olanağı bulunmaktadır. Bu mekanizma bağımsız bir yargı denetimi teşkil etmemektedir; aynı zamanda minimum hukuk devleti prosedür garantilerini içermemektedir.

Yaptırım muhataplarının temel hak koruması mahkemeye başvuru da içeren evrensel minimum standarda (bkz.: BM İnsan Hakları Deklarasyonu md.10; Medeni Haklar Sözleşmesi md.14) ve Bosphorus davasında ortaya konulan AİHK standartlarına eşdeğer değildir. UNMIK'in ve KFOR'un Kosova operasyonunda da mukayese edilebilir bir maddi hukuk standardı ve prosedürel olarak etkin icra olanağı sunan insan hakları rejimi (ulusal veya uluslararası) söz konusu olmamıştır.

Vakia AİHK Kosova'da atıf yoluyla uygulanabilmiştir. BM Genel Sekreteri özel temsilcisi tarafından BM'in Kosova'daki geçiş dönemi misyonu çerçevesinde (UNMIK) Kosova'da uygulanacak hukuka ilişkin olarak ihdas edilen düzenlemede kamu makamlarında bulunan, kamu hizmeti yapan herkesin uluslararası insan haklarına, özellikle AİHK'na saygı göstermesi öngörülmüştür<sup>65</sup>. UNMIK ve KFOR mensuplarının yerel mahkemelerin yargı yetkisinden bağımsız olmaları nedeniyle düzenlemede icra mekanizması öngörülmemiştir<sup>66</sup>. Bu tablo ışığında AİHM'nin BM ile temel hak rekabetine girdiği durumlarda maddi hukuk denetimi yapma olanağına sahip olması uygundur. Ancak AİHM Behrami davasında bunu açıkça reddetmiştir.

İnsan hakları rejimlerinin üst üste bindiği durumlarda insan hakları yükümlülüklerinin derecelendirilmesi mümkündür. Temel hakların derecelendirilerek değişime uğraması merge d'appréciation doktrinine istinat ettirilmektedir. Buna göre AİHK'nun uygulanması her yerde mutlak olarak benzer yükümlülüklerin doğması sonucunu doğurmaz. AİHM içtihadı yerel özelliklere ve yerel toplumsal değerlere saygı gösterildiğini ortaya koymaktadır. Hareket alanı serbestisi olanağı Konvansiyon'un espace juridique dışında uygulanması halinde standardın düşürülmesine izin vermekte ve bu şekilde insan hakları emperyalizmi iddiası çürütülmektedir<sup>67</sup>.

Bir değerlendirme yapıp, koşullara göre temel haklara bağlılığın hem temel hakları koruma alanının belirlenmesinde, hem de sınırlanmasında değişikliğe gidilmesi mümkündür. Temel haklara bağlılık çerçevesinde yapılacak tüm değişikliklerde ana düşünce bunun uluslararası işbirliğinin gerektirdiği ölçüde caiz olmasıdır<sup>68</sup>. Etkin denetimin yoğunluğuna göre somut durumda Konvansiyon devletine ne tür yükümlülükler düştüğü, bu yükümlülüklerin Konvansiyon devleti bakımından ölçü dışı olup olmadığı ortaya konulacaktır. AİHK'nun uygulanabilirliği, diğer bir ifade ile insan hakları ihlâli teşkil eden tasarrufların Konvansiyon

65 Art. 1.3(b) UNMIK Regulation Nr.1999/24, 12.12.1999 (UNMIK/REG/1999/24) ve UNMIK Regulation Nr.2000/59, 27.10.2000 (UNMIK/REG/2000/59).

66 Art. 2(4) ve Art.3(3) UNMIK Regulation Nr.2000/47 (UNMIK/REG/2000/47).

67 bkz.: WILDE, Ralph, *American Journal of International Law*, 102, (2008), s. 628 - 634.

68 House of Lords, Al-Jedda, Rn.39, 125.

devletine tahmil edilmesinin Konvansiyon devletine ölçü dışı yük getirip getirmediği ve temel hakların bütünüyle bağlayıcılığının Konvansiyon devletine ölçü dışı yük getirmesini önlemek için temel hakların bir derecelendirmeye tâbi tutulması gerekip gerekmediği tartışılmaktadır. AİHK 1. maddesinde öngörülen Konvansiyon haklarının temini yükümlülüğünü emredici olarak kabul eden görüşe göre temel hakların exterritorial tasarruflar bakımından kesilip biçilmesi mümkün değildir.

Konvansiyon devletin daima Konvansiyon haklarını tam bir paket olarak temin etme mükellefiyeti vardır<sup>69</sup>. AİHK'nun Konvansiyon tarafı olmayan bir devletin ülkesinde uygulanması Konvansiyon devletin bu ülkede herkese tüm Konvansiyon haklarını garanti ettiği nispette mümkündür. Bu görüşe esas olan Konvansiyon haklarının bütünlüğü anlayışı uygulamaya uygulamamaktadır. Konvansiyon tarafı devletlerin ülkelerinde de spesifik kimi Konvansiyon haklarının temininde diğerlerine nazaran yapısal yahut mali zorlukları olabilir. Buna rağmen AİHK'nun geçerliliğini reddetme gibi bir durum Konvansiyon tarafı devletlerde gündeme gelmemektedir. Konvansiyon devleti Konvansiyon tarafı olmayan bir devletin ülkesinde haklara saygı gösterme mükellefiyetini tasarruflarda bulunma yükümlülüklerine, prosedürel mükellefiyetlere nazaran nispeten daha kolay yerine getirme olanağına sahiptir. Örneğin soruşturma mükellefiyeti (AİHK md. 2) sadece ceza ve disiplin yetkisine sahip olan mercii tarafından yerine getirilebilir.

Bunun dışında Konvansiyon devletin fiili olanaklarının sınırlarının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Örneğin prosedürel garantilerin temini yerel kurumların mevcudiyetine bağlıdır. Ev aramaları yargısal altyapının mevcudiyetini gerektirir. Bu altyapı mevcut değilse aramayı yapan devletin organına yargıcın aramada yer almasına ilişkin temel hak yükümlülüğü tahmil edilemez. Devletlerin tasarruflarına genel DH tarafından getirilen sınırlar onların temel hak yükümlülükleri bakımından da geçerlidir. Temel hakların Konvansiyon alanı dışında uygulanmasının exterritorial icra tasarruflarını gerektirmesi durumunda genel DH prensipleri ışığında durum oldukça karışık hale gelmektedir. Ev aramalarında yargıç bulunması yargısal bir

icra tasarrufu gerektirmektedir. Böyle bir tasarruf genel DH ışığında yabancı bir devlet için caiz değildir. Alternatif çözüm olarak yabancı mahkemeden AİHK'nun gereğini yerine getirmesi talebinin yapılması düşünülebilir. Ancak bunun da uygulamada rasyonel bir sonuç vereceği düşünülemez. Sonuç olarak önemli bir temel hak olarak tutuklama, ev aramaları ve el koymalarda mahkeme kararının olması gereğinin yerine getirilmesi kolay gözükmemektedir. Organları "exterritorial" tasarruflarda bulunan devletin mahkemeleri bu tasarrufları ulusal yargı faaliyeti olarak denetleyebilir<sup>70</sup>.

Bu çerçevede askeri gerekliliklerin de önemli rol oynadığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Misyon çerçevesinde tasarruflarda bulunan aktörlere ölçü dışı sıkı temel hak standartları öngörüldüğü takdirde uluslararası misyonun etkinliğinin sağlanması zorlaşabilir. Prensip olarak yabancı ülkelerde gerçekleştirilen operasyonlarda askeri gereklilik nedeniyle normal duruma nazaran daha kapsamlı temel hak sınırlamasına izin verilmesi gerekmektedir. Hukuk politikası açısından BM üyesi devletlerin ölçü dışı sıkı taleplerle uluslararası misyona katkı yapmaktan caydırılmaması gerekmektedir. Devletlerin işbirliği yapma şevklerinin kırılmaması önemlidir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. madde, 3. fıkra, bent c muvacehesinde AİHK'nun BM Şartı çerçevesinde verilen kararların etkinliğini sağlayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Exterritorial tasarruflar çerçevesinde birlik gönderen devlet ve kabul eden ülke arasında geçerli olacak temel hak standardı konusunda somut bir mutabakat sağlanması önerisi de yapılmaktadır<sup>71</sup>. Bu öneriye insan haklarının prensip olarak pazarlık konusu olamayacağı gerekçesi ile olumlu yaklaşılmamaktadır. Bunun dışında birlik gönderen devlet kural olarak güçlü konumda bulunması nedeniyle böyle bir pazarlığın fair esaslara göre gerçekleşmesi de mümkün değildir. Her şeyden önce denetimin yoğunluğu Konvansiyon devletin temel haklarla bağlılığının tür ve şeklini belirleyecektir.

70 Amerikan Mahkemelerinin Guantanamo tutukluları nedeniyle yaptığı yargılama için bkz.: US Supreme Court, Boumediene v. Bush, 12.06.2008, 533 US289 (2008).

71 Andreas von Arnould, Das Menschenrecht im Auslandseinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund und Menschenrechten, bkz.: Dieter Weingartner (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, 2008, s. 77.

69 Lord Earlysferry'nin Al-Skeini davasına ilişkin görüşü için bkz.: 13 Haziran 2007 tarihli karar, Rn.79.

Temel hakların temininin kapsam ve içeriği Konvansiyon devletinin denetim yoğunluğunun ölçüsüne bağlı olacaktır. Konvansiyon devleti bölgede sınırlı ölçüde denetim sağlayabildiği takdirde Konvansiyon yükümlülükleri değişikliğe uğratılabilir. Konvansiyon devletinin temel hak ihlâli yapmama yükümlülüğü böyle bir durumda, tasarrufunda bulunan her türlü diplomatik aracı kullanarak bölgede etkin güç kullanan devletin veya uluslararası örgütün temel hak ihlâllerinin sona erdirilmesini temin etmeye matuf yükümlülüğe dönüşebilir. Konvansiyon devletinin bu çerçevede sorumluluğu değil, sadece gayret gösterme mükellefiyeti bulunmaktadır. AİHK'nun esnek uygulanması aşılmaması gereken askeri standart sorunun gündeme getirmektedir.

Behrami/Saramati davasındaki ve Kadı davasındaki farklı temel hak yaklaşımının uzlaşması ile ortadan kaldırılması gerekmektedir. Behrami/Saramati davasında BM tasarrufları bakımından AİHK'nun öngördüğü temel hak koruması reddedilirken, Kadı davasında [BM Güvenlik Konseyi 1267 (1999) sayılı kararı ile BM üyesi devletlere, Taliban'a ait yahut onun kontrolünde olan mal varlıklarını dondurma yükümlülüğü getirilmiştir. AB Konseyi ortak dış ve güvenlik politikası ışığında Güvenlik Konseyi kararına istinaden tüzük ihdas etmiştir. 2001'de BM yaptırım komitesi Yasin El-Kadı'nın ismini de mal varlığına el konacakların listesine almıştır. Bunun üzerine El-Kadı AB Konseyi tarafından ihdas edilen ilgili tüzüklerin iptalini dava yoluyla talep etmiştir. Davacı AB tüzüklerinin mülkiyet hakkını ve savunma hakkını ihlâl ettiğini iddia etmiştir<sup>72</sup>]. ATAD tam tersine BM

yaptırımlarını Avrupa temel hak ölçütleri ışığında değerlendirilmiştir. AB tüzüklerinin yargısal denetimi de facto BM Güvenlik Konseyi kararlarının Avrupa temel hakları ölçütünde denetimi sonucunu doğurmuştur. AİHM'nin Behrami/Saramati davasındaki kararı ve ATAD'ın Kadı davasındaki kararı aynı ölçüde eleştiri konusu olmuştur. AİHM'ne yetkisini kullanmayarak hukuk boşluğu yarattığı ithamı yapılırken, ATAD'a tersine temel haklar emperyalizmi yarattığı ithamı yapılmıştır. Bu tepkilerin hukuk politikası önerileri için esas alınması durumunda orta bir yolun bulunması mümkün olacaktır.

Çok katmanlı egemenlik yetkilerinin kullanılması durumlarında (ülke dışında veya uluslararası örgütlerin müdahil olması) orta yol prensip olarak yabancı temel hak rejiminin ölçü alınması ve yeterli varsayılması ile bulunmaktadır. Maddi hukuk denetimi çerçevesinde (BM için şu an olduğu gibi) eksikler söz konusu olduğu takdirde AİHK'nun escape juridque dışında da uygulanması kabul edilmektedir. Şimdiye dek çok katı bir kriter olarak karşımıza çıkmayan "denetim" aradan geçen dönemde "etkin denetim" olarak algılanmakta ve AİHK'nun bağlayıcılığının somut kapsam ve türünün tayininde temel nokta-i nazarı oluşturmaktadır<sup>73</sup>.

AİHK'nun dünyadaki tüm temel hak problemlerini ortadan kaldırma gibi bir işlevinden söz edilmese de, Konvansiyon devletlerinin temel hak boşluğu olan rejimlere sığınmasını önleme fonksiyonuna sahip olması, onun hukuk politikasındaki yerini tartışılmaz kılmaktadır.

72 bkz.: EuGH, Rs. C-402/05P ve C-415/05P Kadı und Al Barakaat v. Rat und Kommission, 3 Eylül 2008, Rn.319.

73 bkz.: RESS, Georg, **State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations, The case of Banković**, ZEOS 6, 2003, s. 79 - 89.



---

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**


---

- KEES, Alexander Oliver, **Privatisierung im Völkerrecht**, 2008.
- ARNAULD, Andreas von, "Das Menschenrecht im Auslandseinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund und Menschenrechten", bknz.: WEINGARTNER, Dieter (Hrsg.), **Streitkräfte und Menschenrechte**, 2008.
- ARNAULD, Andreas von, "Das Menschenrecht im Auslandeinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten", bknz.: WEINGARTNER, Dieter, (Hrsg.), **Streitkräfte und Menschenrechte**, Nomos, Baden-Baden 2008 (Forum Innere Führung, Bd. 30).
- KRIEGER, Heike, **Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz**, ZaöRV 62, 2002.
- MARTIN, Elisabeth A., **A Dictionary of Law**, 5th ed., 2002.
- MÖSTL, Markus, "Rechtsgrundlagen und Rechtsbestand der Europäischen Sicherheitspolitik", bknz.: HATJE, A. & NETTESHEIM, M. (Hrsg.). **Sicherheit in der Europäischen Union**, Europarecht 2009, Beiheft 3.
- PETERS, Anne, The Applicability of the European Convention of Human Rights in Times of Complex Jurisdiction and the Principle of Fundamental Rights Tolerance (Die Anwendbarkeit der EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz) University of Basel - Faculty of Law, *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 48, 2010.
- RESS, Georg, **State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations, The case of Banković**, ZEOS 6, 2003.
- RICHTER, Dagmar, "Humanitarian Law and Human Rights: Intersecting Circles or Separate Spheres?", bknz.: GIEGERICH, Thomas (Hrsg.), **A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference**, 2009.
- STOLTENBERG, Klaus, "Auslandseinsätze der Bundeswehr im menschenrechtlichen Niemandsland?", **Zeitschrift für Rechtspolitik** 41(2008).
- WILDE, Ralph, **American Journal of International Law**, 102, (2008).

---

**KISALTMALAR CETVELİ**


---

<b>CCPR</b>	: Covenant on Civil and Political Rights	<b>UKHL</b>	: United Kingdom: House of Lords
<b>CDL</b>	: Conseil de l'Europe	<b>UNHCR</b>	: United Nations High Commissioner for Refugees
<b>DR</b>	: Decisions and Reports	<b>UN-GA</b>	: United Nations General Assembly
<b>ECHR</b>	: European Court of Human Rights	<b>YBILC</b>	: Yearbook of the International Law Commission
<b>EGMR</b>	: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	<b>ZaöRV</b>	: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
<b>EMKR</b>	: Europäische Menschenrechtskonvention	<b>ZEOS</b>	: Zeitschrift für Europarechtlichen Studien
<b>Exterritorialität</b>	: ülke dışılık		
<b>ICTY</b>	: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia		
<b>LJN</b>	: Law Journal News		
<b>SCC</b>	: Supreme Court of Canada		

# Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı

–ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi ve AİHS Sözleşmesi'nin 10. Maddesi Zemininden Hareket Eden Bir Kuram Çatısı–

Araştırma

**Öykü Didem AYDIN\***

\* Yrd. Doç. Dr. jur., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.  
(Asst. Prof. Dr. jur., Hacettepe University Faculty of Law, Constitutional Law Department)  
(E-posta: oykudidemaydin@hacettepe.edu.tr)

## ÖZET

Çalışmada düşünce özgürlüğünün çağcıl anayasal sınırlarını düşünce özgürlüğünün anlamı ve işlevi açısından ortaya koyan bir kuram çatısı geliştirilmeye çalışılacaktır. Bu çerçevede ABD ve Avrupa İnsan Hakları düzenleri düşünce özgürlüğü bakımından karşılaştırmalı olarak göz önünde tutulacak ve düşünce özgürlüğünü güvence altına alan anayasal normların koruma alanına giren 'ifade'lerin tanımlanması sorunu da ayrıca gözetilecektir. Hedef, sınırlamayı sınırlayan bir ilkeler rehberi ortaya koymaktır. Bu açıdan Türkiye özelinde tartışılmalı norm ve olay örnekleri de tartışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi, İfade Özgürlüğünün Sınırları, Anayasalar ve Düşünce Özgürlüğü, Salt İfade, İletişimsel Eylem, Ceza Yaptırımlarının Anayasallığı

## ABSTRACT

### CONSTITUTIONALITY OF RESTRICTIONS ON FREE SPEECH IN LIGHT OF ITS SCOPE AND FUNCTIONS:

#### A Theoretical Framework on the Basis of the First Amendment of the Constitution of the United States of America and Article 10 of the European Convention of Human Rights

The article examines constitutionality of limitations on freedom of expression in light of the scope and functions of free speech in modern societies and develops a framework for a comprehensive theory of heightened scrutiny for legitimacy of criminal sanctions restricting speech acts and communicative actions. Within this framework doctrines and methodology of free speech protection and the values on which protection of free speech is based in the USA and under Art. 10 of the European Convention of Human Rights have been comparatively been considered, discussed and related to some Turkish legal controversies. The scope is to propose further guiding principles limiting restrictions on free speech.

### Keywords

Free Speech, Freedom of Expression, Limitations on Free Speech, Freedom of Thought, First Amendment, Art. 10, ECHR, Legitimacy of Limitations on Free Speech, Constitutions and Free Speech, Pure Speech, Communicative Actions, Constitutionality of Criminal Sanctions

## I. Giriş

Çalışmada<sup>1</sup> düşünce özgürlüğünün<sup>2</sup> çağcıl anayasal sınırlarını<sup>3</sup> düşünce özgürlüğünün anlamı ve işlevi açısından ortaya koyan bir kuram çatısı geliştirilmeye çalışılacaktır.<sup>4</sup> Bu çerçevede

1 Kullanılan yabancı kaynaklara atıf ve kısaltmalar, söz konusu kaynakların yazıldığı ülkelerde geçerli sisteme göre yapılmıştır.

2 Çalışmada "düşünce özgürlüğü" ibaresi ile her türlü düşünme ve her türlü düşüncenin her çeşit yolla açıklaması özgürlüğü kastedilmektedir. 'Dar anlamda düşünce özgürlüğü' de, yani bireyin, ifade etmese bile- "düşünme özgürlüğü" şüphesiz, 'geniş anlamda düşünce özgürlüğü'nün kapsamı içindedir. Bununla beraber Türkiye'de zaman zaman dile gelen "kişinin beyininin içini okuyamayacağımıza göre düşünce özgürlüğünden kasıt ifade özgürlüğüdür" gibi basitleştirici bir anlayışı kabul etmiyor ve düşünce özgürlüğü ile onun ifadesi arasında kesin bir ayrıma gidilmeli, diye düşünüyoruz. Düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasındaki ayırım pratik önemden yoksun değildir. Eğer bir 'dar anlamda düşünce özgürlüğü koruması' doktrini yaratılabilirse, ancak o sayede, örneğin kişinin günlükünün, kendi kendine konuşmalarının, rüyalarının, cinsel eylem sırasında sarfettiği sözlerin ve çok yakın ilişki ya da mahrem ilişki içinde bulunduğu kişilerle olan konuşmalarının mutlak koruma görmesi kabul edilebilir ve düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğünden daha ayrıksı bir koruma rejimine tabi tutulabilir. Bu yönüyle "düşünme" özgürlüğü, özel hayatın korunması ilkesi ile de sıkı bir ilişki içindedir. Düşüncenin ifadesi, kişinin özel yaşam alanına dahil olmayan dış dünyaya yönelik açıklamalarıdır. Burada her ne kadar mutlağa yakın bir korumaya gidildiği kuramsal olarak savunulsa da dar anlamda düşünce özgürlüğünden daha geniş bir sınırlama rejimi söz konusu olabilir.

3 "Çağcıl 'anayasal sınırlar'dan kasıt, meşru-anayasal normlardır. Meşru-anayasal normlar ise, "düşünce özgürlüğü" felsefesi gözetilerek kendileri de tartışılmış ve etik-siyasal-felsefi olarak meşru kabul edilmiş anayasal düzenlemeler, uygulamalar ve içtihatlardır.

4 Bu makale, konu üzerinde yazdığımız Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (Ankara, Seçkin Yayınları, 2004) ile "YTKK Açısından Salt İfade Suçu Tiplerine Eleştirel Bir Bakış," (Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, ss. 119-144) adlı çalışmalarımızda ve "Edebiyat ve Hukuk" adlı sitemizde (<<http://www.edebiyatvehukuk.org>>) "Düşünce Özgürlüğü" altında yazdığımız akademik yazılarda [özellikle "Kırk Soruda Düşünce Özgürlüğü ve Sınırlanmasının Meşruiyeti" (<<http://www.edebiyatvehukuk.org/dusunce-ozgurlugunun-anlami-ve-islevi-isiginda-dusunce-ozgurlugunun-sinirlanmasinin-mesruiyeti.html>>)] ve ayrıca doktora tezimiz olan "Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika" (Freiburg i. Br.: ius-rium Verlag, 2006) adlı çalışmamızın bir bölümünde kurduğumuz kuramsal çatıya göre devam çalışması niteliğindedir ve zikredilen çalışmalardan da alıntılar içermektedir. Bu çatı geliştirilirken ilk önce Kuzey Amerikan bağlamından yararlanılmasının nedeni, özgürlüğün işlevi ile "sınırlarının sınırları" tartışmaları arasındaki bağın bu sistemde oldukça derinlikli olarak irdelenmiş olmasıdır. Bu derinlikli irdeme, düşünce özgürlüğünün (ırkçı ve ayrımcı "düşüncelerin" bile) mutlak olarak korunması taraftarı öğretilerin Anglo-Amerikan sistemindeki yaygınlığının nedeni olabilir. Çünkü düşünce özgürlüğüne hayati bir işlev atfedilebilirse onun sınırlanması da kolay-kolay kabul görmeyecektir. Karşılaştırmalı hukuksal açıdan ABD kadar önemli bir başka boyut Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi düzenidir ve özgürlüğün işlevi ile sınırlarının sınırları

ABD ve Avrupa İnsan Hakları düzenleri düşünce özgürlüğü bakımından karşılaştırmalı olarak göz önünde tutulacak ve düşünce özgürlüğünü güvence altına alan anayasal normların koruma alanına giren 'ifade'lerin tanımlanması sorunu da ayrıca gözetilecektir.

Düşünce özgürlüğünün işlevi tartışmaları, genel olarak 'özgürlüklerin işlevi' tartışmalarından bağımsız değildir. Düşünce özgürlüğünün korunmasının kendine özgü etik-felsefi veya siyasal-felsefi dayanakları, bu özgürlüğün anayasal olarak neden bu derece üstün bir koruma görmesi gereğini de açıklayabilir. Bazı hak ve özgürlüklerin neden anayasal güvence altına alındıklarının açıklanması, onların hangi hallerde sınırlanabileceğinin bilinmesi açısından önemlidir. Aynı şekilde bir temel hak ve özgürlük, yerine göre daha kapsamlı olarak sınırlanabilirken bir diğerine neden dokunulmadığı veya çeşitli temel hak ve özgürlükler arasında bir "üstünlük sıralaması" olup olmadığı gibi önemli soruların cevabı da korunan özgürlüklerin işlevlerinin ortaya konulması sayesinde açıklanabilir.

"Düşünce açıklaması olan eylemler, diğer eylemlere göre neden daha çok korunmalıdır ve bu özgürlüğün işlevleri gözetildiğinde, düşünceyi özellikle ceza yaptırımı yoluyla sınırlayan norm ve uygulamaların meşru-anayasal sınırları nelerdir" sorularının yanıtlarını ortaya koymak ve bu yanıtları tartışmak bu çalışmanın temel konusudur.

## II. Düşünce Özgürlüğünün İşlevi ve Sınırları: Karşılaştırmalı Çerçeve

### A. ABD Anayasası, Öğreti ve Yargı Kararlarından Önceller

#### 1. Birinci Ek Madde Koruması ve Tarihsel Gelişimi

Amerikan Anayasası'nın, düşünce özgürlüğünü güvence altına alan 1. Ek Maddesi

arasındaki doğrudan ilişkinin o düzende de önemli olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu ikinci hususta, Türk hukukundaki diğer pek çok çalışma yanında bkz. İbrahim Kaboğlu, "Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri) ve Türkiye", *İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 15, 1993'ten Ayrı Bası* (TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi'nin İnsan Hakları Günü (10 Aralık 1993) dolayısıyla düzenlediği "Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası (Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Uygulaması" konulu Konferans'ta yapılan konuşma metni); Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü/AİHS'nin 10. maddesine ilişkin içtihat (Avrupa Konseyi, 2002, Çeviren Durmuş Tezcan),; Donna Goman, David Harris, Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü, (1998, Çeviren Orhan Kemal Cengiz); Ayrıca bkz. Aş. II. 3. Başlık altındaki değerlendirmelerimiz.

("First Amendment") aşağıdaki düzenlemeyi getirmektedir:

*"Kongre bir dinin kurumsallaşması ile ilgili, ya da özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan; ya da ifade, ya da basın özgürlüğünü; ya da kişilerin barışçı biçimde toplanma veya hükümete şikâyetlere çözüm bulunması için dilekçe verme hakkını kısıtlayan hiçbir yasa yapamaz."*<sup>5</sup>

Birinci Ek Maddenin çıkarılmasına ilişkin olarak Amerikan Temsilciler Meclisi'nde ("House of Representatives") yürütülen tarihsel tartışma bize "'speech and press'-clause" adı verilen ifade ve basın özgürlüğü hakkında (özellikle Kongre üyelerinin bu maddeden neyi anladıkları konusunda) bir bilgi vermemektedir. Senato'da yapılan tartışmaların tutanakları da mevcut değildir. Tartışmalar sırasında Madison'un düşünce özgürlüğü hakkında uzun uzadıya tartışma yapılmasına karşı bir uyarı niteliğinde olan aşağıdaki tarihi sözleri bir asgari müşterekte birleşilmesini sağlamaya yönelik olmuştur:

*"...Eğer kendimizi basit ve genel geçer ilkelerin sayılması ile sınırlarsak, sınırların onaylanma büyük bir güçlüklerle karşılaşmayacak."*<sup>6</sup>

Fakat bu basit ve genel geçer ilkelerin sonu gelmez tartışmaları doğurmuş olmasının nedenini Madison'un düşündüğünün aksine Birinci Ek Maddenin sınırlı hacminde aramak gerekmektedir.<sup>7</sup>

Birinci Ek Madde başlangıçta hangi temelde ve ne tür bir uzlaşma ile kabul edilmiş olursa olsun Jefferson'un siyasal mücadelesi ve "Sedition Act"<sup>8</sup> a karşı muhalefeti ve bu yasanın

5 "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free speech exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

6 "I venture to say, that if we confine ourselves to an enumeration of simple, acknowledged principles, the ratification will meet but little difficulty" [THE BILL OF RIGHTS: A DOCUMENTARY HISTORY 1153 (B. Schwartz ed. 1971)].

7 Öykü Didem Aydın, *Üç Demokrasi Düşünce Özgürlüğü* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), s. 49 vd.

8 Ch. 74, 1 Stat. 596 (1798). "İsyan Yasası" adı verilen bu yasa göre "Amerika Birleşik Devletleri hükümetine ve Amerika Birleşik Devletleri Kongresi'nin her bir meclisine veya Başkana karşı yalan ve skandal oluşturan ve kötü niyetli yazı veya yazıların hükümeti ve Kongre'yi oluşturan meclislerden birini ya da Başkanı tahrik amacı ile ya da bunlardan birinin tahkire ("contempt") ya da "şeref zedeledenmesine" ("disrepute") uğraması amacı ile yazmak, açıklamak ve yayınlamak" ("write, print, utter or publish..."

Adams hükümeti tarafından siyasi muhaliflerini sindirmede bir araç olarak kullanılması<sup>9</sup> sırasında bir tür özgürlükçü düşünce ve basın özgürlüğü kuramı oluşturulmuştur.<sup>10</sup> İlk başta hararetle düşünce özgürlüğünü savunan Jefferson'un bu özgürlükçü anlayıştan iktidara geldikten sonra uzaklaştığı söylenmektedir.<sup>11</sup> Ancak iktidardakilerin buna yakınlaşması ya da uzaklaşması Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin zaman içinde artan bir dikkatle düşünce özgürlüğünü korumasını ve bu gelişmenin istikrarını etkileyebilecek düzeyde olmamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde Anayasanın 1. Ek Maddesinin yalnızca düşüncenin açıklanmasının sansürünü ("prior restraints" of expression") yasaklamadığı aynı zamanda da düşüncenin açıklanmasından sonra getirilen yaptırımlar yoluyla sınırlandırılmasında da gündeme geleceği kuramının bütünüyle kabulü yakın bir geçmişe rastlar. Yine, düşünce özgürlüğünün yalnızca siyasal düşünceyi değil, diğer tüm düşünceleri de kapsadığını kabul etmek de Amerika'da uzun zaman almıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra geliştirdiği öğretilerle<sup>12</sup> düşünce özgürlüğünü, belki de Amerikan

any false scandalous and malicious writing or writings against the government of the United States, or either house of the Congress of the United States, or the President of the United States, with intent to defame the said government, or either house of the said Congress, or the said President, or to bring them, or either of them, into contempt or disrepute") fiilleri cezai müeyyideye tabi tutulmuştu.

9 Krş. J. SMITH, FREEDOM'S FETTERS -THE ALIEN AND SEDITION LAWS AND AMERICAN CIVIL LIBERTIES 159 (1956).

10 L. LEVY, LEGACY OF SUPPRESSION: FREEDOM OF SPEECH AND PRESS IN EARLY AMERICAN HISTORY (1960), 6. Kısım.

11 Thomas Jefferson'un yaşamı ve çalışmaları çelişkilerden uzak değildir. Jefferson, muhalefette iken çok hararetle bir biçimde savunmuş olduğu ilkeli bir anayasa yorumuna her zaman sadık kalmamıştır. [Jürgen HEIDEKING: Revolution, Verfassung und Nationalstaatsgründung, 1763-1815, in: Willi Paul Adams, Ernst Otto Czempiel, Berndt Ostendorf, Kurt L. Shell, P. Bernd Spahn, Michael Zöllner (Hrsg.): Die Vereinigten Staaten von Amerika, Geographie, Geschichte, Politische Kultur, Politisches System, Wirtschaft, zweite Aufl., Band I, 1992, S. 84]; L. LEVY, JEFFERSON AND CIVIL LIBERTIES - THE DARKER SIDE (1963). Jefferson 1803 yılında Pensilvanya valisi McKean'e şöyle yazmıştır: "...ve bu nedenle en önde gelen 'ihlal'cilerden bir kaçını cezai takibata maruz bırakmanın basın ahlakının yeniden kurulmasında iyi bir etki yaratabileceğini düşündüm." in: 9 WORKS OF THOMAS JEFFERSON 449 (P. Ford, ed. 1905).

12 Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin özgürlüklerle ilgili geliştirdiği koruma rejimlerine "doctrin" (öğreti) denilmektedir. Bu yönüyle öğreti kavramı kıta Avrupası sistem-

Anayasa koyucusunun Anayasayı yaparken dü-şündüğünün de ötesine geçerek geliştirmiştir.<sup>13</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi'nin Birinci Ek Maddenin düşünce ve basın özgürlüğünün yalnızca sansürü yasakladığını kabul eden ilk içtihatları zaman içinde yumuşayarak değişmiştir.<sup>14</sup> Yargıç Holmes'un İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki önemli kararlardan biri olan Schenck kararındaki gerekçesi bu konuda çığır açan bir yaklaşımı sergilemektedir<sup>15</sup>:

*"Sansürün önlenmesi ana amaç olarak kabul edilmiş olabilir de ifade özgürlüğünü sınırlayan yasaların kabul görmemesi sadece ifade açıklamasından önceki sınırlamalara ilişkin değildir."*<sup>16</sup>

Yargıç Holmes Abrams v. United States'deki ünlü karşı oyunda da ("dissent") Birinci Ek Maddenin ortak hukukta ("common law"), özellikle hakaret cürümleri ile ilgili olarak, geçerli olan temel bazı kuralları ilga ettiğini iddia etmiştir.<sup>17</sup>

lerin anladığı "öğreti" kavramından kısmen farklıdır. Gerçekten, Amerika'da bilim adamlarının kuramlarına çok nadir olarak öğreti denilmektedir. Ancak, kıta Avrupa dilinde "bilimsel öğreti ve yargısal öğreti kavramları" yerleşmiştir. Çalışmamızda öğreti sözünü kullanırken kastedeceğimiz çoğunlukla yargısal öğretdir.

13 1907 yılında Yargıç Holmes şu ifadelerde bulunmuştur: "İlk olarak bu gibi hükümlerin ana amacı, yayınların diğer hükümetlerin yaptığı gibi sansüre uğratılmasını önlemektir, ancak bu hükümler, kamu yararına halel getirdiği düşünülen yayınların yayınlandığından sonra cezalandırılmasına engel olmamaktadırlar... Sansür yasağı hem doğru hem yalan ifadelere teşmil edilebilir; ifadeden sonraki müeyyideler ise hem gerçek hem gerçeğe aykırı ifadeler için geçerli olabilir" ["...In the first place, the main purpose of such constitutional provisions is 'to prevent all such previous restraints upon publications as had been practiced by other governments,' and they do not prevent the subsequent punishment of such as may be deemed contrary to public welfare...The preliminary freedom extends as well to the false as to the true; the subsequent punishment may extend as well to the true as to the false..."] (Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454, 462 (1907)). Fakat yargıç, hukukun bütün genel ilkelerini kabul edildikleri halleri ile bırakma gibi bir anayasal ilke bulunmadığından söz etmiştir. (Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454, 461 (1907)).

14 Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 275, 281; RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT, §1.04 (2), 20 (1994); Holmes'un Patterson v. Colorado kararındaki görüşü (205 U.S. 454, 462).

15 Espionage (Casusluk) Yasasının ihlali ile ilgili bir kararda [el ilanı dağıtarak askerlik hizmetinden soğutma ya da bu hizmete riayetsizlikten ("insubordination") dolayı] mahkumiyetlerin onanmasına karşın yalnızca sansürün değil aynı zamanda ifadenin açıklanmasından sonraki müeyyidelerin de Birinci Ek Madde sınırlamasına tabi olduğu kabul edilmiştir [Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 51-52 (1919)].

16 "It well may be that the prohibition of laws abridging the freedom of speech is not confined to previous restraints although to prevent them may have been the main purpose..." [Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 51-52 (1919)].

17 250 U.S. 616.

*"İdarenin Birinci Ek Maddenin ortak hukukta geçerli olan yıkıcı propagandaya ilişkin kuralları yürürlükte bıraktığı yolundaki fikrine tamamen karşıyım. Bana göre tarihsel gelişim böyle bir fikri geçersiz kılıyor."*<sup>18</sup>

Yüksek Mahkeme Yargıç Holmes'un bu düşüncelerini hızlı bir biçimde benimseyerek<sup>19</sup> Birinci Ek Maddenin ilkesel olarak öyle görünse de yalnızca sansürün yasaklanmasına ilişkin olmadığını çok açık olarak kabul etmiştir.<sup>20</sup>

Bu kararlar Amerikan Yüksek Mahkemesi düşünce özgürlüğüne ilişkin içtihatlarında yeni bir çağ açıyor ve Birinci Ek Maddenin anlamına ve amacına ilişkin yorumlarında daha geniş açılımlara yönelmeye başlıyordu.

Schenck kararında Birinci Ek Madde öğretisi adı da verilen ve bugün oldukça karmaşık bir hal almış koruma rejiminin gelecekteki gelişimine ışık tutacak açıklamalar bulunmaktadır. Yargıç Holmes'un oyu ("opinion") bunu açıklıkla ortaya koymaktadır:

*"...Birçok yerde ve sıradan zamanlarda sanıkların bildirimlerinde söylediklerini söylemelerinin anayasal hakları olduğunu kabul ediyoruz. Fakat her fiilin özelliği ["the character of every act"] işlendiği dış koşullara ["circumstances"] bağlıdır. Düşünce özgürlüğünün en sıkı koruması bile bir kimsenin tiyatrodan yanlış olarak 'yangın var' diye bağırap panik yaratmasını korumaz. Öyle ise mesele, her olayda sarf edilen sözlerin Kongre'nin önlemekle yetkili olduğu önemli kötülöklere sebebiyet verilmesi yolunda açık ve mevcut tehlike<sup>21</sup> ortaya koyabilecek bir mahiyette olup olmadığı meselesidir."*<sup>22</sup>

18 "I wholly disagree with the argument of the Government that the First Amendment left the common law as to seditious libel in force. History seems to me against the notion." (A.g.y. S. 630).

19 Near v. Minnesota (283 U.S. 697, 716).

20 RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT (1994), bkz. S. 21.

21 Türkiye'de yerleşmiş olan "açık ve yakın tehlike" ifadesi yerine "açık ve şu anki tehlike" ifadesini kullanmayı tercih ediyorum. Bunun nedeni "present" sözcüğünün hem yalın dilsel hem de Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilen kavramsal anlamının "yakın" değil, "şu anki" "şu anda var olan", "şu an hazır ya da meydana gelmekte olan" demek olmasıdır. Aslında Türkiye'deki kullanımda da kastedilen "yakın tehlike" değil "yakın zarar tehlikesidir", yakın olması gereken tehlike değil zararın meydana gelme ihtimalidir. "Açık ve şu anki" yerine "açık ve mevcut" ibaresi de kullanılabilir.

22 "...The question in every case is whether the words used are used in such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent."

Böylece Yargıç Holmes, Yargıç Brandeis ile birlikte kısa zamanda bir dizi karşı oy yazdı. Bu karşı oylarda temel fikir, Yüksek Mahkeme'nin çoğunluğunun gösterilen ölçütleri kurumlar için hiç bir tehlike göstermeyen düşünceleri bastırmak için yanlış olarak uyguladığı savıydı.<sup>23</sup> Ancak Yüksek Mahkeme çoğunluğu da Yargıç Holmes ve Brandeis'den etkilenmeye ve yavaş yavaş düşünce özgürlüğünün koruma alanını genişletmeye başlamıştı. Bunun ilk ve en önemli örneklerinden biri Amerikan Anayasası'nın, 14. Ek Maddesi ile Birinci Ek Maddesi birlikte değerlendirildiğinde, yalnızca federal devletin değil eyaletlerin de düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik yetkilerinin sınırlandırılmasını emrettiğinin kabul edilmesi oldu. Eyaletlerin de sınırlandırmanın sınırlarına tabi olduğu fikri kabul edildikten sonra koruma öğretilerinin geliştirilmesi çok daha kolay olacaktı.

Yargıç Holmes ve Brandeis'in karşı oyları düşünce ve basın özgürlüğüne ilişkin gelecekte egemen olacak ilkelerin gelişmesi yönünde önemli açıklamalar içermiştir. Yargıçların savları ilk önce yalnızca azınlıkta kalsa da Yüksek Mahkeme Fiske v. Kansas<sup>24</sup> kararında eyaletleri ilgilendiren bir konuda ("state case") düşünce özgürlüğünün korunmasına cevaz verdi. Stromberg v. California<sup>25</sup> kararı ile bir eyalet yasası düşünce özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesi ile yok hükmünde sayıldı.<sup>26</sup> Yine Yargıç Black'in formüle ettiği başka bir kararda<sup>27</sup> eyaletin ortak hukukunda yer alan bir düzenlemenin yok hükmünde olduğunu belirlerken Birinci Ek Maddenin düşünce, basın ve din özgürlüğünün İngiliz ortak hukukunun kabul ettiğinden

23 Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919); Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919); Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920); Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920); United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Pub. Co. v. Bursleson, 255 U.S. 407 (1921); Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920).

24 274 U.S. 380 (1927).

25 283 U.S. 359 (1931). Ancak 1965'e dek [Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965)] hiçbir federal yasa ABD Yüksek Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunmamıştır; United States v. Robel, 389 U.S. 258 (1967).

26 Yok sayılan yasalar için "void" kavramı kullanılmaktadır; bkz. Near v. Minnesota ex. rel. Olson, 283 U.S. 697 (1931); Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242 (1937); De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937); Lovell v. Griffin, 303 U.S. 444 (1938).

27 Yüksek Mahkemenin gerekçeli kararlarına "Opinion" adı verilmektedir.

öte bir koruma getirdiğini ifade etmiştir<sup>28</sup> O tarihten bu yana gelişmeler sallantılı olsa da daha 1964 yılında Yüksek Mahkeme aşağıdaki saptamayı yapabilmıştır:

*"biz bu davayı kamuyu ilgilendiren konulara ilişkin tartışmaların çekincesiz, gürbüz, şeffaf ve açık olması gerektiği ve bu tartışmaların şüphesiz hükümete ve hükümet görevlilerine karşı hararetli, keskin ve bazen de hoş gitmeyecek ölçüde sivri saldırıları da içerebileceği ilkesine olan derin bir ulusal inanç ışığında değerlendiriyoruz."*<sup>29</sup>

1969 yılı ise Yüksek Mahkeme'nin devlete karşı şiddete başvurulmasının veya kanuna aykırılığın savunulmasının yasaklanmasına ya da cezalandırılmasına karşı düşünce ve basın özgürlüğü koruması getirilmesi yolunda temel ilkelerin ortaya konulduğu yıl olmuştur. Bu ilkelere göre düşüncenin ifadesi, çok yakın bir gelecekte ortaya çıkması gereken kanunsuz bir fiilin ("imminent lawless action") gerçekleştirilmesini tahrik ("incite") etmedikçe ya da bu fiilin gerçekleştirilmesini sağlamaya ("produce") yönelik olmadıkça ve yine gerçekleştirilmesini sağlamaya elverişli ("likely") olmadıkça müeyyide altına alınamayacağı kabul edilmiştir.<sup>30</sup>

1969'dan günümüze ulaşan çizgide verilen bir dizi karar da düşünce özgürlüğü korumasının azami ölçüde genişletilmesine yönelik olmuştur. Bu süreçte, düşünce özgürlüğü her türlü soyut şiddet savunuculuğu, ırkçı veyahut açıklamaları da "koruma alanı" kapsamına sokacak ölçüde esnetilmiştir.<sup>31</sup>

## 2. Amerika Birleşik Devletleri'nde Düşünce Özgürlüğü Kuramı, Yöntemi ve Öğretisi

Amerikan Anayasal öğretisinde düşünce özgürlüğü kuramı, yöntembilimi ("methodology") ve yargısal öğretisi (doktrini) arasında bir ayrıma gidilmektedir.<sup>32</sup>

28 Bridges v. California, 314 U.S. 252, 263-68 (1941).

29 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964).

30 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969).

31 Ayrıntıları için bkz. Öykü Didem Aydın, Üç Demokrasi Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), s.171 vd.

32 Smolla ve Nimmer ifade özgürlüğü kuramını ("free speech theory"), ifade özgürlüğü metodundan ("free speech method") ve her ikisini de ifade özgürlüğü öğretisinden ("free speech doctrine") ayırmaktadır [(RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01[3], S.7 (1994)]. § 2.01 (1), S. 3.

Düşünce özgürlüğü kuramı ("Free Speech Theory") düşünce özgürlüğünün neden koruma görmesi gerektiğini açıklamaya çalışan bilimsel çabalarla ilgilidir. Bu bağlamdaki temel amaç, Amerikan Anayasasının Birinci Ek Maddesinin "neden"i, diğer bir deyişle "ratio legis"ini (yasanın ruhunu) belirlemektir.

"Free Speech Method" adı verilen düşünce özgürlüğünün yöntemi kavramı ise düşünce özgürlüğü ile ilgili soruların yanıtlanmasına ve sorunların çözümlenmesine genel bir ışık tutacak yöntemlerin ortaya konulmasını anlatır. Böylece metodoloji, düşünce özgürlüğü kuramından daha ileri bir adım olmaktadır. Metodoloji, düşünce özgürlüğüne ilişkin içtihatlar ("free speech jurisprudence") olan yaklaşımların ("Approachs") bir tasnifini yapar. ABD'nde önde gelen Anayasa hukukçularından Smolla'ya göre, düşünce özgürlüğünün korunması bağlamında farklı başlangıçlarda uygulanabilen ve temel olan üç yöntemden söz edilebilir: Bu yöntemler mutlak koruma ("absolutism"), somut dengeleme ("ad hoc balancing") ve duyarlı ve özenli inceleme ("heightened scrutiny")<sup>33</sup>, yöntemleridir.<sup>34</sup>

"Free speech doctrine", yani düşünce özgürlüğüne ilişkin yargısal öğreti kavramı ise Yüksek Mahkeme'nin düşünce özgürlüğü alanında uyguladığı çok yönlü somut ölçütlerdir. Bu ölçütler ne kadar çok yönlü olsa da bunların belirli bir model çerçevesinde tasnif edilmesi mümkündür. Bazı alanlarda Yüksek Mahkeme mutlak koruma yolunda bir yaklaşımı reddetse de, mutlak korumaya yaklaşan bazı doktriner ilkeler geliştirme yoluna gitmiştir. Bu ilkelerin ana fikri, düşünce özgürlüğünün, devletin düşünce özgürlüğüne müdahale ile aynı düzeyde olmayan diğer özgürlüklere müdahalesinin anayasallığının incelenmesinde kullanılan "rational basis test" ("makul temel ölçüt"ün)<sup>35</sup>

33 Smolla bu ifadeyi kullanmaktadır ]RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01[3], S.7 (1994).

34 A.g.e., S. 6.

35 "Reasonable basis", "makul temel", genel olarak Amerikan Anayasası ile korunan temel haklara müdahale etmeyen yasaların anayasallığını denetlemede kullanılan bir ölçüttür. Bu ölçüt, temelde yasa koyucunun, yasayı makul olarak savunabilmesini ve yasanın çıkarılmasında anlamlı bir amaç gösterebilmesini aramaktadır. Yine, aynı ölçüt özellikle yasanın temel eşitlik ilkesine aykırı olmamasını da arar. Mahkeme, herkese eşit olarak uygulandıkça ve amacı makul oldukça, temel haklara müdahale etmeyen yasaları anayasaya uygun

sağladığından daha fazla bir koruma görmesi gerektirir.

### 3. Birinci Ek Madde Düzenlemesinin Anlamı ve Kapsamı (Düzenlemenin İçeriği)

Amerikan Anayasasının Birinci Ek Maddesi dört temel hakkı düzenleme altına almaktadır. Düzenlemenin sözü, konuşma, basın, toplantı ve dilekçe haklarından söz etmektedir. Öğreti ve yargının; konuşma, basın, dilekçe, dernek vs. kavramlar yerine adet olduğu üzere kısaca ifade ("expression") kavramını kullanması konuşma özgürlüğünü düzenleyen yan cümle ile basın özgürlüğünü ifade eden yan cümlenin aynı kapsama sahip olup olmadıkları ya da birinin diğerinin ötesine geçip geçmediği temel sorusunu ortaya çıkarmıştır. Ancak, Yüksek Mahkeme, sayılanların ötesinde benzer başka hakları da Birinci Ek Madde düzenlemesi altında görmüştür. Her koşulda, düşünce özgürlüğü kavram çatısı geniş görülmüş, bunun altına film, sanat<sup>36</sup> eserleri, bilim ve araştırma<sup>37</sup> gibi özgürlükler de dahil edilmiştir.

Uzun süre kurumsal basının, devlet müdahalelerine karşı bireylerden, gruplardan ya da derneklerden daha fazla korunması gerekip gerekmediği de tartışılmıştır. Yargıç Stewart'a göre:

*"Birinci Ek Maddenin konuşma ve basın özgürlüğünden ayrı ayrı söz etmesi anayasal bir tesadüf değil, Amerikan toplumunda basının oynadığı eleştirel rolün tanınmasıdır. Anayasa bu role ve bu rolü etkili bir biçimde gerçekleştirme yolunda ortaya çıkabilecek özel gereksinimlere karşı duyarlılık gösterilmesini öngörmektedir."*<sup>38</sup>

Buna karşı Yargıç Burger aşağıdaki görüşleri ileri sürmüştür:

*"Mahkeme, Basın özgürlüğünü düzenleyen hükmün hükümet müdahalelerinden korunma konusunda kurum olarak basına diğerlerinin yararlanmadığı bir özgürlük verip vermediği konusunu henüz tam olarak çözmemiştir."*<sup>39</sup>

kabul etmektedir [United States v. Marshall, 908 F.2d 1312 (7th Cir. 1990); bkz. Gayle Lynn Pettinger, Note, *Rational Basis with Bite: Intermediate Scrutiny by any Other Name*, 62 IND. L.J. 779 (1986-87)].

36 Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

37 Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

38 Houchins v. KOED, 438 U.S. 1, 17 (1978) (katılan oy); yine bkz. Stewart, Or of the Press, 26 HASTINGS L.J. 631 (1975).

39 First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765, 798 (Başyargıç Burger'in katılan oyu). Yargıç Burger'e göre kurumsal basının özel bir önceliği yoktur.

Ancak birçok karar basın özgürlüğünün basına, hükümeti genelde kamunun sahip olmadığı bir enformasyon sağlamaya zorlama hakkı vermediğine işaret etmektedir.<sup>40</sup>

Özellikle yargılamaları izleme hakkı (“*trials access*”) ile ilgili kararlar, hem kamuya hem de basına bu konuda eşit haklar tanıdığını göstermektedir.<sup>41</sup> Basın, birçok yönden kamuya dahil bir kimsenin gördüğünden farklı bir muamele görmemektedir.<sup>42</sup> Buna karşın, basının enformasyon elde etme ve sunma, haber yayma rolü nedeni ile başkalarının aynı ölçüde görmediği belirli bir hoşgöründen yararlanması gerektiği de açıktır. Basının bu özel rolü, basını devletten belirli bir duyarlılığı<sup>43</sup> talep etmeye haklı kılmaktadır. Yüksek Mahkemenin kararlarına bakarak, bu duyarlılığın somut olarak ne tür bir fark ortaya koyduğunu söylemek çok kolay değildir. Bu farkı ünlü New York Times v. Sullivan davası bir noktaya kadar açıklamaktadır (“*good-faith-defamation*”).<sup>44</sup>

Yargıç Stewart, New York Times v. Sullivan davasında basına tanınan özel önceliğin, bütünü ile basın özgürlüğüne ait bir öncelik olduğunu ifade etmiştir. Yargıç, düşünce özgürlüğünün anayasal kuramının kişileri hakarettten dolayı her türlü sorumluluktan kurtardığı düşüncesini<sup>45</sup> reddetmekte ve Yüksek Mahkemenin hakaret fiilleri söz konusu olduğunda hoşgörüş eşliğini düşürdüğü olayların hepsinde davalının bir basın mensubu olduğunu belirtmiştir.<sup>46</sup>

40 Houchins v. QKED, 438 U.S. 1, 16 (1978); Saxbe v. Washington Post, 417 U.S. 843 (1974); Pell v. Procunier, 417 U.S. 817 (1974); Nixon v. Warner Communications, 435 U.S. 589 (1978).

41 Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980); Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).

42 Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972); Zurcher v. Stanford Daily, 436 U.S. 547 (1978); Herbert v. Lando, 441 U.S. 153 (1979); “Genel olarak uygulanan yasalar, uygulanmaları, müccerret, basın özgürlüğü üzerinde ikincil ve rastlantısal etkiler doğuruyor diye Birinci Ek Maddeyi ihlal etmezler [“Generally applicable laws do not offend the First Amendment simply because of their enforcement against the press has incidental effects (Cohen v. Cowless Media Co., 501 U.S. 663, 669). (1991).

43 Justice Stewart’ın “E.g. Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974)” kararındaki görüşü; Landmark Communications v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978).

44 New York Times Co v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

45 Stewart, Or of the Press, 26 Hastings, L.J. 631, 633-35 (1975).

46 Hutchinson v. Proxmire, 443 U.S. 111, 133 n. 16 (1979) davasında Yüksek Mahkeme, Times ölçütünün tek bir kimseye de aynı biçimde uygulanacağına hiçbir zaman karar vermediğini ifade etmiştir.

Ancak Yüksek Mahkeme’nin şirketlerin ya da kurumların da gerek Federal hükümetin gerek eşitlik ilkesini koruma altına alan Ondördüncü Ek Madde üzerinden eyaletlerin müdahalelerine karşı Birinci Ek Maddenin sağladığı korumadan yararlanabileceklerine ilişkin kararı özel kişilerin düşünce özgürlüğü ile kurum olarak basın özgürlüğü ve basın mensuplarının özgürlüğü arasındaki sözde çatışmanın ortadan kalkmasına yol açmıştır.<sup>47</sup> Yüksek Mahkeme’ye göre tartışma konusu olan şey, şirketlerin ya da kurumların hangi Anayasal haklara sahip oldukları değil, sınırlanan konuşmanın, kamuoyunu ilgilendirmesi bakımından toplumsal önemi nedeni ile Birinci Ek Maddenin koruması gereken bir “ifade” olup olmadığı idi. Buradaki ince nokta Amerikan düşünce özgürlüğü hukukunda çok önem taşımaktadır. Söz konusu olan *kimin konuştuğu* değil, konuşmanın *kimi ilgilendirdiğidir*.<sup>48</sup> Olayda söz konusu ifade kamusal işlerin yerine getirilmesine ait fikirlerin açıklanması olduğundan kaynağına bakılmaksızın korunacaktır. Birinci Ek Madde bireysel girişimi ve kendi kendini yönetmenin sağlanmasını değerli bir amaç olarak koruduğu ve geliştirdiği için, tartışmalara, müzakerelere ve enformasyon ve fikirlerin yayılmasına kamuoyuna mensup bireylerin katılabilmesinin sağlanması son derece önemlidir.<sup>49</sup>

Böylece konuşma ve basın özgürlüğü belirli nitelikleri ve amaçları bakımından aynı kavramsal çatı altına yerleştirilmiştir. Bu çatı “ifade” sözü ile anlatılmaktadır. Bu ortak çatı, ifade ve basın özgürlüğü arasında var olan bazı doktriner ayrımların gözden kaçırılacağı anlamına alınmamalıdır. Bu konuda tehlike çok büyük değildir.

Yine toplantı özgürlüğü ve dilekçe hakkı da düşünce özgürlüğü ile bir arada düzenlenmiştir. Gerçi, Birinci Ek Madde bu özgürlükleri açıkça düzenlemese de bir tek düşünce ya da ifade sözünün bunları da kapsayacağı düşünülebilirdi.<sup>50</sup>

47 First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978) (“5’e karşı 4”le alınmış bir karar).

48 Aslen bu ayrım, basın özgürlüğü kisvesi altında özel meselelerini çözmeye çalışan gazetecilerin, kamuyu ilgilendiren konular da haber ve yayın etkinliğinde bulunan gazeteciler kadar koruma görmemesini sağlamaya da yönelik olacaktır.

49 Bkz. Consolidated Edison Co. v. PSC, 447 U.S. 530, 533-35 (1980).

50 Bkz. Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U.S. 555, 578 (1980).



Yüksek Mahkeme'nin Birinci Ek Madde ile ilgili içtihadı yaklaşımı, iletişimle ilgili temel hakların içeriklerini belirlemede düzenlemenin amacının göz önüne alır. Bu bağlamda, çoğunlukla, Birinci Ek Madde kuramına, yani tek tek temel haklar konusunda kümülatif (topluca) ya da alternatif (seçmeli) olarak gündeme getirilebilen norm amaçlarına dayanılır.<sup>51</sup> Bu bağlam içinde Birinci Ek Maddenin düzenlediği temel haklar arasındaki ilişki çok keskin bir sorun olarak karşımıza çıkmaz. Normal olarak, düzenlenen bu dört temel hakkı kesin olarak birbirlerinden ayırmak, içerik ve kapsam farklılıklarını sert çizgilerle belirlemek gereksinimi duyulmamıştır. Çünkü düşünce özgürlüğünün sınırları, düzenlenen özel bir temel hakkın içeriğine dayanarak farklılaşmamaktadır. Bu temel nokta karşısında Amerikan düşünce özgürlüğü hukuku için tek bir "ifade" ya da "iletişim" özgürlüğü kavramından yola çıkmak uygundur.

Böylece Birinci Ek Maddede yazılı olmayan hak ve özgürlüklerden, Birinci Ek Maddenin amacı ile özel bir bağları bulunması bakımından *dernek kurma ve derneğe üye olma özgürlüğü*<sup>52</sup>, *enformasyon özgürlüğü*<sup>53</sup>, *radio, televizyon özgürlüğü*<sup>54</sup>, *sanat ve film özgürlüğü*<sup>55</sup>, *bilim ve öğrenim özgürlüğü*<sup>56</sup>, *yarğalamaları izleme özgürlüğü*<sup>57</sup>, *inancın gizliliği özgürlüğü* ("privacy of belief")<sup>58</sup>, *devlet tarafından gösterilen açıklamaları yapmaktan kaçınma özgürlüğü*<sup>59</sup>, başkalarından ya da

devletten *bilgi alma ve bilgiyi dağıtma özgürlüğü*<sup>60</sup> de koruma alanı içindedir. Bu şekilde yaratıcı insan zekâsı ve bu zekanın akla gelen çoğu ürünü de bu yolla korunmuş olmaktadır.

Düşünce özgürlüğü hem dar anlamda düşünce açıklamalarını, yani vakıalara ilişkin gerçeklerin ya da fikirlerin açıklanmasını hem de *basit eğlenceyi* korumaktadır.<sup>61</sup> Tarihsel olarak düşünce özgürlüğünün ana merkezinde siyasal düşünce olsa da, bugün artık kabul edilen, siyasal amaçlı olanların dışında diğer düşünce açıklamalarının her koşulda daha az bir koruma görmediğidir.

Çaçıl düşünce özgürlüğü kuramı, tüm düşünce açıklamalarının içeriklerinden bağımsız olarak korunması için yeterince gerekçe olduğunu kabul etmektedir. Bu anlayışın türlü dayanakları vardır: Birincisi siyasal düşünce açıklamasının siyasal olmayandan ayrılmasının her zaman kolay olmadığı gerçeğidir. Siyaset nedir? Devlet yönetimine ait konular topluluğu mudur? Siyasal partilerle ilgili olay ve durumlar mıdır? Yoksa toplumu ilgilendirebilen her konu siyaset olarak anlaşılabilir mi? Eğer bu nokta doğru ise futbol, örneğin bir futbolcunun transferi de siyaset değil midir? Siyaset, siyasi insanlara ait olay ve durumlar, onların özel yaşamı var mıdır? Bir paparazzinin, herhangi bir siyasetçinin evlilik dışı ilişkisini tespit etmesi ya da gittiği bir düşün sahibinin toplumda yasa dışı işleri ile nam salmış bir kişi olduğunu ortaya çıkarması, siyasi bir düşünce açıklaması mıdır? Eğlence midir? Günümüz gerçekleri, eğlenceyi bile siyasetten ayırmanın zor olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan, siyasal olarak adlandırılan düşünce açıklamalarını öne çıkarıp, diğerlerine düşük gözle

51 Stock ile Krş.niz. Yazar, Yüksek Mahkemenin her bireysel hak için tek bir norm amacından yola çıktığını anlatmaktadır. Yazara göre, her şeyden önce söz konusu olan, toplumun genelini ilgilendiren her türlü alanda kamusal tartışmaların yolunun açılması ve bu yolla demokratik düşünce ve iradenin oluşturulmasının sağlanmasıdır (Jürgen STÖCK : Meinungs- and Pressefreiheit in den USA. Das Grundrecht, seine Schranken und seine Anforderungen an die Gesetzesgestaltung. Baden Baden 1986) Yukarıda açıklanan diğer amaçlarla ilgili olarak, Birinci Ek Madde bağlamında tek bir norm amacından söz edilemeyeceği kanısındayız. Burada daha fazla, çok çeşitli amaçlardan farklı bağlamlarda duruma göre olay örgüsüne uygun ve farklılaştırılmış bir yararlanma söz konusudur. Amaçların kümülatif olarak söz konusu olması neticede iletişim özgürlüklerinin birbirleri ile ilişkisi sorusuna gerek bırakmaz.

52 NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449 (1958).

53 Lamont v. Postmaster General , 381 U.S. 301 (1965).

54 NBC v. United States, 319 U.S. 190 (1943).

55 Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

56 Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

57 Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980).

58 Buckley v. Valo, 424 U.S. 1, 64 (1976)

59 West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

60 Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

61 "Başvuru sahibinin basın özgürlüğünün anayasal korumasının sadece fikirlerin açıklanmasına uygulanabileceği fikrini kabul etmiyoruz. Bilgi vermekle eğlendirmek arasındaki çizgi bu temel hakkın korunması açısından haddinden fazla muğlaktır ["We do not accede to appellee's suggestion that the constitutional protection for a free press applies only to the exposition of ideas. The line between the informing and the entertaining is too elusive for the protection of that basic right." (Winters v. New York, 333 U.S. 507, 510 (1948)); "bir ifade ve iletişim tarzı olarak müzik Birinci Ek Madde koruması altındadır ("[m]usic, as a form of expression and communication, is protected under the First Amendment.") [Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, 790 (1989)]; "[S]osyal değerine bakılmaksızın bilgi ve fikirlerin iletilmesi ve edinilmesi... özgür toplumumuz için esastır (The right to impart and to receive "information and ideas, regardless of their social worth . . . is fundamental to our free society.") [Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 564 (1969)].

bakmamalıdır. Reality Show, Paparazzi Magazin Programları gibi adlarla yayınlanan birçok programın da dolaylı olarak siyasal bir işlevi olabilir. Bu yayınlarda bulunanların toplumu bilgilendirmekten çok basitçe eğlendirmek amaçlarının bulunması açısından değerleri tartışılrsa da genelde bir düşünce özgürlüğü kullanımı olarak korunmaları gerekir. İleride açıklanacağı gibi bu bağlam içinde düşünce özgürlüğü özel hayatın korunması ilkesi ile çözümü zor bir ihtilafa düşebilir.

Bir ikinci nokta daha da önemlidir. Düşünce özgürlüğünün ortaya çıkış nedeni, dar anlamda siyaset temelli de olsa bugünün insanı, kişisel ve toplumsal yaşamını geliştirmede devlet yönetimi ile ilgili konuları her zaman ön plana almamaktadır. Bir taksi şoförü için, taksisinin kenarına reklam alabilmek bazen hükümet değişikliğinden daha önemli olabilir. İnatçı bir ev sahibi, yabancı kiracısına balkona uydu anten yerleştirme diyorsa<sup>62</sup>, okul müdürü ya da müdiresi, kızların etek boyu ile uğraşıyorsa, Ramazanda oruç tutmak ya da tutmamak "eleştiri" ya da "tepki" konusu oluyorsa, tüm bunların da düşünce özgürlüğümüzle bir ilgisi yok mudur? Her hafta masa tenisi oynadığımız kulüpte, eskimiş masa tenisi masalarına yenisinin alınmaması ve üstelik de üyelerden haddinden fazla aidat alınmasını eleştirmek, üyeleri toplayıp bununla mücadele edilmesini söyleyebilmek de bir hak değil midir hükümetin değişmesini iddia edebilmek kadar? Bazen basit yaşam sorunları, kişileri dar anlamda siyasetten daha fazla meşgul edebilir. Bazen, eğlence kişiye önemli bir tatmin sağlayabilir. Düşünce özgürlüğü, bu nedenle yalnızca dar anlamda siyasetle değil, kişi yaşamını ilgilendiren ve beyin ürünü olan tüm faaliyetlerle ilgilidir.

Şüphesiz, beyin ürünü olan tüm etkinliklerin koruma alanına girebileceğini düşünmek, bunların aynı derecede korunabileceğini savunmak anlamına gelmemektedir. Amerikan düşünce özgürlüğü anlayışında basın kamuya mal olmuş kişiler hakkında yaptığı ya da kamuyu ilgilendiren konular hakkında yapılan açıklamalarla, özel kişilerin, özel kişiler hakkında yaptıkları açıklamalar arasında doktriner bir ayrıma gidilmiştir.

62 Almanya'da oldukça çok sayıda Anayasa şikâyetine yol açmış bir uygulama, Alman ev sahiplerinin Türk kiracılarına, apartmanların estetik görünümünü koruma kaygısı yüzünden uydu antenden yararlanma izni vermemesidir.

Temel hak koruması gerek yazılı gerek sözlü açıklamalar için aynı derecede geçerli olmaktadır. Buraya yalnızca vücut hareketleri ile yapılan ve belli bazı durumların kendilerine ifade niteliğini verdiği sembolik ifade de dahildir. Bu son gruba iletişimsel içeriği olan davranış ya da iletişimsel davranış adı da verilmektedir. Amerikan hukuku bakımından özgürlükler hukukunun getirdiği korumanın çözümlenmesi bağlamında konuşma ("speech") ve davranış ("conduct") arasında bir ayrıma çoğunlukla gidilmemekte ve bu ikisinin birbirinin içine girdiğini savlanmaktadır.<sup>63</sup> Buna karşın aşağıda daha ayrıntısı ile ortaya koyacağımız bu ayrıma Mahkemeler, özellikle Yüksek Mahkeme tarafından belirli bir önem verilmektedir.<sup>64</sup>

Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda Yargıç Jackson, sembolik ifadenin önemine aşağıdaki sözlerle işaret etmiştir:

*"Sembolizm, düşünceleri iletmek için ilkel ama etkili bir yoldur. Bir sistemi, fikri, kurumu, kişiliği sembolize etmek için bir amblemin ya da bayrağın kullanılması akıldan akla giden bir kestirme yoldur."*<sup>65</sup>

#### 4. Düşünce Özgürlüğünün Korunması Gereğini Açıklayan Kuramlar (Düşünce Özgürlüğünün İşlevi)

Düşünce özgürlüğünün korunmasının nedenine ilişkin Kuzey Amerikan menşeli klasik üç kuram bulunmaktadır: Düşünce Pazarı Kuramı ("Theory of 'Marketplace of Ideas'"); İnsan Onuru ve Kendini Gerçekleştirme Kuramı (Theory of "the 'Human Dignity and Self-Fulfillment'") ve Demokratik Yönetim Kuramıdır ("Theory of "the 'Democratic Self-Governance'") Yine çok yönlü yaklaşım ("Approach" of "Multiple Justification") olarak da adlandırılabilir kurama göre, düşünce özgürlüğünün

63 John Hart Ely, Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis, 88 HARV. L. REV. 1482, 1494-96 (1975); Lawrence, Resolving Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech, 68 NOTRE DAME L. REV. 673-74 n.3 (1993), 691-94; Melville B. Nimmer, The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment, 21 UCLA L. REV. 29 (1973).

64 Yüksek Mahkemenin Mitchell kararı aslen ifade ve eylem arasındaki farka dayanılarak verilmiştir (113 S. Ct., 2201).

65 "...Symbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag to symbolize some system, idea, institution, or personality is a short cut from mind to mind." [West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624, 632 (1943)].

işlevi yukarıda sözü edilen kuramların açıklamalarının hepsinden yararlanılarak açıklanmalı ve özgürlük geniş kapsamlı olarak korunmalıdır.<sup>66</sup>

Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre<sup>67</sup>, tek tek kuramlardan hiçbiri böylesi karmaşık bir değerler bütününe geçerliliğini açıklayamaz ve tek başına düşünce özgürlüğüne geniş bir koruma sağlayacak ölçüde işlev atfedemez.<sup>68</sup> Örneğin Emerson'a<sup>69</sup> göre düşünce özgürlüğünün altında yatan temel dört değer bireysel olarak kendini gerçekleştirmenin güvence altına alınması ("assuring individuals self-fulfillment"), doğrunun bulunmasına hizmet ("promoting discovery of truth"), toplumun tüm üyelerinin karar alma sürecine katılımı ("providing for participation in decisionmaking by all members of society") ve tartışma ve farklılıkların uzlaşması yoluyla toplumsal istikrarın sağlanmasıdır ("promoting social stability through discussion and compromise of differences").

Başka bazı yazarlar bu değerleri türlü açılımlar içinde söz konusu olabilecek noktalara indirgeme taraftarıdır. Bu yolla düşünce özgürlüğünün kapsamı ve ağırlığı sınırlanmaktadır. Bir görüşe göre<sup>70</sup>, Anayasal gelişimin ışığı altında düşünce özgürlüğünün çekirdeğinde korunması gerekli

66 RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01 (1), S. 3-6 (1994).

67 Smolla, düşünce özgürlüğü korumasının belli temel değerlere hizmet ettiğini şu sözlerle açıklamaktadır: Kendini gerçekleştirme veya her bireyin kendi karakterini ve bir insan olarak potansiyelini geliştirme hakkı; çok geniş bir fikir yelpazesinde özgür ve yoğun bir fikir alışverişi yoluyla bilginin geliştirilmesi ve gerçeğin bulunması; gerçekleşmesi için hem bilgiye ulaşma olanağının hem fikirleri açıklama özgürlüğünün bir ön koşul olduğu siyasal kararlara katılım; fikirlerin açık tartışılması arenasında ihtilafları çözerek istikrarlı bir topluma ulaşmak; siyasal ve yurttaşlık haklarına olan bağlılık [(RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01[3], 7 (1994)].

68 Birinci Ek Maddeye ilişkin kuramların ayrıntılı tartışması için bkz. F. SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL INQUIRY (1982); Bu eklektik anlayışın yanında çok güçlü bir diğer sav için bkz. Steven Shriffrin, *The First Amendment and Economic Regulation: Away From a General Theory of the First Amendment*, 78 Nw. U.L. REV. 1212 (1983).

69 T. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION, 6-7 (1970).

70 ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM (1960); Robert Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1 (1971); Lillian R. BeVier, *The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the Substance and Limits of Principle*, 30 STAN. L. REV. 299 (1978).

alan olarak siyasal ifadelerin bulunduğu kabul edilmelidir. Aynı biçimde sınırlamanın sınırlamasının temel ilkelerini de düşünce özgürlüğünün işlevini açıklayan bu kuramlara göre biçimlendiren çözümler mevcuttur.<sup>71</sup>

Meiklejohn'a göre düşüncenin ifadesi halkın kendi kendini yönetmesi ("self-governance") ile ilgili ise onun mutlak olarak korunması gerekmektedir. Çünkü yalnız bu tür bir düşünce açıklaması kamuya aittir, bir tür kamu malıdır. Buna karşılık, özel amaçlar için yapılan düşünce açıklamaları, yalnızca özel bir menfaate dayanır ve ABD Anayasası'nın, düşünce özgürlüğünü güvence altına alan 'Birinci Ek Madde'sinin öngördüğü korumadan mutlak olarak yararlanamazlar.<sup>72</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi bu düşüncelerin ötesine geçmekte ve eklektik bir anlayışla yalnızca siyasal değil başka işleve sahip düşüncelerin de düşünce özgürlüğünü güvence altına alan Birinci Ek Maddenin koruması altında bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak Mahkeme yine de Meiklejohn'un düşüncelerini paylaşır biçimde Birinci Ek Maddenin ana amacının, özellikle devletin idaresi ile ilgili meselelerin özgürce tartışılması olduğuna işaret etmektedir:

*"Hiç şüphe yok ki Birinci Ek Maddenin temel amacı hükümet meseleleri hakkındaki özgür tartışmaları korumaktır. ...Ancak önümüze gelen olaylarda verdiğimiz kararlarımız, hiç bir biçimde, sınırlayıcı bir sayma olmamakla beraber, felsefi, toplumsal, sanatsal, ekonomik, yazınsal ya da ahlaki konulardaki ifadelerin Birinci Ek Maddenin tam korumasını görmeyeceğini ima etmemiştir..."*<sup>73</sup>

ABD öğretisinin bir bölümü "siyasal" kavramını sözcüğün ilk planda anlattığından daha geniş tanımlama eğilimindedir. Bu öğretiye göre düşüncenin ifadesinin, hatta gerçek dışı iddiaların da korunması, düşünce pazarında türlü düşüncelerin çarpışması yoluyla gerçeğe ulaşılması ("ascertainment of truth") için zorunludur.<sup>74</sup>

71 KENT GREENAWALT, SPEECH, CRIME AND THE USES OF LANGUAGE (1989).

72 ALEXANDER MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT 88-89 (1948); RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT, § 2.04 (1), S. 32 (1994).

73 *Aboud v. Detroit Bd. of Educ.*, 431 U.S. 209, 231 (1977).

74 "Düşünce pazarı" mecazi ilk olarak Yargıç Holmes'un *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 630 (1919)) kararındaki çoğunluk gerekçesinde ("opinion") ifade edilmiştir (krş. Scanlon, *Freedom*

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin düşünce özgürlüğüne ilişkin içtihatlarına dayalı olarak, yazarlar tarafından türlü biçimlerde savunulan bir başka görüşe göre ise düşünce özgürlüğü kişinin kendini gerçekleştirme için zorunludur. Bu yorum, kişinin diğer kimseleri ikna etme yolunda serbestçe düşüncesini ifade etmesinin, onun "kendini" ("self") ifade etmesi ve özgürlüğünü geliştirmesi demek olacağını anlatır.<sup>75</sup>

Kendini ifade etme kavramının yanında "kendini gerçekleştirme" ("self-realization) kavramı da kullanılmaktadır.<sup>76</sup> Buna göre düşünce özgürlüğü, bireyin kendi gücünü ve yeteneklerini geliştirmesini ve kendi kaderini ilgilendirecek konularda kendinin karar vermesini olanaklı kılmaktadır.

Smolla'nın aşağıdaki açıklamalarına katılmak elde değildir:

*"Bugün bizim bildiğimiz düşünce özgürlüğü hukuku çoğu zaman Homse'cu bir özgürlükçülük ("libertarianism") ve Meiklejohn'cu bir toplumculuğun ("communitarianism") kimi zaman düşünce pazarı<sup>77</sup> ("market place") metaforunun kimi zaman toplantı ("meeting") metaforunun egemen olduğu tuhaf bir karışımıdır."<sup>78</sup>*

of Expression and Categories of Expression, 40 U. Pitt. L. Rev. 519 (1979). Bu kuram bazı eserlerde ayrıca işlenmiştir [Baker, Scope of the First Amendment Freedom of Speech, 25 UCLA L. REV. 964, 967-74 (1978)].

<sup>75</sup> Baker, Process of Change and the Liberty Theory of the First Amendment, 55 S. CAL. L. REV. 293 (1982); Baker, Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's The Value of Free Speech, 130 U. PA. L. REV. 646 (1982).

<sup>76</sup> Martin Redish, The Value of Free Speech, 130 U. PA. L. REV. 591 (1982).

<sup>77</sup> Justice Holmes in Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Justice Holmes'un karşı oyu ("dissenting opinion")):

*"Bir düşüncenin ifadesinin cezai takibata uğratılması bana tamamen mantıklı geliyor. Görüşlerinize dair hiçbir şüpheniz yoksa ve belirli bir gerçeğin koşulsuz geçerliğini vurgulamaya çalışıyorsanız amaçlarınızı doğrulukla yasalarınızla ifade edersiniz ve muhalefeti bir kenara itersiniz. Muhalef ifadeleri serbest bırakmak sizin ifadenin etkisiz olduğunu düşündüğünüze işaret olabilir, -tıpkı birinin daireyi kare yaptığını iddia etmesi gibi- ya da sizin kendi gücünüzden ya da görüşlerinizin temellerinin geçerliğinden şüphe ettiğinize işaret edebilir. Ama insanlık birçok mücadelecî inancın yıkıldığını açık olarak gördükten sonra kendi yaklaşımlarının temelinden daha fazla, nihai iyiliğin fikirlerin özgürce alışverişinden doğacağına, bir fikrin doğruluğunun en iyi denetiminin herkese açık pazarda rekabet içinde ikna etme gücü olduğunu ve bu gerçeğin insanların kendi isteklerini gerçekleştirmek için tek temel olduğunu görmeye başlayacaktır. Bu her durumda bizim anayasamızın temelidir".*

<sup>78</sup> RODNEY A. SMOLLA: SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT, § 2.04(1), S. 36 (1994).

Düşünce özgürlüğünün işlevine ilişkin olarak çoğu yaklaşımda önemle vurgulanan husus, devletin varlığının nedeninin halka hizmet olmasıdır. Bu ödevi, devlet ancak halkın özgür olduğu bir ortamda gerçekleştirebilir. Böylece özgürlüklerin, özellikle düşünce özgürlüğünün faydacı bir anlamı olduğunu görüyoruz. İstikrarlı bir yönetim ve özgürlüklerin koruma altına alınması arasındaki karşılıklı etkileşim bu anlamı daha da iyi açıklamaktadır.<sup>79</sup> Devlet özgürlükçü demokratik bir siyasal gerçekliği güvence altına aldığı oranda güvencedir:

*"Bağımsızlığımızı savaşarak kazananlar, devletin nihai amacının insanları kendi yeteneklerini geliştirmek için özgür kılmak olduğuna ve devletin yönetiminde akliselim güçlerin keyfi güçlere baskın çıkması gerektiğine inandılar. Özgürlük düşüncesine hem nihai bir amaç olarak hem de devletin nihai amacının bir aracı olarak büyük değer verdiler. Özgürlüğün, mutluluk için bir anahtar olduğuna ve cesaretin de özgürlük için bir anahtar olduğuna inandılar. İnsanın istediği gibi düşünmesi ve düşündüğü gibi de konuşmasının siyasal gerçekleri keşfetmek ve yaymak için vazgeçilmez olduğuna, özgür konuşma ve toplantı olmadan tartışmanın yararsız olduğuna, ancak özgür konuşma ve toplanma yolu ile tartışmanın, normal olarak, kötü ve zararlı bir doktrine karşı bir koruma ortaya koyabileceğine, özgürlüğe karşı en büyük tehdidin, hareketsiz bir halk olduğuna, kamusal tartışmanın herkesin siyasal ödevi olduğuna ve bunun Amerikan yönetiminin temel ilkesi olması gerektiğine inandılar. Tüm insani kurumların karşısına çıkabilecek risklerin varlığını da kabul ettiler. Ama bildikleri; düzenin, yalnızca, kendisini bozmaktan ötürü cezalandırılmak korkusunu yaratmakla korunamayacağı, düşüncenin, umudun ve tasarlamanın, hayal kurmanın cesaretini kırmanın tehlikeli olduğu, korkunun baskıyı doğurduğu, baskının nefreti doğurduğu, nefretin istikrarlı bir yönetime tehdit oluşturduğu, güvenliğe giden yolun, tahmini kötü oluş ve durumları ve bunlarla mücadelede etkili oldukları savunulan araçları özgürce tartışabilmek olduğu ve kötü düşüncelere karşı en uygun çözüm aracının iyi düşünceler olduğu idi. Kamusal tartışmalarda ifade edildiği ölçüde aklın gücüne inarak, gücün kendini en kötü bir biçimde ortaya*

<sup>79</sup> Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375-76 (1927) (Yargıç Brandeis'in -concurring- katılan oyu).

*koyması demek olan yasalarca zorlanmış bir suskunluğu önlemeye çalıştılar. Arada sırada ortaya çıkan ve çoğunluklar üzerinden işleyen tiranlıklar tehlikesini görerek ve tanıyarak Anayasayı özgür düşüncenin ve toplantının korunması yönünde değiştirdiler.”<sup>80</sup>*

Bu anlayıştan yola çıkılan ABD’nde, düşünce özgürlüğünün ‘faydaları’, her türlü düşünce açıklamasının korunmasını gerektirebilecek ölçüde genişletilmiştir.

### 5. Düşünce Özgürlüğü Güvencesi Getiren Birinci Ek Maddenin Koruma Alanı ve ABD Yüksek Mahkemesi Tarafından Koruma Alanı Belirlenmesinin Dinamik Niteliği

Birinci Ek Maddenin koruma alanının baştan itibaren genel olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bu alan zaman içinde artan ölçüde genişlemiş ve hala da genişlemektedir. Buna karşın Yüksek Mahkeme’nin belirli olay örgülerinde kullandığı doktriner ölçütler, Birinci Ek Maddenin koruma alanına giren düşünce açıklamaları ile Birinci Ek Maddenin koruma alanına girmeyenlerin ayrılmasını mümkün kılmaktadır.

Bugün sansür ve düşünce açıklandıktan sonra gündeme gelen diğer yaptırımlar arasındaki ayrımın eskisinden çok daha az önemi vardır. Ancak, Birinci Ek Maddenin, bugün, yalnızca sansür için değil, daha sonraki yaptırımlar için ve sadece siyasal düşünce açıklamaları için değil, tüm düşünce açıklamaları için de uygulanacağını anlatan kuramın bütünü ile kabulü (bu kabulün ilk işaretleri Yüksek Mahkeme’nin Birinci Dünya Savaşını takip eden içtihatlarında görülmüş olsa da), nispeten yenidir.

Bugün, koruma alanının dinamik bir karakteri olduğu kabul edilmektedir. Çünkü Yüksek Mahkeme sık sık eskiden koruma alanı dışında gördüğü açıklamaları koruma alanı içinde görebilmekte ve onları düşünce açıklaması olarak kabul etmektedir.<sup>81</sup> Kategorik olarak kesin bir alan

<sup>80</sup> Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375-76 (1927) (Yargıç Brandeis’in katılan oyu). Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararları genelde hukuksal çözümlerinin yanında bir tür bildirge niteliğindeki oldukça “retorik” ifadeleri de içermektedir.

<sup>81</sup> “Hakaret, müstehcenlik ve savaşan sözcükler” (“defamation, obscenity, and fighting words”) hakkında Yargıç Skalia, bunların Anayasal korumaya tamamen yabancı kalmadığını (“not entirely invisible to the Constitution,”) ifade etmiş, ancak anayasal olarak yasaklanabilir içeriklerinden dolayı düzenlenebilmelerinin Birinci Ek Maddeye uygun olduğunu belirtmiştir (112 S. Ct. at 2543).

belirlemek bu nedenle zor olmaktadır. Avrupa Anayasa hukuku düşüncesinde de koruma alanı belirlenmesinin dinamik yönü “Karşı-Kavram” kuramı içinde belirtilmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemeleri, belirli nitelikteki düşünce açıklamalarını koruma alanı dışında görebilmekte ancak zaman içinde bazı kavramları da bu alanın dışına çıkarmakta, yani yeniden koruma alanı içinde almaktadır.<sup>82</sup>

Amerika Birleşik Devletleri’nde aşağıdaki fiiller genel olarak düşünce özgürlüğünün koruma alanı içinde görülmektedir: *düşünce* (“thought”) ve *düşüncenin ifadesi* (“speech”). İfade ise *konuşma* (“speech”), *basın, dernek* (“assemble and association”), *dilekçe haklarını içermektedir*. Bu noktada hem *dar anlamda ifade* [düşüncenin açıklanması: değer yargıları (“opinion” ve “facts”)]<sup>83</sup>, *konuşmama, açıklama yapmama* (“non speech”)<sup>84</sup>, *sadakat yemini verme işlemlerinin reddi* (“refraining from loyalty oaths”)<sup>85</sup>, *tahrik, teşvik, tasdik fiilleri* (“advocacy”), *reklam* (“advertisement”)<sup>86</sup>, *bölücü ve yıkıcı propaganda* (“Seditious Speech”)<sup>87</sup>, *muhatapta ya da toplumda infial uyandıracak konuşmalar* (“Fighting Words and Other Threats to the Peace”)<sup>88</sup>, *Gruplara toplu hakaret* (“Group Libel”), *kin ve nefrete tahrik* (“Hate Speech”)<sup>89</sup>, *hakaret ve sövme* (“Defamation”)<sup>90</sup>, *özel yaşamın ihlali* (“invasion of privacy”)<sup>91</sup>, *sırların ifşası* (“Publication of Legally Confidential Information”)<sup>92</sup>, *pornografi* (“pornography”)<sup>93</sup>, *müstehcen olmayan ancak cinsel olarak tamamen açık saçık ve ah-*

<sup>82</sup> Roman HERZOG: in: Maunz, Theodor, Dürig, Günter u.A.: Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 1-11, München 2001, Art. 5 Abs. I, II.

<sup>83</sup> [Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 339 (1974) (“under the First Amendment there is no such thing as a false idea”); Greenbelt Cooperative Publishing Ass’n v. Bresler, 398 U.S. 6 (1970)].

<sup>84</sup> Shelton v. Tucker, 364 U.S. 479 (1960).

<sup>85</sup> Connell v. Higginbotham, 403 U.S. 207 (1971).

<sup>86</sup> Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm’n, 447 U.S. 557 (1980).

<sup>87</sup> Brandenburg v. Ohio.

<sup>88</sup> 112 S.Ct. 2543 (1992)].

<sup>89</sup> R.A.V. v. City of St. Paul, R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S.----, 112 S. Ct. 2538 (1992).

<sup>90</sup> New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

<sup>91</sup> Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374 (1967).

<sup>92</sup> Landmark Communications v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978).

<sup>93</sup> Miller v. California, 413 U.S. 15, 25-28 (1973); Hamling v. United States, U.S. 87, 114 (1974).

*laka aykırı ifadeler* ("Nonobscene But Sexually Explicit and Indecent Expression")<sup>94</sup>, *bir örgüte üyelik* (membership in an organisation)<sup>95</sup>, *haberleşme* ("communication")<sup>96</sup>] hem de "speech plus" adı verilen konuşmayı aşan (*gösteri* ("Demonstrating")<sup>97</sup>, *boykot* ("Boycotts")<sup>98</sup>, *protesto amacı ile oturma ve yolları tıkama, yürüme* ("Picketing and Parading")<sup>99</sup>, *ilan ve bildiri dağıtma* ("Leafleting and Handbilling")<sup>100</sup> ve *benzeri fiiller, taşıt aracından megafonla ilan yapma* ("Sound Trucks")<sup>101</sup>, *gürültü yapma* ("Noise"), *kapı kapı dolaşım dert anlatma ya da ikna* ("Door-to-Door Solicitation")<sup>102</sup> fiilleri ve *sembolik ifade* ("Symbolic Speech")<sup>103</sup> adı verilen" fiillerin Amerikan Anayasasının Birinci Ek Maddesinin (First Amendment) koruması altında olduğu kabul edilmiştir. Şüphesiz özgürlüğün koruma alanı içinde olmak demek her koşulda korunmak ya da hiç

94 *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, 212-14 (1975).

95 *Scales v. United*, 367 U.S. 203 (1961); *Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961).

96 *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965).

97 "[b]u olayın koşulları [Birinci Ek Maddede sayılan] temel hakların en bakir ve klasik biçimiyle kullanılmasına ilişkindir ("[T]he circumstances in this case reflect an exercise of these basic [First Amendment] constitutional rights in their most pristine and classic form.") *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229, 235 (1963).

98 *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* [(458 U.S. 886 (1982)): "[I]fade ... sırf başkalarını zor duruma düşürdü ya da onları harekete geçmeye itti diye korunma özelliğini yitiremez "[S]peech does not lose its protected character . . . simply because it may embarrass others or coerce them into action." (a.g.y., 910).

99 *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939); *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941); *Kunz v. New York*; 340 U.S. 290 (1951); *Niemotko v. Maryland*, 340 U.S. 268 (1951).

100 *Lovell v. City of Griffin*, 303 U.S. 444 (1938).

101 *Saia v. New York*, 334 U.S. 558, 561 (1948).

102 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

103 *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931); *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); "Sit-ins" ve "stand-ins" hakkında bkz. *Brown v. Louisiana*, 383 U.S. 131 (1966): "Mahkemenin defaatle ifade etmiş olduğu gibi, bu haklar sözlü ifade ile sınırlı değildir. Bunlar, protestocunun içinde bulunmaya her türlü hakkı bulunduğu yerde, kamusal tesislerdeki anayasaya aykırı ırklar ayrımını, şüphesiz sessiz ve kınayıcı bir varlık gösterme yoluyla barışçı ve düzenli bir şekilde protesto etmek hakkını da içeren uygun eylem tiplerini de kapsar ("As this Court has repeatedly stated, these rights are not confined to verbal expression. They embrace appropriate types of action which certainly include the right in a peaceable and orderly manner to protest by silent and reproachful presence, in a place where the protestant has every right to be, the unconstitutional segregation of public facilities."), S. 141-42; bkz. *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. 157, 185, 201 (1961).

bir şekilde sınırlanamamak demek değildir. Ancak Amerika'da düşünce özgürlüğünün kullanım alanlarına göre oldukça incelikli ve geniş bir koruma alanı mevcuttur.

Müstehcenlik, ilk etapta tanımı gereği ("by definition") koruma alanı dışında ("outside the coverage of the First Amendment"<sup>104</sup>) görülmüştür. Tanımın daraltılması sonucunda pornografi genel koruma görür hale gelmiştir. Aslen Amerika'da "obscenity" (ahlaksız, rahatsız edici ya da iğrenç ve açık seçik cinsellik istismarı) ile "pornography" (izleyende cinsel tahrik yaratma amaçlı açık seçik ifade ve görünüm) arasında bir ayrıma gidilmekte ve pornografi korunurken "obscenity" koruma alanı dışında görülmektedir. Ancak "çocuk pornografisi" ("Child Pornography") denilen ve çocukları cinsel obje olarak gösteren yayın ve filmler bütünü ile koruma alanının dışındadır. *New York v. Ferber*, pornografinin, kısmen Birinci Ek Maddenin korumasını görmediğini ve içeriğine dayalı olarak yasaklanabileceğini kabul etmiştir.<sup>105</sup>

Özellikle çocuk pornografisinin neden koruma görmemesi gerektiği, yukarıda anlatılan Birinci Ek Madde kuramının bütünü göz önüne alındığında açık olarak görülmektedir. Özgürlüklerin bir işe yaraması, bir amacı gerçekleştirmeye hizmet etmesi gerekir. Amaçsız bir yaşam gerek birey için gerek toplum için düşünülemez. Amaç, siyaseti değiştirmek olabilir, doğruları dile getirmek ya da yanlışla işaret etmek olabilir, kendini gerçekleştirmek olabilir. Çocuk pornografisinin, bu amaçlardan hiçbirini yerine getiremeyeceği açıktır, belki 'eğlence' yolu ile 'kendini gerçekleştirme' söz konusu olsa da bu noktada amacın içeriğinden öte bir de amaç sahibi olabilmek bakımından yetki sorunu söz konusudur. Özgürlükçü bir dünyada kimse, aksini isteyen başkalarını rıza dışı (bu bakımdan reşit kadınların pornografiye zorlanması ve bunların gösterilmesi de koruma görmemelidir) ya da karar veremeyecek durumda olanları kullanarak bir amaç gerçekleştirdiğini ve bunun tanınması gerektiğini ileri süremez. Bu noktada, özellikle çocukların korunması, çocuğun bedensel ve ruhsal bütünlüğüne zarar verilmemesi ve

104 *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Paris Adult Theatre v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), bugün Yüksek Mahkeme, bunların "Anayasanın görüş alanının tamamı ile dışında olmadıkları" ("not entirely invisible to the Constitution") kabul etmektedir (R.A.V., 112 S. Ct. at 2543).

105 458 U.S. 747, 763 (1982).

çocukları pornografik obje olarak kullanmanın çok ağır bir suç oluşturabileceği ortadadır. Bu bakımdan çocuk pornografisinin, özellikle canlı çocuklar üzerinde olan kısmının hiç bir biçimde koruma alanı içinde olmayacağı açıktır. Peki ya çizgi film şeklinde ya da bilgisayar oyunu biçiminde şiddetin vahşetin, kadınlara ve çocuklara tecavüzün gösterildiği durumlar nasıl değerlendirilecektir? Amerikan hukuku bakımından bu değerlendirme kolay değildir ve kuramsal olarak kabul edilen bunların belirli ölçüde Birinci Ek Maddenin koruması alanına girdiğidir. Yeni teknolojik gelişmeler tartışmaya yeni boyutlar katmıştır. Çok gelişmiş yazılım programları ile "insan" görünümüleri herhangi bir kaynak insan olmadan da elde edilebilmekte ya da "morphing" (metamorfozdan türetilmiştir) adı verilen teknoloji ise bir kaynak bütünü ile başka bir şekilde imaj haline getirilebilmektedir. "Virtual child pornography" adı verilen sanal çocuk pornografisinin Birinci Ek Madde koruması görüp görmeyeceği bu bağlamda oldukça tartışmalıdır.<sup>106</sup>

Önceleri "kavgacı sözcükler" ("fighting words") denen ve muhatabında şiddetli infial yaratacak ifadelerin de Birinci Ek Madde koruması dışında olduğu ve müstehcenlikle bu bakımdan aynı kaderi paylaştığı kabul ediliyordu.<sup>107</sup> Belirli toplumsal gruplar içinde yaşayan kimselerin ait oldukları grubun ahlak normları içinde çok ağır bir saldırı olarak düşünebileceği ve hissedebileceği ve mecazi bir ifade ile duydukları anda bu sözleri sarf edenlere karşı "tekme ile karşılık verebilecekleri" "dövüşen sözler" in Birinci Ek Maddenin koruma alanında bile görülmeden yasaklanabileceği ya da cezalandırılacakları kabul ediliyordu. Ancak, daha sonra böyle sözlerin bile Birinci Ek

Maddenin görüş alanının tamamı ile dışında oldukları ("not entirely invisible to the Constitution") kabul edilmiştir.<sup>108</sup>

Bu kabulde şüphesiz Amerikan sözlü kültüründe yıllar içinde olan önemli değişimin rol oynadığını söylemek yanlış olmaz. Bugün ülkemizde de gözlemlediğimiz bu gelişim iki temel toplumsal-kültürel sütuna dayanmaktadır. Birinci dayanak, yazılı kültürün gelişmesi, bunun da ötesinde, yazılı da olsa söylenen sözlerin yöneldiği kimseden çok sahibini ilgilendirdiği duygusunun toplum yaşamında yaygınlaşması nedeni ile sözün eskisinden daha az etki yapıyor olmasıdır. "Kötü söz sahibinindir" ya da "hakaret eden ne kadar azizse hakaret de o kadar azizdir" gibi sözler eskiden beri söylenegelse de özellikle günümüz toplum yaşamında ciddi bir anlam kazanmışlardır. Gerçek olan, herkesin herkesi karalayabildiği, karalamalara şüphe ile bakıldığı ve kaynakların çeşitli ve şaibeli olduğu dünyada kimsenin söylenen sözlere aldırmadığıdır. "Laf-ı güzaf" deyişi bunun Türk toplumu için en iyi ifadesidir.

İkinci dayanak ise birincisinden daha da ilginç bir dayanaktır. Modernleşme hatta post-modernleşme ve kast ya da toplumsal kültürel hiyerarşik grupların ve bu gruplara mensup kimselerin iç içe geçmesi ile "adap" kavramı da yeniden tanımlanmaya ve özellikle adaba aykırı söz ve hareketlerin tanımı daralmaya başlamıştır. Gelişen hızlı yaşam temposu içinde çok çeşitli toplumsal tabakalar içinde çok rollü olarak yaşayan insanlar bir tür "küfür kültürü" geliştirmişlerdir. Bu kültürün özelliği eskiden küfür olarak kabul edilen sözlerin, geleneksel kültürde "ağır laflar" olarak kabul edilen sözlerin bugün artık cümleleri süsleyen bir "renk" olarak kabul edilmesidir. Kadının geleneksel rollerinden kurtulması, erkeklerin de, eskiden aralarında gizli saklı yürüttükleri bu küfür kültürünün artık uluorta açığa çıkmasına yol açmıştır. Çok rollü ve farklı değerleri içselleştirmiş birden fazla toplumsal tabakada etkinlik gösteren modernite-ötesi insanları, çoklu rollerinin ve farklı farklı değerlerin motive ettiği bir 'rahatlık' içinde "konuşmaya" başlamışlardır. Bu noktalarla bağlantılı bir başka nokta da, belki dilbilimcilerin daha iyi anlatabileceği bir olgudur. Hoş olmayan bazı durum, eşya ve konumları tarif eden sözcükler zaman içinde "eskimekte" ve "kaba" görülmeye

106 Ashcroft v. The Free Speech Coalition United States Davası'nda (122 S. Ct. at 1405) 9. Federal Temyiz Mahkemesi (United States Court of Appeal) sanal çocuk pornografisini yasaklayan bir federal yasayı Anayasaya aykırı bulmuştur. Bu konuda son kararı, mahkemenin kararını görmeyi kabul ("writ of certiorari") kararı çıkararak inceleyen ABD Yüksek Mahkeme vermiş ve sanal çocuk pornografisinin, gerçek pornografi ile bir tutulamayacağını kabul etmiştir (Bu sorunun tahlili için bkz. Dannille Cisneros, "Virtual Child" Pornography On The Internet: A "Virtual" Victim?, <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2002DLTR0019.pdf> Benzer başka mahkemeler bu tip pornografinin anayasaya uygun olarak yasaklanabileceğini kabul etmişlerdi [United States v. Fox, 248 F.3d 394 (5th Cir. 2001); United States v. Mento, 231 F.3d (4th Cir. 2000); United States v. Acheson, 195 F.3d 645 (11th Cir. 1999); United States v. Hilton, 167 F.3d 167 (1st Cir.1999)].

107 Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

108 R.A.V. v. 112 S. Ct. at 2543.

başlanmakta ve bunların yerine yenileri önerilmektedir. Yeniler de yerleştikten sonra eskiyip kaba görülmekte ve yerlerine daha yenileri önerilmektedir. Görüldüğü gibi bu sürecin sonu yoktur tuvalet sözcüğü örneğinde görebileceğimiz gibi helâ-tuvalet-wc-lavabo- çizgisi eski söz yine de kaba hale gelene dek sürmektedir. Burada artık eskiden kullanılan ve hiç de yadırganmayan sözleri kullananlar da “bir zamanlar kabul görüyordu, şimdi mi kaba oldu?” diyebilmektedir.

Öte yandan, sadece Amerikan toplumunda görmediğimiz, bizim toplumumuzda da, belki biraz Amerikanizm etkisi ile ivme kazanan gayri resmiğin ve teklifsizliğin ve kısmen Amerikan filmlerinin etkisi ile de yaygınlaşan bu “küfür kültürü”ne destek verdiği söylenebilir.

Böyle sözlerin genelde, düşüncelerini başka platformlarda ifade etme olanağını ekonomik, toplumsal ve kültürel olarak bulamamış kimseler tarafından belirli bir öfke ve bu öfkenin dışavurumundan kaynaklanan bir rahatlama beklentisi ile söylendikleri açıktır. Hükümete küfreden bireyin, eleştirmek için başka türlü olanak, platform bulamamış güçsüz birey olduğu unutulmamalıdır. Ve toplum içinde güçsüz bireyin en azından küfürde güç sahibi olmasının, gazeteye yazı yazabilecek yeri ve kültürü bulamayanın tepkilerini bu yolla dile getirmesinin doğallığı kabul edilmelidir.

İkinci nokta, “duygusal konuşma” (“emotional expression”) adı verilen ve entelektüel konuşmanın yaratacağı etkiyi bir anda yaratan bir konuşma biçiminin varlığıdır ve bu biçim dilbilim tarafından da kabul edilmiştir. Şüphesiz, “kaba” bir konuşma kültürünün toplumsal iletişimde, siyasette “norm” olması gerektiğini savunmuyorum ama belirli çevrelerin, aslında çoğumuzun böylesi sözlerin “efendi” konuşmaktan daha fazla bir etki yarattığını, bir duyarlılık oluşturduğunu kabul ettiği açıktır. Bu bakımdan, özellikle aile ve yakın çevre içinde, hatta belirli ölçülerde toplumsal yaşamda böyle sözleri sarf edenlerin de düşünce özgürlükleri bulunduğunu kabul etmek gerekir. ABD’nde bu durum, kamusal alanda yapılan açıklamalar için de geçerli kabul edilmektedir.

Bu aşamada akla gelen soru, “iyi ama başkalarına küfretmeyi koruma altına mı alacağız?” sorusudur. Amerikan anayasal öğretisi ve içtihadının bunu bir dereceye kadar pozitif yanıtlamaktadır. Türk toplumsal siyasal kültürünün bugün hiç

bir biçimde kabul edemeyeceği “Bayrağı ...yim”, “Askerlik celbini ...yim”<sup>109</sup> gibi ifadeler, Yüksek Mahkeme tarafından, düşünce özgürlüğünün kullanimi olarak değerlendirilmiştir.

En başa dönüp özetlemek gerekirse, Yüksek Mahkeme’nin somut olay örgüsü içinde Birinci Ek Maddenin kuramını da göz önünde tutarak söz konusu ifadenin tanımı gereği Birinci Ek Maddenin korumasına girip girmediğine karar vermektedir.<sup>110</sup>

Yüksek Mahkeme, ilk başta bazı düşüncelerin içeriğine ilişkin ikili bir analize (“two tiered analysis”) gidiyor ve tanımsal tartma ya da tanımsal dengeleme (“definitional balancing”) denilen metodu kullanarak Birinci Ek Maddenin koruması içine giren ya da girmeyen ifadeleri belirliyordu. Bu doktrin temelini *Chaplinsky v. New Hampshire*<sup>111</sup> kararından almıştı. Bu kararda Yüksek Mahkeme “hiç bir fikrin ortaya konmasının temel parçası olmayan ve doğruya ulaşmak için bir adım olmak bakımından hiç bir toplumsal değeri olmayan belirli bazı iyi tanımlanmış ve dar olarak sınırlanmış ifade kategorileri bulunmakta” olduğunu belirtmiştir:

“there are certain well-defined and narrowly limited classes of speech . . . are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth”.

Devlet, bu tip ifadeleri yasaklayabilecek ve bu ifadeleri sarf edenleri de Anayasallık sorunu ortaya çıkmadan cezalandırabilecektir. Eğer ifade *Chaplinsky* kararında ortaya konulan kategoriye dahil ise, yasağın etkileri ne olursa olsun korunmaya değer görülüyordu. İfade eğer bu kategoriye girmiyorsa Anayasal koruma alanına girecek ve bu alanda uygulanan ölçütler izin vermedikçe de sınırlanamayacaktı. Koruma alanına giren ifadeler söz konusu olduğunda kullanılan ölçütler de özellikle ifadenin yaratabileceği zarar tehlikesi (“clear and present danger”) ya da korunan menfaatlerin dengelenmesi (“balancing”) sonucunda karine olarak korunması gereken düşüncenin ifadesinin ancak zorunlu korumaya değer, daha üstün ve öncelikli, zorlayıcı (“compelling”) bir kamu menfaatin ortada olduğunun

109 Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

110 Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153 (1974); Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972).

111 315 U.S. 568 (1942).



belirlenmesi halinde sınırlanabileceğini kabul etmektedir.

Amerikan Anayasa yargısında, çeyrek asra yakın bir süredir, yukarıda anlatılan çift peronlu analizin kaldırılması ya da büyük ölçüde daraltılması yolunda istikrarlı ve ısrarlı bir gelişim söz konusudur. Bu gelişmenin sonucu, önceden koruma alanı içinde görülmeyen yıkıcı propaganda ("seditious speech", "seditious libel"), "savaşan, meydan okuyan sözcükler" ("fighting words"), hakaret ("defamation") ve müstehcenlik ("obscenity") gibi ifade biçimlerinin, bugün bir ölçüde koruma görmeleridir. Böylece yaratılan koruma dışı kategorilerin içi, sonradan yaratılan koruma içi karşı kategorilerle boşaltılmaktadır. Bunun en iyi örneğini "müstehcen" kavramındaki konum değişimi ve yeni yaratılan "non-obscene child pornography"<sup>112</sup> kategorisi göstermektedir.

Bu gelişme sırasında, tek tek yargıçlar arasında düşünce açıklamaların içeriğine dayalı olarak yapılan yasal düzenlemelerin kabul edilmesi konusunda ve bununla bağlantılı olarak da türlü açıklamaların değerlerine dayalı bir hiyerarşi ("speech values") bulunup bulunmadığına ilişkin görüş ayrılıkları çıkmıştır. Herhangi bir hiyerarşi, bazı düşüncelerin diğerlerinden devlet tarafından daha kolay düzenlenebileceklerini ya da sınırlanabileceklerini kabul eder. Bu hiyerarşik fark tartışması özellikle Birinci Ek Maddenin temsil ettiği değerlerle, gerek Birinci Ek Madde tarafından gerek başka Ek maddeler tarafından korunan diğer toplumsal değerlerle (örneğin adil yargılanma, özel yaşamın gizliliği ("Privacy"), kişilik haklarının ("Reputation") korunması gibi) çatıştığı zaman ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak açıkça tacizkar, vulger ya da vulger şehvet içeren ("lewd") ifadeler Cohen v. California<sup>113</sup> ve Hustler Magazine v. Falwell<sup>114</sup> kararında koruma görmüştür. Kutsal kabul edilen şeylere hakaret ve tahkir içeren ("profane") ifadeler de aynı şekilde artık koruma alanına girmektedir.<sup>115</sup> New York Times Co. v. Sullivan<sup>116</sup> kararı ise hakaret kurumuna ilişkin Birinci Ek

Madde öğretisinde çığır açan bir karar olmuş ve o da Chaplinsky kararının bir öncel olarak geçerliliğini kendi açısından sona erdirmiş ve hakaret oluşturabilecek ("libelous") ifadeleri de Birinci Ek Maddenin koruma alanı içine çekmiştir. Hâlihazırda Yüksek Mahkeme, bazı sözlerin ve sembollerin mücerret ifade edilmelerinin bir zarar verebileceği gerekçesi<sup>117</sup> ile cezai müeyyide altına alınabileceği görüşünü kararlı bir şekilde reddetmektedir.<sup>118</sup> Chaplinsky formülünün ikinci bölümü de yine Yüksek Mahkeme tarafından oldukça sınırlanmıştır.<sup>119</sup>

## B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Düzleminde Düşünce Özgürlüğünün İşlevi: Bir ABD - Avrupa Karşılaştırması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uygulanan düşünce özgürlüğü anlayışına da değinmek ve bu çerçevede düşünce özgürlüğünün işlevi tartışmalarının, sınırlar kuramına nasıl bağlandığına işaret etmek istiyoruz.

AİHS'nin 10. maddesi düşüncenin ifadesi özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Bu madde

(1) *Herkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak fikir sahibi olma ve kamu otoritesinin müdahalesi olmadan ve ülke sınırı tanımadan enformasyon ve fikir edinme ve verme özgürlüğünü kapsar. Bu madde, devletlerin radyo televizyon yayınlarının ya da film girişimlerinin lisansa bağlamalarını önleyemez.*

(2) *Ödev ve sorumlulukları da beraberinde getiren bu özgürlükler ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü ya da kamu esenliği, sağlığın ya da ahlakın korunması, başkalarının haysiyetinin ya da kişi haklarının korunması, sır oluşturan enformasyonun açıklanmasının önlenmesi, yargının otorite ve bağımsızlığının korunması amacı ile kanunla belirlenen ve demokratik bir toplumda gerekli olan bir takım formalitelere, şartlara, sınırlamalara ya da cezai yaptırımlara tabi tutulabilir hükümünü getirmiştir.*

AİHS'nin 8.ve 10. maddelerinde düzenlenen haklar nitelikli haklardır. Her maddenin ilk fıkrası

<sup>112</sup> Bu sorun Yüksek Mahkeme tarafından henüz tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır.

<sup>113</sup> 403 U.S. 15 (1971).

<sup>114</sup> 485 U.S. 46 (1988).

<sup>115</sup> Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

<sup>116</sup> 376 U.S. 254 (1964).

<sup>117</sup> "words...which by their very utterance inflict injury" [315 U.S. 568 (1942)].

<sup>118</sup> Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989); United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).

<sup>119</sup> Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

kişinin özel yaşamına ve düşünce özgürlüğüne ilişkin geniş bir hak tanımını içermektedir. Devletin bu haklara müdahalesi ancak

- *kanunla düzenlendiği*;

- *meşru bir amacı gerçekleştirmek için olduğu (her maddenin ikinci fıkrası meşru amaçları belirlemiştir)*;

- *demokratik bir toplumda gerekli ("acil bir toplumsal gereksinime işaret eden") ve ölçülü (devletin aynı amaca daha az kısıtlayıcı bir şekilde müdahale eden önlemlerle ulaşabilmesinin imkan dahilinde bulunmaması)*

hallerinde kabul edilecektir.

En son koşul Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne, özellikle 10. madde bağlamındaki ihlallerle ilgili en çok getirilen ve tartışılan koşul olmuştur.

Sözleşme ile güvence altına alınan haklarına haksız olarak müdahale edildiğini ya da bunların ihlal edildiğini iddia eden kimseler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde dava açabilirler. Şüphesiz müdahale ile ihlal kavramlarının ayrı-ayrı kavramlar olduğunu bu aşamada ayrıntıları ile açıklamaya gerek yoktur. Müdahale, özgürlüğün koruma alanına girilmesi, ihlal ise, koruma alanına *haksız* olarak girilmesi anlamını taşımaktadır.<sup>120</sup>

Mahkeme "müdahale" kavramını oldukça geniş olarak yorumlamaktadır. Bir ifade nedeniyle cezai kovuşturmayaya maruz kalmanın 10. maddeden doğan özgürlüklere bir müdahale teşkil ettiği artık kökleşmiş bir içtihattir. Yine, bu nedenle cezalandırılmak da aynı 10. maddenin güvence altına aldığı haklara bir müdahaledir. Bir müdahalenin belirlenmesi halinde, sözleşmeye taraf olan devlet, yukarıdaki her bir koşulun müdahaleyi meşru kılacak biçimde somut olayda var olduğunu göstermek zorundadır. Eğer bu koşullar söz konusu değilse bir ihlalin var olduğu belirlenecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetleyici bir yargı yetkisi kullanmaktadır. Bunun anlamı Mahkemenin "...ulusal otoriteler tarafından müdahaleyi meşru kılmak için gösterilen nedenlerin [müdahalenin] 'gerekli ve yeterli' olup olmadığını"

<sup>120</sup> Bu yaklaşım suç teorisinde de izdüşümünü bulmaktadır. Gerçekten suç oluşturan fiili işlemek *müdahale* ve bunun hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi de *ihlal* olarak düşünülebilir. Felsefeci Judith Thomson bu kavramları "infringement of a protected interest" ve "violation of a protected interest" olarak ifade etmektedir [Thomson, *Some Ruminations on Rights*, 19 ARIZ. L. REV. 45 (1977)].

denetleyecek olmasıdır.<sup>121</sup> Mahkeme, devletlerin bu konudaki nitelermeleri ile bağlı değildir. İstenen meşruiyet ölçütleri çeşitlilik göstermektedir. Özel hayatın mahrem kısımları ile ilgili durumlarda yüksek bir standart ve yoğunlaştırılmış denetim uygulanmaktadır. Aynı durum, yasanın meşru olduğunun ikna edici bir biçimde<sup>122</sup> kanıtlanması gereken ifade hürriyeti bakımından da geçerlidir. Aynı şekilde, müdahale ne kadar ciddi ise (örneğin uzun bir hürriyeti bağlayıcı ceza), meşruiyet standardı da o kadar yüksek olacaktır. Bu mantığın ve genel ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Öte yandan, devletin, sınırlama bakımından özellikle acil (derhal karşılanması gereken) bir toplumsal gereksinim içinde bulunduğunu iddia etmesi halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha düşük bir standardı uygulama eğilimindedir. Şüphesiz Mahkeme, bir devletin yerine geçip onu gereksinimlerini ondan daha iyi takdir edecek konumda değildir. Bu bağlamda, devlete daha çok takdir hakkı ("margin of appreciation") verilmektedir. 1987 tarihli Leander v Sweden kararı, ulusal güvenlik mülâhazası bakımından takdir marjı tanıyan bir karara örnektir.

10. maddenin birinci fıkrasıyla garanti altına alınan hak oldukça geniştir. Siyasi bir mesaj vermek amacıyla olan gösterileri de içermek üzere pek çok ifade türünü kapsamaktadır.<sup>123</sup> Siyaset yapma, bilim yapma, sanat yapma, hicvetme, eğlenmek, kendini ifade etmek, ticaret ve reklam, haber ve her türlü iletişimsel biçim ve hali ile maddenin koruma alanı içindedir.

Ancak ifadenin niteliği, koruma rejimini farklılaştırabilmektedir. Siyasal ya da kamusal menfaatler ile ilgili ifadeler en yüksek derecede korunmaktadır. Bunları koruma düzeyi bakımından bilimsel ve sanatsal düşünce açıklamaları takip etmektedir. Son sırada ise ticari düşünce açıklamaları gelmektedir. Mahkemeye göre düşünce özgürlüğü:

"...[demokratik] bir toplumun temel yaşamsal dayanağını, toplumun ve her bireyin gelişmesinin en temel koşullarından birini oluşturur. 10. maddenin ikinci fıkrası düzenlemesi yalnızca memnuniyetle karşılanan ya da zararsız ya da önemsiz olarak addedilen bilgi ve fikirler söz konusu olduğunda değil, aynı zamanda devlete ya da toplumun

<sup>121</sup> *Barthold v Germany* (1985), parag. 55.

<sup>122</sup> *Barthold*, parag. 58.

<sup>123</sup> *Steel a.o. v UK*, 23 September 1998.

herhangi bir kesimine karşı kırıncı, şoke eden ve rahatsız eden, kırıncı ifadeleri de korumaktadır. Bu durum, kendileri korunup kollanmadan hiç bir 'demokratik toplumun' söz konusu olamayacağı çoğulculuk, hoşgörü ve açıkfikirlilik ilkelerinin gerekleridir..."<sup>124</sup>

Bu çerçevede AİHM, ABD'nde düşünce özgürlüğünün işlevi, felsefesini açıklayan *Düşünce Pazarı Kuramı* ("Theory of 'Marketplace of Ideas'"); *İnsan Onuru ve Kendini Gerçekleştirme Kuramı* ("Theory of 'the 'Human Dignity and Self-Fulfillment'"), *Demokratik Yönetim Kuramı* ("Theory of 'the 'Democratic Self-Governance'") ve *Çok Yönlü Yaklaşım Kuramı* ("Approach of Multiple Justification") olarak adlandırılabilir kuramlardan<sup>125</sup> özellikle "Demokratik Yönetim Kuramı"na ağırlık vermektedir. Böylece Avrupa sistemi açısından demokratik karar alma sürecine katkıda bulunmayacağı düşünülen düşünce açıklamaları kural olarak koruma görmezken ABD'nde düşünce özgürlüğünün 'faydaları' daha geniş olarak tanımlandığından, bu sürece hiçbir katkı sağlamayan açıklamalar da korunabilmektedir.<sup>126</sup> Bu nedenle Avrupa'da ırkçı ve ayrımcı ifadeler düşünce açıklaması sayılmazken, ABD'nde sayılabilmektedir.

10. maddenin 1. fıkrasına müdahalenin söz konusu olduğu herhangi bir olayı değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi:

"...birbiri ile çatışan ilkeler arasında bir seçimle değil, fakat dar olarak yorumlanması gereken birçok istisnaya tabi olacak olan düşünce özgürlüğü anlayışı ile... karşı karşıya kalmıştır. Müdahalenin, 10. maddenin 1. fıkrasında belirtilen istisnalar kategorisine dahil olması yeterli değildir. Yine ifadenin konusunun belirli bir kategoriye dahil olması ya da genel ya da mutlak bir yasak içeren kanuna göre yasaklanmış olması da yeterli değildir. Mahkeme, somut olaydaki vakıalar ve koşulları göz önünde tutarak müdahalenin gerekli olup olmadığını tespit etmek durumundadır ve bu yolda ileri sürülen savlar kendisini tatmin etmelidir".<sup>127</sup>

<sup>124</sup> *Handyside v UK* (1976) (49).

<sup>125</sup> RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 2.01 (1), S. 3-6 (1994).

<sup>126</sup> ırkçı ve ayrımcı ifadeler, ABD'nde prensip olarak korunmaktadır Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Brandenburg v. Ohio* [395 U.S. 444 (1969)] ile *R.A.V. v. City of St. Paul* [505 U.S.---, 112 S. Ct. 2538, 120 L. Ed. 2d 305 (1992)] adlı kararları.

<sup>127</sup> *Sunday Times v UK* (1979) (65).

"Herkesin" düşünce özgürlüğü vardır ve hiç kimsenin fikri diğerinden üstün tutulmamalıdır. Bu alanda imtiyaz tanınmaz ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi basının bir demokrasi de oynadığı rolün önemine ısrarla işaret etmiştir. Kamu menfaatlerini gerçekleştirme yolunda enformasyon ya da fikirleri bildirme özellikle basının görevidir. "Kamusal bir gözcü" olarak basının yeri yaşamsaldır. Bu bakımdan basının düşünce özgürlüğüne müdahalelerin bütünü ile meşru olması gerekmektedir ve devletlerin basın yoluyla ifade özgürlüğünü korumak ve geliştirmek için tedbirleri alma yolunda "pozitif bir yükümlülüğü" vardır.<sup>128</sup> Aksi kabulü gerektirecek zorlayıcı bir kamu menfaati olmadıkça basın kaynaklarını gizli tutabilmelidir.<sup>129</sup> Strasbourg'da alınan çok sayıda kararlar kamu menfaati yolunda yayın yapıldığında basın özgürlüğünün demokrasilerdeki önemini altı çizilmiştir. Hem siyasetçilere hem de hükümete yapılan eleştirilere daha geniş bir koruma getirilmesinin gereğinin altı çizilmiştir.<sup>130</sup>

İlkesel olarak 10. maddenin ikinci fıkrası sekizinci maddenin koruma altına aldığı gizli kişisel bilgiyi içerecek şekilde özel hayatı koruma amacı ile ifade özgürlüğünün sınırlanmasına izin vermektedir. Gerçekten düşünce özgürlüğü ile özel yaşamın her ikisi de azami koruma görmesi gereken değerlerdir. Özel yaşamı koruma amacı ile çıkarılan yasaların uygulanmasında, davacı ifade özgürlüğünü ortaya koyduğunda her iki hak arasında uygun bir denge kurulmalıdır. Bu dengeyi kurmak her zaman kolay değildir.<sup>131</sup> Genellikle, iki haktan hangisinin belirli bir durumda öncelik taşıyacağını belirlemek zor olacaktır. Bununla birlikte, bilgi herhalde kamusal alana ilişkinse ve/veya kamunun bu bilgiyi edinmede gerçek bir menfaati varsa ifade özgürlüğünü kısıtlamayı meşru göstermek çok zor olmaktadır. Araştırmacı gazetecilik böyle bir menfaatin kullanılması olabilir. Özellikle *Fressoz and Roire v France* (1999) kararının bu bağlamda altı çizilmelidir.

<sup>128</sup> *Özgür v Turkey*, 16 March 2000.

<sup>129</sup> *Goodwin v UK* (1996) (para 61).

<sup>130</sup> *Sener v Turkey*, 18 July 2000: "...the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician...the dominant position which a government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings...."

<sup>131</sup> *N v Sweden* (1986).

### III. Düşünce Özgürlüğünü Güvence Altına Alan Normların Koruma Alanına Giren İfadelerin Tanımlanması Sorunu: Düşünce Suçu Kavramı Perspektifinden "Salt İfade" ve "İletişimsel Eylem" Kategorileri Ayrımı

Düşünce özgürlüğünün koruma alanına giren fiillerin suç olarak düzenlenmesi zaman zaman, yalın olarak *düşünce suçları* ya da *ifade suçları* olarak adlandırılmaktadır. Oysa "düşünce suçları" ya da "ifade suçları" deyişi, ceza hukukuna özgü bir terim değildir. Anayasal ve anayasalar üstü insan hakları kuramı ve uygulamasından ceza hukukuna devşirilen ve genel olarak, düşüncenin ifadesini içeren fiillerin, *meşru olarak cezalandırılıp cezalandırılmadığı* sorusuna yanıt arayışı içinde ortaya atılan bu terim bazı karışıklıklara da meydan verebilecek niteliktedir.

Yasa koyucu otorite, bazı eylemleri suç olarak kabul ederken, dış dünyada ortaya çıkmış, 'bir şekilde' 'ifade edilmiş' hukuka aykırı fiilleri düzenler. Bir bakış açısına göre cezalandırma hak ve ödevinin, 'çoğunlukların temsilcisi' olan yasa koyucu eliyle meşru zeminde kullanıldığı durumlarda, herhangi bir davranışın, anayasal düşünce özgürlüğünün koruma alanına giren *dar anlamda ifade* mi yoksa bu koruma alanında olmayan *eylem* mi olduğu sorusunun bir önemi yoktur. Aynı yaklaşım, hangi eylemlerin suç olarak belirlenip hangilerinin belirlenmeyeceği sorusunu, ceza hukuku kuramının dışında, özgürlükler hukuku ışığında, suç siyaseti disiplinin ilgi alanı içinde görür. Yine, suç teşkil eden bir eylemin; söz, yazı vb. araçlarla ile işlenebilen bir eylem olması, onu yasalar çerçevesinde, bedensel güç vb. araçlarla işlenen bir eylemden farklı kılmaz. "Suç, suçtur". Bu görüşü son derece sınırlayıcı bulan yaklaşım ise çağdaş demokratik ceza hukuku sistemlerinde ceza hukukunun da uluslararası ve uluslar üstü anayasal insan hakları ile doğrudan doğruya sınırlandırıldığını savunur. İnsanın en temel haklarına ciddi bir müdahale içeren ceza yasalarının tek sınırının, yasa koyucu çoğunluklar olmadığı açıktır.

Suç, suç ise, genel olarak ifade suçları, düşünce suçları denince ne anlaşılmalıdır? Bu çerçevede öncelikle *salt ifade suçları* adını verdiğim kategori ile *iletişimsel eylem suçları* adını verdiğim kategori arasında bir ayrıma gitmek gerektiğini düşünüyor ve salt ifade suçlarını "*anayasal*

*ve anayasalar üstü insan hakları hukukunun kabul ettiği genel ilkelere göre, düşünce özgürlüğünün koruma alanına girebileceği düşünülen ve özellikle söz, yazı, yayın vb. diğer araçlarla ortaya konan ancak ceza yasasının soyut ya da somut olarak belirlendiği belirli bazı zararlı ya da tehlikeli unsurları nedeni ile suç olarak cezalandırılan açıklamalar"* olarak anlıyorum.

Ceza yasalarındaki iletişimsel eylem suçları ise, ceza yasasının suç olarak tanımladığı ve genel olarak düşüncenin açıklaması olarak kabul edilmeyen eylemlerin belirli bir düşünceyi ifade etmek için işlenmesi halleridir. Bu gibi durumlarda, yasa koyucu, davranışı, genel olarak, ne amaçla, hangi saikle işlendiğine bakmaksızın cezalandırmıştır. Mala zarar verme eylemi gibi. Bu nedenle, bu gibi suçların düşünceyi ifade etmek için işlenmiş olması, sınırlı durumlar dışında, cezalandırmayı etkilemez. Bir kimsenin otomobilinin üstüne spreyle propaganda yazısı yazıldığını düşünelim. Bu durumda o kimsenin malına kasten zarar verilmiştir ve bu gibi davranışlar, yazı yazılmasından ve yazının içeriğinden bağımsız olarak cezalandırılmaktadır. Ancak bazı eylemler, sadece, iletişimsel yönlerinin "sakıncalı" kabul edilmesi nedeniyle cezalandırılmaktadır. Bu nedenle, iletişimsel eylemler, düşünce özgürlüğü koruması bakımından, özellikle, iletişimsel yönleri esas alınarak ceza yaptırımını konusu yapılmışlar ise oldukça tartışmalı hale gelirler. Bir ülkenin bayrağını yakmak, sakıncalı görülen gayri resmi bir bayrağı sallamak, pankart asmak, oturma eylemi yaparak trafiği kapatmak, çevreye zararlı atık yüklü trenlerin geçişini engellemek için rayların üstünde beklemek, açlık grevi yapmak gibi. Bu gibi eylemlerin, demokratik sivil toplum mücadelesi yürüten pek çok siyasal ve toplumsal grupça yapılageldiği bilinmektedir. Bu anlamda, ceza yasasında yazılı her suç, iletişimsel bir eylem biçiminde işlenebilirse de bu suçlardan bir kısmı sınırlı koşullar altında düşünce özgürlüğünün koruma alanına girebilir.

Öte yandan, birçok çok farklı suç; söz, yazı, görsel bazı işaretler, jestler vb. *dar anlamda ifade*lerle işlenebilir. Örneğin "karşılıksız çek yazmak" da yazılı bir *ifadede* bulunmaktadır. Hatta salt ifade de bulunmaktadır. Sahte evrak tanzim etmek, özünde yazılı bir *ifadedir*. Bu gibi eylemlerin, düşünce özgürlüğünün koruma alanına giren eylemlerden önemli bir farkı, ilgili hükümlerde yer alan "belge"

kavramının işlevi (düşünce ve fikir alışverişi dışındaki “özel” hukuksal durumlara özgülenmiş olmaları), *niteliği, tanımlanan hareketin içeriği* ve eylemde bulunanın *amacıdır*. Anayasa “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir” hükmünü (m. 26) öngörmektedir. Şüphesiz, düşünce ve kanaatlerini açıklamak demek, yapılan açıklamaların, *düşünce ve kanaat* açıklaması olması demektir (örneğin alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde sanki mevcutmuş gibi borçların artmasına sebebiyet vermek değil).

Bu anlamda bir yazının hiçbir fikir açıklamadığı durumlar söz konusu olabilirken (karşılıksız çek yazmak), bedensel bir eylem (bayrak sallamak) bir fikir açıklayabilir. Demek ki düşünce özgürlüğü, kavramsal olarak hem eylem özgürlüğüdür, hem de söz, yazı vb. araçlarla ortaya konan bir oluş biçimi/ ifade özgürlüğüdür. Bu savımız, dış dünyada somut değişiklik yapma amacıyla sarf edilen, -örneğin komünist düzenin kabul edilmesi yolunda propaganda oluşturan- ifadelerin, ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında olduğu anlamına alınmamalıdır. Söz konusu olan ifade şekli ne olursa olsun, ister söz ya da yazı, isterse eylem olsun, asıl olan bir “fikri” açıklamasıdır. Karşılıksız çek yazan kimse hiçbir fikri açıklamamaktadır, oysa komünizm propagandası yapan kimse bir fikri de (komünizmin iyi bir yönetim olduğuna olan siyasal inancını) açıklamaktadır. Fakat bu bağlam içinde düşünülmesi gereken bir tuzak da vardır. Bir kimse bir fikir açıklamak (örneğin çek yasasını protesto etmek) için de karşılıksız çek yazabilir. İşte o zaman, eylemi iletişimsel eylem haline gelebilir ve duruma göre düşünce özgürlüğünün koruma alanı içine girebilir. Eğer yaptırımcı otorite, bu davranışı, örneğin ticari düzenin sağlıklı işlenmesi meşru nedenine dayalı olarak değil de salt protestoyu engellemek amacı ile bastırmaya çalışıyorsa. Bayrak yakmak örneği de paralel bir örnektir. Bayrağın yakılması, mala zarar vermesi ya da yangın tehlikesi çıkarmayı önlemek için değil, salt içeriğindeki protestoyu bastırmak için cezalandırılmaktadır. O halde bayrak yakmak da düşüncenin ifadesidir.

Salt ifade eylemlerinin ifade özgürlüğünün koruma alanına girip girmediği sorusuna yanıt ararken hem ifadede bulunanın o ifade ile doğrulamayı kastettiği sonucu ve sarf ettiği ifadeyle

düşünsel ilişkisi, hem de ifadeyi sınırlayan yasa koyucunun, ifadenin hangi yönü ile ilgilendiği göz önünde tutulmalıdır. Bu değerlendirmede bize ışık tutacak olan felsefe, ifade özgürlüğünün, demokratik karar alma sürecini kolaylaştırması, gerçeğin aranmasına hizmet etmesi ve bireyin kendini ifade ederek mutlu olması yolundaki önemli işlevlerini anlatan kuramlardır.

Yukarıda, ‘geçici-işlevsel’ tanımlarını verdiğim bu kategorileri birbirinden ‘pratik olarak anlamlı’ biçimde ayırmak görüldüğünden daha güçtür. Örneğin “oturma eylemi”, “pankart asmak veya taşımak”, “bayrak sallamak”, “bayrak yakmak”, “açlık grevi yapmak” vb. eylemler de görünüşte, *salt hareket* olarak algılanabilirken, bir kimse- nin bir düşünceyi savunma itkisi ile bu eylemlere girişmesi değerlendirmeyi zorlaştırmaktadır. “*Hapishanelerde açlık grevi yapma eylemleri*” ilk bakışta ifade özgürlüğünün koruma alanına gireren bir düşünce açıklaması sayılmayabilir. Ancak bir protesto eylemi olarak herhangi bir gösteri yürüyüşünden amaçsal ve işlevsel farkı olmayan eylemlerdir. Kimi açlık grevlerinde, özellikle bir durumu protesto ya da siyasal bir amaca ulaşma amacı ile yapılanlarında, tehdide benzer bir hal olsa da, zararın yöneldiği kimse protestocunun bizzat kendisi olduğu için açlık grevi suç olarak kabul edilmemiştir. Yine örneğin bir kimse, “yanlış alarm” vererek, kendi düşüncesine göre, güvenlik güçlerinin zayıf yönlerine dikkati çekmek istiyor olabilir. Bir başka kimse, sağlık sistemindeki çarpıklığa işaret etmek için, hasta olmadığı halde acil ambülâns çağırıp ambülânsın geç gelişini ya da müdahale etmekteki yetersizliğini belgeleyebilir. Evsizliği protesto için gruplar halinde sokaklarda çadır kuranlar olabilir. Nükleer atıkların taşınmasını protesto için tren rayları kapatılabilir. Esnaf, siyasal protesto amacıyla kepenklerini kapatabilir, boykot yapabilir. *Sivil itaatsizlik* adı da verilen bu örnekler, ifade özgürlüğü koruması bakımından tartışma yaratan iletişimsel eylem kuramı çerçevesinde değerlendirilir. Başbakana yumurta atmak gibi bir iletişimsel eylemin de düşünce özgürlüğüne sıkı sıkıya bağlı olduğu bilinmelidir. Bu çerçevede, yumurta atmak ile “suikast girişiminde bulunma”nın aynı kefeye konulamayacağı fikrindeyiz.

İletişimsel eylemlerin, salt eylem oluşturduğu diğer davranışlardan önemli farkları vardır:

İletişimsel eylemlerin yol açtığı zararlar görece küçüktür, hatta ihmal edilebilir zararlardır (ya da açlık grevindeki gibi zararın bizzat protestocunun kendisine yönelirler), eylemle verilmek istenen bir mesaj vardır ve otoriteler bu eylemleri sırf vermek istedikleri mesajı gözeterek bastırmaya çalışmaktadır. Örneğin on kişi üniversitenin kapısında “öylesine” otururlarsa bir sorun çıkmaz, ama aynı on kişi üniversite kapısı önünde bir durumu “protesto etmek için” otururlarsa sorun çıkabilmektedir.

İletişimsel eylemlerin *iletışimsel yönleri gözetilmeden* sınırlandırılması mümkündür kanısındayız. Örneğin amfi kapısının önünde, dersi engelleyecek biçimde oturma eylemi yapılması, derslere devam edilebilmesini sağlamak amacı taşıyan ölçülü müdahalelerle önlenabilir. Çünkü dersleri engelleyen her davranışa karşı, hale göre, meşru önlemler alınabilir. Ancak otoritenin gerçek amacı, eylemle açıklanmak istenen düşüncenin içeriğini bastırmak değil, dersin devamını sağlamak olmalıdır. Otorite, aynı eylemin, örneğin ders yokken yapılmasına izin vermiyorsa ya da bir düşüncüyü savunan iletişimsel eyleme izin verirken bir başka düşüncüyü savunan eyleme izin vermiyorsa kanımızca düşüncüyü gayrimeşru olarak sınırlamış olur.

Öte yandan, görünürde düşünce özgürlüğünün koruma alanına girdiği sanılan bazı ifadeler, somut işleniş koşullarında hiç de öyle olmayabilirler. Hakaret fiilleri bunlara bir örnek oluşturabilir.<sup>132</sup> Bir kimse, bir düşüncüyü savunma kisvesi altında, hakaret ettiği kimsenin ticari itibarını sarsmayı ve bu yolla ticari rakibi karşısında üstünlük sağlamayı amaçlamış olabilir. Basın yayın organlarının giriştiği bazı “skandal” açıklamaları zaman zaman ticari rakiplere yönelik bir karalama kampanyasının bir parçası olabilir. Bu açıdan, yukarıda farklı kategoriler olarak belirttiğimiz eylemleri birbirlerinden kuramsal olarak ayırabilmek için hem düşünce özgürlüğü kuramının “*işlevinin*”, -yani düşünce özgürlüğü ile korunmak istenen değerler sisteminin-; hem, somut olayda düşünce açıklamasında bulunan kimsenin, *bu değerler sistemi ile bir ilgisinin olup olmadığının*, hem de *sınırlayıcı otoritenin ifadenin içeriğine karşı tavrının* araştırılması gerekebilir. Şüphesiz, ağızdan çıkan her söz, örneğin, bir kimsenin karşısındakini yaralamak amacı ile eğitilmiş köpeğine yönelik olarak

sarf ettiği “parçala!” sözü, anayasal ve anayasalar üstü insan hakları hukukunun tanımladığı anlamda “düşüncenin ifadesi” değildir. İlkesel olarak, gürültü çıkarmak, tehdit etmek, sövmek vb. fiiller, düşüncenin ifadesi değildir. Ancak, somut olayların koşulları bu gibi davranışları dahi, düşünce özgürlüğünün koruma alanı içine sokabilmektedir. “Susurluk Olayları”ni takiben yapılan “Aydınlık İçin Bir Dakika Karanlık” eylemleri çerçevesinde *evlerin ışıklarının söndürülmesi* davranışları, tipik iletişimsel eylemlerdir. Pahalılığı protesto için yollara düşüp *tencere tava tokuşturmak* da düşüncenin ifadesidir. Görüldüğü gibi kimi zaman gürültü çıkarmak da düşüncenin ifadesidir. Bu açıdan ilginç bir örnek, ABD’nde, Vietnam Savaşı’ni ve Vietnam’a gönderilmek üzere askere çağrı işlemlerini protesto etmek isteyen bir gencin, üstünde “Fuck the Draft” yazılı bir ceket ile bir mahkeme binasında dolaşması eyleminin Yüksek Mahkeme tarafından, düşünce özgürlüğünün ifadesi olarak kabul edilmesidir.<sup>133</sup>

Bu çerçevede, her söz düşünce olmadığı gibi, her bedensel hareket de, düşünce özgürlüğünün koruma alanı dışında bir “eylem” olmayabilir. Anayasa hukukunun verdiği düşünce ya da ifade tanımı, tümü ile metinden soyut olarak ele alınırsa, “*her söz yüzde yüz eylem ve her eylem de yüzde yüz düşüncedir*” denebilir.<sup>134</sup>

#### IV. Sınırlama Sorunu

##### A. Genel Olarak

Düşünce ya da ifade özgürlüğünün koruma alanında olmak, düşünce ya da ifade olarak nitelenmek demek olarak görülüyor. Sınırlanma sorunu ise, bir kere düşünce ya da ifade olarak görülen davranışın sınırlandırılması ölçütleri ile ilgili bir tartışmadır. İşlev tartışmaları, hem tanım hem sınır sorunları bakımından önemlidir. Kimine göre, her eylem yüzde yüz düşünce, her düşünce de yüzde yüz eylemdir. Bu nedenle, düşünce ya da ifadeyi tanımlamaya çalışmaktan çok, onların kastedilen ikincil sonuçlarına odaklanmak gerekmektedir. Ve bugün kabul edilmesi gereken, düşüncenin açıklanmasının ancak, düşünce özgürlüğü sınırlanarak önlenmesi meşru olan çok ciddi bir kötülüğe

<sup>133</sup> UNITED STATES SUPREME COURT, 403 U.S. 15 (1971).

<sup>134</sup> John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study of the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1481, 1495 (1975).

<sup>132</sup> Ayrıntılı olay örnekleri için bkz. Erol Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Hakaret ve Sövme Suçları*, Ankara, Ocak 2001.

sebebiyet verebilmek bakımından açık, mevcut ve somut bir tehlike içermesi halinde sınırlanabileceği ve içeriği muğlak yasalarla oto-sansür yaratılamayacağıdır. Öldürmeye veya yaralamaya azmettirme, tehdit, şantaj vb. gibi temel bireysel değerleri tehdit eden açıklamalar tartışması bir yana özellikle toplumsal-kurumsal değerleri sarsan düşünce açıklamalarında uygulanması gereken ölçüt bu olmalıdır. Bununla birlikte örneğin Amerikan hukuku, kamuya mal olmuş kimselere hakaret olaylarında hakaret oluşturan düşünce açıklamalarını, "gerçek dışı oldukları bilinci ya da gerçek olup olmadıkları konusunda adamsendeci bir ilgisizlik" ("with knowledge of its falsity or with reckless disregard for its truth") içinde açıklanmadıkça, korumaktadır. Ünlü New York Times Co. v. Sullivan davasında<sup>135</sup> biçimlendirilmiş bu ölçüt, diğer alanlardaki sıkı denetim ("strict scrutiny") ya da yakın bir hukuka aykırı hareketi teşvik ("intent to incite imminent lawless action") ölçütleri ile ilgisiz görünse de ifade özgürlüğünü çok geniş ölçüde korumaktadır. Ama "actual malice" (kötü niyet) ölçütünün de ilgili bağlama uyarlanmış bir tür duyarlı ve özenli inceleme ölçütü olduğuna işaret etmek gerekir. Bu bakımdan, örneğin basının gerçeğe aykırı haber verdiği hallerde kullanılan kötü niyet ("actual malice") ölçütü, başka bir bakış açısından, açık ve şu anki tehlike ölçütü ile akrabadır. Çünkü her ikisi de, her durumda, suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesi bakımından alarm sınırını yukarıya çekmektedir. Bu "actual malice" için kusur bakımındandır, açık ve şu anki tehlike bakımından maddi unsur, hareketin "tehlikeliliği" bakımındandır. İfade özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olunca, ilk bakışta birbiriyle ilişkili görünmeyen alanlarda ya *kusur derecesinin yüksekliği* ya da *zarar tehlikesinin yakın olmasının* aranması rastlantı değildir. Her durumda gerek bireysel temel değerleri gerek toplumsal kurumsal değerleri sarsan düşünce açıklamaları söz konusu olduğunda, ifadenin yaratacağı tehlike ya da zararın açık ve yakın olarak belirlenmesi ve açıklamada bulunanın bu sonuçları yaratmak bakımından kötü bir niyeti bulunduğunun kanıtlanması gereklidir.

Bu anlayışın çıkış noktası şudur: Düşüncenin ifadesi Anayasal düzlemde korunduğuna göre, onun sınırlanması yine Anayasal düzlemde

koruma gören bir değeri korumak için yapılmalıdır ve yine ifade, eğer birilerinin üstüne cin salma gibi bir 'insan-üstü' yetiniz yok ise kendiliğinden yani sarf edildiği hali ile bir değere zarar veremeyeceğine göre, sınırlanması için ciddi olan o değere zarar vermeye yakın bir tehlike haline sebebiyet vermiş olması gerekir. Yine, kişilerin istemedikleri sonuçları doğurmaları ancak doğrudan onların eylemleri nedeniyle ortaya çıkmış zararlar bakımından kabul edildiğinden (birine otomobille istemeden çarpmak gibi) ve düşüncenin ifadesi halinde araya başka ajanlar girmeden herhangi bir zarar ortaya çıkmadığından, düşünce ifadesinde bulunanın zararlı sonucu doğurmaya yönelik tartışmasız kastı olmadıkça cezalandırılmayacağı ilkeleri Anayasal korumanın gereğidir.<sup>136</sup> Ceza, ağır bir yaptırımdır. Bu nedenle uygulanmasının bireylere ya da toplumsal değerlere karşı ciddi bir kötülükü önlemeye uygun, kötülükü önlemek bakımından gerekli/zorunlu ve ölçülü olması gerekir. Neden düşünce özgürlüğü karşısında ancak temel bireysel ve toplumsal değerler korunabilir demeliyiz, yani bunların herhangi bir değer değil de temel değer olması nereden çıkar? Çünkü düşünce özgürlüğünün anayasal konumunu göz önünde tutuyor ve ancak bir temel değer ciddii olarak sarsılması tehlikesi karşısında böylesi değerli bir ilkeden, böylesi ağır bir yaptırım uygulayarak ödün verebileceğimize inanıyoruz.

## B. Düşüncenin İfadesini Sınırlayan Norm ve Uygulamalar Hangi Koşullar Altında Meşru/Anayasal Kabul Edilebilir?

### 1. Koruma İlkeleri

#### a) Düşünce Özgürlüğünü Sınırlayan Norm ve Uygulamaların Tarafsız Olması Gereği

İlk temel ilke<sup>137</sup> tarafsızlık olmalıdır. Tarafsızlık, özgür düşünce pazarında, isteyen beğendiğini alması biçiminde özetlenebilecek "düşünce pazarı" kuramının bir uzantısı olarak, bazı düşüncelere avantaj sağlanırken diğerlerinin dezavantaj görmesini önleyen Anayasal eşitlik ilkesine paralel olan en önemli ilkelerden biridir. Buna göre,

<sup>136</sup> Bu ilkelerin etik-felsefi düzlemdeki ayrıntılı serimi ve tahlili için özellikle bkz. Agnes Heller, Bir Ahlak Kuramı, Çevirenler Abdullah Yılmaz, Ertürk Demirel, Koray Tütüncü (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2006).

<sup>137</sup> Bu çerçevede ilkeler hakkında genel olarak bkz. Öykü Didem Aydın, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), ss. 307-313.

<sup>135</sup> New York Times Co v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

düşüncenin sırf içeriği gözetilerek yasaklanmasını anlatır. Örneğin, polise silahlı gösteri izni verirken vatandaşlara verilmemesini engeller. Silahlı gösteri, ancak ifadede bulunandan ve ifadenin içeriğinden bağımsız bir unsur, yani silah unsuru ve bu unsurun kamu düzeni bakımından yaratacağı tehlikeler nedeni ile yasaklanabilir. Yani, düşüncenin ifadesinin sınırlanması, o ifadenin içerik ve bakış açısından, anlattığı içerikten, bahsettiği konulardan bağımsız gerekçelere dayalı olmalıdır. Hükümeti övmeyi serbest bırakırken, yermeyi yasaklayamazsınız. Yeni Türk Ceza Kanununa göre ise din görevlileri hükümeti övebilirken yerebilirler.<sup>138</sup> Aynı yerde Türklüğü ya da Türk Milllerini tahkiri yasaklarken, Ermeniliği tahkiri serbest bırakamazsınız. Yasalar, düşüncenin bakış açısına koydukları tavır bakımından tarafsız olmalıdırlar. Şüphesiz her ceza normu, cezalandırılan davranışın içeriğini belirleme yolunda bir tanım getirir. Tanımlamak, içeriği gözetmektir. Ancak, düşünce açıklamalarını yaptırma bağlayan otoritenin, düşüncenin ikincil sonuçlarından çok, içeriğini gözetmesi, normu şüpheli bir konuma sokar. Bu hallerde, otoritenin sınırlamayı meşru kılabilme için son derece ciddi gerekçeler göstermesi beklenmelidir. Örneğin yaşam hakkının korunması, şiddetin önlenmesi, kişi özgürlüğünün korunması gibi.

Düşünceler arasında vermek istedikleri mesaj göz önünde tutularak "içerik ayrımcılığı yapılamaz" dedik. Bu ilke nereden çıkmıştır? Bütünü ile düşünce özgürlüğünün işlevinden. Bu özgürlük eğer siyasalsa, bilimselse, sanatsalsa ya da gerçeğin bulunmasına hizmet ediyorsa ve eğer kişi mutluluğunun gereği ise, bir düşünceyi diğerinden üstün tutmanın anlamı yoktur. Aksi durumda, özgürlüğün işlevi zedelenir. Bir fikir gösteri, hatta "şov yapabilirken" onunla aynı nitelikte ama içeriği farklı olan başkası engellenemez, aksi durumda demokratik tartışma gerçekleşemez, çünkü karşı fikrin elleri bağlanmış olur.

Yine, düşüncenin içeriğine karşı toplumda egemen olan basit ve tepkisel bir muhalefet onun açıklanmasının sınırlanması için hiç bir birimde

138 Bkz. Türk Ceza Kanununun 219. Maddesi: "**Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma** - (1) İmam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresini ve Devlet kanunlarını ve hükümet icraatını takbih ve tezyif ederse bir aydan bir seneye kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır veya bunlardan birine hükümlenabilir..."

bir mazeret oluşturamamalıdır. Toplumun çoğunluğunun, bir düşünceyi "rahatsız edici", "incitici" ya da "kabul edilmez" bulması onun yasaklanması için bir gerekçe oluşturamaz. Bu düşünceler evrensel olarak eleştirilen ve kabul görmeyen düşünceler bile olsa aynı ilke geçerlidir.

ABD'nde geçerli öğretinin bakımından tarafsızlık "düşünce pazarında" ("marketplace of ideas") bazı düşüncelere avantaj sağlanırken diğerlerinin dezavantaj görmesini önleyen Birinci Ek Maddeye ilişkin en önemli ilkelerden biridir. Yasalar, düşüncenin bakış açısına koydukları tavır bakımından tarafsız olmalıdırlar.<sup>139</sup> Düşüncenin içeriğine karşı toplumda egemen olan basit ve mücerret bir muhalefet onun açıklanmasının sınırlanması için hiç bir biçimde bir mazeret oluşturamamalıdır. Toplumun çoğunluğunun, bir düşünceyi "rahatsız edici", "yaralayıcı" ya da "kabul edilmez" bulması onun yasaklanması için bir gerekçe oluşturamaz.<sup>140</sup> Devlet, düşüncenin içeriğinin rahatsız edici, incitici vb. nitelikte ("offensiveness") görülmesini ya da istenmemesini ("undesirability") sınırlayıcı düzenlemenin meşruiyet nedeni ve temeli olarak alamaz. Bu düşünceler evrensel olarak eleştirilen ve kabul görmeyen düşünceler bile olsa aynı ilke geçerlidir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin benimsediği anlayışa göre "Yanlış bir fikir diye bir şey yoktur." ("there is no such thing as a false idea").<sup>141</sup>

Düşüncenin ifadesinin sadece belirli türü ve şeklinin cezalandırılması değil, aynı zamanda, yaptırımın, doğrudan düşüncenin içeriğine bağlanabilmesinin mümkün olduğu hallerde, düşünce özgürlüğünü yasa koyucunun müdahalelerinden koruma çabaları boşa çıkacaktır. Çünkü bir düşüncenin ifadesinin, objektif kamu barışını ve kamu barışının varlığına ilişkin subjektif güveni tehlikeye düşürmeye elverişli olup olmadığı, genellikle halkın çoğunluğunun o düşünceye karşı gösterdiği tepkiye bağlıdır. Ama açıklanan düşüncenin içeriğini onaylayan ya da hiç olmazsa o içeriğin açıklanmasına karşı kayıtsız kalan genel bir kanının varlığı şartı ile korunan bir düşünce özgürlüğünün de pek

139 Cornelius v. NAACP Legal Defense & Educ. Fund, Inc., 473 U.S. 788, 806 (1985).

140 Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989); Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989); Young v. America Mini Theatres, Inc. 427 U.S. 50, 63-65 (1976); United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 382 (1968); Stromberg v. California, 283 U.S. 359, 368-69 (1931).

141 Gertz v. Robert Welch, Inc. 418 U.S. 323 (1974).



bir değeri yoktur. Oysa korunması gerekli olan, hatta asıl korunması gerekli olan, rahatsız edici bulunan azınlık düşüncesidir.<sup>142</sup> Şüphesiz yasa koyucu, kamu barışını, kamu barışını tehlikeye düşüren düşünce açıklamalarına karşı koruma yetkisine sahiptir. Ama bu koruma, düşünce özgürlüğünü sınırlayan yasaların "genel olması" koşuluna uyularak, yani istisnai içeriklere özgülenmemiş olmaları koşuluna uyularak, içeriksel ve düşünsel olarak nötral bir normla gerçekleşmelidir. Sınırlayıcı yasanın, Anayasal olarak açıkça ortaya konmuş temel bir koruma ödevini somutlaştırmış olduğu haller farklı düşünülebilir. Fakat kamu barışı veya kamu düzeni gibi, sadece Türk yargı uygulamasında değil, örneğin Batı Avrupa uygulamasında bile muğlak ve şeffaflıktan yoksun ve Anayasal olarak en fazla dolaylı olarak değinilebilecek<sup>143</sup> bir koruma değerine dayanarak, belirli bir içeriksel eğilime sahip düşüncelerin ifadesini yasaklamak ilkesel olarak mümkün olamamalıdır.<sup>144</sup>

## b) Duygusal ve Heyecansal İfadelerin de Koruma Görmesi İlkesi

Sert üslubun ve duygusal tepkilerin de korunması ikinci temel ilkemiz olmalıdır kanısındayım. Düşünce özgürlüğünün anayasal korunması yalnızca tanısallık ("kognitif") nitelikteki ifadelerle sınırlı olmamalıdır. Düşünce açıklamasının korku, öfke, hayranlık, endişe, kıvanç vb. gibi duygusal ve heyecansal unsurları da tanısallık kadar önemli addedilmektedir. Heyecansal unsurlar söz konusu olduğunda adap kavramı da geniş olarak yorumlanmakta ve ifadenin koruma görmesi için o kadar da adaba uygun olması gerekmediği belirtilmektedir. Çünkü dilbilimsel açıdan da kabul edildiği gibi çoğu dilsel anlatımın çifte iletişimsel işlevi vardır: Yalnızca nispeten kesin ve soğukkanlı fikirleri değil, başka türlü açıklanamayan duyguları da ifade ederler. Aslen, sözcükler sıklıkla tanısallık kadar duygusal güçleri için de seçilmektedir. Anayasanın belirli ifadelerin tanısallık içeriklerine özel bir önem verirken, iletilmek istenen bütün mesajın sıklıkla daha önemli bir unsur olabilen duygusal işleve hiç bir önem vermediği görüşünü onaylayamayız.

<sup>142</sup> Stefan Huster, *Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungs-freiheit und das Bundesverfassungsgericht*, Neue Juristische Wochenschrift, 1995, S. 487 vd.

<sup>143</sup> Stefan Huster, *a.g.e.*, S. 487 vd.

<sup>144</sup> Stefan Huster, *a.g.e.*

Gerçekten, idare, hemen, hoşla gitmeyen bazı görüşlerin ifadesini yasaklamanın uygun ve kolay bir kisvesi olarak belirli bazı sözleri sansürleme yoluna başvurabilir. Duygusal olarak yüklü bazı kelimelerin yasaklanmasının, ileride düşüncelerin ve fikirlerin toptan yasaklanmasına götüreceği tehlikesidir. İfade yalnızca tanısallık nitelikleri ile değil coşku ve öfke yaratıcı duygusal nitelikleri yanında, kışkırtıcı nitelikleri ile de korunmalıdır.

Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi Cohen v. California davasında bu ilkeleri şu cümlelerle ifade etmiştir:

*"Çoğu dilsel anlatımın çifte iletişimsel işlevi vardır: Yalnızca nispeten kesin ve soğukkanlı fikirleri değil, başka türlü açıklanamayan duyguları da ifade ederler. Aslen, sözcükler sıklıkla tanısallık güçleri kadar duygusal güçleri için de seçilmektedir. Anayasanın belirli ifadelerin tanısallık içeriklerine özel bir önem verirken, iletilmek istenen bütün mesajın sıklıkla daha önemli bir unsur olabilen duygusal işleve hiç bir önem vermediği görüşünü onaylayamayız... Neticede ve aynı biçimde, belirli bazı sözcüklerin, fikirlerin süreç içinde bastırılması ciddi tehlikesi ile karşılaşmadan yasaklanabileceği yüzeysel fikrine de katılmıyoruz. Gerçekten, idare, hemen, hoşla gitmeyen bazı görüşlerin ifadesini yasaklamanın uygun ve kolay bir kisvesi olarak belirli bazı sözleri sansürleme yoluna başvurabilir."*<sup>145</sup>

## c) Sembolik İfadelerin ve İletişimsel Eylemlerin Korunması İlkesi

Anayasaların sağladığı koruma düşüncesinin açıklanması için yalnızca 'dil'in kullanılması ile sınırlı olmak zorunda değildir. Sembolizm ilkesi adı verilen üçüncü temel ilkeye göre, "iletişimsel davranışlar" ("communicative acts") adı verilen ve belirli simgelerin gösterildiği toplantı ve gösteri gibi etkinliklerde somutlaşan davranışlar da koruma altına alınır.<sup>146</sup> Bu nedenle batı dünyasında protesto amacı ile bayrak yakılması davranışı dahi bu ilke ışığında anayasal koruma gören bir davranış olarak kabul edilmiştir.<sup>147</sup>

<sup>145</sup> 403 U.S. 15 (1971); Aynı yönde Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

<sup>146</sup> Sembolik ifadenin korunmasına dair önemli bir tartışma için bkz. Melville Nimmer, The Meaning of Symbolic Speech Under the First Amendment, 21 U.S.L.A. L. Rev. 29 (1973).

<sup>147</sup> United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990); Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989); Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).

#### **d) Zarar İlkesi (Önemli Bir Değerin Ciddi Tehlike veya Zarardan Korunması Gereği)**

Düşünce özgürlüğünün sınırlanabilmesi için, sınırlama ile korunduğu iddia edilen menfaatin önemli bir hukuki değer, 'zorlayıcı bir kamusal menfaat' olması gerekmektedir. Bu ilke, düşünce özgürlüğünün, ancak kendisi kadar önemli bir başka özgürlüğü korumak amacı ile sınırlanabilmesini anlatır. Düşünce özgürlüğüne ilişkin çağdaş yaklaşım, normalde, ifadenin ancak korunan önemli bir bireysel veya kamusal değere yönelik bir zarara ya da ciddi bir zarar tehlikesine somuta çok yakın olarak yol açması durumunda yasaklanabileceğini kabul eder. Bu ilkeye ise zarar ilkesi adı verilir. İlke, aynı zamanda gereken ölçüde zarar oluşturabilmek bakımından yaralanmaların asgari ölçüsünün belirlenmesini de içerir. İfadenin yol açabileceği zararlar fiziksel, nispi ve tepkisel olabilir. Fiziksel zararlara karşı çıkarılan yasalar meşrudur. Ancak görelî ya da tepkisel zararlara yani muhatapların öznel anlamlandırmalarından doğan zararları önlemek amacıyla çıkarılan yasalar her zaman meşru değildir.<sup>148</sup>

Kamusal otorite, ifade özgürlüğünü sınırlayan yasaların meşruiyetini; fiziksel zararı önleme gerekçesine dayanarak savunabilir. İnsan öldürmeye kışkırtma bu nedenle suç olabilir. Gerçekten fiziksel zararlar, görünebilir ve ölçülebilir dışsal etkileri nedeniyle belirli bir ağırlığa sahiptirler. Ancak bir de fizikselleştirilemeyen, sırf yasaları ihlalden doğan cezai zarar kavramı vardır. Bu fiziksel ya da maddi zarar adı verilen zarar bir yaralanma ya da somut zarar değildir. Yani kimsenin burnunun kanamadığı, cebinden de bir kuruş çıkmadığı halde doğduğu kabul edilen bir takım zararlardır. Cezai zarar adı verilen zarar, aslen, somut zarardan çok ceza yasası ile korunan bir toplumsal kurumsal değer ihlal edilmesidir. Cezai zarar bir yandan soyut ve elle tutulamaz bir kavram olarak değerlendirilirken öte yandan kurumlar, kamu güvenliği ve esenliği, kamu düzeni, kişi hürriyeti, adalet, hatta evlilik kurumu gibi belirli toplumsal menfaatleri kurumsallaştıran ortamlara verilen zararları kapsar. İşte bu kurumsallaştırılan ortamların menfaatlerini zedelediği düşünülen

açıklamaların sınırlanmasının meşruiyeti gerçek tartışma konumuzdur. Türk Ceza Kanununun 301. Maddesi konusundaki tartışmaların özü budur, 216. Madde konusundaki tartışmaların özü de budur. Örneğin bir toplum, evliliği, askerlik ödevi gibi bir kutsal ödev olarak kabul etse ve evlilikten soğutmaya suç kabul etse acaba böyle bir sınırlama, düşünce özgürlüğüne uyar mı diye tartışmadan edemeyiz. Eşcinselliği özendirmenin vakti zamanında pek çok ülkede suç olduğunu hatırlatalım.

Genel olarak kurumsallaştırılan bazı menfaatleri korumak amacıyla çıkarılan düzenlemelerin meşru olabilmesi için, bu değerlere zarar tehlikesinin açık ve mevcut olarak yaratılması aranır. Özgürlükçü dünyada üç aşağı beş yukarı durum budur. Vicdani red ile ilgili bir kitap çevirdiniz, bu kişileri ne derece askerlikten soğutur tartışma konusu budur. Açık ve şu anki tehlike ölçütü, zedelenmeleri cezai zarar olarak kabul edilmesi gereken bu gibi menfaatlerin ihlal edilmesi ile ilişkilidir. Ancak dikkat edelim bu ölçüt, özünde hangi menfaatlerin korunmaya değer bulunması sorusu ile maddi olarak bağlı değildir. Yani acaba, evlilik kurumuna dil uzatanları yargılayalım mı yargılamayalım mı ya da askerlikten soğutmaya yasaklayalım mı yasaklamayalım mı sorusu ile ilgili değildir. Bu itibarla, açık ve yakın tehlike ölçütü, ceza hukuku yoluyla korunması gereken bir menfaatler kataloğunun belirlenmesi konusu ile ilgili değildir. Bu ölçüt daha çok, örneğin askerlik ödevi gibi, bir kere korumaya değer bulunmuş bireysel ya da toplumsal işlev bütünlüklerinden (menfaatler) yararlanılmasının somut olarak tehlikeye düşürülmesinden biraz daha fazlasını şart koşan biçimsel bir ölçüttür. Şüphesiz böyle bir biçimsel ölçüt de neticede cezalandırılabilir olanı cezalandırılmayandan ayırması ve bir sınır koyması itibarı ile meşruiyet düzleminin belirlenmesinde yardımcı olabilir. Ancak burada konulan sınır, korunması gerekenle korunmaması gereken arasındaki sınır değildir. Bu anlamda bir takım temel toplumsal kurumsal menfaatlere zarar verilmesini önlemek için düzenlemeler getirilmesiyle ilgili olarak da devlet sınırlamayı açık ve şu anki tehlike ölçütüne başvurarak meşru gösterebilir. Bu nedenledir ki, devletin bir hukuki değer belirleyip o değere zarar verilmesini ya da o değer ihlal edilmesini ya da o değer ihlal edilmesini maruz bırakmayı cezalandırması hallerinde, salt açık ve yakın tehlike ölçütünün

<sup>148</sup> Bu görüşlerin ceza hukuku bakımından daha ayrıntılı savunusu için bkz. "YTCK Açısından Salt İfade Suçu Tiplerine Eleştirel Bir Bakış," (Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, ss. 119-144) adlı çalışmamız.

getirilmiş olması, meşru bir sınırlamanın gerekli ancak yeterli ölçütü değildir. Devletin, cezalandırma yetkisini meşru olarak kullanmış olması için ayrıca, koruduğu değer, düşünce özgürlüğünden daha önemli bir nihai değer (yaşam, hürriyet, korkudan uzak yaşamak, toplumsal barış ve toplumsal varoluş) olduğunu kanıtlaması gerekir. Bu nihai değerleri koruma yolunda kabul edeceği basamak değerleri (örneğin adalet nihai değerini korumak bakımından adil yargılanmanın sağlanması basamak değerdir) haddinden öne almamalıdır.

Ceza Yasasında tanımlanan suç tiplerinin her biri, belirli hukuki değerleri korumak yolunda ve bu değerleri ihlal eden eylemleri ceza yaptırımına altına almak amacıyla düzenlenmiştir<sup>149</sup>. Çağdaş ceza yasalarında bireysel ve toplumsal açıdan çok önemli sayılabilecek değerlerin ihlali ceza yaptırımına bağlanmıştır. Bu gerçek, her ne kadar tarihin her dönemi bakımından geçerli olmamışsa da, artık, insancıl, demokratik ve insan haklarına dayalı ceza hukuku sisteminin temelini oluşturmak zorundadır. Önemli hukuki değerlere müdahale etmeyen bir davranışın suç olarak kabul edilememesi gereğini hukuk devletinde "ölçülülük" ilkesinden çıkarabiliriz.<sup>150</sup> Cezalandırma ağır bir yaptırımdır. Cezalandırılan kimse, özgürlüğünden mahrum edilmekte, özgürlüğüne kavuşsa dahi, sabıkalı olarak toplumsal yaşam alanı sınırlandırılmaktadır.

Öte yandan, gayrimeşru her eylem, korunan önemli hukuksal menfaate yönelik olarak meydana getirdiği zarar ya da tehlikenin büyüklüğü ve önemine göre de *zorunlu, yeterli-uygun ve ölçülü* tepkilerle karşılanmak zorundadır. Suç olarak belirlenmesi gereken davranışın önemi ve ciddiyeti, bu davranışın ihlâl ettiği hukuksal değerlerin bireysel ve toplumsal önemi ve ciddiyeti ile doğru orantılı olmalıdır. Bu, mantığın da gereğidir. Özgürlüklerin ceza yasasının amacının

149 Hukuksal değer kavramının son derece yetkin, karşılaştırmalı ve ayrıntılı bir çözümlemesi için bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

150 Soyaslan'ın "Kanun koyucu bir toplumsal menfaati hukuki menfaate dönüştürürken tamamen özgürdür. İstediyini suça dönüştürür; istemediyini dönüştürmez" (Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden geç. 4. Baskı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, S. 63) fikrine katılmak mümkün değildir. Artık *ortak hukuk* ("common law") uygulayan hukuk sistemlerinde dahi; yasaların, evrensel insan haklarından, genel kamu hukukundan ve Anayasadan kaynaklanan sınırları vardır.

gerçekleştirilmesi amacıyla meşru olarak sınırlandırılmadığının belirlenmesine yönelik olarak kabul edilmiş olan "ölçülülük" temel ilkesinin alt ilkeleri olan (*yasanın sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik*) "elverişlilik"; (*sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan*) "zorunluluk-gereklilik"<sup>151</sup> ve (*amacın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen*) "orantılılık" ilkelerinin somutlaştırılmasında, *korunan hukuksal değerlerin önemi ile ceza tehdidinin ağırlığı* arasında doğru orantı kurulabilmelidir.<sup>152</sup> Yasa koyucu tarafından kullanılan aracın istenen sonuca varılmasına yardımcı olabilmesi elverişlilik; aracın aynı derecede etkili ancak ilgili temel hak üzerinde sınırlayıcı etkisi daha az olan bir alternatifinin bulunmaması gereklik olarak açıklanabilir.<sup>153</sup>

Düşünce özgürlüğünü sınırlandıran herhangi bir yasanın, önemli menfaati korumaya *elverişli olup olmadığı* sorusuyla, (bir fiilin suç tanımına giren tipik hareket sayılabilmesi bakımından) korunan değeri ihlâl etmeye elverişli olup olmadığı sorusu birbirinden farklı sorulardır. *Yasanın elverişliliği*, "soyut ölçülülük" ilkesinin uzantısıdır. Ceza hukuku kuramından tanıdığımız *hareketin elverişliliği* ise, "soyut ölçülü" normun, "somut ölçülü" olarak uygulanması ilkesinin uzantısıdır. Bu anlamda korunan önemli değeri tehlikeye ya da zarara uğratmaya elverişli olmayan hiçbir hareket cezalandırılmamalıdır.

Suçun hukuksal konusunu oluşturan hukuki değer kavramı üzerinde tartışmalar hala sürse de, kavram, özünde, ceza hukuku yolu ile korunmaları gereken *üstün nitelikteki hak ve özgürlükleri veya toplumu ayakta tutan temel değerleri ya da bu değerlerin gerçekleştirilmesi yolunda korunan önemli menfaatleri* anlatır. Gerçekten ceza hukuku her hukuki değeri değil, özellikle anayasal düzeyde koruma gören temel hukuki değerleri ya da bu değerlere saygıyı gerçekleştirme yolunda

151 Elverişlilik ve zorunluluk/gereklik alt-ilkelerini açıklayan Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı için BVerfGE 30, s. 292 vd.

152 Ölçülülük hakkında genel olarak ve ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini ortaya koyan temel Alman yargı içtihatlarını da içerecek şekilde Christian Rumpf, "Ölçülülük İşlevi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", *Anayasa Yargısı*, 10. Cilt (1993), ss. 25-48; özellikle s. 30 vd.

153 Alman Federal Anayasa Mahkemesi, BVerfGE 30, s. 292 vd.

'basamak değerler'i korumayı amaçlar. Adalet, korunan nihai değer ise, yargı bağımsızlığı, adalet değerinin parçası olarak 'basamak değer'dir. Bu nedendir ki, yeterli sınırlama getirilmek koşulu ile adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs, suç olarak kabul edilebilir. Bu değerlerin öneminin belirlenmesi ve bir yanda değer hangi tip müdahalelere (zarar mı tehlike mi?) karşı korunacağını öte yanda değer hangi derecede tehlike ya da zarara karşı korunacağını saptanması bir seçim yapmayı gerektirir ve her toplum bu seçimi temel faydalarını da içeren etik değerler sistemine göre yapar. Toplumunu oluşturan kesimlerin; kabul edilmesi gereken etik değerler sistemi ve toplum faydası konusunda farklı fikirlere sahip olması doğaldır. Eğer, bu temel konularda gerçek bir uzlaşma yok ise, en iyisi, *ultima ratio* (son çare) olması gereken ceza hukukunda 'asgari paylaşılan ve temel olan değerler' i korumaktır. İnsan haklarına dayalı, özgürlükçü ve demokratik toplumlarda hangi değerlerin ceza hukuku yolu ile korunduğu belirlidir ve bunlar temelde yaşam, vücut bütünlüğü, kişi özgürlüğü, cinsel özgürlük, kişi onuru, malvarlığı gibi "kişisel" değerler olabileceği gibi "devletin bütünlüğü, kamu barışı, esenliği ve güvenliği", "halk sağlığı", "adaletin sağlanması", "kamu yönetiminin işleyişi" gibi "toplumsal" değerler de olabilir. Irk, dini inanç, dil, cinsiyet, etnik köken vb. kimi değerler ise karma nitelik göstermektedirler ve hem kişisel hem de toplumsal yönleri ile korunabilirler.

Toplumsal değerler, çağa ve farklı toplumsal kesimlerin duyarlılıklarına göre değişebilen değerlerdir. Normal koşullar altında, bu değerlere "dokunulması" bireysel değerlere dokunulmasından daha az tehlikelidir. Ekonomik anlatımla açıklamak gerekirse toplumsal değerleri sarsıcı davranışlar (örneğin bireylerin din duygularını aşağılayan bir karikatür) özgürlüğün çok sayıda toplum üyesi tarafından paylaşılan ve paylaşıldıkça azalan bedeli gibidir. Oysa tek bir bireysel değer (örneğin bir kimsenin yaşamı, özgürlüğü, onuru gibi değerlerin) sarsılması halinde, böyle bir bedel paylaşımı söz konusu değildir. Belki de bireysel değerlerin korunması bu nedenle son derece önemli iken, toplumsal değerlerin sarsılması, toplumun kendi iletişim, uzlaşma veya yaptırım mekanizmaları içinde çözümlenmeli, devlet zorunlu olmadıkça bu işe karışmamalıdır. Çoğulculuk,

temel bir toplumsal seçim ise, şüphesiz bu özgürlük seçimin de bir riski vardır. O risk, toplumun, kendi gelişimi uğruna, değer birliği ve bütünlüğü "idealinden" zaman zaman ödün vermesini gerektirir. Kaldı ki, mutlak bir birlik ve bütünlük idealinin totalitarizmde son bulabileceğini tarih bize göstermiştir.

Ceza hukuku yolu ile korunan toplumsal değerlerin, özünde, kişisel değerlerin tam olarak gerçekleştirilmesine ve sonuçta toplum içinde yaşayan bireylerin mutluluğuna ve kişisel gelişimine hizmet eden yardımcı ve basamak değerler (*kalkan değerler*) olması gerektiğini düşünüyorum.<sup>154</sup> Sonuçta; devlet organlarının doğru dürüst iş görebilmesi menfaati de, bireylerin mutluluğuna hizmet eden bir basamak menfaattir. Ceza yargılamasının ilkesel olarak "kamu adına" yapılması bu gerçeği değiştirmez. Bu anlayış oldukça yenidir ve insan haklarına dayalı özgürlükçü toplumların gelişimine paralel olarak ortaya çıkmıştır. Devleti, kişinin kendini geliştirmesine bir araç değil de, başlı başına bir amaç olarak gören sistemlerde ceza yasaları bireysel özgürlüklerden çok devletin en uzak tehlikelerden dahi baskıcı araçlarla korunmasını hedefler. Devleti, egemenliği altında yaşayan bireylerin temel haklarının bir güvencesi olarak değil, bizatihi temel hak sahibi bir "canlı organizma" gibi görür. Oysa çağdaş ceza hukuku, toplumun çoğulcu yapısını da teslim ederek, örneğin toplumsal ahlak normları ile bireysel tercihler arasında bireyden yana tercih yapar. Devletin hakları olmaz, bireylerin olur. Devletin, ancak, bireylerin temel haklarını koruma amacı ile ilişkili *ödevleri* vardır.

Bu anlamda devlet ile toplumsal değerlerin birbirinden ayrılması gereği de vurgulanmalıdır. Toplumsal değerler de, bireysel değerlerle çatışabilir. Çünkü çoğulcu ve heterojen toplumlarda 'ortak değer anlayışı' bulunmamaktadır.<sup>155</sup> Bu bakımdan, özellikle kamu düzenini korumaya yönelik ceza hukuku normları ihtiyatla karşılanmalıdır. Çağdaş bir ceza hukuku sisteminde, bireysel alanda yaşam, özgürlük, vücut tamlığı, insan onuru,

154 "YTCK Açısından Salt İfade Suçu Tiplerine Eleştirel Bir Bakış," (Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, ss. 119-144) adlı çalışmamızda da ifade ettiğimiz görüş.

155 Örneğin, milyonlarca Türk-Alman'ın, milyonlarca Asyalı ve Afrikalı'nın vs. farklı kültürel kökene sahip kesimlerin yaşadığı bugünün Avrupa'sında ortak değer anlayışı sorgulanmaya başlanmıştır.

cinsel dokunulmazlık, malvarlığı; kamusal alanda eşitlik, adalet, hukuk devleti, kamu güveni gibi değerlerin bir anlamda 'kalkanı', bir ön koruma alanı olması gereken "kamu güvenliği", "kamu barışı", "kamu düzeni" gibi kavramlar, devletin "şahsiyeti", "alametleri", "benimsenen din", "hükümet icraatı", "saygınlığı" vb. değerlere indirgenerek görecelileştirilememelidir. Bu gibi basamak değerler, asıl korunması gereken nihai değerlerle çok muğlak bir bağlantı içindedir. Bağlantı muğlak olmasa bile, böylesi basamak değerler, nihai değere çok uzaktır. Örneğin *devletin alametleri olarak adlandırılan basamak değeri* korumak, aslında devletin varlığını korumak (örneğin saldırgan savaşın mağduru olmamasını sağlamak) ve bu yolla da devlet egemenliği altındaki bireylerin yaşam haklarını korumakla ilintilidir ama basamak değerlerin rahatsız edilmesi ile devletin varlığının tehlikeye düşürülmesi arasında son derece uzun bir mesafe vardır, hatta mantıksal 'alt-basamak/üst basamak ilişkisi' son derece belirsiz ve soyuttur. "Halkı askerlikten soğutma" gibi bir fiil, askerliğin yurt savunmasına hizmet eden bir müessese olması, yurt savunmasına hizmet eden bir müesseseye karşı yapılan eleştirilerin bu müesseseyi zayıflatabilmesi, zayıf bir müessesenin zayıflığı gidermeye yönelik başka önlemler alamaması, bu önlemleri alamadığı için, ileride gerçekleşmesi gereken saldırılara karşı gereken önlemleri alamaması, gereken önlemler alınmadığı için saldırıların başarıya ulaşma şansının yükselmesi, bu nedenle birlik ve bütünlüğün tehlikeye düşmesi, birlik ve bütünlük bozulduğu için çok sayıda temel bireysel değer, ulusun yok olma tehlikesine düşmesi gibi bir dizi "aşamayı" geride bırakabilirdir ki, somut bir tehlike yaratabilsin ve son planda korunması gerekli nihai değeri sarsabilsin, yani ulusu oluşturan bireylerin güvenliklerini tehlikeye düşürsün. Bir düşünce açıklamasının sarsabileceği nihai değerle ilişkilendirilebilen basamak değerleri, yani soyut tehlikeyi bu derece geriye çekmek, basamak değeri nihai değerden kopuk olarak korumaya çalışmak salt ifade suçlarına özgü eleştirilmesi gereken bir özellik ve sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik kanunda yazılı olduğu hali ile eylemin ne korunan nihai değer açısından ne de o değerle ilişkili basamak değer açısından somut bir tehlike yaratması aranmaktadır. Bu çerçevede, düşüncenin ifadesini meşru

olarak sınırlayabilmek için normatif unsurları, örneğin *emniyet teşkilatının itibarı* gibi bir unsur, norm ile korunması amaçlanan nihai değerlere basamak basamak ve gerektiği gibi bağlamak (*emniyet teşkilatının itibarını, emniyet teşkilatının etkili hizmet görmesine; etkili hizmet görmeyi, iç güvenliğin ve kamu güvenliğinin sağlanmasına; güvenliği, toplumun endişeden uzak yaşamasına; endişeden uzak yaşamayı, toplumun oluşturan bireylerin can, bedensel bütünlük, cinsel dokunulmazlık, hürriyet, mal ve sair temel değerlerine bağlamak*) ve kalkan değere (örneğin *emniyet teşkilatının itibarına*) yapılan saldırının, *üst-basamakta bulunan değerleri sarsan* ya da nihai değeri oluşturan değerlere *hiç olmazsa dokunan* bir tehlikeyi yaratıp yaratmadığını analiz etmek gereklidir.

Bireysel temel değerler bir yana, ceza hukukunun toplumsal değerler bakımından esas olarak *kamu düzenini* değil; *kamu barışı, esenliği ve kamu güvenliğini* korumasını savunuyoruz. Kamu düzeninin bir kalkan, bir basamak değer olarak koruduğu asıl değerler somut olarak belirlenmedikçe, kavramın içeriği son derece görelî kalacaktır.

Şematik olarak açıklamak gerekirse bir ifade açıklaması yüzünden sarsılan değerlerin önemi ve ifadenin, bu değeri sarsma yolunda ortaya koyduğu tehlike birlikte gözetildiğinde aşağıdaki olasılıklar düşünülmür:

---

Büyük kötülük (zarar)- büyük tehlike: Örneğin savaş durumuna ya da savaşta yenilgiye uğramaya, adam öldürmeye, şiddet yoluyla hükümetin devrilmesine yol açılması/bu tehlikeye sebep olma yolunda önemli bir katkı

---

Büyük kötülük (zarar)-küçük tehlike: Örneğin savaş durumuna ya da savaşta yenilgiye uğramaya, adam öldürmeye, şiddet yoluyla hükümetin devrilmesine yol açılması/bu tehlikeye sebep olma yolunda dikkati çekmeyecek bir katkı

---

Küçük kötülük (zarar)-büyük tehlike: Pek önemli olmayan bir huzursuzluk yaratma/bu duruma sebep olma yolunda önemli bir katkı

---

Küçük kötülük (zarar)-küçük tehlike: Pek önemli olmayan bir huzursuzluk yaratma/bu duruma sebep olma yolunda dikkati çekmeyecek bir katkı

---

İşte bu çerçevede, düşünce özgürlüğünün işlevini gözeten anlayış, bu özgürlüğü sınırlandıran norm ve uygulamaları, ancak birinci hale dayandıkları hallerde meşru görür.

#### e) Nedensellik İlkesi

En başta felsefe ve fizikten ama hukuksal yaptırım kuramından da tanıdığımız nedensellik ilkesi de düşünceyi ve onun ifadesini sınırlandıran düzenlemelere yön veren temel ilkelerden biri olmalıdır. Bireysel sorumluluğu kabul eden ve kişinin kendi eylemlerinden sorumlu tutulmasını kabul eden her çağdaş sistemde nedensellik ilkesinin benimsenmesi bir zorunluluktur. Sıkı bir nedensellik ölçütü, devletin, ifade özgürlüğünü sırf ifadeye karşı olan rahatsız edici tepkilerden dolayı sınırlamaya eğilim göstermesini engellemektedir. Kuramsal olarak, düşünce açıklamalarının kesin etkileri belirsiz bir zaman içinde de gerçekleşebilir. Onların etkilerinin zaman bakımından sınırlarını saptamak kolay değildir. Fiziksel etkilerin gerçekleşmesi dahi belirsiz bir zamana yayılabilir. Bir düşünce açıklamasına heyecansal ya da entelektüel tepkiler zaman içinde yoğunlaşarak şiddete yol açabilir. Şiddet hareketleri sonuçta gerek kişilerin vücut bütünlüğüne gerek malvarlığına zarar verebilir. Bir düşünce açıklamasının gelecekte böyle zararlar verebilme olasılığının bütünüyle değillenememesi, ifade özgürlüğünü sınırlamak için meşru bir sebep olamaz. Bunun nedeni, zaman geçtikçe, özellikle düşünce açıklaması gibi bir hareket söz konusu olduğunda belirli etkilere götüren nedenlerin ve katkıların çoğalması, deyim yerinde ise lafın başka bir lafı açması ve etki ve tepkilerin çoğalması nedeni ile gerçek etkinin hangisi olup olmadığının saptanmasının son derece güçleşmesi olgusunda yatmaktadır.

Ancak, öyle bir zarar grubu vardır ki, kanımca açık ve mevcut tehlike ölçütü dahi, sırf bunları doğuruyor diye düşüncenin sınırlandırılmasına yetmez. Bunlar tepkisel zararlardır, yani düşünce özgürlüğünden yararlanılan belirli bir kimsenin açıklamalarına karşı "aşırı hassasiyet"e dayalı şiddete başvurulması halleridir. Özgürlükçü dünyada, tepkisel zararlar söz konusu olduğunda bir düşüncenin ifadesini sınırlamak için bu ölçüte başvurulması yeterli kabul edilmemektedir. Çünkü doğan zarar, hiçbir biçimde ifadede bulunanın sözlerine atfedilememekte, onlarla mantıksal bir bağı bulunmamaktadır.

#### f) Düşünce Özgürlüğünü Sınırlayan Norm ve Uygulamaların Belirliliği İlkesi

Ceza hukukundan tanıdığımız ve suç ve ceza ihdas eden yasaların nesnel olarak anlaşılabilmesi ve cezalandırılan davranışı açık olarak tanımlaması gereğini anlatan bu ilke aslen anayasal özgürlükleri sınırlayan düzenlemelerin belirli olması gereği ilkesinin bir uzantısıdır. Yine ilke, özellikle ceza yaptırımını öngören normların sınırları bakımından suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin de uzantısıdır. Özellikle ceza yasaları söz konusu olduğunda bu ilke çok daha büyük bir anlam kazanır. Bazı ceza yasaları, anayasa tarafından korunmayan ifadeleri tarif edip cezalandırmaya çalışırken, normu korunan ifadeleri içine alabilecek biçimde yoruma açık ve geniş bir biçimde formüle edebilir. Bununla birlikte ilke sadece ceza hukuku norm ve uygulamaları ile ilgili değildir. Belirlilik ilkesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen ya da sınırlayan yasaların (normun lafzının gereksiz ölçüde geniş olması nedeniyle, muhatabında norm kapsamına girmeyen açıklamalarla ilgili bir oto-sansür eğilimi yaratmadan) yasaya uymayı ve kişilerin ifadelerini yasada belirlenene göre ayarlayabilmesini sağlayacak derecede açık olması demektir. Yasanın neyi yasaklayıp neyi yasaklamadığının net olarak belirli olmaması yasaya tabii olanları oto-sansüre, gereksiz bir özdenetime itebilir. Belirlilik, yasanın amaca ulaşmada, ölçüsüz bir müdahale oluşturabilecek biçimde uygulanmaması biçiminde anlaşılır. Örneğin Yeni Türk Ceza Kanununun 301. maddesinin temel sorunu, bugün değiştirilmiş haliyle bile neye izin verip neyi serbest bıraktığının açık olmamasındadır. Bir yandan normun haddinden fazla geniş olması diğer yandan izin verilenle izin verilmeyenin tam olarak ayırt edilememesi nedeniyle "muğlaklık" temel kavramlarının önemini anlatmaktadır.

#### g) Düşünce Özgürlüğünü Sınırlayan Yasaların Düşünce Özgürlüğünün İşlevi de Gözetilerek, Bu Özgürlüğe Azami Korumayı Sağlayacak Şekilde Dar Yorumlanması Gereği

Düşüncüyü sınırlayan yasalar, özellikle ceza yaptırımını içerdiklerinde dar yorumlanmalıdır. Dar yorumun, yukarıda incelenen yasaların belirliliği ilkesinin bir alt açılımı olduğu da ifade edilebilir. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 301. madde kapsamında "emniyet teşkilatında yolsuzluğun

hakim olduğu"nu söylemenin, üst-basamak değerleri ve nihai değerleri sarsan bir ifade olup olmadığını değerlendirirken, böyle bir sorgulamanın sarsıcı ve silkindirici demokratik işlevi de göz önünde tutularak, ifadenin salt nihai değerlere zarar vermek için (iç güvenlik korumasını güçsüzleştirmek amacıyla) değil tam aksine bu değerleri korumak ve savunmak için de (iç güvenliğimizin dürüst ve görev bilinci içindeki bir emniyet teşkilatı tarafından sağlanması amacıyla) sarf edilebileceği düşünülmelidir. Hangi amaçla sarf edildiği açıkça belirlenemiyorsa, şüphe düşünce özgürlüğü lehine olmalıdır. Söylenen sözlerin, korunan gerçek değerleri ne derece tehlikeye attığı sorusu da analize katılmak zorundadır. Ülkesinin önemli bir sorununu, örneğin yolsuzluk sorununu belirli bir kurumsal örnekte sorgulayan bir kimsenin, 'vatanının ve milletinin' itibarını, bu sorgulamayı yapmayan bir kimseden daha az saydığı düşünülemez. Belki de tam aksine, sorgulayan yurttaş, sorgulamayandan daha fazla yurt ve milletseverdir. Demokrasiye sadakat, bireylerin otoriteye koşulsuz boyun eğmesinden ziyade, otoriteyi sorgulayarak gelişmeyi ve ilerlemeyi desteklemesinde somutlaşabilir. Neyin ilerleme ve gelişme olduğuna yönelik karar alma süreçleri azınlıkların propaganda etkinliklerinden de beslenmek zorundadır.

Yine, düşünce açıklamaları çifte anlamlı, metaforik özellikler gösteren ya da belirsiz açıklamalar ise bu konudaki şüphe düşünce özgürlüğünün lehine olmalıdır. Bu çerçevede örnek bir olay Türkiye'de uzun süre basın gündemini meşgul etmiş bulunan Hrant Dink davasıdır. Yargıtay bu konudaki kararında<sup>156</sup> tartışmanın

*"saniğin, A Gazetesinin 13.02.2004 tarihli nüshasında yayımlanan makalesindeki 'Türkten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur' cümlesiyle, 'Türklüğü alenen tahkir ve tezyif suçunu' düzenleyen 765 sayılı TCY'nın 159 uncu maddesini ihlal edip etmediği noktasında" toplandığını saptamış ve "saniğin, Mustafa Kemal Atatürk'ün 'Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur' sözünden de çıkarım yaparak ve bu sözü ustaca bir üslupla değiştirerek 'Türk'ten boşalacak o zehirli*

*kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur' demek suretiyle Türklüğü aşağılamıştır"* sonucuna varmıştı. Oysa çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı Osman Şirin ve Kurul Üyesi Muvaffak Tatar "Türk'ten boşalacak 'O' 'zehirli kan' tanımlamasıyla kastedilenin, altıncı yazının sonuncu paragrafında; 'sonuçta görülüyor ki işte Türk, Ermeni kimliğinin hem zehiri hem panzehiri dir. Asıl önemli sorun ise Ermeninin kimliğindeki bu Türkten kurtulup kurtulamayacağıdır' ifadeleriyle açıklandığı ve 'zehirli kan' benzetmesiyle; Türklük ya da Türklerin değil 1915 olayları nedeniyle Ermeni toplumunda oluşan ve artık kurtulmak gereken hatalı anlayışın kastedildiği görülmektedir. Yerel mahkeme ise bu bağı kurma gereğini duymamıştır" yorumu ile Yargıtay'ın kararına katılmamışlardır.

Bu karar, düşünce özgürlüğünü sınırlayan normların uygulanması çerçevesinde yargıcın yorum etkinliğinin ne derece önemli ve çelişkilerle açık olduğunu göstermektedir. "Şüphe halinde özgürlüğü korumak temel ilke iken Yargıtay'ın çoğunluk görüşü, Hrant Dink'in ifadelerini ve özellikle "Türkten boşalan zehirli kan" ifadesini, "kulağa geldiği biçimi içinde" ve özellikle "metaforik anlamına bakmadan" Türklüğü aşağılama olarak değerlendirirken, karşı oy yazan üyeler, yazı dizilerinin bütününe ve özellikle yazarın anlatmak istediği düşüncenin özüne, ana fikrine eğilmişler ve Hrant Dink'in, Ermeni halkının kimliğini, artık Türk kimliğine referans vermeden tanımlaması gerektiğini kastettiğini savunmuşlardır. Yargıtay kararı incelendiğinde, karar çoğunluğu düşüncesi ile çelişen karar azınlığı düşüncesi arasında 'dağlar kadar' yorum farkı olduğu söylenebilir. Aynı derecede yüksek yargıçların bu derece büyük bir yorum farkı ile karara varmaları, özellikle metinler-arası, sistematik, metaforik yorum gerektiren açıklama ve yayınların meşru olarak cezalandırılmasının hiç de kolay olmadığını, bu alanda kimin ne demek istediğinin kolay anlaşamadığını, bu gibi suçların sadece soyut tehlike suçları olarak düzenlenmesinin çok yanlış olduğunu göstermektedir.

Bir başka örnek, Edward S. Herman ve Noam Chomsky'nin Aram Yayıncılık tarafından yayınlanan Kitle Medyasının Ekonomi Politikası, Rızanın İmalatı adlı kitabı ile ilgili yargılamalardır. Bu

156 YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2006/9-169, K. 2006/184, T. 11.7.2006.

kitabın içeriğinin Ceza Kanununun 301. maddesini ihlal ettiği savı ile yayıncısı ve çevirmeni aleyhine dava açılmıştır. Kitaptaki

*"...Soykırım Yetkililerin düşman devletlerdeki mağduriyet olaylarına derhal yakıştırdıkları ama Birleşik Devletler ya da müttefik rejimlerde ortaya çıkan benzer ya da daha kötü mağduriyetler için pek nadiren kullandıkları öfke uyandırıcı bir sözcüktür. Saddam Hüseyin ve Irak 1990'lı yıllarda ABD'nin hedefi haline geldiğinde Türkiye bir müttefik ve uydu Devletti ve Kürtlere karşı büyük bir etnik temizliğe giriştiği aynı yıllarda ABD bu ülkenin başlıca silah tedarikçisi konumuna gelmişti; işte bu dönemde eski ABD Büyükelçisi Peter Galbraith'e göre Türkiye yalnızca 'bastırırken' Irak 'Soykırım' yapmaktadır... Öte yandan Türkiye ve Endonezya uzun zamandan beri ABD'nin müttefiki ve uydu ülkeleridir ve askeri ve ekonomik yardım almaktadır. Sonuçta tam da propaganda modelinin öngörülebileceği gibi medya, 1990'lar boyunca Türkiye'de Kürtler ciddi hak ihlallerine maruz kalır ve bu etnik temizlik programı uygulanırken Clinton yönetiminin sağladığı savurgan desteğe çok az dikkat göstermekle kalmadı; Türk operasyonları için 'soykırım' sözcüğünü nadiren kullandı... Medya, 1998-1999 da Sırp'ların Kosovalı Arnavutlara yaptığı kötü muamelelere büyük bir ilgi ve öfke duyuyordu. Oysa bu muamele, 1990'larda Türkiye'nin Kürtlere... yaptıkları ile karşılaştırıldığında büyük bir kesinlikle söyleyebiliriz ki aynı aşırılıkta değildi. ABD ve batılı kaynaklara göre NATO Bombardımanı öncesi Kosova'da tarafların verdiği kayıp 2.000 civarında idi, Ağustos 2000 itibari ile 3.000'e yakın ceset çıkarıldı. 1990'larda Türkiye'nin Kürtlere karşı sürdürdüğü savaşta ölenleri sayısı 30000 ya da daha fazla olduğu tahmin ediliyor. Bu sayının büyük çoğunluğunu Kürt siviller oluşturmaktadır. Zorla göç ettirilenlerin sayısı 2-3 milyona ulaşmaktadır..."*

yolundaki ifade ve ibareler hem TCK'nun 301. maddesinde belirtilen Türklüğü ve Cumhuriyeti Türkiye Büyük Millet Meclisini aşağılar görülmüş hem de TCK 216/1 maddesinde belirlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturduğu iddia edilmiştir. "Zira bir yandan Türkiye Cumhuriyeti kendi vatandaşlarına karşı soykırım yapmakla suçlanmakta ve bir yandan da bölge halkını kin ve düşmanlığa tahrik eder nitelikte görülmektedir..."<sup>157</sup>

Yabancı bilim insanlarının yazdığı bir kitabın Türkiye'deki çevirmeninin ve yayıncısının, yazarın düşünceleri yüzünden yargılanıp yargılanmayacakları sorunu bir yana, yukarıda gösterilen içerikteki bir yayının Türkiye Cumhuriyeti ve Türklüğü aşağılar nitelikte görülmesi karşısında, bir devletin politikalarının eleştirilmesinin cezai sınırlarının belirlenmesinin hiç de kolay olmadığı bu örnekte de görülmektedir. Öyle ki, içeriğine katılınsın ya da içeriği şiddetle reddedilsin, yukarıdaki ifadelerin pek sert ve ağır olmakla birlikte, belirli bir dönemde ve belirli bir bölge ve sorun bakımından yazarın anlattığı şekilde yürütüldüğüne inandığı politikalarına eleştiriden öte gitmediği de savunulabilir. Doğru olsun ya da olmasın, böyle bir politikanın varlığının iddia edilmesi ve eleştirilmesi, demokratik düzenin temeli olan düşünce özgürlüğünden yararlanmak değil midir? İşte düşünce özgürlüğünün işlevini akılda tutarak yorum yapma gereği bu gözlemden kaynaklanır. Bir devletin hükümetinin belirli bir dönemde, belirli siyaseti güttüğü iddia edilemeyecek ve bu iddia duyurulamayacak ise, halk örneğin gelecek seçimlerde farklı siyaset uygulayan hükümetleri seçip seçmemesi gerektiğine nasıl karar verecektir? Bu iddialar gerçek ya da gerçeğe aykırı olabilir. İyi niyetli ya da kötü niyetli görülebilir. Etik açıdan yanlış ya da doğru kabul edilebilir. Ancak sorun, siyasal propagandanın ya da bilimsel incelemenin gerçeğe aykırı ya da uygun olması sorunu olmamalıdır. Bireysel değerlere karşı girişilen hakaret fiillerinden farklı olarak devlete karşı girişilen siyasal propaganda etkinliğinin korunması için gerçeğe uygun olması gerekmez. Aksi halde, devlet yönetiminde söz sahibi olması gereken halkın siyasal karar özgürlüğü zedelenir. Bu nedendir ki düşünce özgürlüğünün kullanılmasına yaptırım getiren bazı normlar devlet yönetimi ile ilgili eleştirilerin gayrimeşru olarak bastırılmasının bir aracı olabilmektedir, özellikle normun sınırlarının düşünce özgürlüğü kuramının gerekleri çerçevesinde incelikli tahlillerle belirlenmediği durumlarda. Bu çerçevede "yalan söyleme ya da iftira atma özgürlüğü"nü savunmuyoruz. Savunduğumuz,

[maddeden-acilan-dava-haberi/](http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301-maddeden-acilan-dava-haberi/); Açılan dava beraat kararıyla sonuçlanmıştır ama salt dava açılmasının dahi bu alanda "oto-san-sür" eğilimlerini güçlendirdiği gerçeği de not edilmelidir. <http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301-maddeden-acilan-dava-haberi/>. Dava ve iddianın içeriği, kitabın çevirmeni Taylan Tosun'dan aldığımız bilgilere de dayanmaktadır.

157 Bkz. <http://www.wsws.org/articles/2006/oct2006/turk-o27.shtml>; <http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301->



gerçeğe aykırı olup olmadığına kimsenin otorite sıfatı ile karar veremeyeceği ve gerçeğe aykırı kabul edilse dahi, toplumsal bir sarsma, silkindirme, konu üstünde düşündürme, tartışma açma özelliği teslim edilebilen iddiaların ortaya atıldığı “kamusal tartışma düzlemini ilgilendiren konularda” şüphe halinde özgürlükten yararlananı koruma gereğidir. Bugün, bir savaşın tam da içinde bulunan ABD’nde bile 11 Eylül saldırılarının “yine ABD tarafından organize edilmiş ve yürürlüğe konulmuş bir plan olduğu”nu iddia eden pek çok film, haber ve benzeri yapıtlar yayınlanabilmekte, yapımcılar yargılanmamaktadır. Irak savaşına karşı olanlar tarafından Amerikan hükümetine yönelik olarak sarf edilen küfürler, aşağılamalar ve benzer pek çok tahkir edici beyanların yazılı olduğu T-shirtlerle sokaklarda dolaşabilmektedir. Yine, Avrupa’nın pek çok ülkesinde de durum aynıdır. Kaldı ki oralarda da düşünce özgürlüğü ihlallerinin olması, bizim için mazeret olamaz. Düşünce özgürlüğü ilkesi bir idealdir. Bu evrensel idealin gerçekleştirilmesi yolunda, anlık karşılaştırmalar, görelî tavırlar değil ilkeler ve doğrular savunulmalıdır. İnsan hak ve özgürlüklerinin tanınmasında, devletler hukukuna özgü “mütekabiliyet: karşılıklılık esası” ve benzer koşullar aramak bütünü ile eskimiş bir düşüncedir. Örneğin, X ülkesinde kölelik düzeni var diye, Y ülkesi X ülkesinin yurttaşlarını “köle” kabul edemez. Avrupa Birliği’nde kurumların tahkir edilmesini kabul eden ülkeler var diye, Türkiye’de de kurumların eleştirilmesi suç olarak kabul edilmek zorunda değildir.

#### h) Tüm İlkelerin Birlikte Uygulanması Gereği

Tarafsızlık, heyecansal ifadelerin korunması ve zarar ilkelerinin bir araya gelmesi sonuç olarak, sınırlandırmanın meşru olabilmesi için, dış dünyada meydana gelen ve ihlalin sonucunu oluşturan etkilerle, yani zarar ile ifade ve ifadede bulunanın kastı arasında sıkı bir bağlantının bulunması gereğini anlatır. Nedensellik ilkesi de sonuçta aynı koşulu daha dar anlamda anlatan bir ilkedir. Bu ilkedeki doğan ve onu en somut olarak yansıtan en önemli ölçütlerden biri yukarıda da değindiğimiz çağcıl “açık ve mevcut tehlike” (“clear and present danger test”) ölçütüdür. Bugün kabul edilen anlamıyla, ölçüt, şiddetin ya da suç oluşturan fiillerin savunulmasının, söz konusu ifade dolaysız olarak meydana gelebilecek hukuk dışı bir fiile teşvik

etmedikçe ve aynı zamanda böyle bir fiili tahrik ya da teşvike yönelmiş ve bu teşviki gerçekleştirme de yeterli olmadıkça serbest bırakılmasını anlatmaktadır. Kanımızca düşünce özgürlüğünün hem ‘salt ifade’yi hem de ‘iletişimsel eylemler’i içeren geniş anlamı ve hem bireysel hem de kamusal işlevleri gözetildiğinde tüm bu ilkelerin birlikte uygulanması ve bu ilkeler-silsilesinin, düşünce özgürlüğünü sınırlayan norm ve uygulamaların değerlendirilmesine ışık tutması gerekir.

#### 2. Düşünce Özgürlüğünün Çok Çeşitli İşlevleri ve Koruma İlkeleri Gözetilerek Oluşturulan Sınırlar Çerçevesi

Düşünce özgürlüğünün güvence altına alınmasının temel nedenini bilmek, sınırların belirlenmesinde yol göstericidir. Yani düşünce özgürlüğünü sınırlayan bir normu uygulayan herkes işlev tartışmasını göz önünde tutmak zorundadır. Düşünce özgürlüğünün, toplumun farklı görüşleri tanıyarak demokratik karar vermesini sağlamaya hizmet ettiği için *siyasal*, toplumun gerçeği bilmesini sağlamaya hizmet ettiği için *bilimsel*, gerçeğin, özneler, nesnelere ve düşler yoluyla farklı görünümlerini estetik duygular yoluyla sezmesini sağlamaya hizmet ettiği için *sanatsal* amaçlarla kullanılan temel bir özgürlük olduğunu düşünüyoruz. Aynı zamanda, düşünce, insanın, öz-insanlık hali olduğu için onun ifadesi, yaşamın özüdür, insanın varoluşunun, kendi kendini gerçekleştirmesinin bir yoludur. Galileo, dünyanın dönmediğine inanılan bir düzende “yine de dönüyor” sözünü açıkça ifade edememiştir. Bu gerçeği kendi kendine fısıldamak zorunda bırakılmıştır. Hiçbir ilkeye, sonsuza kadar -şu anda kabul edilen anlayışa göre- son nokta konamaz. İnsanlar, araştırmaya, tanımaya ve düşündüklerini başkaları ile paylaşmaya devam edebilmelidir. Özgürlük, bireylerin *kendini gerçekleştirmesini sağlar*. Düşünceleri ifade etmekten korkulan bir düzende, bireyler birbirleri ile ne kişisel, ne toplumsal bir ilişki kuramaz, mutlu olamazlar. Gizlilik, saklılık ve entrika dünyasının içine, yeraltına ve çevreden yabancılığa itilirler.

Düşünce özgürlüğünün sınırlanması konusunda birbirlerini tamamlayan temel ilkeler vardır. Bu ilkelerden en önemlisi; düşünce özgürlüğünün, en az bu özgürlük kadar önemli başka bir değeri koruması halinde sınırlanabileceğini anlatır. Düşünce özgürlüğü kadar değerli başka

değerlerin kataloğunu çıkarmak, kanımızca pozitif hukukçunun değil, düşünürün, insanın, insanlığın işidir. Şüphesiz bu arayışta çağdaş Anayasalarda yazılı olan değerler bize yol gösterecektir.

Düşünce özgürlüğünü sınırlayan yasa ve uygulamaların sınırlanması konusunda yol gösterici bir başka temel ilke de bugün özellikle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde geçerli olan, ancak Yeni Türk Ceza Kanunu'na, halkın bir kesimini diğer kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bağlamında da girmiş bulunan "açık ve mevcut tehlike" ölçütünde somutlaşmıştır.

Düşünce özgürlüğü kadar önemli olduğuna inandığımız bir başka temel değeri korurken, düşünce açıklaması sayılabilen bir eylem salt içeriği, mesajının anlamı gözetilerek değil, korunan değer bakımından yarattığı ikincil açık ve yakın tehlike sonuçlarına ve ifadede bulunanın bu sonuçlara yönelik kastına bakılarak sınırlanabilmelidir. Bu nedenle soyut olarak hoşla gitmeyen ifadeler cezai yaptırıma bağlanamamalıdır. Başka türlü bir yaptırımdan değil ceza hukuku yaptırımından söz ediyorsak temel ölçüt bu olmalıdır. Etik yaptırımlar konusu ayrı bir tartışma düzlemidir. Korunan değerler nispi değil temel ve müspet, tehlike soyut değil somut olmalı, failin kastı, temel değerlerin sarsılmasına yönelik olmalıdır. Düşünce açıklaması, korunmasında birey ve toplum adına devletin yetkili olduğu, ciddi ve önemli bir menfaati açık ve yakın olarak zarara düşürmesi tehlikesini doğurmamışsa serbest olmalıdır.<sup>158</sup>

### 3. Düşünce Açıklaması Gerçeğe Uygun Olmalı mıdır? Gerçeğe Aykırı Düşünce Açıklamaları Nasıl Değerlendirilmelidir? Soykırım Yalanları ya da Soykırım İddiası Örneğinde Bir Tartışma

Düşünce açıklamalarının gerçekliği ya da gerçeğe aykırılığının sınırlandırmayı etkileyip etkilemeyeceği sorunu, bugün sadece hakaret (bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek

nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek ya da yakıştırmalarda bulunmak) eylemlerinin ceza yaptırımından kurtulması bakımından değil aynı zamanda *soykırım yalanları* adı verilen olgunun, düşünce özgürlüğü bakımından değerlendirilmesi açısından da önemlidir.

Düşünce özgürlüğünün özellikle "fikir oluşumu sürecine katkıda bulunmak" işlevi göz önünde tutularak, gerçeğe aykırı olduğu tartışmaya yer bırakmayacak ölçüde kanıtlanmış olan ifadelerin koruma görmeyeceği savunulabilir. Özellikle gerçeğe aykırı bu açıklamalar, haysiyet gibi bireysel bir değeri zedeleyorsa. Şüphesiz gerçek olan vakia açıklamaları her zaman korunmalıdır, bu çerçevede sorun gerçeğe aykırı iddiaların korunup korunmayacağı sorundur.

Son derece özgürlükçü sistemlerde bile özellikle bireysel haysiyet değerini zedeleyen hakaret fiilleri, kamu görevlilerine yönelik eleştiri değil ise ve kamuyu ilgilendirmiyorsa koruma görmez. Bununla birlikte, hakaret oluşturan eylemlerin cezalandırılmasının mı yoksa sadece tazminat yaptırımları ile karşılanmasının mı daha doğru olduğu Batı Avrupa'da hararetle tartışılan bir konudur. ABD hukuk sisteminde ise, hakaret suç olmaktan çıkarılmış sadece cezai tazminat yaptırımına ("punitive damages") maruz kalacağı kabul edilmiştir.<sup>159</sup>

Bilindiği gibi soykırım yalanı adı verilen eylemler; Federal Almanya'da, Nasyonal Sosyalistler (Nazi'ler) tarafından gerçekleştirilen soykırımın onaylanması, yalanlanması ve hafifletilmesi eylemleri, kamu huzurunu bozacak nitelikte olmak koşulu ile cezai yaptırıma tabi tutulmuştur.<sup>160</sup> Bu norm sayesinde, özellikle, "Auschwitz Yalanı" adı verilen açıklamaların cezalandırılması hedeflenmiştir. Suç tipi siyasal açıdan her zaman tartışmalı kalmasına karşın, bu konuda, Anayasal güvence altındaki düşünce özgürlüğü ile herhangi bir ihtilafın söz konusu olmadığı noktasında görüş birliğine varılmıştır. Bununla birlikte özgürlükler hukuku bakımından değerlendirme yapan bazı yazarlar, özellikle değer yargısı içeren fikirlerle karışık olarak açıklanan "Auschwitz Yalanı"nın cezalandırılmasını, düşünce özgürlüğüne aykırı görmektedir.<sup>161</sup> Örneğin, "soykırım konusunun,

<sup>158</sup> Bugün Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesine de bir unsur olarak girmiş bulunan açık ve mevcut tehlike kriterinin kaynağı ABD Yüksek Mahkemesi'nin öğretileridir. Bu öğretiye zemin olan kararlar için bkz.: Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919); Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919); Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920); Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920); United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Pub. Co. v. Burleson, 255 U.S. 407 (1921); Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920), 274 U.S. 380 (1927).

<sup>159</sup> ABD Yüksek Mahkemesi'nin Garrison v. Louisiana 379 US 64 (1964) kararından bu yana.

<sup>160</sup> Alman Ceza Kanununun 130. Maddesi.

<sup>161</sup> Örneğin Stefan Huster, bu fikirdedir: *Das Verbot der "Ausc-*

Alman devletini siyasal şantaja maruz bırakmak için uydurulmuş bir politika" olduğunun iddia edilmesi halinde, hem soykırımın olmadığı "yalanı" hem de Almanya'nın siyasal şantaja boyun eğdiği "fikri" açıklanmaktadır. O halde, içinde bir fikir de barındırdığı için bu yalan korunmalıdır denmektedir.

Alman düşünce özgürlüğü kuramı ve uygulaması, özellikle, siyasal açıdan son derece istisnai bir durum olarak kabul edilen *soykırım yalanı* konusundaki hassasiyetin ceza hukuku yolu ile ifade edilmesine destek verirken, düşünce özgürlüğünün salt "fikir oluşumuna katkıda bulunmak" işlevini esas aldığı, başka işlevleri göz önünde tutmadığı söylenebilir.<sup>162</sup> Buna göre, tartışmasız bir tarihi gerçek, hele hele soykırım gibi bir tarihi gerçeği inkâr korunmamalıdır. Bu çerçevede, neden salt soykırım gerçeğinin ve özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'da vuku bulmuş soykırım gerçeğinin inkârının cezalandırıldığı, başka gerçeklerin inkârının cezalandırılmadığı konusu net olarak açıklığa kavuşturulmamakla birlikte, böyle bir inkârın kamu barışını bozmaya elverişli olacak şekilde yapılmasının gerekmesi, normun aynı zamanda kamu barışını korumaya yönelik bir norm olduğunu gösterir. Yani, bu çeşit bir gerçeğe aykırı açıklamanın, -özellikle Almanya'da, Alman soykırımını inkâr edecek şekilde yapılıyorsa-, kamu barışını da bozma ihtimali olduğu yasa koyucu tarafından kabul edilmiştir. Bununla birlikte başka bazı Avrupa ülkeleri, örneğin Fransa, salt Yahudi soykırımının değil "Ermeni soykırımının" ve başka "soykırımların" inkârını da ceza tehdidi altına almıştır.

Türkiye'de ise, paralel tartışma tersten yapılmaktadır. Bu kere, *var olmadığı tarihi olarak ispatlanmış kabul edilen bir soykırımın var olduğunu* iddia etmek suç olarak, örneğin Türk milletini tahkir (301) suçu olarak kabul edilebilmektedir. Her durumda iki ülkedeki tartışma, toplumun önemli kesimlerinin hassasiyetlerine dayanan yasa koyucu otoritenin tarihi gerçekler hakkındaki kesin kabul edilmiş yargıları sorgulayan açıklamaları ceza tehdidi altına alıp alamayacağı tartışmasıdır.

*hwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht*, Neue Juristische Wochenschrift, 1995, S. 487 vd.

162 Ayrıntılı değerlendirme ve literatür özeti için bkz. Öykü Didem Aydın, "Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika" (Freiburg i. Br.: iuscrim Verlag, 2006).

Tartışma, salt gerçeğe aykırılık noktasında değil, gerçeğe aykırı olduğu ispatlanmış kabul edilen vakia iddialarının kamu barışını bozma eğilimleri nedeni ile cezalandırılıp cezalandırılmayacağı noktasında da toplanmaktadır. Bu tartışmaya katılması gereken bir başka boyut, özellikle, tartışma konusu açıklamaların, muhataplarının kişi haysiyeti ve/veya insan onurlarını zedeleyip zedelediği boyutudur. Almanya'da bu açıdan, *Nazi zulmünün kurbanlarının* insan onurunun korunması tartışmaya dahil olurken, Türkiye'de *soykırımcı torunu olarak yaftalanmak istemeyen Türk insanının* kişi haysiyeti mülhazaları da katılmaktadır.

Hem Alman yaklaşımından hem de Türk yaklaşımından tamamen farklı başka bir düzlem, düşünce özgürlüğü korumasının nerede ise mutlak korumaya yakın olduğu Amerika Birleşik Devletleri özgürlükler hukukunda somutlaşmaktadır. ABD'nde hakaret, toplumun kesimlerini tahkir, benimsenen değerleri aşağılama vb. açıklamalar suç olmadığı gibi; her türlü soykırım iddiası ya da soykırım inkarı, düşüncenin ifadesi olarak koruma görmektedir. Şüphesiz ceza hukuku bir yana ABD tazminat hukuku açısından belirli bireylere ya da gruplara yönelik tahkirin, bir bireyde "yoğun duygusal bir acı yaratmış olması halinde" kuramsal da olsa sınırlanabileceği kabul edilir. Ancak temelde yalnızca ifadenin mesajından ve bu nedenle genel olarak kabul edilen terbiye kurallarını ihlalden doğan toplum öfkesi ("sense of community outrage") "bireysel üzüntünün" önüne geçer ise, sınırlama mümkün olmayacaktır.<sup>163</sup> Soykırım inkârı veya soykırım iddiası içeren açıklamalar, "toplum öfkesi" doğuran açıklamalar oldukları ve tek bir bireyde yarattıkları duygusal stres ölçülemeyeceği için genel olarak koruma göreceklidir.<sup>164</sup>

Hangi yaklaşım daha doğrudur? Kanımızca ABD'nde geçerli yaklaşım daha doğrudur, çünkü düşünce özgürlüğünün salt "fikir oluşturulmasına katkıda bulunma" işlevini değil, aynı zamanda "sarsıcı, silkindirici, genel geçer yargılara meydan okuyucu" rolünü ve özellikle, kamusal önemi olan tartışmaların açıklıkla yapılarak gerçeğin bulunmasına ya da yeniden sorgulanmasına katkıda bulunma işlevini de göz önünde tutmaktadır.

163 RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH (1994).

164 A.g.e.

## V. SONUÇ

Yukarıda düşünce özgürlüğünün anlamını, işlevini, içeriğini ve sınırlarını genel olarak özellikle ABD ve Avrupa İnsan Hakları sistemi menşeli kuramlardan yararlanarak değerlendirmeye ve bir kuram çatısı geliştirmeye devam ettik.

Hepimize düşen görev, düşünce özgürlüğü gibi temel insani bir hakkın kullanımını bu derece etkileyen suçlar bakımından, düşünce özgürlüğünün işlevi konusunda kuramsal ve pratik tartışmalara girmek, *korunan hukuksal değer kuramını belirginleştirmek ve değerleri içerik ve önemlilik değerlendirmesine tâbi tutmak, tipik hareketlerin tanımını daha açık ve anlaşılır kılmak, suçun unsurları kuramı bakımından değerlendirmek ve özellikle saik kuramı ile tehlike kuramını derinleştirmektir.*

Düşünce özgürlüğü konusunda "komple teorileri"ne girmeden, samimi ve şeffaf bir toplumsal kültürün gelişmesine katkıda bulunmak her aydının görevidir. Özellikle tarihçiler, siyaset bilimciler ve toplumbilimciler; Türklük bilincinden, etnik kimliğe, etnik kimlikten, askerlik ödevine, askerlik ödevinden başörtüsüne kadar pek çok konuda araştırmalarını derinleştirmeli, aklımızı meşgul eden konuların, gerçek sorunlar olup olmadığını tespate yönelmelidir. Bugün yaygın bir şekilde 301. madde tartışılırken kamuoyu gündeminden uzakta çok sayıda kişi, halkı kanunlara uymamaya tahrik, bölücülük, halkı kin ve düşmanlığa tahrik, örgüt propagandası gibi yaptırımları çok daha ciddi suçlardan yargılanıyor. Yarın temel milli yararları karşı faaliyet gündemde olabilir. Önemli olan salt gündemdeki suç değil düşünce özgürlüğünün genel ilke ve sınırlama ölçütlerini yaygın olarak tartışmaktır. Çünkü bu ilke ve ölçütler, düşünce özgürlüğünün önündeki her türlü gayrimeşru yaptırımı sorgulamada kullanılabilir.

Bu çalışmada yapılan değerlendirmeler, büyük ölçüde hukuksaldır ve geçerlilikleri, hukukun uygulanabilirliğinin sınırları olan sosyo-kültürel, siyasal, ekonomik ve sair kuramlarla sınırlanmak ve özellikle normatif-etik bir kuramla desteklenmek zorundadır. Şüphesiz, düşünce özgürlüğü "kuramları"na ilişkin meta-teorilerin de, bu alanda daha sağlam değerlendirmeler oluşturulmasında katkısı büyük olacaktır. Bu çerçevede; felsefi, tarihsel, kültürel, sosyolojik, psikolojik hatta ekonomik düşünce özgürlüğü kuramlarının incelenmesi

ve birbirleri ile ilişkilendirilmesi çok büyük önem taşımaktadır. Yine salt kuramlar değil, düşünce özgürlüğü aktivizminden öğreneceğimiz bilgi ve deneyimler de çok önemlidir. Özgürlükleri sınırlananların yazdıkları 'hikâyeler' de çok önemlidir. Tartıştığımız özgürlük, salt belirli bir meslek grubunun tekelinde ve salt akademik olarak ele alınmayacak kadar değerlidir.

Salt ifade suçlarının değerlendirilmesi bakımından, yargıç, zamanın iyileştirici etkisini göz ardı etmemeli, bir açıklamanın ya da yayının kamuoyunda hararetle tartışılmasını, belirli kesimlerin sert de olsa tepki vermelerini, ifadenin tehlikeliğine yormamalıdır. Tehlike, gazete manşetlerindeki ya da televizyon ekranlarındaki aşırı ve kırıcı da olsa suç teşkil etmeyen fikir çatışmalarında değil; sokaklardaki davranışlarda, açılan tehdit telefonlarında, çıkan fiziksel kavgalarda, atılan fikir taşlarında değil, maddi taşlarda aranmalıdır. Her durumda tehlike, kamuoyu rahatsızlığı, sözel tepkiselliğinin ötesine geçen bir huzursuzluk ve güvensizlik ortamıdır.

İnsanlığın, korkularını tanımlamak ve denetim altına almak, biyolojik, kişisel ve toplumsal varlığı ile ilgili sorunlara çok yönlü yaklaşmak gibi bir misyonu ve kendi yazgısını belirlemek gibi temel bir ideali vardır. Her durumda, en yalın ve maddeci biçiminden en karmaşık ve idealist biçimine kadar etkili iletişim kurmanın, meramını anlatıp başkalarının meramını anlamının, alışveriş ve sözleşme etkinliklerinin, haber verip haber alma olanağının, üretim ve paylaşımın, eğlenmek, kutlama yapmak ya da yas tutmanın, çağdaş siyasetin ve siyasal seçim özgürlüğünün, bilimin, sanatın, kültür ve tarihin gelişmesi, 'gerçeğin bulunması', özette toplumsal insanlığın varlıksal olarak en iyi biçimde korunması ancak düşünce özgürlüğüne azami koruma sağlayan düzenlerde söz konusu olabilir. Boş laf, yaygara ve kayıkcı kavgaları, fikir ifade etme kisvesi altında ekonomik istismar veya sahte siyasal gündem yaratma çabaları, gayrimeşru hegemonyanın dayatılmasına hizmet için gösterilen öcüler, makul insanın teveccüh etmeyeceği ayrımcı, ırkçı, mizantropist, anti-hümanist 'gul-i beyabani'likler ise, bu özgürlüğe sahip olma yolunda ödeyeceğimiz zorunlu bedeller olarak düşünülmalıdır. Yine de yanlış bir fikir diye bir şey yoktur, belki sadece vakıalara ilişkin anlatılan yalanlar ve gerçekler vardır.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- <<http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301-maddeden-acilan-dava-haberi/>>
- <<http://www.haberler.com/chomsky-nin-kitabina-301-maddeden-acilan-dava-haberi/>>
- <<http://www.wsws.org/articles/2006/oct2006/turk-o27.shtml>>
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Abood v. Detroit Bd. of Educ., 431 U.S. 209 (1977).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Abrams v. United States (250 U.S. 616 (1919)
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Ashcroft v. The Free Speech Coalition United States (122 S. Ct. 1405).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Bridges v. California, 314 U.S. 252, 263-68 (1941).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Brown v. Louisiana, 383 U.S. 131 (1966).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Buckley v. Valo, 424 U.S. 1, 64 (1976).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n, 447 U.S. 557 (1980).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cohen v. Cowless Media Co., 501 U.S. 663 (1991).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Connell v. Higginbotham, 403 U.S. 207 (1971).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Consolidated Edison Co. v. PSC, 447 U.S. 530, 533-35 (1980).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cornelius v. NAACP Legal Defense & Educ. Fund, Inc., 473 U.S. 788 (1985).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Cox v. New Hampshire, 312 U.S. 569 (1941).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Edwards v. South Carolina, 372 U.S. 229 (1963).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205 (1975).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Garner v. Louisiana, 368 U.S. 157, 185, 201 (1961).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Garrison v. Louisiana 379 US 64 (1964).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Gertz v. Robert Welch, Inc. 418 U.S. 323 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Hague v. CIO, 307 U.S. 496 (1939).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Hamling v. United States, U.S. 87 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Herbert v. Lando, 441 U.S. 153 (1979).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242 (1937).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Houchins v. KOED, 438 U.S. 1, 16 (1978).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Hutchinson v. Proxmire, 443 U.S. 111, 133 n. 16 (1979)
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153 (1974); Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Kunz v. New York; 340 U.S. 290 (1951).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Lamont v. Postmaster General , 381 U.S. 301 (1965).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Landmark Communications v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444 (1938).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449 (1958).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: NAACP v. Claiborne Hardware Co. (458 U.S. 886 (1982).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: NBC v. United States, 319 U.S. 190 (1943).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Near v. Minnesota ex. rel. Olson, 283 U.S. 697 (1931).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: New York Times Co v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Niemotko v. Maryland, 340 U.S. 268 (1951).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Nixon v. Warner Communications, 435 U.S. 589 (1978).

- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Noto v. United States, 367 U.S. 290 (1961).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Paris Adult Theatre v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454.
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Pell v. Procunier, 417 U.S. 817 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. ----, 112 S. Ct. 2538 (1992).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 275.
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Saia v. New York, 334 U.S. 558, 561 (1948).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Saxbe v. Washington Post, 417 U.S. 843 (1974).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Scales v. United, 367 U.S. 203 (1961).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Schenk v. United States, 249 U.S. 47, 51-52 (1919).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Shelton v. Tucker, 364 U.S. 479 (1960).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 564 (1969)].
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374 (1967).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: United Staes v. Fox, 248 F.3d 394 (5th Cir. 2001).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Pub. Co. v. Burleson, 255 U.S. 407 (1921).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: United States v. Acheson, 195 F.3d 645 (11th Cir. 1999).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: United States v. Hilton, 167 F.3d 167 (1st Cir.1999).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: United States v. Marshall, 908 F.2d 1312 (7th Cir. 1990).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: United States v. Mento, 231 F.3d (4th Cir. 2000).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: United States v. Robel, 389 U.S. 258 (1967).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Whitney v. California, 274 U.S. 357.
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Winters v. New York, 333 U.S. 507, 510 (1948).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Wisconsin v. Mitchell (113 S. Ct., 2201).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Young v. America Mini Theatres, Inc. 427 U.S. 50 (1976).
- ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: Zurcher v. Stanford Daily, 436 U.S. 547 (1978).
- AİHM Kararı: **Goodwin v UK** (1996) (para 61).
- AİHM Kararı: **Handyside v UK** (1976) (49).
- AİHM Kararı: **N v Sweden** (1986).
- AİHM Kararı: **Özgür v Turkey**, 16 March 2000.
- AİHM Kararı: **Sener v Turkey**, 18 July 2000.
- AİHM Kararı: **Steel a.o. v UK**, 23 September 1998.
- AİHM Kararı: **Barthold v Germany** (1985).
- AİHM Kararı: **Sunday Times v UK** (1979) (65).
- Alman Ceza Kanununun 130. Maddesi.
- Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı: BVerfGE 30, s. 292 vd.
- AVRUPA'DA DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ/AİHS'NİN 10. MADDESİNE İLİŞKİN İÇTİHAT (Avrupa Konseyi, 2002, Çeviren Durmuş Tezcan).
- AYDIN, Öykü Didem: "Düşünce Özgürlüğü", "Edebiyat ve Hukuk" adlı site içinde <<http://www.edebiyatvehukuk.org>>.
- AYDIN, Öykü Didem: "Kırk Soruda Düşünce Özgürlüğü ve Sınırlanmasının Meşruiyeti" "Edebiyat ve Hukuk" adlı site içinde, <http://www.edebiyatvehukuk.org/dusunce-ozgurlugunun-anlami-ve-islevi-isiginda-dusunce-ozgurlugunun-sinirlanmasinin-mesruiyeti.html>>.
- AYDIN, Öykü Didem: "YTCK Açısından Salt İfade Suçu Tiplerine Eleştirel Bir Bakış," **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2006, ss. 119-144.
- AYDIN, Öykü Didem: Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika (Freiburg i. Br.: iuscrim Verlag, 2006).
- AYDIN, Öykü Didem: Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (Ankara, Seçkin Yayınları, 2004).
- BAKER: **Process of Change and the Liberty Theory of the First Amendment**, 55 S. CAL. L. REV. 293 (1982).
- BAKER: **Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's The Value of Free Speech**, 130 U. PA. L. REV. 646 (1982).

- BAKER: **Scope of the First Amendment Freedom of Speech**, 25 UCLA L. REV. 964-974 (1978).
- BEVIER, LILLIAN R.: **The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the Substance and Limits of Principle**, 30 STAN. L. REV. 299-358 (1978).
- BORK, ROBERT: **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**, 47 IND. L.J. 1-35 (1971).
- CISNEROS, DANNILLE: "Virtual Child" Pornography On The Internet: A "Virtual" Victim?, <http://www.law.duke.edu/journals/dlfr/articles/pdf/2002DLTRO019.pdf>. ÇETİN, EROL: Açıklamalı-İçtihatlı Hakaret ve Sövme Suçları, Ankara, Ocak 2001.
- ELY, JOHN HART: **Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis**, 88 HARV. L. REV. 1482-1505 (1975).
- EMERSON, T.: THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION (1970).
- GOMIAN DONNA/DAVID HARRIS: Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü (1998, Çeviren Orhan Kemal Cengiz).
- GREENAWALT, KENT: SPEECH, CRIME AND THE USES OF LANGUAGE (1989).
- Greenbelt Cooperative Publishing Ass'n v. Bresler, 398 U.S. 6 (1970).
- HEIDEKING JÜRGEN: Revolution, Verfassung und Nationalstaatsgründung, 1763-1815, in: Willi Paul Adams, Ernst Otto Czempel, Berndt Ostendorf, Kurt L. Shell, P. Bernd Spahn, Michael Zöllner (Hrsg.): Die Vereinigten Staaten von Amerika, Geographie, Geschichte, Politische Kultur, Politisches System, Wirtschaft, zweite Aufl., Band I, 1992.
- HELLER, AGNES: Bir Ahlak Kuramı, Çevirenler Abdullah Yılmaz, Ertürk Demirel, Koray Tütüncü (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2006).
- HERZOG, ROMAN: Maunz, Theodor, Dürig, Günter u.A.: Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 1-11, München 2001 içinde, Art. 5 Abs. I, II.
- HUSTER, STEFAN: **Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht**, Neue Juristische Wochenschrift, 1995.
- KABOĞLU İBRAHİM: "Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri) ve Türkiye", **İnsan Hakları Yılı, Cilt 15, 1993'ten Ayrı Bası** (TODAE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi'nin İnsan Hakları Günü (10 Aralık 1993) dolayısıyla düzenlediği "Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası (Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Uygulaması" konulu Konferans'ta yapılan konuşma metni).
- LAWRENCE, FREDERICK M.: **Resolving Hate Crimes/ Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech**, 68 NOTRE DAME L. REV. 673-721, n.3 (1993).
- LEVY, L.: JEFFERSON AND CIVIL LIBERTIES - THE DARKER SIDE (1963).
- LEVY, L.: LEGACY OF SUPPRESSION: FREEDOM OF SPEECH AND PRESS IN EARLY AMERICAN HISTORY (1960), 6. Kısım.
- MEIKLEJOHN, ALEXANDER: FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT (1948).
- MEIKLEJOHN, ALEXANDER: POLITICAL FREEDOM (1960).
- NIMMER, MELVILLE B.: **The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment**, 21 UCLA L. REV. 29 (1973).
- PETTINGER, GAYLE LYNN: Note, **Rational Basis with Bite: Intermediate Scrutiny by any Other Name**, 62 IND. L.J. 779 (1986-87).
- REDISH, MARTIN: **The Value of Free Speech**, 130 U. PA. L. REV. 591 (1982).
- RUMPF, CHRISTIAN: "Ölçülülük İşlevi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, 10. Cilt (1993), ss. 25-48.
- SCANLON: **Freedom of Expression and Categories of Expression**, 40 U. Pitt. L. Rev. 519 (1979).
- SCHAUER, FREDERICK.: FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL INQUIRY (1982).
- SHRIFFRIN, STEVEN, **The First Amendment and Economic Regulation: Away From a General Theory of the First Amendment**, 78 Nw. U.L. REV. 1212-1283 (1983).
- SMITH, J.: FREEDOM'S FETTERS -THE ALIEN AND SEDITION LAWS AND AMERICAN CIVIL LIBERTIES 159 (1956).
- SMOLLA RODNEY A.: SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT, §1.04 (2) (1994).
- SOYASLAN, DOĞAN: Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden geç. 4. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002).
- STEWART: **Or of the Press**, 26 HASTINGS L.J. 631 (1975).
- STOCK, JÜRGEN: Meinungs- and Pressefreiheit in den USA. Das Grundrecht, seine Schranken und seine Anforderungen an die Gesetzesgestaltung, Baden Baden, 1986.
- THE BILL OF RIGHTS: A DOCUMENTARY HISTORY 1153 (B. Schwartz ed. 1971).
- THOMSON, JUDITH: **Some Ruminations on Rights**, 19 ARIZ. L. REV. 45 (1977).
- Türk Ceza Kanunu.
- ÜNVER, YENE: Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- WORKS OF THOMAS JEFFERSON (P. Ford, ed. 1905).
- YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2006/9-169, K. 2006/184, T. 11.7.2006.

# Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği

Araştırma

**GÜL FİŞ ÜSTÜN\***

\* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD.

(Asst. Prof. Dr., Marmara University Faculty of Law, Administrative Law Department) (E-posta: gulustun@gmail.com)

## ÖZET

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi akabinde, idari para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli yargı yeri idare mahkemeleri değil, sulh ceza mahkemeleri olmuştur. İdari para cezalarının ilgisine bildirimini konu alan bildirim tutanakları ve ihbarnameler ise, ceza kararlarından farklı bir niteliğe sahiptirler. Bu duruma örnek olarak, Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından tesis edilen idari para cezası bildirim tutanakları çalışmamıza konu edilmiştir. Söz konusu bildirim tutanakları, amme alacağının ilgisine bildirimini konu aldığından, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca tesis edilen bir işlem olup, idare mahkemelerinde dava konusu edilmesi gerekmektedir. İdare mahkemeleri ise, bildirim tutanaklarına karşı açılan davaları esastan incelemek için tutanağın icrai nitelik taşıyıp taşımadığını değerlendirecektir. Bu durumda, ilgililer hakkında cebren tahsil sürecinin başlatılmasına sebep olan ve/veya para cezası kararından farklı olarak ilgililerine yükümlülük getiren bildirim tutanaklarının icrai olduğu muhakkak olduğundan, davanın esastan incelenmesi de bir gerekliliktir.

## Anahtar Kelimeler

İdare Hukuku, Yatırımcıları Koruma Fonu, İdari Para Cezası Bildirim Tutanakları, İcrai İşlem, İptal Davası

## ABSTRACT

### LEGAL CHARACTER OF "NOTIFICATION RECORDS OF ADMINISTRATIVE FINES" ESTABLISHED BY INVESTOR PROTECTION FUND

After the Law of Misdemeanor's enforcement (no:5326), jurisdiction of suits filed against administrative fines, has been in charge the local criminal courts, instead of administrative courts. Notification records and declarations have a different legal nature of the administrative fines. In our study, notification records which are established by Investor Protection Fund are subjected, as an example. The notification records should be the subject of administrative judicial authorization, because their subject is the notification of the public claims to their concerned and because they have been established in accordance with the Procedure regarding the Code of Collection of Public Claims numbered 6183. Administrative courts, should evaluate if the records are executive or non-executive. Executive processes of the administration are subject judicial review. Cases brought against non-executive processes are rejected in preliminary investigation. Notification records occasion the collection in force process started and lay concerned persons under obligation. In this case, notification records are executive administrative processes which are different from the administrative fines; the examination of the merits of the case is a necessity.

## Keywords

Administrative Law, Investor Protection Fund, Notification Record of The Administrative Fines, Executive Administrative Process, Action for Annulment



## Giriş

31.03.2005 tarihinde kabul edilen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu gereği, önceleri idare mahkemelerinde dava konusu edilen idari para cezalarının, Kanun'un yürürlüğe girmesi akabinde<sup>1</sup> adli yargıda (sulh ceza mahkemelerinde) dava konusu edilmesi gündeme gelmiştir<sup>2</sup>. Ancak, söz konusu para cezalarını muhataplarına bildirme amacıyla tesis edilen ihbarnameler ve bildirim tutanaklarının da adli yargıda dava konusu edilmesinin mümkün olup olmadığı uygulamada tartışılan bir meseledir.

Uygulamada yaşanan bu soruna bir ışık tutabilmek amacıyla somut bir örnek olan Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından düzenlenen idari para cezası bildirim tutanaklarının niteliği ve dava konusu edilebilirliği bu çalışma kapsamında değerlendirilecektir. Anılan nedenle, çalışmamızda ilk olarak Yatırımcıları Koruma Fonu ve Fonun idari para cezaları konusunda yetkisine yer verilecek olup, daha sonra Fon tarafından tesis edilen bildirim tutanaklarının Kabahatler Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenecektir. Son olarak, bu işlemin dava konusu edilip edilemeyeceği değerlendirilecektir.

## 1. Yatırımcıları Koruma Fonu

Yatırımcıları Koruma Fonu<sup>3</sup>, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile eklenen 46/A maddesi ile tüzel kişiliği haiz olarak kurulmuştur. Anılan maddede Fon'un kuruluş amacı şu şekilde belirtilmiştir:

*"Hakkında tedrici tasfiye veya iflas kararı verilen aracı kurumların ve Bankalar Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla Bakanlar Kurulu kararıyla faaliyetleri durdurulan bu Kanununun 50 nci maddesi (a) bendi hükmü kapsamındaki bankaların, yaptıkları sermaye piyasası faaliyetleri ve işlemleri nedeniyle müşterilerine karşı hisse senedi işlemlerinden doğan nakit ödeme ve hisse senedi teslim yükümlülüklerini ve bu Kanunun 46/B maddesinde düzenlenen görevleri bu Kanunda öngörülen*

*esaslara göre yerine getirmek ve tasfiye giderlerini karşılamak amacıyla tüzel kişiliği haiz Yatırımcıları Koruma Fonu kurulmuştur".*

Kısaca, Fon; yatırımcıların aracı kuruluşların mali durumlarının bozulması nedeniyle zarara uğramalarının önlenmesi, bu piyasadaki yatırımcıların aracı kuruluşlardan kaynaklanan risklere karşı korunması ve bu sayede sermaye piyasalarına olan güvenin artırılması amacıyla kurulmuştur<sup>4</sup>.

Fon'un yönetim ve çalışma esasları Sermaye Piyasası Kurulu'nca çıkarılan Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliğiyle<sup>5</sup> belirlenmiştir.

## 2. Yatırımcıları Koruma Fonu'nun İdari Para Cezalarının Tahsilinde Yetki ve Görevleri

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesinde idari para cezası konusu düzenlenmiştir. Maddeye göre, Kanun'a dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Sermaye Piyasası Kurulunca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek kişiler ve tüzel kişiler hakkında gerekçesi belirtilmek suretiyle Kurul tarafından idari para cezası uygulanacaktır.

Söz konusu idari para cezalarının hangi düzenlemeye göre tahsil edileceği ise, Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliği'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir:

*"Para Cezalarının Tahsili*

*Madde 10- Kurul ve Birlik<sup>6</sup> tarafından verilen idari para cezaları ilgililere tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde ilgililer tarafından Fon hesabına yatırılır.*

*Kurul ve Birlik tarafından verilen idari para cezaları ilgililere tebliği ile birlikte Fona bildirilir. Bu cezalar ilgililere tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde Fona ödenmediği takdirde, Fon tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil olunur ve Fona irad kaydolunur..."*

Nitekim, bu düzenlemelerden hareketle, Sermaye Piyasası Kurul Karar Organı, 20.1.2006 tarih ve 3/42 sayılı kararıyla,

1 Kanun'un 44. Maddesi gereği, yürürlük tarihi 1 Haziran 2005'dir.

2 Ancak bu durumun istisnası Kanun'un 3. Maddesinde de belirtildiği üzere, özel kanunlarda farklı bir düzenlemenin bulunması durumudur.

3 Bundan sonra "Fon" olarak anılacaktır.

4 [www.spk.gov.tr](http://www.spk.gov.tr)

5 R.G. 21.06.2001, S. 24439.

6 Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliği'nin 3. Maddesi gereğince, "Birlik", Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliğini ifade etmektedir.

- uygulamada idari para cezası tutanaklarıyla bildirim yapılmasına,
- idari para cezası bildirim tutanağının, idari para cezası öneri yazısı ekinde ilgili daire tarafından Kurul Karar Organına arz edilmesine ve Kurul kararı sonrasında Fon'a gönderilmesine,
- Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin (6) nolu bendi uyarınca idari para cezasına karşı kanun yoluna başvurmadan önce yapılan ödemenin, idari para cezası kararının kesinleşmesinden önceki bir ödeme olarak kabul edilmesine ve Kanun'un 47/A ve Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliği'nin 10. maddesi uyarınca ödemenin Fon'a yapılmasına;
- Kabahatler Kanunu ve Tahsilat Genel Tebliği<sup>7</sup> ile getirilen düzenlemeler uyarınca idari para cezaları Hazineye ödeneceği, yasal ödeme süresi içinde Fon'a ödeme yapılacağı ve Fon tarafından bu tutarların Hazineye aktarılacağı dikkate alınarak, Kurul ve Birlik tarafından alınan idari para cezası kararlarının Fon'a derhal bildirilmesine ve Fon tarafından tebligatın ekteki karar örneğine uygun olarak yapılmasına,

...

Karar verilmiştir.

Kısaca, Sermaye Piyasası mevzuatı uyarınca tesis edilecek idari para cezalarının Fon tarafından ilgisine tebliğ edilmesi gündeme gelmektedir. Nitekim, anılan Kurul Kararının (g) nolu bendinde de, aşağıdaki düzenlemelere yer vermek suretiyle bu durum açıkça ortaya konulmuştur:

*"İdari para cezası kararının yukarıda önerilen şekilde YKF tarafından tebliğ edilmesini takiben,*

*aa. Yasal ödeme süresi içinde ödeme yapılması halinde ödemenin YKF tarafından kabul edilerek, daha sonra Tahsilat Genel Tebliği uyarınca Hazineye aktarılmasına ve Kurula/TSPAKB'ne bilgi verilmesine,*

*bb. Karar aleyhine kanun yoluna başvurulması halinde buna ilişkin bilgi, idari para cezasını veren kuruma (Kurul veya TSPAKB) geleceğinden, bu bilginin ulaşması halinde konunun derhal YKF'na iletilmesine,*

...".

7 437 Seri Nolu Tahsilat Genel Tebliği, Kabahatler Kanunu uyarınca idari para cezalarının tahsiline ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Anılan Tebliğ düzenlemesi için bkz. R.G. 16.12.2005, S. 26025.

### 3. Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tebliğ Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Adli Yargıda Dava Konusu Edilip Edilemeyeceği Meselesi

Önceden de ifade edildiği üzere, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi uyarınca tesis edilen idari para cezaları Kabahatler Kanunu kapsamında yer almaktadır. Kanun'da başkaca bir yargı yolu gösterilmediğinden söz konusu para cezalarına karşı Kabahatler Kanunu'nda genel görevli olarak gösterilen sulh ceza mahkemelerine başvurmak gerekmektedir.

Aynı kuralın Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından ilgililere tebliğ edilen para cezası bildirim tutanakları hakkında işletilmesinin mümkün olup olmadığına karar vermek için bu tutanakların para cezası kararı sayılıp sayılmayacaklarına karar vermek gerekmektedir.

Öncelikle, Sermaye Piyasası Mevzuatı uyarınca tesis edilen para cezaları birer amme alacağı niteliğindedir. Zira, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 1. Maddesinde amme alacaklarının İdare'nin hangi tür alacakları olduğu gösterilmiştir:

*"Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur".*

Madde düzenlemesinden açıkça da anlaşılacağı üzere, imar mevzuatına aykırı uygulamalar için belediye encümenleri tarafından tesis edilen para cezalarının<sup>8</sup>, orman alanlarının kullanımı, kamu hizmetlerinden yararlanılması için ödenmesi gereken meblağların kamu alacağı olduğu muhakkaktır. Ancak, aksine İdare'nin kira sözleşmesi gibi tamamen özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan alacakları ise, amme alacağı niteliğinde olmayıp,

8 Takip konusu alacağın 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. ve 42. Maddelerine muhalefetten dolayı, ... Belediye Encümenince verilen para cezası olduğu, bu cezanın amme alacağı olduğu ve 6183 sayılı Kanun uyarınca takibin yapılması gerekliliği hakkında Yargıtay 12. H.D., 25.09.2003, 2003/19033 E., 2003/18472 K. Sayılı kararı, MUŞUL Timuçin, **Notlu-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, İstanbul, 2004, s. 21, 22.

6183 sayılı Kanun uyarınca takip edilemeyecektir<sup>9</sup>.

Yine maddeye göre, alacaklı olan kurumun 6183 sayılı Kanun'a tabi kurumlardan olmaması halinde, sunduğu hizmete ilişkin alacağın da amme alacağı sayılması mümkün değildir<sup>10</sup>. Örneğin kamu hizmetinin ifasıyla görevlendirilen özel kişilerin bu hizmetlerden doğan alacağı, amme alacağı sayılamayacaktır<sup>11</sup>.

Bu durumda, bir alacağın amme alacağı olduğunun kabulü için, öncelikle, alacaklının Devlet, il özel idaresi veya belediye olması gerekmektedir. Diğer yandan alacağın konusunun haksız fiil, haksız iktisap veya sözleşmeden kaynaklanmaması; vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait yargılama masrafı, vergi cezası, para cezası, bunların gecikme zammı, faizinden oluşması veya kamu hizmetinden kaynaklanması gerekmektedir<sup>12</sup>.

Kısaca, *"Kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi için gerekli olan ve bu hizmetin ayrılmaz ögesini ve parasal kaynağını oluşturan idare alacakları kamu alacaklarıdır"*<sup>13</sup>.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 17. maddesinde, Sermaye Piyasası Kurulu'nun kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu ifade edilmiştir. Kurul'un, sermaye piyasalarının işleyiş kurallarını belirlemek, piyasadan fon kullanan şirketlerin belli kurallara uygun olarak en iyi şekilde yararlanmalarını sağlamak, sermaye piyasasına yatırım yapan tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarını ko-

rumak, piyasaların adil ve etkin çalışmasını sağlamak amacıyla yönetmelik ve tebliğlerle düzenlemeler yaparak, piyasaların gözetim ve denetimini sağladığı düşünülürse, kamu hizmeti gördüğü de muhakkaktır<sup>14</sup>.

Diğer bir yandan, sermaye piyasalarının işleyişine aykırı davranış ve eylemlerde bulunan kişilere Sermaye Piyasası Kurulu tarafından tesis edilen para cezalarının da hizmetin yürütülmesi açısından gerekli olduğu, bu hizmetin ayrılmaz ögesi olduğu da aşikâr olup, tesis edilen idari para cezalarının amme alacağı olarak kabulü gerekmektedir.

Nitekim, Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliği'nin 10. maddesinde de tahsilatın 6183 sayılı Kanun uyarınca yapılacağı ifade edilmesi de bu durumu teyit etmektedir<sup>15</sup>.

6183 sayılı Kanun'un 37. maddesine göre, amme alacaklarının, özel kanunlarında gösterilen zamanlarda ödenmesi gerekmektedir. Ancak, özel kanunlarda ödeme zamanı gösterilmemiş ise, bu durumda Maliye Bakanlığınca belirlenen yönetime göre, borçluya bir yazılı bildirim yapılarak, bir aylık ödeme süresi başlatılır. Uygulamada ihbarname adı altında görülen, borç miktarını ve nedenini gösteren bu bildirim tebellüğ tarihinden itibaren 1 ay içinde borcun ödenmesi gerekmektedir. Söz konusu süre içinde, amme borcunun ödenmemesi durumunda, alacaklı amme idaresi alacağın cebren tahsili için gerekli işlemleri başlatabilecektir.

Bahsedilen ihbarnamelere benzer şekilde, Fon tarafından düzenlenen idari para cezası bildirim tutanakları da, Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliği'nin 10. Maddesinde ve Sermaye Piyasası Kurul Karar Organı'nın, 20.1.2006 tarih ve 3/42 sayılı kararında belirtildiği üzere 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun gereğince işlem yapılacağını belirtmekte ve para cezasının miktarını, ödeme zamanını göstermektedir.

Bu kapsamda Fon'un işlemi 6183 sayılı Kanun'a konu olan ihbarname niteliği taşımakta ve 6183 sayılı Kanun kapsamında ayrı bir idari işlem olmaktadır. Para cezasından farklı olan bu iş-

9 İdari bir kurum tarafından kiralanan arsaya ilişkin kira alacağının, amme alacağı olmadığına ilişkin olarak bkz. Yargıtay 21. H.D., 11.05.1998, 1998/761 E., 1998/3421 K., YKD, Ocak 1999/1, s. 89; Yüklümlüce, KDV borcu için vergi dairesine verilen çekin karşılıksız çıkması sebebiyle 3167 sayılı kanun uyarınca hesaplanan tazminatın, 6183 sayılı kanun kapsamında kamu alacağı olmadığına ilişkin olarak bkz. Danıştay 7. Dairesi'nin 09.11.1995, 1993/2406 E., 1995/4351 K. Sayılı kararı, www.danistay.gov.tr.; Sözleşmeden doğan alacakların amme alacağı olmadığı hakkında bkz. Danıştay 9. Dairesi'nin 16.10.1991, 1990/692 E., 1991/2975 K. Sayılı kararı, www.kazanci.com.

10 Bu konudaki Yargıtay 13. H.D.'nin 29.04.2002, 2002/2776 E., 2002/4829 K. Sayılı kararı için bkz. MUŞUL, s. 27, 28.

11 YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KARAN Nur, ÖZDEMİR Eyüp, ÜSTÜN Gül, OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukuku** içinde Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Bölümü (yazan: ÜSTÜN Gül), İstanbul, 2011, s. 760.

12 Amme alacağı kapsamında hangi alacakların yer aldığına ilişkin detaylı bilgi için bkz. CANDAN Turgut, **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun -açıklamalı-**, Ankara, 2007, s. 8 -18.

13 GİRİTLİ İsmet, BİLGEN Pertev, AKGÜNER Tayfun, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2001, s. 726.

14 Sermaye Piyasası Kurulu'nun görev ve yetkileri hakkında bkz. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 22.

15 Kanunların açıkça İdare'nin alacağını amme alacağı olarak belirttiği durumlarda, söz konusu alacaklar amme alacakları olup, bunların dışındaki İdare'nin alacakları özel alacaklardır. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 726; CANDAN, s. 20.

leme karşı ise, idare mahkemelerinde dava açmak gerekmektedir.

Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 22.12.2008 tarihli, 2008/13 E., 2008/355 K. sayılı kararında da,

"...Yatırımcıları Koruma Fonu'nca idari usuller uygulanarak tesis edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanağının, idari nitelikte bir işlem olduğu kuşkusuzdur.

İdari işleme karşı açılan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-a maddesi kapsamında, bu işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılık iddiası gözetildiğinde, davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu açıktır..."

Yönünde hüküm tesis edilmiştir.

#### 4. İdari Para Cezası Bildirim Tutanağının İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Meselesi

İdari para cezası bildirim tutanağının, konu aldığı Sermaye Piyasası Kurulu'nun kararının sadece bir tekrerrü olduğu düşünülürse, yani idari para cezasının sadece bildirilmesi olarak öngörülürse iptal davasına konu oluşturması mümkün olmayacaktır.

Zira;

İdare'nin bir irade açıklaması şeklinde ortaya çıkan işlemi, uygulanabilir olma, üstünlük ve ayrıcalığına sahiptir<sup>16</sup>. Ancak, İdare'nin mevcut hukuksal duruma bir değişiklik yapmayan yani icrailik niteliğinden yoksun olan bildirici, beyan edici, açıklayıcı, hazırlayıcı işlemleri de bulunmaktadır<sup>17</sup>. Bunlar da idarenin işlemleridir ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilk inceleme konularını düzenleyen 14. maddesinde belirtilen<sup>18</sup>

dava konusu edilebilen idari işlemlerden değildir.

İdari işlem, icrai, kesin ve yürütülebilir yani sonuç doğurucu olmalıdır, bu yüzden hazırlık, görüş bildirme, öneri, tavsiye gibi muamele ve asıl işlemin aşamaları tek başlarına idari işlem olarak kabul edilemezler<sup>19</sup>.

Diğer bir ifadeyle, idari işlem, dışsal hukuki etkiye sahip, yani ilgilisi hakkında hukuki sonuç doğuran işlemdir. İdari işlemle getirilen düzenleme ilgilinin mevcut durumunda değişiklik yapmalı, yani ilgiliye yeni hak ve yükümlülükler getirmeli, mevcut hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmalı veya sınırlarında değişiklik yapmalıdır. Aksi halde, hukuki durumda değişiklik yapmayan, bilgi veren, daha önce ortaya çıkan bir sonucu tekrar eden, açıklama yapan, herhangi bir yaptırım veya yasak getirmeyen işlemler dışsal etkiye sahip değildir<sup>20</sup>.

Hukuki durumlarda değişiklik ve yenilik yapma iradesi taşımayan işlemler, karar niteliğinde kabul edilemezler; ilgilileri hukuk yönünden etkilemedikleri için şikâyet ve itirazlara konu olmaya elverişli değildirler<sup>21</sup>. Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilk inceleme konularını düzenleyen 14. maddesinde, "kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem" in iptal davasına konu olabileceği düzenlenmiştir.

İdari işlemin varlığı, niteliği, icrai yani kesin ve yürütülebilir olup olmadığı konusunda zaman zaman güçlükler yaşandığı ifade edilmiştir<sup>22</sup>. Örneğin, "İdarenin, ilgiliye, tutum ve davranışları dolaşısıyla, bir kanun, tüzük veya yönetmelik hükmünü hatırlatarak uyarma yazısı tebliğ etmesi, bir görüş ve niyet açıklaması olmakla beraber, bazen idari

16 ÖZAY İl Han, **Günlükte Yönetim**, İstanbul, 1996, s. 308; YILDIRIM Turan, **İdari Yargı**, İstanbul, 2010, s. 185.

17 GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s.885; KAYA Cemil, "**Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İşlemler**", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran - Aralık 2005, C. IX, S. 1 - 2, No:1 - 2, s. 254.

18 Madde hükmü şu şekildedir:

"Dilekçeler üzerine ilk inceleme:

Madde 14 - 1. Dilekçeler Danıştayda Evrak Müdürlüğüne kaydedilir ve Genel Sekreterlikçe görevli dairelere havale olunur.

2. Dilekçeler, idare ve vergi mahkemelerinde,

de, mahkeme başkanının veya hakimnin havalesi ile kaydolunur.

3. Dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:

a) Görev ve yetki,

b) İdari merci tecavüzü,

c) Ehliyet,

d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,

e) Süre aşımı,

f) Husumet,

g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları,

Yönerilerden sırasıyla incelenir".

19 YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 109.

20 AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara, 2000, s. 45.

21 DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s. 398; Vatandaşlar için hak doğuran veya yüküm yükleyen işlemlerin yargı yerlerinin denetimine tabi olacağı hakkında bkz. GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, 1965, s. 150 ve 151.

22 YAYLA, s. 111 ve 113. Örnekler için bkz. s. 111 - 113.

karar niteliğini kazanabilir. Şöyle ki, bu uyarma üzerine İdare, başkaca bir işlem yapmadan, ilgili hakkında bir müeyyide (yaptırım) uygulama yetki veya imkanına sahip veya durumun düzeltilmesi için mehil verilmiş ise; ortada bir idari kararın varolduğu kabul edilir; aksi halde, bir gösterici işlem sözkonusu olur"<sup>23</sup>.

Nitekim, Danıştay 10. Dairesi'nin 07.02.2006 tarih, 2003/6202 E., 2006/864 K. Sayılı kararında<sup>24</sup>, "Kamu hukuku alanında karşı tarafın rızasını almaya gerek olmaksızın idarenin tek yanlı irade beyanıyla ve kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edilen ve ecrimisil alacağının tahsil edilebilir safhaya geldiğini gösteren ve alacağın vade tarihini belirleyen nitelikte bir belge olan tahakkuk fişi yalnızca davalı idareyi bilgilendirme amacına yönelik bir iç işlem olmayıp, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemdir..." ve Danıştay Vergi Dava Daireleri'nin 18.10.2006 tarih, 2006/109 E., 2006/290 K. Sayılı kararında<sup>25</sup>, "Dava konusu olayda, davalı idarenin, kanunların kendisine tanıdığı yetki çerçevesi içinde yaptırdığı inceleme sonucu düzenlettirdiği raporda, 2001 yılını zararla kapadığını beyan eden davacının bu yıla ait bildirdiği dönem zararı re'sen belirlenmiş, bildirilen zarar tutarı kabul edilmemiştir. Vergi Usul Kanununun 134 ve müteakip maddeleri gereğince ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla düzenlenen bu raporun davacının sonraki yıllara sarkan zarar miktarını doğrudan etkileyeceği ve davacının sonraki vergilendirme döneminde defter ve belgelerini tesis edilen bu işlem doğrultusunda düzenlemesi gerekeceği açık olduğu gibi, vergi dairelerinin de bu rapor doğrultusunda sonraki dönemlerde işlem tesis etmek zorunda olmaları karşısında, davacının mali tablolarını etkileyecek bu inceleme sonucunun, ortada tarh ve tahakkuk bulunmadığından bahisle kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem olmadığını söylemeye hukuken olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, yükümlünün inceleme dönemine ait ve izleyen yıla devreden zarar tutarlarının azaltılması sonucunu doğuran vergi inceleme raporunun gereklerinin yerine getirilmesi yolunda tesis edilen işlem, yükümlünün haklarını sınırlaması, daha sonraki dönemde vergi-

lendirilmesini doğrudan etkilemesi ve yürütülmesi zorunlu nitelik taşıması nedeniyle idari davaya konu oluşturacağından, aksi görüşle davanın reddi yönünde verilen ısrar kararı hukuka uygun bulunmamıştır..." yönünde hükümler tesis edilmiştir.

İdari yaptırımlar da, idarenin açıkladığı bir iradeden kaynaklanmakta olup, kesin, icrai, sonuç doğurucu ve yeni bir hukuki durum yaratan işlemler olduğundan<sup>26</sup> idari işlem niteliğindeki kararlardandır<sup>27</sup>. Bu nedenle, idari para cezası kararlarının dava konusu edilebilecek icrai birer karar olduklarından şüphe edilmeyecektir.

Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, idarenin işlemlerin açıklayıcı, bilgi verici nitelikte olması durumunda (örneğin, davet edici, ihbar edici, hatırlatıcı, yineleyici işlemler), bu işlemler hukuksal etki yaratmaktan yoksundurlar<sup>28</sup>. Bu nedenle, söz konusu tutanaklar, kişiler üzerinde herhangi bir etki doğurmayacak, çünkü; bu etkiyi önceden tesis edilen Kurul kararı doğuracaktır<sup>29</sup>.

Bu durumda, icrai olmayan dolayısıyla ilgililer üzerinde herhangi bir değişiklik yapmayan<sup>30</sup> bildirim tutanakları da iptal davasına konu edilemeyecektir.

Nitekim, Danıştay 13. Dairesi'nin 06.06.2008 tarih, 2008/3213 E., 2008/4681 K. sayılı kararında da aşağıdaki ifadelere yer verilmek suretiyle, idari para cezası bildirim tutanaklarının iptal davasına konu olamayacakları belirtilmiştir:

"...dava konusu işlemin Sermaye Piyasası Kurulunun ... tarih ... sayılı kararıyla verilen idari para cezasının bildirim niteliğinde bir tutanak olduğu ve söz konusu Kurul kararına karşı da ayrıca Ankara 15. İdare Mahkemesinde dava açıldığı, bu durumda, iptali istenen idari para cezası bildirim tutanağının idari davaya konu edilebilecek kesin, icrai sonuç doğuracak nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davanın esasının incelenmesine olanak

23 DURAN, s. 398.

24 www.danistay.gov.tr.

25 www.danistay.gov.tr.

26 OĞURLU Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korumama, İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları**, Ankara, 2001, s. 126.

27 ÖZAY İl Han, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, 1985, s. 40.

28 ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990, s. 144.

29 Önceden ortaya çıkan bir hukuki durumu belirleyen "belirleyici işlemler" in, yeni bir hukuki durum yaratmadıkları hakkında bkz. GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, 2002, s. 118.

30 İdare'nin çeşitli hukuki sonuçlar ve etkiler doğurmak suretiyle hukuk düzeninde değişiklik yaratmak amacıyla tesis ettiği işlemler icrai özelliğe sahiptirler. ERKUT, s. 119.

bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksiz reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekilince temyiz olunmuştur.

... 2577 İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. Maddesinin 1 fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek, anılan Mahkeme kararının onanmasına, ... karar verildi”.

Ancak, söz konusu karar, ihbarnamelerin hukuki niteliği dikkate alındığında oldukça düşündürücüdür. Zira, önceden tesis edilen para cezasını konu alan bir ihbarname, para cezasından farklı hukuka aykırılıklar içerebilir. Örneğin, para cezası kararında yer alan meblağdan farklı bir meblağın konu alınması gibi. Diğer bir yandan, ödeme yeri ve zamanını göstermesi gereken ihbarnamelerin bu esaslı unsurlarında da eksiklik olabilir.

KAYA tarafından da belirtildiği üzere<sup>31</sup>, amme alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda icrai işlem/ idari işlem, vergi ve ceza ihbarnamesi, tahakkuk fişi, ödeme emri tebliği, haciz tutanağı düzenlenmesi, tahakkuku tahsile bağlı vergi, resim ve harçlarda bunların tahsil edilmesi ve düzeltme, şikâyet başvurularının reddedilmesi halinde ortaya çıkmaktadır.

Nitekim, Danıştay 3. Dairesi'nin 04.06.1986 tarih, 1986/1733 E., 1986/1500 K. sayılı kararında<sup>32</sup> yer alan; “Devlet'in vergilendirme faaliyeti ile ilgili kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlerin, kamu maliyesi hizmetini düzenleyen yasal metinlerde öngörülen tip işlemlerle sınırlandırılması, bu alanın yönetimiyle ilgili olarak kamu idaresine tanınan yetki ve görevlerin de sınırlandırılması veya idarenin bu alandaki birtakım faaliyetinin hukuka uygunluk denetiminden kaçırılması sonucunu doğurur” , Danıştay 4. Dairesi'nin 16.06.1992 tarih, 1990/1315 E., 1992/2632 K. sayılı kararında<sup>33</sup> yer alan “...idare tarafından kamu hukuku alanında gerek kendiliğinden gerekse istem üzerine tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi kuşkusuzdur. Vergi Dairesinin idari işlemleriyle ilgili olarak vergi hukuku alanında tesis ettikleri, doğrudan uygulanabilir nitelikte, yükümlünün hukukunu doğrudan etkileyen ve onların hukuki statülerinde hak ve yükümlülüklerinde değişiklik veya yenilik yaratan irade açıklama-

malarına karşı açılan davaların görülüp çözümlenmesi görevi, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 6.maddesinin (a) bendi hükmü gereği vergi mahkemelerine aittir. Bu hükme dayanılarak idarenin tarh, tahakkuk ve tahsil dışında kalan ancak idari işlem niteliğinde olduğundan kuşku duyulamayacak işlemlerin dava ya konu edilemeyeceklerinin kabulü mümkün değildir” gibi gerekçelerle Danıştay birçok vergi işlemini dava konusu edilebilir idari işlem olarak değerlendirmektedir<sup>34</sup>. Söz konusu vergi işlemleri ile ortak olan amme alacaklarına ilişkin işlemlerin de aynı esas kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kaldı ki, YKF idari para cezası bildirim tutanaklarının, kişiler üzerinde etkili olmadığından dolayısıyla icrai olmadığından bahsetmek de pek mümkün görünmemektedir<sup>35</sup>:

Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliği'nin 10. Maddesi uyarınca, Fon'un bildirimini izleyen günden itibaren 30 gün içinde ödeme yapılmaması durumunda, 6183 sayılı Kanun uyarınca cebren takip ve tahsil işlemleri başlatılacaktır. Diğer bir ifadeyle para cezasına muhatap kişinin idari para cezası bildirim tutanağını tebellüğ etmesinden itibaren 30 günlük süre zarfında ödeme yapmaması durumunda haciz gibi işlemlere maruz kalması gündeme gelecektir.

Diğer bir yandan, Kurul kararı gereğince<sup>36</sup>, söz konusu tutanağın tebellüğünden itibaren 30 gün içinde ödeme yapan ilgilinin ödemesini vergi dairesi yerine Fon'a yapabilmesi gündeme gelecektir. Bu durumda, bu bildirim akabinde, İdare, başkaca bir işlem yapmadan, ilgili hakkında bir müeyyide (yaptırım) uygulama yetki veya imkanına sahip olacağından diğer bir ifadeyle, idari para cezası bildirim tutanağının kişiler üzerinde herhangi bir etkisi olmadığından bahsetmek mümkün olmadığından artık dava konusu edilebilir idari işlem (idari karardan) bahsetmek gerekecektir.

Kaldı ki, sadece ilgililere bir hukuki durumu

34 Detaylı bilgi ve örnekler için bkz. KAYA, s. 274 vd.

35 İhbnamelerin ve ihbarname adını taşımamakla beraber yazılı bildirimlerin dava konusu edilebileceği hakkında bkz. Danıştay 9. Dairesi'nin 14.02.1991 tarih, 1989/1025 E., 1991/439 K. sayılı kararı, www.kazanci.com

36 Bkz. önceden belirtilen, Sermaye Piyasası Kurul Karar Organı'nın, 20.1.2006 tarih ve 3/42 sayılı kararının (g) başlıklı bendi.

31 KAYA, s. 274, 275.

32 www.danistay.gov.tr

33 www.danistay.gov.tr

anlatan, açıklayan işlemlerin mevcut hukuk düzeyine herhangi bir katkıların bulunmadığı ve 'icrailik' özelliğinden yoksun oldukları kabul edilmekte ise de, bu konuda tek istisnayı 'yaptırım tehdidi taşıyan uyarıcı işlemler' oluşturmaktadır<sup>37</sup>. Zira, yaptırım tehdidi öngören işlemlerin kişiler üzerinde herhangi bir etkisi olmadığı ve hukuk aleminde bir sonuç doğurmadığını ifade etmek oldukça güçtür.

Diğer bir yandan, bildirim tutanaklarının uygulamaya yönelik birer işlem olarak düşünülmesi ve sadece Sermaye Piyasası Kurulu'nun kararının ilgililere tebliğinden farklı bir amaca hizmet etmediğini de düşünmenin doğru olmayacağı kanaatindeyim. Zira, aslında Sermaye Piyasası Kurul Karar Organı'nın, 20.1.2006 tarih ve 3/42 sayılı kararında, idari para cezası kararlarının Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından ilgililere gönderilen "İdari Para Cezası Bildirim Tutanakları" ile tebliğ edileceği, böylelikle tarafların alınan Karar'dan haberdar olacağı ifade edilmiştir<sup>38</sup>.

37 ERKUT, s. 144. Yaptırım tehdidi taşıyan uyarıcı işlemlerin iptal davasına konu olması hakkında detaylı bilgi için bkz. s. 145, 146.

38 Bkz. Karar'da yer alan,

"f) Kabahatler Kanunu ve Tahsilat Genel Tebliği ile getirilen düzenlemeler uyarınca idari para cezaları Hazineye ödeneceği, yasal ödeme süresi içinde YKF'na ödeme yapılacağı ve YKF tarafından bu tutarların Hazineye aktarılacağı dikkate alınarak, Kurul ve TSPAKB tarafından alınan idari para cezası kararlarının YKF'na derhal bildirilmesine ve YKF tarafından tebliğatin ekteki karar örneğine uygun olarak yapılmasına, g) İdari para cezası kararının yukarıda önerilen şekilde YKF tarafından tebliğ edilmesini takiben, ;" hükümleri.

## Sonuç

Sonuç olarak, Sermaye Piyasası Mevzuatı gereğince tesis edilecek idari para cezalarının takip ve tahsilinde Yatırımcıları Koruma Fonu görevli ve yetkilidir. Fon'un bu konudaki ilk görev ve yetkisi, idari para cezası kararını, muhataplarına bir bildirim tutanağıyla bildirmektir.

Söz konusu idari para cezası bildirim tutanakları, para cezası kararlarından farklı nitelikte bir işlemdir. Zira, bu işlem para cezası kararında belirtilen hususları konu almakta ise de, -seven veya ilgiliye tebliğ edilemeyen başkaca idari kararlar gereği- karardan farklı hususları konu alması mümkün olabileceği gibi yine para cezası kararından farklı olarak ödeme zamanı ve yerini göstermektedir. Bu nedenle, ilgililerin bu bildirim tutanağına karşı idare mahkemesinde dava açması gerekmektedir.

Diğer bir yandan, bildirim tutanakları sadece konu aldığı para cezalarının bildirim şekline gözükmekle, hukuk aleminde para cezası kararlarından farklı bir etki yapmamakta gibi görünmekte ise de, bildirim tutanakları, kişiler üzerinde cebren takip ve tahsil usullerinin uygulanması gibi somut etkiler doğurduğundan icrai ve kesindirler. Bu nedenle, idari para cezası bildirim tutanaklarının idari yargı organlarıncaya yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönünden hukuka uygun olup olmadıklarının incelenmesi gerekmektedir.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara, 2000.
- CANDAN, Turgut, **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun -açıklamalı-**, Ankara, 2007.
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982.
- ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2001.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, 2002.
- GÜNEŞ, Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organını' nın Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, 1965.
- KAYA, Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İşlemler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran – Aralık 2005, C. IX, S. 1 – 2, No: 1 – 2.
- MUŞUL, Timuçin, **Notlu-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, İstanbul, 2004.
- OĞURLU, Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları**, Ankara, 2001.
- ÖZAY, İl Han, **Günüşiğinde Yönetim**, İstanbul, 1996.
- ÖZAY, İl Han, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, 1985.
- YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2009.
- YILDIRIM, Turan, **İdari Yargı**, İstanbul, 2010.
- YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KARAN, Nur / ÖZDEMİR, Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukuku** içinde Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Bölümü (yazan: ÜSTÜN Gül), İstanbul, 2011.
- R.G. 21.06.2001, S. 24439.
- R.G. 16.12.2005, S. 26025.
- Yargıtay Kararları Dergisi, Ocak 1999/1.
- [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr)
- [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).
- [www.spk.gov.tr](http://www.spk.gov.tr)



## II. Dünya Savaşı Yıllarında Türkiye'de Hububat Üretimini Vergilendirilmesi

### Araştırma

#### Şefik Taylan AKMAN\*, İnci SOLAK AKMAN\*\*

\* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.  
(Res. Asst., Hacettepe University Faculty of Law, Philosophy and Sociology of Law Department)  
(E-posta: taylanakman@hacettepe.edu.tr)

\*\* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk ABD.  
(Res. Asst., Ankara University Faculty of Law, Financial Law Department)  
(E-posta: solak@law.ankara.edu.tr)

### ÖZET

II. Dünya Savaşı yıllarında Türkiye ekonomisinin temelini tarımsal üretime dayandığı söylenebilir. Osmanlı döneminde miras kalan bu ekonomik yapı Cumhuriyetin kuruluşundan sonra da varlığını sürdürmüştür. Hükümet tarafından gerçekleştirilmeye çalışılan sanayiye yönelik atılımlar istenilen düzeye ulaştırılamamış, tarımsal üretim ekonominin ağırlık noktasını oluşturmaya devam etmiştir. Dolayısıyla devlet gelirlerinin önemli bir kısmı doğrudan tarımsal üretimden sağlanan iratlara dayandırılmıştır. 1925 yılında, ülke nüfusunun önemli bir kesimini oluşturan köylü kitleleri üzerinde ağır bir baskı aracı olan Aşar vergisi kaldırılmıştır. Aşarın kaldırılmasıyla bir taraftan yoksul köylülüğün ekonomik yönden rahatlatılması diğer taraftan halk nezdinde "ancien régime" in tasfiyesine duyulan tepkinin azaltılarak Cumhuriyet'e olan bağlılığın kuvvetlendirilmesi amaçlanmıştır. Ekonomik üretimin tarım dışı sektörlerle genişletilememesinin yanı sıra devlet gelirleri içerisinde önemli bir kalem olan aşar vergisinin ilga edilmesi tahsil edilen vergilerin kayda değer bir ölçüde azalmasına yol açmıştır. Bu dönemde, gelir gider dengesini sağlamak amacıyla birtakım yeni vergiler ihdas edilmiş ve ayrıca bazı vergilerin oranları arttırılmıştır. Ancak II. Dünya savaşının başlamasını müteakip ekonomik yapı tedricen bozulmuş, sayısı bir milyonu bulan ordunun ve büyük şehirlerin işesinin sağlanmasında ciddi güçlükler baş göstermiştir. Bu süreçte önce Millî Korunma Kanunu'na dayanılarak bir dizi mali yükümlülük konulmuştur. Daha sonra 1943 yılında Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu yürürlüğe girmiş ve tarımsal üretimin ayrıntı olarak vergilendirilmesi uygulamasına başvurulmuştur. Bu husus halk arasında aşarın geri getirilmesi olarak da yorumlanmıştır.

Çalışmada II. Dünya Savaşı yıllarıyla sınırlı olmak üzere tarımsal üretime ilişkin vergi ve benzeri mali yükümlülükler ele alınacaktır. Bu mali yükümlülük ve düzenlemelerin, ağırlıklı olarak hukuksal ve siyasal nitelikleri üzerinde durulacak, ayrıca toplumsal etkileri itibarıyla ne gibi sosyolojik sonuçlara yol açtıkları da değerlendirilmeye çalışılacaktır.

#### Anahtar Kelimeler

Toprak Mahsulleri Vergisi, Millî Korunma Kanunu, %25 Kararı, II. Dünya Savaşı, Türkiye ekonomisi, tarımsal üretim

## ABSTRACT

## TAXATION OF GRAIN PRODUCTION IN TURKEY DURING THE WORLD WAR II

Before and during the World War II era Turkey's economy was based on agricultural production. The economic structure of the new Republic was inherited from the Ottoman period. Although there were industrial reform initiatives by the government, they failed to reach intended levels on time, and therefore, agricultural production continued to be the core of the economy. Consequently, a significant portion of the government's tax revenue was based on agricultural production yields. In 1925, Ashar (tithe), a tax levied directly to agricultural output by taking a portion of produce, was abolished. Ashar was a heavy burden on the peasant masses, who constituted the significant segment of the population; and with the abolishment of Ashar the government did not only aim to provide an economic relief for poor peasantry, but also aimed to ease the reaction to the liquidation of the ancient regime, and to reinforce public support for the newly founded Republic. The revocation of Ashar however, together with the government's failure to develop non-agricultural sectors of economy, caused a considerable decrease in tax revenues. In order to re-establish a balance of government's revenues and public expenditures several new taxes were introduced and rates of some existing taxes were increased. Despite these efforts the economic structure gradually degraded with the outbreak of the World War II; sustaining the major cities and the army of a million people became increasingly difficult. Hence, the government introduced a range of new financial duties under the National Protection Act (Millî Korunma Kanunu). Subsequently, in 1943, the Agricultural Produce Tax Act (Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu) was enacted, which was widely interpreted as the return of Ashar.

This article examines the taxes and quasi-financial obligations on agricultural production during the World War II period. It focuses on the legal and political qualifications and sociological consequences of the regulations and the financial obligations.

**Keywords**

Agricultural Produce Tax, National Protection Act, Decision of 25%, World War II, Turkey's economy, agricultural production

**I. Giriş**

Bu çalışmanın amacı, II. Dünya Savaşı yıllarında Türkiye ekonomisinin temelini oluşturan zirai faaliyetlerden, hububat üretimi ile ilgili vergilendirme rejiminin ve bu bağlamda teknik anlamda bir vergi olarak nitelendirilemeyen ancak çiftçiler için mali yükümlülük/külfetler öngören Millî Korunma Kanunu ve bu Kanun'a dayalı çeşitli düzenlemelerin (1939 - 1946 yılları ile sınırlı kalınarak) irdelenmesidir.

II. Dünya Savaşı'nın başlamasının ardından, Türkiye'de bir yandan sayısı bir milyonu geçen ordunun, diğer yandan da büyük şehirlerin işesinin sağlanabilmesi için tarım sektörüne ilişkin bir dizi sıkı önlem alınmıştır. Alınan bu önlemlerin tarım sektörüyle sınırlı kalmadığına, toplumun hemen her kesimi üzerinde çeşitli mali sonuçlar doğurduğuna da işaret etmek gerekir. Örneğin 11.11.1942 tarih ve 4305 sayılı Varlık Vergisi Hakkında Kanun<sup>1</sup> Türkiye'de yaşayan azınlıkların gerek yürüt-

tükleri ekonomik faaliyetler gerek siyasal ve toplumsal yaşamları açısından yıkıcı sonuçlar doğuracak bir biçimde uygulanmıştır<sup>2</sup>. Akar'a göre söz

*alınmak ve bir defaya mahsus olmak üzere (Varlık Vergisi) adıyla bir mükellefiyet tesis edilmiştir" (Resmi Gazete, YT: 12.11.1942, S: 5225). Gerek bu maddede gerek Kanun'un diğer maddelerinde öngörülen düzenlemelerde etnik ve dini ayrımcılığa ilişkin herhangi bir hususa rastlanmaz. Bununla birlikte verginin uygulanmasına ilişkin süreçler hukuki düzenlemelerin aksine ayrımcılık üzerine inşa edilmiştir. Akar'ın da belirttiği üzere "kanun metni "hukukun" doktrinel ve evrensel ilkeleri açısından tartışmalı olsa da etnik bir ayrımcılığı içermiyordu. Bu ayrımcılık uygulama aşamasında ortaya çıkmıştır (AKAR, Rıdvan, **Aşkale Yolcuları Varlık Vergisi ve Çalışma Kampları**, Doğan Kitap, İstanbul, 2009, s. 65).*

2 Varlık vergisi uygulaması ile asıl amaçlananın bu vergiyle ekonomik girdi sağlanmasından ziyade azınlıkların Türkiye ekonomisi üzerinde sahip oldukları etkinliğin ortadan kaldırılması; en azından azaltılması olduğu farklı yazarlar tarafından dile getirilmektedir. Çetinoğlu'na göre varlık vergisi, ekonomik maliyetin bir kenara bırakıldığı, etnik kökeni farklı olan burjuvazi ile diğer katmanların tümünün biçilmesine yönelik siyasal bir karardır. Varlık vergisi uygulamasıyla ekonomi düzelmemiş, tersine karaborsacılığın artmasıyla daha da kötüleşmiştir (ÇETİNOĞLU, Ali Sait, **Ekonomik ve Kültürel Jenosit: Varlık Vergisi 1942 - 1944**, Belge Yayınları, İstanbul, 2009, s. 490). Akar'a göre verginin görünürdeki amacı savaş koşullarında kaynak sağlamak, vurgunculuğu önlemek, fi-

1 Kanun'un konusunu düzenleyen 1'inci maddeye göre "Servet ve kazanç sahiplerinin servetleri ve fevkalâde kazançları üzerinden

konusu vergi Türkiye maliye tarihinin en tartışmalı ve radikal uygulamalarından biri olup, ekonomik açmazlarının yanı sıra içerdiği politik tercihler açısından da bir dönüm noktasıdır. Kamuoyuna, ekonomik krizin yegâne çaresiymiş gibi yansıtılan bu vergi, siyasi açıdan devletin uyguladığı ayrımcılığın somut bir göstergesi olarak hafızalara kazınmıştır<sup>3</sup>. Nitekim varlık vergisinden beklenen ekonomik neticelere ulaşılamaması<sup>4</sup>, toprak mahsul-leri üzerinden yeni bir verginin alınması sonucunu doğurmuştur. Boratav'ın varlık vergisinin tarım kesimindeki paraleli olarak gördüğü toprak mahsulleri vergisine<sup>5</sup> ilişkin Kanun, savaş döneminde çıkarılan Millî Korunma Kanunu ve Varlık Vergisi Hakkında Kanun'dan sonraki üçüncü büyük mali düzenlemedir.

## II. Millî Korunma Kanunu ve Bu Kanun'a Dayanan Düzenlemeler

Altı bölüm, yetmiş iki maddeden oluşan ve yürürlüğe girdikten sonra çok sayıda değişikliğe uğrayan 18.01.1940 tarihli, 3780 sayılı Millî Korunma

vatların düşmesini sağlamak gibi nedenler; asıl amacı ise "ticareti Türklere vermek", yani azınlıkların ekonomi içindeki gücünü azaltmaktır (AKAR, 2009, s. 111). Aktar'a göre ise "varlık vergisi uygulaması, esas olarak, kanunun hazırlanışı; TBMM'de kabulü; o dönemin yayın organlarında desteklenmesi; kimin ne kadar vergi ödeyeceğini tespit eden komisyonların çalışma biçimleri; vergi mükelleflerinin isimlerinin ve vergi miktarının ilân edilmesi; en fazla bir ay ile sınırlanmış ödeme süresi; bu süre içinde vergi borcunu ödemeyenlerin mallarının haczedilerek icra yolu ile satışı ve bütün bunlara rağmen vergi borcunu ödemeyen mükelleflere borçlarını; "bedenen çalıştırarak ödetmek" amacıyla çalışma kamplarına gönderilmeleri gibi alt süreçleri içerir. Bu aşamalar bir bütünlük içinde alındığında, Varlık Vergisi Kanunu Tek Parti Dönemi'nde birçok kez karşımıza çıkan "azınlık karşıtı" politikalara örnek olarak gösterilebilir" (AKTAR, Ayhan, **Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006, s. 135 - 136). Okuyan'a göre de "her ne kadar, bu kanun ve uygulamaların birinci hedefi olarak azınlıklar gösterilmemişse de, aslında temel amaç Türk ulusu tanım-laması içine dahil edilmeyen bu unsurların "Türkleştirilmeleri"dir. Osmanlı İmparatorluğu'nun son döneminden itibaren başlatılan Türkleştirme sürecinde, Tek Parti Dönemi açısından son halka Varlık Vergisi olmuştur" (OKUYAN, M. Çağatay, **Tek Parti Döneminde Azınlık Politikaları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 270).

3 AKAR, 2009, s. 52.

4 Varlık vergisinin uygulama sonuçları müslüman, gayrimüslim ve ecnebi ayrımı yapılmaksızın şu şekildedir: Mükellef sayısı 114.368; tahakkuk eden vergi miktarı 465.384.820 lira; tahsil edilen vergi miktarı 314.920.940 liradır. Buna göre tahsil oranı tahakkuk eden vergi miktarının yaklaşık %67,7'sine tekabül etmektedir (ÖKTE, Faik, **Varlık Vergisi Faciası**, Nebioğlu Yayınevi, İstanbul, Birinci Bası, s. 197).

5 BORATAV, Korkut, **Türkiye'de Devletçilik**, Savaş Yayınları, Ankara, 1982, s. 225.

Kanunu<sup>6</sup> II. Dünya Savaşı süresince ekonomik sistemden sosyal yaşama, siyasal kararlardan idari uygulamalara kadar birçok alanı etkilemiştir. Bilindiği üzere, savaş yıllarından önce Refik Saydam, onun ölümünün ardından Şükrü Saraçoğlu hükümetlerinde ekonomiye yönelik devlet müdahaleleri yoğunudur<sup>7</sup>. Devletçilik yanlısı uygulamalarıyla öne çıkan Refik Saydam hükümetinin ekonomi politikası, bir taraftan mevcut bütçe imkânlarıyla ordunun ve büyük şehirlerde yaşayan insanların iâşesini karşılamayı, diğer taraftan ticareti devlet denetimine almayı ve sıkı, polisiye bir fiyat sınırlamasını öngörmekteydi<sup>8</sup>. Bu doğrultuda, devleti ekonomiye bütünüyle hâkim kılma amacını gerçekleştirmek için Millî Korunma Kanunu kabul edilmiştir<sup>9</sup>. Saraçoğlu hükümeti ise -polisiye tedbirleri büyük oranda korumakla birlikte- daha liberal bir politika izleyerek, iç ve dış piyasalarda savaş kıtlıklarından doğan talep artışlarının gerek çiftçi gerek sanayici üzerinde yaratacağı üretimi teşvik edici etkiden yararlanmak istemiştir. Ancak üretimi teşvik edici bu politika enflasyonist süreci de beraberinde getirmiştir<sup>10</sup>.

6 **Resmi Gazete**, 26.01.1940, S. 4417.

7 AKAR, 2009, s. 33.

8 BORATAV, 1982, s. 221. Aydemir, savaş ekonomisi tetkikleri başlarken Türkiye'nin Almanya'da uygulanan fiyat stopajı (fiyatlar daha yukarı gitmeyecek -fiyatlara tavan- ve ücretler daha aşağı inmeyecek -ücretlere taban-) genel prensibini tercih ederek para hacmini ve fiyatını korumaya yöneldiğini fakat hükümetin seçtiği bu iktisat politikasının iç üretimin artmaması sonucunu doğurduğunu belirtmektedir (AYDEMİR, Şevket Süreyya, **Suyu Arayan Adam**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 462).

9 AKAR, 2009, s. 34, ayrıca bkz. BORATAV, Korkut, **Türkiye İktisat Tarihi 1908 - 2002**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003, s. 83 - 84, TEZEL, Yahya Sezai, **Cumhuriyet Döneminin İktisadi Tarihi (1923 - 1950)**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2002, s. 259 - 260. Avcıoğlu, bu dönemin temel dayanağı olarak gördüğü Millî Korunma Kanunu'na ile koyu bir devletçiliğe yönelindiğine hükmedebileceğini, ancak Kanun'un özel teşebbüs korumaya ve kayırmaya ilişkin hükümler de ihtiva ettiğini belirtmektedir (AVCI-OĞLU, Doğan, **Türkiye'nin Düzeni (Dün - Bugün - Yarın)**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 1982, s. 464 - 465).

10 BORATAV, 1982, s. 221. Aydemir'e göre ise bu usul, ancak ülke piyasasını savaşın her iki tarafa da açık dış ve iç talebi en yüksek düzeye kadar çıkartarak üreticiyi mümkün olduğunca üretime ve çalışmaya sevk etmek suretiyle gerçekleştirilebilirdi. Bu sayede içeride yükselen fiyatlara rağmen zirai üretim arttırılabilir, üretim fazlası ihraç edilerek duruma göre tüketim ve hatta üretim maddeleri tedarik edilebilirdi. Bu takdirde para hacmi artacak ve enflasyon oluşacaktı. Fakat aynı zamanda köylünün elinde bir sermaye birikmesi vücut bulacak, ücretler ise artan fiyatlara göre ayarlanacaktı. Bu suretle zirai faaliyet ile ekim alanları yoğunlaşarak üretim artacak; genel olarak iş ve küçük sanayi sahasında genişlemeler olacaktı (AYDEMİR, 2004, s. 462). Saydam hükümeti

Millî Korunma Kanunu 1940 - 1945 döneminin iktisadi nitelik taşıyan en önemli kanunudur. Zira bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan diğer düzenlemeler savaş yılları iktisat ve maliye politikalarının temelini oluşturmuştur. Söz konusu Kanun ile Bakanlar Kurulu'na ekonominin bütünü düzenleme imkânı tanıyan oldukça geniş yetki ve görevler verilmekte olup, bu yetkilerin kararname ile yaşama geçirilmesi mümkün kılınmaktaydı<sup>11</sup>. Bu yönleriyle ülkenin savaş ekonomisinin yasal çerçevesini çizdiği belirtilen<sup>12</sup> Millî Korunma Kanunu'nun uygulamasının da "bir planlama deneyi"<sup>13</sup> olarak ele alınması gerektiği söylenebilir.

Millî Korunma Kanunu'nun gerekçesi incelendiğinde, amacın II. Dünya Savaşı'nın etkilerinin önlenmesi ile iktisadi bakımdan korunma ve savunmayla ilgili tedbirlerin alınması olduğu görülmektedir. Yine gerekçede hükümetin, olağanüstü zamanların icap ettirdiği fedakârlıkları -vatandaşların sahip oldukları hak ve menfaatleri imkânı müsaadesi nispetinde korumaya çalışarak- halka yüklemek mecburiyetinde kaldığı hususu yer almaktadır<sup>14</sup>. Dolayısıyla Kanun'un toplumun farklı

sırasında devletin düzenleyici rolüne işaret eden Tekeli / İlk, Saraçoğlu hükümeti dönemini ise ikiye ayırarak ele almaktadır. Yazarlar, 1942 - 1943 yıllarındaki I. Saraçoğlu hükümetinde bir ölçüde piyasa güçlerinin düzenleyiciliğinin ön plana geçtiğini ancak, 1943 - 1946 yıllarını kapsayan II. Saraçoğlu hükümetinde devletin düzenleyiciliğine yeniden önem verildiğini ifade etmektedir (TEKELİ, İlhan / İLKİN, Selim, **Cumhuriyetin Harcı - İkinci Kitap - Kökten Modernitenin Ekonomik Politikasının Gelişimi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 412).

11 BORATAV, 1982, s. 245 - 246.

12 TEKELİ / İLKİN, 2004, s. 424 - 425.

13 *Ibid.*, s. 363.

14 Millî korunma kanunu lâyihası ve Muvakkat encümen mazbatasını (1/301), **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VI, C. 8, İ. 27, 18.1.1940 günlü birinci celseye ek 64 sayılı basmayazı, s. 1 - 2. Okandan'a göre Millî Korunma Kanunu'yla "Türk Milleti ve onun başında bulunanlar, icabında memleketimizin umumî ve hayatî menfaatlarını büyük bir kıskançlıkla koruyacak yeni bir silâha kavuşmuş oluyorlardı. Hâdisatin seyri ne göre memleketimizin umumî menfaatlarının icablarını mükemmel bir tarzda tesbit eden bu kanunla, hükümetimiz, uzak veya yakın bir harbin icabedeceği bütün tedbirleri sür'atle ittihaz edebilmek, veyahut yabancı memleketler arasında zuhur eden harbin memleketimizdeki etkilerini büyük bir isabetle önleyebilmek imkânını elde etmiş bulunuyordu. Siyasî tekâmül ve olgunluğumuzun yüksek bir ifadesi olarak tesbit edilen bu hukukî düsturla, fevkalâde hallerde memleketimizin her türlü ihtiyaçlarını tatmin ve onu bilimum cephelerden takviye maksadıyla, Hükümetimize birçok vazife ve salâhiyetler verilmiş; icra organlarımızın, icabında girişecekleri faaliyetlerde muvafakiyetlerini temin edebilmek için yeni bir takım imkân ve vasıtalar temin ve tevdi olunmuştur" (OKANDAN, Recâî, "Millî Korunma Kanunu-muzun Kıymet ve Ehemmiyeti", **C.H.P. Konferanslar Serisi - Kitap: 15**, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara, 1940, s. 5).

kesimlerine yönelik bir kısım mali yükümlülük/külfetler getirmek suretiyle muhtelif ekonomik tedbirlere başvurmayı öngördüğü belirtilebilir.

Tarım sektörüne yönelik mükellefiyetler 3780 sayılı Millî Korunma Kanunu'nda düzenlenmiştir<sup>15</sup>. Kanun'un 37'nci maddesinde ziraatte çalıştırılabilir her vatandaşa uygun bir ücret karşılığında çalışma mükellefiyeti getirilebilmesi<sup>16</sup>, 38'inci maddesinde nerelerde hangi ürünlerin yetiştirilebileceği, 39'uncu maddesinde üzerinde zirai faaliyette bulunulmayan beş yüz hektardan fazla arazinin bir bedel karşılığında işletilebilmesi ve 41'inci maddesinde ekilen her dört hektar arazi için bir çift öküz müstesna kalmak şartıyla çiftçilerin elindeki diğer hayvanlara Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nu hükümleri doğrultusunda<sup>17</sup> el konulabilmesi hususlarında hükümete yetki verilmiştir<sup>18</sup>. Bu düzenlemelerde çiftçiler üzerindeki yükümlülükler eşit dağıtılmamış, mecburiyetlerdeki ağırlık

15 Bununla birlikte 7.6.1939 kabul tarihli 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında "orduya lâzım olan yiyecek, içecek ve giyecek maddeleri, hayvanlara lazım olan hububat, ot ve saman" a millî müdafaa mükellefiyetleri konabileceği hükmüne bağlanmıştır (bkz. **Resmî Gazete**, 16.06.1939, S. 4234).

16 Kanun'un 37'inci maddesi şöyledir: "Hükümet; ziraatta çalışabilir her vatandaşı, kendi ziraat işi yüzüstü kalmamak şartıyla ikametgâhının en çok 15 kilometre mesafesinde bulunan gerek Devlete ve gerek şahıslara aid ziraat işletmelerinde tahakkuk eden ihtiyaca göre münasib ücretle çalıştırabilir ve bu mîntakada eşhasa aid olup ta sahibine kat'î lüzumu olmayan her nevi ziraat vasıtalarından münasib bir kira mukabilinde istifade edebilir. Kadınlar ancak kendi köy, kasaba ve şehir sınırları içinde çalıştırılır".

17 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun 22'nci maddesine göre binek, yük veya koşum hayvanı olarak at (aygır, iğdiş), kısrak, katır, eşek, deve, manda, öküz ve bunların çektiği her nevi araba, kızak millî müdafaa mükellefiyetleri kapsamında olup aynı Kanun'un 29'uncu maddesi hükmüne göre de ordu nakil vasıtası olarak alınabilir.

18 Kanun'un 41'inci maddesinin, meclis görüşmeleri sırasında birçok tartışmaya yol açtığını belirtmek gerekir. Bilhassa ekilen her dört hektar arazi için bir çift öküzün millî müdafaa mükellefiyetlerinden istisna edileceğinin hükmüne bağlanması dört hektardan az toprak işleyen çiftçilerin ellerindeki öküzleri de millî müdafaa mükellefiyetleri doğrultusunda vermeleri sonucunu doğurmaktaydı. Bu da küçük çiftçilerin hayvansız kalmasına ve büyük güçlüklerle karşılaşmalarına neden olacaktı. Tartışmaların bilhassa bu noktada düğümlendiği ancak Kanun'un yine de hükümetin istediği doğrultuda ve küçük çiftçileri zor duruma düşüren bir biçimde yasalaştığını belirtmek gerekir (Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VI, C. 8, İ. 27, 18.1.1940, Ankara, TBMM Matbaası, s. 151 - 154). Söz konusu hükmün küçük çiftçi karşısında orta ve büyük çiftçileri koruyucu bir anlam taşıdığı da söylenebilir (bkz. AVCIOĞLU, 1982, s. 488 - 489).

az topraklı, küçük çiftçinin üzerinde toplanmıştır<sup>19</sup>. Hububat ekimine ilişkin mükellefiyetin öngörüldüğü 40'ıncı maddeye göre "*hükümet, ziraate elverişli sekiz hektar ve daha ziyade arazi sahibi olan her şahsı bu arazinin yarısına kadar hububat ekmeğe veya ektirmeğe mecbur tutabil[mektedir]*". Bu durumun bilhassa hububat dışında ürün yetiştiren çiftçiler bakımından önemli bir kısıtlama hali olduğunu belirtmek gerekir.

Millî Korunma Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından özellikle hububat ürünlerinin Toprak Mahsulleri Ofisi'nce nasıl alınacağına ilişkin yeni düzenlemelerin de yapılmaya başlandığı dikkat çekmektedir<sup>20</sup>. Örneğin bu yıllarda ellerinde belli bazı hububat ürünlerini bulunduran -zahire ticaretiyle uğraşmayan üreticiler hariç- tüm gerçek ve tüzel kişilerin bu ürünlere bedeli karşılığında hükümetçe el konulması kararı alınmıştır<sup>21</sup>. Bu karar doğrultusunda, Toprak Mahsulleri Ofisi kendi belirlediği bedeller üzerinden buğday ve çavdar ürünlerine el koymuştur<sup>22</sup>. Yine aynı dönemde

19 PAMUK, Şevket, **Seçme Eserleri II - Osmanlıdan Cumhuriyete Küreselleşme, İktisat Politikaları ve Büyüme**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 191.

20 3780 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca "*bu kanun hükümlerinin tatbikına müteallik işleri görmek üzere Başvekâlete bağlı bir büro tesis edilir*". Bu maddeye dayanılarak kurulan Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin Millî Korunma Kanunu'nun uygulanmasında ve iktisat politikalarının belirlenmesinde doğrudan doğruya karar alma ve uygulama görevini yerine getirdiği, hükümetin iktisadi konularda savaş konjonktürüne göre müdahale ve düzenlemeleri bu kurum aracılığıyla gerçekleştirdiği görülmektedir (ŞENER, Sefer, "İkinci Dünya Savaşı Yıllarında Türkiye'de Tarım Politikası Arayışları", **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2004 / 1, S. 7, s. 77).

21 Söz konusu Karar'da "fiat" kavramına yer verilmiş olmakla birlikte, bu çalışmada devletin el koyma yetkisine dayanarak satın aldığı ürünler için -söz konusu kavramı piyasa fiyatından ayırmak amacıyla- "bedel" kavramı kullanılacaktır.

22 05.12.1940 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 28.11.1940 tarihli 2/14713 numaralı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin 28.11.1940 tarih ve 1/519 sayılı Tezkeresi'yle teklif edilen 76 numaralı Karar'ı yürürlük kazanmıştır. 76 numaralı Karar'ın 1'inci maddesine göre Millî Korunma Kanunu'nun 31'inci maddesinin 2'inci fıkrası hükümlerine müsteniden, zahire ticaretiyle uğraşmayan üreticilerden, 500 kilodan fazla buğday ve çavdarı olmayan bütün şahıslardan, genel bütçeye dâhil dairelerle, mülhak ve özel bütçe ile idare olunan dairelerden, il özel idarelerinden, belediyelerden ve Toprak Mahsulleri Ofisi'nden başka tüm gerçek ve tüzel kişiler, bu Karar'ın yayın tarihinden itibaren dört gün içinde birer beyanname ile ellerinde bulunan buğday ve çavdarın miktarını, türünü ve niteliğini bildirmeye mecbur tutulmuşlardır. Aynı Karar'ın 5'inci maddesinde ise Millî Korunma Kanunu'nun 14'üncü maddesi hükmüne binaen zahire ticaretiyle uğraşmayan üreticiler ile 1'inci madde uyarınca muaf tutulanlardan başka tüm gerçek ve tüzel kişilerin ellerinde bulunan çavdar

hükümet hububat ürünlerinin fiyatlarını belirleme konusunda sıkı düzenlemeler yapmıştır. Bakanlar Kurulu 28.11.1940 tarih ve 2/14714 sayılı Kararnamesi ile tüccar vasfına haiz olan veya olmayan tüm gerçek ve tüzel kişilerin yüz kilodan fazla buğday, arpa, çavdar ve yulaf satışlarında mahallerine ve nevelerine göre azami satış fiyatlarını belirlemiştir<sup>23</sup>.

3780 sayılı Millî Korunma Kanunu'na yönelik tadiller yine bu süreçte gerçekleştirilmiştir. 25.12.1940 tarih ve 3954 sayılı Millî Korunma Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun<sup>24</sup> ile 3780 sayılı Kanun'un birçok hükmünde değişikliğe gidilmiştir<sup>25</sup>. Örneğin 18'inci maddenin uygulama alanı genişletilerek un fabrikası ve değirmenleri de hükmün kapsamına alınmıştır. Böylece daha önce sadece hükümetin tedbirlerini uygulamayan ve istenilen derecede üretimde bulunmayan sanayi ve maden işletmeleriyle sınırlı olan el koyma yetkisi, un fabrikaları ve değirmenlerini de içine alacak biçimde genişletilmiştir<sup>26</sup>. 3954 sayılı Kanun'la yapılan diğer değişikliklere bakıldığında da hükümetin sahip olduğu yetkilerin arttırılması yönünde bir eğilimin hâkim olduğu görülmektedir.

II. Dünya Savaşı'ndaki gelişmeler doğrultusunda Toprak Mahsulleri Ofisi'ne Bakanlar Kurulu'nun 30.01.1941 tarih ve 2/15114 sayılı Kararnamesi ile

ve buğdayların değer bedelleri peşinen ödenerek alınmak üzere hükümetçe el konulduğu hükmüne bağlanmaktadır (**Resmi Gazete**, 05.12.1940, S. 4678). Bu Kararname'deki hükümler daha sonra çıkarılan 24.12.1940 tarih ve 2/14916 sayılı ve 02.01.1941 tarih ve 2/14986 sayılı kararnameler ile getirilen düzenlemeler doğrultusunda genişletilmiştir (bkz. **Resmi Gazete**, 27.12.1940, S. 4697 ve **Resmi Gazete**, 06.01.1941, S. 4704).

23 Söz konusu Kararname ile Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin 28.11.1940 tarih ve 1/520 sayılı Tezkeresi'yle teklif edilen 77 numaralı Karar yürürlük kazanmıştır (**Resmi Gazete**, 05.12.1940, S. 4678).

24 **Resmi Gazete**, 28.12.1940, S. 4698.

25 3954 sayılı Kanun ile yapılan tadilden sonra II. Dünya savaşı yılları boyunca başka değişiklikler de gerçekleştirilmiştir. Buna göre Millî Korunma Kanun'da üçüncü değişiklik 19.12.1941 tarih ve 4156 sayılı Kanun'la (**Resmi Gazete**, 23.12.1941, S. 4991); dördüncü değişiklik 30.01.1942 tarih ve 4180 sayılı Kanun'la (**Resmi Gazete**, 03.02.1942, S. 5023) ve beşinci değişiklik 03.08.1944 tarih ve 4648 sayılı Kanun'la (**Resmi Gazete**, 11.08.1944, S. 5780) gerçekleştirilmiştir.

26 3780 sayılı Kanun'un ilk halinde 18'inci madde şu şekilde düzenlenmişti: "*Hükümet, tebliğ ettiği tedbirleri tatbik etmeyen ve istenilen derecede istihsalde bulunmamakta taallül gösteren sanayi ve maadin müesseselerine el koyarak kendisi işletebilir. Bu işletmenin devamı müddetince müessese sahiblerine münasib tazminat verilir*".

un stokları meydana getirme ve bunları olağanüstü hallerin gerektirdiği şekil ve yerlerde muhafaza ve idare etme yetkisi verilmiştir<sup>27</sup>. Hemen ardından 2/14713 numaralı Kararname'nin hükûmete tanıdığı hububat ürünlerine el koyma yetkisini genişleten yeni bir düzenleme yürürlük kazanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 12.02.1941 tarih ve 2/15164 sayılı Kararnamesi<sup>28</sup> ile üreticilerin elinde bulunan ve tohumlukla yemeklik ihtiyaçlarından fazla olan hububatın el koyma hükümlerine tabi tutulmasına karar verilmiştir<sup>29</sup>. Bu durum üreticiler açısından her ne kadar el koyma bedel karşılığında yapıyor olsa dahi ciddi bir ek mali yükümlülük/külfeti de beraberinde getirmiştir. Keza ilk düzenlemede buğday ve çavdar ürünleri ile sınırlı olan el koyma yetkisi yeni düzenlemeyle arpa ve yulafı<sup>30</sup>, daha sonra getirilen 28.05.1941 tarih ve 2/15888 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle mısır ve mahlûtu da içine alacak biçimde genişletilmiştir<sup>31</sup>. Bu ve buna benzer düzenlemelerin giderek çoğaldığı, özellikle hububat ürünlerinin fiyatlandırılmasından bu ürünlere nasıl el konulacağına, zahire ticaretini düzenlemeye dönük kararlardan deşirmenlerin nasıl işletileceğine kadar uzanan bir alanda ayrıntılı kurallar getirildiği görülmektedir<sup>32</sup>.

27 İlgili Kararname Ticaret Bakanlığı'nın 23.01.1941 tarih ve 6/505 sayılı Tezkeresi'yle yapılan teklife dayanmaktadır (**Resmi Gazete**, 14.02.1941, S. 4734).

28 İlgili Kararname Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin 08.02.1941 tarih ve 1/786 sayılı Tezkeresi'yle teklif edilen 107 numaralı Kararı'na dayanmaktadır (**Resmi Gazete**, 14.02.1941, S. 4734).

29 Oysa 2/14713 numaralı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nde zahire ticaretiyle uğraşmayan üreticilerin ellerindeki ürünlere el konulması men edilmiş, ayrıca 500 kilodan fazla buğday ve çavdarı olmayan bütün şahıslar da el koyma hükümlerinden muaf tutulmuştur. Oysa yeni düzenlemeyle üreticinin yiyeceği ve tohumluğunun dışındaki tüm buğdayına el konulabilmesi mümkün hale gelmiştir.

30 Benzer bir düzenlemenin Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin 10.02.1941 tarih ve 1/737 sayılı Tezkeresi'yle teklif edilen 108 numaralı Karar'a yürürlük kazandıran 14.02.1941 tarih ve 2/15172 numaralı Bakanlar Kurulu Kararı'nda yer aldığı görülmektedir. İlgili düzenlemeye göre 2/14713, 2/14916 ve 2/14986 sayılı kararnamelerle yürürlüğe konulmuş olan 76, 89 ve 91 numaralı Karar hükümlerinin bir defa daha tatbik mevkiine konulması ve bunun bazı yerlerde arpa ve yulafı da içerek biçimde genişletilmesi kabul edilmiştir (**Resmi Gazete**, 18.02.1941, S. 4737).

31 **Resmi Gazete**, 04.06.1941, S. 4825.

32 Bu düzenlemelerin konumuz açısından önem arz eden bazıları şunlardır. 1) Bazı vilayetlerin tamamının veya bir kısım kazalarının idari sınırları dâhilinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin elinde bulunan buğday, çavdar, arpa, yulaf, mahlût ve mısırlara 2/15888 sayılı Kararname'yle belirlenen bedel ve şartlarla el konulmasını düzenleyen 09.06.1941 tarih ve 2/15955 sayılı Bakanlar

Bu dönemdeki hükûmet tasarrufları arasında yer alan en ilginç düzenlemelerden biri buğday unundan ekmeğ, francala, makarna, şehriye, peksimet, bisküvi ve simitten başka mamullerin yapılmasını, satılmasını ve tüketilmesini yasaklayan 24.11.1941 tarih ve 2/16894 sayılı Kararname ile yürürlük kazanan 223 numaralı Karar'dır<sup>33</sup>. Karar'ın 2'nci maddesine göre yapılmaları, satılmaları ve tüketilmeleri yasaklanmış olan pasta, kek, sandviç ekmeği, poğaçı, yufka, çörek, börek, tatlı ve emsali unlu mamulleri imal eden kimseler ve müesseseler Karar'ın yayın tarihinden itibaren üç gün içinde ellerinde bulunan mevcut un miktar ve vasıflarını bildirmeye mecbur tutulmuş; 4'üncü maddesinde ise bu unlara değer bedelleri peşinen ödenmek suretiyle hükûmetçe el konulacağı karara bağlanmıştır. Bu düzenlemeyi takiben ekmeğ ve ekmeğlik hububat satışlarını kısıtlayan ve ekmeğin dağıtımını kart usulüne bağlayan bir

Kurulu Kararnamesi'yle yürürlük kazanan Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin 28.05.1941 tarih ve 1/1220 sayılı Tezkeresi'yle teklif olunan 157 numaralı kararı (bkz. **Resmi Gazete**, 18.06.1941, S. 4837). 2) 2/15955 sayılı Karar'ın uygulanacağı yerleri genişleten ve diğer bazı illere de teşmilini öngören 07.08.1941 tarih ve 2/16359 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle yürürlük kazanan Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin 04.08.1941 tarih ve 1/1515 sayılı Tezkeresi'yle teklif olunan 180 numaralı Kararı (bkz. **Resmi Gazete**, 14.08.1941, S. 4886). 3) O dönemdeki hububat piyasasının düzenlenmesi ve Toprak Mahsulleri Ofisi'nce tam bir denetim altına alınması amaçlayan 157 sayılı Kararname'nin ilgili hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak Ticaret Bakanlığı'nca çıkarılan "Deşirmenlere verilecek mubayaa salâhiyetlerine mütedair Talimatname" ve "157 sayılı Koordinasyon Heyeti kararının sekizinci maddesine tevfi kan toprak mahsulleri ofisi namına mahsul alımına tavsis edilebilecek mütevasıt - mübayaacılar hakkında talimatname" (bkz. **Resmi Gazete**, 18.08.1941, S. 4889). 4) Ülke dâhilinde gerek 1941 yılı mahsulünden olup henüz el konulmamış bulunan gerek 1942 yılı içerisinde üretilmiş olup üreticinin ekmeğlik, yemeklik, tohumluk ve yemlik ihtiyacından başka bütün buğday, çavdar, mahlût, mısır, her nevi darı, kaplıca, yulaf ve arpa mahsulüne hükûmetçe el konulmasını düzenleyen 09.05.1942 tarih ve 2/17875 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlük kazanan Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin 24.04.1942 tarihli ve 1/612 sayılı Tezkeresi'yle teklif olunan K/324 numaralı Kararı (bkz. **Resmi Gazete**, 15.05.1942, S. 5107).

33 İlgili kararname Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin 14.11.1941 tarih ve 1/1902 sayılı Tezkeresi'yle teklif edilen 223 sayılı Karar'a dayanmaktadır (**Resmi Gazete**, 27.11.1941, S. 4969). Karar'ın 1'inci maddesine göre "Millî Korunma Kanununun muaddel 21'inci maddesine dayanılarak, buğday unundan ekmeğ, francala, makarna, şehriye, peksimet, bisküit ve simitten gayrı maddelerin yapılması, satılması ve istihlâki menolunmuştur. Lokanta, mutbak ve evlerde yemek olarak yapılacak hamur işleri bu hükümden istisna edilmiştir. Ticaret Vekâleti bu ihtiyaçlar için mevcuda göre un tevzi ettirebilir ve francala imalâtı ve bunların yalnız hastalara verilmesi hususunda icabeden tedbirleri alır".

karar<sup>34</sup> alınmıştır. 247 numaralı bu Karar ile bir taraftan ekme ve ekmeclik hububat tüketimi belirlenen esaslar dâhilinde sınırlandırılırken<sup>35</sup> diğer taraftan yukarıda bahsedilen 223 numaralı Karar'ın kapsamı genişletilmiştir. Buna göre 223 numaralı Karar'ın 1'inci maddesi değiştirilerek buğday ve diğer ekmeclik hububat unlarından ekmeclikten başka unlu maddelerin yapılması ve satılması yasaklanmış; ayrıca lokantalarda, resmi daire ve kurumlarda, şahıslar tarafından işlettilen aş evlerinde yapılacak hamur işleri de yasak maddeler kapsamına alınmıştır. Bu tür maddeleri imal eden yerlerin ellerinde bulunan unlarla bu unlardan ürettikleri mamullere de değer bedeli peşinen ödenmek suretiyle el konulacağı hükme bağlanmıştır.

### A. %25 Kararı

Halk arasında “%25 kararı” olarak da bilinen 15.07.1942 tarih ve 2/18365 numaralı Kararname'yle yürürlük kazanan 366 sayılı Karar<sup>36</sup> çalışma konusu bakımından önem taşıdığından ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır. Söz konusu düzenlemeyle hububat mahsulünden bedeli karşılığında belli miktarlar alındıktan sonra geri kalanın serbest bırakılması kararlaştırılmıştır<sup>37</sup>. Bu bakımdan, Saydam hükûmeti döneminde uygulanan hububatın tamamının hükûmete

satılması zorunluluğunu öngören düzenlemelere göre çiftçilere belli bir ölçüde de olsa serbestlik tanındığı söylenebilir. 366 sayılı Karar'a göre elli tona kadar üretimde bulunan üreticiler %25; elli tondan yüz tona kadar üretimde bulunan üreticiler ilk elli ton için %25, elli tondan yüz tona kadar olan kısım için %35; yüz tondan fazla üretim gerçekleştiren üreticiler ise elli tona kadar olan kısım için %25, elli tondan yüz tona kadar olan kısım için %35 ve yüz tondan fazla olan kısım için %50 oranındaki ürünlerini devlete satmak zorunda olup, geri kalan miktarlar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmekteydiler<sup>38</sup>. Bununla birlikte 366 sayılı Karar'ın uygulanması çiftçiler açısından uygulamada sıkıntı doğurabilecek birçok unsur içeriyor olduğuna sıkı şartlara bağlanmıştır. Bunlardan ilki harmanda tespit usulünün kaldırılarak tahmin esasının ve bu tahminlere dayanılarak hesaplanan borçlandırma yönteminin uygulanmasıdır. Gerçekten de Karar'ın 5'inci maddesine göre borçlandırmanın esası, hububatın olgunlaştığı ve orağa girileceği zamanda subaşı talimatnamesiyle<sup>39</sup> el koyma kararnamelerindeki düzenlemeler çerçevesinde yapılan ilk tahmine dayanmaktadır<sup>40</sup>. Çiftçi açısından ortaya çıkan ikinci zorluk

34 İlgili Karar Koordinasyon Heyeti Reisliği'nin 27.12.1941 tarih ve 1/10 sayılı Tezkeresi'yle teklif edilen 247 numaralı Karar'ın Bakanlar Kurulu'nun 13.01.1942 tarih 2/17141 sayılı Kararnamesi'yle kabul edilmesine binaen yürürlük kazanmıştır (**Resmi Gazete**, 19.01.1942, S. 5010).

35 247 numaralı Karar'ın 2'nci maddesinde öngörülen karne usulünde kimlere hangi miktarda ekme dağıtılacağı düzenlenmiştir. Buna göre günlük ekme miktarları yedi yaşına kadar olan çocuklar için 187,5 gram; yedi ve yedi yaşından yukarı olanlar için 375 gram; ağır işlerde çalışan işçiler için 750 gram olarak belirlenmiştir. Tanzim satış yapılan köylerde, yaş haddi gözetilmeksizin her kişi için 300 gram ekmeclik hububat verilmesi yönünde karar alınmıştır. 14 Şubat 1942 tarihli Ticaret Bakanlığı Tamimi'nde ise ekme yerine alınabilmesi şehir ve kasabalarda yaşayan halk için de kabul edilmiş ve bu doğrultuda 750 gram ekmeğe karşılık 531 gram, 375 gram ekmeğe karşılık 265 gram, 187,5 gram ekmeğe karşılık 132,5 gram un verilebileceği düzenlenmiştir (Tamim için bkz. **Resmi Gazete**, 14.02.1942, S. 5033).

36 İlgili Karar için bkz. **Resmi Gazete**, 17.07.1942, S. 5160.

37 Daha sonra yürürlüğe giren 08.10.1942 tarih ve 2/18848 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin yürürlük kazandırdığı 391 numaralı Karar ile 07.01.1943 tarih ve 2/19311 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin yürürlük kazandırdığı 420 numaralı Karar, 366 sayılı Karar ve ilgili talimatnamelerle yürütülmekte olan %25 uygulamasının gerçekleştirilmesine, bilhassa ürünlerin serbest bırakılmasına ilişkin yeni düzenlemeler getirmektedir (bkz. **Resmi Gazete**, 20.10.1942, S. 5238 ve **Resmi Gazete**, 19.01.1943, S. 5308).

38 Artan oranlı bu zorunlu el koymanın küçük çiftçi açısından nispeten daha elverişli sonuçlar yarattığını belirtmek gerekir. Zira Pamuk'un aktardığı bilgilere göre o yıllarda dönüm başına buğday hasılatı ortalama 80 kilograma tekabül etmekteydi. Yani çiftçilerin büyük çoğunluğunu oluşturan ve 600 dönümden az toprak işleyenlerin ürünlerinin tamamına değil, %25'ine el konulmaya başlanmıştır (PAMUK, 2009, s. 193). Bununla beraber ürünlerin fiyatları serbest piyasada yükseldiği halde devletin ürün alım bedellerinde benzer bir artış yapılmamış ve çalışmanın ilerleyen bölümünde ele alınacak olan 425 numaralı Karar'ı müteakiben %25 kararında belirlenen bu oranlar çiftçi aleyhine değiştirilmiştir.

39 “Subaşı teşkilatı ve vazifeleri hakkında Talimatname”nin 1'inci maddesine göre “subaşı, ekim zamanında ekilen mahsulün miktarıyla ekim sahasının genişliğini tesbit ve orağa girmeden evvel kernal devresinde mahsulün miktarını tahmin, keza harman yerinde mahsulün hakikî miktarını tesbit edecek ve ayrıca Hükümet tarafından diğer zirai işleri yapacak olan memur demektir” (bkz. **Resmi Gazete**, 18.06.1942, S. 5135).

40 366 sayılı Karar'ın yayınlanmasının ardından uygulamayı belirlemek üzere Ticaret Bakanlığı'nca “366 sayılı Karar'ın tatbikine dair Tahmin Talimatnamesi” çıkarılmıştır. Talimatname'nin 1'inci maddesine göre “belediyesi olan şehir ve kasabalara bağlı ekim sahaları için beş mümessil, muhtarlıklarda ise ihtiyar heyetleri tahmin heyeti vazifelerini” gerçekleştireceklerdir. 5'inci maddede göre “Heyetlerce tanzim edilen ve birer nüshaları saklanan tahmin cetvelleri, borçlandırma heyetleri tarafından mahallerinde borçlandırma talimatnamesinin hükümlerine göre tetkik edilerek her çiftçi ailesinin Devlete olan borcunun çeşit ve miktarını gösterir iki nüsha matbu borçlandırma (elkoyma) pusulalarına geçirilerek birisini borçlu çiftçiye ve diğerini ofis alim teşkilâtına verirler ve

8'inci madde uyarınca borçlandırılanların, borçlandıkları hububatları kendi imkânlarıyla alım merkezlerine sevk etmeye mecbur tutulmuş olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu mecburiyetin dönemin nakil vasıtaları düşünülürken üretici için çok büyük sıkıntılar doğurduğu aşikârdır<sup>41</sup>.

%25 uygulamasının alınan önlemlere karşın istenilen verimi sağlayamadığını belirtmek gerekir<sup>42</sup>. Zira kararın alınmasından bir süre sonra şehirlerde hububat sıkıntısı baş göstermiş; resmi fiyatı 13,5 kuruş olan buğdayın serbest piyasa fiyatı 100 kuruşa kadar yükselmiş<sup>43</sup>; gazete haberlerine göre Kasım 1943 itibarıyla Konya'da 30 kuruşa satılan buğday İstanbul'da karaborsada 200 kuruş fiyata ulaşmıştır<sup>44</sup>. Tüm bu sebepler ve

*bundan sonra alım teşkilâtıyla borçlanan müstahsil arasındaki muamele borçlandırma talimatnamesine göre devam eder". Nihayet Talimatname'nin 6'ncı maddesi ise üretimi ihtiyacına yetsin veya yetmesin bütün üreticilerin yetiştirdikleri ürün miktarına göre Kararname'de yazılı belirli oranlardaki borçlarını devlete satmak suretiyle ödemeğe mecbur olduklarını düzenlemiştir (İlgili Talimatname için bkz. **Resmi Gazete**, 01.08.1942, S. 5173).*

41 Keza Ticaret Bakanlığı'nın 01.08.1942 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "1942 yılı hububat mahsulünün borçlandırılmasına ve satın alınmasına dair Talimatname"sinde üreticilerin kendi vasıtalarıyla ellerindeki hububatı alım teşkilatlarına nakletmeye mecbur oldukları belirtilmiş ve buna ilişkin süreler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre Talimatname'nin 17'nci maddesinde, 13, 14 ve 15'inci maddelerde belirlenen süreler zarfında teslim edil(e)meyen hububatlar ile ilgili olarak üreticilere yönelik ağır bir yaptırım öngörülmüştür. 17'nci maddeyle süresinde teslim edil(e)meyen hububat için yirmi günlük ek bir süre tanınmış fakat bu sürede alım yerlerine getirilen ürünlerin zamanında teslim edilen ürünlere oranla yarı bedeline alınacağı hükme bağlanmıştır. Örneğin 16'ncı maddede zamanında teslim edilen buğdayın kilogramı için 20 kuruş bedel tespit edilmişken, bu sürelerde ürünü teslim etmeyenler/edemeyenler için buğdayın kilogram bedeli 17'nci maddedeki düzenleme nedeniyle 10 kuruşa düşürülmüştür. 17'nci maddedeki yirmi günlük süre zarfında ürünlerini teslim etmeyenler bakımından ise 18'inci madde hükmüne binaen Millî Korunma Kanunu'nun 4156 sayılı Kanun'la değiştirilen 55 ve 65'inci maddelerinde oldukça ağır yaptırımlar öngörülmektedir (İlgili Talimatname için bkz. **Resmi Gazete**, 01.08.1942, S. 5173).

42 Şener'e göre %25 uygulamasıyla hükümet ülkede üretilen tahmin edilen 8 milyon tona yakın hububatın en azından 1,5 - 2 milyon tonunu almak istemiş ancak beklenen verim sağlanamadığı için yalnızca 600.000 ton civarında ürün toplanabilmiştir (ŞENER, **2004**, s. 83 - 84).

43 AYDEMİR, Şevket Süreyya, **İkinci Adam (İsmet İnönü) İkinci Cilt 1938 - 1950**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1967, s. 344.

44 Yurt ve Dünya, 1. Kanun 1943, s. 509'dan aktaran BORATAV, **1982**, s. 223. 1942 yılında buğday fiyatları serbest piyasada 50 kuruşa doğru çıkarken devlet ancak 20 kuruşluk bir bedel ödemektedir (PAMUK, **2009**, s. 192). Kafoğlu toprak mahsulleri vergisinin uygulandığı 1944 yılında ve 1943 yılında ortalama 60 kuruş olan buğdayın kilo fiyatının eğer buğday İstanbul'a kadar getirilebilirse 100 kuruşa kadar çıktığını ifade etmektedir (KAFAOĞLU, A. Başer, **Varlık Vergisi Gerçeği**, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2005, s. 73).

uygulamada yaşanan diğer sorunlar<sup>45</sup> söz konusu düzenlemenin çiftçiler nezdinde hükümetin politikalarına yönelik hoşnutsuzlukları arttıran bir rol oynamaktan başka sonuç doğurmadığının kanıtıdır. Büyük çiftçiler serbest kalan ürünlerini yüksek fiyatlarla piyasaya arz ederek yüksek oranda kâr elde ederken küçük çiftçilerin kendi ihtiyaçlarını ayırdıktan sonra piyasaya sunabilecekleri hemen hemen hiç ürünlerinin kalmaması bu uygulamaya yönelik tepkiyi arttırmıştır<sup>46</sup>.

## B. 452 Numaralı Karar

Toprak mahsulleri vergisini incelemeye geçmeden önce, bu verginin özellikle hesaplanması ve toplanması bakımından uygulamaya yönelik hazırlayıcı unsurları içeren 452 numaralı Karar'ın ele alınması gerekir<sup>47</sup>. %25 sistemine yönelik birtakım tadiller içeren 452 numaralı Karar'la, özü itibarıyla ölçü ve tahmin işlemlerine ilişkin daha sistemli ve ayrıntılı bir yapının hazırlanması amaçlanmıştır. Ne var ki bu Karar'ın uygulaması çiftçiler açısından %25 sisteminin uygulamasından daha ağır bir nitelik taşımaktadır. Karar'a göre küçük çiftçilerin eskiye nazaran daha fazla miktarda mahsulüne el konulabilmekte ve dolayısıyla üreticiye üzerinde tasarruf edebileceği daha az miktarda ürün kalmaktaydı. Karar'ın 1'inci maddesi incelendiğinde devlete el koyma yetkisi tanınan ürün türlerinin arttığı dikkat çekmektedir<sup>48</sup>. Hububat ürünlerinde

45 %25 kararının uygulamaya konmasının ardından, o döneme kadar baskı altında tutulan enflasyon hızla yükselmeye başlamıştır. Bu dönemde ordunun ve büyük şehirlerin iagesinin karşılınması daha da güçleşmiş, kamu harcamaları hazinenin mevcut gelirleri ile karşılanamayacak duruma gelmiştir (BORATAV, **1982**, s. 255). 1938 - 1950 yılları arası toptan eşya fiyatları incelendiğinde 1938 yılı 100 olarak kabul edilirse fiyat endekslerinin 1940 yılı için 126,6; 1941 yılı için 175,3; 1942 yılı için 339,6; 1943 yılı için 590,1 ve 1950 yılı için 452,1 olarak gerçekleştiği belirtilmektedir (BAYDAR, Ertuğrul, **İkinci Dünya Savaşı İçinde Türk Bütçeleri**, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayını, Ankara, 1978, s. 13). Bu tablo Saraçoğlu hükümeti döneminde enflasyonda oldukça hızlı bir yükselişin meydana geldiğini göstermektedir.

46 ÖZER, Sevilay, "II. Dünya Savaşı Yılları'nda Uygulamaya Konulan Toprak Mahsulleri Vergisi ve Köylü Üzerindeki Etkisi", **Tarihî Peşinde -Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi-**, Y. 3, S. 5, Nisan 2011, 232 ve ŞENER, **2004**, s. 80.

47 452 sayılı Karar Bakanlar Kurulu'nun 13.05.1943 tarihli ve 2/19930 sayılı Kararnamesi'yle yürürlük kazanmıştır (**Resmi Gazete**, 15.05.1943, S. 5405).

48 366 sayılı Kararname'de buğday, çavdar, mahlût, mısır, akdarı, yulaf ve arpadan oluşan ürünler, 452 sayılı Karar ile fasulye, börülce, nohut, mercimek ve baklayı kapsayacak biçimde genişletilmiştir.



oranlar altı tona kadar olan kısım için %20, altı tondan on beş tona kadar olan kısım için %30 ve on beş tondan yukarı olan kısım için %50 olarak belirlenmiştir. Bakliyat ürünlerinden ise genel olarak %25 oranında devlet hissesi ayrılmasına karar verilmiştir<sup>49</sup>. Bu oranlara esas teşkil edecek olan üretim miktarlarının tayininde hububat ürünleri için harmanda ölçü, bakliyat ürünleri içinse mahsul olgun hale geldiğinde tarlada yapılacak tahminin temel alınacağı öngörülmüştür (md. 8). Üreticinin devlete bedeli karşılığında vermekle yükümlü bulunduğu ürünlerin naklinin eskiden olduğu gibi kendisi tarafından gerçekleştirileceği ve teslim edilen mahsulün bedelinin de ancak nakilden sonra ödeneceği hükme bağlanmıştır. Üreticilere ürünlerini harmanın başladığı tarihten itibaren en geç iki ay içinde, Ofis veya Ofis adına ürün alma yetkisi verilmiş merkezler aracılığıyla hükûmete teslim etme yükümlülüğü getirilmiştir<sup>50</sup>.

Hem 452 numaralı Karar hem bu Karar'dan önce çıkarılmış ve devlete bedeli karşılığında zorla alım yetkisi tanıyan kararlarda öngörülen alım bedellerinin genel olarak piyasa fiyatlarının altında olduğunu ve üreticiler için bu farktan kaynaklanan zararların ciddi bir ek mali yükümlülük/külfet getirdiğini de ayrıca belirtmek gerekir<sup>51</sup>. Devletin

49 Bakliyat ürünleri üzerinden alınan devlet hissesi oranı, 02.06.1944 tarih ve 3/924 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle yürürlüğe giren 525 numaralı Karar'la değiştirilmiştir. Bu Karar ile 4553 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu'nda %10 olarak belirlenmiş olan oranın iki katı miktarında bir ürünün (%20) devlet hissesi adı altında bedeli karşılığında alınması kabul edilmiştir (**Resmi Gazete**, 10.06.1944, S. 5727).

50 "13.05.1943 tarih ve 2/19930 sayılı Kararname ile yürürlüğe konulan 1943 mahsulü hububat ve bakliyattan Devlet hissesi alınması hakkındaki K/452 Karar'a ait Maliye, Ziraat ve Ticaret Vekâletince yapılan Talimatname" (**Resmi Gazete**, 28.05.1943, S. 5415). Ürünlerin hükûmete teslimi ile ilgili üreticileri tanınmış tek ayrıcalık, köyleri alım merkezlerine yirmi beş kilometreden daha uzak mesafede bulunan üreticilere yirmi beş kilometreyi geçen her kilometre için kilo başına iki para nakil ücreti verileceğini düzenleyen 28'inci maddenin 3'üncü fıkrasındaki hükümdür.

51 Devlet hisseleri için öngörülen alım bedelleri ile ürünlerin piyasa fiyatları arasında var olan fark 4553 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu'nun meclis görüşmeleri sırasında da gündeme getirilmiştir. Demirağ'a göre "toprak mahsulleri vergisi 4429 numaralı kanunla 1943 senesine başlamıştır. Ancak ondan daha iki sene evvel doğrudan doğruya müstahsili cebri satışa tabi tutmaklığımız ve cebri satış fiyatıyla piyasa fiyatı arasındaki farkın mevcudiyeti o günden itibaren müstahsilleri toprak mahsulleri vergisini ödemeğe zımnen icbar etmiş vaziyettedir. O halde toprak mahsulleri vergisi cibayeti geçen seneden başlamaz daha bir, iki sene evvel başlar" (**TBMM Zabıt Cidesi**, D. VII, C. 9, İ. 44, 19.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası, s. 67).

452 numaralı Karar'a dayanarak el koyduğu ürünler için ödediği bedelin yine kendisinin yaptığı serbest alımlara göre -üreticinin elinde serbest bırakılan kısım için- daha düşük olduğu görülmektedir. Örneğin 452 numaralı Karar'da üreticiye buğdayın kilosu için 20 kuruş bedel ödenmesi kararlaştırılmışken, 03.01.1944 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 27.12.1943 tarih ve 3/175 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle yürürlüğe giren 491 numaralı Karar'da 1943 yılı hububat üretiminden alınan devlet hisseleri dışında kalan kısım için buğdayda kilo başına belirlenen fiyat 27 kuruştur. Bu fiyatın Millî Korunma Kanunu hükümlerine istinaden alınan kısım için belirlenen bedele göre %35 fazla olduğu dikkat çekmektedir. Aradaki farkın küçük üretici açısından ciddi bir ek mali yükümlülük/külfet doğurduğu da açıktır<sup>52</sup>. Keza serbest piyasa fiyatları

52 491 numaralı Karar için bkz. **Resmi Gazete**, 03.01.1944, S. 5593. Hububat ürünlerine ilişkin olarak belirlenen alım bedellerinin 28.11.1940 - 07.06.1945 tarihleri arasında izlediği seyir bu süreçte piyasada oluşan fiyat farklılıklarının daha net anlaşılabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Buğday için kilo alım bedeli 28.11.1940 tarih ve 2/14711 sayılı Kararname'de 8,50 kuruş. (**Resmi Gazete**, 05.12.1940, S. 4678.); 10.12.1941 tarih ve 2/16975 sayılı Kararname'de 13,5 kuruş. (**Resmi Gazete**, 17.12.1941, S. 4986); 15.07.1942 tarih ve 2/18364 sayılı Kararname'de 20 kuruş. (**Resmi Gazete**, 17.07.1942, S. 5160); 13.05.1943 tarih ve 2/19930 sayılı Kararname'de 20 kuruş. (**Resmi Gazete**, 15.05.1943, S. 5405); 02.06.1944 tarih ve 3/924 sayılı Kararname'de 27 kuruş. (**Resmi Gazete**, 10.06.1944, S. 5727) ve 07.06.1945 tarih ve 3/2689 sayılı Kararname'de 27 kuruş. (**Resmi Gazete**, 29.06.1945, S. 6044) olarak belirlenmiştir. Oysa piyasa fiyatları, daha önce de belirtildiği üzere bu alım bedellerinin oldukça üstündedir. Dönem itibarıyla karaborsacılığın yaygınlaşması spekülâtif fiyat dalgalanmalarına yol açmış olmakla beraber (bu nedenle piyasa fiyatlarıyla bir karşılaştırmaya gidilmeyecektir) 1943 yılı itibarıyla kamu kurumlarının kendi ihtiyaçları için çıktıkları ihalelerde belirledikleri tahmini bedellerle Ofis'in alım bedellerinin karşılaştırılması aradaki uçurumu göstermek açısından yeterlidir. 1943 yılında buğday alım bedelleri kilo başına 20 kuruş iken, 19.01.1943 tarihli Hasanoğlan Köy Enstitüsü ve Eğitim Kursu Müdürlüğü'nün alım ilanında 75 kuruşluk tahmini bedelden (**Resmi Gazete**, 19.01.1943, S. 5308.); Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâleti Refik Saydam Merkez Hifzısıhha Müessesesi'nin alım ilanında 90 kuruşluk tahmini bedelden (**Resmi Gazete**, 22.05.1943, S. 5410); Yüksek Ziraat Enstitüsü Rektörlüğü'nün alım ilanında 100 kuruşluk tahmini bedelden (**Resmi Gazete**, 30.06.1943, S. 5443); ihaleye çıkıldığı tespit edilmektedir. Ofis'in belirlediği buğday alım bedelleriyle kamu kurumlarının ihaleye çıkarken ilan ettikleri ve beş katlık bir farka ulaşan tahmini bedeller arasındaki muazzam uçurum, bir taraftan çiftçilerin ürünlerine devlet tarafından piyasa fiyatına oranla ne kadar düşük bedellerle el konulduğunu diğer taraftan -aradaki fark nedeniyle- çiftçinin nasıl bir mali külfet altına sokulduğunu göstermektedir. Burada, her ne kadar bir vergiden söz edilemezse de, uygulamanın fiili olarak çiftçilere ciddi bir mali yükümlülük/külfet getirdiği şüpheye yer vermeyecek derecede açıktır. Devletin el koyma yetkisine istinaden belirlediği bedel ile piyasa fiyatları arasındaki farka ve bunun çiftçinin aleyhinde işlediğine ilişkin görüşler, 4553 sayılı

nın daha önce de değinildiği üzere bu rakamlardan çok daha yüksek olduğu görülmektedir. Dolayısıyla gerek 452 numaralı Karar gerek bu çalışmanın önceki kısmında ele alınan ve devlete bedeli karşılığında el koyma yetkisi tanıyan düzenlemelerle teknik açıdan yeni bir vergi ihdas edilmemekle birlikte ekonomik sonuçları yönünden fiili anlamda mali yükümlülük/külfet oluşturan mecburiyetlerin öngörüldüğü söylenebilir<sup>53</sup>.

### III. Toprak Mahsulleri Vergisi

04.06.1943 tarih ve 4429 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu<sup>54</sup>, hububat ve bakliyat başta olmak üzere muhtelif tarımsal ürünlerden elde edilen kazançlar üzerinden alınan olağanüstü, aynî bir vergiyi beraberinde getirmiştir. Bu düzenlemenin daha önceki -hububat ürünlerinin belirli yüzdelere devletçe, bedeli karşılığında el konulmasını hükme bağlayan- düzenlemelerden farkı, üretilen hububat ve başka birçok mahsulden doğrudan vergi alınması olarak saptanabilir. Verginin konusu Türkiye’de yetiştirilen çeşitli tarımsal ürünler ile ipek kozasıdır<sup>55</sup>. Kanun’da verginin konusunu oluşturan tarımsal ürünlerin belirli bir yüzdesine doğrudan devletçe el konulması ve sınırlı sayıdaki mahsulün de nakdî olarak vergilendirilmesi öngörülmüştür<sup>56</sup>.

Kanun’un verginin nispetinin %10’a çıkarılmasını öngören 27’nci maddesinin Meclis’te görüşülmesi sırasında bazı vekillerce dile getirilmiştir (Söz konusu görüşler için bkz. **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 9, İ. 47, 22.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası, s. 169, 171, 173, 177, 179).

53 Bu konu dönemle ilgili yazılmış farklı eserlerde de ele alınmıştır. Varlık vergisinin uygulanmasında önemli görevler üstlenen dönemin İstanbul Defterdarı Faik Ökte’ye göre “*ofisin vazifesi izah edilen şekilde [müstahsil] himaye iken, harbin devamınca ve onu takip eden senelerde mekanizma tersine işlemiş, hükümet karariyle mahsul piyasa fiyatından çok noksanına köylünün elinden alınmıştır. Bu eksiğine mübayaaların yanı başında ayrıca toprak mahsul-leri vergisi de yer almıştır. ... Denebilir ki, bu senelerde köylünün mükellefiyeti Varlık Vergisi mükelleflerinininkinden hafif olmamıştır*” (ÖKTE, s. 36 ve ayrıca bkz. **Ibid.**, s. 201 - 203).

54 **Resmî Gazete**, 07.06.1943, S. 5423.

55 4429 sayılı Kanun’un 1’inci maddesi hangi tarımsal ürünlerin vergiye tabi bulunduğunu bağlı [1] numaralı cetvel ile göstermiştir. Buna göre vergiye tabi tarımsal ürünler “hububat”, “bakliyat” ve “diğer mahsuller” olmak üzere üç sınıfa ayrılmıştır. “Hububat ürün-leri” akdarı, arpa, buğday, çavdar, çeltik, kumdarı, kaplıca, kuşyemi, mahlût, mısır, yulaf; “bakliyat ürünleri” bakla, bezelye, börülce, fasulye, mercimek, nohut; “diğer mahsuller” ise afyon (sakız), antep fıstığı, ayçiçeği, fındık, kendir (tohum), keten (tohum), kuru incir, kuru üzüm, narenciye, pamuk, pancar, patates, susam, tütün ve zeytin olarak belirlenmiştir.

56 [2] numaralı ek cetvelde sayılan ve vergisi aynen alınacak ürünler hububattan akdarı, arpa, buğday, çavdar, çeltik, kaplıca,

Bu itibarla toprak mahsulleri vergisi, Osmanlı döneminde uygulanan ve 1925 yılında yürürlükten kaldırılan aşar vergisi ile benzerlik<sup>57</sup> göstermektedir<sup>58</sup>.

Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu’nun gerekçesine bakıldığında fedakârlık ve ulusal görev gibi kavramların ön plana çıktığı, bu yönüyle söz konusu verginin on dokuzuncu yüzyılda ortaya çıkan kolektivist devlet anlayışının vergilendirme yetkisinden izler taşıdığı göze çarpmaktadır<sup>59</sup>. Bu çerçevede Kanun’un gerekçesinde “*müdafaâ tedbirlerinden doğan büyük külfetlerin millet efradı*

kumdarı, mahlût, mısır, yulaf; bakliyattan bezelye, börülce, fasulye, mercimek, nohut; diğer mahsullerden ise antep fıstığı, fındık, kuru incir, kuru üzüm, pamuk ve zeytindir. Görüldüğü üzere bakliyat ve kuşyemi dışında hububat ürünlerinin tamamı aynî vergilendirmeye tutulmuş, antep fıstığı, fındık, kuru incir, kuru üzüm, pamuk ve zeytin gibi değerli ürünler de yine aynî vergilendirmenin konusunu oluşturmuştur.

57 KAYRA, Cahit, **Savaş Türkiye Varlık Vergisi**, Tarihçi Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 208, KAFAOĞLU, 2005, s. 81, PAMUK, 2009, s. 197, İNCİ, İbrahim, “1923 - 1960 Döneminde Türkiye’de Tarım Faaliyetleri Üzerinden Alınan Vergiler”, **Sakarya Üniversitesi Fen Edebiyat Dergisi**, Y. 2009, C. 11, S. 1, s. 116.

58 Toprak mahsulleri vergisinin II. Dünya Savaşı yıllarında yürürlüğe konmasının, Türkiye’de ziraat sektörünün özellikle 1925’te aşar vergisinin kaldırılmasından sonra istenilen düzeyde vergilendirilememesi sorunuyla da bağlantısı olduğu düşünülebilir. Zira Osmanlı döneminde uygulanan usuller içinde çiftçinin sırtında büyük bir yük ve onun sömürülme aracı olan aşarın eski rejimin tasfiyesinin tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi için kaldırılması gerekiyordu. Bununla beraber aşarın kaldırılması devlet hazinesinin gelirlerinde büyük bir düşüşe sebep olmuştur. Keyder, 1924 yılında aşar vergisi yoluyla sağlanan gelirin toplam hükümet varidatının %22’sine tekabül ettiğini belirtirken, bu eksiğin dolaysız vergiler ve dolaylı vergilerin oranlarının artırılması yoluyla giderilmeye çalışıldığını belirtmektedir. Bu bağlamda arazi ve hayvan (ağnam) vergilerinin oranları artırılmış, tüketim ve muamele vergisi şeklinde yeni bir dolaylı vergi ihdas edilmiştir (1926 yılında tek başına bu verginin hükümet gelirleri içindeki payı %20’yi bulmuştur). Ayrıca getirilen bir düzenleme ile 1926 - 1930 yılları arasında, işletmenin kâr gücüne karine dahi teşkil etmeyen traktör sayısının esas alındığı adil olmayan bir traktör resmi öngörülmüştür. Aşarın kaldırılmasının ardından yürürlüğe konulan söz konusu düzenlemelere rağmen tarım gelirlerinin istenilen ölçüde vergilendirilememesi hükümetleri farklı arayışlara yöneltmiştir. Toprak mahsulleri vergisinin getirilmesine de bu arayışın bir sonucu olarak bakılabilir (KEYDER, Çağlar, **Dünya Ekonomisi İçinde Türkiye (1923 - 1929)**, Yurt Yayınevi, Ankara, 1982, s. 53 - 55 ve KAZGAN, Gülten / KAZGAN, Haydar, “Türkiye’de Ziraat Kazançlarının Vergilendirilmesi İle İlgili Bir İnceleme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. Ekim 1959 - Temmuz 1960, C. 21, S. 1 - 4, s. 64 - 65). İsmail Türk ise aşarın ortalama olarak Cumhuriyet’in ilk yıllarında bütçe gelirlerinin %25’ini, bütçenin vergi gelirlerinin ise %50’sini sağladığını belirtmektedir (TÜRK, İsmail, “Cumhuriyet Döneminde Vergi Sistemimizin Gelişmesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi - Atatürk Özel Sayısı**, Y. 1981, C. 36, No: 1 - 4, s. 355).

59 ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara, 2010, s. 33.

arasında ahenkli ve âdilâne tevzii"<sup>60</sup> hususunun vurgulanması ve Başbakan Saraçoğlu'nun tasarı görüşülürken içinde bulunan büyük zorluk ve ihtiyaçlar nedeniyle toprak mahsullerinden vergi alınması cihetine gidildiğini belirtmesi<sup>61</sup> anlamlıdır.

Toprak mahsulleri vergisi çiftçinin üzerindeki mali yükü ciddi ölçüde arttırmıştır. Zira çiftçinin belirlenmiş yüzdeler içinde yer alan ürününü 452 numaralı Karar gereği devlete verme zorunluluğu mevcutken, bu Kanun ile söz konusu zorunluluğun yanı sıra hububat ve bakliyat ürünleri için %8, diğer ürünler için %12 nispetindeki mahsulün vergi olarak ödenmesi hüküm altına alınmıştır. Ancak burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, Millî Korunma Kanunu'na göre belirli bir miktarına belirli bir bedel üzerinden el konulması kararlaştırılmış ürünlere -452 numaralı Karar'la belirlenmiş hububat ve bakliyat ürünleri- ilişkin toprak mahsulleri vergisinin el konulan kısımdan tahsilinin öngörülmüş olmasıdır<sup>62</sup>. Verginin önemli bir kısmının aynı olarak ödenmesinin hükme bağlanma nedeni de burada saklıdır. Zira vergi olarak alınacak kısım, Millî Korunma Kanunu hükümlerine istinaden çıkarılmış 452 numaralı Karar gereği, daha önce devletçe bedeli ödenmek üzere el konulmuş toplam ürün miktarının içindedir. Üreticinin toplam üretiminin %8'lik kısmı bu el konulan kısımdan vergi olarak alınacak; böylelikle ürünlerin Millî Korunma Kanunu hükümlerine istinaden el konulan kısmı için devlet daha az ödeme yapacaktı. Konunun giriftliğinden kaynaklanabilecek karışıklık ve olası yanlışlıkların önüne geçilmesi amacıyla 11.09.1943 tarihli Toprak Mahsulleri Vergisi Talimatnamesi'nde bu konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim Talimatname'nin 44'üncü maddesinin (a) bendinin 2'nci fıkrasına göre "*tesbit edilen devlet hisselerinin*

60 Toprak mahsulleri vergisi hakkında kanun lâiyhası ve Muvakat encümen mazbatası (1/76), **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 3, İ. 33, 4.6.1943 günlü birinci celseye ek 66 sayılı basmayazı, s. 3.

61 **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 3, İ. 33, 4.6.1943, Ankara, TBMM Matbaası, s. 16. 4553 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu'nun meclis görüşmeleri sırasında da bu fedakârlık olgusunun ön plana çıktığı görülmektedir. Eker'e göre "*bu verginin teklif edilmesinin sebebi, millî müdafaanın fevkalâde tahsiratının karşılığı olmasıdır. Zaruret bu. Bu ihtiyaç dolayısıyla bu fedakârlık vergisi kabul edilmiştir*" (**TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 9, İ. 44, 19.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası, s. 87).

62 Bu husus 14.07.1943 tarih ve 2/20289 numaralı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle yürürlük kazanan 462 numaralı Karar'ın 1'inci maddesinde hükme bağlanmakla birlikte uygulamaya ilişkin ayrıntılılar Toprak Mahsulleri Vergisi Talimatnamesi'yle düzenlenmiştir. (**Resmi Gazete**, 15.07.1943, S. 5456).

*nisbeti vergi nispetinin fevkinde bulunacağı cihetle vergi daima bu hisselerin içinde dahildir. Bu itibarla, Devlet yığınının ayrılan miktarlardan müstahsilin istihsal yekûnunun %8'i üzerinden alınacak vergiye tekabül eden mahsuller arta kalan kısmı Devlet hissesi olarak muayyen fiyatlar [bedeller] üzerinden alınacaktır. Burada dikkat edilecek nokta, bilhassa verginin Devlet hisselerinden alınmayacağı ve vergi nispetinin Devlet hisselerinden değil mahsulün yekûnu üzerinden hesap edileceği keyfiyetidir"*<sup>63</sup>.

4429 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu da kendisinden beklenen faydayı sağlayamamıştır. Bu nedenle 4429 sayılı Kanun ile 4503 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu'na ek Kanun<sup>64</sup> yürürlükten kaldırılarak yerine 26.04.1944 tarih ve 4553 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu kabul edilmiştir<sup>65</sup>. 4553 sayılı yeni Kanun matrahın tayini, verginin tarh ve tahsili konularında esaslı değişiklikler getirmiş, vergi oranını da yeniden tespit etmiştir. Bu Kanun'un gerekçesinde 4429 sayılı Kanun'la beklenen verimin alınmadığı<sup>66</sup> dolayısıyla yeni düzenlemelere gidilme ihtiyacının baş gösterdiği vurgulanmıştır<sup>67</sup>.

63 **Resmi Gazete**, 11.09.1943, S. 5505. Konuyla ilgili verilebilecek küçük bir örnek durumun daha kolay anlaşılabilmesini sağlayacaktır. 40 ton buğday üreten bir çiftçi 452 numaralı Karar doğrultusunda ilk 6 ton için (%20) 1200 kg, 6 tondan 15 tona kadar olan 9 tonluk kısım için (%30) 2700 kg, 15 tondan 40 tona kadar olan 25 tonluk kısım için de (%50) 12500 kg olmak üzere toplamda 16400 kg buğdayı devlete satma mükellefiyeti altındadır. Ayrıca Toprak mahsulleri vergisinin 40 tonluk toplam üretim üzerinden %8 oranında 3200 kg aynı ürün olarak alınması öngörülmektedir. Devletçe bedeli karşılığında alınacak olan 16400 kg buğdayın 3200 kg'ı vergi olarak tahsil edilmekte ve çiftçiye 13200 kg'lık kısım için ödeme yapılmaktadır.

64 **Resmi Gazete**, 14.12.1943, S. 5577.

65 **Resmi Gazete**, 28.04.1944, S. 5693.

66 Toprak mahsulleri vergisinden beklenen faydanın sağlanamamasının altında bazı yapısal sorunların yattığı da belirtilmelidir. Verginin mükellefi olan çiftçilerin büyük bölümünün üretim ve gelir seviyelerinin düşüklüğü istenilen miktarda tahsilat yapılmasını engellemiştir. 1943 senesinde Türkiye'de yaklaşık 2,5 milyon çiftçi ailesinin bulunduğu ve ülkenin toplam zirai gelirinin 2.620 milyar lira olduğu düşünüldüğünde bir çiftçi ailesinin ortalama 1000 lira-lık bir gelir elde ettiği görülmektedir. O senelerde yaşanan hayat pahalılığı da göz önüne alındığında ortalama 1000 lira gelir elde edebilen bir çiftçi ailesinin istenilen vergi miktarlarını karşılayabilmesi son derece güçtü. Keza yeni Kanun'a dayanılarak alınan toprak mahsulleri vergisinden de beklenen sonuç sağlanamamıştır (bkz. KEYDER, Beysan, "Ziraî Sektörde Vergilendirme", **Maliye Enstitüsü Konferansları, Dördüncü Seri - Sene 1956**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959, s. 165).

67 Gereğe göre 4429 sayılı Kanun, öngördüğü ölçü usulü, ölçü ve tahmin memurluğu görevini yapacak nitelikte ve ihtiyaç oranında memur bulmak hususunda zor durumda kalınması, köy harmanlarının geniş ve dağınık bir alanda olması ve harman yer-

4429 sayılı -eski- Kanun'da şehir ve kasabalarda belediyeler, köylerde ise muhtar ve ihtiyar meclislerinin mükelleflerin veya onların adlarına hareket eden kimselerin beyanları doğrultusunda üretim yerlerini ve buralardan elde edilebilecek ürünlerin tahmini miktarlarını matbu hazırlık cetvellerine kaydetmeleri öngörülmüştür (md. 6). Ancak söz konusu Kanun'da ayrıntılı bir kontrol mekanizması da tesis edilmek suretiyle mükellef beyanlarıyla yetinilmediği görülmektedir. Gerçekten de miktarları ölçme ile tespit edilecek olan mahsul-ler için<sup>68</sup>, her sene nerelerde ve ne zaman harman ve yığın yapılacağı mükelleflerin beyanlarına müsteniden gelir idarelerine bildirilmektedir (md. 9/1). Bildirilen yerler dışında harman ve yığın yapılması yasaklanmıştır (md. 9/2)<sup>69</sup>. Kanun'da mahsulün ölçülmesi işi için özel birimler oluşturulduğu, "ölçme kolları"<sup>70</sup> adı altında harman yerlerinde söz konusu ölçme işlemini gerçekleştirecek kişilerin belirlendiği görülmektedir (md. 10/1). Miktarları beyan ile

lerinin seçiminde üreticinin serbest bırakılması, geniş ve dağınık alanlarda denetimin sağlanmasında zorluklarla karşılaşılması, hububattan vergi ve diğer mali yükümlülük/külfetlerle alınan miktarın %50 oranına kadar yükselmiş bulunması nedeniyle kaçakçılık eğiliminin artması ile ölçü işiyle görevlendirilen memurların görevlerini hakkıyla yapmamış olmaları gibi sebeplerden ötürü vergi tahsilatından beklenen verimi sağlayamamıştır (Toprak mahsul-leri vergisi hakkında kanun lâiyhası ve Muvakkat encümen mazbatası (1/226), **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 9, İ. 44, 19.4.1944 günlü birinci celseye ek 89 sayılı basmayazı, s. 1).

68 4429 sayılı Kanun'un 8'inci maddesine göre vergilendirilecek mahsul miktarı mısır ve çeltik dışındaki hububatta ölçme suretiyle, diğer mahsul-lerde mükelleflerin kontrole tabi tutulacak beyanları üzerine tespit olunacaktır. Maliye Bakanı gerektiğinde mısır ve çeltik mahsulünün miktarını da ölçme suretiyle tespit ettirmeye yetkilidir.

69 Kanun'un 13'üncü maddesine göre "*Harmanda mahsul ölçme-ye hazırlanıldıkça, müstahsil köylerde ihtiyar meclisine şehir ve kasabalarda belediyeye harmanının hazır olduğunu bildirir. Bu ihbardan itibaren iki gün içinde ölçme kolu gelip harmanı ölçmediği takdirde, harman ölçme memuru veya belediye memuru veya muhtar veya ihtiyar meclisi âzasından biri huzurıyla ölçülür. Ölçme memuru veya belediye memuru veya muhtar veya ihtiyar meclisi âzasından biri de gelip harmanı ölçmediği takdirde, mükellef tarafından varidat dairesine yapılacak yazılı müracaat tarihinden itibaren iki gün zarfında ölçme kolu gelmezse, mükellef harmanını bizzat ölçerek neticeyi köylerde ihtiyar meclisine, şehir ve kasabalarda belediyeye bildirir. Sel ve su baskını tehdidi halinde, ölçme memuruna veya ihtiyar meclisine bildirilmek kaydıyla, mahsul ölçülmeden evvel harman ve yığın yerlerinden münasip bir yere kaldırılabilir*".

70 Ölçme kollarının kuruluş biçiminin düzenlendiği 14'üncü maddenin 1'inci fıkrasına göre "*Ölçme kolları, mahallin en büyük mal memurunun inhası üzerine vilâyetlerde vali, kazalarda kaymakam tarafından tâyin edilen bir ölçme memuru ile şehir ve kasabalarda belediyelerin mahalle işleriyle tavzif ettikleri zattan ve köylerde muhtardan veya ihtiyar meclisinin bir âzasından müteşekkildir*".

tespit edilecek mahsul-ler için de "tahmin kolları"<sup>71</sup> oluşturulmuştur. Tahmin kolları mahsul olgunlaşmadan önce tarla, bahçe, sergi ve böcekhaneleri gezerek mükelleflerin fiilen elde edebilecekleri ürün miktarlarını tahmin etmek suretiyle hazırlık cetvellerindeki ilgili beyanları kontrol edeceklerdir (md 11/1)<sup>72</sup>. Ölçme ve tahmin neticeleri, imza karşılığında mükellefe veya onun namına hareket eden kimseye ihbarname ile tebliğ edilecek, yoklukları halinde ise mükellefe verilmek üzere bu işle görevlendirilen kimselere bırakılacaktır (md. 12).

Verginin tahsil aşamasında ise ödemenin aynî veya nakdî olarak yapılmasına göre farklı usuller benimsenmiştir. 19'uncu madde hükmü uyarınca mükellefler aynen ödemekle yükümlü oldukları vergilerini miktarları ölçülerek belirlenen mahsul-lerde en geç ölçmeyi takip eden üç gün içinde geçici köy ambarlarına; miktarları beyan üzerine tespit edilen ürünlerde ise, ürünlerin türü itibarıyla il idare heyetlerince belirlenecek tarihlerde teslim yerlerine kendi imkanlarıyla teslim etmeye mecburdurlar. Mükelleflerin aynen alınan vergilerde ürünlerini, geçici köy ambarlarından alarak teslim yerlerine götürmeleri de gerekmektedir (md. 20). Daha öncede ifade edildiği üzere ürünlerin naklinin bizzat ürün sahibi olan vergi mükellefi tarafından yerine getirilme zorunluluğu<sup>73</sup> çiftçi açısından büyük güçlükler neden olmuştur.

4553 sayılı -yeni- Kanun ile vergi matrahının belirlenmesinde ölçme ve tahminle görevlendirilen memur sayısının azaltılması amacıyla harmanda ölçme usulünden vazgeçilmiştir. Bu usulde, bölge amiri, ölçme memuru, bekçi ve kolculardan oluşan

71 Tahmin kollarının kuruluş biçiminin 14'üncü maddenin 2'nci fıkrasına göre "*Tahmin kolları mahallin en büyük mal memurunun inhası üzerine vilâyetlerde vali, kazalarda kaymakam tarafından tâyin edilen bir memur ile ziraat odaları, yoksa vilâyet veya kaza merkezi belediye encümenleri tarafından ziraat erbabı arasından seçilen bir azadan ve şehir ve kasabalarda belediyenin mahalle işleriyle tavzif ettiği zattan, köylerde muhtardan veya ihtiyar meclisinin bir âzasından müteşekkildir*".

72 Toprak mahsulleri vergisinin -ürün miktarının tahmini işinin ürün olgunlaşmadan önce tarlaların gezilmesi suretiyle yapılması nedeniyle-, halk arasında "yeşil ekin vergisi" adıyla anıldığını da belirtmek gerekir. (ÖZER, 2011, s. 229).

73 O dönem verginin tahsilatı işinde görevlendirilen Kafaçoğlu bu süreçte çiftçinin büyük zorluklarla karşılaştığını söylemektedir. Zira "*vergi olarak alınan ürünü en yakın Ofis merkezine yine çiftçi götürülecekti, bu ayrı bir külfetti. Çünkü öyle köyler vardı ki, Ofis teslim yerine kağına ya da eşekle yedi saatte gidilebilirdi. Çiftçi çoğu zaman geceyi orada han odasına ücret ödeyerek geçirdi*" (KAFAOĞLU, 2005, s. 81).

ve toplamı yüz bin kişiye varan bir geçici memur kadrosunun kullanılmasının<sup>74</sup> verginin toplanmasında büyük harcamalara<sup>75</sup> neden olduğu; bunun da verginin verimliliğini ortadan kaldırdığı belirtilmelidir. Diğer yandan 4553 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemelerin vergi hukukunun temel ilkeleriyle ciddi biçimde çeliştiğinin de altı çizilmelidir.

Yeni Kanun'un ölçü usulü yerine beyan usulünü öngörmüş olması önemli bir gelişmedir. 6'ncı madde hükmüne göre mükellefler, şehir ve kasabalarda belediyeler, köylerde muhtar ve ihtiyar meclisleri nezdinde açılmış beyan cetvellerine ekim yerlerinin ve bahçelerinin mevki, vasıf ve yüz ölçümlerini; ettikleri tohum miktarını ve türlerini; kullandıkları ziraat vasıtalarını; bahçe ve zeytinliklerde ağaç sayısını; böcekhaneler için bunların yerini ve açtıkları tohum kutusu sayısını kaydettirmek suretiyle beyanda bulunmaya mecbur kılınmışlardır. Fakat verginin tarh aşamasında mutlak bir bağlayıcılığı bulunmayan bu beyanlar daha ziyade hazırlayıcı nitelik taşımaktaydı. Kanun'da her il veya kaza merkezinde bir "tahmin komisyonu"<sup>76</sup> oluşturulması ve bu komisyonun da

"vukuf heyetleri"<sup>77</sup> olarak adlandırılan alt birimler kurması öngörülmüştür. Tarh işlemleri, mahsulün tahmini ile mükellefiyetin tespitinde mükellefler tarafından verilen beyanlar; üretim yerleri ve mahsulün durumu hakkında Maliye'ce yaptırılmış olan tetkik ve kontroller; 15'inci madde hükmünce düzenlenmiş olan mahsul beyannameleri<sup>78</sup>; vukuf heyetlerince yapılan tahminlere ait raporlar ve mahsulün gerçek miktarını tespite yarayan diğer karineler incelenerek tahmin komisyonları tarafından gerçekleştirilecektir (md. 18). Dolayısıyla tahmin komisyonlarına eski Kanun'da olduğu üzere vergi matrahının belirlenmesi bakımından oldukça geniş bir serbestlik ve vergi hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmayacak ölçüde takdir yetkisi tanınmıştır. Kanun'da beyan usulü öngörülmüş olmasına rağmen tahmin usulünün de varlığını sürdürmesi mükellefler bakımından eski Kanun'dan kalma ciddi sakıncaların devam ettirilmesi anlamını taşımaktadır.

Verginin tarhında mükellefiyet kişisellikten çıkarılarak yer yer kolektif bir karaktere dönüştürülmüştür. Kanun'un 10'uncu maddesine göre ipek kozası hariç vergiye tabi ürünlerin miktarı her şehir, kasaba ve köy veya çiftlik<sup>79</sup> bir birlik ka-

74 Toprak mahsulleri vergisi hakkında kanun lâiyhası ve Muvakat encümen mazbatası (1/226), **TBMM Zabıt Ceridesi**, s. 3. Ayrıca bkz. **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 9, İ. 44, 19.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası, s. 78.

75 Gerçekten de eski Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verginin tarh ve tahsil için çok yüksek masraflar yapılmasına rağmen istenilen hasılatın elde edilemediği görülmektedir. Zira eski Kanun hububat ürünleri için tarlada ölçü sistemini öngördüğünden; çok sayıda ölçücü (44.000 kişi), tahmin memuru (9.800) ve harman bekçisinin (49.500) görevlendirilmesi gerekmiştir. İlk uygulama yılında tarh ve tahsil masraflarına, elde edilen ürünlerin üçte birine tekabül eden yaklaşık olarak 20.700.000 lira harcanmıştır. Hükümet bu masraf kalemini kısmak amacıyla harmanda ölçü sistemini kaldırmış, böylece verginin tarh ve tahsili için gereken çalışan sayısını düşürebilmiştir. Bu tedbirin neticesinde 1944 yılında 11.200.000 liralık ve 1945 yılında 7.000.000 liralık bir toplam maliyet ile verginin tarh ve tahsilini gerçekleştirebilmiştir (BULUTOĞLU, Kenan, **Türk Vergi Sistemi**, Çağlayan Kitabevi, İstanbul, 1967, s. 150 - 151).

76 Tahmin komisyonlarının oluşumunu düzenleyen 12'nci madde uyarınca "Her vilâyet ve kaza merkezinde bir tahmin komisyonu bulunur. Tahmin komisyonu vilâyet merkezinde valinin veya tensip edeceği bir zatın, kazada kaymakamın reisliği altında aşağıda yazılı kimselerden teşekkül eder: 1 - Mahallin en büyük malmemuru; 2 - Ziraat müdürü veya memuru, yoksa ziraat muallimi, o da yoksa çiftçi mallarını koruma meclisince kendi âzası arasından seçilecek bir zat; 3 - Memurlar arasından en büyük mülkiye âmiri tarafından seçilecek bir zat; 4 - Vilâyet umumi meclisi daimi encümenince vilâyet umumi meclisi âzasından seçilecek bir zat; 5 - Belediye encümenince belediye azaları arasından seçilecek bir zat; 6 - Ziraat odası, ziraat odası bulunmayan yerlerde ticaret odası, o da yoksa belediye encümenince ziraat erbabı arasından seçilecek iki zat. 4 üncü ve 5 inci bendlerde yazılı azalar tercihan ziraat erbabı arasından seçilir". Tahmin komisyonlarının görevleri ise 13'üncü mad-

dede dört bent halinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre tahmin komisyonları "A) Mahsulün nev'i itibariyle mükellefiyetin miktarını tesbit etmek; B) Vukuf heyetlerini teşkil ve vazifeye sevk etmek; C) Hakem heyetlerinin vazife göreceği mıntakaları tâyin etmek; D) 21 ve 22 nci maddelerde yazılı itirazları tetkik ederek karara bağlamak" ile görevlidir.

77 16'nci maddeye göre her kazada üçer kişiden oluşan ve ihtiyaç duyulan sayıda vukuf heyeti kurulabilir. Heyetin üyeleri biri memur, ikisi ziraat erbabından olmak üzere tahmin komisyonunun teklifi üzerine mahallin en büyük mülkiye amiri tarafından tayin olunur. Vukuf heyetleri tahmin komisyonlarının tespit edilen zamanlarda kendilerine tertip edilen birliklere gidip üretim yerlerini do-laşmak ve her birliğin fiilen elde edebileceği mahsul miktarlarını tahmin ederek bunları bir raporla tahmin heyetlerine bildirmekle görevlidirler (md. 17).

78 15'inci maddede düzenlenen mahsul beyannameleri "A) Şehir ve kasabalarda belediye reisi veya tevkil edeceği zat ve belediye encümenince belediye meclisi azaları arasından seçilecek üç zat ile birlik mümessili (ziraat erbabı tercih olunur); B) Köylerde muhtar ve ihtiyar meclisi; C) Çiftliklerde birliğin mümessili; tarafından hazırlanır. Beyannamelere her mükellefin elde edeceği miktar dercolunarak yekûn itibariyle birliğin mahsul miktarı tesbit olunur. Mükelleflerden her biri beyannamenin kendisine ait kısmının hiza-sına imza veya işaretini koyar ve varsa itirazını kaydeder. Mahsul beyannameleri birlik mümessilleri tarafından tahmin komisyonuna makbuz mukabilinde tevdi olunur".

79 Kanun'un 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında çiftlik "şehir, kasaba ve köy dışında müstakil binaları ve tesisatı bulunan ve ötedenberi kendilerine mahsus adlarla anılan işletmeler" olarak tanımlanmıştır. Bununla beraber söz konusu kavramın hem ciddi

bul edilerek ayrı ayrı tahmin olunacaktır<sup>80</sup>. Başka bir ifadeyle mükellefin içine dâhil edildiği birliğin üretim kapasitesi bu birliği oluşturulan mükelleflerin elde edeceği tahmin edilen mahsul miktarları göz önünde bulundurularak hesaplanacak ve bunun üzerinden söz konusu birliğin toplamda ne kadar vergi ödemesi gerektiği tespit edilecektir<sup>81</sup>. Burada üreticilerden alınacak olan aynî vergi kural olarak her bir üretici bakımından ayrı ayrı belirlenmekte ancak birlik üzerinden elde edilecek toplam vergi miktarının azalmasını engellemek üzere kolektif mükellefiyete yol açan ayrıkısı bir

bir belirsizlik hem de eşitlik ilkesi açısından önemli sorunlar yarattığı belirtilmelidir. Zira çiftlik, idari teşkilat içinde yer alan mahalli bir birim değildir. Bu bakımdan hukuken belirlenmiş bir statüsü de yoktur. Diğer taraftan çiftlik sahibi kendisini temsil edebilirken, köy birliğinin içindeki çiftçi bu yetkiye sahip değildir. Bir birliğe bağlı bulunan küçük çiftçiler bu bakımdan kolektif mükellefiyetin bir parçası olmaktadır. Meclis görüşmeleri sırasında bu konuya değinen Uzay'a göre "köylerdeki çiftçiler, şehirlerdeki çiftçiler kendi mahsullerini beyan etmek için hiçbir hak sahibi olmuyorlar. Bir heyet onların mahsullerinin miktarını yazıyor, kendilerine ancak itiraz etmek, o beyannamenin kenarına bir işaret yapmak kalıyor. Bu doğru değildir. Çiftlik sahiplerine gelince; tamamiyle kendisi, benim mahsulüm şu kadardır, buğdayım bu kadar, arpam bu kadar yulafım şu kadardır diyerek beyanname vermek hakkı tanılıyor. Artık ona itiraza bile mahal yoktur. Beyannamede gösterip bildiriyor. Sonra itiraz da etmeyecek. Gerçi vukuf heyeti ve icabederse tahmin komisyonu onların da vermiş oldukları beyannamenin doğru olup olmadığını tetkik edebilir. Fakat arzettiğim gibi bunun bir de ruhî mânası vardır. Çiftçiler, köylüler diyecekler ki her yerde ağanın işleri kendi istedikleri gibi oluyor. Heyetçe tetkike bile lüzum görmeden vermiş olduğu beyannameyi kabul etti diyecekler" (TBMM Zabıt Ceridesi, D. VII, C. 9, İ. 45, 20.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası, s. 115).

**80** Kanun'un vergilendirme sürecinin işleyiş bakımından oldukça karmaşık bir yapı öngördüğünün vurgulanması gerekir. Bu süreçte özellikle bireysel mükellefiyet ile birliğin mükellefiyetinin birbirine karıştığı ve kurulan mekanizmalar ile bu durumun daha da girift bir hale getirildiği görülmektedir. Kabaca "ekiliş beyanı, mahsul beyanı, mahsul beyanına karşı itiraz, bu itirazların tetkiki, vukuf ehli raporu, tahmin komisyonu kararı, bu karara itiraz bu itirazların hakemle tetkiki ve nihayet son karar" aşamalarından oluşan vergilendirme sürecinde Kanun'un 21'inci ve 22'nci maddeleriyle düzenlenen itiraz aşamaları ve bu itirazların sonuçlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin sonuçları itibarıyla kolektif bir karakter gösterdiği ve yer yer bireysel mükellefiyetin gereklerini ciddi biçimde ihlal ettiği belirtilmelidir (bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, D. VII, C. 9, İ. 46, 21.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası, s. 142).

**81** Bu durum Kanun'un gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: "Yeni lâihyanın istinat ettiği esas, evvela mükellefin beyanı bu beyanın salâhiyetli memurlar vasıtasıyla kontrolü, vilâyet ve kazalarda teşkil edilecek komisyonlar marifetiyle her köye izam edilecek vukuf heyetlerinin birliklere tahmil edilebilecek mükellefiyetin mahsul itibarıyla miktarlarının ne olması lâzımgeleceği hakkındaki tetkikleri üzerine o birliğin muhtarının da iştirakiyle birlik namına tesis edilecek mükellefiyetin mezkûr tahmin komisyonları marifetiyle tesisidir" (Toprak mahsulleri vergisi hakkında kanun lâihyası ve Muvakkat encümen mazbatası (1/226), TBMM Zabıt Ceridesi, s. 2).

düzenlemeye yer verilmektedir. Kanun'un 21'inci<sup>82</sup> ve 22'nci<sup>83</sup> maddeleriyle getirilen düzenlemele-  
rin fiili olarak kolektif bir mükellefiyete yol açtığı görülmektedir. Birliğin mükellefiyet miktarına itiraz hakkını düzenleyen söz konusu maddelere göre bu miktara itiraz hakkı sadece birliğin temsilcisine verilmekte, vergiyi ödeyecek olan mükelleflere buna ilişkin doğrudan bir itiraz imkânı tanınmamaktadır. Eğer birliğin temsilcisi birlikçe ödenecek vergi miktarına itirazda bulunmamışsa mükellefler sadece, birlik içinde kendilerine düşen vergi miktarına itiraz etmek hakkına sahiptiler. Ne var ki 22'nci maddenin son fıkrasına göre mükellefin kendi vergi miktarına ilişkin itirazı neticesinde verilen son kararda vergi miktarı düşürülse dahi bu durum birliğin daha önce hazırlanmış ve temsilci tarafından itirazda bulunulmadığı için kesinleşmiş olan mahsul beyannamesindeki toplam miktardan düşülmeyecektir. Başka bir ifadeyle itiraz sonucunda vergi miktarı düşürülen mükellefin ödemeyeceği tutar birliğin diğer üyelerinin mevcut vergi borçlarına eklenecek olup, birliğin ödeyeceği toplam vergi miktarında bir azalma gerçekleşmeyecektir. Bu durum hazine lehine so-

**82** "Tahmin komisyonlarınca yapılan tetkik neticesinde tesbit edilen mükellefiyet miktarı birlik tarafından verilen mahsul beyannamesinden fazla olduğu takdirde birlik mümessili mensup olduğu birliğin müstahsillerine köylerde ihtiyar meclisi, şehir ve kasabalarda 15 inci maddede yazılı heyet huzurunda bu fazlalığı bildirir ve münasip vasıtalarla ilân eder. Müstahsiller komisyonca tesbit edilen miktara uygun görürlerse imza ve işaretleriyle tasdik edecekleri cetvel beş gün içinde mümessiller tarafından komisyonca gönderilir. Bu suretle komisyonun tesbit ettiği mükellefiyet katileştir.

Yukardaki fıkrada yazılı müddet içinde muvafakati mutazammın bir cetvel gönderilmez veya komisyonca birlik veya mükellef müstahsil tarafından itirazda bulunulmazsa komisyonca itiraz edilen karar katileştir".

**83** "Tahmin komisyonlarınca tesbit edilen mükellefiyet miktarına karşı kararın tebliğinden itibaren beş gün zarfında :

A) Mahallin en büyük malmemuru;

B) Birlik namına mümessiller;

Tahmin komisyonu nezdinde itiraz edebilirler.

Gerek bu iki halde ve gerekse 15 inci madde mucibince mahsul beyanına ait cetvelin tanzimi «arasında veya 21 inci madde hükümleri dâhilinde müstahsiller tarafından vaki itiraz üzerine tahmin komisyonları karar vermeksizin o birliğe bir hakem heyeti göndermeğe mecburdurlar. Hakem heyeti tetkik mevzuu olan sahaya evvelce gitmemiş olan vukuf heyetlerinden biri olur.

Hakem heyeti tetkikatını, köylerde muhtar ve ihtiyar meclisi, şehir ve kasabalarda 15 inci maddede yazılı heyet huzurunda itiraz edenlerin ve diğer müstahsillerin de iştirakiyle alenen icra eder.

Bu tahkikat neticesinde müstahsillere ve birliğe ait mükellefiyet miktarını yeniden ve katî olarak karara bağlar.

Şu kadar ki bu suretle tesbit edilen miktar evvelce mahsul beyannamesinde yekûn itibarıyla gösterilen miktardan aşağı olamaz".

nuç yaratmaktaysa da -zira hazine her halükarda, birlik için belirlenen toplam vergi miktarını diğer mükelleflerin ödeyecekleri vergiyi yükseltmek suretiyle tahsil etmektedir- itirazda bulunmayan mükellefler açısından büyük bir haksızlığa neden olduğu aşikârdır.

Devletin zora dayalı ve karşılıksız olarak aldığı bir kamu geliri türü olan vergilerin, vergilendirme ilişkisinin yalnızca hazine tarafının yararına olacak biçimde öngörülmesi modern devletin vergilendirme yetkisiyle bağdaştırılamaz<sup>84</sup>. Bu açıdan modern vergi sistemlerinde, vergilendirme yetkisinin devletin tekelinde ve bu yetkiye dayanılarak kurulan vergilendirme ilişkisinin tek taraflı olması, mükelleflerin ölçsüz ve belirsiz düzenlemelerle uygulamalara tabi tutulmalarının gerekçesi olmaz. Yukarıda sözü edilen düzenlemelerde öngörülebilirliğin sadece hazine bakımından geçerli olması, vergi ödevini yerine getirmekle yükümlü olan kimseler bakımından ise vergilendirme sürecinin birçok açıdan belirsizliğe sebep olacak ölçüde değişkenlik göstermesi temel vergilendirme ilkelerinin de ihlaline yol açmaktadır.

Kanun tasarısı mecliste görüşülürken üzerinde en çok tartışma yürütülen hükümlerin 21'nci ve 22'nci maddeler olduğu belirtilmelidir. Söz konusu iki maddeye ilişkin muhalefetin genel olarak itiraz kurumunun işleyişi ve birliğin temsilcisi tarafından itiraz edilmemesi halinde kesinleşen toplam vergi miktarının, birlik içinde yapılan itirazların kabul edilmesi halinde dahi düşürülebilmesi hususlarında yoğunlaştığı dikkat çeker. Mevcut düzenlemeyi savunanların öne sürdüğü argümanlar birliğin temsilcisinin ödenecek toplam vergi miktarına itiraz etmeyerek birlik mükellefiyetini kesinleştirdiğine, dolayısıyla daha sonra yapılacak bireysel mükellefiyetlere ilişkin itirazların sadece birlik içindeki tevzi sorunuyla alakalı olduğuna ve bu-

nun değiştirebileceğine ilişkindir. Hazine yararı ve toplanacak vergilerin hiçbir surette azaltılmaması yönündeki düşünce de kolektif mükellefiyet anlayışının savunulmasında etkili olmuştur<sup>85</sup>. Daha

85 Bu düzenlemeyi hararetle savunan Düşünsel'e göre "yalnız köyün heyeti umumiyesi için tahmin olunan bir miktar vardır. Şimdi ferdî mükellefiyetle o yekûn azalmıyor. Bu azalmayı umumî veriminden tenkis etmeği mahzurlu gördüler... bu şekle gidecek olursak umumî hasılatı azaltacağız ve bu kanunu sakatlandırmış olacağız. Biz ferdî mükellefiyeti temin edelim, ettik gadra mâni olalım, onu da temin ettik. Eğer bir de bu kapıyı açarsak hasılatı tenkis etmiş oluruz ve köyün vereceği umumiyeti ihlâl ederek hepsini itiraza teşvik etmiş oluruz... bir köye vukuf heyeti gitti. Köyün heyeti umumiyesi için bir rakam tâyin etti. O rakama da mümessil tarafından itiraz vâki olmadı. Ne oldu? Mümessil tarafından itiraz vâki olmadı amma içindeki mükellefler tarafından itiraz var. Şimdi birlik itiraz etmemiş, yani birliğin yekûnu biz bu külfete mütehammiliz demiş. Birlik itiraz etmiş olsa iş kolay. O zaman birlik itiraz komisyonu işler. Birlik itiraz etmemiş, üç mükellef itiraz etmiş. Mantıkan benzeniz de o mantığın içindeyim. Mantıkan o yekûndan düşmesi lâzım. Bendeniz bunu encümende söyledim. Hattâ Ali, Veli diye işaretler koydum. Mantiki cihette düşündünüz mü? Bunun yekûndan düşülmesi lâzımdır. Encümende dediler ki; düşemeyiz, niçin? Ona cevap verdiler: çünkü birlik itiraz etmedi. Bu bir. Birlik bu yekûna mütehammil olduğunu kabul etti. Birlik itiraz etmemiş. Bu adamlarınkini birliğin yekûnundan tenzil edelim dersek, bu takdirde müşkül bir durum, hâsıl olur. Yani böyle bir takım itirazlar, tahrîk, edilmek suretiyle, Hükûmetin o mintakadan o köyden alacağı hasılat azaltılıyor. Bunun bir kaç köyde tekerrür ettiğini tasavvur buyurunuz, büyük bir yekûna baliğ oluyor. Mademki, mümessil buna itiraz etmemiştir, birliğin müşterek şahsiyeti bunu kabul etmiştir. Bu mülahazadır ki, bu noktaya benzenizi de ilihaka sevk etmiş bulundu. Bendeniz bunu şahsen zaruri görüyorum. Çünkü aksi yol hasılatın tenakusunu mucip olur. Verginin yekûnu üzerinde büyük bir tesir yapabilir kanaatındayım". (TBMM Zabıt Ceridesi, D. VII, C. 9, İ. 46, 21.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası, s. 145 - 146). Barutçu'ya göre de "müstahsile iki türlü itiraz hakkı kabul edilmemiştir. Bir birliğe itiraz kabul ediliyor, bir de müstahsil için sadece tevziata ait itiraz kabul ediliyor. Köy namına yapılacak itirazlar müstahsillere ait değildir. Bu itirazı ancak müstahsil namına birlik mümessilli, yani ihtiyar heyeti, muhtar yapabilir. Köy namına itiraz hakkı ancak şahsiyeti hükmiyenin mümessilli tarafından yapılabacağına ve itiraz etmediğine göre, kanun diyor ki, o kesbi katiyet etmiştir, bitti. Şimdi kalıyor, müstahsiline itirazı. Bu da sadece tevziata aittir. O halde tetkikatın mahalline maksur olması gayet tabiidir. Mamahlî nedir? Tevzi meselesidir. Ahmed'e yapılan tevzi miktarı yerinde değilse onu Ahmet'ten tenzil edecektir. Tenzil ettiğine göre bakacak Hasan'ın, Hüseyin'in hisselerinde isabetsizlik varsa onlara ilâve edecektir. Amma onların da oradaki itiraz haklarını yeniden tetkik etmek şartıyla. Bir haksızlığa meydan vermemek için onları da dinleyecek; Mükellefiyet böyle yeniden tesbit edilince işte bu kaft oluyor". (TBMM Zabıt Ceridesi, D. VII, C. 9, İ. 46, 21.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası, s. 147). Maliye Bakanı Ağralı'nın da tasarının aynen kabul edilmesinden yana olduğu görülmektedir. O'na göre "mesele meydandır. Orta yerde köy birliği namında bir şey tesbit ediliyor. Birliğin vereceği şu kadardır deniyor. Buna kimsenin itiraz ettiği yok. Tahmin komisyonu veya ehli-vukuf bu miktarı arttırdığı zaman buna itiraz yapılıyor. Kim yapıyor? Ahmet, Mehmet... Diyor ki; bana konulan miktar çoktur. Bu çok denilen miktarın, vârit olduğu takdirde, başka köylülere zammedilmesinde tereddüt etmeye mahal yoktur. Eğer bundan tenzil edeceğimiz miktarı köyün heyeti umumiyesinden almayacağız dersek bunun sonu gelmez". (TBMM Zabıt Ceridesi, D. VII, C. 9, İ. 46, 21.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası, s. 148).

84 Gerçekten de bireysel mükellefiyet yerine herhangi bir biçimde kolektif mükellefiyete ilişkin sonuçlar doğurabilecek bir düzenlemenin öngörülmesi modern bir vergi sistemi açısından kabul edilemez. Keza varlık vergisi uygulamasının öncesinde azınlık temsilcilerinin Saraçoğlu'na yönelttikleri "300 milyon mu toplamak istiyorsunuz,[yoksa] 200 milyon mu toplamak istiyorsunuz? Siz bunu bize bırakın, biz bunu [kendimizde] toplayalım [ve] hükûmetimize verelim" önerisi, Saraçoğlu tarafından modern bir devletin bu tür bir teklifi kabul edemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir (AKTAR, 2006, s. 145 - 146). Saraçoğlu bu öneriyi söz konusu gerekçeyle reddetmiş ancak iktidarı döneminde yürürlüğe konulan Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu ile modern bir devletin hukuk sisteminde yer almaması gereken düzenlemeler getirilmiştir.

açık bir ifadeyle bu Kanun'a ilişkin temel sorunlardan biri vergilendirme sürecinin hazine lehine kolaylaştırılması amacıyla öngörülmüş olan "birlik" kavramından kaynaklanmaktadır. Zira "birlik" kavramının kabulü, bireysel mükellefiyete dayanması gereken bir sistemde kolektif mükellefiyetin oluşmasına yol açmaktadır.

Yeni Kanun'un eski Kanun'dan farklılaştığı bir diğer nokta da tüm ürünler için %10 olmak üzere sabit bir vergi oranının tespit edilmiş bulunmasıdır (md. 10). Ancak oranın tüm ürünler için %10 olarak belirlenmesi aşarla olan benzerliğini daha görünür kılmıştır<sup>86</sup>. Aynen alınacak vergilerin tahsilinde ise muvakkat köy ambarlarına ara teslim uygulamasından vazgeçilmesi<sup>87</sup> dışında, eski Kanun'a yakın düzenlemeler öngörülmüştür. Örneğin üreticilerin ödemekle yükümlü oldukları aynı vergilerin naklini kendi imkânlarıyla nihai teslim yerlerine getirmelerine ilişkin mecburiyetleri devam etmektedir (md. 29).

#### IV. Değerlendirme ve Sonuç

4553 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu yıllarda toprak mahsulleri vergisinin küçük bir kısmı nakden tahsil edilmiş, büyük kısmı ise aynen alınmıştır. Bu vergi tahsilâtının maddi değerinin yaklaşık 290 milyon lira olduğu söylenebilir<sup>88</sup>. Dönemin

koşulları dikkate alındığında toprak mahsulleri vergisi özellikle küçük toprak sahipleri üzerinde önemli bir baskı yaratmıştır. Toprak mahsulleri vergisinin salınma gerekçesi olarak savaşın yarat-

lira olmak üzere- yapıldığını belirtmektedir. (ÖKTE, s. 201), Tekelioğlu ise 21.05.1947 tarihli meclis görüşmelerinde söz konusu verginin 360 milyonluk kısmından sadece 20 milyon liralık bir kısmın ödenmediği söylemektedir. Bu bilgidir hareketle 340 milyon liralık bir tahsilâtın gerçekleştiği sonucuna ulaşılmaktadır (TBMM Zabıt Ceridesi, D. VIII, C. 5, İ. 62, 21.5.1947, Ankara, TBMM Matbaası, s. 200). Konuyla ilgili olarak 1943 - 1948 yılları arasında çıkarılan kesin hesap kanunları ele alındığında, yukarıda zikredilenlerden daha farklı bir tablo ortaya çıkmaktadır. 1943, 1944 ve 1945 yılları kesin hesap kanunlarının gelir cetvellerinde ayrı bir kalem olarak toprak mahsulleri vergisine yer verilmektedir. Bu cetvellere göre 1943 yılında 59.663.479 lira (Resmi Gazete, 23.11.1949, S. 7361), 1944 yılında 47.275.054 lira (Resmi Gazete, 25.05.1951, S. 7817), 1945 yılında 66.855.160 lira (Resmi Gazete, 09.04.1952, S. 8081) tutarında tahsilat yapılmıştır. 4838 sayılı Kanun ile 01.01.1946 tarihinden başlamak üzere Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu'nun yürürlüğüne son verilmiş fakat tahakkuk etmiş vergi alacaklarının tahsiline bir süre daha devam edilmiştir. Bu nedenle, 1946 ve sonrası kesin hesap kanunlarında toprak mahsulleri vergisi ayrı bir kalem olarak gösterilmemiştir. 21.05.1947 tarih ve 5050 sayılı Kanun ile de toprak mahsulleri vergisine ilişkin tüm borçlar silinmiştir. Bununla birlikte Ökte'nin verdiği rakamlar ile kesin hesap kanunları karşılaştırıldığında gelir cetvellerindeki "Kaldırılmış Vergiler Artıkları" adlı kalemin Ökte'nin hesaplamasına konu olan rakamlarla uyduğu dikkate çarpmaktadır. Gerçekten söz konusu kalemin önceki yıllarda bütçe gelirleri içinde oldukça küçük bir paya sahipken -örneğin 1945 yılında "kaldırılmış vergiler artıkları" kalemi 20.000 lira civarındaydı- 1946 yılında 78.848.421 lira (Resmi Gazete, 11.04.1952, S. 8083), 1947 yılında 29.405.410 lira (Resmi Gazete, 12.03.1954, S. 8656) ve 1948 yılında 8.692.910 liralık meblağlara ulaşmıştır (Resmi Gazete, 13.03.1954, S. 8657). "Kaldırılmış Vergiler Artıkları" kaleminin hangi vergileri kapsadığı net olarak bilinmemekle birlikte, bu kaleminde yer alan gelirlerin kayda değer bir kısmının toprak mahsulleri vergisinden sağlanmış olduğu söylenebilir. Resmi rakamlar üzerinden hareket edildiğinde toprak mahsulleri vergisi uygulaması neticesinde devletin 290.740.434 lira gelir elde ettiği saptanmaktadır. Keza Ökte'nin hesaplamasında yer almayan 1943 yılının rakamları da eklendiğinde yukarıda belirlenen tutar ile Ökte'nin tespit ettiği tutarın birbirlerine yakın bir oldukları göze çarpmaktadır. 5050 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle mükelleflerin bu vergiye ilişkin borçları silinmişse de 1947 ve 1948 yılı kesin hesap kanunlarında "Kaldırılmış Vergiler Artıkları" kaleminin yüksek bir meblağ içerdiği görülmektedir. Bunun nedeninin Toprak Mahsulleri Ofisi tarafından aynen tahsil edilmiş ancak Maliye ile hesabı henüz görülmemiş olan kısımların söz konusu kaleme eklenmesinden kaynaklandığı sanılmaktadır. Nitekim 5050 sayılı Kanun'a ilişkin 15.05.1947 tarihli Bütçe Komisyonu Raporu'nda 1943 - 1946 yılları arasında bu verginin tahsilat toplamının 241 milyon lira olduğu fakat bu tutarın Toprak Mahsulleri Ofisi'nce aynen alınıp Maliye ile hesabı henüz görülmeyen kısmı içermediği ayrıca belirtilmektedir (İlgili Bütçe Komisyonu raporu için bkz. Seyhan Milletvekili Sinan Tekelioğlu'nun, Toprak Mahsulleri Vergisi Kanununun kaldırılması hakkındaki kanuna ek 2/10, Çorum Milletvekili Necdet Yücer'in, 4888 sayılı Kanuna ek 2/19 sayılı Kanun teklifleriyle Toprak Mahsulleri Vergisi artıklarının tasitlendirilmesi hakkında 1/49 sayılı Kanun tasarısı ve Tarım, Maliye ve Bütçe Komisyonları raporları, TBMM Zabıt Ceridesi, D. VIII, C. 5, İ. 62, 21.5.1947 günlü birinci celseye ek 64 sayılı basmayazı, s. 8).

86 Bulutoğlu tarafından "yeni aşar" olarak adlandırılan toprak mahsulleri vergisinin bazı yönleriyle Osmanlı Devleti zamanında uygulanan aşar vergisinden farklılaştığını belirtmek gerekir. Bulutoğlu'na göre toprak mahsulleri vergisi aşara göre şu noktalarda daha iyiydi: "1. Yeni vergide mükellefin hasattan önceki beyanını bir bilgi kaynağı olarak kabul ediliyordu; 2. Bazı ürünlerde vergi, mükellefin denetlenen bildirim esas alınarak tarhediliyordu; 3. Tarlada tartışması gerekli ürünlerde, hükümet memurları davetten sonra iki gün içinde gelip ölçmeyi yapmak zorundaydılar; 4. Tarhedilen vergiye itiraz yolu açıktı" (BULUTOĞLU, 1967, s. 150).

87 Geçici köy ambarlarına teslim usulünden vazgeçilmesinin altında yatan neden ise büyük oranda ilk yılın kötü tecrübelerinden kaynaklanmaktaydı (bkz. İNCİ, 2009, s. 118).

88 Yukarıda da belirtildiği üzere toprak mahsulleri vergisi aracılığıyla elde edilen tahsilat tutarının hesaplanması, vergilendirmenin aynı ve nakdî unsurları ihtiva etmesi nedeniyle zorluk yaratmaktadır. Bu konuda birçok yazarın farklı rakamlara yer verdiği görülmektedir. Toplanan vergiyi aynı ürün olarak ele alan Baydar, 600.000 ton hububatın vergi olarak alındığını belirtmektedir. (BAYDAR, 1978, s. 14). Buna karşılık vergiden nakdî olarak sağlanan geliri Kayra 223 milyon lira (KAYRA, 2011, s. 208), Şener 233 milyon lira (ŞENER, 2004, s. 90), Boratav ise farklı eserlerinde 192 milyon lira (BORATAV, 1982, s.266) ve 167 milyon lira (BORATAV, 2003, s. 85) olarak ifade etmektedir. Dönemin İstanbul Defterdarı Faik Ökte ise toplamda 229 milyon liralık bir tahsilâtın -1944 yılında 47.275.054, 1945 yılında 66.855.160, 1946 yılında 78.000.000, 1947 yılında 29.000.000, 1948 yılında 8.000.000



tığı iktisadi güçlükler gösterilmekteydi. Dolayısıyla savaşın bitmesinin ardından söz konusu verginin kaldırılmasına yönelik talepler güçlü bir biçimde dile getirilmeye başlanmıştır. Bu doğrultuda 23.01.1946 tarih ve 4840 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu'nun Kaldırılması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş ve 01.01.1946 tarihinden geçerli olmak üzere 4553 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanunu'nun uygulamasına son verilmiştir<sup>89</sup>.

Toprak mahsulleri vergisi savaş yıllarında hem ordu ve büyük şehirlerin işesinin karşılanması hem de hazineye sağladığı gelir bakımından önemli bir kaynak yaratmıştır. Ancak bu vergi, üretim miktarlarındaki ciddi düşüşlerin ve krizin nedeni olarak da gösterilmiştir. Gerçekten de verginin uygulandığı yıllarda birçok farklı tarımsal ürünün üretim miktarlarında ciddi düşüşler yaşanmış; normal üretim miktarlarına savaş sonrası yıllarda ulaşılabilmiştir<sup>90</sup>. Benzer bir tablonun birçok hububat ve bakliyat ürünleri ile diğer tarımsal mahsuller bakımından da söz konusu olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla verginin uygulama-

ya konulduğu yıllar içerisinde üretim seviyesinde genel bir düşüşün yaşandığı ve bu durumun ülkenin içinde bulunduğu şartlar da düşünüldüğünde ciddi bir sorun yarattığının altı çizilmelidir.

Sonuç olarak II. Dünya Savaşı yıllarında izlenen ekonomi politikalarının doğurduğu mali yükümlülük/külfetler çiftçiler açısından olumsuz neticeler doğurmuştur. Ağırlıklı olarak hububat ziraatı yapan Türkiye köylüsünün önce Millî Koruma Kanunu'na dayanılarak uygulanan devletçe el koyma yöntemi, daha sonra halk arasında aşarın geri gelmesi olarak yorumlanan toprak mahsulleri vergisi nedeniyle ağır bir vergi yüküyle karşı karşıya kalması mevcut tek parti iktidarına karşı tepkileri de beraberinde getirmiştir<sup>91</sup>.

El koyma uygulamasında piyasa fiyatlarının ve hatta maliyetlerin altında kalan alım bedelleri çiftçiler bakımından ciddi mali kayıplara/külfetlere sebep olmuştur. Ayrıca ürün teslimin gerçekleştirilmesine ilişkin mecburiyetler yeni bir angarya usulü olarak algılanmıştır. Toprak mahsulleri vergisi ise düşük bedelle el koyma uygulamasıyla birlikte çiftçiler nezdinde yıkıcı sonuçlara neden olmuş, halkın siyasi iktidara karşı hoşnutsuzluğunu arttırmıştır. Gerek verginin karakteri gerek uygulamanın neden olduğu ve doğrudan çiftçiye yüklenen ek külfetler zaten son derece sorunlu bir mahiyet gösteren bu verginin ağırlığını daha da arttırarak mevcut politik yapının değişmesi gerektiği yönündeki görüşleri de beslemiştir.

89 **Resmi Gazete**, 26.01.1946, S. 6216. Daha sonra 17.05.1946 tarih ve 4888 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Kanununun Kaldırılması Hakkındaki 4840 Sayılı Kanuna Ek Kanun ile 4553 sayılı Kanun'dan kaynaklanan aynı vergi borçları nakdî borca çevrilmiş; zam ve cezalar da terkin edilmiştir (**Resmi Gazete**, 24.05.1946, S. 6315). Son olarak 21.05.1947 tarih ve 5050 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Artıklarının Silinmesi Hakkında Kanun ile 4553 sayılı Kanun gereğince salınan vergiden hala tahsil edilmemiş bulunan borçların tüm cezalarıyla birlikte silindiği hükme bağlanmıştır (**Resmi Gazete**, 27.05.1947, S. 6616).

90 1938 yılında 4.279.000 ton olan buğday üretimi savaşın ilk yıllarında bazı düşüşler gösterse de (örneğin 1942 yılında hala 4.263.000 ton) verginin yürürlüğe girdiği 1943 yılından itibaren üretimde hızlı bir düşüş başlamıştır. Buğday üretimi, 1943 yılında 3.510.000 ton, 1944 yılında 3.148.000 ton, 1945 yılında ise 2.189.000 tondur (OKÇUOĞLU, İbrahim, **Türkiye'de Kapitalizmin Gelişmesi İç Pazarın Oluşma Süreci - İkinci Kitap (1923 - 1950 Arası)**, Ceylan Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 146). Üretimdeki bu düşüşün buğday ile sınırlı kalmayıp başka ürünlere de sirayet etmesi dikkat çekmektedir. Örneğin arpa üretimi 1942 yılında 2.165.000 ton iken, 1943 yılında 1.665.000 tona, 1944 yılında 1.403.000 tona ve 1945 yılında 934.000 tona gerilemiş; zeytin üretimi 1942 yılında 269.784 tona ulaşmışken 1943 yılında 127.025 ton, 1944 yılında 154.245 ton ve 1945 yılında 121.273 ton olarak ancak sağlanabilmiştir. Bakliyat üretiminde de benzer biçimde büyük bir azalma yaşanmış; 1940 yılında 371.618 ton seviyesinde olan toplam üretim 1945 yılında 183.912 ton civarında gerçekleşmiştir. (*Ibid.*, s. 146 - 155). Kazgan'a göre de toprak mahsulleri vergisinin üretimden caydırıcı bir etkisi olmuştur. Zira savaşın bittiği 1945 yılındaki üretim düzeyi 1935'tekin de altına inmişti. Bu durum aynı zamanda hükümet için ciddi bir itibar kaybı manasına geliyordu (KAZGAN, Gülten, **Tanzimat'tan 21. Yüzyıla Türkiye Ekonomisi - Birinci Küreselleşmeden İkinci Küreselleşmeye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 66 - 69).

91 Yerasimos'a göre toprak mahsulleri vergisi köylüye o kadar ağır gelmiştir ki aslında hiçbir zaman tam olarak toplanamamıştır. Yazar bu verginin sonunda "jandarma dayaağı"nın bütün halk ve özellikle köylüler arasında rejimin bir "alameti farikası" olarak yerleşmesine yol açtığını ifade etmektedir. (YERASIMOS, Stefanos, **Az gelişmişlik Sürecinde Türkiye 3 - I. Dünya Savaşından 1971'e**, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1976, s. 1327). Pur'a göre uygulanan bu politikalar, CHP'yi iktidardan düşürmüş ve uzun yıllar bu acıları unutmayan köylüler de kurulan diğer partilere yönelmeye itmiştir (PUR, Hüseyin Perviz, **Varlık Vergisi ve Azınlıklar**, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 429). Boratav'a göre ise bu vergi, getirdiği külfetler nedeniyle küçük çiftçi tarafından hoşnutsuzla karşılandığı gibi büyük toprak sahiplerinin de tepkisini çekmiştir. Gerçekten de bu vergi ile büyük çiftçiler aşarın kaldırılmasından sonra ilk defa ciddi olarak kamu giderlerinin finansmanına dâhil edilmişlerdir. Bu yüzden söz konusu verginin, Köy enstitüleri ve Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu gibi büyük toprak sahiplerinin tepkisine neden olan icraatla birlikte toprak burjuvazisinin CHP iktidarına sırtını dönmesi sonucuna neden olduğu söylenebilir (BORATAV, 1982, s. 265, BORATAV, 2003, s. 90 - 91) (Bu konuda ayrıca bkz. PAMUK, 2009, s 183 - 184, TEZEL, 2002, s. 441, TÜRK, 1981, s. 345).

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

**Kitap ve Makaleler**

- AKAR, Rıdvan, **Aşkale Yolcuları Varlık Vergisi ve Çalışma Kampları**, Doğan Kitap, İstanbul, 2009.
- AKTAR, Ayhan, **Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006.
- AYDEMİR, Şevket Süreyya, **İkinci Adam (İsmet İnönü) İkinci Cilt 1938 - 1950**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1967.
- AYDEMİR, Şevket Süreyya, **Suyu Arayan Adam**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2004.
- AVCIOĞLU, Doğan, **Türkiye'nin Düzeni (Dün - Bugün - Yarın)**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 1982.
- BAYDAR, Ertuğrul, **İkinci Dünya Savaşı İçinde Türk Bütçeleri**, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayını, Ankara, 1978.
- BORATAV, Korkut, **Türkiye'de Devletçilik**, Savaş Yayınları, Ankara, 1982.
- BORATAV, Korkut, **Türkiye İktisat Tarihi 1908 - 2002**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003.
- BULUTOĞLU, Kenan, **Türk Vergi Sistemi**, Çağlayan Kitabevi, İstanbul, 1967.
- ÇETİNOĞLU, Ali Sait, **Ekonomik ve Kültürel Jenosit: Varlık Vergisi 1942 - 1944**, Belge Yayınları, İstanbul, 2009.
- İNCİ, İbrahim, "1923 - 1960 Döneminde Türkiye'de Tarım Faaliyetleri Üzerinden Alınan Vergiler", **Sakarya Üniversitesi Fen Edebiyat Dergisi**, Y. 2009, C. 11, S. 1, (s. 109 - 130).
- KAFAOĞLU, A. Başer, **Varlık Vergisi Gerçeği**, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2005.
- KAYRA, Cahit, **Savaş Türkiye Varlık Vergisi**, Tarihçi Kitabevi, İstanbul, 2011.
- KAZGAN, Gülten, **Tanzimat'tan 21. Yüzyıla Türkiye Ekonomisi - Birinci Küreselleşmeden İkinci Küreselleşmeye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002.
- KAZGAN, Gülten / KAZGAN, Haydar, "Türkiye'de Ziraat Kazançlarının Vergilendirilmesi İle İlgili Bir İnceleme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. Ekim 1959 - Temmuz 1960, C. 21, S. 1 - 4, (s. 62 - 118).
- KEYDER, Beysan, "Ziraat Sektörde Vergilendirme", **Maliye Enstitüsü Konferansları, Dördüncü Seri - Sene 1956**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959, (s. 157 - 171).
- KEYDER, Çağlar, **Dünya Ekonomisi İçinde Türkiye (1923 - 1929)**, Yurt Yayınevi, Ankara, 1982.
- OKANDAN, Recai, "Millî Korunma Kanunumuzun Kıymet ve Ehemmiyeti", **C.H.P. Konferanslar Serisi - Kitap: 15**, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara, 1940, (s. 1 - 12).
- OKÇUOĞLU, İbrahim, **Türkiye'de Kapitalizmin Gelişmesi İç Pazarın Oluşma Süreci - İkinci Kitap (1923 - 1950 Arası)**, Ceylan Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- OKUYAN, M. Çağatay, **Tek Parti Döneminde Azınlık Politikaları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- ÖKTE, Faik, **Varlık Vergisi Faciası**, Nebioğlu Yayınevi, İstanbul, Birinci Bası.
- ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara, 2010.
- ÖZER, Sevilay, "II. Dünya Savaşı Yıllarında Uygulamaya Konulan Toprak Mahsulleri Vergisi ve Köylü Üzerindeki Etkisi", **Tarihin Peşinde -Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi-**, Y. 3, S. 5, Nisan 2011, (s. 215 - 234).
- PAMUK, Şevket, **Seçme Eserleri II - Osmanlıdan Cumhuriyete Küreselleşme, İktisat Politikaları ve Büyüme**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.
- PUR, Hüseyin Perviz, **Varlık Vergisi ve Azınlıklar**, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- ŞENER, Sefer, "İkinci Dünya Savaşı Yıllarında Türkiye'de Tarım Politikası Arayışları", **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2004 / 1, S. 7, (s. 73 - 92).
- TEKELİ, İlhan / İLKİN, Selim, **Cumhuriyetin Harcı - İkinci Kitap - Köktenci Modernitenin Ekonomik Politikasının Gelişimi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004. TÜRK, İsmail, "Cumhuriyet Döneminde Vergi Sistemimizin Gelişmesi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi - Atatürk Özel Sayısı**, Y. 1981, C. 36, No: 1 - 4, (s. 335 - 357).
- TEZEL, Yahya Sezai, **Cumhuriyet Döneminin İktisadi Tarihi (1923 - 1950)**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2002.
- YERASİMOS, Stefanos, **Az gelişmişlik Sürecinde Türkiye 3 - I. Dünya Savaşından 1971'e**, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1976.

**Diğer Kaynaklar**

- Millî korunma kanunu lâiyhası ve Muvakkat encümen mazbatası (1/301), **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VI, C. 8, İ. 27, 18.1.1940 günlü birinci celseye ek 64 sayılı basmayazı.
- TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VI, C. 8, İ. 27, 18.1.1940, Ankara, TBMM Matbaası.
- TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 3, İ. 33, 4.6.1943, Ankara, TBMM Matbaası.
- TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 9, İ. 44, 19.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası.

**TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 9, İ. 45, 20.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası.  
**TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 9, İ. 46, 21.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası.  
**TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 9, İ. 47, 22.4.1944, Ankara, TBMM Matbaası.  
**TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VIII, C. 5, İ. 62, 21.5.1947, Ankara, TBMM Matbaası.  
**Resmi Gazete**, 16.06.1939, S. 4234.  
**Resmi Gazete**, 26.01.1940, S. 4417.  
**Resmi Gazete**, 05.12.1940, S. 4678.  
**Resmi Gazete**, 27.12.1940, S. 4697.  
**Resmi Gazete**, 28.12.1940, S. 4698.  
**Resmi Gazete**, 06.01.1941, S. 4704.  
**Resmi Gazete**, 14.02.1941, S. 4734.  
**Resmi Gazete**, 18.02.1941, S. 4737.  
**Resmi Gazete**, 04.06.1941, S. 4825.  
**Resmi Gazete**, 18.06.1941, S. 4837.  
**Resmi Gazete**, 14.08.1941, S. 4886.  
**Resmi Gazete**, 18.08.1941, S. 4889.  
**Resmi Gazete**, 27.11.1941, S. 4969.  
**Resmi Gazete**, 17.12.1941, S. 4986.  
**Resmi Gazete**, 23.12.1941, S. 4991.  
**Resmi Gazete**, 19.01.1942, S. 5010.  
**Resmi Gazete**, 03.02.1942, S. 5023.  
**Resmi Gazete**, 14.02.1942, S. 5033.  
**Resmi Gazete**, 15.05.1942, S. 5107.  
**Resmi Gazete**, 18.06.1942, S. 5135.  
**Resmi Gazete**, 17.07.1942, S. 5160.  
**Resmi Gazete**, 01.08.1942, S. 5173.  
**Resmi Gazete**, 12.11.1942, S. 5225.  
**Resmi Gazete**, 20.10.1942, S. 5238.  
**Resmi Gazete**, 19.01.1943, S. 5308.  
**Resmi Gazete**, 15.05.1943, S. 5405.  
**Resmi Gazete**, 22.05.1943, S. 5410.  
**Resmi Gazete**, 28.05.1943, S. 5415.

**Resmi Gazete**, 07.06.1943, S. 5423.  
**Resmi Gazete**, 30.06.1943, S. 5443.  
**Resmi Gazete**, 15.07.1943, S. 5456.  
**Resmi Gazete**, 11.09.1943, S. 5505.  
**Resmi Gazete**, 14.12.1943, S. 5577.  
**Resmi Gazete**, 03.01.1944, S. 5593.  
**Resmi Gazete**, 28.04.1944, S. 5693.  
**Resmi Gazete**, 10.06.1944, S. 5727.  
**Resmi Gazete**, 11.08.1944, S. 5780.  
**Resmi Gazete**, 29.06.1945, S. 6044.  
**Resmi Gazete**, 26.01.1946, S. 6216.  
**Resmi Gazete**, 24.05.1946, S. 6315.  
**Resmi Gazete**, 27.05.1947, S. 6616.  
**Resmi Gazete**, 23.11.1949, S. 7361.  
**Resmi Gazete**, 25.05.1951, S. 7817.  
**Resmi Gazete**, 09.04.1952, S. 8081.  
**Resmi Gazete**, 11.04.1952, S. 8083.  
**Resmi Gazete**, 12.03.1954, S. 8656.  
**Resmi Gazete**, 13.03.1954, S. 8657.

Seyhan Milletvekili Sinan Tekelioğlu'nun, Toprak Mahsulleri

Vergisi Kanununun kaldırılması hakkındaki kanuna ek 2/10, Çorum Milletvekili Necdet Yücer'in, 4888 sayılı Kanuna ek 2/19 sayılı Kanun teklifleriyle Toprak Mahsulleri Vergisi artıklarının taksitlendirilmesi hakkında 1/49 sayılı Kanun tasarısı ve Tarım, Maliye ve Bütçe Komisyonları raporları, **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VIII, C. 5, İ. 62, 21.5.1947 günlü birinci celseye ek 64 sayılı basmayazı.

Toprak mahsulleri vergisi hakkında kanun lâyihası ve Muvakkat encümen mazbatası (1/76), **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 3, İ. 33, 4.6.1943 günlü birinci celseye ek 66 sayılı basmayazı.

Toprak mahsulleri vergisi hakkında kanun lâyihası ve Muvakkat encümen mazbatası (1/226), **TBMM Zabıt Ceridesi**, D. VII, C. 9, İ. 44, 19.4.1944 günlü birinci celseye ek 89 sayılı basmayazı.

## KISALTMALAR CETVELİ

**bkz.** : Bakınız  
**C.** : Cilt  
**CHP** : Cumhuriyet Halk Partisi  
**D.** : Devre  
**Ibid.** : Aynı eserde  
**İ.** : İnikat  
**kg** : Kilogram

**md.** : Madde  
**No** : Numara  
**S.** : Sayı  
**s.** : Sayfa  
**TBMM** : Türkiye Büyük Millet Meclisi  
**Y.** : Yıl

# Sanat Özgürlüğü

## Araştırma

### Bilge BİNGÖL\*

\* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD.  
(Res. Asst., Hacettepe University Faculty of Law, Public Law Department) (E-posta: bilge.bingol@hacettepe.edu.tr)

## ÖZET

Sanat, hem insanın yaratıcı yönünü biçimlendirir, hem de onun toplumsal varlığının bir parçasını oluşturur. Bu nedenle sanatçılar her dönemde kimi zaman toplumda kimsenin söylemeye cesaret edemediklerini söylemiş, kimi zaman kitleleri provoke etmiş, kimi zaman da toplumu eğitici rol üstlenmişlerdir. Buna karşın devletler de her dönemde kimi zaman sanatı kendi lehlerinde kullanmışlar, kimi zaman da sınırlamışlardır. Ancak yine de sanat özgürlüğü bir insan hakkı olarak anayasalarda tanınmıştır. Çalışmada sanat özgürlüğünün 1982 Anayasası bağlamında, yeri geldiğinde Alman Anayasası ile de kıyaslanarak, nitelenmesi ve sınırlandırılması problemi tartışılmıştır. Sanat özgürlüğünün, sanatın anlamı ve işlevi gereği sınırsız bir özgürlük olması gerekmektedir. Sanat özgürlüğünün tek sınırı başkalarının kişilik hakları ile insan onuru olmalıdır. Ancak bu durumda dahi, somut olaya özgü olarak karar verilmelidir.

### Anahtar Kelimeler

Sanat, sanat özgürlüğü, temel hakların sınırlandırılması, 1982 Anayasası, Alman Anayasası

## ABSTRACT

### FREEDOM OF ART

Art shapes the creative part and it completes the social side of the humans. Therefore in every era, the artists have mentioned all the things in which a society nobody could dare to tell, they provoked the masses and sometimes they carried the role of educators. On the contrary, the states have used the art for their sake and mostly they have limited it. However, the freedom of art has gained recognition in most constitutions. This article discusses the character and the limitation problem of the freedom of art, according to the 1982 Constitution of Turkey, compared partially to the German Constitution. The freedom of art should be absolute. The only limit for the freedom of art should be the human dignity and the others' rights. But even in this case, it should be decided according to every particular situation.

### Keywords

Art, freedom of art, the limitation of basic rights, 1982 Constitution of Turkey, German Constitution

## ÖNSÖZ

Günümüzü bir sürdürülebilir tüketim çağı" olarak adlandırabileceğimizi düşünüyorum. Bu çağda insanlık kendisine ilişkin her türlü değeri unutmüş, tuhaf bir "aşırılık ve karmaşıklık" tünelinin içinde kaybolmuş gibi gözükmektedir. Bu süreçte devletin de kendisiyle kavga ettiğini, onun da bu "aşırılık ve karmaşıklıklardan" kendisini kurtaramadığını, tükenerek kendisini tekrarlamaya başladığını görüyoruz artık. Anayasalar bir takım çıkarların ve değersiz amaçların aracı haline gelirken, insan da artık karman çorman olmuş geçmişi ve belirsizliklerle dolu geleceği arasında, yok olmanın kapısını aralamış olarak beklemekte.

"İnsanlık"tan çıkıp "insanimsılık"a dönüşen ve kendini unutan insandaki aşırı şüphecilik, beraberinde aşırı bir güvenlik ihtiyacını getirmiş. Kavramların ve hatta kelimelerin anlamları sorgulanıyor, kimsenin ne dediği anlaşılmiyor. Konuşulan ve yazılan her şeyden şüphe duyuluyor. Her türlü gizlenmesi gereken kötü duygu da, ancak şüphenin olmadığı savaş arenasında rahatça açığa çıkabiliyor. Bu yüzden tek iletişim aracı "savaş" olmuş... Şüphe duyan insan kendisini kısıtlanmış hissediyor ve savaşırken özgürlüğünün tadını çıkartıyor; özgürleşmek için sahte savaşlar yaratmak zorunda çünkü...(!)

Aslında sahte olan bu savaş arenasında, "mutluluk ve barış" ise pazarlanan bir "mal" konumuna indirgenmiş oluyor. Dolayısıyla barışı ve mutluluğu satın almak için insan yine bir savaşa giriyor. "Mutluluk için savaşmak", "Barış için savaşmak" insanların tek amacı haline gelirken, barış ve mutluluk olmadıkları bir şeylermiş gibi pazarlanıyorlar ve böylece, peşlerinden koşuldukça kendilerinden daha da uzaklaştığımız tuhaf bir durum ortaya çıkıyor. Bu da sürekli bir tatminsizlik ve her defasında daha çok savaşı beraberinde getiriyor. Oysa tüm bu savaşlar sahte... Öte yandan insanlar arasındaki iletişimin kopmasının nedeni böylesine karmakarışık bir ortamın sebep olduğu aşırı şüpheciliktir. Korkan insan şüphe duyar, korkusunun nedeni ise karşısındakini bilmemesidir. Bilmek için dinlemek ve anlamak gerekir. Oysa şüphelenen insan kendisini ifade etmekten kaçınırken, karşısındakinden de bir o kadar çok şey elde etmeye çalışır. Ancak karşısındakinden de zaten önceden şüphelendiğinden, karşıdaki insanın düşünceleri açıklandığı anda ölü doğmuş olur. Böylece ileri sü-

rülen fikirler değerini yitirmiş birer "söz çöplüğü" konumuna indirgenir ve insanlar arasındaki iletişim biter. Herkes kendisini daha çok korumak ve gizlemek isterken bir yandan da kendisini aslında olmadığı birisiymiş gibi aktarmaya çalışır. Ve yine savaş olur...

"Dünya aydınlık olsaydı sanat olmazdı."

Albert Camus

## GİRİŞ

Devlet ve sanat ilişkisi açısından sanat özgürlüğünü irdelerken **hareket noktası** kendiliğinden, sanatın anlamı ve özü olan **yaratıcılık** ile, devletin varlık nedeni olan düzen kurma ve bunun için onda içkin olan **otoritenin çatışması** merkezli olur. Dünyadaki çeşitli devletler, yasal düzenlemelerle, belli dönemlerde de olsa sanatı ve sanatçıyı bir şekilde devletin ideolojisi doğrultusunda sınırlandırmaya çalışmıştır. Bu sınırlandırma, devletin varlık nedeni olan düzen ihtiyacından ve otorite olgusundan kaynaklanmaktadır. Buna karşılık sanat ise, her dönemde ve her devlette hep çatışma olgusunu dile getirmiş, karşıt düşüncelerin ifadesi olmuş, eleştirel bir bakışla, kitleleri provoke etmeye kadar ulaşan boyutlarda üretilmiştir.

Özellikle "toplumcu gerçekçi" sanat akımının doğumuna ön ayak olan Sovyetler Birliği'nde oluşan "parti sanatı" anlayışı ve Meksika'da 1920'lerde uygulanmaya başlanan ve hükümet programının bir parçası haline gelen okur-yazar olmayan halkı eğitmek amacıyla geliştirilmiş "duvar resimleri projesi" devletin sanatı ne denli denetim altına alabileceğinin en iyi örnekleridir. Örneğin Lenin, "*Parti Örgütü ve Parti Edebiyatı*" yazısında belirttiği "*...edebiyat proletaryanın genel davasından bağımsız, bireysel bir girişim olamaz kesinlikle. Kahrolsun partisiz yazarlar! Kahrolsun edebiyatın üstün insanları! Edebiyat, proletaryanın genel davasının bir parçası haline gelmeli, bütün proletaryanın politik olarak bilinçli bütün öncüleri tarafından harekete geçirilen o tek ve büyük Sosyal-Demokrat mekanizmanın 'küçük bir çarkı ve vidası' olmalıdır...*"<sup>1</sup> düşüncesiyle edebiyatın, devrime hizmet etmesi gerektiğini vurgulamıştır. Sanat ona göre geleceğin projelendirilmesinde temel bir güçtür.

1 LENİN, Viladimir İliç, **Parti Örgütü ve Parti Edebiyatı**, <http://www.kurtuluscepheci.com/lenin/edebiyat.html> (erişim tarihi: 28.09.2011).

Meksika örneğine gelince; 1920'lerde Meksika'da seçimle işbaşına gelen Obregion hükümetinin Eğitim Bakanı José Vasconcelos, halkın kısa sürede eğitilmesini ve aydınlatılmasını amaçlamıştır. Bu program ile halkı Katolik kilisesinin baskısından kurtarmak, yapılan yenilikleri halka benimsetip yerleştirmek, her şeyden önce de, Meksikalılara geçmişlerine inen tarihsel süreçten gelen bir özdeşlik kazandırmak ve Meksika'da aydınlanma dönemini başlatmak istemiştir. Halkın yüzde seksen beşinin okuma yazma bilmediği Meksika'da eğitim bakanının amaçlarını gerçekleştirebilmesi için kitaplar ve söylevler çok yetersiz kaldığından, José Vasconcelos, duvar resimlerinin, programlanan ilkeleri halka ulaştırmada çok iyi birer iletişim aracı olacağını anlamıştır. Kültürel programları halka ulaştırmak için "Duvar Resmi Programı"nı başlatarak yurtdışında bulunan tüm Meksikalı sanatçılara çağrıda bulunmuştur<sup>2</sup>.

Gerçekten de geniş kitlelere en etkili şekilde ulaşmak isteyen tüm hükümetler sanatın gücünü fark edip bunu kullanmaktan çekinmemişlerdir.

Meksika ve Sovyetler Birliği gibi Almanya da, özellikle Nazi döneminde sanatı sıkı bir denetim altına almaya çalışmıştır. 1930'larda Nazi Almanya'sında modern sanatların tüm ifade alanları, "insan altı" diye damgalanıp yasaklanmıştır. Naziler, "estetik hayatın politikleştirilmesi ve politik hayatın estetikleştirilmesi" ilkesinin olağanüstü yöntemlerini uygulayarak sanat alanlarını basitleştirmişlerdir. Onlar için sanatsal yöneliş, tek ideolojik yöneliş olan üstün ırkın yaratılması açısından bir güç göstergesidir. İşte bu anlayışın ülküsü etrafında yapılan düzenlemelerle tüm Almanya'da hem politik, hem sanatsal içeriği sorgulamak ve öğrenmek yasaklanmış, bunların yerine sadece "inanmak" zorunlu hale getirilmiştir.

Sanatın gücünü vurgulayan ve devletler tarafından sanatın bir araç olarak kullanılabilme potansiyelini bizlere gösteren tüm bu örnekler çoğaltılabilir. Ancak burada göz ardı edilmemesi gereken nokta, sanat özgürlüğünden ne anlaşılması gerektiği ve sanat özgürlüğünün devletlerin kendilerini geliştirmesine ve diğer devletlerle olan ilişkilerine ne denli katkı sağlayabileceğidir.

Bu doğrultuda, çalışmanın ilk kısmında öncelikle **sanatın anlamına**, **işlevine** ve sanatın toplumla olan ilişki ve etkileşimine değinilerek sanat özgürlüğündeki "sanat"ın kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır. Sanatın biri toplumsal, diğeri bireysel olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Bu bölümde özellikle, sanatın toplumsal işlevi ve anlamı dolayısıyla, onun, bireyin kendini gerçekleştirmesinden yola çıkılarak, toplumsal ve kültürel bir kimlik yaratılmasındaki rolü üzerinde durulacaktır. Bir başka ifade ile, sanatın bireysel işlevi aynı zamanda toplumsal işlevine de hizmet etmektedir. Sanat insanın kendi doğasını açığa çıkarttığı öznel bir alan olmanın yanı sıra, toplumsal olarak da anlamı olan bir olgudur. Bu nedenle devletler Anayasalarında sanat özgürlüğünden söz ederlerken, sanatı ve sanatçıyı başka bir takım hak ve özgürlüklere getirdikleri sınırlamalarla ve özellikle de devletin resmi ideolojisi ile sınırlamaya çalışırlar. Oysa, sanat özgürlüğünün kapsamı ve niteliği, devletin resmi ideolojisi ile değil, sanatın amacı, anlamı ve işlevi ile belirlenmelidir.

İkinci bölümde, sanat özgürlüğünün **Anayasal bağlamda** niteliği ve kapsamı üzerinde durulacak ve onun norm alanı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Sanat özgürlüğü, insanların kendilerini ifade etmelerini sağlayan bir araç olarak hem sıkı sıkıya insanın kişiliğine bağlı bir hak, hem de kültürü oluşturan, insanı toplumsallaştıran bir olgu olarak kurumsal garanti öngören bir özgürlüktür. Bu bölümde ayrıca sanatın bir ifade şekli olması açısından diğer iletişimsel hak ve özgürlüklerle ilişkisine de değinilerek kapsamı daha net belirlenmeye çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde, Türkiye'de sanat özgürlüğünün sınırlandırılması problemi Anayasanın 27. ve 64. maddeleri çerçevesinde irdelenecek ve özellikle Alman Anayasası'ndaki düzenlemeler ile kıyaslanarak sanat özgürlüğünün sınırlandırılması problemi üzerinde durulacaktır. Daha sonra da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Müller ve Diğerleri - İsviçre kararı, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Mephisto kararı ve bir şarkı ile ilgili olarak vermiş olduğu karar irdelenecektir.

## I. SANATIN ANLAMI VE İŞLEVİ

Sanat özgürlüğünün tanımlanabilmesi için öncelikle sanatın neyi ifade ettiğinin ve sanatın gerek toplumsal, gerekse bireysel olarak nasıl bir işleve

2 ENCINAS, Rosario, **José Vasconcelos (1882-1959)**, UNESCO: International Bureau of Education, 2002, s. 6; [http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user\\_upload/archive/publications/ThinkersPdf/vasconce.pdf](http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/archive/publications/ThinkersPdf/vasconce.pdf) , (erişim tarihi: 23.09.2011).

sahip olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Sanatın işlevleri daha net ortaya konulabilirken, sanatın ne olduğu konusunda gerek filozoflar, gerek sanatçılar objektif bir tanım üzerinde anlaşamamışlardır. Bu nedenle sanata ilişkin bir tanım vermektense onun anlamından yola çıkarak sanatın ne olduğunun ortaya konulması daha yararlı gibi gözükmektedir.

## A. SANATIN ANLAMI

Sanata ilişkin referans kaynaklarda yer alan çeşitli tanımlamalar birbirine benzemektedir. Sanat, "bir duygunun, bir tasarımın, bir güzelliğin ortaya konulmasında kullanılan yöntemin tümü ve yaratıcılık" olarak tanımlanmaktadır<sup>3</sup>. Bir başka kaynağa göre sanat, "başkalarıyla paylaşılabilir estetik nesnelere, çevrelere ya da deneyimlerin yaratılmasında yeteneğin ve düş gücünün kullanılması"dır<sup>4</sup>. Aynı doğrultuda sanat, "hoşa giden biçimler yaratma gayreti"<sup>5</sup> ve "bir duygunun, tasarımın veya güzelliğin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık"<sup>6</sup> olarak tanımlanmıştır. Tüm bu tanımlarda dikkat çeken unsurlar, yaratıcılık, güzellik ve paylaşımdır. Geleneksel olarak sanat, sadece estetik sonuçlara yönelik *güzel sanatlar* ile, dil, konuşma ve mantık yoluyla ifade yeteneğini kapsayan *özgür sanatlar* olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna ek olarak işlevsel sonuçlara yönelik, mimari, çanak-çömlek, dokumacılık ve grafik tasarım gibi alanlar da sanat olarak değerlendirilmektedir. Güzel sanatlarla ilişkin alanlar, edebiyat (şiir, tiyatro, öykü, roman, vb.), görsel sanatlar (resim, desen, heykel, vb.), grafik sanatlar (resim, desen, çizim ve diğer iki boyutlu ifade türleri), plastik sanatlar (heykel, modelaj, vb.), dekoratif sanatlar (mobilya tasarımı, mozaik, vb.), gösteri sanatları (tiyatro, dans, müzik), müzik (besteler) ve mimari olarak sınıflandırılmaktadır<sup>7</sup>.

Sanat özgürlüğü değerlendirilirken genellikle sanat kavramı ile ilişkilendirilen *güzellik* ise, duyu-

larımız arasındaki biçim bağlantılarının birliğidir. İnsan, duyarının önüne koyulan şeylerin biçimine, yüzeyine ve kütesine göre davranır. Dolayısıyla bu biçim, yüzey ve kütle belli ölçülere göre düzenlenmişse nesne insanın hoşuna gider. Bu da güzellik duygusudur ve kavram aslında eski Yunandan doğan bir ideal felsefenin ürünüdür. Söz konusu felsefe, Apollon veya Afrodite gibi mükemmel biçimli, mükemmel ölçülü ve doğanın en yüksek noktası olan ideal insanın yüceltilmesi fikrine dayanmaktadır. Bu nedenle eski Yunandan itibaren insanlar sanatta bir geometrik kanun bulmaya çalışmışlardır; çünkü sanat güzellik, güzellik de ahenk demek olduğundan; ahenk de orantıların gözetilmesinden doğduğundan, bu orantıların değişmezliğini kabul etmek akla yatkın olmaktadır<sup>8</sup>. Ancak sanat tek bir idealin plastik olarak ifadesi değildir ve sanat kavramı hakkındaki anlaşmazlıkların çoğu, sanat ve güzellik kelimelerinin kullanılışındaki özensizlikten ve birbirleriyle ilişkilendirilme biçimlerinden kaynaklanmaktadır<sup>9</sup>. Read'e göre, sanat ve güzellik kelimeleri yanlış kullanılmaktadır. Şöyle ki, her güzelliğin sanat, sanatın da güzellik olduğu yönünde geçmişten beri gelen inanın aslında yanlıştır. Sanatın değerlendirilmesindeki güçlük, işte bu yanlış inanıştan kaynaklanmaktadır. Sanatın güzellik olması şart değildir ve tarihten bugüne sanata bakıldığında, çoğu kez onun güzellikle ilgisi olmadığı görülür<sup>10</sup>. Bir sanat yapıtının güzelliği ile, güzel bir şeyin bir sanat yapıtında temsil edilmesi birbirinden farklı şeylerdir. Güzellik kavramının ise nesnel bir değeri olamaz; o yalnızca bazı biçimlerin bize verdiği bir duygudur. Güzellik, herkesin kişisel değerlendirmesine dayalı öznel bir kavramdır. Bir şey, ben güzel bulduğum için güzeldir<sup>11</sup>.

İnsanlık tarihinde sanatçılar, özellikle de endüstri çağından bu yana belirli güzellik kalıplarını, gelenek ve teknikleri yıkıp sanatı yeni ufuklara yöneltmek için çaba sarf etmişlerdir. 19. yüzyıldan itibaren gelişen sanat anlayışı olan empresyonizm ile başlayan ve günümüze değin içerik değiştiren bir çok sanat akımı olmuştur; fovizm, kübizm, so-

3 İSLİMYELİ, Nüzhet, **Sanat Terimleri Ansiklopedisi**, Ankara Sanat Yayınları, Cilt 2, 1976, s. 710.

4 **Anabritannica**, Cilt 19, s. 80.

5 ERSOY, Ayla, **Sanat Kavramlarına Giriş**, (çev. G. İnal-N. Asgari), 3. B., Yorum Yayınları, İstanbul, 2002, s. 5; aynı şekilde READ, Herbert, **Sanatın Anlamı**, 2. B., Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Sanat Dizisi: 19, İstanbul, 1974, s. 18.

6 **Türk Dil Kurumu-Türkçe Sözlük**, İstanbul, 1992.

7 **Anabritannica**, Cilt 19, s. 80.

8 GOMBRICH, Ernest, H, **Sanatın Öyküsü**, (çev. B. Cömert), Remzi Kitabevi, Ocak 1986, s. 69-70; READ, 1974, s. 20, 23.

9 READ, 1974, s. 17, 19.

10 READ, 1974, s. 19.

11 ARMAÇAN, İbrahim, **Sanat Toplum Bilimi - Demokrasi Kültürüne Giriş**, İleri Kitabevi, İzmir, 1992, s. 56-57.

yut sanat, konstrüktivizm, dada, fütürizm, sürrealizm, pop-art, op-art, art nouveau, hiper realizm, çevre sanatı, olay sanatı, kinetik (aksiyon) sanat, minimalizm, land art gibi anlayışlar ortaya çıkmıştır. Tüm bu akımların ortaya çıkışında ise sanatçının kendisini özgürce ortaya koyma çabası vardır<sup>12</sup>. Öyle ise sanatın anlamı ilk olarak özgürlük ve yaratıcılık ile oluşturulabilir.

Sanata içkin olan özgürlük ilk olarak sanatta geleneklerin de parçalanmasına yol açan 1789 Fransız Devrimi ile hissedilmeye başlanmıştır. Turani, sanat adına kazanılan özgürlüğün Fransız Devrimi ile doğru orantılı olarak geliştiğini belirtmiştir:

"...1789 Fransız Devrimi'nin yarattığı en büyük düşünce yeniliği, yeryüzünde akıl edilmiş ilk devlet düzeni olan monarşi gibi, yeni bir devlet, yeni bir toplum düzeni getiriyordu. Bu nedenle, monarşinin binlerce yıl yaratıp geliştirdiği değerler ve kurumlar, fonksiyonlarını yitireceklerdi. Bu denli köklü bir değişiklin patlak verdiği Fransız Devrimi sonunda, tüm dünyaya örnek olacak demokratik parlamenter yönetim dönemi başlıyordu... Bireyin kendi iradesini kazanması olayı, Fransız İhtilali'nin getirdiği en önemli yenilikti ve bu irade, kendi isteğini özgür olarak sanata getirecekti"<sup>13</sup>.

Bu kapsamda 1836 yılında Victor Coussin<sup>14</sup> tarafından sanatçının bağımsızlığına ilişkin verilen bir önerge Fransız Parlamentosu'nda yasalaşmıştır. Ancak özgürleşme bağlamında eskiyi aşip denenmemiş üsluplar yaratan kimi sanatçıların yapıtları söz konusu yasalaşmaya rağmen sergilere kabul edilmemiştir. Bu olaylarla ilgili önemli bir örnek olarak, 1863 yılında, Akademi üyesi ressamlarının, Manet'nin çalışmalarını Salon'a kabul etmemeleri verilebilir. Manet'nin resimleri salona kabul edilmediğinde o kadar büyük bir karışıklık olmuştur ki, yetkili makamlar, karşı çıkılan yapıtların hepsini "Salon des Refuses" (Reddedilenler Salonu) isimli özel bir sergide sergilemek zorunda kalmışlardır<sup>15</sup>. Bu olay sanatta özgürlük adına ya-

şanmış ve tarihe geçmiş önemli bir olaydır.

Görüldüğü gibi sanatın bireyler açısından anlamını, özgürlük, yaratıcılık ve bireyin iradesini özgürce ortaya koyma çabası oluşturmaktadır. Yalnızca bireysel olarak bir ifade ve yaratım süreci olmanın ötesinde sanatın toplumsal olarak da bir anlamı vardır. Çünkü sanattaki konuların evrimi, toplumsal koşulları ve toplumsal duyarlılığı yansıtır. Örneğin, kutsal konulardan kutsal olmayan konulara geçilmesi, kralların ve soyluların dünyasına halkın girmesi, kent ve köylerdeki günlük yaşamın anlatılmasıyla çalışan insanın sanata konu olabileceğinin anlaşılması, "soylu sınıf dramının" yerini "burjuva tragedyasının" alması sanatın toplumsal olarak da bir anlama ve içeriğe sahip olduğunu gösterir. Bütün bu yeni toplumsal konular yeni bir özü belirtmekte ve sanatta yeni biçimlerin, yeni anlamların ortaya çıkmasını da sağlamaktadır. Değişen toplumsal ilişkiler sanat eserlerinin de değişmesine yol açmıştır. Bir başka ifade ile sanatın evrimi toplumun evriminden ayrı düşünülemez<sup>16</sup>. Çünkü sanatın nesnesi, toplumsal praksiste oluşan değer sisteminin, tarih içindeki değişimine bağlıdır. Sanat belirli değer yönlendirmelerinin olumlanması ya da eski değerlerin biçim ve tarz olarak yenilenmesiyle değişime uğrar. Sanatın bireysel çerçevesinin dışına çıkılıp, sanatsal yaratım ve sanatsal algı süreçleri üzerindeki etkenlerin bir çözümlemesi yapıldığında, görülecektir ki, sanat üretimi ile sanat tüketiminin somut karakteri, doğrudan doğruya ekonomik, toplumsal, siyasal ve dinsel ilişkilerdeki değişimlerle, toplumdaki manevi kültürün, ahlakın ve ihtiyaçların evrimiyle belirlenmektedir<sup>17</sup>.

Jean-Baptiste Colbert ile ressam C. Lebrun'un öncülüğünde kurulmuş, Fransız Kraliyet Resim ve Heykel Akademisi üyelerinin düzenlediği sergilere verilen isimdir. 1737 yılından Fransız Devrimi'ne kadar iki yılda bir yapılan sergiler, Devrim sonrasında yılda bir yapılmaya başlanmıştır. Bu sergiler Paris'teki tek sergi etkinliğidir ve uzun yıllar boyunca resmi akademik üslubun temsil edildiği bir etkinlik olmuştur. Devlet bu Salon Sergileri üzerinde denetim yetkisine sahiptir ve istemediği sanatçıların eserlerini reddedebilmektedir. Yapıtları reddedilen sanatçılar için Reddedilenler Salonu'nun kurulmasının ardından 1881 yılında devlet, Salon Sergilerinin denetim hakkını Fransız Sanatçıları Derneği'ne devretmiştir ancak yine de yenilikçi sanatçıların tepkileri sonlanmamış daha birçok bağımsız Salon'lar oluşmaya devam etmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. **Eczacıbaşı Sanat Ansiklopedisi**, Cilt 3, YEM Yayınları, 2008, s. 1358.

16 ÇEÇEN, Anıl, **Kültür ve Politika**, 2. B., Gündoğan Yayınları, 1996, s. 22.

17 GÖRŞEN, Nurşen, **Tarihsel Süreçte Toplumsal Yapı ve Sanat**

12 ELMAS, Hüseyin, "Ondokuzuncu Yüzyıldan Günümüze Özgürlük Bağlamında Sanat Neydi, Ne Oldu?", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: Eylül, Sayı:15, (s. 281-298), s. 282.

13 TURANİ, Adnan, **Çağdaş Sanat Felsefesi**, Remzi Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 19.

14 "Sanat için sanat" deyimini kullanan ilk kişi Victor Coussin'dir. İSLİMYELİ, 1976, s. 711.

15 GOMBRICH, 1986, s. 406; **Salon Sergileri**, 17. yy'da Paris'te,



Sanat ile toplumsal süreçler arasındaki bağlantıya ilişkin bir diğer anlayış da şöyle dile getirilmiştir: “Her çağdaki sanatsal yaratımın özellikleri ve anlamı; her zaman kendi ifadesi olduğu toplum tasarısıyla nedensel bir bağlantı içinde bulunur.” Bu formüleştirmeye göre sanat, toplumsal tepkilerin ve düşünce farklılıklarının etkisinde kalmıştır. Toplumsal bilinç biçimi geliştikçe ve toplumun manevi yaşam içindeki rolü arttıkça, toplumsal devrimlerin sanat yaratımı üstündeki etkisi de o denli artmıştır<sup>18</sup>.

Sanatın toplumsal olarak anlamına bir başka boyut getiren Fischer, sanatta, çeşitli toplumlar ve zamanlar arasındaki farklılıkların ötesinde özellikler ve anlamlar bulur. Fischer’e göre, sanatın toplumsal olarak sahip olduğu anlam, değişik toplumların, sınıfların ve kültürlerin kendilerine özgü özelliklere sahip sanat eserleri yaratıyor olmalarından öte, evrensel insan özelliklerinin oluşumuna yardım etmesindedir. İnsanlığa ait kavramlar, belli bir sınıfın ya da toplum düzeninin özellikleri ve amaçları ile koşullanmış olsa da, aynı zamanda evrensel kapsayan bir düşünce olma eğilimindedir. Sanata, zamanın içerisindeki gelişim ve değişim durumlarına koşullanmış bir anlam yüklense de, sanat, insanlığın değişmeyen özelliklerini sürekli olarak yaşatır<sup>19</sup>. Örneğin, köleliğe dayanan bir toplumun koşullarını yansıttıkları sürece Homeros, Aiskilos, Sophokles zamanla sınırlı, eski yazarlardır. Ama o toplumda, insanın yüceliğini gördükleri, sınırsız yeteneklerine dikkatimizi çektikleri için bugün yaşıyormuşçasına çağdaşlardır. Prometheus’un yeryüzüne ateşi getirmesi, Odysseus’un yıllarca süren yolculuğu ve dönüşü, Tantalosiel çocuklarının alın yazısı, hala başlangıçtaki güçlerini sürdürmektedir. Antigone’un, bir kandaşını onurlu bir biçimde törenle gömdürme hakkı için savaşını eskimiş saksak ve bu hakkı anlamak için tarihsel açıklamalar gerektiğini bilsek bile, “Ben sevgiye adadım benliğimi, nefrete değil.” diyen Antigone’un kişiliği bugün de her zamanki kadar sarsıcıdır ve heyecan yaratmaktadır<sup>20</sup>.

**Etkileşimi - 2**, <http://www.netyorum.com/sayi/161/20050321-16.htm>, (erişim tarihi: 10.05.2008); aynı şekilde sanat ve toplum ilişkisi için bkz. ARMAÇAN, 1992, s. 27-29.

18 GÖRŞEN, Nurşen, **Tarihsel Süreçte Toplumsal Yapı ve Sanat Etkileşimi - 2**, <http://www.netyorum.com/sayi/161/20050321-16.htm>, (erişim tarihi: 10.05.2008).

19 FISCHER, 1968, s. 12.

20 FISCHER, 1968, s. 12.

Sanatın toplumsal olarak anlamlandırılması en çarpıcı örnek olarak 20. yüzyılın başlarında yaşanan Meksika devrimini gösterebiliriz. Meksika devrimi, bir resim okulunu doğurmuş ve toplumsal eylemin üstün bir anlatımı olarak kendi içinde büyük bir sanat olayı haline dönüşmüştür. Bu türden bir sanat okulunun değeri, varılan sonuçların kesin anlatım gücünden ve modern bir akıma dönüşmüş olmasından gelmektedir<sup>21</sup>. Meksikalı ressam Siqueiros Meksika resim sanatı hakkında şöyle söylemektedir:

“Modern Meksika resim sanatı Meksika Devriminin anlatımıdır. Bu anlatımın sadece İspanya’nın devrim öncesi sömürge döneminin kültürel sonucu olduğunu düşünmek yanlıştır. Çünkü aynı kültürel temel Guatemala, Honduras, Ekvator, Peru ve Bolivya’da da az çok bulunmaktaydı. Devrim olmasaydı Meksika resim sanatı da olmayacaktı.”<sup>22</sup>

Modern Meksika resim sanatı, “duvar resmi” demektir. Halka dönük sanat yaklaşımı daha birçok ülkede görüldüyse de, Meksikalı sanatçılar, devrimcilerle birlikte hareket etmişlerdir. Ülkelere ve halklarını tanımış ve yaşadıkları her şeyi sanat yoluyla anlatmışlardır. Bu gelişime bakarak Meksika resim sanatının birden bire ortaya çıkmadığını, toplumsal bir anlamla dolu olarak oluştuğunu görürüz. 1921’de imzaladıkları bir bildiriyle sanatçılar: “Yapıtlarımızı müzelere kapatmak istemiyoruz. Çünkü oralara ancak zamanı olanlar gidebilir, çalışan kişilerse gidip göremezler. Halk, müzeleri, sergileri görmeye gidemezse o zaman biz sokaklara, işçilerin toplandıkları yerlere sergi açarız. Sokakları ve toplantı yerlerini müzeye çeviririz. Caddelerin, kamu yapılarının, sendika binalarının, çalışanların toplandığı her yerin duvarlarını boyarız.” düşüncesinden hareketle duvar resimlerini yaşanan alanlarda oluşturmuşlardır<sup>23</sup>.

Sanat, öznenin gerçeği sorgulayarak ürettiği bir eylem olarak kendine özgü bir gerçeklik alanı olarak tanımlanabilir<sup>24</sup> ve sanat yapının özelliği

21 BİNGÖL, Yüksel, “Duvar Resminde Rönesans”, **Artist-Modern**, Yıl: 1986, Sayı: 3, (s. 30-31), s. 31.

22 SIQUEIROS, David, Alfaro, **Art and Revolution**, Lawrence and Wishart, London, 1975, s. 56.

23 GÖRŞEN, Nurşen, **Tarihsel Süreçte Toplumsal Yapı ve Sanat Etkileşimi - 2**, <http://www.netyorum.com/sayi/161/20050321-16.htm>, (erişim tarihi: 10.05.2008).

24 ÇAĞLAYAN, Fusun, “Resim ve Toplumsal Etkileşim-Nesneden Özneye Yolculuk”, **Sanatlar ve Toplumsal Etkileşim**, (Ed. M. Çakır Aydın), 1. B., E Yayınları, Şubat 2009, (s. 171-206), s. 171.

ise onun güzel olması değil, herkesin duyarlılığından bağımsız nesnel bir gerçekliliğe sahip olmasıdır<sup>25</sup>. Sonuç olarak sanat, mutlaka güzel olan ya da olması gereken değil<sup>26</sup>; insanın bilincini ortaya çıkartan ve dolayısıyla yaratıcı yönünü biçimlendiren bir olgu, anlatım aracı, ifade biçimi ve toplumsal olan ile diyalektik ilişkisi sonucu, insanın toplumsal varlığıdır.

## B. SANATIN İŞLEVI

Sanatın işlevi sorunu sanata ilişkin en önemli felsefi sorunlardan birisi olmuştur. Bu açıdan birbirine çatışan en temel iki düşünce *sanat için sanat* düşüncesi ile *toplum için sanat* düşüncesi olmuştur. *Sanat için sanat*, "sanat dışında hiçbir amacı amaçlamamayı, güzele, estetiğe, heyecana ve yüceliğe yönelik yaratıcılığı öngörür."<sup>27</sup> "Sanat için sanat" görüşünün hakim olduğu dönemde sanatın işlevinin "güzelliği ifade etmek" olduğu düşünülmüştür. Platon'dan Kant'a kadar birçok filozof, güzelliği ve sanatın nesnelliğini temellendirmeye çalışmışlardır. Ancak güzellik çok da kolay ifade edilemez. Örneğin Kant güzelliği, "evrensel olarak hoş giden" olarak tanımlamış ve buradan yola çıkarak, evrensel ideal olarak "kendinden güzellik" denen bir şeyin var olduğunu söylemiştir. Kant, sanat yapıtlarının, bu doğrultuda olanaklar ölçüsünde ideal olan "kendinden güzellik" denen şeye yaklaşması gerektiğini düşünmüştür<sup>28</sup>. Sanat için sanat anlayışı bireyseli toplumsalın karşısına koyar.

Toplum için sanat anlayışı ise, toplumsal-

25 ARMAÇAN, 1992, s. 58.

26 Burada bir örnek vermek yerinde olacaktır: İnsanlar genellikle güzel buldukları her şeyi sanat olarak adlandırır. Yemek yapmak hoş gidiyorsa bu bir sanat alanı olarak adlandırılır: "Yemek sanatı"; öte yandan Gombrich sanat hakkında şunları söylemiştir: "'Sanat' adı verilen bir şey yoktur aslında, yalnızca sanatçılar vardır; yani bir zamanlar renkli toprakla bir mağaranın duvarına becerebildiklerince bizon resimleri çiziktiren, bugünse boya satın alıp reklam afişleri yapan ve yüzyıllardan beri daha birçok başka şeyler üreten insanlar. Tüm bu etkinlikleri sanat diye tanımlamakta hiçbir sakınca yok, yeter ki bu sözcüğün yer ve zamana göre birbirinden değişik anlamlara gelebileceği unutulmasın ve günümüzde neredeyse bir korkuluk veya tapınç aracı haline gelen ve büyük S ile başlayan Sanat'ın var olmadığının bilincinde olunsun. Bir sanatçıyı, ona göre güzel olmasına karşın, yaptığının 'Sanat' olmadığını söyleyerek, yıkıma sürükleyebilirsiniz. Aynı biçimde, bir tabloyu güzel bulan herhangi bir kimsenin, bu tabloda Sanat değil de başka bir şey söz konusu olduğu söylenerek, kafası pekala karıştırılabilir." GOMBRICH, 1986, s. 4.

27 İSLİMYELİ, 1976, s. 711.

28 ARMAÇAN, 1992, s. 56.

gerçekçi görüşün bir ürünüdür. Sanat, güzeli ifade etmek değil, toplumsal bilincin gerçeği yansıtmasının yollarından birisidir. Bu anlayış, insanın kişiliğini ve yeteneklerini geliştirmesinin, ancak toplumsallığı ön plana alan toplumlarda olanaklı olduğunu savunmaktadır. Düşünce olarak bireyselciliğin ön planda tutulduğu 18. ve 19. yüzyıllarda, sanatın işlevi gerçeği idealize etmek olarak düşünülmüşken, daha sonra "toplum için sanat" anlayışında, sanatın temel işlevinin "güzeli betimlemek" değil, "gerçeği betimlemek" olduğu vurgulanmıştır<sup>29</sup>.

Güzeli ya da gerçeği betimlemenin ötesinde, sanatın işlevi üzerinde durulurken de tıpkı anlamında olduğu gibi bireysel ve toplumsal olarak çeşitli işlevlerden söz edilir. Bireysel olarak sanat, kişinin kendisini ifade etmesidir. Birey, sanatla yalnızca en coşkulu tutku anlarını ifade etmekle kalmaz, farklı duyguları, günlük hayatın bizi göremeyecek kadar uğraşlarla yüklü hale getirdiği düşünce inceliklerini, söylenmesi pek çığ kaçacak sözleri, yapılması pek yersiz kaçacak işleri de canlandırır. Yaşam bir yandan içgüdülerin baskısı, öte yandan hayat koşulları yüzünden mantıklı ve faydacı kalıplara sokularak gelenekler haline getirilmiştir. Alışkanlıklarımız ve yaratmış olduğumuz kurumlar hayatı bir düzen içine almıştır. Öte yandan sanat eserlerinde duygular değişik şekillerde daha derin ve daha zengin bir biçimde açıklığa çıkar. Bu şekilde sanat hayatı yorumlayabilir, daha aydınlık ve daha yoğun bir hale getirebilir<sup>30</sup>. Edman, sanatın işlevini şu şekilde dile getirmiştir:

"Şiiri hayatın bir eleştirisi olarak tanımlayan Mathew Arnold bu tanımını bütün sanatlar için genelleştirebilirdi. Çünkü eleştiri hayatın belli bir kesimi üzerinde düşünme ve yorumlamadır. Kuşkusuz açık yorumlama daha çok edebiyatta bulunacaktır. Bununla birlikte Michelangelo'nun ya da Rodin'in bir heykeli, Beethoven ya da Debussy'nin bir bestesi, temel niteliğe, ruh hali, temposu, ana sese perdesiyle yaşantının yorumlanmasıdır. Beethoven'in Beşinci Senfonisi'ni dinleyen bir kimse, bir ses örgüsünden daha fazlasını, büyük bir ruhun içinde yaşadığı hayatı açıkladığını duyar. Rembrandt'ın yaşlı haham tablolarında ya da El Greko'nun İspanyol soylularında resme alışkın bir

29 ARMAÇAN, 1992, s. 57.

30 EDMAN, Irwin, *Sanat ve İnsan-Estetiğe Giriş*, (çev. T. OĞUZKAN), 2.B., İnkilap ve Aka Kitapevleri, İstanbul, 1977, s. 13-14, 15-17.

yüzün yakaladıklarından daha fazlası vardır. Bu eserler, yalnız gözleriyle görüp kulaklarıyla işitmiş olmakla yetinmeyip, hayatın kendileri için ne gibi bir anlam taşıdığını bir tuvale, bir sese yansıtmış olan kimselerin ifade araçlarıdır. Yani **yaşantının yoğunlaştırılmasını, aydınlatılmasını ve yorumlanmasını** sanat çeşitli derecelerde yerine getirir. Bir çok kimseler için sanat, yalnız duylara yönelik uyarılarla hazlardan oluşur; bir çokları için, insan ruhunun, içinde yaşadığı dünyayı kendine göre aydınlattığı bir dildir. Bazıları için sanat, edinilen yaşantılarla bütün bir hayat görüşünün duyları baştan çıkaran, duyluları harekete geçiren bir ifadedir.<sup>31</sup>

Sanatın işlevsel bir açıklamasını yapabilmek için, onu toplumsal çerçevelere bağlı olarak da ele almalıyız<sup>32</sup>. Toplumsal yaşamın bir parçası olarak sanat, yaşamla iç içe bir işlev üstlenmektedir. Malraux'ya göre sanat, toplumsal gelenek ve alışkanlıklarımızı, güncel yaşamın farklı sorunlarını, çoğu kez dünyanın karanlıkta kalan yönünü ortaya çıkartmak gibi bir işlevi yerine getiren toplumsal bir olgudur. Lukacs da, Malraux'dan bir aşama daha ileri giderek sanatı, toplum içerisindeki çelişkileri ve aksaklıkları aşmaya yarayan bir araç olarak görmüştür. Lukacs'a göre her türlü insan eyleminin başlangıç ve sonuç noktası insanın toplumsal yaşam içerisindeki davranışında yatar<sup>33</sup>. Bu bağlamda en güçlü sanat yapıtı, geçmiş ve geleceği, şimdiki zaman aracılığı ile birbirine bağlayan bir köprüdür. Çünkü sanat yapıtı geçmiş tartışıp eleştirmekle tarihsel bir boyut kazanır; günceli yansıtmakla toplumsal-gerçekçi bir boyut kazanır; geleceği tasarlamakla da siyasal bir boyut kazanır<sup>34</sup>. İşte sanat bir takım evrensel değerler yaratırken, onun işlevi de ister istemez bireyselden kolektife doğru yönelmiş olur.

Sanatın **düşündürme ve bilinçlendirme** gibi önemli bir işlevi de vardır. Sanat ürünleri de, düşünce ürünleri gibi düşünce kaynağından beslenir ve düşünceyi besler. Öte yandan, sanat eserleri, topluma yöneldiği oranda insanların bilinçlenmesine, toplumsal gerçeklikleri daha iyi kavramasına yardımcı olur. Bu açıdan, özellikle günümüzde, kitlesel iletişim araçlarının gelişmesi ile sanatın geliş-

mesi, yayılması ve halkı bilinçlendirmesi arasında büyük bir bağlantı vardır. Ayrıca, sanat yapıtı tarihsel ve eleştirel bir deneyim kazandırarak insanların aydınlatılmasında önemli bir işlevi de yerine getirir. Böylece yaşam koşullarının değiştirilmesine yardımcı olur. Sanatın bir diğer işlevi **toplumsallaştırma**dır. Sanat, insanların ortak değerleri paylaşımlarına ve bu değerler etrafında toplanmalarına hizmet etmektedir. Yani, insanla sosyal çevresi arasında bir denge sağlar. Sanat genelde, insanın kendini aşmasına yardım eder. Bireyin toplumsal bütünle kaynaşmasına yarayan sanat, insanın değerleri, düşünceleri ve yaşantıları paylaşma yeteneğini yansıtır ve toplumsallaşmaya bu şekilde yardım eder. Sanat, toplumsal yaşamı etkin bir biçimde yansıtmaları nedeniyle, **toplumsal-tarihsel bir bilgi alanı** da oluşturur. Sanatın aynı zamanda insanı yetiştirmek, yönlendirmek, değiştirmek ve yetkinleştirmek gibi bir işlevi de vardır. Bu açıdan sanat, bir **eğitim işlevi** görmektedir, sanat alanı bir eğitim alanı olmaktadır<sup>35</sup>. Sanatın eğitiminin en önemli savunucularından birisi kamusal yaşam ile sanat arasında sıkı bağlantılar kuran John Dewey olmuştur. Dewey demokrasi teorisyenleri içerisinde, demokrasinin olmazsa olmazı olan iletişim olgusunu konuşma / söylev ile ilişkilendirmeyen bir düşünürdür. Ona göre iletişimin en evrensel, en saf hali ve en etkili sanatır<sup>36</sup>.

*Sanatçının Bir Siyaset Düşünürü Olarak Portresi* isimli eserinde Skinner, 13. yüzyılın başları ile 14. yüzyılın ortaları arasında İtalya'da cumhuriyetçi özyönetim idealleri ve yöntemleri konusundaki en önemli siyasi ve felsefi tartışmalara, Aquinalı Thomas ve Padova'lı Marsilius'un yanında bir ressam olan Sienalı Ambrogio Lorenzetti'nin de katılmış olduğunu belirtmiştir. Lorenzetti, 1337-1340 yılları arasında Siena'da Palazzo Pubblico'nun Sala dei Nove adlı salonunda iyi yönetim ve kötü yönetim konulu fresk dizilerinin ressamıdır. Skinner söz konusu resimlerin geleneksel anlamda birer siyaset kuramı metni oluşturmasalar da, döneme ilişkin siyasal mesaj iletmeye niyetinin açık olduğunu belirtmektedir<sup>37</sup>. Fresklerde ileri sürü-

31 EDMAN, 1977, s. 17-18.

32 ARMAĞAN, 1992, s. 21.

33 ARMAĞAN, 1992, s. 57.

34 ARMAĞAN, 1992, s. 58.

35 ARMAĞAN, 1992, s. 59.

36 DEWEY, John, **Art as Experience**, New York: Wideview/Pedegree, 1980, s. 286, 270, 244; Dewey'in demokrasi teorisinde sanatın yeri oldukça büyüktür. Bu konu ileride "Demokrasi ve Sanat Özgürlüğünün Niteliği Üzerine bir Değerlendirme" başlıklı kısımda irdelenmiştir.

37 SKINNER, Quentin, **Sanatçının Bir Siyaset Düşünürü Olarak**

len düşünceler birer siyaset felsefesi metni kadar değer taşımaktadır.

Toplumlar hızla değiştikçe, toplumların arayışları, sanatsal üretim ve etkinlikleri de hızla değişmektedir. Bu durum sanatın toplumsal işlevlerinin ön plana çıkması ile açıklanabilir. Sanat tüm bu işlevlerinin yanında günümüzde, teknolojik gelişmelere bağlı olarak toplumsal yaşamın tüm alanlarına etkili bir biçimde girmiştir. Çağımızın, tekno-bürokratik toplumlarında gittikçe politize olmaya başlayan sanat, bu politizasyon olgusu içinde geleceğe ışık tutmakta ve geleceğe yönelik fikirler de taşımaktadır. Sanatın geleceğe yönelik işlevini Andre Breton şu şekilde ifade etmiştir: “*bir sanat yapısı ancak geleceğin titreşimlerini taşıyor-sa değerlidir.*”<sup>38</sup>

Geçmişte olduğu gibi günümüzde ve gelecekte sanatı apolitik düşünme olanağımız yoktur. Bütün sanat ürünlerinin ve sanat etkinliklerinin açık ya da gizli bir toplumsal mesajı vardır. Bu mesajın amacı, yaşamın adil ve insancıl bir yönde geliştirilmesine ışık tutmaktır. İşte sanat özgürlüğünün niteliğinin ve kapsamının belirlenmesi, onun toplumsal yaşamdaki işlevi ve anlamı ile açıklanabilir. Ancak bu işlev iki yönlü olarak çalışmaktadır. İlki, özellikle toplumda ve insan hayatında karanlıkta kalmış yönleri açığa çıkartarak, yaşamın adil ve insancıl bir yönde gelişmesine yardımcı olmak, ikincisi de, bireyin kendini gerçekleştirmesini sağlayarak onun kişisel gelişimine yardımcı olmaktır. İşte sanat özgürlüğünün hem kapsamı hem de niteliği irdelenirken bu iki işlev bizlere yardımcı olacaktır. Sanatın işlevi açısından dikkat edilmesi gereken en önemli nokta ise, söz konusu işlevleri sanata yüklememektir. Bir başka deyişle, sanatı *işe yarar, sosyal ve ahlaki sorumluluğa sahip bir eylemler kategorisine indirgememek*<sup>39</sup> gerekir. Sanat, belirli işlevleri yerine getirdiği için sanat olmamıştır; sanat söz konusu işlevleri kendiliğinden yerine getirir ve tam da bu nedenle söz konusu işlevlere sahip olduğu için sınırlanmaması gerekmektedir. Diğer yandan, sanat özgürlüğünün sınırlanması genellikle onun siyasi bir içeriğe sahip olabildiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Sanata ilişkin yanlış ama bir o kadar da yaygın bir kanı vardır ki,

**Portresi: Ambrogio Lorenzetti**, Dost Kitabevi, (çev. E. Öz), 1. B., Ankara, Mayıs 1999, s. 31 vd.

38 ARMAĞAN, 1992, s. 2.

39 ÇAĞLAYAN, Füsün, “Resim ve Toplumsal Etkileşim...”, s. 204.

o da sanatın hoş giden bir eylem olması gerekliliğidir. Ancak bu düşünce hem sanatın doğasına aykırı olarak onu ve sanatçıyı sınırlandırır, hem de sanata üstlenmek zorunda olmadığı bir sorumluluk yükleyerek sanatı anlamsızlaştırır<sup>40</sup>.

## II. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ

Sanatın anlamının ve işlevinin ortaya konulmasının ardından hukuk alanına gelindiğinde karşımıza hak, özgürlük, sınırlama gibi kavramlar çıkmaktadır. Sanatsal açıdan sınırların aşılması ve belli kalıpların dışına çıkılması mümkünse de, hukuk bazı sınırların aşılmasına izin vermez. Bu elbette hukukun varlık nedeni olan düzen ihtiyacından ve birbiriyle çatışan çıkarların arasında bir denge kurulması gerekliliğinden kaynaklanır.

İnsan haklarından, bir bütün olarak ve idealize edilmiş bir şekilde bahsediliyor olsa da, konu belli bir hakkın ya da özgürlüğün somut olarak kullanımına geldiğinde insan haklarının dayandırıldığı değerler olan insan ve insan onuru kavramları bir çırpıda unutuluyor; en ufak bir ölçüsüz davranışta<sup>41</sup> ilk olarak insanların bir takım hak ve özgürlüklerine kısıtlamalar getiriliyor<sup>42</sup>. Bu durumun sanat özgürlüğü açısından önemi belki de çok daha büyüktür. Çünkü sanat, insanın kendi varlığını ortaya koyma çabası ile hayat bulan bir eylemdir ve sırf bu yüzden insanın kişilik değeri ve bağımsızlığı ile ilgilidir. Diğer yandan, toplumların yaratıcı yanları onların kültür ve sanat potansiyelini temsil etmektedir. Bu nedenle bir toplumdaki insanların yaratma özgürlüğü iç dinamiklere bağlı olduğu kadar, hukuk sistemlerinin konuya bakış açısına

40 Burada 21. yüzyıl sanatından örneklere bakmak yeterli olacaktır. Örneğin, Maurizio Cattelan’ın Üzerine Gök Taşı Düşmüş Papa ve Dua Eden Hitler gibi eserleri ya da Jake & Dinos Chapman’ın “Arbeit McFries” (Almanya’nın ünlü “Arbeit macht frei” (Çalışmak özgürleştirir) sloganına gönderme olarak.) isimli, bir fabrika görünümüne sahip McDonalds’dan fıskıran zombileri konu alan eseri, sanatın provake etme ve tepki işlevlerine iyi örneklerdir. Bkz. GROSENICK, Uta, RIEMSCHNEIDER, Burkhard (Ed.), **Art Now- 81 Artists at the Rise of the New Millenium**, Taschen, Köln, 2005.

41 Ölçüsüz davranış olarak nitelenen davranışlar genellikle birçok ülkede, siyasi kişilerin çeşitli hayvanlar şeklinde karikatürlerinin çizilmesi ya da iktidara ilişkin sert ve müstehcen sözlerin yer aldığı şarkılar söylenmesi gibi davranışlardır.

42 Sınırlama kolay bir yoldur ve demokrasilerde en ufak bir ölçüsüz eylemde hakların sınırlanmasına gidilmesi yönetimlerin güçsüzlüğünü ve erdemsizliğini gösterir. Toplum ya da tek tek bireyler ne kadar sorumluluk gösterirse gösterebilir, yine de tepedeki kişi veya grubun isteği doğrultusunda hak ve özgürlüklerin kısıtlanması olanaklıdır. ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları**, 3. B., Savaş Yayınları, Ankara, Ekim 2000, s. 74.

ve anayasaların konuyu düzenleme biçimlerine de bağlıdır. Toplumların yaratıcı yönlerinin korunması açısından sanatsal yaratma özgürlüğünün yalnızca yasalarda düzenlenmiş olması yetmemekte, aynı zamanda hukuk sisteminin bir bütün olarak sanatsal yaratma özgürlüğünü güvence altına almış olması gerekmektedir. Aksi takdirde toplumların önünden gitmesi gereken sanatın gelişmesi, hukukun sınırlaması ile tehlikeye girer<sup>43</sup>.

İlk olarak çalışmanın bu kısmında sanat özgürlüğünün kapsamından önce onun, temel haklar bakımından niteliği belirlenecektir. Sanat özgürlüğünün niteliğini belirlerken onun diğer temel hak ve özgürlüklerden bazıları ile olan ilişkisi üzerinde de durulacaktır. Çünkü sanat özgürlüğü, gerek sanatın niteliği gereği, gerekse söz konusu özgürlüğün çeşitli uluslararası belgelerde ve anayasamızda düzenleniş biçimine göre, bazı temel hak ve özgürlüklerle ilişkilidir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde sanat özgürlüğü, düşüncüyü açıklama özgürlüğünün içinde değerlendirilmiştir. Sanat özgürlüğünün niteliğinden sonra onun kapsamı, kişi bakımından, sanatın oluşum alanı bakımından ve sanatın etki alanı bakımından üç ayrı alanda incelenecektir. Söz konusu incelemelerden sonra sanat özgürlüğünün sınırlandırılması problemi öncelikle pozitif hukuka ilişkin olarak daha sonra da olması gereken açıdan irdelenecektir.

## A. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NİTELİĞİ VE KAPSAMI

Bilindiği gibi insan hakları bir bütündür ve birbiriyle ilişkili olarak<sup>44</sup> bir devletin anayasasında ta-

43 ÇEÇEN, Anıl, **Kültür ve Politika**, 2. B., Gündoğan, 1996, s. 58.

44 İnsan haklarının bir bütün ve birbiri ile karşılıklı ilişkili olması gerek Birleşmiş Milletler'in birçok bildirgesinde, gerekse ulusal ve uluslararası öğretilerde genel olarak kabul görmüştür. Ancak bu konuya ilişkin eleştirel bir bakış sunan "Untangling the Indivisibility, Interdependency, and Interrelatedness of Human Rights" başlıklı çalışmaya bakılması önerilir. WHELAN, J. Daniel, "Untangling the Indivisibility, Interdependency, and Interrelatedness of Human Rights", **Human Rights Institute, University of Connecticut, Working Paper 7**, April 2008; bu çalışmada insan haklarının bölünmezliği, birbiri ile karşılıklı olarak bağımlılığı ve ilişkiliğinin sürekli olarak vurgulanmasının nedenleri tartışılmıştır. Özellikle insan haklarının bölünmezliği kavramının, insan haklarını sembolik ve siyasi bir olguya dönüştürdüğü belirtilmiştir. Bölünmezlik kavramı, devlet, sivil toplum gibi kavramlarla ilişkili olarak haklara teorik bir çerçeve çizilmesine yardımcı olabilmesi açısından olumludur. Ancak, insan haklarının bölünmezliği bazı durumlarda siyasi bir retoriğe dönüşüp, içi boşalmış bir slogan gibi de söyleniyor olabilir; s. 10; yine benzer doğrultuda Tekin Akıllıoğlu insan haklarının evrensel-

nındıkları ve korundukları şekliyle, o devletin yapısı açısından belirleyici bir işleve sahiptirler. Bir başka ifade ile, devletlerin niteliği, özgürlükçü mü yoksa baskıcı mı oldukları, ne ölçüde demokratik bir geleneğe sahip oldukları gibi özellikler, söz konusu hakların anayasada ne şekilde düzenlendiğine, pozitif hukuka ne ölçüde girmiş olduklarına ve kamu gücünü kullananların söz konusu haklara yönelik eylemlerine göre değişebilmektedir. Temel hak ve özgürlükler<sup>45</sup> aslında aynı uygarlık

liği ve bölünmezliği gibi ilkelerin tartışma yarattığı durumlardan örnekler vermiştir. Örneğin Asya'da insan haklarının yerel ya da bölgesel niteliğinden söz edilirken, Afrika'da da kişi kavramının Avrupa ve BM'in algıladığından daha farklı olarak, özden değil toplumdaki kaynaklandığının kabul edilmesi söz konusudur. AKILLIOĞLU, Tekin, "İnsan Hakları Uygulamasında İki Farklı Dil: Biz ve Onlar", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. B., TODAİE, Haziran 2000, s. 7-17; benzer doğrultuda Anıl Çeçen de, insan haklarına yönelik olarak her ülkenin kendi çıkarları doğrultusunda yeni yaklaşımlar geliştirme yönünde tutum sergilediğini belirtmektedir. ÇEÇEN, Anıl, "Günümüz Koşullarında İnsan Haklarının Genel Görünümü", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. B., TODAİE, Haziran 2000, s. 5.

45 *Temel hak ve özgürlükler, insan hakları kavramı ile aynı anlamda kullanılabilirliği gibi, anayasa ya da uluslararası sözleşmeler gibi pozitif hukuk metinleri ile tanınan hak ve özgürlükleri ifade etmek için de kullanılabilir. Hatta, kişi hakları, kişi hürriyetleri, kamu hürriyetleri terimleri de insan haklarını ifade etmek için kullanılmaktadır. İnsan hakları kavramı, insanlığın belli bir gelişme döneminde kurumsal olarak bütün insanlara tanınması gereken haklar listesini belirtir. Bu ideal liste, çeşitli ülkelerde, değişik ölçülerde değer kazanmış ve uygulama alanına girmiş olabilir. Ancak, "insan hakları" denilince, genel olarak, daha çok "olması gereken" alanında kalan "ulaşılacak hedefler programı" aklı gelmektedir. KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.13-14; ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2002, s. 119; "İnsan hakları, her insanla ilgili bazı gerekleri dile getirirler. Bu gerekler, insanın değerini tanıma ve koruma istemleri olarak, yani insanları yalnızca insan oldukları için koruma istemleri olarak ortaya çıkarlar. 'İnsanın değeri' derken, bundan insanın diğer canlılar arasındaki özel yerini anlıyorum. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklardır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve ürünleri olarak görünür. Bu özellikler ise, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ya da olanaklar 'insanın değerini' ya da 'onurunu' oluşturur. Böylece, insanın bu yapısal özelliklerini korumak, yani kişilerde insanın olanaklarını geliştirmek, insan türünün davası, insan olan herkesin ödevi oluyor. Diğer yandan, bu türün üyesi olan her tekin hakkı oluyor: bu olanakların geliştirilmesi onun için de sağlanmalı... Bu olanakların her kişide korunmasını istemek, insanın değerini-varlıktaki yerini-, kendi değerimizi korumayı istemek oluyor. Bu da, kişileri sırf insan oldukları için korumayı istemek demek oluyor." KUÇURADI, İoanna, "Felsefe Ve İnsan Hakları", (Haz. İ. Kuçuradi), **İnsan Haklarının Felsefe Temelleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s. 49. İnsan hakları, insanın olanaklarını geliştirmesi için insanın sahip olması gereken, insan onurundan kaynaklanan haklardır. Bu hakların ideal olarak bir bütün olarak hukuk tarafından, bütün insanlara tanınması gerekmektedir. Ancak anayasalarda hakların kullanımına ilişkin olarak bir takım sınırlandırmalar getirilir. Bu çalışmada sanat özgürlüğünün, anayasalarda yer alan*

sisteminin parçalarıdır ve her bir hak grubu değerinin varlık şartı ve nedenidir. Her ne kadar çeşitli açılardan sınıflandırılmış da olsa, gerek kişisel ve siyasal haklar, gerekse ekonomik sosyal ve kültürel haklar arasında karşılıklı bir ilişki vardır<sup>46</sup>. Sanat özgürlüğü, sanatın, hem kültür ile olan ilişkisi gereği, hem de insanın kendisini ifade ettiği en yalın alanlardan bir tanesi olması dolayısıyla, bu ilişkilerin belirgin şekilde görüldüğü özgürlüklerden bir tanesidir.

### 1. İnsan Haklarının Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması Problemi

Temel hak ve özgürlükler, çeşitli açılardan öğretilerde anlayış kolaylığı sağlanması için sınıflandırılmışsa da aslında bu sınıflandırmalar çoğu zaman objektif bir ölçüde dayanmamakta ve sınıflandırmayı yapan yazarın kendi değerlendirmesine bağlı olarak değişebilmektedir. Bir başka ifade ile türdeş ve sınırlı temel hak kümelerinin belirlenmesi zordur. Çünkü, bir hak birden çok kategoriye dahil olabilir<sup>47</sup>. İnsan haklarının bütünlüğü ve birbirine bağımlılığı ilkesi, Birleşmiş Milletlerin de birçok kararında ifade edilmektedir<sup>48</sup>. Örneğin, 13 Mayıs 1968 tarihinde İran'da gerçekleştirilen bir Birleşmiş Milletler konferansı sonunda yayımlanan Tahran Bildirisi'nde, insan haklarının bir bütün olduğu ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olmadan, medeni ve siyasal hakların tam olarak gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiştir. Yine bu doğrultuda 1993 yılında BM'in Viyana Bildirisi de insan haklarının bölünmez, birbirine bağlı ve birbiri ile ilişkili,

evrensel haklar olduklarını belirtmiştir<sup>49</sup>. Bu doğrultuda Luchaire, insan haklarına ilişkin sınıflandırmaların pedagojik yararların ötesinde hukuki bir yarar sağlamayacağını belirtmiştir<sup>50</sup>. Çalışmada sanat özgürlüğünün niteliğinin belirlenmesi ve onun çeşitli sınıflandırmalara göre belirlenen hak türlerinden hangilerine girdiğinin irdelenmesi, sanat özgürlüğünün somut hukuki bir fotoğrafının çizilmesi amacıyla yapılmıştır.

#### 1.1. Jellinek'in Klasik Sınıflandırması

Jellinek'in klasik sınıflandırması insan haklarını, negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları şeklinde gruplandırır. Bu sınıflandırma, devletin birey karşısındaki konumuna göre yapılmıştır. Birçok anayasa, hatta 1961 ve 1982 Anayasaları da temel hak ve özgürlükleri düzenlerken bu klasik sınıflandırmayı göz önünde bulundurmuştur. Örneğin 1982 Anayasası'nda insan hakları, "kişinin hak ve ödevleri" (negatif statü hakları), "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" (pozitif statü hakları) ile "siyasi haklar ve ödevler" (aktif statü hakları) olmak üzere üç grup halinde düzenlenmiştir. Devletin bireyin yaşam alanına müdahale ölçüsüne ve devletin görevlerine göre yapılan bu sınıflandırma insan haklarının birbirine bağımlı ve birbiriyle karşılıklı etkileşim içinde olmalarını göz ardı etmiştir. Çünkü, modern anlayışta bir hak ister devletin müdahalesinin olmasını öngören negatif statü hakları olsun, ister devletin aktif müdahalesini öngören pozitif statü hakları olsun, insan hakları açısından devletin mü-

hak ve özgürlükler olarak ifade edilen temel hak ve özgürlükler açısından niteliği irdelenecektir. Çünkü insan hakları bir bütündür ve her biri diğerinin varlık sebebidir. Bu yönde bkz. ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. B., TODAİE, Haziran 2000, s. 47 vd.

46 ATALAY, Esra, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 6, Sayı: 1, (s. 43-66), s. 51.

47 AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları- I - Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, AUSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:17, İmaj Yayıncılık, Ankara 1995, s. 140; örneğin, mülkiyet hakkı, bireysel yönü ile kişi haklarından, toplumsal yönü ile sosyal haklardan sayılabilir. Yine aynı yönde, toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğü hem kişisel, hem de siyasal bir hak olarak, kullanılış biçimi açısından kolektif bir hak olarak nitelendirilmiştir. Bkz. ATALAY, Esra, "Toplantı Özgürlüğü ve Sınırları", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. B., TODAİE, Haziran 2000, s. 83; ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi...", **2000**, s. 57-58.

48 ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi...", **2000**, s. 48.

49 Tahran Bildirisi için bkz., "Proclamation of Teheran", Final Act of the International Conference on Human Rights, Tahran, 22 Nisan-13 Mayıs, 1968; U.N. Doc. A/CONF.32/41, 3, para.13; United Nations Audiovisual Library of International Law, elektronik belge: [http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/fatchr/fatchr\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/fatchr/fatchr_e.pdf), (erişim tarihi: 27.09.2011), s. 2; aynı yönde 1993 tarihli Viyana Bildirisi için bkz. "Vienna Declaration and Program of Action" 25 Haziran 1993 tarihli Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda kabul edilmiştir; U.N. Doc A/CONF.157/23, 12 Temmuz 1993, para. 5, elektronik belge: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridocda\\_nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.en](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridocda_nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.en), (erişim tarihi: 27.09.2011); benzer doğrultuda Anıl Çeçen, hukuk sisteminin bir bina olarak düşünülürken, hakların o binayı ayakta tutan kolonlar olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla binayı tutan kolonlardan bir tanesi çöktüğü zaman bina da çökecektir. Bir başka deyişle, haklar bir bütün olarak hukuk sistemini meydana getirmektedirler. ÇEÇEN, **2000**, s. 12.

50 LUCHAIRE, F., **La Protection Constitutionnelle des Droits et des Libertés**, Economica, Paris, 1978, s. 78'den aktaran: ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi...", **2000**, s. 58.

dahalesi kaçınılmazdır<sup>51</sup>. Özellikle de günümüzde benimsenen *sosyal devlet* ilkesi ile birlikte, devlet, negatif statü hakkı olarak nitelendirilebilecek bir hakkın tam olarak gerçekleşmesi için yalnızca müdahaleden kaçınmakla kalmaz. Devlet, söz konusu hakkın gerçekleşebilmesi için çeşitli imkanlar da sağlamalıdır. Sosyal hukuk devleti anlayışında devlet, hangi grupta olursa olsun bir hakkın gerçekleşmesi için ne gerekiyorsa yapmakla görevli, hakkın kağıt üzerinde kalmasını önlemek ve söz konusu hakka pratik bir değer kazandırmak zorundadır. Bir başka ifade ile negatif statü hakları, sadece devletin müdahaleleri ile değil, yerine getirmediği edimler dolayısıyla da ihlal edilebilir<sup>52</sup>. Örneğin, toplanma özgürlüğü Jellinek'e göre bir negatif statü hakkıdır. Ancak bu hak, devlete hem geçerli bir neden olmaksızın toplanma özgürlüğünü ihlal etmekten kaçınma, hem de, hakkın kullanılmasını ihlal etmek isteyenlere karşı bir takım koruma tedbirlerini alma zorunluluğunu *yüklemektedir*.

### 1.2. İnsan Haklarının Kullanım Şekilleri Bakımından Sınıflandırılması

Haklar kullanım şekilleri bakımından bireysel ve kolektif haklar olarak sınıflandırılır. Bireysel haklar, hakkın kullanımı için başka bir kişinin katılımına gerek olmayan haklardır. Kolektif haklar ise, topluluk halinde kullanılabilen haklardır. Kolektif haklarda da hakkın sahibi bireydir ancak kişinin bu hakkı kullanabilmesi ancak bir topluluk halinde iken söz konusu olur<sup>53</sup>. Örneğin, dernek kurma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, grev hakkı gibi haklar kolektif haklardandır. Ancak bu ayrımın da istisnaları olabilmektedir. Örneğin din özgürlüğü, inanç boyutu bakımında bireysel bir haktır ancak, dinin topluca yapılması gereken ibadet yönüyle kolektif bir yönü de vardır<sup>54</sup>.

51 DONNELLY, J., **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (çev. M. Erdoğan-L. Korkut), Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 109; ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi...", **2000**, s. 51-52.

52 HABERMAS, Jürgen, **Faktizitaet**, s. 504, 516'dan aktaran: SANCAR, Mithat, **Temel Hakların Yorumu**, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 1995, s. 205.

53 ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi...", **2000**, s. 52.

54 LEBRETON, G., **Libertés Publiques et Droits de l'Homme**, Armand Colin, Paris, 1995, s. 46'dan aktaran: ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi...", **2000**, s. 53.

### 1.3. İnsan Haklarının Yaşam Alanlarına Göre Sınıflandırılması

Bu sınıflandırmada insan hakları çeşitli yaşam alanlarına ya da toplumsal alanlara göre belli gruplara dahil edilmiştir. Bu sınıflandırmaya göre insan hakları, siyasal yaşamı ilgilendiren haklar; *radio-televizyon, basın özgürlüğü, siyasi parti kurma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı*; kültürel yaşamı ilgilendiren haklar; *radio-televizyon, eğitim hakkı, bilim özgürlüğü, sanat özgürlüğü*; ekonomik yaşamı ilgilendiren haklar; *çalışma özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, mülkiyet hakkı*; dinsel yaşamı ilgilendiren haklar; *din ve vicdan özgürlüğü*<sup>55</sup>, gibi çeşitli alanlara göre ayrılabilir. Ancak söz konusu yaşam alanları kesişebilir. Örneğin, sanat özgürlüğü kültürel yaşamı ilgilendiren bir hak olarak da değerlendirilebilir, ekonomik yaşamı da ilgilendirebilir. Bu nedenle yaşam alanlarına göre yapılacak bir ayırım da haklar bakımından her zaman belirleyici olmayacaktır.

### 1.4. İnsan Haklarının Tarihi Gelişimlerine Göre Sınıflandırılması

Bu sınıflandırma hakları, gerek uluslararası belgelerde, gerekse çeşitli anayasalarda kabul edilmiş sırasına ve insanlığın gelişim sürecine bağlı olarak ortaya çıktıkları tarihe göre gruplara ayırır. Buna göre, insan kişiliğinin korunmasına ilişkin medeni ve siyasal haklar birinci kuşak, insanların onur içinde yaşamasını amaçlayan sosyal, iktisadi ve kültürel haklar ikinci kuşak, insanın uygun çevrede ve barış içinde yaşamasını amaçlayan çevre, gelişme, barış hakkı gibi haklar da üçüncü kuşak hakları oluşturur<sup>56</sup>. Hakların bu şekilde sınıflandırılması ilk olarak 1977'de Karel Vasak<sup>57</sup> tarafından ileri sürülmüş ve birçok yazarca da benimsenmiştir. Ancak yine de hakları, ortaya çıktıkları döneme göre kuşak kuşak ayırmak bazen mümkün olmayabilir. Örneğin, birinci kuşak haklar adı altında ele alınan kişi özgürlükleri ve siyasal hakların hemen hepsi yaklaşık olarak aynı dönemde ortaya

55 ATALAY, Esra, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 6, Sayı: 1, (s. 43-66), s. 48.

56 KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 5. B., Legal Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2009, s. 211 vd., ATAR, **2002**, s. 221.

57 VASAK, Karel, 1977, "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier*, 30: 11.

çıkılmamış, bazı siyasal haklar, kişi haklarından çok uzun bir süre sonra ortaya çıkmıştır<sup>58</sup>. Bu sınıflandırmaya yapılan diğer bir eleştiri de, özellikle üçüncü kuşak haklar bakımındandır. Üçüncü kuşak hakların hukuki niteliği açısından tartışmalar, bu hakların hak sahibinin kim olduğu, topluluk mu, birey mi yoksa uluslararası topluluk mu olduğu konusunda belirsizlik olduğu ve bu doğrultuda hakların ihlal edilmesi halinde kime karşı başvurulacağı yönündedir<sup>59</sup>. Ancak yine de, bu şekilde bir sınıflandırmayı, yeni haklar gündeme geldiğinde, belki bir dördüncü kuşak haklar sınıflandırması yapılabilmesine imkan tanıdığı için olumlu bulanlar da vardır<sup>60</sup>.

### 1.5. İnsan Haklarının Konularına Göre Sınıflandırılması

Bu sınıflandırmada haklar içeriklerine göre gruplandırılır ve genellikle sınıflandırmayı yapan yazardan yazara değişiklik göstermektedir<sup>61</sup>. Anayurt, özellikle Fransız hukuk doktrininde yaygın bir kriter olarak kullanılan, *konulara göre sınıflandırmaya* ilişkin beş ayrı yazardan örnek vermektedir. Bu yazarlar, hakları, kişi hürriyeti, fiziki hürriyetler, fikri ve moral ya da düşünce hürriyetleri, sosyal ve ekonomik hürriyetler şeklinde beşe ayıran **Rivero**; kişi hak ve hürriyetleri, entelektüel hak ve hürriyetler (düşünce hürriyetleri), sosyal ve ekonomik içerikli hak ve hürriyetler şeklinde üç gruba ayıran **Colliard**; kişinin fiziki hürriyetleri, düşünce hürriyetleri, gruplaşma hürriyetleri (kollektif haklar), sosyal ve ekonomik hürriyetler olmak üzere dört gruba ayıran **Duverger** ve **Burdeau**; ve insanın üç boyutlu bir varlık oluşundan hareketle hakları, ferdin maddi varlığı ile ilgili hürriyetler (fiziki

hürriyetler), ferdin manevi-spiritüel varlığı ile ilgili hürriyetler (entelektüel hürriyetler) ve ferdin, toplumun bir üyesi olarak ilişki içerisinde bulunduğu hürriyetler (toplumsal ilişki hürriyetleri) şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutan **Lebreton**'dur<sup>62</sup>.

İnsan haklarına ilişkin sınıflandırmalar yukarıda görüldüğü gibi çok değişik açılardan yapılabilmektedir. Sınıflandırma yalnızca öğretim kolaylığı açısından hakların sistematize edilmesini sağlamaya yönelik olarak yapılmaktadır. Ancak bu sınıflandırmalardan hangisinin kullanılacağı bir hakkın hukuki rejimini belirlememelidir. Çünkü bu durum haklar arasında bir hiyerarşi kurulması sonucunu doğurur. Haklar arasında kurulacak bir hiyerarşinin, tüm insan haklarının bir bütün oluşturduğu gerekçesi ile kabul edilemeyeceği savunulmaktadır. Çünkü, aynı düzeydeki haklar arasında bir hiyerarşi kurmak, belirli bir değerler hiyerarşisinin benimsenmesi ile mümkündür. Değerler hiyerarşisi ise ideolojiye göre değişmektedir<sup>63</sup>. Oysa insan hakları aynı bütünün bileşenleri ve aynı uygarlık sisteminin parçaları olarak ideolojiler üstü bir konumda olmalıdır<sup>64</sup>.

### 2. Sanat Özgürlüğünün Niteliği

Sanat özgürlüğünün niteliği belirlenirken, sanatın anlamı ve işlevinin yol gösterici olacağı yukarıda belirtilmişti. Sanat, bir yaratım süreci sonunda oluşan belli bir ifade biçimidir. Sanat aynı zamanda, toplumda var olan bir iletişim aracı ve düşüncüyü açıklama biçimidir. Bu açıdan bakıldığında sanat özgürlüğü için ilk olarak kişisel bir haktır denilebilir. Kişisel haklar (kişi özgürlükleri), kişinin kendi bedenini serbest kullanım, düşünce ve davranışlarını belirleme haklarıdır. Bir başka ifade ile kişisel haklar, insanın toplumsal yetki dışında kalan, onun bireysel ve bağımsız varlık alanı ile ilgilidir. Ancak kişisel hak, "kişi" sözcüğü nedeniyle,

58 EIDE, Asbjorn, ROSAS, Allan, "Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge", **Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1995, s. 16.

59 RIVERO, J., **Les Libertés Publiques, 1/Les Droits De l'Homme**, 7. éd., PUF, Paris, 1995, s. 112'den aktaran: ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi...", **2000**, s. 54; ÇEÇEN, Anıl, "Günümüz Koşullarında İnsan Haklarının...", **2000**, s. 3.

60 Örneğin İbrahim Kaboğlu, hak ve özgürlüklerin belli bir evrim içinde olduğunu, geçmişten günümüze gözlemlenebilen bu evrimin, geleceğe doğru da ilerlediğini belirtmiştir. Özellikle tıp bilimindeki gelişmeleri göz önüne alan uzmanlar, bu şekilde bir dördüncü kuşak haklar nitelendirmesi yapmışlardır. KABOĞLU, **2009**, s. 211; ATAR, **2002**, s. 121.

61 ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi...", **2000**, s. 55.

62 ANAYURT, s. 55; İnsan hakları tüm bu sınıflandırmaların yanında bir çok değişik açıdan da sınıflandırılmıştır. Örneğin, insan haklarının sınırlandırma rejimi açısından sınıflandırılması; insan haklarının genel ve özel nitelikli belgelerde yer almasına göre yapılan sınıflandırmalar ve insan haklarının olağanüstü rejim açısından sınıflandırılması. Bkz., GEMALMAZ, Mehmet, Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 4. B., Beta, İstanbul, Nisan 2003, s. 753-762.

63 SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yayınları: 506, Ankara 1982, s. 154.

64 RIVERO, J., **Les Libertés Publiques. 1/Les Droits De l'Homme**, 7.éd., PUF, Paris, 1995, s.32'den aktaran: ANAYURT, s. 56; aynı yönde bkz. GEMALMAZ, **2003**, s. 752.



yalnızca “bireysel alanı” çağrışırsa bile<sup>65</sup>, sanat bireysel alan ile sınırlı kalmaz. Sanatın, düşündürme, bilinçlendirme, toplumsallaştırma, toplumsal bir tarih ve bilgi birikimi oluşturma gibi işlevleri, sanat özgürlüğünün yalnızca kişisel bir hak olarak ele alınmasının yetersizliğini sergiler ve söz konusu işlevler aynı zamanda, sanatın bir toplumun kültürü ile sıkı ilişki içinde olduğunu da gösterir. Hatta sanat ile kültür arasındaki ilişkinin ötesinde, kültür tanımlamalarından bir tanesi, kültürün, bir toplumdaki sanatsal ve bilimsel üretim süreci olduğu şeklindedir<sup>66</sup>. Dolayısıyla sanat özgürlüğü bu açıklama doğrultusunda kültürel haklardan bir tanesi olacaktır. Bu nedenle öncelikle sanat ve kültür arasındaki ilişkiyi ortaya koymak ve kültürel hak kavramına değinmek gerekmektedir. Çünkü kültürel haklar, en genel şekliyle kişilerin kültürel ürün (sanat eseri ve bilimsel eserler) oluşturma hakları ve başkalarının oluşturulan söz konusu kültürel ürünlerden müzeler, konserler, kütüphaneler, vb. aracılığıyla yararlanma hakları olarak ifade edilmektedir<sup>67</sup>. Bununla birlikte sanat özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü, kanaat özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve iletişimsel özgürlükler (basın özgürlüğü gibi) ile de ilişki içindedir. Bu açıdan sanat özgürlüğünün ilişki içinde olduğu diğer kişisel haklar ile ortak noktalarına ve kesiştikleri alanlara da değinmek gerekmektedir. Bu gerekliliğin nedeni, özellikle sanat özgürlüğünün sınırlanması problemine ilişkin tartışmalarda yol gösterici olacaktır. Çünkü sanat özgürlüğü her ne kadar diğer bazı haklar ile, özellikle de ifade özgürlüğü ile ilişkili olarak ele alınsa da, onun sınırlarının, hem anayasa tekniği açısından hem de düşünsel açıdan daha farklı olduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## 2.1. Sanat ve Kültür İlişkisi

Kültür kavramı, kapsamının genişliği nedeniyle tıpkı sanat gibi, oldukça tartışmalı bir kavramdır

65 KORKUSUZ, Refik M., **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler**, Özrenk Matbaacılık, İstanbul 1998, s. 11.

66 ATALAY, Esra, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 6, Sayı: 1, (s. 43-66), s. 53.

67 STAVENHAGEN, Rodolfo, “Cultural Rights and Universal Human Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1995, s. 66.

ve bu nedenle herkesin üzerinde anlaştığı bir tanım bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde kültür kavramına ilişkin tartışmalara yer verilmeyecektir; çünkü bu tartışmalar kültür felsefesinin alanına ilişkin olup çalışmanın kapsamını da bir hayli aşar<sup>68</sup>. Dolayısıyla bu bölümde kültürün genel bir tanımı verilip ve sanatla ilişkisine değinilecektir.

Kültür, “toplumun bir üyesi olarak insanoğlunun öğrendiği, bildiği, sanat, ahlak, gelenek-görenek ve benzeri diğer yetenek ve alışkanlıkları kapsayan karmaşık bir bütündür.”<sup>69</sup> Kültürün bu bütüncül tanımı kültür kavramının ana tezidir<sup>70</sup>. Bir başka ifade ile kültür bütüncül bir kavramdır ve farklı alanların bileşiminden oluşur. Kültür sözcüğünün dört ayrı alana ilişkin dört farklı anlamı bulunmaktadır. Bunlar, bilimsel alanda kültürü ifade eden *uygarlık*, beşeri alanda kültürü ifade eden *eğitim*, estetik alanda kültürü ifade eden *güzel sanatlar* ve teknolojik / biyolojik alanda kültürü ifade eden *üretim, çoğaltma ve yetiştirme*<sup>71</sup>.

İnsan rasyonel bir varlık olduğu kadar kültürel de bir varlıktır. Kültür, insanın tarihsel yaşam süreci içinde yarattığı değerlerin toplamı, bir başka ifade ile insanların toplum içinde, yürüttükleri çeşitli üretim çabalarının sentezi sonucunda ortaya çıkan bir olgudur<sup>72</sup>. Daha geniş anlamda kültür, insanın düşüncelerinin, inançlarının, duygusal etkinliklerinin sonucunda ortaya çıkan yaratıların, değerlerin ve kuşaktan kuşağa aktarılan davranışların bütünüdür. İnsan, düşünme kapasitesi sonucunda, yarattığı sosyal ortamlar içinde politik, ekonomik, artistik, dini ve entelektüel bir örgütlenme içine girer. Böylece çevreyi egemenliği altına alarak onu yönetir ve gerekirse değiştirir<sup>73</sup>. Bu nedenle, aslında insanın yapmış olduğu

68 Kültürün özünü, yapısını ve gelişimini açıklamaya yönelik düşünsel alanın yanı sıra, antropolojik kültür tanımları, tarihsel kültür tanımları ve sosyolojik kültür tanımları da birbirinden oldukça farklıdır. Bu konuda yön gösterici bilgi için bkz. ARMAĞAN, 1992, s. 216 vd.; ayrıca kültür üzerine söylenenler için bkz., **Doğu-Batı Düşünce Dergisi**, “Kimlikler”, Yıl: 6, Sayı: 23, Mayıs-Haziran-Temmuz 2003; ÇEÇEN, 1996, s. 12.

69 TAYLOR, Edward Burnett, **The Origins of Culture**, New York, Harher York Boks, 1958, s. 1'den aktaran: ARMAĞAN, 1992, s. 199-200.

70 GÜVENÇ, Bozkurt, İnsan ve Kültür (Antropolojiye Giriş), Ayyıldız Matbaası, Sosyal Bilimler Derneği Yayınları, Ankara 1972, s. 96.

71 GÜVENÇ, 1972, s. 99.

72 ÇEÇEN, 1996, s. 16.

73 VERENE, Donald Philip, **Man and Culture-A Philosophical**

tüm faaliyetler, kültürel faaliyetler adı altında tanımlanabilir. Sanat ise, kültürün estetik düzeydeki yaratılarıdır.

Çağımızda üç tür bilim olduğu ileri sürülmektedir. Bunlar doğa bilimleri, toplumsal bilimler ve beşeri bilimlerdir. Kültür, toplumsal ve beşeri bilimler kapsamı içinde ele alınır. Buna bağlı olarak sanat, edebiyat, felsefe beşeri bilimler içinde ele alınarak kültür kavramı ile ilişkilendirilir<sup>74</sup>. Her toplumsal kültür ya da kültürel sistemin kendine özgü kuramları ve düşünce yapısı vardır. Sanatın da içinde olduğu zihinsel ürünler ise, toplumsal kültürün etkisi altında oluşur. Sanatsal ürünlerin duygusal yönünün yanı sıra düşünsel bir yönü de vardır<sup>75</sup>.

Kültür hem tarihsel hem de süreklilik arz eden bir özelliğe sahiptir. Söz konusu sürekliliği kültürün öğrenilebilir olma özelliği desteklemektedir. Verene, insanın kültürel yaşamının her ana bölümünün, mit (myth), din, *sanat*, tarih, politika, sağduyu, fen gibi bilgi tiplerinden oluştuğunu belirtmiştir. Bu ana bölümler insanın simge yaratma yeteneğini kullandığı alanları temsil ederler. İnsanlar söz konusu yaşam bölümlerinde yarattıkları simgeler aracılığıyla kendinde biriken bilgileri kendinden sonrakilere geçirebilir ve bu şekilde, kültürde bir süreklilik meydana gelir<sup>76</sup>. Böylelikle toplumsal deneyimin ve bilginin tümü simgeler aracılığı ile oluştuğundan kültürün yaratımı insanın simge yaratma yeteneğine ve onları kendilerinden sonrakilere aktarmalarına bağlı olmaktadır. Bir başka ifade ile kültür insanın yaratıcı yeteneği ile ortaya çıkmaktadır<sup>77</sup>.

Kültür tipleri ve onların dinamiği üzerine araştırma yapan Sorokin'e göre kültürün temel ögesi

düşüncedir. Sorokin, farklı kültür tiplerinin varlığı üzerinde durmuş ve kültürel sistemlerle sanat olguları arasında bağlantılar kurmuştur. Ona göre varolan kültür tipleri, belirli sanat tiplerini de oluşturmuştur. Sorokin, sanat olgularını, *iç içerik*, *dış üslup*, *amaç* ve *işlev* yönünden dört ana gruba ayırmıştır. Bunlardan ilki, duyumcul zevk ve hazza yönelik amaçla yapılan bitki, portre, hayvan, kavga, öpüşme vb. konularını, doğacı ya da gerçekçi tarzda işleyen duyumcul sanat (sensate art); ikincisi, Tanrının Krallığı, melekler, şeytanlar, ruh vb. konuları işleyen, duyum ve akıl ötesi simgesel sanat (ideational art); üçüncüsü, konuları kısmen duyum ötesi, kısmen de soylu duyumsal olgulardan oluşan, kısmen idealleştirilmiş bir doğacılık, kısmen de sembolik ve alegorik ifade edilen ülkücü sanat (idealistic art); dördüncüsü ise, hiçbir üslup ve konu birliği göstermeyen bütünleşmiş devşirme sanattır (electic art)<sup>78</sup>. Söz konusu sanat biçimlerinin hepsi bütün kültürlerde ve aynı kültürün bütün dönemlerinde değişen bir hiyerarşiyle bulunmaktadır. Örneğin, Hindu, Eski Mısır, Eski Çin sanatı çok düşünsel olmuş, buna karşılık Girit sanatları daha çok duyumcul ifade edilmişlerdir. Ayrıca bütün büyük kültürlerde egemenlik, zamana bağlı olarak bu sanat biçimlerinden bir diğerine kaymıştır. M.Ö. 9. ve 6. yüzyıllar arası eski Yunan sanatı düşünsel iken, M.Ö. 5. ve 4. yüzyıllarda ülkücü (idealist), daha sonraki yüzyıllarda ise duyumcul olmuştur<sup>79</sup>. Her sanat biçimi belli bir düşünce ya da "ruh"a anlatım kazandırarak belli bir kişilik ve kültür tipini yansıtır. Baskın bir sanat biçimi, ortaya çıktığı toplumda ağır basan insan kişiliği tipinden ve kültürden bağımsız olarak kendiliğinden var olup değişmez. Yani her sanat tipi belirli bir kültür, toplum ve kişilik tipinin ortaya çıkması, büyümesi, değişmesi ve çökmesiyle birlikte ortaya çıkar, yeniden büyür, yeniden değişir ve yeniden çöker<sup>80</sup>.

Kültür yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere hem bir sistem olarak değerlendirilebilir, hem de bir süreç olarak değerlendirilebilir. Kültürün bir süreç olarak değerlendirilmesi, bireyi kültürü üreten kişi konumuna getirir. Bir başka

**Anthology**, Dell Publishing Co.Inc, New York 1979, s. 2.

74 ARMAGAN, 1992, s. 197.

75 ÇEÇEN, 1996, s. 22-23.

76 VERENE, 1979, s. 189-190.

77 Verene, kültürün sürekliliğine ilişkin Pavlov'un ünlü deneyini örnek olarak vermiştir. İnsanın hayvanlardan farkı, sahip olduğu bilgi ve deneyimi simgeler aracılığıyla yavrularına aktarabilmesidir. Bununla ilgili olarak çok iyi bilinen Pavlov'un köpekle yapmış olduğu şartlı refleks deneyi belirtilebilir. Deneyde köpeğe belirli saatlerde çalınan zil ile birlikte yemek verilir. Bir süre sonra her zil çalışında köpeğin, daha önce algılama aracılığı ile edindiği tecrübesi sonucunda yemek verileceği gibi salyasının aktığı görülür. Ancak köpek, öğrendiği bu bilgiyi yavrusuna aktaramaz. Yavrunun da aynı işlemden geçmesi gerekecektir. Ancak insan semboller yaratıp, onları kullanabilme yeteneğine sahip olduğu için bilgilerini aktarabilir. VERENE, 1979, s. 189.

78 SOROKIN, Pitirim Alexandrovich, **Bir Bunalım Çağında Toplum Felsefeleri**, (çev. M. Tunçay), 1. B., Salyangoz Yayınları, Mayıs 2008, s. 68-70.

79 SOROKIN, 2008, s. 69.

80 SOROKIN, 2008, s. 70.

ifade ile, kültür *sanatsal ve bilimsel her türlü değerlerin üretim sürecidir*. Bu tanım ileride sanat özgürlüğünün kapsamını ve niteliğini belirlerken yol gösterici olacaktır. Kültürün bir sistem olması da, o sistem içinde yer alan bireylere toplu olarak bir takım haklar bahşeder ki bu da sanat özgürlüğünün diğer yönünü oluşturacaktır. Bir başka ifade ile, bir toplumun ya da bir grubun kolektif hakları korunmadığı takdirde, kültür dolayısıyla var olan kolektif haklar yok olacaktır<sup>81</sup>. Sanat ile kültür birbirini besleyen iki olgudur. Sanatsal faaliyetler bireyin kendisini toplumda var edebilmesi için gerekli bir ifade şekli ve bireyin kendisini gerçekleştirebilmesi için kullanılan bir iletişim aracıdır. Bu iletişim gerçekleşirken, kültür hem bir süreç olarak oluşmuş olur, hem de gerçekleştirilmiş olan sanatsal yaratılar ve diğer ürünler ile zaman içinde oluşmuş tutarlı ve anlamlı değerler ve semboller aracılığıyla, bir *sistem* olarak oluşmuş olur.

## 2.2. Kültürel Haklar

Yukarıda çeşitli açılardan yapılan hak sınıflandırmalarının özneliği üzerinde durulmuştu. Bu doğrultuda kültürel hak kavramından ne anlaşılması gerektiği de çok belirli değildir. Öte yandan kültürel hakka bir tanım getirmek gelecek açısından yeterli olmayacaktır. Çünkü, toplumsal gelişme, yeni durum ve koşulları yaratacağından, var olan tanımları da hep geçersiz kılacaktır<sup>82</sup>. Kültürel haklar genel olarak ekonomik ve sosyal haklarla birlikte ele alınmaktadır. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar soyut bir özgürlük anlayışından çok eşitlik ilkesi üzerinde yoğunlaşarak, insanların sahip oldukları özgürlüklerden yararlanabilme olanaklarını sağlamaya yönelik haklardır. Bu haklar insanları, içinde bulunduğu toplumsal ortam ve koşulları da göz önüne alarak bir hakkın öznesi yapmaktadır<sup>83</sup>. Ancak insanın, hakkın öznesi olması sadece onun içinde bulunduğu toplumsal ortam ve koşullardan yola çıkılarak açıklanamaz. İşte bu açıdan da kültürel hakların içeriği tartışmalı olmaktadır<sup>84</sup>. 1982 Anayasası'na bakıldığında "kültürel hak" kavramının da açıkça yer almadığı

görürecektir. Bu nedenle ilk olarak uluslararası belgelerdeki düzenlemelere bakmak faydalı olacaktır.

Bilindiği gibi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, *Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* ve *Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* olmak üzere insan haklarına ilişkin iki farklı kategori içermektedir. Bunlardan 16 Aralık 1966 yılında hazırlanmış olan Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeyi 1995 yılına kadar 135 ülke imzalamıştır. Ancak ne yazık ki, kültürel haklara hep belgelerin sonlarına doğru yer verilmiştir. Örneğin Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin de 27. maddesi kültürel hakları düzenlemektedir. Buna ek olarak, kültürel haklar topluma olan ilişki nedeniyle daha çok sosyal haklar bazında ele alınmıştır<sup>85</sup>. Avrupa sistemine bakıldığında ise, özellikle eğitim hakkının ve kültürel hakların, ekonomik ve sosyal haklardan çok, kişisel ve siyasal haklarla bağlantılı olduğu görülmektedir. Çünkü, eğitim hakkı ve sözleşmeye sonradan eklenen kültürel haklar Avrupa Sosyal Şartı'nda değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokol No:1, 2. maddede düzenlenmiştir. Bir başka ifade ile, kültürel haklar aslında Avrupa sisteminde daha çok kişi hakları bakımından ele alınmaktadır<sup>86</sup>.

Kültürel hakların tanımını ilk veren belge<sup>87</sup> olarak belirtilebilecek İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 27. maddesine göre kültürel haklar, herkesin toplumun kültür hayatına serbestçe katılmasını, güzel sanatları tatmasını, bilimsel alandaki ilerlemelerden yararlanabilmesini, yarattığı her türlü bilimsel ve sanatsal eserlerden doğacak maddi ve manevi haklarının korunması hakkını öngörür. Buna ek olarak UNESCO'nun 1966 yılında kabul ettiği *Uluslararası Kültürel İşbirliği İlkeleri Bildirgesi*'ne göre de, her kültürün saygı görmeye, her halkın kendi kültürünü geliştirmeye hakkı vardır ve bütün kültürler insanlığın ortak mirasının bir parçasıdır. Bu doğrultuda kültürel alanda işbirliği

81 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 56, STAVENHAGEN, Rodolfo, "Cultural Rights...", 1995, s. 68.

82 ÇEÇEN, 2000, s. 216-217.

83 KABOĞLU, 2009, s. 223-224.

84 AKILLIOĞLU, 1995, s. 150.

85 EIDE, Asjborn, "Cultural Rights as Individual Rights", 1995, s. 229.

86 EIDE, Asjborn, ROSAS, Allan, "Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge", **Economic, Social and Cultural Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1995, s. 16.

87 AKILLIOĞLU, 1995, s. 149.

ilkeleri saptanarak, bu işbirliğinin insan kişiliğinin gelişmesinden, uluslararası ilişkilerdeki gerginliklerin azaltılmasına kadar uzanan geniş bir alanda etkilerinin bulunduğu da<sup>88</sup> belirtilmiştir. Yine Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde kültürel haklar düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kültürel hakların kapsamına, kültürel yaşama katılma, bilimsel gelişme ve uygulama olanaklarından yararlanma, bilim, sanat ve edebiyat yapıtlarından doğan hakların korunması, bilimsel araştırma ve yaratıcı etkinliğin korunması ve kültürün korunması girmektedir. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı gibi kültürel hakların hem bireysel hem de toplumsal bir yönü bulunmaktadır<sup>89</sup>.

Kültürel hakların bireysel yönü daha çok, yaratıcının fikri hakları, düşünce açıklama özgürlüğü, eğitim hakları, bilim ve sanat üretme hakları şeklinde ortaya çıkmaktadır. Toplumsal yön ise daha çok bir halkın sahip olduğu, halkın kültürel kimliğini koruma ve geliştirme hakkı, yabancı bir kültürün istilasına maruz kalmama hakkı, bir halkın kültürel mirasından, tarihi eserlerinden, sanatsal kalıntılarında mahrum bırakılmama hakkı, bir etnik ya da dini azınlığın dilini, dinini ve kimliğini koruma hakkı şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>90</sup>. Bu şekilde kültürel hakların bireysel ve kolektif olarak iki yönünün bulunmasının nedeni aslında kültürün hem kolektif, hem de bireysel kimlik ile ilişkili olmasıdır.

Yukarıda farklı açılardan ele alınan kültürü, *sanatsal ve bilimsel her türlü değerlerin üretim süreci* olarak ele aldığımızda, sanat özgürlüğü,

88 AKILLIOĞLU, 1995, s. 149.

89 "Özellikle Avrupa Konseyi'nce benimsenen yaklaşıma göre, kültürel farklılıkların korunması ve kültürel bakımdan farklı olma hakkı, demokratik çoğulcu toplumların ön koşuludur. Bir başka anlatımla egemen-baskın çoğunluk kültürü ile yarışan farklı kültürlerin varlığı bir ülke için demokratik olma koşulu sayıldığı gibi, Avrupa bütünlüğü içinde de farklı kültürlerin yaşatılması ve geliştirilmesi de söz konusudur. Bu açıdan konunun bir başka boyutu da 'Avrupa Ortak Kültürü' dür. Avrupa Konseyi bağlamında bu amaçla bir 'Avrupa Kültürel Antlaşması' yapılmıştır. Avrupa Konseyine üye devletler bu antlaşma ile kendi vatandaşlarının Avrupa ortak kültürünü, üye devletlerin dillerini, tarihlerini ve uygarlıklarını öğrenmelerini sağlayacak ve özendircekler, Avrupa ortak kültür mirasını sayılan nesnelere korunmaları ve görülebilmeleri için gerekli önlemleri alacaklardır."; AKILLIOĞLU, 1995, s. 150.

90 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 55-56; ARAL, Berdal, "Bir İnsan Hakkı Olarak Kültürel Haklar", *Türkiye'de İnsan Hakları*, 1. B., TODAİE, Ankara 2000, (s. 417-428), s. 419.

kültürel hakların bireysel yönüne karşılık gelen kısımda yer alır. Çünkü kültürü bir sanatsal ve bilimsel değerler üretme süreci olarak değerlendiren görüş çerçevesinde insan kültürü üreten kişi konumundadır ve bu nedenle söz konusu üretim süreci, temelinde yaratıcılığın yer aldığı bireysel bir yaşam alanına denk gelir<sup>91</sup>. Kültürü, bir toplum zaman içinde ürettiği ve o toplumdaki bireylere günlük yaşamlarındaki davranışları ve sosyal ilişkileri için belli bir görüş noktası sağlayan, tutarlı ve anlamlı değerler ve semboller bütünü olarak değerlendiren görüş çerçevesinde ise kültürel haklar kolektif bir niteliğe bürünecektir. Kültürel hak bu açıdan, kolektif nitelikte olunca, bir birey ancak kendisiyle ortak değerleri taşıyan diğer üyelere katılmak suretiyle ve onlarla birlikte söz konusu hakları gerçekleştirebilecek ve talep edebilecektir<sup>92</sup>. Sanat özgürlüğü ise, kişisel yaratıcılık olmadan bir anlam ifade etmeyeceği için bireysel yönü ağır basan bir haktır. Ancak bununla birlikte, özellikle bireyin yaratım süreci ile içinde bulunduğu kültürü şekillendirmesi durumu göz önünde bulundurulduğunda, sanat özgürlüğünün kültürel bir hak olduğu söylenebilecektir.

### 2.3. 1982 Anayasası'nda Sanat Özgürlüğü ve Niteliği

1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler üç ayrı kategoride ele alınmıştır. Bunlar, "Kişinin Hakları ve Ödevleri", "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" ile "Siyasi Haklar ve Ödevler"dir. Bu başlıklara bakarak 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükleri Jellinek'in yapmış olduğu klasik sınıflandırmaya göre düzenlediği söylenebilecektir. Öte yandan 1982 Anayasası'nın en belirgin özelliklerinden birisi, özgürlük-otorite dengesinde, getirdiği sınırlamalarla otoriteden yana tavır koymuş olmasıdır<sup>93</sup>.

1982 Anayasası'nda sanat özgürlüğüne ilişkin kavramın geçtiği iki madde bulunmaktadır. Bunlar, kişinin hak ve ödevleri bölümünde düzenlenen 27. madde ile, sosyal, ekonomik hak ve ödevler bölümünde düzenlenen 64. maddedir. Anayasa'da *kültürel hak* kavramı kullanılmamıştır.

91 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 55.

92 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 56.

93 ATAR, 2002, s. 123

### “ IX. Bilim ve sanat hürriyeti

MADDE 27 - Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.”

### “XII. Sanatın ve sanatçının korunması

MADDE 64 - Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.”

Anayasanın adı geçen iki maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sanat özgürlüğünün, bireyi hem devletin müdahalesine karşı koruyan, devlete söz konusu alana dokunmama ödevi yükleyen kişisel bir hak, hem de devleti, sanatı ve sanatçıyı desteklemekle yükümlü kılan sosyal bir hak niteliğine sahip olduğu görülecektir. Sanat özgürlüğü 27. madde gereği *sübjektif* bir hak, 64. madde gereği ise *kurumsal güvence* getiren bir haktır<sup>94</sup>. Çünkü 64. madde ile sanat ve sanatçı devletin özel korunması altına alınmıştır. Öte yandan, devlet sanatı ve sanatçıyı, Anayasanın “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları” başlıklı 65. maddesi gereği maddi kaynakları ölçüsünde destekleyecektir. 27. madde ise kişiye, sanatsal yaratım süreci içerisinde bulunurken herhangi bir sınırlamaya maruz kalmamanın yanında sanat eserini tamamladıktan sonra, onu sergileme, yayma gibi özgürlükler de sağlar. Sanat özgürlüğünün konusunu sadece resim, heykel, müzik, edebiyat gibi klasik alanlar değil her türlü manevi ve düşünsel bir yapıtın şekillenmesi oluşturur<sup>95</sup>. Ancak, Türkiye’de sinema sektörüne ilişkin düzenlemeler doğrultusunda sinema eserleri, *senaryo incelemesi*, *çekim aşaması* ve *filmin tamamlanma aşaması sonrasını* kapsayan üç aşamalı bir denetime tabi olmaktadır. Üstelik bu denetimler, Film Denetleme Kurulu ve Film Denetleme Üst Kurulları gibi özerk olmayan idari kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>96</sup>.

94 RUMPF, Christian, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, (çev. B. Oder), Friedrich-Naumann Vakfı Yayını, Ankara, 1995, s. 160.

95 GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 456.

96 Söz konusu kurulları ve denetimi düzenleyen tüzük, *Film ve*

1982 Anayasası açısından sanat özgürlüğü- nün hukuki açıdan nitelendirmesi konusunda, sübjektif hak garantisi ve kurumsal garanti kavramlarına da değinilmesinde fayda vardır. Temel hakların genel gelişimi, onların, “*sübjektif hak*” muhtevasından “*kurumsal*” muhtevasına<sup>97</sup> doğru bir yol izlemiştir. Yani temel haklar, bir yandan bireyin sadece sübjektif haklarını garanti ederlerken, bir yandan da, bir hukuk kurumunu, yani, bir yaşam alanı özgürlüğünü garanti edebilirler. 1945’li yıllardan itibaren daha çok sübjektif haklar olarak anlaşılan temel haklar, artık günümüzde kurumsal (objektif) yönleriyle de ön plana çıkmaktadır. Burada objektif yönden kasıt, sosyal bir düzendir. Örneğin mülkiyet hakkı açısından korunan yalnızca bireyin sübjektif mülkiyet hakkı değil, aynı zamanda bir kurum olarak mülkiyettir<sup>98</sup>. Jellinek’in üç temel hak kategorisine sonradan eklenen “kurumsal garantiler”, Anayasal kurallar içerisinde bireysel hakların değil, belli kurumların garantisini amaçlayan açıklamalar içerirler. Bazı temel haklar ise, hem kurumsal garanti, hem de bireysel bir hakla garanti altına alınırlar. Bir başka ifade ile, temel hak, süjesi açısından bakıldığında, temel haklar sübjektif hak niteliğindedir; yaşam ilişkileri açısından ise bir kurum olarak görünür. Bu iki nitelik karşılıklı bir ilişki içindedir ve eş değerdedir<sup>99</sup>. Örneğin, basın, radyo ve televizyon aracılığıyla düşünceyi açıklama özgürlüğü, hem düşünceyi açıklama sübjektif hakkını, hem de basın, radyo ve televizyon kurumları garantisini içerir<sup>100</sup>. Bir temel hakkın kurumsal garantisi, *hukuk tarafından düzenlenmiş normlar kompleksinin*

*Film Senaryolarının Denetlenmesine İlişkin Tüzük*’tür. RG 2.12.1983, No: 18239; bununla birlikte yine sinema eserlerinin, kolluk güçlerince ve mülki idare amirlerince gösterimlerinin yasaklanmasına izin veren kanunlar da vardır. 3257 sayılı, 23.01.1986 tarihli *Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu*’nun 9. maddesi; söz konusu müdahaleler aslında sanat özgürlüğünün ihlalini oluşturmaktadır. KABOĞLU, 2009, s. 301; GÖREN, 2006, s. 457.

97 LERCHE, Paul, “Alman Anayasa Hukukunun Sorunları”, (çev. İ. YAZMAN), **AÜHF**, Yıl: 1976, Cilt: 28, Sayı: 1-4 (s. 205-220), s. 211.

98 LERCHE, “Alman Anayasa Hukukunun Sorunları”, 1976, s. 211.

99 HAEBERLE, Peter, **Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, 2. Auflage, Karlsruhe 1972, s.70-71’den aktaran: SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982, kurum teorisi için bkz., HAURIOU, Maurice, **Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze**, (Hrsg. SCHNUR, Roman), Berlin 1965; s. 37.

100 GÖREN, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, 4. B., İzmir 2000, s.34-35, 39’dan aktaran: ATALAY, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği”, 2004, s. 57.

*korunmasını* ifade eder. Bu doğrultuda bir temel hakkın kurumsal bir garantiye sahip olması, onun objektif bir öze sahip olduğunu da gösterir. Bu öz, temel hakkın niteliğini belirleyen özü; çekirdeğidir (Wesensgehalt). Örneğin, bilim özgürlüğünün sübjektif hak niteliğinin yanında kurumsal garanti niteliği de vardır ve devletin üniversite özerkliğine yapacağı bir müdahale ile bilim özgürlüğünün kurumsal garantisi ihlal edilmiş olacaktır. Bir başka ifade ile, bilim özgürlüğünün özü, üniversite özerkliğine yapılacak bir müdahale ile de ihlal edilmiş olacaktır. Bilim özgürlüğü, bir kurum olarak bilimi korurken, yalnızca kişisel olarak bilimsel faaliyeti değil, üniversite özerkliği gibi, müdahale edildiğinde zedelenen alanı da korumuştur. Yine bunun gibi, toplantı özgürlüğünün kurumsal garantisi, devletin toplantılarda bazı siyasi konuların konuşulmasını yasaklaması sonucu ihlal edilmiş olacaktır<sup>101</sup>. Belli bir temel hakka ilişkin düzenlemelerde bir hakkın mı, yoksa bir kurumun mu korunmasının istendiğinin belirlenebilmesi ise, somut olaya bakılarak mümkün olmaktadır<sup>102</sup>. Bu değerlendirmeler ışığında sanat özgürlüğüne bakıldığında, sanat özgürlüğünün sübjektif hak yönünün, kurumsal hak yönünden daha ağır bastığı görülecektir. Şöyle ki, 27. maddede sanat özgürlüğünün, sanatsal faaliyette bulunmak isteyen "herkes"e tanındığı görülecektir. Bu hak, bireyin (sanatçının), bu alanda (sanat alanında) kendisine tanınmış, onun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir haktır<sup>103</sup>. Çünkü sanatta, bireysel bir yaratıcılık ve kişisel bir değer yargısı söz konusudur. Sanatın yalnızca bir kurum ya da normlar dizgesi olarak nitelendirilmesi pek de kolay değildir. Ancak sanatın belli hukuk normları dizgesi ile öğrenimi ve gelişimi sağlanabilir<sup>104</sup>.

101 LERCHE, Paul, "Alman Anayasa Hukukunun Sorunları", 1976, s. 212.

102 BAEGGLI, Susanne, **Die Kunstfreiheitsgarantie in der Schweiz**, Bern 1974, s. 38'den aktaran: ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 59.

103 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 57.

104 ERBEL, G., **Inhalt und Auswirkungen der Verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie**, Berlin 1966, s. 85'den aktaran: ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 60; öte yandan *hukukun sanat ile yakından ilgilenmesi de sanatın hukukileşmesi* sonucunu doğuracaktır ve devletin bu alanda çok fazla düzenleme yapması, sanatı ve sanatçıyı sınırlamış olacaktır. ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 60.

Sübjektif hak yanı ağır basmakla birlikte, 1982 Anayasası'nın 64. maddesi sanat özgürlüğünün kurumsal garanti yanını da vurgulamaktadır. Şöyle ki, devlet, bir kurum olarak sanatı, sanatçıyı ve sanatsal faaliyetleri koruyacak ve bunların gelişmesi için her türlü tedbiri alacaktır. Ancak buradaki düzenleme devletin sanatı *hukuki bir kurum* olarak değil *doğal bir kurum* olarak garanti altına almasını, bir başka deyişle, *sanatın toplumsal yaşamdaki fonksiyonu bakımından doğal bir olgu olarak garanti altına alınmasını* ifade eder. Sanat, toplumsal gerçeklikte devletten de önce<sup>105</sup> var olan bir yapı olduğu için, o hukuki kurullarla oluşturulmaz. Dolayısıyla devlet sanatı, bağımsız ve kural olarak kamu gücünün etkisinden arındırılmış bir yaşam alanı olarak tanımakla yükümlüdür<sup>106</sup>. Bununla birlikte sanatın kültür ile olan ilişkisi ve sanatın toplumsal açıdan sahip olduğu işlevleri de, sanat özgürlüğünün bir ölçüde kurumsal bir garantiye sahip olduğunu göstermektedir. 64. maddedeki düzenlemeyle de yalnızca sanatsal faaliyet değil, bir bütün olarak sanat yaşamının garanti altına alınmış olduğundan söz edilebilir. Bu doğrultuda devlet, sanatçıya, sanat eserlerinin sergilenmesi ve yayımı için çeşitli destekler sağlayacak, tiyatrolar açacak, sanat eserlerinin korunması için gerekli hukuki düzenlemeyi yapacak ve sanatçıların sanatı icra edebilmeleri için gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü olacaktır<sup>107</sup>. Öte yandan devletin sanat yaşamını koru-

105 Milattan önce yapılmış mağara duvarlarındaki resimler sanatın ilk biçimidir.

106 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 60; ancak burada söz edilen kamu gücünden yoksunluk, sanatın gerçekleştirilmesine ilişkindir. Yoksa devlet elbette belli hukuki düzenlemelerle sanatçıya belli bir koruma alanı sağlamış olacaktır. Örneğin, sanat yaşamı için tiyatrolar kurmak, sergileri, filmleri desteklemek, kanunlar ile sanat eserlerini koruma altına almak gibi...

107 Anayasanın 64. maddesinin ne kadar uygulandığı ile ilgili çarpıcı bir örnek: "Rönesans'ını yaşamamış Türkiye'de aynı zaman dilimleri içinde, fakat ayrı coğrafi alanlarda, bu hakların elde edilmesinden doğan sorunlar gündeme gelebilmektedir. Anadilinin sözcüklerinin içerildiği müziği tüketmek isteyenlerle, senfoni orkestralarından avangard yapıtları dinlemek isteyenler aynı zaman diliminde yaşamaktadırlar. Beklentiler arasındaki böylesine derin uçurumları Batı ülkelerinde gözlemek olası değildir. Hemen her yıl, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Kültür Bakanlığı bütçesinin görüşülmesi sırasında 'milli-evrensel' tartışmaları basından izlenebilir. Bu tartışmanın en çarpıcı olanları ise, bale sanat dalı bağlamında gerçekleşir. Bütçe görüşmelerinde tanık olunan, bale tartışmalarının özündeki sorular şunlardır: -Devlet, topluma bale etkinliklerini izletebilmek için gerekli mali desteği sağlamak zorunda mıdır? -Toplum kesimlerinden bale izlemek yönünde türlü yoğunlukta bir

ması ve gerekli düzenlemeleri yapması yönünde, ona bir edim yükleyen düzenlemenin anayasada yer almaması halinde dahi, sadece sanat özgürlüğü nedeniyle ve yukarıda açıklanan gerekçelerle, birey yine devletten bu hakları talep edebilecektir. Çünkü, sanat kültürel bir öğedir ve sanat özgürlüğü tanınan bir yerde bu özgürlüğün kullanımının mümkün olabilmesi için birey gerekenleri devletten talep edebilmektedir. Burada söz konusu talebin sınırına da değinmekte yarar vardır. Özellikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi, özgür bir sanat yaşamının korunmasını ve özendirilmesini, her ne kadar modern devletin görevleri arasında belirtmişse de, söz konusu özgürlükten sanatçılar için devletten bir yardım ve destek isteme hakkının doğmayacağını belirtmiştir. Devlet, bu görevlerini ancak eşitlik ilkesi ölçüsünde gerçekleştirebilecektir<sup>108</sup>.

Toparlanacak olursa, 1982 Anayasası'na göre sanat özgürlüğü sübjektif hak yönü ağır basan bir kültürel haktır. Hem 27. madde gereği devletin müdahale etmemesi gereken bir hak olduğu için negatif statü hakkıdır, hem de 64. madde gereği bireyin devletten olumlu bir edimde bulunmasını talep edebileceği bir pozitif statü hakkıdır. Ancak bu maddeler, uygulamaya bakıldığında ne yazık ki hep başka hak ve özgürlükler ile birlikte değerlendirildiği için Türkiye'de sanata ilişkin birçok sorun<sup>109</sup> gündeme gelmektedir.

### 3. Sanat Özgürlüğünün Kapsamı

Sanat özgürlüğünün kapsamından kasıt, söz konusu özgürlük ile korunan alandır. Bu alan, hak-

*istem bulunmakta mıdır? Bu olguyu klasik 'arz-talep' çizgisine indirgemek, bazı estetik açmazlara sürükleyecektir. Anımsanması gereken, 1994-1995 mevsiminde, normal temsiller ve turnelerle birlikte Devlet Opera ve Balesinin Türkiye genelindeki izleyici sayısının 407.695 olmasıdır.*", GÜLTEKİN, Ümit, "Türkiye'de Kültürel Haklar Sorunsalına Sanatsal Açıdan Bir Bakış", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. B., TODAİE, Haziran 2000, s. 454.

<sup>108</sup> MAIER, Walter, **Staats-und Verfassungsrecht Bd. I.**, 3. B., Achim 1993, S. 11'den aktaran: GÖREN, **2006**, s. 456.

<sup>109</sup> Sanata ilişkin sorunlar ülkemizde çok boyutludur. Bunlardan sanat eğitimi boyutu bile başlı başına bir muammadır. Ülkemizde sanat eğitimi halen ve ne yazık ki bir bilim dalı olarak ele alınıp, yükseköğretime ilişkin genel çerçevenin içinde değerlendirilmektedir. Bu konu bile ülke sanatına ilişkin bir sorun teşkil etmektedir. Güzel Sanatlar Fakülteleri'nin durumu ve sanatçıların deyim yerindeyse terkedilmiş bir adaya kapatılmaları, sanatçıların daha çok piyasaya göre sanat üretmelerine yol açmakta, yetersiz ve niteliksiz sanat eğitimi sonucunda da, ülkenin genel anlamda bir tasarım sorunu yaşamaya gündeme gelmektedir. Türkiye'deki sanatsal sorunlara ilişkin olarak ayrıca bkz. ÇEÇEN, **1996**, s. 298-316.

kın süjesi yani kişi bakımından, sanatsal faaliyetin kendisi (eser alanı) bakımından ve sanat eserinin yayılması ile reklamının yapılması (etki alanı) bakımından üç başlık altında incelenmiştir.

1982 Anayasası'nın 27. maddesi, "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe, öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir." biçimindedir. Bu madde ilk okunduğunda daha çok bilim özgürlüğünden söz ediyormuş gibi görünmektedir. Çünkü 27. madde, ne yazık ki, *sanatsal faaliyette bulunmayı* kaleme almamış, sanatın öğrenilmesi ve öğretilmesi hakkından söz etmiştir<sup>110</sup>. Öte yandan, bilim ve sanatta her türlü araştırmada bulunulması ve bunların yayımlanması daha çok bilimsel bir faaliyettir. Sanat alanında ise bu şekilde bir araştırma, öğretme ve yayma ancak sanat tarihi, sanat sosyolojisi, sanat felsefesi, sanat psikolojisi gibi kuramsal dersler çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bunlar da sanatsal faaliyet değil, bilimsel faaliyettir. Ancak elbette buradan Anayasanın sanatsal yaratma faaliyetini koruma altına almadığı söylenemez. Sanatsal yaratma faaliyeti de bu madde ile koruma altına alınmıştır<sup>111</sup>.

Sanat özgürlüğünün niteliğinin belirlenmesi, hukuk dünyasında ortaya çıkan sorunların değerlendirilmesi açısından yeterli olmamaktadır. Çünkü, sanat aynı zamanda bir ifade biçimi, bir iletişim aracı ve düşüncüyü açıklama biçimi olduğundan, başka haklarla da ilişki içindedir. Özellikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>112</sup> sanat özgürlüğünü ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmekte ve buna ilişkin sınırlamalardan söz etmektedir<sup>113</sup>. Öte yandan sanat özgürlüğünün *düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü*, bu bağlamda *basın ve yayın özgürlüğü* ile ilişkisinin olmasının yanında,

<sup>110</sup> Dil bilgisi açısından bile bu madde okunduğunda hatalı görünmektedir. Örneğin, "sanatın açıklanması ve yayılması" ne anlama gelmektedir?

<sup>111</sup> İZGİ, Ömer, GÖREN, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yorumu, Cilt 1, Madde 1-78**, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, s. 331; ATALAY, Esra, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 6, Sayı: 2 (s. 1-28), s. 9.

<sup>112</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de sanat özgürlüğünden ayrıca söz etmemiştir; söz konusu özgürlüğü 10. maddede yer alan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir.

<sup>113</sup> Sanat özgürlüğünün ifade özgürlüğünün kapsamında değerlendirilmesi aslında sanatın anlamı ve işlevi dikkate alındığında, söz konusu özgürlüğü kısıtlayıcı durumlar ortaya çıkartmaktadır. Bu konu ileride sanat özgürlüğünün sınırlanması problemine ilişkin başlıkta incelenmiştir.

*din ve vicdan özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, mülkiyet hakkı* ve hatta *seyahat özgürlüğü* gibi özgürlüklerle ilişkisi vardır<sup>114</sup>. Bu ilişki, sanat özgürlüğünün koruma alanının belirlenmesi açısından önemlidir. Ancak sanat özgürlüğü 1982 Anayasası'nda ayrıca düzenlendiği için öncelikle kendisinin sahip olduğu norm alanı belirlenmelidir. Bu alan belirlendikten sonra zaten diğer temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi de açıklığa kavuşmuş olacaktır.

Sanat özgürlüğünün koruma alanı (kapsamı), *hakkın süjesi*, yani kişi bakımından; sanatsal faaliyetin kendisi, yani *eser alanı* bakımından ve sanat eserinin reklamının yapılması ve yayılması, yani *etki alanı* bakımından değerlendirilmektedir.

### 3.1. Sanat Özgürlüğünün Hakkın Süjesi Bakımından Kapsamı

1982 Anayasası'nın 27. maddesi, sanat özgürlüğünden yararlanacakları belirtmek için "herkes" ifadesini kullandığından, *sanatsal faaliyette bulunmak isteyen ve bulunan herkes* sanat özgürlüğünden yararlanacaktır<sup>115</sup>. Yani, bir kişinin sanat özgürlüğünden yararlanması için mutlaka bir devlet sanatçısı olması ya da sanatı meslek olarak icra etmesi gerekmemektedir. Kişinin kendisini sanatçı olarak niteleyip, nitelememesi ya da, yeteneğinin olup olmaması da önemli değildir<sup>116</sup>. Sanat özgür-

114 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", 2004, s. 1-28.

115 TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. B., Beta, İstanbul, Eylül 2009, s. 152-153; herkes ya da hiç kimse olarak nitelenen durumlarda hakkın süjesi vatandaş sıfatına sahip olmayanlar da olabilmektedir. Ancak örneğin Anayasanın vatandaşlık hakkını düzenleyen 66. maddesi, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını düzenleyen 67. maddesi, parti kurma ve partilere girme hakkını düzenleyen 68. maddesi gibi maddeler "herkes" deyimini değil "vatandaşlar" ifadesini kullanmıştır.

116 Bu konuda Gombrich'in sanata ilişkin olarak söyledikleri hatırlanabilir. Bkz. dipnot no: 26; buradaki herkes ifadesinin önemi aslında büyüktür. Türkiye'de, sanat özgürlüğünün kardeşi sayılabilecek bilim özgürlüğünün tartışılmak zorunda kalındığı bir uyumsuzlukta, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin, 12.1.1971 tarihli ve E. 1970/3683, K. 1971/20 künyeli kararı, bir çeviri eser hakkında bilimselliği sınarken (!), **yazarının bir bilim adamı olmadığını** vurgulamıştır ve eserin bilimsel nitelik taşımadığına hükmetmiştir. Bu doğrultuda sanat özgürlüğünden de sanat yapan herkes yararlanacaktır. Söz konusu kişinin uzun zamandan beri sanat ile meşgul olagelmış olması ya da herkesçe tanınan bir sanatçı olması zorunlu değildir. Bilim özgürlüğüne ilişkin örnekler ve Yargıtay kararları için Bkz. TANÖR, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. B., BDS Yayınları, 1994, s. 91-95.

lüğü'nün hakkın süjesi bakımından kapsamı Alman doktrininde iki öge ile belirlenmektedir. Bunlardan ilki "eser alanı (Werkbereich)" ögesi, diğeri "etki alanı (Wirkbereich)" ögesidir. Hakkın süjesi söz konusu iki alan dikkate alınarak belirlenmektedir. Eser alanı açısından hakkın süjesi sanatsal işin kendisine ait olan her türlü eylemi gerçekleştiren kişilerdir. Yani, sanat yapan herkes sanat özgürlüğünün kapsamına dahil olacaktır. Etki alanı açısından hakkın süjesi ise, eseri üçüncü şahıslara ulaştırarak, eserin kamusallaşmasını sağlayan, kısaca sanatçı ile kamu arasında her şekilde aracı konumunda olan kişilerdir. Bu doğrultuda aracı konumunda oldukları için, bir romanın yayımcısı<sup>117</sup>, bir tiyatro eserinin bir parçasını da olsa sahneye koyanlar<sup>118</sup>, müzik yapımcıları<sup>119</sup>, müzik eserini çalan kişiler<sup>120</sup>, galericiler ve eserin reklamını yapan kişiler<sup>121</sup> de sanat özgürlüğünün hakkın süjesi

117 BVerfGE 30, 173, 191; Mephisto kararı, çalışmanın sonunda irdelenmiştir.

118 BVerfG-K NJW 2001, 598; söz konusu karar, telif hakları yasası kapsamında bir eserden belli ölçüde alıntı yapıp, sahnelenmesini sanat özgürlüğünün kapsamında değerlendirmiştir. Olayda davacının oğlu ve eşi, ünlü bir oyuncu olan babalarının (Klaus Kinski) sözlerinden alıntı yapıldığı iddiasında bulunmuştur. Davalı taraf ise Klaus Kinski'nin sözlerinden alıntı yaparak, sözlerle sanatsal bir yorum katarak, bir tiyatro eseri ortaya koymuştur ve iki yıldır bu eseri sahnelemektedir. Davalı taraf, söz konusu durumun Alman Telif Hakları Yasası'na (UrHG) uygun olduğunu ve Anayasanın 5/3 (sanat özgürlüğü) maddesi kapsamında sanat özgürlüğünden yararlandığını iddia etmiştir. Alman Telif Hakları Yasası atıf yapılarak bir sanat eserinden alıntı yapılmasına izin vermektedir (Zitierfreiheit). Öte yandan Alman Federal Anayasa mahkemesi, telif haklarına ilişkin ilgili hükmün, Anayasanın sanat özgürlüğünü düzenleyen hükmünün ışığı altında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu olayda atıf yapma özgürlüğü, orijinal eserin sahibinin, eserden kaynaklanan tüm haklarını koruduğu kadar, alıntı yapan kişinin sanatsal faaliyette bulunma özgürlüğünü de korumaktadır. Burada ortaya çıkan haklar arasındaki çatışmada mahkeme bir orta yol bulmak zorunda kalmıştır. Bu gibi durumlarda mahkeme daima somut olay ölçüsünde karar vermektedir. Somut olayda mahkemenin değerlendirdiği husus, alıntı yapan kişinin elde ettiği kazancın, orijinal eserin sahibinin elde edeceği kazançta göre aşırılık içerip içermemesi olmuştur. Eğer alıntı yapan kişi, orijinal eser sahibinin finansal haklarını sömürme derecesinde bir kazanç elde ederse, orijinal eserin sahibinin hakları, sanat icra eden diğer alıntı yapan kişinin sanat özgürlüğüne üstün gelecektir.

119 BVerfGE 36,321, 331; söz konusu kararda müzik yapımcılarının sanat özgürlüğünden yararlanacağı belirtilmiştir.

120 BVerfG NJW 2001, 596; söz konusu karar, "Bizim yaşamamız için Almanya Ölmeli" isimli bir şarkı çalan Slime isimli punk rock grubunun, şarkıyı çalanlar olarak sanat özgürlüğünün koruma alanına girdikleri belirtilmiştir. Bu karar, çalışmanın sonunda incelenmiştir.

121 BVerfGE 77, 240, 251; kararın açıklaması için bkz. dipnot no: 136.



olarak kapsamına gireceklerdir. Sanat özgürlüğünün kişi bakımından koruma alanının tartışıldığı, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Mephisto kararında, aracılardan da sanat özgürlüğünden yararlanması gerekliliğinin gerekçesi, bir sanat eserinin, topluma ulaşması, toplum ve insanlar üzerinde bir etki yaratabilmesi için yayımlanmasının ya da sergilenmesinin de gerekli olduğu yönündedir<sup>122</sup>. Tüm bu sayılanlara ek olarak, oyuncu ve müzisyen gibi bir sanat eserini yorumlayarak halka ulaşmasında aracılık yapanlar ile tiyatro ve sinema yönetmenleri, koreograflar da sanat özgürlüğünden yararlanacaktır<sup>123</sup>. Ancak bu işlerde yardımcı sıfatıyla çalışan kişiler, örneğin sahne dekorunda çalışan işçiler ya da matbaada çalışanlar sanat özgürlüğünün süjesini oluşturmaz<sup>124</sup>. Öte yandan 27. maddenin 1. fıkrasında gerçek ve tüzel kişiler bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu bağlamda dernek, vakıf ve diğer özel hukuk tüzel kişileri de sanat özgürlüğünün süjesi olabilirler<sup>125</sup>.

Sanatın muhatapları bakımından özgürlüğün koruma alanına girip girmediği tartışmalı bir husustur. Alman doktrininde ağırlıklı olan görüş, sanatın bir iletişim aracı olması yönünü göz önüne alarak, sanatın ulaştığı muhatap kitleyi de sanat özgürlüğünün kapsamına dahil etmek yönündedir. Ancak karşıt görüştekiler ise, bu durumun sanat özgürlüğünün alanını iyice belirsiz hale getireceğini ileri sürmüşlerdir. Öte yandan bazı görüşler<sup>126</sup> de muhatap kitleyi, düşünce özgürlüğü açısından ele almış ve düşünce özgürlüğünde yer alan kamuya açık kaynaklardan bilgi edinme hakkı dolayısıyla, korumuştur<sup>127</sup>.

122 Mephisto kararı: BVerfGE 30, 173.

123 HEMPEL, Heinrich, **Die Freiheit der Kunst, Eine Darstellung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts**, Zürich, 1991, s. 55'den aktaran: ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", **2004**, s. 6.

124 DENNINGER, E., **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.VI, (Freiheitsrechte)**, Heidelberg 1985, s. 146'dan aktaran: ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", **2004**, s. 7.

125 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", **2004**, s. 8.

126 HEMPEL, H., **Die Freiheit der Kunst**, Zurich 1991, s. 75'den aktaran: ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", **2004**, s. 6.

127 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", **2004**, s. 7.

### 3.2. Sanat Özgürlüğünün Sanatın Oluşum Alanı Bakımından Kapsamı

Sanat özgürlüğünün kapsamının diğer bir yönü, sanatın oluşum alanı yani eserdir. Bu alan, sanatsal faaliyetin kendisini içermektedir. 27. maddenin 1. fıkrasının gerekçesi şu şekildedir: "*Bu hükmün gereği olarak, bilim ve sanat hürriyetini kullanan kişinin, bilim ve sanatın öz niteliği olan objektifliğe riayeti şarttır.*"<sup>128</sup> Bu gerekçede bahsi geçen "objektiflik" bilim için bir öz nitelik olsa da, sanatta objektifliği açıklamak pek de mümkün değildir. Çünkü sanat, varlığı gereği, yaratıcısının, kendi seçtiği konularda özgürce yaratımda bulunmasını içerir. Yukarıda ilk bölümden hatırlanacak olursa sanatçı, gerçekliğe kendince bir tepki dile getirebilir. Hatta daha önceden sanat olmayan bir şeyin daha sonra toplumsal gelişme ile sanat olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Ya da sanat, kitleleri provoke etme işlevi dolayısıyla oldukça sert bir dille yapılan eleştiriler içerebilir. Böylesine bir süreçte objektiflik aranması, sanatçının eseri yaratırken, herkes tarafından kabul gören doğrulara göre eser yaratması gerekliliğini doğurur ki bu da ne sanatın anlamı ve işleviyle, ne de sanatçının doğası ise bağdaşmaz. Sanatın oluşum alanı, yani eserin yaratım süreci tamamen sübjektif değerlendirmelere bağlı, sanatçının dünyayı kendi gözüyle algılayıp, bir takım biçim ve formlarla, kendi özgür stiliyle dış dünyaya anlatması şeklinde ilerleyen bir süreçtir. Bu açıdan Anayasanın 27. maddesinin bilim ve sanatı aynı maddede düzenlemiş olması, her iki faaliyetin niteliği birbirinden farklı olduğu için karışıklık yaratmaktadır<sup>129</sup>.

Sanatsal faaliyetin gerçekleştiği alan olan eseri yaratım faaliyeti 27. madde gereğince sanat özgürlüğünün kapsamındadır. Yani devletin bu alandaki müdahaleleri 27. madde gereği yasaklanmıştır. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi özellikle film yapımı konusunda, eserin oluşum süreci Türkiye'de sıkı denetim altındadır. Doktrinde birçok görüş bu hususun Anayasanın sanat özgürlüğüne ilişkin maddesine aykırı olduğu yönündedir. Çünkü film yapım sürecinde senaryolar, çekim aşaması ve filmin gösterim

128 İZGİ, GÖREN, **2002**, s. 328.

129 GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-II", **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 1988, Cilt: 62, Sayı: 10-11-12, s. 661-662.

aşaması kademeli olarak denetlenmektedir. Bu da devletin mutlak olarak müdahale etmemesi gereken bir alan olan sanatsal yaratım sürecine bir müdahale anlamını taşımaktadır. Üstelik bu denetimler bir tüzük ile<sup>130</sup> öngörülmüş ve özerk olmayan idari kuruluşlarca gerçekleştirilmektedir. Hiç olmazsa, bir temel hak ve özgürlüğün kullanımına ilişkin düzenlemenin bir kanunla öngörülmesi hukuk devleti ilkesine daha uygun olurdu<sup>131</sup>. Sonuç olarak, bir ressamın tabloyu yaparken, bir yazarın romanını yazarken, bir müzisyenin bir şarkı bestelerken ve bir yönetmenin filmini çekerken içinde bulunduğu yaratıcı süreç, devletin her türlü müdahalesinden arındırılmış olmak zorundadır. Aksi halde sanat özgürlüğünün bir anlamı kalmayacaktır. Ancak burada bir hususu belirtmekte yarar vardır. Eserin yaratım aşamasına bazı durumlardaki müdahale, özellikle korunmaya muhtaç olan küçük çocuklar ve hayvanlar açısından söz konusu olabilmektedir. Örneğin, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'na dayanılarak çıkartılan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin<sup>132</sup> 28. maddesi-

130 Film ve Film Senaryolarının Denetlenmesine İlişkin Tüzük, RG 2.12.1983, No: 18239.

131 KABOĞLU, 2009, s. 302; GÖREN, 2006, s. 457; İZGİ, GÖREN, 2002, s. 332.

132 Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, RG 12.5.2006, No: 26166; ilgili maddeler aşağıdaki gibidir:

"Madde 28 - (1) Hayvanların ticarî amaçlı film ve benzeri çekim ile gösterilerde kullanılacakları tüm sahneler, il müdürlüğünün iznine ve denetimine tâbidir.

(2) Senaryolar, hayvanlara eziyet edici tabloları içermeyecek ve hayvanların yaşam haklarını zedeleyen mesajlar yer almayacak şekilde hazırlanır. Hazırlanan senaryoların il müdürlüğüne uygun görülerek izin verilmesi halinde çekimler gerçekleştirilir.

(3) Pitbull Terrier ve Japonese Tosa gibi tehlike arz eden hayvanların reklâmını yapmak ve sergilemek yasaktır.

#### Çekim ve benzeri faaliyetlerde uyulması gereken hususlar

Madde 30 - (1) Çekim ve benzeri faaliyetlerde aşağıdaki hususlara uyulur;

- Hayvanlar, şiddet içeren reklâm ve filmlerde kullanılmaz,
  - Hayvanlar, etolojik özelliklerine aykırı davranışlara zorlanmaz,
  - Reklâm ve film çekimi sırasında hayvanın görevini yapması için sağlığına zararlı yiyecekler verilmez,
  - Sağlık nedenleri ile gerekli olmadıkça, bir hayvana zor kullanarak yem yedirilmez, acı, ıstırap ya da zarar veren yiyecekler ile alkollü içki, sigara, uyuşturucu ve bunun gibi bağımlılık yapan yiyecek veya içecekler ile doping etkisi yapan kimyasal maddeler verilmez,
  - Hayvanların film çekimi ve reklâm için kullanılması esnasında, yorulduğu ve strese girdiği görülürse çalışmaya ara verilir,
  - Reklâm, film ve fotoğraf çekimi sırasında hayvanların sakatlanmasına, yaralanmasına ve ölümüne sebep olabilecek yöntemler kullanılmaz,
- (2) Bu amaçla kullanılacak hayvanlarla ilgili olarak kişi/kurum/kuruluşlar; hayvanlar için gerekli anatomik, fizyolojik, psikolojik ve davranış karakterleri ile ilgili önlemleri alır ve onların temel barınma ihtiyaçlarını

nin 2. fıkrası "Senaryolar, hayvanlara eziyet edici tabloları içermeyecek ve hayvanların yaşam haklarını zedeleyen mesajlar yer almayacak şekilde hazırlanır." şeklindedir. Bunun yanında örneğin, "performans sanatı" adı altında hayvanların öldürülmesi de sanat özgürlüğü kapsamına girmektedir. Aslında bu konu sanat özgürlüğünün sınırlandırılması problemine ilişkindir ve sorunun kaynağı, neyin sanat olup olmadığına değerlendirilmesindeki güçlükten kaynaklanmaktadır. Sanat özgürlüğünün maddi açıdan koruma alanı Alman doktrininde de tartışmalı bir konudur, çünkü söz konusu özgürlüğün koruma alanı nihayetinde neyin sanat olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmasını gerektirecektir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi buna ilişkin çeşitli sanat tanımlamaları yapmaya çalışmış<sup>133</sup> ancak en sonunda sanatın *tanımlanamaz* olduğuna karar vermiş ve sanat özgürlüğü ile çatışan diğer haklar söz konusu olduğunda somut olaya göre karar verilmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir<sup>134</sup>.

Sanat özgürlüğünün eser bakımından koruma alanı Anayasa'nın 27. maddesinin 1. fıkrası gereğince, "sanatı serbestçe öğrenme hakkını" da içermektedir. Serbestçe öğrenme konusu özellikle çeviri eserler bakımından sorun teşkil etmektedir. 27. madde, yabancı kaynaklar açısından, söz konusu kaynakları Türkçe'ye çeviren ve yayınlayanlar için bir yayma hakkını düzenlediği kadar, okuyucular için de bir öğrenme hakkını içermektedir<sup>135</sup>.

sağlayacak asgarî alanları tahsis eder,

(3) Reklâm, film ve fotoğraf çekimi gibi faaliyetlerin yapılması sırasında sahipli hayvanlar sahiplerinin, sahipsiz hayvanlar ise film ve fotoğraf çekimi sırasında veteriner hekimin gözetiminde bulundurulur."

133 Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin materyal sanat tanımına göre sanat, bir kişinin kendi duygu, deneyim ve izlenimlerini belli bir biçimsel dille yansıtan, özgür yaratıcı bir süreç sonucunda ortaya çıkmış eser, yaratım, vb.'dir (Mephisto Kararı). Ancak bu tanım daha sonradan değişmiş Mahkeme daha biçimsel (formel) bir tanıma yönelmiştir. Biçimsel tanıma göre, yukarıdaki maddi tanıma ek olarak resim, müzik, şiir, tiyatro, vb. sanat biçimlerine gönderme yapılmıştır. Ancak mahkeme daha sonra sanatın tanımlanamaz olduğuna karar vermiştir. Çünkü günümüzde sürekli yeni sanat biçimleri ortaya çıkmaktadır. Örneğin aksiyon sanatları, entalasyonlar, vb.

134 BVerfGE, 67, 213, Anakronik Tren kararı (Anachronistischer Zug); Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin sanatın tanımlanamaz bir kavram olduğunu belirttiği kararı.

135 TANÖR, 1994, s. 92.

### 3.3. Sanat Özgürlüğünün Sanatın Etki Alanı Bakımından Kapsamı

Sanat özgürlüğünün kapsamına giren son alan da sanat eserinin reklamının yapılması<sup>136</sup>, sergilenmesi ve yayılmasını ifade eden sanat eserinin etki alanıdır. Bu koruma alanı, *sanat eserine kamusal erişimi*<sup>137</sup> ifade eder. Çünkü yalnızca sanatçının bireysel yaratım alanının korunması, buna karşılık yarattığı eserin sergilenmesinin yaratacağı etkinin korunmaması, sanat özgürlüğünün anlamsızlaşmasına yol açar. Bu üç alan da aslında birbirine bağlıdır. Sanat eseri, yaratıcısı olan sanatçıdan, yaratıcı faaliyette bulunan sanatçı da, eserin sergilenmesinden ayrı olarak düşünülemez. Anayasa, 27. maddenin 2. fıkrasında yer alan "yayma hakkı"nın, Anayasanın 1., 2. ve 3. maddelerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılacağı düzenlenmiştir. Bu sınırlama aslında özel bir sınırlama nedeni değildir. Anayasayı korumak amacı taşıyan, temel hak içeriksel bir sınırlamadır ve gerçekleştirilen faaliyetin sanatsal amaçlı olmasını öngörmektedir<sup>138</sup>.

Sanatın etki alanına getirilecek sınırlamalar daha çok, başkasının onuru, başkasının hakları ve kişiliğinin korunması yönünde olmalı, devlet, sanat alanı için, **objektiflik ve hoşgörü ilkesini** uygulamalıdır<sup>139</sup>. Çünkü insanları yeteri kadar dinlemeksizin onları zararlı ilan etmek, yalnızca tiran-

lığa uygun bir davranış olabilir<sup>140</sup>. Sanat eserinin yayılması, sergilenmesi her ne kadar düşünceyi açıklama özgürlüğü ile birlikte değerlendirilemeye elverişli olsa da, onun, düşünce özgürlüğüne ilişkin sınırlardan arındırmak ve kendine özgü bir norm alanı yaratmak açısından ayrı olarak ele alınması gerekir. Çünkü, sanatsal yaratım faaliyeti kendine özgü bir niteliğe sahiptir. Frederick Schauer, sanatın bir tür haberleşme aracı olmasının ötesinde, başka bir şey olduğunun ve sanatçının kastettiği ile gözlemcinin algıladığı arasında zorunlu bir boşluğun var olduğunun kabul edilmesi halinde, sanatın, ifade özgürlüğünün kapsamı içinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir<sup>141</sup>. Bu açıdan devletlerin sanatı sınırlaması ve özellikle sansür uygulamalarını ise şu gerekçeye bağlamıştır:

"... *asıl harekete geçirici faktör, iktidarın denetleme eyleminin, davranışın haberleşmeyle ilgili etkisine yönelip yönelmemesidir. Eğer söz konusu denetleme, insanların bir sanat eserinden etkilenme ölçüsünü sınırlamak için tasarlanıyorsa, eserin formatına, bir kimsenin eseri felsefi temellerle nasıl nitelediğine ve sanatçının kendi niyetine aldırış etmeksizin, ifade özgürlüğü gerekçeleri harekete geçer. Bu noktadan bakılınca, hemen bütün sanatsal sansürlerin ifade özgürlüğü meselesi olduğu, çünkü sansürün arkasındaki faktörün, neredeyse her zaman, seyirci veya dinleyicilerin bir şekilde etkilenmelerinin önlenmesi arzusu olduğu ortaya çıkmaktadır. Böylece sanatsal sansür, sanat eserinin haberleşme etkisine yönelmiş bir eylem olmakta(dır)..."*<sup>142</sup>

Sanat özgürlüğünün sınırlandırılması problemi bir sonraki bölümde irdelenmiştir. Ancak burada belirtilmelidir ki, sanat bir ifade biçimi, haberleşme aracı olmasının yanı sıra, onlardan daha farklı bir anlama sahiptir. Bu bağlamda sanat özgürlüğünün özellikle düşünceyi açıklama özgürlüğü ile ilgili olan Anayasanın 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen "kimse düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz" ilkesi ile bir-

136 BVerfGE 77, 240, 251; söz konusu kararda daha önceden anayasaya aykırılığı nedeniyle yasaklanan bir gençlik derneği olan FDJ (Freie Deutsche Jugend)'nin ambleminin de yer aldığı Bertolt Brecht ve Paul Desau'nun birlikte yazdığı bir koro eserinin sergilenmesine ilişkin bir afişin sanat özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. Söz konusu gençlik derneği 16 Temmuz 1954 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal düzene tehdit oluşturduğu gerekçesi ile yasaklanmıştır ve o yıllarda aynı eserin sergilenmesi sırasında polis ve derneğe üye gençler arasında olay çıkmış ve Philipp Müller isimli bir kişi de polis tarafından ateş edilerek öldürülmüştür. Bu sefer aynı etkinlik 1982 yılında, bundan otuz yıl önce öldürülen kişinin anısına "Batı Almanya İlk Gösterimi" başlığında sergilenmek istenmiş ve bu doğrultuda eserin reklamını yapan bir afiş yapılmıştır. Afişte ise, söz konusu derneğin amblemini taşıyan mavi gömlek giyinmiş gülen bir adam ile eserin bilgileri bulunmaktadır. Olayda, Alman Federal Anayasa Mahkemesi söz konusu reklam afişinin de, eserin etki alanı bakımından, sanat eseri ile halkın buluşmasını sağlayan bir araç olduğu gerekçesi ile sanat özgürlüğünden yararlanacağına hükmetmiştir.

137 BVerfGE 30, 173, Mephisto kararı, özellikle sanat özgürlüğünün yaratılan eserle birlikte, söz konusu eserin yarattığı etkiyi de koruduğunu belirtmiştir.

138 GÖREN, 2006, s. 456.

139 İZGİ, GÖREN, 2002, s. 331.

140 TRENCHARD, John, GORDON, Thomas, "İfade Özgürlüğü Üzerine-1720", JACOBSON, David L., The English Libertarian Heritage, (From the Writings of John Trenchard and Thomas Gordon), New York: The Bobbs-Merrill Co., 1965, **Haklar ve Özgürlükler Antolojisi**, (Ed. C. C. AKTAN), Hak-İş Yayınları, Ankara 2000, s. 712.

141 SCHAUER, Frederick, **İfade Özgürlüğü-Felsefi Bir İnceleme**, Liberal Düşünce Topluluğu, (çev. M. B. Seçilmişoğlu), 2002, s. 156.

142 SCHAUER, 2002, s. 157.

likte değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>143</sup>. Devletin sanatsal faaliyetlere ilişkin hoşgörülü ve objektif olması ancak bu şekilde mümkün olabilir. Buraya kadar, sanat özgürlüğünün norm alanı belirlenmeye çalışılmıştır. Şimdi bu norm alanından yola çıkarak, sanat özgürlüğünün bazı temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisine kısaca değinilecektir.

### 3.4. Sanat Özgürlüğünün Diğer Haklarla İlişkisi

Sanat bir ifade biçimi, bir haberleşme ve iletişim aracı olarak değerlendirilebilir. Ancak bu durum mutlak değildir ve sanata yalnızca bir iletişim aracı gözüyle bakılması, ona yapay bir amaç atfetmek sonucunu doğuracaktır. Ancak yine de hukuk açısından ortaya çıkan sorunları netleştirebilmek adına sanat özgürlüğünün, sanatın niteliği gereği ilişki içinde olduğu diğer hak ve özgürlüklerle olan ilişkisine kısaca değinmek yerinde olacaktır. Çünkü bazı durumlarda sanat ile diğer haklar arasında bir benzerlik bulunmaktadır.

Sanat özgürlüğü ilk olarak düşünce ve ifade özgürlüğü ile ilişkilidir. Düşünce özgürlüğü öncelikle insanın tinsel ve zihinsel alanında belirlediği için dışa vurulmadan hukuksal alanını ilgilendirmez. Hukuk, amacı gereği ve ilke olarak yalnızca dışa vurulan davranışlarla ilgilenir. Bu yüzden aslında düşünce ve kanaat özgürlüğünü ilan etmeye dahi gerek yoktur<sup>144</sup>. "*Düşünce özgürlüğü, insan için, kişisel ve toplumsal yaşamın getirdiği bütün sorunlara vermek istediği yanıtları, kendi kendine seçme ve hazırlama, davranış ve işlemlerini bu yanıtlara uygun hale getirme ve gerçek addettiği fikir ve kanaatleri başkalarına iletme olanağıdır.*"<sup>145</sup> Bu nedenle yapısı gereği iletişimsel olan düşünceyi ifade etme ve açıklama yolları başka birçok temel hak ve özgürlük sayesinde gerçekleşmektedir. Anayasanın 26. maddesi hem söz, yazı, resim veya başka yollarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü, hem de resmi kuruluşların müdahalesi olmaksızın haber alma ve verme serbestliğini güvence altına alır<sup>146</sup>. Buna göre, demokratik toplumun gereği olan düşünceyi açıklama özgür-

lüğü, kamuya açık kaynaklardan engellenmeden bilgi edinme özgürlüğü kapsamında enformasyon özgürlüğü ile, basın aracılığıyla haber verme özgürlüğü ile, radyo-televizyon yoluyla haber verme özgürlüğü ile, film aracılığıyla haber verme özgürlüğü ve sanat özgürlüğü ile yakından ilgili olmaktadır. Demokratik toplumun en önemli koşulu olan düşünceyi açıklama özgürlüğü sayesinde öne sürülen fikirler ve düşünceler serbestçe tartışılacak bir ortama kavuşabilirler. Böylece bu serbest tartışma ortamı hem sivil toplumu, hem de siyasal toplumu besleyerek, insanlarda serbest bir kanaat oluşmasına aracılık eder. Bununla birlikte düşünceyi açıklama özgürlüğü, kültürün de temelini oluşturan iletişim olgusunu garanti etmiş olur. Öte yandan, modern demokrasilerde kamusal düşünce açıklamak hayati bir önem taşımaktadır. Çünkü ancak düşünsel tartışma özgürlüğü ile, *toplumu ilgilendiren ve devlet politikası açısından önemli konularda genel tartışma güvence altına alınmıştır*<sup>147</sup> olur. Sanatsal faaliyet de iletişim benzeri bir süreç olduğu için düşünce özgürlüğünün kapsamına girer, ancak ne yazık ki Anayasada öngörülen sınırlamalar nedeniyle, düşünce özgürlüğü sanat özgürlüğüne ilişkin tüm alanı korumaz. Yukarıda, sanat özgürlüğünün kapsamı, kişi bakımından, sanatın oluşum alanı bakımından ve sanatın etki alanı bakımından irdelenmişti. İşte düşünce özgürlüğü ancak sanatın, "ifade" ile ilgili olması dolayısıyla etki alanı ile ilgili olabilir<sup>148</sup>. Ancak sanat özgürlüğü, sanatın yukarıda adı geçen üç alanı da koruma altına alan ve ifade özgürlüğünden ayrı olarak değerlendirilmesi gereken bir özgürlüktür. Öte yandan 1982 Anayasası sanat özgürlüğünü zaten ayrı bir maddede düzenlemiştir<sup>149</sup>. Gemalmaz'a göre de, sanat özgürlüğü düşünce özgürlüğü ile sıkı bir ilişki içinde olmasına rağmen, sanat özgürlüğünün, düşünce özgürlüğünün tabii olduğu sınırlardan arındırılması ve bu doğrultuda 27. maddenin, 25. maddenin ikinci fıkrasında yer alan "*Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*" hükmü ile birlikte değerlendirilmesi gerek-

143 GEMALMAZ, "Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-II", 1988, s. 664.

144 KABOĞLU, 2009, s. 279.

145 RIVERO, J., *Les libertés publiques, 2. Le régime des principes libertés*, PUF, 1980, s.130-131'den aktaran: KABOĞLU, 2009, s. 280.

146 GÖREN, 2006, s. 419.

147 İZGİ, GÖREN, 2002, s. 308.

148 Bkz. SCHAUER, 2002, s. 157; dipnot no: 142, 143.

149 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", 2004, s. 11-12.

tedir<sup>150</sup>. Sanat özgürlüğünün düşünce özgürlüğünden ayrı ele alınmasının hem tarihi hem de hukuki nedenleri vardır. Tarihi nedenler, ilk olarak Almanya ve İtalya gibi faşist yönetim deneyimleri yaşamış devletlerce, demokrasiye dönerken gösterdikleri duyarlılıktan kaynaklanmaktadır. Her iki devlet de yaşamış oldukları faşist dönemlerde sınırlanan ve engellenen sanatın<sup>151</sup>, demokratik dönemde özgürce gerçekleştirilebilmesi için sanat özgürlüğünü anayasalarında açıkça tanımak istemişlerdir. Diğer devletler de bu iki devletin geleceğini takip etmişler ve anayasalarında ayrıca sanat özgürlüğüne yer vermişlerdir. Tarihi sebep, sanatın toplumdaki önemli ve ayrıksı konumundan kaynaklanmaktadır. Hukuki neden ise, genel-özel kural ilişkisi ile açıklanabilir. Bir başka ifade ile neden düşünce ve ifade özgürlüğü varken, bir de ayrıca sanat özgürlüğü düzenlenmiştir? Düşünce özgürlüğü entelektüel (fikri) özgürlüklerin en geneli ve hepsinin kucaklayıcısıdır. Sanat özgürlüğü ise, sanatın aynı zamanda bir tür ifade olması nedeniyle, düşünce özgürlüğünün bir alt kategorisi gibi durmaktadır ve ona göre daha dar kapsamlı bir alanı düzenlemektedir. Ancak ifade özgürlüğü açısından, özellikle düşünce suçuna yer vermeyen liberal sistemlerde bile, faşizm, ırkçılık, ayrımcılık, suça kışkırtma gibi bazı propagandalara sınırlamaların getirilmiş olduğu görülmektedir; oysa sanat özgürlüğünün ifade özgürlüğü hükümüne göre özel hüküm niteliğinde olması, sanat aracılığıyla bu türden eylemlerin gerçekleştirilmiş olmasının kabul edilemez olması gerekçesini doğurmakta ve dolayısıyla sanat, mutlak bir özgürlükten yararlanmaktadır<sup>152</sup>. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre de sanat özgürlüğü ifade özgürlüğünün bir alt türü değil, başlı başına ayrı bir özgürlüktür<sup>153</sup>.

Sanat özgürlüğünün, özellikle film yapımcıları ve dağıtıcıları açısından girişim özgürlüğü ile de ilişkisi vardır<sup>154</sup>. Özellikle sanatsal faaliyetin tamamlanabilmesi için gerekli olan eserin sergilen-

mesi, sahnelenmesi, sinema veya tiyatro işletmelerinin, galericilerin konumu sanat özgürlüğünün yanı sıra, girişim özgürlüğü ile de ilgilidir. Ancak sanat özgürlüğünde asıl önemli olan faaliyetin niteliğidir. Bu nedenle, örneğin bir tiyatro sahnesinin, sinema salonunun ya da galerinin açılmasında gerekli prosedüre uyulmaması ve bu nedenle teşebbüsün kapatılması, ya da bu gibi teşebbüslerin kamu güvenliği nedeniyle kapatılması sanat özgürlüğü açısından değil girişim özgürlüğü açısından değerlendirilmelidir. Ancak, bu teşebbüslerin, içinde sergilenen, sahnelenen ya da gösterilen sanat eserleri dolayısıyla kapatılması ya da ceza alması sanat özgürlüğünün kapsamına dahil olacaktır<sup>155</sup>. Çünkü böyle bir durumda, teşebbüse yapılan müdahale, sanatsal faaliyet nedeniyledir. Hatırlanacak olursa, eserin sergilenmesi ve onun kamuya paylaşılması sanatsal faaliyeti oluşturan, eserin yaratım sürecinden bağımsız olmayan bir faaliyet alanıdır<sup>156</sup>.

Sanat özgürlüğünün basın ve yayımla ilgili iletişimsel özgürlüklerle de ilişkisi vardır. İletişimsel özgürlükler de, kendi içinde radyo ve televizyon ile haber verme, film ile haber verme, süreli-süresiz yayınlar yapma, uydu ve internet aracılığıyla haber verme gibi özgürlüklerle<sup>157</sup>, Anayasanın 133. maddesinde düzenlenmiş olan radyo ve televizyon ajansları kurulmasına yönelik özgürlükleri kapsar. Sanat özgürlüğünün bu özgürlüklerle ilişkili olduğu alan, yine sanatsal bir faaliyetin söz konusu olup olmadığına göre belirlenecektir. Örneğin

155 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", **2004**, s. 20.

156 Türkiye'de bir dönem "sanat özgürlüğü" kavramına ne kadar yabancı olduğu hakkında çarpıcı bir örnek; "... 'sergilenmesi uygun görülmüş' (!) tiyatro eserlerinin sahnelenmesi sırasında çıkarılabilecek olaylardan da tiyatro sahibi sorumlu tutulmak istenmektedir. Bu uygulama polis tarafından tiyatro sahibine imzalatılan bir belgeyle yürütülmektedir. İstanbul'daki 'Bulunmaz Tiyatro' sorumlusuna imzalatılan 'Tebliğ ve Tebellüğ Belgesi' Türkçe yazım bozukluklarıyla aynen şöyledir: 'İstanbul Valiliği'nin 1.10.1990 tarih ve Em. Müd. Güv. Şb. Müd. Bas. Yay. M. 5-1758-82255 sayılı emri ve Beyoğlu kaymakamlığının 3374 sayılı yazıları ile 29.9.1990 tarihinden başlamak üzere 29.9.1991 tarihleri arasında Aziz Nesin'in yazdığı SEN GARA DEÇİLSİN, Anton Cehov'un yazdığı kutlama ve Antigon ARAL'ın yazdığı KURBANLIK KOYUN isimli tiyatro oyunlarını sergilemesinde her ne kadar uygun görülmüş ise de herhangi bir siyasi ve ideolojik amaçlı konulara karşı dikkatli olunması hakkında ve olabilecek hususlardan sorumlu olduğuma dair tebellüğ ederim. İş bu tebliğ ve tebellüğ belgesi tanzim edilerek altı birlikte imza edildi. 11.10.1990.'" TANÖR, **1994**, s. 96.

157 Bkz. 1982 Anayasası 26., 28., 29., 30., 31., 32. ve 133. maddeler.

150 GEMALMAZ, "Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-II", **1988**, s. 664.

151 Sanatın nasıl kontrol altına alınmaya çalışılmış olduğu hakkında çalışmanın ilk bölümüne bakınız.

152 TANÖR, **1994**, s. 90-91; aynı yönde bkz. ATALAY, Esra, a.g.m., s. 12-14.

153 Bu görüş hakkında çalışmanın sonundaki Mephisto kararına bakınız.

154 KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, 6. B., İmge Kitabevi, 2002, s. 496; GÖREN, **2002**, s. 457.

bir olay iddiası (haber) ile değer yargısı (düşünce) arasındaki yakın bağıllık konusunda söylenenler, bu bağlamda haberler ve siyasi yorumlar, televizyon oyunları ya da müzik yayınları, radyo veya televizyonla haber verme özgürlüğü kapsamında değerlendirilir<sup>158</sup>. Öte yandan, burada özellikle televizyon oyunları ve müzik yayınlarında sanat özgürlüğü ön plana çıkmaktadır ve söz konusu yayın sanat özgürlüğünün kapsamında değerlendirilebilir. Bir başka ifade ile, televizyon ve radyolar bir sanat eserinin sergilenmesinde birer araç konumunda olmaktadır. Ancak, bazı televizyon programlarının, "show" programlarının ve sanatsal niteliği tartışmalı olan programların yayımında, basın ve yayıma ilişkin özgürlükler söz konusu olacağından, bu hükümlerdeki sınırlamalara tabi olacağı belirtilmiştir<sup>159</sup>.

Sanat özgürlüğünün ilişki içinde olduğu diğer bir özgürlük çalışma özgürlüğüdür. Burada sanatı bir meslek olarak icra eden bir kişi, mesleğinin icrasından hem sanat özgürlüğüne, hem de çalışma özgürlüğüne ilişkin korumalardan yararlanacaktır. Özellikle Müller'e göre, sanatçılar için getirilecek bir çalışma yasağı, çalışma özgürlüğünden ziyade sanat özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir; çünkü sanatsal faaliyet engellenemez<sup>160</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, faaliyetin niteliğinin ve icra ediliş şeklinin norm alanı içinde kalıp kalmadığıdır. Şöyle ki, Müller böyle bir durumda, mesleğini icra eden bir ressamın, resim yapmak için, dört yol ağzına gelip, cadde ortasına takımını kurup, trafiğin ortasında resim yapmaya çalışmasını, sanat özgürlüğünün norm alanı içinde değerlendirilmez. Dolayısıyla, bu şekilde resim yapan bir ressama müdahale edilmesi, sanat özgürlüğünün ihlalini oluşturmaz<sup>161</sup>.

Görüldüğü gibi sanat özgürlüğü başta ifade özgürlüğü ile olmakla birlikte daha birçok hak ve özgürlükle ilişkili olabilmektedir. Örneğin, sanat

özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğünün çeşitli yollarından biri olan dernek kurma özgürlüğü ve toplantı özgürlüğü ile de ilişkilidir. Tüm bu özgürlüklerle ilişkisinde esas olan, onun norm alanını belirleyen **eseri yaratma faaliyetinin** ve **yaratılan eserin etkilediği alanın** dikkate alınması gerekliliğidir. Çünkü sanat özgürlüğü kişiye, ilişkili olduğu diğer haklardan, niteliğinden dolayı daha çok koruma alanı sağlamaktadır.

Fark edilecektir ki aslında genel olarak tüm tartışmalar *sanat* kavramında düşünülmektedir. Şöyle ki, günümüzde özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin başını çektiği realite şovlarının ve bir takım aksiyon sanatlarının sanatsal niteliği tartışmalı olmakla birlikte, bunlar hakkında sanatsal nitelendirilmesi de yapılmaktadır. Bu konu artık hukukun alanını aşan, sanat felsefesi alanına giren, ucu bucağı olmayan bir konudur. Birkaç yüzyıl önce insanı ve doğayı olduğu gibi eserlerine yansıtan insan, 20. yüzyıla gelindiğinde dadaizmi yaratmış, soyut sanat kavramını oluşturmuş ve land-art, çevre sanatı gibi sanat akımlarını ortaya çıkartarak, alışılmışın dışında araçlarla yaratıcı faaliyetini gerçekleştirmiştir. Hatta öyle ki geçtiğimiz yıllarda insan kadavrasına belli duruşlar verilerek, cansız bedenden heykel bile yapılmıştır<sup>162</sup>. Kanımca böyle bir durumda neyin sanat olup, neyin sanat olmadığını tartışılmasının, söz konusu eserin ya da eylemin sanat literatüründeki yeri ile açıklığa kavuşturulabileceği iddiası da yetersiz kalmaktadır. Çünkü dönemlere ilişkin sanat tartışmaları da her zaman değişken içerikli olacaktır<sup>163</sup>. Bunun nedeni varlığını yaratarak ifade eden insanın, sürekli bir arayış içerisinde olmasıdır. 18. ve 19. yüzyıllarda herhalde kimse bir pisuardan heykel olacağını düşünmemiştir. Ancak Marcel Duchamp 20. yüzyılda bunu yaptıktan, Adolph Frederick Reinhardt da tablolarını baştan aşağı siyaha boyadıktan sonra ya da Andy Warhol'un alışılmışın dışındaki eserlerinin sergilenmesinin ardından, sanat akımlarında olduğu kadar, sanat felsefesi alanında da birçok yeni görüş ortaya çıkmıştır. Üstelik alışılmışın dışında yeni bir üslup deneyen sanatçıların ve ortaya çıkan yeni akımların da, ilk

158 İZGİ, GÖREN, 2002, s. 316.

159 HEMPEL, 1991, s. 60'dan aktaran: ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", 2004, s. 18.

160 MÜLLER, Friedrich, **Strafrecht, Jugendschutz und Freiheit der Kunst, Fragen der Begrenzung vorbehaltlos verbürgter Grundrechte**, JZ 1970, s. 91'den aktaran: ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", 2004, s. 17.

161 MÜLLER, Friedrich, **Positivitaet der Grundrechte**, Berlin, 1969, s. 73'den aktaran: SAĞLAM, 1982, s. 50.

162 Gunther von Hagens'in "Körperwelten" isimli sergileri; bilgi için bkz. <http://www.koerperwelten.de/>

163 Burada Sorokin'in ifadesini hatırlatmakta yarar vardır: "*Her sanat tipi, belli bir kültür, toplum ve kişilik tipinin ortaya çıkması, büyümesi, değişmesi ve çökmesiyle birlikte ortaya çıkar, büyür, değişir ve çöker.*" SOROKIN, 2008, s.70.

olarak her dönemde reddedildiği hatırlanmalıdır. İşte sanatın belirsizliğinin gelecekte de devam edecek olması, sanat özgürlüğüne ilişkin tek sınırın somut olaya özgü olarak başkalarının kişilik hakları olması sonucunu doğuracaktır.

Özellikle Alman Federal Anayasa Mahkemesi, sanat özgürlüğünün anayasal sınırlarının ne olduğunu tartışırken, sanat özgürlüğünün, bireysel karar ve yaratıcılık olmaksızın bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmiş ve onun, insanın kişiliği ve onuru ile kopmaz bir bağ içerisinde olduğunu söylemiş, Alman Anayasası'nın, sanatın tüm sosyal uzantı ve etkilerine rağmen bu hakkı sınırlandırmamayı göze aldığını ifade etmiştir<sup>164</sup>. Hele de sanatın yukarıda ifade edilen amacı doğrultusunda, toplumda gizli kalmış, karanlıktaki olguları bulup açığa çıkartma eylemini de içermesi, sanatçının, kimsenin söylemeye cesaret edemediklerini ifade edebilmesi hatırlanacak olursa, sanat özgürlüğünün kendisine özgü niteliği de bu yönden açığa çıkmış olacaktır.

#### 4. Demokrasi ve Sanat Özgürlüğünün Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme

İnsanların bilincini ortaya çıkartan ve dolayısıyla onun yaratıcı yönlerini biçimlendiren olgu, onların toplumsal varlığıdır. İnsanların bu kendine özgü toplumsal varlığı, onları diğer varlıklardan ayırır. Temelde toplumsal bir varlık olan insanın bilinci de toplumsal konum ve koşullara göre biçim kazanır. Bu doğrultuda insanlığın tüm çabasının daha anlamlı ve iyi bir dünya yaratmak olduğu düşünüldüğünde sanat ve kültür de vazgeçilmez öğeler olarak ortaya çıkmaktadır<sup>165</sup>. İnsanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan yaratıcılık ve kendini ifade etmek, insan varlığının temelinde yatan en genel amaçtır. Kendisini en iyi şekilde sanatla ve bilim ile ortaya koyabilen insan, yine sanat ve kültür aracılığıyla da toplumsallaşır. Bu nedenle sanat, hem kültürel haklardandır, hem de sübjektif niteliği, kurumsal niteliğine oranla daha ağır basan bir haktır.

Anayasanın 27. maddesi gereğince, sanatsal faaliyet devletin her tür müdahalesinden korunmuş, 64. maddesi ile de devletin bu alanda sanatı ve sanatsal faaliyetleri koruyacağı, sanatçılara destek olacağı öngörülmüştür. Ancak daha önce

de belirtildiği gibi, devletin sanatçılara destek olacağına öngörülmüş olması, bireysel açıdan sanatçıların devletten bir yardım ve destek talep etmeleri hakkını doğurmaz. Devlet bunu ancak eşitlik ilkesi doğrultusunda yapabilecektir<sup>166</sup>. 27. maddenin öngördüğü koruma sanatın kamu gücünün müdahalesinden arındırılmasını gerektirirken, 64. maddelerin öngördüğü koruma, devletin toplum içinde genel olarak sanatın gelişmesi ve yayılması için gerekli tedbirleri almasını gerektirmektedir. Ancak devletin olumlu da olsa sanata aşırı müdahalesi bir süre sonra sanatın devletin tekeline girmesine yol açabilir. Bunun için, devletin sanatsal faaliyeti desteklerken, bir bütün olarak sanat kurumunu desteklemesi ve sanatın içeriğine ilişkin herhangi bir tercihte bulunmaması gerekmektedir<sup>167</sup>. Devletin sanata ilişkin bir tercihte bulunabilmesi ise, bazı koşullarda mümkün olabilir. Örneğin, devletin belirlediği bir kültür politikası söz konusu olabilir. Kültür politikası, devletin kültür sorunları karşısında belirli seçeneklere göre bir tutum izlemesidir. Ancak bu sefer de kültürel çelişki önemli bir sorun olarak gündeme gelmektedir. Kültürel çelişki, bir toplumda yer alan çeşitli kesim ve ögelerin sahip olduğu farklı kültür dünyalarının çatışması sonucu meydana gelmektedir. İşte böyle bir durumda iktidarın demokratik yöntemlerle ve eşitlik ilkesine dayalı olarak bir kültür politikası geliştirmesi gerekmektedir<sup>168</sup>. Öte yandan eşitlik ilkesine ve demokratik bilince uygun hareket edilmesi aynı zamanda devlette, istikrarlı bir kültür politikasının oluşmasına da yardımcı olacak, iktidarlar değiştikçe onların anlayışları doğrultusunda değişen, tutarsız bir sanat politikası görünümü oluşmamış olacaktır. Eşitlik ilkesi, temel hak taşıyıcısının devlet ile olan ilişkisine yöneliktir. Bu

166 MAIER, W., *Staats-und Verfassungsrecht Bd. I*, 3. B., Achim 1993, s. 11'den aktaran: GÖREN, 2006, s. 456.

167 ATALAY, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", 2004, s. 60-61; ancak ne yazık ki ülkemizde, devlet destekli, tiyatro, opera, bale, senfoni orkestrası ve korolarda 'sanatı sevdirmek' birinci amaç olsa da, bu kurumlar 'mainstream' bir anlayış çerçevesinde hareket etmekte ve bu anlayışı yaymaya çalışmaktadır. Mainstream anlayış özellikle klasik ve romantik dönem eserlerine ağırlık verir. Dünyada sanatı destekleyen devletlerin çoğunda böyle olsa da, devlet karşısında alternatif, avangard anlayışta sanata yer veren sivil toplum örgütleri bulunmaktadır. Ancak Türkiye'de, TOBAV, And Vakfı, Filarmoni Derneği, Müzik-Sen gibi sivil toplum örgütleri sosyal haklar için mücadele verirken, kültürel haklar açısından pek istekli olmamışlar ve mainstream bir çizgiye dönmüşlerdir. GÜLTEKİN, 2000, s. 455.

168 ÇEÇEN, 1996, s. 337-338.

164 MÜLLER, Friedrich, *Positivitaet der Grundrechte*, Berlin, 1969, s. 73'den aktaran: SAĞLAM, 1982, s. 32.

165 ÇEÇEN, 2000, s. 217.

ilişkide devlet, sanat için belli destekleri sağlarken fırsat eşitliğine imkan verecek şekilde, saydam, teknelci olmayan ve haksız rekabetle mücadele edecek şekilde davranmakla yükümlüdür<sup>169</sup>.

Öte yandan, 64. madde olmasaydı bile, sanatın bir kurum olarak, toplum yaşamındaki işlevi nedeniyle doğal olarak koruma altına alınacağı söylenebilecekti. Bu sorumluluğun kaynağı Anayasa'nın 5. maddesinde öngörülen "devletin temel amaç ve görevleri"dir. Buna göre devlet, herkese eşit ölçüde, maddi ve manevi varlıklarının gelişmesi için gerekli zemini hazırlamaya çalışmakla görevlidir. Her ne kadar bunu 65. madde gereği "öncelik gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde" yapacaksa da, insanların huzur ve mutluluğunu sağlama sorumluluğu gereği devlet yine sanatı bir kurum olarak desteklemekle, bu konuda gerekli tedbirleri almakla, bireylerin sanat üretim ve tüketimine müdahale etmemekle ve söz konusu engelleri ortadan kaldırmakla yükümlü olacaktır.

Devlet aslında sanata toplum nedeniyle kaçınılmaz bir gereksinim duymaktadır. Çünkü sanat aynı zamanda bir iletişim aracıdır ve gerçek anlamda bir iletişim de demokratik devletin ön koşuludur. Demokrasinin de tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için, halkın iktidarını "en çoğa" çıkartmak gerekmektedir. Halk iktidarının "en çoğa" çıkartılması, yalnızca belli aralıklarla gerçekleştirilen seçimlere katılım oranının artırılması demek değildir. Seçimlere katılım, başka unsurlarla desteklenmediği takdirde ancak, *seçimler aracılığıyla insanlar arasında bir siyasi eğilim belirleme* anlamına gelmektedir. O halde bir toplumda öncelikle araştırılacak konu, halkın iktidarını "en çoğa" çıkartmak için gerekli araçların ne olduğu olmalıdır. Bu araçlar kuşkusuz ki farklı düşüncelerin tartışılması ve toplumda hoşgörünün yaygınlaşması için uygun zemini hazırlayacak araçlardır. Öte yandan burada "halk nedir?" sorusunun da yanıtlanması gerekmektedir. Halkın ne olduğu bambaşka bir tartışma konusu olmakla birlikte, "halk iktidarı" körü körüne savunulduğunda "halk", kutsal, ulaşılmaz, gizemli ve ulaşılmaz bir olgu halini almakta ve böyle olunca da demokrasi

tartışmalarında bir adım ileriye dahi gidilememektedir. Oysa halk kutsal ve ulaşılmaz bir şey değil, yaşayan ve içinde bulunduğumuz bir gerçekliktir. Demokrasi, yalnızca halk iktidarı demek olmadığı gibi, yalnızca çoğunluk egemenliği demek de değildir. Eğer bir toplumda muhalif görüşlerin önü tıkanır, farklı görüşte olanlara söz hakkı verilmezse halk egemenliği de bastırılmış olmaktadır. Bu açıdan demokrasi, ancak azınlık haklarıyla sınırlandırılmış bir çoğunluk yönetimini temel almaktadır. Bir *demokrasinin geleceğinin demokratik olması*, çoğunluğun ileride azınlığa, azınlığın da ileride çoğunluğa dönüşebilmesine bağlıdır<sup>170</sup>. Bu doğrultuda Dewey, sanatı demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından bir tanesi olarak ele almıştır. Ona göre, sanat insan için somut bir eser ortaya koymanın ötesinde bir deneyimdir ve toplumun gelişmesi için kullandığı bir iletişim aracıdır. Dewey, iletişimin söz ya da hitap olmadığını, gerçek iletişimin sanat olduğunu belirtmektedir. Sanat doğrudan duygusal iletişim sağlamaktadır<sup>171</sup>. Dewey, sanatın insanlar arasındaki iletişimi arttıran ve bu sayede onlarda bir ortaklık bilinci yaratan bir olgu olduğunu da vurgulamamaktadır. Çünkü insanlar sanat aracılığıyla birbirileri arasındaki farklılıkları ve benzerlikleri öğrenebilir, birbirilerini anlamalarının önündeki engelleri aşabilir ve toplum olmalarını sağlayacak benzerlikler geliştirebilirler. Öte yandan iletişim, katılım sağlamanın en etkili yolu olmaktadır<sup>172</sup>. Böylelikle sanat, kendine özgü bir iletişim aracı olarak bir toplumda yer alan farklılıklar hakkında farkındalığın oluşmasına da yardımcı olmaktadır. Sanatın demokrasiye bir başka katkısı, katılımcı bir demokrasinin oluşumu için sağladığı zemindir. Şöyle ki, sanat aracılığıyla insanların kendileri hakkındaki farkındalığı geliştirilerek günlük yaşantılarında özgüvenleri arttırılabilir. Bireylerin gündelik yaşamlarındaki tutumlarını değiştirebilen sanat, insanların böylece politik alanda da katılımcı birer birey olmalarını sağlama ya yardımcı olmuş olur<sup>173</sup>.

170 SARTORI, Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu-M. Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 30-33.

171 DEWEY, 1980, s. 237-238, 286.

172 MATTERN, Mark, "John Dewey, Art and Public Life", **The Journal of Politics**, Vol. 61, No. 1 (Feb., 1999), (s. 54-75), s. 55.

173 CORNWELL, Terri Lynn, **Democracy and the Arts-The Role of Participation**, Praeger 1990, s. 49; bu konuda GAP projesi çerçevesinde Gençlik için Sosyal Gelişim Projesi incelenebilir.

169 Bu konuda Türkiye'deki tekelcilik ve keyfilik için bkz. Vecdi Sayar'ın "Sanatın Patronları" başlıklı yazısı, Cumhuriyet Gazetesi, 29 Şubat 2008; SAYAR, Vecdi, "Sanatın Patronları", **Cumhuriyet Gazetesi**, 29 Şubat 2008.



Bu nedenlerle sanatın bir devletin gerçekten demokratik olabilmesi için özgürce icra edilmesi ve bir kurum olarak da desteklenmesi gerekmektedir. Bunun için devletin kültür politikasını belirlerken daha dikkatli olması, uzun vadeyi hedeflemesi ve bireylere kısıtlamalardan arındırılmış bir sanat yaşamı alanı sunması gerekmektedir. Özellikle Türkiye'nin yasalarında yaygın olduğu şekilde, genel ahlak ve siyasi nedenlerle sanatsal faaliyetlerin sınırlandırılması, bir süre sonra sanatın sonunu getirebilir ve demokrasinin temelinde yatan toplumsal hoşgörüyü ortadan kaldıracaktır.

### III. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ VE DEVLET: ÖZGÜRLÜK-OTORİTE ÇATIŞMASI

*Otoriteyi* temsil eden devlet ile *özgürlüğün* simgesi sanatçı tarihten bu yana hep çatışma içinde olmuştur. Her devlet anayasasında temel hak ve özgürlükleri düzenlerken, kendi varlık nedeni doğrultusunda bu temel hak ve özgürlüklerin belli sınırlar dahilinde kullanılabilmesini belirtmiştir. Sanatsal faaliyet söz konusu olunca, sınırlama kavramı anlamını yitirmektedir. Çünkü sanatsal yaratımda mantıktan çok, hisler ve duygular yer almaktadır. Sanatsal faaliyet, bilinçdışı ile bilincin birleştiği bir süreçtir. Bu açıdan sanat özgürlüğünün sınırlandırılması ve sınırın sınırı problemleri bir alan olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bölümde, sanat özgürlüğünün ilgili anayasa maddesinde öngörülmediği haliyle sınırlandırılması problemi üzerinde durulacak ve çeşitli yargı kararlarından örnekler verilecektir.

#### A. GENEL OLARAK TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI

İnsan hakları açısından sınırlama istisna, sınırsızlık ise kural teşkil etmektedir<sup>174</sup>. Ancak 1982 Anayasası'na bakıldığında Anayasanın mantığının oldukça otoriter ve sınırlamadan yana olduğu görülmektedir. 1982 Anayasası hümanist bir bakış açısıyla insanı değil, otoriter bir bakış açısıyla devleti temel değer olarak oluşturulmuş bir Anayasadır ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından çok katmanlı bir sistem öngörmektedir. Bunlardan ilk katman, Anayasanın kendisinin doğ-

rudan getirmiş olduğu sınırlamalar, ikinci katman Anayasanın daha kapsamlı sınırlamalar için yasamaya yetki vermesi halinde yasama organının getirebileceği sınırlamalar ve üçüncü katman da, idarenin Anayasa ve yasalar ile kendisine yetki verildiği hallerde gerçekleştirdiği sınırlamalardır<sup>175</sup>. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması problemi açısından öncelikle sınırlama ve düzenleme kavramları arasındaki farka değinilecek, daha sonra anayasa veya yasalarda sınırlama öngörülmemiş ve öngörülmemiş temel hak ve özgürlükler açısından sınırlandırma problemi üzerinde durulacaktır.

Anayasa ya da bir kanun aracılığıyla bir temel hakkın *düzenlenmesi* ile *sınırlanması* arasında bazı farklar yer almaktadır. Düzenleme terimi, bir hakkın hukuki metinlerde yer almasını ifade eder. Sınırlama ise, hukuki metinlerle temel hakların kullanımına ilişkin belli koşulların öngörülmesini ve hakkın kullanımına ilişkin belli sınırların çizilmesini ifade eder. Doktrindeki yaygın görüş, bir temel hakkın düzenlenmesinin aynı zamanda onun sınırlandırılması anlamına geldiği yönündedir ve bu görüş aslında liberalizmin olumsuz (negatif) özgürlük düşüncesine dayanmaktadır. Ancak her yasal düzenleme bir sınırlama getirmez. Özellikle sosyal haklara ilişkin düzenlemeler temel hakları güçlendirici nitelikte düzenlemelerdir<sup>176</sup>. Örneğin Anayasanın 23. maddesinin 4. fıkrası, seyahat özgürlüğünün belli koşullar altında *sınırlanabileceğini* öngörmüş, buna karşılık sanat özgürlüğünü düzenleyen 27. maddenin 3. fıkrası ise, sanat özgürlüğü hakkında, yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla *düzenlenmesini* öngörmüştür. Özellikle buradaki düzenlemeden anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu terimlerin anlamını kavramak ve düzenlemenin ne ölçüde bir sınırlama olacağını saptayabilmek için, her bir temel hak ve özgürlüğün tek tek irdelenmesi ve söz konusu hakkın ya da özgürlüğün norm alanının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir<sup>177</sup>. Bununla birlikte Anayasada bazı düzenlemelerin sınırlama sayılmayacağı da açıkça belirtilmiştir. Örneğin, 26. maddenin 3. fıkrasında "*haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kay-*

Bkz. <http://www.gap.gov.tr/proje-ve-faaliyetler/insani-ve-sosyal-gelisme-genel-koordinatörlugu/sosyal-projeler/uygulamalar/genclik-icin-sosyal-gelisim-projesi>.

174 KABOĞLU, 2002, s. 82.

175 TANÖR, 1994, s. 200.

176 SAĞLAM, 1982, s. 18.

177 SAĞLAM, 1982, s. 26.

diyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz."<sup>178</sup>

Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin diğer bir problemli nokta ise, bir temel hak ve özgürlüğün anayasada düzenleniş şekline göre nasıl sınırlandırılacağıdır. Bir başka ifade ile, bir hak ya da özgürlük hakkında hiçbir sınırlama öngörülmemişse ne olacağı ve sınırlandırılması öngörülen bir hak ya da özgürlüğün de ne dereceye kadar sınırlandırılacağıdır.

Bir temel hakkın koruma alanına giren bir davranış, devlet tarafından bireye belirli oranlarda yasaklandığında, devletin temel hakka müdahalesi ve temel hakkın sınırlandırılması söz konusu olmaktadır. Bu açıdan sınırlandırma iki ana başlık altında incelenebilir. Bunlar, yasa kaydı öngörülen ve yasa kaydı öngörülmemiş temel hak ve özgürlüklerdir. Bazen de bir temel hak veya özgürlük hakkında hiçbir sınırlama öngörülmemiş olabilir. Böyle durumlarda da hakka içkin bir sınırlamanın var olduğu savunulmaktadır<sup>179</sup>. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin şu şekilde bir şema çizilebilir:

Yasa ile Sınırlama Öngörülmemiş Temel Hak ve Özgürlükler		Yasa ile Sınırlama Öngörülen Temel Hak ve Özgürlükler	
Anayasal İçeriksel Sınırlamalar	Temel Hak İçeriksel Sınırlamalar	Basit yasa Kaydı Öngörülen Temel Hak ve Özgürlükler	Nitelikli Yasa Kaydı Öngörülen Temel Hak ve Özgürlükler

<sup>178</sup> Bu konu aslında oldukça tartışmalıdır. Çünkü Anayasa burada, yayımını engellemek kaydıyla yapılacak düzenlemelerin sınırlama sayılmayacağını belirtmekle, yasal düzenlemelerin sınırlama sayılmayacağını önceden kabul etmiştir. Oysa bir düzenlemenin sınırlama olup olmadığı, her bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin norm alanının daraltılıp daraltılmamasına göre belirlenebilir. Ancak bu hüküm, devletin basın özgürlüğü önünde olumlu bir tutum içinde olmasını öngören bir hüküm olarak değerlendirilebilir. Bir başka ifade ile söz konusu madde ile, devletin, basın özgürlüğünü tehlikeye sokan basında tekelleşmeyi önleyecek tedbirleri almakla yükümlü hale geldiği söylenebilir.

<sup>179</sup> GÖREN, 2006, s. 365-366; Yavuz Atar da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını iki başlık altında ele alarak, Anayasada sınırlama öngörülmemiş temel haklar ve sınırlama öngörülen temel haklar olarak değerlendirmiştir. Bunlardan, Anayasada hiçbir sınırlama öngörülmemiş temel hakların kendi niteliğinden kaynaklanan bir takım objektif sınırlarının olduğunu belirtmiştir. Anayasada sınırlama öngörülen temel haklar açısından da yasa ile getirilecek sınırlamanın ölçüsü üzerinde durmuştur. ATAR, 2002, s. 125 vd.

Yasa kaydı öngörülen temel haklar kendi içinde iki grupta değerlendirilebilir. Bunlar, basit yasa kaydı öngörülen temel hak ve özgürlükler ve nitelikli yasa kaydı öngörülen temel hak ve özgürlüklerdir. Basit yasa kaydı öngörülen temel haklarda sınırlamanın yalnızca bir yasayla yapılabileceği belirtilmiş, yasayla yapılabilecek sınırlama ise çerçevesi çizilmemiştir. Örneğin 1924 Anayasasında bu şekilde sınırlamalar yer almaktaydı. 1924 Anayasasının 77. maddesi "*Basın kanun çerçevesinde serbesttir.*" şeklinde bir ifade içermekteydi<sup>180</sup>. Nitelikli yasa kaydının öngörülmediği hallerde ise, Anayasa söz konusu temel hakka yasa ile bir sınırlama getirilebileceğini öngördükten sonra bu sınırlamanın da sınırını çizmiştir. Örneğin Anayasasının 23. maddesinde "*herkes yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir*" dedikten sonra, bu özgürlüğün ancak "*suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak... amaçlarıyla kanunla sınırlandırılır*" şeklinde sınırlamanın amaçlarını ve sınırını belirtmiştir<sup>181</sup>. Yani yasa kaydı ile, yasa koyucunun temel hakların kullanımına bir sınırlama getirebileceği öngörülmüştür. Ancak bu sınırlamanın da sınırı belirtilmiştir.

Bunlara ek olarak bazı maddelerde ise Anayasa bir temel hakka *doğrudan* bir sınırlama getirmiştir. Burada, Anayasa ile konulan sınırın kanunla konulması gerekmektedir. Anayasasının bu şekilde düzenlediği maddelerde sınırlamadan çok, açıklayıcı bir nitelik vardır ve bu tür bir ibare teknik anlamda bir sınırlama değildir. Örneğin Anayasasının sanat özgürlüğüne ilişkin 27. maddesi bu türden bir maddedir. Şöyle ki, "*Bilim ve sanatı yayma hakkı, Anayasasının 1., 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.*" ibaresi aslında teknik anlamda bir sınırlama değildir; açıklayıcı bir anlama sahiptir. Çünkü bu hüküm burada yer almasaydı da, Anayasasının ilk üç maddesinin değiştirilmesinin yasak olduğu Anayasada belirtilmiş olduğu için ve bu maddeler devletin temel niteliklerine ilişkin maddeler olduğundan zaten her özgürlüğün sınırını teşkil edeceklerdir<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> GÖREN, 2006, s. 365.

<sup>181</sup> GÖREN, 2006, s. 366.

<sup>182</sup> ATAR, 2002, s. 126.

Anayasada hiçbir sınırlama öngörülmemiş, bir yasa ile de sınırlandırılacağı belirtilmemiş, yani sınırlamasız temel hak ve özgürlükler açısından ise, söz konusu özgürlüklerin kendi doğasından kaynaklanan bazı sınırları ile Anayasadan kaynaklanan bazı sınırların olduğu belirtilmiştir. Temel hak içeriksel sınırlamalar söz konusu olduğunda, sınırlama açısından asıl araştırılacak olan temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı değil, normun kapsadığı yaşam alanının nereye kadar uzandığıdır<sup>183</sup>. Normun kapsadığı yaşam alanının nereye kadar uzanacağı ise, söz konusu temel hakkın kullanımı olarak görünen eylemin ve olanakların, temel hakkın norm alanı ile olan bağlantı derecesidir. Bir başka ifade ile her normun bireye sağladığı belli özel hareket alanları bulunmaktadır ve temel hakkın nihayetinde sınırı bu alan olmaktadır<sup>184</sup>. Örneğin Anayasanın 34. maddesinin düzenlediği alan tüm toplantılardır ancak koruduğu alan silahsız ve saldırısız toplantılardır<sup>185</sup>. Yine bunun gibi dilekçe hakkı da, hakaret ve tehdit içeren bir şekilde kullanılamaz<sup>186</sup>. Çünkü bu durumlarda, hakaret ve tehdit dilekçe hakkının sağladığı eylem alanını aşmaktadır ve kişinin eyleminin bu nedenle söz konusu hak ile bir ilgisi kalmamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi bir ressamın cadde ortasında, trafik akarken eşyalarını getirip resim yapması da sanat özgürlüğünün sağladığı eylem alanı içerisinde değildir.

Anayasa içeriksel sınırlamalarda ise, sınırlamalar, genel olarak anayasanın bütününden kaynaklanan sınırlamalardır. Bunlar, başkalarının hakları, anayasal düzen ve ahlak yasaları gibi sınırlardır. Hakkında sınırlama öngörülmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırına ilişkin Alman doktrinindeki yaygın görüş, söz konusu hakların kullanımları sırasında diğer temel hak ve özgürlüklerle ve anayasal değerlerle çatışması halinde, bu hakların sınırlarını çatışan Anayasa Hukukunda bulacağı yönündedir<sup>187</sup>. Sınırlama öngörülmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırı açısından ikinci görüş,

Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme özgürlüğü" olarak düzenlenmiş *genel eylem özgürlüğü*nün sınırlarının, hakkında sınırlama öngörülmemiş temel hak ve özgürlüklere uygulanacağı yönündedir<sup>188</sup>. Genel eylem özgürlüğünün sınırları da Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, başkalarının hakları, anayasal düzen ve ahlak yasalarıdır. Üçüncü görüş, Alman Federal İdare Mahkemesi'nin 1951 tarihli *Sünderin* isimli kararında ileri sürülmüş ve sanat özgürlüğü gibi hakkında hiçbir sınırlama öngörülmemiş haklar açısından, "devletin varlığını sürdürmesi için gerekli olan değerlerin tehlikeye girmesi halinde", anayasal içeriksel sınırların söz konusu olacağını savunmaktadır<sup>189</sup>. Dördüncü görüş Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin sanat özgürlüğüne ilişkin *Mephisto* kararında dile getirilmiştir. Mahkeme, söz konusu kararda hakkında bir sınırlama öngörülmemiş temel hak ve özgürlükler açısından yukarıda belirtilen görüşlerin hepsini reddedip, sınırın yalnızca Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasında yer alan *insan onuru* olduğunu belirtmiştir<sup>190</sup>.

Temel hak ve özgürlükler açısından sınırlamanın ayrıkısı, serbestliğin ise kural olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu ifadenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından anlamı, hakkın öznesine kendi iradesi doğrultusunda hareket edebilme yeteneğinin verilmiş olmasıdır. Bir başka ifade ile, hakkın öznesi, herhangi bir makam ya da kişinin izni veya müdahalesi olmaksızın özgürlüğünü kullanabilmelidir. Bu, *doğrudan kullanım ilkesi* olarak adlandırılır ve temelinde *bireye duyulan güven* ile hak öznelerinin yasa dışı eylem ile suçlanma anından itibaren *yargısal usul güvencelerinden* yararlanmaları fikri yer almaktadır. Bu doğrultu-

183 GÖREN, 2006, s. 366-367.

184 MÜLLER, Friedrich, *Positivitaet der Grundrechte*, Berlin, 1969, s.87'den aktaran: SAĞLAM, 1982., s. 49-50; GÖREN, 2006, s. 367.

185 GÖREN, 2006, s. 367.

186 ATAR, 2002, s. 126, SAĞLAM, 1982, s. 50.

187 PIEROTH, B., SCHLINK, B., *Grundrechte, Staatsrecht*, Heidelberg 1986, s. 68, KN 301'den aktaran: GÖREN, 2006, s. 367.

188 KLEIN, F., in: v. MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz (Kommentar)*, 3. B., München 1985, s. 199'dan aktaran: GÖREN, 2006, s. 367.

189 BVerwGE 1, 303; GÖREN, 2006, s. 368.

190 BVerfGE 30, 173; GÖREN, 2006, s. 368; öte yandan sınırlandırılmamış temel hak ve özgürlüklerin sınırının "insan onuru" olduğunu belirten Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 1. maddesine dayanmıştır. Alman Anayasası'nın 1. maddesinde en üstün değer olarak "insan" temel alınmıştır. Bu anlayış aynı zamanda, devletin dayandığı en temel ilkeyi de belirlemektedir. Türkiye açısından böyle bir yorum yoluna gidildiğinde, 1982 Anayasası'nın oldukça otoriter ve bireyi değil devleti temel alan bir Anayasa olduğu anlaşılacaktır. Bu nedenle Türkiye'de sanat özgürlüğü açısından sorunlu uygulamalar yer almaktadır.

da bir gazete izin ve sansüre bağlı olmadan yayın yapabilir ancak, yayın müdürü, basın yasasının öngördüğü bağlayıcı hükümleri ihlal ettiğinde kovuşturmayla uğrayacağını bilir. Bu, bastırıcı usuldür ve kişi, hakkını kendi sorumluluğu dahilinde kullanabilir<sup>191</sup>. Bastırıcı usulün karşısında ise önleyici usul yer almaktadır ve bu aslında ayrıksı bir sınırlama biçimidir. Önleyici usulde hakkın öznesi, hakkı kullanmak için belli bir takım koşulları yerine getirmek veya idari makamlardan izin almak zorundadır. Bunun nedeni genellikle çevresel sorunlar, sağlık gerekleri, şehircilik ilkeleri gibi bir takım toplumsal zorunluluklardır ancak önleyici usulün amacı yalnızca bir takım aykırı durumların meydana gelmesini önlemektir<sup>192</sup>.

Özgürlüklerin sınırları konusunda hukuk ötesi sınırlar da mevcuttur. Elbette "herkes için özgürlük", "paylaşılmış özgürlüktür". Özgürlüklerin kullanımı için belli sınırların öngörülmüş olmasının nedeni, herkesin özgürlüklerden eşit ölçüde yararlanabilmesidir. Çatışan özgürlüklerin varlığı halinde, düzeni korumak için uzlaştırma görevi, idare, yasa koyucu ya da yargıya düşmektedir. Örneğin çevre hakkının mülkiyet hakkının kullanımını kamu yararı amacıyla sınırlayabilmesi söz konusu olabilmektedir<sup>193</sup>. Bu türden hukuk ötesi sınırlar zaten toplumsal yaşamın kendisinden kaynaklanmaktadır. Hukuk ötesi diğer sınırlar ise aslında olmaması gereken sınırlardır ve daha çok siyasal nitelikteki sınırlar, toplumsal ve ekonomik nitelikteki sınırlar ile toplumun gelişmişlik düzeyiyle yakından ilişkili sorunların ortaya çıkarttığı sınırlara karşılık gelmektedir. Siyasal nitelikteki sınırı, bir ülkedeki hukuk düzeninin, siyasal ortam ve yöneticilerin eğilimlerine göre özgürlüklerin aleyhine dönüşmesi durumu oluşturmaktadır<sup>194</sup>. Örneğin yukarıda verilen örnekten hatırlanacak olursa kolluk kuvvetlerine sinema eserlerinin gösterimini durdurma yetkisinin verilmesi otoriter ve insanlara güvenmeyen bir anlayışı yansıtmaktadır. Toplumsal ve ekonomik sınırlar ise daha çok ülkedeki insanların eğitim düzeyi, genel kültür durumu, tarihsel nedenler ile 1982 Anayasası'nın 65. maddesinde de belirtildiği gibi ekonomik yeterlilikler. Toplumun gelişmişlik düzeyiyle yakından ilişkili

191 KABOĞLU, 2002, s. 82-83.

192 KABOĞLU, 2002, s. 85.

193 KABOĞLU, 2002, s. 88.

194 KABOĞLU, 2002, s. 108-109.

sorunların ortaya çıkarttığı sınırlar ise daha çok çocuklar, kadınlar, yaşlılar, özürllüler gibi gruplar açısındandır<sup>195</sup>. Görüldüğü gibi bir temel hakkın ya da özgürlüğün kullanılabilmesi açısından hukuk ötesi nedenler daha belirleyici bir rol oynamaktadır. Örneğin bir ülkede demokrasi ve hoşgörü kültürü yeterince yerleşmemişse, Anayasa'da sanat özgürlüğünden mutlak olarak bahsedilmiş olsa da, sanat özgürlüğü toplumsal nedenlerle hukukun ötesinde sınırlanabilecektir.

Hukuk alanına geri dönülürse, 1982 Anayasası'nda 2001 yılında 13. maddede yapılan değişiklikten önce temel hak ve özgürlükler hakkında bir takım genel sınırlama sebepleri öngörüldüğü hatırlanacaktır. Bu maddeye göre: "*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasasının ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*"

*Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.*

*Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."*

Ancak, 2001 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle genel sınırlama sebepleri kaldırılmış ve sınırlamanın yalnızca her bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin maddede belirtilen sınırlama sebepleri ve kanun ile yapılabileceği belirtilmiştir. Böylelikle 13. madde genel sınırlama maddesi olmaktan çıkmış ve *genel koruma hükmüne*<sup>196</sup> dönüşerek sınırlamanın sınırını çizmiştir. Bu maddeye göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak şu hallerde olacaktır:

*"Sınırlama kanunla yapılmalıdır.*

*Sınırlama Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanmalıdır.*

*Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.*

*Sınırlama demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olmalıdır.*

*Sınırlama temel hak ve hürriyetlerin özüne do-*

195 KABOĞLU, 2002, s. 109-110.

196 GÖREN, 2006, 378.

*kunmamalıdır. Sınırlama ölçülülük ilkesine uygun olmalı, yani makul, dengeli ve kabul edilebilir bir dereceyi aşmamalıdır.*

*Sınırlama öngörülmediği amaç dışında kullanılmamalıdır.”<sup>197</sup>*

Maddenin eski haline oranla genel ibareler metinden çıkartıldıysa da, eski metinde yer alan “*milli egemenlik, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği*” gibi ifadelerin düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26. maddesine eklenmiş olması düşündürücü bir husustur<sup>198</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerin 1982 Anayasası’nda sınırlandırılması çok katmanlı olmaktadır. Anayasanın doğrudan öngördüğü sınırlara ek olarak, bazı Anayasa hükümleri de, yasama organının, temel hak ve özgürlükleri sınırlayabileceğini öngören düzenlemeler içermektedir. Buna ek olarak temel hakların kötüye kullanılması yasağını düzenleyen 14. madde de belli bir sınırlama öngörmektedir. 14. madde, Alman Anayasası’nda genel eylem özgürlüğünü düzenleyen 2. maddenin öngördüğü sınırlara bir ölçüde benzetilebilir ve hakkında sınırlama öngörülmemiş temel hak ve özgürlükler açısından bir sınırlama oluşturur. Ancak 14. maddenin Alman Anayasası’nın 2. maddesinden farkı, 14. maddenin açıkça “temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla kullanılmayacağı”nı düzenlemiş olmasıdır. Alman Anayasasının 2. maddesindeki genel eylem özgürlüğünün sınırlarının, hakkında sınırlama öngörülmemiş temel hak ve özgürlüklere uygulanacağı yönündeki yorum Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nce benimsenmemiştir<sup>199</sup>. 14. madde:

*“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırma-ya amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz...”*

Alman Anayasası’nın 18. maddesi, 14. madde benzeri bir düzenleme getirmektedir. Söz konusu maddede bütün temel hakların değil, **bazı** temel

hakların özgür, demokratik temel düzeni bozma-ya yönelik olarak kötüye kullanılması halinde, söz konusu hakların yitirileceğini düzenlemektedir. Bu haklar, düşünceyi açıklama özgürlüğü, özellikle basın özgürlüğü, öğretim özgürlüğü, toplantı özgürlüğü, dernek özgürlüğü, mektup-posta ve telekomünikasyon gizliliği, mülkiyet hakkı ve sığınma hakkıdır<sup>200</sup>.

Özgürlüğün kötüye kullanılması ancak onun amacından saptırılıp, hedefinden ayrı bir alana yönelmesi halinde söz konusu olmaktadır. Öte yandan 1982 Anayasası’na göre kötüye kullanmanın bir faaliyet şeklinde olması gerekmektedir. Her ne kadar kötüye kullanmanın faaliyet<sup>201</sup> şeklinde olması gerekemekteyse de, kötüye kullanma yine güdülen amaçla ilişkili olarak tanımlanmıştır. Maddede geçen söz konusu amaçlar da sübjektif yorumlamaya açıktır<sup>202</sup>. Bu madde daha çok düşünce özgürlükleri açısından özel bir önem taşımaktadır. Tanör, bu hüküm aracılığıyla, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan “düşünce suçları”na Anayasal sığınak sağlamak istendiğini vurgulamıştır<sup>203</sup>. Bir dönem Anayasa Mahkemesi de “sanat yoluyla işlenen suçların cezalandırılması”nı Anayasaya uygun bulurken 14. maddeye dayanmıştır<sup>204</sup>.

200 Alman Anayasası 18. madde hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞİMŞEK, Oğuz, “Federal Alman Anayasa Hukuku’nda Temel Hakların Düşmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt: 5, Sayı: 1, s.94-112.

201 Burada adı geçen “faaliyet” terimi de belirsiz ve özellikle performans sanatları düşünüldüğünde belki de sorun yaratacak bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan “eylemler” ibaresinin daha doğru olacağı savunulmuştur. TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, **2009**, s. 136.

202 ATAR, **2002**, s. 142.

203 TANÖR, **1994**, s. 205; TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, **2009**, s. 135.

204 E. 1985/8, K. 1986/27, Karar Tarihi: 29.11.1986; “...Devletin sanatı ve sanatçıyı koruması, sanat yoluyla işlenen suçların cezalandırılmasına engel değildir. Anayasanın 14. maddesinin birinci fıkrasına göre; Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin hiç biri devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve özgürlükleri yok etmek, devletin bir kişi ya da zümre tarafından yönetilmesini ya da sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamaz. Maddenin uygulamada aksaklıklar yaratabileceği, bu görevin polis ve mülkî amirlerine Cumhuriyet Savcıları ve mahkemelere bırakılmasının daha yerinde olacağı yolundaki düşüncelerin Anayasaya uygunluk konusuyla doğrudan bir ilişkisi yoktur. Açıklanan nedenlerle inceleme konusu kuralın Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”

197 Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve özellikle sınırın sınırı konusu ayrı bir çalışma konusu olacağından burada derinlemesine incelenmemiştir. Ancak bu konu açısından sorun teşkil eden alanlar özellikle, kamu düzeni, genel ahlak ve mücadeleci demokrasi kavramlarının belirsizliği olmaktadır. Sanat özgürlüğüne getirilen sınırlamalar da, genel olarak adı geçen belirsiz kavramlar gerekçesi ile yapılmaktadır.

198 ATAR, **2002**, s. 130; KABOĞLU, **2002**, s. 99.

199 GÖREN, **2006**, s. 367-368.

## B. 1982 ANAYASASINDA SANAT ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SINIRLANDIRMA PROBLEMİ

Sanat özgürlüğünün Anayasada düzenleniş şekline göre sınırlanıp sınırlanamayacağı, sınırlanacaksa ne ölçüde sınırlanacağı 27. maddenin diğer bazı maddeler ile birlikte değerlendirilmesiyle açıklığa kavuşturulabilir.

27. maddenin 2. fıkrasında, sanatı yayma hakkının, Anayasanın ilk üç maddesini değiştirmek amacıyla kullanılamayacağı belirtilmiştir. Bir görüşe göre bu düzenleme, özel bir sınırlama nedeni olmayıp, yalnızca gerçekleştirilen faaliyetin sanatsal nitelikte bir faaliyet olmasını öngören ve Anayasayı korumak amacını taşıyan temel hak içeriksel bir sınırlamadır ve açıklayıcı bir niteliktedir<sup>205</sup>. Bir başka ifade ile, sanat özgürlüğünü düzenleyen maddede böylesine bir hüküm yer almasaydı da, sanat özgürlüğü normunun koruma alanının, Anayasanın ilk üç maddesini değiştirmeye yönelik faaliyetleri korumayacağı söylenebilecekti.

Bu açıdan sanatsal faaliyetlerden en çok sorun yaratanlar, sinema, müzik, video ve tiyatro gibi gösteri sanatları olmaktadır. Çünkü bunlar, sanatsal yaratımın yanında düşünce ve kanaati açıklama özgürlükleri ile de ilişkilendirilmektedir ve bu nedenle bu özgürlüklere getirilen sınırlamaların sanat özgürlüğünü zedeleme olasılığı çok yüksek olmaktadır. Buna ek olarak söz konusu eserlerin yayılması zaten sanatın doğasında vardır. Söz konusu madde aslında sanatın etki alanına bir sınırlama getiriyor gibi gözükmektedir. Burada kanımca önemli olan, sanat aracılığıyla böylesine bir eylemin (Anayasanın 1., 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacının) gerçekleştirilmiş sayılmasının zaten mümkün olmamasıdır. Öncelikle yargıya intikal etmiş olası bir uyuşmazlıkta, böyle bir şeye karar verilebilmesi için, yargıçların sanat eserinin içeriğini sorgulaması gerekmektedir. Bu durum zaten, sanatçının özgür yaratıcılığının sorgulanması ve sanat özgürlüğüne yapılmış bir müdahalenin varlığı anlamına gelecektir. Burada bir de sanatın, toplumun karanlıkta kalmış yönlerini açığa çıkartma, insanları düşündürme, bilinçlendirme ve onlarda farkındalık yaratma gibi işlevleri hatırlanacak olursa, sanatsal yaratım ve faaliyetler ile suç işlenmiş sayılması

demokratik bir devlette olmaması gereken bir durumdur. Hatta Read'e göre, sanat, uluslarüstü ve evrensel nitelikte bir takım insani değerlerin oluşumuna da yardım etmektedir<sup>206</sup>. Bu doğrultuda sanat ile herhangi bir suçun işlenmiş olabileceği iddiası da geçersiz kalmaktadır. Çünkü, ilerleme ancak farklı değer yargılarının ve kültürlerin birbirleri ile kaynaşması ve insanlar arası paylaşım ile mümkün olabilir. Hoşgörü kavramı da bu aşamada devreye girmektedir. 27. maddenin 2. fıkrasının aslında çok ciddi bir sınırlama oluşturduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır<sup>207</sup>. Çünkü söz konusu hüküm yeterince açık değildir. Öte yandan, sanat özgürlüğü konusunda Anayasanın 27. maddesi, söz konusu özgürlüğe herhangi bir önleyici sınırlama getirmediği ve özgürlükler açısından serbestlik kural olduğu için, devletin sanatsal yaratım faaliyetinin henüz sonuçlanmadan, sanatçıya yapacağı her türlü müdahale de *sansür* niteliğini taşıyacaktır. Bu konuda özellikle Türkiye'deki sinema filmlerinin senaryolarına uygulanan ön denetimler, gerekli idari izinlerin alınmasından sonra dahi, filmlerin ya da tiyatro eserlerinin izleyici ile buluşmasının engellenmesi özellikle 1970'li yıllardan başlamak üzere 1980'li ve 90'lı yıllarda sıkça ortaya çıkan bir durum olmuştur<sup>208</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda sanat özgürlüğünün temel hak içeriksel sınırlarını yalnızca başkalarının hakkı, başkalarının onuru ve kişiliğinin korunmasının oluşturacağı söylenebilir. Ancak bu durumda da yine sanatın anlamı ve işlevi dolayısıyla birbiri ile çatışan haklar söz konusu olduğunda, yargı mercilerinin somut olaya özgü olarak karar vermeleri gerekmektedir. Alman Anayasası'nda sanat özgürlüğü için, Anayasanın hiçbir sınırlama öngörmediği kabul edilmiştir. Alman Anayasası'nın "ifade özgürlüğü" başlıklı 5. maddesi şu şekildedir:

*"Herkes fikirlerini, sözle, yazıyla ve resimle özgürce açıklama ve yayma hakkına ve kamuya açık kaynaklardan bilgi edinme hakkına sahiptir. Basın yayın araçlarıyla ve film aracılığıyla basın ve haber verme özgürlüğü garanti altına alınmıştır. Sansür yasaktır.*

206 Bkz. 1. Bölüm, "Sanatın Anlamı".

207 KABOĞLU, 2002, s. 495, TANÖR, 1994, s. 92; her iki yazar da 1982 Anayasasının otoriter karakterinin sanat özgürlüğünü ortadan kaldıracak şekilde düzenlemelere yer verdiğini savunmaktadır.

208 Bu konu ile ilgili çok sayıda örnek mevcuttur. Bkz. TANÖR, 1994, s. 90-98.

205 ATAR, 2002, s. 126-127, SAĞLAM, 1982, s.57; İZGİ, GÖREN, 2002, s. 331.

*Bu haklar, genel kanunlar, gençliğin korunmasını öngören kanunlar ve insan onurunun ihlal edilmezliği ile sınırlanır.*

*Sanat ve bilim, araştırma ve öğretim özgürdür. Öğretim özgürlüğü Anayasaya bağlılıktan bağışık değildir.”<sup>209</sup>*

Bu maddeye göre, 3. fıkra, sanat özgürlüğünü mutlak olarak, yasa ile sınırlanmasını öngörmeden ve sanat özgürlüğüne herhangi bir müdahale olanağı tanımadan garanti etmiştir. Yani Alman Anayasası'na göre sınırlamasız bir özgürlük olan sanat özgürlüğü için, yasa koyucunun yetkisi, *temel hakkın koruma alanının* çizdiği etkiden öteye geçememektedir. Temel hakkın **koruma alanı** ile onun **düzenleme alanı** birbirinden farklıdır. Şöyle ki, düzenleme alanı, içinde temel hakkın koruma alanının da yer aldığı yaşam alanını ifade eder. Temel hakkın koruma alanı ise, o hakkın öngördüğü faaliyeti, bir başka ifade ile, *temel hak normunun yaşam gerçeğinden koruma konusu olarak kesip çıkarttığı alanı* ifade eder<sup>210</sup>. Örneğin, ifade hürriyeti normunun düzenleme alanı tüm ifadelerken, koruma alanı faşizm, ırkçılık, ayrımcılık, düşmanlığa tahrik barındırmayan ifadelerdir<sup>211</sup>. Bu doğrultuda sanat özgürlüğünü düzenleyen 27. maddenin düzenleme alanı ve koruma alanı örtüşüyor gibi görünmektedir. Çünkü sanat özgürlüğünün düzenleme alanının tüm sanatsal faaliyetler olduğu söylendikten sonra, koruma alanının ise, *içeriği suç sayılmayan ya da insanlarda öğrenme duygusu oluşturmaya sanatsal faaliyetler olduğunu* söylemek pek de kolay değildir. Örneğin bir ressamın, hiç de öyle bir amacının olmamasına rağmen, izleyicilerin onun yaptığı bir resmi ırkçılık propagandası şeklinde algılaması mümkün olabilir. Çünkü sanat hem yaratıcısı, hem de algılayıcısı açısından son derece öznel bir alandır. Böyle bir durumda eserlerin içeriğinin sorgulanması problemi ortaya çıkacaktır ki, bunu yapacak makamların, devletin yargı, yürütme ve yasama organları değil, toplumdaki izleyicilerin olması gerekmektedir. Aksi tak-

dirde sansür söz konusu olacaktır<sup>212</sup>. Alman doktrini bu konuda sanat özgürlüğünün koruma alanını belirlerken, tarih içerisinde birbirinden farklı yorumlarda bulunmuştur. İlk olarak yukarıda da bahsedildiği gibi, sanat özgürlüğü temel hakkının koruma alanı ve özgürlüğün sınırları, Alman Federal İdare Mahkemesi'nin 1951 tarihinde vermiş olduğu “Sünderin” isimli kararında irdelenmiştir. Buna göre, devletin varlığını sürdürmesi için gerekli olan değerlerin tehlikeye girmesi halinde *Anayasa içeriksel* sınırlamaların var olduğu yönünde karar verilmiş ve Alman Anayasası'na göre sınırlamasız bir temel hak olan sanat özgürlüğünün sınırının Anayasal düzen olacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, 1971 yılında, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise, “Mephisto” isimli kararında, İdare Mahkemesinin bu görüşünü reddetmiş ve sanat özgürlüğünün sınırının yalnızca insan onuru ve başkalarının kişilik hakları<sup>213</sup> olabileceğini belirtmiştir. Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, Alman Anayasası'nın temel düzeninin **insan onuruna** dayanmasıdır<sup>214</sup>.

1982 Anayasası'nın 27. maddesinin 3. fıkrası, yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenebileceğini öngörmektedir. Burada Anayasa koyucu “düzenleme” terimini

212 SCHMID, Peter A., “Die Freiheit der Kunst ist zu gewährleisten!”, *Rote Revue* 2, 2005, 09.06.2005, s. 16; [http://www.minisiTVofculture.ch/udb/cproOEi7F3KunstreiheitPaSRR2\\_05.pdf](http://www.minisiTVofculture.ch/udb/cproOEi7F3KunstreiheitPaSRR2_05.pdf), (erişim tarihi: 29.05.2008).

213 Ancak sanat özgürlüğünü değerlendirirken, bir kişinin kişilik haklarına ne zaman müdahale edilmiş sayılacağı ve ne zaman müdahale edilmemiş sayılacağına yönelik olarak mutlak bir ölçüt getirilmemiştir. Bu ihlal, her somut olayda, olayın kendi ayrıntılarına göre değerlendirilmelidir. Örneğin, Birgit Kemkers'in romanında, “Bir gençle ilk kez yatakta uzandığımda....”sözcükleri ile başlayan cümle ve devamında, C.B. ile olan özel ilişkisi anlatılmıştı. C.B., 2000 yılında Essen Eyalet Mahkemesinde açtığı davada, edebi ve etkileyici bir romanın, kendisinin özel hayatını deşifre ettiğini ve kişilik haklarını yaraladığını iddia etmiştir. Mahkeme iddiayı kabul edip, C.B.'yi haklı bularak, yazarı tazminat ödemeye ve kitapların da toplatılarak imha edilmesine karar vermiştir. Bu kararda, insan onurunun ve kişilik haklarının korunması, sanat özgürlüğünün önüne geçmiştir. Ancak yine de, bireyin temel hak ve özgürlükleri korunurken, devlet sanatın içeriğine ve etkisine müdahale etmemelidir. Sanatın yaratıcı özgürlüğünü de teşvik etmeli ve garanti etmelidir. SCHMID, Peter A., “Die Freiheit der Kunst ist zu gewährleisten!”, *Rote Revue* 2, 2005, 09.06.2005, s. 15.

214 Alman Anayasasının 1. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

“Madde 1: İnsan Onurunun Korunması:

*İnsan onuru dokunulmazdır. Bütün devlet kuvvetleri, onu dikkate almak ve korumakla yükümlüdür.” Burada kasıt, yasama, yürütme ve yargının her şeyden önce insan onuru ile bağlı olduğudur.*

209 HUCKO, Elmar M., (Ed.), *The Democratic Tradition-Four German Constitutions*, Berg, Oxford/New York/Munich, St. Martin's Press, New York 1989, s. 195.

210 GÖREN, 2006, s. 368-367.

211 İZGİ, GÖREN, 2002, s. 334.

kullanmıştır. Her ne kadar düzenleme kavramı her zaman sınırlama anlamına gelmesede, bu durumda her bir temel hak ve özgürlüğün norm alanı ve yapılan düzenlemenin içeriğine bakmak gerekmektedir. Eğer söz konusu düzenleme, özgürlüğün norm alanını daraltıyorsa bir sınırlama, özgürlüğü güçlendirip onun daha etkin ve kolay bir şekilde kullanılmasını sağlıyorsa sınırlamasız bir düzenleme söz konusu olacaktır<sup>215</sup>. Anayasanın 27. maddesi gereğince yabancı yayınların ülkeye girmesi hakkında yapılabilecek düzenlemeler ile getirilen sınırlamalar yalnızca sanat özgürlüğüne değil, bazı durumlarda düşünce ve girişim özgürlüğü gibi diğer temel hak ve özgürlüklere de ilişkin olmaktadır. Özellikle sinema, müzik, video, tiyatro yapıtları, sanat özgürlüğünün konusunu oluşturmakla beraber, iletişimsel özgürlüklerin de konusunu oluşturan faaliyetler olarak değerlendirilebilirler. Bu nedenle yabancı yayınların ülkeye girmesi, Anayasanın 27. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak sınırlandırılacağı zaman, “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü” ve “girişim özgürlüğü”<sup>216</sup> de zedelenebilir. Öte yandan yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının yasa ile düzenlenmesinin amacının, bakanlar kuruluna ve hatta belli durumlarda içişleri bakanına bu türden yayınlar üzerinde yasaklama yetkisi veren eski Basın Kanunu’nun 31. maddesinin Anayasal güvence altına alınması olduğu belirtilmiştir<sup>217</sup>. Günümüzde internetin etkisi altında söz konusu hükmün uygulaması da tartışmalıdır, çünkü internet aracılığı ile bir kişi anında istediği yabancı yayına erişebilmektedir<sup>218</sup>.

215 SAĞLAM, 1982, s. 21-22.

216 Anayasanın 48. maddesi gereğince, herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

217 Özellikle 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, sanatsal ve bilimsel faaliyet özgürlüğünün mutlak olmasından dolayı bazı düşünce suçlarını Anayasaya aykırı bulmamıştır. 1961 Anayasası da bilim ve sanat özgürlüğüne ilişkin hiçbir sınırlama sebebine yer vermemiştir; TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, 2009, s. 167.

218 Bu konu ile ilgili olarak güncel bir olaydan söz edilebilir. 10.10.2011 tarihinde hem Tayland hem de ABD vatandaşı olan bir kişi Tayland’da, monarşik yönetimi eleştirdiği ve bu doğrultuda “The King Never Smiles” (Kral Asla Gülmez) isimli bir biyografiyi Taylandçaya çevirip, internet üzerinden, kendi bloğunda yayımladığı için şu anda Tayland’da yargılanmakta ve ABD’nden, konunun ifade özgürlüğünün kapsamına girmesi gerekçesiyle, yardım talep etmektedir. Bu örnek olaydan anlaşılacağı gibi yabancı yayınların

Sanat özgürlüğü konusu oldukça problemleri barındırır. Bunun nedenleri sanat kavramının belirsizliğinden ve 1982 Anayasası’nın konuya ilişkin sistematik olmayan, belirsiz düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır. Ancak yine de devletin, sanat özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda **demokratik toplumun gereklilikleri** ilkesini göz önünde bulundurması ve özellikle, *objektif* ve *hoşgörülü* olması gerekmektedir. Çünkü sanat özgürlüğü, içerik ve nitelik olarak özgürlükçü ve çoğulcu bir demokratik yapı için gerekli bir özgürlük olduğundan, sınırlandırılmaya elverişli değildir<sup>219</sup>. Bu açıdan daha önce de belirtildiği gibi, sanat özgürlüğüne ilişkin 27. madde, düşünce ve kanaatlerden dolayı kimsenin kınanamayacağını öngören 25. maddenin 2. fıkrası ile birlikte değerlendirilmelidir. Sanat özgürlüğüne, düşünceyi açıklama özgürlüğünden daha geniş bir koruma alanının öngörülmesi, sanatsal faaliyetin niteliğinden, sanatın amacı ve işlevinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan Anayasanın 64. maddesinde devletin sanatı ve sanatçıyı koruması, sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alması da öngörülmüştür. Madde gerekçesinde ise özellikle, devletin sanatçıyı korumasının, sanata ve sanatçılara verilen önemin geliştirilmesinin, 64. maddenin ana hedefi olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle 27. madde, 64. maddeden de yararlanmakta ve devlete, sanatçılar için özgür ve baskıcı olmayan bir ortam sunma yükümlülüğü de yüklenmektedir.

Sanatın ve hatta bilim toplumunda ayrıcalıklı birer yere sahiptir. Bu nedenle düşünceyi açıklama özgürlüğünün norm alanı içinde sayılmayan ırkçılık propagandası, düşmanlığa tahrik, savaş kışkırtıcılığı, suça ve savaşa teşvik edici sözler, hukukun koruma alanı içinde olmamasına rağmen, sanatsal yaratılarla bu türden suçların işlenmiş sayılması düşünülemez<sup>220</sup>. Karşılaştırmalı hukuk-

ülkeye girmesi konusu internetin yaygınlaşması ile anlamını yitirmiş gibi görünmektedir. Haber için bkz. “U.S. Man Pleads Guilty to Thai Royal Insult”, <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2096554,00.html>; (erişim tarihi: 11.10.2011).

219 SAĞLAM, Fazıl, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı, Sınırlanması ve Kötüye Kullanılması (Anayasa Madde 13 ve 14)”, **Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku Sempozyumu**, 22-24 Nisan 2003, (Yayına Haz. Z. Gören), Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları no: 1, Ankara 2003, (s. 161-164), s. 164.

220 TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, 2009, s. 166; İZGİ, GÖREN, 2002, s.



ta pornografik içerikli ve şiddete karşı kışkırtıcı filmler için de ayrı bir kategori öngörülmüş ve bu filmlerin izlenilmesi belli yaş grupları için sınırlandırılmıştır. Ancak Türkiye'de ise, filmler yukarıda da belirtildiği gibi üç aşamalı bir denetimden geçmektedir. Oysa, film yapımı ve gösterimi sanat özgürlüğünün kapsamını oluşturan sanatsal faaliyetin yaratılma aşamasıdır. Bu aşamada da devletin mutlak olarak müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Ancak ne yazık ki, filmin yapılma aşamasının denetlenmesinden sonra bir de filmlerin gösterimi mülki idare amirleri tarafından yasaklanabilmektedir. Bu yasağın yasal dayanağını 3265 sayılı Sinema, Video, Müzik Eserleri Kanunu<sup>221</sup> ile, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu oluşturmaktadır. Bir de filmleri denetleyecek, Film ve Senaryoların Denetlenmesine İlişkin Tüzük<sup>222</sup> ile öngörülmüş, özerk olmayan idari nitelikli Film Denetleme Kurulu ve Film Denetleme Üst Kurulları vardır. Tüm bunlar anayasa ile güvence altına alınan sanat özgürlüğüne yapılan müdahalelerdir ve sanatsal yaratıcılığı büyük ölçüde zedelemektedir<sup>223</sup>.

Son olarak sanat özgürlüğüne ilişkin sınırlama teşkil edebilecek Anayasanın 12. maddesinden de söz etmek yerinde olacaktır. 1982 Anayasasının 12. maddesi<sup>224</sup>, temel hak ve hürriyetlerin niteliğini

334.

221. "Madde 9 - Bakanlık ile mülki idare amirleri eserlerin dağıtım ve gösterilmeleri sırasında bunların işletme belgeleri ile bandrollerini ve eser üzerinde herhangi bir değişiklik olup olmadığı hususunda eseri her zaman denetleyebilirler. İşletme belgesiz veya bandrolsüz veya üzerinde değişiklik yapılan eserler toplatılarak C. Savcılıklarına suç duyurusu ile birlikte sevk edilir. Mülki idare amirleri bölgenin özellikleri sebebiyle toplumsal bir olaya sebebiyet vermesi muhtemel eserlerin dağıtım ve gösterimini, gerekçesini de belirtmek suretiyle yetki ve görev sınırları içerisinde yasaklayabilirler. Bakanlık veya mülki idare amirlerince yapılacak herhangi bir denetim sonucunda eserin Devletin ülkesi ve milletle bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik, Cumhuriyet, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık, örf ve adetlerimize aykırı bulunması halinde eser yasaklanır ve kanuni takibat açılır..." Bu madde görüldüğü gibi oldukça tartışmalı bir maddedir. Özellikle "örf-adetlerimize aykırı bulunması" ifadesi sanat ile bağdaşmayan gerçekten tuhaf bir ifadedir. 3265 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 3257; Kabul tarihi: 23.1.1986, RG. 7.2.1986.

222 RG 2.12.1983, No: 18239.

223 KABOĞLU, 2002, s. 496-497.

#### 224 "Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği"

Madde 12-Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

düzenleyen ve hak-özgürlük ile ödev-sorumluluk dengesi kurmayı amaçlayan bir maddedir. Bu maddeye göre, devlet, herkesin kişiliğine bağlı, kendisine ayrılan özel alana giremeyecek; kişi de, temel hak ve özgürlüklerini topluma, ailesine ve öteki kişilere karşı ödev bilinci ve sorumluluk esasına göre kullanacaktır. Ancak bu sınırın yalnızca "başkalarının özgürlüklerinin sınırı" olması yeterli olurdu<sup>225</sup>.

Görüldüğü gibi 1982 Anayasası'nda sanat özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik birçok hüküm bulunmaktadır. Asıl mesele her zaman olduğu gibi uygulamada düşümlenmektedir. Anayasanın çizmiş olduğu otoriter yapı ve Anayasanın temel felsefesinin bireyden değil daha çok devletten yana olması, çoğunlukla devleti bireyden koruması ve bireylere güvenmemesi, özgürlüklerin, uygulamada hukuki olduğu kadar hukuk ötesi sınırlarla da karşılaşmasına neden olmaktadır. Çünkü bireye güvenmeyen ve onu baştan suçlu ilan eden bir anlayışın hakim olduğu bir sistemde, insanlar da bir süre sonra birbirine suçlu gözüyle bakmaya başlar ve toplumdaki hoşgörü ortadan kalkar. Bir başka ifade ile, hukuk sisteminin genel karakteri toplum ile örtüşür. Bireyi baştan suçlu gören bir devlette, insanların da birbirine güvenip, birbirini hoşgörü ile karşılamaları çok kolay beklenemez<sup>226</sup>. Bu nedenle sanat özgürlüğünün aslında sınırsız olmalı ve onun sınırını, somut olaya özgü olarak değerlendirilmek üzere, başkalarının hak ve özgürlükle ri oluşturmalıdır.

## C. DÜNYADAN ÇEŞİTLİ ÖRNEKLER (YARGI KARARLARI)

Sanat özgürlüğüne ilişkin anayasal sınırların idelenmesinden sonra örnek teşkil etmesi açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar ile Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin sanat özgürlüğü ile ilgili olarak vermiş olduğu iki karar tartışılacaktır.

225 ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Türk Anayasası Açısından Temel Hakların ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlandırılması", **Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku Sempozyumu**, 22-24 Nisan 2003, (Yayına Haz. Z. Gören), Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları no: 1, Ankara 2003, (s. 165-184), s. 170.

226 Çarpıcı bir örnek olarak 18.2.2002'de Radikal'de yayımlanan bir haber, hoşgörüsüzlüğün ne boyutlara ulaştığına bir örnek teşkil edecektir. "Milli Eğitim Bakanlığı müfettişleri Diyarbakır İHD'nin düzenlediği İnsan Hakları Haftası'yla ilgili resim ve kompozisyon yarışmasında dereceye giren 20 çocuk ile 40 öğretmenin ifadesini aldı." Haber için bkz. <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=29600> (erişim tarihi: 10.10.2011).

## 1. Müller ve Diğerleri-İsviçre

Müller kararı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sanat özgürlüğü açısından değerlendirilebilecek olan tek kararıdır. Bu kararında mahkeme, müstehcen oldukları belirtilen resimlerin toplatılmasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlardan "ahlakın korunması" nedenine dayandırmış ve İsviçre mahkemelerinin öngördüğü tedbir ve cezaların, sözleşmenin 10. maddesine aykırılık teşkil etmediği sonucuna ulaşmıştır.

Olay şu şekilde gelişmiştir; Josef Felix Müller, 1984 yılında Kültür Bakanlığı'nın desteğiyle, Avustralya'da Sidney Bienali'ne katılmış, bir çok kişisel ve karma resim sergisi açmış, resimleri bir çok ödül almış ve bir çok galeri ve müze tarafından satın alınmış bir sanatçıdır. Başvuruyu yapan diğer dokuz kişi de, Fribourg'ta "Fri-Art 81" adı altında bir sergi açmışlardır. Sergiye katılım, sanatçıların birer sanatçı davet etmesi ve davet edilen sanatçıların da yine başka bir sanatçıyı davet etmesi ile mümkün olmaktadır. Josef Felix Müller de bir başkası tarafından davet edilen sanatçılardan bir tanesidir. Sergi açılmadan önce, serginin basında ve afişlerle ilanı yapılmış ve bu ilanlarda serginin herkese açık ve ücretsiz olduğu da belirtmiştir. Ön gösterim için de, özel olarak basılmış bir katalogta sergideki resimlerin birer fotoğrafı yer almıştır. Serginin resmi açılış günü 4 Eylül 1981 gününde, sergiye babasıyla gelen küçük bir kızın Müller'in resimlerini görüp tepki gösterdiği ve başka bir ziyaretçinin de resimlerden birini yere fırlattığı ve parçaladığı haberi üzerine Fribourg Kantonu savcısı suç duyurusunda bulunmuştur. Gerekçe, Ceza Kanunu'nun 204. maddesinde müstehcen yayınları yasaklayan hüküm ile 261. maddesinde dinsel inanç ve ibadet özgürlüğüne ilişkin hükmün ihlal edildiğidir. Daha sonra da hem dava mahkemesi, hem de temyiz sonucu üst derece mahkemesi resimlerin "tiksinme ve iğrenme" duygusuna yol açtığı sonucuna ulaşmış, resimlere el konulmuş ve Müller para cezasına çarptırılmıştır. Müller'in soruşturmaya konu olan resimleri özetle şu şekilde betimlenmiştir:

*"...Bu çalışmalar, ön planda tuttuğu cinsel faaliyetleri, erkeğin ve kadının kucaklaşması şeklinde değil ve fakat sodomi, erkekler arasında fellatio, vahşilik, dikleşmiş penisler ve mastürbasyon şeklinde görüntülemektedir. Her üç resimde de*

*cinsel faaliyet tek olmasa da temel bir unsurdur... Görüntülenen bütün kişiler tamamen çıplak olup, bunlardan biri, diğer iki adamla ve bir hayvanla çeşitli şekillerde cinsel uygulamalarda bulunmaktadır ...Cinsel faaliyet, bir düşünceyi anlatmanın bir sonucu olarak değil, fakat sırf kendisi uğruna, kaba (emde) ve bayağı (vulgar) bir şekilde resmedilmiştir. Son olarak resimler, kabalık ve bayağılığı daha da ağır hale getirecek kadar... büyüktürler... Mahkeme, üst başvuruda bulunanların, resimlerin sembolik olduğu şeklindeki savunmalarıyla ikna olmamıştır. Burada göz önünde tutulması gereken şey, resimlerin itibari değerleri (face value) ve izleyende bıraktığı etki olup, görünenle tamamen ilgisiz bazı soyutlamalar veya görüneni cilalayan şeyler değildir. Ayrıca, önemli olan şey, sanatçının verdiği veya vermek istediği anlam değil, fakat görüntünün izleyendeki objektif etkisidir...Dava mahkemesinin de işaret ettiği gibi sanıklar, en azından duyursuz bir şekilde hareket etmişlerdir..."<sup>227</sup>*

Böyle bir gerekçe karşısında her sanatçı, yapacağı resmi toplumun genel, objektif kanısına uygun olarak yapmak zorunda kalacak, yapmadığı takdirde de "sanatsever" bir hakim tarafından yargılanmayı beklemekten başka çaresi kalmayacaktır<sup>228</sup>.

Tüm iç hukuk yollarını tüketen Müller ve diğerleri, 22 Temmuz 1983 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesi ile Komisyon'a başvurmuşlardır. Komisyon başvuruyu kabul etmiş ve incelemeyi, davacıların para cezasına çarptırılması ve resimlere el konulması şeklinde iki bölümde yapmıştır. Öte yandan, ifade özgürlüğüne, genel ahlakın korunması yönünde yapılan müdahaleyi de sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Mahkeme, resimlerin müsadere altına alınması konusunu değerlendirirken, sözleşmenin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne yapılacak kısıtlamalarda "meşru amaca uygunluk" ölçütünün olayda mevcut olduğu sonucuna ulaş-

227 DOĞRU, Osman, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Cilt:2**, Legal Yayınları, İstanbul 2004, s. 547; 24.05.1988, 10737/84 Müller ve Diğerleri-İsviçre Davası.

228 YAMANER, Melike Batur, **Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu**, Doktora Tezi, 2001, s.122'den aktaran: KARAGÖZ, Kasım, **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, TC Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 2004, s. 155.

miş ve resimlere el konulmasını, hukuken öngörülmüş oldukları gerekçesi ile sözleşmeye aykırı bulmamış ancak, müsadereyi kaldırılması ya da değiştirilmesi talebiyle davacıların başvuru hakkını da açık bırakmıştır. Para cezası verilmesini de sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Şöyle ki, *"Mevcut olayda, İsviçre'de kanton düzeyinde hem ilk derece ve üst derece mahkemelerinin ve hem de Federal Düzeydeki mahkemenin vurguladığı gibi, söz konusu resimlerde, özellikle insanlar ve hayvanlar arasında cinsel ilişkilerin kaba bir tarzda gösterildiğini belirtmek gerekir. Bu resimler, serginin amacına uygun olarak sergi yerinde, spontane bir şekilde yapılmış, sergiyi düzenleyenler bir giriş ücreti ya da yaş sınır koymamıştır... Mahkeme, İsviçre Mahkemeleri gibi, cinsel ahlak anlayışlarının yakın geçmişteki yıllarda değiştiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte resimlerin orijinallerini inceleyen Mahkeme, İsviçre Mahkemelerinin, cinselliğin en kaba biçimine vurgu yapan bu resimlerin, 'olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde muhalif oldukları görüşüne varmalarında bir gayri makullük görememektedir. Bu koşullarda sözleşmenin 10(2). fıkrasının kendilerine bıraktığı takdir alanı göz önünde tutulduğunda, İsviçre Mahkemeleri, ahlakı korumak için başvuruculara müstehcen materyal yayınladıkları gerekçesi ile para cezası verilmesini 'gerekli' görmekte haklılardır."* Mahkeme, bu serginin hiçbir şekilde sosyal bir ihtiyacı karşılamadığını da belirtmiştir<sup>229</sup>.

Bu karar eleştiriye açık bir karardır. Çünkü aslında sanatsal çalışmaları müstehcen olarak değerlendirmek mümkün değildir. Örneğin bu bağlamda müstehcenliği ifade özgürlüğünün sınırı olarak kabul eden İtalyan Ceza Kanunu, 529. maddesinde, "bilim ve sanat eserleri müstehcen olarak düşünülemez" ifadesine yer vermiştir<sup>230</sup>. Öte yandan, İsviçre mahkemeleri de, resimlerin müsadere altına alınması yerine daha hafif tedbirlerle sorunu çözebilirdi. Örneğin, sergiye giriş için belli bir yaş sınırı getirilmesi, tıpkı sinema filmlerinde olduğu gibi öngörülebilirdi. Sanat özgürlüğünün sınırlandırılması, genel ahlak gibi belirlenmesi çok da objektif ölçütlere bağlı olmayan bir neden ile sınırlandırılırsa, sanatçıların yaratıcılığının, onla-

rın toplumdaki konumunun ve sanatın işlevinin bir anlamı kalmayacaktır. O halde bir sanatçı, toplumda yer alan genel ahlak ölçüsünde, toplumun genel bakış açısını yansıtmak zorunda kalarak, yaratıcı faaliyetten yoksun kalmış olacaktır. Özellikle bir sanat eserinin toplumda söylenemeyenleri söylemek, sanatçının da kendine özgü bakış açısı ile hayatı yeniden yorumlamak gibi amaçlarının olduğu hatırlanacak olursa, sanatsal faaliyetin kısıtlanması sonucunu doğuracak her türlü eylemden kaçınılması gerekmektedir. Aksi halde genel ahlak sebebiyle bir sanatsal faaliyete kısıtlama getirilmesinin, her devletin bir kanun çıkartıp nelerin resmedilip, nelerin resmedilemeyeceğini ya da nelerin söylenip, nelerin söylenemeyeceğini belirtmesinden hiçbir farkı kalmayacaktır. Sanatçılar, yaptıkları eserlerde devamlı olarak cezalandırılma tehdidi altında olursa sanatın da sonu gelmiş olur. Yukarıda da belirtildiği gibi devlet sanat özgürlüğü karşısında **hoşgörü** ilkesini uygulamalıdır.

## 2. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Mephisto Kararı

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin sanat özgürlüğü çerçevesinde değerlendirdiği kararlar gerçekten önemlidir. Çünkü, Mahkeme söz konusu kararında sanat özgürlüğünün norm alanını oldukça iyi biçimde değerlendirmiş, genel anlamda sanat özgürlüğünün, bireysel bir bakış açısı ve yaratıcılık olmadan hiçbir anlam ifade etmeyeceğini belirtmiş ve hoşgörü ilkesini uygulamıştır.

Mephisto Kararı 24 Şubat 1971 tarihinde verilmiş bir karardır<sup>231</sup>. Bu karara konu olan Mephisto isimli romanı yazan Klaus Mann, 1933 yılında Nazi rejiminden Amsterdam'a kaçmış ve 1936 yılında adı geçen romanı yayımlamıştır. Roman dönemin Nazi rejimine bir tepki içermektedir ve her ne kadar yazar romandaki kişilerin hayal ürünü olduğunu söylemişse de bu kişilerin gerçek hayattakiyle olan benzerliğinin yadsınamayacak düzeyde olduğu söylenmiştir. Yazar romanın başında, romanda geçen kahramanların birer hayal ürünü olduğunu belirtmiştir.

Davacı ise, bir oyuncu ve tiyatro yönetmeni olan Gustaf Gründgens'in evlatlık oğludur ve 1963 yılında, bu romanda babasından bahsedildiği gerekçesiyle romanın basım yayım ve dağıtımının Anayasaya aykırı olduğunu ve kişilik haklarının

229 DOĞRU, 2004, s. 557-558.

230 ÖZEK, Çetin, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s. 300-301.

231 BVerfGE 30, 173

zedelendiğini ileri sürmüştür. Gustaf Gründgens 1920'lerde yaşamış bir oyuncudur ve romanın yazarının (Klaus Mann'ın) kız kardeşiyle evlidir.

Mephisto romanının kahramanı Hendrik Höfgen, Hitler yönetimiyle, politik olarak onlara karşı olmasına rağmen, etik değerleri hiçe sayarak danişıklı dövüşüklü olarak kendisine kariyer yapan bir oyuncudur. Ancak uyuşmazlık, romandaki kahraman Höfgen'in, gerçek hayattaki Gustaf Gründgens'e olan benzerliğinden ortaya çıkmaktadır. Klaus Mann, romanın kahramanı Hendrik Höfgen'i, Gustaf Gründgens ile gerçek hayatta oynadığı oyunlardan, onun karakterine, fiziksel özelliklerine ve devlette çalıştığı makamlara kadar aynı şekilde betimlemiş ve onun sırf kariyer yapmak için Hitler yönetimiyle işbirliği içinde olmasını ve etik değerlerine aykırı tutumunu eleştirel bir şekilde romana aktarmıştır.

Gustaf Gründgens'in evlatlık oğlu ise, romanı okuyan herkesin aklına ilk olarak babasının geleceğini belirtmiş buna ek olarak da romanda çok fazla can acıtıcı, Gründgens'i insanlara yanlış tanıtabilecek farazi olayların da yer aldığını söylemiştir.

Söz konusu olayda sanat özgürlüğü ile bir insanın kişilik hakları ve onuru çatışmaktadır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi öncelikle Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında sanatın özgür olduğunun düzenlendiğini ve söz konusu özgürlüğün yalnızca sanatçı ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir ilişki olmadığını, buna ek olarak sanatçının kişisel yaratma özgürlüğünü de düzenlediğini belirtmiştir. Daha sonra mahkeme, sanatsal faaliyetin ne olduğunu tanımlamış ve romanın bir sanatsal faaliyet olduğu sonucuna ulaşmıştır. Şöyle ki, sanatsal çabanın özünde sanatçının serbestçe içinde yaşadığı ortamdan seçtiği, gördüğü, yaşadığı, hissettiği şeylerin öznel bir bakışı yer almaktadır. Sanatsal faaliyet, sezgiyi, hayal gücünü barındıran bilinci ve bilinçaltını harmanlayan yaratıcı bir süreçtir ve bu nedenle mantıkla değerlendirilemez. Sanat, ifade anlamındaki iletişimden daha öte, sanatçının kişiliğinin en doğrudan ifadesi olmaktadır. Öte yandan mahkeme, sanat özgürlüğünün hem yaratılan eseri, hem de eserin yarattığı etkiyi ve bununla birlikte esere kamusal erişimi de koruyacağını belirtmiştir. Sanatsal faaliyette eser ve onun sergilenmesi birbirinden ayrılamaz. Burada-

ki roman da yaratıcı bir süreç içerisinde oluşmuş bir sanat eseridir. Asıl değerlendirilmesi gereken sorun, sanat özgürlüğü ile, başkalarının kişilik hakları çatıştığında ne olacağıdır. Mahkeme bu sorunu özellikle, gerçek ve güncel olaylar hakkında yazılan romanlarla ilgili olarak değerlendirmiştir.

Mahkemeye göre, bir sanatçı gerçek ve güncel bir olay hakkında yaratıcı süreçte bulunduğu zaman, onun yaptığı gerçekliği "yeniden yaratmak"tır. Sanatçı bu yeniden üretim sırasında çıplak gerçekliği olduğu gibi değil de, söz konusu gerçekliği daha eleştirel bir bakışla dikkat çekici olarak yansıtacaktır. Anayasanın 5. maddesinin 3. fıkrası, sanatı kamu gücünün her türlü müdahalesinden korumaktadır. Sanatçı da belki bir tepki olarak yarattığı eserin uygunluğu konusunda kendisini yargılayacak tek yargıdır. Sanat özgürlüğü kişiye, yapacağı eserin konusunu özgürce seçme, istediği malzemeyi kullanma ve istediği formda yaratma özgürlüğünü verir. Edebiyat alanında da böyle olmak zorundadır. Devlet yazarın seçeceği konulara müdahale etmemelidir. Hatta güncel olaylar hakkında gerçekleştirilen ve bir düşüncenin taraftarı olan propaganda sanat eserleri de (committed art<sup>232</sup>), sanat özgürlüğünün koruma alanı içindedir.

Mahkemeye göre, bir romanın yalnızca yazılması değil, onun basım, yayın ve dağıtımı da, dolaşısıyla yalnızca yazar değil, aracı konumunda olan yayıncı da sanat özgürlüğünden faydalanacaktır.

Mahkeme, sanatta kendine özgü kurallar geçerli olduğu için, sanat özgürlüğünün Anayasanın 5. maddesinin 3. fıkrası gereği mutlak bir özgürlük olduğunu belirtmiştir. Bunu yaparken Anayasanın

232 "Committed art" terimi propaganda sanatı olarak da kullanılmaktadır. Örneğin politik posterler bir tür propaganda sanatıdır. Yine bu doğrultuda Pablo Picasso'nun 1937 tarihli Guernica isimli eseri bir tür politika esinli propaganda sanatı olarak adlandırılabilir. Söz konusu tablo İspanya diktatörü Franco dönemini eleştirmek için yapılmıştı ve ancak Franco öldükten sonra İspanya'da sergilenbilmişti. Bu türden sanatlar sanatçının doğrudan siyasi tepkisini dile getiren eserlerdir. Hatta Guernica tamamlanışının otuz yıl ardından sonra dahi siyasi bir duruşa sahip olmaya devam etmiştir. Savaş karşıtı sanatçılar birliği olan Art Workers Coalition-AWC, Picasso'ya, Guernica eserini NewYork Modern Sanat Müzesi'nden geri çekmesi talebinde bulunmuşlardır. Çünkü söz konusu dönemde NewYork Sanat Müzesi'nin Vietnam Savaşı'na yardım ve yataklıkta bulunduğu ileri sürülmektedir. CLARK, Toby, **Art and Propaganda in the Twentieth Century**, New York: Harry N. Abrams Inc., 1997, s. 130; VENETI, Anastasia, PAPAPOULOU, Ira Iliana, "Committed Art and Propaganda", **55th Annual PSA Conference**, Leeds, April 2005, s. 7-8.

5. maddesindeki sistematığe ilişkin bir açıklama da getirmiştir. Buna göre, 5. maddenin 2. fıkrası, 5. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen ifade özgürlüğünün sınırını oluşturmaktadır. 5. Maddenin 3. fıkrasında düzenlenen sanat özgürlüğüne ise, 2. fıkradaki sınırlar uygulanamaz. Çünkü, bu maddedeki hükümler birbirinden sistematik bir şekilde ayrılmıştır ve sanat özgürlüğünü düzenleyen 3. fıkra, ifade özgürlüğünü düzenleyen 1. fıkraya göre *lex specialis* (özel) bir hükümdür. Dolayısıyla, bir romanın ya da herhangi bir edebi eserin bir bölümünün alınıp, söz konusu kısmın bir düşünce açıklaması olduğunu iddia edip, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi ve ona 2. fıkrada yer alan ifade özgürlüğü sınırlarının uygulanması mümkün olamaz. Çünkü **sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir alttürü değil, başlı başına bir özgürlüktür.** Bununla birlikte genel olarak Alman doktrininde sınırlamasız özgürlüklere uygulanan Anayasanın 2. maddesinde yer alan genel eylem özgürlüğünün sınırlarının da sanat özgürlüğüne uygulanması mümkün değildir.

Mahkeme, sanat özgürlüğünün yukarıdaki tüm açıklamalara rağmen bir takım sınırlarının olacağını belirtmiştir. Buna göre, sanat özgürlüğünün sınırı Anayasanın dayandığı temel sistemdir. Bu nedenle sanat özgürlüğünün sınırı, Anayasanın 1. maddesinde düzenlenmiş olan ve bir bütün olarak Anayasal düzende öngörülen temel hak ve özgürlükler sisteminin ana felsefesini oluşturan "insan onuru"dur.

Öte yandan bir kişi hakkında yazılmış, onun karakterini ve kariyerini ortaya koyan bir sanat eserinde, estetik / sanata ilişkin bir üslup kullanılmış olması, söz konusu eserin sosyal etkilerini ortadan kaldırmış olmamaktadır. Ancak buna rağmen, söz konusu sosyal etkiler Anayasanın 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan sanat özgürlüğü gereğince değerlendirilmelidir, çünkü sanat eserinde "gerçek" ve "estetik" kavramları bütünleşmiş bir halde bulunmaktadır ve birbirinden ayrılamaz.

Anayasanın insan onurunu ve kişiliği koruyan 1. maddesi, sanat özgürlüğüne mutlak anlamda üstün gelmese de, aslında sanat, başkasının kişiliğine saygı göstermelidir. Bir başka ifade ile, sanat özgürlüğü ile kişilik haklarının çatıştığı böylesine bir durumda, hangi hakka üstünlük tanınacağı hakkında mutlak bir ölçüt bulunmamaktadır. Bi-

risinin kişilik hakları ile sanat özgürlüğünün karşı karşıya geldiği her durumda, söz konusu olayda yer alan detaylara göre karar vermelidir. Olayda yer alan her somut durum iyice değerlendirilmeli ve sanatçının yansıtmış olduğu gerçekliğin, söz konusu gerçeğe ve onun anısına zarar verip vermediği tartışılmalıdır. Çünkü böyle bir durumda sanat özgürlüğü ve bir insanın kişilik hakları yarışan haklardır.

Görüldüğü gibi Mahkeme, sanat özgürlüğünü sınırlandırılmamış bir hak olarak değerlendirmiş ve onun sınırını, ancak Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler sisteminin felsefesinin ve başkasının kişilik haklarının oluşturabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu da mutlak olmamaktadır. Bir başka ifade ile, her somut olay kendine özgü özellikleri doğrultusunda değerlendirilmelidir.

### 3. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Bir Şarkı ile İlgili Vermiş Olduğu Karar

Bu olayda Hamburg'lu bir punk-rock grubu olan "Slime", "Bizim Yaşamamız İçin, Almanya Ölmeli"<sup>233</sup> ("Deutschland muß sterben, damit wir leben können") sözlerini içeren bir şarkı söylemiş, ardından grup üyeleri tutuklanmış ve yaklaşık olarak 20.000 DM para cezasına çarptırılmıştır. Müzik grubu, bu şarkının sanat özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesini talep etmiş ve Anayasa şikayeti yoluna başvurmuştur<sup>234</sup>. Olay Berlin'de 1997 tarihinde izinsiz bir gösteri sırasında gerçekleşmiştir.

Alman Ceza Kanunu'nun 90. maddesi "Her kim aleni olarak bir toplantıda Almanya Federal Cumhuriyetini, eyaletlerden birisini, onun anayasal düzenine söverse, milli marşını, bayrağını, armasını ve düzenini kötü niyetli olarak küçük düşürecek olursa 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası verilir." şeklindedir. İşte müzik grubu bu hüküm gereği suçlu bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmelerde Ceza Yasası'nın bu hükmünün, kötü niyetli olaylarda söz konusu olacağını, devlete yapılan eleştirilerin bu hükmün kapsamına girmeceğini belirtmiştir. Öte yandan söz konusu

233 Bu şarkının sözleri çalışmanın ekler bölümünde yer almaktadır.

234 BVerfG, 1 BvR 581/00, tarih: 3.11.2000, Absatz-Nr. (1 - 33), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20001103\\_1bvr058100.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20001103_1bvr058100.html).

şarkı Anayasal anlamda bir sanat eseridir. Bu eser, aynen diğer sanat eserlerinde, yani resimler, karikatürler, tiyatro oyunları ve romanlarda olduğu gibi Almanya'nın belli bir dönemini eleştiren, tepki dile getiren bir eserdir. Söz konusu şarkının eleştiri içerdiği çok açıktır. Çünkü şarkı, Almanya'nın yaşamı ve çevreyi umursamadığını, Almanya'nın geçmişte yaptığı katliamları bugün de başka türlü sürdürdüğünü, barışın roketlerle ve panzerlerle sağlandığını, yaşamın atom çalışmaları ve bilgisayarlarla iyileştirildiğini belirten tepki dolu sözler içermektedir. Bu sözler üstelik bir melodi eşliğinde söylenerek, belli bir duyguyu da içinde barındırmaktadır. Öte yandan şarkı, yaşama yabancılaşmayı sert ve açık şekilde dile getirme özelliğine sahip olarak tam bir punk-rock şarkısı niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte 1844 yılında Heinrich Heine tarafından da benzer nitelikte bir şiir yazılmıştı. Bu şiir, şarkıdaki gibi doğrudan Almanya'nın o dönemdeki tutumuna yönelik eleştiri içermektedir. Ancak o şiirin bu şarkıdan tek farkı, eleştirisini açık sözlerle değil de "metaforik" olarak dile getirmesiydi. Bu şarkı niteliği gereği, bir punk-rock şarkısı olduğu için eleştirisini bu şekilde yapabilmektedir. Son olarak bu şarkı ile ilgili şunları da eklemek yerinde olacaktır: 1936 yılında, Heinrich Lersch'in "Asker Vedalaşması" (Soldatenabschied) isimli bir şiirinde, "Bizim ölmemiz gerektiği zaman Almanya yaşamalı" (Deutschland muß leben, und wenn wir sterben müssen) şeklinde bir dize vardı. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, Punk-rock grubu Slime de, özellikle Nazi Dönemindeki "Almanya için biz ölmeliyiz" anlayışının bir antitezi gibi söz konusu şarkıyı ele almıştır. Nazi Döneminde "Almanya'nın yaşaması için biz ölmeliyiz" anlayışı, Almanya'nın günümüzdeki tutumlarını eleştirmek için sanki o dönemin bir antiteziymiş gibi "Bizim yaşamamız için Almanya ölmeli" şeklinde ifade edilmiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu şarkıyı sanat özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş ve anılan gerekçelerle sanat eserinin doğal olarak bir eleştiri ve tepki içerdiğini ve söz konusu olayda kötü niyet olmadığını belirterek grubun yaptığı başvuru kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi burada özellikle devletin hoşgörü ilkesini uygulaması gerektiğini ifade etmektedir.

## SONUÇ

Demokrasinin tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için insanların yalnızca belli aralıklarla temsilcilerini seçmesi artık yeterli olmamaktadır. Katılımcı demokrasinin özelliği, çoğulcu demokrasilerin belirleyici özelliği olan, *azınlık hakları ile sınırlandırılmış bir çoğunluğun* bulunması ile, *yeni fikirlerin de ileride birer çoğunluk fikrine dönüşebilme olasılığının olmasıdır*. Bu bir demokrasinin geleceğinin demokratik olabilmesi için gereklidir. Çünkü demokrasi ne yalnızca halk iktidarındır, ne de yalnızca çoğunluk egemenliğidir<sup>235</sup>. Bunun için de **hoşgörü ile donatılmış bir tartışma ortamının** yaratılması ve **kolektif akıl** oluşturulabilecek ortamların ve kurumların oluşturulması gerekmektedir.

Sanat her toplumda (ilkel toplumda bile) var olmuş, kimi zaman çağını olduğu gibi yansıtmış, kimi zaman çağını sert bir şekilde eleştirmiş, kimi zaman devletlerin egemen ideolojiyi aktarmasındaki en güçlü silahlardan birisi olmuş ama her zaman ilgi çekmiştir. Sanatçı da, toplumda kimsenin söylemeye cesaret edemediklerini söylemiş, özgürce dış dünyayı kendi bilinciyle ve bilinçaltıyla yorumlayarak kendisini ifade etmiştir.

İlk olarak Fransız Devrimiyle yasal bir düzenlemeye kavuşan sanat özgürlüğü çok da kolay tanımlanabilecek bir özgürlük olmamış, devletlerin her zaman üzerine muğlak ifadelerle sınırlama getirdiği, hatta kimi zaman nelerin resmedilip, nelerin yazılabileceğini bir kanun ile düzenlediği en tartışmalı özgürlüklerden bir tanesi olmuştur. Kültürü bir süreç olarak ele alan tanımlamalar, kültürün bir toplumdaki sanatsal ve bilimsel faaliyetlerin tümü olduğundan hareketle sanat özgürlüğünün bir kültürel hak olarak nitelendirilmesine elverişli. Bu bağlamda devletler çoğu zaman sanatı sınırlamaya çalışmışlarsa da, kültür gereği aslında ona ihtiyaç da duymaktadırlar. Çünkü, sanat aynı zamanda toplumsal olanın devamlılığını sağlayan bir iletişim aracıdır.

Sanat özgürlüğü insanın kendisini en öz biçimde ifade edebilmesine olanak tanıdığı için subjektif bir haktır ve 1982 Anayasası'nın 27. maddesindeki düzenlemeye göre devletin müdahale etmemesi gereken bir alanı kapsamaktadır. Ancak 27. maddenin 3. fıkrası yine de sanat özgürlüğüne, yabancı yayınların ülkeye girmesi konusunda kanun koyucu tarafından belli sınırlamalar getirilebileceğini öngörmüştür. Oysa söz konusu sınırlama sanatın

anlamı ve işlevli dolayısıyla, sanatın anlamını yitirmesine yol açacaktır. Bu anlamda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bireysel yaratıcılık ve kanat olmadan sanatın bir anlam ifade etmeyeceğini belirterek, Alman Anayasası'nın tüm etki ve sonuçlarına rağmen sanat özgürlüğünü sınırlamamayı göze aldığını ifade etmiştir. Sanat özgürlüğünün sınırını yalnızca başkalarının kişilik hakları ve insan onuru oluşturacaktır. Hatta devletin yapması gereken sanat özgürlüğünün kapsamını göz önünde bulundurarak hoşgörü ilkesini uygulamaktır. Özellikle objektif ölçütlerin geçerliliğinin söz konusu olamayacağı sanat alanında, sanatın varlığının devamı için, devletin ve insanların hoşgörü ilkesi doğrultusunda davranmasından başka ne beklenebilir ki!

Sanat özgürlüğü, yalnızca sübjektif değil, kurumsal bir garanti de içermektedir. 1982 Anayasasının 64. maddesinde devletin, sanatçıyı koruması ve sanat sevgisinin yayılması yönünde olumlu edimlerde bulunması gerekmektedir. Ancak devletin sanata aşırı müdahaleden kaçınması zorunludur. Bu özellikle, devletin destekleyeceği sanatsal faaliyetlerin içeriklerine müdahale etmesini ve belli bir sanat anlayışını ön görmemesini gerektirir. Aksi halde farklı fikirler fıskırarak bir ortam bulamayacak ve toplumdaki çeşitlilik ve ilerlemeyi sağlayıcı dinamikler zamanla aşınacaktır. Sanat özgürlüğünün demokratik toplum yapısına en büyük katkısı da burada ortaya çıkar. Devletin sanat özgürlüğünü teşvik etmesi iki alanı kapsar. Bunlardan birincisi, kamusal alana yönelik sanat ve kültür çalışmaları, diğeri ise bireysel sanatçıların teşvikidir. Ayrıca devlet, sanat özgürlüğünün ve yaratıcılığın garantisini de sağlamak zorundadır. Bireysel yaratma özgürlüğü de devlet garantisinde olmalıdır.

Devletin sanatı sansürlemesinin engellenmesi, sanat özgürlüğün korunmasına yetmez. Dev-

let, sanatı ve sanat özgürlüğünü teşvik ederken, kişinin sanatsal yaratma özgürlüğünü de garanti altına almakla yükümlüdür. Burada gerçek sorun, "Devlet kişinin temel hak ve özgürlüklerini korurken, sanatın yaratıcı özgürlüğünü kısıtlamış olmuyor mu?" sorusudur. Bu sorunun yanıtı, UNESCO'nun kültürel çeşitliliğin korunmasına ve geliştirilmesine ait konvansiyonunda verilmiştir. UNESCO, sanatın global olarak liberalleşmesine karşı, "uluslar kendi kültür ve sanatlarını teşvik etmelidir" derken sadece milli bir kültür ve milli sanat ideolojisinin değil, o ülkelerde kültür ve sanatın çoğulcu ve liberal gelişiminin de (multi kültürel) garanti altına alınması gereğini dile getirmiştir. Örneğin, İsviçre'de sanatın devlet tarafından teşvik edilmesi, federatif olarak organize edilmiştir ve kantonlar kendi kültür ve sanatını destekleme özgürlüğüne sahiptirler<sup>236</sup>.

Ülkemizde ise ne yazık ki, sanat eserleri özellikle sinema alanında katı sansürden geçmekte, karşıt görüşte olanlara şüphe ile bakılmakta ve bir tahammülsüzlük bulunmaktadır. Oysa devletin sanata müdahale etmesi, bazı konularda hoşgörü-süz davranması Anayasa ile mutlak bir güvence altına alınan sanat özgürlüğü ile bağdaşmayan bir durumdur. Sürekli ve özellikle demokratik bir hukuk devleti olduğumuzu yineleyip duruyoruz. Ancak demokratik bir devlet olmanın ön koşulu, fikirlerin çokluğunu sağlamak ve insanların serbestçe tartışabileceği bir ortam yaratmaktır. Bu da kuşkusuz özgür bir sanat yaşamı oluşturmaktan geçmektedir.

İnsanların her söylediğine, her çizdiğine ve her yazdığına şüphe ile bakılmamasını ve toplumdaki iletişimin kopmamasını, bu sayede de sahte savaşlar yaratmaktan vazgeçilmesini diliyorum.

236 SCHMID, 2005, s. 14-17.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları- I – Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:17, İmaj Yayıncılık, Ankara 1995.
- AKILLIOĞLU, Tekin, "İnsan Hakları Uygulamasında İki Farklı Dil: Biz ve Onlar", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. Basım, TODAİE, Haziran 2000, (s. 7-17).
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Türk Anayasası Açısından Temel Hakların ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlandırılması", **Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku Sempozyumu**, 22-24 Nisan 2003, (Yayına Haz. Z. Gören), Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları no: 1, Ankara 2003, (s. 165-184).
- ANAYURT, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. Basım, TODAİE, Haziran 2000, (s. 47-58).
- Anabritannica**, Cilt 19.
- ARAL, Berdal, "Bir İnsan Hakkı Olarak Kültürel Haklar", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. Basım, TODAİE, Ankara 2000, (s. 417-428).
- ARMAĞAN, İbrahim, **Sanat Toplum Bilimi - Demokrasi Kültürüne Giriş**, İleri Kitapevi, İzmir, 1992.
- ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2002.
- ATALAY, Esra, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 6, Sayı: 1, (s. 43-66).
- ATALAY, Esra, "Toplantı Özgürlüğü ve Sınırları", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. Basım, TODAİE, Haziran 2000, (s. 83-108).
- ATALAY, Esra, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Hak ve Özgürlükler ile İlişkisi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 6, Sayı: 2 (s. 1-28).
- BİNGÖL, Yüksel, "Duvar Resminde Rönesans", **Artist-Modern**, Yıl: 1986, Sayı: 3, (s. 30-31).
- CLARK, Toby, **Art and Propaganda in the Twentieth Century**, New York: Harry N. Abrams Inc., 1997.
- CORNWELL, Terri Lynn, **Democracy and the Arts-The Role of Participation**, Praeger 1990.
- ÇAĞLAYAN, Füsün, "Resim ve Toplumsal Etkileşim-Nesneden Özneye Yolculuk", **Sanatlar ve Toplumsal Etkileşim**, (Ed. M. Çakır Aydın), 1. Basım, E Yayınları, Şubat 2009, (s. 171-206).
- ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları**, 3. Basım, Savaş Yayınları, Ankara, Ekim 2000.
- ÇEÇEN, Anıl, **Kültür ve Politika**, 2. Basım, Gündoğan Yayınları, 1996.
- ÇEÇEN, Anıl, "Günümüz Koşullarında İnsan Haklarının Genel Görünümü", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. Basım, TODAİE, Haziran 2000, (s. 3-6).
- DEWEY, John, **Art as Experience**, New York: Wideview/Pedigree, 1980.
- DOĞRU, Osman, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Cilt:2**, Legal Yayınları, İstanbul 2004.
- DONNELLY, J., **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (çev. M. Erdoğan-L. Korkut), Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- Eczacıbaşı Sanat Ansiklopedisi**, Cilt 3, YEM Yayınları, 2008.
- EDMAN, Irwin, **Sanat ve İnsan-Estetiğe Giriş**, (çev. T. OĞUZKAN), 2.Basım, İnkılap ve Aka Kitapevleri, İstanbul, 1977.
- EIDE, Asbjorn, ROSAS, Allan, "Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge", **Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1995.
- EIDE, Asbjorn, "Cultural Rights as Individual Rights", **Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1995.
- ELMAS, Hüseyin, "Ondokuzuncu Yüzyıldan Günümüze Özgürlük Bağlamında Sanat Neydi, Ne Oldu?", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: Eylül, Sayı:15, (s. 281-298).
- ENCINAS, Rosario, **José Vasconcelos (1882-1959)**, UNESCO: International Bureau of Education, 2002, s.6; [http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user\\_upload/archive/publications/ThinkersPdf/vasconce.pdf](http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/archive/publications/ThinkersPdf/vasconce.pdf), (erişim tarihi: 23.09.2011).
- ERSOY, Ayla, **Sanat Kavramlarına Giriş**, (çev. G. İnal-N. Asgari), 3. Basım, Yorum Yayınları, İstanbul, 2002.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-I", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 61, Sayı:7-8-9, 1987.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-II", **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 1988, Cilt: 62, Sayı: 10-11-12, (s. 661-662).
- GEMALMAZ, Mehmet, Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 4. Basım, Beta, İstanbul, Nisan 2003.
- GOMBRICH, Ernest, H, **Sanatın Öyküsü**, (çev. B. Cömert), Remzi Kitabevi, Ocak 1986.
- GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- GÖRŞEN, Nurşen, **Tarihsel Süreçte Toplumsal Yapı ve Sanat Etkileşimi - 2**, <http://www.netyorum.com/sayi/161/20050321-16.htm>, (erişim tarihi: 10.05.2008).



- GROSENICK, Uta, RIEMSCHEIDER, Burkhard (Ed.), **Art Now- 81 Artists at the Rise of the New Millenium**, Taschen, Köln, 2005.
- GÜLTEKİN, Ümit, "Türkiye'de Kültürel Haklar Sorunsalına Sanatsal Açıdan Bir Bakış", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1. Basım, TODAİE, Haziran 2000, (s. 453-456).
- GÜVENÇ, Bozkurt, **İnsan ve Kültür (Antropolojiye Giriş)**, Ayyıldız Matbaası, Sosyal Bilimler Derneği Yayınları, Ankara 1972.
- HOURIOU, Maurice, **Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze**, (Hrsg. SCHNUR, Roman), Berlin 1965.
- HUCKO, Elmar M., (Ed.), **The Democratic Tradition-Four German Constitutions**, Berg, Oxford/New York/Munich, St. Martin's Press, New York 1989.
- İSLİMYELİ, Nüzhet, **Sanat Terimleri Ansiklopedisi**, Ankara Sanat Yayınları, Cilt 2, 1976.
- İZGİ, Ömer, GÖREN, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yorumu, Cilt I, Madde 1-78**, TBMM Basımevi, Ankara, 2002.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, 6. Basım, İmge Kitabevi, 2002.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 5. Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2009.
- KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- KARAGÖZ, Kasım, **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, TC Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 2004.
- KORKUSUZ, Refik M., **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler**, Özenk Matbaacılık, İstanbul 1998.
- KUÇURADI, İoanna, "Felsefe Ve İnsan Hakları", (Haz. İ. Kuçuradi), **İnsan Haklarının Felsefe Temelleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1996.
- LENİN, Viladimir İliç, Parti Örgütü ve Parti Edebiyatı, <http://www.kurtuluscephesi.com/lenin/edebiyat.htm> (erişim tarihi: 28.09.2011).
- LERCHE, Paul, "Alman Anayasa Hukukunun Sorunları", (çev. İ. Yazman), **AÜHFD**, Yıl: 1976, Cilt: 28, Sayı: 1-4 (s. 205-220).
- MATTERN, Mark, "John Dewey, Art and Public Life", **The Journal of Politics**, Vol. 61, No. 1 (Feb., 1999), (s. 54-75).
- ÖZEK, Çetin, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.
- "Proclamation of Teheran", Final Act of the International Conference on Human Rights, Tahran, 22 Nisan-13 Mayıs, 1968; U.N. Doc. A/CONF.32/41, 3, para.13; United Nations Audiovisual Library of International Law, elektronik belge: [http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/fatchr/fatchr\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/fatchr/fatchr_e.pdf), (erişim tarihi: 27.09.2011).
- RUMPF, Christian, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, (çev. B. Oder), Friedrich-Naumann Vakfı Yayını, Ankara, 1995.
- SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayınları: 506, Ankara 1982.
- SAĞLAM, Fazıl, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı, Sınırlanması ve Kötüye Kullanılması (Anayasa Madde 13 ve 14)", **Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku Sempozyumu**, 22-24 Nisan 2003, (Yayın Haz. Z. Gören), Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları no: 1, Ankara 2003, (s. 161-164).
- SANCAR, Mithat, **Temel Hakların Yorumu**, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 1995.
- SAYAR, Vecdi, "Sanatın Patronları", **Cumhuriyet Gazetesi**, 29 Şubat 2008.
- SARTORI, Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu-M. Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- SCHAUER, Frederick, **İfade Özgürlüğü-Felsefi Bir İnceleme**, Liberal Düşünce Topluluğu, (çev. M. B. Seçilmişoğlu), 2002.
- SCHMID, Peter A., "Die Freiheit der Kunst ist zu gewährleisten!", **Rote Revue 2**, 2005, 09.06.2005, [http://vwww.minisTVofculture.ch/udb/cproOEi7F3KunstreiheitPaS RR2\\_05.pdf](http://vwww.minisTVofculture.ch/udb/cproOEi7F3KunstreiheitPaS RR2_05.pdf), (erişim tarihi: 29.05.2008).
- SOROKIN, Pitirim Alexandrovich, **Bir Bunalım Çağında Toplum Felsefeleri**, (çev. M. Tunçay), 1. Basım, Salyangoz Yayınları, Mayıs 2008.
- SKINNER, Quentin, **Sanatçının Bir Siyaset Düşünürü Olarak Portresi: Ambrogio Lorenzetti**, Dost Kitabevi, (çev. E. Öz), 1. Basım, Ankara, Mayıs 1999.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, "Cultural Rights and Universal Human Rights", **Economic, Social and Cultural Rights**, (Ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1995.
- ŞİMŞEK, Oğuz, "Federal Alman Anayasa Hukuku'nda Temel Hakların Düşmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt: 5, Sayı: 1 (s.94-112).
- READ, Herbert, **Sanatın Anlamı**, 2. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Sanat Dizisi: 19, İstanbul, 1974.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Basım, Beta, İstanbul, Eylül 2009.
- TANÖR, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Basım, BDS Yayınları, 1994.
- TRENCHARD, John, GORDON, Thomas, "İfade Özgürlüğü Üzerine-1720", JACOBSON, David L., **The English Libertarian Heritage**, (From the Writings of John

- Trenchard and Thomas Gordon), New York: The Bobbs-Merrill Co., 1965, **Haklar ve Özgürlükler Antolojisi**, (Ed. C. C. AKTAN), Hak-İş Yayınları, Ankara 2000.
- TURANİ, Adnan, **Çağdaş Sanat Felsefesi**, Remzi Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1998.
- VASAK, Karel, 1977, "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier*, 30: 11.
- VERENE, Donald Philip, **Man and Culture-A Philosophical Anthology**, Dell Publishing Co.Inc, New York, 1979.
- VENETI, Anastasia, PAPADOPOULOU, Ira Iliana, "Committed Art and Propaganda", **55th Annual PSA Conference**, Leeds, April 2005.
- "Vienna Declaration and Program of Action" 25 Haziran 1993 tarihli Dünya İnsan Hakları Konferans'ında kabul edilmiştir; U.N. Doc A/CONF.157/23, 12 Temmuz 1993, para. 5, elektronik belge: <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.en>, (erişim tarihi: 27.09.2011).

## EKLER

### I

BVerfG, 1 BvR 581/00, 3.11.2000 künyeli kararda adı geçen punk-rock grubu Slime'nin söylemiş olduğu şarkının sözleri:

Nerede faşistler ve çok uluslu şirketler bir ülkeyi yönetiyorsa,

Nerede yaşamı ve çevreyi kimse umursamıyorsa,

Nerede bütün insanlar haklarını yitiriyorsa,

Orada artık yalnızca bir şey olabilir:

Bizim yaşamamız için Almanya ölmeli (x4)

Gökyüzü siyah, yeryüzü kırmızı,

Şişko domuzların elleri altın,

Federal kartal yakında düşecek,

Çünkü Almanya, biz seni mezara taşıyacağız.

Bizim yaşamamız için Almanya ölmeli (x4)

Nerede roketler ve panzerler barışı güvence altına alıyorsa,  
Nerede nükleer santraller ve bilgisayarlar yaşamı geliştiriyorsa,

Her yerde silahlı robotlar,

Ama Almanya biz yeni yıkıma götüreceğiz,

Bizim yaşamamız için Almanya ölmeli (x4)<sup>237</sup>

<sup>237</sup> Çeviren: Bilge Bingöl; şarkının Almanca'sı için yukarıda künyesi verilen karar metnine bakınız.

WHELAN, J. Daniel, "Untangling the Indivisibility, Interdependency, and Interrelatedness of Human Rights", **Human Rights Institute, University of Connecticut, Working Paper 7**, April 2008.

"U.S. Man Pleads Guilty to Thai Royal Insult", <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2096554,00.html>; (erişim tarihi: 11.10.2011).

## Mahkeme Kararları

### Almanya:

BVerfGE 30,173

BVerfGE 36,321

BVerfG NJW 2001, 596

BVerfGE 77, 240, 251

BVerfGE, 67, 213

BVerwGE 1, 303

### Türkiye:

E. 1985/8, K. 1986/27, Karar Tarihi: 29.11.1986

## II

Eser: Maurizio Cattelan, **La Nona Ora**, 1999, karışık teknik, enstalasyon, Kunsthalle Basel.

Kaynak: GROSENICK, Uta, RIEMSCHNEIDER, Burkhard (Ed.), **Art Now- 81 Artists at the Rise of the New Millenium**, Taschen, Köln, 2005, s. 63; Maurizio Cattelan'ın, sanatçının her zaman güzeli söylemek zorunda olmadığı açısından diğer eserlerine bakılması da önerilir.



### III

Eser: Jake&Dinos Champan

Kaynak: Courtesy Jay Jopling/White Cube (London),  
Fotoğraf: Stephen White, 2002.



### IV

Eser: Ernesto Neto

Kaynak: <http://meyokoillustrations.blogspot.com/2011/08/inspiring-installations-by-ernesto-neto.html> (erişim tarihi: 10.10.2011)



Eser: Manuel Ocampo

Kaynak: GROSENICK, Uta, RIEMSCHEIDER, Burkhard (Ed.), **Art Now- 81 Artists at the Rise of the New Millenium**, Taschen, Köln, 2005, s. 221.



# Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak Ve Borçları

## Araştırma

### Ali CENGİZ\*

\* Arş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku ABD.  
(Res. Asst., Dokuz Eylül University Faculty of Economics and Administrative Sciences Department of Business Administration,  
Commercial Law Department) (E-posta: ali.cengiz@deu.edu.tr)

## ÖZET

Dünya ticareti büyük oranda üretici ile tüketici arasında tacire bağımlı ya da bağımsız olarak hareket eden aracılardan faaliyetlerine dayanmaktadır. Acente bu süreç içerisinde tacirden bağımsız fakat sürekli olarak tacir nam ve hesabına sözleşmeler akdederek ya da bu sözleşmelere aracılık ederek hizmet sunmaktadır. Acentelik ilişkisi, müvekkilinin ticari faaliyet sahasını ilgilendiren bir işin görülmesi ihtiyacına yöneldiğinden alelaide hizmet veya vekâlet ilişkisinden ayrılmak istenmiştir. Hangi hukuk sisteminde olursa olsun acentelik ticari bir ilişki yaratmaktadır. Fakat acente kavramının içeriği ve anlamı bir hukuk sisteminden diğerine farklılık göstermektedir. Bu nedenle acenteye tanınan hak ve borçların muhatabı da farklı özellikler sergilemektedir. İşte bu çalışma acente kavramını ve acentelik sözleşmesinden doğan hak ve borçları karşılaştırmalı olarak incelemeyi amaçlamaktadır. Bu çerçevede Avrupa Birliği düzenlemeleri ile özellikle Almanya ve İsviçre'deki acentelik hükümleri halen yürürlükte olan ve 01 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek Türk Ticaret Kanunu hükümleri karşılaştırılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Aracılık, acente, acentelik sözleşmesi, acentenin hakları, acentenin borçları

## ABSTRACT

### COMMERCIAL AGENT AND ITS RIGHTS AND OBLIGATIONS DERIVING FROM COMMERCIAL AGENCY CONTRACT

Global trade is substantially based on facilities served by intermediaries during the process of supply and demand. Intermediary may be under principal's direct control or may itself be an independent enterprise. In the said process, commercial agent as a "self employed" intermediary, serves with continuing authority to negotiate and conclude such transactions on behalf of and in the name of its' principal. Since the commercial agent fulfills the requirements of the principal's commercial expectations, the relationship between commercial agent and the principal is totally different than those in labor contract or any other contract that may lead to empower to act on someone's behalf. Therefore the relationship is accepted to constitute a commercial relationship in every legal system however the concept and the meaning attributed to commercial agent is diverse in different national laws. The subject of the rights and duties (obligations) that is derived from commercial agency contract consequently may vary from one legal system to another. Herein this paper, a comparative analyze upon commercial agency term and contract that unites the rights and obligations of commercial agent is selected as an aim. In this manner, provisions stipulated in European Union Law and European Law particularly in German "Handelsgesetzbuch" and Swiss "Obligationenrecht" will be compared with Turkish Trade Law currently in force and new provisions codified by Law 6102 which is going to be in force by 1st of July, 2012.

### Keywords

Intermediary, commercial agent, commercial agency contract, rights of commercial agent, duties/obligations of commercial agent

## Giriş

Sosyal ve ekonomik eğilimleri farklı nihai üreticilerin tamamına tek bir merkezden hitap edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle dünya ticareti büyük oranda aracılık müessesesine dayanmaktadır. Aracılık, mal veya hizmet değişimini sağlayan sözleşmelerin kurulma aşamasından ifasına dek hatta ifa aşamasından sonraya etkili temsil yetkisi ile hareket edebilen, tacire sürekli veya arızı bir ilişki ile bağlı fakat ondan bağımsız ve aracılığı meslek edinmiş kişilerin faaliyetleridir. Aracılık faaliyetlerinden faydalanan müvekkil kuruluş maliyeti ve şube giderlerinden kurtulur. Bunun karşılığında ilişkinin niteliği ve kapsamı dikate alınarak aracıya bir miktar ücret ödenir.

Aracıların hukuki durumu, ilk olarak yürüttükleri faaliyetin çerçevesini belirleyen sözleşmelere göre tespit edilebilir ve birbirlerinden ayrılabilir. Bu sözleşmeler aracılar, yürüttükleri faaliyetler dışında ve bunlara ek olarak, daha geniş hak ve yetkiler bahşedebilir veya borç ve yükümlükler yükleyebilir. Örneğin satıcı ile depo veya taşıma sözleşmesi akdetmiş aracı aynı zamanda malların teslimini ve mülkiyetini satıcı nam ve hesabına alıcıya devretmekle yükümlü tutulabilir. Öte yandan bu sözleşmelerin alıcı ile yapılması halinde, malın alıcı nam ve hesabına satıcıdan teslim veya mülkiyetinin devralınmasına ilişkin sözleşme hükümleri kararlaştırılabilir. Bu tür hüküm içeren sözleşmeler, aracıya ilave herhangi bir menfaat sağlamaz fakat yapmış olduğu hizmetin karşılığında, kendisine ödenecek ücreti talebe ilişkin bir hak bahşeder. Aracılık müessesinin özü bu hakka dayanır. Bu nedenle aracıların, hizmet sunduğu veya aldığı kişilerle olan sözleşmesel yükümlüklerinin esasını ve türünü ayırt etmeye yarayan ve bunları tamamlayan da bu husustur. Aracılık ilişkisi iç ilişkiden başka dış ilişkide üçüncü kişilerin varlığına bağlıdır.

Aracılık fonksiyonları, depo ve taşıma sözleşmesi örneklerinde olduğu gibi "tipik" sözleşmelerin bir şartı veya yan yüküm içeren hükümlerinden kaynaklanabilir ya da başlı başına ve doğrudan bir sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Acente, temsil yetkisini haiz olarak sürekli bir biçimde sözleşmelerde aracılık etmek veya bu sözleşmeleri yardımcısı olduğu tacir ad ve hesabına akdetmek karşılığında ücret isteme gibi bazı haklar, müvekkilinin menfaatlerine uygun hareket etme gibi bir

takım borçlar üstlenir. İşte bu çalışma acentenin hak ve borçlarına ilişkindir.

Çalışmaya acentelik kavramı ve bu kavramın çeşitli hukuk sistemlerinde anlamı ile başlanacaktır. Acentenin unsurları yalnızca zikredildikten sonra acentenin tacir sıfatı taşıması gerekip gerekmediği tartışılarak acentelik sözleşmesi ile ilk bölüm tamamlanacaktır. Daha sonra genellikle Alman Hukuku ile karşılaştırmalı olarak, 01.07.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102. S. Türk Ticaret Kanunu ve halen yürürlükteki 6762 S. Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde acentenin hak ve borçları ele alınacaktır.<sup>1</sup>

### 1.1. Acente Kavramı

Acente kavramı, ülkeden ülkeye değişik anlamlara gelebilmekte hatta aynı hukuk ailesine mensup ülkelerin, kavrama verdikleri isim farklılık gösterebilmektedir. Büyük Britanya, Amerika Birleşik Devletleri, Yeni Zelanda ve Avustralya gibi Anglo-sakson Hukukunun hâkim olduğu ülkelerde acente, başkası ad ve hesabına hareket etme yetkisini haiz kişilere denmektedir.<sup>2</sup> Bu yetki yazılı ya da sözlü, açık ya da örtülü bir sözleşmeyle verilebilir.<sup>3</sup> Nam veya hesabına işlem yapılan tacir olmasa bile temsil yetkisi haiz aracıların yürüttükleri faaliyetler de, acente kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Müvekkilin tacir olması gerekmediği gibi acentenin yürüttüğü faaliyetin de ticari nitelik taşıması gerekmez.<sup>4</sup> Bu yönüyle Anglosakson Hukukunda acente, tacirin tüm yardımcılarını kapsayan bir anlama sahiptir.<sup>5</sup> Aslında durum

1 09.07.1956 T. 9353 S. 3 Ter. RG. Bilindiği üzere 6762 S. Türk Ticaret Kanunu 01.07.2012 Tarihi itibarıyla yürürlüğünü yitirecek, 6102 S. ve 13.01.2011 T. Türk Ticaret Kanunu (14.02.2011 T. ve 27846 S. RG) 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu nedenle bundan böyle, halen yürürlükteki Kanun TTK, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek 6102 S. Türk Ticaret Kanunu, YTTK olarak anılacaktır.

2 SAINTER, Séverine, **Commercial Agency Law: A Comparative Analysis**, Ashgate, Burlington, 2002, s. 216.

3 MUNDAY, Roderick, **Agency: Law and Principles**, Oxford University Press, New York, 2010, s. 20.

4 LUSK, Harold F., HEWITT, Charles M.D., DONNEL, John D., BARNES, A. James, **Business Law**, 3rd. Edition, Irwin-Dorsey, Georgetown, 1974, ss. 321-323. ; DALHUISEN, J.H., "Domestic Contract Laws, Uniform International Contract Law and International contract Law Principles. International Sales and Contractual Agency", **European Business Law Review**, Yıl: 2000, Cilt 11 S.4, s. 201 vd.

5 Tacirin bağımlı ve bağımsız tüm yardımcılarını acente kavramı kapsamına girebilmektedir. Özellikle sorumluluk hukukuna dair

Türk Hukukundaki temsil müessesesine tekabül etmektedir. Bizim anladığımız manada acente için "self-employed commercial agent" terimi kullanılmaktadır.

Acentelik müessesesi Alman Hukukunda "Handelsvertreter", İsviçre Hukukunda ise "Agenturvertrag" başlıkları altında düzenlenmiştir. "Handelsvertreter" in Türkçe tam karşılığı "ticari mümessil" olmasına karşın Türk Hukukundaki acentelik kurumu ile örtüşmektedir. İsviçre Hukukundaki "Agenturvertrag" Türkçeye "acentelik sözleşmesi" olarak çevrilmektedir.<sup>6</sup> "Agentur" terimi Almanya'da da zaman zaman kanuni terim "handelsvertreter" olmasına karşın, uygulamada kullanılmaktadır.<sup>7</sup> Benzer türden karışıklık Türkiye'de de yaşanmakta, gerçekte acentelik faaliyeti olmasına rağmen yürütülen faaliyet, acentelik yerine "bayilik", "distribütörlük" gibi kavramlarla nitelenmektedir.<sup>8</sup> Eskiden, acente ol-

kaynaklarda temsil yetkisi olmayan tacire bağımlı işçiler dahi acente olarak anılmaktadır. Ticari mümessil, ticari vekil ve seyyar tüccar memuru gibi bağımlı tacir yardımcıları ise zaten temsil yetkileri haiz olduğundan acente olarak adlandırılmaktadır. Tacirin bağımsız yardımcılarında yalnızca tellal, "broker" olarak ifade edilmekte; komisyoncuya yine acente denilmektedir.

6 KAYIHAN, Şaban, **Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi**, Beta, İstanbul, 1999, s. 7.

7 Almanca çeviri için bkz. Leitsätze, Entscheidungsgründe 1-4,8-9,11-13, Tenor. (<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=db1&lang=de&ihlang=de&lng1=de,fr&lng2=da,de,el,en,fr,it,nl,&val=89938:cs&page=>) Son Erişim Tarihi: 08.09.2011. Ayrıca bkz. EREM, Turgut S, **Ticaret Hukuku Prensipleri**, Cilt I, 5. Baskı, İstanbul, 1973, s. 257 içinde 3 ve 4 numaralı dipnotlar.

8 Distribütörlük ve acentelik, benzer özellikleri bulunmasına rağmen birbirinden oldukça farklı kavramlardır. Her ikisi de piyasanın aynı basamağındaki rakipler arasında değil alt basamaktaki aktörler ile yapılan dikey anlaşmadır. Fakat acentelik, müvekkili nam ve hesabına sözleşme yapma ya da sözleşmelere aracılık etme faaliyeti iken distribütörlük piyasaya mal veya hizmet arz eden satıcıdan belirli bir süreyle ya da süresiz olarak sürekli mal veya hizmet alma ve alınan mal veya hizmeti kendi nam ve hesabına pazarlama faaliyetidir. Distribütör ve sağlayıcının hak ve borçları acentemüvekkil ilişkisinin hak ve borçlarından farklıdır. Örneğin sağlayıcı, distribütöre, sürüm artırıcı faaliyetleri için reklam materyallerini sağlamak zorunda iken, müvekkilin sözleşme ile kararlaştırılmadıkça böyle bir sorumluluğu yoktur. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. HESSELINK, Martin W., RUTGERS Jacobien W., DIAZ, Odavia Bueño., SCOTTON, Monalla., VELDMAN, Muriel, **Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts**. Munich, 2006, s. 258 vd. ; SCHULZ, Albrecht, "Protection of Agents, Distributors and Franchisees" in **Disributorships, Agency and Franchising in an International Arena: Europe, The United States, Japan and Latin America**, Edited by Dennis Campbell, Louis Lafili, Kluwer, Denter, 1990, s. 39 vd. ; CHRISTOU, Richard, **International Agency, Distribution and Licensing Agreements**, 4th. Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003, ss. 190-191.

madıkları halde kendilerini "emlak acentesi", "is-tihbarat acentesi" olarak sıfatlandıran gerçek ve tüzel kişilere de rastlanmakta idi.<sup>9</sup> Sayılan son örnekler uygulamada artık acente değil ajans olarak anılmakta; fakat acentelik yerine bayilik ve distribütörlük terimleri, önlerine; genel, bölge, merkez gibi nitelemeler eklenerek kullanılmaya devam edilmektedir.

### 1.1.1. İngiliz Hukukunda

Acente kavramı İngiliz Hukukunda<sup>10</sup> çok geniş ve esnek bir müessese olduğundan kapsamını belirlemek oldukça güçtür.<sup>11</sup> Acentenin tanımı, 1.1.1994 tarihinde yürürlüğe giren 7.12.1993 T. ve 3053 S. Acenteler Hakkında Yönetmelik md. 2 ile verilmiştir.<sup>12</sup> Buna göre; acente, sürekli bir yetkiye dayanarak mal alım ve satımına ilişkin sözleşmelerde müvekkili hesabına aracılık eden veya bu sözleşmeleri müvekkili nam ve hesabına akdeden bağımsız kişiler olarak tanımlanmıştır. Tanım içerisinde geçen "self-employed" terimi aslında gerçek kişiler için kullanılan bir ifadedir.<sup>13</sup> Fakat doktrin tüzel kişilerin de acente olabileceğini kabul etmektedir.<sup>14</sup> Sözleşme yapma yetkisi olan ve olmayan acente ayrımı dikkate alınmıştır. Acentelik sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir.<sup>15</sup> Acentelik faaliyetinden söz edebilmek için acentenin bağımsız olması gerekir.<sup>16</sup> Yönet-

9 EDGÜ, Ekrem, **Ticaret Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1964, s. 187. ; KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari İşletme**, Ankara, 1957, s. 409. ; KAYIHAN, s. 9.

10 Bilindiği üzere Anglo-Sakson veya Anglo-Amerikan Hukuk sistemi Common Law; "**common law**", "statute law" ve "equity law" olmak üzere üçlü sacayağı üzerine şekillenmektedir. Çalışmamızın İngiliz Hukuku ile ilgili kısmı yasa ya da kanun hukuku olarak bilinen "statute law"u kapsamaktadır. Common Law hakkında daha fazla bilgi için bkz. ELLIOT, Catherine ve QUINN, Frances, **English Legal System**, London, 2004, s. 11 vd.

11 BOWSTEAD, F.M.B. ve REYNOLDS, Graziadei, **Bowstead and Reynolds on Agency**, 17th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001, ss 1-29.

12 The Commercial Agents (council Directive) Regulations 1993 No 3053. Madde metni için bkz: (<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1993/3053/regulation/2/made>) Son Erişim Tarihi: 08.09.2011. Bundan böyle anılış: İngiliz Acentelik Yönetmeliği.

13 STEINMANN, Thomas ve KENEL, Philippe ve BILLOTTE, Imogen, **Le Contract d'Agence Commerciale en Europe**. Schulthess, Zurich, 2005, s. 53.

14 SAINTER; 2002, p. 215, SINGLETON, Susan, **Commercial Agency Agreements: Law and Practise**, Butterworths Series, London, 1998, s. 4.; BOWSTEAD/REYNOLDS/GRAZIADEI, s. 590.

15 MUNDAY, s. 39.

16 Marjandi Ltd vs Bon Accord Glass Ltd, 15 October 2007, WL

melik kapsamı, yalnızca mal alım satımına ilişkin aracılığa yöneliktir. Hizmet değişimi amacıyla yapılan sözleşmeler için aracılık faaliyeti kapsam dışındadır. Yine de aslen mal alım satımı için yapılan aracılığa eşlik eden hizmet alım satımına dair faaliyet, acenteliğe engel değildir.<sup>17</sup> Acente müvekkili nam ve hesabına aracılık etmeli veya mal alım satımına dair sözleşmeyi müvekkili nam ve hesabına akdedebilmelidir. Kendi adına müvekkili hesabına veya müvekkili adına kendi hesabına ya da tamamıyla kendi ad ve hesabına yapılan işlemler acentelik faaliyeti içerisinde değerlendirilmezler.<sup>18</sup> Acente ve benzer hukuki ilişkilerin birbirinden ayırt edilmesi tanımlamanın genel olması nedeniyle oldukça güçtür. Bu bakımdan Yönetmelik hangi ilişkilerin kapsam dışı bırakıldığını ayrıntılı biçimde düzenlemektedir.

İngiliz Acentelik Yönetmeliği md. 2/1'e göre şirket, dernek veya birlikleri bağlayıcı işlemler yapmakla yetkilendirilmiş kişiler acente tanımı dışında bırakılmıştır. Ayrıca bir ortaklığı bağlayıcı işlemler yapmakla yetkilendirilmiş ortaklar da acente sayılmamaktadır. Müflisi bağlayıcı işlemler yapabilen iflas organlarının da acente tanımı kapsamına girmedikleri belirtilmiştir. İngiliz Acentelik Yönetmeliği md. 2/2 ise acente tanımı ile örtüşse bile acentelik faaliyeti olarak nitelenemeyecek faaliyetleri saymıştır. Buna göre ücret karşılığı yapılmayan aracılık işlemleri, menkul kıymetler borsasında gerçekleştirilen aracılık işlemleri ve Birleşik Krallık nam ve hesabına bağlayıcı işlemler yapmakla yetkilendirilmiş gerçek veya tüzel kişilerin işlemleri kapsam dışı bırakılmaktadır.<sup>19</sup> Ayrıca, md. 2/3'de acentelik faaliyetinin ikincil kaldığı kişiler için Yönetmelik hükümlerinin cari olmayacağı belirtilmiştir.

İngiliz Acentelik Yönetmeliği'nin kendine özgü ifade yöntemi acentelik algısının Kıta Avrupası Hukukundan önemli ölçüde farklı olduğunu göstermektedir. Acentelik ilişkisinin kapsamı satım

sözleşmesi ile sınırlanmıştır. Başkasına ait malları sürekli olarak o kişi nam ve hesabına satılabilen veya belirli bir şahıs nam ve hesabına sürekli olarak mal alabilen herkes acente kapsamına girebilmektedir. Kıta Avrupası ticaret kanunlarının özünde yatan ticari işletme kavramı ve acentelik ilişkisinin bu kavramla ilişkilendirilmesi İngiliz Hukuku için bir gereklilik olarak görülmemiştir.

### 1.1.2. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda acentenin tanımı Alman Ticaret Kanunu<sup>20</sup> § 84.(1)'de yapılmıştır. Buna göre bağımsız olarak, serbest meslek sahibi sıfatıyla, sürekli bir biçimde bir işletme sahibi hesabına sözleşmelerde aracılık eden veya bunları onun adına gerçekleştiren kişi'ye acente denmektedir.<sup>21</sup> Acentelik faaliyeti bakımından gerçek veya tüzel kişi ayrımı yapılmamıştır.<sup>22</sup> Maddenin devamında; bağımsız "selbständig" olmanın, acentenin faaliyet esaslarını ve çalışma saatlerini belirleyebilmesi anlamına geldiği belirtilmiştir. Mal veya hizmet alım-satımına ilişkin bir ayırım gözetilmemiş konusu hizmet değişimi olan sözleşmelere aracılık faaliyetleri de acentelik kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>23</sup> Sözleşme yapma yetkisi haiz acente ve sözleşmelere aracılık eden acente ayırımı kabul edilmiş, ücret hakkının doğum anı ve yetkinin yazılı verilmesi gibi bazı konularda farklı hükümlere tabi tutulmuştur.

Acente kural olarak tacir sıfatını haizdir. Ancak, 1998 yılında HGB'de yapılan reform ile tacir tanımı sadeleştirilmiş, § 84'e IV. fıranın eklenmesi ile acentelik faaliyetinin ticari işletme boyutlarına ulaşması gerekmediği açıklığa kavuşturulmuştur.<sup>24</sup> İngiliz Hukuku'nun aksine

20 10.05.1897 T. Handelsgesetzbuch im Bundesgesetzblatt Teil III. Bundan böyle anılış: HGB.

21 ANONİM, Handelsgesetzbuch, 18. Auflage, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1979, sh.38, ayrıca <http://dejure.org/gesetze/HGB/1.html>. Son erişim tarihi: 09.09.2011.

22 HOPT, Klauss, **Handelsvertreterrecht**, 3 Auflage, Beck'sche Kurz-Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 2003, rn. 7 § 84HGB.; KOLLER, Ingo., ROTH, Wulf-Hennig., MORCK, Winfried, **Handelsgesetzbuch, Kommentar**, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2002, rn. 2 § 84 HGB.

23 KÜSTNER, Wolframd ve THUME, Karl-Heinz, **Handbuch des gesamten Aussendienstrechts, Band 1, Das Rect des Handelsvertreter**, 3. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2000, s. 70-71.

24 SCHMIDT, Karsten, **Handelsrecht**, 5. Auflage, Carl Heymans Verlag, Köln, 1999, s. 719. ; CANARIS, Claus-Wilhelmd, **Handels-**

4947410 pf. 15. Metin için bkz.: ([http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/CA\\_06.html](http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/CA_06.html)) Son Erişim Tarihi: 08.09.2011.

17 MUNDAY, s. 19.

18 Sagal vs Atelier Bunz GmbH. Royal Courts of Justice Strand London WC2A 2LL 03.07.2009. NCN: [2009] EWCA Civ 700. Case No: A3/2008/1034. Karar metni için bkz. (<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2009/700.html&query=bunz&method=boolean>) Son Erişim Tarihi: 08.09.2011.

19 Detaylı bilgi için bkz. aşağıda 1.1.4.

acentelik faaliyetini benzer ilişkilerden ayırt edebilmek daha kolaydır. Teknik itibarıyla kapsam dışı bırakma yerine kapsama dâhil ilişkileri belirlemeye yönelik net tanımlama yöntemi benimsenmiştir. Acente müvekkil nam ve hesabına hareket eden bağımsız bir tacir yardımcısıdır. Fakat sürekli biçimde kendi adına müvekkili hesabına sözleşmeler akdeden kişiler de acentelik hükümlerinden faydalanabilmektedir.

### 1.1.3. AB Hukukunda

AB'nin 1986 T. ve 653 S. "*Acenteliğe Dair Üye Devlet Hukuklarının Koordinasyonu Hakkındaki*" Direktifi acentelere ilişkin düzenlemesidir.<sup>25</sup> Direktifin birinci kısmı, kapsam başlığını taşımaktadır. Birinci maddenin ilk bendinde Direktif ile öngörülen uyumlaştırma ölçütlerinin, üye devletlerin acenteler ile müvekkilleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen kanun ve yönetmelik, tüzük, tebliğ gibi kanun altı normlara uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci bendinde, direktifin amaçları doğrultusunda acente teriminin; *müvekkili hesabına ticari mal alım satımında arabulmak veya ticari mal alım satımına ilişkin hukuki muameleleri müvekkili namına ve hesabına yapmak üzere devam eden -sürekli- yetkiye sahip, bağımsız arabulucu*<sup>26</sup> anlamına geldiği bildirilerek acentenin tanımı yapılmıştır. Birinci maddenin son bendinde ise direktifin anlamı çerçevesinde acente olarak nitelenemeyecek kişiler sayılmıştır. Buna göre:

Bir şirket veya tüzel kişiliği (association) bağlayıcı taahhütler yapmakla görevlendirilmiş memur ve amir

Ortaklarını bağlayıcı taahhütlerde bulunmakla hukuki olarak yetkilendirilmiş ortak

İcra-iflas hukukundaki iflas masası ve tasfiye

**recht: ein Studienbuch.** 23. Auflage, Carl Heymanns Bech'sche, München, 2000, s. 319. ; HOPT, rn.28-29 § 84 HGB.

25 31986L0653 celex numaralı "Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agent". OJ L 382, 31.12.1986. p. 17-21. Bundan böyle anılış: Direktif. Direktifte acente, İngilizce "selfemployed commercial agent", Almanca "selbständig handelsvertreter", Fransızca, "agents commerciaux indépendants" ve İtalyanca "agenti commerciali indipendenti" terimleri ile kullanılmıştır. Metinler için bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/>)

26 Direktif metninde yer alan tanım: "*a self-employed intermediary who has continuing authority to negotiate the sale or the purchase of goods on behalf of another person, hereinafter called the 'principal', or to negotiate and conclude such transactions on behalf of and in the name of that principal*"dır.

memur, "receiver"<sup>27</sup> ve/veya "receiver" tarafından atanmış kişi, acente olarak nitelendirilemeyecektir.

Direktifin istisnalar başlıklı ikinci maddesinin birinci bendinde, menkul mal değişimi ile iştigal ettikleri sırada veya menkul mal değişimi sektöründe iş yapan acenteler ve Birleşik Krallık'ta 1979 tarihli Kraliyet Ajanları Yasasınca oluşturulmuş "(Krallığın) Denizaşırı Hükümet ve Yönetimleri için Kraliyet Ajanları"<sup>28</sup> olarak bilinen kurum direktifin kapsamı dışında bırakılmıştır. Düzenlemenin ikinci bendinde ise, Üye Devletler'in ulusal hukuklarına göre, acente olarak yürüttükleri faaliyetlerin ikincil kaldığı gerçek veya tüzel kişilere, direktifin uygulanmamasını sağlamaya yönelik hakları olduğu kaydedilmiştir.

İkinci Kısım "Haklar ve Borçlar" başlığını taşımaktadır. Üçüncü madde acentenin, dördüncü madde müvekkilin hak ve borçlarını, beşinci madde ise bu iki maddenin üye devletlerce bertaraf (deroge) edilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Direktifin hak ve borçlar ile ilgili kısmına aşağıda acentenin hak ve borçlarında ayrıca değinilecektir.

### 1.1.4. Türk-İsviçre Hukukunda

TTK md. 116/1'de acentenin tanımı; "ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimse" şeklinde verilmiştir. YTTK md. 102 ise acenteyi; "ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendi-

27 Direktif metninde geçen "receiver" kelimesi, İngiliz İflas Hukuku "Insolvency Act 1986" ile geliştirilmiş ve "Enterprise Act 2002" ile son halini almış bir kavramdır. Türkçeye "kayyum" olarak çevrilmektedir. Fakat Türk Hukuk'undaki kayyum kurumu ile birebir örtüşmez. Bu nedenle terim aynen kullanılmamıştır.

28 Crown Agents for Overseas Governments and Administrations, set up under the Crown Agents Act 1979 in the United Kingdom. Temelleri sömürgecilik yıllarına, 1749'a dayanan bu kurum, 1974'e dek doğrudan Britanya Krallığı bünyesinde idari bir organ idi. Daha sonraki süreçte Ltd. Şirkete dönüştürülmüş ve özel hukuk hükümlerine tabi olmuştur. Ancak Britanya Krallığına has bu kurum adı içinde geçmesine rağmen acente olarak değil ajan olarak nitelenmektedir. Kraliyet Ajanları Yasası en son 1995'de yenilenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. [www.crownagents.co.uk](http://www.crownagents.co.uk)



ren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse" olarak tanımlamıştır. Böylece, doktrinde haklı olarak, sözleşme yapma yetkisi olan acentenin, akdi ticari işletme adına değil, müvekkili olan tacir adına yaptığı eleştirisi giderilmiştir.

İsviçre Hukukunda ise acente OR<sup>29</sup> Art. 418/a'da "bir hizmet akdi ile bağlı olmaksızın, bir ya da birden fazla müvekkil için sözleşme görüşmelerini yapmak veya bunları onlar ad ve hesaplarına akdetmek taahhüdünü sürekli olarak üstlenen kişi" şeklinde tanımlanmıştır.

### 1.1.5. Genel Değerlendirme

İngiliz Hukukunda acente yalnızca mal alım-satım sözleşmelerine özgü bir yetkiye sahip iken Türk, Alman ve İsviçre Hukukunda acentenin aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşmeler özel bir konu sınırlamasına tabi tutulmamıştır. İngiliz ve İsviçre Hukuklarında acente tanımlanırken ad ve hesabına sözleşme yapılan ya da bu sözleşmede aracılık edilen kişinin tacir veya işletme sahibi olup olmadığı dikkate alınmamıştır. Oysa acentelik ilişkisi, Alman Hukukunda işletme sahibi ile Türk Hukukunda ise tacir ile kurulan bir ilişki olarak kabul edilmiştir.

TTK md. 116'nın bazı ifade değişiklikleri taşımasına karşın HGB § 84 ve OR 418/a ile uyum içinde olduğu<sup>30</sup> söylenmesine rağmen bazı esaslı ayrımların bulunduğunu da kabul etmek gerekmektedir. Hem TTK md. 116, hem de YTTK md. 102 acentenin bağlı tacir yardımcısı olmadığını örneklemeye yöntemiyle ifade etmeye çalışmıştır. Oysa ne HGB ne de OR bu tür bir teknik izlememiştir. OR ve HGB'de doğrudan acentenin bağımsız bir tacir yardımcısı olduğu belirtilmiştir. Özetle her hukuk sisteminde benzer ifade ve tanımlamalarla yer verilen acentelik ilişkisine farklı içerik ve özellikler atfedilmiştir. TTK'ya mehzaz teşkil eden İtalyan MK hükümleri<sup>31</sup>, YTTK ile getirilen değişikliklere kaynak gösterilen Direktif, hatta HGB ve OR hükümleri özde paralel düzenlemeler olmasına rağmen bazı ayrıntılarda farklı yorumlanmıştır. Bu

29 30.03.1911 T. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrechts). Bundan böyle anılış: OR. Metin için bkz: (<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf>) Son erişim tarihi: 10.09.2011.

30 KAYIHAN, s. 11.

31 POROY, Reha ve YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 219.

farklılıklardan en belirginini 10.02.2004 T. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı<sup>32</sup> 1. Dairesi'ne, "Mavrona vs. Delta Davası"nda ulusal yetkili ve görevli Yunanistan Mahkemesi tarafından yöneltilen soruların yanıtında belirgin olarak izlenebilmektedir.<sup>33</sup>

Karara konu olay, Yunanistan'da Delta adlı bir şirketin mallarını % 9'luk komisyon karşılığında sürekli olarak kendi adına fakat müvekkili hesabına satan tacir yardımcısının EEC 653/86 S. Direktif anlamında acente olup olmadığıdır. Davaya konu uyuşmazlık ilgili Yunanistan Mahkemesine intikal ettiğinde, süreklilik arz eden bir ilişki dâhilinde malları kendi adına müvekkili hesabına satan Mavrona Şirketi'nin:

1. Direktifin "müvekkili nam ve hesabına işlem yapan" ibaresi karşısında kapsama alınıp alınmayacağını,
2. Eğer alınmayacak ise 86/653 lafzı dışında "fact a lacuna"<sup>34</sup> olarak mı çıkarıldığını,
3. Eğer "fact a lacuna" ise kıyasen kendi adına başkası hesabına işlem yapanın, Direktif kapsamına sokulup sokulamayacağını,
4. Eğer sokulamayacak ise, ulusal mahkemelerin iç hukuklarında mevcut hükümlere göre kıyaslama yapmaya yetkili olup olmadıklarını, sormuştur.

Delta, Almanya Hükümet Temsilcisi ve AB Komisyonu, ATAD 1. Daire'sinin sorulara gerekçeli cevap vermesi gerektiğini<sup>35</sup>, buna karşılık Mavrona ise sözleşmenin komisyon sözleşmesi olmadığını, acentelik sözleşmesi olduğunu; bu çerçevede 86/653 kapsamına girdiğinde tereddüt bulunmadığını ve Mahkemenin sorulara cevap vermesine gerek olmadığını savunmuştur.<sup>36</sup> İtalya Hükümet Temsilcisi Mahkeme'nin daha önce bu tür sorulara

32 Bilindiği üzere TFEU Art. 256 ile Avrupa Birliği Mahkemeleri yeniden isimlendirilmiştir. Çalışmamızda Mahkeme'ye karar tarihindeki adı ile atıf yapılmıştır. Bundan böyle anılış: ATAD.

33 [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int), Birlik müktesebatı gereği, ulusal mahkemeler iç hukuklarına geçirdikleri Birlik hükümleri ile ilgili yorumları muhatap oldukları davayı meselei müstehire ile bekleterek (AB) Adalet Divanı'na sormaktadırlar. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) Art. 267. Ayrıntılı bilgi için bkz: TOBLER, Christa ve BEGLINGER, Jacques, **Essential EU Law in Charts**, 2nd Lisbon Edition, hvgorac, Budapest, 2010, s. 307. Mavrona vs Delta Davası ve ATAD Kararı için bkz:

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003C00085:EN:PDF>) Son erişim tarihi: 11.09.2011.

34 Terim kanun boşluğunu ifade etmektedir.

35 Bkz. Mavrona vs. Delta Kararı, paragraf 9.

36 Mavrona vs. Delta Kararı, paragraf 11.

hiç muhatap olmadığına işaret etmekle yetinmiştir.

Yunanistan ve Alman Hükümet temsilcileri 86/653'deki açık tanımın, kendi adına başkası hesabına sözleşme yapanları kapsamadığını; kendi adına başkası hesabına sözleşme yapanlar ile başkası nam ve hesabına sözleşme yapanların aynı neden ve gerekçelerle aynı korumadan faydalanılamayacaklarını belirtmişlerdir. İtalyan Hükümet Temsilcisi ise, Mavrona ile birlikte, Almanya ve Yunanistan Hükümet temsilcilerinin aksine, "komisyoncu acente" olarak nitelendirilen sürekli olarak kendi adına başkası hesabına sözleşme yapanların Direktif kapsamında değerlendirilmesi ve Direktif ile sağlanan haklardan yararlandırılması gerektiğini ifade etmişlerdir. ATAD 1. Dairesi kararını Yunanistan ve Alman Hükümet temsilcilerinin gerekçelerine dayandırarak vermiş; fakat Direktifin, üye ülke mevzuatının elverdiği durumlarda sürekli olarak başkası hesabına kendi adına sözleşme yapanların başkası nam ve hesabına sözleşme yapanlara sağlanan korumalardan yararlandırılmasına engel olacak biçimde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>37</sup>

Hem TTK md. 117'de, hem de YTTK md. 103'de; "Sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar" hakkında özel hükümler saklı kalmak kaydıyla acentelik hükümlerinin tatbik edileceği belirtilmiştir. Bu hüküm karşısında acentelik tanımları benzer olsa da kavramlarının Alman ve İsviçre Hukukundan farklılık taşıdığı, bu haliyle İtalyan Hukuku ile benzerlik gösterdiği söylenebilecektir.<sup>38</sup>

## 1.2. Acentenin Unsurları

Acentenin tanımında yer alan unsurlar birlikte değerlendirildiğinde acentenin, tacirden bağımsız "self-employed", "selbständig" olması; acentelik ilişkisinin yazılı ya da sözlü, örtülü veya açık bir sözleşmeye dayanması; ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık veya bu sözleşmeleri

<sup>37</sup> Mavrona vs. Delta Kararı, paragraf 13-14,15-17.

<sup>38</sup> Arkan, TTK'daki acentelik hükümlerinin, esas itibarıyla İtalyan Medeni Kanun hükümlerinden faydalanılarak düzenlendiğini fakat OR ve HGB'nin de dikkate alındığını belirttikten sonra; acenteliğin İtalyan Hukukunda yalnızca bir başka kişi adına sözleşme yapılması hususunda aracılık faaliyeti olarak ele alındığını, buna karşılık HGB ve OR'de acenteye ayrıca sözleşme yapma yetkisinin de verilebileceğine işaret etmiştir. ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 200, s. 151.

tacir nam ve hesabına imza etmesi; bunu kendisine tanınmış bir yer veya bölge içinde yapması, faaliyetin süreklilik "continuing" arz etmesi ve bu faaliyetin meslek edinilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

## 1.3. Acentenin Tacir Sıfatı

Doktrinin büyük çoğunlukla, acentenin tacir olduğu<sup>39</sup> ya da kural olarak "ipso jure" tacir sayılması gerektiği<sup>40</sup> fikrinde birleşmektedir.<sup>41</sup> Bir başka görüş acentenin TTK md. 12/b.12 "per se" kabul edilerek tacir olduğu sonucuna varılamayacağı yönündedir.<sup>42</sup> Acentenin tacir olduğu veya kural olarak tacir sayılması gerektiği yönündeki görüşün dayanağını TTK md. 12/b.12 oluşturmaktadır. Buna göre, aksi ispatlanıncaya kadar boyutu ve büyüklüğü ne olursa olsun acente işletmesi ticari işletmedir ve TTK md. 14/1 gereği bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişiye tacir dendiğinden, acentenin ipso jure tacir olduğu ya da sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Fakat TTK md. 12 bir ticari işletme tanımı yapmaktan ziyade ticari işletmenin görünüş şekillerini örneklemektedir. Örneklenen ticarethane ve fabrikadır. Hem ticarethane hem de fabrika ticari işletmenin bir türü değil fakat eskimiş görünüş şekilleridir, bu sebeple TTK md. 12'ye YTTK'da yer verilmemiştir.<sup>43</sup> Bu şekillerin yalnızca işletme örneği olarak gösterildikleri için, ticari işletme tanımının diğer unsurlarını taşımaları bile ticari işletme sayılmaları mümkün değildir. Taraflar aksini iddia etse de etmese de, hâkim her iki tarafın tacir olması halinde uygulanacak hükümleri işletebilmek için tacir sıfatının bulunup bulunmadığını resen tetkik edecektir. İflas davasında da hâkim iflası istenen gerçek veya tüzel kişinin iflası tabi kişilerden olup olmadığını kendiliğinden araştıracaktır.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> ÖZDEMİR, Necdet ve KINACIOĞLU, Naci, **Türk Ticaret Hukuku Başlangıç Hükümleri**, 5. Baskı, Ankara, 1984, s. 203.; EDGÜ; 1964; s. 192., DOMANIÇ, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Cilt I, Temel, İstanbul, 1988, s. 309.; EREM; 1973, s. 258.; BAKTIR, Selma, **Ticari İşletme Hukuku**, İzmir, 2004, s. 57.

<sup>40</sup> BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, Beta, İstanbul, 2003, s. 129.; KAYIHAN; 1999; s. 20.

<sup>41</sup> DERYAL, Yahya, **Ticaret Hukuku**, 6. Baskı, Trabzon, 2002, s. 77.

<sup>42</sup> KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 13. Baskı, Mimoza, Konya, 2004, s. 299.; ARKAN, s. 186.; POROY/YASAMAN, s. 221.

<sup>43</sup> YTTK md. 11 gerekçesi.

<sup>44</sup> PEKANİTEZ, Hakan ve ATALAY, Oğuz ve SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral ve ÖZEKES, Muhammet, **İcra İflas Hukuku**, 5. Baskı,

Benzeri haller dışında acentenin tacir sıfatı taşıyıp taşımadığına ilişkin teorik tartışmanın acentelik ilişkisi bakımından pratik bir sonuç yaratabilmesi oldukça güçtür. Çünkü acentelik ilişkisinden kaynaklanan uyumsuzluklarda taraflar arasındaki ilişkinin acentelik olup olmadığına dair bir inceleme yapılacaktır. İlişkinin acentelik olduğuna kanaat getirilirse taraflar tacir olsa da olmasa da, acentelik hükümleri işletilecektir. Fakat tacir müvekkil, iddiasını kendi defterlerine dayanarak ispatlamak veya acentenin tuttuğu ya da tutması gerektiği defterleri delil<sup>45</sup> olarak kullanmak isterse acentenin tacir sıfatı taşıyıp taşımadığı önem kazanacaktır. Bu halde acentenin tacir sıfatı taşımadığı tespit edilecek olursa acente, müvekkilinin tutmuş olduğu defterleri müvekkili aleyhine delil olarak ileri sürebilecek fakat müvekkil kendi defterlerini lehine delil olarak kullanamayacaktır.<sup>46</sup> 6100 S. Hukuk

Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s. 389.

45 Bilindiği üzere 6762 S. TTK md. 82 "Kat'i delil" başlığı altında, ticari defterleri kesin delil olarak kabul edilmektedir. Defterlerin lehe ve aleyhe kesin delil olma özelliğine YTTK'da yer verilmiştir. Ticari defterler ile ispat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın ilk metninde bulunmamasına rağmen 12.01.2011 T. ve 6100 S. Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 222 ile yeniden düzenlenmiştir: "**Ticari defterlerin ibrazı ve delil olması**

MADDE 222 - (1) Mahkeme, ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir.

(2) Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yapılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulaması olması şarttır.

(3) İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz.

(4) Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur.

(5) Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır."

**6100 S. HMK'nın yürürlük tarihi md. 451 ile 01.10.2011 olarak benimsenmiştir. Bu tarih itibarıyla TTK md. 82 ve md. 83 ve HMK md. 222 aynı anda yürürlükte olacaktır. Kanaatimizce 01.10.2011 tarihinden itibaren sonraki tarihlere HMK uygulanmalıdır.**

6100 S. HMK için bkz. 04.02.2011 T. ve 27836 S. RG., s. 50. HMK Tasarı metni için bkz. 16.04.2008 Tarih ve B.02.0.KGG.0.10/101-1293/1690 Sayılı 23. Dönem 3. Yasama Yılı TBMM Adalet Komisyonu Raporu (1/574) veya (www.tbmm.gov.tr)

46 Ticari defterlerin lehe aleyhe delil olması hakkında daha fazla bilgi için bkz. **BAKTİR**, 2004, s. 110 vd.

Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdiğinde de durumda bir değişiklik olmayacaktır.

Acentenin tacir sıfatını haiz olması ya da olmaması acentenin haklarına halel getirmeyeceği gibi borçlarını da ortadan kaldırmaz. Tacir olmasa dahi, TTK md. 124/2 (YTTK md. 110/2) gereği müvekkile ulaşmasının mümkün olmadığı hallerde acente, basiretli bir tacir gibi hareket etmek, en az müvekkili yerinde olsaydı ne tür bir özen gösterecek idiye o oranda özenli davranmakla yükümlüdür.

Acentenin hak ve borçlarının ayrıntılı olmakla birlikte ayrıca düzenlenmiş olmasının nedeni güçlü müvekkil karşısında acentenin sosyal ve ekonomik gereklerle korunması yanında esnaf boyutlarını aşmayacak şekilde acentelik işleri ile iştigal edenlerin de hiç değilse tacir acentelere tanınan haklardan yararlanabilmelerini temin etmek olsa gerektir. Nitekim HGB § 84.(4)'de acentenin işletmesi nitelik ve kapsam itibarıyla ticari şekilde kurulmuş bir ticari işletmeyi gerektirmese de "Handelsvertreter" hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek hem acentenin tacir sıfatı taşıması gerekmediğine hem de tacir olmasa dahi acentenin acentelik hükümlerine tâbi olacağına işaret edilmiştir.

#### 1.4. Acentelik Sözleşmesi

Acentelik ilişkisi bir sözleşme ile kurulur.<sup>47</sup> Bu sözleşme açıkça herhangi bir şekilde tabi kılınmamıştır. Kanunda açıkça bir şekil şartı öngörülmemiş ise taraflar diledikleri şekilde sözleşme yapılabilir. Acentelik sözleşmesi, TTK'da bir geçerlik şartına tabi tutulmadığına göre; yazılı ya da sözlü olarak

47 POROY/YASAMAN, s. 216.; ÖZDEMİR/KINACIOĞLU, s. 203.; DOMANIÇ, s. 309.; EREM, s. 207. Acentelik sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Acentelik sözleşmesinin kendine özgü "sui generis" bir sözleşme olduğu görüşünün karşısında bir iş görme sözleşmesi türü olduğu savunulmaktadır. Baskın görüş acentelik ilişkisini iş görme sözleşmesi olarak kabul eden görüştür. Fakat baskın görüşte acentelik sözleşmesinin, iş görme sözleşmelerinin hangi tipine daha yakın kabul edilmesi gerektiği konusunda hem fikir olunamamıştır. Bir grup yazar acentelik sözleşmesinin hizmet sözleşmesine daha yakın, bir grup yazar vekâlet sözleşmesine daha yakın olduğunu savunurken diğer bir görüş acentelik sözleşmesinin iş görme sözleşmelerinden hiçbirinin alt tipi olmadığını bu noktada "sui generis" özellik taşıdığını ileri sürmektedir. Kanaatimizce hukuki nitelik itibarıyla acentelik sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olup benzerliklerine rağmen acentelik ilişkisi, süreklilik arz etmesi sebebiyle vekâlet aktinin, acentenin bağımsızlık unsuru nedeniyle hizmet aktinin bir alt tipi değildir. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAYIHAN, ss. 82-90.

hatta açık veya örtülü iradelerin uyuşması ile yapılabilecektir. Ancak sözleşme yapma yetkisi haiz acentelerin, acentelik sözleşmesi yazılı olarak yapılmamış ise acentenin sözleşme yapma yetkisine ilişkin beyanın yazılı olarak verilmesi gereklidir. Yetkilendirme belgesinin ayrıca ticaret siciline tescil ve sicil gazetesinde ilan edilmelidir. TTK md. 121/2 gereği, tescil ve ilanın acente tarafından yaptırılması mecburidir. Buna karşılık bir kısım görüş sözleşme yapma yetkisi haiz acente mevzu bahis olduğunda acentelik sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiğini TTK md. 121/1 lafzına dayanarak ileri sürmektedir.<sup>48</sup> Yetkilendirme, yazılı şekilde düzenlenmiş bir acentelik sözleşmesi ile bu sözleşmenin hükmü ya da eki olarak verilebileceği gibi bu sözleşmeden bağımsız olarak da verilebilir. Bu nedenle sözleşme yapma yetkisi ile acentelik sıfatının doğumu birbiri ile sebep sonuç ilişkisi ile bağlı değildir. Tescil ve ilanı gereken acentelik sözleşmesi değil, acenteye sözleşme yapma yetkisinin verildiğini açıklayan beyandır. Acentelik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması bir geçerlik şartı değil olsa olsa ispat kolaylığı olarak nitelendirilebilir.<sup>49</sup> Acentelik sözleşmesi, YTTK'nın ilk metninde, ikinci ve yasalâşan metinlerinde şekle tabi tutulmamıştır. Yazılı olarak beyan edilmesi veya tescil edilmesi gereken hususlar ayrıca belirtilmiştir. Bu nedenle kanun koyucunun acentelik sözleşmesinin, şekil şartına tabi olmasını, arzu etmediği söylenebilecektir.

İsviçre ve Alman Hukuku bakımından da, acentelik sözleşmesinin kurulması ve geçerliliğine ilişkin kanuni bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bununla birlikte acentelik sözleşmesi ilişkisi devam ederken yazılı olarak yerine getirilmesi gerekli bir takım şekil şartlarına yer verilmiştir. Hem Alman hem de İsviçre Hukuklarında, acentenin üçüncü şahsın ifasını tekeffül edecek ise buna ilişkin tahhüdün yazılı olarak yapılması öngörülmüştür.<sup>50</sup> Alman Hukukunda, İsviçre'den farklı olarak HGB § 85'de<sup>51</sup> "Vertragsurkunde" başlığı altında; tarafların sözleşme içeriğinin ve sözleşme ile ilgili son-

raki anlaşmaların karşı tarafça imza edilmiş bir belgeye dayandırılmasını isteyebileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu hakkın aksi kararlaştırılmayacağı ikinci cümle ile düzenlenmiştir. HGB § 90a/1 acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra, acentenin müvekkili ile rekabet etmeyeceğine dair beyanın yazılı olması gerektiğini hükme bağlamıştır. HGB § 90a/1 hükmüne benzer bir düzenlemeye YTTK md. 123'de yer verilmiştir. Bu hükme göre de acentenin rekabet etmeme borcunun doğabilmesi için rekabet yasağına ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde olması ve müvekkil tarafından imzalanmış, anlaşma hükümlerini içeren bir belgenin acenteye verilmiş olması gerekmektedir. TTK md. 120 (YTTK md. 106) gereği acentenin bizzat teslim etmediği malın bedelini kabule veya bedelini bizzat ödemediği malı teslim etmeye yetkili olduğuna dair beyan acenteye yazılı olarak verilmelidir. Aksi takdirde acente bizzat ifa etmediği ediminin karşı edimini kabul veya ifa etmeye yetkili değildir. Bunun gibi acentenin teslim almaya yetkili olduğu ödemede indirim yapabilmesi ya da alacağı yenileyebilmesi için de yazılı yetki verilmesi gereklidir.

## 2. Acentenin Hak ve Borçları

Acentelik ilişkisi karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ile kurulduğundan acentenin hakları, müvekkilin borçlarını, müvekkilin hakları ise acentenin borçlarını oluşturmaktadır.<sup>52</sup> Taraflar hak ve borçların kapsamını diledikleri gibi şekillendirebilirler. Fakat sözleşme içeriğindeki hak ve borçlara ilişkin hükümler TTK'nın acentelik ile ilgili faslında düzenlenen emredici hükümlere aykırı olmaz. Acentelik sözleşmesi borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğuna göre BK md. 19 ve md. 20 (YBK md. 26 ve 27) gibi sözleşme özgürlüğünün genel sınırlamalarına tabi olacaktır. Özel olarak TTK'da veya genel olarak BK'da yer verilen sınırlamalar dışında acente ve müvekkil, hak ve borçlara ilişkin sözleşme hükümlerini iradelerine uygun olarak düzenleyebilir.<sup>53</sup> Acentelik

52 KAYIHAN, s. 91.

53 Acente ve müvekkilin boş bıraktıkları hususlar ise TTK md. 116 ve devamı ile doldurulacaktır. TTK hükümleriyle ilgili boşluğun doldurulmaması halinde yine TTK md. 116/2 gereği sözleşmelerde aracılık yapan acenteye, TTK md. 100 vd. (YTTK'da yer almamaktadır) ile BK 404 ve devamında düzenlenen ticaret işleri tellallığı ve tellallık hükümleri (YBK md. 520 vd.); sözleşme yetkisine sahip acenteye BK md. 416 (YBK md. 532) ve devamında düzenlenen komisyon hükümleri uygulanacak, buna rağmen bir sonuca ulaşamaz ise vekâlet hükümleri cari olacaktır. Vekâlet hükümleri yar-

48 İMREGÜN, Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 11. Basi, İstanbul, 1996, s. 133.

49 KAYIHAN, s. 65.

50 HGB § 86b/1 için bkz. [www. \(http://dejure.org/gesetze/HGB/1.html\)](http://dejure.org/gesetze/HGB/1.html) ve OR.418c/3 için bkz. [\\*http://www.bger.ch](http://www.bger.ch) Son erişim tarihi: 09.09.2011

51 Handelsgesetzbuch, 18. Auflage, Deutscher Tashcenbuch Verlag, München, 1979, s. 38.

sözleşmesine yabancı yan edim yükümleri kararlaştırılabilir. Kararlaştırılan yan edim yükümlükleri acentelik sözleşmesini tipik sözleşme olmaktan çıkarmaz.<sup>54</sup> Acentelik hükümleri çerçevesinde aksi kararlaştırılabilen her türlü edim acentenin haklarını veya borçlarını genişletip, daraltabilecektir. Örneğin olağan masrafların müvekkil tarafından kararlaştırılması, acentenin bölgesi veya müşteri çevresinde tekel hakkının tanınmaması, rekabet yasağı öngörülmesi veya rekabet etmeme borcunun ortadan kaldırılması, acentenin haklarını ve borçlarını etkileyen fakat acentelik sözleşmesinin tipikliğini etkilemeyen genişleme ve daralmalardır.

## 2.1. Acentenin Borçları

TTK 123-126. maddeleri arasında düzenlenen acentenin hak ve borçları YTTK md. 109 ile md. 112 arasında sadeleştirilerek tekrarlanmıştır. Özellikle acentenin borçları genel olarak belirlenmiş,

dımıyla dahi çözülemeyen hallerde **Kayıhan**, hizmet sözleşmesine ilişkin BK md. 313 (YBK md. 393) ve devamı hükümlerinin acentelik ilişkisinin mahiyetine uygun düştüğü oranda işlerlik kazanabileceğini, Alman acentelik hukukunda da benzer bir önerinin bulunduğunu belirtmektedir. KAYIHAN, s. 79. BGH pek çok kararında uyuşmazlığa konu olan ilişkinin acentelik veya hizmet ilişkisi olup olmadığını ayrıntılı olarak incelemek ve acentelik hükümlerini ilişkinin hizmet ilişkisi olmadığı sonucuna göre işletmektedir. (Karar örnekleri için bkz. <http://dejure.org/gesetze/HGB/1.html>) OR 418d hükmü acentenin rekabet etmeme borcu ile ilgili olarak uygun düştüğü ölçüde hizmet akdi hükümlerinin işletileceğini belirtmekle yetinmiştir. Oysa ayrı ayrı, tüm ihtimalleri değerlendiren hem TTK md. 116 hem de YTTK md. 102/2 vekâlet hükümlerini uygulanabilecek son hükümler olarak belirlemektedir. Acente ve müvekkil arasında hizmet sözleşmesinin tarafları arasında bulunan bir ilişki mevcut değildir hatta bu ilişkinin bulunmaması acentelik tanımı için zorunlu bir unsurdur. Bu nedenle vekâlet hükümleri dahi yetersiz kalırsa artık önce ticari örf ve adet daha sonra genel hükümler ve MK md. 1'in devreye girmesi gerektiği söylenebilecektir. Ta ki vekâlet hükümleri BK md. 390/1 gibi "vekilin mesuliyetinin işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabi olacağı" atfında bulunmuş olsun. Buna rağmen BK md. 390/1 atfının uygulamada ve doktrinde yerindeliği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Özellikle vekilin özen borcuna ilişkin subjektif yerine objektif özen borcu ölçülerinin aranması gerekçelerle ifade edilmekte vekile olağan sebep sorumluluğu çerçevesinde bir kurtuluş kanıtı getirme imkânının bahsedilmemesinin uygun olacağı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, Beta, İstanbul, 2001, s. 316 vd. Nitekim YBK md. 506/3 vekilin göstermesi gereken özeni benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir vekilin özen derecesi ile ölçmektedir. Burada kullanılan "basiretli vekil" kavramı vekilin özen yükümlünü objektif düzeyde olduğunu göstermektedir.

<sup>54</sup> Acentelik sözleşmesi TTK'da düzenlenmiş tipik bir sözleşmedir. TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1 Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış, Bağışlama**, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 1984, s. 7.

akabinde sırasıyla acentenin haber verme borcu, önlem alma borcu<sup>55</sup> ve son olarak ödeme borcu hükme bağlanmıştır.<sup>56</sup> Anılan borçlar temel alınarak acentenin borçlarına ilişkin daha ayrıntılı bir sınıflama yapılabilmesi mümkündür. Acentenin sadakat borcu, rekabet etmeme borcu acentenin borçları arasında sayılmaktadır.

### 2.1.1. Genel Olarak

Hem TTK md. 123'de hem de YTTK md. 109'da acente kendisine bırakılan bölge ve ticaret dalı içinde sözleşme uyarınca, müvekkilinin işlerini görmekle ve menfaatlerini korumakla yükümlendirilmiştir. Maddelerin ikinci fıkrasında acentenin, müvekkili hesabına saklamakta olduğu malın veya eşyanın hasarından sorumlu olduğu, bu sorumluluktan ancak kusursuz olduğunu ispat etmekle kurtulacağı düzenlenmiştir. Buna göre acente genel olarak, müvekkilinin işlerini görme ve menfaatlerini koruma, müvekkili hesabına sakladığı mal veya eşyanın hasarını tazmin etme borcu altındadır.

86/653 S. AB Direktifi md. 3/1 de, faaliyetlerini yerine getirirken acentenin müvekkilinin çıkarlarını gözetmekle, özenli ve dürüst davranmakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.<sup>57</sup> HGB § 86(1)'de, acentenin sözleşmelerin yapılmasına aracılık etmek veya bunları müvekkil ad ve hesaba yapmak konusunda çaba göstermesi, müvekkilinin menfaatlerini gözetmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.<sup>58</sup> Hem Direktif md. 5 hem de HGB § 86(4) gereği bu hükümlere aykırı sözleşme hükümleri belirlenemeyecektir. Her iki düzenleme dikkate alındığında acentenin TTK'da ayrıca belirtilmemiş olmasına rağmen, çaba ve özen gös-

<sup>55</sup> TTK md. 125 "önleyici tedbirler" başlığını taşımakta, YTTK md. 111 ilk tasarısında "önleyici önlemler" şeklinde ifade edilmiş idi. Tasarının ikinci halinde ifade düzeltilmiş ve YTTK md. 111 "önlemler" başlığı ile yasalaşmıştır. Bu nedenle çalışmamızda önlem alma borcu ifadesi kullanılmıştır.

<sup>56</sup> Genel olarak acente hem vekâletin özel bir nevi olduğu hem de BK md. 32 (YBK md. 40) ve devamı anlamında bir temsilci olduğu için vekil ve temsilcinin borçları ile paralel düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, Cevdet, **Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 157 vd.

<sup>57</sup> "In performing his activities a commercial agent must look after his principal's interests and act dutifully and in good faith."

<sup>58</sup> "Der Handelsvertreter hat sich um die Vermittlung oder den Abschluß von Geschäften zu bemühen; er hat hierbei das Interesse des Unternehmers wahrzunehmen."

terme borcu altında bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Acentenin çaba ve özen gösterme borcuna müvekkilinin menfaatlerini gözetme borcu altında ayrıca değerlendirilecektir.

### 2.1.1.1. Müvekkilin İşlerini Görme Borcu

Acentenin temel işlevi ve görevi müvekkilin faaliyetleri ile ilgili sözleşmelere aracılık etmek veya bunları müvekkil nam ve hesabına yapmaktır. Sözleşme ile acentenin, müvekkilin hangi tür faaliyetlerine ya da hangi vasıftaki müşterilerine yönelik sözleşmelere aracılık yapacağı veya bunları onun ad ve hesabına gerçekleştireceği belirlenebileceği gibi, işlem hacmi konusunda da bir oran ya da miktar gösterilebilir.<sup>59</sup> Son halde acentenin sözleşme kapsamı dışında kalan hususlara ilişkin bir borcu bulunmayacaktır.<sup>60</sup> Sözleşme ile acentenin oransal ya da miktar olarak tamamlaması öngörülen işlem hacmini karşılamak amacıyla çaba sarf etmesi yeterlidir. Acenteye bir bölge ya da müşteri çevresi ile sözleşme yapma yetkisi tekel şeklinde verilmiş ise acentenin göstermesi gereken çabanın derecesi de artış gösterecektir. Taraflar sözleşme ile bir sınır ya da miktar öngörmemişler ise acente yalnızca tacirin faaliyette bulunduğu sektör veya sektörlerle ilişkin sözleşmeler konusunda tacire yardımcı olma borcunu yerine getirecektir.

Öte yandan acentenin temel işlevinden ayrı olarak müvekkili ile ilişkisi çerçevesinde, sözleşmeyle, göreceği işler genişletilebilir. Müvekkilin işlerini görme borcunun kapsamı taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine ve bu sözleşmeye uygulanacak hükümlere göre şekillenecektir.<sup>61</sup> Örneğin tek satıcılık ve franchise sözleşmelerinde olduğu gibi malların sürümünü arttırıcı reklâm yapmak konusunda acenteye bir borç yüklenebilecektir.<sup>62</sup>

Gerek sözleşme ile kararlaştırılsın gerek bu hususta sözleşmede bir hüküm bulunmasın acente kural olarak müvekkilinin işlerini bizzat yerine

getirmelidir.<sup>63</sup> Acente bağımsız bir tacir yardımcısı olduğundan işletmesinde personel istihdam edebileceği gibi ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tüccar memuru gibi temsile yetkili bağımlı tacir yardımcıları da istihdam edebilir. Acente ve temsile yetkili ya da yetkisiz bağımlı yardımcılarının yerine getirdiği işler bizzat acente tarafından görülmüş sayılır. Bu halde acente BK md. 100 (YBK md. 116) gereği ifa yardımcısının sebep olduğu zararlardan dolayı sorumlu olabilecektir. Seyahat veya sigorta acenteliği gibi istisnai haller dışında kanun veya yetkili makam tarafından verilecek bir izinle yürütülmesi zorunlu meslek olmadığından acentelik sözleşmesine, acentenin ifa yardımcısının zararlarından sorumlu olmayacağına ilişkin bir kayıt konabilmesi mümkündür.

Kendisine bırakılan bölge veya müşteri çevresinde müvekkilin işlerini görme borcu acenteye ait bir borçtur. Bu borcun tamamen nakledilebilmesi için müvekkilin açık rızası gereklidir. Acente müvekkilin işlerini görme konusunda sözleşme ile kendi yerine başkasını geçirmekle yetkilendirilmiş ise yerine geçirdiği kişiyi seçerken ve bu kişiye emir ve talimat verirken kendisinden beklenen özeni yerine getirmiş olmaması sebebiyle sorumlu tutulabilecektir. Buna karşılık acente müvekkilinin onayı olmaksızın müvekkiline ait bir işi başkasına gördürmüştür ise BK md. 391 (YBK md. 507) gereği görevlendirdiği kişinin her türlü fiilinden kendisi yapmış gibi sorumlu olacaktır.<sup>64</sup>

### 2.1.1.2. Müvekkilin Menfaatlerini Koruma Borcu

Acente aracılık yaptığı sözleşmelerde veya bu sözleşmelerin akdedilmesi sırasında müvekkilinin menfaatlerini koruma borcu altındadır. Bu nedenle acente sözleşme yapacağı kişileri özenle seçmek ve bunların ödeme gücünü araştırmakla yükümlüdür.<sup>65</sup> Bunun gibi acente faaliyet gösterdiği konularda piyasada oluşan şartları izlemeli, başkaca sürüm imkânlarını araştırarak değişik müşteri çevresi ile ilişki kurmaya gayret göstermelidir.<sup>66</sup> Acente müvekkilinin itibarını zedeleyici hal ve hareketlerden de kaçınmak durumundadır.

59 İşlem hacmi konusunda acentelik sözleşmesi ile getirilen hükümler özellikle acentenin belirli bir oranı ya da miktarı aşması halinde vaat edilen ek ücrete ilişkin hükümler haksız rekabet hükümleri ile alakalandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz [www.euro-pa.eu.int](http://www.euro-pa.eu.int). *Virgin Atlantic vs. British Airways* Kararı.

60 DERYAL, s. 82.

61 POROY/YASAMAN, s. 226

62 Sözleşme ile genişletilen acentenin borçlarının kapsamı çerçevesinde, acentenin olağanüstü masrafları isteme hakkının daralıp daralmayacağı konusuna ilgili hakkın açıklamasında yer verilecektir.

63 KARAYALÇIN (1957), s. 193.

64 EDGÜ, s. 189.; KAYIHAN, s. 84.

65 ARKAN, s. 193.

66 KAYIHAN, s. 80.

Müvekkilinin menfaatlerini koruma borcu, vekilin özen ve sadakat borcu çerçevesinde somutlaştırılabilir.<sup>67</sup>

Acente müvekkilinin menfaatlerine uygun hareket ederken özenli davranmak durumundadır. Acentenin özen borcu, hizmet sözleşmesinde işçinin özen borcuna ilişkin olarak düzenlenen BK md. 321 kıyaslanarak izah edilmektedir.<sup>68</sup> Bu görüşe göre acente işin ifasını veya gereği gibi ifasını engelleyen davranışlardan sorumlu olacaktır ve bu nedenle acentenin kusurunun derecesi de önemli olmayacaktır. Acentenin göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi de tıpkı işçinin göstermesi gerekli özen derecesi ile açıklanmakta, bu hususta objektif ve sübjektif olmak üzere iki ölçüt esas alınmaktadır. Objektif ölçüt acentelik faaliyeti için gerekli olduğu kabul edilen mesleki bilgi derecesidir. Acente objektif ölçüt çerçevesinde acentelik mesleğinin gerektirdiği bilgileri bildiği veya bilmesi gerektiği oranda özen göstermekle yükümlüdür. Sübjektif ölçüt ise acentenin, müvekkilin acenteye ait mesleki bilgi ve becerilerinin derecesini bildiği ya da bilmesi gerektiği oranda özen göstermesi gerekliliğidir. Sübjektif kritere göre acentenin göstermesi gereken özenin derecesi, yaşlılık ve tecrübesizlik gibi müvekkilinin bildiği veya bilebileceği hususlar dikkate alınarak belirlenecektir. Varılan sonuçların yerindeliği bir yana acentenin özen borcu ve derecesi için, acentenin tacir olması halinde basiretli bir tacir gibi davranması gerekliliği karşısında, acentenin özen borcu belirlenirken sübjektif ölçütün esas alınmaması gerektiği savunulabilecektir.<sup>69</sup>

Acente, yapmış olduğu faaliyetle ilgili gereği gibi özen göstermemesinden dolayı tazminat ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalabilecektir. Bu durum aynı zamanda acentelik sözleşmesinin haklı sebebe dayanarak müvekkil tarafından fes-

hedilmesine de neden olabilecektir.<sup>70</sup> Acentenin gerekli özeni gösterip göstermediği somut olayın özelliklerine göre değişiklik arz edebilecektir. Örneğin deprem veya ani ekonomik kriz nedeniyle acentenin aracılık veya imza ettiği sözleşmelerinin aniden azalması halinde acentenin özen borcunu yerine getirmediğinden bahisle zarar tazmini talep edilemeyeceği gibi acentelik sözleşmesinin feshi de haklı nedene dayandırılmayacaktır.

Acentelik sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme niteliği taşıdığından ilişkinin karşılıklı güvene dayanması sadakat borcunu beraberinde getirir.<sup>71</sup> Açıkça belirtilmiş olmamasına rağmen TTK md. 116 (YTTK md. 124) yollamasıyla sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde nihai olarak Borlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri cari olacaktır. BK md. 392 (YBK md. 506) vekilin müvekkile ait işleri sadakatle yerine getirmesini beklemektedir. TTK'da acentenin sadakat borcuna işaret eden bazı hükümlere yer verilmiştir. TTK md. 124 (YTTK md. 110) ve TTK md. 125 (YTTK md. 111) ile düzenlenen haber verme ve önlem alma borcu acentenin sadakat borcunun içeriğini belirlemektedir. Acentenin sadakat borcu ile ilişkilendirilebilecek diğer bir düzenleme TTK md. 118 (YTTK md. 102)'ye dayandırılan rekabet yapmama borcudur. Acente TTK md. 57/b.8 (YTTK md. 55/c, d) gereği müvekkiline ait mali ve ticari sırları saklama ve bunlardan yararlanmama ile mükelleftir.

### 2.1.2. Haber Verme Borcu

Acente, TTK md. 119/1 gereği aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle alakalı hakkı koruyan her türlü ihtar, ihbar ve protesto çekmeye ve bunları kabul etmeye yetkilidir. Acente, kendisine yapılan ihtar ve ihbarları zaman kaybetmeden müvekkiline haber vermekle yükümlüdür.<sup>72</sup> Nitekim acentenin, TTK md. 124 ve YTTK md. 110/1'de "üçüncü kişilerin kabule yetkili olduğu beyanlarını" zamanında bildirmek zorunda olduğu belirtilmiştir. HGB § 86(2)'de acentenin haber verme borcu daha öz tutulmuş müvekkile gerekli olan, onu ilgilendiren her tür bilgiyi haber verme borcunun kapsamını oluşturmuştur.

67 POROY/YASAMAN, s. 226.

68 KAYIHAN, s. 82.

69 Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, s. 403. Öte yandan tacir sıfatı haiz olmayan acente- müvekkil ilişkisi içinde acentenin güçsüz ve kanun tarafından korunmaya muhtaç olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Her ne kadar bazı hallerde, işletmesi esnaf ölçülerini aşmayan nitelikteki acentenin basiretli bir tacir gibi davranması gereği ortaya çıksa da acentenin özen borcunu sübjektif ölçüte bağlamak hakkaniyete daha uygun düşecektir. Hal böyle iken tacir esnaf ayrımı yapılmaksızın acentelik sözleşmesinden doğan her ilişkiye TTK md. 116 (YTTK md. 102) ve devamı hükümlerinin uygulanacağı kuşkusuzdur.

70 KINACIOĞLU, Naci, **Acente ve Acentelik Sözleşmesi**, Ankara, 1963, s. 42.

71 KAYIHAN, s. 85.

72 ARKAN, s. 193.; KINACIOĞLU, s. 42.

Sözleşme yapan acente, yaptığı sözleşmeler hakkında müvekkiline bilgi vermelidir.<sup>73</sup> Örneğin acente sözleşme yaptığı üçüncü kişiye ait bilgileri, aldıysa teminatın türünü müvekkiline bildirmelidir. Sözleşme yetkisini haiz olmayan acente kendisine ulaşan icapları da müvekkile bildirmelidir. Acente bu bilgileri zamanında müvekkiline bildirmezse doğacak zararlardan sorumlu olacaktır.<sup>74</sup> Bunun gibi aracılık ettiği ya da müvekkili ad ve hesabına yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, müvekkili aleyhine açılmış davaları ve müvekkili namına açtığı davaları vakit geçirmeden müvekkiline bildirmelidir. Aksi halde dava zamanında bildirilmiş olsa idi müvekkil dava sonucundan ne derecede etkilenmeyecek idiyse o derecede sorumlu olacaktır.

Acente, bulunduğu bölgedeki piyasa koşullarını müşterilerin mali durumlarını bunlarda meydana gelebilecek değişiklikleri de müvekkiline bildirmek zorundadır. TTK md. 124/1 ve YTTK md. 110/1'in ilk haline göre acente, bölgesindeki piyasanın durum ve şartlarını, müşterilerin mali durumunu ve bunlardaki değişimi bildirecektir. YTTK tasarısının ikinci ve yasallaşmış metninde ise piyasa ve müşterilerin finansal durumu ve şartları ve bunlardaki değişiklik denerek ince bir ayırım yaratılmıştır.<sup>75</sup>

Acentenin müvekkiline haber verme borcu müvekkilin işlerini görme ve menfaatlerini gözetme borcu ile bağlantılıdır. İşin acele nitelik taşımasından ötürü müvekkilinden haber alma imkânından yoksun olan acente basiretli bir tacir gibi davranarak hareket etmelidir. Müvekkilin açık talimatını beklemeyen, dolayısıyla haber verme borcunu yerine getiremeyen acente en faydalı şartlar dâhilinde hareket etmeye mezu ise basiretli bir tacir gibi kendi görüşüne göre hareket edecektir. En faydalı şartlar dairesinde harekete izin veya yetkili olmayan fakat işin acele oluşu nedeniyle basiretli bir tacir gibi hareket etmiş acentenin buna rağmen olası zararlara ilişkin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı TTK md. 124/2 ve YTTK md. 110/2'de açıkça belirtilmemiştir. TTK md. 116/2 (YTTK md. 102/2)'den çıkışla BK md.

389/1 (YBK md. 505) uygulandığı takdirde basiretli bir tacir gibi hareket etmiş acente, müvekkilin açık talimatını almak mümkün olsa idi hareket ettiği tarzda bir yetki ya da izin alabilecek idiyse bu sorumluluktan kurtulabilecektir. Oysa ticari yaşamın gittikçe artan sürat ve hareket ihtiyacı karşısında BK md. 389/1(YBK md. 505)'e muhatap olacak acentenin gereken hız ve kabiliyete erişmesi mümkün değildir. Bu nedenle işin niteliği gereği yapılması acil işler karşısında müvekkiline haber verme olanağından mahrum acente, en faydalı şartlar çerçevesinde harekete yetkili ise basiretli bir tacir gibi davranmakla sorumluluktan kurtulmuş olacaktır.<sup>76</sup> Bu nedenle müvekkilin talimatlarına uyma konusunda BK md. 389(YBK md. 505)'e göre değil, TTK md. 116/2'ye göre hareket edilmelidir.

### 2.1.3. Önlem Alma Borcu

Acentenin, önlem alma borcu da müvekkilin menfaatlerini gözetme borcu ile yakından alakalıdır. Acente, basiretli bir iş adamı gibi davranarak TTK md. 125'te sayılan önlemleri almak suretiyle müvekkilin çıkarlarını korumak durumundadır.<sup>77</sup> Esasen acente özellikle zararı önleyici tüm işlemleri yapmak ve müvekkilin menfaatlerini ilgilendiren tüm önlemleri almak zorundadır.<sup>78</sup> Bu itibarla, TTK md. 125 ile sevk edilmiş önlem alma borcunun ayrıca düzenlenmesine gerek görülmemektedir.<sup>79</sup> Oysa YTTK md. 111 hem ilk haliyle hem güncel metninde önlem alma borcunu TTK md. 125 lafzını sadeleştirerek korumaktadır.<sup>80</sup>

TTK md. 125 (YTTK md. 111) gereği acente, müvekkili hesabına teslim aldığı eşyanın taşınma sırasında hasara uğradığına dair emareler olursa, müvekkilin taşıyıcıya karşı dava hakkına güvence altına almak için hasarı keşfettirmek ve gerekli diğer tedbirleri almak ve durumu müvekkiline bildirmekle yükümlüdür. Acente yalnızca taşıma sırasında değil aynı zamanda yükleme ya da boşaltma sırasında oluşan ayıpları TTK md. 119'un (YTTK

<sup>73</sup> İMREGÜN, s. 135.

<sup>74</sup> KARAHAN, s. 305.

<sup>75</sup> Bilindiği üzere mali ve finansal durum arasında fark bulunmaktadır. Fakat her iki ifadenin yorumu piyasa ve müşterilerin ödeme güçleri ve bu güçteki değişimler olmalıdır.

<sup>76</sup> KAYIHAN, s. 89.

<sup>77</sup> DERYAL, s. 83.

<sup>78</sup> İMREGÜN, s. 135.

<sup>79</sup> EDGÜ, s. 194.; KINACIOĞLU, s. 44. Yazarlar görüşlerini, acentenin, tacir sıfatı nedeniyle basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiğine dayandırmaktadır.

<sup>80</sup> Tasarının ilk metninde ikinci fıkranın virgülünden sonraki kısmında "acente"nin ikinci metinde "acente"ye çevrilmesi dikkat çekicidir.



md. 105) kendisine verdiği yetkiye istinaden keşif, ihtiyati tedbir, delillerin tespiti vb işlemleri yapmak suretiyle tespit ettirmek, gerekli olan ihtar ve ihbarları yapmak; hatta açılması olası davaları ve bunların delillerini temin ve muhafaza etmek durumundadır.<sup>81</sup> Bu çerçevede, acente aktif-pasif temsil yetkisine sahip olduğuna göre müvekkilinin ileri sürebileceği defî haklarını zamanında kullanmalı, olası uyumsuzluk ihtimalleri karşısında mahkemede ileri sürülmek üzere delil toplamalı hatta bölgesi içindeki müvekkilinin ilişki içinde olduğu üçüncü kişilere ilişkin icra ve iflas takiplerini, konkordato tekliflerini izlemelidir.<sup>82</sup>

TTK md. 125/1 (YTTK md. 111) devamında; acente müvekkili hesabına teslim aldığı eşyayı mümkün olduğu kadar korumakla ve eğer telef olma tehlikesi var ise BK md. 92 (YBK md. 108) çerçevesinde satılmasını sağlamakla yükümlüdür. Müvekkilin nam ve hesabına kendisine gönderilen mallar büsbütün telef olma tehlikesiyle karşı karşıya ise, acente bu malları mahkemeden izin almak şartıyla sattırmakla ve durumu müvekkiline gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde ihmali nedeniyle oluşan zararlardan müvekkile karşı sorumlu olacaktır.

TTK md. 125/2 de ise satılmak üzere müvekkilince acenteye gönderilen malların bozulma ya da değerini yitirme tehlikesi halinde acentenin alması gereken önlemler düzenlenmiştir. Eğer acente, o anda bulunduğu şartlar dâhilinde müvekkiline ulaşma imkânına sahip ise; müvekkilinden "onay" istemeli ve fakat şartlar buna müsait değilse "onay" almaksızın bu malları paraya çevirmelidir. Acente, müvekkilden izin geciktiği takdirde, söz konusu malları satmalıdır; müvekkilinin menfaatleri bunu gerekli kılıyorsa satmak zorundadır.

#### 2.1.4. Ödeme Borcu

TTK md. 126 "Acente müvekkiline ait paranın gönderilmesi veya teslim edilmesi lazım geldiği zaman bunu yapmazsa, o andan itibaren faiz ve gerekirse ayrıca tazminat vermeye mecburdur." hükmü YTTK md. 112 ile sadeleştirilerek korunmuştur.

Buna göre; acente, acentelik sözleşmesi dolayısıyla müvekkile ait paraları örneğin, verilen avans, prim ve taksit bedellerini müvekkiline vermeye

mecburdur. Para sözcüğü geniş yorumlanmalıdır. Para sözcüğünün kapsamına nakit ve her türlü senetler ve özellikle kambiyo senetleri ile acentenin üçüncü şahıslarla akdettiği sözleşmelerin konusu trampa ise, mallar da dâhil olmalıdır.<sup>83</sup> Müvekkil adına tahsil olunmuş paraların müvekkile ne zaman ödenmesi gerektiği konusunda acentelik sözleşmesiyle düzenlenebilir fakat sözleşmede açık bir hüküm yoksa ödeme zamanı ticari örf ve âdete ya da halin icabına göre belirlenecektir.<sup>84</sup> Maddede öngörülen "lazım geldiği zaman" ibaresi kapalı bir ifade olduğu için eleştirilmektedir. Süre bakımından bir uyumsuzluk çıkarsa, bu sürenin uygunluğunu hâkim takdir edecek, acente kusurlu olduğu durumlarda gecikme yüzünden müvekkilinin uğradığı bütün zararlardan da sorumlu olabilecektir.<sup>85</sup>

Acentenin ödeme borcu, vekâlet sözleşmesinden dolayı, vekilin müvekkiline hesap verme borcunun acentelik ilişkisine özgü özel bir şekli olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>86</sup> TTK md. 120 (YTTK md. 112) gereği kabza salahiyetli olduğu parayı, zimmetinde tutarak alıkoyan acente, bunları müvekkiline ödemesi gereken tarihten itibaren temerrüt faizi ödemek ve ayrıca şartları oluşturduğu takdirde müvekkilinin zararlarını da tazmin etmek zorunda kalabilecektir.<sup>87</sup> Acentenin zilyesinde bulunan mallar semere elde edilmeye uygun olup da acente semere elde etmiş ise bunları iade ile mükelleftir. Eğer ihmali nedeniyle semerelendirmiş ise mal ya da para müvekkilinde olsaydı nasıl semerelenecek idiyse o oranda oluşan zararı karşılamak zorunda kalacaktır. Acentenin iade borcuna aykırı davranışı "emniyeti suiistimal suçunu" oluşturabileceğinden ayrıca cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir.<sup>88</sup> Acente TTK md. 132 (YTTK md. 119) gereği hapis hakkını kullanarak elinde bulundurduğu paradan dolayı müvekkil doğal olarak temerrüt faizi veya tazminat talep edemeyecektir.<sup>89</sup>

83 EDGÜ, s. 194.

84 ARKAN, s.195. BAHTİYAR, s. 132.

85 ERİŞ, s. 1318.; KAYIHAN, s. 100.

86 KARAYALÇIN (1957), s. 414.

87 YTD. 14.10.1968 T. 1968/4626 E. ve 1968/5309 K. "Taraflar arasındaki sözleşme acentelik mukavelesidir. ... TTK 126'ncı maddesi hükmüne göre, ...bunu yapmazsa, o andan itibaren faiz ve gerekirse ayrıca tazminat vermeye mecburdur." Ayrıca bkz. YTD 08.12.1972 T., 1972/4490 E., 1972/5260 K., ERİŞ, s. 1319.

88 DOMANIÇ, s. 326.

89 Acentenin kıymetli evrak ibraz süreleri ve/veya vadeleri

81 ERİŞ, Gönen, Kara Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 1317.

82 KAYIHAN, s. 98.

Acentenin üçüncü kişilerden hediye vb. ekonomik değeri olan şeyler alması halinde bunları müvekkile verme veya ödeme borcu olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, acente sadece kişiliği dolayısıyla elde ettiği değerleri saklayabilir.<sup>90</sup> Diğer bir görüşe göre ise, acentenin her ne ad altında olursa olsun almış olduğu şeyleri müvekkiline vermesi zorunludur. Acentenin, acentelik sıfatıyla ya da kendi nam ve hesabına hareket edip etmediği somut olayın özellikleri dikkate alınarak yorumlanması bu hususu da değiştirmez. Acentenin sadakat ve özen borcu da bunu gerekli kılmaktadır.<sup>91</sup> Rüşvet vb. kanuna ve ahlaka aykırı edimlerin müvekkil ile paylaşılması ya da bunların ona devredilmesinin düşünülmesi mümkün olmasa gerektir. Müvekkili temsil eden acentenin rüşvet vb. kanuna ve ahlaka aykırı edimleri müvekkili nam ve hesabına iktisap ettiği fikri temsil ilişkisinin niteliğiyle bağdaştırılamayacaktır.<sup>92</sup> Öte yandan TTK md. 57/b.6 (YTTK md. 55/b(3)) gereği tacirin tüm yardımcılara vazifelerini ihlale sevk etmek suretiyle menfaat sağlanmış ise tacir, haksız rekabet hükümlerine müracaat edebilecektir.

TTK md. 126 (YTTK md. 112) acentenin yalnızca müvekkile ait parayı ödemekle borçlu olduğunu belirtmekte, müvekkile ait belgeleri iade borcuna ilişkin bir hüküm vaaz etmemektedir. Bu durumda BK. md. 392'de (YBK md. 508) yer alan "vekilin vekâlet ilişkisi çerçevesinde almış olduğu şeyleri verme borcu " cari olacaktır. HGB'de bu hususa ilişkin düzenleme nispeten daha açıktır. HGB § 88a(2), § 86a(1)'de acentenin tasarrufuna sunulması gerekli sayılanların; ücret ve masraflardan doğan hapis hakkı olmadıkça sözleşme ilişkisi bitiminde, müvekkile iadesi gerekli görmektedir. HGB § 86a (1)'de müvekkilin, model, çizim, fiyat listesi, basılı reklâm eşyaları, işlem şartlarını içeren belgeleri acentenin tasarrufuna sunma yükümlülüğü bulunmaktadır.

### 2.1.5. Rekabet Etmeme Borcu

Acentenin rekabet etmeme borcu açıkça ve ayrıca TTK'da düzenlenmiş değildir. Doktrinde rekabet

hapis hakkını kullanarak geçirmesi halinde müvekkilin zararını tazmin etmek zorunda kalabilecektir. Bu hususa hapis hakkında ayrıca değinilecektir.

90 KINACIOĞLU, s. 46.

91 EDGÜ, s. 194.

92 ESENER, Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyetle Türkişviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 72.

etmeme borcu genellikle sözleşme süresince değerlendirilmekte<sup>93</sup> sözleşme sona erdikten sonra rekabet yasağı içeren bir sözleşme ile de rekabet etmeme borcunun devam ettirilebileceği dikkate alınmaktadır.<sup>94</sup>

Sözleşme süresince rekabet etmeme borcu TTK md. 118'den hareketle ileri sürülmektedir. TTK md. 118 hükmü, YTTK md. 104'de başlığı değiştirilmek suretiyle korunmuştur. YTTK tasarısının ilk metninde ""tekel" başlığını taşıyan madde, ikinci metninde "tek başına yetkili olma ve tek müvekkile özgüleme" gibi uzun bir ifade ile isimlendirilmiş<sup>95</sup>, "inhisar" başlığı ile yasalaşmıştır. Özde bir değişikliğe gidilmemiştir. Buna göre acente aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça müvekkilinin kendisine tahsis ettiği yer veya bölge içinde müvekkili ile aynı ticaret dalı dâhilinde<sup>96</sup> başka tacirler ad ve hesabına sözleşmeler düzenleyemeyecek veya bu sözleşmelere aracılık edemeyecektir.

Acente acentelik sözleşmesi devamınca müvekkilin ticari ve fikri bazı sırlarına vakıf olmuş olabilir. Bu nedenle müvekkilin acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra; acentenin, gerek müvekkilin kendisi ile rekabet etmemesini gerekse kendi adına yürüttüğü faaliyetlerin benzerlerini başkaları ad ve hesabına yürütmesini engellemede haklı çıkarları olabilir. Bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, acenteye kural olarak tekel hakkı tanımayan OR'de öngörüldüğü gibi, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyaslanarak<sup>97</sup> uygulanması önerilmekte idi. YTTK md. 123 ile müvekkilin bu tür talepleri belirli şartlarla mümkün hale gelmiştir. YTTK md. 123'ün esin kaynağının HGB § 90a hükmü olduğu belirtilmiştir.<sup>98</sup> YTTK md. 123/1'e göre, acentelik sözleşmesi sona erdiğinde acentenin rekabet etmeme borcu ancak yazılı şekil şartına bağlı rekabet yasağı anlaşması ile doğabilecektir. Acentelik sözleşmesi yazılı ya-

93 EREM, s. 261.; İMREGÜN, s. 134.; ARKAN, s. 195.; DERYAL, s. 83.; BAHTIYAR, s. 133.; KARHAN, s. 305.

94 KINACIOĞLU, s. 52.; KARAYALÇIN (1957), s. 415.; KINACIOĞLU/ÖZDEMİR, s. 207.; KAYIHAN, s. 93.

95 Gereğede değişiklik, inhisar veya tekel kavramlarının hâkim durum anlamına gelen "monopol"u ifade etmekle hukuki korumanın amacı olmadığı, kastedilmek istenen korumanın "exclusivity" karşılığı münhasırlık olduğuna dayandırılmıştır.

96 İMREGÜN, s.135.; ARKAN, s. 195.

97 KAYIHAN, s. 94.

98 Gereğede metni için bkz. (www.basbakanlik.gov.tr). Esasen HGB § 90a, 86/653 S. AB Direktifi ile aynı hükümleri içermektedir.

pılmasa dahi, müvekkil anlaşma hükümlerini içeren ve kendisi tarafından imzalanmış bir belgeyi acenteye vermek zorundadır. Anlaşmanın kapsamı acentelik sözleşmesince acenteye bırakılmış bölge veya müşteri çevresi ve acentenin kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabilir. YTTK md. 123/4 gereği acente lehine daraltılabilecek kapsam acente aleyhine genişletilemeyecektir. Kanun metninden yalnızca sözleşmelere aracılık eden acente zikredilmiş olmasına rağmen mehz HGB § 90a sözleşme yapma yetkisi haiz acenteyi ayrıca belirtmiştir.<sup>99</sup> Anlaşmanın süresi iki yılı aşamayacağı gibi müvekkil bu süre zarfında acentenin rekabet etmesi karşılığında acenteye uygun bir tazminat ödeyecektir.<sup>100</sup>

YTTK md. 125/2 müvekkilin, rekabet yasağı anlaşmasının uygulanmasından, yazılı olarak ancak acentelik sözleşmesi sona ermeden önce vazgeçebileceğini belirtmektedir. Fakat müvekkil bu halde dahi yazılı olarak beyanda bulunduğu tarihten itibaren altı ay geçmedikçe tazminat ödeme borcundan kurtulamayacaktır. Bu süre acente lehine uzatılabilecek fakat acente aleyhine kısaltılamayacaktır. Acentelik sözleşmesi sona ermeden hemen önce rekabet yasağı anlaşması ile bağlı kalmak istemediğini bildiren müvekkil en az altı aylık uygun bir tazminat ödemekle mükellef olacaktır.

## 2.2. Acentenin Hakları

Acentelik karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi olduğundan acentenin hakları müvekkilin borçlarına tekabül etmektedir. TTK müvekkilin borçlarını saymak yerine acentenin haklarını düzenlemiştir. Esasen YTTK aynı yöntemi benimsemiş acentenin haklarını kapsamlı olarak ele almış fakat yanı sıra YTTK md. 120 ile müvekkilin borçlarına yer vermiştir. Bu bölümdeki incelemenin sınırını acentenin TTK ile düzenlenen ve YTTK ile yenilenecek genişletilen hakları oluşturmaktadır. Ücret isteme hakkı, acentenin hakları arasında en önemli hakkıdır.<sup>101</sup> Bu nedenle YTTK'da ücret isteme hakkına ilişkin hükümlerde, Avrupa Birliğinde kabul gören düzenlemeler dikkate alın-

mıştır. Ücret hakkı dışında acentenin olağanüstü masraflarını isteme hakkı,<sup>102</sup> acentelik sözleşmesinden doğacak alacaklarının teminatı olarak müvekkiline ait menkul eşya ve kıymetli evrak üzerinde hapis hakkı<sup>103</sup> bulunmaktadır. Ayrıca, TTK md. 118 (YTTK md. 104) gereği acente, kendisine bırakılan bölge dâhilinde, aksi kararlaştırılmamışsa tekel hakkına sahiptir. Son olarak portföy hakkı olarak nitelenen sözleşmenin sona ermesinden sonra hakkaniyet prensibi gereği acentenin müvekkilinden talep edebileceği müşteri tazminatı ya da denkleştirme tazminatı talebi de acentenin hakları arasındadır. Portföy hakkı TTK'da ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş HGB'de ve YTTK'da, bu hakka ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

### 2.2.1. Ücret İsteme Hakkı

Ücret hakkı acentelik sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getiren acenteye, göstermiş olduğu çaba veya gerçekleştirmiş olduğu işin karşılığı olarak verilir. Acentenin zaman içinde gösterdiği performans müvekkilde bir karşılığın birikmesine neden olur. Ücret, acentelik sözleşmesinde acentenin yerine getirdiği sürekli edimlerin karşısında müvekkilin yerine getirmesi gereken edimdir. Acentenin ücret hakkına ilişkin düzenlemelerde acentenin ücrete hak kazanabilmesi için edim fiili (*leistungshandlung*) değil edim sonucu (*leistungserfolg*) esas alınmıştır<sup>104</sup>. Bu nedenle acente ücretinin, komisyonculuk sözleşmesinde olduğu gibi aracılık edilen hukuki işlem başına hesap edilerek veya gerçekleştirilmiş işlerin hacmi ve niteliği dikkate alınarak belirlenebilir veya bu işlemlerden belirli bir yüzde acenteye ücret mukabili tahsis edilebilir olduğu kabul edilmiştir.<sup>105</sup> Böylece her biri bağımsız faaliyette bulunan acente ve müvekkilin çıkarları yakınlaştırılmış olacaktır. Bu özelliği nedeniyle gerek Alman ve İsviçre Hukukları'nda gerekse Türk Hukuku'nda ücret hakkı provizyon

99 "...Vermittlung oder den Abschluß von Geschäften..."

100 HGB § 90a'da da uygun bir tazminat ifadesi için "eine angemessene Entschädigung" kullanılmıştır.

101 BAHTİYAR, s. 133.

102 TTK md. 127, YTTK md. 117. TTK md. 127/2'de düzenlenen avans hakkında faiz isteme hakkı YTTK'da ifade bozukluğu giderilerek ve ayrı bir madde (YTTK md. 128) tahsis edilerek düzenlenmiştir.

103 TTK md. 132, YTTK md. 119.

104 Oysa vekâlet ve hizmet gibi iş görme sözleşmelerinde borcun yerine getirilmesi için genel kural edim fiilinin yerine getirilmesidir, edim sonucu önem taşımamaktadır. EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Beta, İstanbul, 1994, s. 115.

105 KAYIHAN, s. 108.

şeklinde ifade edilmektedir.<sup>106</sup> Buna karşılık Anglosakson Hukuku'nda, komisyon tanınmakla birlikte acentenin ücret hakkı "*remuneration*"<sup>107</sup> adı altında değerlendirilmektedir. TTK'da, HGB 1. Kısımın 7. Kısımında yer alan tahsil provizyonu<sup>108</sup>, ve tekeffül provizyonu<sup>109</sup> olarak nitelenen iki provizyon hakkına yer verilmemiş iken YTTK md. 113/4 ile "tahsil komisyonu" ifadesiyle tahsil komisyonu acentelik hükümleri arasındaki yerini almıştır.

Acentenin ücrete hak kazanabilmesi için öncelikle aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşme, müvekkilin hesabında bir sonuç doğurmalıdır. Bu husus TTK md. 129 ve YTTK md. 114'te "ücrete hak kazanma zamanı" olarak düzenlenmiştir. İkinci olarak müvekkilin hesabında sonuç doğuran sözleşme TTK md. 128'e (YTTK md. 113) göre acenteye ücret isteme hakkı tanır nitelikte olmalıdır.

<sup>106</sup> (<http://dejure.org/gesetze/HGB/1.html>), ([http://www.gesetze.ch/sr/220/220\\_038.htm](http://www.gesetze.ch/sr/220/220_038.htm)). Son erişim tarihi: 10.09.2011. Bundan böyle provizyon ve ücret birbirini karşılar nitelikte kullanılacaktır.

<sup>107</sup> 86/653 sayılı Direktifin III. Kısmı, "renumeration" ücret başlığını taşımakta olup ücret isteme hakkı md. 6 ile md. 12 arasında ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Fakat md. 7'den itibaren komisyondan bahsedilmiştir. Bu haliyle gerek AB Direktifi gerekse Direktif kaynak alınarak 1994'de İngiltere'de yürürlüğe giren 07.12.1993 T. ve 3053 S. Acentelere Hakkında Yönetmelik komisyondan farklı olarak ücreti ayrıca ve açıkça düzenleyerek tanımıştır. Anılan düzenlemelerde komisyon, acenteyi ücretlendirme yollarından biri olarak kabul edilmiştir. Acentenin aracılık ettiği sözleşmeler kurulmasa, müvekkili ad ve hesabına akdettiği sözleşmeler müvekkilin ticarî alanında sonuç doğurmasa dahi, yalnızca acentelik faaliyeti ile gösterilen emeğin karşılığında maktu bir ücret kararlaştırılabilir. Bu halde dahi acentenin, mesai saatleri ve iş koşullarını düzenlemekte serbest olması kaydıyla, bağımsızlık unsurunun zeval görmeyeceği kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz. ARKAN, s. 196.; KINACIOĞLU, s. 58. Sözleşme ile maktu bir ücret üzerinde anlaşılmalı olsa dahi aksi açıkça kararlaştırılmadıkça ya da taraf iradelerinin yorumundan anlaşılmadıkça acente provizyon hakkına sahip olacaktır. O halde acentelik sözleşmesinin tarafları ücret hakkını ve kapsamını belirlerken yalnızca edim fiilini, yalnızca edim sonucunu ya da bunların her ikisini birlikte esas kabul edebilir. Provizyon hakkına ilişkin hükümler, tarafların sözleşme ile ücret hakkını yalnızca edim fiiline dayandırdığı ve edim sonucunun ücret artışına veya azalışına sebep olmayacağını belirlediği halde uygulanmaz. Bu hal dışında acentenin provizyon hakkı ayrıca kararlaştırılmamış ise TTK/YTTK hükümlerince tespit olunur.

<sup>108</sup> OR md. 418/L. HGB § 87(4)Tahsil komisyonu "Inkassoprovision".

<sup>109</sup> "Delkredereprovision", genellikle "tekeffül provizyonu" şeklinde ifade edilmektedir. TTK'da düzenlenmemiş olan bu husus "Komisyoncunun kefaleti" başlığını taşıyan BK md. 421'de düzenlenmiştir. TTK md. 116 ve YTTK md. 102 gereği hüküm sözleşme acenteler için caridir. ARKAN, komisyoncuyla ilgili kısımda bu provizyon türüne "dükrüar ücreti" demektedir. BK 421/2 de kefil olan ibaresine rağmen; kefalet, garanti veya BK md. 110 anlamında 3. kişinin ifasını taahhüt olup olmadığı konusu tartışmalıdır.

### 2.2.1.1. Ücret Hakkının Kaynağı

TTK md. 128/1, acentenin, iki halde ücret talep etme hakkını haiz bulunduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki fiilen aracılıktaki bulunulan veya akdedilen sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler kural olarak acentelik ilişkisi devamınca kurulmuş olmalıdırlar.<sup>110</sup> İkincisi ise acentenin tekel hakkından kaynaklanan kendisine tanınan bölge içindeki şahıslarla müvekkilin yapmış olduğu sözleşmelerdir. Burada müvekkilin yapmış olduğu sözleşmenin acentenin acentelik faaliyetlerine dayanması gerekmektedir. Bu nedenle ikinci husus tekel hakkı ile birlikte değerlendirilecektir. YTTK md. 113 iki ücret sebebi daha belirlemiştir. İlk sebep, acentenin kural olarak acentelik sözleşmesi süresince kurulan işlemlerden dolayı ücret isteyebileceğine ilişkin düzenlemenin istisnasını oluşturur. Buna göre acente, acentelik ilişkisi sona erdikten sonra müvekkil ile acentenin çabası sonucunda akdedilen sözleşmelere ilişkin ücret hakkıdır. İkinci ise acentenin müvekkilin talimatına uygun olarak tahsil ettiği para sebebiyle ücrete hak kazanmasıdır.

#### 2.2.1.1.1. Acentelik Faaliyetlerine Dayanan Sözleşmeler Nedeniyle

Kanun koyucu, acentenin ücret talep edebilmesini, müvekkilin akdettiği sözleşmede aracılık faaliyetine ya da müvekkil nam ve hesabına akdedilen sözleşmenin müvekkil hesabında yarattığı olumlu netice dayandırmaktadır. Bu sebeple müvekkilin akdettiği sözleşme veya acentenin akdettiği sözleşmenin müvekkil hesabındaki olumlu neticesi ile acentenin faaliyeti arasında bir neden sonuç ilişkisi olmalıdır.<sup>111</sup> Esasen bu husus, aracı acenteler bakımından bir anlam taşımaktadır. Sözleşme yapma yetkisi haiz acentenin müvekkili nam ve hesabına akdettiği sözleşmeden dolayı ücret talep edebilmesinde tereddüt yoktur. Müvekkilin hesabında sonuç doğuran sözleşme ile acentenin müvekkili namına yaptığı sözleşme aynı sözleşme olduğundan bir nedensellik bağının olup olmadığını tartışmak anlamsız olacaktır. Aracı acenteler içinse aracılık faaliyetlerinin, müvekkilin akdettiği sözleşmeye neden olup olmadığı konusu uyumsuzluğa neden olabilecektir. Müvekkil üçüncü kişi ile akdettiği sözleşmenin acentenin aracılık faaliyetlerine dayanmadığını, kendisinin sözleşmeyi

<sup>110</sup> DERYAL, s. 81.

<sup>111</sup> KINACI, 946.

başka nedenlerle yaptığını belirterek acentenin ücretini ödemekten imtina edebilecek midir? TTK md. 128/1 ve YTTK md. 113/1 karşısında, acentenin aracılığına rağmen acenteye veya müvekkil ile kurulamamış sözleşmeler, sonradan bir şekilde müvekkil ile doğrudan gerçekleşmiş ise müvekkil ancak sözleşmenin kurulmasında acentenin faaliyetlerinin etkili olmadığını ispatlayarak acentenin ücret taleplerini geri çevirebilecektir.

TTK'da nedensellik ilkesi yer almamasına rağmen acentelik sözleşmesinin niteliği gereği nedensellik ilkesiyle uyum içerisindedir.<sup>112</sup> Aynı anlayış YTTK'da genişletilerek sürdürülmektedir. Acentenin faaliyetleri dışında, müvekkili sözleşme yapmaya iten diğer sebeplerin acentenin ücrete hak kazanmasında dikkate alınmamalıdır. Acente sözleşmenin kurulması yönünde az ya da çok çaba göstermiş olmakla ücrete hak kazanacaktır. Salt aracılık faaliyetini icra eden bir acentenin müşteri için aracılık denemesinde bulunduğu hallerde müşteri doğrudan müvekkil ile sözleşme yapma yoluna gitse bile acente ücreti talebe haklı olacaktır.

Acentenin aracılıkta bulunduğu ya da akdettiği işlemlere benzer nitelikteki, müvekkilin üçüncü kişilerle doğrudan yaptığı işlemler için, ücret talep edip edemeyeceği konusu TTK'da açıkça belirtilmiş değildir. Gerek Alman gerekse İsviçre Hukuklarında acenteye fiilen aracılıkta bulunduğu ya da müvekkil namına akdettiği sözleşmelere benzer nitelikteki, müvekkilin diğer işlemleri için de ücret talep edilebileceği açıkça belirtilmiştir.<sup>113</sup> YTTK md. 113/1, bu hususa açıklık getirmektedir. Buna göre, acente acentelik sözleşmesi süresince kendi çabasıyla müvekkilin kurduğu işlemlerin yanı sıra, aynı nitelikteki işlemler için kazandırmış olduğu kişilerle müvekkilin kurduğu işlemler için de ücret talep edebilecektir. Bu halde acente aracılık yapmamış ya da sözleşmenin kurulmasında faaliyet göstermemiştir; fakat acente işlemin

yapıldığı üçüncü kişiyi müvekkilin müşteri olarak kazanmasında etkili olmuştur.<sup>114</sup> Fikranın devamında acentenin üçüncü kişinin müşteri olarak kazandırılmasında önceki acenteler ile birlikte etkili olduğu durumlarda önceki acenteye ait olduğu ölçüde ücreti talep hakkının doğmayacağı belirtilmektedir. Burada hem bir işlemten dolayı ayrı iki acente için çifte ücretlendirmenin yapılamayacağı hem de üçüncü kişinin müvekkile müşteri olarak kazandırılmasında birden fazla acentenin çabaları oranında ücrete hak kazanacakları sonucu çıkmaktadır.

Üçüncü kişinin müşteri olarak kazandırılmasında birden fazla acenteden hangisinin etkili olduğu konusu gibi acentenin tekel hakkının sözleşme ile kaldırıldığı hallerde birden fazla acentenin faaliyetleri arasından hangisinin faaliyeti ile nedensellik ilişkisi kurulabileceği de güçlük teşkil edebilir. Bu durumda çabası ile sözleşmenin imzalanmasında etkin rol oynayan acente ücret isteme hakkına sahip olacaktır. Bunun gibi biri önce, diğeri sonra atanan iki acentenin faaliyetlerinden hangisinin aracılık edilen ya da akdedilen sözleşmede etkin olduğunu belirlemek de acentenin ücret isteme hakkı ile bağlantılıdır. Sözleşme süresince acentenin yapmış olduğu işlemler için ücret talep edebilmesinde bir ispat sorunu olmamasına rağmen acentenin sözleşme süresi içinde müvekkilin benzer nitelikteki işlemlerin gerçekleştirilmesinde etkili olup olmadığının ispatının kime yükletileceği belirli değildir. Aynı sorun biri önce diğeri sonra atanan iki acenteden, öncekinin ücret talep etmesi halinde de ortaya çıkacaktır. Fakat her halde acenteye verilmesi gereken ücret normal faaliyeti karşılığı kendisine verilen ücretten daha az olacaktır. Zira acente aracılıkta bulunduğu veya akdettiği sözleşmede harcadığı çabadan farklı bir gayret sonucu ücrete müstahak olmuştur.<sup>115</sup>

### 2.2.1.1.2. Acentenin Tekel Hakkı Nedeniyle

Acentenin tekel hakkı, TTK md. 118'de düzenlenmiştir. YTTK md. 104 ile korunmuştur. Buna göre aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, müvekkil aynı yer veya bölgede aynı ticaret dalıyla ilgili birden fazla acente atayamayacağı gibi acente de birden

112 KAYIHAN, s. 110.

113 HGB § 87(1): "Acentenin, sözleşme ilişkisinin devamında kendi faaliyetinden doğan, kendisinin aynı türden işler için müşteri olarak kazandırdığı üçüncü kişilerle yapılan bütün işler için ücret talep hakkı vardır.", OR 418 G.: "Acentenin, acentelik ilişkisi esnasında aracılık ettiği ya da akdettiği tüm işlemler için provizyon talep etme hakkı vardır. Aynı şekilde karşılıklı yazılı bir anlaşmanın yokluğu halinde, acentelik ilişkisi esnasında kendi katkısı bulunmaksızın müvekkil tarafından akdedilen böylesi işlemler için müşteri olarak bulunduğu takdirde yine provizyon talep etme hakkını haizdir."

114 YTTK md. 113, 1. fıkraya gerekçesi, www.basbakanlik.gov.tr. Bu madde HGB § 87 lafzı tercih edilerek düzenlenmiştir.

115 KAYIHAN, s. 112.

fazla müvekkil için aynı veya benzer ticaret dallarına ilişkin olarak acentelik yapamayacaktır.<sup>116</sup> Acentenin tekel hakkının ortadan kaldırılması ancak yazılı olarak kararlaştırılmasına bağlıdır. Aynı şekilde müvekkil, yazılı olarak kararlaştırılmış ise bir bölge veya yerde birden fazla acente atayabilecektir. Acentenin aksini yazılı olarak kararlaştırması kanunun kendisine tanıdığı bu haktan feragat ettiği anlamına gelmektedir.<sup>117</sup>

TTK md. 128, acentenin fiilen aracılıkta bulunduğu veya akdettiği muamelelerde aracılıkta bulunmamakla beraber bölgesi içindeki şahıslarla müvekkili arasında doğrudan doğruya yapılan ve tekel dalı içine giren muamelelerden dolayı ücret isteme hakkını haiz olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm çerçevesinde müvekkil acenteye tahsis edilmiş bölge dışında bir hukuki işlem yapmışsa acentenin bölgesi dışındaki bu işlemlerden ötürü ücret talep etme hakkı bulunmayacaktır. Hüküm YTTK md. 131/2 'de aynı anlamıyla benimsenmiştir.

Acentenin tekel bölgesi içinde kalan tüm kişilerin müvekkil ile işlem yapması halinde acentenin çabası olmaksızın bir ücrete hak kazanıp kazanmayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre acentenin TTK md. 128 gereğince bölge acentesi sıfatıyla ücrete hak kazanabilmesi müvekkilin yaptığı sözleşmenin karşı akdinin ikametgâhı acenteye tanınan tekel bölgesinde olması gerekmektedir. Tesadüfen acentenin tekel bölgesi dâhilinde bulunan üçüncü bir şahsın müvekkil ile sözleşme yapması halinde acente ücrete hak kazanamayacaktır.<sup>118</sup> Bir diğer görüşe göre ise üçüncü şahısların acentenin tekel bölgesinde ikametgâha sahip olmaları gerektiği sonucu TTK md. 128 lafzından çıkartılamayacaktır. Madde lafzı üçüncü şahısların fiili olarak o bölgede olmalarını ifade eder. Kaldı ki tekel hakkı TTK md. 128 hükümünün ikamet kaydıyla takyit edilmesine mani olmaktadır.<sup>119</sup> Esasen acentenin tekel hakkından kaynaklanan ücreti talep etme hakkı, YTTK md.

<sup>116</sup> TTK md. 118 birbiriyle rekabet eden ifadesini kullandığından acentenin, başka müvekkiller edinebilme şansını acente aleyhine daraltılmış olduğu ileri sürülebilecektir. Fakat maddenin POROY/YAASAMAN'ın da eleştirdiği üzere aynı alanda faaliyet gösterilmesi ölçütünü karşılar şekilde yorumlanmıştır. Nitekim YTTK ile eleştirilere cevap verilmiş ve ifade bozukluğu giderilmiştir.

<sup>117</sup> KARAHAN, s. 300.

<sup>118</sup> ARKAN, s. 197 dipnot 1.; KINACIOĞLU, s. 60.

<sup>119</sup> FRANKO, Nisim, "Acentanın Ücret Hakkı", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 165.

113/2 gerekçesinde de açıklandığı üzere, işlemin acenteye tanınan yer veya bölgede acentenin faaliyetleri neticesinde yapılmış olduğu ön kabulü değildir. Burada üçüncü kişinin doğrudan müvekkil ile ilişki kurması acentenin neden olduğu bir sebepten değil üçüncü kişinin tercihinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle nesnel adalet duygusunun tatmini amaçlı bu hüküm bir ikametgâh şartına bağlandığı düşünülmemelidir.

Özetle, müvekkil, acenteyi dışlayarak acentenin tekeline terk ettiği bölge dâhilinde üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemlerden ötürü, acenteye bir ücret ödemekle yükümlü olacaktır. Fakat bu ücret acentenin bizzat yapmış olduğu faaliyetler neticesinde kendisine ödenen ücretten daha düşük olması hakkaniyet gereğidir.<sup>120</sup> Çünkü acente bizzat yapmış olduğu faaliyetlerde olağan masraflarıyla kıyaslanamayacak ölçüde daha az bir maliyetle ücrete hak kazanmış olacaktır. Bu durumda acente bizzat sözleşmeyi yapmış olsa idi, hangi tür olağan masrafları karşılamak zorunda kalacak idiyse, o masraflar acentenin mutat ücretinden tenkis edilerek bir ücret belirlenmesi hakkaniyete uygun düşebilecektir.

Müvekkil acentenin tekel bölgesinde üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemleri vakit geçirmeksizin acenteye bildirmek yükümlülüğü bulunmaktadır. TTK md. 128/2 gereği bu yükümlülüğü yerine getirmeyen müvekkile karşı acente talebe haklı olduğu ücretten başka zarar vukuu bulmuş ise, bu zararı tazmin ettirme hakkına da sahiptir.<sup>121</sup> Fakat bu durumda acente, ücret tutarını aşan bir zarara uğradığını ispatlamakla mükelleftir.<sup>122</sup>

### 2.2.1.1.3. YTTK md. 113/3 Nedeniyle

Acentenin ücret hakkı kural olarak sözleşme sırasında mevcuttur. Fakat bazı hallerde acentenin sözleşme süresi sona ermesi veya sözleşmenin feshedilmesinden sonraki işlemler için de ücret isteme hakkı bulunabilecektir. YTTK md. 113/3'e göre; acente işlemin kendi çabasına bağlanabileceği ölçüde, acentelik ilişkisi sona erdikten makul bir süre sonra müvekkilin o kişilerle kurduğu işlemlerden ötürü ücret talep edebilecektir. Bunun gibi, gerek tekel hakkı nedeniyle gerekse kendi çabasına isnat edilebilecek sözleşmelerden kaynak-

<sup>120</sup> KAYIHAN, s. 114.

<sup>121</sup> Ibid., s. 115.

<sup>122</sup> ARKAN, s. 197.

lanan ücret hakkı nedeniyle, üçüncü kişinin icabı acentelik sözleşmesinin sona ermesinden önce acenteye veya müvekkile ulaşılmış ise ücret isteme hakkı doğacaktır.

### 2.2.1.2. Ücret Hakkının Doğumu

TTK md. 129 acentenin ücrete hak kazanma zamanını belirlemektedir. Buna göre: "acente, sözleşmenin yapıldığı tarihte sözleşmeye konu bir malın satın alınması, imal edilmesi veya satılması ise, müvekkilin malı veya bedeli yahut onun yerine diğer bir karşılığı aldığı tarihte ücrete hak kazanır. Bu hallerde müvekkile isnat edilebilecek bir sebepten dolayı sözleşme yerine getirilmemiş olsa bile acente ücretin ödenmesini isteyebilir." YTTK md. 114 ise HGB § 87a hükmünden esinlenerek düzenlenmiştir. Hem TTK md. 129, hem de YTTK md. 114 ücreti talep hakkının müvekkilin bir borcu olabilmesi için üçüncü kişi ile yapılmış olan sözleşmenin ifa edilmiş olmasını esas almıştır. Fakat duruma göre bir tarafın ifayı yerine getirmesi de yeterli olabilecektir. Fakat hiçbir halde üçüncü kişi ifade bulunmadan acente ücrete hak kazanamayacaktır.

Acentenin ücrete hak kazanabilmesi için, müvekkil ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşmenin ekonomik açıdan müvekkil lehine sonuç vermesinin gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre acentenin ücret talep etme hakkı kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda doğar, fakat bu ilke mutlak değildir.<sup>123</sup> Bir diğer görüşe göre ise ücret talep etme hakkı aracılıkta bulunan ya da akdedilen sözleşmeler müvekkilin ekonomi alanında sonuç sağlaması halinde bulunmaktadır. Üçüncü kişi müvekkile olan ifa borcunu yerine getirmelidir ki acente ücrete hak kazanabilsin.<sup>124</sup> Esasen provizyon bir sonuç çıkarma ücreti değil fakat bir edim ücretidir. TTK md. 129/1'de gösterilen örnekler tahdit edici değil, tadat edicidir. Bu itibarla mal alım-satımı dışındaki sözleşmeler için de üçüncü kişinin edimini ifa etmesi acentenin ücrete hak kazanabilmesi için esastır.<sup>125</sup>

HGB §87a. (2)'de de acentenin ücrete hak kazanabilmesi üçüncü kişinin edimini ifa etmesine bağlıdır. Fakat HGB §87a.(1)'de kural olarak

müvekkilin sözleşmeyi yerine getirmesinin de gerektiği fakat tarafların aksini yazılı bir sözleşme ile kararlaştırabileceklerini düzenlemektedir. Buna göre, acentenin ücrete hak kazanabilmesi, müvekkilin sözleşmeyi yerine getirmemesi halinde dahi yazılı sözleşme ile öngörülmüşse mümkün olabilecektir. HGB §87a.(3)'de ise müvekkilin edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklanan nedenlerden ötürü sözleşmenin sonuç doğurmaması halinde dahi acente ücret hakkına sahip olacaktır. Müvekkil ücret ödeme borcundan ancak edimini ifa edememesini kendisine isnat edilemeyecek bir sebebe dayandırarak ispatlaması halinde kurtulabilecektir.

Sözleşme kısım kısım yerine getirilecek ise acente sözleşme yerine getirildiği ya da getirilmesi gerektiği oranda ücrete hak kazanacaktır. Bu husus TTK md. 129/2'de açıkça belirtilmiştir. Üçüncü kişiyle yapılan sözleşmede kısım kısım ifa kararlaştırılmamış olmakla birlikte müvekkilin ifanın kısımlar halinde yapılmasını kabul etmesi durumunda acentenin ücret hakkına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Burada acentenin tacir ad ve hesabına yapmış olduğu sözleşmede öngörülmemiş olmasına rağmen müvekkilin inisiyatifıyla ifanın kısım kısım yapılması kabul edilmekte, acentenin öngördüğü türden bir sonuç acenteye yükletilemeyecek bir sebepten ötürü müvekkilin ekonomi alanında oluşmamaktadır. Genel kural esas alındığında acentenin ifanın gerçekleştiği oranda bir ücrete hakkı bulacaktır. Oysa bu durumda acentenin ifa tamamıyla gerçekleştirilmiş olsaydı duçar olmayacağı zararların tazmin edilmesi gerekebilecek fakat hiçbir zaman tazminat acente ifa tamamıyla gerçekleşmiş olsa idi hak kazanacağı ücretten elde ettiği ücretin farkından daha fazla olamayacaktır. Bu görüşün zayıf noktası müvekkilin kısım kısım ifayı kabul etmemesi halinde kendisine yükletilemeyen bir sebepten dolayı sözleşme sonuç doğurmayacağından acentenin ücrete hak kazanamayacağı kabulüdür. Esasen müvekkil kısım kısım ifayı kabul etmemekle acenteye ücrete ödeme borcundan kurtulma imkânına sahip<sup>126</sup> iken kabul ettiği takdirde acenteye anılan türden bir hakkın tanınması sistematik olarak tartışmaya açık kalacaktır.

123 KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku Derstleri, Ticari İşletme**, Ankara, 1968, s. 525. ; FRANKO, s. 166.

124 DOMANİÇ, s. 329.; EDGÜ, s. 197.; ARKAN, s. 196.

125 KAYIHAN, s. 117.

126 ARKAN, s. 198.

### 2.2.1.3. Ücretin Miktarı

TTK md. 130 ücretin nasıl belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre: "Sözleşmede hüküm bulunmadıkça ücretin miktarı acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle, teamül yok ise halin icabına göre mahkemece tayin olunur." Acentelik sözleşmesinde ücretin miktarı müvekkil ile acente arasında serbestçe belirlenebilecektir. Uygulamada acentenin ücreti genellikle yapılan işin değerine göre belirli bir yüzde olarak tespit edilmektedir, acentenin ücreti ifa değeri baz alınarak hesaplanmaktadır.

Bazen komisyon ile birlikte acenteye uğraşına karşılık ücret olarak bir aylık da verilebileceği kararlaştırılabilir. Ancak yalnızca aylık ücret öngörülmüş ise acentelikten söz edilemeyeceği ifade edilmektedir.<sup>127</sup> Bu görüşe göre sadece bir aylığın tespit edilmesi acentenin en önemli unsuru olan müvekkilden bağımsız olma unsuruna gölge düşürecektir.

HGB §87b ücretin miktarını düzenlemektedir. Buna göre: Ücret miktarı sözleşme ile belirlenmediyse, mutad olarak ödenmesi kabul edilebilecek ücret kararlaştırılmış olarak görülmelidir. YTTK md. 115 ise özde bir değişiklik getirmemekte, ücretin sözleşme ile belirleneceği, sözleşme ile belirlenmemiş ise acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle göre belirleneceğini öngörmektedir.<sup>128</sup> Ola ki, ticari teamüle dahi rastlanmasın YTTK md. 115 gereği asliye ticaret mahkemesi halin icabına göre bir ücret belirleyecektir.<sup>129</sup>

### 2.2.1.4. Ücretin Ödeme Zamanı ve Yeri, Ücreti Kontrol Hakkı

Ücretin ödeme zamanı TTK md. 131/2'de her üç ayda bir defa ve her halde takvim yılının sonunda veya acentelik sözleşmesi sona erdiği zaman olarak belirtilmiştir. Bu hüküm tamamlayıcı bir hüküm olarak kabul edilmekte ücretin ödeme zamanına ilişkin bir sözleşme hükmünün kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.<sup>130</sup> TTK md. 131/2 ücretin belirlenebileceği zaman aralığının asgari sınırlarını belirlemekte taraflara bu sınırları aşmamak kaydıyla diledikleri gibi zaman aralığı

belirleme yetkisi vermektedir. Buna göre: acente ve müvekkil üç aydan daha kısa sürelerle ücretin hesaplanmasını kararlaştırabilecekler fakat her halde takvim yılı sonu veya acentelik sözleşmesinin sona erdiği tarihte kararlaştırılan aralık hitam olunmamışsa bile ücret hesaplanacaktır.

Ücretin ödeme yeri ile ilgili TTK'da açık hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda TTK md. 116/2 gereği bir çözüme ulaşmak da mümkün değildir. O halde BK. md. 73/b1'e (YBK md. 89) göre para borçlarının ifa yeri kural olarak alacaklının ifa zamanındaki ikametgâhi kuralından yola çıkarak bir sonuç elde edilebilecektir. Acentenin hak kazandığı ücret para borcu niteliği taşıdığından taraflar aksini kararlaştırmadıkça müvekkil ücreti acentenin ikametgâhında ifa etmelidir.<sup>131</sup>

Acentenin hesaplanan ücreti kontrol hakkı TTK md. 130/1 gereği müvekkilin acenteye ait ücretin hesabında dikkate alınan defter kayıtlarının bir suretini acenteye vermeğe mecbur olmasından kaynaklanmaktadır. YTTK md. 116'da ise HGB § 87c/2-3-4 benzeri bir düzenlemeye yer verilmiştir. YTTK'da acentenin, ücretin hesaplanmasına dair tüm hususlar hakkında bilgi istemeye hakkı olduğu, müvekkilin talep karşısında bundan kaçınamayacağı düzenlenmiştir. Ücretin hesaplanmasına esas defter kayıtlarını da acente bu çerçevede isteyebilecektir. Müvekkil, acentenin bu taleplerini karşılamadığı takdirde veya defterlerin doğruluğuna dair kuşku duyulmasını haklı gösteren nedenler bulunduğu takdirde acente gerek bizzat gerekse bir uzman aracılığıyla ticari defter ve belgelerin ilgili kısımlarını incelemeyi talep edebilecektir. YTTK'nın ikinci ve son haline, müvekkilin buna rağmen izin vermemesi durumunda, halin mahkeme tarafından en uygun şekilde karara bağlanacağı hükmü eklenmiştir.

### 2.2.2. Olağanüstü Giderleri ve Faiz İsteme Hakkı

Acente, telefon, posta, mutad seyahat ve noter gibi iş gerektirdiği masrafları kendisi üstlenecektir.<sup>132</sup> Bunun gibi varsa acentelik işletmesinin tüm giderlerini de kendisi karşılayacaktır. Acentenin işi gereği veya işletmesi gereği harcadığı masraflar olağan masraflardır. Ancak acente, acentelik faaliyetlerini yürütmek üzere yaptığı olağanüstü

<sup>127</sup> İMREGÜN, s. 134.

<sup>128</sup> Y. 11.HD. 22.09.2000 T., 2000/5857 E., 2000/6965 K., metin için bkz. ERİŞ, s. 1324.

<sup>129</sup> Bu husus Tasarının ikinci metniyle maddeye eklenmiştir.

<sup>130</sup> ARKAN, s. 198.; FRANKO, s. 169.; DOMANIÇ, s. 330.

<sup>131</sup> KAYIHAN, s. 126.

<sup>132</sup> POROY/YASAMAN, s. 227.



masrafları müvekkilinden talep edebilecektir.<sup>133</sup> Olağanüstü masraf, müvekkilin talimatıyla ya da acentenin vekâletsiz iş gören sıfatıyla müvekkilinin çıkarlarının gerektirdiği işler için harcanan masraflardır.<sup>134</sup> Olağan ve olağanüstü masraflar her hadise için farklılık gösterebilecektir.<sup>135</sup> Bu nedenle acentelik sözleşmesinin içeriği, acentenin üstelendiği yükümlüklerin kapsamı olağan ve olağanüstü masrafların ayırımında dikkate alınabilir. Örneğin, acentelik sözleşmesi ile acente gümrük ve nakliye masraflarını da üstlenmiş ise bunlar için olağanüstü masrafları isteme hakkından ziyade bir ücret hakkının doğmuş olduğunu kabul etmek daha uygun olabilecektir.

Olağanüstü giderlerin karşılanmasını talep hakkı, faiz isteme hakkı ile birlikte TTK md. 127'de düzenlenmiş iken, bu haklara YTTK'da md. 117 ve md. 118 ile iki ayrı maddede yer verilmiştir. Buna göre acente yükümlüklerini yerine getirebilmek için yaptığı masraflardan ancak olağanüstü masrafları talep edebilecek ve bu masraflar ya da avans hakkında YTTK md. 20 hükümleri çerçevesinde faiz isteyebilecektir.<sup>136</sup> Hangi masrafların olağan hangi masrafların olağanüstü sayılacağı sözleşmenin kapsamına, tarafların iradelerine, vaziyetin hal ve şartlarına göre değerlendirilecektir. HGB olağanüstü masrafları talep hakkı çerçevesinde daha basit bir ayırıma işaret etmiştir. HGB § 87d ile acentenin giderleri olağan ve olağanüstü olarak ayrılmamış, acentenin yapmış olduğu masraflardan ancak ticari teamül gerektiriyorsa müvekkilden istenebileceği hükme bağlanmıştır. HGB'ye göre hangi masrafların olağanüstü masraf olarak kabul edilip talebe konu olacağı ticari teamül esas alınarak değerlendirilecektir. TTK ve YTTK ticari teamülün, taraf iradelerinin yorumunda dikkate alınacağını belirttiğine göre acentelik sözleşmesi ile iradelerini beyan eden tarafların hangi türden masrafları olağanüstü masraf olarak kabul edecekleri tespit edilebilir.

133 ÖZDEMİR/KINACIOĞLU, s. 208.

134 ARKAN, s. 200.

135 KARAYALÇIN (1968), s. 419.

136 **Madde 20 - (1)** Tacir olan veya olmayan bir kişiye, ticarî işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir. Ayrıca, tacir verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır.

### 2.2.3. Hapis Hakkı

Acentenin, acentelik sözleşmesinden doğan ücret olağanüstü gider faiz gibi tüm alacakları kendisine ödeninceye kadar acentelik nedeniyle zilyetliğinde bulunan müvekkiline ait menkul eşya ve kıymetli evrak üzerinde hapis hakkına sahip olduğu TTK md. 132/1'de (YTTK md. 119) belirtilmiştir. Acentenin müvekkiline ait menkul eşya ya da kıymetli evrak üzerinde dolayısıyla zilyet olması hapis hakkının kullanılabilmesi için yeterli görülmektedir.<sup>137</sup> Hapis hakkı kural olarak muaccel alacaklar için kullanılabilir ancak müvekkil aciz halinde ise, acente muaccel alacakları içinde hapis hakkını kullanabilecektir. Acente müvekkile ait malların satışından elde ettiği bedeli de alacakları ödeninceye kadar müvekkiline iade etmekten kaçınabilir. Acente ve müvekkil arasındaki rabita acentenin, acentelik sözleşmesinden beri, bir ilişkidenden ötürü acentenin zilyetliğinde bulunan menkul eşya veya kıymetli evrak içinde tabii bağlantı karinesi gereği hapis hakkı bulunduğu kabul edilir.<sup>138</sup>

Acentenin hapis hakkını kullanılmasında, TTK hükümlerinden başka, MK md. 950 vd. hükümleri uygulanabilir. Müvekkil acentenin hapis hakkını kullanmasına rağmen acentelik ilişkisinden doğan borçlarını acenteye ödemediği takdirde, acente MK md. 953/1 gereği hapsedilen şey teslimine bağlı rehin hükümlerince nakde çevrilecektir. Kıymetli evrakta ise durum biraz farklıdır. MK md. 953/2 gereği hapsedilen kıymetli evrak ise paraya çevirme icra dairesinin borçlu müvekkil yerine gerekli işlemleri yapmasına bağlıdır. Acente gerekli hallerde hapsedtiği kıymetli evrakı paraya çevirmez ve bir şekilde kıymetli evrakta mündemiç hak dermeyan edilemez hale gelirse acentenin sorumlu olup olmayacağı konusu tartışmaya açıktır. Kıymetli evrak kanundan doğan bir hapis hakkı nedeniyle acentenin elindedir. Bu nedenle engellenemez niteliktedir. Hapis hakkı acentenin muaccel ve belli şartlarda müstakbel alacaklarını korumaya yöneliktir. Buna rağmen acente hapsi altındaki kıymetli evrakın vade veya ibraz sürelerine riayet edilmemesi sebebiyle müvekkilinin uğradığı zararlarını karşılamak zorunda olmalıdır.

Hapis hakkının kullanımı ile acentelik ilişkisi fiilen sürdürülebilir olmaktan çıkmıştır. Tarafların bundan sonra aralarında mevcut ilişkiye devam

137 ARKAN, s. 199.

138 KARAYALÇIN, s. 529.; DOMANIÇ, s. 331.

etme niyetleri ortadan kalkmış olmasına rağmen acentelik sözleşmesi hukuken varlığını halen sürdürmektedir. Bu nedenle acentenin müvekkilinin menfaatlerini gözetme borcu sona ermiş değildir. Hapsi altındaki menkul eşyanın paraya çevrilmesi, kıymetli evrakın tahsili için icra dairesine başvurulmaması acentenin menfaatlerine de aykırıdır. Öte yandan alacaklarının acenteye ödenmemesi haklı bir fesih nedeni oluşturacaktır. İlişkinin tasfiye aşamasında acenteye alacaklarını tahsil edememe riskine karşı tanınmış bu imtiyazın kullanılmaması elde edilememiş menfaat oranında acentenin de hak kaybına uğramasına hatta alacağından fazla ise üstüne tazminat ödemesine sebep olabilir.

#### 2.2.4. Portföy Hakkı

Acentelik ilişkisi sürdüğü sürece bir portföy hakkının varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu hak, bir tazminat alacağı, denkleştirme tazminatı olarak düşünülmüştür. Uygulamada portföy hakkı TTK md. 134/2'ye dayandırılmakta fakat dayanak hukuk tekniğine uymadığı gerekçesi ile eleştirilmekte, hakkın olumlu boşluk doldurma prensibi gereği MK md. 1 ile gerekçelendirilmesi önerilmekte idi.<sup>139</sup> YTTK md. 122 "Denkleştirme istemi" başlığı altında bu boşluğu ortadan kaldırmaya yöneliktir.<sup>140</sup> Buna göre müvekkil acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da menfaatler elde ediyorsa acentenin talebi halinde uygun bir tazminat ödemek zorundadır.<sup>141</sup> Bunun gibi halin tüm gerekleri dikkate alındığında acentenin denkleştirme talebinin hakkaniyete uygun düşmesi durumunda veya acentenin müvekkiline kazandırmış olduğu müşterilerle acentelik ilişkisi sonrasında yapılan işlemler sebebiyle ücret isteme hakkının halele uğraması halinde acente denkleştirme talebinde bulunabilecektir.

#### Sonuç

Acentelik YTTK'nın Ticari İşletme Başlıklı birinci kitabının yedinci kısmında düzenlemiştir. İlgili kısım md. 102'de acente tanımı ile başlamaktadır. Merfî kanununun 116. maddesine tekabül eden md. 102

lafzı sadeleştirilerek korunmuştur. Acente tanımı yapılırken örnekleme yöntemiyle acente olmayan bağlı tacir yardımcılarının zikrinden yola çıkılmaktadır. Ne uygulamada ne de doktrinde tacirin bağlı diğer ifadesiyle tâbi yardımcılarının kimler olduğu yolunda bir tartışma yok iken tacirin bağlı olmayan (bağımsız) yardımcılardan acentenin tanımı içinde yer almaları, ancak acente tasnifinin yapılabilmesi için ayırıcı bir unsur olarak önem arz etmemektedir. Ticari faaliyetlerini kanunda adı geçen sıfatlarla yürütmekle birlikte hakikatte gerek müvekkili ile gerekse üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde acente olarak nitelendirilebilecek gerçek veya tüzel kişinin tasnifi acente olacaktır. Uygulamada, "bayilik", "distirübütörlük", "mümessillik" gibi sıfatları kullanan acenteler bulunmaktadır. Bu nedenle YTTK'da acentenin tanımı arasında, bağlı tacir yardımcısı olmadığını belirtmek maksadıyla da olsa, bağlı tacir yardımcılarının isimlerinin zikredilmesinden ziyade 86/653/EEC Art.1/2 ve HGB Art.84'de olduğu gibi acentenin bağımsız tacir yardımcısı olarak nitelendirilmesi yeterli olabilirdi. Zira bir kavramın ne olmadığı anlatılmak suretiyle açıklanması, kavramın belirsiz veya soyut olduğu durumlarda tercih edilmelidir. 6762 S. TTK'nın yürürlüğe girdiği yıllarda esasen netlik kazanmamış olan acentelik kurumu bugün Kıta Avrupası hukuklarında yeterli açıklığa kavuşmuş durumdadır.

Öte yandan, doktrinde tartışmalı olan husus acentenin; tacire bağımlı bir tacir yardımcısı olup olmadığı yönünde değil, bağımsız tacir yardımcılarının yanında mı yer aldığı yoksa sui generis bir tacir yardımcısı olarak mı kabulünün gerektiği yönündedir. Esasen yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir acenteden söz edebilmek için tacire tâbi olmama unsurunun mutlak surette gerçekleşmesi lazım gelmektedir. Bu durumda acentenin bağımsız bir tacir yardımcısı olduğu yönünde şüphe olmasa gerektir. Tacirin acenteye, acentenin gördüğü işin karşılığında ücret ödemesi, onun tacire tâbi yardımcı olduğu fikrini zorunlu kılmadığı gibi bağımsızlığına da gölge düşürmemektedir. Öte yandan her hukuki müessese gibi acenteliğin de diğer müesseselerden farklı unsurları barındırıyor olması; ona sui generis bir özellik bahsetmekten ziyade ancak benzerlerinden ayırt edilmesini temin ediyor olsa gerektir. Bu nedenle doktrinde ağırlıklı görüşe katılarak acentenin, tacirin bağımsız yardımcılardan olduğu yönündeki tasnife katılıyoruz.

139 POROY/YASAMAN, s. 234.

140 Acentenin portföy hakkı ayrıca ve açıkça TTK'da bir acentelik hakkı olarak düzenlenmiş değil idi.

141 YTTK md. 122/1a

YTTK md. 102'nin özde getirmiş olduğu değişiklik acentenin arabuluculuk yaptığı sözleşmeyi merî metinde olduğu gibi ticari işletme adına değil tacir adına yapmayı meslek edinen kişi olarak tanımlanmasındadır.

YTTK acentelik sözleşmesinin şekline ve acentenin tacir sıfatına ilişkin açık düzenlemeler içermemektedir. Acentelik sözleşmesi açıkça şekle tabi tutulmadığından yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir. Fakat pratik gerekçelerle, acentelik ilişkisi çerçevesinde yazılı olarak verilmesi ve belirlenmesi gereken yetki ve sorumlulukların, yazılı bir acentelik sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi kolaylık sağlayacaktır. Öte yandan acente TTK md. 12/12 "per se" kabul edilerek tacir sıfatı haiz tacir yardımcısı olarak genellenmemelidir. HGB § 84/4 bu yönde ileri sürülebilecek önemli gerekçelerden biridir.

YTTK'da acentenin borçlarına ilişkin düzenlemeler genellikle sadeleştirilerek korunmuştur. Acentenin borçları konusunda esaslı bir değişikliğe gidilmemiştir. Acentenin hakları hususunda önemli değişiklikler getirilmiş, uygulamada sorun

yaratılan hükümler açıklığa kavuşturulmuştur. Bu çerçevede 86/653 Sayılı Direktif YTTK tasarısının ilk metnine bazı eksikliklerle birlikte kaynak teşkil etmiş, fakat ikinci ve yasalaşan metinlerde HGB açık bir biçimde tercüme edilmek suretiyle esin kaynağı alınmıştır. Aslında bu husus YTTK tasarısının gerekçesinde de açıklandığı gibi acenteler ülkesi olmayan Almanya'da dahi acentelerin korunmakta oluşuna dayandırılmış aynı zamanda bir çelişki yaratılmıştır.

6762 S. TTK'da yer almayan fakat uygulamada portföy hakkına dayandırılan denkleştirme tazminatının YTTK md. 122 ile açıkça tanınmakta olduğunu görmekteyiz. Esasen 86/653 S. AB Direktifi ile Alman, İngiliz ve İtalyan hukuklarına da uyumlaştırma gereği geçmiş bulunan denkleştirme talebi ve tazminatı YTTK'da düzenlenmiştir. Direktif md. 19'da, denkleştirme talebi ve tazminat konusu md. 17 ve md. 18 hükümlerinin deroge edilemeyeceğini, acentenin bu hükümlerle kendisine tanınan haklardan acentelik sözleşmesi sona ermeden vazgeçemeyeceğini belirtmiştir. YTTK'da da aynı ilkeler gözetilmiştir.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ANONİM, **Handelsgesetzbuch**, 18. Auflage, Deutscher Tashcenbuch Verlag, München, 1979.
- ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.
- BAKTIR, Selma, **Ticari İşletme Hukuku**, İzmir, 2004.
- BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, Beta, İstanbul, 2003.
- BOWSTEAD, F.M.B. ve REYNOLDS, Graziadei, **Bowstead and Reynolds on Agency**, 17th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelmd, **Handelsrecht: ein Studienbuch**. 23. Auflage, Carl Heymanns Bech'sche, München, 2000.
- CHRISTOU, Richard, **International Agency, Distribution and Licensing Agreements**, 4th. Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003.
- DALHUISEN, J.H., "Domestic Contract Laws, Uniform International Contract Law and International contract Law Principles. International Sales and Contractual Agency", **European Business Law Rewiev**, Yıl: 2000, Cilt 11 S.4 (s. 200-315)
- DERYAL, Yahya, **Ticaret Hukuku**, 6. Baskı, Trabzon, 2002.
- DOMANIÇ, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Cilt I, Temel, İstanbul, 1988.
- EDGÜ, Ekrem, **Ticaret Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1964.
- ELLIOT, Catherine ve QUINN, Frances, **English Legal System**, London, 2004.
- EREM, Turgut S, **Ticaret Hukuku Prensipleri**, Cilt I, 5. Baskı, İstanbul, 1973.
- ERİŞ, Gönen, **Kara Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- ESENER, Turhan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyetle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.
- FRANKO, Nisim, "Acentanın Ücret Hakkı", **Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul, 1995.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, Beta, İstanbul, 2001.
- HESELINK, Martin W. ve RUTGERS Jacobien W. ve DIAZ, Odavia Bueno ve SCOTTON, Monalla ve VELDMAN, Muriel, **Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts**. Munich, 2006.
- HOPT, Klauss, **Handelsvertreterrecht**, 3 Auflage, Beck'sche Kurz-Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 2003.
- İMREGÜN, Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 11. Bası, İstanbul, 1996.
- KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 13. Baskı, Mimoza, Konya, 2004.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari İşletme**, Ankara, 1957.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari İşletme**, Ankara, 1968.
- KAYIHAN, Şaban, **Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi**, Beta, İstanbul, 1999.
- KINACIOĞLU, Naci, **Acente ve Acentelik Sözleşmesi**, Ankara, 1963.
- KOLLER, Ingo ve ROTH, Wulf-Hennig ve MORCK, Winfried, **Handelsgesetzbuch, Kommentar**, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2002.
- KÜSTNER, Wolframd ve THUME, Karl-Heinz, **Handbuch des gesamten Aussendienstrects, Band 1, Das Rect des Handelsvertreterers**, 3. Auflage, Verlag Recht und Witschaft GmbH, Heidelberg, 2000.
- LUSK, Harold F. ve HEWITT, Charles MD ve DONNEL, John D. ve BARNES, A. James, **Business Law**, 3rd. Edition, Irwin-Dorsey, Georgetown, 1974.
- MUNDAY, Roderick, **Agency: Law and Principles**, Oxford University Pres, New York, 2010.
- ÖZDEMİR, Necdet ve KINACIOĞLU, Naci, **Türk Ticaret Hukuku Başlangıç Hükümleri**, 5. Baskı, Ankara, 1984.
- PEKCANITEZ, Hakan ve ATALAY, Oğuz ve SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral ve ÖZEKES, Muhammet, **İcra İflas Hukuku**, 5. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.
- POROY, Reha ve YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- SAINTER, Séverine, **Commercial Agency Law: A Comparative Analysis**, Ashgate, Burlington, 2002.
- SINGLETON, Susan, **Commercial Agency Agreements: Law and Practise**, Butterworths Series, London, 1998.
- SCHULZ, Albrecht, "Protection of Agents, Distributors and Franchisees" in **Disributorships, Agency and Franchising in an International Arena: Europe, The United States, Japan and Latin America**, Edited by Dennis Campell, Louis Lafili, Kluwer, Deventer, 1990.
- SCHMIDT, Karsten, **Handelsrecht**, 5. Auflage, Carl Heymans Verlag, Köln, 1999.
- STEINMANN, Thomas ve KENEL, Philippe ve BILLOTTE, Imogen, **Le Contract d'Agence Commerciale en Europe**. Schulthess, Zurich, 2005.
- TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1 Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış, Bağışlama**, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 1984.

TOBLER, Christa ve BEGLINGER, Jacques, **Essential EU Law in Charts**, 2nd Lisbon Edition, hvgorac, Budapest, 2010.

YAVUZ, Cevdet, **Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

#### Elektronik Adresler:

<http://dejure.org/gesetze/HGB/1.html>  
<http://www.bger.ch>  
<http://www.opsi.gov.uk>  
<http://www.europa.eu>  
<http://www.scotcourts.gov.uk>  
<http://www.bailii.org>  
<http://www.tbmm.gov.tr>  
<http://www.basbakanlik.gov.tr>  
<http://www.kazanci.com.tr>

---

#### KISALTMALAR CETVELİ

---

<b>AB</b> : Avrupa Birliği	<b>S.</b> : Sayı
<b>Art.</b> : Artikel/article/madde	<b>s.</b> : sayfa
<b>ATAD</b> : Avrupa Birliği Adalet Divanı	<b>ss.</b> : sayfa aralığı
<b>BK</b> : 818 Sayılı Borçlar Kanunu	<b>Ter.</b> : Terkip
<b>E.</b> : Esas sayısı	<b>TFEU</b> : Treaty on Functioning of the European Union/ Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Anlaşma
<b>HD</b> : Hukuk Dairesi	<b>TTK</b> : 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>HGB</b> : Handelsgesetzbuch/ Alman Ticaret Kanunu	<b>vd.</b> : ve devamı
<b>HMK</b> : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu	<b>vs</b> : versus
<b>K.</b> : Karar sayısı	<b>Y.</b> : Yargıtay
<b>md.</b> : madde	<b>YBK</b> : 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
<b>MK</b> : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu	<b>YTD</b> : Yargıtay Ticaret Dairesi
<b>OR</b> : Obligationenrecht/ İsviçre Borçlar Kanunu	<b>YTTK</b> : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>RG</b> : Resmi Gazete	
<b>rn</b> : rundnummer	

# HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## YAYIN İLKELERİ

1. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ulusal ve hakemli dergi statüsündedir; yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Derginin yazı dili Türkçe'dir, bununla birlikte yabancı dilde yazılan makalelere de yer verilmektedir.
4. Dergiye gönderilen yazıların Türkçe ve İngilizce başlıkları ile en az 100, en çok 300 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetleri ve her iki dilde beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
5. Yazının ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, özet ve tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğü ve 1,5 satır aralığı ile "Times New Roman" veya eşdeğer diğer yazı karakterlerinden biri kullanılmalıdır.
6. Makalenin sonunda, yararlanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakçada sadece metin içinde kendisine atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Metin içinde yapılan atıflar, her bir sayfa sonunda "dipnot usulü" kullanılmak suretiyle gösterilmelidir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.  
*Kitaplar için:*  
GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.  
*Makaleler için:*  
KONURALP, Haluk "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 1 (s. 25 - 40).  
*İnternet için:*  
BAKER, Ulus, **Spinoza Kitabı: Ethica'nın Sırrı**, <http://korotonomedy.net/kor/index.php?id=21,182,0,0,1,0> (erişim tarihi 28.10.2010)
7. Dergiye gönderilen yazılar "zengin metin biçimi (\*.rtf)" formatında kaydedilmiş bir CD içerisinde, ayrıca, ikisinde yazarın adı bulunmayan A4 boyutunda üç nüsha çıktısı ile birlikte teslim edilmelidir.
8. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları ve iletişim bilgilerini (adres, telefon ve eposta adreslerini) mutlaka bildirmelidirler.
9. Yazarların gönderdikleri makaleleri "basıla" olarak verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın dışında yazım ve imla yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeden geri çevrilebilir.
10. Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu tarafından gerçekleştirilir. İlk inceleme neticesinde uygun bulunan yazılar kör hakemlik sistemi gereğince yazar adı veya adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazara yazının hangi hakeme gönderildiğiyle ilgili olarak bilgi verilmez. Hakem raporu doğrultusunda, makalenin yayımlanmasına, yazardan düzeltme istenmesine veya yazının geri çevrilmesine karar verilmektedir. Basılması uygun bulunan yazıların, yayımlanıp yayımlanmayacağına ve derginin hangi sayısında yayınlanacağına Yayın Kurulu karar verir. Yazar, tüm bu aşamalardan e-posta yoluyla bilgilendirilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
11. Dergide, hakemli makalelerin yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmamasına Yayın Kurulu tarafından karar verilir.
12. Yayımlanmasına karar verilmiş yazıların, her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması, yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar gönderdikleri yazı ile ilgili tüm telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
13. Yayımlanan yazının yer aldığı bir adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

# HACETTEPE LAW REVIEW

## EDITORIAL POLICY

1. Hacettepe Law Review is a national and refereed journal which is published biannually in June and December.
2. Papers submitted to Journal shall not be published or submitted for publication elsewhere.
3. Language of the Journal is Turkish, but papers written in other languages can be published nonetheless.
4. Turkish and English titles of the papers submitted to the Journal, together with Turkish and English abstracts which consist of at least 100 and at most 300 words and 5 key words in each language shall be attached to the beginning of the paper.
5. At the body of the paper 12 font size, at the parts like footnotes, abstracts and tables 10 font size and 1,5 line spacing shall be used in "Times New Roman" or any equivalent font.
6. At the end of the paper, there shall be a bibliography arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Only works that were cited in the paper shall be listed in the bibliography. Citations in the paper shall be made in "footnote" at the end of each page. For the consistency of the Journal, following examples shall be abided.

*For books:*

GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.

*For papers:*

KONURALP, Haluk "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafin Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 1 (s. 25 - 40).

*For web pages:*

BAKER, Ulus, **Spinoza Kitabı: Ethica'nın Sırrı**, <http://korotonomedy.net/kor/index.php?id=21,182,0,0,1,0> (erişim tarihi 28.10.2010)

7. Papers submitted to the Journal shall be provided in a CD recorded in "rich text format (\*.rtf)" together with three hard copies in A4 size, two of which absent the writers name.
8. Writers shall definitely state their title, institution and contact information (their address, phone number and e-mail).
9. It is considered that writers submit their papers as ready for printing. Papers, that do not comply with scientific criteria or were determined to contain more misspelling than usual, can be declined by the Editorial Board without being sent to referee.
10. First evaluation of the papers submitted to the Journal shall be performed by the Editorial Board. Papers that were approved after the first evaluation shall be sent to a referee with the name/s of the writer/s extracted from the text according to the anonymous peer review system. Information shall not be given to the writer regarding the referees identity. According to the referee report; printing of the paper, demanding correction from the writer or rejection of the paper, shall be decided. Whether or not papers that were concluded to be printable will be published and in which issue of the Journal they will be published shall be decided by the Editorial Board. Writer shall be informed of all these stages via e-mail. Papers that were not published shall not be sent back to the writer.
11. Other than refereed articles, papers such as case annotations, legislation evaluations and book reviews can be published in the Journal. Whether or not these kinds of papers will be published shall be decided by the Editorial Board.
12. All rights of publication, including publishing as full text in any electronically environment and re-publishing, of the papers that were decided to be published, belong to the Hacettepe University Faculty of Law. It is concluded that writers transfer all copyrights they are entitled to regarding the paper they submitted, to the University; no additional royalty shall be paid to the writers.
13. One issue of the Journal in which the paper is published shall be sent to the writer gratis.

