

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN ÖRNEK BAZI
KARARLARININ TÜRK HUKUKUNA ETKİSİNİN ANAYASANIN 90.
MADDESİNİN SON CÜMLESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**

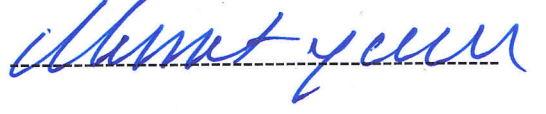
TUĞBA TUNA IŞIK

ŞUBAT 2018

Tez Başlığı : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Örnek Bazı Kararlarının Türk Hukukuna Etkisinin Anayasanın 90. Maddesinin Son Cümlesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Tezi Hazırlayan : Tuğba TUNA IŞIK

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:



Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Enstitü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.



Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.




Yrd. Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU
Tez Danışmanı

Tez sınav Tarihi: 5.2.2018

Tez Jüri Üyeleri:

Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

(Ankara Üniv.)



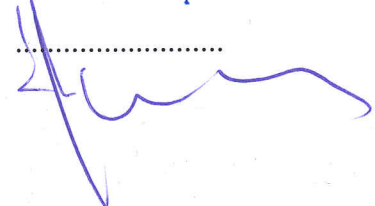
Yrd. Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU

(Çankaya Üniv.)



Yrd. Doç. Dr. İlker KILIÇ

(Çankaya Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallarını gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı Soyadı : Tuğba TUNA IŞIK

İmzası : 

Tarih : 5.3.2018

ÖZET

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN ÖRNEK BAZI KARARLARININ TÜRK HUKUKUNA ETKİSİNİN ANAYASANIN 90. MADDESİNİN SON CÜMLESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

TUNA IŞIK, Tuğba

Yüksek Lisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı

Tez Yöneticisi: Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU

Şubat 2018, 159 Sayfa

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Örnek Bazı Kararlarının Türk Hukukuna Etkisinin Anayasanın 90. Maddesinin Son Cümlesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi” adlı bu çalışmada söz konusu maddeye 2004 yılında 5170 sayılı Kanunla eklenen son cümle ele alınmış ve detaylı bir şekilde incelenmiştir.

İki bölüm halinde hazırlanmış olan çalışmanın birinci bölümünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yapısı, kararlarının özellikleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sistemi ve Türk hukukuna olan etkisi değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde ise, Anayasanın 90. maddesinin son cümlesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmiştir. Bu kararlar üç konuya ilişkindir. İlki AIHM'nin Türkiye hakkında ihlal kararı verdiği, Türk hukukunda da gerekli yasal düzenlemelerin yapıldığı disiplin mahkemelerine dair kararlarıdır.

İkincisi AİHM'nin Türkiye hakkında ihlal kararı verdiği fakat ihlale sebep olan mevzuat hükmünün Türk hukukunda aynen varlığını devam ettirdiği evli kadının soyadı ile ilgili kararlarıdır. Üçüncü olarak vergi ceza hukukuna dair olanlardır ki, bu konuda Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmemiş, ilk ihlal kararına konu olan Finlandiya mevzuatı ile Türk vergi mevzuatının benzerliği karşısında bu kararlar da incelenmeye değer bulunmuştur.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Uluslararası antlaşmalar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.



ABSTRACT

EVALUATION OF SOME TRIAL DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS EFFECTS ON THE TURKISH LAW WITHIN THE SCOPE OF THE FINAL PHRASE OF FUNDAMENTAL LAW ARTICLE NO:90

TUNA IŞIK, Tuğba

Master Thesis

Graduate School of Social Sciences Public Law Department

Advisor: Yard. Doç. Dr. Uğur BAYILLIOğLU

February 2018, 159 Pages

In this study entitled " Evaluation Of Some Trial Decisions Of The European Court Of Human Rights Effects On The Turkish Law Within The Scope Of The Final Phrase Of Fundamental Law Article No:90." the last sentence added to the Law No.5170 in 2004 to the article in question was discussed and examined in detail.

In the first part of the study, which was prepared in two chapters, the structure of the European Court of Human Rights, the characteristics of its decisions, the system of the European Convention on Human Rights and its impact on Turkish law were evaluated.

In the second part, the last statement of Article 90 of the Constitution was examined within the framework of the decisions of the European Court of Human Rights. These decisions are related to three issues. The first is decisions on the disciplinary tribunal of the necessary legal regulations in Turkish law that the ECHR

has decided violation on Turkey. Second is related to decisions of the legislation provision which was decided as violation by ECHR about Turkey but caused violation and continue its existence in the Turkish Law on the surname of married woman. Third is related to the criminal law in which it was not decided as violation against Turkey, these decisions on the similarity of the Finnish legislation and the Turkish tax legislation subjected to the first violation were deemed suitable to be examined.

Key words: Constitution, International treaties, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights.



TEŞEKKÜR

Tez alıőmalarım boyunca değerli katkılarıyla beni bilgilendiren ve yönlendirmeleri doğrultusunda birçok kitap ve makale taranmasına ve güncel olaylarla çalışmanın zenginleőmesini sağlayan tez danıőmanım Yrd. Doç. Dr. Uğur BAYILLIOğLU'na, ayrıca bu çalıőmamın hazırlanmasında yardımını ve desteğini esirgemeyen eőim Bahattin IŞIK'a teşekkür ederim.



İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU

I. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Özellikleri	10
1. Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.....	10
A. Mahkemenin Yapısı	10
B. Yargılama Usûlü.....	12
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Özellikleri	15
A. Mahkeme Kararlarının Uygulanmasının Denetimi: Bakanlar Komitesi	15
B. Kararlarının Bağlayıcılığı.....	16
C. Mahkeme Kararlarının İç Hukuka Etkisi ve Uygulanması	16
II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukundaki Yeri	19
1. Genel Olarak.....	19
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özellikleri	20
3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri	23
A. Genel Olarak	23
B. 5170 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Öncesi Durum	25
C. 5170 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası Durum.....	32

İKİNCİ BÖLÜM

AİHM KARARLARI VE ANAYASANIN 90/SON MADDESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN ÖRNEKLER

I. Disiplin Mahkemelerinin Adil Yargılanma Hakkı Gereğince AİHM Kararları Işığında İncelenmesi	45
1. Genel Olarak	45
2. Anayasal Bir Kurum Olarak Disiplin Mahkemeleri	47
3. 6413 sayılı Kanun Öncesinde Disiplin Mahkemelerinin Yapısı, Görevi ve İşleyişi.....	48
4. Anayasa Mahkemesinin 4.6.1970 Tarihli ve 1970/6 Esas, 1970/29 Karar Sayılı Kararı.....	52
5. Disiplin Mahkemeleri Hakkındaki AİHM Kararları	55
A. İrfan Bayrak/Türkiye Kararı.....	55
B. Veyisoğlu/Türkiye Kararı.....	58
6. 477 sayılı Kanunu'nun 2. Maddesinde 1.1.2013 tarihli ve 6413 sayılı Kanunun 45/5. Maddesiyle Yapılan Değişiklik.....	60
7. Değerlendirme	62
II. Evli Kadının Soyadına İlişkin AİHM Kararlarının Türk Hukukuna Yansıması	64
1. Genel Olarak	64
2. Kadının Soyadının Türk Hukukundaki Gelişimi	70
3. Evli Kadının Soyadı Meselesinin Ulusal ve Uluslararası Hukukta Yargı İçtihatlarındaki Gelişimi	72
A. Anayasa Mahkemesi'nin 29.9.1998 Tarihli ve 1997/61 E. ve 1998/59 K. Sayılı Kararı.....	73
B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli/Türkiye Kararı.....	76
C. Anayasa Mahkemesi'nin 10.3.2011 Tarihli ve 2009/85 E., 2011/49 K. Sayılı Kararı	81
D. Anayasa Mahkemesi'nin Sevim Akat Eşki Başvurusu.....	83
E. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.09.2015 Tarihli ve 2014/2-889 E. 2015/2011 K. Sayılı Kararı	86
4. Değerlendirme	88

III. Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesinin Glantz ve Diğer AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi.....	93
1. Genel Olarak.....	93
2. Suç ve Kabahatlerin İctimasına İlişkin Türk Hukukundaki Yasal Düzenlemeler.....	94
3. Non Bis İn İdem İlkesi.....	97
4. AİHM'nin İctihatları.....	100
A. Glantz Kararı Öncesi.....	100
B. Glantz/Finlandiya Kararı.....	102
C. A ve B/Norveç Kararı.....	108
D. Johannesson ve Diğerleri/İzlanda.....	111
5. Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı Örneği .	113
6. Değerlendirme.....	115
SONUÇ.....	122
KAYNAKÇA.....	135
ÖZGEÇMİŞ.....	146

KISALTMALAR

A.e.	: Aynı Eser
A.g.e	: Adı Geçen Eser
A.g.m.	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz.	: Bakınız
CEDAW	: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar
KDV	: Katma Değer Vergisi
Md.	: Madde
M.	: Mülga
Parag.	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.M.K.	: Türk Medeni Kanunu
V.d.	: Ve Diğerleri
V.U.K.	: Vergi Usûl Kanunu



GİRİŞ

İnsanın onurunu korumayı, maddi ve manevi gelişmesini sağlamayı amaçlayan hakların temel bir ismi olan “insan hakları” veya “kamu özgürlükleri” insanın en doğal hakkı olarak belirlenmiştir.¹

Tarihi gelişiminde insan hakları öncelikle ulusal düzeyde gerçekleşmiş, daha sonra uluslararası alandaki düzenlemelerin içeriğini oluşturmuştur. İlk çıkış noktası olan devletler boyutunda elbette her devletin toplumsal yapısının farklı olması sebebiyle insan hakları gelişimi evreleri birbirinden farklılık göstermiştir. Fakat bazı toplumlarda insan hakları adına ortaya çıkan çalışmalar veya direnişler diğer uluslara ilham, uluslararası belgelere de temel oluşturmuştur.²

Platondan, başlayarak felsefe tarihinin temelini oluşturan düşünürler insanı, devletin ve toplumun bir parçası kabul edilmişler, bireyin devlet karşısında hak sahibi olabileceğine ihtimal bile vermemişlerdir. Hukuk alanında önemli aşamalar kat eden Romalıların da Eski Yunana hakim olan bu düşünceden farklı düşünmedikleri görülmüştür. Bundan sonra düşünce ve uygulamada iki önemli gelişme yaşanmıştır. İlki Roma İmparatorluğu tarafından Hristiyanlığın resmi din olarak benimsenmesi ve ilahi iradenin devletin mutlak otoritesinin üzerinde olduğunun kabul edilmesidir. Uygulamadaki gelişme ise; İngiltere'de Magna Carta'nın kabul edilmesidir.³ Bundan

¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2004, s.9.

² Mehmet Emin Çağırın, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Ankara, Barış Kitap, 2011, s.4.

³ 1215'te Büyük Şart olarak da bilinen Magna Carta Libertatum, İngiltere'de krallar ile soyluların yetki çekişmesi sonucu, soylular tarafından hazırlanıp Kral John'a kabul ettirilmiştir. Bu belgeyle kralın keyfi yönetimi ve mutlak otoritesi sınırlandırılmış, soylulara bazı haklar tanınmıştır.

sonra Avrupa ve Amerika'da insan hakları alanında gelişmeler devam etmiş ve bu gelişmelerden de etkilenerek 1789'da Fransa'da ihtilal gerçekleşmiştir. Bu ihtilalle siyasi ve anayasal ilkelerle birlikte temel haklar ve hürriyetler listesi yayınlanmıştır.⁴

18. ve 19. yüzyılda Batı'daki Anayasal hareketin temel ilkesi; iktidarın sınırlandırılarak bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvenceye alınması olmuştur. Bu dönemde Osmanlı İmparatorluğu'nda bu minvalde bir anayasacılık hareketi görülmemiştir. Bunun birden fazla sebebi vardır. Osmanlı İmparatorluğu'ndaki İslam anlayışına göre; Allah ile kul arasındaki ilişki devlet başkanına (Ulûlemre) mutlak itaati gerektirmekteydi; aynı zamanda gaza ve fetih anlayışı askeri özelliği daha ön plâna çıkarmaktaydı. Batıdaki anlayışla anayasal ortamın oluşabilmesi için toplumun yapısı da önemliydi. Osmanlı İmparatorluğu sanayileşmenin geresinde kaldığı için Batı'daki gibi iktidarın sınırlandırılmasına sebep olacak orta sınıf, burjuvazi (sosyal güç) olarak ortaya çıkmamıştır.⁵

Osmanlı İmparatorluğu'nda 18. yüzyılın ikinci yarısından sonra tımar sisteminin bozulmasıyla merkezi otorite sarsılmış, derebeyleri (âyân) iktidarın sınırlandırılması için girişimde bulunmuşlardır. Bu minvalde bir girişim olan 1808'deki Sened-i İttifak hareketi başarılı olamamıştır. Batı'daki gelişiminden farklı olarak bu girişim halk tarafından değil halkın üzerinde egemen olan seçkin bir sınıf tarafından yapılmıştır.

1839 yılında Gülhane Hattı Hümayun'u ile başlayan Tanzimat Döneminde, bu defa halkı derebeylerinin baskısından korumak için, aydınlardan oluşan Genç Osmanlıların girişimi ile Tanzimat Fermanı ilân edilmiştir.⁶

⁴ Çağırın, a.g.e., s.4,11.

⁵ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta, 2016, s.167, 168.

⁶ a.e., s.169.

Yine ilk anayasa olan 1876 Kanun-i Esasi⁷ aydınların eseridir.⁸

1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nda⁹ egemenliğin millete ait olduğu ifade edilerek iktidarın kaynağı açısından köklü bir yeniliğe geçilmiştir. 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanunu¹⁰ 1921 Anayasasından farklı olarak klâsik hak ve özgürlüklere yer vermektedir. Fakat bu hakların korunmasına ilişkin güvenceler anayasada yer almamaktaydı. İktidarın kullanılması bakımından tek yetkili organ olarak Meclisin yetkilendirilmesi, uygulama açısından bazı sıkıntıları beraberinde getirmiştir. Mecliste çoğunluğu oluşturan tek parti olduğu için yürütmenin üstünlüğüne dayalı bir yönetim ortaya çıkmıştır. Demokrasinin daha iyi işleyebilmesi, bağımsız mahkemeler ve özerk kurumlar ile daha dengeli bir yönetim oluşturulmak üzere 1961 Anayasası¹¹ kabul edilmiştir. 12 Eylül 1980 darbesine kadar 1961 Anayasasından yakınmalar artarak devam etmiştir. Bu yakınmaları gidermek amacıyla 1982 yılında yeni bir anayasa¹² kabul edilmiştir.¹³

Bir devletin gelişmişlik, kalkınmışlık veya uygarlık düzeyinin bir göstergesi olarak da kabul edilen insan hakları kelimesinin ilk etapta çok açık ve net olduğu düşünülse de; insan haklarını tanımlamak için kullandığımız “evrensel”, “geri

⁷ 1876 Kanun-i Esasinin metni için bkz.

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/kanunuesasi.html> (Erişim Tarihi: 27.9.2017)

⁸ Teziç, a.g.e., s. 169.

⁹ 1921 Anayasasının metni için bkz.

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/1921.html> (Erişim Tarihi: 27.9.2017)

¹⁰ 1924 Anayasasının metni için bkz.

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/1924.html> (Erişim Tarihi: 27.9.2017)

¹¹ 1961 Anayasasının metni için bkz. R.G: 20.7.1961, 10859.

¹² 1982 Anayasasının metni için bkz. R.G: 9.11.1982, 17863.

¹³ Burhan Kuzu, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s.9.

alınamaz”, “devredilemez” gibi kavramlar aslında, insan hakları kavramını açıklamaktan ziyade, bazı özelliklerini dile getirmektedir.¹⁴

İnsan hakları “insan” ve “hak” kavramları üzerine kurulmuş bir terim olup, hukuki yönden insanı yani gerçek kişileri ifade etmektedir. Gerçek kişiliğin başlangıcı olarak ise Türk Medeni Kanununun¹⁵ (T.M.K) 28. Maddesinde “tam ve sağ olarak doğma” esas alınmıştır.¹⁶ Doğum ile başlayan “kişilik” kavramı, ölüm ile sonlanmaktadır. Hak “koruma altına alınmış bir değer”, insan hakları ise “insanın korunan değeri” olarak tanımlanabilir.¹⁷

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki gelişmeler, insan hakları kavramı zemininin uluslararası düzeyde korunması anlamında ciddi çalışmalar başlatılmasına sebep olmuştur. İnsan haklarının uluslararası alanda korunması girişimlerinin en önemli noktası San Fransisco'da imzalanan 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Andlaşması¹⁸ olmuştur. Bu antlaşmayla birlikte bireylerin uluslararası alanda söz sahibi olabilmeleri yolunda önemli bir adım atılmıştır.¹⁹

Bugün çeşitli uluslararası nitelikteki antlaşmalar ile korunan hakların ihlali taraf devletlerin uluslararası yargı kurumlarında yargılanmalarına sebep olmaktadır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)²⁰ ve protokolleri çerçevesinde

¹⁴ Harun Tepe, *İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt, Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*, İstanbul, Beta, Aralık 2010, s.2.

¹⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanun metni için bkz. R.G.: 8.12.2001, 24607.

¹⁶ Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s.10.

¹⁷ Fatih Karaosmanoğlu, *İnsan Hakları*, Ankara, Seçkin, 2012, s.132.

¹⁸ Birleşmiş Milletler Andlaşmasının metni için bkz. R.G.: 24.8.1945, 6902.

¹⁹ Karaosmanoğlu, a.g.e., s.132.

²⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin metni için bkz. R.G.: 19.3.1954, 8662.

korunan insan hakları ihlalleri, üye devletlerin tazminat ödemeleri veya mevzuat değişikliğine gitmelerini de zorunlu kılan kararlara konu olabilmektedir.²¹

Türkiye, AİHS'ni 10.3.1954 tarihli 6366 sayılı Kanun²² ile onaylamış ve böylece Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. 1987'de ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bireysel başvuru hakkı ile ulusal düzeyde yapılan yargılamalardan sonra hakkının kendisine teslim edilmediğini iddia eden taraf davasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşıyabilecektir.

Sözleşme'nin "Kararların Bağlayıcılığı ve Uygulanması" başlıklı 46. Maddesinde, "Yüksek sözleşmeciler, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt eder." denilmektedir ve bu hüküm Türkiye'yi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına uyma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bu madde ile birlikte Türkiye de uluslararası hukuku göz önünde bulundurarak iç hukukunda düzenleme yapma sorumluluğu altına girmiştir. Bu amaçla; Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrasında şu düzenleme yer almaktadır:

Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

İç hukukta yapılan bu düzenlemelerin temel amacı; Türk mahkemeleri tarafından yapılan yargılamalarda uluslararası hukuk normlarının göz önünde bulundurulması ve Türkiye'nin AİHM tarafından daha az yaptırıma hükmedilmesidir.

²¹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s.12.

²² Kanun metni için bkz. R.G.: 19.3.1954, 8662.

Bu gelişmelerden sonra gerek AİHS gerekse de Anayasa hükümleri karşısında, hakim önüne gelen bir olayda kanunun, sözleşme hükümleri ile veya AİHM kararları ile çatışması durumunda hangi düzenlemeyi esas alacaktır? Anayasa 138/1'de; “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.” denilmektedir. Hakim kanunlar hiyerarşisine göre öncelikle uygulanması gereken Anayasa hükmü gereği uluslararası sözleşmeyi uygulayabilecek midir?

Sonuç olarak meselenin temelinde uluslararası bir antlaşma olan AİHS ile kurulan AİHM'nin verdiği kararların Türk hukukunda ne şekilde hangi ölçüde uygulanması gerektiği yer almaktadır. Bu meselenin çözümlenebilmesi için asıl husus, antlaşmanın iç hukuktaki yerinin tespitidir. Bu konu da uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki kurallar hiyerarşisi içindeki konumunun belirlenmesi ile aydınlanabilecektir. Uluslararası hukuk ile iç hukukun bir sorunu haline dönüşen bu durum çözümlendiğinde, AİHM kararlarının Türk pozitif hukukundaki yeri belirlenebilecektir.²³

İşte biz bu çerçevede, AİHM'nin Sözleşmeyi yorumlayan kararlarının Türk hukukuna etkilerini değerlendirmeye çalışacağız. Öncelikle birinci bölümde AİHM ve kararlarının özelliklerini, AİHS ve Türk hukukundaki yeri başlığı altında tez konumuz olan 5170 sayılı Kanunla Anayasanın 90. maddesine eklenen son cümleden öncesi ve sonrası incelenecek, bu madde kapsamında ikinci bölümde AİHM'nin esas itibarıyla üç kararının ve bu kararlar eksenindeki benzer kararlarının değerlendirilmesi yapılacaktır. Başlıca üç karar; disiplin mahkemelerine dair İrfan Bayrak/Türkiye kararı, evli kadının soyadına ilişkin Ünal Tekeli/Türkiye kararı ve vergi ceza hukukuna ilişkin Glantz/Finlandiya kararlarıdır.

Bu kararlardan disiplin mahkemeleri hakkındaki İrfan Bayrak/Türkiye kararında Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmiş, 477 sayılı Disiplin Mahkemelerinin Kuruluşu, Yargılama Usûlü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'da 31.1.2013

²³ Enver Arıkoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, Yıl 24, 2004, S.1-2, s.71,72.

tarhli ve 6413 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır. Bu değişikle disiplin mahkemelerinin barış zamanında görev yapmalarının önüne geçilmiştir. Evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğuna dair Ünal Tekeli/Türkiye kararında da Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmiş fakat ihlale konu Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde değişiklik yapılmamıştır. Vergi ceza hukukunda ise vergi kaçakçılığı ile birlikte vergi ziyana sebep olunması durumunda hem idari para cezası verilmesine dair vergi yargılaması hem de hapis cezası verilmesine ilişkin ceza yargılaması yapılması hakkında Finlandiya devleti aleyhine ihlal kararı verilmiştir. İhlale konu olan düzenleme ile ilgili henüz Türkiye aleyhine verilmiş bir karar yoktur. Fakat Finlandiya mevzuatı ile Türk Hukuk mevzuatı ihlale konu olan düzenleme bakımından benzerlik göstermektedir.

İncelemeye konu olan başlıca üç karar hukukun farklı alanlarında AİHM tarafından verilmiş kararlardan oluşmaktadır. Disiplin mahkemelerine ilişkin karar ceza alanına dair verilmiş bir kararken, evli kadının soyadı meselesi özel hukukun bir alt dalı olan medeni hukuk alanına ilişkindir. Vergi ceza hukukunda verilmiş olan Glantz/Finlandiya kararı ise hem idare hukuku hem de ceza hukuku kapsamındadır. İnsan haklarının, hukukun her alanında varlığını gösterebilmek bakımından başlıca bu üç kararın seçilmiş olması anlamlıdır.

AİHM, AİHS'de düzenlenmiş olan soyut düzenlemeleri kararlarıyla yorumlayarak somutlaştırmaktadır. AİHS'ne taraf devletler AİHS'deki hükümlere uymak zorunda oldukları gibi Sözleşme'yi yorumlayan AİHM kararlarına da uymakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük devletlerin yasama, yürütme ve yargı dahil olmak üzere tüm organlarına aittir. Organlardan birinin sorumluluğunu yerine getirmesi taraf devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Önemli olan ihlale neden olan bir işlemi veya bir kararı ortadan kaldırmaktır. İhlale yasal bir düzenleme neden olmuşsa bu defa da düzenleme Sözleşme'ye ve AİHM kararına uygun hale getirilmelidir.

İlk sırada incelemiş olduğumuz disiplin mahkemelerine dair verilen ihlal kararları sonrasında 477 Sayılı Kanun'da 6413 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmış, barış zamanında disiplin mahkemelerinin görev yapmasının önüne geçilmiştir. Bu düzenlemeyle ihlale konu husus tamamen ortadan kaldırılmış, yeknesak bir uygulama ortaya çıkmıştır.

Evli kadının soyadına dair ihlal kararları sonrası sadece Yargı Organı gereğini yerine getirmektedir. Evli bir kadın önceki soyadını kullanmak istediğinde sadece dava yolu ile bu hakka sahip olabilmektedir. Oysa Anayasa hükümleri tüm organlar için bağlayıcıdır. Aslında Anayasanın 90. maddesinin son cümlesi gereği, sadece önceki soyadını kullanma talebiyle nüfus müdürlüğüne müracaat eden evli kadının talebi dava açmasına gerek kalmaksızın idare tarafından yerine getirilmelidir. Dava yoluyla bu hakkın kullanılabilmesi olması Yürütme Organını da Yasama Organını da sorumluluktan kurtarmamaktadır. Evlilik sonrasında sadece kendi soyadını kullanmak isteyen kadının bu talebi Anayasanın 90. Maddesinin son cümlesi gereği nüfus idaresince yerine getirilmelidir. Bu konuda yasal düzenlemenin yapılmamış olması idareyi sorumluluktan kurtarmamaktadır. Bu konuda idare söz konusu talepleri yerine getirmiş olsa veya yargı AİHM kararları doğrultusunda hüküm verse dahi Yasama Organının sorumluluğu devam etmekte, ihlale sebep olan ve Sözleşme'ye aykırılığı ortaya konulan Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Son olarak incelediğimiz Vergi ceza hukukuna ilişkin kaçakçılık suçlarıyla ortaya çıkan vergi ziyaında hem idari hem de ceza yaptırım uygulanmasının Sözleşme'ye aykırılığı konusunda henüz Türkiye aleyhine verilmiş bir ihlal kararı yoktur. Fakat Anayasa'nın 90. maddesine son cümlelerin eklenmesinin başlıca sebeplerinden biri, Türkiye hakkında AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının önüne geçmektir. Türkiye, Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolle 1.8.2016 tarihi itibarıyla bağlıdır. Söz konusu Protokol'ün 4. maddesinde düzenlenmiş olan non bis in idem ilkesini yorumlayan Glantz/Finlandiya kararı, Türkiye için de önemli bir karar niteliğindedir. Anayasanın 90. maddesinin son cümlesinde ifadesini bulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşmelerin esas alınması gerektiği hükmüne göre, AİHM'nin vergi ceza hukukuna ilişkin vermiş olduğu bu kararların Türk vergi hukukuna uygulanması için Türkiye hakkında da bir ihlal kararı verilmesini beklemeye gerek yoktur. Yasama, Yürütme ve Yargı Organlarının söz konusu karar sonrası AİHM kararı gereğini yapma sorumluluğu ortaya çıkmıştır.

Anayasanın 11. maddesinde “ Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır.” hükmü yer almaktadır. Bu hükmü rağmen çalışmanın sonunda görülecektir ki, Türk Hukukunda Anayasanın 90. maddesinin son cümlesinin uygulanması konusunda bir yeknesaklık oluşmamıştır. İncelemekte olduğumuz söz konusu kararlar Anayasanın 90. Maddesinin son cümlesi kapsamında Türk hukukuna etkisi ile Yasama, Yürütme ve Yargı Organlarının sorumlulukları bakımından tez çalışmamızda değerlendirilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU

I. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Özellikleri

1. Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

A. Mahkemenin Yapısı

AİHM, AİHS'ne taraf devletlerin Sözleşme'de ve protokollerde koruma altına alınan haklar ile yükledikleri yükümlülüklerinin yerine getirildiğini denetlemek üzere kurulmuş sürekli nitelikte bir yargı organıdır.²⁴

AİHS'nin uygulanmasını sağlamak ilkesel olarak öncelikle Taraf Devletin yetkisi ve görevindedir. Taraf devlet, kendi egemenliği altında meydana gelen hak ihlalini ortadan kaldırmak bakımından AİHM'ne göre daha avantajlı durumdadır. AİHM'nin ancak taraf devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde devreye girebilmesi durumu “subsidiarite” yani “ikincilik ilkesi” olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda, AİHM ancak taraf devletin egemenliğindeki gerçek veya tüzel kişilerin müracaat etmeleri durumunda yargılama yapabilecektir, yani kendiliğinden harekete geçmesi söz konusu değildir.²⁵

²⁴ Karaosmanoğlu, a.g.e., s.167.

²⁵ Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Ankara, Avrupa Konseyi, 2012, s.2,3.

AİHM teşkilatı ve yargılama usûlüne ilişkin hükümler, Sözleşme'nin ikinci kısmındaki 19. ve 51. maddeler arasında ve AİHM İçtüzüğünde yer almaktadır. AİHM'de Sözleşme'ye taraf devlet sayısı kadar hakim bulunmaktadır. Halen kırkyedi hakim görev yapmaktadır. Hakimler sadece tek dönem için dokuz yıllığına taraf devletler tarafından sunulan üç kişilik liste içerisinde Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından seçilir ve her halde 70 yaşında emekli olurlar.(mad. 20, 23) Hakimler Mahkeme'de kendi adlarına yer alırlar yani kendi devletlerini temsil etmezler. Hakimler kendi devletlerini ilgilendiren davalara katılabilirler.

AİHM kendi içinde idari ve yargısal birimler olmak üzere ikiye ayrılır. İdari birimleri; Mahkeme Genel Kurulu, Bölümler ve Filtraj Bölümüdür. Mahkeme Genel Kurulu'nun görevleri Mahkeme İç tüzüğünün kabul edilmesi ve Mahkeme'nin yönetici kadrosunun seçilmesidir. Mahkeme idari bir yapılanma olarak beş bölümden oluşmaktadır. Mahkeme İç tüzüğüne göre her bir hakim bu beş bölümden birinde görev yapmaktadır. Filtraj Bölümü ise 14 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle görev yapmaya başlamıştır. Bu bölümde bulunan Tek Hakim, kabul edilemez nitelikteki başvuruları elemektedir. Tek Hakim kendi devletine ait bir dava hakkında "kabul edilemez" kararı veremez. Yargısal birimleri; Daireler, Komiteler, Tek Hakim ve Büyük Daire'dir. Her bir bölüm içinde daireler oluşturulmuştur. Bölüm Başkanı, bütün davalarda, başvurunun yöneltildiği devlet hakimi ise kendi devletine karşı açılan her davada yer alır. Her bölüm içinde on iki aylık dönem için üç hakimden komite oluşturulur. Komitelerde, Mahkeme'nin yerleşik içtihatları karara bağlanır. "Açıkça kabul edilemez" başvurular ile "açıkça dayanaktan yoksun" başvuruları elemekle görevi Tek Hakim tarafından yerine getirilmektedir. On yedi üyeden oluşan Büyük Dairede Başkan, Başkan Yardımcıları ile Bölüm Başkanları doğal üye olarak bulunmaktadır. Başvurunun yöneltildiği devletin hakimi de burada bulunmaktadır. Büyük Daire, Sözleşme'nin uygulanması ve yorumlanması açısından ciddi sorunlar içeren başvurulara bakmaktadır. Daireler baktıkları davalardan Büyük Daire lehine incelemenin her aşamasında dava hakkında hüküm verilmemiş olması ve hükümet ile başvurucunun rızasının bulunması şartı ile çekilebilirler. Bunun dışında da Daireler

tarafından hüküm verildikten sonra taraflardan biri üç aylık süre içinde başvurunun Büyük Daire önünde yeniden görülmesini talep edebilir.²⁶

Mahkemenin giderleri Avrupa Konseyi tarafından finanse edilirken; Avrupa Konseyinin bütçesi ise taraf devletin nüfusu ve gayri safi milli hâsılları esas alınarak belirlenen katılım payları ile finanse edilir.²⁷

B. Yargılama Usûlü

Sözleşme'ye taraf devletler ile Sözleşme'deki haklardan biri hakkında taraf devletlerden biri tarafından mağdur edildiğini iddia eden herkes bir dilekçe ile AİHM'ne başvuruda bulunabilir.²⁸ Sözleşme'ye göre başvurular iki tipten oluşmaktadır. Birincisi gerçek veya tüzel kişiler, hükûmet dışı örgütler veya kişi grupları tarafından yapılan “bireysel başvurular” ile bir devletin başka bir devlet aleyhine yapmış olduğu “devletlerarası başvurulardır.”²⁹

Başvuruların kabul edilebilmesinin esas şartı, başvuranın kendi egemenliği altında bulunduğu ülkesindeki iç hukuk yollarını tüketmiş olmasıdır. Yani ilgili dava ulusal hukukta kesinleşmesi için gereken bütün aşamalardan geçirilmiş olmalıdır.

Yargılama alenidir ve çekişmeli yargılama ilkesine uygundur. İnceleme genelde yazılı olarak yapılır duruşma usûlü ise istisnadır. Başvurucular, kendileri veya avukat aracılığı ile müracaat edebilirler fakat başvuru dilekçesi hükûmete bildirildiğinde başvurucular avukat tarafından temsil edilmek zorundadır.

²⁶ Musa Sağlam, “Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri” ed.: Musa Sağlam, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, **Avrupa Konseyi**, Ankara, 2013, s.7.

²⁷ Doğru, Nalbant, a.g.e., s.3.

²⁸ Sağlam, a.g.e. s.6,7.

²⁹ Doğru, Nalbant, a.g.e., s.4.

Mahkemenin resmi dili Fransızca ve İngilizcedir fakat başvurular taraf devletlerin dillerinden birisi ile de yapılabilir.³⁰

Mahkeme kural olarak dört farklı düzeyde inceleme ve yargılama yaparak çalışır. Bir yargılamanın hangi düzeyde incelenebileceği ilk inceleme sırasında belirlenir fakat dosyaya yeni bilgi veya belgenin dahil olması veya Mahkeme içtihadının değişmesi sebebiyle bu durum değişebilir.³¹

11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce başvuruların ilk incelemesi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından yapılmaktayken mevcut uygulamada Mahkeme'ye ulaşan her başvuru ilk olarak Yazı İşleri Müdürlüğü hukukçuları tarafından ele alınır. Açıkça kabul edilebilirlik kriterlerini karşılamayan bir başvuru (bu başvurular, Sözleşme'nin 34 veya 35. maddesindeki şartları taşımayan başvurulardır.) Tek Hakim tarafından karar verilir ve karar alınmak üzere Komite ya da Daire önüne gönderilir.³²

Yerleşik içtihat oluşmuş konuları içeren başvurular üç hakimden oluşan Komite tarafından karara bağlanır. Komitelerde usûl Dairelere göre daha basit ve hızlıdır. Tek hakim ya da Komite önüne gelmeyen başvurular Daireler tarafından görüşülür. Dairede o başvuru ile ilgili bir raportör tayin edilirken, başvurunun yöneltildiği taraf devlet hakimi de otomatik olarak o müzakerede bulunur.³³

Yukarıda belirttiğimiz iki gruba da girmeyen davalar, Daire tarafından görülür. Daire yedi hakimden oluşur ve kararlarını oy çokluğu ile alır. Daire, davanın hem kabul edilebilirliği hem de esası hakkında karar verme yetkisine sahiptir.³⁴

³⁰ Sağlam, a.g.e., s.6,7.

³¹ Doğru, Nalbant, a.g.e., s.3.

³² Sağlam, a.g.e., s.7.

³³ a.e., s.8.

³⁴ Doğru, Nalbant, a.g.e., s.4.

Daire, Sözleşme'nin ihlal edildiği yönündeki tespiti neticesinde AIHS'nin 41. maddesine göre bir miktar paranın başvurucaya ödenmesine ve/veya AIHS'nin 46. maddesi kapsamında ihlale neden olan düzenlemenin veya problemin çözümü için yapılması gerekenler yönünde direktifler de verebilir. Daire tarafından verilmiş kararlar taraflarca üç ay içinde Büyük Daire önüne getirilebilir. Taraflar bu süre içerisinde her hangi bir talepte bulunmamışlar veya var olan taleplerinden vazgeçmişlerse veya talep beş kişilik Panel tarafından reddedilmişse Daire kararı kesinleşir.³⁵

Büyük Daire on yedi hakimden oluşur, yukarıda belirtildiği üzere Daire kararlarına karşı taraflarca davanın önüne getirilmesi veya kendi lehine bir Dairenin dosyadan el çekmesi sonucunda yargılama yapar. Daire, önündeki bir davada, Sözleşme'nin yorumu ile ilgili bir sorun tespit ettiğinde veya daha önce verilmiş bir karar ile çelişki oluşturacaksa Büyük Daire lehine dosyadan el çekebilir. Daire kararı aleyhine taraflarca Büyük Daireye müracaat edilmişse itiraz edilen kararda görev alan Daire hakimleri Büyük Dairenin oluşumunda görev alamazlar.³⁶

Yargılamanın her aşamasında Mahkeme, taraflara “dostane çözüm” önerisinde bulunabilir. Dostane çözümün Mahkeme tarafından kabul edilebilmesi Taraf devletin başvurucaunun iddialarını kabul etmesi ve başvurucaunun zararını karşılama ya da bu zararı önleyici tedbirler alma yükümlülüğünü kabul etmesi durumunda gerçekleşmektedir. Tarafların bir şekilde uzlaşması durumunda Mahkeme başvuruyu gündemden düşürür. Fakat tarafların bir uzlaşmaya varamamaları durumunda bu defa iddiaları kabul eden devlet zararı tazmin eden “tek taraflı deklarasyon” bildiriminde bulunabilir. Bu tek taraflı deklarasyonun kabulü durumunda da başvuru gündemden düşürülür. Bu iki çözümden ilki Sözleşme’de yer alırken ikincisi uygulama ile ortaya çıkmıştır, her iki çözüm yolunun kullanımı yıllar geçtikçe yaygınlaşmaktadır.³⁷

³⁵ Sağlam, a.g.e., s.8.

³⁶ Doğru, Nalbant, a.g.e., s.4.

³⁷ a.e., s.8.

Mahkemenin kesin nitelikteki kararları ilgili oldukları devlet tarafından bağlayıcıdır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararlarının uygulanmasından sorumludur. Dostane çözüm kararlarının infazının denetimi de aynı organ tarafından yapılmaktadır.³⁸

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Özellikleri

A. Mahkeme Kararlarının Uygulanmasının Denetimi: Bakanlar Komitesi

Mahkeme kararlarının denetimi Sözleşme ile Avrupa Konseyi'nin yürütme ve karar organı olan, siyasi niteliğe sahip Bakanlar Komitesi tarafından yerine getirilir. Sözleşme'nin 46/2. maddesi "Mahkemenin kesinleşmiş son kararı bunun uygulanmasını denetleyecek Bakanlar Komitesi'ne gönderilir" şeklindedir.

Bakanlar Komitesi, kararların infazından sorumlu bölüm ve hakkında karar verilmiş olan ülkeyle birlikte söz konusu kararın nasıl uygulanacağı ve bu nitelikteki ihlallerin engellenmesi konusundaki önlemleri belirler. Mahkeme Sözleşme'nin ihlali durumunda başvuranın bir zarara uğradığını tespit ederse adli tazmine hükmeder. Yani taraf devleti zarara uğrayan başvurucuya belli bir miktar para ödenmesine mahkûm eder. Bakanlar Komitesi hükmedilen bu miktarın taraf devletçe başvurucuya somut olarak ödenip ödenmediğini denetler.³⁹ Yani Bakanlar Konseyi Mahkeme kararlarının taraf devlet tarafından yerine getirilmesini sadece denetler, bu hususu tespit eden bir karar verir. Bu karar kesindir. Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararının infazı için davalı devlete bir bildirimde bulunur. Mahkeme kararının yerine getirilmesi için ne gibi önlemler alındığının bildirilmesini ister fakat bu konuda herhangi bir öneride bulunmaz. Davalı devlet bu doğrultuda Mahkeme kararının yerine getirilmesi konusunda aldığı önlemleri Bakanlar Komitesi'ne ayrıntılı bir şekilde bildirmekle yükümlüdür. Bakanlar Komitesi Mahkeme kararının yerine getirilmesi noktasında

³⁸ a.e., s.8,9.

³⁹ a.e., s.7.

tatmin edici bir sonuç alana kadar konuyu gündeminde tutar, hükmün yerine getirildiğini de bir karar ile saptayarak denetim görevini yerine getirmiş olur.⁴⁰

B. Kararlarının Bağlayıcılığı

Mahkeme kararları kesindir. Yukarıda belirttiğimiz usûl ile Mahkeme kararları kesinleşmektedir. Kesinleşmiş Mahkeme kararları nispi niteliktedir yani davanın konusu ile sınırlı olmak üzere, yalnızca davanın taraflarını bağlamaktadır. Bu kararların herkes için sonuç doğuran özelliği olmadığından, bir başkası herhangi bir kararın somut bir şekilde kendisine uygulanmasını talep edemeyecektir.⁴¹

Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca taraflar Mahkeme kararlarına uymak zorundadır ve bu denetim Bakanlar Komitesi tarafından yerine getirilmektedir.

C. Mahkeme Kararlarının İç Hukuka Etkisi ve Uygulanması

AİHS'nin 41, 44, 45 ve 46. maddelerindeki düzenlemeler gereğince, AİHM kararları iç hukukta doğrudan etki oluşturamazlar, ancak iç hukukun izin vermesi halinde bu mümkün olabilmektedir.⁴² Uluslararası hukukta “cebri icra” yoktur. Devletlerin egemenliklerine bağlı olarak kendi ülkeleri üzerinde hukuku tayin etme yetkileri vardır. Mahkeme'nin kararı sonucu, bir hakkın ihlalinin olduğunun saptanması sadece “tespit” mahiyetindedir. Karar doğrudan iç hukukta değişiklik yapmaz. Örneğin hak ihlaline sebep olan işlem, Mahkemenin kararıyla kendiliğinden ortadan kalkmaz. Mahkeme söz konusu kararıyla dava konusu işlemin veya eylemin Sözleşme'ye aykırı olduğunu belirtmekle yetinir. Bu karar üzerine Taraf devletler iç hukukta gereğini yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu sebeple Avrupa Konseyi

⁴⁰ Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.138.

⁴¹ a.e., s.132.

⁴² Arıkoğlu, a.g.m., s.93.

Bakanlar Komitesi Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ile değil, bunların yerine getirilmesini gözetmekle görevlendirilmiştir.⁴³

Taraf devlet, söz konusu ihlali ortadan kaldırmak için Mahkeme'nin hüküm fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurmalıdır. Taraf devlet ihlali ortadan kaldırmak için başvuracağı yolu seçme hususunda serbesttir. Fakat bunun yanında Mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde özellikle dikkat edilmesi gereken hususlar şu şekilde belirtilmiştir.⁴⁴

- Mahkeme kararındaki “ihlâl” hususunun ortadan kaldırılabilmesi için fiili imkânsızlıklar dışında, söz konusu ihlâlin ve bu ihlâl neticesinde ortaya çıkan sonuçların ortadan kaldırılması gerekmektedir.
- Bu sonuçların ortadan kaldırılmasına yönelik faaliyetlerin neler olacağını Taraf devlet Mahkeme kararının gerekçesini okuyarak kendisi bulacaktır.

Bazen meydana gelen hak ihlalinin ortadan kaldırılması için devletin organlarının (yasama, yürütme veya yargı) merkezi yönetim veya hizmet yerinden yönetim kuruluşları veya yerel yönetimlerden her hangi birinin devreye girmesi gereken durumlar olabilir. Mahkeme kararlarında organlardan hangisinin sorumlu olduğu yönündeki tespitten özellikle kaçınılmazdır. Çünkü aslolan Devletin bütün organlarıyla birlikte sorumlu tutulmasıdır.⁴⁵

Mahkeme kararı ile yargı organlarımızca verilen bir kararın Sözleşme'ye aykırılığı saptanmışsa; hukukumuzda ya kanun değişikliği yapılarak ya da “kararın düzeltilmesi”⁴⁶ “yargılamanın yenilenmesine” gidilerek olağanüstü kanun yoluna

⁴³ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.133, 134.

⁴⁴ a.e., s.133.

⁴⁵ a.e., s.134, 135.

⁴⁶ 7.11.2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bölge Adliye Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemelerinin Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar gereğince; istinaf yargı yolu 20.7.2016 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, karar düzeltme müessesesi yürürlükten kalkmıştır.

başvurulur.⁴⁷ Fakat AİHM kararlarında, taraf devletlerin yargılanmanın yenilenmesi yolunun iç hukuklarında düzenlenmiş olmasının zorunlu olmadığı belirtilmektedir. Bakanlar Komitesi bazı durumlarda ihlalin ortadan kaldırılabilmesinin yargılamanın yenilenmesi veya dosyanın yeniden incelenmesi ile mümkün olabileceğini, taraf devletlerin bu yönde yasal değişikliğe gitmelerini tavsiye etmiştir. Sözleşme'ye taraf devletlerin çoğunda ceza yargılamalarında yargılamanın yenilenmesi kabul edilmişken az sayıda ülkenin hukuk yargılamasında yargılamanın yenilenmesi kabul edilmiştir.⁴⁸

Mahkeme kararı ile iç hukuk düzenlemesinin Sözleşme'ye aykırılığı saptanmışsa; bunun tek yolu davalı devlet tarafından mevzuat değişikliği yapılarak, dava konusu düzenlemenin Sözleşme'ye uygun hale getirilmesidir. Fakat soyut bir mevzuatın Sözleşme'ye aykırı olduğu iddiası bireysel bir başvuruya konu olamaz, ancak Sözleşme'ye taraf devlet tarafından diğer sözleşen devlet aleyhine bu yola müracaat edilebilir. Fakat bazı hallerde de soyut bir mevzuatın uygulanmadan dahi bireyler üzerinde ihlal neticesi doğurduğu tespit edilebilir. Bu durumda da Mahkeme mevzuatın Sözleşme'ye aykırılığını saptarsa, söz konusu düzenlemenin Sözleşme'ye uygun hale getirilmesi için değiştirilmesi gerekmektedir.⁴⁹

Mahkeme kararı ile somut olarak mevzuatın uygulanmasından bir ihlalin doğduğuna hükmedilmişse; bu durumda ikili bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Eğer ihlale sebep olan durum iç hukuktaki düzenlemenin kendisi ise yukarıda belirttiğimiz gibi mevzuat değişikliğine gidilecektir. Fakat somut olarak kişiye uygulanmasıyla bir ihlal söz konusu olmuşsa bu durumda başvuranın zararı tazmin edilecektir.⁵⁰

⁴⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.126.

⁴⁸ Arıkoğlu, a.g.m., s.95.

⁴⁹ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.135,137.

⁵⁰ a.e., s.136.

Bazen de ihlal, mevzuattaki bir boşluktan kaynaklanmaktadır. Bu durumda taraf devlet “pozitif görevini” yerine getirmemiş olur. Taraf devlet açısından da bu durumda mevzuat boşluğunun doldurulması gerekmektedir.⁵¹

Son olarak ihlalin başlı başına bir mevzuattan değil, kanun hükmünün Sözleşmeye aykırı yorumlanıp uygulanmasından kaynaklanmış olması halinde kararın infazı sadece bu ihlalden etkilenen birey üzerinde etki doğuracaktır. Fakat bu ihlal üzerinde uygulama ve içtihadta bir değişikliğe gidilmelidir.⁵²

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukundaki Yeri

1. Genel Olarak

Geçmiş Eski Yunan’a ve Roma’ya kadar uzanan insan hakları kavramı hemen hemen her dönemde devlet adamlarının, düşünürlerin gündeminde yer almıştır. Günümüze kadar da güncelliğini koruyan İnsan hakları kavramı ile hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmıştır.⁵³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin eski başkanı Louis Pettiti:

İnsan hakları söz konusu olduğunda, uygulanması gereken tek bir geçerli ilke vardır ve bu ilke, koruyucu tedbirin etkililiğidir. Geri kalan her şey diplomatik dil, karşılaştırmalı hukuk academiciliği, resmi açıklama, öz tatmin ve hukukun üstünlüğü görünümünden ibarettir.⁵⁴

⁵¹ a.e., s.137.

⁵² a.e., s.127.

⁵³ a.e., s.4.

⁵⁴ Françoise Tulkens, “Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, Ankara, **Türkiye Adalet Akademisi Yayınları**, Aralık, 2009, s.17

Diyerek, insan hakları ile ilgili etkililikte koruyucu tedbirin önemine vurgu yapmıştır. İnsan haklarının ulusal ve uluslararası düzeyde etkililiği noktasındaki en önemli husus şudur ki; uluslararası mekanizmaların insan hakları noktasındaki hayati faaliyetleri yadsınamaz bir gerçektir, fakat insan haklarının etkili bir biçimde korunması ulusal düzeyde başlar ve biter. Bu sebeple AİHM’de belirtilen hak ve özgürlüklerin teminat altına alınmasındaki temel sorumluluk yerel kuruluşlardadır.”⁵⁵

Buradaki asıl mesele ulusal kuruluşların uluslararası antlaşmaları nasıl yorumlayacağı ve iç hukukunda nasıl uygulayacağıdır. Bu anlamda AİHS'nin Türk hukukundaki etkisinin, kurallar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesi önemlidir.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özellikleri

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'yı birleştirmek için kurulan Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan AİHS 1950 yılında kabul edilmiştir. 1953 yılında yürürlüğe giren Sözleşme, Avrupa Konseyi üyesi olan kırk yedi devlet tarafından onaylanmıştır. Üye devlet sayısının çokluğu bazı gelişmeler açısından olumlu karşılanmakla birlikte, söz konusu Sözleşme'yi yorumlayan AİHM açısından Sözleşme'nin yorumu ve uygulanması noktasında yeni sorunlar ortaya çıkarmış ve Mahkeme'nin iş yükünü arttırmıştır.⁵⁶

Sözleşme'nin ortaya çıkışındaki amaçlar şu şekilde belirtilmiştir.⁵⁷

1- Konsey üyeliğinin meydana getirdiği yükümlülüklerin bir nebze detaylandırılması ihtiyacı,

⁵⁵ a.e.

⁵⁶ D.J. Harris, v.d., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s.1,2.

⁵⁷ a.e., s.1.

2- Avrupa’da geçmişte ve bugün yaşanan olaylara bir yanıt niteliğinde oluşturması ihtiyacı,

3- İkinci Dünya Savaşı sonrası Sovyetler Birliği’nden yayılan komünizme engel olmak isteği,

4- Batı Avrupa devletlerinin savunduğu ilkelere ilişkin sembolik bir beyan ortaya koymak,

5- İkinci Dünya Savaşı’nda meydana gelen ciddi insan hakları ihlallerine karşı bir tepki.

Asıl amacı İnsan Hakları konusunda Batı Avrupa ülkeleri’nin dikkatini çekerek, insan hakları ihlallerine bir tepki olarak ortaya çıkan Sözleşme’nin, bu ihlallerin ortadan kaldırılmasına yönelik taraf devletlere uyarı niteliğinde olacağı düşünülse de bu işlevi gerçekleştiremediği ortaya çıkmış, şu ana kadar çok az sayıda devletlerarası başvuru gerçekleşmiştir.⁵⁸

Sözleşme ağırlıklı olarak medeni ve siyasi hakları koruma altına almıştır.⁵⁹ Bu durum ekonomik, sosyal ve kültürel hakların daha az önemsendiği anlamına gelmemektedir. Ortaya çıktığı zamanın koşulları değerlendirildiğinde, insan haklarının yoğun bir şekilde gündeme geldiği bir dönemde, devletlerin kısa sürede kabul edebilecekleri bir sözleşmeye acil olarak ihtiyaç duyulmasından kaynaklanmaktadır.

AİHS bölgesel niteliktedir fakat büyük ölçüde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nden esinlenmiştir. Beyannamede belirtilen hakların korunması için herhangi bir yargılama mekanizması bulunmazken, Sözleşme’nin içeriğindeki hakları yorumlayan etkili bir yargısal denetim mekanizması vardır.⁶⁰ Hem devlet hem de

⁵⁸ a.e., s.2.

⁵⁹ Sözleşme mülkiyet hakkı, eğitim hakkı (1 No’lu Protokol, madde 1 ve 2) ve eşler arasında eşitlik (7 No’lu Protokol, madde 5) güvenceleri ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklara da temas etmiştir. Ayrıca bu iki kategori arasında, zorla çalıştırma yasağı (Sözleşme, madde 4) aile yaşamına saygı hakkı (Sözleşme, madde 8) ve örgütlenme özgürlüğünde (Sözleşme, madde 11) olduğu gibi belirli örtüşmeler söz konusudur. 12 No’lu Protokol’de yer alan ayrımcılık yasağı güvencesi genel olarak uygulanmaktadır.

⁶⁰ Nuri Alan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Paneli” Ankara, **Türkiye Barolar Birliği**, 2003, s.17.

bireysel başvuru usûlü öngör÷lmüştür. Sözleşme'nin 33. maddesinde devletlerin başvuruları ile ilgili olarak “ her taraf devlet, sözleşmeye taraf başka bir devletin bir hakkı ihlal ettiği iddiasıyla başvuru yapabilmektedir” denilmektedir. Uygulamada daha çok bireylerin başvurusu önem kazanmıştır. 34. maddeye göre, tüm taraf devletler Sözleşme'nin ihlal edilmesinden dolayı mağdur olan herkesin (uyruğuna bakılmaksızın) başvuru yapması hakkını tanımış bulunmaktadır.⁶¹

Sözleşme ile öngör÷len denetim sisteminin iç hukukun tamamlayıcısı (ikincil) olmasının bir sonucu olarak, bireylerin Sözleşme'de öngör÷len haklardan yararlanabilmeleri için iç hukuk yollarını tüketmeleri gerekmektedir.⁶²

AİHS' nin Türk hukukuna iki önemli katkısı olmuştur. Birincisi; Sözleşme'de yer alan temel hak ve özgürlüklerin çoğu 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almaktadır. 1982 Anayasasının Kişinin Hak ve Ödevlerini düzenleyen bölümlerinin Sözleşme'deki düzenlemelere çok benzediği görülecektir. Bu tabloya bakıldığında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin AİHS'ni etkilediği, AİHS'nin de Türk Anayasalarını etkisi altına aldığı gör÷lmektedir. Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin tüm toplumların insan hakları alanındaki tarihi geçmişinin ortak mirası olduğu düşün÷ldüğünde, AİHS'nin de toplumların ortak anayasası olduğu kabul edilebilecektir.⁶³

Sözleşme'de bulunan hak ve ödevlerin taraf devletlerce korunması amacıyla İnsan Hakları Komisyonu kurulmuştur, Türkiye bu Komisyonun yargı yetkisini 1987 yılında kabul etmiştir. Türkiye'de yaşayan yabancı veya vatandaşların Sözleşme'de korunan haklardan birinin ihlal edildiği iddiası ile bu Komisyon'a başvurabilmeleri Sözleşme'nin Türk hukukuna olan ikinci katkısı olmuştur.⁶⁴

⁶¹ Harris, v.d., a.g.e., s.4.

⁶² Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s.26.

⁶³ Suat Bilge, “ İnsan Hakları ve Türkiye”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 46, Mart 1989, S.2, s.309.

⁶⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s.26.

Ayrıca bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla birlikte AİHS ile kanunlarımızın kıyaslanması gündeme gelmiştir.⁶⁵

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri

A. Genel Olarak

Uluslararası nitelikteki bir antlaşmanın bir devletin iç hukukunda nasıl ve ne şekilde uygulanabileceği, uluslararası ve/veya ulusal pozitif hukukun konusuna girmekle birlikte hukuk ötesi boyutları da içinde barındırır. Bu doğrultuda insan haklarına ilişkin iç hukuk düzenindeki hak ve özgürlükler noktasında uluslararası hukukun belirleyiciliği önemlidir. Bu belirleyicilik hukuki araçlar sayesinde mümkün olurken, asıl mesele bu hukuki araçların iç hukuk düzenindeki etkisi ve normlar hiyerarşisindeki yerinin tespitidir.⁶⁶

Türkiye Avrupa Konseyi'ne 13 Nisan 1950'de üye olmuş, AİHS'ni 4 Kasım 1950'de imzalamış ve 1954'te onaylamıştır. Sözleşme, 18 Mayıs 1954'te Türkiye için yürürlüğe girmiştir. 25 Eylül 1989 tarihli ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de AİHM'nin yargı yetkisi kabul edilmiştir.⁶⁷ 11 No'lu Protokol'ün imzalanıp onaylanmasıyla Komisyon ve Divanı birleştiren, AİHS'nin uygulanmasını sağlayan AİHM'nin bireysel başvurular için yargı yetkisi süresiz olarak tanınmış bulunmaktadır.⁶⁸

⁶⁵ a.e.

⁶⁶ Turgut Tarhanlı “Bilinçaltındaki Devlet Haklarından İnsan Haklarına: Türkiye Hukuk Düzeninde Uluslararası Hukuk”, Ed.: Birsen Erdoğan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’de İnsan Hakları Derleme Eserler**, 1. Cilt s.31.

⁶⁷ Sami Selçuk, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması” **Yargıtay Dergisi** Temmuz 1999, Cilt 25, S.3, s.400.

⁶⁸ Arıkoğlu, a.g.m., s.97.

Sözleşme’de düzenlenen haklar, esas itibarıyla hem 1961 hem de 1982 Anayasalarında güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası, 1961 Anayasasına göre AİHS ile Türk hukuku arasındaki benzerlik bakımından daha ileri aşamadır. Hem korunan hak ve hürriyetler açısından hem de hakların sınırlandırılması açısından, 1961 Anayasasına göre 1982 Anayasası, AİHS ile daha fazla benzerlik göstermektedir.⁶⁹ Aslında 1982 Anayasasında yer alan haklar ilk etapta AİHS ile tam anlamıyla uyumlu olmasa da aradan geçen zaman içerisinde uyum yasalarıyla Anayasada gerekli değişiklikler yapılmıştır. 7 Mayıs 2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik bunun en önemli adımlarından birini oluşturmaktadır.

Türkiye, Avrupa Konseyi’nin Almanya, Portekiz, Avusturya, İspanya ve Finlandiya gibi ülkelerden önce üyesi olmuştur. Türkiye, Avrupa’nın ortak mirasının oluşturulması için, insan hakları ve demokrasi alanındaki çalışmalarda önemli katkılarda bulunmuştur. Bu katkılardan en önemlisi, Avrupa Konseyi Uzmanlar Komitesi’ndeki Türk temsilcisi tarafından, Türkiye’de her türlü aşırı fikrin propagandasının yapılmasını önleyen kanun maddesine dikkat çekerek (756 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 141 ve 142. maddeleri) hakların kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amacıyla Sözleşme’ye 17. maddenin dahil edilmesini sağlamak olmuştur.⁷⁰

1982 Anayasası’nın 90. maddesiyle usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı düzenlenmiştir. 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile “temel hak ve özgürlüklere” ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda, uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükmü getirilmiştir.

⁶⁹ Necmi Yüzbaşıoğlu “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine” **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt II, Mayıs 1994, S.1, s.29.

⁷⁰ Gözlüoğlu, a.g.e., s.346.

2004 yılındaki İlerleme Raporunda⁷¹ 5170 sayılı Kanun ile Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişikliğe değinilmiş, AIHS'nin Türk yargı sistemindeki üstünlüğünün pekiştirildiği ve doğrudan uygulanabilirliğinin derinleştirildiği ifade edilmiştir.⁷²

Uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki hiyerarşik yerini doğrudan doğruya düzenleyen tek hüküm, Anayasanın 90. maddesidir. Söz konusu madde oldukça muğlâk ve çeşitli tartışmalara müsait bir düzenlemedir. 2004 yılı Anayasa değişikliğinde, 90. maddeye eklenen fıkra ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlar karşısındaki konumuna ilişkin tartışmalar sona ermemiştir. Ancak, farklı bir boyut kazanmıştır. Bu konudaki farklı görüşleri, Anayasamızın 90.maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten önceki ve sonraki tartışmalar şeklinde iki başlıkta inceleyeceğiz.

B. 5170 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Öncesi Durum

Anayasanın 90. maddesine 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun ile eklenen cümleden önceki hali “Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.” şeklindeydi.

⁷¹ İlerleme Raporu: Katılım Ortaklığı Belgesi ve Ulusal Program dışında adaylık statüsü kazanılmasıyla beraber hazırlanmaya başlanan bir belge olup; Komisyon aday ülkenin müktesebata uyum alanında kaydettiği ilerlemeleri ve bu alanda gözlemlediği eksiklikleri yıllık bazda ilerleme raporlarıyla değerlendirir. (<http://www.ab.gov.tr/46224.html>) (Erişim Tarihi: 20.5.2017)

⁷² *Mayıs 2004 anayasa değişikliği paketi ile aynı zamanda Anayasanın 90. maddesi gözden geçirilmiş ve Türkiye tarafından onaylanan uluslararası andlaşmaların ve Avrupa Sözleşmelerinin iç hukuka üstünlüğü ilkesi kabul edilmiştir. İnsan hakları ve ulusal mevzuat ile ilgili olarak uluslararası anlaşmalar arasında bir anlaşmazlık olduğunda, Türk mahkemeleri, uluslararası anlaşmaları uygulamak zorunda kalacaktır*

İnsan hakları alanında uluslararası anlaşmaların üstünlüğünü sağlayan Mayıs 2004 anayasa değişikliği, Türk adliyesinin AIHS'yi doğrudan uygulama kapasitesini güçlendirmektedir. https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2004.pdf (Erişim tarihi: 20.5.2017), s.19, 24.

Türk hukukunda usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların “kanun hükmünde” hukuksal değer taşıdığı, kanun gücünde olduğu ve iç hukukta doğrudan uygulanabileceği kabul edilmiştir. Antlaşmalar, bundan sonra tıpkı kanunlar gibi Yargı ve Yürütme Organlarını bağlayacaktır.⁷³

2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile Anayasada yapılan değişiklik öncesinde, uluslararası antlaşmaların iç hukukumuzdaki yeri konusunda herhangi bir açık hüküm bulunmadığından doktrinde tartışmalara neden olmuştur.⁷⁴

Bütün bu tartışmaların esas odağını genel olarak uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yeri oluşturmaktadır. Bu konuda iki kuramsal görüş söz konusudur.⁷⁵ İkinci (düalist) görüş olarak adlandırılan ilk görüşe göre; uluslararası hukuk ile iç hukuk birbirinden farklı ve bağımsız iki ayrı hukuk düzenini oluşturmaktadır. Alman hukukçu H. Triepel ve İtalyan hukukçu D. Anzilotti tarafından savunulan bu görüşün temelinde iki temel nokta vardır. İlki her iki hukuk düzeninin düzenlemiş olduğu hukuk düzeni birbirinden farklıdır, ikinci husus her iki hukuk düzeninin kurallarının değişik kaynaklardan doğmasıdır. İkinci görüşün kabul edilmesi halinde; i) bir hukuk düzenindeki kurallar diğer hukuk düzeninde etki doğurmaz, ii) hukuk düzenleri birbirinden bağımsız olduğu için çatışma söz konusu değildir, iii) bir

⁷³ Türk hukuk sisteminde antlaşmaların yapılmasında Anayasanın “Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesi ve 104. maddesinde Cumhurbaşkanına milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak görev ve yetkisini veren ilgili bendi, 31.5.1963 tarih ve 244 sayılı “Milletlerarası andlaşmaların yapılması, yürürlüğe girmesi ve yayınlanması ile bazı andlaşmaların yapılması için Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi hakkında kanun” (R.G., 11.6.1963, 11425), 5.5.1969 tarih ve 1173 sayılı “Milletlerarası münasebetlerin yürütülmesi ve koordinasyonu hakkında kanun” (R.G., 17.5.1969, 13201), 5.3.1973 tarihli T.B.M.M. İctüzüğü (Metnin ilk hali için bkz. R.G., 13.4.1973, 14505), 244 ve 1173 sayılı Kanunların uygulanmasına ilişkin Başbakanlık Genelgesi (R.G., 21.5.2008, 26882) ve 23.5.1969 tarih ve GİK Y 110, 119, 69/3 sayılı 1173 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin Dışişleri Bakanlığının Türkiye’deki yabancı devlet büyükelçilikleri ya da uluslararası örgütler temsilciliklerine gönderdiği genel nota esas alınmaktadır. Daha geniş bilgi için bkz., Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s.71.

⁷⁴ Sibel İnceoğlu, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi” İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, **Avrupa Konseyi**, Ankara, 2013, s.7.

⁷⁵ Arıkoğlu, a.g.m., s.98., Edip Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl 9, 1988, Sayı 1-3, s.48.

hukuk düzeninin diğer hukuk düzeninden faydalanabilmesi için atıf ya da iktibas yapılması gerekmektedir.⁷⁶

Tekçi (moniste) olarak adlandırılan diğer bir görüşe göre; dünyadaki hukuk düzeni tek bir düzendir, uluslararası hukuk ile iç hukuk bu hukuk düzeninin parçalarıdır. Bu durumda hiyerarşide bu hukuk düzenlerinden hangisinin üstün olduğu sorunu gündeme gelmektedir. Burada da iki görüş ortaya çıkmaktadır. Birinci görüşe göre göre; uluslararası alanda devletler üstü bir otorite bulunmadığı ve antlaşmaların yapılabilmesi için yetkinin anayasadan alınmış olması sebebiyle iç hukuk uluslararası hukuktan üstündür. Çoğunluğun kabul etmiş olduğu uluslararası hukukun iç hukuktan üstün olduğu yönündeki diğer görüş de gerçekçi okul ve normcu okul olmak üzere iki ana okul çerçevesinde toplanmıştır. Gerçekçi okul görüşünde toplumsal yaşam insanın doğasında yer aldığından bu hukuk düzenlerinin birbirleriyle çatışması mümkün değildir. Bu nedenle her toplumsal kural kendisiyle çatışan iç kurala üstündür. Normcu okul görüşünde ise; birbirleriyle eşit bir şekilde var olan iç hukuk kurallarının uygulama alanlarını düzenlemek ve çatışmanın ortaya çıkması durumunda bu çatışmanın ortadan kaldırılması ancak iç hukuk düzeninden üstün olan uluslararası hukuk ile mümkündür.⁷⁷

2004 yılında yapılan düzenleme öncesinde usûlüne uygun bir şekilde yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırı oldukları iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı belirtilmiştir. Fakat bu hüküm tek başına, aynı konuda birbirinden farklı hükümler içeren kanun ve uluslararası antlaşmaların hangisinin esas alınacağı konusunda bir açıklık getirmemektedir. Bu düzenleme kanunlar ile uluslararası antlaşmaların hiyerarşisi konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Aynı konuyu düzenleyen antlaşma ile kanunların birbirine aykırı hüküm içermesi durumunda antlaşmanın mı yoksa kanunun mu esas alınacağı sorunu ortaya

⁷⁶ Pazarıcı, age., s.18,19.

⁷⁷ a.e. s.19,20.

çıkıştır. Antlaşma mı esas alınacak yoksa sorun önceki-sonraki, özel-genel kanunlar ilkesine göre mi çözümlenecektir?⁷⁸

Bazı yazarlarca Anayasadaki bu hükmün sonradan çıkarılacak kanunun antlaşmaya aykırı olmayacağına ilişkin bir düzenlemeyi içermediği gerekçe gösterilerek antlaşmaları kanuna eşdeğer görmüşlerdir. Yine kanunları antlaşmalara eşdeğer gören bu görüşe göre, antlaşmaya aykırı olan kanunun geçerliliğini engelleyecek bir durum söz konusu değildir. Böyle bir durumda kanun ile antlaşma arasında bir çatışma olursa söz konusu bu durum “önceki kural-sonraki kural” ilkesiyle ortadan kaldırılmalıdır.⁷⁹

“Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir” cümlesinden hareket eden yorumcular, kanunlar ile uluslararası antlaşmaları kanunlar ile eşit görürken, “bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” hükmünü esas alan yorumcular ise antlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu iddia etmişlerdir.⁸⁰ Bu haliyle iç hukukun bir parçası haline gelen antlaşmalar Anayasaya aykırı olsa bile uygulanacaktır. Dolayısıyla uluslararası antlaşmaları üstün gören görüşe göre “önceki kural-sonraki kural” ilişkisi uygulanmayacaktır.⁸¹

Gülmez, “kanun hükmündedir” kelimesinin nasıl anlaşılması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir.⁸²

⁷⁸ Bilge, a.g.m. s.312.

⁷⁹ Said Vakkas Gözlügöl, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.455.

⁸⁰ Osman İpkin, “5170 Sayılı Kanunun İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Konumuna Etkisi” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s.10.

⁸¹ Gözlügöl, a.g.e., s.455.

⁸² Mesut Gülmez, “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar” **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 21, Aralık 1988, S. 4, s.41.

...uluslararası antlaşmaların kurallar sıralamasındaki yerinin belirlenmesine değil hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunun düşündüğümüz 'kanun hükmünde' sözcüklerini, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk kurallarının eşdeğer olduğu biçiminde yorumlamamak, koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşmenin, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı yolunda değerlendirmek daha doğrudur.

Gülmez bu ifadelerle, hiyerarşiyi ifade etmediğini belirttiikten sonra, uluslararası sözleşmelere karşı Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülemeyeceği kuralına dayanılarak, uluslararası hukukun ulusal hukuktan üstün olduğu ve Anayasa ile çatışan uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcı olduğu yolundaki “birci” görüşü savunduğunu ifade etmiştir.⁸³

Anayasanın 90. maddesinin bu hükmü, yasama organına sözleşmeye aykırı düzenleme yapmama yükümlülüğü getirebileceği gibi, sözleşmeye aykırı bir yasanın yargı organınca uygulanmama yükümlülüğü de getirebilir.⁸⁴

Anayasanın 90. maddesine göre usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Bu durumda milletlerarası antlaşma Anayasaya aykırı olsa bile Anayasa Mahkemesine götürülemeyecektir. Milletlerarası antlaşmalar usûlüne uygun bir şekilde yürürlüğe girdiğinde kanunlaştığından bu durum bize mevcut bir kanunun antlaşma ile değiştirilebileceğini göstermektedir.⁸⁵

Yukarıda bahsedilen durumun tersi düşünülecek olursa; yani sözleşmeye aykırı bir kanunun çıkarılması ve uygulanması mümkün müdür?

⁸³ a.e.

⁸⁴ İnceoğlu, a.g.m., s.7.

⁸⁵ Bilge, a.g.m., s.312.

Bilge'ye göre, bu sorunun cevabı ancak uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde verilebilir. Uluslararası antlaşmalar, antlaşma metninde belirtilen fesih tarihinden önce, taraf devletler tarafından tek taraflı olarak feshedilemezler. Bu durum uluslararası hukukta “pacta sunt servanda” ilkesi yani, “ahde vefa” olarak açıklanmaktadır. Devletler bu ilke gereği, taraf oldukları antlaşmalara bir bütün olarak, tüm organlarıyla birlikte katılmaktadır. Antlaşma kapsamına giren her davranış taraf devleti bağlamaktadır. Bu hareketlerin kim tarafından yapıldığının da bir önemi yoktur. Bu kapsamda bir polisin fiili ile meclisin yasama faaliyeti arasında bir fark görülmemiştir. Aksi halde taraf devletin antlaşma ile yüklediği sorumluluklardan meclise telkin edeceği bir kanun ile kurtulabileceği söz konusu olup, bu durumun da uluslararası hukuk kurallarının dışında olduğu ifade edilmiş, dolayısıyla sonradan yapılan kanun ile antlaşmaların değiştirilemeyeceği belirtilmiştir.⁸⁶

Yüzbaşıoğlu'na göre ise; 1982 Anayasasının 90. maddesinde yer alan usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirten hükmün amacı, uluslararası antlaşmaların kurallar kademelenmesindeki yerinin belirlenmesi değil, uluslararası antlaşmaların Türk hukukunda ayrıca bir işlem yapılmasına gerek kalmadan ulusal hukuk içerisinde uygulanabileceği anlamındadır. Bu konuda asıl 1982 Anayasasının 2 ve 15. maddelerinin “uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeme” düzenlemesinin uluslararası hukukun üstünlüğüne vurgu yaptığını ifade etmektedir. Aynı zamanda Anayasanın 2. maddesinde insan haklarına yapılan göndermeler, uluslararası antlaşmaların ulusal hukukun üzerinde olduğunu göstermektedir. İnsan hakları hukukuna ilişkin antlaşmaların önce veya sonra yapılmış olmasının hiç bir önemi olmadan, kurallar kademelenmesinde kanunlardan ve Anayasadan üstündür.⁸⁷

Bazı devlet anayasalarında uluslararası antlaşmaların kanunlar karşısındaki durumu açıkça gösterilmiştir. Örneğin Hollanda Anayasasının 94. maddesinde, yasal düzenlemelerin uluslararası antlaşmalar veya uluslararası örgütlerin kararları ile çatışması durumunda uygulanmayacakları, Yunanistan Anayasasının 28/1

⁸⁶ a.e.

⁸⁷ Yüzbaşıoğlu, s.34.

maddesinde uluslararası sözleşme ve uluslararası hukukun genel kuralları ile çatışan yasa hükmünün uygulanamayacağı, yine Alman Anayasasının 25. maddesinde uluslararası kamu hukukunun genel kurallarının kanunlardan üstün olduğu ifade edilmiştir.⁸⁸

Anayasada 2001 yılında 4709 sayılı Kanun⁸⁹ ile yapılan değişiklik kapsamında Anayasanın 90. maddesine “Kanunlar ile milletlerarası antlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır.” cümlesinin eklenmesi Anayasa Komisyonunda kabul edilmiştir⁹⁰

Komisyonunda kabul edilen bu hükme dikkat edildiğinde kanunlara üstün tutularak uygulanacak uluslararası antlaşmaların konusuna ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Yani bir uluslararası antlaşmanın kanunlardan üstün tutulması için antlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması gerekmediği gibi usûlüne göre yürürlüğe konulmuş olması da aranmamıştır.

Genel kuruldaki görüşmeler sırasında üç değişiklik önergesi verilmiş fakat bu önergeler de uluslararası antlaşmaların niteliğini sınırlandırmamıştır.⁹¹

⁸⁸ İnceoğlu, a.g.m., s.7.

⁸⁹ 4709 sayılı Kanun metni için bkz. R.G.: 17/10/2001, 24556 mükerrer.

⁹⁰ Demokratik Sol Parti Genel Başkanı İstanbul Milletvekili Bülent Ecevit, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli, Anavatan Partisi Genel Başkanı Rize Milletvekili Mesut Yılmaz ile 288 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/803) (S. Sayısı : 737 ve 737'ye 1 inci Ek) 21. Dönem, 3. Yasama Yılı. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm> (Erişim Tarihi: 10.9.2017)

⁹¹ Değişiklik önergeleri: 1-Görüşülmekte olan 737 sıra sayılı kanun teklifinin çerçeve 30 uncu maddesiyle Anayasanın 90 ıncı maddesine eklenmesi öngörülen cümleye "halinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından usulüne göre kabul edilip yürürlüğe konulan" ibaresinin eklenmesi. 2-Kanunlar ile TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalara öncelik tanınır. 3- Normlar hiyerarşisinde; Anayasadan sonra milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu kanunlar gelir. Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim, 3/10/2001, a.e.,s.19,

Madde metninde uluslararası antlaşmaların tamamına kanunlardan üstünlük tanıyan teklif yeterli oyu alamadığı için Anayasa değişiklik paketinin dışında kalmıştır.⁹²

C. 5170 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası Durum

7 Mayıs 2004 tarihinde 5170 sayılı Kanun⁹³ ile Anayasanın 90. maddesinin sonuna bir cümle eklenmiştir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar ile kanunların çatışması halinde uluslararası antlaşma hükümleri esas alınacaktır.

Kanun teklifinin ilk hali uluslararası antlaşmalar arasında bir ayırım yapılmaksızın “Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” şeklindeydi. Maddenin gerekçesinde; insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta hangisine öncelik verileceği konusundaki

(https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=6085&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=30) (Erişim Tarihi: 10.9.2017)

⁹² Bursa Milletvekili Ertuğrul Yalçınbayır'ın Genel Kurul görüşmeleri sırasındaki konuşması bu konuda dikkat çekicidir. “İmzaladığımız uluslararası sözleşmeler, bizim insanlık haklarımızın güvencesi; Anayasamızdan dahi üstün olabilecek normları ifade eden hükümleri taşıyor. Bunları, Avrupa devletleri, Avrupa Konseyi, Avrupa anayasası içinde birleştirmeye çalışırken, biz daha da gerilere gitmeye, mutabakatları mutabakatsızlığa dönüştürmeye özel olarak gayret ediyoruz. Siyasî kriterleri Avrupa'ya takdim ettik, ulusumuza takdim ettik ve bir mutabakat metnini ileriye sürdük; ama, bundan süratle geri dönmek için elimizden geleni yaptık. Acaba, onbeş-onaltı saat içerisinde ne oldu; ne oldu da iradelerimiz değişti?” Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifinin eski 32 yeni 30 uncu maddesinin yapılan gizli oylama sonucunda 455 üye oylamaya katılmış, 244 Kabul, 201 Ret, 4 Çekimser, 5 Geçersiz, 1 Boş oy kullanılmış. Bu sonuca göre, bu madde, Anayasada belirtilen çoğunlukta oyu alamadığı için düşmüştür. Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim, 3.10.2001, s.20,23. (https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=6085&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=30) (Erişim Tarihi: 10.9.2017)

⁹³ 5170 sayılı Kanun metni için bkz. R.G.: 27/5/2004, 25469.

tereddütlerin giderilmesi amacı olduğu belirtilmiştir.⁹⁴ Fakat Anayasa Komisyonunda antlaşmaların “temel hak ve özgürlüklere” ilişkin olması hususu eklenmiştir.

Uluslararası antlaşmalar için yukarıda belirtilen tartışmaların hepsi AİHS için de geçerlidir. Kural olarak uluslararası antlaşmaların konusu devletlerdir ve devletlerarasındaki ihtilaflar konu edilmektedir. İnsan haklarını düzenleyen uluslararası antlaşmaların konusu ise insandır, yani herkeştir, kişilere sağlanan hak ve özgürlüklerdir. Bu yüzden doğrudan devletlerin iç işleyişine dair bir düzenleme söz konusudur.⁹⁵

Anayasaya eklenen son cümle ile birlikte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunlar arasındaki hiyerarşide uluslararası antlaşmaların üstün olduğu açıklığa kavuşmuştur.

Anayasa Komisyonu başkanı Burhan Kuzu'nun Kanun Teklifi görüşmesi sırasında Genel Kurul'daki açıklaması önemlidir.

Bu anlamda söylemem gereken önemli bir değişiklik de, milletlerarası antlaşmalar. Bilindiği gibi, Türkiye, milletlerarası antlaşmaları imzalıyor, onaylıyor; yürürlüğe giriyor; ama, uygulamada zaman zaman çok ciddi sorunlar çıkıyor; işte, antlaşma, Anayasanın üzerinde midir, kanunla eşdeğerde midir; eşdeğerdeyse, önceki kanun, sonraki kanun meselesi mi gündeme gelecek; mahkemelerde çok çeşitli kararlar var. Ben bunun detayına girmiyorum; ama, bir şey var; bir antlaşmaya imza koymuşsanız, sadece şeklen imza koyamazsınız; çünkü, bu iş, devlet ciddiyetiyle bağdaşmaz; mutlak surette, tatbik etmek için bu anlaşmaya imza koymamız gerekecek. Böyle yaptığımızı göre, o zaman şunu diyoruz; insan haklarıyla alakalı anlaşmalar

⁹⁴ TBMM Tutanak Dergisi, Sayı: 430, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), s.6. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>) (Erişim Tarihi: 11.9.2017)

⁹⁵ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.21.

*kanunla çatışırsa, hiç olmazsa, anlaşmaya öncelik tanıyalım demektir; yani, mahkemeler, buna öncelik vererek olayı çözecekler. Bunu da çok önemsiyorum.*⁹⁶

Burhan Kuzu açıklamasında, insan hakları ile ilgili antlaşmalar söz konusu olduğunda, antlaşmalara öncelik verilerek uyuşmazlığın çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda hakimlerin insan haklarına ilişkin sözleşmeleri ve sözleşme uygulamalarını gösteren başta AİHM olmak üzere uluslararası yargı içtihatlarını takip etmeleri gerekmektedir.

Genel Kurulda maddenin görüşülmesi sırasında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların hangileri olduğunun tahdidi olarak sayılmasının önemli olduğu belirtilerek madde ile ilgili değişiklik önergesi verilmiştir. Bu önerge:

*Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde yapılarak usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*⁹⁷

Şeklindedir. Önergenin gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir:

Aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyuşmazlıklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin ve usûlüne uygun

⁹⁶ 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 83. Birleşim, 4.5.2004, s.29. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=11785&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=59 (Erişim Tarihi: 11.9.2017)

⁹⁷ Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim, 3.10.2001, s.50.

*olarak yürürlüğe konulmuş antlaşmaların hangi kaynaklardan gelen antlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirlemenin söz konusu madde metninde yer almasının, uygulamada ortaya çıkabilecek farklı yorumları önlemek bakımından yararlı olacağı*⁹⁸

Bu değişiklik önergesi ile ilgili Burhan Kuzu⁹⁹ tahdidi bir şekilde saymanın Anayasa yapma tekniğine uymadığını, dönemin Adalet Bakanı Cemil Çiçek¹⁰⁰ ise, sadece belirtilen kuruluşlar ile yapılan antlaşmaların sınırlı olarak sayılmasının maddede sayılmayan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar açısından sorun olabileceğini belirtmişlerdir.

5170 sayılı Kanun ile Anayasanın 90. maddesine getirilen ek cümle ile uzun süredir tartışılan hükmün açıklığa kavuşturulması istenmiş, kanunlar ile uluslararası antlaşmalar arasındaki hiyerarşi tartışması sonlanması amaçlanmış fakat beraberinde başka sorunları gündeme getirmiştir.

Değişiklik sonrası gündeme gelen tartışma konularından biri “terim sorunu” dur. Madde metninde yer alan “temel hak ve özgürlüklere” ilişkin uluslararası antlaşmalardan ne anlaşılacaktır? Anayasanın 2 ve 6. maddesinde geçen “insan

⁹⁸ Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim, 3.10.2001, s.51.

⁹⁹ “Sayın Başkanım, bu önergede sayma yolunu, anayasa tekniği bakımından doğru bulmuyorum. Tabii, burada, belki bazı kaygılar var; ama "usulüne göre yürürlüğe konulmuş" denildiğine göre, bunun nasıl olacağı belli Anayasamızda. O bakımdan, mevcut metni doğru buluyorum. Netice itibariyle katılmıyoruz efendim.” Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim, 3.10.2001, s.51.

¹⁰⁰ “Sayın Başkan, bu değişiklik önergesi komisyonda da gündeme geldi. Aslında, benim anladığım kadarıyla, 7 nci madde de, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşmaları iç hukukta kanuna nazaran öncelikle uygulamayı temin eden, hak ve özgürlükler lehine bir düzenlemedir. Şayet biz, sadece burada yazılan kuruluşlarla ilgili sözleşmeleri esas alırsak, burada zikredilmeyen başka uluslararası sözleşmelerde de temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümler olabilir ya da bu anayasa maddesi yürürlüğe girdikten sonra bir yeni uluslararası sözleşme imzalandığında, o takdirde daraltıcı bir şekilde bu hak ve özgürlükleri ülkede uygulamış oluruz, yeniden bir anayasa değişikliğine ihtiyaç olur; o sebeple, mevcut metnin daha doğru olduğu kanaatindeyim” Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim, 3.10.2001, s.51.

hakları” terimi kasten mi kullanılmamıştır? Anayasada temel hak özgürlükler dışında kalan başka insan haklarına ilişkin uluslararası belgeler bu hükmün dışında mı tutulmak istenmiştir?¹⁰¹

Uluslararası antlaşmalar ile sadece kanunların çatışması durumunda mı bu hüküm uygulanacaktır? Anayasa, kanun hükmünde kararnameler veya başka düzenleyici metinler de aynı hükme tabii olacak mıdır?¹⁰² Anayasa ile anlaşmaların çatışması durumunda uluslararası antlaşmalar esas alınır mı antlaşmaların Anayasadan üstün olduğu kabul edilmiş olur mu?¹⁰³

“Esas alma” kavramı ile kast edilen nedir? “Üstün tutma” mı yoksa “öncelikli olarak uygulama” mı? “Üstün tutma” olarak düşündüğümüzde çatışan kanun maddesinin geçerliliği sorgulanacak mıdır? Yüzeysel ve önemsiz gibi görünen iki kavram birbirinden başka sonuçlara götürmektedir bizi.¹⁰⁴

“Aynı konuda farklı hükümler” kavramı ile anlatılmak istenen nedir? Uluslararası antlaşmaların ve çatışan kanun metninin de açık bir “farklı hüküm” olması durumunda bir problemin olmadığı açıktır. Asıl sorun açık ve doğrudan bir kuraldan kaynaklanmayıp dolaylı ve örtülü bir hükümden kaynaklanıyorsa yine uluslararası antlaşmalar esas alınacak mıdır? “Farklı hüküm” sadece pozitif metnin kendisinden

¹⁰¹ Mesut Gülmez, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Adli Paneldeki Sunumu, Ankara, **Türkiye Barolar Birliği**, 2004, s.63.

¹⁰² Genel Kurul'da madde görüşmeleri sırasında Ankara Milletvekili Oya Araslı bu konuya değinerek; “kanun ile uluslararası antlaşma çatıştığı zaman hangi normun öncelik kazanacağını, hangi norma öncelikle yer vereceğini belirleyen bir hüküm; ama, ya kanun Anayasayla çatıştığı zaman ne olacak; orada uluslararası antlaşmadan nasıl bir yardım bekleyeceğiz?! Uluslararası sözleşmeler, antlaşmalar Anayasanın üstündedir denilmiyor ki orada! Bu nedenle, ben, saygıdeğer milletvekillerinden, daha sonra yasa koyucuya, Anayasa Mahkemesine, yorumculara, uygulayıcılara herhangi bir zorluk çıkmaması için, bu hükmün belirlilik kazanması doğrultusunda önergemize destek vermeleri dileğimi ifade etmeyi yararlı görüyorum....” Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim, 3.10.2001, s.39.

¹⁰³ Gülmez, a.g.m., s.63.

¹⁰⁴ a.e.

mi kaynaklanacaktır yoksa sözleşmeyi yorumlamaya yetkili bir organ tarafından yapılan tespitler de göz önünde bulundurulacak mıdır?¹⁰⁵ Örneğin AİHS içeriğinde düzenlenen haklar Anayasamızda ve kanunlarımızdaki düzenlemeler ile örtüşmektedir. AİHS'ni yorumlamaya yetkili AİHM kararları “farklı hükmün” içeriğini belirlemek konusunda temel alınacak mıdır?

Gülmez'e göre “temel hak ve hürriyetler” kavramı Anayasadaki “temel hak ve hürriyetler” ile sınırlı olarak düşünülmemeli, usûlüne göre onaylanıp yürürlüğe girmiş insan haklarına ilişkin tüm uluslararası antlaşmalar bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹⁰⁶ Bu durumda hak kavramının içeriğini kişisel, siyasal, sosyal ve kültürel haklar oluşturabileceği gibi “üçüncü” ya da “dördüncü” kuşak haklar da oluşturabilir. Madde kapsamına sadece kanunlar değil dayanağını yasaların oluşturduğu tüm “düzenleyici metinler” girmektedir.¹⁰⁷ İster uluslararası antlaşma ile sosyal ve ekonomik hakkı düzenleyen bir kanun hükmünde kararname çatışsın, ister bir kanuna dayanılarak çıkarılan tüzük çatışsın, her durumda uluslararası antlaşma hükümleri uygulanmalıdır. Fakat buradaki önemli husus hakkında yasal düzenleme olmayan bir Anayasa kuralı ile uluslararası antlaşmanın çatışması durumudur, madde metni dar yorumlanmalı, Anayasa koyucunun bu konuda suskun kalmayı tercih ettiği, örtülü olarak uluslararası antlaşmanın Anayasaya üstün tutulmadığı şeklinde anlaşılması gerekmektedir.¹⁰⁸ Gülmez, bu hükmün Anayasa söz konusu olduğunda dar yorumlanmasını Anayasanın 2. maddesindeki “insan haklarına saygılı Devlet” ve “insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyet” ifadeleri kavramları ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür.¹⁰⁹ Anayasadaki insan haklarına dayalı devlet kavramı, insan haklarını düzenleyen uluslararası antlaşmaların üstün tutulması gerektiği sonucuna götürmelidir.¹¹⁰ Bu durumda daha geniş bir yorum ile Anayasa hükmü ile

¹⁰⁵ a.e., s.64.

¹⁰⁶ a.e., s.79.

¹⁰⁷ a.e., s.79,80.

¹⁰⁸ a.e., s.70.

¹⁰⁹ a.e.

¹¹⁰ a.e.

uluslararası antlaşma hükümlerinin çatışması durumunda antlaşma hükümleri esas alınır, antlaşma Anayasadan üstün tutulmuş olacaktır.¹¹¹

“Esas alma” ifadesi uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğu anlamına gelmektedir. Bu sebeple kanunlar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmaların eşit olduğu iddiasında bulunmak, çatışmanın olduğu durumlarda da özel kanun-genel kanun, önceki kanun-sonraki kanun gibi yorum kurallarıyla yorumlamak mümkün değildir.¹¹² İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar kanunların üzerinde olduğu gibi Anayasanın da üzerindedir yani kurallar hiyerarşisinin en üstünde yer almaktadır.¹¹³ Bu durumun istisnası uluslararası antlaşmalardan daha ileri ve ayrıntılı bir yasal düzenleme yapılmış olması sebebiyle çatışma çıkması durumudur, bu durumda uluslararası antlaşma hükümleri değil kanun uygulanmalıdır.¹¹⁴

Dönemin Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Özdemir Özok ise 2004 yılındaki değişikliğin, uluslararası sözleşmelerin ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması koşuluyla hiyerarşik olarak kanunların üzerinde yer aldığını, son değişikliğin Yasama Organını da bağladığı, bundan böyle uluslararası antlaşmalara aykırı kanunlar çıkarılmayacağı gibi aykırılığı tespit edilen kanunların yürürlükten kaldırılması gerektiğini,¹¹⁵ AİHM benzeri denetim organlarının kararlarının da uygulamada göz önünde bulundurulması gerektiğini, uluslararası antlaşmalar ile sadece kanunlar arasında değil kanun hükmünde kararname, dayanağını kanunlardan alan tüm yönetsel düzenlemeler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşmaların esas alınacağını ifade etmiştir.¹¹⁶ Anayasanın 90.

¹¹¹ a.e.

¹¹² a.e., s.71.

¹¹³ a.e.

¹¹⁴ a.e.

¹¹⁵ Özdemir ÖZOK, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Adli Paneldeki Sunumu, Ankara, **Türkiye Barolar Birliği**, 2004, s.8.

¹¹⁶ a.e., s.12.

maddesindeki yeni düzenleme karşısında AİHS'nin iç hukuktaki yargılama faaliyeti açısından önemli bir kaynak haline geldiğini, Sözleşme'de yer alan mahkemeye başvurma hakkı, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun ve makul sürede yargılanma hakları gibi hakların AİHM tarafından yorumlandığı ve bunların da “adil yargılanmaya” giden yolun parke taşları olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁷

Dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin, AİHS hükümlerinin yorumlayıcısı konumunda olan AİHM'ne bireysel başvurunun kabul edilmesinden sonraki süreçte AİHM tarafından verilen “ihlal kararının” iç hukukumuza iki önemli etkisi olduğunu belirtmiştir.¹¹⁸ Birincisi Türkiye'ye tazminat ödeme yükümlülüğü getirmesi, ikincisi ise ihlal sonucu doğuran kuralın Yasama Organı tarafından değiştirilmesi gerekliliğidir. Türkiye'nin AİHS'ne taraf olması, AİHM'nin yargı yetkisini kabul etmesinin bir sonucu olarak, iç hukuktaki düzenlemelerin uluslararası antlaşmalara uygun hale getirilmesi gerektiğini, bunun oyunu kuralına göre oynamanın bir gerekliliği olduğunu ifade etmiştir. Yani AİHS'ne taraf olmak ve AİHM'nin yargı yetkisinin kabul edilmesi devletlerin inisiyatifindedir. Fakat AİHS'ne taraf olunmuş ve AİHM'nin yargı yetkisi kabul edilmişse Türkiye'nin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁹

Anayasa Koyucunun iradesini belirlemek bakımından Dönemin Anayasa Komisyonu Başkanı olan Burhan Kuzu'nun konu hakkındaki görüşleri önemlidir.

Kuzu, söz konusu düzenlemenin amacının yeni bir tartışma zemini oluşturmak olmadığını, tam tersine uygulamada ortaya çıkan birtakım sorunlara çözüm bulmak

¹¹⁷ a.e., s.13.

¹¹⁸ Mustafa Bumin, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Adlı Paneldeki Sunumu, Ankara, **Türkiye Barolar Birliği**, 2004, s.19.

¹¹⁹ a.e., s.23.

olduğunu belirtmiştir.¹²⁰ Komisyonunda, düzenlemenin sadece insan haklarına ilişkin antlaşmaları değil, uluslararası antlaşmaların tamamı için yapılmasının gündeme geldiğini, fakat Anayasanın 6. maddesi kapsamında doğru olmayacağı sonucuna varıldığını ifade etmiştir.¹²¹ Ayrıca düzenlemenin kapsamına hangi insan haklarına ilişkin antlaşmaların dahil olacağını tahdidi olarak sayılmasının teklif edildiği, fakat böyle bir durumda hem bazı antlaşmaların düzenlemeye dahil edilmesinin unutulabileceği hem de sonradan imzalanacak anlaşmaların metne dahil edilmesinin zorluğu sebepleriyle bu düşünceden vazgeçildiğini belirtmiştir.¹²²

Sözleşmenin özelliği ve Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası göz önünde bulundurulduğunda, AİHS'nin Türk hukukundaki yeri ve değeri şu şekilde özetlenebilir.¹²³

- AİHS, konusu itibarıyla iç hukukun bir parçasıdır; bu sebeple ayrıcalıklı bir yere sahiptir.
- AİHS'nin 1. maddesindeki “tanırlar” şeklindeki emredici ifadedden dolayı, AİHS hükümleri iç hukukta “doğrudan” uygulanabilme niteliğine sahiptir. İç hukukta düzenleme yapmaya gerek yoktur.
- AİHS, Anayasaya aykırı olsa bile uygulanır. Anayasanın 90. maddesinin açık ifadesi ile “Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz”
- Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen AİHS'nin, yasa ile çeliştiği gerekçesi ile uygulanmaması mümkün değildir. Zaten 5170 sayılı Kanun

¹²⁰ Burhan Kuzu, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Adlı Paneldeki Sunumu, Ankara, **Türkiye Barolar Birliği**, 2004, s.28.

¹²¹ a.e., s.29.

¹²² a.e., s.30.

¹²³ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.23.

ile eklenen cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunların çatışması halinde uluslararası antlaşma hükümleri esas alınacaktır. Bu minvalde AİHS hükümlerinin kanun ile çatışması durumunda AİHS'nin iç hukukta uygulanması noktasında en önemli görevi hakimler icra edeceklerdir.

Soyut nitelikte olan AİHS hükümleri, AİHM'nin sözleşmeyi yorumlayan kararları ile somutlaşmakta ve iç hukukumuzda uygulayıcılar açısından “yol gösterici” olmaktadır.¹²⁴

Bütün bu yapılan açıklamalar karşısında özetlemek gerekirse; AİHS nev'i şahsına münhasır bir sözleşmedir, insan haklarını gerçekleştirme yönünde amacı olan bir Sözleşme olduğundan devletlerin çıkarlarını değil, bireylerin çıkarlarını korumayı amaç edinen “yasa antlaşmasıdır”. Bu sebeple taraf devletlerin iç hukuklarında uluslararası antlaşmaları değerlendirdikleri hukuk sistemlerine bakılmaksızın yani AİHS'nin taraf devletlerin iç hukuklarındaki hiyerarşideki yerine bakılmaksızın “doğrudan uygulama güç ve yeteneğine” sahiptir. Çünkü taraf devletler, Sözleşme hükümlerinin “yasama, yürütme, yargı” organlarının her birinin uygulanması noktasında sorumlu olduğunu kabul etmişlerdir. (mad. 1, 13, 19)¹²⁵

¹²⁴ a.e., s.22.

¹²⁵ a.e., s.24.

İKİNCİ BÖLÜM

AİHM KARARLARI VE ANAYASANIN 90/SON MADDESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN ÖRNEKLER

AİHS’de soyut bir şekilde yer alan haklar, AİHM’nin bu hakları yorumlayan kararlarıyla somutlaşmaktadır.¹²⁶ AİHM, önüne gelen bir dava ile Sözleşme’de ve Ek Protokollerinde düzenlenmiş olan hakları yorumlayarak hem Avrupa İnsan Hakları Hukukuna hem de milli hukuka, modern toplumdaki gelişmeler, bireylerin ve toplumun ihtiyaçları çerçevesinde katkıda bulunmaktadır.¹²⁷

AİHM’nin tazminata ilişkin olanlar dışındaki kararları, iç hukuk kurallarına doğrudan etkide bulunmadığından, kararların iç hukukta uygulanabilmesi için taraf devletlerin gerekli olan işlemleri gerçekleştirmeleri gerekmektedir.¹²⁸ Burada ifade edilmeye çalışılan husus; AİHM, iç hukuktaki bir yasal düzenlemenin Sözleşme’ye aykırı olduğunu saptarsa, söz konusu düzenleme kendiliğinden hükümsüz hale gelmez. Davaya konu mevzuatın AİHM kararı doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

AİHM’nin vermiş olduğu karar “tespit” niteliğinde olduğundan taraf devletler, aykırılığı tespit edilen eylem ve işlemlerin ne şekilde düzeltileceği konusunda takdir hakları bulunmaktadır.¹²⁹

¹²⁶ Gözlügöl, a.g.e., s.512.

¹²⁷ a.e.

¹²⁸ a.e., s.513.

¹²⁹ a.e.

AİHS'ne taraf devletler, milli hukuklarını Sözleşme ile Ek Protokollerine ve AİHM kararlarına uyumlu hale getirmek yükümlülüğü altındırlar.¹³⁰ AİHM kararları AİHS hukukunun ayrılmaz bir parçasıdır.¹³¹ AİHS'nin 46/1. maddesinde taraf devletlerin AİHM kararlarına uymayı üstlendikleri, 46/2. maddesinde ise, kararda belirtilen yükümlülüklerin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından izleneceği düzenlenmiştir.¹³²

AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarını önlemek, AİHS ile üstlenilen bir yükümlülük gereği, Avrupa İnsan Hakları Hukukuna uyumun gerçekleştirilebilmesi amacıyla, Anayasanın 90. maddesine 2004 yılında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla aynı konudaki kanunların çatışması halinde uluslararası antlaşmaların esas alınacağına dair cümle eklenmiştir.

“Esas” alınacağına dair ifade, somut uyuşmazlıklarda sadece yargı organı tarafından uygulanması gerektiği anlamına gelmemekte, yürütme organının da önündeki uyuşmazlıkta veya bir kanunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeye aykırı olması durumunda yasama organını tarafından da dikkate alınması gerekmektedir. Sonuç itibarıyla, Anayasanın 90. maddesinin son cümlesi Yasama, Yargı ve Yürütme Organlarını bağlamaktadır.¹³³

Kamu görevlileri, idari makamlara yapılan yakınma ya da başvurularda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile kanunlar arasında bir uyuşmazlık tespit ettiğinde, doğrudan uluslararası antlaşma hükmünü uygulamalıdır.¹³⁴

¹³⁰ a.e., s.515.

¹³¹ a.e.

¹³² a.e.

¹³³ Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri” **Türkiye Barolar Birliği**, Ankara, Eylül-Ekim 2004, S.54, s.157,157.

¹³⁴ a.e.

Yasama Organı tarafından, uluslararası antlaşmalara aykırı bir düzenleme yapılamayacağı gibi, aykırılığı tespit edilen düzenlemelerin söz konusu antlaşmaya uygun hale getirilmesi gerekmektedir.¹³⁵ Yasama Organı netice itibarıyla Anayasanın 90/son cümlesi gereği uluslararası antlaşmaların esas alınacağı düşüncesiyle antlaşmaya aykırı olan kanunu düzenleme konusundaki yükümlülüğünü ihmal edemez.¹³⁶

Yasama Organının üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmemiş olması, antlaşmanın öncelikle uygulanmasına engel olmayacağından, yargı makamları önlerine gelen uyuşmazlıkta antlaşmaya aykırı kanunu uygulamak yerine antlaşma hükümlerini esas almalıdır.¹³⁷ Hakim uluslararası antlaşmayı, davanın taraflarınca ileri sürülmesi bile kendiliğinden uygulamalıdır.¹³⁸

Tekrar etmek gerekirse Anayasanın 90/son maddesi gereği, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma niteliğindeki AİHS ve Ek Protokollerini yorumlayan AİHM kararlarının, Türk hukukunda uygulanması noktasında Yasama, Yürütme ve Yargı Organlarının üzerlerine düşen sorumlulukları yerine getirmeleri gerekmektedir.

Bu bölümde AİHM'nin disiplin mahkemeleri, evli kadının soyadı ve vergi ceza hukukuna dair "non bis in idem" konularına ilişkin kararları ve bu kararlar sonrasında Türk hukukunda Anayasanın 90/son maddesi gereğinin yerine getirilip getirilmediği incelenecektir.

¹³⁵ a.e.

¹³⁶ a.e.

¹³⁷ a.e.

¹³⁸ a.e.

I. Disiplin Mahkemelerinin Adil Yargılanma Hakkı Gereğince AİHM Kararları Işığında İncelenmesi

1. Genel Olarak

Askeri suçların kendine ait özellikleri ve savaş zamanında askeri mahkemelere olan ihtiyaç barış zamanında da genel yargının yanında askeri yargının oluşmasına sebep olmuştur.¹³⁹ Askeri Yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemelerinden oluşmaktadır. Bu mahkemeler ilk derece mahkemeleri olup, askeri mahkemeler tarafından verilen kararların son inceleme mercii Askeri Yargıtay'dır.¹⁴⁰

Türkiye'de askeri yargı Anayasanın 145. maddesinde düzenlenerek Anayasal bir statüye kavuşturulmuştur.

Askeri Mahkemeler 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usûlü Kanunu'nda düzenlenmiştir.¹⁴¹

Disiplin mahkemeleri, 477 sayılı Disiplin Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yetkileri Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunda¹⁴² düzenlenmiş; küçük suçlar olarak nitelendirilen disiplin suçlarına bakmakla görevlendirilmiştir. Oluşumunda biri başkan ve ikisi üye olmak üzere üç subaydan teşekkül eder, üyeleri birlik komutanı tarafınca subaylar arasından belirlenir.¹⁴³

¹³⁹ Fahrettin Demirağ, "Askeri Yargı", Yargı Reformu Sempozyumu, **Türkiye Barolar Birliği**, Ankara, Haziran 2008, s.88.

¹⁴⁰ a.e., s.89.

¹⁴¹ Kanun metni için bkz. R.G.: 26.10.1963, 11541 (M)

¹⁴² Kanun metni için bkz. R.G.: 26.6.1964, 11738.

¹⁴³ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş, Bursa*, Ekin, 2016, s.121.

Mahkemenin teşekkül şekli, üyelerinin Anayasada belirtilen hakimlik teminatlarına sahip olamamaları sebebiyle tartışma konusu olmuş, AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarından sonra, 6413 sayılı Kanunla¹⁴⁴ disiplin mahkemelerinin barış zamanında görev yapmasının önüne geçilmiştir. Yani disiplin mahkemeleri bu değişiklikten sonra, yalnızca savaş zamanında görev yapabilecektir.¹⁴⁵

Anayasal bir kurum olan disiplin mahkemelerinin, Anayasada mahkeme üyelerinin bağımsız ve hakim statüsünde olmaları gerektiğine ilişkin hükme aykırılığından dolayı, 1970 yılında Anayasa Mahkemesinin önüne somut norm denetimi kapsamında gelmiş, fakat dava Anayasa Mahkemesi tarafından oy çokluğuyla reddedilmiştir.

AİHM tarafından İrfan Bayrak/Türkiye davasında, disiplin mahkemelerinde yapılan yargılamaların AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkının” ihlal edildiği gerekçesiyle Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmiştir.

Disiplin mahkemeleri ile ilgili ilk ihlal kararı olan İrfan Bayrak/Türkiye kararı AİHM'nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu son karar olmamıştır. Bu kararın ardından AİHM tarafından Veyisoğlu/Türkiye davasında da Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmiştir.

477 sayılı Kanunda, 6413 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte genel gerekçe olarak, AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen Bayrak/Türkiye kararı gösterilmiştir. Anayasanın 90. maddesinin son cümlesinde belirtilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların çatışması durumunun bir örneği daha gündeme gelmiş bu defa Kanun Koyucu tarafından gereği yerine getirilmiştir.

¹⁴⁴ Kanun Metni için bkz. R.G.: 16.2.2013, 28561.

¹⁴⁵ Gözler, a.g.e., s.121.

Bu bölümde disiplin mahkemelerinin kuruluş sebebi, oluşumundaki hukuka aykırılığı konu edinen başta AİHM kararları olmak üzere Anayasa Mahkemesi kararı incelenecek ve Kanundaki değişiklik ele alınacaktır.

2. Anayasal Bir Kurum Olarak Disiplin Mahkemeleri

1982 Anayasasının 145. maddesinde askeri yargı aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.

Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hakim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hakimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hakimlerin görevli buldukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun¹⁴⁶ 16. maddesiyle askeri yargı Anayasadan çıkarılmıştır.

Askeri yargının tamamen kaldırılmasından önce, disiplin mahkemeleri anayasal kurum olarak düzenlenmişti. Anayasaya ve uluslararası antlaşmalara

¹⁴⁶ Kanun metni için bkz. R.G.: 11.2.2017, 29976.

aykırılığı gündeme gelen disiplin mahkemelerinin varlığı değil, mahkemelerinin oluşumu ve yargılama yapan subayların bağımsız ve tarafsız olamamaları AİHS'ne aykırı görülmüştür.

3. 6413 sayılı Kanun Öncesinde Disiplin Mahkemelerinin Yapısı, Görevi ve İşleyişi

Askeri yargının başlıca kuruluş amacı, disiplinin oluşturulması ve korunmasıdır. Askeri yapıdaki suç teşkil eden filler sebebiyle bozulan disiplinin en kısa sürede düzeltilmesi, askeri yapının niteliği ve kamu güvenliği açısından çok önemlidir. Bu nedenle daha ufak çapta olan disiplin suçu niteliğindeki fiillerin yargılanması için disiplin mahkemeleri kurulmuştur.¹⁴⁷

Disiplin mahkemelerinin kuruluşu, görev ve işleyişi 16.6.1964 tarihli ve 477 sayılı Kanunla düzenlenmiştir.

Disiplin mahkemeleri, biri başkan diğer ikisi üye olmak üzere üç subaydan oluşmaktadır (md.2). Başkan ve üyeler bir yıl için seçilmektedirler (md.3).

Disiplin mahkemeleri, asker kişilerin 477 sayılı Kanunda belirtilen disiplin suçlarına bakmaktadır. Disiplin amiri bu kanundan yazılan suçlardan dolayı oda veya göz hapsi cezası verebileceği gibi disiplin mahkemesine de yollayabilir (md.7).

Disiplin mahkemesinin iddianamenin sanığa tebliğinden sonra, nezdinde kurulduğu komutanın veya askeri kurum amirinin emriyle toplanacağı belirtilmiştir. (md.17)

¹⁴⁷ Ahmet Cahit İyilikli, "477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluş, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezalar Hakkındaki Kanun Üzerine Bir İnceleme" **Legal Hukuk Dergisi**, Ocak 2005, Yıl 3, S.25, s.123.

Disiplin mahkemesi, Kanunun 47 ve 61. maddeleri arasında tahdidi olarak belirtilen suçları yargılamakla görevli olup bunların dışındaki suçların yargılamasına bakamayacaktır.¹⁴⁸

Disiplin amiri disipline aykırı gördüğü eylem karşısında kendisi cezalandırabileceği gibi disiplin mahkemesine de sevk edebilir. Kendisinin cezalandırmayı seçmesi durumunda suç genel olarak “disiplinsizlik” şeklinde adlandırılmakta suçun ne olduğuna ilişkin bir tanımlama yapılmamaktadır. Bu durum ceza hukukunda yer alan “tipe uygun eylem” ilkesiyle çelişmektedir.¹⁴⁹

Disiplin mahkemelerinde yer alan üyelerin oluşumu açısından meşruiyet sorunu gündeme gelmektedir. Çünkü üyeleri hakim olmamakla birlikte hukuk mezunu olması dahi Kanun tarafından aranmamıştır. Mahkeme heyeti sadece gündemdeki dava ile ilgili toplandığından, dava dosyasını duruşma günü inceleyebilmekte, suç ve delilleri öncesinde inceleme imkanı bulamamaktadır. Yapılan yargılama sonucunda oda hapsi cezası verilebilmektedir.¹⁵⁰

Hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi sonucunu doğuran, bir çeşit ceza yargılaması niteliğinde yargılama yapan disiplin mahkemelerinde ceza hukukuna ilişkin temel ilkelerin neredeyse tamamı ihlal edilmektedir. Örneğin, duruşmaların aleni olması gerekirken nizamiye içinde kapalı kapılar ardında yapılan yargılamalarla duruşmanın aleniliği ilkesi ihlal edilmektedir.¹⁵¹ Mahkeme kararlarının infaz edilmesi için kesinleşmesi gerektiği halde disiplin mahkemesi kararlarının infazı için kesinleşmesi beklenmemektedir.¹⁵² Duruşmada zabıtlar er-erbaşlar tarafından elle yazılmakta

¹⁴⁸ a.e., s.124.

¹⁴⁹ a.e.

¹⁵⁰ a.e.

¹⁵¹ a.e., s.126.

¹⁵² a.e.

daktilo kullanılmamaktadır bu durum delillerin doğrudan doğrualığı ilkesiyle çelişmektedir.¹⁵³

Disiplin mahkemesindeki yargılama sonucu verilen oda hapsi cezası adli sicile kaydedilmez, fakat kişi sanık sıfatını alır. Verilen ceza askeri hizmetten sayılmamaktadır. Sanığa, hükümlülere ilişkin elbise giydirilmekte ve ceza tutukevinde infaz edilmektedir.¹⁵⁴

Kanunun 14. maddesinde, disiplin amirinin suçluluk sebeplerini ve suç delillerini belirten bir vaka raporu düzenleyeceğine dair hüküm, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırıdır. Çünkü daha önce dosya ile irtibata geçmemiş mahkeme üyelerinin, disiplin amiri tarafından düzenlenmiş vaka raporundan etkilenmeleri kaçınılmazdır.¹⁵⁵

Disiplin mahkemelerinin oluşumu ve vermiş olduğu kararlar AİHS'nin 6/1. maddesinde düzenlenmiş olan “adil yargılama ilkesinin” ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Adil yargılama hakkı, AİHS'nin 6/1. maddesinde “Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılama hakkında sahiptir...” şeklinde düzenlenmiştir.

Adil yargılama hakkı, AİHS'de düzenlenmiş olan bireyin kendiliğinden ve doğal olarak kullandığı diğer haklardan ayrılır. Örneğin yaşam hakkı bireyin sadece var olmasına ilişkin bir haktır, bireyin bu hakkına dokunulmaması bu hakkın tesisi için yeterlidir. Oysa adil yargılama hakkı adalet mekanizması içerisinde, taraf devletlerin yargılamanın usûlüne karşı bireyin kullanabileceği en önemli haklardandır. Başka bir

¹⁵³ a.e., s.125.

¹⁵⁴ a.e., s.124.

¹⁵⁵ a.e.

ifadeyle, taraf devletlerin yargılamanın usulüne dair uygulamalarından bireylerin şikayetleri çerçevesinde başvuracakları bir haktır.¹⁵⁶

Sözleşme kapsamındaki “yargı yeri” kavramının içerisine, sadece klasik anlamda mahkemeler değil, bunların dışında kalan ve yargılama faaliyetinde bulunan yargı merciileri de girmektedir. Buna göre yargı yeri, yetki ve görevine giren meseleler hakkında, öngörülen usûle uygun olarak yaptığı hukuka uygun yargılama sonucu, bağlayıcı karar veren bir merciidir. Buradaki “bağlayıcı karar verme” kavramından devletin zor kullanabilme yetkisi de anlaşılmalıdır.¹⁵⁷

Burada iki şart aranır; birincisi bu yargı yeri “hukuken kurulmuş” olmalıdır. İkincisi, özellikle yürütmeye karşı, “bağımsız ve tarafsız” olmalıdır. Bağımsızlık, hem “tarafardan” hem de “yürütmeden” bağımsız olmak şeklinde gerçekleşmelidir.¹⁵⁸ Bağımsızlık şartının gerçekleşebilmesi için AİHM tarafından aranan şartlar; yargı üyelerinin ne şekilde atandıkları ve çalışma süreleri, dışarıdan gelecek baskılara karşı güvencelerinin olup olmadığı ve yargı merciinin bağımsız bir görüntü verip vermediğidir.¹⁵⁹

Tarafsızlık konusu sübjektif ve objektif açılarından değerlendirilmektedir. Hakim kişisel olarak bakmış olduğu davaya karşı kişisel ön yargılardan arınmışsa sübjektif, mahkemelerin makul ve meşru görülecek her türlü şüpheden uzak tutulmaları ise objektif tarafsızlıktır.¹⁶⁰ Bir davada hakimin aksi ispat edilene kadar sübjektif manada tarafsız olduğu kabul edilir. Fakat sadece sübjektif tarafsızlık yeterli değildir; aynı zamanda mahkemenin de objektif anlamda tarafsız görünmesi gerekmektedir.¹⁶¹

¹⁵⁶ Doğru, Nalbant, a.g.e., s.609,610.

¹⁵⁷ a.e., s. 632., Sibel İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı” İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, **Avrupa Konseyi**, Ankara, 2013, s.225.

¹⁵⁸ Harris, v.d., a.g.e., s.289.

¹⁵⁹ Doğru, Nalbant, a.g.e., s.633.

¹⁶⁰ a.e.

¹⁶¹ a.e.

4. Anayasa Mahkemesinin 4.6.1970 Tarihli ve 1970/6 Esas, 1970/29 Karar Sayılı Kararı¹⁶²

66. Mekanize Tümen Komutanlığı nezdinde kurulan disiplin mahkemesi tarafından, 477 sayılı Kanun'un 2 ve 17. maddelerinin, 1961 Anayasası'nın 7 ve 138. maddelerine aykırı olduğu iddiası ile somut norm denetimi amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne müracaat edilmiştir.

Davaya konu olayda sanık er hakkında, hem nöbet talimatına aykırı davranmak hem de askeri eşyayı yitirmek suçları sebebiyle disiplin mahkemesinde yargılama başlatılmıştır.¹⁶³

Disiplin mahkemesi başvuru gerekçesinde; iptale konu 477 sayılı Kanunun 2. maddesinin mahkemenin kimlerden teşekkül edeceğini, 17. maddesinin ise mahkemenin komutanın emriyle oluşturulacağını düzenlediğini, bu maddeler doğrudan sanık hakkında uygulanmasa bile netice olarak mahkemenin oluşumuna dair olan bu düzenlemelerin Anayasaya aykırılığının saptanması durumunda, sanık hakkında uygulanacak hükümlere doğrudan etkisi olacağını belirtmiştir.¹⁶⁴

Disiplin mahkemesi tarafından, 1961 Anayasası'nın 114. maddesinin gerekçesi ileri sürülerek, bir merciin yargı organı olarak nitelendirilebilmesi için yargılama usûlünü uygulamasının yanısıra, üyelerinin bağımsız, hakim niteliğinde ve hakim statüsünde bulunmaları gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁵ Disiplin mahkemelerinin de Anayasada düzenlenmiş olması gerekçe gösterilerek bir yargı organı olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁶

¹⁶² Karar metni için bkz. R.G.: 31.5.1971, 13851.

¹⁶³ a.e., s.1.

¹⁶⁴ a.e.

¹⁶⁵ a.e.

¹⁶⁶ a.e.

Disiplin Mahkemesine göre; disiplin mahkemeleri tarafından verilen cezalar hürriyeti bağlayıcı ceza niteliğindedir; aynı zamanda oda hapsi cezasının hükümlüde meydana getireceği acı, hapis cezasının vereceği acıdan farklı değildir.¹⁶⁷ Bu sebeple mahkemenin en azından bir üyesinin hakim niteliğini taşıması gerekmektedir; oysa disiplin mahkemeleri kuruluş şekli itibarıyla komutanın buyruğuyla toplanmaktadır. Bu durum ise mahkemelerin bağımsız olması ilkesiyle bağdaşmamaktadır.¹⁶⁸

İtiraza konu olan 477 sayılı Kanununun 2. maddesi, “Disiplin mahkemesi, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelerin biri astsubaylardan seçilir.” şeklinde düzenlenmişken, 17. maddesi, “Disiplin mahkemesi iddianamenin sanığa tebliğinden sonra, nezdinde kurulduğu komutanın veya askeri kurum amirinin emriyle toplanır.” Şeklinde düzenlenmiştir.

1961 Anayasasının dava ile ilgili görülen maddeleri şu şekilde düzenlenmiştir:

7. maddesi;

“Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.”

138. maddesi;

Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin askeri olan suçlarıyla bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

¹⁶⁷ a.e.

¹⁶⁸ a.e., s.2.

Askeri mahkemeler, asker olmayan kişileri, ancak özel kanunda belirtilen askeri suçlarından dolayı yargırlarlar.

Askeri mahkemelerin savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili olduğu kanunla gösterilir.

Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır.

Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre özel kanunla düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi tarafından, ilk inceleme aşamasında, öncelikle disiplin mahkemelerinin Anayasanın 151. maddesinde ifade edilen “mahkeme” niteliğinde olup olmadığı belirlenmiş, netice olarak disiplin mahkemelerinin bir yargı organı olduğuna hükmedilmiştir.¹⁶⁹ İkinci olarak, iptali istenen 477 sayılı Kanunun 2 ve 17. maddelerinin somut norm denetiminde Anayasanın aradığı “mahkemenin önündeki davada uygulanacak kanun hükmü” niteliği taşıyıp taşımadığı incelenmiş, itiraz konusu maddelerin mahkemenin varlığını oluşturan hükümler olduğu gerekçesiyle her davada kendiliğinden uygulanan hükümler olduğu sonucuna varılmıştır.¹⁷⁰

Anayasa Mahkemesi’ne göre, askerlik hizmetinde disiplin ölüm-kalım derecesinde önemlidir ve disiplini korumak için askerliğe özgü ceza ve cezalandırma yollarının olması gerekmektedir.¹⁷¹ Cezalandırmanın süratle yapılması gerekmektedir; fakat askeri mahkemelerdeki olağan yargılamalarda bu durum mümkün olamamaktadır. Bu sebeplerle Anayasa koyucu tarafından Anayasada disiplin mahkemeleri düzenlenmiştir¹⁷². Askeri mahkemelerin yanında disiplin mahkemelerinin kurulmuş olması bu iki yargı organı arasında keskin bir ayrımın

¹⁶⁹ a.e., s.3.

¹⁷⁰ a.e.

¹⁷¹ a.e., s.5.

¹⁷² a.e.

olması gerektiğini göstermektedir.¹⁷³ Anayasada askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması gerektiği ifade edilmişken disiplin mahkemeleri için böyle bir şart aranmamıştır¹⁷⁴. Kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapmış olmasının temelinde, Anayasada disiplin mahkemeleri için üyelerinin hakim olması şartının yer almaması, disiplin mahkemelerinin küçük birlikler olan alaylardan başlanarak kurulduğu için disiplin mahkemesi sayısının fazlalığı ve yeterli hakimin bulunmaması sebepleri yer almaktadır¹⁷⁵. Disiplin mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz yolunun düzenlenmemiş olması, disiplin mahkemelerinde yapılan yargılamaların süratle yapılıp uygulanması gerektiği içindir.¹⁷⁶ Kaldı ki disiplin amiri dilerse Kanunda belirtilen cezayı kendisi de verebilecektir; oysa bu davada disiplin amiri bu yetkisini tek başına kullanmak yerine üç kişiden oluşan mahkemeye devretmektedir.¹⁷⁷

Bu sebeplerle 477. sayılı Kanunun 2 ve 17. maddelerinin oy çokluğuyla Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

5. Disiplin Mahkemeleri Hakkındaki AİHM Kararları

A. İrfan Bayrak/Türkiye Kararı¹⁷⁸

Davaya konu olayda; başvuran 1997 yılında Türk ordusunda uzman çavuş olarak görev yapmaktadır, Irak sınırındaki bir operasyonda farklı iki günde gözcülük

¹⁷³ a.e.

¹⁷⁴ a.e.

¹⁷⁵ a.e.

¹⁷⁶ a.e., s.6.

¹⁷⁷ a.e.

¹⁷⁸ AİHM 3.5.2007 Tarihli ve 39429/98 B.N., Karar metni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-121749"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{) (Erişim Tarihi: 25.12.2017)

yaptığı sırada uyuduğu tespit edilmiştir.¹⁷⁹ Denetim elemanları bu tarihlerde kameranın kapalı olduğunu tespit etmişler, bu sebeplerle başvuran hakkında iki disiplin davası açılmıştır.¹⁸⁰

Birlik komutanı tarafından dinlenen tanıklar, başvuranın nöbet esnasında uyuduğunu teyit etmişlerdir.¹⁸¹ Başvuran hakkında yapılan yargılama sonucunda disiplin mahkemesi, nöbetteki kurallara uymaması sebebiyle başvurunu suçlu bulmuş, 477 sayılı Kanun gereğince başvuranın ilk eyleminden dolayı otuz gün, ikinci eyleminden dolayı da kırk beş gün süreyle özgürlüğünden yoksun bırakılmasına karar vermiştir.¹⁸²

Başvuran verilen kararlara karşı disiplin mahkemesine itiraz etmiş, itirazları yerinde görülmediğinden söz konusu itiraz reddedilmiştir. Karara karşı temyiz yolu bulunmadığından karar kesinleşmiştir.¹⁸³

Başvuran, disiplin mahkemelerinde yargılama yapan üyelerin hakim sıfatını haiz olmamaları ve bu kişilerin halihazırda üstlerine bağlı olarak çalışmaları sebebiyle, davanın tarafsız ve bağımsız bir mahkemede görülmediği gerekçeleriyle AIHS'nin 6/1 maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.¹⁸⁴

Türk Hükûmeti, başvurana verilen cezanın disiplin hukuku alanına girmesi, hukuk sistemi içerisinde ayrıca askeri ceza yargılamasının da var olması sebepleriyle AIHS'nin 6. maddesinin olaya uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.¹⁸⁵

¹⁷⁹ a.e., s.1.

¹⁸⁰ a.e.

¹⁸¹ a.e.

¹⁸² a.e., s.3.

¹⁸³ a.e.

¹⁸⁴ a.e.

¹⁸⁵ a.e.

AİHM, cezanın disiplin hukuku mu yoksa ceza hukuku alanına mı girdiğini belirleyebilmek için Engel Kıstaslarını¹⁸⁶ hatırlatmaktadır.¹⁸⁷ Toplamda yetmiş beş gün özgürlüğünden yoksun bırakılan başvuranın mahkumiyet cezalarıyla aynı koşullarda infaz edildiği göz önünde bulundurulduğunda, AİHS'nin 6/1. maddesinin mevcut davada uygulanabileceğine hükmetmiştir.¹⁸⁸

AİHM esasa ilişkin olarak, bir mahkemenin taraflara ve yürütme gücüne karşı bağımsızlığını tespit amacıyla üyelerinin atanma şekilleri, görev süreleri, dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvencelerinin olup olmadığına ilişkin içtihadına değinmiştir.¹⁸⁹

AİHM tarafından disiplin mahkemesi üyelerinin, askeri birlik komutanı veya mahkemenin kurulduğu kurumun amiri tarafından seçilmesi sebebiyle mahkeme üyelerinin tamamının askeri hiyerarşinin emrinde oldukları, aynı zamanda mahkeme üyelerinin mesleğinin sonuna yaklaşmış subaylar olmadıklarından, verdikleri kararlar sebebiyle hiyerarşiye hesap verme zorunluluğunda kalacakları belirtilmiştir.¹⁹⁰ Davaya konu olan eylemler hakkında suçlama yapan alay komutanı, mahkemedeki subayların hepsinden rütbe olarak üstündür.¹⁹¹

Daha önce Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki hakimlerin görev sürelerinin dört yıla sınırlandırılmasını eleştiren AİHM, başvuru konusu disiplin mahkemelerindeki üyelerin görev sürelerinin bir yıl olmasını kabul edilemez bulmuştur.¹⁹²

¹⁸⁶ Engel ve Diğerleri/Hollanda, B.N., 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72. K.t. 23.11.1976. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57478> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

¹⁸⁷ a.e., s.4.

¹⁸⁸ a.e.

¹⁸⁹ a.e., s.5.

¹⁹⁰ a.e.

¹⁹¹ a.e.

¹⁹² a.e.

AIHM, yukarıda belirtilen durumlardan dolayı disiplin mahkemelerinin tarafsız ve bağımsız olmadığı yönündeki iddiaların nesnel olarak ortaya konulduğu gerekçesiyle AIHS'nin 6/1. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁹³

B. Veyisoğlu/Türkiye Kararı¹⁹⁴

Davaya konu olayda, Türk Kara Kuvvetleri Hakkari Dağ ve Komando Tuğayı'nda onbaşı olarak görev yapan başvuran hakkında, kendisine tabi olanlara hakaret etmek ve askerlikle bağdaşmayan emirler vermek ve kasıtlı olarak üstlerinden gerçeği saklamak eylemlerinden dolayı, disiplin mahkemesinde yapılan yargılama sonunda 110 günlük oda hapsi cezası verilmiştir.¹⁹⁵

Başvuran bu karara itiraz etmiş, itirazının değerlendirilmesi sonucunda iki suçtan beraatine, neticede başvuran hakkında 40 günlük oda hapsi cezasına hükmedilmiştir.¹⁹⁶

Hükûmet savunmasında, Bayrak/Türkiye Davasında olduğu gibi suçlamanın ceza hukuku ile değil, disiplin hukuku ile ilgili olduğunu ve bu nedenle Sözleşmenin 6/1. maddesinin uygulanamayacağını, başvuru AIHM'nin konusu dışında kaldığından, reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁷

AIHM'e göre, öncelikle suçu tanımlayan hükümlerin, taraf Devletin hukukuna göre, ceza alanına mı disiplin alanına mı girdiğinin tespit edilmesi gerekmektedir; bu

¹⁹³ a.e.

¹⁹⁴ AIHM 26.6.2007 Tarihli, 27341/02 B.N., Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57478> (Erişim Tarihi: 25.12.2017)

¹⁹⁵ a.e., s.2.

¹⁹⁶ a.e.

¹⁹⁷ a.e.

ayırımı yapma konusunda suçun ağırlık derecesi önemlidir.¹⁹⁸ Engel Kriterleri çerçevesinde, cezanın niteliği ve şiddeti önemlidir. Bu sebeplerle, başvuran hakkındaki suçlamalar neticesinde verilen ceza uzun süreli özgürlükten mahrum bırakma niteliğinde olduğundan, cezai alan kapsamındadır.¹⁹⁹

AİHM, 6/1. maddedeki bağımsızlık ve tarafsızlığın sağlanması koşuluyla askeri mahkemelerin askeri personel hakkındaki cezai suçlamalara ilişkin yargılama yapmasını AİHS'ne aykırı bulmadığını belirtmiştir.²⁰⁰

Hakimlerin bir davada hem sübjektif hem de objektif tarafsızlıklarının sağlanması gerekmektedir. Sübjektif tarafsızlık hakimin şahsi kanaati iken, objektif tarafsızlık hakimin haklı kuşkulanmaları yok edecek yeterli teminatı sağlayabilmesi durumudur.²⁰¹ Başvurana karşı bir iddianame sunan tuğgeneralin aynı zamanda başvurunu yargılayan disiplin mahkemesi üyelerinin üstü durumunda olması da disiplin mahkemelerindeki üyelerin tarafsız ve bağımsız olmadıklarını gösterdiğinden AİHS'nin 6/1. maddesindeki adil yargılanma hakkı ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.²⁰²

¹⁹⁸ a.e., s.3.

¹⁹⁹ a.e., s.4.

²⁰⁰ a.e.

²⁰¹ a.e.

²⁰² a.e., s.5.

6. 477 sayılı Kanunu'nun 2. Maddesinde 1.1.2013 tarihli ve 6413 sayılı Kanunun 45/5. Maddesiyle Yapılan Değişiklik

477 sayılı Kanun'un 2. maddesi değişiklikten şu şekilde düzenlenmişti:

“Disiplin mahkemesi; tugay ve daha büyük (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel ve Sahil Güvenlik Komutanlığında eşidi) kıt'a, karargâh ve askerî kurumlar ile Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı teşkilâtında kurulur.

6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile 477 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir:

Disiplin mahkemesi savaş zamanında; tugay ve daha büyük (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel ve Sahil Güvenlik Komutanlığında eşidi) kıt'a, karargâh ve askerî kurumlar ile Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı teşkilâtında kurulur.

Değişiklikle birlikte, barış zamanında, disiplin mahkemelerinin faaliyet göstermesi engellenmiştir. Yani disiplin mahkemesi ancak “savaş zamanında” kurulabilecek ve yargılama yapabilecektir.

Söz konusu Kanun Tasarısının genel gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir.²⁰³

Türk Silahlı Kuvvetleri personeli hakkında uygulanan disiplin hükümleri; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu ile 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu,

²⁰³ Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Tasarısı, 24. Dönem, 3. Yasama Yılı, Esas No: 1/730, 19.12.2012, Tasarı metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0730.pdf> (Erişim Tarihi: 25.12.2017)

Yargılama Usûlü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda dağınık bir biçimde düzenlenmiştir. Bu mevzuatda disiplin amirleri veya disiplin mahkemelerince personele oda veya göz hapsi cezaları verilmesine imkan tanıyan düzenlemeler de yer almaktadır.

Türk Silahlı Kuvvetleri personeli hakkında uygulanan disiplin hükümleri, değişik tarihlerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde dava konusu olmuş, özellikle asker kişilere verilen oda hapsi cezalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu kapsamda AİHM;

...

b) 477 sayılı Kanun uyarınca disiplin suçu işleyen ve disiplin mahkemesince oda hapsi cezasıyla cezalandırılan asker kişinin başvurusunu kabul ettiği Bayrak-Türkiye (2007)davasında da adil yargılanma hakkının ihlal edildiği, gerekçeleriyle ülkemizi tazminata mahkum etmiştir.

Genel gerekçede tasarının, disiplin hukukuna ilişkin sorunların, disiplin amirlerinin ve emir komuta zincirinin önemi göz ardı edilmeden günümüz hukuk anlayışına uygun bir şekilde düzenlenmesi amaçlanmıştır.²⁰⁴

Bu amacın gerçekleştirilmesi amacıyla, barış zamanı için disiplin mahkemelerinin kapatıldığı, bunların yerine tugay seviyesinde görev yapacak disiplin kurulları ile Silahlı Kuvvetlerden ayırma disiplin cezası vermek üzere kuvvet komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında yüksek disiplin kurullarının kurulduğu ifade edilmiştir.²⁰⁵

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda Kanun Tasarısı hakkında Hükûmetin görüşlerini bildirmek amacıyla söz alan dönemin Milli Savunma Bakanı İsmet Yılmaz, Türk Silahlı Kuvvetleri personeli hakkındaki disiplin hükümlerinin uygulanmasına dair kararların yargıya taşındığı, yargı makamlarının verdiği kararlar

²⁰⁴ a.e., s.1.

²⁰⁵ a.e.

sonrasında AİHM'ne gidildiği, AİHM'nin asker kişilere verilen oda hapsi cezalarını AİHS'ye aykırı bulunduğunu, tasarının yasalaşması durumunda AİHM'deki hak ihlallerinin de önüne geçilmiş olacağını ifade etmiştir.²⁰⁶

7. Değerlendirme

Disiplin mahkemelerinin oluşumu, yargılama şekli ve verilen cezaların askeri personele karşı olması, askeri düzen denilince akla her şeyden önce “disiplin” kavramının gelmesi, ulusal hukuk düzeyinde bu durumun bir insan hakkı ihlali olabileceğini gündeme getirmemiştir.

Nitekim 1970 yılında Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi yoluyla gelen bir davada, askerliğe ilişkin disiplinin sağlanmasının çok önemli olduğu ve zaman kaybetmeden en hızlı şekilde yargılamanın ve cezalandırmanın yapılması gerektiği, askeri ceza mahkemelerinde yargılamanın yapılması durumunda amacın hasıl olmayacağı, Anayasa koyucunun bu durumları gözeterek Anayasada hem disiplin mahkemelerini hem de askeri ceza yargısını düzenlediği gerekçeleriyle davaya konu Kanunun ilgili maddesi Anayasaya aykırı bulunmamıştır.

²⁰⁶ “...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine açılmış dava sayısı 60'tır. Bu davalardan 10'u ülkemiz aleyhine sonuçlanmış olup diğerleri mahkeme gündemindedir. Tasarı yasalaşırsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurulardan, kaynaklanan hak ihlallerinin gereği de yerine getirilmiş olmaktadır.

Bir sayın milletvekilimiz "Bu yasanın ne acelesi var?" diyor. Her gün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine mahkûm olmanın Türkiye'ye kazandıracağı ne olabilir? Biz, mahkûmiyete yol açan hukuk kurallarını değiştirirsek Türkiye'nin itibarı yükselmez mi? Milletvekillerinin asli vazifesi Türkiye'nin itibarını yükseltmek değil midir? Dolayısıyla da bu kanun bir ihtiyaçtan doğmuştur.

İdareye güven ve kanunilik ilkeleri dikkate alınarak mevcut sistemde tanımlı olmayan disiplinsizlik teşkil eden eylemler Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyaçları da dikkate alınarak tek tek tanımlanmaktadır.” Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı:3, 59. Birleşim, 30.1. 2013 Çarşamba

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21883&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=131 (Erişim Tarihi:25.12.2017) s.68.

Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimi kapsamında incelemiş olduğu davada, 1961 Anayasası çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır. 1970 yılında Türkiye, Komisyonun (11 No’lu Protokol ile AİHM kurulmuştur) yargı yetkisini henüz kabul etmemiştir. Aradan geçen zamana rağmen tartışılan konular neredeyse aynı minvalde gerçekleşmiştir.

Konu hakkında AİHM tarafından Türkiye aleyhine defalarca ihlal kararı verilmiş olması Türk Hükûmetini bu konuda adeta düzenleme yapmaya zorlamış, bu kapsamda disiplin mahkemelerinin sadece savaş zamanında görev yapabileceği düzenlenmiştir.

AİHM tarafından konuya ilişkin ilk ihlal kararı 2007 tarihli İrfan Bayrak-Türkiye Kararıdır. Anayasanın 90. maddesinin son cümlesindeki, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla aynı konuyu düzenleyen kanunların çatışması durumunda, uluslararası antlaşmaların esas alınacağına dair hüküm gereğince kararın verildiği 2007 yılında derhal düzenleme yapılması daha uygun olurdu.

AİHM, disiplin mahkemelerinin varlığının AİHS’ne aykırı olmadığını şu ifadelerle açıklamıştır:

AİHM, güvenlik güçleri üyelerini yargılamak amacıyla kısmen ya da tamamen askeri üyeden oluşan mahkemelerin kurulması uygulamasının, çok sayıda üye Devlet’in hukuk sisteminde mevcut bir uygulama olduğunu tespit etmektedir. Bununla birlikte askeri mahkemeler, ancak bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını güvence altına alacak yeterli koruma tedbirlerinin bulunması halinde AİHS uyarınca uygunluk arz etmektedir.²⁰⁷

²⁰⁷ İrfan Bayrak/Türkiye, a.g.e., s.5.

Belirtildiği üzere burada önemli olan, disiplin mahkemelerinin tarafsız ve bağımsız olmalarının sağlanmasıdır. Bunun için de doğrudan sistemin yani mevzuatın değişmesi gerekmektedir.

AİHM tarafından Türkiye aleyhine disiplin mahkemeleri konusunda ihlal kararları verilmiş olması neticesinde Yasama Organı üzerine düşen görevi yerine getirmiş, disiplin mahkemelerine ilişkin mevzuatı değiştirmiştir. Böylece Yasama Organı, Anayasanın 90/son maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüğe ilişkin uluslararası antlaşma ile aynı konudaki kanunun çatışması durumunda uluslararası antlaşmaların esas alınacağına dair hüküm gereğince kendisine getirilen yükümlülüğü ifa etmiştir.

1.1.2013 tarihli ve 6413 sayılı Kanunun, hem T.B.M.M. Milli Savunma Komisyonu Raporunda ifade edilen genel gerekçesinde, hem de Genel Kurulda Hükûmet temsilcisinin, kanun değişikliğindeki amacının doğrudan Anayasanın 90/5. maddesinin gereği olduğu belirtilmese de, Türkiye'nin tazminata mahkum ettirilmemesi için gerekli olan amaç hasıl olmuştur.

II. Evli Kadının Soyadına İlişkin AİHM Kararlarının Türk Hukukuna Yansıması

1. Genel Olarak

“Ad” eş anlamlı tabiriyle “isim” hem hakiki hem de hükmi şahıslar için söz konusudur.²⁰⁸ Ad üzerindeki haklar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun²⁰⁹ (T.M.K.) Kişiler Hukuku Kitabının Gerçek Kişiler kısmının 26 ve 27. maddelerinde düzenlenmiştir.

²⁰⁸ Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku-Hakiki Şahıslar*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s.163.

²⁰⁹ 4721 sayılı T.M.K. metni için bkz. R.G.: 8.12.2001, 24607.

Ad, kişiyi diğerlerinden ayıran kişiye özgü bir tanıtma işaretidir.²¹⁰ Kişilerin birbirlerinden farklı özelliklere sahip olduğunu düşündüğümüzde, birini tarif ederken onun ayırt edici özelliklerini saymak yerine adını söyleriz.²¹¹

Ad “önad” ve “soyad” dan oluşur. Sadece önadın varlığı kişiyi diğerlerinden ayırmak için yeterli gelmeyebilir.²¹² Önad kişileri diğerlerinden ayırırken, soyad kişinin hangi aileye mensup olduğunu göstermektedir.²¹³ Doğan kişilere önad koymak toplumumuzda bir gelenek olarak süregelmiştir. Fakat önadın yanına bir de soyad konulması bir gelenek olmadığı için Soyadı Kanunu'na ihtiyaç duyulmuştur.²¹⁴

Kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli faktörlerden olan soyad; vazgeçilmez, devredilmez ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir haktır. 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun²¹⁵ 1. maddesinde yer alan “Her Türk öz adından başka soyadı da taşımaya mecburdur” ifadesiyle soyadı kullanmanın hem hak hem de bir yükümlülük olduğu belirtilmiştir. Türk hukukunda aile ismi anlamında da kullanılan soyadı kişinin kimliğini belirleme yanında kişinin soyunun belirlenmesi ve diğer ailelerden ayırt edilmesi anlamında önemlidir. Bu önemine binaen nüfus kayıtlarının düzenli tutulması ve buna bağlı hususların yasal boyutta düzenlenmesi gerekmiştir.²¹⁶

Doğan çocuğun adının T.M.K'nın 339/5. maddesinde ana ve babası tarafından konulacağı belirtilmiştir. Mülga 734 sayılı Türk Medeni Kanunu²¹⁷ (263/cc2) çocuğun adının konulması konusunda ailenin anlaşamadığı durumlarda babanın görüşüne

²¹⁰ Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, İstanbul, Legal, Aralık 2013, s.175.

²¹¹ Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.51.

²¹² a.e.

²¹³ Abdulkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku*, Beta, İstanbul, 2000, s.165.

²¹⁴ Hatemi, Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.51.

²¹⁵ Metin için bkz., R.G.: 2.7.1934, 2741.

²¹⁶ Anayasa Mahkemesi 10.3.2011 tarihli ve 2009/85 E., 2011/49 K. Karar metni için bkz. R.G.: 21.10.2011, 28091.

²¹⁷ Kanun metni için bkz. R.G.: 4.4.1926, 339.

üstünlük tanırken yeni kanun eşlerin eşitliği ilkesinden yola çıkarak babanın oyuna üstünlük tanımamıştır. Ad konusunda ana ve baba anlaşamazsa hakimin müdahalesini isteyebileceklerdir.²¹⁸

Soyadının kazanılması ise kural olarak kişinin doğduğu ailenin soyadını alması ile gerçekleşir (T.M.K 321. maddesi). Burada “aile soyadı” olarak kastedilen kadın evlenmekle kocasının soyadını alır hükmü gereği ailenin soyadı kocanın soyadı olmaktadır.²¹⁹ Bu durum evlilik içinde gerçekleşen doğumlar için geçerlidir. Evlilik dışı doğumlarda tanıma ya da babalık hükmü ile soybağı kurulan durumlarda babanın soyadı alınır. 321. madde de evlilik dışı doğan çocuğun annenin soyadını alacağını düzenleyen hüküm Anayasa Mahkemesince Anayasanın 10, 11 ve 41. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.²²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla kanunda bir boşluk oluşmuştur ve yasa koyucu tarafından henüz bir düzenleme yapılmamıştır.

Evlat edinmeyle soyadının kazanılması (T.M.K. 314/3) durumunda, evlat edinilen küçükse evlat edinenin soyadını alır, evlatlığın ergin olması durumunda evlat edinenin soyadını alma konusu evlat edinilenin kendi tercihine bırakılır.

Ana ve babası belli olmayan çocukların soyadının nüfus memuru tarafından konulması (Nüfus Hizmetleri Kanunu md.59/5)²²¹, Soyadı Kanununun 7. maddesinde soyadı olmayanların soyadlarını seçmeleri için verilen iki yıllık sürenin sonunda henüz soyadının seçilmemiş olması ve ana babası olmayanlar için yörenin en büyük mülki amiri tarafından Soyadı Kanununun 8. maddesi gereği soyadı verilmesi²²² soyadın idari yolla kazanılması durumlarıdır.

²¹⁸ Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, Ankara, Seçkin, Ekim, 2016, s.142.

²¹⁹ Merve Yılmaz, “Evli Kadının Soyadı” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, A.Nazım Kaynak'a Armağan, Temmuz 2012, Yıl 3, S.10, s.133.

²²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 2.7.2009 tarihli ve 2005/114 E, 2009/105 K. Karar metni için bkz. R.G.: 7.10.2009, 27369 “...evli değilse ananın...” ibaresi iptal edilmiştir.

²²¹ Helvacı, a.g.e., s.179,182.

²²² Yılmaz, a.g.m., s.136.

Soyadı üzerindeki hak “mutlak hak” olarak ifade edilirken, soyadının kural olarak değiştirilememesi esas alınmıştır. Bu kuralın tek istisnası mahkeme kararı ile soyadın kazanılmasıdır. T.M.K 27. maddesi “adın değiştirilmesi” başlığı altında dzenlenmiştir. Bu maddeye göre adın değiştirilmesi ancak “haklı sebeplerin” varlığı durumunda mümkündür. Haklı sebebin var olup olmadığı hakim tarafından takdir edilecektir.²²³

Fakat bizim konumuz, soyadının evlilik yoluyla kazanılmasıdır. Bu yolla soyadın kazanılması ise sadece kadınlar için geçerlidir.²²⁴ T.M.K.’nın 187. maddesi kadının evlendiğinde kocasının soyadını alacağını dzenlemiştir. Bu hükümle Türk Hukukunda soyadı birliği ilkesi²²⁵ benimsenmiştir. Fakat aynı madde de kadının evlilik sırasında evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadının önüne kendi soyadını eklenmesini isteyebileceği dzenlenmiştir. Bu hüküm Mülga 734 sayılı Medeni Kanununun 153. maddesine 14.5.1997 tarihli ve 4248 sayılı Kanunla²²⁶ yapılan değişiklik sonucunda getirilmiş yeni Medeni Kanunda da aynen kabul edilmiştir. Fakat evli kadının kocasının soyadı önünde kullandığı bu soyad “aile soyadı” olmamaktadır. Mevcut evlilik içinde doğan çocuklar babanın soyadını kullanmaya devam ederler, annenin önceki soyadını kullanması durumundan etkilenmezler.²²⁷

Evli erkeğin başka biri tarafından evlat edinilmesinde, evlat edinilen koca evlat edinenin soyadını kullanmak isterse, kocaya bağlı olarak kadının da soyadı değişmektedir (T.M.K.md. 314/3). Evli erkeğin soyadını değiştirmesi durumunda da durum değişmemektedir. Aynı Şekilde mahkeme kararıyla soyadı değişen kocanın yeni soyadını kadın da kullanmak zorundadır.²²⁸

²²³ a.e.

²²⁴ a.e., s.138.

²²⁵ Helvacı, a.g.e., s.183.

²²⁶ Metin için bkz. R.G.: 22.5.1997, 22996.

²²⁷ Mesude Altunel, “Evli Kadının Soyadı” **Adalet Dergisi**, Yıl 2015, S.51, s.180.

²²⁸ a.e., s.181.

Anayasanın 10/2. maddesinde “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” ve 41. maddesinde ise “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” düzenlemeleri yer almaktadır. Medeni Kanun'un 187. maddesindeki kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı fakat istem halinde kendi soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği yönündeki hüküm Anayasa Mahkemesi'nde iptal davasına konu olmuştur. Asıl dava, konumuzu ilgilendiren AİHM'nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu Ünal-Tekeli davasıdır. Burada da AİHM T.M.K.'nin 187. maddesini Sözleşmenin 14. maddesi nedeniyle 8. maddeye aykırı bulmuştur.²²⁹

Türkiye 1985'te “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesini”²³⁰ (CEDAW) onaylanmıştır. Sözleşme 1986 yılında yürürlüğe girmişse de, Sözleşmenin iç hukukla bağdaşmayan bazı maddelerine çekince konulmuştur. Sözleşmenin çekince konulan 16/1-g maddesi ile aile adı, meslek ve iş seçimi gibi hususlarda kadın ve erkeğe eşit haklar sağlanması güvence altına alınmıştır. 1997 yılında mülga Türk Medeni Kanununda 153. maddesinde kadının önceki soyadını kullanabilme imkanı verilerek değişiklik yapılmış ve 1999 yılında Sözleşmenin (g) bendi için koyduğu çekinceyi kaldırmıştır.²³¹ Bu değişiklikte bile kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğu ortadan kalkmadığından, bu sözleşmeden dolayı da kadın ve erkek arasında ayrımcılığa sebep olan Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin değiştirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar 187. maddede henüz değişiklik olmasa da gerek Anayasa Mahkemesi gerek Yargıtay tarafından konu ile ilgili önemli kararlar verilmiştir.²³²

²²⁹ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir Oktay, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.116.

²³⁰ Sözleşme metni için bkz. R.G.: 14.10.1985, 18898.

²³¹ Nevin Ünal Özkorkut, “Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı- Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi” **XII Levha**, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul, Mayıs 2014, s.26.

²³² Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s.116.

Soyadının kazanılması ve değiştirilmesine ilişkin hükümler T.M.K'nın aile hukuku bölümünde düzenlenmişken, yukarıda ifade ettiğimiz gibi ad üzerindeki haklara ilişkin hükümler kişiler hukuku bölümünde düzenlenmiştir. Soyadının korunmasının aynı zamanda kişilik hakkı olduğu düşünüldüğünde, soyadının değiştirilmesinde kişilik hakkının, korunması gereken hukuki menfaat olduğu ortaya çıkacaktır. Kaldı ki bu durum sadece kişiyi ilgilendirmemekte, aynı zamanda kişinin içinde bulunduğu toplumu da etkilemektedir. Önceki soyadıyla alım-satım, borçlanma v.b. pek çok resmi işlemlerde bulunan kişiye ait kayıtların soyadı değişikliğinden etkileneceği düşünüldüğünde soyadının değiştirilmesine ilişkin hükümlerin kamu düzeninden olduğu varsayılmalıdır.²³³

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında; Alman hukukunda aile adının belirlenmesinde kadın ve erkeğin eşitliğine dayanan bir düzenleme söz konusudur. Eşler bir aile soyadı seçmemişlerse, kendi soyadlarını evlenmeden önce olduğu gibi evlendikten sonra da kullanmaya devam ederler. Aile soyadının belirlenmesi durumunda da kendi soyadı aile adı olarak seçilmeyen kişi aile adının önünde veya sonunda kendi soyadını kullanmaya devam edecektir. İsviçre' de 2013 yılında yapılan değişiklikle birlikte evlilik gerçekleşse bile eşler kendi soyadlarını korumaya devam ederler fakat ikisinden birinin soyadını aile adı olarak da kullanırlar. Doğacak çocuğun hangi soyadını kullanacağına eşler kendi aralarında anlaşarak karar verebilir.²³⁴ Fakat 2013 değişikliğinden önce kural olarak kocanın soyadı aile adı olarak belirleniyor ancak inandırıcı, haklı bir sebebin varlığı durumunda kadının soyadını aile adı olarak belirleyebiliyorlardı.²³⁵

Çalışmamızda başta Ünal Tekeli davası olmak üzere AİHM kararları ile AİHM kararları öncesi ve sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın bu konudaki kararlarını inceleyeceğiz. AİHM kararlarının Türk Hukukuna yansımaları, verilen

²³³ Deniz Ergene, “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önergesi” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2011, Cilt: 31, S.2, s.126.

²³⁴ Helvacı, a.g.e., s.182-183.

²³⁵ Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, *Aile Hukuku*, İkinci Cilt, İstanbul, Beta, Ocak 2002, s.117.

kararlarının birbirlerine olan etkilerini daha iyi görmek için inceleme sırasını karar tarihlerinin kronolojisine göre yapacağız.

2. Kadının Soyadının Türk Hukukundaki Gelişimi

Türklerde adın kullanımı sırasında kişileri birbirinden ayırt etmek için kişinin özelliklerini anlatan ikinci bir ad öteden beri kullanılmıştır. 1881 yılında Sicili Nüfus Nizamnamesi'nde nüfus sicilinde “erkek ve kadınların isim ve şöhretinin...” yazılacağı belirtilmiş, Bursa Mebusu Refet Bey Soyadı Kanunu Tasarısının Meclis'te görüşülmesi sırasında Nizamname'de “şöhret” diye adlandırılan kelimenin daha önceden tescil edilmiş “aile isimleri” olduğunu ifade etmiştir.²³⁶

1926 tarihli Türk Medeni Kanununda soyadının kazanılması ve korunmasına ilişkin maddelere “aile ismi” adı altında yer verilmiş, fakat soyadı kullanmanın zorunlu olduğuna dair bir kural getirilmemiştir. Soyadı kullanma zorunluluğu 1934 yılındaki Soyadı Kanunu ile gelmiştir.²³⁷ Soyadı Kanununun birinci maddesinde her Türk'ün öz adından başka bir de soyadı kullanması zorunluluğu belirtilirken, soyadını seçme görev ve hakkı evin reisi olarak belirtilen kocaya verilmiştir. Her ne kadar 1926 tarihli Medeni Kanunumuz İsviçre Medeni Kanunundan iktibas edilmiş, kadın-erkek eşitliğine dair pek çok hükmü içerisinde barındırmışsa da toplumun içinde bulunduğu erkek egemen yapıyı ortaya koyacak hükümlere de yer verilmiştir.²³⁸

1926 tarihli Türk Medeni Kanununun 153. maddesi evlenen kadınla ilgili “karı, kocasına ait aile ismi taşıyır” kuralına yer vermiş, boşanan kadın açısından ise 141. maddesinde, “boşanan kadın evlenmeden evvel taşıdığı aile ismini tekrar alacağı, evlenme sırasında dul ise kendi aile ismini taşımasına boşanma hükmü ile izin verileceği” belirtilmiştir. 1990 yılında 141. maddede yapılan değişiklikle boşanan kadının eski soyadını alacağı, fakat bir menfaatinin bulunduğunu ispat eder ve bu

²³⁶ Ünal Özkorkut, a.g.m., s.24.

²³⁷ Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı” **TBB Dergisi**, Mart-Nisan 2012, Yıl:24, S.99, s.246., Ünal Özkorkut, a.g.m., s.24.

²³⁸ Ünal Özkorkut, a.g.m., s.25.

durumun kocaya zarar vermeyeceğine kanaat getirilirse, kadının boşandıktan sonra bile kocasının soyadını taşıyabileceği düzenlemesi yapılmıştır. Fakat bu durumda da şartların değişmesi halinde kocaya, kadına kocanın soyadını taşımasına dair verilen bu iznin kaldırılmasına ilişkin dava açma imkanı verilmiştir. Ancak bu defa da boşanmayla bekarlık soyadını alabileceği düzenlenmiş fakat evlenmeden önce dul ise ve eski kocasının soyadını taşıyorsa bir daha o soyadını kullanabilmesine dair düzenleme yapılmamıştır.²³⁹ Bütün bu düzenlemelerden sonra Medeni Kanunda soyadı üzerinde belirtilen mutlak, vazgeçilmez, dokunulmaz ve devredilmez hak olması özelliği sadece kocanın soyadı için geçerli olmuştur.²⁴⁰

Mülga Türk Medeni Kanununun 153. maddesinde 1997 yılında 4248 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına dair hükmün devamında evlendirme memuruna veya nüfus idaresine yazılı başvurusu ile kocasının soyadının önüne önceki soyadını ekleyerek kullanabileceği, daha önce iki soyadı kullanıyorsa bu haktan sadece biri için faydalanacağı düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken konu kadının “bekarlık” değil “önceki” soyadının kullanılmasına izin verilmiş olmasıdır. Yani kadın daha önceki evliliğinden dolayı kocasının soyadını taşıyorsa onu da kullanabilecektir.

Evli kadının soyadı hakkındaki hükümler 1926 tarihli Türk Medeni Kanununun yürürlükten kalkmasından sonra, 22.11.2001 tarihinde kabul edilip 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı T.M.K'nın 187. maddesinde yerini almıştır. Evli kadının soyadını düzenleyen 187. maddesi hükmünün, yürürlükten kalkan Kanunun 153. maddesinden bir farkı bulunmamaktadır. Evlenen kadın kocasının soyadını alacak, boşanırsa da bekarlık soyadına dönecektir. Boşandıktan sonra da kocasının soyadını kullanmaya devam etmek isterse, kocanın soyadını kullanmak konusundaki menfaatini ispat külfeti kadında olacaktır. Ve kural olarak her medeni halin değişmesinde kadının soyadı değişecektir.²⁴¹ Oysa yeni Medeni Kanunun genel gerekçesinde modern hukuk sistemlerde temel ilke olarak kabul edilen

²³⁹ a.e., s.26.

²⁴⁰ a.e.

²⁴¹ Moroğlu, a.g.m., s.254.

“kadın-erkek eşitliğinin” hukukumuzda tam anlamıyla yansıtılması amaçlandığı belirtilmiştir. Aile hukuku konularına giren evlilik yaşı, konut seçimi, yasal mal rejimi, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili gibi konularda genel gerekçede amaçlanan kadın-erkek eşitliği sağlanmış, fakat kadının soyadı konusundaki eşitsizlik devam ettirilmiştir. Üstelik Anayasanın 41. maddesindeki “Aile toplumun temelidir.” hükmüne 3.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikle “eşlerarası eşitliğe dayanır” ibaresi eklenmesine rağmen, bu eşitsizlik hala devam etmektedir.²⁴² Anayasada yapılan bu değişikliğin Medeni Kanununun 187. maddesinde de uygulanabilmesi hem Anayasaya uygunluk hem de Avrupa Birliği yasalarına uyum çerçevesindeki taahhütlerimiz için gereklidir.²⁴³

3. Evli Kadının Soyadı Meselesinin Ulusal ve Uluslararası Hukukta Yargı İctihatlarındaki Gelişimi

Ulusal hukukta evli kadının soyadına ilişkin, kocanın soyadını kullanma zorunluluğu eşitlik ilkesine aykırı görülmeden uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesi 1998 yılında somut norm denetimi kapsamındaki başvuruda, eşitlik ilkesine aykırılık tespit edilmediğinden iptal başvurusunun reddine karar vermiştir. AIHM Türk vatandaşı Ünal Tekeli tarafından yapılan başvuruda ihlal kararı vermiştir. Bu ihlal kararından sonra konu tekrar Anayasa Mahkemesi'nin önüne norm denetimi kapsamında gelmiş fakat Anayasa Mahkemesi 1998 yılında vermiş olduğu gibi iptal başvurusunu reddetmiştir. Anayasada 2010 yılında yapılan değişiklikle Türk Hukukuna bireysel başvuru yolu gelmiş, bu kapsamda 2013 yılında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilmiştir. Sevim Akat Eşki²⁴⁴

²⁴² a.e., s.255.

²⁴³ Saibe Oktay Özdemir, “Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler” İÜHF, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2009, s.289, 290.

²⁴⁴ Anayasa Mahkemesi 19.12.2013 tarihli ve B.N:2013/2187. Karar metni için bkz. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/68aa4186-521f-4bf9-9c03-f0e0bbf55a88?wordsOnly=False>) (Erişim Tarihi: 5.12.2017)

başvurusundan sonra Anayasa Mahkemesi Gülsim Genç Başvurusu²⁴⁵ ve Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu²⁴⁶ gibi davalarda birden fazla ihlal kararı vermiştir. Bireysel başvurulara esas konuların aynı olması, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararların da benzer olması sebebiyle incelememizi ilk başvuru olan Sevim Akat Eşki Başvurusu üzerinden yapacağız.

Çalışmamızda konunun tarihsel süreçteki gelişimini daha net görebilmek için, başlıklarda kronolojiye dayalı bölümlendirme esas alınmıştır.

A. Anayasa Mahkemesi'nin 29.9.1998 Tarihli ve 1997/61 E. ve 1998/59 K. Sayılı Kararı²⁴⁷

Dava, Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından, Mülga 743 sayılı Medeni Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 12 ve 17. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptali talebidir.

Mülga 743 sayılı Medeni Kanun'un “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” hükmünü içeren 153. maddesinde, 14.5.1997 tarihli ve 4248 sayılı Kanun²⁴⁸ ile “...ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadını kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir” şeklinde değişiklik yapılmıştır.

²⁴⁵ Anayasa Mahkemesi 6.3.2014 tarihli ve B.N: 2013/4439. Karar metni için bkz. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/41b92621-751c-4618-9cab-d6c460e2ff6c?wordsOnly=False>) (Erişim Tarihi: 5.12.2017)

²⁴⁶ Anayasa Mahkemesi 16.4.2015 tarihli ve B.N:2014/5836. Karar metni için bkz. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/b663686e-1539-4189-8f13-50c318603509?wordsOnly=False>) (Erişim Tarihi: 5.12.2017)

²⁴⁷ Anayasa Mahkemesi 29.9.1998 tarihli ve 1997/61 E. ve 1998/59 K. Karar metni için bkz. R.G.: 15.11.2002, 24937.

²⁴⁸ Kanun metni için bkz. R.G.:22.5.1997, 22996.

Başvuru ile 153. maddedeki düzenlemenin devlet ağırlıklı toplumlarda örf, adet gibi nedenlerle erkeğin baskın olduğu bir düzenin, yasalarda da yerini almasıyla kadın ve erkek eşitliğine dayanan bir düzenleme yerine erkeğin egemen olduğu bu durumun Anayasanın 12. maddesindeki herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, yine 17. maddesindeki herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve özellikle de geliştirme hakkına sahip olduğuna ilişkin düzenlemelere aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi davaya konu olay ve istemi Anayasanın 10. maddesi ile de ilgili görmüştür.²⁴⁹ Anayasanın 10. maddesi;

Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi; davaya konu düzenlemenin sosyal gerçeklerden kaynaklandığını, bu durumun ise yıllarca kökleşmiş geleneğin kurumsallaştırılması mahiyetinde olduğunu belirtmiştir.²⁵⁰ Kadın ve erkek arasındaki farklı yaratılışın, kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğindeki düzen ve uyumun sağlanması, aile içindeki iki başlılığın önlenmesi gibi aile hukuku öğretileri de belirtilerek, aile adının ancak kuşaktan kuşağa geçmesiyle aile bütünlüğünün ve birliğinin sağlanabileceğinin mümkün olduğunu ifade etmiştir.²⁵¹ Kanun koyucunun aile adının belirlenmesinde eşlerden birine öncelik tanıdığı, kamu yararı, kamu düzeni

²⁴⁹ R.G.: 15.11.2002, 24937, s.3.

²⁵⁰ a.e., s.4.

²⁵¹ a.e.

ve bazı zorunluluklar dolayısıyla soyadın kocadan geçmesinin tercih edildiğine vurgu yapmıştır.²⁵² Kaldı ki; İtiraz konusu kuralda kadının soyadının sadece erkeğin soyadına bağlanacağını öngörülmediği, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte önceki soyadını da kullanılabilmesine imkân tanındığı gerekçeleriyle davaya konu olan yasa hükmünün Anayasanın 10, 12 ve 17. maddelerine aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.²⁵³

Kararda Mustafa Bumin, Yalçın Acargün ve Fulya Kantarcıoğlu tarafından karşıoy kullanılmıştır. Gerekçe olarak; kanunun kadının kocasının soyadını kullanacağına dair hükmün kadına hiçbir seçim hakkı bırakmadığı, Anayasamızda Alman Anayasası'nda olduğu gibi kadın ve erkeğin eşit olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmasa bile 10. maddedeki genel eşitlik tanımının kadın ve erkeğin cinsiyetine bakılmadan aynı hukuksal statüye tabi olması gerektiği belirtilmiştir.²⁵⁴ Başta CEDAW olmak üzere uluslararası belgelerin insanın yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme, onurlu bir yaşam sürdürme konusundaki haklarını, kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler listesinin başında değerlendirdiği, aile adının belirlenmesini ailede eşit haklara sahip bireylere bırakmayarak kocanın soyadına üstünlük tanıyan düzenlemenin hem eşitlik ilkesine hem kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkına bu sebeple onun maddi manevi varlığını koruma ve müdahale niteliği taşıması sebebiyle Anayasanın 10, 13 ve 17. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.²⁵⁵

²⁵² a.e.

²⁵³ “...Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.” a.e., s.5.

²⁵⁴ a.e., s.6.

²⁵⁵ a.e., s.6,7.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli/Türkiye Kararı²⁵⁶

Davaya konu olayda; İzmir'de yaşayan Türk Vatandaşı Ayşe Ünal Tekeli tarafından, kanun gereği evlendikten sonra kocasının soyadını aldığı, avukatlık mesleğini icra ederken kendi bekarlık soyadı ile tanınmış olmasına rağmen resmi işlemlerde her iki soyadını da kullanamadığı gerekçeleriyle sadece kendi soyadı olan “Ünal”ın kullanılmasına izin verilmesi talebiyle 1995 yılında yerel mahkemede dava açmıştır.²⁵⁷ Başvuranın bu talebi, kanun gereği, evli kadınların evli olduğu süreçte kocalarının soyadlarını taşımaları gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir.²⁵⁸ Başvuran olağan hukuk yollarını tüketmiş, bu süre içerisinde 4248 sayılı Kanun ile kadının kocasının soyadının önünde dilerse kendi soyadını kullanabileceğine ilişkin düzenleme yapılmışsa da bu düzenleme sadece kendi soyadını kullanmak isteyen başvuranın talebini karşılamamıştır.²⁵⁹

Kararda olayla ilgili ulusal hukuk düzeyindeki düzenlemeler genel eşitlik ilkesine vurgu yapan Anayasanın 10. maddesi, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasa Mahkemesi'ne Anayasaya aykırılık iddiasıyla gidilemeyeceğine ilişkin 90. maddesi, somut norm denetimi (itiraz) yolunu düzenleyen 152. maddesi olarak belirtilmişken, uluslararası hukuk düzenlemeleri olarak Avrupa Konseyi'nin çalışmaları bünyesinde Bakanlar Komitesi'nin medeni hukukta eşlerin eşitliğine dair 27.10.1978 tarihli ve 37 sayılı Karar ve cinsiyet ayrımcılığına karşı yasal korumaya dair 5.2.1985 tarihli ve 2 sayı Tavsiyesi²⁶⁰ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin farklı zamanlardaki konuya

²⁵⁶ Karar metni için bkz. AİHM, 16.11.2004 tarihli ve Başvuru No: 29865/96 ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-158595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) (Erişim Tarihi: 5.12.2017)

²⁵⁷ a.e., parag. 9-10-11.

²⁵⁸ a.e., parag. 12.

²⁵⁹ a.e., parag. 13.

²⁶⁰ “Bakanlar Komitesince bazı üye ülkelerin mevzuatlarında cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemelerin var olduğu özellikle aile adının seçimi bu adın çocuklara geçmesi hususunda çözüme ilişkin alternatifler sunmuştur. Bu alternatifler şu şekilde belirlenmiştir. “ i. Eşlerin ortak bir soyadı, özellikle de eşlerden birinin soyadı, her iki eşin soyadlarının birleştirilmesiyle oluşan bir soyadı ya da her iki eşe de ait olmayan bir soyadı üzerinde anlaşması, ii. Her iki eşin de evlilikten önceki soyadlarını değiştirmemesi, iii. Yasalar uyarınca

ilişkin kararları, Avrupa Yasal İşbirliği Komitesinin konu ile ilgili bazı ülkelerdeki düzenleme ve uygulamalara ilişkin raporları, Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, AIHS 7 Nolu Protokol'ün 5. Maddesi ve CEDAW'ın ilgili hükümlerine vurgu yapılmıştır²⁶¹.

Türk hükûmeti, başvuranın evlendiği dönemde stajyer avukat olması sebebiyle avukatlık mesleğini icra etmeye başladığı sırada, halihazırda kocasının soyadını kullanması nedeniyle olayda mağduriyet şartının gerçekleşmediğini iddia etmiştir. Başvuran bu iddiaya cevap olarak stajyerlik döneminin mesleğe atılan bir adım olduğunu, meslek yaşantısından ayrı tutulamayacağını, ayrıca ismin kişiliğin oluşması hususunda önemli bir rol oynadığını, evlendikten sonra soyadının değişmesinin geçmişle bağlantısının koparılmasına sebep olduğunu ileri sürmüştür.²⁶²

Davaya uygulanabilecek AIHS maddeleri şunlardır:

8. madde:

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

ortak soyadının her iki eşin soyadlarının birleştirilmesi suretiyle oluşturulması.” a.e. parag. 17.

²⁶¹ a.e., parag. 14-31.

²⁶² a.e., parag. 33-34-35.

14. madde;

Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

Türk Hükûmeti isim konusunda Devletlerin geniş bir tasarruf yetkisi bulunduğundan bireylerin bu konuda tercihlerini serbest bir şekilde kullanamayacaklarını, bu sebeple isim alanının Devlet'in tasarrufu altında kalması gerektiğini ve bu konunun da Sözleşme'nin kapsamında bulunmadığını savunmuştur.²⁶³

AİHM ise; her ne kadar 8. madde isimlerin kullanıma ilişkin bir hüküm içermemekteyse de, ismin kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak kişinin özel ve aile yaşamını etkilediği, ismin kullanılması üzerinde kamu yararı olsa dahi ismin başkalarıyla ilişki kurma hakkını kapsadığı, özel ve aile hayatının dışında bırakılmasının yeterli bir sebep olmadığını belirtmiştir.²⁶⁴

Türk Hükûmeti soyadı meselesinin kadın erkek arasında cinsiyete dayalı farklı muameleye sebep olduğunun farkında olduğunu, fakat bunun makul ve nesnel sebeplerinin varlığı sebebiyle ayrımcılık oluşturmadığını öne sürmüştür.²⁶⁵ Çünkü soyadı ile aile birliği arasında sıkı bir ilişki vardır, bu birliğin sağlanması için kocanın soyadı tercih edilmiştir ve bu uygulama benimsenmiştir.²⁶⁶ Aile birliği, kamu meselesi olduğu için kişinin kamu düzenine geçilmesiyle birlikte özel yaşamının sona erdiğini,

²⁶³ a.e., parag. 41.

²⁶⁴ a.e., parag. 42.

²⁶⁵ a.e., parag. 44.

²⁶⁶ a.e., parag. 45.

kaldı ki yapılacak bir sistem değişikliğinin doğum, ölüm ve evlilik kütüğünde ciddi zorlukların yaşanmasına sebep olacağını belirtmiştir.²⁶⁷

AİHM, 14. maddenin ayrımcılık sonucunu doğuran muamelelerin tamamını kapsamadığını, fakat farklı bir muamele varsa, bunun nesnel ve makul bir nedeninin olması gerektiğini, hatta bunun bile yeterli olmadığını, ulaşılması gereken amaç ile kullanılan yöntem arasında makul, oransal bir bağ olması gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁸ Taraf devletlerin benzer durumda olanlara farklı muamele uygulanması hususunda, düzenleme yapma yetkileri vardır²⁶⁹. Fakat cinsiyete dayalı ayrımcılığın Sözleşme'ye uygun olması için çok geçerli nedenler aranmaktadır.²⁷⁰

AİHM, söz konusu davada benzer durumdaki kişilere (evli erkek ve evli kadın kategorisi) farklı muamelede bulunulduğunu belirtmiştir.²⁷¹ Türkiye'nin, eşler aralarında anlaşıp başka bir düzenlemeyi kabul etseler bile kocanın soyadının aile adı olarak kullanılmasını otomatik olarak kanunlarla kabul eden tek ülke olduğuna dikkat çekmiştir.²⁷² Kadınların önceki soyadlarını kocalarının soyadlarının önünde kullanabilmeleri mevcut durumu değiştirmemiştir.²⁷³ Hükûmet aile birliğinin ortak bir aile adıyla temsil edilmemesi sebebiyle evli çiftin ya da üçüncü kişilerin karşılaştığı veya karşılaşılabilecekleri somut ve önemli bir sorunu gösterememiş ve bu sebeple kamunun zarara uğradığını kanıtlayamamıştır.²⁷⁴

²⁶⁷ a.e.

²⁶⁸ a.e., parag. 49-50.

²⁶⁹ a.e., parag. 52.

²⁷⁰ a.e., parag. 53.

²⁷¹ a.e., parag. 55.

²⁷² a.e., parag. 61.

²⁷³ a.e.

²⁷⁴ a.e., parag. 66.

AİHM, sonuç olarak eşler arasındaki bu farklı muamelenin 8. madde ile beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırı olduğuna hükmetmiştir.²⁷⁵

AİHM'nin bu kararının Anayasanın 90. maddesindeki 5170 sayılı Kanunla gelen ek cümleden sonra verildiği göz önünde bulundurulduğunda şu ifadeler oldukça dikkat çekicidir:

*Söz konusu davada, AİHM'ne şikayet edilen durumun Medeni Kanun'un 153. maddesi ile uyumlu olduğu doğrudur. Ancak AİHM, davaya bakan iç hukuk mahkemelerinin, Anayasanın 90. maddesi uyarınca ulusal kanunların ayrılmaz bir parçasını oluşturan AİHS hükümlerini doğrudan uygulayabileceğine ya da Medeni Kanun'un 153. maddesinin Anayasaya uygun olmadığı gerekçesiyle itiraz edebileceğine ve son olarak da başvuranın talebini kabul edebileceğine...*²⁷⁶

AİHM'nin kararları ile Sözleşme'yi yorumladığı kuşkusuzdur. Yukarıdaki ifadesiyle Anayasanın 90. maddesi sebebiyle Sözleşme'nin kanunlarımızın ayrılmaz bir parçası olduğunu özellikle vurgulamıştır. Bu durumun sonucu olarak, ulusal mahkemeler Sözleşme hükümlerini doğrudan uygulayarak davacının talebini kabul edebileceği gibi T.M.K.'nin 187. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi için müracaat edebilecektir.

²⁷⁵ a.e., parag. 68.

²⁷⁶ a.e., parag. 38.

C. Anayasa Mahkemesi'nin 10.3.2011 Tarihli ve 2009/85 E., 2011/49 K. Sayılı Kararı²⁷⁷

Fatih, Ankara ve Kadıköy Aile Mahkemeleri tarafından, evli kadının yalnız önceki soyadını kullanmak istemiyle açılmış olan davalarda uygulanacak T.M.K.'nın 187. maddesinin, Anayasanın 2, 10, 12, 17, 41, ve 90. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istenmiştir.

Yerel mahkemeler itiraz gerekçelerinde; Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, CEDAW ve AİHS'nin T.B.M.M. tarafından onaylanıp yürürlüğe girdiğini, bu antlaşmaların Anayasanın 90. maddesi gereği iç hukuk kuralı haline geldiğini, buna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkacak uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşmaların esas alınması gerektiğini belirtmişlerdir.²⁷⁸ AİHM'nin Ünal Tekeli/Türkiye Davası'nda Türkiye'yi tazminata mahkûm ettiğini, bu ihlal kararından sonra hukukumuzda kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik ulusal ve uluslararası alanda değişiklikler yapıldığını ifade etmişlerdir.²⁷⁹

Kadıköy Aile Mahkemesi, soyadı konusunun toplumsal bir yaraya dönüştüğünü, kadının evlendiğinde soyadını kaybettiği için, toplumda soyun devamında kadının etkisinin olmadığı algısının oluştuğunu bu sebeple annenin erkek çocuk doğurma baskısı altında kaldığını belirtmiştir.²⁸⁰

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 10. Maddesinde belirtilen “eşitlik” kavramının eylemli eşitliği değil hukuksal eşitliği ifade ettiğini, kanun önündeki eşitliğin herkesin aynı yönden aynı kurallara tabi olacağı anlamına gelmediğini ifade etmiştir.²⁸¹

²⁷⁷ Karar metni için bkz. R.G.: 21.10.2011, 28091.

²⁷⁸ a.e., s.1.

²⁷⁹ a.e., s.2.

²⁸⁰ a.e., s.5.

²⁸¹ a.e., s.7.

Anayasa Mahkemesine göre soyadı, kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardandır; vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır ve aynı zamanda soyadı kullanmak bir yükümlülüktür.²⁸² Fakat soyadının kişilik haklarından olması ona hiçbir şekilde müdahale edilememesi anlamına gelmemektedir ve kanun koyucunun soyadı hususunda kamu yararı ve kamu düzeni gereklerince Anayasaya uygun olmak koşuluyla düzenleme yapma konusunda takdir hakkı bulunmaktadır.²⁸³

Ailenin önemi, üstlendiği rol toplumdan topluma farklılık göstermektedir.²⁸⁴ Devlet ailenin korunması hususunda düzenlemeler yapmak konusunda yükümlülük sahibidir.²⁸⁵

Anayasa Mahkemesi bu gerekçelerle ve aşağıda belirtilen ifadelerle itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.²⁸⁶

...yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlamıştır.

²⁸² a.e.

²⁸³ a.e., s.8.

²⁸⁴ a.e.

²⁸⁵ a.e.

²⁸⁶ a.e.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik verilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralı Anayasanın 90. maddesiyle ilgisinin olmadığını ifade etmiştir.²⁸⁷

Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile anlatmak istediği husus, aile yapısının toplumdaki topluma değişiklik gösterebileceği, bu konunun Devletlerin özel ve dokunulmaz alanları olduğu, uluslararası sahada bu konu hakkında karar verilmesinin veya verilmiş bir karara uyulmasının toplum yapısına zarar verebileceği bu sebeple davaya konu olayda Anayasanın 90. maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığıdır.

D. Anayasa Mahkemesi'nin Sevim Akat Eşki Başvurusu²⁸⁸

Bireysel başvuru niteliğindeki bu dava, yukarıda somut norm denetimine konu olan (Fatih Aile Mahkemesi tarafından müracaat edilen) davalardan biridir. Söz konusu davada Anayasa Mahkemesi'nin kanun maddesinin iptali istemini reddettikten sonra yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiş, Yargıtay'a yapılan temyiz talebinden de netice alamayan²⁸⁹ başvuran 2010 yılında Anayasada değişiklik yapılmasıyla hukukumuza giren bireysel başvuru yolunu kullanarak Anayasa Mahkemesi'ne müracaat etmiştir.

²⁸⁷ a.e.

²⁸⁸ Anayasa Mahkemesi 19.12.2013 Tarihli ve Başvuru No: 2013/2187. Karar metni için bkz. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/68aa4186-521f-4bf9-9c03-f0e0bbf55a88?wordsOnly=False>) (Erişim Tarihi: 5.12.2017)

²⁸⁹ a.e., parag. 9-13.

Başvurucu, kadınların evlendikten sonra, önceki soyadını tek başına kullanabilmelerine imkan vermeyen T.M.K.'nın 187. maddesinin cinsiyet ayrımcılığına neden olduğunu, söz konusu maddenin özel ve aile hayatına müdahale teşkil ettiğini, bu sebeplerle Anayasanın 2, 10, 12, 17, 20, 41 ve 90. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürerek, ihlalin tespitini ve uğradığı manevi zararın tazminini talep etmiştir.²⁹⁰

Anayasa Mahkemesi kararın gerekçesinde; soyadın kişinin yaşamıyla özdeşleştiğini, kişinin ayrılmaz bir parçası olduğunu ve kimliğinin belirlenmesinde en etkili faktör olduğunu, aynı zamanda vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunu, T.M.K.'nın 187. maddesindeki durumun Anayasanın 17. maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale olduğunu belirterek Anayasanın 90. maddesine atıfla şu tespiti yapmıştır:²⁹¹

... belirtilen düzenlemeyle, usûlüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbirleriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların,

²⁹⁰ a.e., parag. 16.

²⁹¹ a.e., parag. 30-32.

kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.²⁹²

Anayasa nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur . Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleri ile çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.²⁹³

Anayasa Mahkemesi aktarılan tespitleriyle Anayasanın 90. maddesinin temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle aynı konuda kanunlar arasında ihtilafın söz konusu olması durumunda, hem yargı organlarının hem de kanun ve uluslararası sözleşme hükümlerini önlerindeki olaya uygulayacak olan uygulayıcıların sözleşme hükümlerini esas almaları gerektiğini, hatta bu durumlarda kanun hükümlerinin zımni olarak uygulanma kabiliyetinin ortadan kalktığını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi sonuç olarak evlendikten sonra soyadları bakımından eşlerin eşit şartlarda olması gerektiğini düzenleyen uluslararası sözleşmelerle, kadının evlendikten sonra kocasının soyadını taşıması gerektiğini ifade eden kanunların çatışması sebebiyle ortaya çıkan somut uyumsuzlukta, uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınması gerektiğini belirtip, Anayasanın 17. maddesinin ihlal edildiğini oy birliğiyle karara bağlamıştır.²⁹⁴

²⁹² a.e., parag. 41.

²⁹³ a.e., parag. 44.

²⁹⁴ a.e., parag. 47.

E. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.09.2015 Tarihli ve 2014/2-889 E. 2015/2011 K. Sayılı Kararı²⁹⁵

Davacının evlendikten sonra bekarlık soyadını kullanmak istemiyle aile mahkemesinde açmış olduğu dava, yerel mahkeme tarafından kabul edilmiş; karar nüfus idaresince temyiz edilmiştir.²⁹⁶

Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin 10.3.2011 tarihli kararında davaya konu T.M.K.'nın 187. maddesini Anayasaya aykırı görmediği,²⁹⁷ Anayasa Mahkemesi kararlarının Anayasanın 153. maddesi gereği yasama, yürütme ve yargı organlarını, idareyi, gerçek ve tüzel kişileri bağladığı,²⁹⁸ AİHS ve diğer uluslararası belgelerde evli kadınların “evlenmeden önceki soyadlarını muhafaza edeceklerine” dair düzenleme bulunmadığı gerekçeleriyle ortada birbirine aykırı hüküm olmadığına hükmetmiştir.²⁹⁹

Yargıtay ifade edilen sebeplerle Anayasanın 90. maddesinin son cümlesinin uygulanma olanağının bulunmaması sebebiyle Yerel Mahkemenin kararını bozmuştur.³⁰⁰

Yerel mahkeme tarafından yeniden yapılan yargılama sonucunda direnme kararı verilmiştir.³⁰¹

²⁹⁵ Karar metni için bkz. <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-2-889.htm> (Erişim Tarihi: 23.11.2017)

²⁹⁶ a.e. s.2.

²⁹⁷ a.e.

²⁹⁸ a.e.

²⁹⁹ a.e.

³⁰⁰ a.e.

³⁰¹ a.e.

Direnme kararına davalı temsilcisi tarafından yapılan temyiz başvurusu sonucu dava, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu tarafından uyuşmazlık;

AİHS karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olup olmadığı, varılacak sonuca göre T.M.K. 187. maddesinin hükmüne rağmen kadının evlilik birliği içinde sadece kendi soyadını kullanıp kullanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Şeklinde ifade edilmiştir.³⁰²

Hukuk Genel Kurulu Anayasanın 90/5. maddesinin son cümlesine atıfla, mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, usûlüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmalarla iç hukukun yorumlanması ve bu yoruma göre uygulama yapılması gerektiğini belirtmiş, kadının evlendikten sonra bekarlık soyadını kullanmasına ilişkin Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler ve Türkiye'deki sürece değindikten sonra, evlenen kadının kocasının soyadını taşıması zorunluluğuna dair düzenlemenin AİHS'nin 8. maddeyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırı olduğunu ve bu aykırılığın AİHM'nin Ünal Tekeli Başvurusu başta olmak üzere pek çok kararında belirtildiğini, Anayasanın 90/5. maddesinin son cümlesi göz önünde bulundurulduğunda uluslararası antlaşma hükümleriyle çatışan iç hukuk kurallarının uygulanma kabiliyetinin ortadan kalktığını, bu gerekçelerle yerel mahkeme kararının usûl ve yasalara uygun olduğunu belirterek kararı onamıştır.³⁰³

³⁰² a.e.

³⁰³ a.e., s.2,5.

4. Değerlendirme

T.M.K.'nın 187. maddesinde kadının evlendikten sonra kendi soyadını kocasının soyadının önünde kullanabileceğine dair hüküm, kadının zorunlu olarak kocasının soyadını alacağı yönündeki mevcut hukuki durumu değiştirmemiştir. Kadının kendi soyadını, kocasının soyadının önünde kullanabiliyor olması durumunda bile, yeni bir soyadına sahip olmaktan kaynaklanan kişilik hakkının ihlali engellenememiştir. Kadının evlenmesiyle soyadının değişmesi fakat erkeğin doğumla kazandığı soyadının medeni durumundan etkilenmemesi, hem Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen “eşitlik” ilkesine aykırı olmakta hem de “pozitif ayrımcılık” kavramı ile örtüşmemektedir.³⁰⁴

Türk hukukunda kadının soyadına ilişkin kaderi sadece evlenmeyle değil, kocasının kendi soyadının değiştirilmesine dair açtığı dava sonucunda yeni bir soyadı alması, kocasının başka birisi tarafından evlat edinilmesi durumunda kocanın evlat edinilenin soyadını kullanmak istemesi durumlarında da, kadının soyadı rızası dışında değişmektedir.

Anayasa Mahkemesi 1997 yılında, Mülga Medeni Kanun’un 153. maddesinin birinci fıkrasını somut norm denetimi kapsamında incelerken dava sürecinde 4721 sayılı T.M.K. yürürlüğe girmiştir. Dava konusu olan evlenen kadının soyadına ilişkin 153. madde aynı haliyle 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesinde düzenlenmiştir. Bu başvuruda iptali istenen hüküm “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” cümlesidir.

Anayasa Mahkemesi bu davayı yasa koyucunun kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırdığı, aile hukuku öğretisine değinerek aile içindeki iki başlılığın önlenmesi gerektiği, Anayasanın 10. maddesinin herkes için mutlak eşitlik anlamına gelmediği gerekçeleriyle reddetmiştir. Bu ret kararının üzerinden 10 yıl geçtikten sonra 2009 yılında Anayasa Mahkemesi'ne, T.M.K.'nın 187. maddesinin evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakıldığı, kendi soyadını tek başına

³⁰⁴ Ergene, a.g.m., s.170,171.

kullanmasına izin verilmediği, bu durumun Anayasanın 2, 10, 17, 41 ve 90. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla, ilgili yasa maddesinin iptali talebiyle müracaat edilmiş; Anayasa Mahkemesi bu defa da Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamının ancak aile adı olarak kullanılan soyadının nesilden nesile aktarılmasıyla sağlandığı, soyadının kullanımına ilişkin müdahalenin kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca yapılabileceği gerekçeleriyle davayı reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin en az on yıl arayla vermiş olduğu iki karar arasında hem mevzuat temelinde değişiklik olmuş hem de AİHM'nin konuya olan bakış açısını ortaya koyan Ünal Tekeli davası ile Türkiye hakkında ihlal kararı verilmiştir. Anayasanın 10/2. maddesine 2004 yılında 5170 sayılı Kanunla “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” cümlesi, yine 90/5. maddesine “Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” cümlesi eklenmiştir. Ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı 41. maddesine 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla³⁰⁵ “ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” ibaresi eklenmiştir. AİHM'ne bir Türk vatandaşı olan Ayten Ünal Tekeli tarafından evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına dair talebe ulusal hukuk tarafından izin verilmemesi sonucunda müracaat edilmiş, AİHM tarafından Sözleşmenin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesinin de ihlal edildiği yani T.M.K.'daki düzenlemenin kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu gerekçeleriyle Türkiye hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir.

AİHM, Ünal Tekeli kararında dava konusu düzenlemenin kadın erkek eşitliğine aykırı olduğunu açıkça belirtmiştir; he ne kadar soyadı üzerindeki hakka değinmemişse de soyadı üzerindeki kişilik hakkının da ihlal edildiği sonucuna varmak mümkündür.³⁰⁶

³⁰⁵ Kanun metni için bkz. R.G.: 17.10.2001, 24556 (M)

³⁰⁶ Oktay Özdemir, a.g.m., s.292.

Anayasa Mahkemesi 2013 yılında Sevim Akat Eşki başvurusunda kadının evlendikten sonra yalnızca önceki soyadını kullanmasına izin vermeyen T.M.K.'nın 187. maddesini Anayasanın 17. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle, AİHM kararına da değinerek, Anayasanın 90. maddesi gereği başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 30.9.2015 tarihli kararla T.M.K.'nın 187. maddesindeki düzenlemenin Anayasanın 17, AİHS'nin 8 ve 14. maddelerine aykırı olduğuna ilişkin tespit yapıldıktan sonra aynen şu cümleler ile durumu ifade etmiştir:

Anayasa Mahkemesi önüne iptal istemi ile götürülen ancak iptal edilmeyen TMK'nın 187. maddesinin yürürlükte olduğu dikkate alındığında, yürürlükte olan bir maddenin Anayasanın 17, AİHS'in 8 ve 14. maddeleri karşısında uygulanmasının gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuş, yapılan görüşme sonucunda şu sonuca varılmıştır. Anayasanın 90. maddesi ne göre usûlüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek 7 Mayıs 2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası antlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların kanunu gözardı ederek uluslararası antlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.

Evli kadının yalnızca önceki soyadını kullanabilmesi üzerine doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Hatemi ve Kalkan Oğuztürk'e göre, evli kadının evlenmeden önceki soyadını kocasının soyadının önünde kullanabilmesi cinsler arasında eşitsizliğe dayalı bir ayrımcılığın olmadığını göstermektedir. Soyadına dair düzenlemeler kamu yararı açısından önemlidir. Erkeğin soyadının nesilden nesile aktarılması bir gelenektir ve Soyadı Kanunu ile yerleşmiştir. Soyadı konusunda bir değişiklik yapılacaksa, kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmaya devam etmesi şeklinde bir düzenleme yapılabilir. Eşler arasında evlilik birliğinin hissedilmesi açısından ortak soyad kullanmak önemli olduğundan, kadının evlendiğinde kocasının soyadının önünde kendi soyadını kullanması en doğrusudur ki bu da zaten mevcut yasal düzenlemedir³⁰⁷

Akıntürk'e göre; eşlerin evlendikten sonra aile adını ortak belirleyebilmeleri önerisine katılmak mümkün değildir. Aile hukukunda “düzenleme serbestliği bulunmaması ilkesi” gereğince eşlerin soyadı konusunda kendi istekleri doğrultusunda düzenleme yapmaları mümkün değildir. Ayrıca kadının kendi soyadını kullanmaya devam etmesi nüfus sicillerinde karmaşaya sebep olacaktır. Anne ve babası farklı soyadı taşıyan çocuklar da üçüncü kişiler karşısında zor durumda kalacaktır. AİHM kararlarıyla evli kadınların kendi soyadlarını kullanabilme yolu açılmışsa da, AİHM kararlarının kendiliğinden uygulanabilirliği bulunmamaktadır; evli kadınların yalnızca kendi soyadlarını kullanabilmesi için AİHM kararını emsal göstererek aile mahkemelerinde dava açması gerekmektedir.³⁰⁸

Ünal Özkorkut'a göre; hem kadının hem de erkeğin adı ve soyadının ömrünün sonuna kadar değişmemesi gerekir. Kadına kocasının soyadını vermek, kadını erkeğe göre tanımlamak anlamına gelmektedir. Bu düzenlemeden vazgeçmek hem birçok alanda kırtasiyeciliği azaltır, kadının manevi varlığının beslenmesine sebep olur hem de hukuksal ve toplumsal anlamda modernleşmeye katkı sağlar. Erkek egemen

³⁰⁷ Hatemi, Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.55.

³⁰⁸ Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku -Aile Hukuku*, İstanbul, Beta, 2006, s.122, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, a.g.e., s.118.

anlayışın toplumda yerleşmiş olması dolayısıyla bir miktar zorluk çekilmesi kaçınılmazdır.³⁰⁹

Kadının soyadı meselesi, toplum içinde ve doktrinde tartışma konusu olmuştur. Toplumda soyun erkek tarafından devam ettirildiği inancı, aile adı olarak kocanın soyadının nesilden nesile aktarılmasıyla adeta tescillenmiştir. Ataerkil toplum yapısı gün geçtikçe değişen Türk toplumunun, çoğunlukla Müslüman olduğunu düşündüğümüzde, Hz. Peygamber'in soyunun, kızı Hz. Fatıma'dan devam ettiği görülecektir. Kadın çalışma hayatında ve toplumda kimliğiyle daha fazla var olmakta, tıpkı erkekler gibi her türlü resmi işlemleri kendi adına yürütmektedir. Tıbben çocuk daha fazla annesindedir; bebeği dokuz ay karnında taşıyan kadındır. Bebek iki yaşına gelene kadar anneye bağımlı olarak yaşamaktadır. Hem evinde hem evin dışında onca yükü sırtlayan kadın, kanunda belirtilen istisnalar dışında ancak 18 yaşını doldurunca evlenebilmektedir. Dolayısıyla yıllarca kullandığı soyadını, evlilik sebebiyle değiştirmesini beklemek, sadece “kadın” olduğu için böyle bir talepte bulunmak, Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Türk toplumunda “aile” kavramı değerini ve önemini korumaktadır. Bu sebeple Türkiye gibi aile kavramına değer veren bir ülkede, aile bireylerinin aynı soyadını kullanmaları önemli bir husustur. Kişinin soyadı üzerindeki hakkının bir kişilik hakkı olduğu unutulmadan aile içerisinde ortak soyadı kullanmayı da mümkün kılacak şekilde yasal bir düzenleme yapılmalıdır.

Sonuç olarak, Anayasanın 90/5. maddesinin son cümlesi gereği temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma olan AİHS ile bir kanun hükmü olan T.M.K'nın 187. maddesinin evli kadının soyadı konusunda çatıştığı açıktır. Hem AİHM kararları, hem Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararı hem de Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararlarında belirtildiği üzere Anayasa 90/5. maddesinin son cümlesi hükmü göz önünde bulundurularak başta yargı mensupları olmak üzere tüm uygulayıcıların sözleşme hükmünü esas alarak evli kadının talebi olması halinde sadece önceki soyadını kullanmasına izin vermeleri gerekmektedir.

³⁰⁹ Ünal Özkorkut, a.g.m., s.30.

III. Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesinin Glantz ve Diğer AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

213 sayılı Vergi Usûl Kanunu'ndaki³¹⁰ (V.U.K.) vergi kanunlarına muhalefet eylemleri vergi suç ve kabahatleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Vergi ziyayı, usûlsüzlük ve özel usûlsüzlük vergi kabahatleri iken; ceza hukuku bağlamında kaçakçılık, vergi mahremiyetinin ihlali ve mükelleflerin özel işlerini yapma eylemleri suç olarak tanımlanmıştır. Vergi kabahatlerini işleyen kişilere “idari para cezası” anlamında vergi cezası kesilirken, vergi suçlarını işleyen kişilere hürriyeti bağlayıcı ceza ve/veya adli para cezası uygulanmaktadır.³¹¹

Bu noktada önemli olan konu, kişiye ait aynı fiilin birden fazla kabahatin işlenmesine veya fiilin hem kabahat hem de suç teşkil etmesine neden olması durumunda kişinin nasıl cezalandırılacağına tespitidir.³¹²

Vergi Usûl Kanunu'nun 341. maddesinde tanımlanan vergi ziyasının varlığı durumunda, 344. maddesinde mükellef veya sorumlunun ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında ceza uygulanacağı belirtilmiştir. Anılan Kanunun 359. maddesinde belirtilen kaçakçılık suçlarıyla aynı zamanda vergi ziyasına sebep olunmuş ise, ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarında ceza uygulanacağı gibi kaçakçılık suçlarının yaptırımını olarak hapis cezasına da hükmedilecektir.

Ülkemizdeki vergi ceza hukukuna ilişkin bu yasal düzenlemelerde kişinin aynı fiilinden dolayı üç katı vergi ziyayı cezasıyla birlikte hapis cezasının verilebilmesi için hem idari yargıda hem de adli yargıda takibat yapılması gerekmektedir. Bu durum

³¹⁰ Kanun metni için bkz. R.G.: 10.1.1961,10703, 11.1.1961,10704, 12.1.1961,10705.

³¹¹ Yusuf Karakoç, *Vergi Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.38.

³¹² Ahmet Emrah Geçer “Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:65, Yıl:2016, S.2, s.331.

evrensel hukuk kuralı olan “non bis in idem” (aynı suçtan dolayı iki kere yargılama ve cezalandırma yasağı) ilkesine aykırı görülmemektedir.

AİHM Türk mevzuatına çok yakın düzenlemeleri olan Finlandiya uygulaması hakkında Glantz Kararı ile vergi ceza hukukunda adeta devrim niteliğinde bir karar vermiştir. Devamındaki A–B/Norveç Davası ve Johannesson ve Diğerleri/İzlanda Davaları sonucunda verilen kararlar ile Mahkeme'nin konuya bakış açısının çerçevesi belirlenmiştir.

2. Suç ve Kabahatlerin İçtımına İlişkin Türk Hukukundaki Yasal Düzenlemeler

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Fikri İçtima” başlıklı 44. maddesi “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesi “İçtima” başlığı altında;

(1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.

(2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fülle işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır.

(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.

Şeklinde düzenlenmiştir.

Söz konusu Kanunun 15/3. maddesinde kabahatler ve suç arasında içtima hükümlerini uygulanmıştır.

Yine aynı Kanunun “Genel Kanun Niteliği” başlığı altında 3. maddesinde;

(1) Bu Kanunun;

- a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,*
- b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.*

Düzenlemesi yer almaktadır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun³¹³ 3/1-a maddesinde idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin uygulanacak hükümler belirlenmiştir. Vergi cezalarındaki idari yaptırımlara ilişkin kanun yolları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu ile 2576 sayılı Bölge İdari Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtildiğinden bu konuda Kabahatler Kanunu uygulanmayacaktır. Fakat genel hükümlere ilişkin idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi konularında Kabahatler Kanunu uygulanacak mıdır? Yoksa kanunların çatışması mı gündeme gelecektir? Sorun genel-özel, önceki-sonraki kanun kuralı ile mi çözümlenecektir? Sorunun bu yolla çözümlenemeyeceği açıktır. Kanun koyucunun iradesine bakmak gerekirse; her ne kadar Vergi Usûl Kanunu, Kabahatler Kanunu açısından daha özel bir kanun hükmünde olsa da genel kanun özel kanun değerlendirilmesi yapılamayacaktır. Çünkü Vergi Usûl Kanunu'nun 367/4. maddesinde yer alan;

³¹³ Kanun metni için bkz. R.G.: 31.3.2005, 25772 (M.)

Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hakimini bağlamaz.

Şeklindeki düzenlemeden Kabahatler Kanunu'ndaki kabahatler ve suçlar arasında öngörülen içtima hükümlerinin, vergi hukukuna ilişkin idari yaptırımlara uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.³¹⁴

Vergi Usûl Kanunu'nun “Suçlarda birleşme” başlığı altındaki 340. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

Bu kanunda yazılı vergi ziyai cezası ve usûlsüzlük cezaları ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez.

Bu Kanunla vergi cezasıyla cezalandırılan fiiller, aynı zamanda 359 uncu maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi cezası kesilmesi söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılmasına engel olmaz.

Bu hükümle birlikte yasa koyucu Kabahatler kanunundaki aynı fiilin kabahat ve suç oluşturması durumundaki içtima hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmektedir. İdari yaptırıma ilişkin yargılama idari yargıda, aynı fiile ilişkin ceza yargılaması da adli yargıda görülecektir. Aynı fiile ilişkin iki farklı yargı kolunda yargılama devam ederken V.U.K. 367/4. maddesinde belirtildiği gibi bu iki farklı yargı kolunda verilen kararlar birbirlerini etkilemeyecektir. Çalışmamıza konu tartışmanın esasını da bu husus teşkil etmektedir.³¹⁵

³¹⁴ Geçer, a.g.m., s.333.

³¹⁵ a.e., s.334.

AİHM son içtihatlarında aynı fiile birden fazla ceza verilmesini Sözleşme'nin 7 No'lu Protokol'ünün 4/1. maddesinde ifade edilen “non bis in idem” yani “aynı fiilden dolayı iki kez yargılama ve cezalandırma yasağı” anlamına gelen kuralına aykırı bulmuştur. Non bis in idem aynı zamanda uluslararası ceza hukukunun temel kuralıdır.

Biz bu başlık altında Vergi hukukundaki bu mevzuatın AİHM'nin son içtihadı çerçevesinde tezimizde de asıl konusu olan AİHM kararlarının Anayasanın 90. maddesinin son cümlesi gereği Türk hukukuna yansımaları değerlendireceğiz.

3. Non Bis İn İdem İlkesi

Non bis in idem ilkesi aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama veya cezalandırılmama anlamına gelmektedir. Roma ve Kilise hukukuna dayanan çok eski bir ilkedir. Hem mahkûmiyet hem de beraat kararlarında uygulanmıştır.³¹⁶

Roma hukukunda ortaya çıkan, fakat günümüz ceza hukukunda gelişen bu ilke, tanımında yer alan “ceza” kelimesinin dar yorumu ile sadece ceza hukukuna özgülenmiş, idari yaptırımların amaç ve hukuksal niteliğinin farklı olduğu sonucuna varılmıştır.³¹⁷

Bu ilkenin temelini “kişi güvenliği” kavramı oluşturmaktadır. Kişi güvenliği kavramı Demoklesin kılıcının her daim bir ceza tehdidi olarak kişilerin üzerinde durmasının önlenmesi olarak açıklanır. Kişinin bir eylemi hakkında bir hüküm verilmişse veya açılmış bir dava varsa yeniden bir dava açılması mümkün değildir.³¹⁸ Ayrıca bu durum kesin hükmün önleme etkisinin de bir sonucudur. Kişi hakkında

³¹⁶ Mustafa Özen, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XIV, Haziran 2010, S.1, s.390.

³¹⁷ Tuğçe Karaçoban Güneş, “Vergi Yaptırım Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz-Ağustos 2016, S.2-2, s.5. <https://jurix.com.tr/article/5615> (Erişim Tarihi: 15.10.2017)

³¹⁸ a.e., s.2, Özen, a.g.m., s.390.

verilmiş bir kesin hüküm, aynı suçtan dolayı kişinin yeniden yargılanmasını önleyecektir. Söz konusu ilke, hukuki güvenliğe, barışa ve kişisel özgürlüğe hizmet etmektedir. Aynı fiil sebebiyle aynı kişi hakkında yeniden yargılama yapmak sosyal düzeni bozarak istikrarsızlığa sebep olacaktır.³¹⁹

Bu ilke ayrıca “oranlılık” ilkesinin de bir görünümüdür.³²⁰ Oranlılık ilkesi; sosyal hukuk devletinin eylem ve işlemlerinde aşırılığa kaçmaması anlamına gelmektedir. Hukuk devletinin vatandaşlarına eşit mesafede yaklaşması gerektiği durumu ceza hukukunda oranlılık olarak karşılık bulur. Bazı ceza hukuku işlemlerinden elde edilecek yarar ile verilebilecek muhtemel zararın arasında bir oran bulunması gerekmektedir.³²¹

Bu ilke adil yargılanma ilkesinin bir sonucu olarak da karşımıza çıkar. Daha önce yargılanmış ve hüküm giymiş bir kişi hakkında yeniden yargılama yapılarak cezalandırılma yoluna gidilmesi, haksızlık ve ceza oranını kişinin aleyhine bozacağı gibi adalet duygularını da rencide edecektir.³²² Türkiye, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’ne³²³ taraftır. Bu sözleşmenin “Adil Yargılanma” başlıklı 14/7. maddesinde; “Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usûlüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.” hükmü yer almaktadır.

Non bis in idem ilkesi 1982 Anayasasında açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ceza Muhakemeleri Kanununun 223. maddesin 7. fıkrasında “Aynı fiil nedeniyle, aynı

³¹⁹ Recep Gülşen, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında “Non Bis İn İdem” İlkesi” **Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, 2016, Yıl:III, S.6, s.318.

³²⁰ Veli Özer Özbek v.d., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.75.

³²¹ a.e., s.49.

³²² Özen, a.g.m., s.391.

³²³ Sözleşme metni için bkz. R.G.: 21.7.2003, 25175.

sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Uluslararası hukukta ise; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı Ek Protokol'ü'nün 4/1.maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:³²⁴

Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usûlüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usûlleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

Söz konusu bu ilke, iç hukukumuzda ilk defa 1973 yılında çıkarılan 1916 sayılı Kanunla, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nda³²⁵ yapılan değişiklikle, yer almıştır.³²⁶ Kanunun 253/3. maddesinde “Aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava ver ise davanın reddine karar verilir.” denilmektedir.

Non bis in idem ilkesi Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenleme itibarıyla bir muhakeme şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani aynı şahsın aynı fiili sebebiyle açılmış bir dava veya bir hüküm olduğu kovuşturma aşamasında anlaşılırsa davanın reddi sebebidir. Söz konusu dava hakkında yargılamaya devam olunamaz. Burada görülmekte olan davadan kastedilen ceza davasıdır. Yani aynı konu ile ilgili devam

³²⁴ Ek 7 numaralı Protokol Türkiye Cumhuriyeti tarafından 14.3.1985 tarihinde imzalanmıştır. 10.3.2016 tarih ve 6684 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş, 28.3.2016 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanmış ve 8.4.2016 tarih ve 29678 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 4.7.2016 tarih ve 2016/9042 sayılı Yürürlüğe Giriş Tespit Kararnamesi 5.8.2016 tarih ve 29792 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış bu kararname ile yürürlük tarihi 1.8.2016 olarak tespit edilmiştir.

³²⁵ Kanun metni için bkz. R.G.; 20.4.1929, 1172.

³²⁶ Faruk Özkan, “Türk Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi” Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku II. Kitap, İstanbul, **İstanbul Barosu Yayınları**, 2010, s.12.

eden bir hukuk davası varsa burada yargılama yapmaya engel teşkil eden bir durum yoktur.³²⁷

Vergi hukukunda, vergi kaçakçılığı fiillerinin aynı zamanda vergi ziyana sebebiyet vermesi durumunda, hem vergi ziyandan dolayı ziyaa uğratılan verginin üç katı para cezası hem de kaçakçılık sebebiyle hapis cezasına hükmolunmaktadır. Bu cezalara, içtima hükümleri uygulanmamaktadır. Vergi hukukundaki bu durum yaygın bir uygulamadır. Literatürde aynı fiille hem idari yaptırım olan para cezasının hem de adli yaptırım olan hapis cezasının uygulanmaması non bis in idem ilkesine aykırı bulunmamaktadır.³²⁸ AİHM'nin yeni içtihatlarıyla birlikte söz konusu uygulama, Vergi Kanunlarının yeniden yazıldığı bir dönemde tartışmaya neden olmaktadır.³²⁹

4. AİHM'nin İçtihatları

A. Glantz Kararı Öncesi

Ponsetti Fransa davasında³³⁰ başvuran 1988, 1989 ve 1990 yıllarına ait gelir vergisi beyannamesini zamanında vermediği için idare tarafından hem idari yaptırıma (para cezasına ve gecikme faizine) hükmedilmiş hem de vergi kaçakçılığı sebebiyle ceza yargılaması başlatılmıştır. Ceza mahkemesi de sanığı suçlu bulmuş, para cezası ve hapis cezasına mahkum etmiştir. İç hukuk yollarının tüketilmesinden de bir sonuç

³²⁷ a.e., s.12,13.

³²⁸ Billur Yaltı, “İHAM'ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis İn İdem İlkesine Aykırılığı Üzerine” **Vergi Sorunları Dergisi**, Yıl:2015, Cilt: 38, S.317, s.2. (www.vergisorunlari.com.tr/makale/5509) (Erişim Tarihi: 13.10.2017)

³²⁹ Özgür Biyan, “Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyatı Cezası ve Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis İn İdem İlkesi” , **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ocak 2016, S.145, s.100.

³³⁰ Ponsetti/Fransa, B.N. 36855/97, K.t. 14.9.1999. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5637> Erişim Tarihi:2.12.2017)

alamayan başvuran, AİHS Ek 7 Nolu Protokol'ün 4/1. maddesi çerçevesinde AİHM'ne müracaat etmiştir.³³¹

AİHM, başvuran tarafından bilerek ve isteyerek süresi içinde beyanname vermemek suretiyle vergiyi tahakkuk ettirmemenin söz konusu olduğunu, vergi kaçakçılığı suçunun kasten işlenebilen bir suç olduğu, bu sebeple vergi kaçakçılığı suçu ile mali suçların kurucu unsurlarının birbirinden farklılık arz ettiği, yasaların aynı suçu düzenlemedikleri gerekçesiyle 7 Nolu Protokol'ün 4/1. maddesine aykırı olmadığından başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.³³²

Chesnel Fransa Davası'nda³³³ da başvuranın her ay vermesi gereken Katma Değer Vergisi (KDV) beyannamelerini zamanında vermemesi sebebiyle, hem cezai süreç başlatılmış hem de vergi idaresi tarafından idari yaptırım uygulanmıştır. Başvuran bu durumun Ek 7 Nolu Protokol'ün 4/1. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne müracaat etmiş; AİHM Ponsetti Davasında değindiği gibi, vergi kaçakçılığı suçunun kasten işlenebilen suçlardan olduğu, vergi kaçakçılığı suçları ile mali suçların kurucu unsurlarının birbirinden farklılık arz ettiği, yasaların aynı suçu düzenlemedikleri gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.³³⁴

Resenquist İsveç Davası'nda³³⁵ başvuranın 1991 yılındaki vergi verme yükümlülüğüne aykırı hareketinden dolayı, başvuran hakkında yine hem idari para cezası hem de kaçakçılık suçundan yaptırım uygulanmıştır. İç hukuk yollarının tüketilmesi sonucunda olumlu bir netice alamayan başvuran AİHM'ne müracaat etmiştir. Mahkeme bu kararında da; vergi kaçakçılığı suçunun kurucu unsurunun kast

³³¹ Begüm Dilemre Öden, “Vergi kaçakçılığı Suçunda Hapis Cezası kalktı mı?” **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Nisan 2015, S.136, s.2. (<http://www.vmhk.org.tr/vergi-kacakciligi-sucunda-hapis-cezasi-kalkti-mi/>) (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

³³² Yaltı, a.g.m., s.2.

³³³ Chesnel/Fransa, B.N. 41731/98, K.t. 14.9.1999. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5637> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

³³⁴ Dilemre Öden, a.g.m., s.3.

³³⁵ Resenquist/İsveç, B.N. 60619/00, K.t. 14.9.2004. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66713> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

veya ağır ihmal olduğu, idari yaptırım ile kaçakçılık sebebiyle verilen cezaların amaçlarının birbirinden farklılık arz ettiği, netice olarak her iki suçun hem amaç hem de kurucu unsur sebebiyle birbirinden farklı olduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.³³⁶

Manasson İsveç Davası'nda³³⁷ başvuranın 1993 ve 1994 yıllarındaki gelirlerine ilişkin vergi beyannamesinde önemli aykırılıklar tespit edilmiş, Vergi idaresi tarafından ek gelir vergisi, KDV ve işveren katkısı hesaplanmıştır. Vergi beyannamesindeki bilgilerin de yanlış olması sebebiyle para cezasına hükmedilmiştir. Davaya ilişkin olarak AİHM cezaların kurucu unsurlarının aynı olmadığı, hapis cezasına sebep olan fiilin gelirin ve ücret ödemelerin kasten deftere işlenmemesi, para cezasına sebep olan fiilin ise beyannamedeki gelirin eksik gösterilmesi olduğu için ortada iki farklı fiilin olduğu, bu sebeple çifte cezalandırmanın bulunmadığı gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.³³⁸

B. Glantz/Finlandiya Kararı³³⁹

Vergi davasına konu olayda, Finlandiya vatandaşı olan başvuran Kaj-Erik Glantz'ın avukatlık bürosunda vergi denetçileri tarafından yapılan denetimde, 2000 ile 2004 yılları arasında şirketinden örtülü kâr elde ettiği tespit edilmiştir. Bunun üzerine vergi idaresi tarafından ilave vergi tarh edilmiş ve para cezası uygulanmıştır.³⁴⁰

³³⁶ Dilemre Öden, a.g.m., s.3.

³³⁷ Manasson/İsveç, B.N. 41265/98, K.t. 20.7.2004. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61920> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

³³⁸ Dilemre Öden, a.g.m., s.3.

³³⁹ Glantz/Finlandiya, B.N. 37394/11, K.t. 20.5.2014. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162497> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

³⁴⁰ a.e., parag. 6-7.

Başvuran yerel Vergi Düzeltme Komitesine düzeltme talebiyle başvurmuş. Vergi Düzeltme Komitesi başvuranın makamlara eksik bilgi verdiği bu sebeple eksik veya kısmi vergilendirme yapıldığı gerekçesiyle düzeltme talebini reddetmiştir.³⁴¹

Başvuran tarafından Helsinki İdare Mahkemesi'ne yapılan müracaat Vergi Düzeltme Komitesinin ret gerekçelerinin aynısı ile reddedilmiştir.³⁴²

Başvuranın Yüksek İdare Mahkemesine yapmış olduğu temyiz istemi 11 Ocak 2010 tarihinde reddedilmiştir.³⁴³

Ceza yargılamasında, cumhuriyet savcısı 15 Aralık 2008 tarihinde yolsuzluk ve vergi kaçakçılığı iddiasıyla soruşturma başlatmıştır.³⁴⁴ Helsinki Bölge Mahkemesi yolsuzluk ve vergi kaçakçılığı suçlarından 2 yıl 8 ay hapis cezası ve para cezasına hükmetmiştir.³⁴⁵ Başvuranın Temyiz Mahkemesi'ne yapmış olduğu müracaat 18 Mayıs 2011 tarihinde reddedilmiştir.³⁴⁶

Olaya uygulanan Finlandiya Vergi Usûl Kanununun 57/1 maddesinin ilgilinin vergi beyanında bulunmaması veya vergi makamlarına yanıltıcı, eksik ya da yanlış bilgi vermesi sebebiyle eksik veya kısmi vergilendirme yapılmasına sebep olması halinde, ek vergi ve sürşarjlarla birlikte ödenmeyen vergilerin de tahsiline hükmedileceği düzenlenmiştir.³⁴⁷

Finlandiya Ceza Kanunu'nun 29. maddesinin 1 ve 2. bentleri uyarınca vergi makamına yanlış bilgi vererek, bildirilmesi gereken bir hususun saklanması suretiyle

³⁴¹ a.e., parag. 8-9.

³⁴² a.e., parag. 10-11.

³⁴³ a.e., parag. 12-13.

³⁴⁴ a.e., parag. 14.

³⁴⁵ a.e., parag. 15.

³⁴⁶ a.e., parag. 19.

³⁴⁷ a.e., parag. 30.

verginin hesaplanmasına etki eden, vergi kaçakçılığı yaparak vergilendirme işine ilişkin görevi yerine getirmeyen veya başka türlü hilelere başvurarak verginin yanlış hesap edilmesine yahut usûlsüz vergi iadesine sebep olanlar hakkında vergi kaçakçılığı suçundan para cezası veya iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Vergi kaçakçılığı sebebiyle ciddi bir mali fayda sağlanır veya suç sistemli bir biçimde işlenirse de nitelikli vergi kaçakçılığından dört aydan dört yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir.³⁴⁸

Burada özellikle vurgulanması gereken, Glantz davası devam ederken Fin Yüksek Mahkemesi aynı fiilden dolayı hem para cezasının hem de hapis cezasının uygulanmasının mümkün olmayacağı yönünde karar vermiştir.³⁴⁹ Fin mevzuatında da değişiklik yapılmış,³⁵⁰ buna göre vergi idaresince vergi denetimi sırasında vergi kanunlarına muhalif eylemlerin tespit edilmesi durumunda ya para cezası uygulanması ya da polise suç duyurusunda bulunulması öngörülmüştür. Vergi dairesi para cezası uygulamayı tercih ederse, olaya ilişkin yeni delil elde edilmediği sürece polise suç duyurusunda bulunamayacaktır. Yasa değişikliği 1 Aralık 2013 tarihinde yürürlüğe girmiş fakat geçmişe dönük olarak işletilemeyeceğinden Glantz Kararına konu olan olaya uygulanmamaktadır.³⁵¹

Başvuran, hem nitelikli vergi kaçakçılığı suçundan hüküm giymiş olmasını hem de idari para cezası verilmiş olmasını, AİHS'nin Ek 7 Nolu Protokol'ünün 4/1. maddesinde yer alan non bis in idem ilkesinin ihlali sayarak AİHM'ne müracaat etmiştir.³⁵²

³⁴⁸ a.e., parag. 31-32.

³⁴⁹ a.e., parag. 35.

³⁵⁰ Ayrı bir kararla Yüklenen Vergi Sürşarjları ve Gümrük Vergisi Sürşarjlarına İlişkin Yasa Tasarısı (781/2013 sayılı) Meclis tarafından kabul edilmiş ve 1.12.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁵¹ a.e., parag. 36-37.

³⁵² a.e.

AİHM, başvuran hakkında idari para cezasına ilişkin vergi yargılaması sonucunda verilen kararın 11 Ocak 2010 tarihinde kesinleştiğini, aynı zamanda nitelikli vergi kaçakçılığı suçlamasıyla yapılan ceza yargılamasında hapis cezasına ve para cezasına hükmedildiği, bu davanın ise 18 Mayıs 2011 tarihinde kesinleştiğini tespit etmiştir.³⁵³

AİHM, öncelikle ilk yaptırımın niteliği gereği cezai bir yaptırım olup olmadığını belirlemek için yerleşik içtihatları gereği “Engel Kıstasları” olarak belirlenen 3 kıstasa bakmıştır. Burada belirtilen kıstaslar (i) suçun yerel hukuktaki sınıflandırılması, (ii) suçun asıl niteliği ve (iii) cezanın ağırlığıdır. Bu kıstaslara ilişkin belirlemede Jussila/Finlandiya³⁵⁴ davasına atıf yaparak vergiye ilişkin idari yaptırımların Finlandiya'da genel yasal hükümler ile düzenlendiği, yaptırımların zararın tazmin edilmesine yönelik olmaktansa caydırıcı nitelikte bir ceza mahiyetinde uygulandığı hususlarına değinilerek, idari para cezalarının cezai nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.³⁵⁵

AİHM “aynı suç” kavramını değerlendirirken Zolotukhin Davası'na³⁵⁶ atıfla Ek 7 No' lu Protokol'ün 4/1. maddesinin “aynı maddi olay” veya “esasinda aynı maddi olay” sebebiyle kişi hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılmasının önüne geçilecek şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Burada önemli olan iki husus; söz konusu yasal işlemlerin hem “aynı kişiyi” ilgilendirmesi hem de “zaman ve yer bakımından ayrılamaz bir şekilde birbiriyle bağlantılı maddi vakıaları konu edinmesidir.³⁵⁷

³⁵³ a.e., parag. 38.

³⁵⁴ Jussila/Finlandiya, B.N. 73053/01, K.t. 23.11.2006. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-78135> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

³⁵⁵ Glantz v. Finland, a.g.e., parag. 49-50.

³⁵⁶ Sergey Zolotukhin/Rusya, B.N. 14939/03, K.t. 10.2.1009. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91222> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

³⁵⁷ Glantz v. Finland, a.g.e., parag. 52.

Davaya konu olay, başvuranın gelirini beyan etmemesinden kaynaklandığından davalar aynı suç kapsamında değerlendirilmektedir.³⁵⁸

AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre; 7 No'lu Protokol'ün 4/1. maddesi, nihai manada kesin hükme kavuşmuş maddi vakıalara ilişkin yeniden yargılama yapılmasını yasaklamaktadır. Bir kararın nihai manada kesin hüküm teşkil etmesi, iç hukukta olağan yasa yollarının tüketilmesi veya bu yasa yollarının kullanılmasına ilişkin yasal sürenin dolması durumunda söz konusudur.³⁵⁹

Mahkemenin yerleşmiş içtihatlarından da anlaşılacağı gibi sadece mahkeme kararları kesin hüküm teşkil etmemektedir. AİHM'nin belirlediği şartları taşıması koşuluyla idarenin işlemleri de kesinleşmiş karar hükmünde olabilir. Örneğin Türk Vergi Hukukuna göre vergi ceza ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 30 günlük süre içerisinde dava açılmadığında ihbarname kesinleşmektedir. Bu durumda da AİHM'nin “kesinleşmiş karar” konusunda aradığı şartın vergi ziyayı cezası kesilmesi açısından da gerçekleşmiş olduğu görülmektedir.³⁶⁰

Davaya konu olayda olağan yasa yolunun en üstünde bulunan Yüksek İdari Mahkemesi tarafından temyiz talebi 11 Ocak 2010 tarihinde reddedilmiştir. Bu nedenle nihai manada kesin hüküm 11 Ocak 2010 tarihinde meydana gelmiştir.³⁶¹

AİHM, birden fazla yasal yollara (soruşturma veya kovuşturma) müracaatın olup olmadığını belirleyebilmek için, 7 No'lu Protokol'ün 4/1. maddesinin içeriğini tespit etmekle sorunu çözmeye çalışmıştır. Öncelikle ilgili maddenin sadece mükerrer cezalandırılmayı değil soruşturma veya kovuşturma yapılmasını da yasakladığı ifade

³⁵⁸ a.e., parag. 53.

³⁵⁹ a.e., parag. 54.

³⁶⁰ Emre Burak Onat, “Vergi Kaçakçılığında Hem Para Cezası Hem Hapis Cezası Uygulamasından Ya Para Cezası Ya Hapis Cezası Uygulamasına Geçiş” **Yaklaşım**, Mayıs 2016, S. 281, s.255.

³⁶¹ Glantzv. Finland, a.g.e., parag. 56.

edilmiştir. Hatta maddenin üç güvence sunduğunu, bunların yargılanmaya tabi olmama, yargılanmama ve cezalandırılmama olduğu belirtilmiştir.³⁶²

7 No' lu Protokol'ün 4/1. maddesi, ilk dava hakkında nihai hüküm teşkil eden kesin hüküm verildikten sonra ikinci davanın açılmasını engellemektedir. Bunun yanı sıra, maddenin aynı anda devam eden davaları yasaklamadığı ifade edilmiştir. Buradaki asıl mesele devam eden yargılamalardan biri hakkında verilen kesin hüküm teşkil eden nihai karar sonrasında diğer yargılamaya devam edilmemesi gerektiğidir.³⁶³

Mahkemenin R.T./İsviçre Davası'na³⁶⁴ atıfla bazı durumlarda eş zamanlı mükerrer yargılama devam etse de burada “zamansal ve konu bazında bağlantı” ölçüsünü kullandığı, zaman ve konu bakımından yeterli bağlantının olduğu durumlarda ihlalin gerçekleşmediği ifade edilmiştir.³⁶⁵

Davaya konu olayda Finlandiya hukukuna göre idari yaptırım süreci ile ceza yargılaması birbirinden tamamen bağımsız kurum ve kişilerce yürütülmektedir. Davaların usûl ve süreçleri birbirinden bağımsız olarak gerçekleşmektedir. Bir yargılama sonucu verilecek mahkumiyet diğer yargılamadaki mahkumiyetin belirlenmesinde dikkate alınmamaktadır. Mahkeme tarafından daha da önemli bulunan konu, vergi idaresince kesilen idari para cezasında başvuranın tutum ve davranışı veya ceza yargılaması sırasındaki değerlendirilmeler dikkate alınmamaktadır. Bu sebeple Finlandiya'daki yargılamalarda konu ve zaman bakımından yeterli bir bağlantının varlığı görülmemektedir.³⁶⁶

³⁶² a.e., parag. 57.

³⁶³ a.e., parag. 58-59.

³⁶⁴ R.T./İsviçre, B.N. 31982/96, K.t. 30.5.2000. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5334> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

³⁶⁵ Glantzv. Finland, a.g.e., parag. 60.

³⁶⁶ a.e., parag. 61.

AİHM davaya konu olayda aynı olaya ilişkin iki farklı yargılamanın olduğunu belirtmiştir. İdari davanın nihai manada 11 Ocak 2010 tarihinde kesinleştiğini, ceza yargılamasına ilişkin soruşturmanın 15 Aralık 2008 tarihinde başlatıldığını, vergi yargılamasına ilişkin kesin hüküm verildikten sonra bile ceza yargılamasına son verilmeyerek 18 Mayıs 2011 tarihindeki kesin hüküm teşkil eden nihai karara kadar devam edildiğini belirtmiştir.³⁶⁷

Mahkeme kararında, Yüksek Sözleşmeci Devletlerin Sözleşmede ve Ek protokollerinde belirtilen hak ve yükümlülükleri yerine getirmek üzere kendi iç hukuklarında düzenleme yapmak konusunda serbest olduklarını ifade etmiştir.

Mahkeme netice itibarıyla, davaya konu olayda aynı fiile ilişkin mükerrer yargılamanın olduğu, yapılan yargılamalardan biri hakkında verilen nihai manadaki kesin hükümden sonra bile diğer yargılamaya devam edildiği, her iki yargılama sonucu da verilen kararın cezai yaptırım niteliğinde olduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

C. A ve B/Norveç Kararı³⁶⁸

Davaya konu olayda, idari takibat sonucunda başvuranlara bazı gelirlerini vergi beyannamesinde beyan etmemeleri sebebiyle vergi cezası kesilmiştir. Aynı zamanda devam eden ceza kovuşturması sonucunda da aynı fiil nedeniyle vergi kaçakçılığı sebebiyle hapis cezası verilmiştir.³⁶⁹

AİHM, yukarıda Glantz Kararı'nda da belirtildiği üzere 7 No 'lu Protoko'lün 4/1. maddesi aynı suç için yargılanma ihtimali bulunmama, yargılanmama ve cezalandırılmama şeklinde üç farklı güvenceyi içerdiği, idari takibatın cezai nitelikte olup olmadığının Sözleşmenin 6. maddesi için geliştirilen üçlü "Engel Kriterine" göre belirleneceği, suçlamaların birbirinden ayrı takibatlara konu edilip edilmemesine

³⁶⁷ a.e., parag. 62.

³⁶⁸ A ve B/Norveç, B.N. 24130/11,29758/11, K.t. 15.11.2016. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

³⁶⁹ a.e., parag. 13.

ilişkin meselenin, suçların temel unsurlarının karşılaştırılmasını içeren şekli değerlendirmeden çok vakıa temelli bir değerlendirme gerektirdiği ifade edilmiştir.³⁷⁰

Mahkeme 7 No' lu Protokol'ün 4/1. maddesinin amacının bir kişinin, suç olarak düzenlenmiş aynı fiili nedeniyle iki kez soruşturulması ya da cezalandırılması adaletsizliğinin önlenmesi olduğunu, maddenin söz konusu sosyal kural ihlaline bütünlük bir yaklaşım sergileyen ve özellikle farklı amaçlar için farklı yetkililer tarafından uygulanan ayrı ayrı yasal yaptırımların birbirine paralel safhalarını içeren hukuk sistemlerini yasakladığını belirtmiştir. Bir taraftan, non bis in idem prensibi ile korunan bireyin çıkarlarının tam anlamıyla gözetilmesi ile diğer taraftan ilgili alanlarda ölçülü şekilde yasal düzenleme yapılabilmesindeki belli bir toplumsal yararın gerçekleştirilmesi arasında adil bir dengenin kurulması gerektiği vurgulanmıştır.³⁷¹

Mahkemece aynı anda birden fazla takibatın yapılabilmesi belli şartların gerçekleştirilmesine bağlanmıştır. Mahkemeye göre özellikle, davalı Devletin her iki takibatın konu ve zaman yönlerinden yeterince yakından bağlantılı olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Konu bakımından yeterli yakınlıkta bağlantı olup olmadığına ilişkin temel etkenler (i) birbirinden farklı şekilde devam eden takibatların birbirini tamamlayıcı amaçlar içermesi gerektiği ve bu nedenle söz konusu sosyal kural ihlalini farklı açılardan ele alıp almadıkları (ii) söz konusu takibatların çift oluşunun fiilen ve hukuken öngörülebilir bir sonuç olup olmadığı (iii) ilgili takibatlarda delillerin toplanması ve değerlendirilmesinin tekrarını olabildiğince önleyecek şekilde, bilhassa herhangi bir aşamada ortaya çıkarılan vakıaların diğer süreçlerde de kullanılmasını sağlayamaya yarayacak şekilde, farklı yetkili merciler arasındaki yeterli etkileşimle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, (iv) takibat yapılan kişinin büyük bir yük altına girmesini önlemek amacıyla, önce sonuçlanan takibatta uygulanan yaptırımın, sonra sonuçlanan takibatın yaptırımının belirlenmesinde dikkate alınıp alınmadığıdır.³⁷²

³⁷⁰ a.e., parag. 101-105.

³⁷¹ a.e., parag. 106.

³⁷² a.e., parag. 113-116.

Zaman bakımından bağlantı ise kişiyi belirsizliğe, gecikmelere ve takibatların zamanla sürüncemeli hale gelmesine maruz kalmasından koruyacak kadar yeterli yakınlıkta olmasıdır. Zaman bakımından bağlantı zayıfladıkça takibatlarda gecikmelere sebep olabilecek devlet işlemlerinin açıklanmasında ve gerekçelendirilmesinde Devlet üzerine daha büyük bir sorumluluk yüklenecektir.³⁷³

Bu belirtilen şartlar kapsamında dava konusu olay değerlendirildiğinde; başvuruların fiillerine idari yaptırım ve ceza olmak üzere iki farklı yaptırım uygulanmıştır. İdari yaptırım olarak fazladan vergi alınması; genel bir caydırıcı unsur olmaya, hatalı beyanların tespiti için toplum adına yapılan kontrol ve teftişlerin masrafları ile bunlar için harcanan emeği karşılamaya yaramaktadır. Adli cezaya hükmedilmesi ise; sadece genel olarak caydırıcı olması değil fakat suç oluşturan hilenin diğer unsurları da içeren sosyal düzene aykırı ihmal açısından cezalandırma amacı da vardır. Yerel mahkemenin başvuruları cezaya çarptırırken daha öncesinde vergi cezasının uygulandığı gerçeğini dikkate alması özellikle önemlidir. Farklı cezaların ve kabahatlerin birlikte verilmesi ihtimalini taşıyan çifte takibat mevcut şartlarda öngörülebilirdir ve takibatların bir aşamasında ortaya konan vakıalar diğer aşamalarda kullanılmıştır.³⁷⁴

Başvuruların orantısız ön yargıya ya da haksızlığa uğradıklarına ilişkin herhangi bir emare bulunmadığı ve her iki takibat arasında içerik ve zaman yönlerinden yeterince yakından bağlantı bulunması sebebiyle Mahkemece ihlal bulunmadığı sonucuna varılmıştır.³⁷⁵

³⁷³ a.e., parag. 134.

³⁷⁴ a.e., parag. 153.

³⁷⁵ a.e., parag. 154.

D. Johannesson ve Diğerleri/İzlanda³⁷⁶

İlk ve ikinci başvurana bazı gelirlerini vergi beyannamesinde beyan etmemeleri nedeniyle gerçekleştirilen idari takibat sonucunda vergi cezası kesilmiştir. Devam eden ceza kovuşturması sonucunda başvuranlar aynı ihmal nedeniyle suçlu bulunarak hapis cezasına (ertelenmiş) ve para cezasına çarptırılmıştır. Vergi para cezaları adli para cezasının belirlenmesinde dikkate alınmıştır. Sözleşme kapsamındaki yargılamada başvuranlar aynı suçtan iki kez yargılandıkları ve cezalandırıldıkları gerekçesi ile 7 No' lu Protokol'ün 4/1. maddesi uyarınca AİHM'ne müracaat etmişlerdir.³⁷⁷

Mahkemeye göre başvuranların yargılandıkları ve cezaya çarptırıldıkları adli suçlar ile vergi cezalarının verilmesine dayanak fiiller aynıdır. Mahkeme iki ayrı yargılama ve cezalandırma olup olmadığını incelemiştir. Bu durumda, davalı Devletin her iki takibatın konu ve zaman yönlerinden yeterince yakından bağlantılı olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyması şartıyla, A ve B Norveç davasında olduğu gibi, birlikte yürütülen cezai ve idari takibatın 7 No'lu Protokol'ün 4/1. maddesi uyarınca yasaklanmadığını yinelemektedir.³⁷⁸

Mevcut davada bu kıstas karşılanamamıştır. Öncelikle konu yönünden bağlantı açısından, Mahkeme, gerçekleştirilen iki ayrı takibatın birbirini tamamlayıcı amaçlar içerdiğini, başvuranların fiillerinin sonuçlarının öngörülebilir olduğunu ve uygulanan vergi cezasının adli para cezasından mahsup edilmesinden dolayı vergi takibatı sırasında uygulanan yaptırımların ceza kovuşturmasında yeterince dikkate alındığını kabul etmektedir. Ancak, içerik bağlantısını belirlemek için önemli bir unsur olan delillerin toplanması bakımından; vergi müfettişlerinin vergi denetimi sırasında topladığı tüm raporlara ve belgelere ulaşmasına rağmen ceza soruşturmasında görevli polisler kendi bağımsız soruşturmalarını yürütmüşler ve başvuranların Yüksek

³⁷⁶ Johannesson/İrlanda, B.N. 22007/11, K.t. 18.5.2017. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173498> (Erişim Tarihi: 2.12.2017)

³⁷⁷ a.e., parag. 10-20.

³⁷⁸ a.e., parag. 43.

Mahkemede cezalandırılmasına yol açmışlardır. Başvuranların fiilleri ile vergi ve ceza kanununun farklı maddelerine göre, sorumlulukları birbirlerinden büyük oranda bağımsız yetkililer ve mahkemeler tarafından incelenmiştir.³⁷⁹

Zaman yönünden bağlantı açısından ise; takibatlar arasındaki zamanın bağlantının bireyleri belirsizliğe ve gecikmelere maruz kalmaktan ve uzayıp giden işlemlerden koruyacak yeterlilikte yakın olması gerekmektedir. Başvuranların davasında, iki takibatın aynı anda yürütülen kısmı toplamda bir yıldan sadece biraz fazla olmasına karşın, her iki takibatın toplam uzunluğu 9 yıl 3 aydır. Yürütülen idari soruşturma sonucunda vergi dairesi yetkililerinin verdiği karardan itibaren 15-16 ay boyunca Başvuranlar hakkında soruşturma açılmamış, bu karardan sonra yaklaşık dört yıl boyunca mahkumiyet kararı verilmemiştir. Yüksek Mahkeme Kararı (başvuranların mahkumiyetini onaylayarak ve ilk başvuran açısından sonraki mahkumiyetleri ekleyerek) bir yıldan fazla bekledikten sonra verilmiştir. Hükûmet, bu gecikmeleri açıklayamamıştır.³⁸⁰

Dolayısıyla, zaman bakımından çakışmanın çok sınırlı olması ve delillerin büyük oranda müstakil bir şekilde toplanması ve değerlendirilmesi göz önüne alındığında; vergilendirme işlemleri ile ceza kovuşturması arasında içerik ve zaman bakımından 7 No' lu Protokolün 4/1. maddesinde yer alan “tekrar” kriterine uygun yeterli yakınlıkta bağlantı bulunmamaktadır.³⁸¹

Yukarıda belirtilen nedenlerle söz konusu davada Mahkeme oy birliğiyle ihlalin bulunduğu hükmetmiştir.³⁸²

³⁷⁹ a.e., parag. 49.

³⁸⁰ a.e.

³⁸¹ a.e., parag. 55-56.

³⁸² a.e.

5. Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı Örneği

Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasında;

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.³⁸³

Düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükümlerle birlikte “bireysel başvuru” ulusal hukuk düzeyinde temel hak ve özgürlüklerin korunması için müracaat edilecek son yol olarak hukukumuza girmiştir.³⁸⁴

Bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne başvuru tarafından, (başvuru limited şirket) ithal edilen eşyaya ilişkin gümrük kıymetinin eksik beyan edilmesi sebebiyle yapılan cezalı vergi tahakkukuna karşı açılan davanın reddedilmesinden dolayı “aynı suçtan iki kez cezalandırılmama hakkının” ihlal edildiği gerekçesiyle müracaat edilmiştir.³⁸⁵

Ek tahakkuk ve cezaya karşı vergi mahkemelerinde açılan dava 7 Kasım 2013 tarihinde kesinleşmiş, gerçeğe aykırı beyanname düzenleme sebebiyle ağır ceza

³⁸³ Bireysel başvuru yolu 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile hukukumuza girmiştir. Kanun metni için bkz. R.G.: 13.5.2010, 27580.

³⁸⁴ Öykü Didem Aydın, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Y. 2011, S.4, s.125.

³⁸⁵ Anayasa Mahkemesinin 25.3.2015 Tarih ve 2014/72 Başvuru Numaralı Kararı. Karar metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/234281f7-3702-4c5d-b7fe-74ae99cdc296?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 7.12.2017) parag. 5.

mahkemesinde açılan dava ise 4 Aralık 2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.³⁸⁶

Başvurucu vekili tarafından ithale konu eşyanın gümrük kıymetinin eksik beyan edildiği gerekçesiyle hem müvekkil şirket aleyhine cezalı vergi tahakkuk ettirildiği hem de şirket yetkilileri aleyhine ceza davası açıldığı, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 15. maddesi gereği hem kabahat hem de suç teşkil eden durumlarda sadece suçtan dolayı müeyyide uygulanabileceği, aynı suça ilişkin birden fazla yargılama yapılıp ceza verilemeyeceği belirtilerek söz konusu durumun Anayasanın 38. ve AİHS'nin Ek 7 No'lu Protokol'ünün 4/1. maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir.³⁸⁷

Anayasa Mahkemesi'nin hukuki değerlendirmesine göre; başvurunun iddiaları derece mahkemelerinin mevzuat yorumlamasının hatalı olmasından kaynaklandığından aslında yargılamanın sonucuna ilişkindir. Ceza hukuku ve kabahatler hukukunun düzenlemiş olduğu yasak ve müeyyidelerin hukuki yararı, konusu ve unsurları bakımından farklı olduğu gerekçesiyle aynı suçtan mükerrer yargılanma kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiş, başvuru kanun yolu şikayeti kapsamında değerlendirilip “açıkça dayanaktan yoksun” bulunmuştur.³⁸⁸

³⁸⁶ a.e., parag. 7-10.

³⁸⁷ a.e., parag. 14.

³⁸⁸ a.e., parag.10-22. Mahkeme şu tespiti yapmıştır; “*KDV para cezasına ilişkin vergisel kabahatin koruduğu hukuksal değer ile sahte olduğu ileri sürülen faturalara ilişkin ceza hukuku kapsamındaki “suç”un koruduğu hukuksal değerler farklılık arz etmektedir. Somut olayda ilgililerin cezalandırılması amacıyla açılmış bir ceza davası ile şirket tarafından açılmış bir vergi davası bulunduğu, farklı iki disipline ait iki dava olması nedeniyle aynı “suçtan” dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama durumunun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Derece mahkemesi kararında bariz takdir hatası veya açık keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilememiştir. Açıklanan nedenlerle, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikayeti niteliğinde olduğu, Derece Mahkemelerinin kararlarının bariz takdir hatası veya keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabuledilebilirlik koşulları yönünden “açıktan dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gereklidir.” a.e., prag.22.*

6. Değerlendirme

AIHM, vergi hukukuna ilişkin kararlarıyla, vergilendirmeye ilişkin eylemlerin vatandaşlık görevi kapsamında devletin mutlak hakimiyetinin olduğu alan algısından vergi yükümlüsünün de insan hakları konusunda talepleri olabileceği algısına doğru geçiş sağlamıştır.³⁸⁹

Evrensel ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri olarak belirlenen “non bis in idem” yani “kişinin aynı fiilinden dolayı yeniden yargılanmama ve cezalandırılmama” ilkesi, yargılama hukukunun başlıca ilkelerindedir. Pozitif hukukta yerini almadan dahi hem yaşayan hukukta hem de öğretide kabul edilmiştir.³⁹⁰

AIHM'nin yerleşik içtihatlarında adli yargılamalardaki vergi cezaları AIHS'nin 6. maddesi kapsamında “suç isnadı” olarak değerlendirildiği gibi, idari para cezaları ile ilgili de aynı madde kapsamında “suç isnadı” değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu sebeple aynı fiilden dolayı hem adli cezanın hem de idari para cezasının verilmesini “non bis in idem” ilkesine aykırı bulmuştur.³⁹¹

Bu ilke Türk hukuk sisteminde sadece ceza hukukuna ilişkin yaptırımların uygulanmasında esas alınmış ve ilgili düzenleme CMK'nın 223. maddesinde yapılmıştır.

İdari yaptırımların cezai yaptırımlar karşısındaki durumu ya da başka bir ifadeyle idari yaptırımların cezai yaptırım yönü tam olarak belirlenmeden, genel ve geniş manasıyla değerlendirilen “yaptırım” kavramı insan haklarının temelini oluşturan “ilkelerin” yanlış yorumlanmasına sebep olacaktır.

³⁸⁹ Gülay Arslan Öncü, “Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Ocak 2015, S. 20, Yıl 6, s.186.

³⁹⁰ İl Han Özay, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, İÜHF, 1985, s.35.

³⁹¹ Arslan Öncü, a.g.m., s.184.

“Yaptırım” diğer bir ifadesiyle “müeyyideleri” ikiye ayırabiliriz. İlki cezalandırıcı yaptırımlar, diğeri de telafi edici yaptırımlardır. Cezalandırıcı yaptırımların³⁹² amacı kişiyi yasaların ihlali sebebiyle terbiye etmek, yola getirmek iken, telafi edici yaptırımlarda amaç kişiyi cezalandırmak değil kişinin yasayı ihlali sebebiyle kişilerin veya kamunun zararını gidermektir. Hürriyeti bağlayıcı cezalar ve para cezaları cezalandırıcı yaptırımlar olarak ifade edilirken, özel hukuka ilişkin tazminatlar ise telafi edici yaptırım kategorisindedir.³⁹³ Cezai yaptırımların kişisel ve suçla orantılı olması, kanun çerçevesinde Devlet'in yargılama faaliyeti sonucu verilmesi önemli özelliklerindedir. İdari yaptırımlar ise kanunlarla açıkça bir yetki olarak verilen veya yasaklanmamış durumlarda, İdarenin idare hukukuna özgü usûllerle uygulamış olduğu yaptırımlardır.³⁹⁴

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırımları idari para cezaları ve idari tedbirler olarak belirlemesinin, hukukumuzda yansıyan önemli sorunları bulunmaktadır.³⁹⁵ Konumuz açısından en önemli sorun; idari yaptırımlar da kendi içerisinde idari ceza niteliğinde ve idari tedbir niteliğinde yaptırımlar olmak üzere iki gruba ayrılmışken hangi ve ne tür yaptırımların hangi gruba girdiğinin belirlenmesinin önemidir. Çünkü idari ceza niteliğindeki yaptırımlara ceza hukukunun temel hukuki ilkelerinin uygulanması gerekirken, idari tedbir olarak belirlenen yaptırımlara bu ilkelerin uygulanmasına gerek yoktur.³⁹⁶

Özetle, cezalandırıcı (caydırıcı) yaptırımların ceza hukukunda, telafi edici yaptırımların özel hukuka ilişkin olduğunu belirttikten sonra, idare hukuku yaptırımlarının her iki yaptırım özelliğini de bünyesinde barındırdığını söyleyebiliriz.

³⁹² Ali Ulusoy cezalandırıcı yaptırımlarda amacın “üzüm yemek değil bağcıyı dövmek” olduğunu, telafi edici yaptırımlar da ise amacın “bağcıyı dövmek değil üzüm yemek “ olduğunu ifade etmiştir. Ali D. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, XII Levha, Kasım 2013, s.8.

³⁹³ a.e.

³⁹⁴ Özay, a.g.e., s.29,35.

³⁹⁵ Kabahatler Kanununda belirtilen bu ayrımın bu aşamada tartışılması konumuz dışında kaldığından değinmekle geçiyoruz (daha geniş açıklama için bkz. Ulusoy, a.g.e., s.9,10)

³⁹⁶ a.e., s.11.

İdari para cezaları, disiplin cezaları, faaliyet izni veya ruhsatın iptali cezai yaptırım kavramı içerisinde değerlendirilirken, mevzuata aykırı fiiller sebebiyle bir mesleğin geçici olarak faaliyetine ara verilmesi veya bir işletmenin geçici olarak kapatılması telafi edici yaptırımlar olarak görülmektedir. Bu anlamda bir idari yaptırımın idari ceza niteliğinde mi yoksa idari tedbir niteliğinde mi olduğunun ayırt edilmesi bilhassa suç ve cezalara ilişkin prensiplerin uygulanması açısından zorunluluk teşkil etmektedir.³⁹⁷

İdari yaptırımların ceza yaptırımı özelliği taşıyıp taşımadıklarına ilişkin ayırım, AİHM'nin yaptırımın iç hukukta nasıl adlandırıldığına bakılmadan, cezai yaptırım yönünün ağır basması durumunda sözleşmenin 6. maddesinde ifade bulan adil yargılanma hakkında ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündeki kararları konumuz açısından da önemlidir.³⁹⁸

AİHM Glantz Kararında konuyu davaya konu idari yaptırımın cezai yaptırım anlamında bir yaptırım olup olmadığı yönünden incelemiştir. İdari yaptırımı “Engel Kıstaslarını” uygulayarak cezanın kamunun zararının tazmin edilmesinden çok miktarı açısından bakıldığında adeta cezalandırma amacı olduğundan cezai yaptırım niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.

213 sayılı V.U.K.'nun 344. maddesinde belirtilen vergi ziyai cezası kural olarak bir kat uygulanırken, aynı zamanda Kanunun 359. maddesinde belirtilen suçların söz konusu olması durumunda vergi ziyai cezasının üç kat uygulanacağı belirtilmiştir. Kanunun ifadesinden bile, üç kat uygulanacak vergi ziyai cezasının vergi mükellefinin veya sorumlusunun vergi yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle kamunun uğradığı zararı telafi etmekten çok, kişiyi cezalandırma amacına doğru kaymış olduğu açıktır. Bu durumda kişinin vergi yükümlülüğüne ilişkin aynı fiilinin vergi ziyai ile birlikte 359. maddedeki “kaçakçılık” suçlarını oluşturması durumunda mükellefe hem üç kat vergi ziyai cezası hem de hapis cezasının uygulanacak bu durumda da mükerrer cezalandırma olacaktır.

³⁹⁷ a.e., s.17,26.

³⁹⁸ Burcu Erdinç, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması” **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl; 2012, S.70, s.268.

Glantz Kararıyla cezai nitelikteki idari yaptırımlar ile cezai yaptırımlar arasında non bis in idem kuralı uygulanması gerektiği belirtilirken, A-B Norveç Kararı ve Johansson ve Diğerleri Kanada Kararları Yüksek Sözleşmeciler Devletlerin iç hukukunda yapılacak düzenlemelerin içeriği ve sınırının tespiti açısından yönlendirici niteliktedir. Son kararlarında da belirtildiği gibi aynı anda birden fazla soruşturma veya yargılama yapılmasında bir sakınca görülmemektedir. Önemli olan beraber devam eden süreçlerin zaman ve konu açısından birbirinden bağımsız olmaması ve netice olarak verilecek cezaların da devam eden veya sona ermiş süreçlerin göz önünde bulundurulmasıdır.

Non Bis In Idem kuralı AİHS'nin Ek 7 No'lu Protokol'ünde düzenlenmiş olup; Türkiye, uluslararası sözleşmelerin onaylanması ve yürürlüğe girmesi konusundaki bütün prosedürleri yerine getirmiş olduğundan, Protokol tüm madde ve hükümleriyle Türkiye açısından sonuç doğurmaktadır. Anayasanın 90/5. maddesi gereği Glantz Kararından sonra Sözleşmenin 7 No'lu Protokolü'nün 4/1. maddesini yorumlayan bu kararın Vergi Usûl Kanunundaki yasal düzenlemelerle çatıştığı açıktır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda meydana gelecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşmelerin esas alınacağı Anayasal hükmünden yola çıkarak, mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıkları çözümlerken uluslararası sözleşme hükümlerini esas almalı ve Yasama Organı tarafından gerekli yasal değişiklikler yapılmalıdır. Kaldı ki yasal değişiklikler yapılmamış olsa bile söz konusu ilke Anayasanın 90/5. maddesi gereği taraflarca ilk derece mahkemeleri önünde ileri sürülebilecek durumdadır.

Vergi hukukunda adeta devrim niteliğinde etki yaratan Glantz Kararının 20.5.2014 tarihinde, Anayasa Mahkemesi Kararı ise 25.3.2015 tarihinde verilmiştir. Anayasa mahkemesi kararının Glantz Kararından sonra alınmış olmasına rağmen benzer bir konuda farklı hüküm verilmesinin çeşitli sebepleri olabilir. Anayasa Mahkemesi Kararının AİHS Ek 7 No'lu Protokol'ünün Türkiye'de yürürlüğe giriş tarihi olan 1.8.2016 tarihinden önce verilmiş olması olabilir. Ayrıca karşımıza çıkan başka bir husus da “non bis in idem” kuralının Anayasada düzenlenmemiş olmasıdır.

Anayasa bireysel başvurunun Anayasada düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlüklerden AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceğini düzenlemektedir. Yani bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru konusu olabilmesi için AİHS ve ek protokollerinde düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlüklerin aynı zamanda Anayasada da düzenlenmiş olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1980 yılında verdiği bir kararında³⁹⁹ “non bis in idem” ilkesinin Anayasada açıkça düzenlenmemiş olması hasebiyle kanun koyucunun bu ilke ile bağlı olmadığı ifade edilmiştir. 2010 yılında vermiş olduğu bir kararda⁴⁰⁰ da bu ilkeyi Anayasanın 2. maddesindeki “hukuk devleti” ilkesi kapsamında değerlendirmiş fakat disiplin cezası ve ek ödeme mahrumiyeti getiren kanunu buna aykırı bulmamıştır.⁴⁰¹

Non bis in idem kuralının adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilebileceği düşünülebilir ki; Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde bu ilke adil yargılanma kapsamında değerlendirilmiştir. Aynı zamanda AİHM de söz konusu ilkenin Ek 7 Nolu Protokol'de düzenlenmeden önce içtihatlarında ilkeyi adil yargılanma hakkı kapsamında kabul etmiştir.⁴⁰²

Vergi kaçakçılığına ilişkin “non bis in idem” ilkesi çerçevesinde yapılan değerlendirmeler sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin Anayasada ifade edilen bireysel başvuru kapsamına bu ilkeyi almadığı anlaşılmaktadır. Non bis in idem ilkesi evrensel ceza hukukunun en eski ilkelerindedir ve Anayasada özellikle düzenlenmemiş bile olsa “adil yargılanma hakkı” kapsamında değerlendirilebilir ki AİHM'nin bu yönde

³⁹⁹ Anayasa Mahkemesi 29.4.1980 Tarihli, 1980/1 E., 1980/25 K., Karar metni için bkz. R.G.: 2.8.1980, 17084.

⁴⁰⁰ Anayasa Mahkemesi 1.4.2010 Tarihli, 2008/114 E., 2010/53 K., Karar metni için bkz. R.G.: 6.7.2010, 27633.

⁴⁰¹ Yaltı, a.g.m., s.5.

⁴⁰² a.e.

kararları mevcuttur. Kaldı ki Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14/7. Maddesinde “Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usûlüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkûm olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanmaz ve cezalandırılmaz” denilmek suretiyle bu ilke adil yargılanma başlığı altında düzenlenmiştir.⁴⁰³

Vergi ceza hukukuna ilişkin Finlandiya Mevzuatı ile Türk Vergi Mevzuatı düzenlemelerindeki benzerlik göz önünde bulundurulduğunda, Glantz Kararı'nda belirtilen kriterlerin Türk vergi hukuku açısından da geçerli olduğu açıktır. AİHM'ne Türkiye aleyhine yapılacak bir başvuru sonucunda Türkiye hakkında ihlal kararı verilmesi beklenmeden Anayasanın 90/5. maddesi gereği hukuk uygulayıcıları “non bis in idem” ilkesini göz önünde bulundurmalı ve derhal gerekli yasal düzenlemeler yasa koyucular tarafından yapılmalıdır.

Anayasanın 90. Maddesinin son cümlesi gereğince, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümleri esas alınmalıdır. Türk Hukukundaki vergi kaçakçılığına ilişkin eylemin aynı zamanda vergi ziyana sebep olması durumunda, hem vergi ziyana ilişkin idari yaptırım hem de vergi kaçakçılığından dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi AİHM tarafından ceza hukukunun temel ilkesi olan non bis in idem kuralına aykırı görülmüştür.

Glantz/Finlandiya Başvurusunda 7 Nolu Protokol'ün 4/1. maddesi kapsamında değerlendirme yapılmıştır, aynı eyleme birden fazla ceza verilmesinin Protokol kapsamında ihlal sonucunu doğurduğu tespit edilmiştir. Türkiye 7 Nolu Protokol ile 1.8.2016 tarihi itibarıyla bağlıdır. Vergi ceza hukukuna ilişkin Türk Hukukundaki bu düzenlemenin 7 Nolu Protokolün 4/1. maddesine aykırı olduğu ortadadır. Hem Anayasa 90. maddesinin son cümlesi gereği hem de AİHM kararlarında belirtildiği üzere başta yargı mercileri olmak üzere, birbirleriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası

⁴⁰³ a.e.

antlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleri ile çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.⁴⁰⁴



⁴⁰⁴ Anayasa Mahkemesi 19.12.2013 Tarihli ve 2013/2187 Başvuru No. Karar metni için bkz. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/68aa4186-521f-4bf9-9c03-f0e0bbf55a88?wordsOnly=False>) (Erişim Tarihi: 7.12.2017) parag. 41-47.

SONUÇ

Uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki değeri sorunu, her zaman tartışmalı bir konu niteliği arz etmiştir. AIHM'nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu kararlar dolayısıyla AIHS, Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası antlaşmalara nazaran, hep temel gündem maddesi olmuştur.

Türk hukukunda uluslararası antlaşmalara dair düzenleme, kanunlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Anayasada yapılmıştır. Anayasanın 90/5. maddesinde usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Bununla beraber söz konusu hüküm uluslararası antlaşmaların kanunlar hiyerarşisindeki yerini belirlemede yeterli olmamıştır.

Aynı konuyu düzenleyen uluslararası antlaşma ile kanunların çatışması durumunda hangisinin uygulanacağı sorunu gündeme geldiğinde, Anayasasının 90/5. maddesindeki, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğuna ilişkin cümleden yola çıkanlar, antlaşmalar ile kanunları eşit görürken; uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağına ilişkin cümleyi esas alanlar ise, antlaşmaların uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Antlaşmalar ile kanunları eşit görenlere göre mesele, özel-genel, önceki-sonraki kanun ilkesine göre çözümlenmelidir.

Uluslararası antlaşmalarla kanunları eşit gören görüş esas alındığında, bir antlaşmaya taraf olan devlet tarafından, sonradan çıkarılacak bir kanunla antlaşma maddeleri hükümsüz bırakılabilir. Oysa uluslararası hukukta “pacta sunt servanda” yani “ahde vefa” ilkesi geçerlidir ve böyle bir durum gerçekleştiğinde ilke ihlal edilmiş olacaktır.

Uluslararası antlaşmaların Türk hukukçuları tarafından, iç hukuktaki yerinin saptanamaması ve AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen ihlal kararları, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına, 2004 yılında 5170 sayılı Kanunla bir cümle daha eklenmesine sebep olmuştur.

2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile Anayasadaki bazı maddelerin değiştirilmesine yönelik çalışmada, Anayasanın 90/5. maddesine “Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır” cümlesinin eklenmesi Anayasa Komisyonunda kabul edilmiş, fakat T.B.M.M. Genel Kurulun'da yeterli oyu alamamıştır.

2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile Anayasanın 90/5. maddesine “*Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” cümlesi eklenmiştir.

2001 yılında Anayasanın 90/5. maddesine eklenmesi düşünülen, fakat Genel Kurul'da yeterli oyu alamadığı için yapılamayan düzenleme, 2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeden daha kapsamlı ve geniştir. 2001 yılındaki düzenlemede, kanunlardan üstün tutulacak uluslararası antlaşmaların usûlüne göre yürürlüğe girmiş olması aranmadığı gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması gerektiği gibi bir sınırlama da yer almamaktaydı.

2004 yılındaki bu düzenleme ile Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunlar arasındaki hiyerarşide, antlaşmaların üstün olduğu açıklığa kavuşmuştur. Yine de madde üzerindeki tartışmalar son bulmamış fakat farklı bir mecrada ilerlemeye devam etmiştir.

Antlaşmaların “temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması” kavramının insan hakları kavramıyla aynı anlamda kullanılıp kullanılmadığı, uluslararası antlaşmalar sadece kanunlar ile değil de diğer düzenleyici hükümler ile çatırırsa da aynı hükme tabi olup olmayacağı, Anayasa ile çatışması durumunda antlaşma hükümleri esas alınırsa antlaşmaların Anayasadan üstün sayılıp sayılmayacağı ve antlaşmalar ile

kanunlar arasındaki çatışmanın açık olmadığı durumlarda, çatışmanın varlığının kimin tarafından belirleneceği gibi tartışma konuları gündeme gelmiştir.

Bütün tartışmalar bir yana bırakılırsa, bu düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşmaları kanunlardan üstün tutarak, AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının önüne geçmektir. Bu anlamda AİHS'nin Türk hukukundaki yerinin tespiti ve uygulanması önemlidir.

AİHS'nin Türk hukukundaki yeri ve değeri şu şekilde özetlenebilir:⁴⁰⁵

- AİHS, konusu itibarıyla iç hukukun bir parçasıdır; bu sebeple ayrıcalıklı bir yere sahiptir.

- AİHS'nin 1. maddesindeki “tanırlar” şeklindeki emredici ifadeden dolayı, AİHS hükümleri iç hukukta “doğrudan” uygulanabilme yeteneğine sahiptir. İç hukukta düzenleme yapılmasına gerek yoktur.

- AİHS Anayasaya aykırı olsa bile uygulanır. Anayasanın 90. maddesinin açık ifadesiyle “Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz”

- Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen AİHS'nin, Kanunla çeliştiği gerekçesi ile uygulanmaması mümkün değildir. Zaten 5170 sayılı Kanun ile eklenen cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunların çatışması halinde uluslararası antlaşma hükümleri esas alınacaktır. Bu minvalde AİHS hükümlerinin kanun ile çatışması durumunda AİHS'nin iç hukukta uygulanması noktasında en önemli görevi hakimler icra edecektir.

AİHS hükümlerini yorumlayan ve somutlaştıran AİHM kararlarının sözleşme kapsamına dahil olduğu şüphesizdir. İç hukukumuzun bir parçası haline gelen AİHS ve AİHM kararlarının Anayasa koyucunun da iradesi göz ardı edilmeden hukuk uygulayıcıları tarafından öncelikli olarak esas alınması gerekmektedir.

⁴⁰⁵ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.23.

Fakat gelinen noktada Anayasanın 90. maddesinin son cümlesi gereğinin tam olarak uygulanmadığını veya geç uygulandığı görülmektedir. Söz konusu durumun tespiti açısından AİHM tarafından verilmiş üç esaslı konu hakkındaki kararlar ve bu konular hakkında Türk Hukukundaki gelişmeler incelenmiştir.

İlk inceleme konumuz, disiplin mahkemelerinin yapısına ilişkin kararlardır. Disiplin mahkemelerine ilişkin AİHM tarafından verilmiş kararlar sonucu Yasama Organı tarafından gerekli düzenlemeler yapılmış, ihlale sebep olan konu kökten çözümlenmiştir.

Asker kişilerin 477 sayılı Kanunda belirtilen disiplin suçlarına bakmakla görevlendirilmiş olan disiplin mahkemelerinin oluşumunda, bir başkan ve iki üye bulunmakta, üyeler birlik komutanı tarafından subaylar arasından belirlenmektedir.

2017 yılında 6771 sayılı Kanunla askeri yargının Anayasadan ve Türk hukukundan çıkarılmasından önce disiplin mahkemeleri Anayasal bir kurumdu.

Disiplin mahkemeleri iddianamenin sanığa tebliğinden sonra, nezdinde kurulduğu komutanın veya askeri kurum amirinin emriyle toplanırdı. Disiplin amiri, disipline aykırı gördüğü eylem karşısında bizzat kendisi cezalandırma yoluna gidebileceği gibi disiplin mahkemesine de sevk edebilirdi.

1970 yılında 66. Mekanize Tümen Komutanlığı nezdinde kurulan Disiplin Mahkemesi tarafından disiplin mahkemelerinin oluşum şekli, bir üyesinin bile hukukçu olmaması, mahkemenin ve üyelerinin bağımsız ve tarafsız olmamalarında dolayı, 477 sayılı Kanunun 2 ve 17. maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi kapsamında müracaat edilmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre; askerlikte disiplin çok önemli olduğundan, disipline aykırı davranışların olabildiğince hızlı bir şekilde cezalandırılması gerekmektedir. Bunu gerçekleştirmek için, Anayasada askeri mahkemelerden ayrı olarak disiplin mahkemeleri düzenlenmiştir. Bu sebeple askeri mahkemelerle disiplin mahkemeleri arasında keskin bir ayrımın olması gerekmektedir. Askeri

mahkemelerdeki üyelerin çoğunluğunun hakim olması aranmışken disiplin mahkemelerinde böyle bir şartın aranmamış olması, disiplin mahkemelerinin özelliğinden ve kuruluş amacından kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi disiplin mahkemelerinin oluşumuna dair 477 sayılı Kanunun 2 ve 17. maddelerini Anayasaya aykırı bulmadığından iptal talebinin reddine karar vermiştir.

AİHM, Türkiye hakkında disiplin mahkemelerine dair ilk ihlal kararını Bayrak/Türkiye davası ile vermiştir.

Başvuran, disiplin mahkemesi tarafından hakkında verilen toplamda yetmiş beş gün özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin karar ile ilgili, yargılama yapan üyelerin hakim sıfatını taşımamaları, halihazırda üstlerine bağlı olarak çalışmaları ve davanın tarafsız ve bağımsız bir mahkemede görülmediği gerekçesiyle AİHS'nin 6/1. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur.

Türk hükûmeti konunun disiplin hukukunun alanına girmesi ceza hukukunun dışında kalması sebebiyle AİHS'nin 6/1. maddesinin uygulanma olanağının bulunmadığını savunmuştur.

AİHM, verilen cezanın disiplin mi yoksa ceza alanına mı girdiğinin tespiti için Engel Kıstaslarına gönderme yapmıştır. Bu kıstaslar; i) suçun yerel hukuktaki sınıflandırılması, ii) suçun asıl niteliği ve iii) cezanın asıl niteliğidir. Buna göre yapılan değerlendirmede davada AİHS'nin 6/1. maddesinin uygulanabileceğine hükmetmiştir.

AİHM, disiplin mahkemesi üyelerinin askeri birlik komutanı veya mahkemenin kurulduğu kurumun amiri tarafından seçilmesine, mahkeme üyelerinin tamamının askeri hiyerarşi içinde bulunmasına, üyelerin mesleğinin sonuna yaklaşmış subaylar olmadıklarından vermiş oldukları kararlar sebebiyle hiyerarşiye hesap verme zorunluluğunda olduklarına özellikle vurgu yapmıştır.

Daha önce Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki hakimlerin görev sürelerinin dört yıla sınırlandırılmasını eleştiren AİHM, başvuru konusu disiplin mahkemelerindeki üyelerin görev sürelerinin bir yıl olmasını kabul edilemez bulmuştur.

AİHM belirtilen bu sebeplerle, disiplin mahkemelerinin tarafsız ve bağımsız olmadığı yönündeki iddiaların nesnel olarak ortaya konulduğu gerekçesiyle AİHS'nin 6/1. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Veyisoğlu/Türkiye davasında disiplin mahkemesi tarafından hakkında oda hapsi cezası verilen başvurana, Bayrak-Türkiye davasındaki gerekçelerle AİHM'ne başvurmuştur.

AİHM bu kararda, mahkeme üyelerinin davaya karşı şahsi kanaatleri olarak tanımlanan sübjektif tarafsızlıklarının ve hakimin haklı kuşkulandırmaları yok edecek yeterli durumu sağlayabilmesi anlamındaki objektif tarafsızlıklarının oluşturulması gerektiğini belirtmiştir. Başvurana karşı bir iddianame sunan tuğgeneralin aynı zamanda başvurana yargılayan disiplin mahkemesi üyelerinin üstü durumunda olmasından dolayı, mahkemenin tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanamaması sebebiyle AİHS'nin 6/1. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu ihlal kararlarının ardından 2013 yılında, 6413 sayılı Kanun ile 477 sayılı Kanun'un 2. maddesi değiştirilmiştir. Bu değişiklikle disiplin mahkemelerinin barış zamanında görev yapması engellenmiştir. Kanun tasarısının genel gerekçesinde de AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının olduğu belirtilmiştir.

Diğer taraftan evli kadının soyadına ilişkin 4721 sayılı T.M.K.'nin 187. maddesinde, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı, fakat isterse önceki soyadını kocasının soyadının önünde kullanabileceği düzenlenmiştir. Mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanununun 153. maddesinde de kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı düzenlenmiştir. 1997 yılında 4248 sayılı Kanunla, kadının istemesi halinde kocasının soyadının önünde önceki soyadını kullanabileceği cümlesi eklenmiştir. Neticede her iki Kanunun kadının soyadı meselesine dair düzenlemesi aynı olmuştur.

Soyadı kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli hususlardan olup devredilmez, vazgeçilmez ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır. 1934 yılında 2525 sayılı Soyadı Kanunu ile soyadının kullanılması hem bir hak hem de bir yükümlülük olmuştur.

Soyadı doğumla, idari yolla, mahkeme kararıyla, evlat edinilmesi suretiyle ve evlenme gibi yollarla kazanılmaktadır. Evlilik ile soyadın kazanılması sadece kadına özgü bir durumdur. Türk hukukunda kadın evlendiğinde kocanın soyadını alır, aile adı olarak kocanın soyadı belirlenir ve çocuklar doğduğunda aile adı olan babanın soyadını kullanır.

Kadının evlendiğinde, sadece kadın olmasından dolayı yeni bir soyadı kullanmak zorunda kalması, Türk toplumunda ve hukukunda kanıksanmışken, Mülga 743 sayılı Kanununun 153. maddesindeki, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına ilişkin cümlenin Anayasanın 12 ve 17. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne müracaat edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 29.9.1998 tarihli 1997/61 E. ve 1998/59 K. sayılı kararında dava konusu düzenlemenin, soyadın kocadan devam etmesine ilişkin uygulamanın toplumdaki sosyal gerçeklerden kaynaklandığını, aile hukuku öğretisindeki evlilik birliği içindeki düzen ve uyumun sağlanması, çift başlılığın önlenmesi amaçlarının gerçekleştirilmesi için kamu düzeninin ve kamu yararının zorunlu kılması gerekçeleriyle Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.

2004 yılında, Ayşe Ünal Tekeli'nin evlenmeden önceki soyadı olan "Ünal" soyadını tek başına kullanmak istemesine ilişkin talebinin yerel mahkemelerce reddedilmesi üzerine AİHM'e yapmış olduğu başvuruda Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmiştir.

AİHM davayı, Anayasanın genel eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını düzenleyen 90. maddesi, AİHS'nin özel hayata saygıyı düzenleyen 8. ve cinsler arasında ayrımcılığı da için de barındıran 14. maddesi

kapsamında değerlendirmiştir. AİHM söz konusu davada, aynı durumda olan kişilere (evli kadın ve evli erkek) farklı muamelede bulunduğunu, evli kadına önceki soyadını kullanma hakkının verilmesinin içinde bulunduğu mağduriyeti değiştirmediğini, hükûmetin aile birliğinin müşterek bir soyadı kullanılmaması durumunda, kamunun ve üçüncü kişilerin uğrayacakları zararı kanıtlayamaması sebebiyle, dava konusu düzenlemenin AİHS'nin 8. maddesiyle beraber düşünöldüğünde 14.maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

AİHM'nin Ünal Tekeli kararından sonra, evli kadının kocasının soyadını kullanacağını düzenleyen TMK'nın 187. maddesi yeniden Anayasa Mahkemesinde somut norm denetimine konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi 10.3.2011 tarihli 2009/85 E. ve 2011/49 K. sayılı Kararıyla, 1998 yılında vermiş olduğu kararın gerekçesine ek olarak, ailenin Türk toplumu için önemli bir kurum olmasından dolayı Devletin ailenin bütünlüğü ve devamı için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olması, aile anlayışının toplumdaki değişiklik göstermesi, Türk toplumunda ailenin bütünlüğünün sağlanabilmesi için soyadı birliğinin gerektiği, bunun için de erkeğin soyadına öncelik verilmesinin cinsiyet ayrımına dayanan eşitsizlik teşkil etmediği gerekçeleriyle dava konusu düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinde, somut norm denetimine konu olan bu davanın davacılarından olan Sevim Akat Eşki tarafından, bu defa bireysel başvuru yoluyla dava tekrar Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 19.12.2013 tarihli Sevim Akat Eşki başvurusunda, soyadının kişinin yaşamıyla özdeşleştiğini, kişinin ayrılmaz bir parçası ve kimliğin belirlenmesinde en önemli faktörlerden olduğu, Anayasanın 90/5. maddesi gereği uluslararası antlaşmaların iç hukukumuza dahil olduğu ve öncelikli olarak uygulanması gerektiği gerekçeleriyle içtihatlarından bu karar ile dönmüş, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.9.2015 tarihli, 2014/2-889 E. ve 2015/2011 K. sayılı Kararıyla, başta Anayasanın 90/5. maddesine, AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine

atıfla, AİHM ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu vermiş olduğu kararlar ile uyum içerisinde yerel mahkemenin direnme kararını onamıştır.

Evli kadının soyadı konusundaki yargı kararlarında, AİHS hükümleri ve AİHM kararıyla uyumlu bir noktaya gelinmiştir. Ünal Tekeli kararının 2004 yılında verildiği düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi'nin 2011 yılında bile önceki kararında direnmiş olması, ancak 2013 yılının sonlarında AİHM kararı doğrultusunda karar vermesi, sürecin pek de kolay ve hızlı ilerlemediğinin göstergesidir.

Bugün hala Kanun Koyucu, hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa ve uluslararası antlaşmalara aykırılığı tespit edilen T.M.K'nın 187. maddesi hakkında düzenleme yapmadığı için, söz konusu madde varlığını devam ettirmekte, evli kadın önceki soyadını yalnız bir şekilde, ancak dava ile kullanabilmektedir.

Öte yandan Vergi ceza hukukuna ilişkin non bis in idem ilkesine aykırılıktan dolayı, AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının, daha önce incelediğimiz iki karardan farkı, henüz Türkiye hakkında verilmiş bir ihlal kararının olmamasıdır. Bu kararları incelemeye almamızın sebebi ise, hakkında ihlal kararı verilmiş Finlandiya'nın davaya konu mevzuatı ile Türk mevzuatının birbirine çok benzemesidir.

Vergi Usûl Kanunu'nun 341. maddesinde tanımlanan, vergi ziyainin varlığı durumunda, aynı Kanunun 344. maddesinde mükellef veya sorumlunun ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında ceza uygulanacağı düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 359. maddesinde belirtilen kaçakçılık suçlarıyla aynı zamanda vergi ziyaina sebep olunmuşsa, ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarında ceza uygulanmasıyla birlikte kaçakçılık suçlarının yaptırımını olan hapis cezasına da hükmedilecektir.

Non bis in idem ilkesi aynı eylemden dolayı iki kez yargılanmama veya cezalandırılmama anlamına gelmektedir. Uluslararası ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan non bis in idem, AİHS'nin Ek 7 No'lu Protokol'ünün 4. maddesinde düzenlenmiştir. Türkiye bu Protokol'ü 14.3.1985 tarihinde imzalamışsa da Protokol 1.8.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu ilke Anayasada açıkça düzenlenmemiş fakat

iç hukukumuzda Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun 253/3. maddesinde “*Aynı konuda aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

AİHM, Glantz-Finlandiya kararından önce vermiş olduğu kararlarda, idari yaptırımlar ile ceza yargılaması sonucu verilmiş olan yaptırımların hem amaç hem de kurucu unsurlarının birbirlerinden farklı olması sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Glantz-Finlandiya davasına konu olayda, vergi yükümlülüğüne aykırı davranan başvuran hakkında, vergi idaresi tarafından hem ilave vergi tarhı yapıp para cezası verilmiş hem de ceza yargılaması sonucu hapis cezası ve para cezasına hükmedilmiştir.

AİHM konu ile ilgili değerlendirmesinde, öncelikle Engel Kıstaslarını kullanarak, idari yaptırımın niteliği gereği cezai bir yaptırım olup olmadığını incelemiş; suçun Finlandiya'da genel yasal hükümler ile düzenlenmiş olması, cezanın zararın tazminine yönelik olmaktansa cezalandırıcı mahiyette olması sebepleriyle idari yaptırımın cezai nitelikte olduğu sonucuna varmıştır.

AİHM, vergi ve ceza yargılamasına konu olan eylemlerin aynı olduğunu, vergi yargılamasının kesinleştiği 11 Ocak 2010 tarihinden sonra ceza yargılamasına devam edilmiş olduğunu, ceza yargılamasının ise 18 Mayıs 2011 tarihinde kesinleştiğini tespit etmiştir.

AİHM, Finlandiya hukukuna göre idari yaptırım süreci ile ceza yargılaması sürecinin birbirinden tamamen bağımsız kurum ve kişilerce yürütüldüğüne, bir yargılama sonucunda verilen mahkumiyet kararının diğer bir mahkumiyetin belirlenmesinde dikkate alınmadığına da dikkat çekmiştir.

AİHM yukarıda belirtilen gerekçelerle, Finlandiya hükûmeti aleyhine 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle dava hakkında kabul edilebilirlik kararı vermiştir.

A ve B-Norveç kararında ise Glantz-Finlandiya kararına ek olarak non bis in idem ilkesinde, bireyin çıkarlarının tam anlamıyla gözetilmesi ile diğer taraftan ilgili alanlarda ölçülü bir şekilde yasal düzenleme yapılması gerektiğine değinilmiştir. Aynı zamanda birden fazla takibatın yapılabilmesi için, iki takibat arasında zaman ve konu bakımından bağlantının bulunması, cezalandırma sırasında sanık hakkında verilmiş önceki cezanın dikkate alınması gerekmektedir.

A ve B-Norveç kararında, Glantz-Finlandiya kararından farklı olarak, söz konusu hususlara dikkat edilmiş olduğundan ihlal kararı verilmemiştir. Ancak Johansson ve Diğerleri-İzlanda kararında dava konusu olay benzer olmasına rağmen, A ve B-Norveç kararında belirtilen kıstaslar karşılanmadığı için ihlal kararı verilmiştir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi vergi ceza hukukuna ilişkin Türkiye hakkında verilmiş bir ihlal kararı yoktur. Ama Finlandiya mevzuatı üzerinde AIHM tarafından verilen karardan dava konusuna ilişkin Türk hukuk mevzuatının da Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesine aykırı olduğu görülecektir. AIHS'ne uygun düzenleme yapmak için Türkiye aleyhine de bir ihlal kararı verilmesine gerek yoktur. Anayasamızın 90. maddesinin son cümlesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla aynı konudaki kanunların çatışması durumunda antlaşma hükümlerinin esas alınması gerektiğini belirtmektedir.

Anayasanın 90. maddesinin son cümlesindeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla aynı konudaki kanunların çatışması durumunda antlaşmaların esas alınacağına dair hüküm sadece Yargı Organını değil aynı zamanda Yürütme ve Yasama Organını da bağlamaktadır.

Kamu görevlilerinin, idari makamlara yapılan yakınma ya da başvurularda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile kanunlar arasında bir uyumsuzluk tespit ettiğinde, doğrudan uluslararası antlaşma hükmünü uygulaması gerektiğini ifade etmiştik. Buna göre; evli kadının kocasının soyadını kullanmasını zorunlu kılan düzenlemenin AIHS'ne aykırılığı tespit edildiğine göre, sadece kendi soyadını kullanmak isteyen evli bir kadının nüfus müdürlüğüne müracaatı konusunda, nüfus idaresinin cevabı ne olmalıdır? Anayasanın 90/son cümlesi, yürütme organına yani idareye de temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaları esas alması gerektiği

sorumluluğu yüklediğine göre, bizce evli kadının bu talebi nüfus idaresince yerine getirilmelidir.

İdari makamlar, Anayasanın 90/5. Maddesinin son cümlesi gereğinin yerine getirilmesine dair yapılan başvurularda, müracaat eden kişinin kanun hükümleri doğrultusunda konuyu yargıya taşımamasını beklemektedir. Örneğin evli bir kadın, sadece kendi soyadını kullanmak istediğinde ancak yargı kararları sonucunda bu hakkı elde edebilmektedir.

İncelediğimiz üç konudan disiplin mahkemelerine ilişkin olarak, Yasama Organı gereğini yerine getirmiş; disiplin mahkemelerinin barış zamanında görev yapmasını engelleyerek, AİHM kararlarına ve Avrupa İnsan Hakları Hukukuna uygun yeknesak bir uygulamaya yol açacak düzenleme yapmıştır. Fakat evli kadının soyadı konusunda Yasama Organı, defalarca AİHS'ne aykırılığı tespit edilmiş T.M.K.'nın 187. maddesinde, aykırılığı giderecek bir çalışma yapmamıştır.

Vergi ceza hukukuna ilişkin henüz Türkiye hakkında verilmiş bir ihlal kararı yoktur. AİHM, AİHS'nin Ek 7 No'lu Protokol'ünün 4. maddesini Finlandiya vergi mevzuatı çerçevesinde yorumlamış; söz konusu düzenlemenin Sözleşme'ye aykırı olduğunu tespit etmiştir. Türkiye'nin Ek 7 No'lu Protokol'ü kabul etmiş olması (ki söz konusu Protokol yürürlüğe girmemiş olsaydı dahi, konu adil yargılanma hakkı kapsamında tartışılabilirdi) Glantz/Finlandiya kararına konu vergi mevzuatı ile Türk vergi mevzuatının benzerliği karşısında Yasama, Yürütme ve Yargı Organlarının üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmek için AİHM'nin Türkiye hakkında ihlal kararı vermesini beklemeye gerek yoktur.

Sonuç olarak, Anayasanın 90/5. maddesinin son cümlesinde ifade edilen düzenlemenin asıl amacı, AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının önüne geçmek, hiç değilse ihlal kararlarını olabildiğince azaltmaktır.

Bu amaçla ulusal mevzuat hiyerarşisinin en üstünde bulunan Anayasada düzenleme yapılmıştır. Ancak incelenen kararlarda da görüldüğü gibi, sadece düzenleme yapmak sorunu çözmemektedir. Yasama, Yürütme ve Yargının bu konudaki tüm sorumluluklarını derhal yerine getirmeleri gerekmektedir. Bunun için

Anayasanın 90/son maddesi hükmünün ciddiyeti, AIHS ve Sözleşmeyi yorumlayan AIHM kararları konusunda bilincin artırılması amacıyla sivil toplum kuruluşları ve kamu kurumları tarafından daha fazla sempozyum ve çalıştaylar yapılmalıdır.

Türkiye, AIHS'ne taraf olmakla, AIHM kararlarının gereğini yerine getirmek konusunda yükümlülük üstlenmiş olduğundan, AIHM kararlarını gecikmeksizin ciddiyetle ve dikkatle incelemek, Yasama, Yürütme ve Yargı Organlarının bu konudaki sorumluluklarını yerine getirip getirmediğini takip etmek durumundadır.⁴⁰⁶



⁴⁰⁶ Gözlügül, a.g.e., s.522.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Akıntürk, T., Ateş Karaman, D., (2002), *Aile Hukuku*, II. Cilt, 14. Baskı, İstanbul: Beta.

Akıntürk, T., (2006), *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku*,10. Baskı, İstanbul: Beta.

Arpacı, A., (2000), *Kişiler Hukuku*, 2.Baskı, İstanbul: Beta.

Ayan, M., Ayan, N., (2016), *Kişiler Hukuku*, 8.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Çağırın, M.E., (2011), *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, 2. Baskı, Ankara: Barış Kitap.

Doğru, O., Nalbant, A., (2012), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, Ankara: Avrupa Konseyi, Yargıtay Başkanlığı.

Gözler, K., (2016), *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.

Gözlügöl, S.V., (2014), *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.

Gözübüyük, Ş., Gölcüklü, F., (2016), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.

Harris, D.J. v.d., (2013), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara: Avrupa Konseyi.

Hatemi, H., Kalkan Oğuztürk, B., (2013), *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Helvacı, S., (2013), *Gerçek Kişiler*, 5. Baskı, İstanbul: Legal.

Karakoç, Y., (2016), *Vergi Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Karaosmanoğlu, F., (2012), *İnsan Hakları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kuzu, B. (1990), *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul, Filiz Kitabevi,

Oğuzman, K., Seliçi, Ö., Özdemir Oktay, S., (2016), *Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Özay, İ.H., (1985), *İdari Yaptırımlar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Özbek, V. Ö., (2011), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Öztan, B., (2001), *Şahsın Hukuku-Hakiki Şahıslar*, 10. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi

Pazarcı, H., (2006), *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi

Tepe, H., (2010), *İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt, Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*, İstanbul: Beta.

Tezcan, D., Erdem, M.R., Sancakdar, E., (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Adalet Bakanlığı.

Teziç, E., (2016), *Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul: Beta.

Ulusoy, A.D., (2013), *İdari yaptırımlar*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

MAKALELER:

Arıkoğlu, E., (2004) “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Uygulanması” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S.1-2, 71-72

Alan, N., (2003) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Paneli” *Türkiye Barolar Birliği*, 14-21

Altunel, M., (2015) “Evli Kadının Soyadı” *Adalet Dergisi*, S.51, 177-200

Aydın, Ö.D., (2011) “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.4, s.121-170

Arıkoğlu, E., (2004) “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Uygulanması” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S.1-2, 71-72

Bumin, M., (2004) “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Adli Paneldeki Sunumu*, Türkiye Barolar Birliği, 18-27

Bilge, S., (1989) “İnsan Hakları ve Türkiye” *Ankara Barosu Dergisi*, 307-314

Bıyan, Ö., (2016) “Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Zıyayı Cezası ve Hapıs Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis İn İdem İlkesi” Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S.145, 100-107

Çelik, E., (1988) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması” Pof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan” İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S.1-3, 47-57

Demirağ, F., (2004) “Askeri Yargı” Yargı Reformu Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliğı, 82-110

Dilemre Öden, B., (2015) “Vergi kaçakçılığı Suçunda Hapıs Cezası kalktı mı?” Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S.136, s.2. (<http://www.vmhk.org.tr/vergi-kacakciligi-sucunda-hapis-cezasi-kalkti-mi/>) (2.12.2017)

Erdinç, B., (2012) “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması” Ankara Barosu Dergisi, S.70, 241-276.

Ergene D., (2011) “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun’da Değişiklik Önergesi” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.2, 123-176

Geçer, A.E., (2016), “Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi” AÜHFD, S.2, 315-348

Gülmez, M., (1988) “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar” Amme İdaresi Dergisi, S.4, 25-45

Gülmez, M., (2004) “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri” Türkiye Barolar Birliğı, Ankara, S.54, s.147-161

Gülşen, R., (2016) “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında “Non Bis İn İdem” İlkesi” Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, 317-354

İnceoğlu, S. (2013) “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi” İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed: Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, Ankara, s.7-23

İnceoğlu, S. (2013) “Adil Yargılanma Hakkı” İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, Ankara, s.209-287

İyilikli, A.C., (2005) “477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluş, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezalar Hakkındaki Kanun Üzerine Bir İnceleme” Legal Hukuk Dergisi, 123-127

Karaçoban Güneş, T., (2016) “Vergi Yaptırım Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2-2, 85-106
<https://jurix.com.tr/article/5615> 15.10.2017

Kuzu, B., (2004) “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Adli Paneldeki Sunumu, Türkiye Barolar Birliği, 27-33

Moroğlu, N., (2012) “Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı” TBB Dergisi, S.99, 254-268

Oktay Özdemir, S., (2009) “Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler” Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İÜHF, 289-305

Onat, E., (2016) “Vergi Kaçakçılığında Hem Para Cezası Hem Hapis Cezası Uygulamasından Ya Para Cezası Ya Hapis Cezası Uygulamasına Geçiş” Yaklaşım, S. 281, 254-263

Öncü, G.A., (2015) “Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 20, 139-190

Özen, M., (2010) “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı Yargılama Olmaz) İlkesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 390-417

Özkan, F., (2010) “Türk Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi” Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku II. Kitap, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 9-38

Özok, Ö., (2004) “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Adlı Paneldeki Sunumu, Türkiye Barolar Birliği, 7-13

Sağlam, M., (2013), “Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri” ed: Musa Sağlam, Ankara: Avrupa Konseyi, 1-16

Selçuk, S., (1999), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması, Yargıtay Dergisi” S.3, 399-428

Tulkens, F., (2009) “Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması” Türkiye Adalet Akademisi, 11-19

Tarhanlı, T., (Tarihsiz) “Bilinçaltındaki Devlet Haklarından İnsan Haklarına: Türkiye Hukuk Düzeninde Uluslararası Hukuk”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’de İnsan Hakları Derleme 31-45

Yüzbaşıoğlu, N., (1994) “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine” İnsan Hakları Merkezi Dergisi, S.1, 28-38

Yaltı, B., (2015) “İHAM'ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis İn İdem İlkesine Aykırılığı Üzerine” Vergi Sorunları Dergisi, Cilt:38, S.317, s.2.

(www.vergisorunlari.com.tr/makale/5509) (13.10.2017)

Yılmaz, M., (2012) “Evli Kadının Soyadı” A. Nazım Kaynak’a Armağan, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.10, 129-152

Ünal Özkorkut, N., (2014) “Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı-Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye’deki Tarihsel Gelişimi” I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, XII Levha, 23-30

TEZ

İpkin, O., (2010) “5170 Sayılı Kanunun İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Konumuna Etkisi” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Engel vd./Hollanda B.N. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72

K.t. 23.11.1976

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57478> (2.12.2017)

Ponsetti/Fransa Davası, B.N. 36855/97, K.t. 14.9.1999

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5637> (2.12.2017)

Chesnel/Fransa Davası, B.N. 41731/98, K.t. 14.9.1999

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5637> (2.12.2017)

R.T./İsviçre Davası, B.N. 31982/96, K.t. 30.5.2000

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5334> (2.12.2017)

Manasson/İsveç Davası, B.N. 41265/98, K.t. 20.7.2004

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61920> (2.12.2017)

Resenquist/İsveç Davası, B.N. 60619/00, K.t. 14.9.2004

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66713> (2.12.2017)

Ünal Tekeli/Türkiye Davası, B.N. 29665/96, K.t. 16.11.2004

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-158595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (5.12.2017)

Jussila and Finland Davası, B.N. 73053/01, K.t. 23.11.2006

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-78135> (2.12.2017)

İrfan Bayrak/Türkiye Davası, B.N. 34429/98, K.t. 3.5.2007

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-121749"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{) (25.12.2017)

Sergey Zolotukhin/Rusya Davası, B.N. 14939/03, K.t. 10.2.2009

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91222> (2.12.2017)

Glantz/Finlandiya Davası, B.N. 37394/11. K.t. 20.5.2014

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162497> (2.12.2017)

A ve B/ Norveç Davası, B.N. 24130/11, 29758/11. K.t.15.11.2016

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972> (2.12.2017)

Johannesson ve Diğerleri/İrlanda Davası, B.N. 22007/11. K.t. 18.5.2017

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173498> (2.12.2017)

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI:

Genel Kurul Kararları:

AMK, E. 1970/6, K. 1970/29, K.t. 4.6.1970, R.G. 31.5.1971, 13851

AMK, E. 1980/1, K. 1980/25, K.t. 29.4.1980, R.G. 2. 8.1980,17084

AMK, E. 1997/61, K. 1998/59, K.t. 29.9.1998, R.G. 15.11.2002, 24937

AMK, E. 2005/114, K. 2009/105, K.t. 2.7.2009, R.G. 7.10.2009, 27369

AMK, E. 2008/114, K. 2010/53, K.t. 1.4.2010, R.G. 6.7.2010, 27633

AMK, E. 2009/85, K. 2011/49, K.t. 10.3.2011, R.G. 21.10.2011, 28091

Bireysel Başvuru Kararları:

Sevim Akat Eşki Başvurusu, B.N. 2013/2187, K.t. 19.12.2013

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/68aa4186-521f-4bf9-9c03-f0e0bbf55a88?wordsOnly=False> (5.12.2017)

Gülsim Genç Başvurusu, B.N. 2013/4439, K.t. 6.3.2014.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/41b92621-751c-4618-9cab-d6c460e2ff6c?wordsOnly=False> (5.12.2017)

ABP Gıda San. Tur. ve Tic. Ltd.Şti. Başvurusu B.N.2014/72, K.t. 25.3.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/234281f7-3702-4c5d-b7fe-74ae99cdc296?wordsOnly=False> (7.12.2017)

Neşe Aslanbay Akbıyık, B.N. 2014/5836, K.t. 16.4.2015.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/b663686e-1539-4189-8f13-50c318603509?wordsOnly=False> (5.12.2017)

YARGITAY KARARI:

Yargıtay H.G.K., E. 2014/2-889, K. 2015/2011, K.t. 30/09/2015.

<http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-2-889.htm> (Erişim Tarihi: 23.11.2017)

DİĞER İNTERNET KAYNAKLARI:

AB İlerleme Raporu

<http://www.ab.gov.tr/46224.html> 20.5.2017

AB Türkiye İlerleme Raporu

https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2004.pdf 20.5.2017

Anayasa Komisyonu Raporu (21. Dönem, 3. Yasama Yılı)

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>

10.9.2017

T.B.M.M. Genel Kurul Tutanağı (21. Dönem, 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim)

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=6085&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=30 10.9.2017

Anayasa Komisyonu Raporu (22. Dönem, 2. Yasama Yılı)

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> 11.9.2017

T.B.M.M. Genel Kurul Tutanağı (22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 83. Birleşim)

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=11785&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=59 11.9.2017

1921 Anayasası

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/1921.html> 27.9.2017

1924 Anayasası

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/1924.html> 27.9.2017

Kanuni Esasi Metni

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/kanunuesasi.html>,
27.9.2017

T.B.M.M. Genel Kurul Tutanağı (24. Dönem, 3. Yasama Yılı, 59. Birleşim)

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21883&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=131 25.12.2017

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : TUNA IŞIK Tuğba
Uyruğu : T.C
Doğum Tarihi ve Yeri : 24.6.1983
Tel : 0 532 775 31 76
E-Posta : ttunabilge@gmail.com

EĞİTİM

DERECE	KURUM	MEZUNİYET TARİHİ
Lisans	İstanbul Ü. Hukuk F.	2004
Lise	Kırşehir Lisesi	2000

İŞ DENEYİMİ

YIL	YER	POZİSYON
2006-2008	Sakarya Barosu	Avukat
2009-2012	Ankara Barosu	Avukat
2013-2014	Adalet Bakanlığı	Hakim Adayı
2014- 2015	Danıştay Başkanlığı	Hakim
2015-Halen	Türkiye Adalet Akademisi	Hakim

YABANCI DİL

İngilizce – Orta Seviyede

HOBİLER

Yüzmek, kitap okumak ve seyahat etmek