

Malî Hukuk Dergisi

JOURNAL OF FISCAL LAW

**VERGİ HUKUKU, MALÎ SUÇLAR VE CEZALAR,
ŞİRKETLER HUKUKU, KAMBIYO MEVZUATI,
DIŞ TİCARET VE TEŞVİKLER, GÜMRÜK UYGULAMALARI,
MUHASEBE, SERMAYE PİYASAŞASI HUKUKU,
AVRUPA BİRLİĞİ**

*TAX LAW, FISCAL CRIMES AND PENALTIES, COMPANY LAW,
EXCHANGE REGULATIONS, FOREIGN
TRADE AND INCENTIVES, CUSTOM ENFORCEMENTS,
ACCOUNTING, CAPITAL MARKET LAW, THE EUROPEAN UNION*

**MALÎ GELİŞMELER, MAKALELER, ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLARI, DANIŞTAY KARARLARI, YARGITAY
KARARLARI, VERGİ MAHKEMESİ KARARLARI,
TEBLİĞLER, SİRKÜLERLER, GENELGELER,
İÇ GENELGELER, MUKTEZALAR,
RESMÎ GAZETE ÖZETLERİ,
MALÎ HUKUK İLE İLGİLİ ÖNEMLİ BİLGİLER,
YENİ YAYINLAR**

*FISCAL DEVELOPMENTS, ARTICLES, THE CONSTITUTIONAL
COURT' DECISIONS, COUNCIL STATE DECISIONS, COURT OF
CASSATION DECISIONS, TAX COURTS' DECISIONS, COMMUNIQUÉS,
CIRCULARS, CIRCULAR LETTERS, DOMESTIC CIRCULAR LETTERS,
TAX RULINGS, ABSTRACTS OF OFFICIAL GAZETTE, MAJOR
INFORMATION OF FISCAL LAW, NEW PUBLICATIONS*



TR Dizin Hukuk Veri Tabanında Dizinlenmektedir



MALÎ HUKUK DERGİSİ

Cilt: 13/Sayı: 156

Yıl: 2017

İÇİNDEKİLER

Makaleler.....	2875
Avrupa Birliğinin Ulaştırma Politikası Kapsamında Karayolu Taşımacılığı: Türkiye'ye Yönelik Eş Etkili Vergiler Sorunu <i>Doç. Dr. Sevgi İNECİ.....</i>	2877
Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Haberleşme Özgürlüğüne Yönelik Bir Deneme: Vergilendirme Yoluyla Müdahalede Sınır <i>Doç. Dr. Güneş YILMAZ Doç. Dr. Özgür BİYAN.....</i>	2901
Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu Hakkında Bir İnceleme <i>Yrd. Doç. Dr. Nuri Berkay ÖZGENÇ.....</i>	2937
Vergi Harcamalarının Hukuki Mahiyeti <i>Yrd. Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN</i>	2959
Elektrik Piyasasında Önlisans ve Danıştay Kararları Işığında Üretim Lisanslarında Geçiş Süreci Düzenlemeleri <i>Yrd. Doç. Dr. Çağla TANSUĞ.....</i>	2977
Anonim ve Limited Şirket Ortaklarının Pay Senedine Sahip Olmalarının Vergi Hukuku Açısından Sonuçları <i>Soner ALTAŞ (Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Başmüfettişi)</i>	3003
Akreditasyon Hizmetlerinin Vergi Kanunları Karşısındaki Durumu <i>Dr. Mehmet YÜCEL (Vergi Müfettişi)</i>	3017
Tacirler Tarafından Saklanması Gereken Ticari Defter ve Belgelerin Yitirilmesi Halinde Zayi Belgesinin Alınabilme Koşulları <i>Mustafa YAVUZ (Gümrük ve Ticaret Uzmanı)</i>	3029
Ticari Defterlerin Mevcut Olmaması, Hiçbir Kayıt İçermemesi veya Kanuna Uygun Saklanmaması Hallerinde Cezai Sorumluluk <i>Mustafa YAVUZ (Gümrük ve Ticaret Uzmanı)</i>	3047
Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Karşı Borçlanması <i>Ufuk ÜNLÜ (Başbakanlık Müfettişi).....</i>	3059
Malî Gelişmeler.....	3069

**TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER BAĞLAMINDA
HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE YÖNELİK BİR DENEME:
VERGİLENDİRME YOLUYLA MÜDAHALEDE SINIR***
(AN EFFORT TO FREEDOM OF COMMUNICATION: THE INTERFERENCE
BOUNDS THROUGH TAXATION)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Güneş YILMAZ
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Özgür BİYAN*****

ÖZ

Vergilendirme yetkisi kullanılırken kişilerin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale edilmektedir. Bu müdahalenin sınırlarının çizilmesi mükelleflerin hakları ve hukuk devleti açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu öneme istinaden bu çalışmada temel hak ve özgürlükler bağlamında vergilendirme yetkisinin kullanımı aşamasında sınırların ne olması gerektiği haberleşme özgürlüğü çerçevesinde inceleme konusu yapılmaktadır. Yargı kararları ve doktrindeki görüşler çerçevesinde müdahalenin hakkın özüne dokunabildiği Türk Vergi Sisteminde haberleşme üzerinde uygulanan mali yükler çerçevesinde ortaya konulmaktadır. Ayrıca uluslararası boyutuyla Türkiye’de haberleşme/ iletişim üzerindeki mali yükler ve bunların boyutu ve ağırlığı üzerinde durularak durum değerlendirmesi yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergilendirme yetkisi, Temel haklar ve özgürlükler, Haberleşme özgürlüğü, Vergi yükü

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 21.11.2017 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 05.12.2017 tarihinde birinci hakem; 05.12.2017 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir (Güneş YILMAZ ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1005-2950, Özgür BİYAN ORCID ID: orcid.org/0000-0002-0804-9963).

Vergi Hukuku Platformu’nun 4. Ulusal Kongresi’nde sunulmuştur.

** Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İşletme Fakültesi, Uluslararası Ticaret Bölüm Başkanı

*** Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi İİBF, Maliye Bölümü

ABSTRACT

The fundamental rights and liberties of persons was directly interfered by taxation power using. The definition of limitation of this interference has a huge important in respect to taxpayers rights and state of law. According to this importance, in this study, the limitations of taxation power using was analyzed in terms of freedom of communication. It was revealed the interference could touch in substance of right with instance of tax burden in the communication in Turkish Tax System according to case laws and opinions in doctrine. Furthermore, by focusing on the financial burdens on communication in Turkey and the size and weight of them are evaluated.

Keywords: *taxation power, fundamental rights and liberties, freedom of communication, tax burden.*

1. GİRİŞ

Devletin varlık sebebi ve gücü olarak nitelendirilebilecek vergilendirme yetkisinin kullanımı sırasında kişilerin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale edilmektedir. Başta mülkiyet hakkı olmak üzere seyahat özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti gibi hak ve özgürlükler vergilendirme karşısında nisbeten daha duyarlı yoluyla sınırlandırılabilir. Vergilendirme yetkisi kullanılırken temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırların nasıl çizilmesi gerektiği öteden beri doktrinde temel araştırma alanlarının başında gelmektedir. Bugün itibariyle bu sınır, net bir biçimde ortaya konulmaması da yargı kararları ve doktrinde geliştirilen görüşlerle bazı çizgilerin de çizilebildiği tespit edilmektedir. Özellikle vergilendirme yetkisinin “sınırsız” olmadığı açık bir şekilde kabul edilmekle birlikte, sınırların çerçevesinin çiziminde dikkate alınması gereken kuralların evrensel hukuk kuralları temelinde, “hakların özüne dokunmama” prensibinde odaklandığı görülmektedir. Bu çalışmada öncelikle temel hak ve özgürlükler ve bunlar üzerinde vergilendirme yetkisinin kullanımına ilişkin sınırlar ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ardından Türk Vergi Sisteminde haberleşme üzerine konulan mali yükler çerçevesinde vergilendirmenin haberleşme özgürlüğüne etkisi, uluslararası rapor ve çalışmalar da dikkate

alınarak analiz edilecek ve bu boyutlarıyla hukuken incelenmesine gayret edilecektir.

2. BAŞLANGIÇ NOKTASI: TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ELDE EDİLME SÜRECİ

“Hürriyet” ya da “özgürlük”, eski zamanlardan beri üzerinde tartışılan ve üretilen cevapların bolluğuna bağlı olarak da “çok yönlü” bir kavram olarak varlığını sürdürdüğü bir sorun veya sorunsaldır. Öyle ki, 18. yy’da Montesquieu, bu çözümsüzlüğü ya da çözüm bolluğunu şu şekilde ifade etmiştir¹:

“Hiçbir kelime yoktur ki, hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun”.

Ortaçağ’dan itibaren, tarihsel oluşumu ve edinilme biçim ve yöntemi çok çeşitli aşamalardan geçerek bugünkü muhteviyatını kazanan “insan/birey haklarının” dinamik bir yapıya sahip olduğuna şüphe yoktur. Ortaçağdan itibaren, toprak sahipleri (senyörler) ile kralların erk (güç) savaşlarının, krallar lehine sonuçlanması ve monarkların yönetme güçlerinin kaynağı olarak tanrıyı göstermeleri ile, hak kavramı tanrısal bir temelden beslenmeye başlamış ve yönetenlerin bu güçlerini pekiştirmelerini olanak sağlamıştır. Böylece hakların kaynağı, gökten yere inmiş ve böylece insan haklarına doğru son derece önemli bir adım atılmış olduğu kabul edilmiştir². Elbette insan haklarının günümüz anlamına ulaşan kadar bir devinim geçirdiği, gücü elinde bulunduranlar ve elde etmek isteyenler arasındaki erk savaşlarının neticesinde, arada hareket alanı hiç kalmayan halk kitlelerinin yılmasının neticesi olarak tezahür ettiği ve

¹ Munci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.3.

² İnsan Hakları öğretisinin başlangıç itibariyle tanrı kaynaklı olmasının sebebi, Ortaçağ’dan itibaren toprak sahipleri (senyörler) ile kralların erk (güç) savaşlarının, krallar lehine sonuçlanması ve monarkların yönetme güçlerinin kaynağı olarak tanrıyı göstermeleri ile güçlerini pekiştirmelerindedir. Böylece hakların kaynağı gökten yere inmiş olup, insan haklarına doğru son derece önemli bir adım atılmış olduğu yadsınamaz. (M. Semih Gemalmaz, “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları”, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, Sayı:7-8 / 1 Yıl- / 1986, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/c9d2b344cef636d_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, s.65).

Ancak elbette insan haklarının günümüz anlamına devinim geçirene kadar, gücü elinde bulunduranlar ve elde etmek isteyenler arasındaki erk savaşlarının sürdüğü ve en nihayetinde arada hareket alanı hiç kalmayan halk kitlelerinin yılmasının neticesi olarak dinamik bir süreç izlediği göz ardı edilmemelidir.

belgelerdeki yerini aldığı da bir gerçektir. Bu bağlamda belgelerde yer alması açısından, türünün ilk örneği olmamasına rağmen³, ilk kez evrensel olarak, insan doğasından hareketle ortaya çıkarılan temel hakların, “insanların doğal haklarının olduğunu” kabulü, 1789 Fransız İhtilali ile başlamaktadır denilebilir. 1789 Fransız İhtilali neticesinde kabul edilen “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi”, bir yandan bireye kamusal alanın dışında doğal olarak var olan haklardan oluşan özerk bir alan tanımakta, öte yandan bu hakların, siyasal topluma göre önceliğini vurgulayıp, devleti “insana özgü niteliklerden kaynaklandırmaktadır”⁴. Bu dönemde geçerli olan, doğal hukuk kuramı⁵, bireyi insan olarak ele almak ve onun

³ 26 Ağustos 1789 tarihinde Kurucu Ulusal Meclis tarafından kabul edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, kendi türünün ilk örneği değildir. 1776 Amerikan Devrimi sırasında bireylerin hak ve özgürlüklerini ilan eden bu tür bildirimler hazırlanmış ve yürürlüğe konmuştur. Elbette çağın izlerini taşıyan bu Amerikan bildirimleri, somut ve pratik içerikleriyle belli hakları, siyasal otoritelere karşı güvence altına almayı amaç edinmişlerdi. Oysa ki, soyut ve metafiziksel bir yaklaşımın ürünü olan 1789 Bildirisi, bütün insanlığa seslenen evrensel bir yapıt olarak belirir. Bu metni hazırlayan ve onaylayan Meclis üyeleri, insan doğasından hareketle ortaya çıkarılan temel hakların (ya da bir anlamda temel ilkelerin), insanlığın bütün zaman ve mekânlarında geçerli olduğu, dolayısıyla rasyonel siyasal toplumun ancak bu ilkeler üzerinde temellendirileceği kanısındadırlar. Bildiri, bu yönüyle bir çeşit felsefi ve siyasal dogmalar bütünü niteliğindedir (Mehmet Ali Ağaoğulları, “Fransız Devriminde Birey Devlet İlişkisi (1789-1794)”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/453/5110.pdf>, s.197).

Esasen 1776 Bağımsızlık Bildirgesi doğal haklara ilişkin şu açıklamalara yer vermiştir:

“Biz şu gerçekleri aşikar olarak görüyoruz: Tüm insanlar eşit olarak yaratılmıştır ve onlara Yaratanları tarafından belli devredilmez haklar bahşedilmiştir” (Royman Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, (Çev. Engin Arıkan), İstanbul: 2015, Tekin Yayıncılık, s.5-6.)

⁴ Mehmet Ali Ağaoğulları, “Fransız Devriminde Birey Devlet İlişkisi (1789-1794)”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/453/5110.pdf>, s.195 ve 197.; İbrahim Organ ve Ali Gökhan Gölçek, “Anayasa’da Bulunan Kişi Hak ve Ödevlerinin Sınırlandırılması: Vergi hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İİBF Dergisi*, Yıl: Temmuz 2017, Cilt- Sayı:10 (3), s.118; Şeref Ünal, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefesi ve Hukuki Temelleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1994, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1994-1/4.pdf>, s.48-49

⁵ Doğal hukuk öğretisinin, insan haklarını, her zaman, her yerde, her insanın doğuştan sahip olduğu tabii (doğal) haklar olarak ifade etmesine karşı bir diğer öğreti, insan haklarının temelini “siyasal inanca” bağlamaktadır. Buna göre, insan hakları, fikren gelişmiş, hürriyet bilinci uyanmış insanların duydukları hürriyet ihtiyacının bir ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır. Bunlar siyasal iktidara karşı ileri sürülen, ondan istenen

özü gereği en azından bir temel hakkının, yani varlığını koruyup sürdürme hakkının (yaşam hakkının) bulunduğunu ileri sürmektedir. Yaşam hakkından gereğince yararlanılması, bireysel doğal özgürlüğün (ya da diğer doğal hakların) uygulanmaya konulmasıyla olasıdır. İşte tam da bu noktada devlete yüklenen işlev, özel alanları gözetmek, bir başka deyişle, bireysel hakların kullanılmasında belirebilecek olası engelleri ortadan kaldırmaktır. Kısacası modern doğal hukuk, devleti, bireylerin hizmetine sunulmuş bir araç olarak tasarlamıştır⁶.

Esasen 17. ve 18. yüzyılların hürriyetçi düşünürleri, kişi haklarını “doğal haklar” olarak ileri sürerken, aslında tabiaten (doğal olarak) “olan”ı değil, “olması gereken”i istemekte idiler ve insanın o zamana kadar yoksun olduğu bir şeyi ona sağlamak hedefini gütmekte idiler. Elbette düşünürler, arzuladıkları hürriyeti, siyasal iktidar tarafından insanlara tanınması gereken bir hak olarak değil de, yaradılışı icabı insanın bizatihi sahip bulunduğu bir hak olarak göstererek tezlerini güçlendirmişler ve bunda da başarılı olmuşlardır⁷. 17. ve 18. yy’daki gelişmeler neticesinde, devletin amacının bireylerin özgürlük/hürriyetlerini korumak olarak tezahür etmesi ile “hürriyet ya da özgürlük” kavramları, 19.

ve elde edilen haklardır. (Munci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.142).

⁶ Bu uygulama bakımından başkalarına gereksinim duymayan rasyonel insan, içinde haklarını kullandığı özel bir alan oluşturur, ya da daha doğrusu bu ayrıcalıklı alanıyla kendisini bir “birey” olarak var kılar. (Mehmet Ali Ağaoğulları, “Fransız Devriminde Birey Devlet İlişkisi (1789-1794)”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/453/5110.pdf>, s.198-199; Niyazi Öktem, “Fransız Devriminin Felsefesi ve Türkiye”, file:///C:/Users/isletme%2018/Downloads/4223-12239-1-PB.pdf, s.268-269.)

⁷ Munci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.143-144.

Ancak unutulmaması gereken buradaki doğal /tabii hukuk anlayışının, ortaçağın doğal hukukundan farklı olarak dinsel (ilahi) esasa değil, laik esasa dayanmasıdır. Bu yüzyılların bu düşüncelerinin dayanağını “toplumsal sözleşme” kuramı oluşturmaktadır ki, bu kurama göre, insanlar toplum haline geçmeden evvel yaşadıkları tabiat halinde tam ve mutlak bir özgürlüğe sahiptirler. Daha sonra aralarında bir sözleşme imzalayarak siyasal topluluğu meydana getirdiler. Bu topluluğun kurulabilmesi ve yaşayabilmesi için de bir kısım özgürlüklerden topluluk lehine feragat ettiler. Bu anlayışa göre insanlar, devletten önce ve devletin hukukundan üstün bir takım tabii/doğal haklara sahiptirler. Devlet bu haklara bağlıdır ve saygı göstermek zorundadır (Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Madde Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2002. C. 9, s.234.

yüzyılın da ana konularından biri hâline geldi ve önde gelen politik bir değer olarak yükselerek yerini almasını sağladı⁸. Artık 19. yy'da belirlen hak ve özgürlüklerin çoğu yeniydiler. Öyle ki, bu yüzyılda, 18.yy'da İngiltere'de başlamış olan Sanayi Devrimi Kıta Avrupa'sına kayarak, sınai kapitalizm toplum yapısını alt üst ederek toplumsal farklılıkları keskinleştirmiştir⁹. 18. ve 19. yy'ın ferdiyetçi anlayışının bir tezahürü olan hürriyet¹⁰, mutlak monarşi devrinde siyasal erkin despotizmine karşı yoğrulmuş ve o zamana kadar baskı altında ezilen ferdi bu baskıdan kurtarmak için ortaya çıkmış, üstelik onu toplum için doğal ve dokunulmaz haklarla donatarak vücut bulmuştur. Fransız ve Amerikan ihtilalleri ile siyasal despotizm yenilgiye uğradıktan sonra, bu sefer hedef, yeni yöneten erk olarak devlet iktidarını sınırlamak olmuştur. Bu bağlamda hürriyet, devletin müdahale ve faaliyet alanlarının daralması demek haline gelmiştir. Yani ihtilallerle billurlaşan ve belgelerde yerini alan “insan hak ve hürriyetleri”, devletin aşamayacağı / aşmaması gereken bir sınır çiziyordu. Artık bu noktada devletten beklenen sadece “pasif veya negatif” bir davranış sergilemesi idi¹¹. Böylece özgürlükler bugünkü anlamını ve tasniflendirmesini kazanmıştır. İşte bu sebeptir ki, günümüzde “insan hakları”, “negatif hak (negatif statü hakları/ koruyucu haklar)” olarak sınıflandırılmaktadır.

20. yy'dan itibaren, ferdiyetçi yaklaşımın, yani insanı doğuştan eşit ve özgür kabul eden anlayışın fiilen yaşama geçmediği ortaya çıkmıştır. Bunun altında yatan nedenlerden biri “hukuken” eşit kabul edilen insanların aslında birçok eşitsizliği aynı anda yaşaması idi. Yani devletin pasif kalmasını öngören liberal anlayış, birçok insanın temel haklardan faydalanamaması sonucunu doğurmuştur. Artık insan sadece soyut bir varlık

⁸ Nigel Ashford, “Özgürlük”, http://www.ozgurtoplumundegerleri.com/res/Nigel_Ashford_Ozgurluk.pdf, (Erişim: 10.09.2017), s.2

⁹ M. Semih Gemalmaz, “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları”, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, Sayı:7-8 / 1 Yıl / 1986, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/c9d2b344cef636d_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, s.62.

¹⁰ Doğal/ Tabii Hukuka dayalı Toplumsal sözleşme kuramının yerini Fransız İhtilalinden sonra Ferdiyeti Doktrin almıştır.

¹¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Munci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.49-50-51; Muzaffer Sencer, “Hak ve Özgürlük Kavramı”, İnsan Hakları Yıllığı, Sayı:14 / 1 Yıl:- / 1992, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/e921287514c26ac_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, s.5-7.

olarak değil, sorunları, yetenekleri, güçsüzlükleri ile “toplum içindeki birey” olarak kabul edilmeye başlandı. Esasen bu koşullar altında devlet meşruluğunu ancak, toplumsal yaşam içinde, bireyler arasında veya birey-devlet ilişkileri bağlamında aktif ve olumlu rol oynayarak sağlayabilirdi. Bu da elbette ki devletin rolünde, görev ve sorumluluklarında değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Devlet, yaşama hakkının yanında bireye, insan onuruna yaraşır standartlarda bir yaşam, çalışma, eğitim, sağlık hakları da yüklenmiş ve bunları sağlamak için yeni ödevler de üstlenmiş oldu¹². Artık varlığını meşrulaştıran ve meşruluğunu kanıtlayan ve üstelik toplum içinde bireyi koruyan ve güvenceler sağlayan ve en önemlisi toplum halinde yaşamının gereği olan görevleri üstlenmiş olan devletin, bu görevleri yerine getirebilmesi için gerekli finansman kaynaklarına sahip olma hakkı ve yetkisi de var idi. Bunu da elbette genel olarak bu “hak”lara sahip olanlardan elde edebilirdi. Bu da, birey ve devlet için karşılıklı bir “haklar” ve “ödevler” mekanizmasının hayata geçmiş ve Anayasal düzlemde yerlerini almış olduğunu ifade ve işaret etmektedir. “Hakkın” ve dolayısıyla “özgürlüğün” varlığı ve gerçekleşmesi için kişinin “hukuken korunmuş çıkarı, korunmasını isteme yetkisi” olmazsa olmaz koşul¹³ olduğuna göre, herhangi bir hak veya özgürlükler denildiği vakit de, kişinin yararı ve çıkarı olduğu ve buna saygı duyulması gerektiği anlatılmak istenmiştir.

Zamanla bu negatif haklar olarak tanımlanan söz konusu temel haklara müdahalede sınır konusu gündeme geldi. Devletin dokunmaması gerektiği ifade edilen bu haklara “kamu düzeni ve kamu yararı”, “haklı neden” olması halinde müdahale edilebileceği, bireyin menfaati ile kamu menfaati arasında bir dengenin ancak bu şekilde korunabileceği, bu anlamda toplumun menfaati için yeri geldiğinde bireyin menfaatinin göz ardı edilebileceği ileri sürülmeye başlandı. Bu yaklaşımlar “devletin te-

¹² Başka bir ifadeyle, insan soyut bir varlık olmaktan çıkarılmış ve yaşadığı sosyal çevre içerisinde ihtiyaçları olan bir “yurttaş” olarak ele alınmaya başlanmıştır. “Kişinin devletçe aşılamaz ve dokunulamaz özel alanının sınırlarını çizen haklar” şeklindeki, devlete negatif yükümlülük yükleyen hakların yanında; “kişiye devletten yardım ve hizmet isteme olanakları sağlayan haklar” olarak tanımlanan devlete pozitif yükümlülük yükleyen haklar da tanınmıştır(Ulaş Karan, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi: “Bütüncül Yaklaşım”, Amme İdaresi Dergisi, Eylül 2007, Sayı:40-3, s.34-35).

¹³ Ulaş Karan, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi: “Bütüncül Yaklaşım”, Amme İdaresi Dergisi, Eylül 2007, Sayı:40-3, s.33.

mel haklara müdahalesinde ölçüsünün nasıl ve ne şekilde olması gerekir” sorusunun ortaya çıkmasına neden oldu.

Söz konusu bu gelişmeler sonrasında, ortaya çıkan yeni durum ve sorun ise, hakları ve hürriyetleri sağlamak, korumak ve güvence altına almak, yani toplum düzenini sağlamak adına devletin, kendisine atfedilen görevleri yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu araçlar ile “hürriyet / özgürlükler”e müdahalenin ölçüsünün ne olması gerektiği idi.

3. HABERLEŞME HÜRRİYETİNİN İÇERİĞİ VE ANAYASAL BETİMLEMESİ

Kişilerin bilgi alma ve verme, iletişim kurma ihtiyacı ve bununla ilgili kişisel bir yararı ve çıkarı olduğundan pek çok uluslararası belgelerde “haberleşme özgürlüğü” bir özgürlük türü olarak yerini almıştır. “*Kişiler veya kişiler ile teknik cihazlar arasındaki bilgi ve haber aktarımı*¹⁴” anlamına gelen haberleşme ya da iletişim, Anayasamızda da bir “hürriyet” olarak betimlenmiş ve *herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu* belirtilmiştir. Söz konusu özgürlüğün Anayasal düzlemde “Temel Haklar ve Ödevleri” düzenleyen ikinci kısmın, “Kişi Hakları ve Ödevleri” bölümü içerisinde yerini almakta olduğu görülebilmektedir¹⁵. Bu durumda ve gelişmeler bağlamında, haberleşme özgürlüğü kavramı nasıl tanımlanabilir?

¹⁴ Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1.

¹⁵ Kişi hak ve özgürlükleri (bu arada basın özgürlüğü) zamanın liberal anlayışına uygun olarak oldukça geniş bir liste halinde ilk 1876 tarihli Kanunu Esasi’de yer almıştır (Ahmet Danışman, *Basın Özgürlüğünün Sağlanması Önlemleri*, Ankara: 1982, Ankara Üniversitesi Basın-Yayın Yüksek Okulu Yayınları No: 1, s.6.).

Haber verme özgürlüğü, “temel hak” olarak ilk kez 1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 5/1. maddesinde “Herkes fikrini, söz, yazı ve resimle açıklayıp yazmak, herkese açık olan kaynaklardan hiç bir engellemeden bilgi edinmek hakkına sahiptir” şeklinde düşünce, söz ve haberleşme özgürlüğünü açık biçimde belirttikten sonra, “Basın özgürlüğü ile radyo ve film yoluyla haber vermek özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Sansür konulamaz” hükmünü koymuştur (Kayıhan İçel, “Haberleşme Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 41, Sayı 1-2, 1975, s.80, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/Tarih-selliği-Bağlamında-İnsan-Hakları/view/1023004646>).

Haberleşme özgürlüğü, kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkı olup, çok daha geniş bir alanı kaplayan "özel hayatın" bir parçasını oluşturur¹⁶. Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasa'sı hazırlanırken yararlanılan belgelerden birisi olması ve kişi hak ve özgürlüklerinin ilk kez uluslararası hukuka konu olduğu belge¹⁷ olması hasebiyle, anlam muhteviyatı itibariyle daha geniş bir düzenleme olan **Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme**'de, ilk olarak "*Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu* (md 9)" vurgulandıktan sonra; devamında "**İfade Özgürlüğü**" başlığı altında "*herkesin görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahip olduğu ve bu hakkın, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerdiği* (md 10)" belirtilmektedir¹⁸. Benzer bir düzenlemenin, **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde** "*kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz....(md.12)*" ifadesi ile yer bulduğu da görülmektedir¹⁹.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2014/87, K.S. 2015/112, 28.01.2016 Tarih ve 29607 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2009/1, K.S. 2011/82, 18.02.2012 Tarih ve 28208 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi

¹⁷ M. Semih Gemalmaz, "Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları", İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, Sayı:7-8 / 1 Yıl- / 1986, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/c9d2b344cef636d_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, s.65.

¹⁸ İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/ak/turkce/009_tur.pdf, s.337-338.; http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf.

¹⁹ 1982 Anayasası hazırlanırken, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme ve Helsinki Sonuç Belgesi, Anayasanın Genel Gereğesinde belirtildiği üzere yararlanılan kaynaklar arasında yer almaktadır.(İrfan Paçacı, "1982 Anayasası Mayınlı Alan: 'Düşünce Özgürlüğü'(Anayasa Madde 25 ve 26'nın Analiz ve Yorumu)", İnsan Hakları Yıllığı, Vilt 19-20, 1997-1998, s.128).

Uluslararası kitle haberleşmesine ilişkin ilk toplantı, 1926 ve 1927 yıllarında Milletler Cemiyeti tarafından Cenevre'de düzenlenen Basın Kongresi olmuş, fakat uluslararası telekomünikasyon, yalan ve yanlış haberlerin önlenmesi gibi kitle haberleşmesine ait bazı sorunların ele alındığı bu kongrede haberleşme özgürlüğünün uluslararası değeri üzerinde durulmamıştır. Haberleşme özgürlüğüne uluslararası nitelik kazandırmak ve kitle haberleşmesi hukukunun ortak ilkelerini saptamak için, Birleşmiş Milletlerin 1948 yılında Cenevre'de toplanan Haberleşme Özgürlüğü Konferansında kabul edilen metin, kişinin hükümetlerin müdahalesi olmadan

Haberleşme özgürlüğü ve elbette ki diğer tüm temel hak ve özgürlüklerin Anayasalarda yer almasının gerekçesi, devlet egemen gücü karşısında tüm bu özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınmasıdır²⁰.

Esasen “temel bir insan hakkı²¹” olarak yerini bulmuş ve bundan ötürü de muhteviyat itibariyle diğer pek çok özgürlük ile birlikte anlam kazanan “haberleşme hürriyeti” ve bunun engellenmesi ya da engellenmesine yol açabilecek uygulama ve düzenlemeler son derece önemli bir hal almaktadır ve yine Anayasamızda olduğu gibi, diğer tüm insan hakları belgelerinde de sözü geçen özgürlüklerin kısıtlama ve sınırlandırma gerekçeleri sıralanmaktadır.

Haberleşme özgürlüğünün mevcudiyeti ve yaşanabilirliği, kişilerin düşündüklerini istedikleri biçim, zaman ve yerde açığa vurmak, tartışmak ve düşüncelerini açıklamamak serbestisi, yani “**düşünce ve söz özgürlüğü**” olmadan mümkün değildir. Bundan ötürüdür ki, haberleşme özgürlüğünün önkoşulunu “düşünce ve söz özgürlüğü” oluşturmaktadır. Diğer yönden ise, düşünce özgürlüğünün fiilî bir değer kazanabilmesi, ancak haberleşme özgürlüğü aracılığı ile olabilmekte ve böylece bu iki özgürlük bir bütünün parçaları durumunda bulunmaktadır²².

düşüncelerini açıklamak özgürlüğüne sahip bulunduğunu, bu özgürlüğün ülke sınırlarına bağlı olmaksızın sözlü, yazılı, basılı biçimde veya resimle yahut kanunen kabul edilmiş göze veya kulağa seslenen araçlarla haber ve fikirleri araştırmak, almak ve ulaştırmak serbestisini kapsadığını belirtmiştir. Yine aynı yıl içinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde düşünce ve söz özgürlüğünün yanı sıra haberleşme özgürlüğüne ilişkin ifadeler yer verildiği görülmektedir (Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan İçel, “Haberleşme Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 41, Sayı 1-2, 1975, s.78-79, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004646>).

²⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Kayıhan İçel, “Haberleşme Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 41, Sayı 1-2, 1975, s.97, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004646>).

²¹ Anayasanın 12 maddesi, “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” ifadesine yer vermektedir.

²² Kayıhan İçel, “Haberleşme Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 41, Sayı 1-2, 1975, s.71, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004646>.

Elbette ki haberleşme özgürlüğünün bir başka yönünü “basın hürriyeti” de teşkil etmektedir, ancak bu husus konumuzun dışında yer aldığından, başka bir ifadeyle konumuz basın dışı haberleşme hürriyetini ihtiva ettiğinden, çalışmamızda yer verilmemiştir.

Anayasal düzlemde haberleşme özgürlüğünün varlığı ya da gerçekleşmesi için üç temel “hakkın” varlığı gerekmektedir²³:

- 1) Haber ve düşünce serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı,
- 2) Düşünceleri serbestçe açıklayabilmek hakkı
- 3) Haber ve düşünceleri serbestçe yayabilmek hakkı.

4. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMA GEREKÇE VE ÖLÇÜTLERİ

4.1. Özgürlüklerin Sınırlandırılmasının Genel Ölçütü ve Gerekçesi: Kamu Düzeni ve Vergilendirme Yetkisi

Tarihsel süreçte yaşananların neticesinde hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler ve bunların sınırlandırılma halleri Anayasalarda yerini alarak, esasen kendisini koruma altına almıştır. Böylece kişi ve gruplar hak ve özgürlükleri ve bunların sınırlarını bilmekle kalmayacak, devlet de bunları sağlayacak ve koruyacak ve de bunlara yine çoğu zaman yasama organının iradesinin ürünü olacak kısıtlamalarla müdahale edebilecektir. Bu bağlamda tüm bu hukuki çerçeve, esasen yukarıda da vurgulandığı üzere, özgürlüklerin mutlak olmadığını, Anayasa'nın belirlediği haklar çerçevesinde vücut bulduğunu ve yine ancak Anayasanın bütünü dahilinde, diğer Anayasal ilkeler de dikkate alınarak belirli sınırlamalar olduğunu resmetmektedir.

Bu resimde devletin rolünün son derece önemli olduğu aşıkardır. Nitekim Anayasa'nın sözü ve ruhuna göre, devletin varlık sebebi ve gerekçesi “kamu düzeni²⁴ ve vergilendirme yetkisi” olduğuna göre, genel

²³ Kayıhan İçel, “Haberleşme Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 41, Sayı 1-2, 1975, s.94-97, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004646>.

²⁴ Kamu düzeni, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda ve belirli bir konuda kamu yararı, kamu vicdanını ve genel ahlakı çok yakından ilgilendiren, toplumun temel yapısını ve kamusal menfaatleri koruyan kurallardır (Ahmet Cemal Ruhi ve Yavuz Kaplan, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/99481>, s.643.)

Başka bir açıdan, kamu düzeni, “bir ülkede yaşayan halkın günlük yaşantısının güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik içinde sürdürülmesi için alınan önlemler ile bu doğrultuda gerekli koşulların sağlanması olarak” tanımlanabilir (Ali Özdemir, “Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım”,

olarak, hak ve özgürlüklere, genel manada ancak bu çerçevelerde müdahalede bulunabilecektir. Elbette ki demokrasilerde devlete düşen görev, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, bunların etkili şekilde kullanılmasını sağlayacak tedbirleri almaktır. Bu kapsamda devlet, özellikle temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak veya bunlara ölçsüz müdahale teşkil edecek tutumlardan da kaçınmalıdır²⁵.

Günümüzün demokratik rejimlerin temelini teşkil eden özgürlükler rejiminin kurulabilmesi için her şeyden evvel bir kamu düzeninin var olması lazımdır. Bu bağlamda özgürlüklere sınır koymanın toplum hayatı ve kamu düzeni bakımından gerekli olduğuna da şüphe yoktur. Bunun yanı sıra, özgürlüklerin sınırlanmasının ve düzenlenmesinin insanların kendi menfaatleri yönünden de gerekli olduğuna işaret etmek gerekir. Zira sadece Anayasal düzlemde, genel prensipler halinde ilan edilen, fakat sınırları belirlenmeyen özgürlüklerin, insanlar için pek bir pratik değeri olamaz. Böyle ilan edilen ilkeler, “bir özgürlük vaadinden başka bir şey değildir”. Bu vadin gerçekleşmesi için, devletin Kanun yolu ile “ham madde” halindeki özgürlükleri işlemesi, yani herkesin özgürlüklerinin nerede başlayıp nerede biteceğini ve bunların kullanılma yollarını açıkça belli etmesi gerekmektedir²⁶.

Tüm bu açıklamalar hak ve özgürlükler açısından kilit kavramın “hukuk devleti” olduğunu bize açıkça göstermektedir. Öyle ki hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir²⁷. Dolayısıyla kişilerin devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri, ancak ***hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağ-***

International Journal of Legal Progress, Volume:2, Year: 2016, Number:2, ISSN:2149-6021, s. 83.)

²⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/165, K.S. 2017/76, 15.03.2017 Tarih ve 30037 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

²⁶ Munci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.239.

²⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/191, K.S. 2017/131, 10.10.2017 Tarih ve 30206 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

landığı bir hukuk devletinde mümkün olacaktır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edilebilmeleri için her türlü önlemin alınmasını da zorunlu kılmaktadır²⁸. Esasen bu zorunluluğun temeli yukarıda da bahsi geçtiği üzere, en genel anlamıyla kısaca “kamu düzeni”nin sağlanabilmesi ile mümkündür ve bunun bir gereğidir.

Yukarıda ayrıntıları ele alındığı üzere, 19. yy sonlarından ve 20. yy’dan itibaren ferdiyetçi yaklaşımın, yani insanı doğuştan eşit ve özgür kabul eden anlayışın yerini; sorunları, yetenekleri, güçsüzlükleri olan “toplum içindeki birey” olan insan anlayışının almasıyla, devlete yeni görevler, sorumluluklar ve yetkiler verilmiştir. Devlet, yaşama hakkının yanında bireye, insan onuruna yaraşır standartlarda bir yaşam, çalışma, eğitim, sağlık hakları da yükümlenmiş ve bunları sağlamak için yeni ödevler de üstlenmiş oldu. Artık varlığını meşrulaştıran ve meşruluğunu kanıtlayan ve üstelik toplum içinde bireyi koruyan ve güvenceler sağlayan ve en önemlisi toplum halinde yaşamının gereği olan görevleri üstlenmiş olan devletin, bu görevleri yerine getirebilmesi için gerekli finansman kaynaklarına sahip olma hakkı ve yetkisi de var idi.

Bu bağlamda artık devlet, ne 17. yy’da sahip olduğu siyasal gücü ölçüsünde “mutlak vergilendirme yetkisine”, ne 18. yy’da hakim olan “rasyonel ferdiyetçi devlet”in hakim olduğu “vergide karşılık ilkesine bağlı” bir vergilendirme yetkisine, ne de 19. yy. hakim olan “Organik Kollektivist Devlet” anlayışına dayalı “fedakarlık ve ulusal görev” temelli bir vergilendirme yetkisine sahipti²⁹. Artık devlet, hukuk devleti anlayışı ile egemenlik gücü temelinde vergilendirme yetkisine sahiptir. Ancak diğer taraftan da, kilit kavram olan hukuk devleti, vergilendirme yetkisi açısından da bir sınır özelliği taşımaktadır. Devlet, vergilendirme yetkisi aracılığıyla hak ve özgürlüklere müdahale edebilmektedir³⁰ ve bugünkü anlamda bu yetkiyi, tarihsel süreçte devletlerin kendilerine atfedilen tanımlama ve görev, yetki, sorumluluklar ve bunların dayanağını teşkil eden Anayasalar vermekte ve sağlamaktadır. Bu bağlamda günümüzde devletleri devlet yapan ve devletlerin ülkeleri üzerindeki egemen-

²⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 1999/1, K.S. 1999/33, 04.11.2000 Tarih ve 24220 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

²⁹ Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s.4.

³⁰ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, 18. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s.39.

liğine dayanarak vergi alma konusunda sahip oldukları hukuki ve fiili güçleri anlamına gelen “vergilendirme yetkisi” yoluyla bu hak ve özgürlükler üzerinde, diğer Anayasal sınırlama gerekçeleri yanında da bir müdahale veya sınır olabilmektedir. Farklı bir nitelikleme ile vergilendirme yetkisi, meşru bir Anayasal yetki olduğuna göre, bir taraftan, hak ve özgürlükleri sağlayacak ve koruyacak olan devlete bahşedilen bir güç ve yetki iken, diğer taraftan, devletler bu yetkilerini, hak ve özgürlüklerin üzerinde de uygulayarak müdahale etme aracı olarak kullanabilmektedirler. Çoğu zaman bu hak ve özgürlüğün konusunun vergi içerisine dahil edilmesi ile olmaktadır. Ancak bu nokta da vergi ile özgürlüklerin kısıtlanmasında sınırların nasıl olacağı sorunu belirlemiştir. Bu durum da verginin ya da vergilendirme yetkisinin sınırının ne olması gerektiği sorununun ortaya çıkarmaktadır.

4.2. Haberleşme Özgürlüğü'nün Anayasa'da Belirtilen Sınırlandırma Ölçütleri

İnsan hak ve özgürlüklerinin sınırsız olmaması, bunların niteliklerinin doğal bir neticesidir, öyle ki, sınırsız bir şekilde kullanılabilen bir hak, başkalarının hak ve özgürlüklerine zarar verecektir³¹. Bu bağlamda bizatihi hak ve özgürlüğü güvence altına alan Anayasalar, kimi zaman, “kamu düzeni ve dolayısıyla kamu yararı, milli güvenlik, genel ahlak, genel sağlık” gibi gerekçelerle yine bunları kendileri sınırlandırmaktadır³². İşte burada olduğu gibi, bir temel hak ve özgürlüğün yasama orga-

³¹ Kayıhan İçel, “Haberleşme Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 41, Sayı 1-2, 1975, s.98, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004646>.

³² Anayasal düzenlemeler dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında/ kısıtlanmasında iki yöntem göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi; temel hak ve özgürlüklerin açık olarak anayasanın kendisi tarafından kısıtlanmasıdır. Bu şekilde yapılan kısıtlama ile yasa koyucuya takdir alanı bırakılmamış olacaktır. İkincisi ise, kısıtlamaların ya tamamen yasa koyucunun takdirine bırakılması ya da genel ve soyut kısıtlama nedenleri anayasada belirlendikten sonra ayrıntıların kanuna bırakılmasıdır (Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Madde Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2002. C. 9, s.237.)

nının takdirine bırakılmadan doğrudan Anayasa'nın kendisi tarafından sınırlandırılması durumunda "Anayasal Sınırlandırma" dan bahsedilir³³.

Bu noktada karşımıza iki kritik Anayasal hüküm çıkmaktadır ki, bunlardan ilki, Anayasa'nın 13. maddesi olup, bu madde hak ve özgürlüklere ilişkin yapılacak her türlü sınırlamada kullanılacak ölçütleri belirlemişken; diğeri de, konumuzu teşkil eden haberleşme hürriyetine ilişkin sınırlama ölçütleri olup, bunlarda söz konusu özgürlüğü düzenleyen 22. maddede yer almaktadırlar.

Bu bağlamda haberleşme özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 22. maddesi de, "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*" şeklinde genel olarak kişinin hakkını güvence alınmasının ardından, "*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz...*" ifadeleri ile, esasında haberleşme özgürlüğünün hangi hallerde sınırlandırılabileceğini belirlenmiştir.

Haberleşme özgürlüğünün engellenmesi ve gizliliğine dokunulması;

1) "Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" sebepleri ile mümkün olabilmektedir.

İçerikleri itibariyle tanımlanmaları güç kavramlar barındıran bu hüküm, hayli bulanık ve sağa sola çekilerek genişletilmeye müsaittir ve yeterli kıstaslar içerdiğini söylemek güçtür³⁴.

2) Bu gerekçelerin varlığı halinde, ancak bir hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili merciin yazılı emri ile mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla 13. maddede yer alan genel sınırlama ölçütlerinden ayrı olarak "kanunla" değil, yargısal ya da idari bir

³³ Mehmet Sağlam, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Madde Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2002. C. 9, s.237.

³⁴Aynı yönde görüş için bkz. Munci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.234.

kararla engellenme söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla yukarıdaki gerekçelerin içini dolduracak olan yasama organı değil, yargı ya da idaredir.

Peki, bu ölçütler, haberleşme üzerinde uygulanacak vergilendirme yetkisi bakımından uygulanabilir midir? Bu soruya, Anayasa'nın vergilendirmeye ilişkin 73/3. maddesi dikkate alındığında olumlu cevap vermek mümkün gözükmemektedir. Nitekim madde hükmüne göre, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunlara ilişkin temel unsurların yasalar ile düzenlenmesi, yani yasama organının iradesinin ürünü olması bir zarurettir. Dolayısıyla vergilendirme yetkisinin kullanımı ya da vergi dışındaki alanlarda yukarıdaki iki durumun uygulanabilir olduğu görünmektedir. Elbette 13. maddeye nazaran 22. madde, özel düzenleme olması hasebiyle, vergi dışındaki durumlarda uygulanabilir niteliktedir. Bunun doğruluğu ve/veya hukukiliği konumuzun dışında olduğundan, burada tartışılmayacaktır.

Bu durumda haberleşme özgürlüklerine müdahale anlamına gelebilecek, haberleşme üzerinde kullanılan vergilendirme yetkisi bağlamında Anayasal ölçütlerimiz ne olmalıdır? Elbette bu noktada temel ölçütümüz, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlama ölçütleri olacaktır. Bu tespiti yapmamız ardından, esasen bir genel düzenleme mahiyetindeki 13. maddenin ne söylemeye çalıştığına bakılması gerekir.

4.3. Haberleşme Özgürlüğüne Vergilendirme Yoluyla Müdahalede Sınır: Anayasa Madde 13

Anayasa'nın 13. madde düzenlemesi, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* şeklindedir. Bu hüküm kapsamındaki ölçütlerin, içleri doldurmak ve somutlaştırmak yargı organlarına düşmüştür ve özellikle bu görevi Anayasa Mahkemesi yıllardır verdiği kararlarında yaptığı açıklamalarla yerine getirmeye uğraşmıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafından yıllardır verilen içtihatlarında, hak ve hürriyetlere yapılacak sınırlamaları, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları

göz önünde tutularak uygulanması zorunluluğu gereği³⁵, temel hak ve özgürlüklerin ilgili maddeleri ile birlikte değerlendirme yoluna gitmiştir.

Bu bağlamda, genel manada hak ve özgürlükleri ve özel manada da haberleşme hürriyetini “sınırlamanın sınırları ya da ölçütleri” şu şekilde tasniflendirilmektedir ki, bu ölçütler vergilendirme yetkisi açısından da dikkate alınması gereken ölçütlerdir³⁶.

1. Ölçüt: Hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmaması,
2. Ölçüt: İlgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve Kanunla yapılması,
3. Ölçüt: Demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olması,
4. Ölçüt: Ölçülülük ilkesine aykırı olmaması.

Bu ölçütlerde vurgulanması gereken ilk husus, 2. ölçüt olarak belirlenen “ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve Kanunla yapılması” ölçütüdür. Yukarıdaki başlıkta da ele alındığı üzere, haberleşme özgürlüğünü düzenleyen madde muhteviyatı dikkate alındığında, haberleşme özgürlüğü üzerine konulacak bir vergi ve buna ilişkin tüm temel unsurların bizatihi zaten Anayasa madde 73 gereği Kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması hususunda vergilendirme yetkisi, “*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” sebeplerinin varlığı halinde dahi, ancak yasama organının iradesi ile yani kanunla olabilecektir.

Vurgulanması gereken diğer bir husus da, her ne kadar aralarında hiyerarşi olmasa da, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ilk gözetilecek ilke ya da ölçütün, “**hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmaması**” olduğudur. Ancak bunun tespitinden sonra, yani temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden bir tespit yapılmasının ardından bu sınırlamaların, “**demokratik toplum**

³⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2013/1, K.S. 2014/161, 11.11.2015 Tarih ve 29529 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

³⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2009/1, K.S. 2011/82, 18.02.2012 Tarih ve 28208 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Özellikle 3. ölçüt için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 1985/8, K.S. 1986/27, 14.08.1987 Tarih ve 19544 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/165, K.S. 2017/76, 15.03.2017 Tarih ve 30037 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; ³⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/36, K.S. 2016/187, 13.01.2017 Tarih ve 29947 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

düzeninin gerekleri” ilkesi ile **“ölçülülük ilkesi”** ne uygunluğu araştırılacaktır.

Peki “hak ve hürriyetin özü” neyi ifade eder?

“Hak ve özgürlüğün özü” kavramının tanımlanması son derece güçtür ve bu güçlük Anayasa Mahkemesi³⁷’nin bir kararında da yer almıştır. Öyle ki, 1963 yılında, Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından “*‘Hürriyetlerin Özünü teriminin tarif edilmesinin mümkün olmadığı; bu özün, her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrı olduğu, belli bir hürriyetin özünün, belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğinin, mahkemeler, eskârı umumiye yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyetinin tespit edeceği ve nihayetinde ise Anayasa Mahkemesi tarafından da, buna şekil verileceği’* ifade edilmiştir (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 3 Sahife: 57).”

Anayasa Mahkemesi³⁸ en genel manada **“hakkın özüne dokunulması”** halini şu şekilde ifade etmiştir:

“Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halinde, o hak ve hürriyetin özüne dokunulması söz konusu olur.”

Esasen Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte, kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için, temel hakların kullanılmasını ***ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olması*** ve ***etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması*** gerekir. Ancak bu durumda, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine de uygun olduğu söylenebilir³⁹.

Yine AYM’nin kararlarında, bir hak ve hürriyetin özünün, onun vazgeçilmez unsuru olduğu ve dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeği olduğu vurgulanmıştır. Bu bakımdan sınırlamanın, hakkı anlamsız hale getirip ortadan kaldırması halinde, hakkın özüne dokunulmuş olduğu açıkça vurgulanmıştır.

³⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 1963/128, K.S. 1964/8, 17.04.1964 Tarih ve 11685 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

³⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 1963/17, K.S. 1963/86, 17.07.1963 Tarih ve 11456 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

³⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2014/171, K.S. 2015/41, 21.05.2015 Tarih ve 29362 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi, 4 Ocak 1963 tarihinde verdiği bir kararında, hangi sınırlamaların bir **hak ya da özgürlüğün özüne dokunmuş** sayılabileceğini dolaylı yoldan şöyle belirtmektedir⁴⁰:

“Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte olmayan hükümler bir hak ve hürriyetin özüne dokunuyor sayılamazlar”.

Tüm bu izahlardan yola çıkarak, haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin, bireyler arasında serbestçe bilgi ve haber alma amacını güden haberleşme özgürlüğünün bu amacına uygun şekilde kullanılmasını zorlaştırması veya bu hakkın kullanılmasına engel olması ve hak ve özgürlüğün etkisini ortadan kaldıracı nitelikte olması halinde, haberleşme özgürlüğünün özü zedelenmiş kabul edilecektir. Buna göre de, haberleşme hizmetleri üzerinden alınan vergilerin, bu hak ve özgürlüğün amacına uygun olarak kullanılmasını engelleyecek derecede yüksek olması halinde, vergilendirme yoluyla hakkın özüne dokunulmuş olunacaktır.

Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden, gözetilmesi öngörülen ikinci ölçüt, **“demokratik toplum düzeninin gerekleri (demokratik toplumda gereklilik ölçütü)”** dir ki, bu kavram, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların, zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını gerektirmektedir. **“Demokratik toplum düzeninin gerekleri”** nden olma, bir sınırlamanın **demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması** amacına yönelik ve **“ölçülü”** olmasını ifade etmektedir⁴¹. Bu bağlamda kısaca denebilir ki, temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, demokratik toplum düzeni bakımından **“zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması”** gerekmektedir⁴².

Esasen Anayasa Mahkemesi tarafından getirilen tanım ve ölçütlerin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından yapılanlar ile, paralel olduğu görülmektedir. AİHM de **“demokratik toplumda gerek-**

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2005/69, K.S. 2009/61, 07.10.2009 Tarih ve 27369 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/165, K.S. 2017/76, 15.03.2017 Tarih ve 30037 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

⁴² Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2014/196, K.S. 2015/103, 16.12.2015 Tarih ve 23564 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

lilik” unsuru için formülü, “**ölçülülük**” ve **zorlayıcı toplumsal ihtiyaç**” ilkeleriyle birlikte değerlendirerek belirlemiştir⁴³.

Bu bağlamda demokratik toplumun unsurlarını belirlediği pek çok kararı olmasına rağmen, bunlardan bir tanesi **Handyside/ İngiltere Kararı**'dır⁴⁴. AİHM'nin 07.12.1976 tarihli bu kararında, “**demokratik toplum düzeni**” kavramının içini doldurduğu görülmektedir. Kararında Mahkemenin demokratik toplum düzeninin temel dayanağını “ifade özgürlüğü” ne bağlamıştır. Bunu yaparken de şu ifadeleri kullanmıştır:

“.. *Düşünceleri açıklama özgürlüğü demokratik bir toplumun temel dayanaklarından birini oluşturur; ... ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik bir toplumun ana temellerinden birini oluşturur*⁴⁵”. ... üstelik *düşünceleri açıklama özgürlüğü, sadece hoş giden veya zararsız ya da tepki yaratmaz sayılan « haber » veya « fikirler » için değil, fakat, devlete veya halkın bir kısmına ters düşen, şoke eden ya da üzüntüye sevk edenler için de geçerlidir. Çoğulculuk, hoşgörü ve yeniliğe kucak açma bunu gerektirir ve bunlar olmadan demokratik toplum olmaz*⁴⁶”.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının bir diğer sınırı ya da ölçütü de, sınırlamaların “**öngörüldükleri amaç dışında kullanılmamasıdır**”. Esasen bu da “**ölçülülük ilkesinin**” ifadesidir. Ölçülülük ilkesi, yasal düzlemde sınırlama aracının, sınırlama amacına elverişli olmasını, sınırlama aracıyla amacı arasındaki oranın ölçüsüz olmamasını an-

⁴³ Ancak bunları yaparken genel sınırlama ölçülerinden, yani “kamu düzeni, milli güvenlik” gibi kavramsal ölçütlerden yararlanılması ve üstelik bu kavramların “dar ve katı” yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır

⁴⁴ İfade özgürlüğü konusunda son derece önemli bir dava niteliğinde olan Handyside/ İngiltere kararında AİHM, İngiltere'nin “Küçük Kırmızı Okul Kitabı” başlıklı, çocuklara cinsel eğitim vermek amacıyla basılan bir kitabı yasaklamasını, “ahlakın korunması” nedenine dayanarak, ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir.

(Zühtü Arslan, “Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:19, Yıl:2002, s. 143 ve 150).

⁴⁵ İrfan Paçacı, “1982 Anayasası Mayınlı Alan: ‘Düşünce Özgürlüğü’(Anayasa Madde 25 ve 26'nın Analiz ve Yorumu)”, İnsan Hakları Yıllığı, Vilt 19-20, 1997-1998, s.130.

⁴⁶ Durmuş Tezcan, Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2002, s.42.

latmaktadır⁴⁷. Başka bir anlatımla, ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir⁴⁸. Dolayısıyla bir sınırlamanın, **ölçülülük ilkesi** açısından geçerli olabilmesi için, **elverişli**, **gerekli** ve **orantılı** olması gerekmektedir⁴⁹. Yani ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri mahiyetindeki bu ilkelere “*elverişlilik*”, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “*gereklilik*” başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “*orantılılık*” ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur⁵⁰. Esasen vurgulanması gereken bir diğer husus, ölçülülük ilkesinin, yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uyulması gereken bir ilke olmadığı ve üstelik hukuk devletini de somutlaştıran bir ilke olduğudur⁵¹. Kısaca bir sınırlama kuralının demokratik toplum dü-

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2014/196, K.S. 2015/103, 16.12.2015 Tarih ve 23564 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2006/21, K.S. 2006/38, 11.12.2007 Tarih ve 26727 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/37, K.S. 2016/135, 23.09.2016 Tarih ve 29836 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/11, K.S. 2016/132, 14.07.2016 Tarih ve 29836 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 1998/59, K.S. 1999/14, 09.03.2000 Tarih ve 23988 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi, Karşıoy yazısı.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2017/28, K.S. 2017/107, 23.06.2017 Tarih ve 30105 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2017/14, K.S. 2017/83, 18.04.2017 Tarih ve 30042 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/25, K.S. 2016/186, 03.01.2017 Tarih ve 29937 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/51, K.S. 2016/179, 13.12.2016 Tarih ve 29917 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2015/108, K.S. 2016/46, 13.07.2016 Tarih ve 29769 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/16, K.S. 2016/37, 31.05.2016 Tarih ve 29728 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2003/12, K.S. 2004/69, 23.10.2004 Tarih ve 25622 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi, Karşıoy yazısı

latmaktadır⁴⁷. Başka bir anlatımla, ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir⁴⁸. Dolayısıyla bir sınırlamanın, **ölçülülük ilkesi** açısından geçerli olabilmesi için, **elverişli, gerekli** ve **orantılı** olması gerekmektedir⁴⁹. Yani ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri mahiyetindeki bu ilkelere “*elverişlilik*”, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “*gereklilik*” başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “*orantılılık*” ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur⁵⁰. Esasen vurgulanması gereken bir diğer husus, ölçülülük ilkesinin, yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uyulması gereken bir ilke olmadığı ve üstelik hukuk devletini de somutlaştıran bir ilke olduğudur⁵¹. Kısaca bir sınırlama kuralının demokratik toplum dü-

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2014/196, K.S. 2015/103, 16.12.2015 Tarih ve 23564 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2006/21, K.S. 2006/38, 11.12.2007 Tarih ve 26727 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/37, K.S. 2016/135, 23.09.2016 Tarih ve 29836 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/11, K.S. 2016/132, 14.07.2016 Tarih ve 29836 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 1998/59, K.S. 1999/14, 09.03.2000 Tarih ve 23988 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi, Karşıoy yazısı.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2017/28, K.S. 2017/107, 23.06.2017 Tarih ve 30105 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2017/14, K.S. 2017/83, 18.04.2017 Tarih ve 30042 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/25, K.S. 2016/186, 03.01.2017 Tarih ve 29937 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/51, K.S. 2016/179, 13.12.2016 Tarih ve 29917 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2015/108, K.S. 2016/46, 13.07.2016 Tarih ve 29769 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2016/16, K.S. 2016/37, 31.05.2016 Tarih ve 29728 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2003/12, K.S. 2004/69, 23.10.2004 Tarih ve 25622 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi, Karşıoy yazısı

zeninin gereklerine uygun olabilmesi için "ölçülülük" ilkesinin gözetilmesi, amaç ve sınırlama orantısının korunması gerekmektedir⁵².

Bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının sınırı tespit edilirken, yukarıdaki tüm ölçütlerin bir arada değerlendirilmesi gerektiğini de AYM bir kararında çok berrak bir şekilde ifade etmiştir. Bu kararında AYM şu ifadelerle yer vermektedir:

"... bir sınırlamanın **demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için, hakkın özüne dokunmaması, makul ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması** gerekir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makul ve adaletli (hakkaniyete uygun) bir denge kurulmalıdır⁵³".

Nitekim aynı anlayış ve yaklaşımın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de benimsendiği ve uygulandığı görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut olarak çoğu zaman Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen "ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkelerini" bir arada kullanmakta ve meşru bir nedene dayansa bile yasal sınırlamanın "**demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliği taşımasını**" aramaktadır⁵⁴.

⁵² Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2001/309, K.S. 2002/91, 12.12.2003 Tarih ve 25314 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2002/100, K.S. 2004/109, 04.08.2006 Tarih ve 26249 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2014/196, K.S. 2015/103, 16.12.2015 Tarih ve 23564 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.

⁵³ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 1999/1, K.S. 1999/33, 04.11.2000 Tarih ve 24220 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2006/111, K.S. 2006/112, 30.12.2006 Tarih ve 26392 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2015/102, K.S. 2016/151, 18.10.2016 Tarih ve 29861 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi;

AYM bir kararında ölçülülükte "makul denge"nin varlığını şu somut örnek ile açıklamıştır:

"... Taşınmazın altında tünel yapılması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğünden söz edilebilmesi için malike ekonomik kayıpları karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde malikin katlanmak zorunda olduğu külfet yönünden bir dengesizlik doğacak ve bu durum mülkiyet hakkına müdahaleyi ölçüsüz kılacaktır..." (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2015/61, K.S. 2016/172, 09.12.2016 Tarih ve 29913 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi.)

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.S. 2003/12, K.S. 2004/69, 23.10.2004 Tarih ve 25622 Sayılı T.C. Resmi Gazetesi, Karşıoy yazısı

Tüm izahlar temelinde, haberleşme hizmetleri üzerine vergi konulması ve bu yolla haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi, Anayasa'nın sözü ve ruhuna ve demokratik toplum düzeninin gereklerine göre mümkündür. Şayet bu müdahale, Anayasa'da belirtilen "hakkın özü ve ölçülülük" ilkelerini de zedelemeyecekse makuldür denebilir.

Peki bu genel tespit temelinde, Türkiye'de haberleşme hizmetleri üzerinden alınan vergiler ve bunlardan doğan vergi yükleri, hak ve özgürlüğü zedeler mahiyette midir?

4.4. Uluslararası Veriler Işığında Haberleşme Hizmetlerinin Ekonomik Etkileri ve Kabul Edilen Genel Vergilendirme İlkeleri

Vergilendirme yolu ile haberleşme hizmetlerine müdahalenin boyut ve sonuçlarını değerlendirebilmek ve ortaya koyabilmek için, haberleşme hizmetlerinin ekonomik ve toplumsal gelişmişlik ve ilerleme açısından etkilerinin ortaya koyulması gerekmektedir.

Haberleşme hizmetlerinin ve bu hizmetlerden faydalananların, yani katılımın, sayısındaki artışların, ekonomik ve sosyal faydalarının yadsınamaz olduğu pek çok çalışmada vurgulanmaktadır⁵⁵. Mobil hizmetler, dijital katılımın en uygun maliyetle sağlanması ve sunulması, fikir alışverişinde bulunulmasını kolaylaştırarak, bilgi temelli bir ekonomiye doğru ilerlemeyi destekleyebilmektedir. Üstelik işletmelerin ve hükümetlerin hizmetlerini daha hızlı ve düşük maliyetle sunmalarına olanak tanıyarak, mobil hizmetler kamu ve özel sektördeki üretkenliği artırmaktadır. İlave olarak, işlem masraflarındaki azalma da, mobil abonelerin işle ilgili günlük faaliyetlerini yürütmelerini kolaylaştırarak, teşebbüs ve işletmelerin büyüme ve ilerlemelerini destekler ve dolayısıyla ekonomide daha geniş etkilerle, yaşam standartlarını ve uluslararası rekabet gücünü artırmaya yardımcı olur⁵⁶.

GSMA tarafından yayımlanan raporda belirtildiği üzere, birçok çalışma, artan mobil penetrasyonun, gayri safi yurtiçi hasıla (GSYİH) büyümesi gibi ekonomik sonuçlara olumlu bir etki yaptığını ortaya koy-

⁵⁵ Necmeddin Bağdadioğlu ve Murat Çetinkaya, "Türk Mobil Telekom Sektörünün Vergilendirilmesi", http://www.tepav.org.tr/upload/files/haber/1282130892-9.Turk_Mobil_Telekom_Sektorunun_Vergilendirilmesi_Vergi_Yuku_Analizi_Ve_Olasi_Bir_Vergi_Indiriminin_Etkileri.pdf, s.4.

⁵⁶ GSMA, Digital Inclusion and Mobile Sector Taxation 2016, file:///C:/Users/isletme%2018/Desktop/Digital-Inclusion-and-Mobile-Sector-Taxation-2016.pdf, s.9.

maktadır. Yine gelişmiş ülkeler üzerine yapılan bir araştırma, geniş bant penetrasyonundaki her % 1'lik artışın, üretkenliği % 0.13 oranında yükselttiğini göstermektedir.

Yine bir ITU (International Telecommunication Union – Uluslararası Haberleşme Birliği) tarafından yapılan bir çalışmada, internet geniş bant penetrasyonunda % 1'lik bir artışın, istihdam oranını % 0.028 artırdığı tespit edilmektedir⁵⁷. Ayrıca haberleşme hizmetleri üzerindeki vergilerin, sektörün ekonomik ve sosyal büyüme üzerinde olumsuz etkilere sebep olduğu yapılan tüm çalışmalarda belirtilmektedir⁵⁸.

2016 yılında GSM Birliği (GSMA) tarafından yapılan bir çalışmada, seçilmiş 30 ülke arasında⁵⁹, 2014 yılı için, toplam **vergi tahsilatı içerisinde, sektöre özgü vergi ve harçların** (haberleşme vergisi, özel iletişim vergisi, ücretler, hazine payı gibi) en yüksek olduğu ülke, %83 ile Nijerya olarak belirtilmiştir. Bunu, %80 ile Tayland ve **%76 ile Türkiye** izlemektedir. Bu oran, Avrupa pazarında çok daha düşük olup, Yunanistan hariç olmak üzere % 20'dir. Yunanistan'da bu oran %46'dır. Esasen Yunanistan hesaplamasının dışına çıkarıldığında, AB ortalaması % 12'dir⁶⁰. Başka bir açıdan da bakılacak olursa, Türkiye'de mobil vergi ve harç ödemeleri, çoğunlukla sektöre özgü vergilerle ilişkili olarak, sektör

⁵⁷ Bkz. GSMA, Digital Inclusion and Mobile Sector Taxation 2016, file:///C:/Users/isletme%2018/Desktop/Digital-Inclusion-and-Mobile-Sector-Taxation-2016.pdf, s.10

⁵⁸ Bkz. GSMA, Digital Inclusion and Mobile Sector Taxation 2016, file:///C:/Users/isletme%2018/Desktop/Digital-Inclusion-and-Mobile-Sector-Taxation-2016.pdf, s.13.

⁵⁹ Arjantin, Bangladeş, Brezilya, Çad, Kolombiya, Demokratik Kongo Cumhuriyeti (DRC), Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, Mısır, Guatemala, Hindistan, Endonezya, Jamaika, Ürdün, Madagaskar, Malezya, Meksika, Fas, Nijer, Nijerya, Nepal, Pakistan, Peru, Ruanda, Güney Afrika, Tanzanya, Tayland, Tunus, Türkiye ve Uruguay.

⁶⁰ GSMA, Digital Inclusion and Mobile Sector Taxation 2016, file:///C:/Users/isletme%2018/Desktop/Digital-Inclusion-and-Mobile-Sector-Taxation-2016.pdf, s.26.

GSMA tarafından 2016 yılında yapılan bir çalışmada, seçilmiş ülkeler arasında, 2014 yılı için, pazar gelirlerinin (market revenues) %47'sinin sektöre özgü vergi ödemelerinden, %15'sinin de standart vergi ödemelerinden oluştuğu tahmin edilmektedir. Pazar gelirlerine oranla sektöre özgü vergilerin oldukça yüksek olduğu Türkiye'yi, %21 ile Bangladesh (ki burada standart vergi ödemeleri %26'dır), %18 ile Nepal (standart vergi ödemeleri %31'dir), %17 ile Pakistan (standart vergi ödemeleri %20) ve Jamaica (standart vergi ödemeleri %35) izlemektedir (GSMA, Digital Inclusion and Mobile Sector Taxation 2016, file:///C:/Users/isletme%2018/Desktop/Digital-Inclusion-and-Mobile-Sector-Taxation-2016.pdf, s.24).

gelirlerinin % 62'sini temsil etmektedir⁶¹. Türkiye’de 2017 yılı ikinci çeyrekte Mobil bilgisayardan ve cepten internet hizmeti alan mobil genişbant abone sayısı 55.330.085’e yükselmiştir. 2017 yılı ikinci çeyrekte toplam mobil internet kullanım miktarı ise 481.862 TByte olarak gerçekleşmiştir⁶². 2017 yılı ikinci çeyrekte xDSL abone sayısı 8,1 milyonu aşmış, fiber abone sayısı ise 2,1 milyona yaklaşmıştır. Kablo internet abone sayısı önceki üç aylık döneme göre %1 oranında artarak 780 bin’e çıkmıştır⁶³.

Dünyanın genelinde, sektöre özgü vergilendirmenin bir sonucu olarak, toplam vergi gelirleri içinde, vergi ve harç ödemeleri olarak sektörün görece katkısı, sektörün GSYİH içindeki payından daha yüksektir. Dolayısıyla tüm bu çalışmalarda yer aldığı ve belirtildiği üzere, ister mobil, ister internet ve isterse sabit olsun, haberleşme hizmetlerine erişimde, en önemli maliyet ayaklarından birisini oluşturan “vergi ve diğer mali yükümlülükler ve bunların tutar ve/veya oranları” etkili olmaktadır. İşte bundan ötürü de vergilendirme yetkisinin doğal bir sonucu olarak uygulanacak olan vergilere ilişkin ilkelerin neleri ihtiva etmesi gerektiğine ilişkin önerilerde de bulunulmuştur. Bunlar⁶⁴:

İlke 1- Vergilendirme geniş tabanlı olmalıdır:

Vergilendirme, üretim ve tüketime yönelik teşvikleri değiştirdiğinden vergilendirmenin ekonomi genelinde eşit olarak yayılması durumunda genelde ekonomik sapmalar en aza indirilmiş olur. Uygulamada, bu, vergi oranlarındaki değişiklikleri sınırlandırmak ve vergi uyumluluğunun etkili bir şekilde uygulanmasını kabul etmekle mümkündür.

⁶¹ GSMA, Digital Inclusion and Mobile Sector Taxation 2016, file:///C:/Users/iletme%2018/Desktop/Digital-Inclusion-and-Mobile-Sector-Taxation-2016.pdf, s.25.

⁶² Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu, 2017 Yılı 2. Çeyrek, Eylül 2017, s.12.

⁶³ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu, 2017 Yılı 2. Çeyrek, Eylül 2017, s.11.

⁶⁴ GSMA and Deloitte, “Mobile taxes and fees, A toolkit of principles and evidence”, February 2014, p.5.

İlke 2- Vergiler ürün ve sektör dışsallıklarını hesaba katmalıdır:

Vergilendirme politikası, ekonomide daha geniş olumlu dışsallıklar yaratan (mobil gibi) sektörleri teşvik etmelidir. Yapılan çalışmalarda haberleşme hizmetlerinin olumlu dışsallıkları rakamlarla da ifade edildiğinden, sektörün desteklenmesi gerekmektedir.

İlke 3- Vergi ve mevzuat sistemi basit, kolay anlaşılabilir ve uygulanabilir olmalıdır:

Vergi sistemleri ve yükümlülükleri üzerinde şeffaflık eksikliği yatırımcıları caydırabilir ve hükümet uygulama maliyetlerini de artırabilir. Bu bağlamda pek çok ürün için, geniş tabanlı bir tüketim vergisinin, gelir veya kâr üzerindeki vergilendirmeden daha az bozucu olacağı hususunda genel bir konsensüs vardır.

Ancak sıralanmakta olan bu ilkeler, hemen hemen her vergi türünde olması gereken ideal ilkeler niteliğindedir. Dolayısıyla elbette haberleşme hizmetleri üzerinden alınmakta olan vergiler açısından da aranması gerekir. Ancak haberleşme hizmetleri üzerinden alınmakta olan vergilerin, haberleşme özgürlüğünün özüne, demokratik toplum düzenine (demokratik toplumun gereklerine) uygun ve ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi ve tespiti önem arz etmektedir.

4.5. Haberleşme Hürriyetine Müdahale Sınırı: Türkiye Örneği

Vergilendirme yolu ile hak ve özgürlüklere ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi demokratik rejimlerde, Anayasa'nın bütünü, yani sözü ve ruhuna göre vergilendirme yetkisi dikkate alınarak mümkündür.

Haberleşme üzerine getirilen vergi/lerin gerekçesi, devletin sahip olduğu egemenlik gücü ve yetkisi temeline dayalı olarak, "kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık gibi" sebepler olabilir. Bu bağlamda, haberleşme özgürlüğüne müdahale anlamında, haberleşme üzerine konulmuş vergi, saydığımız gerekçelerden birisi veya birkaçına dayalı olarak ve kanun ile de düzenlenmiş ise, muhakkak "hak ve özgürlüğün özüne dokunmayacak" muhteviyatta ve ölçülü olmak zorundadır. Yani kısacası haberleşme üzerine konulacak bir verginin, hukuk devleti bağlamında vergi kanunu ile yapılması yeterli olmayıp, içerik olarak, yasama organı iradesini yukarıda saydığımız ölçülere bağlı olarak ya da ölçülerle sınırlı olarak düzenlenmek zorundadır. Öyleyse, hak ve özgürlükten faydala-

nilmaya engel olmayacak şekilde, yani ölçülü olmak koşuluyla vergilendirme yetkisi kullanılmalıdır. Örneğin, Çağan tarafından verilen bir örnekte, veraset ve intikal vergisinin oranının ölçülü tutulduğu takdirde, mülkiyet ve miras hakkının özünün zedelenmeyeceği tespiti yapılmıştır⁶⁵. Konuyu haberleşme özgürlüğü bakımından değerlendirebilmemiz için, haberleşme özgürlüğüne müdahale mahiyetinde, Türkiye’de halihazırda haberleşme üzerindeki vergiler ve vergi yüklerine bakmamız gerekmektedir. Bu bağlamda aşağıdaki tabloda haberleşme üzerindeki vergiler yer almaktadır:

Haberleşme Özgürlüğüne Getirilen Vergi ve Diğer Mali Yükümlülükler					
	Mali Yükler	Mobil Haberleşme Hizmeti	Sabit Haberleşme Hizmeti	İnternet Hizmeti	Diğer Elektronik Haberleşme Hizmetleri⁶⁶
1.	Özel İletişim Vergisi (ÖİV) (İlk abonelik sırasında bir kez)	47 TL	-	-	-
2.	Özel İletişim Vergisi(ÖİV) (Fatura bedelinden aylık olarak)	%25	%15	%5	%15
3.	Katma Değer Vergisi (KDV) (Fatura bedelinden aylık olarak)	%18	%18	%18	%18

⁶⁵ Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s.170.

⁶⁶ “Diğer Elektronik Haberleşme Hizmetleri”nden kasıt, her nevi mobil elektronik haberleşme işletmeciliği kapsamındaki (ön ödemeli hatlara yüklemeler için yapılan satışlar dâhil) tesis, devir, nakil ve haberleşme hizmetleri, radyo ve televizyon yayınlarının uydu platformu ve kablo ortamında iletilmesine ilişkin hizmetleri ve kablolu, kablosuz ve mobil internet servis sağlayıcılığı hizmeti kapsamına girmeyen iletişim/haberleşme hizmetleridir.

4.	Telsiz Ruhsatname Ücreti (İlk abonelik sırasında bir kez)	18.95 TL	-	-	BTK, hizmet türüne göre liste halinde maktu ücretler yayımlanmaktadır
5.	Telsiz Kullanım Ücreti (Telekomünikasyon Hizmeti için devlete ödenen tutar)	Her ay= 1,64 TL Yıllık= 19,68 TL	-	-	BTK, hizmet türüne göre liste halinde maktu ücretler yayımlanmaktadır
6.	Haberleşme Vergisi⁶⁷	-	%1	-	-
İşletmecilerin kurumsal yükümlülükleri⁶⁸ (2017 yılı için 459 işletmeci bulunmaktadır)					
7.	BTK Masraflarına Katkı Payı	%0,35	%0,35	%0,35	%0,35

⁶⁷ 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun "Çeşitli Vergiler" Bölümünün 29 ile 33. maddeleri arasında yer almakta olup, Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde Posta Telgraf Telefon İşletmesi tarafından tahsil edilen telefon, teleks, faksimili ve data ücretleri (tesis, devir ve nakil ücretleri hariç) üzerinden hesaplanmaktadır.

Mevcut durumda verginin mükellefi olarak "Posta Telgraf Telefon İşletmesi" belirtilmişse de, yasal değişiklikler neticesinde, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda duruma ilişkin bir düzenlemenin yer aldığı ve konuya açıklık getirdiği görülmektedir. Buna göre, "406 sayılı Kanun ile diğer kanunlarda Türkiye Cumhuriyeti Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğüne yapılan atıflar, hizmet alanları itibarıyla Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi veya Türkiye Cumhuriyeti Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne (P.İ.) yapılmış sayılır." (Geçici md.3). Dolayısıyla mevcut durumda haberleşme vergisinin mükellefi, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'dir.

⁶⁸ 04 Ağustos 2017 tarihi itibarıyla, elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeci sayısı 459'dur.

(Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu, 2017 Yılı 2. Çeyrek, Eylül 2017,s.18).

8.	Hazine Payı (Operatörün aylık brüt gelirinin)	%15	-	-	-
9.	Evrensel Hizmet Payı/Geliri⁶⁹ (yıllık) (Hazine payı ödemekle yükümlü olmayan işletmeler ve Türk Telekom'un yıllık net satış hâsılatının %1'i)	-	%1	%1	%1

⁶⁹ 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu “evrensel hizmeti”, “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetler” şeklinde tanımlamıştır. (25.06.2005 Tarih ve 25856 Sayılı T.C. Resmi Gazete)

“Evrensel Hizmet” konusunda daha kapsamlı bilgi için bkz. Bülent Kent, “Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 2.

Avrupa Birliği'nde de 1998 yılında telekomünikasyon sektörünün liberalleştirilmesinden sonra piyasa mekanizmasıyla karşılanmasa bile, bazı temel iletişim hizmetlerini sunmak amacıyla güvenli bir iletişim ağının belirli bir kalitede ve kabul edilebilir bir fiyatta sürdürülmesi hususunda uzlaşmaya varılmıştır. Ayrıca telekomünikasyon sektörlerine ilişkin özelleştirme ve serbestleşme politikaları başladığında, bu politikaların temel amacının öncelikle tüm kullanıcılar açısından bu tür hizmetlere ulaşılabilmesi, ekonomik açıdan bu tür hizmetlerin karşılanabilir olması ve belli kalitede olmasının sağlanması olarak da belirtilmiştir²³. Sunulması planlanan bu temel hizmetler de “evrensel hizmet” olarak adlandırılmıştır.

1999 yılı düzenleyici çerçeve raporunda, evrensel hizmetin sürdürülmesine ve internet uygulamalarının asgari hızla iletişimi sağlayacak şekilde güncelleştirilmesine karar verilmiştir. Evrensel hizmetin ana prensipleri ise 2002/22/EC Direktifi (Evrensel Hizmet ve Kullanıcıların Hakları) ile belirlenmiştir. Avrupa Birliği uygulamasında evrensel hizmetin aşağıdaki hizmetleri içerdiği kabul edilmiştir: - Sabit bölgeden kamusal telefon ağıyla irtibat, - Kamu kullanımına açık telefon hizmetlerine erişim, -Rehber bilgi hizmetine erişim, -Umumi ankesörlü telefonlara erişim ve -Malul kullanıcılar ve özel sosyal ihtiyaçlara gereksinim duyanlar için kolaylıklardır (sf. 180-181).

10.	Evrensel Hizmet Geliri (aylık) (Hazine payı ödemekle yükümlü işletmeciler, Hazineye ödeyecekleri payın % 10'luk kısmını her ay)	10	%	-	-	-
------------	---	-----------	---	---	---	---

Yukarıdaki tabloda ayrıntı olarak görülmektedir ki, ülkemizde haberleşme hizmetleri üzerinde, özellikle mobil iletişim hizmetleri üzerinde 6 adet hizmetten faydalananların yüklendikleri vergi kalemi, 4 adet de işletmecilerin yüklendikleri vergi kalemi yer almaktadır. Bu bağlamda özellikle mobil hizmetler açısından vergi yükünün ağır olduğunu söylemek mümkündür. Bunun ispatı mahiyetindeki veriyi, haberleşme hizmetleri üzerindeki yükün önemli miktarını, Katma Değer Vergisi (KDV) ve Özel İletişim Vergisi (ÖİV) oluşturmaktadır ki, mevcut durumda **mobil hizmetlerde** (%18 KDV+ %25 ÖİV) toplam vergi yükü %43; **sabit hizmetlerde** ise (%18 KDV+%15 ÖİV) toplam vergi yükü %33 olarak gözükmektedir⁷⁰.

Görüldüğü üzere pek çok ülkede olduğu gibi, Türkiye'de de haberleşme hizmetleri üzerinden, ağırlıkları değişse bile, çeşitli sayı ve türde vergiler alındığı görülmektedir. Dünya uygulamasında, ÖTV, KDV, sektöre özgü vergiler, Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi, Gümrük Vergileri, Düzenleyici harç veya ödemelerden oluşan, son derece kompleks vergilendirme yapılmakta olduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda Türkiye'de ise, KDV, Kurumlar Vergisi yanı sıra, Özel İletişim Vergisi, Haberleşme Vergisi, Hazine Payları ve ücret ve diğer ödemeler olmak üzere, çok sayıda mali yüküm uygulanmaktadır.

Elbette bir üst başlık altında vermiş olduğumuz veriler de dikkate alındığı vakit, Türkiye'nin,

- Toplam vergi tahsilatı içerisinde, sektöre özgü vergi ve harçların en yüksek 3. ülke olduğu,

⁷⁰ Bu yazının kaleme alındığı tarihte Plan ve Bütçe Komisyonundan geçen vergi kanunlarında değişiklik yapılması öngörülen tasarıda, söz konusu oranlar % 7,5 olarak uygulanacaktır. Bu durumda toplam vergi yükü hem mobil hizmetlerde hem de sabit hizmetlerde (%18 KDV+ %7,5 ÖİV) %25,5 olacaktır.

- Sektör gelirlerinin %62'sini mobil vergi ve harç ödemelerinin oluşturduğu,

- Sektöre özgü vergilendirmenin bir sonucu olarak, toplam vergi gelirleri içinde, vergi ve harç ödemeleri ile sektörün görece katkısının, GSYİH içindeki payından daha yüksek olduğu,

- Türkiye'de 2016 yılı toplam vergi gelirleri içinde⁷¹, sadece Özel İletişim Vergisinin payının %1'e yaklaştığı (ki Kurumlar Vergisinin payı %9, Veraset ve İntikal Vergisi ile Motorlu Taşıtlar Vergisinin toplamının payı %2'dir)

dikkate alındığında dahi haberleşme üzerinden alınan vergilerin ölçülü ve makul olduğundan bahsetmek güç görünmektedir.

Daha teknik ifade ile yapılan çalışmalarda haberleşme hizmetlerinden faydalananların sayısı arttıkça, ekonomik olarak büyüme, istihdam ve üretkenlik üzerinde olumlu artışlar yaşandığı tespit ve ispat edildiğinden, hizmetler üzerinden alınacak her türlü vergi ve diğer mali yükümlülüklerin, bu olumlu etkiler üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracağı aşikârdır. Dolayısıyla haberleşme özgürlüğünün, demokratik toplum düzeni ve toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için ana unsurlardan biri olması hasebiyle, bunu yasaklayıcı veya engelleyici mahiyette olan vergi uygulamaları, hakkın özünü zedeleyecektir ve ölçülü kabul edilemez. Eğer vergi ve diğer mali yükler, bu haktan faydalanma bakımından kişiler arasında bir eşitsizlik yaratıyorsa, adaletli de olmayacaktır.

Haberleşme üzerinden alınan vergi ve diğer mali yüklerle bakıldığında, hizmetin verginin konusu içine alınması, yasa koyucunun iradesinin bir yansımasıdır ve dolayısıyla mümkündür. Vergiler, şayet zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan beslenmekte ise, haberleşme hak ve özgürlüğü üzerine sektöre özel vergi konulmasına lüzum var mı yok mu? Ya da tam tersi sektöre özel vergi konulacak ise, KDV gibi bir verginin konusunun dışında tutulamaz mı? Soruları ayrıca tartışılmayı gerektiren konulardır. Ancak yaklaşık olarak, haberleşme hizmetlerine, toplamda en az %33 ile %44 arasında vergi uygulanıyor olduğu hesaplandığında, bu düzeyde bir vergilendirmenin haberleşme hakkının kullanılmasını zorlaştırıcı etki yaratmakta olduğu ve dolayısıyla hakkın özünü zedeleyebileceği ifade edilebilir. Elbette bu, Anayasa'ya göre herkes haberleşme

⁷¹ 2016 yılı Faaliyet Raporu, Tablo 16: Bütçe Kanununda Öngörülen Genel Bütçe Gelirlerinin gerçekleşme Oranları, http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/faaliyetraporlari/2016/2016_faaliyet_raporu.pdf, s.186.

özgürlüğüne sahip olduğuna göre, uygulanan vergiler dolayısıyla hakkını kullanamayanların ya da kullanmaktan vazgeçenlerin varlığı halinde önem arz edecektir.

Ayrıca haberleşme özgürlüğüne konulan/ uygulanan vergi ve diğer mali yükler “sınırlama aracı”, vergilendirme yetkisini kullanma gücü olan devletin vergi geliri elde etme ihtiyacını karşılama ise “sınırlama amacı” olduğunu göre, vergi ve diğer mali yükler (araç) ile, vergilendirme yetkisine dayalı gelir ihtiyacı (amaç) karşılandığından “elverişli ve gerekli” kabul edilebilecekken, başvuru vergi ve diğer yükümlülüklerin, birey veya kurumlar üzerindeki yükü (en az %33-44 olduğu) dikkate alındığında ölçülü kabul edilemeyecektir. Üstelik toplam vergi gelirleri içinde sadece ÖİV'nin %1'e yaklaştığı da dikkate alındığı vakit ölçülü olmadığı kanıtlanmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesi demokratik toplum düzenine uygun bir vergilendirme yapılmasının ölçülü olacağına amirdir. Dolayısıyla demokratik vergileme kişilerin esas itibariyle dolaylı vergiler üzerinden değil, dolaysız vergiler üzerinden vergilenmesini esas alır. Adil bir vergileme ancak bu şekilde sağlanabileceğinden haberleşme üzerinden alınan vergiler bu yönden de ölçülü sayılamaz. Asıl olan haberleşme gibi en temel hakkın kullanımını sırasında bireyleri ağır vergi yükü ile karşı karşıya bırakmak değildir. Ölçülülük açısından böyle bir vergilendirme demokratik vergilemenin önüne geçer ve elverişli bir araç olmaktan çıkartır. Kaldı ki harcama vergilerinden en geneli olanı (KDV) haberleşme üzerinden zaten alınırken bir de özel bir vergi konularak haberleşme hizmetlerinin ağır vergi yüküne mazur bırakılması sektörün önünde de önemli bir engeldir. Haberleşme araçları üzerinde vergi yükü ne kadar az olursa başta internet olmak üzere pek çok iletişim hizmeti ucuzlayacak, bilgiye ulaşma maliyeti düşecek ve ekonomik açıdan yaratılan bu durum ticari ve sosyal iletişimi artıracaktır. Bazı ülkelerde internet gibi bilgiye ulaşılmasında ve bilgi paylaşılmasında en büyük araç olarak kullanılan araçların bedava olmasını ardında yatan nedenlerin araştırılması gerekir⁷². Özetle bu ağır vergilerin ölçülü olduğunu savunmak pek mümkün değildir.

⁷² Finlandiya devleti tarafından belirlenen yasayla, internetin ‘temel insan hakkı’ olduğu 01 Temmuz 2010’da yürürlüğe giren yasaya kabul edilmiş ve telekomünikasyon firmalarının her vatandaşa ücretsiz internet hizmeti vermekle yükümlü olduğuna ka-

5. SONUÇ

Vergilendirme yetkisinin kullanımı sırasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda çizgilerin net olarak ortaya konulması hukuk devleti açısından çok önemli bir konudur. Vergilemenin nasıl ve hangi sınırlar içinde yapılacağı temel hak ve özgürlüklerin kullanımına engel olduğu durumlarda anayasal ihlallerin ortaya çıkması muhtemeldir. Bu bağlamda elbette AİHM ile paralel olarak, AYM önüne gelen olay üzerinden hakkın özüne dokunmama, ölçülülük ve zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ilkeleri bağlamında değerlendirme yapacaktır. Bu noktada bugün için tartışmanın yersiz ve yetersiz olduğu husus ise, devletlerin egemenlik gücünün somut olaydaki en büyük yansımalarından birisi olan vergilendirme yetkisidir. Ancak vergilendirme yetkisinin sınır hususunda, önüne gelen somut olayda belirlediği ve ayrıntıları yukarıda ele alınan kriterler bazında değerlendirecektir.

Haberleşme özgürlüğü üzerindeki vergi ve diğer mali yüklerden yola çıkarak yapılan incelemede, ölçülülük ilkesinin bu hak açısından yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Çalışmada detaylarına girilmeye çalışıldığı üzere halihazırda konulan mali yükümlülüklerin pek çok ülke uygulamasına nazaran da ağır olduğu bir gerçektir. Ancak somut olayda hakkın kullanımına engel olmayacak ağır mali yükün üst sınırının tespiti son derece zor ve belki imkansızdır. Nitekim hak sahibi her kişi açısından durum farklılık arz etmektedir. Ayrıca bu yüke katlanılıyor (zorunda) olmak mali yükün ölçülü ve makul olduğu anlamına da gelmeyeceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Ahmet Cemal Ruhi ve Yavuz Kaplan, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/99481>.

Ahmet Danışman, Basın Özgürlüğünün Sağlanması Önlemleri, Ankara Üniversitesi Basın-Yayın Yüksek Okulu Yayınları No:1, Ankara, 1982.

Ali Özdemir, “Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım”, *International Journal of Legal Progress*, Volume:2, Year: 2016, Number:2, ISSN:2149-6021.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu, 2017 Yılı 2. Çeyrek, Eylül 2017.

Bülent Kent, “Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 2.*

Durmuş Tezcan, Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2002.

GSMA, Digital Inclusion and Mobile Sector Taxation 2016, <https://www.gsma.com/mobilefordevelopment/wp-content/uploads/2016/07/Digital-Inclusion-and-Mobile-Sector-Taxation-2016.pdf>, (Erişim: 11.09.2017).

2016 yılı Faaliyet Raporu, Tablo 16: Bütçe Kanununda Öngörülen Genel Bütçe Gelirlerinin Gerçekleşme Oranları, http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/faaliyetraporlari/2016/2016_faaliyet_raporu.pdf.

İbrahim Organ ve Ali Gökhan Gölçek, “Anayasa’da Bulunan Kişi Hak ve Ödevlerinin Sınırlandırılması: Vergi Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İİBF Dergisi, Yıl: Temmuz 2017, Cilt- Sayı:10 (3).*

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/ak/turkce/009_tur.pdf, s.337-338.; http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf.

İrfan Paçacı, “1982 Anayasası Mayınlı Alan: ‘ Düşünce Özgürlüğü’(Anayasa Madde 25 ve 26’nın Analiz ve Yorumu)”, *İnsan Hakları Yıllığı, Vilt 19-20, 1997-1998.*

İrfan Paçacı, “1982 Anayasası Mayınlı Alan: ‘ Düşünce Özgürlüğü’(Anayasa Madde 25 ve 26’nın Analiz ve Yorumu)”, *İnsan Hakları Yıllığı, Vilt 19-20, 1997-1998.*

Kayhan İçel, “Haberleşme Özgürlüğü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 41, Sayı 1-2, 1975, http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article Tarihelliği Bağlamında İnsan Hakları /view/1023004646), (Erişim:05.09.2017).*

M. Semih Gemalmaz, “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları”, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, Sayı:7-8 / 1 Yıl- / 1986, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/c9d2b344cef636d_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi.

Mehmet Ali Ağaoğulları, “Fransız Devriminde Birey Devlet İlişkisi (1789-1794)”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/453/5110.pdf>, (Erişim: 05.09.2017).

Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Madde Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2002. C. 9.

Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, 18. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.

Munci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Muzaffer Sencer, “Hak ve Özgürlük Kavramı”, İnsan Hakları Yıllığı, Sayı:14 / 1 Yıl:- / 1992, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/e921287514c26ac_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi.

Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.

Necmeddin Bağdadioğlu ve Murat Çetinkaya, “Türk Mobil Telekom Sektörünün Vergilendirilmesi”, http://www.tepav.org.tr/upload/files/haber/1282130892-9.Turk_Mobil_Telekom_Sektorunun_Vergilendirilmesi_Vergi_Yuku_Analizi_Ve_Olasi_Bir_Vergi_Indiriminin_Etkileri.pdf, (Erişim: 10.09.2017).

Nigel Ashford, “Özgürlük”, http://www.ozgurtoplumundegerleri.com/res/Nigel_Ashford_Ozgurluk.pdf, (Erişim:10.09.2017).

Niyazi Öktem, “Fransız Devriminin Felsefesi ve Türkiye”, http://www.academia.edu/9964990/Frans%C4%B1z_Devriminin_Felsefesi_ve_T%C3%BCrkiye

Royman Wacks, Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, (Çev. Engin Arıkan), İstanbul: 2015, Tekin Yayıncılık.

Şeref Ünal, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefesi ve Hukuki Temelleri”, Ankara Barosu Dergisi, 1994, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1994-1/4.pdf>, (Erişim: 15.09.2017).

Ulaş Karan, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi: “Bütüncül Yaklaşım”, Amme İdaresi Dergisi, Eylül 2007, Sayı:40-3.

Zühtü Arslan, “Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:19, Yıl:2002.