

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 16

Özel Sayı

2014



PROF. DR.
HAKAN PEKCANİTEZ'E
ARMAĞAN

IV

İZMİR - 2015

ISSN 1303-6963



Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ



**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

Cilt / Volume : 16

Özel Sayı / Special Issue

Yıl / Year : 2014

**PROF. DR.
HAKAN PEKCANİTEZ'E
ARMAĞAN**

**A Festschrift for Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Festschrift für Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ**

ISSN : 1303 - 6963

IV

İzmir - 2015

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan - IV

Cilt: 16 Özel Sayı Yıl: 2014

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.015.060.776

ISSN: 1303-6963

1. Baskı

Derginin Sahibi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Sorumlu Müdür : Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35400 İZMİR

Yayının Türü : Yerel Süreli - 6 ayda bir yayımlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Editör : Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

Armağan Editör Yardımcısı : Doç. Dr. Mine AKKAN

Armağan Yayın Komitesi : Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES, Doç. Dr. Murat ATALI, Doç. Dr. Mine AKKAN
Doç. Dr. Ali YEŞİLIRMAK, Yrd. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR

Yayın Komisyonu : Prof. Dr. Melda SUR, Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK, Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER, Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK, Doç. Dr. Murat AYDOĞDU
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN (Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Üniversitesi)

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Buca 35390 İZMİR
Tel: (232) 420 18 25 Fax: (232) 420 18 27
www.deu.edu.tr/hukuk

Tasarım ve Mizanpaj : Uzm. Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.

Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

Basım Tarihi : 30 Nisan 2015

Basım Adedi : 600 adet

Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İZMİR
Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

© Tüm Hakları Saklıdır.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin

Öz Değerleri

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

Temel Amacımız

**Akıl ve bilimin önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Y a y ı n İ l k e l e r i

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazılar A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.
3. Gönderilecek yazıların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 30 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.
4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidir.
5. Yazıların ilk değerlendirilmesi Yayın Komisyonunca yapılacak, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Komisyonu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Yayın Komisyonunca yapılacak ilk değerlendirmeden sonra yazılar hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
7. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda ikinci bir hakem incelemesi yapılmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayınlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.
8. Hakem incelemesinden geçen ve yayınlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayınlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin “Office’98 Word” programı altında kaydedilmiş bir diskette birlikte başlığının İngilizce karşılığı da eklenmek suretiyle A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmesi gerekir.
9. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle “basıla” verdiği kabul edilir.
10. Yazılar yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

SUNUŞ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Fakültemizde, yaşanması arzu edilmeyen bir dönemin ardından, 25.08.2000-24.08.2003 tarihleri arasında yedinci dekan olarak görev yapmıştır. Dekanlık yönüyle bir selefim; akademik açıdan ise, kendisine ağabey diye hitap ettiğim bir büyüğümdür.

Her Dekanın döneminde büyük-küçük bazı değişimler-dönüşümler olmaktadır. *Hakan ağabeyin* dekanlık dönemi ise, Fakültenin kendini bulduğu bir dönemdir. O dönemde yapılanların tamamının sayılıp dökülmesine gerek yoktur. Ancak, benim de içinde bulunduğum bazı önemli değişim-dönüşümlerin mutlaka belirtilmesinde yarar vardır.

Bu dönemde,

- bütün niyet ve çabalara rağmen, düzetilememiş-düzenlenememiş olan Fakülte Kütüphanesi, şahsımın Kütüphane Komisyonu başkanlığına getirilmesinin ardından adetâ bir kitap yığımından Kütüphane haline dönüştürülmüştür. Bir kitabın bir baskısından yüzlerce nüshanın Kütüphane raflarında olmasına son verilmiş; kullanılamaz hale gelenler kayıtlardan düşülmüş; kullanılabilir fazlalıklar için yedekleme yapılmak suretiyle *Arşiv* oluşturulmuştur. Kısacası, Kütüphane, kitap yığını olmaktan kurtulmuş; temiz, kullanılabilir bir Kütüphane haline gelmiştir. Son yıllarda yeni alımlar ve bağışlarla birçok yönden gıpta edilen bir kütüphaneye dönüşmektedir.
- Onbeş yıldır yayınlanmayan *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, *hakemli dergi* olarak yayınlanmaya başlamıştır. Dergi Editörlüğü görevi şahsıma tevdi edilmiş ve kendisinin dekanlığı süresince hiçbir sorun yaşanmadan bu görev yerine getirilmiştir. Dergi, Hukuk Fakültesi dergileri arasında saygın bir yere sahiptir. Armağan olarak yayınlanan özel sayıları ve Armağan Takdim törenleri ise, örnek olmaya devam etmektedir.
- Üniversitelerde çok sayıda Araştırma ve Uygulama Merkezi bulunmaktadır. Hukuk alanında Ankara Üniversitesi ve İstanbul Üniversitesinde bazı Enstitüler ve/ya da Merkezler olmasına rağmen, ülkemizin üçüncü eski Hukuk Fakültesi olan Dokuz Eylül Üniversitesi

VIII

Hukuk Fakültesinin faaliyet alanında herhangi bir merkez yok idi. Yine bu dönemde, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Merkezi (DEHAMER)* kurulmuştur.

- *Aile Hukuku* ile *Ekonomi Hukuku Tezsiz Yüksek Lisans* programları da bu dönemde açılmıştır.
- Ülkemizde Hukuk Fakülteleri içinde ilk defa Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, *Aktif Eğitim/Öğretim* adıyla bilinen *Probleme Dayalı Öğrenme* uygulaması başlatılmıştır. Öğrenci kontenjanlarının artırılması; beşerî imkân ve fizikî mekân yetersizliği yüzünden bu yöntem daha sonraki dönemlerde sürdürülememiş, klâsik öğretim yöntemine maalesef geri dönülme zorunda kalmıştır. Aktif Eğitimin benimsenmesi sürecinde *Hakan ağabeyin* heyecanını hiç unutamam. Hele değişik toplantılarda bu konuya ilişkin olarak yaptığı sunumlardaki heyecanı görülmeye ve yaşanmaya değerdi.
- Fakültede bir huzur ortamı oluşturulmuş; Fakültenin üniversitede ve hukuk kamuoyunda saygınlığı artmıştır. Ancak, kendisi sadece bir dönem dekanlık yapmış; bu olumlu gelişmelerin devamı maalesef sonraki dönemde devam ettirilememiştir. Arada duraklamalar yaşanmış olsa da, fakülte saygınlığını ve verimliliğini-etkinliğini sürdürmeye devam etmektedir. Bu anlamda, teslim alınan emanete sahip çıkılmaya gayret edildiğini belirtmek gerekir. Fakültemizin bu günlere gelmesinde büyük katkıları olan *Hocamıza* şükran borçluyuz.

Dekan adaylığı önerisi, o dönemde benim de içinde bulunduğum *genç öğretim üyeleri* tarafından yapılmış ve desteklenmiştir. Dekanlık görevi sona erdikten sonra, Fakültenin ayrılıp *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesine* geçmiştir. Ancak, kuruluş döneminin ilk asistanlarından olduğu ve bir dönem dekanlığını yaptığı Fakültesi ile ilgisini hiç koparmamıştır. Fakat, Fakültenin işleyişine hiçbir zaman müdahil olmamış; arkasında *tortu* bırakmamıştır.

Fakültenin ayrılıp olmasına rağmen, görev yaptığı anabilim dalı öğretim elemanları ile ilişkisini ve iletişimini kesmemiştir. Ortak çalışmaları ve yayınları devam etmektedir. Çünkü, birliktelikleri karşılıklı olarak birbirlerine değer katmakta ve sinerji oluşturmaktadır. Bu sayede, şu an itibarıyla

Ülkemizin en etkili medenî usûl ve icra-ıflâs hukuku ekibi olmak özelliklerini-ayrıcalıklarını sürdürmektedir.

Hakan ağabey, sadece gemiŖte ve/ya da Ŗu an görev yaptığı faklterlerde değil, baŖkanı ve/ya da yesi olduğu *Kanun Komisyonları* aracılığı ile de ok sayıda meslektaŖının *ağabeyi*, *büyüğü* ve *ustası* olarak nitelendirilmektedir. alıŖtıėı alanda ve görev yaptığı kurumlarda *iz bırakanlardan* olmuŖtur.

Fakültemizin son altı yılında ilgili olduğu faaliyetlere-toplantılara-kongrelere davet edilmiŖ; davetlerin hibirini geri evirmemiŖ; hangi düzeyde ve aŖamada katkı talep edildi ise, onu büyük bir özveri ve heyecanla yerine getirmiŖtir. Kendisine Ŗahsım ve fakltem adına ok teŖekkr ediyorum.

Bir vefa borcunu yerine getirmek sadedinde *Fakülte Dekanlığı* ve bir zamanlar mensubu bulunduğu *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı BaŖkanlıėı* nclğnde hazırlanıp yayınlanan ve *Dört Cilt* olarak elinizde tutmakta olduğunuz *Armağan* bir hukuk makaleleri demetidir. Bu *Armağan*, *Hocamızın* hukuk camiasında tanınmıŖlıėının ve sevildiğinin bir göstergesidir. Sevenlerinin yazılarından oluŖan bu *Gldesteyi* kendilerine *Armağan-Takdim* etmekten mutluluk duyuyorum.

Kendisinden ok Ŗeyler öğrendiğimiz ve öğrenmeye devam ettiğimiz ***Hocamıza***, değerli *ağabeyime* sağlık, mutluluk, barıŖ ve baŖarı dolu bir ömür diliyorum.

Prof. Dr. Yusuf KARAKO

Dekan

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
A Festschrift for Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Festschrift für Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Cilt-Volume-Band 16 / Özel Sayı-Special Issue-Sonderausgabe 2014

İÇİNDEKİLER / CONTENTS / INHALTSVERZEICHNIS

<i>SUNUŞ/Preface/Vorwort</i> Prof. Dr. Yusuf Karakoç	VII
Prof. Dr. Hakan Pekcantez'in Özgeçmişi	XXXV
<i>Biography of Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i>	
<i>Die Biographie von Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i>	
Prof. Dr. Hakan Pekcantez'in Eserleri	XXXIX
<i>Publications of Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i>	
<i>Die Veröffentlichungen von Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i>	

ANILAR / MEMOIRS / ERINNERUNGEN

Prof. Dr. Bilge UMAR	XLV
Biraz Anı Biraz Hukuk	
<i>A Little Memoir, A Little Law</i>	
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN	LIII
Değerli Meslektaşım Prof. Dr. Hakan Pekcantez	
<i>My Dear Colleague Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i>	
Prof. Dr. M. Polat SOYER	LV
Hakan İçin (Yetersiz de Olsa) Birkaç Söz	
<i>A Few Words for Hakan (Although not Enough)</i>	

XII

Prof. Dr. Oğuz ATALAY	LVII
Hakan Hoca'yı Anlatamamak	
<i>Having Difficulty to Explain Professor Hakan Pekcanitez</i>	
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	LIX
Değerli Hocam ve Ustam Prof. Dr. Hakan Pekcanitez	
<i>Dear Teacher and Master, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	
Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ	LXIII
Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e	
<i>To Prof. Dr. Hakan Pekcanitez</i>	

MAKALELER / ARTICLES / AUFSÄTZE

CİLT I / VOLUME I / BAND I

MEDENÎ USÛL HUKUKU - I / CIVIL PROCEDURE LAW - I **ZIVILPROZESSRECHT - I**

Prof. Dr. Hans-Jürgen AHRENS	3-17
Die künftige Patentgerichtsbarkeit der Europäischen Union	
<i>The Patent Jurisdiction of European Union in the Future</i>	
Prof. Dr. Recep AKCAN	19-34
Hal Hakem Heyeti	
<i>Arbitration Tribunal of Market Place</i>	
Prof. Dr. Christoph ALTHAMMER	35-51
European Principles of Civil Procedure und nationale Mindeststandards –	
Überlegungen aus deutscher Perspektive	
<i>European Principles of Civil Procedure and National Minimum Standards-</i>	
<i>Thoughts from a German Perspective</i>	
Prof. Dr. Oğuz ATALAY	53-76
Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme	
Aracılığıyla Kullanılması	
<i>The Use of the Right to Information and Examination by Court Order</i>	
<i>in Joint Stock Companies</i>	

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	77-103
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri	
<i>Consumer Arbitration Tribunals under Public Law No. 6502 on Protection of Consumers</i>	
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ	105-122
Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar	
<i>Problems Faced in the Recognition and Approval of Foreign Arbitration Awards in Turkey</i>	
Prof. em. Dr. Dr.h.c. Dr.h.c. Peter GILLES	123-132
Arş. Gör. Abdulkadir HAŞHAŞ (Çev.)	
Almanya'da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet	
<i>Remedies against Judgements in Germany: abundance, complexity, cliches, and questionable legitimations</i>	
Prof. Dr. iur. Tarkan GÖKSU	133-169
Prozessarmut im Schiedsverfahren: Rechtslage nach der schweizerischen lex arbitri	
<i>Procedure Deficiency In Arbitration Procedure: Legal Position in Accordance with Swiss Lex Arbitri</i>	
Prof. Dr. Burkhard HESS	171-179
Private Streitbeilegung und staatliche Justiz: auf der Suche nach der richtigen Balance	
<i>Private Dispute Settlement and State Justice: In Search of Right Balance</i>	
Prof. Dr. Georg E. KODEK	181-200
Justizielle Zusammenarbeit zwischen der Türkei und Österreich – Eine Nachlese	
<i>Judicial Cooperation Between Turkey and Austria- An Afterthought</i>	
Prof. Dr. Hans KUDLICH	201-216
Nichtige Urteile im Zivil- und Strafprozessrecht	
<i>Null and Void Decisions in Civil and Criminal Procedure Law</i>	

Prof. Dr. Baki KURU	217-229
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. Maddesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilmiş Olması Vesilesiyle İdari Yargının Görevine Giren Bazı Davaların Özel Bir Kanun Hükmüyle Adli Yargının Görevine Dahil Edilmesi	
<i>Incorporation of Some Cases on Which Administrative Justice Has Jurisdiction Into the Ordinary Jurisdiction Through the Provision of a Special Act on The Occasion of the Supreme Court's Decision Nullifying Article 3 of Civil Procedure Code</i>	
Professor (em.) Dr. Walter F. LINDACHER	231-237
Befundtatsachenfeststellung durch Gerichtssachverständige im Ausland Anmerkungen zur Beweisaufnahmewegefrage im Lichte von EuGH Rs. C-322/11 - ProRail	
<i>Determination of Status Fact through Court Expert Abroad Notes for Questions of Evidentiary Hearing Ways in the Light of the European Court 322/11- ProRail</i>	
Prof. Dr. Isaak MEIER unter	239-262
Mitarbeit von Dott.ssa Camilla GIUDICI, MLaw / MLaw Carlo HAMBURGER / BLaw Nicola MÜLLER / MLaw Sarah SCHEIWILLER / MLaw Riccarda SCHINDLER	
Einstweiliger Rechtsschutz im schweizerischen Recht zwischen Optimierung und Standardisierung	
<i>Interim Legal Protection in Swiss Law between Optimization and Standardization</i>	
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	263-300
HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler	
<i>Proceedings to be Made in Case of Deficiency of Lawsuit Petition in Terms of Civil Procedure Code</i>	
Prof. Dr. Hanns PRÜTTING	301-309
Neues zum Streitgegenstand	
<i>New to Object of Litigation</i>	

Prof. DDr. h.c. Dr. Walter H. RECHBERGER	311-327
Das neue türkische Zivilprozessrecht aus der Sicht eines österreichischen Prozessualisten	
<i>The New Turkish Civil Procedure Law from the Viewpoint of one Austrian Civil Procedure Lawyer</i>	
Prof. Dr. Herbert ROTH.....	329-344
Die „tatsächliche Vermutung“ im Zivilprozess	
<i>The “Actual Presumption” in Civil Procedure</i>	
Professor Dr. Marianne ROTH / Dr. Claudia REITH.....	345-367
When the Common Journey Comes to an End – Getting Divorced in Austria	
Prof. MMag. Dr. Daphne-Ariane SIMOTTA.....	369-380
Zur örtlichen Zuständigkeit für eine vom Staatsanwalt gegen beide Ehegatten erhobene Klage auf Nichtigerklärung ihrer Ehe	
<i>About Local Jurisdiction of Filing Lawsuit by State Prosecutor Against Both Husband and Wife Upon Nullification of their Marriage</i>	
Prof. Dr. Andreas SPICKHOFF	381-397
Die Haftung des Notars zwischen öffentlicher Amtshaftung und privater Berufshaftung	
Ein Beitrag aus Deutschland	
<i>The Liability of Notaries Between Public Liability of Officer and Private Professional Liability</i>	
<i>A Contribution from Germany</i>	
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN	399-410
Anayasal Şikayet ve Adalet Erişim	
<i>Constitutional Complaint and Access to Justice</i>	
Prof. Dr. iur. Thomas SUTTER-SOMM	411-429
Dr. iur. Benedikt SEILER	
Die Schweizerische ZPO und ihre Auslegung -kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts	
<i>The Swiss Code of Civil Procedure and Its Interpretation- Critical Dictum in Addition to a Judicial Decision of the German Federal Court</i>	

- Prof. Dr. Şükran ŞIPKA** 431-458
Yrd. Doç. Dr. Sezin AKTEPE ARTIK
Katılma Alacağı Davası Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?
Could an Action of Debt which is Related with Division of Matrimonial Property Be Filed as an Action of Indefinite Debt?
- Prof. Dr. Süha TANRIVER** 459-468
Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler
Some Opinions upon Conventions Defining the Competent Court within the Context of the Civil Procedure Code
- Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ** 469-482
Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme
The Court Having Jurisdiction in Arbitration within the Frame of Amendments Made with regard to Commercial Courts
- Prof. Dr. Ömer ULUKAPI**..... 483-507
Arş. Gör. Taner Emre YARDIMCI
6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi
Submission of Evidence afterwards within The Frame of Civil Procedure Code No. 6100
- Prof. Dr. Bilge UMAR** 509-514
Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı
An Unacceptable Decision of Joint Chambers Taken With one Vote Majority
- Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER** 515-530
Die einstweilige Verfügung zur Räumung von Wohnraum nach § 940a Abs. 2 der deutschen ZPO
The Preliminary Injunction in Addition to Eviction of Dwelling House in Accordance with Article 940a Paragraph 2 of German Civil Procedure Code
- Prof. Dr. Ejder YILMAZ**..... 531-554
Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı
Action for Nullity of Exceptions Case in Arbitration and Rule of Arbitrationworthy

- Doç. Dr. Mine AKKAN** 555-609
 Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi
Sending Questionary to a Witness in Civil Procedure Law
- Doç. Dr. İbrahim AŞIK** 611-630
 Hakimin Yargılama Faaliyeti Sebebiyle Devlete Karşı Açılan Tazminat Davasına İlişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Düşünceler
On The Decision of The Court of Appeal Related to the Action of Damages Because of the Judicial Activities of the Judge
- Doç. Dr. Murat ATALI** 631-652
 Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı
Notice of Proceeding to Social Security Institution in Action for Fixing of Period of Service
- Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN** 653-694
 Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı
The Concepts of “Presumptive Evidence” and “Probability” in Provisional Injunctions in Light of the Current Decisions of the Supreme Court of Appeals
- Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ** 695-755
 HMK. m.57/1, c Hükümü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller
Cases Where Simple Joinder is Applicable According to Civil Procedure Code art.57/1-c
- Assoc. Prof. Dr. James R. MAXEINER**..... 757-778
Arş. Gör. Nefise Gökçen GÜRCAN (Çev.)
Arş. Gör. Mehmet Akif GÜL (Çev.)
 Amerikan Kuralı: Aslan Payını Alır
The American Rule: Assuring the Lion His Share
- Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY**..... 779-811
 Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması
In The Viewpoint of Supreme Court Decisions with Regard to Time of Action for Nullity Related To Turkish Civil Procedure Code Art. 439

Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECI	813-830
Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri <i>The Concept of Document in the New Turkish Civil Procedure Code and its Place in the Law of Evidence</i>	
Doç. Dr. Seda ÖZMUMCU	831-871
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış <i>The Provisions of Consumer Protection Act No: 6502 and an Overview from the Perspective of Court of Appeal's Decisions on the Conflicts which the Consumer Courts Have Jurisdiction on Them</i>	
Assoc. Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK	873-895
Written Advocacy: Submissions Under The ICC Rules of Arbitration	
Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA	897-941
Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği (HMK m. 124) <i>Voluntary Substitution of a Party in Civil Procedure Law (CPA Art. 124)</i>	
Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN	943-974
HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği <i>According to Article of HMK Guarantee and Terms of Case</i>	
Yrd. Doç. Dr. Kudret ASLAN	975-1024
Yrd. Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN Yrd. Doç. Dr. Taylan Özgür KİRAZ Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar <i>The Decision ruled by the Court about Action of Debt that Sued before the Conditions Occurred</i>	
Yrd. Doç. Dr. Mesut AYGÜN	1025-1066
Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü <i>The Essential Character of Foreign Element and Its Role on Trial</i>	

Yrd. Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU	1067-1089
Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmesine Bakış	
<i>An Inquiry Into Forum Prorogatum Agreements in the Light of a Judgment</i>	

 **CİLT II / VOLUME II / BAND II**

MEDENÎ USÛL HUKUKU - II / CIVIL PROCEDURE LAW - II
ZIVILPROZESSRECHT - II

Yrd. Doç. Dr. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU	1093-1139
Karşı Tarafa Tahmil Olunan Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği	
<i>Nature of the Attorney Fee Shifting as to Civil Procedure Law</i>	
Yrd. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR.....	1141-1213
Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi	
<i>Standard Terms Control of Choice of Court Agreement</i>	
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK	1215-1252
Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar	
<i>Interrelated Actions in Arbitration Procedure</i>	
Yrd. Doç. Dr. Mustafa GÖKSU.....	1253-1273
Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu	
<i>Requirement of Request for the Execution of Provisional Remedy According to The Code of Civil Procedure</i>	
Yrd. Doç. Dr. Elif Kısmet KEKEÇ	1275-1297
Topluluk Davalarında Elde Edilen Hükümün Münferiden Açılacak Davalarda Kesin Hüküm Etkisi	
<i>The Res Judicata Effect of Class Litigations on Individual Cases</i>	
Yrd. Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA.....	1299-1320
Yabancı Bayraklı Gemilerde Çalışan Gemi Adamlarının Hizmet Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi	

XX

*Determination of the Court of Competent Jurisdiction for the Cases
Related with the Service Contracts of Seamen Working at Foreign
Flagged Ships*

Yrd. Doç. Dr. M. Serhat SARISÖZEN 1321-1350

İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadı Birleştirme
Kararı

*Remedy Against Interlocutory Injunction and the Decision of Joint
Chambers*

Yrd. Doç. Dr. Cemil SİMİL 1351-1376

Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları

Limits of Judge's Requirement of the Clarification of the Case

Yrd. Doç. Dr. Ceyda SÜRAL..... 1377-1411

Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası

Execution of Arbitral Awards and Actions for Setting Aside

Yrd. Doç. Dr. Hülya TAŞ KORKMAZ..... 1413-1482

Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son
Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi

*Resumption of Divorce Proceedings by Heirs for the Purpose of
Terminating The Heirship Capacity of the Surviving Spouse*

Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN 1483-1523

Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve
Değerlendirmeler

Some Analysis on Right to Proof in Civil Procedure Law

Yrd. Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI 1525-1551

Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı
Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

*Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in German
Law in Comparison with Turkish Law*

Yrd. Doç. Dr. Gülümden ÜRCAN..... 1553-1604

İş Davaları Bakımından Davadan Feragatin Müteselsil Sorumlu
Dava Arkadaşlarına Etkileri

*The Effects of Waiver of the Law Suit on Jointly and Severally Liable
Parties In Terms Of Employment Disputes*

Dr. Birce ARSLANDOĞAN (Çev.)	1605-1612
Delil Tespitine İlişkin Bir Alman Federal Mahkemesi Kararı <i>A Decision of German Federal Court with Regard to Recording of Evidence</i>	
Dr. Nazlı GÖREN ÜLKÜ	1613-1624
Dava Ortaklığı veya Davaya Müdahale Halinde Hakimin Reddi Talebinde Bulunabilecek Kişiler <i>The Person Who Has the Right to Recuse in Case of an Interplead or Joinder of Parties</i>	
RA Dr. Christoph LIEBSCHER	1625-1643
Objektive Schiedsfähigkeit - eine Skizze <i>Objective Arbitrability – an Outline</i>	
Dr. Mert NAMLI	1645-1668
Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Tekrar Başvurma Yasağı <i>Ban of Recourse Again to New Trial Procedure</i>	
Arş. Gör. Ali Çetin ASLAN	1669-1711
Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış <i>A General Overview of Lawyer Monopoly</i>	
Arş. Gör. Özlem CANBELDEK AKIN	1713-1739
Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasında Misilleme Yaptırımı <i>Retaliation in the World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism</i>	
Arş. Gör. Pınar ÇİFTÇİ	1741-1821
Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları <i>Breach of Fundamental Rights and Problems Related to the Law of Evidence in Divorce Cases Arise from Grounds for Divorce</i>	
Arş. Gör. Buse DİŞEL	1823-1855
Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Bir Karar Işığında Derneklerin “Statüleri Çerçevesinde” Açtığı Topluluk Davaları <i>Group Actions Taken by Associations “Within The Scope of Their Charters” In The Light of a Judgement Rendered by the German Federal Court</i>	

- Arş. Gör. Ersin ERDOĞAN**..... 1857-1884
Milletlerarası Derdestlik (Lis Alibi Pendens)
International Pendency (Lis Alibi Pendens)
- Arş. Gör. Ekin (HACİBEKİROĞLU) ÖMEROĞLU** 1885-1912
Milletlerarası Tahkim Hukukunda Görev Belgesi
Terms of Reference in International Arbitration
- Arş. Gör. Abdulkadir HAŞHAŞ (Çev.)**..... 1913-1933
Yargı Kararlarının Kalitesi
Quality of Judicial Decisions
- Arş. Gör. Büşra KAZMAZ** 1935-1950
Karar İncelemesi - Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi
Uyarınca Sözleşmenin İfa Yerinin Tespiti
*Judgement Analysis – Determination of the Place of Performance
of the Contract in Accordance with Article 10 of Code of Civil Procedure*
- Arş. Gör. Ramazan KORKMAZ**..... 1951-1986
Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Uyulması Gereken Süreler
Deadlines Must be Complied with on Individual Application
- Arş. Gör. Deniz MERAĞLI YAYLA** 1987-2013
Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin
Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin
Üçüncü Kişilere Teşmili
*The Parties of Competence Contracts in Disputes with Foreign
Component and Extention of Competence Contract in the Scope of
Turkish Civil Procedure Code to Third Parties*
- Arş. Gör. A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP** 2015-2061
Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz
veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları
*When is an Arbitration Agreement “Null and Void, Inoperative or
Incapable of Being Performed” in International Commercial
Arbitration?*

- Arş. Gör. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL** 2063-2113
 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi
The Power of Arbitrators and Courts to Decide on Provisional Measures According to International Arbitration Code No:4686
- Arş. Gör. Fulya TEOMETE YALABIK**..... 2115-2162
 Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış
An Overview to Expert Witness in Anglo-American and French Law
- Arş. Gör. Özlem YAZAR (Çev.)**..... 2163-2174
 Alman Federal Mahkemesi Kararı “Anonim Şirketlerin Davada Temsili ve Kanun Yolu Aşamasında Fer’i Müdahale”
Judgement of German Federal Court “Representation of the Incorporated Company within the Lawsuit and Secondary Intervention in Course of the Legal Remedies”

 **CİLT III / VOLUME III / BAND III**

**İCRA VE İFLÂS HUKUKU /
 LAW OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY
 ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT**

- Prof. Dr. Diederich ECKARDT**..... 2177-2205
 Die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“
The “extended enforcement defence lawsuit”
- Prof. Dr. İbrahim ERCAN**..... 2207-2219
 Bir Yargıtay Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu Madde 170’de Düzenlenen Kötü Niyet Tazminatı Hakkında Bazı Düşünceler
In the Light of a Court of Appeal’s Decision Some Opinions about Compensation of Mala Fide Regulated in Article 170 of the Code of Execution and Bankruptcy

- Prof. Dr. Nikolaj FISCHER**..... 2221-2269
 Vollstreckungsrechtsdogmatik und Vollstreckungsreform -
 Zur Rolle der Prozeßrechtswissenschaft bei aktuellen deutschen
 Vollstreckungsrechtsreformen
*Dogmatic of Enforcement Law and Reform of Enforcement- In addition to the
 Role of Procedure Law in Current German Reform of Enforcement Law*
- Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**..... 2271-2294
 Europäisches Insolvenzrecht – eine neue Momentaufnahme
European Insolvency Law- A New Snapshot
- Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL**..... 2295-2318
 Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine
 İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi
*Evaluation of a Decision of Appellate Court with regard to Effect of
 International Agreement of Competency upon Bankruptcy Lawsuit*
- Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**..... 2319-2343
 Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Yeni Bir Araç Olarak
 Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme)
*Placement in the Last Rank (Waiver of Rank) as a New Instrument
 Preventing Bankruptcy in Debt Choked Joint-Stock Companies*
- Prof. Dr. Christoph G. PAULUS**..... 2345-2361
 Insolvenzvermeidung und Insolvenzverfahren
Avoidance from Insolvency and its Litigation
- Prof. Dr. Christian RUMPF**..... 2363-2387
 Die Insolvenz des Verbrauchers in Deutschland
The Insolvency of Consumers in Germany
- Prof. Dr. Stasys VÉLYVIS / Dr. Vilija MIKUCKIENÉ**..... 2389-2404
Arş. Gör. Hande Gül KÜÇÜKKAYA (Çev.)
 Roma Hukukunda İflas Prosedürünün Doğuşu
Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law
- Doç. Dr. Cenk AKİL**..... 2405-2422
 Takip Konusu Adi Senetteki Sahtelik İddiasının İcra Takibine Etkisi
*Claim of forgery on an ordinary note which is subject to pursuance
 and effects of this claim of forgery to debt collecting proceedings*

Doz. Mag. Dr. Henriette-Christine DUURSMA-KEPPLINGER.. 2423-2446

Die Haftung des Masseverwalters gem § 81 Abs 3 IO – Haftung
ex mandato oder Haftung im Zwischenbereich von Vertrag und
Delikt

*The Liability of Executives of Bankrupt's Estate in accordance with
Article 81 Paragraph 3 of Austrian Insolvency Act- Responsibility
by Mandate or Liability in between Field of Tort and Contract*

Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK..... 2447-2511

İcra ve İflâs Kanununda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün
İhlâli Hâlinde Öngörülen Tazyik Hapsi ve Disiplin Hapsinin Mükerrer
Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi

*An Evaluation of Coercive Detention or Discipline Imprisonment
Which is Provided to Violation of the Obligation of Assets Declaration
in the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy in Terms of
non bis in idem Principle*

Yrd. Doç. Dr. Nur BOLAYIR..... 2513-2570

Fikrî Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi

System of Compulsory Execution in Intellectual Property Rights

Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK/ Arş. Gör. Osman DURAN..... 2571-2630

İflas Bürosu (İİK m. 221/1 ve 221/4)

*The Committee of Bankruptcy (The Turkish Execution and Bankruptcy
Code Art. 221/1 and 221/4)*

Yrd. Doç. Dr. Emel HANAĞASI..... 2631-2698

Bireysel Emeklilik Sisteminde Haciz Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Evaluation of Seizure Applications in the Individual Retirement System

Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ 2699-2733

İcra ve İflas Kanunu'nda Düzenlenen Süreler ve İrade Özerkliği İlkesi
Kapsamında İcra İflas Kanunu Madde 20

*Time Arranged in the Execution and Bankruptcy Law and Execution
and Bankruptcy Law Article 20 In Terms of the Principle of Autonomy
of the Will*

Yrd. Doç. Dr. Çiğdem YAZICI TIKTIK..... 2735-2776

Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası

*Compulsory Enforcement Serving to Ensure that Actions are Taken
or Refrained from*

Yrd. Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA	2777-2810
Karar İncelemesi - İcra ve İflâs Kanunu'nun 337. maddesinin [İkinci Fıkrasının (?)] Anayasaya Uygunluğu Sorunu (16. HD., 14.02.2010, 580/1202) <i>A Review on a Decision - The Constitutional Compatibility of Art. 337 [Second Paragraph (?)] of the Enforcement and Bankruptcy Code (16th Civil Circuit, 14.02.2010, 580/1202)</i>	
Öğr. Gör. Dr. İdil TUNCER KAZANCI	2811-2834
İnançlı İşlemlerde İşlemin Taraflarının İflâsı ve İflâsın İnançlı İşleme Etkisi <i>Bankruptcy of Parts in Fiduciary Contract and the Influence of Bankruptcy on Fiduciary Contract</i>	
Arş. Gör. Erdem AKYAZILI	2835-2853
Akıllı Telefonların Haczi <i>Legal Attachment of Smart Phones</i>	
Arş. Gör. Orhan Emre KONURALP	2855-2880
Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi <i>Granting Right to the Debtee for Liquidation of Real Securities</i>	
Arş. Gör. Ali ÖNAL	2881-2907
Yabancı Unsurlu İflâs Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu <i>The Authority of The Turkish Courts in Cases of Bankruptcy Concerning The Foreign Elements</i>	
Arş. Gör. Volkan ÖZÇELİK	2909-2952
Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK m. 80/4) <i>Right to Use Force of the Bailiff in the Proceeding Without Judgement</i>	
Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ	2953-2969
İcra Kefaletinin Şekline İlişkin Bir Yargıtay Karar İncelemesi <i>The Study of a Decision by the Supreme Court of Appeal Regarding the Form of Surety of Execution'</i>	
Hakim Hilmi ŞEKER	2971-3004
İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesi Üzerine Düşünceler <i>Thoughts on the Article 89 of the Enforcement and Bankruptcy Code</i>	

Av. Talih UYAR	3005-3070
Tasarrufun İptali Davasının Tarafları	
<i>Parties of Lawsuits for Annulment of Disposal</i>	

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW / PRIVATRECHT

Prof. Dr. Mustafa ALP	3073-3091
Olumsuz İşyeri Uygulaması İle Bir İkramiyenin Kaldırılması -	
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi- Kararlarının	
İncelenmesi	
<i>Abolition of a Bonus with Negative Workplace Practice - Review of the</i>	
<i>Decisions of Assembly of Civil Chambers and 22nd Civil Chamber</i>	
<i>of Supreme Court</i>	
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ	3093-3104
Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı	
<i>Prescription In Continuous Obligations</i>	
Prof. Dr. Tekin MEMİŞ	3105-3121
Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün	
Paylar Nitelikli Pay Sayılır Mı?	
<i>Are Every Shares In The Group Regarded as a Qualified Share in the</i>	
<i>Banks Privilege of Group Granted?</i>	
Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ	3123-3148
Die Schweiz und das Römische Recht Ein Bild in groben Zügen	
<i>A brief look at Swiss and Roman law</i>	
Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ	3149-3174
Arş. Gör. Nilgün DİNÇER (Çev.)	
İsviçre ve Roma Hukuku Özet Halinde Bir Görünüş	
<i>A Brief Look at Swiss and Roman Law</i>	
Prof. Dr. Peter A. WINDEL	3175-3193
Der neue Vertragstyp des Behandlungsvertrages im deutschen BGB	
<i>The New Contract Type of Treatment Contracts in German Code of</i>	
<i>Civil Law</i>	

- Doç. Dr. Ali AYLİ / Arş. Gör. Didem YARDIMCIOĞLU..... 3195-3239**
Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi
Cheque Drawing Date and Its Significance
- Doç. Dr. Metin İKİZLER..... 3241-3260**
Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve
Türk Hukuku ile Kısaca Karşılaştırılması
*Strict Liability in Principles of European Tort Law and a Short
Comparison of PETL and Turkish Law on Strict Liability*
- Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA 3261-3286**
Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi
*The Role of the Board in Joint Stock Companies in Terms of
Auditing and Supervision*
- Doç. Dr. Hasan PETEK..... 3287-3342**
Kamu Tüzel Kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî
Sorumluluğu
*Civil Liability of Public Corporations According to the Highway
Traffic Code*
- Doç. Dr. Vural SEVEN..... 3343-3350**
Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube –facebook –twitter) Haksız
Rekabet Karşısındaki Durumu
*Status of Social Media Sites (Youtube-Facebook-Twitter) in the
Context of Unfair Competition*
- Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN 3351-3387**
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklık Pay Devrine
Getirdiği Sınırlamalar
*The Restrictions Brought About Share Assignment by Numbered
6102 TCC In Joint Stock Company*
- Yrd. Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN..... 3389-3448**
Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik
Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle
İlişkisi
*Statute of Limitation for Elective Rights Regarding Defective Goods
and Services in Consumer Transactions and its Relation with Guarantee
Undertaking*

Yrd. Doç. Dr. Ali Haydar YILDIRIM	3449-3506
Çek Cezası (TTK 783/3)	
<i>Penalties Related to Cheques (Turkish Commercial Code 783/3)</i>	
Dr. Didem ÖZGÜR	3507-3534
Avrupa Birliği Hukukunda Alkollü Sert İçkilerin Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Korunması	
<i>The Protection of Geographical Indications on Spirit Drinks in the European Union Law</i>	
Av. Uğur ŞİMŞEK	3535-3556
Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza	
<i>Informed Consent in Health Care Law</i>	
Özge KATIRCI	3557-3578
Die Culpa in contrahendo in der Zuständigkeitsordnung der EuGVO (Brüssel I-VO)	
<i>The Culpa in Contrahendo in the Jurisdiction Act Of EuGVO (Brüssel I-VO)</i>	
Burak KEÇECİOĞLU	3579-3612
Hayvan Satışında Ayıptan Sorumluluk	
<i>Liability From the Defect in Animal Sales</i>	

 **CİLT IV / VOLUME IV / BAND IV**

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW / ÖFFENTLICHES RECHT

Prof. Dr. Mahmut Tefrik BİRSEL	3615-3620
Bir Damlada Anadolu İnsanının Dünü, Bugünü, Yarını ve “Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü”	
<i>Past, Today, Future of Anatolian People in a Drop and One’s “Freedom of a Life Free From Fear”</i>	

XXX

- Prof. Dr. Martin BÖSE** 3621-3636
Arş. Gör. Serkan MERAKLI (Çev.)
Alman Ceza Kanunu § 242’de Düzenlenen Hırsızlık Suçunda Malın
Bulunduğu Yerden Alınmasının ve Mal Edinmenin Konusu
Hakkında Hata
*Mistake on the Subject of Displacing and Obtaining Goods in the
Crime of Robbery (§ 242 of the German Criminal Code)*
- Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ** 3637-3739
Vergi Cezası Anlaşmazlıklarının Çözüm Yollarından
Cezalarda İndirim Müessesesi
*Institution of Reduction in Tax Penalties as a Remedy
to Tax Penalty Disputes*
- Prof. Dr. Moris LEHNER** 3741-3757
Arş. Gör. Özgecan GÖK (Çev.)
Dönemsel Vergilendirme Işığında Geçmişe Yürüme Sorunu
Retroactivity Problem in the Mirror of the Periodic Taxation
- Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK / Arş. Gör. İlker TEPE**..... 3759-3797
Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme
(Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin - Öğreti ve Uygulama
Boyutlarıyla - Genel Bir Değerlendirme
*An Overview of the Prohibition of Reformatio in Peius -
In Aspect of Doctrine and Practice – In Turkish Criminal
Procedure Law*
- Prof. Dr. Millard Harrington RUUD** 3799-3842
Öğr. Gör. Burçin AYDOĞDU (Çev.)
“Hiçbir Yasa Birden Çok Konu İçermemelidir”
“No Law Shall Embrace More Than One Subject”
- Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR**..... 3843-3911
Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında
Yürütmenin Durdurulması ve Hukukî Sonuçları
*Stay of Execution and Legal Consequences of Public Procurement
Board’s Decisions in the Context of Judicial Review*

Prof. Dr. Yasin SEZER	3913-3947
Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi	
<i>Invitation Method for Joining Public Procurement</i>	
Yrd. Doç. Dr. Esra ALAN AKCAN	3949-3997
Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler	
<i>Regulations for the Protection of the Victims in the Criminal Law</i>	
Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY	3999-4044
Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi	
Hukukunda İtiraz	
<i>Objection In Turkish Criminal Procedure Law in Light of the Current</i>	
<i>Discussions and Developments</i>	
Yrd. Doç. Dr. Turgay CİN	4045-4116
Yunanistan'daki Azınlıklar ve Bunların Hukuki Durumları	
<i>Minorities of Greece and Their Legal Status</i>	
Yrd. Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU	4117-4137
Uluslararası Hukuka Sosyolojik Bakış: Georges Scelle ve	
Uluslararası Hukuk Kuramı	
<i>Sociological Approach to International Law: Georges Scelle and</i>	
<i>His Theory of International Law</i>	
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nihat KANBUR	4139-4210
6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda	
Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)	
<i>Crime of Sexual Intercourse with Those Who Have Not Achieved</i>	
<i>Adulthood in the Framework of the Amendments of the Act</i>	
<i>Number 6545 in the Turkish Criminal Code (TCC art.104)</i>	
Yrd. Doç. Dr. Emine KARACAOĞLU (Çev.)	4211-4224
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Dördüncü Bölüm Tabor-	
Polonya Kararı (2006)	
<i>Decision of the European Court of Human Rights regarding the</i>	
<i>Case of Tabor v. Poland (2006)</i>	
Yrd. Doç. Dr. İrem KARAKOÇ	4225-4259
Hicri Birinci Yüzyılda Hukukçu Kavramı	
<i>Jurist Concept in First Hijri Century</i>	

- Yrd. Doç. Dr. Ömer KORKMAZ**..... 4261-4329
Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Üyesi Olarak Almanya’da Temel Hakların Üçlü Koruma Sistemi
As a Member of the Council of Europe and the European Union, the System of the Tripartite Protection of Fundamental Rights in Germany
- Yrd. Doç. Dr. Münevver MERTOĞLU** 4331-4353
2004 Yılından İtibaren İstanbul ve Bakırköy Adliyesi’ne İntikal Eden Aile İçi Şiddet Olaylarında Sanık, Mağdur ve Şiddet Olaylarının Profili-6284 Sayılı Yasanın Yansımaları
A Profile of Some Victims of Domestic Violence in the Files of Istanbul Criminal Courts since 2004 and Some of the Impacts of “Law Number 6284 Concerning Victims, Offenders, and Types of Domestic Violence
- Yrd. Doç. Dr. Burak PINAR**..... 4355-4397
Vergi Denetiminin Hukuka Uygunluğunun Yargı Yoluyla Sağlanmasında Hukukî Dinlenilme Hakkı (Teori - Uygulama ve Sorunlar)
Right to be Heard at Ensuring Compliance with Laws on Tax Auditing Through Judicial Remedy (Theory, Practice and Issues)
- Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ**..... 4399-4455
Japon Boğazları
Japanese Straits
- Dr. Mehmet ÖNCÜ** 4457-4495
AİHS’nin 6 § 3 e) Hükmü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı
Right to Have a Free Assistance of an Interpreter in the Meaning of Provision Of 6 § 3 e Of European Convention On Human Rights
- Dr. Mustafa SALDIRIM** 4497-4507
Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna Üye Seçilmesine İlişkin Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi
The Assessment of Constitutional Amendments on Electing Members to the High Council of Judges and Prosecutors

Öğr. Gör. Sabahattin ERİŞİR	4509-4534
İmha Edilen Mallara İlişkin Yüklenilen Katma Değer Vergisinin İndiriminde Uygulanan Kısıtlama Sorunu ve Çözüm Önerisi <i>Question of Limitation Applied In Discount of Added Value Tax Imposed With Regard to Goods Annihilated</i>	
Arş. Gör. Emine Sevcan ARTUN	4535-4566
Karar İncelemesi - Kamu İcra Hukukunda Haciz ve İhtiyatî Haciz İşlemlerine İlişkin Verilen Mahkeme Kararlarının Uygulanması <i>Review of a Decision - Execution of the Court Decision Given About Attachment and Provisional Attachment Proceeding in Public Enforcement Law</i>	
Arş. Gör. Cemal BAŞAR.....	4567-4611
Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri <i>Constitutional Foundations of Public Enforcement Law</i>	
Arş. Gör. İsa BAŞBÜYÜK.....	4613-4631
Kamu İcra Hukukunda Kamu Alacağı'nın Tahsiline Etki Eden Suçlar (AATUHK m.110-114) <i>Crimes with Regard to Collection of Public Receivables within the Public Enforcement Law</i>	
Arş. Gör. Uğur BULUT.....	4633-4670
Kamu İcra Hukukunda Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Haklarının Paraya Çevrilmesi ve Genel İcra Hukukuyla Karşılaştırılması <i>Encashment of the Debtor's Claims on Third Parties in Tax Enforcement Law by Comparison to Enforcement Law in General</i>	
Arş. Gör. Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT	4671-4735
Kamu İcra Hukuku'nda Menfaat Dengesi <i>Balance of Interests in Public Enforcement Law</i>	
Arş. Gör. Türker ERTAŞ.....	4737-4783
Kamu İcra Hukukunda Sosyal Devlet İlkesi <i>The Principle of Welfare State in Public Enforcement Law</i>	

Arş. Gör. Gözde KAZAKER	4785-4814
Vergi Ceza Hukukunda Kanunîlik İlkesine İlişkin Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler <i>Thoughts Upon a Judgment of the Turkish Constitutional Court about the Principle of Legality in Criminal Tax Law</i>	
Arş. Gör. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK.....	4815-4841
Vergilerin Kanunîliği İlkesinin Tarihî Gelişimi <i>The Historical Development of the Principle of Legality of Taxes</i>	
Arş. Gör. Dilara YÜZER	4843-4898
Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi <i>The Principle of Proportionality in Public Enforcement of Law</i>	
HUKUK VE BİREY	4899-4901
<i>Law and Individual</i>	
Yrd. Doç. Dr. Engin TOPUZKANAMIŞ	4903-4915
Hukuk ve Bireyi Anlamak Üzere Notlar <i>Notes on Understanding Law and Individual</i>	
Yrd. Doç. Dr. Pınar BACAKSIZ.....	4917-4941
Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma <i>Punishment and Resocialization</i>	
Yrd. Doç. Dr. Yıldırım TAYLAR.....	4943-4987
Vergi Borcu İlişkisinin Pasif Süjesi Olarak Birey ve Vergilendirme Yetkisinin Bireyin Hak, Özgürlük ve Ödevlerine Etkisi <i>The Individual as a Passive Subject of the Relationship of Tax Debt and Impact of Taxation Power on Rights, Freedoms and Obligations of Individuals</i>	
Yrd. Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ	4989-5010
Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey <i>Construction and Design of a Society by Constitutions: The Real Owners of Constitutions and the Individual in Constitutional Processes</i>	

KAMU HUKUKU

**BİR DAMLADA ANADOLU İNSANININ
DÜNÜ, BUGÜNÜ, YARINI
VE
“KORKUDAN AZADE YAŞAMA ÖZGÜRLÜĞÜ”**

*Prof. Dr. Mahmut Tefik BİRSEL**

I

Gelecek yüzyıllar boyunca *Türkiye Cumhuriyeti*'nin dünyada, etkin ve saygın bir ülke olması için;

(A)

- (i) Cumhuriyetimizin Kurucusu *Mustafa Kemal Atatürk*,
- (ii) Rönesans bilincine sahip *Fatih Sultan II. Mehmet*,
- (iii) 1529'da *Arşidük Ferdinand*'a “*Turck Belegert Wien*” (“Türkler Viyana'yı kuşatıyor”) lejantlı gümüş ve altın sikkeler bastırtan, Doğu Akdeniz ve çevresinde Osmanlı hâkimiyetini tesis eden *Kanunî Sultan Süleyman* gibi tarihimizin büyük isimlerinin yanı sıra;

(B)

- (iv) Anadolu insanında doğulu ve batılı hayat anlayışının ve uygulamalarının birleşebileceği tezini savunan, bugün pek çok Türkiyeli erkeğin isim babası (*Büyük İskender*), ve
- (v) *Corpus Juris Civilis* külliyyatıyla bugünkü *Kara Avrupa*'sı ve *Türkiye Cumhuriyeti* özel hukukunun temelini teşkil eden, bunun yanında “*Ayasofya*” (*Hagia Sophia*) gibi bir büyük anıt eserini

*

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurucu Profesörlerinden

*İnsanlık Tarihine kazandıran ve Roma Hukukunu kanunlaştıran Bizans İmparatoru **II. Justinyanus** gibi, bu topraklarda iz bırakmış ünlü şahsiyetlere de, XXI. yüzyılın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları sahip çıkabilmelidir. Sonuçta, Türkiye Cumhuriyeti topraklarında, Anadolu ve Doğu Trakya'da mukim Türkiye halkları, Demokrasi idaresini ve Laikliği içtenlikle benimsemeyebilmeli ve sahiplenmelidir.*

II

“Osmanlı İmparatorluğu'nun en önemli mirası hiç şüphe yok ki modern bir ulus-devlet olan Türkiye'dir. Laiklik fikrinin esasları da dahil olmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti'ne hâkim olan fikir ve inkılaplar, imparatorluğun son yüzyılında Osmanlı toplumundan fıskıran değişimlere kadar gitmektedir. Laik Türkiye Cumhuriyeti, bugün, bütün İslâm Alemi için hem bir model hem de tartışma konusu konumundadır”¹.

*Osmanlı İmparatorluğu, Batı Avrupa'nın ileri uygarlık düzeyine ulaşmasının temelleri olan Rönesans ve Aydınlanma Çağı'nı hiçbir zaman yaşamadığı için; Batı Avrupa Uygarlığını algılamada ve öncelikle önemsemede oldukça geri kalmıştır. **Kanunî Sultan Süleyman** döneminde *Kara Avrupa*'sı devletlerini etkisi altına alan *Pax Ottomana*'yı yaratan Osmanlı'nın büyük gücüne, XIX. Yüzyılın *Büyük Devletleri (Zümre-i Düveliyeye)*, kendileri gibi *Sanayi Devrimi* yapamadığı için, *Avrupa'nın Hasta Adamı* olarak bakmışlardır. **Atatürk** ve **İnönü**'nün *Cumhurbaşkanı* oldukları dönemlerde, genç *Türkiye Cumhuriyeti* ileri ve doğru atılımlar yaparak *Rönesans* ve *Aydınlanma Çağı*'nı -XX. Yüzyılın birinci yarısında *İslâmiyet*'i de kişisel boyutta dar yorumlayarak- kısmen yakalayabilmiştir.*

III

Afyonkarahisar - Dumlupınar Başkumandanlık Meydan Muharebesi'ni izleyen 1 Eylül 1922 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi Reisi, Başkumandan

¹ Halil İnalçık, Legacy: The Ottoman Case: The Meaning of Imperial, L. Carl Brown, Colombia University Press 1996, s. 22.

Mustafa Kemal'in emri ile, Türkiye Büyük Millet Meclisi Ordularına, "subaylar vasıtasıyla efrada (erlere) dahi" okunan Bildirge'nin sonunda: "Ordular İlk Hedefiniz Akdenizdir. İleri!" emrini, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Geçiş Eşiğinin en hassas anında vermiştir. Ana hedefi vurgulayan bu emri verirken, Başbakan İsmet İnönü'nün İzmir Atatürk Anıtı Açılış Nutkunda (1932) vurguladığı gibi "Gazi, (Başkomutan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı sıfatıyla önderlik ettiği Afyonkarahisar) meydan muharebesini müteakip o meydan muharebesinin neticesini ifade eden hedefi değil, "Akdeniz Medeniyetinde" Türk milletinin hak ettiği mevki almak hedefini göstermiştir".

*Büyük Atatürk bu emrinde: "Yüzyılları aşan ve yön verici bir görüşle, Türk Ulusunun **muasır medeniyet** katına yükseltilmesi ve çitasını yükselterek dünyanın uygar milletleri arasındaki üst düzeyini koruması için, XXI. yüzyılın başında adalet, eğitim, kültür, batı demokrasisi ve insan hakları reformlarının yer alacağı yeni bir anayasa ve hukuk düzeninin uygulanmasını gerekli kılmıştır. Atatürk ve İnönü, XX. Yüzyılın ilk yarısında Türkiye Büyük Millet Meclisleri üyelerine verdikleri demeçlerde: -Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaş ve saygın bir dünya devleti olması yolunda- "**herkesin (her Türk vatandaşının) akıl kuvvetini ve yurtseverlik kaynaklarını kullanarak**" içte ve dışta, aralıksız vereceği uğraşı ve atılımlarını düşünmüşlerdir"².*

***Misak-ı Milli** (12 Şubat 1920) ve **Lozan Andlaşması** (24 Temmuz 1923) ile Türkiye Cumhuriyeti'nin sınırlarını küçültmemek ve genişletmemek bilinci ile, Türkiye Halkı vatan toprağına sahip çıkmıştır.*

*1. Çağdaş (Laik) eğitim ve bilimsel çalışmaları ile Türkiye Üniversiteleri ve Bilim Örgütleri, nihayet yön verici emsal kararları ile **Yargıtay, Kadın-Erkek Eşitliğini ve Kadın Haklarını** (hukuken ve fiilen daima "kadına pozitif ayrımcılık" yaparak) korumuştur ve Cumhuriyetimizin bu ana "Eşitlik" ilkesi fiilen ve hukuken daima korunmalıdır.*

2. Milattan Önce bazı kaynaklara göre 1285, bazı kaynaklara göre ise, 1296 yılında Hitit Kralı Muvattalı II ile Mısır Firavunu Ramses II

² Mahmut Tevfik Birsnel, Hedefimiz Akdeniz, s. 96.

arasında yapılmış *Kadeş Anlaşması*'ndan, *Milattan Sonra* 1923 tarihli *Lozan Barış Andlaşması*na kadar, 3200 yıllık bir zaman dilimi içindeki *Anadolu Uygarlıklarını* da Cumhuriyetimizin vatandaşları, bir diğer anlatımla, *Türk Milleti* sahiplenmiştir ve korumaktadır. Cumhuriyetimizin kuruluşundan bugüne milletimize kazandırdığı temel değerlerin, Türkiye Halklarını tek millet yapan öğeler olduğu kabul edilmeli; nihayet gerçek bir demokrasi ve insan hakları anlayışı, "Ütopya" imiş gibi, sadece, sözlerde ve düşlerimizde kalmamalıdır.

3. "Bugün dahi (Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundaki temel taşlarını korumak koşulu ile) Anadolu (Doğu Trakya dahil), Atatürk Türkiyesi'nde yeniden doğu ve batı arasında birleştirici durumunda olup biz Türkler bu iki kültür dünyasının karşılaşmasından yeni ve başarılı (Milletlerarası boyutta da algılanacak) bir sentez kurmak şansına sahip bulunmaktayız"³.
4. "Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü II. Dünya Savaşı sırasında ABD Başkanı olan *Franklin D. Roosevelt*'in, 6 Ocak 1941 tarihinde *Amerikan Kongresine* hitaben vermiş olduğu "*Dört Özgürlük Demeci (Four Freedoms Speech)*"nde yer verdiği dört özgürlükten birisi ve en yenisi "***Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü***" (Freedom From Fear)dür. Bu demecinde *Başkan Roosevelt*, *Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü*'nü şöyle tanımlamıştır: "... Dördüncüsü, dünyanın herhangi bir yerinde, korkudan kurtulma (korkudan azade yaşama) özgürlüğüdür; ki bu, hiçbir ulusun herhangi bir komşu devlet halkına karşı, tekil ya da çoğul, karşı fiziksel saldırı eylemi gerçekleştirmek durumunda olmayacağı veya olmuş ise tamamen terk edeceği bir noktaya ve davranış aşamasına gelinceye kadar sürecektir dünya çapında etkin ve tam bir silahsızlanma anlamına gelir"⁴. ("The fourth is **freedom from fear**, which, translated into

³ Ünlü Arkeolog Prof. Dr. Ekrem Akurgal'ın "Anadolu Uygarlıkları Ansiklopedisi" (Görsel Yayınları, 1982) Önsözünden alıntı.

⁴ Dört Özgürlük Üzerine, Av. Fikret İlkiz, <http://bianet.org/bianet/dunya/117283-dort-ozgurluk-uzerine>.

world terms, means a world-wide reduction of armaments to such a point and in such a thorough fashion that no nation will be in a position to commit an act of physical aggression against any neighbor - anywhere in the world.”).

Daha sonra, 14 Ağustos 1941 tarihinde ABD Başkanı Franklin D. Roosevelt ile Birleşik Krallık Başbakanı Winston Churchill tarafından yayınlanan Atlantik Bildirisi'nin (Atlantic Charter) 6. Maddesinde de Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü (Freedom From Fear) şu şekilde ifade edilmiştir: “(Başkan ve Başbakan) Nazi istibdadı nihai olarak çöktükten sonra, her ulusa kendi sınırları içinde güvenle yaşamak imkânlarının sağlandığı ve bütün memleketlerin insanların korkudan (ve ihtiyaçtan) azade bir şekilde yaşama imkânlarına kavuşturulduğu bir barışın tesis edildiğini görmeyi ummaktadırlar” (“After the final destruction of the Nazi tyranny, they (the President and the Prime Minister) hope to see established a peace which will afford to all nations the means of dwelling in safety within their own boundaries, and which will afford assurance that all the men in all the lands may live out their lives in freedom from fear and want”) denilmektedir.

Nihayetinde **Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü**, II. Dünya Savaşı sonrası kurulan Birleşmiş Milletler tarafından tüm dünya kamuoyuna duyurulmuş olan *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin Önsöz kısmında da vurgulanmıştır:

“İnsan haklarının tanınmaması veya önemsiz görülmesinin insanlık vicdanını isyana sevkeden vahşiliklere sebep olmuş bulunmasına, dehşetten ve yoksulluktan kurtulmuş insanların, içinde söz ve inanç hürriyetlerine sahip olacakları bir dünyanın kurulmasını insanlığın en yüksek amaçları olarak ilan edilmiş bulunmaktadır.”

“Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people”).

“**Korkudan azade yaşama özgürlüğü**”ne, 37201/06 başvuru numaralı *Saadi v. İtalya* davasında 28 Şubat 2008 tarihinde verilen *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* kararında da, söz konusu kararın Mutabık Oy Yazısı (*Concurring Opinion*) bölümünde değinilmiştir: “(...) Hatta, Sözleşme’nin (*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin*), *Âkit Devletleri, vatandaşlarının mümkün merteye hayatlarının veya mallarının tehlike altında olması korkusundan azade bir şekilde yaşamalarını temin etmeye mecbur kaldığını söyleyebilirim. Bu meyanda, Roosevelt’in meşhur söylevinde değindiği Dört Özgürlük’ten (ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, ihtiyaçtan azade yaşama özgürlüğü ve korkudan azade yaşama özgürlüğü) biri olan “Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü”nü hatırlatmak isterim*”⁵.

5. **Devletin**, iç güvenlik ve milletlerarası güvenliği sağlama bakımından, anayasal kurallara uygun olarak ve hukukun genel ilkeleri ve insan hakları dairesinde ‘**Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğü**’nü tesis etmesi gerekir. Günümüzde, **Türkiye Cumhuriyeti**’nin, komşusu olduğu ülkelerle iyi ilişkiler içinde olduğu ve sınırlarının güvende olduğu söylenemez. Özellikle böylesi bir ortamda, **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**’nin ruhundaki anlayış çerçevesinde, **Doğu Akdeniz**’de hatta dünya arenasında **Korkudan Azade Yaşama Özgürlüğünü** sağlamada, **Türkiye Cumhuriyeti** etkin olmalıdır.

Bu bağlamda, *Türkiye Cumhuriyeti*’nin bir **Hukuk Devleti** olması, bilimsel ve yaratıcı düşünceye sahip, hoşgörülü ve *Batı Medeniyeti* içinde “**korkudan azade**” yaşamaya devam etmesi gereken *Türkiye Cumhuriyeti* ve vatandaşları, *Laiklik ve İnsan Hakları* konularında dünya halklarına - özellikle de Müslüman halklara- örnek olmaya devam etmelidir.

⁵ “(...) I even daresay that the Convention obliges the High Contracting States to ensure as far as possible that citizens can live without fear that their life or goods will be at risk. In that respect I recall that “Freedom from Fear” ranks among the Four Freedoms mentioned in Roosevelt’s famous speech.”, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Saadi v. İtalya Kararı, Başvuru No. 37201/06, 28 Şubat 2008, Mutabık Oy Yazısı’ndan (Concurring Opinion) alıntı.*

**ALMAN CEZA KANUNU § 242’DE DÜZENLENEN
HIRSIZLIK SUÇUNDA MALIN BULUNDUĞU YERDEN
ALINMASININ VE MAL EDİNMENİN
KONUSU HAKKINDA HATA***

*Prof. Dr. Martin BÖSE***

*(Çev.) Arş. Gör. Serkan MERAĞLI****

I. GİRİŞ

Aberratio ictus ve şahısta ya da objede hata kavramları ile ifade edilen hata halleri bu zamana dek diğer suç tiplerine oranla¹ genellikle insan öldürme ve yaralama suçları ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır². Bu bakımdan aşağıda yapılacak olan açıklamalarda hırsızlık (Alm.C.K. § 242) ve yağma (Alm.C.K. § 249) suçlarında “*bulunduğu yerden alma*” eyleminin ve “*mal edinme*” eyleminin konusu hakkında tipikliğin sübjektif yönüne ilişkin hata ile ilgili hangi çıkarımlara ulaşılabileceği ele alınacaktır. Yeni bir

* Makalenin “*Der Irrtum über den Gegenstand von Wegnahme und Zueignung beim Diebstahl (§ 242 StGB)*” isimli özgün metni *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)* isimli derginin 5/2010 sayısında 249 ila 258’inci sayfalar arasında yayımlanmıştır.

** Almanya Bonn Ren Friedrich-Wilhelms Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza, Ceza Muhakemesi, Uluslararası Ceza ve Avrupa Ceza Hukuku Anabilim Dalı

*** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. Çevirmen, makalenin Türkçe’ye çevrilmesi konusunda yakın ilgi gösteren Sayın Prof. Dr. Martin BÖSE’ye değerli desteği için içten teşekkürlerini sunar. (*Der Übersetzer bedankt sich ganz herzlich bei Herrn Prof. Dr. Martin BÖSE für sein nettes Interesse zur Übersetzung des Textes und für seine wertvolle Unterstützung.*)

¹ Örneğin hakaret suç tipi ile ilgili olarak (Alm.C.K. § 185) bkz. KG, GA 69 (1919), s. 117; **Streng**, BayOLG, JR 1987, s. 431; ayrıca krşl. yanlış şüphelenme suç tipi ile ilgili olarak (§ 164): BGHSt 9, 240, 242; **Roxin**, AT I, § 12 kn. 170.

² Örneğin bkz. **Roxin**, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Auflage, 2006, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.

içtihata konu olan aşağıdaki örnek olaya sorunu somutlaştırmak bakımından yer verilebilir³:

A ve B, C'yi dövmüşler ve C'ye ait arabanın bagajından içinde 160.000 Avro civarında bir tutarın bulunduğu karton kutuyu alarak oradan uzaklaşmışlardır. Daha sonra ise karton kutunun kağıt banknotlar değil birkaç şişe şarap içerdiğini tespit ederek hayal kırıklığına uğramış bir şekilde kutuyu atmışlardır.

Söz konusu olayda Alman Federal Yüksek Mahkemesi, suçun konusu karton kutunun kastın yöneldiği ve failer tarafından içinde bulunduğu tahmin edilen banknotları içermiyor olmasından ötürü ve kutunun asıl içinde bulunan şarap şişelerinin mal edinilmesine yönelik failerin hiçbir isteklerinin bulunmuyor olmasından ötürü sadece teşebbüs aşamasında kalmış bir yağma suçunun varlığını kabul etmiştir. Bu bakımdan yüksek mahkeme olayda bulunduğu yerden alınan mallar bakımından hukuka aykırı şekilde mal edinme özel kastının oluşmadığı düşüncesini benimsemiştir⁴. Bulduğu yerden alma ve mal edinme eylemlerinin konusu hakkındaki hata yağma ve hırsızlık suçlarının subjektif tipe uygunluğunun oluşmasına mani olmaktadır. İşte bu düşüncenin haklılığı aşağıda II numaralı başlık altında incelenecektir. Bu husustan keskin bir şekilde ayrılması gereken bir husus ise olaydaki karton kutunun konusunu oluşturduğu hırsızlık ve yağma suçlarının cezalandırılabilirliği sorunudur. Bu nedenle mal edinme maksadı ile ilişkili olarak ortaya çıkan sorunlara çalışmada III numaralı başlık altında sadece kısaca işaret etmekle yetinilecektir.

II. KARTON KUTUNUN İÇİNDE BULUNAN MAL HAKKINDA HATA

Sadece teşebbüs aşamasında kalmış bir yağma veya hırsızlık eyleminin kabulü eylemin konusunu oluşturan malın genel olarak kartonun içinde bulunan başkasına ait bir mal olarak değil failin tasavvuru nasıl idiye o doğrultuda somutlaştırılacak mal (makaleye konu olayda banknot para)

³ Bkz. BGH, NStZ 2006, s. 686 vd.; ayrıca benzer içerikteki bir olay ile krşl. LG Duesseldorf, NStZ 2008, s. 155.

⁴ Bkz. BGH, NStZ 2006, s. 686, 687.

olduğu anlamını taşımaktadır. Bu ikinci yaklaşım hemen hemen hiç temellendirilmemektedir. Yargı içtihatlarının mevcut durumu, kutuların bulunduğu yerden alınmaları esnasındaki mal edinme iradesinin sadece bu kutunun içinde yer aldığı düşünülen/ varsayılan malı kapsadığını kabul etmekte olup failin mal edinme iradesinin örneğin kutunun içinde fiilen bulunmakta olan malı kapsamadığı düşüncesini taşımaktadır⁵. Şayet fail tarafından, bulunduğu yerden alınmak istenen mal, bulunduğu yerden alınan kutunun (ya da diğer bir koruyucu eşyanın) içinde değilse (örneğin bir el çantası⁶, bir para kasası⁷, bir evrak çantası⁸, bir plastik torba⁹ veya bir ceket¹⁰) mal edinilmek istenen malın bulunduğu yerden alınması eyleminin sona ermesinde bir eksiklik ortaya çıkmış olduğu için sadece teşebbüsün varlığı söz konusu olur. Öğretide bu görüş hemen hemen bütün yazarlarca savunulmuştur¹¹. Sadece birkaç yazar tarafından hata önemsiz görülerek tamamlanmış fiilden ötürü cezalandırmanın söz konusu olması düşüncesi benimsenmiştir¹². Yargı içtihatlarına bakıldığında ise son zamanlarda vermiş olduğu bir kararında Düsseldorf Eyalet Mahkemesi şimdiye dek baskın görüş olarak kabul edilmekte olan görüş bakımından önemli bir çekince dile getirmiştir¹³. Mahkemenin bu eleştirisine aşağıda ayrıntılarıyla değinilecektir.

⁵ Bkz. BGH GA 1989, s. 171; StV 1990, s. 408; JR 1999, s. 336, 338; NSTZ 2004, s. 333; ayrıca içinde para bulunduğu düşüncesiyle aslında içinde kozmetik eşyaları bulunan bir çantanın bulunduğu yerden alınması ile ilgili olarak bkz. BGH NJW, 1990, s. 2569.

⁶ Bkz. BGH StV 1983, s. 460; 1990, s. 205, 206; ayrıca bkz. (cüzdan örneği için) BGH MDR/Dallinger 1968, s. 372; (askılı çanta örneği için) StV 1990, s. 408; (malzeme çantası örneği için) NSTZ 2004, s. 333.

⁷ Bkz. BGH MDR/ Dallinger 1975, s. 543; NSTZ 2000, s. 531.

⁸ Bkz. BGH GA 1989, s. 171; NSTZ-RR 2000, s. 343.

⁹ Bkz. BGH GA 1989, s. 171; StV 1990, s. 408.

¹⁰ Bkz. BGH StV 1987, s. 245.

¹¹ **Eser**, in: Schönke/ Schröder, StGB, 27. Auflage (2006), § 242 kn. 63; **Fischer**, StGB, 57. Auflage (2010), § 242 kn. 41a; **Maiwald**, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte (1970), s. 277; **Meyer-Goßner**, NSTZ 1986, s. 103, 106; **Otto**, JZ 1985, s. 21, 23; ayrıca daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Streng**, JuS 2007, s. 422 vd.

¹² **Arzt/Weber**, Strafrecht BT (2000), § 13 kn. 131; ayrıca bkz. **Graul**, JR 1999, s. 338, 341.

¹³ Bkz. LG Düsseldorf, NSTZ 2008, s. 155, 156; Ayrıca krşl. RGSt 52, 147.

1. “Suçun Konusunda Hata” ve “Hedefte Sapma”

Genel olarak kabul gören ilkelere göre yukarıda yer verilen örnek olaydaki eylem tamamlanmış bir malın bulunduğu yerden kasten alınması eylemi niteliği taşımaktadır. Bu bakımdan fail herhangi bir hata hali altında hareket etmiş olmadığından bu durum karton kutu bakımından sorun taşımaz. Öte yandan yine genel olarak kabul gören ilkeler uyarınca bulunduğu yerden alınan kutunun içinden tasavvur edilenin aksine banknot para yerine şarap şişelerinin çıkmış olması failin kastının ortadan kalkmasına yol açmaz; çünkü, her iki olasılıkta da başkasına ait bir taşınır mal söz konusu olup bu yönüyle her iki malın da hırsızlık suçunun oluşabilmesi bakımından elverişli mal niteliği taşıdığı söylenmelidir. Dolayısıyla olaydaki hata bakımından - hem kutunun içinde bulunduğu tasavvur edilen hem de gerçekte kutunun içinde bulunan mal bakımından hırsızlık suç tipine uygun bir eşdeğerlik mevcut olduğundan- kastın varlığını ortadan kaldırmayan nitelikte bir “suçun konusunda hata” durumunun söz konusu olduğu söylenmelidir¹⁴. Bu ilkeler hırsızlık suç tipi bakımından geçerlidir. Bu bakımdan failin eylemin konusu hakkındaki hatası, failin tasavvuru başkasına ait taşınır bir mala ilişkin olduğu sürece önemsiz nitelikte olacaktır¹⁵. Eğer hata suçun konusunda hata niteliğinde değil de hedefte sapma niteliğinde görülerek bilindiği üzere hakim görüşe göre kastı ortadan kaldıracak şekilde nitelendirilmek istenseydi farklı bir sonuca ulaşıldı¹⁶. Bu türden bir konumlandırma, fail

¹⁴ **Streng**, JuS 2007, s. 422, 423; ayrıca bu hususta daha fazla bilgi için bkz. **Puppe**, in: NK- StGB, 3. Auflage (2010), § 16 kn. 93.

¹⁵ **Mitsch**, Strafrecht BT- Vermögensdelikte, Band 2/1, 2. Auflage (2002), § 1 kn. 93; malın özelleikleri veya değeri hakkındaki hata ile ilgili olarak bkz. **Schmitz**, in: MK- StGB, Band 4 (2003), § 242 kn. 105.

¹⁶ RGSt 3, 384; 58, 27, 28; BGHSt 34, 53, 55; 37, 214, 219; NStZ 1998, 294, 295; **Baumann/Weber/ Mitsch**, Strafrecht AT, 11. Auflage, 2003, § 21 kn. 13 vd.; **Cramer/ Sternberg- Lieben**, in: Schönke/ Schröder, § 15 kn. 57; **Jakobs**, Strafrecht AT, 2. Auflage, 1991, Abschnitt 8 kn. 80; **Jescheck/ Weigend**, Strafrecht AT, 5. Auflage, 1996, s. 313 vd.; **Kindhäuser**, Strafrecht AT, 4. Auflage, 2009, § 27 kn. 57; **Kühl**, Strafrecht AT, 6. Auflage, 2008, § 13 kn. 38; **Roxin**, AT I, § 12 kn. 149 vd.; **Rudolphi**, in: SK_ StGB (Stand: 116. Lieferung- November 2008), § 16 kn. 33; karşı görüş için bkz. **Frister**, Strafrecht AT, 4. Auflage, 2009, 11. Kapitel, kn. 60; **Kuhlen**, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, s. 479 vd., 493; **Puppe**, in: NK- StGB, § 16 kn. 95 vd.

bunu suçun işlenmesi sırasında doğrudan fark etmediği sürece mağdurun veya suçun konusunun somutlaştırılmasının mağdurun ne tasavvur ettiği üzerinden değil, mağdurun ya da suçun konusunun aslında ne olduğu üzerinden gerçekleştirilmesini gerektirir¹⁷.

Somutlaştırma bakımından getirilen kriterlerin bu şekildeki değişimi keyfi gözükmemekte olup mağdurun şahsına ilişkin sıradan bir hatanın şahısta veya konuda hata bakımından kastı etkilemediğinin; hedefte sapma bakımından ise kastı ortadan kaldırdığının kabulüne yönelik herhangi bir gerekçe oluşturmaz. Şayet bu tür durumlarda söz konusu olan sınırlandırma sorunu hedefte sapma öğretisinden vazgeçilmesi bakımından vesile sayılmaz ise¹⁸ failin tasavvurundaki yanlışlık durumunda somutlaştırma bakımından çeşitli başka kriterlere dayanılması neticesinden hiçbir şekilde kaçınılamayacaktır. Mağdur ya da suçun konusu bu tür durumlarda eylemin planlanmış olan nedensel süreci ya da nasıl programlanmış olduğu üzerinden somutlaştırılır (örneğin içine zehir konan bir içkiden kim içtiyse gibi)¹⁹. Buna göre Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir arabayı patlatma eyleminde öldürülmek istenen mağdur yerine bir başkasının arabaya binerek kontağı çevirip patlamada hayatını kaybetmesinde göz önüne alınması gerekmeyen bir şahısta hata halinin söz konusu olduğuna hükmetmiştir²⁰. Bu kriter girişte ifade edilen örnek olaya uygulanırsa bu olayda da suçun konusunda hatanın söz konusu olduğu söylenebilir. Çünkü, suçun konusu, fail tarafından mal edinildiği karton kutunun içinde ne bulunuyorsa o olacak şekilde somutlaştırılır²¹.

¹⁷ Aynı yönde **Herzberg** JA 1981, s. 470, 473.

¹⁸ Aynı yönde (daha geniş kapsamlı dayanaklarla) **Puppe**, Strafrecht AT- 1, 2002, § 20 kn. 37 vd.

¹⁹ **Kindhäuser**, AT, § 27 kn. 60; **Kühl**, AT, § 13 kn. 27; **Roxin**, AT I, § 12, kn. 197; **Stratenwerth**, FS für Baumann, 1992, s. 57, 61.

²⁰ BGH NSTZ 1998, s. 294, 295.

²¹ Aynı düşünce için bkz. **Streng**, JuS 2007, s. 422, 423. Hedefte sapma bakımından karşı örnek olarak **Streng** tarafından failin olayın telaşı içinde tasarladığından farklı şekilde hareket ederek asıl mal edinmek istediği kutu yerine başka bir kutuyu mal edindiği ihtimal ele alınmıştır. Bu yaklaşım suçun konusunun bu ihtimalde de ilk olarak malın alındığı anda (buna bağlı olarak temasın algılandığı anda) somutlaştırılacağı kabul edildiği takdirde tartışmalı gözükmemektedir.

Ara sonuç olarak karton kutunun içindekiler hakkındaki hatanın suçun konusunda hata olarak hırsızlık suçunun objektif tipikliği bakımından (başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması) kastı kaldırmayacağı söylenmelidir.

2. Mal Edinme Amacının Göreceliliği

Suçun konusu hakkındaki hata malın bulunduğu yerden alınması kastını ortadan kaldırmıyor ise bu durumda bu hatanın mal edinme iradesi bakımından da bir etki doğurmayacağı sonucuna ulaşılması akla yakın bir nitelik taşıyacaktır. Zira, bulunduğu yerden alınan mal aynı zamanda mal edinme amacının da konusunu oluşturmaktadır (malı kendisine ya da bir başkasına hukuka aykırı olarak mal edinme amacı). O halde örnek olayımızda fail karton kutunun içinde yer alan malları sadece kendisi tarafından tasavvur edilen nakit paranın kutunun içinde bulunma ihtimali ile sınırlı olarak mal edinmek isteyecek idi ise bu durumda bulunduğu yerden alınan malın sahiplenilmesine yönelik mutlak irade eksik olduğundan mal edinme amacının bulunmadığı söylenebilir. Bu bakımdan tıpkı teşebbüste olduğu gibi kararın göreceliliği ile kararın uygulanmasının göreceliliği arasında bir ayrım yapılmalıdır. Buna göre, fail ilk olayda malın edinilmesi hakkındaki kararını (mutlak) bir mal edinme iradesi mevcut olmadığı sürece saklı tutarken ikinci olayda mal edinmeyi (sadece) dışsal bir şarta bağlı kılmaktadır; ancak, bu durumda malı mal edinmeye kararlıdır²². Buna göre failin kutunun içinde ne olduğunu bilmediği ve ilk olarak kutunun içindekileri gördükten sonra kutunun içindeki malları mal edinip edinmeyeceği hakkında karar vermek istediği hallerde mal edinme iradesinin bulunduğu söylenemez. Bu nedenle ne teşebbüs aşamasında kalmış ne de tamamlanmış bir hırsızlık suçundan söz edilebilir. Fail malı bulunduğu yerden aldıktan sonra kutunun içindekileri kısmen veya tamamen mal edinirse bu durumda sadece Alman Ceza Kanunu § 246/1'deki hukuka aykırı şekilde mal edinme suçunu işlemiş olur²³. Fail net bir şekilde karton kutunun içinde mal edinmeye kesin kararlı olduğu belirli bir malın bulunduğu varsayımından hareket ettiği için yukarıda verilen örnek olayda bu tür bir belirsizlik mevcut değildir. Son olarak, failin

²² **Graul** JR 1999, s. 338, 340; **Gropp** JR 1985, s. 518, 519.

²³ **RGSt** 54, 227, 229.

kutunun içerisinde değer taşıyan herhangi bir eşyanın bulunuyor olduğundan tamamen bağımsız olarak kutuyu (malı) bulunduğu yerden alması halinde artık mal edinme iradesine yönelik mutlak bir iradesinin varlığını kabul etmek gerekir²⁴. Bu nedenle failin içinden bir çekince koyarak hareket etmiş olması mal edinme iradesinin varlığının kabulüne engel oluşturmaya yeterli olmayacaktır.

3. Mal Edinilen Eşyanın Failin Saiki Doğrultusunda Somutlaştırılabilirliği Sorunu

Öğretide mal edinme amacının somutlaştırılması malvarlığına karşı işlenen suçların temel düşüncesi doğrultusunda failin tasavvuru aracılığı ile temellendirilmektedir. Bu nedenle yalnızca failin bencilliğini ve egoistliğini üzerinde gerçekleştirdiği malın (çalmayı tasavvur ettiği mal) mağdurun kullanımından mahrum bırakıldığı mal ile özdeş olması halinde tamamlanmış bir eylem söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda da failin özelliklerinden faydalanmak istediği mal somut olayda var olmak zorundadır²⁵. Hırsızlık suç tipini mal edinme amacı ile özdeşleştirme düşüncesinden, belirli olan ya da belli özellikleri ile ayırt edilebilen eşyayı mal edinme isteği anlamını taşıyan ve eylemi işleme gayesi tarafından sevk edilen tasavvurun, mal edinilen eşyanın somutlaştırılması bakımından da göz önüne alınması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bunun anlamı ise bu somutlaştırmanın fail tarafından malın bulunduğu yerden alınmasının temeline yerleştirilen “malın özelliği” aracılığıyla yapılmasıdır²⁶. Konuya amaçsal açıdan yaklaşıldığında da amaçsal nitelikteki yaklaşımların bu düşüncüyü destekler nitelikte olacağı görülebilir. Şöyle ki, hırsızlık suç tipinin sadece bir mal edinme amacını gerektirdiği kabul edilseydi mağdurun zilyetliğinin sona erdirilmiş olması neticesinin oluşmasından kanunun vazgeçmiş olması ve bu yolla da cezalandırılabilirliğin daha öne çekilmesi sonucu ortaya çıkardı. Bu bakımdan faile malın bulunduğu yerden alınmasından sonra mal edinmeye değmeyecek nitelikte gözükür ve bunun sonucu olarak da mal edinmeye konu bir eşya olma özel-

²⁴ **Graul**, JR 1999, s. 338, 340; **Gropp**, JR 1985, s. 518, 519.

²⁵ **Maiwald**, s. 277.

²⁶ **Streng**, JuS 2007, s. 422, 424.

liği gerçekleşmeyen eşyalar bakımından buldukları yerden alınırken bir mal edinme iradesinin var olduğunu söylemek anlamsız olacaktır²⁷.

Hırsızlık suçunda malvarlığına karşı bir suçun söz konusu olmasını sağlayan koşullardan mal edinilen eşyanın eylemi gerçekleştirme saikinin üzerinden belirlenmesinin gerekli olduğu çıkartılamaz. Gerçi her ne kadar hırsızlık saiki kural olarak bulunduğu yerden alınan malın belirli bir amaç doğrultusunda kullanımında (bu bakımdan mal edinilmesinde) bulunuyor olsa da bu amacın (objektif olarak) gerçekleştirilebilir olup olmadığı henüz mal edinme amacının bir unsuru haline gelmemiştir. Bu bakımdan mal edinilen eşyanın eylemi gerçekleştirme saiki üzerinden somutlaştırılması yaklaşımı yerinde değildir. Bu yaklaşım, ulaştığı sonuçlardan hareketle de tatmin edici gözükmemektedir; zira, mal edinilen eşyanın özellikleri veya değeri hakkında, eylemi gerçekleştirme saiki bakımından önem taşıyan her hatanın mal edinme amacını ortadan kaldıracağı sonucuna yol açmaktadır. Şöyle ki bu yaklaşım kabul edildiği takdirde:

Şayet failin çaldığı para koleksiyonunun aslında failin beklentisinin sadece çok küçük bir kısmını karşılayacak değere sahip olması; çalınan taşıtın fail tarafından fark edilmeyen bir motor arızasının bulunuyor olması; fail tarafından çalınan pilin kendi oto-teybine uymaması gibi durumlar sonradan ortaya çıkmışsa artık failin sadece elverişsiz bir hırsızlık teşebbüsünden ötürü cezalandırılması gerekecektir. Failin tüm bu örneklerde malın bulunduğu yerden alındığı esnada mal edinme amacı ile hareket ettiğinden hiçbir şekilde şüphe edilemez. Bu nedenle de tamamlanmış hırsızlık suçundan cezalandırılması gerekir²⁸. Failin çaldığı eşyayı belirli bir şekilde kullanma amacı mal edinme amacının tespiti çerçevesinde önemsiz niteliktedir²⁹.

Yukarıda yer verilen amaçsal yaklaşımlar da daha ayrıntılı bir incelemede etkili bir nitelik taşımamaktadır. Fail malı bulunduğu yerden aldığı esnada başkasına ait bir mülkiyet hakkını zedelediği için failin mal edinme

²⁷ **Streng**, JuS 2007, s. 422, 424.

²⁸ Son olarak anılan örnek için bkz. **Graul**, JR 1999, s. 338, 340. Sonuç olarak *Streng* de mal edinilen eşyanın cinsine (Banknotlar) uygun somutlaştırılmasını tercih etmekte olup uygun bir kriter olarak torbanın değerine başvurmaktadır (**Streng**, JuS 2007, s. 422, 426).

²⁹ Krşl. (tipiklik dışındaki amaçların önemsizliği ile ilgili olarak) BGH NJW 1985, s. 812.

iradesinden vazgeçtiği daha sonraki bir zaman dilimine işaret etmek herhangi bir etkide bulunamaz. Malı bulunduğu yerden alma, mal edinmenin önünde konumlandırılmaz; aksine malı bulunduğu yerden almak mal edinme iradesinin hayata geçirilmesi olarak bizatihî mal edinme hareketinin kendisidir³⁰. Kaldı ki “*önünde konumlandırma tezi*” hırsızlık suçunun, kendisine mal teslim edilen kişinin sonradan bu malın kendisine ait olduğunu iddia etmesi şeklindeki mal edinmeden yani güveni kötüye kullanma suçundan daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiriyor olduğu gerçeğine de aykırı düşer³¹. Bununla birlikte malın bulunduğu yerden alınması ile ortaya çıkan mülkiyet hakkı ihlali failin işlediği eylem ile izlediği amacına ulaşır ulaşmadığından bağımsız olarak oluşmaktadır. Bu noktada tek şart failin bulunduğu yerden aldığı esnada malı mal edinmek istemesidir. Eylemi ile izlediği amacına artık ulaşamayacağından ötürü onun bu iradede daha sonra vazgeçmiş olması malı bulunduğu yerden aldığı esnada sahip olduğu mal edinme iradesini ortadan kaldırmaz. Örneğin bir video oyununun bulunduğu yerden alınması örneğinde eğer fail kendi bilgisayarını bu video oyununu çalıştırmak için yeterli sistem özelliklerine sahip olmadığından hayal kırıklığı içerisinde CD’yi çöpe atarsa da tamamlanmış bir hırsızlık suçundan söz etmek gerekir. İşte tüm bu sebeplerden ötürü mal edinilen eşyanın eylemi işleme saiki odaklı bir şekilde somutlaştırılması yerinde olmayacaktır.

4. Mal Edinilen Eşyanın Somutlaştırılması Zorunluluğu

Failin bulunduğu yerden aldığı eşyanın sadece bir kısmını mal edinmek istediği durumlarda mal edinmenin konusu -bulduğu yerden alma eyleminin konusundan farklı olarak- bir somutlaştırmaya ihtiyaç duyabilir. Diğer bir deyişle mal edinme amacının tespitinde her bir eşya arasında fark gözetebilmek için bir somutlaştırma yapılması zorunludur. Bu anlamda hakim görüş uyarınca Alman Ceza Kanunu § 246’da yer alan güveni kötüye kullanma suçu çerçevesinde de bir eşya topluluğunun belirsiz bir parçasının mal edinmenin konusunu oluşturmayacağı kabul edilir ve failin mal edinmek

³⁰ Bkz. **Kindhäuser**, FS für Gössel, 2002, s. 451 vd.; **Kindhäuser**, in: NK-StGB, § 242 kn. 4 vd.

³¹ **Kindhäuser**, in: NK- StGB, § 242 kn. 6; diğer sistematik eleştiriler için bkz. **Kindhäuser**, FS für Gössel, s. 451, 453.

istediği eşyaların ayırt edilmesi yoluyla somutlaştırmaya ihtiyaç duyulur³². Bu düşünce doğrultusunda öğretide failin bir cüzdanın bulunduğu yerden alınmasında sadece cüzdanın içerisinde bulunan nakit para bakımından mal edinme amacı ile hareket ettiğini; mağdurun bu cüzdan içerisinde bulunan evrakları (örneğin sürücü ehliyeti, kimlik vs.) bakımından ise bir mal edinme iradesinin kural olarak söz konusu olmadığına dikkat çekilmiştir³³. Bu nedenle çalınan cüzdanın içerisinde hiç para yoksa yalnızca hırsızlık suçuna elverişsiz teşebbüs söz konusu olur³⁴. Ancak eğer mal edinme amacı genel olarak cüzdanın içerisinde bulunanlara indirgenir ise bu türden bir ayırım yapmak artık mümkün olmayacak ve failin kutunun içinde bulunan her bir eşya hakkındaki tasavvurunun incelenmesine ihtiyaç duyulacaktır. Girişte yer verilen örnek olay bakımından buradan hareketle ilk olarak herhangi bir sonuca ulaşılmaz. Çünkü, fail kutunun içinde bulunan her şeyi mal edinmek istemiştir ve bu nedenle bu örnek olay bakımından da fark gözetmeye dayalı herhangi bir yaklaşıma gerek bulunmamaktadır³⁵. Ancak, failin kutunun içerisinde nakit paranın yanı sıra başka eşyaların (örneğin evraklar vs.) da bulunduğunu tasavvur ettiği şeklinde olay değiştirilseydi dile getirilen çekinceler dolayısıyla mal edinme amacının kutunun tamamına ilişkin olduğundan hareket edilemeyecekti.

Bunun yanı sıra eylemin konusunu oluşturan malın somutlaştırılması daha ayrıntılı bir inceleme yapılarak mal edinme amacının fark gözetilen bir araştırmaya dayalı olarak belirlenmesi zorunluluğu ile temellendirilemez. Bu düşünce şu şekilde somutlaştırılabilir:

A, B'yi akşam yemeği için evine davet eder. B, A'ya puro tiryakisi olduğunu söyleyince A, B'ye ikram etmek için o esnada tatilde olan komşusu N'nin evine girerek bir paket puroyu alıp misafiri B'ye verir. B puro

³² Krşl. Alman Medenî Kanunu § 243/ II. Hakim görüş bu şekildedir. Ayrıca bkz. RG JW 1934, s. 614 vd.; OLG Düsseldorf StV 1992, s. 422 vd.; **Eser**, in: Schönke/ Schröder, § 246 kn. 4; **Hohmann**, in: MK- StGB, § 246 kn. 8; **Kindhäuser**, in: NK- StGB, § 246 kn. 3; **Ruß**, in: LK- StGB, 11. Auflage (1994), § 246 kn. 3; aksi görüş için bkz. RGSt 73, 253, 254.

³³ **Graul**, JR 1999, s. 338, 340.

³⁴ **Graul**, JR 1999, s. 338, 340.

³⁵ Aynı yönde (konuda hataya ilişkin olarak) bkz. **Graul**, JR 1999, s. 338, 341.

paketinin içinden bir tane puro aldıktan sonra A, puro paketini bulunduğu yerden alırken planladığı şekilde paketi N'nin evindeki yerine geri koyar.

Bu olay bakımından hakim olan görüşe göre, malın bulunduğu yerden alındığı esnada mal edinme amacı henüz yeterince somut olmadığı için B'nin bulunduğu yerden aldığı puro paketi bakımından mal edinme amacının bulunmadığı kabul edilmektedir³⁶. Fakat, A'nın paketin içinde yer alan tüm purolar bakımından mal edinme amacıyla hareket ettiği düşüncesine A bunu sadece geçici olarak kendi malvarlığına kattığı için karşı çıkılmalıdır³⁷. Bu bakımdan A, olası mal edinme kastı ile hareket etmiştir. A'nın, N'nin kaybının neticede sadece tek bir puro ile sınırlı olacağı düşüncesinden hareket etmiş olması da bu düşünceye engel değildir. Çünkü, A, B'nin herhangi bir purodan birini seçip içebileceğini göze almış olup N'nin bu purolar hakkındaki zilyetliğinden sürekli bir şekilde mahrum kalması bakımından alternatif kastla hareket etmiştir³⁸. Sonuç olarak mülkiyet hakkının ihlalinin sadece belirli bir puro ile sınırlı olması cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulmalıdır³⁹. Bu nedenle A, tamamlanan hırsızlık suçundan sorumludur.

Öte yandan şayet fail A, üçüncü bir kişiye puroyu ikram ederek bir tanesini seçme imkanı sunmayıp bunun yerine kendisi ilerleyen bir zaman diliminde bir veya birden fazla puroyu paketten çıkarıp içmek isteseydi de

³⁶ Bu anlamda bkz. LG Düsseldorf NSTZ 2008, s. 155, 156. Duesseldorf Eyalet Mahkemesi (LG Düsseldorf) haklı olarak Celle Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin (OLG Celle) ilk başta belirsiz olan hırsızlık kastının ilk olarak kutunun açıldığı esnada belirli bir mal bakımından somutlaşacağına ilişkin kararını eleştirmiştir. Bu bakımdan Celle Yüksek Eyalet Mahkemesi (OLG Celle) mal edinme amacı bakımından uygun olan anın malın bulunduğu yerden alındığı an olduğunu gözden kaçırmıştır (Bkz. LG Duesseldorf, NSTZ 2008, s. 155).

³⁷ Güveni kötüye kullanma suçunun bir eşya birliğinin ayrılmamış kısmı bakımından işlenebilirliği hakkında krşl. RGSt 73, 253, 254.

³⁸ Alternatif kast kavramı genellikle şu şekilde ifade edilmektedir: Failin kastının eylemin gerçekleştirilme tarzına göre birden fazla tipe uygun eylemi; hareketin sayısına göre ise sadece tek bir suç tipini kapsamaması durumu. Bu hususta krşl. **Kindhäuser**, AT § 14 kn. 33; **Puppe**, in: NK-StGB, § 15 kn. 115; **Roxin**, AT I, § 12 kn. 93.

³⁹ Alternatif kast kavramının farklı suç tipleri bakımından ortaya çıkması ile ilgili olarak bkz. **Puppe**, in: NK- StGB, § 15 kn. 116; **Roxin**, AT I, § 12 kn. 94.

aynı düşünceler geçerli olurdu. Şüphesiz bu düşünce, malın bulunduğu yerden alındığı esnada doğrudan bir mal edinme amacının bulunuyor olmasını gerektirir. Bunun anlamı kutunun içindekiler failin beklentilerine uyduğu sürece failin kutunun içindekileri mal edinme bakımından kesin bir şekilde kararlı olması gerektiğidir (bkz. yukarıda 2 numaralı başlık altında yapılan açıklamalar). Bu koşullar failin kutunun içerisinde yer alan eşyaların ne olduğunu bilmediği ve kutunun içindekilerin kendi düşüncesine göre “*çalınmaya değer*” eşyalar olup olmadığını daha sonra araştırmak amacıyla bunları bulunduğu yerden aldığı hallerde söz konusu olur⁴⁰. Fail kutunun içindeki eşyaların değerlendirilebilirliğini araştırmayı planlayarak aslında yukarıda belirtilen anlamda “*kutunun içindekileri bir eşya birliği olarak mal edinmek amacıyla*” hareket etmiş olmaktadır⁴¹. Kutunun içerisinde yer alan eşyaları bütüncül bir şekilde “*içerik*” kavramıyla özetleyen bu türden genelleyci bir bakış açısı yalnızca mağdurun duyuşsal olarak farkına varması ile yani eylemin dış seyri aracılığıyla meydana gelen ve sadece kutu ile kutunun içindekiler arasında bir ayırım yapma imkanına sahip olan “*malın bulunduğu yerden alınması eyleminin konusunun somutlaştırılmasına*” uygun bir nitelik taşır (bkz. yukarıda II. 1 numaralı başlık altında yapılan açıklamalar). Bulunduğu yerden alınan ve mal edinilen eşyanın suç tipi tarafından belirli bir ayırt edici özelliğe sahip olması arandığından bulunduğu yerden alınan eşyanın somutlaştırılması da mal edinilen eşyanın belirlenmesi için bir çıkış noktası oluşturmaktadır. Eğer bu paralelliğin varlığı kabul edilirse bu, failin kutunun içeriği hakkında gerçekte örtüşen bir tasavvurunun bulunduğu (para ve evrakların bulunmakta olduğu) ve bu şekilde tasavvur ettiği içeriği sadece kısmen (sadece para bakımından) mal edinmek istediği yukarıdaki örneğe yönelik atılan yalnızca küçük bir adım olacaktır. Bu durumda da fail kutunun tüm içeriğini incelemeye kalkacaktır. Aradaki fark ise sadece inceleme için geçerli olan kriterlerin cins kavramına başvurmak suretiyle (çalmaya değer veya çalmaya değer olmayan eşyalar yerine “*para*” ya da “*evraklar*” kavramları) daha açık olmasında bulunmaktadır. Bu nedenle mal edinme amacının tespit edilmesi için failin tasavvurunun yeniden incelenmesi aracı-

⁴⁰ **Gropp**, JR 1985, s. 518, 520 vd.

⁴¹ Krşl. BGH GA 1969, s. 306, 307; NJW 1985, s. 812, 813; **Ruß**, FS für Pfeiffer, 1988, s. 61, 66.

lığıyla mal edinilen eşyanın daha ayrıntılı şekilde somutlaştırılmasına ihtiyaç yoktur.

5. Sonuç: “Kutunun İçeriğinin” Tamamlanan Hırsızlığa Konu Olması

Şayet kutunun içeriği hakkındaki hata mal edinme amacı çerçevesinde de kendisini suçun konusundaki önemsiz hata olarak gösteriyorsa burada incelenen olayda sona ermiş bir hırsızlık suçunun bulunduğu söylenmelidir. Teşebbüsün varlığı ise yalnızca kutunun başkasına ait olmayan taşınır malları içermesi halinde ya da bulunduğu yerden alınan para cüzdanının tamamen boş olması halinde kabul edilmelidir⁴². Buna karşın para cüzdanının içinde tek bir tane dahi olsa (başkasına ait) madeni para ya da sadece bir pantolon düğmesi bulunuyor olduğunda tamamlanan bir hırsızlık eyleminin söz konusu olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşüncesi⁴³ bu çözüm yolunun kısmen akıldışı bir sonucu olarak eleştirilmektedir⁴⁴. Bu çözüm yolu tarafından önerilmekte olan düşünce, mal edinme eyleminin konusunun failin saikine dayalı olarak somutlaştırılmasının sonuçlarının güçlü çekincelerle karşılaşması muhakkak olduğu için (bkz. yukarıda II. 3 numaralı başlık altında yapılan açıklamalar) yukarıdaki eleştiri yeterince ikna edici gözükmemektedir. Öte yandan yukarıdaki eleştirinin yeterince ikna edici gözükmemesinin diğer bir sebebi de failin tıpkı örnek olayda da olduğu gibi kutunun içinde büyük miktarda paranın bulunduğunu tasavvur ettiği; ancak, gerçekte kutunun içinde sadece beş Avro değerinde banknotun bulunduğu hallerde de tamamlanmış bir hırsızlık suçunun bulunduğunun kabul edilmesi gerekir ise bu çözüm yolunun da benzer nitelikte sınırlandırma sorunları ortaya koyacak olmasıdır⁴⁵, ⁴⁶. Bu örnek göstermektedir ki, failin tasavvuru

⁴² Bu olay bakımından bkz. **Eser**, in: Schönke/ Schröder, § 242 kn. 63; **Fischer**, § 242 kn. 41; ayrıca bkz. 5 numaralı ve devamındaki dipnotlardaki destekleyici açıklamalar.

⁴³ İçinde sadece birkaç madeni para bulunan para cüzdanının yağmalanması hakkında hrşl. BGH NSTZ 1996, s. 599.

⁴⁴ **Streng**, JuS 2007, s. 422, 424.

⁴⁵ Sonuç olarak aynı yaklaşım için bkz. **Streng**, JuS 2007, s. 422, 424.

⁴⁶ Tamamlayıcı olarak Düsseldorf Eyalet Mahkemesi, biraz farklı bir olayda Alm.CK. § 249'daki yağmanın değil de § 255'teki yağma niteliğindeki tehditin uygulama alanı

üzerinden mal edinmenin konusu olan eşyanın somutlaştırılmasına yönelik kesin bir ölçüt oluşturulmaması gerekmektedir. Ayrıca yine bu örnek, son tahlilde “*değerli eşyanın*”, “*paranın*” veya sadece “*banknotların*” önemli, belirleyici türler olarak görülüp görülmemesinin ya da bunun dışında fail tarafından belirlenen ve somutlaştırmaya yönelik anlamlı görülen özelliklerin öne sürülüp sürülmeyeceğinin keyfî nitelik taşıyacağını ortaya koymaktadır⁴⁷. Alman Ceza Kanunu § 242’de düzenlenen hırsızlık suç tipinin ne malın bulunduğu yerden alınmasını ne de belirli bir eşyanın mal edinilmesini gerektiriyor olması⁴⁸ hesaba katıldığında bu yalnızca, fail tarafından tasavvur edilen ve fiiliyatta da bulunduğu yerden alınan mal bakımından başkasına ait bir taşınır malın söz konusu olup olmadığına bağlı olabilir (bkz. yukarıda II. 1 numaralı başlık altında yapılan açıklamalar)⁴⁹. Hangi unsurlarda failin tasavvurunun somut olaydaki suçun konusu ile örtüşmek mecburiyetinde olduğunu fail değil kanun belirlemektedir⁵⁰. Bu bakımdan boş olup birkaç madenî para ile doldurulmuş olan cüzdanın (bunun anlamı başkasına ait taşınır mal değildir) farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulması tipe uygun haksızlığın kanunî tanımına uymaktadır. Tamamlanmış bir hırsızlık eyleminin varlığının kabulüne rağmen fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın ağırlığının failin planladığı eylemin oldukça altında kalmış olması Alman Ceza Kanunu § 46/II uyarınca cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır. Bu noktada eylemin haksızlık içeriğinin azalması karşısında tıpkı Alman Ceza Kanunu § 249/II’de düzenlenen ve yağma suçuna ilişkin verilecek

bulması halinde bir teşebbüsün varlığının kabul edilebilmesinin sistematik olarak tatmin edici olmayacağına ve bu nedenle de tamamlanmış suçtan ötürü cezalandırma yapılması gerektiğine dikkat çekmiştir (Bkz. LG Düsseldorf, NStZ 2008, s. 155, 156).

⁴⁷ Tıpkı her somut olaya özgü tatmin edici olmayan çözümlerde olduğu gibi Düsseldorf Eyalet Mahkemesi’nin kararı da göstermektedir ki bulunduğu yerden alınan kutunun içinde (içinde bulunduğu tahmin edilen nakit para yerine) bulunan fotokopi kağıtları bakımından da ekonomik bir değer taşıyan kullanım eşyasının söz konusu olduğu gerekçesiyle bir mal edinme amacının bulunduğu kabul edilmektedir (LG Düsseldorf, NStZ 2008, s. 155, 156).

⁴⁸ **Graul**, JR 1999, s. 338, 340; **Kühl**, AT, § 15 kn. 37.

⁴⁹ Kanun’da belirtilen özelliklerin (başkasına ait, taşınır olma) dışındaki özelliklerin önem taşımadığına ilişkin bkz. **Schmitz**, in: MK- StGB, § 242 kn. 105.

⁵⁰ **Kuhlen**, s. 483 vd.; **Puppe**, in: NK- StGB, § 16 kn. 103.

cezanın hafifletilmesini gerektiren nitelikli hale benzer bir durum ortaya çıkmaktadır⁵¹.

III. KUTU BAKIMINDAN MAL EDİNME AMACININ BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

Son olarak kutu bakımından mal edinme amacının bulunup bulunmadığı sorununa kısaca değinmekte fayda vardır. Genel kaniya göre eğer kutu eylemin ardından tahrip edilmiş ya da çöpe atılmışsa bu türden bir mal edinme amacının bulunduğu düşüncesi reddedilmelidir. Ancak, eğer fail kutuyu bir taşıma aracı olarak kullanmış ve bu yolla onu (en azından geçici olarak) kendi malvarlığına dahil etmek istemişse artık bu türden bir mal edinme amacının bulunduğu kabul edilmelidir⁵². Yargı içtihatları bu hususu failin çalınan ganimetin taşınması için kutuya ihtiyaç duyup duymadığına ya da failin kutunun içindekileri başka bir şekilde de olay yerinden uzaklaştırma imkanının bulunup bulunmadığına göre karara bağlamaktadır⁵³. Eğer fail hakimiyetine geçirmek istediği kutunun içindeki malı başka türlü yeterince hızlı bir şekilde olay yerinden uzaklaştıramayacağı için kutuyu beraberinde götürmüşse yargı içtihatlarının yukarıda belirtilen ikinci yaklaşımı öğretide de kabul görmektedir⁵⁴. Bu doğrultuda daha küçük boyuttaki kutular söz konusu olduğunda (örneğin evrak çantası ya da el çantası, para cüzdanı vs.) failin bunlar için kural olarak mal edinme amacının bulunmadığı kabul edilmektedir⁵⁵. Buna karşın failin örneğin bir otel müşterisinin tüm eşyalarını kaçıtırken taşıma aracı olarak kullandığı valiz bakımından ise artık mal edinme amacının bulunduğu kabul edilmelidir⁵⁶.

⁵¹ Genel olarak krşl. **Sander**, in: MK- StGB, § 249 kn. 45.

⁵² BGH MDR/**Dallinger** 1975, s. 22; StV 1990, s. 205, 206.

⁵³ BGH MDR/**Dallinger** 1975, s. 22.

⁵⁴ **Graul**, JR 1999, s. 338, 341; **Otto**, Jura 1989, s. 137, 143; ayrıca krşl. BGH JZ 1987, s. 52.

⁵⁵ (Para Cüzdanı ile ilgili olarak) BGH MDR/**Dallinger** 1968, s. 372; (el çantası ile ilgili olarak) BGH MDR/**Dallinger** 1975, s. 22, (küçük para kasası ile ilgili olarak) s. 543; (el çantası ile ilgili olarak) StV 1990, s. 205- 206; (küçük kutu ile ilgili olarak) NStZ 2000, s. 531; (evrak çantası ile ilgili olarak) NStZ- RR, 2000, s. 343.

⁵⁶ **Graul**, JR 1999, s. 338, 341; **Gropp**, JR 1985, s. 518, 521; **Otto**, Jura 1989, s. 137, 143; bu hususta ayrıca krşl. BGH NJW 1985, s. 812.

Bu şekilde yapılan ikili bir ayırım eleştiriye açık gözükmektedir; zira, maldan faydalanma amaçlarına yönelik geçici bir mal edinmenin varlığının kabulü için failin kutuya bir taşıma aracı olarak başvurması gerekli olmayıp eşyayla birlikte olay yerinden uzaklaşmanın amaçlanmış olmasının “*kendi amaçları için kullanma*” olarak görülmesi yeterlidir⁵⁷. Eğer fail kutuyu yanına almak suretiyle olay yerinde kutunun içindekilerin belirli bir değere sahip eşya olup olmadığını araştırmak yerine kaçarak zaman kazanmak istemiş ise bu durumda kutudan fiili işlerken yararlanma amacıyla ve bu kutuyu bu yönüyle geçici olarak mal edinmeyi amaçlayarak hareket etmiş olur⁵⁸. Makalenin giriş kısmında belirtilen örnek olayda da karton kutu bakımından failin mal edinme amacının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan - Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin görüşünün aksine- tamamlanmış bir hırsızlık ya da her somut olayın özelliğine göre yağma suçu söz konusu olacaktır.

IV. SONUÇ YERİNE

Yukarıda ifade edilen açıklamalar bir kutunun içeriği hakkında düşülen hatanın failin eyleminin tamamlanmış hırsızlıktan ya da tamamlanmış yağmadan cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırmadığını; herhangi bir etki doğurmayan nitelikte “*suçun konusunda hata*” olarak failin kastını da etkilemeyeceği sonucunu ortaya koymuştur. Yargı içtihatları ve öğretideki hakim görüş tarafından benimsenen düşünce olan “*fail tarafından kutunun içinde bulunduğu tahmin edilen eşyalara dayalı olarak kastın somutlaştırılması*” hata teorisinin temel ilkeleri ile bağdaşmamakta olup bu nedenle reddedilmelidir⁵⁹. Bu ilkelerin tutarlı bir şekilde uygulanması kendi yapısı içerisinde daha ziyade malvarlığına karşı işlenen suçlara yönelik olarak benimsenebilir çözümler geliştirilebileceğini göstermektedir.

⁵⁷ **Ruß**, FS für Pfeiffer, s. 61, 65.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. **Ruß**, FS für Pfeiffer, s. 65 vd.; aynı yazı için bkz. **Ruß**, in: LK- StGB, § 242 kn. 59.

⁵⁹ Şahısta hatanın sadece en üst derecedeki kişilik haklarına ilişkin hukukî menfaatlerle sınırlı olarak kastı ortadan kaldırıcı etkiye sahip olduğu düşüncesine ilişkin benzer yöndeki eleştiri için bkz. **Kindhäuser**, AT § 27, kn. 58.

Vergi Cezası Anlaşmazlıklarının Çözüm Yollarından CEZALARDA İNDİRİM MÜESSESESİ

*Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ**

GİRİŞ

Vergi Usul Kanunu'nda vergi kaybına yol açan kanuna aykırı fiillerin gerçekleşmesi halinde, bir yandan bu fiillerin gerektirdiği cezaların uygulanmasını, bir yandan da kayba uğratılan verginin en kısa zamanda ve en az kayıpla tahsil edilmesini sağlamak amacıyla kabul edilmiş bazı müesseseler vardır. *Pişmanlık ve ıslah* ile *uzlaşma* bu tür müesseselerdendir. Bu müesseselerin ortak yanı, vergi kanunlarına aykırı fiiller yüzünden kayba uğratılan verginin belli bir sürede ödenmesi karşılığında, bu fiillere uygulanacak vergi cezalarının kısmen ya da tamamen kaldırılması sonucunu doğurmasıdır. 213 sayılı *Vergi Usul Kanunu*'nda¹ düzenlenen *cezalarda indirim* de bu müesseselerden birisidir.

Vergi ceza hukukunun amacı, kanuna aykırı fiillerin işlenmesini önlemek suretiyle, ödenmesi gereken verginin zamanında ve tam olarak tahsil edilmesini sağlamaktır. Başka bir deyişle, ödenmesi gereken verginin tam olarak ve zamanında tahsil edilmesi, vergi (ceza) hukukunun asıl amacıdır. Bu itibarla, ortaya çıkan vergi/ceza anlaşmazlıklarının en kısa zamanda çözümlenmesi gerekmektedir. Çünkü, vergi ve/ya da cezalara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için uzun süre beklenmesi; kamu alacağının ekonomik şartlar ve yüksek enflasyon nedeniyle değer kaybetmesi yüzünden kamu hizmetlerinin vergi gelirleri ile zamanında yerine getirilmemesi sonucunu doğurmaktadır. İşte, vergi kanunlarına aykırı davranıldığı iddiası ile vergi

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ 04.01.1961 tarih ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, (RG.10.01.1961 - 10703).

cezası kesilmesi ve kesilen cezaların ödenmesi konusunda ortaya çıkan anlaşmazlıkları uyuşmazlık haline gelmeden çözüme kavuşturmak amacıyla *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde *cezalarda indirim* müessesesi düzenlenmektedir.

Vergi kanunlarına aykırı fiiller, niteliklerine ve ihlâl derecesine göre *kabahat* ya da *suç* olarak düzenlenmektedir. Kabahatler için idare tarafından vergi cezası kesilmekte; suçlarla ilgili olarak ceza mahkemelerinde yapılan yargılama sonucunda hapis ve/ya da adli para cezasına hükmedilmektedir. İdarenin her türlü eylem veya işlemlerinin yargı denetimine tâbi olması nedeniyle, vergi kabahatleri için gerçekleştirilen ceza kesme işlemi de yargı denetimine açıktır. Bu itibarla, idarenin kabahatler için gerçekleştirdiği ceza kesme işlemine karşı yargı yoluna başvurulması ceza muhatabına tanınan bir haktır. Nitekim, vergi tarhi ve/ya da ceza kesme işlemi uyuşmazlık konusu yapmaksızın, tarh edilen vergi aslını ve indirimden arta kalan vergi cezasını kanunda belirtilen süre içinde ödeyen vergi ödevlisi için vergi cezalarında önemli oranda indirim yapılması kabul edilmektedir. Bu yolla, vergi aslının ve indirimden arta kalan cezanın kısa bir süre içinde ödenmesi sağlanmakta; yargı organlarına intikal etmesi mümkün ve muhtemel bir uyuşmazlığa engel olunmaktadır. Başka bir deyişle, vergi idaresi ile vergi ödevlisi arasında çıkması muhtemel bir uyuşmazlık, cezalarda belli oranda indirim yapılması suretiyle önlenmektedir. Bu itibarla, *cezalarda indirim*, vergi cezası anlaşmazlıklarının çözüm yollarından birisidir.

Cezalarda indirim müessesesi, *Vergi Usul Kanunu* kapsamına dahil vergi, resim ve harçlar bakımından *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenmektedir. Gümrük idareleri tarafından tahsil edilen vergi ve resimler ile bunlara ilişkin kabahatler ve yaptırımları hakkında *Vergi Usul Kanunu* değil, 4458 sayılı *Gümrük Kanunu*² hükümleri uygulanmaktadır. Bu nedenle, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükmü, Gümrük idareleri tarafından tahsil edilen vergi ve resimler ile bunlar vesilesiyle kesilen cezalar hakkında uygulanmamaktadır. *Gümrük Kanunu* kapsamında kesilen cezalar bakımından cezalarda indirim, 5336 sayılı *Kabahatler Kanunu*'nun³ 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrası hükmü ile sağlanmaktadır.

² 27.10.1999 tarih ve 4458 Sayılı Gümrük Kanunu, (RG. 04.11.1999 - 23866).

³ 30.03.2005 tarih ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu, (RG. 31.03.2005 - 25772).

Bu çalışmanın konusunu, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim müessesesi* oluşturmaktadır. Bu itibarla, *Gümrük Kanunu* hükümleri çerçevesinde kesilen cezalar hakkında uygulanan *peşin ödeme indirimi* konusuna, bu çalışmada yer verilmemektedir.

Vergi Cezası Anlaşmazlıklarının Çözüm Yollarından Cezalarda İndirim Müessesesinin gereği gibi anlaşılabilmesi amacıyla, konu,

- Vergi-Ceza Anlaşmazlıkları ve Çözüm Yolları
- Cezalarda İndirim Müessesesinin Konusu ve İşlevi
- Cezalarda İndirim Müessesesinin Hukukî Niteliği
- Cezalarda İndirim Müessesesinin Kapsamı
- Cezalarda İndirim Müessesesinden Yararlanabilecek Olanlar
- Cezalarda İndirim Müessesesinden Yararlanma Şartları
- Cezalarda İndirim Oranları
- Cezalarda İndirim Şartlarının Yerine Getirilmemesinin Sonuçları
- Vergi Usul Kanunu ile Kabahatler Kanunu Hükümlerinin Uygulanma Şartları

Cezalarda İndirim Müessesesinin Taraflar Açısından Sonuçları

ana başlıkları altında incelenmektedir. Çalışma, *Genel Değerlendirme ve Sonuç* kısmı ile sona ermektedir. Çalışmada, olabildiğince kaynak tüketimine gayret edilmiş; ancak, kaynakçada yer alan her kaynağa dipnotlarda yer verilememiştir. Konu ile ilgili Danıştay kararlarına da yer vermek suretiyle, çalışmada teori ile uygulama mezcudilmeye çalışılmıştır.

I. VERGİ-CEZA ANLAŞMAZLIKLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI

Kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılmak üzere başvuru alan vergilerin salınması (konulması) ve alınması (toplanması) sebebiyle *Devlet* ile kişiler arasında bir *kamu hukuku ilişkisi* ortaya çıkmaktadır. İşte, *Devlet* ya da genel anlamda idare ile kişiler arasında vergilendirmeden doğan ilişkilere *vergi hukuku ilişkisi* denilmektedir⁴. Bu ilişki, *kamu hukuku ilişkisinin vergi*

⁴ Bkz. **Öncel-Kumrulu-Çağan**, s. 71; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 202; **Karakoç**, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 27.

hukuku alanına özgü türünü oluşturmaktadır. *Vergi hukuku ilişkisi*, *vergi borcu ilişkisi* ve/ya da *vergi ödevi ilişkisi* biçiminde somutlaşmaktadır. *Vergi ödevi ilişkisi*, vergi hukuku ilişkisi bağlamında bir şeyi yapmak veya yapmamak veya bir şeye katlanmak şeklinde ortaya çıkan ilişkiler bütünüdür. *Vergi borcu ilişkisi* ise, vergi hukuku ilişkisinin daha çok malvarlığı ile ilgili hak ve ödevlere ilişkin kısmını ifade etmektedir. *Vergi hukuku ilişkisinin* ve bunun bir türünü oluşturan *vergi borcu ilişkisinin*, kanunlara uygun bir biçimde yerine getirilmesi gerekmektedir. Nitekim, *vergi hukuku*, devletin akçalı ilişkilerinin önemli bir bölümünü kapsayan vergilendirme işlemlerinin belli kurallar çerçevesinde gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır⁵.

Vergi ödevi, bir vergi borcunun ödenmesi ve/ya da bu ödevle ilgili *şekli yükümlülüklerin* yerine getirilmesi biçiminde hem *maddî* hem de *şekli* boyuta ilişkin olabilmektedir. Geniş anlamda *vergi ödevlisi*, vergi hukuku ilişkisi içindeki hak ve ödevlere sahip olan kişiyi ifade etmektedir⁶. Bu anlamda *vergi ödevlisi* tâbiri, başta *mükellef* (*vergi yükümlüsü*), *vergi sorumlusu* ve *ceza muhatabı* olmak üzere, *vergi ödevi ilişkisine taraf olan kişileri* kapsamaktadır⁷.

Vergilendirme işlemlerinden kaynaklanan ve vergilendirme işleminin tarafları olan *vergi idaresi* ile *vergi ödevlisi* arasında farklı anlayışların ortaya çıkması mümkün ve muhtemeldir. *Vergi idaresi* ile *vergi ödevlisi* arasında vergi hukuku uygulamalarına ilişkin olarak ortaya çıkan anlayış farklılığına ve/ya da aynı konuda tarafların aynı yönde düşünmemeleri haline *vergi anlaşmazlığı* denilmektedir⁸.

Bu anlaşmazlıkların giderilip vergi alacağının zamanında ve eksiksiz olarak tahsil edilebilmesi için vergi hukukunda bazı çözüm yollarına yer verilmektedir. Anlaşmazlıkların, uyuşmazlık haline getirilip yargı yoluna

⁵ **Kumrulu**, s. 1; **Karakoç**, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 27.

⁶ **Öncel-Kumrulu-Çağan**, s. 71; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 203.

⁷ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 203; **Karakoç**, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 27. Bu çalışmada, *Vergi Usul Kanunu*'nun kullandığı *mükellef* ve *vergi sorumlusu* terimleri kullanılmakta; ancak, *mükellef*, *vergi sorumlusu* ve *ceza muhatabı* terimlerinin ortak karşılığı olduğu düşünülen *vergi ödevlisi* terimine de, tekrarlardan kaçınmak amacıyla, ortak kullanım şeklinde yer verilmektedir.

⁸ **Karakoç**, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 30.

başvurulmasına gerek kalmaksızın, idarenin kendiliğinden veya ilgililerin başvurması üzerine çözüme kavuşturulmasına *barışçıl yollar*⁹ ya da *vergi anlaşmazlıklarının (idarî aşamada) çözüm yolları* denilmektedir¹⁰. Bu yollara *barışçıl yollar* denilmesinin sebebi, teknik anlamda bir yargı mercii önünde *niza/çekişme/uyuşmazlık* haline getirilmeksizin anlaşmazlığın sona erdirilmesidir. Nitekim, bu yollarla idare ile vergi ödevlisi arasındaki anlaşmazlık bir uyuşmazlık konusu yapılmadan taraflar arasında çözüme kavuşturulmaktadır¹¹.

Bu yollara başvuru hakkının tanınmasının amacı, *vergi yargısı* organlarına başvurmaya gerek kalmaksızın bazı anlaşmazlıkların bir an önce sona erdirilmesi suretiyle yargı organlarının *iş yükünü hafifletmektir*. Bu itibarla, *vergi anlaşmazlıklarının* vergi ödevlisi ile vergi idaresi arasında barışçıl yollarla çözümlenmesi vergi hukukunda önemli bir yere sahiptir. Çünkü, anlaşmazlıkların büyük bir kısmının bu yollarla çözüme kavuşturulması hâlinde, yargı organlarının ve vergi idaresinin iş yükü büyük ölçüde azalmış olmakta; vergi ödevlileri ile vergi idaresinin harcama yapmasına gerek kalmadan, tarafların faaliyetleri aksamadan vergi alınması sağlandığından *vergilerin verimliliği* de artmaktadır¹². Bu yolla, klâsik vergilendirme ilkelelerinden *iktisadilik ilkesine* de uygun davranılmış olmaktadır.

Türk Vergi Hukukunda vergi anlaşmazlıklarının (idarî aşamada) çözümünü sağlayan müesseselerin başında *uzlaşma* ve *hata düzeltme* gelmektedir. Bunlar dışında, *cezalarda indirim* ile *pişmanlık ve ıslah* müesseseleri de, vergi anlaşmazlıklarının (idarî aşamada) çözümüne yardımcı olmaktadır. *Uzlaşma* ve *hata düzeltme*, kural olarak, hem *vergi aslına* hem de *vergi cezalarına* ilişkin anlaşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek yollardır. *Cezalarda indirim* ise, tarh-tahakkuk aşamasında devreye girmekte, bazı şartların gerçekleştirilmesi halinde, *vergi cezalarının* kısmen sona ermesi sonucunu doğurmak suretiyle, vergi anlaşmazlıklarının (idarî aşamada) çözümüne yardımcı olmaktadır. *Pişmanlık ve ıslah* ise, beyana dayanan

⁹ **Öncel-Kumrulu-Çağan**, s. 169.

¹⁰ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 729; **Karakoç**, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 30.

¹¹ **Öncel-Kumrulu-Çağan**, s. 169-170; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 729; **Karakoç**, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 30.

¹² **Karakoç**, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 45-46.

vergilerin tarh aşaması öncesinde, vergi kaybına dayanan vergi cezalarının kesilmesine ve hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suç(lu)ların takibine engel olmak suretiyle, hem vergi cezalarına ilişkin anlaşmazlıkları doğrudan, hem de vergi aslına ilişkin anlaşmazlıkları dolaylı bir şekilde sona erdirmek gibi bir işleve sahiptir¹³.

Türk hukukunda *vergi anlaşmazlıklarının çözüm yollarına*, kural olarak, vergilendirme işlemlerinin tarh/tahakkuk ile tahsil aşamalarında başvurulmaktadır. Ancak, vergi anlaşmazlıklarının çözüm yollarının, kural olarak, kamu alacağının tarh aşaması öncesi ve tarh aşamasına ilişkin olarak bir işlevinin bulunduğu unutulmamalıdır. Nitekim, *pişmanlık ve ıslah kurumundan* tarh aşaması öncesinde; *uzlaşmadan* tarh aşaması öncesinde ve/ya da tarh aşamasında; *cezalarda indirimden* tarh aşamasında/tahakkuktan önce; *hata düzeltmeden* ise, kural olarak tarh aşamasında; ancak, zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla, tahsil aşamasında da yararlanılabilmektedir. *Vergi Usul Kanunu*'nun hata düzeltmeye ilişkin hükümleri ve yargılama hukukuna egemen olan ilkelerden *usûl ekonomisi ilkesi* dikkate alındığında, hata düzeltme yoluna, ödeme emri dahil, kamu alacaklarının tahsili aşamasında da başvurulabileceği anlaşılmaktadır¹⁴. Kısacası, *uzlaşmanın* tarhiyat öncesi ve sonrasında *vergi aslı ve bazı vergi cezalarını* kapsayacak şekilde uygulanması; *hata düzeltmeye* tarh ve tahsil aşamasında *vergi aslı ve vergi cezasına* yönelik olarak gidilebilmesi; *pişmanlık ve ıslahın* sadece *tarh öncesinde* ve *vergi ziyayı cezasının* kesilmemesini ve *kaçakçılık suçuna* ilişkin takibin yapılmamasını ve nihayet *cezalarda indirimin* ise, *tarh aşamasında bazı vergi cezalarından* belli oranlarda indirim yapılmasını sağlaması sayesinde vergi-ceza anlaşmazlıklarının uyuşmazlık haline dönüşmesi önlenmektedir¹⁵.

Vergi anlaşmazlıklarının çözüm yolları genelde hem *vergi borcunun aslını* hem de *vergi cezalarını* kapsamaktadır. *Pişmanlık ve ıslah*, vergi ziyayı cezası ile kaçakçılık ve kaçakçılığa iştirak suçlarında hürriyeti bağlayıcı cezadan tamamen; *cezalarda indirim*, vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usul-

¹³ Karakoç, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 31, 45.

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Karakoç, Kamu Alacakları, s. 105 vd.; Karakoç, Süreler, s. 111 vd.

¹⁵ Karakoç, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 45.

süzlük cezalarından kısmen kurtulmayı sağlamaktadır. Kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi kaybına yol açılması halinde kesilecek vergi ziyai cezası hem *tarhiyat öncesi uzlaşma* hem de *tarhiyat sonrası uzlaşma*; usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları ise, *tarhiyat sonrası uzlaşma* kapsamı dışında kalmaktadır. *Uzlaşma* konusu yapılabilen ve üzerinde uzlaşılan vergi ve/ya da vergi cezasından kısmen ve/ya da tamamen kurtulmak mümkündür. *Hata*, vergi aslına ve/ya da kesilen cezaya ilişkin işlemlerde ortaya çıkabilmekte; tamamen veya kısmen düzeltme yapılabilen; yapılan düzeltmenin kapsamına bağlı olarak vergi aslı ve/ya da ceza kısmen ya da tamamen ortadan kalkmaktadır¹⁶.

Türk vergi hukukunda vergi anlaşmazlıklarının ve/ya da uyuşmazlıklarının çözüm yollarının özelliklerini belirtmekte yarar vardır.

a. Kural olarak, *vergi anlaşmazlıklarının çözüm yolları* vergilendirme işlemlerinin tarh/tahakkuk ile tahsil olarak ifade edilen iki değişik aşamasını kapsamaktadır. Ancak, bunun belli istisnaları vardır. Örneğin, tahsil aşamasında *uzlaşma* söz konusu değildir. Tahsil aşamasında *hata düzeltme* yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı ise, tartışmalıdır.

b. *Vergi anlaşmazlıklarının çözüm yolları* genelde hem vergi borcunun aslını hem de vergi cezalarını kapsamaktadır. Ancak kaçakçılık fiili ile vergi kaybına yol açılması hâlinde, hem vergi aslının hem de kayba uğratılan verginin üç katı olarak kesilen vergi ziyai cezasının uzlaşma kapsamına dahil olmadığını unutmamak gerekir (Bkz. VUK. Ek m. 1).

c. *Vergi anlaşmazlıklarının çözüm yollarında* sadece *Vergi Usul Kanunu* kapsamındaki vergi, resim ve harçların denetlenmesi söz konusudur. Bu itibarla, *Gümrük idarelerince* tarh ve tahsil edilen vergiler *Vergi Usul Kanunu* kapsamı dışında kaldığından, bu vergiler açısından *Vergi Usul Kanunu*'nda yer alan anlaşmazlık çözüm yolları geçerli değildir. Ancak, *Gümrük Kanunu* ve ilgili mevzuat çerçevesinde gümrük vergilerine ilişkin olarak *uzlaşma*, *itiraz* ile *peşin ödeme indirimi* gibi anlaşmazlık çözüm yollarının var olduğunu belirtmekte yarar vardır. Buna karşılık, *yargısal çözüm yoluna*, vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler nedeniyle gümrük vergileri de dahildir. Öte yandan, 6183 sayılı *Amme Alacaklarının Tahsil*

¹⁶ Karakoç, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 34.

*Usulü Hakkında Kanun*¹⁷, kapsamı itibarıyla *Vergi Usul Kanunu*'ndan daha geniştir. Bu itibarla, tahsil aşamasındaki uyuşmazlıkların daha geniş bir alana ilişkin olduğu unutulmamalıdır.

ç. Son olarak, *vergi anlaşmazlıklarının ve/ya da uyuşmazlıklarının çözüm yolları işle(til)diğinde ve sonuçlar kesinlik kazandığında*, ulaşılan sonuçlar, vergi borcu ve cezası bakımından, *maddî hukuk anlamında* borcu ortadan kaldırıcı etki yapmaktadır¹⁸.

Türk vergi hukukunda, anlaşmazlık çözüm yollarının yukarıda belirtilenler dışında iki önemli özelliği dikkat çekmektedir.

Bunlardan *birincisi*, bazı ülkelerdeki düzenleme/uygulamanın aksine *bu yollara başvurulması zorunlu değildir*. Başka bir deyişle, Türk vergi hukukunda, yargı organları nezdinde *Vergi Usul Kanunu* kapsamındaki vergilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında dava açılmadan önce, zorunlu idarî başvuru aşamasına yer verilmemektedir. Bu itibarla, vergi ödevlisi dilerse bu yolları işletebilmektedir.

İkincisi, bu yollara başvurulmasına rağmen, anlaşmazlığın sona erdirilmesi mümkün olmadığı takdirde, *yargı yoluna başvurulması bakımından bir köprü işlevini* yerine getirmeleridir. Gerçekten, vergi ödevlisi, başvurduğu anlaşmazlık çözüm yolu ya da yollarından beklediği sonucu elde edemezse, dilediği takdirde, süre hükümlerine uymak kaydıyla, hukuka aykırı olduğunu düşündüğü işlem ve/ya da eylemi vergi yargısı organları nezdinde dava konusu yapabilmektedir¹⁹.

Vergi anlaşmazlıklarının çözüm yollarına başvurulması isteğe bağlı olduğundan, herhangi bir anlaşmazlığın ortaya çıkması halinde, vergi ödevlisinin doğrudan dava açması mümkündür. Böyle bir durumda, açılan davanın *merci tecavüzü* gerekçesiyle *ilk inceleme aşamasında reddedilmemesi ve/ya da dilekçenin yetkili mercie gönderilmemesi* gerekmektedir. Çünkü, *Vergi Usul Kanunu* hükümlerinin uygulandığı vergilendirme işlemlerine ilişkin

¹⁷ 21.07.1953 tarih ve 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (RG. 28.07.1953 - 8469).

¹⁸ Karakoç, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 46.

¹⁹ Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 170; Kumrulu, Yargılama, s. 12,13; Karakoç, Genel Vergi, s. 729; Karakoç, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 47.

olarak uyuşmazlık çıkması halinde, *dava açabilmek için vergi anlaşmazlıklarının çözüm yollarına başvurmak şart değildir*²⁰.

*Cezalarda indirimden yararlanabilmek, dava açmama şartına bağlıdır. Bu itibarla, hem cezalarda indirimden yararlanılması hem de yargı yoluna başvurulması mümkün değildir*²¹. Gerekli şartları yerine getirmesine rağmen, *cezalarda indirimden yararlandırılmayan vergi ödevlisinin yargı yoluna başvurmaya herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca, ceza kesme işleminin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından biri ve/ya da birkaçında hukuka aykırılık olduğunu düşünen/iddia eden vergi ödevlisinin, anlaşmazlık çözüm yollarına başvurmadan ve bu arada cezalarda indirim talebinde bulunmadan da, işlem aleyhine doğrudan dava açabilmesi mümkündür.*

II. CEZALARDA İNDİRİM MÜESSESESİNİN KONUSU VE İŞLEVİ

Vergi ödevlisinin, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi veya vergi farkı ile indirimlerden arta kalan cezaları, ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde ilgili vergi dairesine başvurmak ve dava açmamak kaydıyla *vadesinde* veya teminat göstererek vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödeyeceğini bildirmesi halinde, kesilmiş olan vergi cezalarında belli oranlarda indirim yapılmaktadır (VUK.m.376)²². Başka bir

²⁰ Karakoç, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 35.

²¹ Bkz. Karakoç, Genel Vergi, s. 578; Karakoç, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 49-50.

²² "*Vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usul usulsüzlük cezalarında indirim:*

Madde 376 - (4369 sayılı Kanununun 17'nci maddesiyle, başlığı ile birlikte değişen madde. Yürürlük; 01.01.1999) *İkmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi veya vergi farkını ve aşağıda gösterilen indirimlerden arta kalan vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarını mükellef veya vergi sorumlusu ihbarnamelerin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili vergi dairesine başvurarak vadesinde veya 6183 sayılı Kanunda belirtilen türden teminat göstererek vadenin bitmesinden itibaren üç ay içinde ödeyeceğini bildirirse:*

1. Vergi ziyayı cezasında birinci defada yarısı, müteakiben kesilenlerde üçte biri,
2. Usulsüzlük veya özel usulsüzlük cezalarının üçte biri, indirilir.

deyişle, *Vergi Usul Kanunu*'nda kabul edilen bu müessese ile vergi ödevlisi, ihbarnamede yer alan vergi borcunu ve/ya da vergi cezasını dava konusu yapmaması ve verginin aslı ile indirimden arta kalan vergi cezasını *vadesinde* ya da teminat göstermek suretiyle vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödemesi şartıyla, cezalarda önemli bir indirim imkânından yararlanmaktadır.

Vergi kanunlarının uygulanmasında, vergi ödevlilerinin bazı hallerde bilgisizlik ya da ihmal yüzünden vergi kaybına yol açtıkları bilinmektedir. Vergi kaybına kasten yol açılıp açılmadığına bakılmaksızın, sadece vergi kaybının meydana gelmesi dikkate alınarak vergi ziyai cezası kesilmektedir. Böyle bir durumda, vergi ödevlisine bir tercih hakkı verilmek amacıyla *cezalarda indirim* müessesesine yer verilmiştir. Bu kurum aracılığıyla, iyi niyetli vergi ödevlileri korunmak istenmekte ve ceza tutarları da belli oranlarda azaltılmaktadır²³. Nitekim, *cezalarda indirim* müessesesinin getiriliş amacı, maddenin gerekçesinde;

“Mükellefler vergi kanunlarının uygulanmasında bazen hiçbir amaç gözetmeksizin ve sırf bir yanlışlık, iyi anlayamama eseri olarak yanlışlığa ve kayba sebebiyet vermekte ve bundan doğan vergi ziyai (kayıbı) için maksatlı hareket eden suinayet (kötü niyet) sahibi mükellefler derecesinde cezaya maruz kalmaktadırlar. Dalgınlık, unutmaya nedeni ile vergi kaybına neden olan mükelleflerin istemeyerek meydana gelen bir olaydan dolayı cezaya maruz kalmalarından manen de rahatsız olacakları doğaldır.”

denilmek suretiyle, iyiniyet sahibi mükelleflerin korunmasının benimsenmesi olarak belirtilmektedir²⁴.

Mükellef veya vergi sorumlusu ödeyeceğini bildirdiği vergi ve vergi cezasını yukarıda yazılı süre içinde ödemez veya dava konusu yaparsa bu madde hükmünden faydalandırılmaz.

Yukarıdaki hükümler vergi aslına tâbi olmaksızın kesilen usulsüzlük cezaları hakkında da uygulanır”.

²³ Bkz. Uysal-Eroğlu, s. 882; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 217. Ayrıca bkz. Aksoy, s. 100.

²⁴ Güngör, İndirim, s. 41.

Cezalarda indirim müessesesinin amacı, bir yandan hem idareyi hem de ceza muhatabını, yargı yoluna başvurmanın uzun, zahmetli ve masraflı işlemlerinden kurtarmak ve vergi uyuşmazlıklarını azaltmak, diğer yandan da verginin ve cezanın kısa sürede Hazineye intikalini sağlamaktır²⁵. Başka bir deyişle, *cezalarda indirim* müessesesi ile vergi ödevlilerinin vergi sistemi içinde kalması ve uyuşmazlık sayısı azaltılarak vergi dairelerinin daha verimli çalışması amaçlanmaktadır²⁶. Bu müessese sayesinde, *pişmanlık ve ıslah, uzlaşma ve hata düzeltme* müesseselerinde olduğu gibi, vergi idaresi ile vergi ödevlisi arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların uyuşmazlık haline getirilip yargı organlarına intikal ettirilmeden çözümlenmesi sağlanmakta²⁷; hem kamu alacağı kısa zamanda tahsil edilmekte hem de vergi ödevlisi uyuşmazlık nedeniyle yargı organlarına sürüklenmeden cezanın bir kısmından kurtulmaktadır²⁸. Nitekim, vergi ödevlisi ile vergi idaresi arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları ve yargılamanın vergi idaresine ve vergi ödevlisine yükleyebileceği maliyetleri azaltabilmek açısından belli şartlar altında vergi cezalarında indirim yapılması kabul edilmektedir²⁹. Başka bir deyişle, *cezalarda indirim* müessesesi, vergi ödevlisini dava açmaktan caydırma ve gecikerek tahsil edilecek cezanın değerini *hemen ödeme değerine iskonto etme* amacına yöneliktir³⁰.

Cezalarda indirim müessesesi ile, vergi ödevlisinin dava konusu yapmadan ödediği vergi cezalarında indirim yapılmakta, yani idare indirilen ceza miktarını vergi ödevlisinden talep etmemekte; vergi ödevlisi de vergi

²⁵ Bkz. **Bulutoğlu**, C. 2, s. 476; **Mutluer**, Vergi Yargı, s. 64; **Mutluer**, Vergi Ceza, s. 231; **Mutluer**, Vergi Genel, s. 333; **Öncel-Kumrulu-Çağan**, 220; **Kırbaş**, s. 193-194; **Uluatam-Methibay**, s. 222; **Ela-Kelecioğlu**, s. 65; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 578; **Karakoç**, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 47-48; **Kızılot-Kızılot**, s. 152-153. Ayrıca bkz. **Güngör**, İndirim, s. 42; **Pehlivan**, s.113; **Ürel**, İndirim, s. 53; **Ürel**, Vergi Usul, 905; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s. 218; **Kılıç**, s. 86.

²⁶ Bkz. **Özyer**, s. 1018.

²⁷ Bkz. **Özbalcı**, s. 993. Ayrıca bkz. **Aksoy**, s. 100.

²⁸ Bkz. **Kocahanoğlu**, Cezalarda İndirim, s. 105-106; **Güngör**, Vergi Cezaları, s. 47; **Güngör**, İndirim, s. 41; **Kızılot-Kızılot**, s. 153. Ayrıca bkz. **Kızılot**, İndirim, s. 7; **Aksoy**, s. 101; **Şenyüz**, s. 266-267.

²⁹ **Uluatam-Methibay**, s. 155.

³⁰ **Bulutoğlu**, Dersler, s. 360.

tarh ve ceza kesme işlemine ilişkin yargı yoluna başvurma hakkından vazgeçmektedir. Hasılı, *cezalarda indirim* müessesesi sayesinde,

- Vergi ödevlisi ile idare yargı yoluna başvurulmasının zahmet ve masrafından kurtulmakta;
- Vergi aslı ve indirimden arta kalan vergi cezasından oluşan kamu alacağı Hazineye olabildiğince kısa sürede intikal etmekte;
- Vergi yargısı organlarına intikal etmesi mümkün ve muhtemel uyumsuzluklar önlenmekte;
- Devlet, belli oranda/miktar ceza alacağından vazgeçmekte; buna karşılık, vergi ödevlisi de, dava açmama ve *vadesinde* ya da teminat göstermek suretiyle vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödeme şartıyla belli oranda cezalarda indirimden yararlanmaktadır.

Vergi ödevlisi tarafından, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde belirtilen şartların yerine getirilmesi durumunda, sadece cezalarda belli bir oranda indirim yapılmaktadır. *Cezalarda indirimden* yararlanılması bakımından cezanın türünde değişiklik yapılması, daha hafif olanın kesilmesi mümkün değildir³¹.

Cezalarda indirim, vergi ödevlisinin tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğuran bir anlaşmazlık çözüm yoludur. Bu itibarla, *cezalarda indirim* talebinin reddi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim, herhangi bir vergi ödevlisi, başvurusu halinde şartlarını yerine getirmek kaydıyla *cezalarda indirim* imkânından otomatik olarak yararlan(dırıl)maktadır. Bu nedenle, *cezalarda indirime*, *cezalarda otomatik indirim* de denilmektedir³². Aslında bu yönüyle *cezalarda indirim* müessesesi, *vergilerin/cezaların kanuniliği ilkesine* aykırı olduğu kabul edilmektedir. Nitekim, -daha az miktarda da olsa- vergi dairesinin alacağına daha erken kavuşmasını sağlamak amacıyla *vergilerin kanuniliği ilkesinden* uzaklaşmaktadır. Bu bağlamda, genel ceza hukukunda hükmedilen cezalar üzerinde hiç kimse- nin değişiklik yapamamasına rağmen, *cezalarda indirim* müessesesinde,

³¹ Candan, Vergi Suçları, s. 497.

³² Karakoç, Genel Vergi, s. 576; Karakoç, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 48.

kural olarak, vergi ödevlisi bir dilekçe ile ceza miktarı hakkında etkili olmaktadır³³.

Cezalarda indirim müessesesi, vergi anlaşmazlıklarının (idarî aşamada) çözüm yollarından biri olarak kabul edilmekte ve halen birçok ülkede uygulanmaktadır. Bazı ülkelerde *cezalarda indirim* herhangi bir oranla sınırlandırılmadığı belirtilmektedir. Bu ülkelerde vergi idaresi cezanın tamamını kaldırabilmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak bu ülkelerde vergi anlaşmazlıklarının önemli bir kısmı uyuşmazlık haline gelmeden idarî aşamada çözümlenmektedir³⁴.

Cezalarda indirim müessesesi, sadece vergi cezaları hakkında sonuç doğurmaktadır. Bu itibarla, tarh edilen vergilerin *vadesinde* ya da teminat gösterilmek şartıyla vadesinden itibaren *üç ay içinde* ödenmeleri dışında, vergi aslına ilişkin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, *cezalarda indirim* müessesesi, vergi cezaları bakımından da, belli oranda indirim yapılmasını sağlamaktadır. Nitekim, *cezalarda indirim* müessesesi, vergi cezalarının tamamını değil, bir kısmının tahsilinden vazgeçilmesi suretiyle kısmen sona ermesi sonucunu doğurmaktadır.

III. CEZALARDA İNDİRİM MÜESSESESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Açıklama

Cezalarda indirim müessesesinin hukukî niteliği hakkında farklı görüşlerin varlığı bilinmektedir. Nitekim, *cezalarda indirim* müessesesi, vergi ve/ya da ceza hukukunda var olan bazı kurumlara benzerliği nedeniyle, o müesseselerin özel bir hali olarak nitelendirilmeye çalışılmaktadır. *Cezalarda indirim* müessesesinin hukukî niteliği hakkında ileri sürülen bu görüşlerin bilinmesinde yarar vardır.

B. Af Niteliğinde Olduğu

Cezalarda indirim müessesesi, vergi ödevlisi adına ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergiler ile bu vergilere bağlı ve/ya da bunlardan

³³ Karakoç, Genel Vergi, s. 576-577; Karakoç, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 48; Karakoç, Vergi Yargılaması, s. 13.

³⁴ Bkz. Kızılot, Yabancı Ülkelerin Uygulamaları, s. 17; Güngör, İndirim, s. 41.

bağımsız olarak kesilen vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının, kanunda belirtilen şartlarla dava açılmadan ödenmesi halinde cezaların bir kısmının alınmamasını ifade etmektedir. Bu nedenle, *cezalarda indirim*, vergi cezalarına ilişkin (kısmî) bir *af* olarak nitelendirilmektedir³⁵.

Kanunda (VUK.m.376) belirtilen şartların yerine getirilmesi halinde vergi cezasının bir kısmının tahsilinden vazgeçilmesinin *af* müessesesini çağrıştırmasına rağmen, *cezalarda indirim* müessesesinin *aftan* birtakım farklarının olduğu bilinmektedir.

Her şeyden önce *af*, idare ve/ya da yasama organı için bir görev değildir. *Af* düzenlemesi ve uygulaması, yasama organının takdirine bağlıdır. Oysa, vergi ödevlisinin *Kanunda* belirtilen şartları yerine getirmesi halinde, vergi idaresi tarafından *cezalarda indirim* yapılması zorunludur³⁶. Ayrıca, bu haliyle *cezalarda indirimden*, bu konuda idarenin takdir yetkisi bulunmadığı için, şartların yerine getirilmesi kaydıyla, her zaman yararlanılabilmektedir. *Af* müessesesinin ise, birtakım belirsizlikleri bulunmaktadır. Nitekim, *af* düzenlemesi yapıp yapılmayacağı; yapılacak ise, ne zaman ve hangi şartlarla yapılacağı, *affi* düzenlemeye yetkili organın takdirine bağlıdır. *Afta*, cezaların hepsi affedilebilmekte; oysa, *cezalarda indirimde* ise, vergi cezaları ancak *Kanunda* belirtilen oranlarda indirilebilmektedir³⁷.

Cezalarda indirimde, *af* düzenlemelerinde olduğu gibi belli bir tarih itibarıyla ve bütün cezaları kapsayıcı nitelikte bir sona erdirmeye değil, her bir ceza için yapılan indirim başvurusunun ayrı ayrı değerlendirilerek cezanın bir kısmının tahsilinden vazgeçilmesi sözkonusudur. Ayrıca, *af* düzenlemesi uygulaması *istisnaî* olarak başvuru ve *kısa süreli-geçici* bir araç olduğu halde, *cezalarda indirim*, genellikle, vergi sisteminin *sürekli* olarak başvuru labilen bir müessesesi olarak varlığını sürdürmektedir. *Cezalarda indirimden* yararlanma talebinde bulunmak vergi ödevlisine tanınan bir *haktır*. Vergi ödevlisinin *Kanunda* belirtilen şartları yerine getirmesi halinde, idarenin bağlı yetkisi gereği, bu haktan yararlandırılmaması mümkün değildir. Buna

³⁵ Bkz. **Kocahanoğlu**, Vergi Suçları, s. 296; **Kızılot**, C. 10, s. 3476; **Güngör**, Vergi Cezaları, s. 47; **Güngör**, İndirim, s. 41, 45.

³⁶ Bkz. **Çağan**, s. 121; **Dönmez**, s. 24.

³⁷ Bkz. **Ağca**, s. 35; **Güngör**, İndirim, s. 45.

karşılık, vergi ödevlisinin *af* edilmesi konusunda, *af* düzenlemesinden önce ve devamlılık arzeden bir *talep hakkı bulunmamaktadır*³⁸.

Cezalarda indirim, sadece *vergi kabahatlerine* ilişkin cezalarda uygulanabilirken, *af* ise, *vergi* (vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük) *kabahatlerine* ilişkin cezalar yanında *vergi* (kaçakçılık, vergi mahremiyetini ihlâl ve mükelleflerin özel işlerini yapma) *suçlarına* ilişkin cezaları da sona erdirebilmektedir³⁹. Ayrıca, *cezalarda indirim*in hukukî bir tasarruf olarak var olabilmesi bazı *şartlara bağlıdır*. *Affin* ise, hukukî bir tasarruf olarak varlığı *şarta bağlı değildir*. Ancak, *aftan yararlanmak şarta bağlı* olabilmektedir⁴⁰.

Hem *kısmî af* ve hem de *cezalarda indirim* müesseselerinin aynı zamanda yürürlükte olması halinde, vergi ödevlisinin, *kısmî af* düzenlemesi ile kendisine uygulanan-sağlanan indirimden arta kalan miktarı öderken, *cezalarda indirim* talebinde bulunabilmesinin⁴¹; yani, kısmen affedilen vergi cezasının arta kalan kısmı ödenirken, şartlarının varlığı halinde, *cezalarda indirim* talebinde bulunmak suretiyle her iki müesseseden birlikte yararlanılabilmemesinin⁴² mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşün isabeti tartışmalıdır. Çünkü, *genel (tam) af* düzenlenmesi halinde her iki müessesenin birlikte uygulanması hem mümkün hem de gerekli değildir. *Kısmî af* düzenlenmesinde ise, vergi ödevlilerine, yararlandıkları mevcut kolaylıklardan daha fazla bir avantaj sağlanması gerekir. Böyle bir avantajın sağlanmasının ise, mevcut diğer imkânlardan ayrıca yararlanıl(a)maması şartına bağlanması mümkündür. Aksine bir düzenleme olmadıkça, vergi ödevlisinin hem *kısmî aftan* hem de ayrıca *cezalarda indirimden* birlikte yararlanması mümkün ve uygun değildir.

C. Uzlaşma Niteliğinde Olduğu

Vergi Usul Kanunu'nun "Vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında indirim" başlığını taşıyan 376'ncı maddesi incelendiğinde, adına ceza kesilen vergi ödevlisinin *Kanunda* belirtilen şartları yerine getir-

³⁸ Bkz. **Dönmez**, s. 22; **Pınar**, s. 73.

³⁹ Bkz. **Dönmez**, s. 25; **Pınar**, s. 73.

⁴⁰ Bkz. **Ağca**, s. 35; **Güngör**, *İndirim*, s. 45.

⁴¹ Bkz. **Çağan**, s. 121; **Pınar**, s. 73.

⁴² Bkz. **Pınar**, s. 73.

mesi halinde, kanun koyucunun kesilen vergi cezasının bir bölümünden vazgeçtiği ve bu yolla vergi ödevlisi ile vergi idaresi arasında ortaya çıkan anlaşmazlığın uyuşmazlık haline getirilmeden sona erdirilmesini istediği anlaşılmaktadır. Bu haliyle *cezalarda indirim* müessesesinin, *uzlaşma* müessesesine çok benzediği ileri sürülmektedir⁴³. Nitekim, her iki müessesede de, vergi ödevlisinin borçlarının bir bölümünü ödemeyi kabul etmesi karşılığında, vergi idaresi de, alacağının (*en az*) bir bölümünün tahsilinden vazgeçmektedir. Başka bir deyişle, kamu alacağının bir bölümünden vazgeçilmesi karşılığında, vergi ödevlisi de, vergi aslı ve indirimden arta kalan cezayı ödemeyi kabul etmektedir. İki müessese arasındaki temel fark, (özellikle tarhiyat öncesi) uzlaşmada, tarafların, az ya da çok, pazarlık ve anlaşma serbestisine sahip olmalarına karşılık, *cezalarda indirimde*, indirimden yararlanma şartlarının tümünün ve yapılacak indirim oranının *Kanunla* belirlenmiş olmasıdır⁴⁴.

Cezalarda indirimde, vergi ödevlisi *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde belirtilen şartları noksansız olarak yerine getirmeyi kabul ettiğini süresinde bildirdiği takdirde, vergi idaresi karşı tarafın muhatabı olduğu vergi cezasında indirim yapmak zorundadır. Vergi idaresinin yetkisi, *Kanunda* belirtilen şartların noksansız yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesinden ibarettir. Söz konusu şartların noksansız yerine getirilmesi halinde, vergi idaresinin, vergi ödevlisini indirimden yararlandırmamak gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim, vergi idaresinin bu konudaki yetkisi *bağlı yetkidir*⁴⁵. Başka bir deyişle, *uzlaşma* müessesesinin işletilmesinde idarenin takdir yetkisinin bulunmasına rağmen, *cezalarda indirimde* ise, idarenin böyle bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla, *cezalarda indirimin uzlaşmanın bir türü* olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, *cezalarda indirim* uygulanması halinde idarenin vazgeçtiği bir alacaktan da söz edilemez. Çünkü, bu müesseseden yararlanılmasının talep edilmesi halinde, *otomatik indirim* sözkonusudur. İndirimi belirleyen ve düzenleyen

⁴³ Bu benzerlik nedeniyle, birbirlerine alternatif kurumlar olan bu iki kurumun birlikte yürürlükte olmasının anlamsız olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Ürel, İndirim, s. 56; Ürel, Vergi Usul, s. 909.

⁴⁴ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 496-497.

⁴⁵ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 497.

bizzat kanun koyucunun kendisi; uygulamak durumunda olan ise, idaredir. İdarenin, indirim yapıp yapmama konusunda bir yetkisi, iradesi sözkonusu değildir.

Cezalarda indirim, sadece vergi cezalarına yönelik bir müessesedir. Oysa, belirli şartlarda hem vergi cezaları hem de vergi aslı *uzlaşma* konusu yapılabilmektedir. *Cezalarda indirim*, vergi ödevlisinin tek taraflı irade beyanı ile sonuç alabileceği bir düzenlemedir. Bu itibarla, *cezalarda indirimde* vergi ödevlisi ile vergi idaresi arasında herhangi bir pazarlık sözkonusu değildir⁴⁶.

Cezalarda indirim müessesesinin hukukî niteliğinin, *şartları ve indirim oranı kanunla önceden belirlenmiş bir uzlaşma kurumu* olduğu yönünde bir belirleme yapılabileceği düşünülse⁴⁷ de, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, bu yönde bir nitelenin yetersiz olduğu açıktır. Bu itibarla, *cezalarda indirim*, vergi (ceza) hukukuna özgü ve vergi cezalarını kısmen sona erdirmek suretiyle vergi (cezası) anlaşmazlıklarının (idarî aşamada) çözümünü sağlayan bir müessese olarak nitelenmek daha uygun ve yerinde olmaktadır.

Ç. Anlaşma Niteliğinde Olduğu

Cezalarda indirimin, tarh edilen vergi ve bunun cezası bakımından, vergi ödevlisi ile vergi idaresi arasında, şartları *Kanunda* belirlenmiş olan bir *anlaşmayı* ifade ettiği belirtilmektedir⁴⁸. Ancak, *bir anlaşmadan-sözleşmeden* söz edilebilmesi için, her şeyden önce *tarafların serbest iradeleri arasında bir mutabakatın-uyuşmanın varlığı şarttır*. Oysa, *cezalarda indirim* müessesesinin uygulanmasında tarafların iradesinin mutabakatına ihtiyaç bulunmamaktadır. Vergi ödevlisi bakımından irade serbestisi, sadece *cezalarda indirim* talebinde bulunup bulunmama yönünde ortaya çıkmaktadır. Vergi idaresinin ise, *cezalarda indirim* müessesesinin işletilmesinde herhangi bir takdir yetkisi-irade serbestîsi sözkonusu değildir. İndirim oranının belirlenmesinde ise, her iki tarafın herhangi bir irade serbestîsi, tercih kul-

⁴⁶ Bkz. M. Yüce, Vergi Yargılama, s. 93; M. Yüce, Dava Rehberi, s. 243.

⁴⁷ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 497.

⁴⁸ Bkz. Özbacı, s. 993.

lanma hak ve/ya da yetkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla, tarafların serbest iradelerine dayanmayan bir ilişkinin *anlaşma* olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁹.

D. Ön Ödeme Niteliğinde Olduğu

Cezalarda indirim müessesesinin, bazı istisnaî durumlar bir yana, ceza hukukundaki *ön ödemeye* benzediği ileri sürülmektedir⁵⁰. Ancak, *cezalarda indirim* ile *ön ödeme* arasında bazı önemli farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim, *Türk Ceza Kanunu*'nun 75'inci maddesinde düzenlenen *ön ödeme*, kanunlarda belirtilen sınırlar içinde kalan ve tür veya miktar olarak belirli bir cezayı gerektiren suçları işleyen kişinin, savcı veya hâkim tarafından belirlenen bir miktar parayı belli bir süre içinde *Devlet Hazinesine* ödemesi halinde, kamu davası açılmasını önleyen ya da açılmış bir kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran bir müessesedir⁵¹. Başka bir deyişle, *ön ödeme*, kamu davasının açılmasını önlemek; dava açılmışsa, davanın düşmesini sağlamak için, savcı ve/ya da hâkim tarafından önerilen para cezasının ödemesidir. Bu itibarla, *ön ödemede*, kamu davası açılmadan ve/ya da yargılama yapılmadan failin cezalandırılması sözkonusudur. Nitekim, *ön ödemede*, suç ve cezanın ortadan kalkması sözkonusu olmayıp, hafif suçlar nedeniyle failin *Devletin* önerisini kabul etmek suretiyle yargı organlarının yükünün azaltılması amacıyla sadece yargılama yapılmamaktadır⁵². Kanunî şartların gerçekleşmesi halinde, savcının *ön ödeme* yoluna gitmesinin zorunlu olması, yani takdir yetkisinin olmaması, *ön ödemenin cezalarda indirim* müessesesi ile benzer yönünü oluştursa da, bu iki müessese farklı amaçlara hizmet etmektedir⁵³.

Ön ödemede asıl amacın, hafif suçlar nedeniyle fail ile *Devlet* arasında bir mutabakat sağlanmak suretiyle yargı organlarının yükünün azaltılması olduğu belirtilmektedir. Başka bir deyişle, kanun koyucu tarafından hafif

⁴⁹ Benzer bir açıklama için bkz. **Pınar**, s. 74.

⁵⁰ **Mutluer**, Vergi Ceza, s. 231, dp. 94.

⁵¹ **Özgenç**, s. 596. Ayrıca bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 705.

⁵² Türk Ceza Hukukunda ön ödeme kurumu ve uygulanması hakkında geniş bilgi için bkz. **Özgenç**, s. 595-606.

⁵³ Benzer açıklama için bkz. **Pınar**, s. 72.

suçların yargılanması yüzünden mahkemelerin iş yüklerinin artmasını önlemek amacıyla *ön ödeme* müessesesi kabul edilmiştir⁵⁴. *Cezalarda indirim* ise, kamu alacağının kısa sürede Hazineye intikalini sağlamak amacıyla yönelik bir müessesedir. Gerçi, vergi anlaşmazlıklarının uyuşmazlık haline getirilmemesi, *cezalarda indirim* müessesesinin amaçlarından birisi olsa da, bu kamu alacağının kısa sürede Hazineye intikal etmesinin asıl amaç olmasına engel teşkil etmemektedir. Başka bir deyişle, *cezalarda indirimin* asıl amacı, ceza alacağının bir kısmından vazgeçmek suretiyle kamu alacağının kısa sürede Hazineye intikalini sağlamasıdır. Bu itibarla, farklı amaçlarla ihdas edilmiş ve uygulanmakta olan iki müessesenin birbirlerinin farklı hukuk dallarındaki uygulama şekli olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, *cezalarda indirim* müessesesi, ceza hukukunda yer alan *ön ödeme* müessesesinin vergi ceza hukukundaki bir uygulama şekli olarak nitelendirilemez⁵⁵.

E. Genel Değerlendirme

Af, daha çok hürriyeti bağlayıcı cezalar için sözkonusu olmaktadır. Ayrıca, *af*ın ne zaman ve hangi şartlarda düzenleneceği-uygulanacağı yasama organının takdirine bağlıdır. *Af*, geçici-istisnâ bir düzenleme-uygulama niteliğine sahiptir. Oysa, *cezalarda indirim* süreklilik arzeden bir müessesedir. Ayrıca, vergi idaresinin, şartlarının varlığı halinde, ceza muhatabının *cezalarda indirimden* yararlandırılması konusunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Uzlaşmada, karşılıklı bir *pazarlık* sözkonusu olduğundan, uzlaşma başvurusuna konu olan cezalarda indirim yapılıp yapılmayacağı ve ne oranda/miktarda bir indirimden yararlanılacağı önceden bilinmemektedir. *Cezalarda indirimde* ise, *indirim oranı Kanunda belirtilmektedir*. Bu oran konusunda vergi idaresi ile vergi ödevlisinin herhangi bir değişiklik yapma yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, *uzlaşmada* karşılıklı bir pazarlık yapma sözkonusu iken, *cezalarda indirimde* taraflar arasında pazarlığı gerektiren bir husus bulunmamaktadır. Ayrıca, kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi kaybına yol açılması halinde kesilmesi gereken kayba uğratılan

⁵⁴ Bkz. Özgenç, s. 596. Ayrıca bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 705.

⁵⁵ Benzer açıklama için bkz. Pınar, s. 73.

verginin üç katı (vergi ziyayı) ceza(sı) hem *tarhiyat öncesi uzlaşma* hem de *tarhiyat sonrası uzlaşma*; usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları ise, *tarhiyat sonrası uzlaşma* konusu yapılamamaktadır. Oysa, vergi ziyayı cezası ile usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında indirim yapılması konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

Anlaşmada/sözleşmede tarafların iradeleri belirleyici olmaktadır. Oysa, *cezalarda indirimde*, vergi ödevlisi ile vergi idaresinin *cezalarda indirim şartları* ve oranının farklılaştırılması konusunda herhangi bir yetkisi yoktur. Vergi ödevlisi, sadece indirim talebinde bulunup bulunmama konusunda tercihte bulunma imkânına sahiptir. Kaldı ki, *Kanunda* belirtilen sürede indirim talep edilmeden ödeme yapılması halinde bile, vergi ödevlisi *cezalarda indirimden* yararlandırılmaktadır.

Cezalarda indirimin ön ödemeye benzetilmesi de müesseseyi gereği gibi açıklamaktan uzaktır. Bir ceza hukuku müessesesi olan *ön ödeme*, ceza hukuku anlamında cezalar için sözkonusu olmaktadır. *Ön ödeme* yapılması halinde dava açılmamakta; açılmış olan davanın ise, düşmesine karar verilmektedir. Oysa, *cezalarda indirim*, mali nitelikli cezalarda uygulanmaktadır. İndirimden yararlanmak için, indirimden yararlanmak isteyen *dava açmamış olması* gerekir.

Kısacası, *ön ödeme*, *cezanın ödenmesidir*. Oysa, *cezalarda indirim* ise, *cezanın az ödenmesidir*. *Ön ödeme*, *yargılamayı engellemektedir*. *Cezalarda indirim* ise, *yargı yoluna başvurmama şartına bağlıdır*. İki müessesede ters etki sözkonusudur. Yargı yoluna gitmeyen ceza muhatabı, *cezalarda indirimden* yararlanabilmektedir.

Bütün bu açıklamalar ışığında *cezalarda indirim* müessesesinin, *Kanunda* belirtilen şartların yerine getirilmesi kaydıyla, cezaların bir kısmından vazgeçme anlamına geldiğinin kabul edilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Bu konuda idarenin herhangi bir takdir yetkisinden söz edilemez. Çünkü, ceza muhatabının indirim talep etmesi halinde, *Kanunda* belirtilen oranda *otomatik indirim* yapılması gerekmektedir. Bu itibarla, *cezalarda indirim* müessesesi, vergi ceza hukukuna özgü ve vergi ödevlisi ile vergi idaresi arasında baş gösteren (vergi ve/ya da) ceza anlaşmazlıklarının çözümünü sağlayan; muhtemel vergi cezası uyuşmazlıklarının çıkmasını önleyen bir müessesedir.

IV. CEZALARDA İNDİRİM MÜESSESESİNİN KAPSAMI

A. Genel Açıklama

Cezalarda indirim müessesesinin kapsamını, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin ilk ve son fıkrası belirlemektedir. Buna göre;

“İkmalen, re’sen veya idarece tarh edilen vergi veya vergi farkını ve aşağıda gösterilen indirimlerden arta kalan vergi ziyai, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarını mükellef veya vergi sorumlusu ihbarname-lerin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili vergi dairesine başvurarak vadesinde veya 6183 sayılı Kanunda belirtilen türden teminat göstererek vadenin bitmesinden itibaren üç ay içinde ödeyeceğini bildirirse: ... indirilir.” (VUK.m.376/I).

“Yukarıdaki hükümler vergi aslına tâbi olmaksızın kesilen usulsüzlük cezaları hakkında da uygulanır.” (VUK.m.376/III).

Bu iki fıkra hükmünden hareketle, *cezalarda indirim* müessesesinin kapsamını şu şekilde belirlemek mümkündür.

B. Vergi Türü Bakımından

Cezalarda indirim yoluyla anlaşmazlıkların uyuşmazlık haline dönüşmeden çözümlenmesi, verginin türü bakımından herhangi bir sınırlamaya tâbi değildir. Bu bağlamda, mükellefler ve/ya da adlarına ceza kesilmiş bulunanların, *Vergi Usul Kanunu* kapsamına giren tüm vergi, resim ve harçlara ilişkin olarak *cezalarda indirim* yoluna başvurması mümkündür. Ancak, *Gümrük İdareleri* tarafından tahsil edilen vergiler *Vergi Usul Kanunu*'na tâbi olmadığından (VUK.m.2), bu vergilere ilişkin olarak kesilen cezalar, *cezalarda indirim* müessesesinin kapsamı dışında kalmaktadır. Buna göre, gelir vergisi, kurumlar vergisi, katma değer vergisi, özel tüketim vergisi, veraset ve intikal vergisi, emlak vergisi, damga vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi gibi vergiler ile harçlara ilişkin olarak kesilen cezalar hakkında *cezalarda indirim* müessesesinden yararlanmak mümkündür. Ayrıca, *Belediye Gelirleri Kanunu*'nda düzenlenen ve belediyeler tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harçlara ilişkin cezalar da *cezalarda indirim* konusu olabilmektedir. Çünkü, belediyeler tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harçlar da *Vergi Usul Kanunu*'nun kapsamına girmektedir.

Vergi asılları, *cezalarda indirim* müessesesinin kapsamında yer almamaktadır. Bu bağlamda, *Kanunda* belirtilen şartlar noksatsız olarak yerine getirilmiş olsa bile, vergi asıllarında, bunların zamları ile fon kesintilerinde indirim yapılması mümkün değildir⁵⁶.

Kanunda ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi farkından söz edilmesinin sebebi, bu şekilde tarh edilen vergide de indirim yapılabilmesinin mümkün olduğu değil; vergi cezalarında indirim yapılabilmesinin, tarh edilen verginin belli süre içinde ödenmesi veya ödenmesinin taahhüt edilmesi şartına bağlı bulunmasıdır. Başka bir deyişle, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi veya vergi farkından, bunlara bağlı vergi cezalarında yapılacak indirimin ödeme şartı olarak söz edilmektedir⁵⁷.

Vergi farkından söz edilmesinin sebebi, tarh edilen ilâve vergiyi ifade etmektir. Çünkü, ikmalen tarhiyat yapılabilmesi için, önceden tarh edilmiş bir verginin varlığı şarttır. Dolayısıyla, ikmalen tarh edilen vergi, verginin tamamını değil; aslında başlangıçta tam olarak tarh edilmesi gereken verginin eksik kalmış/bırakılmış kısmını oluşturmaktadır. Ayrıca, re'sen tarh edilen verginin de her zaman verginin tamamı olması şart değildir. Çünkü, önceden bir vergi tarh edilmiş olmasına rağmen, eksik kalmış/bırakılmış olması mümkündür. Ancak, matrah farkının tesbitinin defter, kayıt ve belgelere ve/ya da kanunî ölçülere dayanarak yapılamaması halinde verginin takdir komisyonları kararları ve/ya da inceleme raporlarına dayanarak re'sen tarh edilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda da vergi farkından söz edilmesi mümkündür.

C. Ceza Türü Bakımından

1. Genel Olarak

Cezalarda indirim müessesesinin konusunu, vergi idaresinin ceza kesme yetkisine dayanarak kestiği vergi cezaları oluşturmaktadır. *Vergi cezaları*, vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezalarıdır (VUK.m.331). Usulsüz-

⁵⁶ Dş. 3.D. 13.3.1986 gün ve E.1986/44, K.1986/851, (**Candan**, Vergi Suçları, s. 498, dp. 669).

⁵⁷ **Candan**, Vergi Suçları, s. 498.

lük cezaları ise, (genel) usulsüzlük ve özel usulsüzlük olmak üzere iki grup halinde düzenlenmektedir (Bkz. VUK.m.351 vd.). Nitekim, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine göre, indirimli olarak ödenmesi mümkün olan vergi cezaları, vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarıdır. Bu itibarla, vergi ceza hukukunda yer alan (ve idare tarafından kesilen) vergi cezalarının hepsi, *cezalarda indirim* konu olabilecek nitelikte cezalardır. Vergi ödevlisi, yargı yoluna gitmeden, tarh edilen vergi aslı ile bu cezaların indirimden arta kalan kısmını ödemek suretiyle cezalarda *Kanunda* belirtilen oranlarda indirimden yararlanabilmektedir.

Cezalarda indirim konusu edilecek vergi cezasının *Vergi Usul Kanunu*'nda düzenlenmiş olması gerekir. *Vergi Usul Kanunu*'nda düzenlenmeyen veya ilgili *kanunda Vergi Usul Kanunu*'na yollamada bulunulmayan vergi cezaları *cezalarda indirim* müessesesinin konusunu oluşturmamaktadır. Örneğin, 4458 sayılı *Gümrük Kanunu*'nda düzenlenen vergi cezalarında *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine dayanarak indirim yapılması mümkün değildir.

Vergi Usul Kanunu'nda, muhatabına ihbarname ile bildirilen vergi cezaları, idarî nitelikte; yani, vergi idaresinin ceza kesme yetkisi kapsamında olan cezalardır. Aynı şekilde, cezanın, muhatabına tebliğinden sonra dava konusu edilebilmesi de, idarî nitelikte olmasıyla mümkündür. İdarî nitelikte olmayan; yani, adli yargı organlarıca hükmolunan cezaların muhataplarıca dava konusu edilmeleri sözkonusu değildir. Cezaya hükmeden mahkeme kararına karşı ancak kanun yolu başvurusunda bulunulabilir. Esasen, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin yer aldığı *Üçüncü Kısım vergi cezalarının kesilmesi, ödenmesi ve kalkması* ile ilgilidir. Ceza kesme yetkisi, vergi idaresine aittir. Vergi idaresince ceza kesilir; ceza mahkemelerince ise, cezaya hükmolunur⁵⁸. Dolayısıyla, kanunda ceza kesme işleminden söz edilmesi, sözkonusu olan cezanın idarî nitelikte olduğunu göstermektedir. Bu yüzden, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi uyarınca indirim konusuna edilebilecek vergi cezaları, idare tarafından kesilen idarî para cezası niteliğinde olan cezalardır. Bu itibarla, adli makamlarca hükmolunan adli para

⁵⁸ Dş. 3.D. 6.2.1992 gün ve E.1880/2711, K.1992/468, (Candan, Vergi Suçları, s. 500, dp. 670).

cezaları, *Vergi Usul Kanunu*'ndan kaynaklanmalarına rağmen, indirim konusuna edilemezler⁵⁹.

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesi, *cezalarda indirimden yararlanma şartı* olarak, cezanın *vadesinde* ödenmesini veya teminat göstermek suretiyle vadesinin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödeneceğinin bildirilmiş olmasını aramaktadır. Ödenmek suretiyle infaz edilen cezalar, parasal cezalardır. Adli para cezaları da ödemekle infaz olunmaktadır. Ancak, bu cezaları belirleme ve kesme yetkisi idareye değil, ceza mahkemelerine aittir. Bu bakımdan, idare tarafından kesilen ve idarî para cezası niteliğindeki cezalar dışında kalan diğer cezaların, bu bağlamda *hapis ve adli para cezalarının cezalarda indirim* müessesesine konu edilmesi mümkün değildir⁶⁰. Başka bir deyişle, hürriyeti bağlayıcı cezalar ile adli para cezaları, *cezalarda indirim* müessesesinin kapsamı dışında kalmaktadır.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi, cezaya malî nitelikli vergi cezası niteliği kazandırmadığı için bu cezaların da *cezalarda indirim* konusuna olması mümkün değildir⁶¹.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde kaçakçılık suçunu oluşturduğu belirtilen fiillerle vergi kaybına yol açılması halinde, kayba uğratılan verginin *üç katı*; iştirak edenlere *bir katı* olarak kesilmesi gereken vergi ziyai cezasının *cezalarda indirim* kapsamına girip girmeyeceği tartışılmalıdır. Cezanın türü bakımından *cezalarda indirim* müessesesinin kapsamı belirtilirken sadece vergi ziyai cezası ile usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının kapsama dahil olduğunun belirtilmesine rağmen, hakkında nitelik itibarıyla iki tür ceza uygulanması gereken kaçakçılık suçuna ilişkin parasal cezaların da, yorum yoluyla *cezalarda indirim* kapsamına alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Çünkü, kaçakçılık cezasının parasal kısmı, malî nitelikli bir cezadır. Nitekim, kanun koyucu böyle bir nedenle bu cezayı 359'uncu maddede değil, 344'üncü maddede düzenlemektedir⁶². Ancak, kaçakçılık

⁵⁹ Candan, Vergi Suçları, s. 500.

⁶⁰ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 499.

⁶¹ Bkz. Özyer, s. 1018; Ürel, İndirim, s. 53; Ürel, Vergi Usul, s. 905; Kılıç, s. 86.

⁶² Bkz. ve karşı Mutluer, Vergi Genel, s. 334; Candan, Vergi Suçları, s. 500; Kızılot-Kızılot, s. 164; Kılıç, s. 86; M. Yüce, Vergi Yargılama, s. 93; M. Yüce, Dava Rehberi, s. 243.

suçunu oluşturan fiillerle vergi kaybına yol açılması halinde vergi ziyai cezasının üç katı olarak kesilmesi gereken ceza, vergi ziyai cezası değil, kaçakçılık suçunun hürriyeti bağlayıcı cezasının yanında uygulanan *fer'i* bir ceza niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, bu cezanın kesilebilmesi için, kaçakçılık suçunun mahkeme kararı ile sabit olması şartı aranmalıdır. Kasten vergi kaybına yol açmanın bir yaptırımı olması nedeniyle ve cezaların caydırıcılığını sağlamak amacıyla, bu cezanın *cezalarda indirim* müessesesinin kapsamı dışında bırakılmasının uygun olacağı düşünülmektedir⁶³. Kaldı ki, yapılan bu öneri doğrultusunda, kayba uğratılan verginin üç katı olarak kesilmesi gereken cezanın, mahkeme kararına bağlı olarak ortaya çıkması nedeniyle, *cezalarda indirim* konusu olmaması gerekir. Ne var ki, mevzuatın ve buna bağlı olarak gerçekleşen uygulamanın mevcut haliyle vergi ziyai cezasının, kayba uğratılan verginin bir katı ya da üç katı olarak kesilmiş olması, indirimden yararlanma konusunda bir farklılık oluşturmamaktadır. Ancak, vergi kaybının üç katı ceza kesilmesi şartlarının hem *ölçülülük ilkesi* hem de bu tür bir cezada indirim yapılmasının, cezanın gerekçesi ve etkililiği bakımından iyi değerlendirilmesi gerekir.

Tekerrür nedeniyle artırılarak kesilen cezalar da indirim konusu olmaktadır⁶⁴. Bu bağlamda, tekerrür ile artırılmış cezanın vergi ziyai cezası ve cezalarda indirimden ilk defa yararlanılıyor olması halinde, indirimin *yarısı oranında* yapılmasına karşılık, indirimden yararlandıktan sonra kesilmiş olan vergi ziyai cezası ile usulsüzlük ya da özel usulsüzlük cezalarının kaçınılmaz defa kesildiklerine bakılmaksızın *cezalarda indirimden üçte bir* oranında yararlanması mümkündür.

2. Vergi Cezasının Vergi Aslına Bağlı Olmasının Anlamı

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinin ilk fıkrasında, indirim konusu edilebilecek vergi cezasının *vergi aslına bağlı* (tâbi) olması gerektiği hakkında açık bir şart yer almamaktadır. Ancak, vergi ziyai cezası, vergi aslına bağlı olarak kesilmektedir. Bu itibarla, tarh edilmiş bir verginin, dolaşısıyla bir vergi kaybının olmaması halinde, vergi ziyai cezasının kesilmesi

⁶³ Bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 578; **Karakoç**, Vergi Anlaşmazlıkları, s. 49.

⁶⁴ Bkz. **Özyer**, s. 1018; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s. 219; **Kılıç**, s. 86.

de mümkün değildir⁶⁵. Buna karşılık, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları için aynı şey söylenemez. Çünkü, usulsüzlük ve (damga vergisi ile ilgili olarak kesilenler hariç) özel usulsüzlük cezaları, bir vergi kaybının varlığına; dolayısıyla, vergi aslına bağlı olmayan vergi cezalarıdır. Bu yüzden, ilk fıkranın düzenlemesine bakılarak, vergi aslına bağlı olsun veya olmasın, vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının, indirimine konu edilmesi mümkündür. Ancak, son fıkrada,

“Yukarıdaki hükümler vergi aslına tâbi olmaksızın kesilen usulsüzlük cezaları hakkında da uygulanır”

hükmüne yer verilmesi, ilk fıkra hükmünün, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarından, sadece vergi aslına bağlı olanları kapsadığı, yani vergi aslına bağlı olmayan vergi cezalarını indirim kapsamı dışında bıraktığı izlenimi vermektedir⁶⁶. Her ne kadar, son fıkrada, “*vergi aslına bağlı*” ibaresi yerine *vergi aslına tâbi* ibaresi kullanılmışsa da, *vergi aslına bağlı olmakla tâbi olmak* arasında anlam bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Usulsüzlük cezaları bakımından, vergi aslına bağlı olan-olmayan şeklinde yapılan bu ayırımın, uygulamada oldukça büyük önemi vardır. Çünkü, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi uyarınca *cezalarda indirimden yararlanılabilmesi için, indirimden arta kalan cezanın vadesinde veya teminat göstermek suretiyle vadesinin sona ermesinden itibaren üç ay içinde ödenmesi yeterli değildir*. Ayrıca, varsa, vergi cezasının bağlı olduğu vergi aslının da aynı süre içinde ödenmiş veya ödemenin güvence altına alınmış olması da gereklidir. Bu bakımdan, şayet, usulsüzlük cezasının bağlı olduğu bir vergi aslı varsa, bu vergi aslı da aynı süre içinde ödenmeden veya ödenmesi güvence altına alınmadan, sadece usulsüzlük cezasının indirimden arta kalan kısmının ödenmesi veya ödenmesinin güvence altına alınmasıyla *cezalarda indirim* müessesesinden yararlanabilmek mümkün değildir. Buna karşılık, usulsüzlük cezası herhangi bir vergi aslına bağlı değilse, cezanın indirimden arta kalan kısmının maddede belirtilen sürede ödenmesi veya ödenmesinin güvence altına alınması yeterlidir. Bu yüzden, indirimine konu

⁶⁵ Dş. 3. D. 18.12.1989 gün ve E. 1989/1492, K.1989/2949; Dş. 4. D. 12.3.1990 gün ve E.1987/4476, K.1990/830, (Candan, Vergi Suçları, s. 501 dp. 671).

⁶⁶ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 501.

edilmesi düşünülen usulsüzlük cezaları bakımından bu ayrımın titizlikle yapılması önem kazanmaktadır⁶⁷.

Vergi cezaları yönünden, vergi aslına bağlı (tâbi) olma iki halde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan *birincisine* göre, vergi cezasının miktarı, vergi aslına belli bir oranın uygulanması suretiyle belirlenmektedir. Usulsüzlük cezalarının miktarları, *Vergi Usul Kanunu*'nda belli ölçülere göre maktû olarak tesbit edilmektedir. Damga vergisine bağlı olarak kesilen özel usulsüzlük cezaları dışında miktarı nisbî olarak tesbit edilen bazı usulsüzlük cezaları var ise de, hem fıkranın sözünü ettiği usulsüzlük cezaları, genel usulsüzlük cezalarıdır; hem de miktarı bu şekilde belirlenen özel usulsüzlük cezalarının matrahı, vergi aslı değil, verilmemesi veya alınmaması ceza kesilmesini gerektiren belgeye yazılması gereken meblağdır. Bu meblağ ise, her zaman kayba uğratılan vergi değildir⁶⁸.

İkinci hal, vergi cezası kesilebilmesi için, öncelikle, bir vergi kaybının doğmuş ve bu yüzden (ikmalen, re'sen veya idarece) tarh edilmiş bir vergi veya vergi farkının bulunmasının gerekli olmasıdır. Başka bir deyişle, cezanın varlığının, vergi kaybının; dolayısıyla, vergi aslının varlığına bağlı bulunmasıdır. Vergi ceza hukukunda, bu anlamda bağlılık gerektiren bir usulsüzlük cezası yoktur. Kuşkusuz, usulsüzlük fiilinin sonucunda bir vergi kaybının doğması ve bu nedenle bir vergi tarhı yapılması mümkündür. Ancak, usulsüzlük cezalarının kesilebilmesi, tarh edilmiş bir verginin varlığı şartına bağlı değildir. Bu yüzden, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin son fıkrasında sözü edilen bağlılığın, bu tür bir bağlılık olduğu düşünülemez⁶⁹.

Usulsüzlük cezasının vergi aslına bağlılığından söz edilebilmesi, ancak bir tek ihtimalde sözkonusu olmaktadır. O da, usulsüzlük cezasını gerektiren kanuna aykırı fiilin, aynı zamanda vergi kaybına da yol açması ve bu yüzden ilgili hakkında ikmalen, re'sen veya idarece bir verginin de tarh edilmiş bulunması halidir. Aslında bu durum, kelimenin teknik anlamıyla bir *bağlılık*, bir *tâbiyet* değil, *Vergi Usul Kanunu*'nun Uzlaşmayı düzenleyen Ek 1'inci maddesinde ifadesini bulan *ilişkin olma* halidir. (*Genel Usulsüzlük*

⁶⁷ Candan, Vergi Suçları, s. 501-502.

⁶⁸ Candan, Vergi Suçları, s. 502.

⁶⁹ Candan, Vergi Suçları, s. 503.

cezasını gerektiren bir fiilin aynı zamanda vergi kaybına da yol açması halinde, *Vergi Usul Kanunu*'nun 336'ncı maddesine göre, kayba uğratılan vergiye bağlı olarak kesilmesi gereken *vergi ziyai cezası* ile fiile uyan (genel) usulsüzlük cezası ağırlıkları bakımından karşılaştırılarak, miktar itibariyle en ağır olanı kesilmektedir. Böylece, usulsüzlük fiili dolayısıyla kesilmesi gereken (genel) *usulsüzlük cezası* ya hiç kesilmemekte ya da vergi aslına bağlı olan vergi ziyai cezasının yerini almaktadır. Son halde, *indirime konu edilecek vergi cezası, vergi aslına bağlı olan vergi ziyai cezasının yerini alan bu usulsüzlük cezasıdır*. Bu durumda, miktar itibariyle daha hafif olan vergi aslına bağlı vergi ziyai cezası kesilemeyeceğinden, bu cezanın yerini alan genel usulsüzlük cezasının indirime konu edilme şartlarında hata yapılması ihtimali yok gibidir. Çünkü, bu tür bir usulsüzlük cezasının muhatabının, her zaman, ödemek zorunda olduğu bir vergi aslı olmaktadır. Bu vergi aslı ödenmedikçe de, cezanın muhatabının indirimden yararlanması sözkonusu olmamaktadır. Bu itibarla, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin son fıkrasının dışında kalan ve ilk fıkrası kapsamına giren, yani vergi aslına bağlı olan (genel) usulsüzlük cezaları, 336'ncı madde uyarınca yapılan karşılaştırma sonucu miktar itibariyle vergi aslına bağlı vergi ziyai cezasına göre daha ağır oldukları için kesilenlerdir⁷⁰.

Özel usulsüzlük cezaları bakımından durum biraz farklıdır. Madde, özel usulsüzlük cezaları ile ilgili olarak, (genel) usulsüzlük cezalarındakine benzer bir ayırım yapmamaktadır. İndirime konu edilecek özel usulsüzlük cezalarının da, vergi aslına bağlı olmaları; yani, özel usulsüzlük fiilinin doğurduğu bir vergi kaybının bulunmasının gerektiği söylenebilir. Ancak, madde, (genel) usulsüzlük cezalarıyla ilgili olarak yapılan vergi aslına bağlı olan ve olmayan ayırımının özel usulsüzlük cezalarıyla ilgili olarak yapılmamış olması yüzünden, özel usulsüzlük cezalarının böyle bir ayırım yapılmaksızın indirime konu olması gerektiği sonucuna varılması mümkündür. *Vergi Usul Kanunu*'nun 3'üncü maddesinin "A" bendinin ikinci fıkrasında; *Vergi kanunlarının lafzı ve ruhu ile hüküm ifade edeceği; lafzın açık olmaması halinde vergi kanunlarının hükümlerinin, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanacağı* belirtilmektedir. Bu itibarla, *Vergi Usul Kanunu*'nun

⁷⁰ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 503-504.

376'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının lafzı, özel usulsüzlük cezalarının, vergi aslına bağlı olup olmamalarına bakılmaksızın, indirim konusu edilebilecekleri izlenimini vermektedir. Ayrıca, *cezalarda indirim* müessesesinin kabul edilmiş amacı çerçevesinde incelendiğinde, fıkranın lafzının, hiç duraksamadan, özel usulsüzlük cezalarının her durumda *cezalarda indirim* konusu olması gerektiği sonucuna varılmasını sağlayacak kadar açık olduğu görülmektedir. Kaldı ki, *cezalarda indirim* müessesesinin, vergi alacağının, zaman ve miktar itibarıyla, en az kayıpla tahsilinin sağlanması şeklinde ortaya konulan amacı ve *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin son fıkrasının düzenleniş gerekçesi gözönünde bulundurularak bir yorum yapıldığında, özel usulsüzlük cezasının indirim konusu edilebilmesinin cezayı gerektiren fiilin yol açtığı bir vergi kaybının bulunmasına ve bu fiille kayba uğratılan verginin maddede belirtilen biçimde ödenmesine veya ödenmesinin güvence altına alınmasına bağlı olmadığı sonucuna varılması kaçınılmaz olmaktadır. Bu takdirde, herhangi bir vergiyi kayba uğratmayan özel usulsüzlük fiilleri dolayısıyla kesilen cezaların da indirim konusu edilmesinin mümkün olduğunun kabul edilmesi gerekir⁷¹.

Kanun koyucunun *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında usulsüzlük yanında ayrıca ve özellikle özel usulsüzlük cezasını zikretmiş olmasına rağmen, son fıkrada sadece (genel) usulsüzlükten söz etmesi özel usulsüzlüğün kapsam dışında bırakılmak istendiği yönünde bir anlayışın ve yorumun zeminini oluşturmaktadır. Her ne kadar, maddenin lafzı, özel usulsüzlük cezalarının cezalarda indirimden yararlanarak ödenebilmesi için vergi aslına bağlılık aranmasını gerektiği izlenimi uyandırsa da, her türlü fiilin yol açtığı özel usulsüzlük cezaları, vergi kaybına yol açıp açmadığına bakılmaksızın, *cezalarda indirim* müessesesinin kapsamına girmekte; yani, *cezalarda indirimden* yararlanmak suretiyle ödenebilmektedir. Çünkü, *cezalarda indirim* müessesesinin kapsamı ve amacı böyle bir ayırımın yapılmasını gerektirmemektedir. Bu itibarla, özel usulsüzlük cezasının *cezalarda indirim* konusu edilebilmesi için mutlaka vergi aslına bağlı olması şartının aranmaması gerekir. Kaldı ki, *özel usulsüzlük kabahatlerinin vergi ziyayı kabahatinin teşebbüs halini oluşturduğunun* da unutulmaması gerekir.

⁷¹ Aksi yönde bir görüş için bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 503-504.

Ç. Tarhiyatın Türü Bakımından

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinin ilk fıkrası, indirim konusundaki vergi cezalarını belirlerken, cezanın bağlı bulunduğu vergi aslının *tarh yöntemi* bakımından bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, bir vergi cezasının indirim konusundaki edilebilmesi için bağlı bulunduğu vergi ve/ya da vergi farkının, *ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilmiş olması* gerekmektedir. Bu üç yöntemden biriyle tarh edilmemiş olan vergi veya vergi farkına bağlı olarak kesilen vergi cezasının indirim konusundaki edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bağlı bulunduğu vergi aslı bu üç yöntem dışında kalan yöntemlerle; örneğin, mükellefin beyanı üzerine tarh edilen vergiye bağlı olarak kesilen vergi cezalarında indirim yapılamaz. Ancak, *Vergi Usul Kanunu*'nun 344'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası gereği süresi geçtikten sonra verilen beyannameler üzerine vergi ziyat cezasının *yüzde elli* olarak kesilmesi konusunun *cezalarda indirim* özel bir uygulama biçimi olduğunu unutmamak gerekir. Bu itibarla, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim* müessesesi, sadece ikmalen, re'sen veya idarece tarhtan kaynaklanan vergi cezalarında indirim yapılmasını sağlamaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun 30'uncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, vergi beyannamelerinin kanunî süre ve bunu izleyen 15 günlük sürenin sona ermesinden sonra, pişmanlık ve ıslah talebi olmaksızın verilmesi durumunda, re'sen takdire gidilmesi aşamasında, beyan üzerinden yapılan tarhiyata ilişkin kesilen vergi cezalarında da *cezalarda indirim* talep edilmesi mümkündür⁷². Ancak, *Vergi Usul Kanunu*'nun 30'uncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, vergi ödevlisinin pişmanlık dilekçesi olmaksızın verdiği beyannameye yer alan matrah üzerinden tarh edilen vergiye bağlı olarak kesilen vergi cezası için *cezalarda indirim* talebinde bulunması, takdir komisyonu kararına göre ayrıca tarh edilen vergi için dava açmasına engel oluşturmamaktadır⁷³.

Vergi Usul Kanunu'nun 116-126'ncı maddeleri uyarınca, düzeltme hükümlerine göre yapılan tarh işlemine bağlı olarak kesilen vergi cezalarının

⁷² Bkz. Özbalcı, s. 997; Kızılot-Kızılot, s. 154; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 219.

⁷³ Bkz. Özbalcı, s. 997; Pehlivan, s. 117.

cezalarda indirim müessesesinden yararlanmak suretiyle ödenmesi mümkündür⁷⁴. Bu durumu, bir anlamda re'sen tarh gibi düşünmek gerekir. Bu bağlamda, vergi ödevlisi, idarenin re'sen düzeltme sonucunu bildirmesi üzerine *cezalarda indirim* talebinde bulunabilmektedir.

V. CEZALARDA İNDİRİM MÜESSESESİNDEN YARARLANABİLECEK OLANLAR

A. Genel Açıklama

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim* müessesesinin konusunu vergi cezaları oluşturmasına rağmen, her ceza muhatabının *cezalarda indirim*den yararlanması mümkün olmadığı düşünülmektedir. Çünkü, vergi ceza hukuku hükümlerine göre, *cezalarda indirim* müessesesinden, sadece mükellef veya vergi sorumlusu olan ceza muhataplarının yararlanma imkânına sahip olduğu ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak, *Kanunda* (VUK.m.376), *ceza muhatabının* başvurmasından, cezayı ödemesinden veya ödeyeceğini bildirmesinden değil, mükellef veya vergi sorumlusunun aynı tür davranışlarından söz edilmekte olduğu gösterilmektedir. Bu itibarla, her ceza muhatabına, *cezalarda indirim*den yararlanma hakkı tanınmamaktadır. Ancak, beyanname verme ve vergi borcunu vergi dairesine ödeme yükümlülüğü (mükellef veya vergi sorumlusu) olmayan kişi ve kuruluşların da, vergi cezalarına muhatap olmaları muhtemeldir. Düzenlemeye göre, beyanname verme ve vergi borcunu vergi dairesine ödeme yükümlülüğü (mükellef veya vergi sorumlusu) olmayan bu kişi veya kuruluşların, muhatabı oldukları vergi cezalarında indirim yapılmasını talep etmelerinin mümkün olmadığı iddia edilmektedir. Hatta, indirim hakkından yararlanabilmek için, ceza muhatabının mükellef veya vergi sorumlusu olması da yeterli değildir. Ayrıca, vergi cezasının kesilmesini gerektiren vergi kanununa aykırı fiilin, bu yükümlülüğün veya sorumluluğun sonucu olması da gerekmektedir. Örneğin, bir avukatın üstlendiği vekâlet görevi gereği düzenlemesi/vermesi gereken serbest meslek makbuzunu düzenlemediği/vermediği için kesilen özel usulsüzlük cezası, bu avukatın meslekî faaliyeti ile ilgili gelir vergisi yükümlülüğünün bir sonucu olmasına karşın, aynı

⁷⁴ Kızılot-Kızılot, s. 157; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 219.

avukatın evi için nihaî tüketici olarak satın aldığı eşya dolayısıyla fatura almamış olması yüzünden muhatabı olduğu özel usulsüzlük cezasının sözkonusu yükümlülüğü ile ilgisi yoktur. Bu avukatın, diğer şartları da yerine getirmesi kaydıyla ilk özel usulsüzlük cezasını *cezalarda indirimden* yararlanarak ödemesinin mümkün olduğu; ancak, ikinci özel usulsüzlük cezası için cezalarda indirimden yararlanamayacağı ileri sürülmektedir. Ayrıca, indirim hakkından yararlanma bakımından, ceza muhatapları arasında böyle bir ayırım yapılmasının nedeninin, müessesenin amacı ile açıklanabileceği belirtilmektedir. Nitekim, *cezalarda indirim* müessesesinin asıl amacı, vergi kaybına neden olan kanuna aykırı fiil dolayısıyla kesilen vergi cezasının tahsili değildir; bu cezanın bir bölümünden vazgeçilmesi karşılığında, kayba uğrattılan verginin uyuşmazlık konusu yapılmadan ve fazla geciktirilmeden tahsilinin sağlanmasıdır. Bu itibarla, ödenecek bir vergisi olmayan ceza muhatabının cezasının indirilmesi için de, bir neden yok demektir. Başka bir deyişle, beyanname vermek ve vergi borcunu vergi dairesine ödemek yükümlülüğü (mükellef veya vergi sorumlusu) olmayan ya da mükellef veya vergi sorumlusu olmakla birlikte, kanuna aykırı fiili bu yükümlülüğünün veya sorumluluğun sonucu olarak işlememiş olan ceza muhataplarının da, bu fiilleriyle kayba uğrattıkları bir vergilerinin bulunmadığı; dolayısıyla, bunların indirim hakkından yararlandırılmalarının, müessesesinin amacına uygun olmadığı iddia edilmektedir⁷⁵.

Vergi Usul Kanunu'nda, *cezalarda indirimden* yararlanabilmek bakımından, vergi kanunlarına aykırı fiiller için uygulanan malî nitelikli cezaların muhatabının mutlaka beyanname vermek ve vergi borcunu bizzat vergi dairesine ödemekle yükümlü, yani mükellef ya da vergi sorumlusu olması şartı bulunmamaktadır. Ancak, vergi aslına bağlı cezaların kesilmesi, ancak mükellef ya da vergi sorumlusu olunması halinde mümkündür. Başka bir deyişle, mükellef ya da vergi sorumlusu olmayan kişilere vergi aslına bağlı olarak ceza kesilemez. Bunun istisnası, kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi kaybına yol açılması halinde, bu fiillerin işlenmesine iştirak edenler hakkında, kayba uğrattılan verginin bir katı kadar kesilen vergi ziyayı cezasıdır. Vergi cezaları sadece ve yalnızca mükellef ya da vergi sorumlusu olanlar hakkında kesilmediğine; kesilen cezaların da *cezalarda indirim*

⁷⁵ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 505-506.

müessesesinden yararlanılarak ödenmesi mümkün olduğuna göre, *cezalarda indirim* talebinin sadece ve yalnızca mükellef ya da vergi sorumlusu tarafından yapılabileceği iddia edilemez. Çünkü, vergi aslına bağlı olan ya da olmayan vergi cezalarının indirime tâbi olması yanında vergi aslı olmadan kesilmiş olan cezaların da indirime konu yapılması mümkündür. Kaldı ki, vergi aslına bağlı olmayan usulsüzlük cezaları tâbirinin kapsamına özel usulsüzlük cezalarının da dahil olması gerektiği dikkate alındığında, kişilerin nihâî tüketici olarak muhatap oldukları özel usulsüzlük cezaları için de *cezalarda indirim* hakkından yararlandırılmaları gerekir.

Cezalarda indirim müessesesinin asıl amacı, anlaşmazlıkların uyuşmazlık haline dönüşmesine engel olmaktır. Bunu sağlayabilmek için, *cezalarda indirim* yapılması tercih edilmiştir. Bu indirim sayesinde hem vergi aslına hem de vergi cezasına ilişkin kamu alacağının kısa sürede tahsili sağlanmaktadır. Sanki *cezalarda indirim* müessesesinin tek amacı vergi aslının tahsiline aracılık etmiş gibi bir anlayışın benimsenmesi, müessesenin amacını ve işlevini açıklama konusunda yetersiz kalmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, *cezalarda indirim* hakkından yararlanabilme bakımından, ceza muhataplarıyla ilgili olarak şu tesbitlerin yapılması mümkündür:

- Kayba uğratıldığı gerekçesiyle ikmalen, re'sen veya idarece yapılan bir vergi tarhına ve tarh edilen bu vergiye bağlı olarak kesilen *vergi ziyai cezasına* muhatap olan vergi ödevlisi, muhatabı olduğu bu vergi cezası için *cezalarda indirim* talep etme imkânına sahiptir.
- *Vergi Usul Kanunu*'nun 352'nci maddesinde düzenlenen birinci ve ikinci derece usulsüzlük fiillerinin tamamı, vergi ödevlileri tarafından işlenebilecek niteliktedir. *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin son fıkrası, vergi aslına bağlı olmaksızın kesilen usulsüzlük cezası hakkında da, bu madde hükmünün uygulanacağını belirtmektedir. Bu bakımdan, *usulsüzlük cezalarına* muhatap olanlar, bu fiilleri dolayısıyla mükellef veya vergi sorumlusu oldukları bir vergiyi kayba uğratmış olup olmadıklarına bakılmaksızın, muhatabı oldukları usulsüzlük cezasını *cezalarda indirimden* yararlanarak ödeyebilme imkânına sahiptir.

- Özel usulsüzlük cezalarına muhatap olanlar için durum biraz farklılık göstermektedir. Özel usulsüzlük cezaları, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine, 1.1.1986 tarihinde 3239 sayılı Kanunla eklenmiştir. Ancak, son fıkrada yer alan istisnâ düzenlemede sadece (genel) usulsüzlük cezalarından söz edilmekte; özel usulsüzlük cezalarına yer verilmemektedir. İlk fıkrada, genel ve özel usulsüzlük cezaları ayrı ayrı zikredilmiş olduğundan, son fıkrada sözü edilen usulsüzlük cezalarının, özel usulsüzlük cezalarını da kapsadığı şeklinde bir yoruma gidilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bu bakımdan, özel usulsüzlük cezasına muhatap olanların indirim hakkından yararlanıp yararlanamayacaklarının ilk fıkrada konulan genel ilke çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre, özel usulsüzlük cezalarına muhatap olanların indirim hakkından yararlanabilmeleri için,
 - a. Mükellef veya vergi sorumlusu olmaları;
 - b. Özel usulsüzlük cezasının, bu yükümlülük veya sorumlulukları dolayısıyla olan kanuna aykırı fiilleri sebep gösterilerek kesilmiş bulunması;
 - c. Özel usulsüzlük cezası muhatabının bu kanuna aykırı fiili sebebiyle kayba uğrattığı bir verginin bulunması ve bu verginin de ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilmiş olması gerekir.

Durumu bu şartlara uymayan özel usulsüzlük cezası muhataplarının, *cezalarda indirim* müessesesinden yararlanmalarının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁷⁶.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, özel usulsüzlük cezasında *cezalarda indirim* hakkından yararlanılmasının bu şekilde sıkı şartlara bağlanmasının *cezalarda indirim* müessesesinin amacına aykırı olduğunun belirtilmesi gerekir. Her ne sebeple ve her kim için kesilirse kesilsin, *Kanunda* belirtilen başvurunun yapılması, dava açılmaması ve süresinde ödenmesi şartlarının yerine getirilmesi halinde, vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının *cezalarda indirim*den yararlanarak ödenmesinin mümkün ve uygun olduğunun kabul edilmesi gerekir. Aksi halde, *cezalarda indirim*

⁷⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ve karşı. **Candan**, Vergi Suçları, s. 506-508.

müessesesi işlevsiz bir müessese olarak varlığını sürdürecektir; anlaşmazlıklar uyuşmazlık haline dönüşecek; yargı organları çok gerekli olmayan davalarla uğraşmak zorunda kalacak; adalet yerini bulamayacaktır.

B. Özellik Gösteren Durumlar

1. Genel Olarak

Cezalarda indirim talebinde, kural olarak, mükellef veya vergi sorumlusunun bulunması gerekir. Vergi tarhı ve ceza kesme işlemlerinin muhatabının farklı olmadığı durumlarda, aynı kişilerin *cezalarda indirim* talebinde bulunması mümkündür. Gerçek kişi mükellefler ile sermaye şirketlerinde ve diğer kurumlar vergisi mükelleflerinde durum böyledir. Ancak, adî şirket, kollektif ve adî komandit şirketlerde vergi tarhı ve ceza kesme işlemlerinin muhatabı farklı olduğu için *cezalarda indirim* talebi bunlar açısından özellik göstermektedir.

2. Adî Şirketlerde

Adî şirketlerde katma değer vergisi açısından verginin ödenmesinden müteselsil sorumlu olmak üzere ortakların herhangi birisi tarhiyatın muhatabı kabul edilmektedir (KDVK.m.44/II, a). Ancak, beyanname şirket adına verildiği için ceza şirket adına kesilmektedir. Ortakların müteselsil sorumlu olmaları nedeniyle katma değer vergisi tarh edilen ve buna bağlı olarak ceza kesilen adî şirketlerde ortakların birisinin *cezalarda indirim* talebinde bulunması yeterlidir⁷⁷. Aynı esas, gelir stopaj vergisi ve şirket bünyesindeki usulsüzlükler dolayısıyla uygulanan cezalar ve ortakların müşterek ve müteselsil borçlu oldukları vergi ve cezalar için de geçerlidir⁷⁸. Bunlar için de ortakların kendi paylarına düşen kısım itibarıyla *cezalarda indirim* talep edebilecekleri veya dava yoluna gidebileceklerinin kabulü gerekir⁷⁹. Ancak, diğer ortak veya ortakların ödemedikleri kısım bakımından müşterek ve müteselsil sorumluluk devam etmektedir⁸⁰.

⁷⁷ Bkz. Özyer, s. 1019; Şenyüz, s. 268.

⁷⁸ Bkz. Özbalcı, s. 994; Kızılot-Kızılot, s. 156; Ürel, İndirim, s. 55; Ürel, Vergi Usul, s. 907.

⁷⁹ Bkz. Özbalcı, s. 994; Ürel, İndirim, s. 55; Ürel, Vergi Usul, s. 907.

⁸⁰ Özbalcı, s. 994.

Ortakların kişisel vergileri ile ilgili tarh ve ceza kesme işlemlerinde, her birinin *cezalarda indirim* talebi, diğerine bağlı olmaksızın dikkate alınmaktadır⁸¹. Başka bir deyişle, şirket kazancı nedeniyle ortakların beyan etmeleri gereken gelir vergileri ile şirketin gelir vergisi tevkifatı için (adî şirketlerde müteselsil sorumluluk bulunmadığından) ortakların kendi paylarına isabet eden vergi ve ceza bakımından ayrı ayrı talepte bulunmaları mümkündür⁸². Nitekim, adî şirketlerde, ortakların her biri *cezalarda indirim* tercihini birbirlerinden bağımsız bir şekilde kullanabilmektedir. Örneğin, şirket kazancının eksik tesbiti nedeniyle ilâve tarh edilen vergi ve kesilen ceza için her bir ortak ayrı ayrı indirim talebinde bulunabilmektedir⁸³. Çünkü, gelir vergisi ortak adına ayrı ayrı doğmakta ve tarh edilmektedir.

3. Şahıs Şirketlerinde

Kollektif ve adî komandit şirketlerde (komandite ortak) gelir vergisi ortaklar adına tarh edilmekte; ceza ise, *Vergi Usul Kanunu*'nun 333'üncü maddesi uyarınca tüzel kişilik adına kesilmektedir. Bu şirketlerde her bir ortağın *cezalarda indirim* talebinde bulunması gerekir. Ancak, gelir vergisi tevkifatı ve katma değer vergisi gibi tarhiyatın ve ceza muhatabının şirket tüzel kişiliği olduğu durumlarda şirketi temsile yetkili ortağın (veya yöneticinin) talepte bulunması yeterlidir⁸⁴. Bu durumda, kolektif şirketin *cezalarda indirim*den yararlanabilmesi için, hem ortakların (vergiden dolayı) hem de şirketin (cezadan dolayı) dava açma yoluna gitmemesi gerekir. Ortaklardan herhangi birinin dava açması halinde, indirim uygulaması yapılamaz⁸⁵.

Paylı komandit şirketlerde, komandite ortağın payı gelir vergisine tâbi olduğundan, vergi tarhı ve/ya da ceza kesme işlemi ortak adına yapılmaktadır. Bu nedenle, paylı komandit şirketin komandite ortağı için de yukarıda anlatılan durum sözkonusudur⁸⁶.

⁸¹ Bkz. Özbacı, s. 994; Uysal-Eroğlu, s. 883; Kızılot-Kızılot, s. 156.

⁸² Özyer, s. 1019-1020.

⁸³ Bkz. Ürel, İndirim, s. 55; Ürel, Vergi Usul, s. 907.

⁸⁴ Bkz. Özyer, s. 1020; Ürel, İndirim, s. 55; Şenyüz, s. 268.

⁸⁵ Bkz. Özbacı, s. 994; Uysal-Eroğlu, s. 883; Kızılot-Kızılot, s. 155; Ürel, İndirim, s. 55; Ürel, Vergi Usul, s. 907; Yüce, s. 155; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 221.

⁸⁶ Kızılot-Kızılot, s. 155.

4. Diğer Tüzel Kişiler ile Tüzel Kişiliği Olmayan Mükelleflerde

Kolektif ve/ya da adî komandit şirketler dışında kalan diğer tüzel kişiler adına kesilen vergi cezaları hakkında *cezalarda indirim* talebinde tüzel kişiliği temsile yetkili kişi ya da kişilerin bulunması gerekli ve yeterlidir.

Küçükler ve kısıtlıların vergi ödevlerinin yerine getirilmesinden sorumlu olan kanunî temsilciler, aynı zamanda bu ödevlerin usûlüne uygun olarak yerine getirilmemesi yüzünden kesilen cezaların da muhatapı olmaktadır (VUK.m.332). Bu itibarla, küçüklerin ve kısıtlıların kanunî temsilcilerinin, muhatapı oldukları vergi cezalarından indirim talebinde bulunmaları mümkündür.

Vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği bulunmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunları idare edenler veya varsa bunların temsilcilerinin, kesilen vergi cezaları hakkında *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükmünden yararlanma talebinde bulunması mümkün ve gereklidir.

5. Mirasçıların Cezaya Muhatap Olması

Ölüm halinde vergi cezası düşüğünden (VUKm.372), mirasçıların miras bırakan adına cezaya muhatap olmaları sözkonusu değildir. Ancak, mirası reddetmemiş kanunî ve mansup mirasçılarının, miras bırakan adına sorumlu sıfatıyla verecekleri beyannameyi zamanında vermemeleri halinde, mirasçılardan her biri, sorumlu olduğu vergiye ait ceza için, şahsen indirim talebinde bulunabilmektedir⁸⁷.

6. Tarh ve/ya da Ceza Kesme İşleminin Usûl Yönünden İptal Edilmesi

Vergi ödevlisinin, kendisine tebliğ edilen vergi ve/ya da ceza hakkında dava açması halinde, *cezalarda indirimin* uygulanması mümkün değildir. Ancak, yargı organları tarafından usûl yönünden iptal edilen tarh ve/ya da ceza kesme işleminin, usûlüne uygun bir şekilde yeniden yapılması halinde,

⁸⁷ Bkz. **Özbalcı**, s. 994-995; **Uysal-Eroğlu**, s. 883; **Kızılot-Kızılot**, s. 156; **Ürel**, İndirim, s. 56; **Ürel**, Vergi Usul, s. 908.

cezalarda indirim talep edilmesi mümkündür. Örneğin, ikmalen tarh edilen verginin ve buna bağlı olarak kesilen cezanın uyumsuzluk konusu yapılması ve dava sonunda da, verginin re'sen tarh edilmesi gerektiği gerekçesiyle, tarh ve/ya da ceza kesme işleminin iptal edilmesi durumunda, takdir komisyonu tarafından takdir edilen matrah üzerinden re'sen tarh edilen vergiye bağlı olan ceza için *cezalarda indirim* talebinde bulunulabilmektedir. Çünkü, bu durumda, matrah ve dolayısıyla vergi ve ceza hakkında yargı organı tarafından verilmiş herhangi bir karar bulunmamaktadır⁸⁸.

VI. CEZALARDA İNDİRİMDEN YARARLANMA ŞARTLARI

A. Genel Açıklama

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde, *cezalarda indirimden* yararlanabilme birtakım şartlara bağlanmaktadır. Bu şartları, indirimli ödeme talebinde bulunulması, vergi/ceza ihbarnamesine karşı dava açılmaması ile vergi aslı ve/ya da indirimden arta kalan cezanın süresi içinde ödenmesi olmak üzere üç ana başlık altında incelemek mümkündür⁸⁹.

B. İndirimli Ödeme Talebinde Bulunulması

1. Genel Olarak

Cezalarda indirim hakkından yararlanabilmenin birinci şartı, vergi ödevlisinin, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde ilgili vergi dairesine başvuruda bulunarak, vergi aslının tamamı ile cezanın indirimden arta kalan kısmını *vadesinde* veya teminat göstererek vadesinden itibaren *üç ay içinde*, dava konusu yapmaksızın ödeyeceğini bildirmesidir. Başka bir deyişle, *cezalarda indirim* müessesesinden yararlanma, vergi aslı ile kesilmiş olan vergi cezasının indirimden arta kalan kısmının ödenmesine ilişkin başvuruda bulunulması halinde mümkündür. Bununla birlikte, *Danıştay*'ın bazı eski kararlarında, vergi aslının süresi içinde ödenmiş olması şartıyla, *cezalarda indirimden* yararlanmak için (yazılı olarak)

⁸⁸ Bkz. **Özbalcı**, s. 995; **Kızılot-Kızılot**, s. 156.

⁸⁹ Farklı bir anlatım sistematığı için bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 508 vd.; **Şenyüz**, s. 267 vd.; **Pınar**, s. 79 vd.

başvuruda bulunma şartının aranmadığı da bilinmektedir⁹⁰. Ancak, vergi ödevlisinin herhangi bir başvurusu olmaksızın *cezalarda indirim*den yararlandırılmasının bazı olumsuz sonuçları bulunmaktadır. Çünkü, vergi ziyai cezasında ilk defada *yarısı*; sonra kesilen cezalarda ise, *üçte biri* oranında indirim yapılmaktadır. Ceza muhatabının *cezalarda indirim* talep etmemesine rağmen, yapılmış olan bu *yarısı oranında* indirim yüzünden, sonra kesilen cezalarda *üçte bir* oranında indirimden yararlanmak zorunda kalınması sonucu doğmaktadır. Bu nedenle, vergi ödevlisinin herhangi bir talebi olmaksızın özellikle vergi ziyai cezasında *cezalarda indirim*den yararlandırılmaması gerekir. Usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları bakımından böyle bir sakıncanın doğması ihtimali bulunmadığından, vergi ödevlisinin herhangi bir talebi olmaksızın *cezalarda indirim*den yararlandırılması mümkündür.

*Cezalarda indirim*den yararlanma talebine ilişkin başvurunun, ilgili vergi dairesi müdürlüğüne yapılması gerekir. İlgili vergi dairesi müdürlüğünden kasıt, vergiyi tarh eden ve indirim konusuna konu edilmesi gereken vergi cezasını kesen vergi dairesi müdürlüğüdür⁹¹.

2. Başvurunun Şekli

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde, indirimden yararlanmak üzere yapılacak başvurunun *yazılı* olup olmayacağı hakkında herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu yüzden, *yazılı* veya *sözlü* olarak yapılan başvuru geçerlidir. *Sözlü* olarak başvuruda bulunulması halinde, *Vergi Usul Kanunu*'nun 169'uncü maddesi hükmü kıyasen uygulanarak, vergi idaresince başvurunun yapıldığına dair bir tutanak düzenlenmesinde yarar vardır. Çünkü, bu tutanak, herhangi bir tereddüt halinde, başvurunun yapıldığına dair bir delil olarak kullanılabilir⁹².

⁹⁰ “Vergi aslı ile indirimden sonraki ceza tutarının mükellef tarafından hesaplanarak dava açma süresi içinde ödenmiş bulunması durumunda; mükellefin bu konuda yazılı başvuruda bulunmadığından bahisle, cezada indirim müessesesinden yararlandırılmaması düşünülemez”. (Dş. 4.D. 29.8.1980 gün ve E.1979/5061, K.1980/2668, Dş. Der., S. 42-43, s. 125-127). Ayrıca bkz. Dş. 13.D. 16.6.1981 gün E.1981/194, K.1981/1612, (Dş. Der., S. 44-45, s. 572-573).

⁹¹ Bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 508; **Aksoy**, s. 105.

⁹² Bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 508.

Başvurunun *yazılı* olarak, yani dilekçe ile yapılması halinde, dilekçe herhangi bir şekilde tâbî değildir. Dilekçede, tarh edilen vergi ve indirimden arta kalan cezanın *vadesinde* veya teminat göstermek suretiyle vadesinden itibaren *üç ay içinde* ödeneceğinin belirtilmesi ve muhatabı olunan vergi cezasının *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde yer alan oranlarda indirilmesinin talep edilmesi yeterlidir⁹³.

3. Başvurunun Süresi

Cezalarda indirim, ceza muhatabına tanınmış bir *haktır*. *Cezalarda indirim* hakkında yararlanmak üzere yapılacak başvurunun hukukî sonuç doğurabilmesi, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde belirtilen süre içerisinde yapılmış olmasına bağlıdır. Bu süre, *vergi ve/ya da ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren otuz gündür*. Buna göre, *cezalarda indirim* hakkında yararlanmak isteyen vergi ödevlisinin vergi ve/ya da ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde ilgili vergi dairesine başvurması gerekir. Burada sözü edilen *otuz günlük* süre, *dava açma süresine* bağlı olarak belirlenmiş bir süre değildir⁹⁴. Bu nedenle, *dava açma süresini* durduran ve/ya da uzatan haller, kural olarak, bu sürenin durmasına ve/ya da uzamasına yol açmamaktadır. Nitekim, *cezalarda indirim* hakkında yararlanmak için belirtilen *bu süre*, *yargılama hukukuna ilişkin bir süre olmadığından*, *çalışmaya ara vermenin (adli tatilin) süreleri uzatma etkisinden doğrudan yararlanamamaktadır*. Ancak, *uzlaşma-cezalarda indirim* bağlantısına ilişkin olarak sürelerin uzaması mümkündür.

Vergi Usul Kanunu'nun 18'inci maddesine göre, gün olarak belli edilen sürenin başladığı gün, tebliğin yapıldığı tarihin ertesi günüdür. Tebliğin yapıldığı gün, sürenin hesabında dikkate alınmaz. Resmî tatil günleri süreye dahildir. Ancak, son günü resmî tatile rastlayan süre, tatili izleyen ilk iş gününün tatil saatinde sona erer⁹⁵.

⁹³ Bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 508-509.

⁹⁴ Daha önce, *dava açma süresi* olarak belirtilen başvuru süresi, adli tatilin süreye etkisi konusunda ortaya çıkan sorunlar nedeniyle *uzlaşma süresi* ile aynı hale getirilmek suretiyle *otuz gün* olarak belirtilmektedir. Bkz. **Özyer**, s. 1019.

⁹⁵ Sürelerin hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, Süreler, s. 27 vd.

5604 sayılı *Malî Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanun*'a⁹⁶ göre, *cezalarda indirim* hükümlerinden yararlanmak amacıyla yapılan başvurulara ilişkin sürelerin *son günü malî tatile* (1 Temmuz-20 Temmuz) veya mali tatilin sona ermesini takip eden *yedi güne* rastlarsa, bu süreler *malî tatilin sona erdiği günden itibaren yedi gün uzamaktadır* (MTİEHK.m.1/2 c; 1/6).

Uygulamada, vergi ve ceza ihbarnameleri genellikle birlikte tebliğ edilmektedir. Ancak, tebliğ tarihlerinde bir farklılık olması halinde, *otuz günlük sürenin ne zaman başlayacağı* konusu tartışmalıdır. Vergi ve ceza ihbarnamelerinin farklı tarihlerde tebliğ edilmesi halinde, indirim talebinin, önce tebliğ edilen vergi ya da ceza ihbarnamesine ilişkin otuz günlük süre içinde yapılması⁹⁷; bu durumda, ödeme vadesinin, vergi ve cezada ayrı ayrı hesaplanması⁹⁸ gerektiği ileri sürülmektedir. Buna karşılık, vergi aslı ile cezanın farklı tarihlerde tebliğ edilmesi durumunda, bunlardan sonra yapılan tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde *cezalarda indirim* talebinde bulunulmasının doğru olacağı; aksi takdirde, kişinin hiç haberinin olmadığı ve kendisi nezdinde hukukî sonuç doğurmayan bir belgeye yönelik talepte bulunmasının düşünülemeyeceği belirtilmektedir⁹⁹. Oysa, vergi ve ceza ihbarnamelerinin farklı tarihlerde tebliğ edilmesi halinde, *ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinin* esas alınması gerekir. Çünkü, *cezalarda indirim* hakkı, ceza ihbarnamesiyle doğmakta ve bu ihbarnamede yer alan cezayı konu almaktadır. Ancak, farklı tarihlerde tebliğ edilen vergi ve vergi cezasının vadelerinin de farklı tarihlerde gerçekleşmesi dikkate alınarak, ödemenin her biri için ayrı sürelerde yapılması mümkündür.

Cezalarda indirimden yararlanmak için başvuru süresi, ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* olarak belirlenmiş olmakla birlikte, uzlaşma kapsamına giren cezalarda uzlaşma talebinde bulunan vergi ödevlisinin, tutanak imzalanıncaya kadar geçen süre içinde *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükmünden yararlanmak istemesi halinde, başvuru

⁹⁶ 15.03.2007 tarih ve 5604 Sayılı Malî Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanun, (RG.28.03.2007-26476).

⁹⁷ Bkz. **Özbalcı**, s. 995; **Kızılot**, Vergi Usul, C. 10, s. 3488-3489; **Kızılot-Kızılot**, s. 158; **Uysal-Eroğlu**, s. 884; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s. 222.

⁹⁸ Bkz. **Kızılot**, Vergi Usul, C. 10, s. 3488-3489; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s. 222.

⁹⁹ Bkz. **Şenyüz**, s. 267-268.

süresi fiilen *otuz gün*ü aşmaktadır. Çünkü, ihbarnamenin tebliği ile uzlaşma talebi ve uzlaşma günü arasında geçen süre genellikle *otuz gün*ün üzerinde olmaktadır¹⁰⁰.

4. Kısmî Başvuru

Cezalarda indirim müessesesi ile ilgili olarak çok tartışılan hususlardan biri de, vergi/ceza ihbarnamesinde gösterilen vergi ve/ya da ceza miktarlarının, sadece bir bölümü hakkında *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi uyarınca işlem yapıp yapılamayacağıdır.

Cezalarda indirim talebi, kural olarak, vergi/ceza ihbarnamesinde yer alan vergi aslı ve vergi cezasının tümünü kapsamalıdır. Tarh edilen verginin bir kısmına karşı dava açıp, diğer kısmı ile ceza hakkında ya da vergi için dava açıp ceza hakkında *cezalarda indirim* talep etmek mümkün değildir¹⁰¹. Ancak, tarh edilen vergi ve kesilen cezada bütünlük vergilendirme dönemleri itibariyle aranmaktadır. Nitekim, iki ayrı katma değer vergisi vergilendirme dönemine ilişkin olarak adına vergi tarh edilen ve ceza kesilen vergi ödevlisi, bunlardan birinde *cezalarda indirim*den yararlanmak isterken, diğerinde dava yoluna gidebilmektedir. Ayrıca, katma değer vergisi gibi vergilendirme dönemi ay olan vergilerde, birden fazla döneme ait vergi ve vergi cezası tek ihbarname ile bildirilmiş de olsa, aylık dönemlerden birinde indirim talebinde bulunup, diğer(ler)inde dava yoluna gidilmesinin kabul edilmesi gerekir¹⁰².

İkmalen ve/ya da re'sen tarh edilen ayrı vergiler; örneğin, gelir ve katma değer vergisi için ayrı ayrı indirim talebinde bulunulması mümkündür.

İkmalen ya da re'sen tarh edilen vergiler ve bunlara bağlı cezalar hakkında kısmen dava açılması durumunda ne gibi bir işlem yapılacağı *Vergi Usul Kanunu*'nda açıkça belirtilmemektedir. Vergi ödevlisi adına hem ikmalen hem de re'sen tarhiyat yapılmış olması ve bunlardan ikmalen yapı-

¹⁰⁰ Bu konuda ayrıntılı açıklama için aşağıda bkz. VI, D.

¹⁰¹ Bkz. **Özbalcı**, s. 997; **Aksoy**, s. 103; **Uysal-Eroğlu**, s. 884; **Pehlivan**, s. 114; **Ürel**, *İndirim*, 57; **Ürel**, *Vergi Usul*, s. 909; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s. 221.

¹⁰² Bkz. **Özbalcı**, s. 997; **Uysal-Eroğlu**, s. 884; **Ürel**, *İndirim*, 57; **Ürel**, *Vergi Usul*, s. 909.

lan tarh işlemine karşı dava açılmaması, fakat re'sen tarh işlemine karşı dava açılması durumunda, vergi ödevlisinin, şartlarını yerine getirmek kaydıyla, ikmalen tarh edilen vergiye bağlı olarak kesilen vergi cezası hakkında *cezalarda indirimden* yararlanması mümkündür. Aynı şekilde, vergi ödevlisi ikmalen tarh edilen vergi ile buna ilişkin olarak kesilen vergi cezasını dava konusu etmesine rağmen, re'sen tarh edilen vergi ile ilgili vergi cezası hakkında *cezalarda indirimden* yararlanma talebinde bulunabilir¹⁰³.

Vergi ödevlisinin, matrah farkının bir kısmını kabullenip, bir kısmını da dava konusu yapması halinde, dava konusu yapılmayan matrah farkına isabet eden vergi ve ceza nedeniyle, şartların yerine getirilmesi (süresinde başvurma ve ödeme yapılması) durumunda, *cezalarda indirim* uygulanması mümkündür¹⁰⁴. Nitekim, bu konuda Danıştay,

“...*Vergi Usul Kanunu'nun 376. maddesinde, vergi aslı ve buna bağlı cezanın tamamının dava konusu edilmemesi durumunda, bu maddede açıklanan indirimden yararlanacağı, kısmen dava konusu edildiğinde, dava konusu yapılmayan vergi aslına ilişkin cezaya indirim uygulanmayacağına dair bir hüküm yoktur. Bu durumda, kanunda aksi belirtilmedikçe madde hükmünün mükellef lehine yorumlanması gerekir*”

yönünde karar vermiştir¹⁰⁵. Bu konuda yaşanan tereddütleri gidermek amacıyla, *Kanun* metninin *Danıştay* kararı doğrultusunda yeniden düzenlenmesi önerilmektedir¹⁰⁶.

Vergi Usul Kanunu'nun 34'üncü maddesinin ikinci cümlesinde, nev'i ve doğuşu ayrı olan vergiler için ayrı ihbarname düzenleneceğinin belirtilmesine rağmen, uygulamada, bazen ayrı türde, örneğin gelir vergisi, katma değer vergisi, damga vergisi, gelir stopaj vergisi gibi birden fazla verginin veya farklı türde birden fazla vergi cezasının, aynı ihbarname ile tebliğ edildiği görülmektedir. Hatta, aynı ihbarname ile aynı türde birden fazla vergi cezasının da tebliğ edildiğine rastlanmaktadır. İhbarname tek olmakla birlikte, ortada birden fazla tarh ve/ya da ceza kesme işlemi mevcuttur. Tek

¹⁰³ Bkz. *Kızılot-Kızılot*, s. 157; *Edizdoğan-Taş-Çelikkaya*, s. 221.

¹⁰⁴ Bkz. *Özbalcı*, s. 997.

¹⁰⁵ Dş. 4. D. 07.04.1988 gün ve E.1987/5792, K.1988/1372, (*Kızılot*, C. 2, s. 2906).

¹⁰⁶ Bkz. *Kızılot-Kızılot*, s. 158.

ihbarnamede yer alan vergiler ve/ya da cezalar, ayrı ihbarnamelerle tebliğ edilmeleri durumunda, bu vergilere bağlı vergi cezalarından her birinin, diğerinden bağımsız olarak indirim konusu edilebilmesi mümkündür. Aynı şekilde, ayrı ihbarnameler halinde tebliğ edilmeleri durumunda, her biri hakkında *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine göre ayrı işlem yapılması mümkün olan ayrı türdeki vergi ve/ya da vergi cezalarının, aynı ihbarname ile tebliğ edilmeleri halinde, bu imkândan yoksun kalmaları düşünülemez. Ayrıca, bu vergi ve/ya da vergi cezalarının türlerinin her birinin maddî ve hukukî dayanaklarının farklı olması mümkündür. Bunun sonucu olarak, vergi ödevlisinin bu vergi ve/ya da vergi cezalarının her birinin hukuka uygunluğu konusundaki kanaati de, farklı olabilir. Vergi ödevlisi, bu vergi ve/ya da vergi cezalarından hukuka aykırı olduğu kanaatinde olduklarını dava konusu yapabilir; bu konuda emin olmadıklarını da *cezalarda indirim*den yararlanmak suretiyle ödeme yoluna gidebilir. Böyle bir durumda, vergi aslı ve/ya da vergi cezalarının bir bölümünün dava konusu edilmiş olması, diğerleri hakkında *cezalarda indirim* müessesesinden yararlanılmasına engel değildir¹⁰⁷.

Asıl sorun, aynı vergi türünün birden fazla matrah kaleminden kaynaklanması durumunda, bu matrah kalemlerinden her birine isabet eden vergi miktarına bağlı olan vergi cezasının, diğer matrah kalemlerine isabet eden vergi miktarlarına bağlı olan vergi cezalarından (ceza miktarlarından) ayrı olarak *cezalarda indirim* başvurusuna konu edilip edilemeyeceği noktasında doğmaktadır. Bir verginin birden fazla matrah kaleminden kaynaklanması üç halde mümkündür: Bunlardan *birincisi*, ihbarname ile tebliğ edilen vergi miktarının, *Gelir Vergisi Kanunu*'nun 85'inci maddesinde belirtildiği şekilde, farklı kaynaklardan elde edilen gelirler toplanarak bulunan matrah farkı üzerinden hesaplanmasıdır. Örneğin, ticarî kazancı yanında ücret geliri ve gayrimenkul sermaye iradı da bulunan mükellefin tüm bu gelir kaynakları dolayısıyla matrah farkı hesaplanması ve hesaplanan bu matrah farklarının toplamının, ihbarname ile tebliğ edilen vergi ve vergi cezasının miktarının hesaplanmasında gözönünde bulundurulması böyledir. *İkincisi*, ihbarname ile tebliğ edilen verginin dayanağı olan matrahın, farklı yöntemlerle tesbit edilen matrah kalemlerinden oluşmasıdır. Örneğin, verginin hesaplandığı

¹⁰⁷ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 511-512. Ayrıca bkz. Uysal-Eroğlu, s. 884-885.

matrahın bir bölümü *Vergi Usul Kanunu*'nun 29'uncu maddesinde belirtildiği şekilde, defter, kayıt ve belgelerle kanunî ölçülere dayanılarak tesbit edilmiş; diğer bölümü de, takdir komisyonunca re'sen takdir edilmiş olabilmektedir. *Üçüncüsü*, ihbarname ile tebliğ edilen verginin hesaplandığı matrahın, aynı gelir kaynağından doğan ve aynı yöntemle tesbit edilen, fakat ayrı işlemlerden kaynaklanan kalemlerden oluşmasıdır. Örneğin, bir ticarî kazanç sahibinin, birden fazla ticarî muamelesinin kayıt dışı kalması ve bu durumun da usûlüne uygun olarak tesbit edilmesi dolayısıyla hesaplanan matrah farkı üzerinden vergi alınması böyledir. Aynı şekilde, mükellefin, bir yandan, hasılatın bir kısmını kayıt dışı bırakırken, diğer yandan da, gider artırıcı işlemler yapması durumunda da, matrahın birden fazla kalemden oluşması sözkonusudur¹⁰⁸.

Bütün bu hallerde, sorunun çözümü için, matrah kalemleri üzerinden hesaplanan vergileri konu edinen tarh işlemlerinin sayısına bakmak gerekir. Eğer bu farklı matrah kalemleri dolayısıyla birden fazla tarh işlemi yapılmışsa; örneğin, defter ve belgelerden tesbit edilen matrah kalemi için ikmalen; takdir komisyonunca takdir olunan matrah kalemi için de re'sen vergi tarh edilmişse, bu tarh işlemlerinden her birine konu olan vergiye bağlı olarak kesilen vergi cezası için, diğerlerinden ayrı olarak *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi uyarınca işlem yapılmasına, tarh işlemlerinin aynı ihbarname ile tebliğ edilmiş olması engel teşkil etmemektedir. Buna karşılık, çeşitli matrah kalemleri üzerinden hesaplanan vergi, aynı yöntemle yapılan bir tek tarh işlemine konu edilmişse, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin uygulanması bakımından, matrah kalemlerinin ayrı ayrı dikkate alınması mümkün değildir. Çünkü, her şeyden önce, *tarh işlemi bir bütündür. İkincisi*, *cezalarda indirim müessesesi*, bir tür anlaşmazlık çözüm yoludur. Kanun koyucu, tarh edilen verginin aynen kabul edilip, uyuşmazlık çıkarılmadan ödenmesi şartıyla, bu vergiye bağlı olarak kesilen ceza miktarında indirim yapılmasını kabul etmektedir. Vergi ödevlisinin, kendisine tebliğ edilen vergi ve vergi cezasını, verginin hesaplandığı matrah kalemlerine göre kısımlara ayırıp, bir kısmı hakkında *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi uyarınca *cezalarda indirim* başvurusunda bulunması; diğer kısmını ise, dava konusu etmesi, müessesenin amacına uygun değildir.

¹⁰⁸ Bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 512-513.

Nitekim, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde de, vergi ve/ya da vergi cezasının vergi ödevlisinin belirleyeceği kısmının değil, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi veya vergi farkının indirimden arta kalan ceza ile birlikte ödenmesi gereğinden söz edilmesi de bunu göstermektedir. Gerçi, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi ve bu vergiye bağlı olarak kesilen vergi cezasının yalnızca bir bölümünün dava konusu edilmesine herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. Ancak, bunun böyle olması, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükmünden de tarh edilen vergi ve kesilen vergi cezasının yalnızca bir bölümü bakımından yararlanılabileceği anlamına gelmemektedir. Bu itibarla, tarh edilen vergi ve kesilen vergi cezasının bir kısmının dava konusu edilmesi halinde, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükmünden yararlanılması mümkün değildir¹⁰⁹.

Bununla birlikte, uygulamanın farklı yönde olduğunu belirtmek gerekir. *Danıştay*'ın bir kararında¹¹⁰, bir kısmı dava konusu edilerek diğer kısmı hakkında *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine göre ödeme yapılan tarh ve ceza kesme işlemi dolayısıyla anılan maddenin uygulanamayacağından bahisle düzenlenen ödeme emrini iptal eden ilk derece mahkemesi kararı onanarak, *cezalarda indirim* müessesesinden yararlanmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir. *Danıştay*'ın eski tarihli kararlarında da, bu yol-daki uygulamalara rastlanmaktadır¹¹¹.

Kısacası, uyuşmazlık sayısını azaltmak ya da uyuşmazlık kapsamını daraltmak sonucunu doğuran ve vergi aslı ile indirimden arta kalan vergi cezasının tamamının ya da bir kısmının *Kanunda* belirtilen şartlarla ödenmesini sağlayan her türlü *cezalarda indirim* talebinin kabul edilmesinde yarar

¹⁰⁹ Bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 513-514.

¹¹⁰ Dş. 4.D. 13.5.1987 gün ve E.1987/28, K.1987/1772, (**Candan**, Vergi Suçları, s. 514). *Danıştay Üçüncü Dairesi* de, açıkça olmasa bile, üstü kapalı olarak, Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinden kısmî yararlanmayı kabul etmektedir. Dş. 13.D. 19.2.1992 gün ve E.1990/2508, K.1992/674, (**Candan**, Vergi Suçları, s. 514).

¹¹¹ "Verginin hesaplanmasında esas alınan matrah farklarından bir bölümüne itiraz edilmiş olmasının, itiraza konu edilmeyen matrah farklarıyla ilgili olarak Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesi hükmünden yararlanılmasına engel olmayacağı hk." Dş. 13.D. 20.4.1981 gün ve E.1980/2197, K.1981/878, (Dş. Der., S. 44-45, s. 570-571).

vardır. Önemli olan, *cezalarda indirim* müessesesinin amacına uygun sonuçlarının ortaya çıkmasıdır.

C. Vergi/Ceza İhbarnamesine Karşı Dava Açılmaması

Cezalarda indirimden yararlanabilmenin başka bir şartı da, ikmalen, re'sen ve/ya da idarece tarh edilen vergi veya vergi farkı ile kesilmiş olan vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezasına karşı vergi mahkemesinde *dava açılmamasıdır*. Bu konudaki düzenleme aynen, “*Mükellef veya vergi sorumlusu ödeyeceğini bildirdiği vergi ve vergi cezasını yukarıda yazılı süre içinde ödemez veya dava konusu yaparsa bu madde hükmünden faydalandırılmaz*” (VUK.m.376/II) şeklindedir.

Cezalarda indirim hakkından yararlanmanın vergi ödevlisinin *dava açma hakkını* kullanmamasına bağlanmış olmasının, *Anayasa'nın* 36'ncı maddesinde yer alan *hak arama hürriyetini* kısıtladığı ve vergi cezalarının kısa süre içinde *Hazineye* intikalini sağlamak için ise, *cezalarda indirim* imkânını *dava açma hakkının* kullanılmamasına bağlamaksızın tanımının bu amaca daha iyi hizmet edeceği ileri sürülmektedir¹¹². Ancak, bu görüşün benimsenmesi halinde, *cezalarda indirim* müessesesinin kabul edilmesi amacına uygun bir uygulamanın yapılması mümkün değildir. Çünkü, anlaşmazlıkların uyuşmazlık haline dönüşmemesi sayesinde kamu alacağının kısa sürede (kısmen) indirimli olarak *Hazineye* intikali sağlanmış olmaktadır. Kaldı ki, *Kanun, cezalarda indirimden* yararlanmayı, tarh edilen vergi ve kesilen vergi cezasına karşı *dava açma hakkından önceden vazgeçme* şartına bağlamamıştır. Sadece, *Vergi Usul Kanunu'nun* 376'ncı maddesi hükmünden yararlanılabilmesi için, *dava açma hakkının kullanılmaması* şartını aramaktadır. Bu ikisi arasındaki fark şudur; vergi ödevlisinin *dava açma hakkından önceden vazgeçmesi* durumunda, artık bu hakkını kullanması mümkün değildir. Oysa, *indirim hakkından yararlanabilmenin, dava açma hakkının kullanılmaması şartına bağlanması* halinde, vergi ödevlisi, *Vergi Usul Kanunu'nun* 376'ncı maddesi uyarınca başvuruda bulunduktan sonra da, *dava açma hakkını* kullanabilir. Bu durumda, açılan *dava, süresinde* olmak

¹¹² Bkz. **Başaran Yavaşlar**, s. 134.

kaydıyla, 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*¹¹³ hükümlerine göre çözümlenir¹¹⁴. Ancak, süresinde *cezalarda indirimden* yararlanmak için yapılmış olan başvuruya rağmen, dava açılması halinde, indirimden yararlanabilmek mümkün değildir. Başka bir deyişle, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin ikinci fıkrası hükmü, tarh edilen vergi ve kesilen vergi cezasına karşı dava açma hakkının kullanılmasına engel değildir; sadece, bu hakkın kullanılması durumunda, indirimden yararlanma imkânını ortadan kaldırmaktadır¹¹⁵.

Vergi mahkemesinde dava açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurmaktadır (İYUK.m.27/3). Bu yüzden, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine göre başvuruda bulunduktan sonra, dava açılması halinde, başvuruya konu edilen vergi ve/ya da vergi cezası hakkında, dava sonunda verilecek karara göre, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*'nun 28'inci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca işlem yapılması gerekir. Başka bir deyişle, açılan dava sonuna kadar, sözkonusu vergi ve/ya da vergi cezasının tahsil sürecinin başlatılması-işletilmesi mümkün değildir.

Dava açma süresinin geçmiş olması veya dava açılmasına rağmen, vergi mahkemesi kararı üzerine bir üst mercie gitmekten vazgeçilmesi halinde vergi ve cezanın ödenmesi istense bile, *cezalarda indirim uygulanmaması* gerekir¹¹⁶. Ayrıca, açılan dava sonucunda başlangıçtaki cezanın türünün değişmesi halinde de durum aynıdır¹¹⁷. Örneğin, vergi tarhına ve buna bağlı olarak kesilen vergi ziyayı cezasına karşı açılan davada, mahkemenin vergi ziyayı cezasını özel usulsüzlük cezasına çevirmesi halinde, özel

¹¹³ 06.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, (RG. 20.01.1982-17580).

¹¹⁴ “Artırılan bedel üzerinden alınan vergi ve kesilen kusur cezasının Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinden yararlanılarak ödenmiş olunmasının, dava açma hakkını ortadan kaldırmayacağı hk.” Bkz. Dş. 9.D. 9.12.1992 gün ve E.1992/1635, K. 1992/2977, (Candan Vergi Suçları, s. 517, dp. 676).

¹¹⁵ Bkz. ve karşı. Erman, no. 117; Candan, Vergi Suçları, s. 517.

¹¹⁶ Bkz. Uysal-Eroğlu, s. 883; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 220.

¹¹⁷ Bkz. Özbacı, s. 994; Aksoy, s. 103; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 220.

usulsüzlük cezası hakkında da *cezalarda indirim* hakkından yararlanmak mümkün değildir.

Tarh edilen verginin bir bölümüne karşı dava açılması, dava konusu edilmeyen vergiler ve cezalar yönünden *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinden yararlanmaya engel değildir¹¹⁸.

Vergi/ceza ihbarnamesinin tebliği üzerine dava açan vergi ödevlisi, *cezalarda indirim* hakkından yararlanmak için belirlenen başvuru süresi içinde olmak kaydıyla davadan vazgeçip *cezalarda indirimden* yararlanmak isteyebilmektedir. Başka bir deyişle, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliği üzerine dava açılmasına rağmen, *cezalarda indirimden* yararlanmak için belirlenen *otuz günlük* başvurusu süresi dolmadan ve vergi mahkemesi karar vermeden önce vergi davasından vazgeçilmesi halinde, *cezalarda indirimden* yararlanılması mümkündür¹¹⁹. Buna karşılık, *otuz günlük cezalarda indirimden* yararlanma başvuru süresinin sona ermesinden sonra davadan vazgeçilmesi halinde, *cezalarda indirimden* yararlanılması mümkün değildir¹²⁰.

Açılan davaya devam edilmesi halinde *cezalarda indirimden* yararlanılamaz. Çünkü, *cezalarda indirim* müessesesinin amacı, vergi idaresi ile vergi ödevlisi arasındaki anlaşmazlıkların uyuşmazlık haline getirilip yargı organlarına intikal ettirilmeden sona erdirilmesini sağlamaktır. Ancak, yargı organlarınınca usûl yönünden iptal edilen tarh işleminin usûlüne uygun olarak ihyası halinde indirim talep edilebilir. Örneğin, ikmalen tarh edilen bir vergi, dava sonunda tarhiyatın re'sen yapılması gerektiği gerekçesiyle terkin edilmiş, bu karar üzerine takdir komisyonunca takdir edilen matrah üzerinden re'sen tarhiyat yapılmışsa, talep üzerine *cezalarda indirimden* yararlanılma-

¹¹⁸ “Verginin hesaplanmasında esas alınan matrah farklarından bir bölümüne itiraz edilmiş olmasının, itiraza konu edilmeyen matrah farklarıyla ilgili olarak Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesi hükmünden yararlanılmasına engel olmayacağı hk.” Dş. 13.D. 20.4.1981 gün ve E.1980/2197, K.1981/878, (Dş. Der., S. 44-45, s. 570-571). Ayrıca bkz. **Kızılot**, Vergi Usul, C. 10, s. 3485; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s. 220; **Demir**, s. 47-50.

¹¹⁹ Bkz. **Özbalcı**, s. 996; **Kızılot-Kızılot**, s. 159; **Şenyüz**, s. 267; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s. 220.

¹²⁰ Bkz. **Özbalcı**, s. 996; **Kızılot-Kızılot**, s. 159; **Ürel**, İndirim, s. 56; **Ürel**, Vergi Usul, s. 909.

lıdır. Çünkü, bu durumda matrah ve dolayısı ile ceza hakkında yargı organlarınınca karar verilmiş değildir¹²¹.

Ç. Kanunda Belirtilen Süre İçinde Ödemenin Yapılması

1. Genel Olarak

Cezalarda indirim müessesesinin asıl amacı, en az kayıpla vergi ve/ya da vergi cezasından oluşan kamu alacağının tahsilinin sağlanmasıdır. Nitekim, ceza muhatabının, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün içinde* vergi dairesine başvurarak, vergi aslını ve indirimden arta kalan vergi cezasını, dava konusu yapmaksızın ödeyeceğini bildirmesi halinde, vergi aslı ile indirimden arta kalan vergi cezasını en geç *vadesinde* ya da teminat göstermek suretiyle vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödemesi gerekir. Başka bir deyişle, vergi ödevlisi *cezalarda indirimden* yararlanmak isterse, hem vergiyi hem de indirimden arta kalan cezayı *Kanunda* belirtilen süre içinde ödemek zorundadır. Ceza ve/ya da vergiden birisinin ödenmemesi halinde *cezalarda indirimden* yararlanılması mümkün değildir. Nitekim, vadesinden sonra yapılmış olan ödemeler, *cezalarda indirim* kapsamında yapılmış bir ödeme sayılmamaktadır. *Cezalarda indirimden* yararlanma başvurusunda bulunup da vergi aslının ve indirimden arta kalan vergi cezasının vadesinde ödenmemesi halinde, vergi aslının ve vergi cezasının tamamının *kamu icra hukuku*¹²² hükümlerine göre takip ve tahsil edilmesi gerekir.

Normal olarak ödeme süresi, *dava açma süresinin* sona erdiği tarihten itibaren *bir aydır*. *Dava açma süresi* ise, ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gündür*. *Bir aylık* ya da teminat gösterilmesi halinde *dört aylık* ödeme süresi de *dava açma süresinin* sona erdiği günden itibaren başlamaktadır. Örneğin, 10.11.2014 tarihinde tebliğ edilen vergi ve vergi ziyayı cezası için *dava açma süresi* 10.12.2014 tarihinde dolmaktadır. 11.11.2014 tarihi ile 10.12.2014 tarihi arasında vergi ödevlisinin *cezalarda indirim* talep etme hakkı vardır. Bu süre içinde vergi ödevlisinin *cezalarda indirim* talep etmesi halinde, normal olarak ödemenin 10.1.2015 tarihi mesai bitimine kadar

¹²¹ Bkz. ve karşı. **Özbalcı**, s. 995; **Kızılot-Kızılot**, s. 156.

¹²² Kamu icra hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 599-724.

yapılması gerekir. Vergi ödevlisi teminat gösterdiği takdirde, ödeme süresi üç ay uzayacağından, ödeme süresinin son günü 10.4.2015 tarihi olmaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde, vergi ödevlisine ödeme konusunda iki seçenek getirilmektedir. Bunlardan *birincisi*, vergi aslının ve/ya da indirimden arta kalan cezanın *vadesinde* ödenmesi; *ikincisi* ise, ödemenin teminat göstermek şartıyla vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* yapılmasıdır. Vergi ödevlisi, bu iki seçenekten birini seçerek vergi borcunu ve indirimden arta kalan cezayı ödemekte tamamen serbesttir. Bu konuda, vergi ödevlisinin seçeneklerden herhangi birini tercih etmesi konusunda zorlanması mümkün değildir.

2. Ödemenin Vadesinde Yapılması

İlk seçenek, vergi veya vergi farkı ile indirimden arta kalan vergi cezasının vadesinde ödenmesidir. *Vergi Usul Kanunu*'nun 111'inci maddesinin ilk fıkrasına göre, vergi, kanunlarında gösterilen süreler içinde ödenir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de, verginin vadesi, ödeme süresinin son günüdür. İkmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergiler için ödeme süreleri, bu genel düzenlemeden ayrı olarak, *Vergi Usul Kanunu*'nun 112'nci maddesinde belirtilmektedir. Buna göre, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergiler;

- Taksit zamanlarından önce tahakkuk¹²³ etmişse, taksit süreleri içinde;
- Taksit sürelerinin kısmen veya tamamen geçmesinden sonra tahakkuk etmişse, geçmiş taksitler, tahakkuk tarihinden başlayarak *bir ay* içinde;
- Memleketi terk edenlerin, ölenlerin veya benzeri haller dolayısıyla yükümlülüğü kalkanların aynı yöntemlerle tarh edilen vergileri tahakkuk tarihlerinden başlayarak *bir ay* içinde ödenir.

Vergi cezaları için ödeme süresi, *Vergi Usul Kanunu*'nun 368'inci maddesinde, cezaya karşı dava açılıp açılmamasına göre, iki fıkrada düzen-

¹²³ Verginin tahakkuku hakkında geniş bilgi için bkz. **Öncel-Kumrulu-Çağan**, s. 106 vd.; **Kaneti**, s. 138 vd.; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 296 vd.

lenmektedir. *Cezalarda indirim* müessesesinin amacı bakımından, önemli olan ilk fıkradaki düzenlemedir. Buna göre, indirimden arta kalan cezanın (vergi mahkemesinde dava açma) başvuru süresinin sona erdiği tarihten itibaren *bir ay* içinde ödenmesi gerekmektedir.

Ödeme süresi, dava açma süresinin sona erdiği tarihten itibaren *bir ay*dır. Dava açma süresi ise, ihbarnamenin tebliğini izleyen günden başlayarak *otuz gündür*. Otuz günlük dava açma süresinin son günü resmî tatile rastlandığında, dava açma süresi tatili izleyen ilk iş gününün çalışma saati sonuna kadar uzar. Bir aylık (veya teminat gösterildiğinde dört aylık) ödeme süresi de bu tarihten başlamaktadır. Uzlaşmadan vazgeçilip indirim talep edildiğinde, ödeme süresinin başlangıcı *ek dava açma süresinin* sona erdiği tarihtir¹²⁴.

Cezalarda indirimden yararlanmak isteyen vergi ödevlisinin, *cezalarda indirim* talebini ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde vergi dairesine bildirmesi gerekmektedir. Bununla birlikte hiç bir başvuru olmadan, vergi aslı ile indirimden arta kalan ceza tutarını başvuru süresi içinde ödeyenler de indirimden yararlandırılmaktadır¹²⁵. Kaldı ki, başvuru süresi içinde herhangi bir talepte bulunmaksızın vergi aslı ile cezanın tamamı ödenmişse, ödenen cezanın *cezalarda indirim* oranına isabet eden kısmının, talep edilmesi halinde, vergi ödevlisine iade edilmesi gerekir¹²⁶. Çünkü, yargı yoluna başvurmadan önce yapılan ödemenin özendirilmesinde yarar vardır. Konuya ilişkin *Danıştay* değerlendirmesi de bu yöndedir¹²⁷.

Dava açma süresi sona ermesine rağmen vergi aslı ve indirimden arta kalan cezadan oluşan kamu alacağının vadesi dolmadan ödeme yapmak isteyen ceza muhatabının da *cezalarda indirimden* yararlandırılması mümkündür. Kaldı ki, cebren tahsil süreci başlatılmadan yapılan ödemelerde *cezalarda indirim* uygulanmasının herhangi bir sakıncasının olmadığı düşü-

¹²⁴ Bkz. ve karşı. **Özbalcı**, s. 998; **Kızılot-Kızılot**, s. 160-161; **Edizdoğan-Taş-Çelikkaya**, s. 222. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda VI, D.

¹²⁵ Bkz. **Özbalcı**, s. 996; **Ürel**, İndirim, s. 56-57; **Ürel**, Vergi Usul, s. 909.

¹²⁶ Bkz. **Ürel**, İndirim, s. 56-57; **Ürel**, Vergi Usul, s. 909. Aksi görüş için bkz. **Özbalcı**, s. 996; **Kızılot-Kızılot**, s. 160; **Uysal-Eroğlu**, s. 885.

¹²⁷ Bkz. Dş. 13.D. 17.11.1973 gün ve E.1971/4925, K.1973/666, (Dş. Der., S. 14-15, s. 569-570).

nülmektedir. Çünkü, cebren tahsil sürecinin masraf ve zahmetlerinden kamu alacaklısı idarenin kurtulmuş olması, cezanın tamamının tahsil edilmesine tercih edilmelidir. Bu yolla, belki zamanında tahsil edilemeyecek bir kısım vergi aslı ile indirimden arta kalan vergi cezasının tahsil edilmesi sağlanmış olmaktadır. Ancak, vergi ziyai cezasında indirimden ilk defa yararlanmak isteyip istemediği vergi ödevlisine sorulmalıdır. Çünkü, küçük meblağlı bir vergi ziyai cezasında *cezalarda indirimden* yüksek oranlı (yarısı oranında) yararlanmak yüzünden, daha sonra kesilmesi muhtemel yüksek meblağlı vergi ziyai cezasından daha düşük (üçte bir) oranlı indirimden yararlanmak zorunda kalmak istenmeyebilir. Vadesinde ödenmemiş olan vergi aslı ve vergi ziyai cezasına gecikme zammı uygulanması konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır.

3. Teminat Gösterilmesi

İkinci seçenek, vergi aslı ve indirimden arta kalan vergi cezasının *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*'da belirtilen türden teminat göstererek, vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödeneceğinin bildirilmesidir. Ancak, teminatın vadesi geçmiş vergi borcu için gösterilmesi gerekir. Henüz vadesi gelmemiş olan taksitler için teminat gösterilerek vadenin uzatılması mümkün değildir¹²⁸.

Nelerin teminat olabileceği, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*'un 10'uncu maddesinde belirtilmektedir. Buna göre;

- Para,
- Bankalar tarafından verilen teminat mektupları,
- Hükümetçe belli edilecek millî esham ve tahvilat (Bu esham ve tahvilat, teminatın kabul edilmesine en yakın borsa cetvelleri üzerinden %15 noksanıyla değerlendirilebilir),
- İlgililer veya ilgililer lehine üçüncü kişiler tarafından gösterilen ve alacaklı kamu idarelerince haciz varakalarına dayanılarak haczedilen menkul ve gayrimenkul mallar,

teminat olarak gösterilebilir.

¹²⁸ Bkz. **Özyer**, s. 1021.

Teminatın, vergi ve/ya da cezanın kanunî ödeme süresinin son gününe kadar gösterilmiş olması gerekir. Nitekim, vergi idaresi, başvuru süresinin sona erdiği tarihten sonra başlayan ödeme süresi içinde teminat gösterilmesi halinde, teminatı kabul ederek ödeme süresini *üç ay* uzatmaktadır¹²⁹. Bu süre için *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*'da (m. 51) belirtilen gecikme zammı hesaplanması ve talep edilmesi mümkün değildir¹³⁰. Ancak, teminat gösterilmemiş olmakla birlikte, ödeme üç aylık süre içinde yapılmışsa ve vergi dairesince ödemededen önce vergi ödevlisinin teminat göstermemiş olduğu gerekçesine dayanılarak borcun tamamının tahsili işlemlerine başlanılmamışsa, *cezalarda indirimden yararlandırılması* gerekir¹³¹.

Vergi aslının taksitle ödeneceği durumlarda, dava açma süresinin sona erdiği tarihten itibaren *bir ay* ya da teminat gösterildiği takdirde, bu bir ayı izleyen *üç aylık* süre içinde ödenmesi gereken tutar, vadesi bu süre içinde gelmiş olan vergi aslının taksitleri ile indirimden arta kalan cezanın tamamıdır. Bu süre içinde ödeme süresi geçmiş, ödenmesi gereken vergi aslı taksiti ile ceza tutarının ödenmemesi *cezalarda indirim* talebini geçersiz hale getirmektedir. Ancak, vergi aslının, vadesi bu süreden sonra gelecek olan taksitlerinin vadesinde ödenmemesi durumunda, *cezalarda indirim* talebi geçerliliğini korumaktadır¹³².

D. Cezalarda İndirim-Uzlaşma İlişkisi

1. Genel Olarak

Kural olarak, *cezalarda indirimden* yararlanan vergi ödevlisinin ayrıca *Vergi Usul Kanunu* hükümleri çerçevesinde *uzlaşma* yoluna gitmesi; vergi ve cezalarla ilgili olarak uzlaşmaya başvuran ve uzlaşan vergi ödevlisinin, *cezalarda indirimden* yararlanması mümkün değildir. Çünkü, *uzlaşma müessesesi ile cezalarda indirim müessesesi, aynı amaç ve sonuca yönelik birbirine alternatif müesseselerdir*. Başka bir deyişle, *cezalarda indirim* ile

¹²⁹ Bkz. Kızılot, Vergi Usul, C. 10, s. 222; Özyer, s. 1021; Ürel, İndirim, s. 55; Ürel, Vergi Usul, s. 907. Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 222.

¹³⁰ Bkz. Özyer, s. 1021.

¹³¹ Dş. 13.D. 17.11.1973 gün ve E.1971/4925, K.1973/666, (Dş. Der., S. 14-15, s. 569-570).

¹³² Bkz. Pehlivan, s. 115; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 222-223.

uzlaşma müesseseleri birbirinin tamamlayıcısı değil, birbirine alternatif iki müessesedir¹³³. *Uzlaşmada* tarh edilen vergi ve cezada indirim yapılması suretiyle vergi ödevlisine sağlanan imkân ve kolaylığın aynı, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine göre *cezalarda indirim* yoluyla sağlanmaktadır¹³⁴.

Cezalarda indirim ve *uzlaşma* müesseselerinden birlikte yararlanmak sözkonusu olmamakla birlikte, şartlarını yerine getirmek kaydıyla, birinden vazgeçip diğerinden yararlanma yoluna gitmek mümkündür.

Cezalarda indirim-uzlaşma ilişkisi, bu çalışmada, tarhiyat öncesi ve tarhiyat sonrası uzlaşmayı dikkate almak suretiyle iki başlık altında incelenmektedir.

2. Cezalarda İndirim-Tarhiyat Öncesi Uzlaşma İlişkisi

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 16'ncı maddesinin son fıkrasına göre, mükelleflerin veya adına ceza kesilenlerin, bu Yönetmelik uyarınca üzerinde uzlaşılan vergi ve cezalar hakkında *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükümlerinin kendileri hakkında uygulanmasını istemeleri mümkün değildir.

Yönetmeliğin anılan hükmüne benzer bir düzenleme, *Vergi Usul Kanunu*'nun Ek 11'inci maddesinde yer almamaktadır. *Vergi Usul Kanunu*'nun bir maddesiyle (VUK.m.376) mükellef veya ceza muhataplarına tanınan bir hakkın, uzlaşmanın usûl ve esasları ile ilgili bir *Yönetmelikte* yapılan bir düzenleme ile kaldırılmasının, hukuka aykırı olduğu iddia edilmektedir. Konunun açıklığa kavuşturulması bakımından, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim* müessesesinin niteliğine bakmak gerekir. *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen müessese, *uzlaşmanın alternatifi* bir müessese niteliğindedir. Kanun koyucu, tarhiyat sonrası *uzlaşmadan* yararlananın *cezalarda indirimden*; *cezalarda indirimden* yararlananın ise, *uzlaşmadan* yararlanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir (VUK.Ek.m.9). Ayrıca, hem tarhiyat öncesi hem de

¹³³ Bkz. M. Yüce, Vergi Yargılama, s. 94; M. Yüce, Dava Rehberi, s. 244.

¹³⁴ Ürel, bu iki uygulamanın birlikte yürürlükte olmasının anlamlı bir gerekçesi olmadığı görüşündedir (Ürel, İndirim, s. 56; Ürel, Vergi Usul, s. 909).

tarhiyat sonrası *uzlaşma tutanakları kesindir*; bunlar hakkında idarî başvuru yollarına ya da yargı yoluna başvurulması mümkün değildir. Bu itibarla, tarhiyat öncesi uzlaşma sonucunda uzlaşılan bir vergi cezasının tekrar *cezalarda indirim*e konu edilmesinin hukukî ve mantıkî bir gerekçesi bulunmaktaki; her iki müessesenin amacına uygun düşmemektedir. Başka bir deyişle, *tarhiyat öncesi uzlaşma* müessesesinden yararlanarak uzlaşan ceza muhatabının, ayrıca *cezalarda indirimden* yararlanması mümkün değildir¹³⁵.

Tarhiyat öncesi uzlaşmada, uzlaşma sağlanamadığı takdirde, henüz tarh edilmiş vergi-kesilmiş ceza ve tebliğ edilmiş bir ihbarname bulunmadığı için vergi ödevlisinin ancak ihbarname tebliğ edildikten sonra *cezalarda indirim* talebinde bulunması mümkündür¹³⁶. Bunun gibi, vergi ödevlisinin, *tarhiyat öncesi uzlaşma* tutanağı imzalanıncaya kadar uzlaşma talebinden vazgeçerek ihbarnamenin kendisine tebliğinden sonra *cezalarda indirim* talebinde bulunmasına herhangi bir engel yoktur. Ayrıca, *kısmî uzlaşma* yapılmış olması halinde uzlaşma konusu yapılmayan kısma ilişkin olarak düzenlenecek ihbarnamenin tebliğinden sonra vergi ödevlisinin *cezalarda indirim* talebinde bulunması mümkündür¹³⁷.

3. Cezalarda İndirim-Tarhiyat Sonrası Uzlaşma İlişkisi

a. Genel Olarak

Cezalarda indirim-tarhiyat sonrası uzlaşma ilişkisi, uzlaşmaya başvurulmasına rağmen, hangi şartlarda cezalarda indirimden yararlanma talebinde bulunulabileceği anlamında ele alınmaktadır. Bu bağlamda, konunun uzlaşmaya başvurulmasına rağmen uzlaşmadan vazgeçilmesi; uzlaşmanın vâki olmaması veya temin edilememesi halinde cezalarda indirimden yararlanma talebinde bulunulması başlıkları altında ele alınması mümkündür.

b. Uzlaşmadan Vazgeçilmesi-Cezalarda İndirim İlişkisi

Uzlaşmaya başvurulması ve bu başvurunun sonuçlarının, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim hakkı* üye-

¹³⁵ Bkz. ve karşı. Candan, Vergilendirme Yöntemleri, s. 366; Özyer, s. 1057.

¹³⁶ Bkz. Özyer, s. 1022, 1057.

¹³⁷ Bkz. Özyer, s. 1057.

rindeki etkisi, *Vergi Usul Kanunu*'nun *uzlaşma müessesesi* ile ilgili Ek 9'uncu maddesinde düzenlenmektedir. Nitekim, sözü edilen maddede,

“Bu bölüm uyarınca üzerinde uzlaşılan vergi ve cezalar hakkında 376'ncı madde hükümleri; hakkında 376'ncı madde hükümleri uygulanan vergi ve cezalar için bu bölüm hükümleri uygulanmaz. Ancak, ceza muhatabının, uzlaşma tutanağını imzalayınca kadar uzlaşma talebinden vazgeçtiğini beyanla hadiseye 376'ncı maddenin uygulanmasını istemek hakkı mahfuzdur.”

hükmü yer almaktadır. Uzlaşılan vergi ve cezalar hakkında *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin uygulanamayacağı yolundaki bu hüküm, dolaylı olarak, uzlaşılamayan hallerde, 376'ncı madde hükmünden yararlanılabileceğini belirtmektedir. Esasen, madde, bunu uzlaşma talebinden tutanağın imzalanmasına kadar vazgeçme hali için açıkça ifade etmektedir¹³⁸.

c. Uzlaşmanın Vâki Olmaması/Temin Edilememesi-Cezalarda İndirim İlişkisi

Cezalarda indirimden yararlanma için Kanunda belirtilen başvuru süresinin herhangi bir nedenle, örneğin son gününün vergi yargısında çalışmaya ara verme (adli tatil) zamanına rastlaması sebebiyle uzaması veya kısılması sözkonusu olmamaktadır. Bununla birlikte, Danıştay içtihadı, Vergi Usul Kanunu'nun uzlaşma müessesesi ile ilgili Ek 7'nci maddesinde belirtilen onbeş günlük ek dava açma süresi içinde de cezalarda indirimden yararlanmak üzere başvuruda bulunulabileceğini kabul etmektedir¹³⁹. Sözü edilen Ek 7'nci maddenin 4'üncü fıkrası, onbeş günlük ek dava açma süresini, uzlaşmanın vâki olmaması hali ile sınırlı olarak tanımaktadır. Daha sonra,

¹³⁸ **Candan**, Vergi Suçları, s. 510.

¹³⁹ “Uzlaşmanın vâki olmadığına ilişkin tutanağın imzalanmasından sonra Vergi Usul Kanununun Ek 7'nci maddesinde tanınan onbeş günlük ek dava açma süresi içinde uzlaşmaya konu cezalı tarhiyata karşı dava açma yerine aynı Kanunun 376'ncı maddesi uyarınca indirimden yararlanmak üzere başvuruda bulunulabileceği hk.”, Dş. 4.D. 13.3.1989 gün ve E.1988/1409, K.1989/1264, (**Candan**, Vergilendirme Yöntemleri, s. 354 dp. 315). Aynı yönde bir başka karar için bkz. Dş. 4. D. 21.2.1994 gün ve E.1992/2367, K.1994/904, (**Candan**, Vergilendirme Yöntemleri, s. 354 dp. 315). Ayrıca bkz. **Özbalcı**, s. 996.

Danıştay dava dairelerinin kararları arasında, ek sürenin *uzlaşmanın temin edilememiş sayılması* gerektiren durumlarda da uygulanıp uygulanmayacağı konusunda oluşan farklı içtihatlar, *Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu*¹⁴⁰ tarafından, ek sürenin *uzlaşmanın temin edilememiş sayılması* gerektiren durumlarda da uygulanması yönünde birleştirildiğinden, *onbeş günlük ek dava açma süresi*, bu iki durumda sözkonusu olabilmektedir.

Danıştay'ın sözü edilen içtihadı, Ek 9'uncu maddenin anılan hükmünü, *uzlaşmanın vâki olmaması* veya *temin edilememiş sayılması* durumlarında, vergi ödevlisine Ek 7'nci madde ile tanınan ek dava açma süresinin *cezalarda indirim* hakkından yararlanmak amacıyla yapılacak başvuru için de geçerli olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde, başvuru süresinin kaç gün olduğu ve başlangıç tarihi çok açık bir biçimde belirtilmektedir. Başka bir deyişle, başvuru süresini başlatan olay ve sürenin kaç gün olduğu bellidir. *Kanun*, bu başvuruyu dava açma süresine bağlayan veya *Vergi Usul Kanunu*'nun Ek 7'nci maddesinde tanınan *onbeş günlük ek dava açma süresinin cezalarda indirim* hakkının kullanılabilmesi için de geçerli olacağına ya da 376'ncı maddede belirtilen sürenin, *uzlaşmanın vâki olmaması* veya *temin edilememiş sayılması* durumlarında aranmayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme de getirmemektedir. Bu durum karşısında, *uzlaşmanın vâki olmaması* veya *temin edilememiş sayılması* ya da tutanak imzalamadan *uzlaşma talebinden vazgeçilmesi* hallerinde, indirim hakkından, ancak, ihbarnamelerin tebliğ tarihleri itibarıyla işlemeye başlayan *otuz günlük başvuru süresinin dolmamış olması* kaydıyla yararlanma imkânı vardır¹⁴¹. Şayet *uzlaşmanın vâki olmadığı* veya *temin edilmediğine* dair tutanağın imzalandığı veya *uzlaşma talebinden vazgeçildiği* tarihte bu süre dolmuş ise, artık *cezalarda indirimden* yararlanmak için başvuruda bulunmak mümkün değildir¹⁴².

¹⁴⁰ Dş. İBK. 23.10.1986 tarih ve E.1986/2, K.1986/2, (RG. 6.1.1987-19333).

¹⁴¹ “Ancak, uzlaşma isteminde bulunan mükellef ya da ceza sorumlusu, uzlaşmanın vâki olmaması durumunda, buna ilişkin tutanağın kendisine tebliğ tarihinden itibaren herhangi bir süre içinde, Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesi uyarınca cezada indirim talebinde bulunamaz”. Dş. 11. D. 17.11.1997 gün ve E.1996/5556, K.1997/4079, (Kızılot, C. 4, s. 1224).

¹⁴² Candan, Vergi Suçları, s. 511. Ayrıca bkz. ve karşı. Kızılot-Kızılot, s. 159.

Vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde olmak şartıyla, uzlaşmaya başvurulması ve *uzlaşmanın vâki olmaması* halinde, *cezalarda indirim* hakkında yararlanmak mümkündür. Başka bir deyişle, uzlaşma için başvurulmuş, fakat *uzlaşma temin edilememiş* ya da *vâki olmamışsa*, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz günlük süre* dolmamış olmak şartıyla, ilgilinin talep etmesi halinde, *cezalarda indirimden* yararlandırılması gerekir¹⁴³. Ayrıca, uzlaşma talep edilmiş olmakla birlikte, *otuz günlük cezalarda indirimden* yararlanma başvuru süresi dolmadan önce uzlaşma talebinden vazgeçilerek *cezalarda indirim* talep edilmesi halinde, yine *cezalarda indirimden* yararlanılması gerekir. Ancak, *uzlaşmanın vâki olması* halinde, ayrıca *cezalarda indirimden* yararlanılması mümkün değildir (VUK.Ek m.9).

Vergi Usul Kanunu'nun Ek 9'uncu maddesinde kullanılan anlatım biçimi, her ne kadar, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin, vergi cezaları yanında vergi asılları hakkında da uygulanma imkânının bulunduğu izlenimi vermekte ise de, başlığından da anlaşılacağı üzere, sadece vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları hakkında uygulanabilir niteliktedir. Başka bir deyişle, üzerinde uzlaşmış olunsun veya olunmasın, vergiler hakkında, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi kapsamında herhangi bir indirim yapılması mümkün değildir¹⁴⁴.

Vergi Usul Kanununun Ek 9'uncu maddesine göre, üzerinde *uzlaşılan vergi cezaları* ile ilgili olarak, ceza muhatabının *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi uyarınca *cezalarda indirim* yapılması için başvuruda bulunması mümkün değildir. Yine, düzenlemeye göre, ceza muhatabı, ancak uzlaşma tutanağının imzalanmasından önce, uzlaşma talebinden vazgeçmesi şartına bağlı olarak, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen indirim hakkından yararlanabilme imkânına sahiptir¹⁴⁵. Bu durumda *cezalarda indirim* talebi için belirlenen *otuz günlük* başvuru süresinden daha uzun bir başvuru süresi ortaya çıkmaktadır.

Uzlaşma talebinde bulunan vergi ödevlisinin, *uzlaşmanın vâki olmaması* halinde, buna ilişkin tutanağın kendisine tebliğ tarihinden itibaren

¹⁴³ Uysal-Eroğlu, s. 884. Ayrıca bkz. Şenyüz, s. 267.

¹⁴⁴ Bkz. Candan, Vergilendirme Yöntemleri, s. 326.

¹⁴⁵ Bkz. Candan, Vergilendirme Yöntemleri, s. 326; Özyer, s. 1045.

herhangi bir süre içinde, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi uyarınca *cezalarda indirim* talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁶. Aynı şekilde, tarhiyat yapıldıktan sonra uzlaşma talebinde bulunan; ancak, toplantı günü uzlaşmaya katılmayan vergi ödevlisinin, *uzlaşmanın temin edilemediğine* ilişkin tutanağın kendisine tebliği üzerine, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine göre, *cezalarda indirimden* yararlanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir¹⁴⁷. Oysa, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz günlük* süre içinde, uzlaşma talebinde bulunulması; fakat, *uzlaşmanın vâki olmaması* durumunda da *cezalarda indirimden* yararlanılması gerekir. Çünkü, başvuru yapılmasına ve yararlanılmasına engel olan, *cezalarda indirimden* yararlanıldığı halde *uzlaşmadan* yararlanmak; *uzlaşmadan* yararlanıldığı halde *cezalarda indirimden* yararlanmaktır. Nitekim, her ikisinden birlikte yararlanmak mümkün değildir (VUK. Ek m.9). Buna karşılık, süre şartına uymak kaydıyla, birine başvuran ve ondan herhangi bir sonuç alamayan bir vergi ödevlisinin diğer müesseseden yararlanmasına engel bir hal ve düzenleme bulunmamaktadır. Bu müesseselerin kabul edilmesindeki amaç da, anlaşmazlıkların uyuşmazlık haline gelmeden çözümlenmesidir. Önemli olan, anlaşmazlığın çözümüdür. Bu itibarla, *uzlaşmaya* başvuran, fakat *uzlaşmanın vâki olmamasına* ve/ya da *temin edilememesine* ilişkin tutanak kendisine tebliğ edilen ceza muhatabının, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz günlük* başvuru süresi içinde *cezalarda indirimden* yararlanmasına engel bir durum yoktur. Danıştay'ın aksi yönde verdiği kararlar da müesseselerin kabul ediliş amacına uygun değildir. Hatta, dava açılması değil, davaya devam edilmesi *cezalarda indirimden* yararlanmaya engeldir. Çünkü, mevcut düzenleme ve bu düzenlemenin amacı açısından, hem *cezalarda indirim* hakkından yararlanmak, hem de dava yoluyla vergi tarh ve ceza kesme işlemi denetime tâbi tutmak mümkün değildir.

Vergi Usul Kanunu'nun uzlaşma ile ilgili Ek 9'uncu maddesinde, ceza muhatabının, *uzlaşma tutanağını imzalayıncaya kadar*, uzlaşma talebinden vazgeçtiğini beyanla, olaya 376'ncı maddenin uygulanmasını isteme hakkı-

¹⁴⁶ Dş. 11.D. 17.11.1997 gün ve E.1996/5556, K.1997/4079, (Kızilot, C. 4, s. 1224).

¹⁴⁷ Bkz. Kızilot-Kızilot, s. 159.

nın saklı olduğu hükme bağlanmaktadır. Bu hüküm, uzlaşma isteyen kimse- nin, uzlaşmadan vazgeçip, *cezalarda indirim* talep edebilmesi için bu hususu uzlaşma tutanağına kaydettirmesi gerektiği yönünde bir yoruma elverişlidir. Bu nedenle, vergi ödevlisi uzlaşmaktan vazgeçtiğini beyan ederek, *cezalarda indirim* talebinde bulunabilmektedir. Bununla beraber, vergi idaresi uzlaşma tutanağında belirtilmemiş olsa bile, *uzlaşmanın vâki olmamasından* sonra, dava açma süresi içinde *cezalarda indirim* talebinde bulunulabileceğini kabul etmektedir¹⁴⁸.

Vergi Usul Kanunu'nun Ek 9'uncu maddesi hükmü, uzlaşma isteyen mükellefin, uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihe kadar olan dönem içinde indirimden yararlanabileceği; *uzlaşmanın vâki olmaması* veya *temin edilememesi* halinde *cezalarda indirim* uygulamasından yararlanılmasının mümkün olmadığı yorumuna elverişlidir. Ancak, genel olarak vergi idaresi *uzlaşmanın vâki olmaması* veya *temin edilememesi* halinde, uzlaşmaya ilişkin tutanağın düzenlendiği tarihten sonraki dava açma süresi içinde *cezalarda indirim* talebinde bulunulmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir¹⁴⁹. Buna karşılık, *Danıştay*'ın *uzlaşmanın vâki olmaması* veya *uzlaşmanın temin edilememesi* hallerinde, ayrıca *cezalarda indirim*den yararlanılamayacağı yönünde kararları bulunmaktadır¹⁵⁰.

Uzlaşmanın vâki olmamasının, vergi ziyai, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları dolayısıyla *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde ceza muhataplarına tanınan *cezalarda indirim hakkı* üzerindeki etkisi, uzlaşma talebinin ön inceleme sonunda incelenmeksizin reddi yolunda uzlaşma komisyonunca alınan kararlarinkine benzemektedir. *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim hakkının* kullanılması, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliği tarihinden itibaren *otuz gün* içerisinde veya Ek 9'uncu maddenin ikinci cümlesinde açıklandığı üzere, uzlaşma talebin-

¹⁴⁸ Bkz. **Özbalcı**, s. 996; **Kızılot-Kızılot**, s. 159.

¹⁴⁹ Bkz. **Özbalcı**, s. 996; **Ürel**, İndirim, s. 56; **Ürel**, Vergi Usul, s. 908.

¹⁵⁰ “Uzlaşmanın vaki olmaması halinde, VUK'nun 376. maddesine göre indirimden yararlanılması mümkün değildir.”, Dş. 3.D. 26.3.1996 gün ve E.1995/909, K.1996/955, (**Ürel**, Vergi Usul, s. 910). “Uzlaşmanın vaki olmaması halinde, VUK'un 376. maddesine göre indirimden yararlanılması mümkün değildir.” Dş. 11.D. 17.11.1997 gün ve E.1996/5556, K.1997/4079, (**Kızılot**, C. 4, s. 1124).

den vazgeçilmesi şartıyla uzlaşma tutanağının imzalanmasına kadar (imzalanmasından önce) kullanılabilir niteliktedir¹⁵¹.

Ön inceleme sonunda verilen uzlaşma talebinin incelenmeksizin reddine ilişkin kararın sözkonusu *otuz günlük* süre içerisinde ilgiliye tebliğ edilmesi halinde, kalan süre içinde *cezalarda indirim hakkının* kullanılması mümkündür. Tebliğin, bu süre geçtikten sonra yapılması halinde ise, indirim hakkından, ancak, kararın dava konusu edilip iptal edilmesi şartıyla yararlanılabilir. Karar, bizzat uzlaşma komisyonu tarafından geri alınmadıkça veya yargı organınca iptal edilmedikçe, *cezalarda indirim hakkının* kullanılması mümkün değildir¹⁵².

Kanunda, sözkonusu hakkın, *uzlaşmanın vâki olmaması ve temin edilememiş sayılması* durumlarında da, belli süre içerisinde, kullanılabilmesine dair bir düzenleme yoktur. Bu yüzden, *uzlaşmanın vâki olmaması* durumunda, indirim hakkının, sadece, buna dair tutanağın tebliği tarihinde otuz günlük *cezalarda indirim hakkından* yararlanmak için başvuru süresinin dolmamış olması şartıyla, kalan süre içerisinde kullanılması mümkündür. Örneğin, *uzlaşmanın vâki olmamasına* dair tutanağın tebliğ edildiği tarihte, otuz günlük *cezalarda indirim hakkını* kullanabilme süresinin dolmasına üç gün kalması halinde, ceza muhatabının, *cezalarda indirim* talebinde bulunma hakkını bu kalan süre içerisinde kullanması mümkündür¹⁵³.

Kanunda, indirim hakkının, Ek 7'nci maddenin 4'üncü fıkrasında belirtilen süre içerisinde kullanılabilmesine dair bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, *Danıştay* içtihadı, indirim hakkının, anılan *onbeş günlük ek süre* içerisinde de kullanılabilmesi yolundadır¹⁵⁴.

¹⁵¹ Bkz. **Candan**, Vergilendirme Yöntemleri, s. 353.

¹⁵² Bkz. **Candan**, Vergilendirme Yöntemleri, s. 329-330.

¹⁵³ Bkz. **Candan**, Vergilendirme Yöntemleri, s. 329, 354.

¹⁵⁴ “Uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin tutanağın imzalanmasından sonra Vergi Usul Kanunu'nun Ek 7'nci maddesinde tanınan onbeş günlük ek dava açma süresi içinde uzlaşmaya konu cezalı tarhiyata karşı dava açma yerine, aynı Kanunun 376'ncı maddesi uyarınca indirimden yararlanmak üzere başvuruda bulunulabileceği hk.” Dş. 4.D. 13.3.1989 gün ve E.1988/1409, K.1989/1264, (**Candan**, Vergilendirme Yöntemleri, s. 329, dp. 305, s. 354, dp. 315). Aynı yönde bir başka karar için bkz. Dş. 4.D. 21.2.1994 gün ve E.1992/2367, K.1994/904, (**Candan**, Vergilendirme Yöntemleri, s. 329, dp. 305, s. 354, dp. 315).

4. Değerlendirme

Özetle, burada üç ayrı süreden söz etmek mümkündür. *Birincisi*, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde *uzlaşmaya* başvurulması, fakat uzlaşmadan vazgeçip *cezalarda indirim* hakkında yararlanmak istenilmesi halinde gündeme gelen süredir. Bu süre, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren işleyen *otuz günlük* süredir.

İkincisi, vergi ödevlisinin *uzlaşma tutanağını imzalayınca* kadar, uzlaşma talebinden vazgeçtiğini beyan ederek *cezalarda indirim* hakkında yararlanmak istemesi halinde kullanılması gereken süredir. Bu sürenin ne zaman başlayıp ne zaman sona ereceği belirsizlik içermektedir. Çünkü, uzlaşmaya, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren başlayan *otuz günlük (uzlaşmaya-cezalarda indirime)* başvuru süresinin son günlerinde başvurulması ve uzlaşma görüşmelerinin çok sonraki bir tarihte yapılması halinde, sürenin ne zaman sona ereceğini bilmek mümkün değildir. Her somut olayın özelliğine göre, sürenin belirlenmesi gerekir. Aslında, uzlaşmaya başvurulması halinde, uzlaşmadan vazgeçip *cezalarda indirim*den yararlanmak istenmesi halinde, *cezalarda indirim* talebinde bulunma süresinin son günü, uzlaşma tutanağının imzalanması gereken gündür.

Üçüncüsü, uzlaşmaya başvurulmasına rağmen, *uzlaşmanın vâki olmaması* ya da *temin edilememesi* halinde, *cezalarda indirim* talebinde bulunmak için gerekli olan süredir. Bu durumda, *uzlaşmanın vâki olmadığına* ya da *temin edilemediğine* ilişkin tutanağın tebliğ tarihinden itibaren işleyecek olan dava açma süresinin son gününe kadar *cezalarda indirim* talebinde bulunması mümkündür. Bu sürenin kaç gün olacağı somut olayın özelliklerine göre değişebilmektedir. Çünkü, söz edilen tutanağın tebliğ edildiği tarihte,

- dava açma süresinin sona ermesine *onbeş günden* daha fazla bir süre varsa, dava açma süresinin son gününe kadar;
- dava açma süresinin sona ermesine *onbeş günden* az bir süre kalmışsa, tutanağın tebliğ tarihinden itibaren *onbeş* içinde;
- dava açma süresi sona ermişse, tebliğ tarihinden itibaren *onbeş gün* içinde dava açılması gerekir. Bu itibarla, uzlaşmanın vâki olmamasına ya da temin edilememiş sayılmasına ilişkin tutanağın tebliğ

tarihinden itibaren, dava açma süresinin sonuna kadar *cezalarda indirim* talebinde bulunulması mümkündür.

Cezalarda indirim talebinde bulunulmasına ilişkin otuz günlük sürenin esnek tutulmasının sebebi, bu müessesenin amacıdır. *Cezalarda indirim* müessesesinin amacı, cezalarda belli oranlarda indirim yapmak suretiyle vergi ve/ya da vergi cezasından oluşan kamu alacağının, kamu borçlusu tarafından yargı yoluna başvurmadan gönüllü olarak ödenmesinin sağlanmasıdır. Bu itibarla, *cezalarda indirim* müessesesi, vergi tarhı ve/ya da ceza kesme işleminin dava konusu edilmeden, kamu alacaklısı kamu icra hukuku hükümlerine göre alacağını tahsil etmek üzere cebren tahsil işlemlerine başlamadan önce vergi aslının ve indirimden arta kalan vergi cezasının (gecikme faizi ile birlikte) gönüllü olarak ödenmesi halinde, gerekirse süre şartına bakılmaksızın, *cezalarda indirimden* yararlanılması gerekir.

VII. CEZALARDA İNDİRİM ORANLARI

A. Genel Açıklama

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde belirtilen tüm şartların eksiksiz yerine getirilmesi durumunda, vergi ödevlisine, muhatabı olduğu vergi cezasında sağlanacak indirim oranları şöyledir;

- Vergi ziyai cezasında birinci defasında *yarısı*, daha sonra kesilenlerde *üçte biri*,
- Usulsüzlük veya özel usulsüzlük cezalarında *üçte biri* indirilir.

Cezanın türüne ve vergi ziyai cezasının ilk defa kesilip kesilmediğine göre *cezalarda indirim* oranı değişmektedir.

B. Vergi Ziyai Cezasında İndirim

Vergi ziyai cezasında bu cezanın ilk defa ya da daha sonra kesilmiş olmasına göre farklı oranlarda indirim uygulanmaktadır. Başka bir deyişle, kanun koyucu, indirimden ilk defa yararlanana uygulanacak indirim oranı ile birden çok defa yararlanana uygulanacak indirim oranı arasında ayırım yapmakta ve ilk defa indirimden yararlanana uygulanacak indirim oranını yüksek tutmaktadır. Buna göre, vergi ziyai cezasında ilk defa yararlanıldığı, *yarısı* oranında indirim yapılmakta; daha sonra kesilen vergi ziyai

cezalarında ise, *üçte bir* oranında indirim uygulanmaktadır. *Cezalarda indirimin uygulanabilmesi için, kural olarak, vergi ödevlisinin bu yönde bir talebinin olması gerekir. Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde yer alan kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi kaybına yol açılması yüzünden kayba uğratılan verginin üç katı olarak kesilen vergi ziyai cezası için de cezalarda indirim kapsamında yarısı ya da üçte biri oranında indirimden yararlanılabilmektedir*¹⁵⁵.

Cezaya ilk defa muhatap olmanın ne anlama geldiği, 60 Seri No'lu *Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği*'nde açıklanmaktadır. Buna göre, ilk defa kesilen vergi ziyai cezasının tebliğ edilmesinden önceki dönemlerde işlenmiş vergi ziyai kabahati nedeniyle kesilen cezaların tamamı, *cezalarda indirim uygulamasında ilk defa kesilmiş sayılır ve yarısı oranında indirimden yararlanır*. Başka bir deyişle, herhangi bir sebeple ikmalen, re'sen ve/ya da idarece tarh edilen vergi ve kesilen ceza ile ilgili olarak yapılan ilk indirim başvurusunu kabul eden vergi dairesinin *Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddeyi ilk defa uyguladığı işlem, vergi cezasının ilk defa uygulanması anlamına gelmektedir*. Örneğin, 2014 yılı Nisan ayı katma değer vergisi beyannamesinin incelenmesi sonucu tarh edilen vergi ve kesilen vergi ziyai cezası vergi ödevlisine 2014 Eylül ayında tebliğ edilmiştir. Mükellefin, bu vergi ziyai cezasının *yarısı* oranında *cezalarda indirimden yararlanmasına* rağmen, Haziran 2014 dönemi katma değer vergisi beyannamesinin incelenmesi sonucu tarh edilen vergi ve kesilen cezanın 2014 Kasım ayında tebliğ edilmesi halinde de *cezalarda indirimden yarısı* oranında yararlanması gerekir. Çünkü, ceza kesilmesini gerektiren kabahatlerin tamamı ilk ceza ihbarnamesinin tebliğ edildiği 2014 Eylül ayından önce işlenmiştir. Bu itibarla, vergi ziyai cezasında, indirim oranının cezanın *yarısı* oranından *üçte bir* oranına düşürülmesi için, ikinci ceza ile ilgili kabahatin, birinci cezaya ilişkin ihbarnamenin tebliğ edildiği tarihten sonra işlenmesi ve vergi ödevlisinin daha önce *yarısı* oranında indirim uygulamasından yararlanmış olması şarttır¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Bkz. Mutluer, Vergi Genel, s. 334; Candan, Vergi Suçları, s. 500; Kızılot-Kızılot, s. 164; Kılıç, s. 86; M. Yüce, Vergi Yargılama, s. 93; M. Yüce, Dava Rehberi, s. 243.

¹⁵⁶ Bkz. Özbacı, s. 1000; Uysal-Eroğlu, s. 887; Pehlivan, s. 116; Edizdoğan-Taşçelikkaya, s. 224; Ürel, İndirim, s. 54; Ürel, Vergi Usul, s. 906.

Aynı anda kesilmiş olan birden fazla vergi ziyai cezasında birinci defada yapılacak *yarısı* oranında indirimin, bu cezalardan sadece birisi için değil, birden fazlası-hepsi için de uygulanması gerekir. Bu itibarla, vergi ödevlisi için hem gelir hem de katma değer vergisi yönünden vergi ziyai cezasının aynı anda kesilmesi halinde, kesilen bu cezaların ikisi için de *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine göre *cezalarda indirim* talebinde bulunulması ve her iki vergi ziyai cezası için de *yarısı oranında* indirim yapılması mümkündür¹⁵⁷.

Vergi ziyai cezasında yapılacak olan *yarısı oranında* indirim, bir vergi ödevlisinin, vergi mükellefiyeti boyunca sadece bir kez yararlanabileceği bir indirimdir. Bu indirimden yararlandıktan sonra kesilecek *cezalarda indirim* oranının *üçte bir* olarak uygulanması gerekir. Bu nedenle, vergi ödevlisinin, düşük tutarlı vergi ziyai cezası için *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine göre *cezalarda indirim* talebinde bulunmayarak, vergi aslı için uzlaşma yoluna gitmesinde ya da cezanın tamamını ödemesinde yarar vardır. Düşük tutarlı bir vergi ziyai cezası için *yarısı oranındaki cezalarda indirimden* yararlanan vergi ödevlisi, ileride, daha yüksek tutarlı vergi ziyai cezası için *üçte bir oranında* indirimden yararlanmak zorunda kalmaktadır. Çünkü, bir vergi ödevlisi için, vergi ziyai cezasının *yarısı oranında* indirimden mükellefiyeti boyunca sadece bir defa yararlanabileceğinden, bu indirimden yararlanma tarihinden, örneğin, yirmibeş yıl sonra kesilen vergi ziyai cezasında bile yararlanabileceği indirim oranı *üçte birdir*. Aslında, vergi ziyai cezasında indirim oranının *yarısı oranından üçte bir oranına* indirilmesi uygulanmasına geçilmesi için ya ilk defa uygulanan cezadan sonra belli bir süre (indirim uygulandığı takvim yılını takip eden takvim yılının başından başlayarak beş yıl) içinde ceza kesilmesinin ya da usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında olduğu gibi vergi ziyai cezasında da her defasında aynı oranda indirim uygulanmasının kabulünde yarar vardır.

Kanun koyucu, daha sonra kesilen vergi ziyai cezasına *üçte bir oranında* indirim uygulanabilmesi için, daha önce indirime konu edilen vergi ziyai cezasının oranı ile son olarak indirime konu edilecek vergi ziyai cezasının *oranının aynı olması* konusunda herhangi bir düzenleme-belirleme yapmamıştır. Bu itibarla, cezanın ilk defa veya daha sonra kesilen ceza olduğu-

¹⁵⁷ Bkz. Kızılot-Kızılot, s. 164-165; Şenyüz, s. 271; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 224.

nun tesbiti bakımından, vergi ziyai cezasının farklı oranlarda kesilmiş olmasının önemi yoktur. Örneğin, ilk defa indirime konu edilen vergi ziyai cezası *Vergi Usul Kanunu*'nun 344'üncü maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca *üç kat*, daha sonra kesilen ve indirime konu edilmek istenilen vergi ziyai cezasının ise, *bir kat* kesilmiş olması halinde, bu farklılık, daha sonra indirime konu edilecek olan vergi ziyai cezasına *üçte bir* oranında indirim uygulanmasına herhangi bir engel oluşturmamaktadır¹⁵⁸. Bunun gibi, ilk defa kayba uğratılan verginin *bir katı* olarak kesilmiş olan vergi ziyai cezasında *yarısı* oranında indirim yapılan vergi ödevlisinin, daha sonra kayba uğratılan verginin *üç katı* oranında kesilen vergi ziyai cezasına muhatap olduğunda, indirimden ancak *üçte bir* oranında yararlanması mümkündür¹⁵⁹.

Kanun koyucu, vergi aslına bağlı olan vergi ziyai cezası dolayısıyla indirimden yararlanmada uygulayacağı indirim oranı bakımından ilk defa ya da daha sonra ayırımı yaparken, ilk yararlanmada indirime konu edilen vergi ziyai cezasının bağlı olduğu verginin türü ile son defa indirime konu edilecek olan vergi ziyai cezasının bağlı bulunduğu verginin türünün aynı olmasını aramamaktadır. Örneğin, ilk defa indirime konu edilen vergi ziyai cezası, gelir vergisine; daha sonra indirime konu edilecek vergi ziyai cezası da katma değer vergisine bağlı olabilir. Bu halde dahi, daha sonra kesilen vergi ziyai cezası dolayısıyla yapılacak indirim oranının, *üçte bir* olarak uygulanması gerekir¹⁶⁰. Vergi ziyai cezasında *yarısı oranında* yapılan indirim, her vergi türü için ayrı ayrı yararlanan bir hak olmayıp, vergi ödevlisinin şahsına mükellefiyeti boyunca bir defalık tanınmaktadır. Bu itibarla, vergi ödevlisi, vergi ziyai cezasında *yarısı oranında* indirimden, vergi ödevlisi statüsü devam ettiği sürece bir defa yararlanabilmektedir. Bir mükellefin mükellefiyet şekli-kaynağı değişse de bu sonuç değişmemektedir. Örneğin, gerçek kişi tâcir, ticarî faaliyetini sona erdirmesine ve sadece gayrimenkul sermaye iradı beyan eden bir mükellef statüsüne girmesine rağmen, bir kere vergi ziyai cezasının *yarısı oranında cezalarda indirimden* yararlanması

¹⁵⁸ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 519.

¹⁵⁹ Bkz. Özbacı, s. 1000.

¹⁶⁰ Bkz. Özbacı, s. 1000; Uysal-Eroğlu, s. 887; Candan, Vergi Suçları, s. 518-519; Kızılot-Kızılot, s. 164; Ürel, İndirim, s. 54; Ürel, Vergi Usul, s. 906; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 224.

mümkündür. Nitekim, farklı vergiler bakımından da böyle bir sonucun varlığı kabul edilmektedir. İşte bu yüzden, birinci defa yararlanma, daha sonra kesilen ceza bağlantılı indirim hükümlerinin olumsuz sonuçlarını gidermek amacıyla daha makûl bir düzenlenme yapılmasında zaruret vardır.

Ayrıca, kanun koyucu, sonraki indirimin *üçte bir* oranında uygulanması için, her iki indirim başvurusunun aynı vergilendirme döneminde veya zamanaşımı süresi içerisinde olması şartını da aramamaktadır. Bu yüzden, bir vergi ödevlisi, bu statüde bulunduğu sürece, ancak bir kez vergi ziyai cezasının *yarısı oranında* indirimden yararlanabilme imkânına sahiptir¹⁶¹.

Tekerrür uygulaması nedeniyle vergi cezalarında yapılan artırım, asla bağlı bir nitelik arz ettiğinden, cezanın indirim yoluyla azaltılmasının doğal olarak *tekerrür* nedeniyle yapılan artırımı da, aynı yönde ve aynı oranda etkileyeceğinde kuşku yoktur. Bu itibarla, cezalarda *tekerrür* dolayısıyla yapılan artırımda, artırılan kısım üzerinden de ceza aslının tâbi olduğu oranda indirim yapılması gerekir¹⁶².

Vergi ziyai cezasında birinci defada *yarısı*; daha sonra kesilenlerde ise, *üçte biri* oranında *cezalarda indirimden* yararlanılmasının sonuçlarının ölçüsüz ve dolayısıyla bu düzenlemenin *ölçülülük ilkesine* aykırı olduğu konusu tartışmalıdır. Burada gerçekten bir ölçüsüzlük olmadığı; çünkü, bu ölçüsüz uygulamanın sebebinin kanun hükmü değil, kanun hükmünü birden çok defa ihlâl eden vergi ödevlisi olduğu düşünülebilir. Nitekim, kanun koyucu, tam aksine vergi ödevlisinin ilk defa vergi ziyai kabahati işlenmiş olmasını, bilgisizliğini, acemiliğini hoş görmekte ve daha yüksek oranda indirimden yararlandırmaktadır. Vergi ziyai kabahatinin daha sonra tekrar işlenmesi halinde ise, indirim oranını düşürmek suretiyle, vergi ödevlisinin fiilinin hoş görülmediğini ortaya koymaktadır. Kaldı ki, mevcut düzenleme vergi ödevlisinin lehinedir. Hiç olmazsa, mükellefiyeti süresince bir defa da olsa, vergi ziyai cezasında *yarısı oranında* indirimden yararlanabilmektedir. Şayet, olumsuz-ölçüsüz sonuçları nedeniyle, *ölçülülük ilkesine* aykırılık gerekçesiyle mevcut hükmün Anayasaya uygunluk denetimi sonucunda iptal edilmesi halinde,

¹⁶¹ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 519; Kızılot-Kızılot, s. 164; Şenyüz, s. 270-271; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 224.

¹⁶² Bkz. Özbacı, s. 1000; Kızılot-Kızılot, s. 165; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 224; Şenyüz, s. 271.

vergi ödevlisinin aleyhine bir sonucun ortaya çıkması; yani, vergi ziyai cezasında da her defasında *üçte bir* oranında indirim uygulanması ihtimali unutulmamalıdır. Ancak, bütün bu farklı yaklaşım ve eleştirilere rağmen, geçici bir süre yarısı oranında indirim imkânından mahrum olursa da, en azından daha düzgün işleyen bir *cezalarda indirim* sistemi kurulmuş olur. *İkincisi*, tekerrür süreleri içinde tekrar kabahat işleyenlere cezaların artırımı uygulanması dikkate alındığında, birden çok kere vergi ziyai kabahati işleyene sağlanan düşük oranlı indirimin çok da anlamlı olduğu söylenemez¹⁶³. Vergi ceza hukukunu-vergi ceza sistemini bir bütün olarak dikkate almak ve düzgün hale getirmek gerekir. Uyulamayan-uygulanamayan; ölçüsüz sonuçlar doğuran; katlanılması mümkün olmayan ek yüklerle yol açan bir yapıdan uyulan ve uygulanan; ölçülü ve gönüllü uyuma elverişli bir yapıya geçilmesi, mevcut lehe olan düzenlemelerden daha lehe sonuçlar doğuracaktır.

C. Usulsüzlük ve Özel Usulsüzlük Cezalarında İndirim

Usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları bakımından, indirimden yararlanmada kabahatin kaçınıcı defa işlenmiş olduğu indirim oranı üzerinde etkili değildir. Daha önce, *cezalarda indirimden kaç defa yararlanılmış olursa olsun*, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezası muhatabının, her defasında yararlanacağı indirim oranı, kesilen cezanın *üçte biridir*. Bu indirimden yararlanabilmek için, vergi ödevlisinin, süresi içinde *başvuruda bulunması* ve vergi tarhi ve/ya da ceza kesme işlemine karşı *dava açmaması*, vergi aslı

¹⁶³ Örneğin, cezalarda indirimden yararlanılarak ödenen ilk ceza tutarının 10.000.- TL olması; daha sonra kesilen vergi ziyai cezasının ise, 150.000.-TL olması halinde, 5.000.-TL indirimden yararlanma yüzünden ikinci cezada üçte bir oranında indirimden yararlanılması sonucu 75.000.- TL yerine 50.000.-TL indirimden yararlanılacaktır. 5.000.-TL indirim yüzünden 25.000.TL eksik olarak indirimden yararlanılması *ölçülük ilkesine* aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca, daha önce kesilmiş olan 10.000.-TL vergi ziyai cezası, tekerrür süresi içinde kesilmesi gereken 100.000.-TL vergi ziyai cezasının tekerrür nedeniyle 150.000.-TL olarak kesilmesine yol açmaktadır. Hem tekerrür nedeniyle cezanın artırılması hem de önceden cezalarda indirimden yararlanılmış olması yüzünden *yarısı oranında* indirimden yararlanmak yerine *üçte bir oranında* yararlanılabilmesi, Anayasada ifadesini bulan ve kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde başvurulması gereken temel ilkelerden olan *ölçülük ilkesine* açıkça aykırıdır. Her iki hükmün bu yönleri itibarıyla Anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutulmasında yarar vardır.

ile indirimden arta kalan vergi cezasını *vadesinde* ya da teminat göstermek suretiyle vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde ödemesi* gerekli ve yeterlidir. Usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında da, tekerrür nedeniyle gerçekleşen artırılmış cezalar için, *üçte bir* oranında indirim uygulanmaktadır.

VIII. CEZALARDA İNDİRİM ŞARTLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

A. Genel Açıklama

Cezalarda indirim müessesesinden yararlanmak için başvurulmuş olmasına rağmen, başvuru şartı dışındaki şartların süresinde yerine getirilmesinin bazı sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlar, ödemenin süresi içinde yapılmaması ile vergi tarhi ve/ya da ceza kesme işleminin dava konusu edilmesi başlıkları altında ele alınmaktadır.

B. Ödemenin Süresi İçinde Yapılmaması

1. Genel Olarak

Cezalarda indirim talebinde bulunulmuş olmasına rağmen, kanunda belirtilen süre içerisinde vergi aslı ve indirimden arta kalan vergi cezasının ödenmemesi halinde *cezalarda indirimden* yararlanmak mümkün değildir. *Cezalarda indirimden* yararlanmayı engelleyen ödemenin süresi içinde yapılmaması halinin hangi şartlarda ortaya çıktığını, vergi aslı ile indirimden arta kalan vergi cezasının süresinde ödenmemesi, vadesi gelmemiş taksitlerin süresi içinde ödenmemesi ile gecikme faizinin süresi içinde ödenmemesi başlıkları altında incelemek mümkündür. Bu başlık altında, ayrıca mücbir sebeplerin ödememe haline etkisi de ele alınmaktadır.

2. Vergi Aslı ile İndirimden Arta Kalan Vergi Cezasının Süresinde Ödenmemesi

Cezalarda indirimden yararlanılabilmesi için, vergi aslının ve/ya da indirimden arta kalan vergi cezasının *vadesinde* veya teminat gösterilmesi kaydıyla vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödenmesi gerekir.

Bu itibarla, süresi içinde *cezalarda indirim* talebinde bulunmuş olmasına rağmen, vergi aslı ve indirimden arta kalan vergi cezasını *vadesinde* ya da teminat göstermek suretiyle vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödemeyen vergi ödevlisi, *cezalarda indirim* hakkında yararlanamaz (VUK. m.376/II). Bu durumda, şartları ihlâl etmiş olacağından, vergi ödevlisinin, cezayı indirimsiz olarak ödemesi gerekmektedir. Bu takdirde, ödenmeyen vergi aslı ile cezanın tamamının ve hesaplanacak olan gecikme faizi ile (vergi aslı ve vergi ziyai cezası için) gecikme zammının *kamu icra hukuku* hükümlerine göre cebren tahsil edilmesi mümkündür¹⁶⁴.

Vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğinden itibaren *otuz gün* içinde dava açılmaması halinde vergi ve/ya da ceza tahakkuk etmiş sayılmaktadır. Teminat gösterilmiş olması, ödenmeyen vergi ve cezanın tahakkuk tarihinin de üç ay uzaması sonucunu doğurmamaktadır¹⁶⁵.

3. Vadesi Gelmemiş Taksitlerin Vadesinde Ödenmemesi

Vadesi henüz gelmediği için daha sonra ödenecek vergi aslı taksitlerinin, indirim uygulamasından sonra vadesinde ödenmemesi halinde, *cezalarda indirim* talebi geçersiz hale gelmemektedir. Önemli olan, indirim uygulaması sırasında vadesi gelmiş bulunan vergi aslı taksitlerinin ve indirimden arta kalan vergi cezasının ödenmiş olmasıdır¹⁶⁶. Bu durumda, ödenmeyen vergi borcu, *kamu icra hukuku* hükümlerine göre cebren tahsil edilir¹⁶⁷.

4. Gecikme Faizinin Ödenmemesi

İlgili tarafından, *cezalarda indirime* ilişkin hükümlerin uygulanmasının talep edilmesi, vergi tarhı ve ceza kesme işlemini dava konusu yapmadan verginin ve/ya da vergi cezası aslının kabulü anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, vergi ve/ya da ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz*

¹⁶⁴ Bkz. **Özbalcı**, s. 998; **Kızılot-Kızılot**, s. 161.

¹⁶⁵ Bkz. **Özyer**, s. 1021.

¹⁶⁶ Bkz. **Özbalcı**, s. 998; **Özyer**, s. 1021; **Ürel**, İndirim, s. 54; **Ürel**, Vergi Usul, s. 906; **Kızılot-Kızılot**, s. 161.

¹⁶⁷ Bkz. **Özbalcı**, s. 998; **Uysal-Eroğlu**, s. 886; **Kızılot-Kızılot**, s. 161; **Şenyüz**, s. 269-270; **Özyer**, s. 1021.

günlük dava açma süresi içinde dava açılmaması halinde, vergi ve/ya da ceza kesinleşmektedir. Dolayısıyla, *cezalarda indirimde* gecikme faizinin de, indirim konusu cezanın bağlı bulunduğu vergiye ilişkin özel kanunda belirtilen *normal vade tarihinden kesinleşme tarihine kadar* geçen süre dikkate alınarak hesaplanması gerekir¹⁶⁸.

Vergi aslına bağlı olarak hesaplanan gecikme faizinin ödenmemesi, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin ihlali anlamına gelmemektedir. İndirimin geçerliliğini koruması için, vergi aslı ve indirimden arta kalan cezanın ödenmesi yeterlidir¹⁶⁹. Bu itibarla, sadece gecikme faizinin ödenmiş olması nedeniyle indirilen ceza miktarının tamamının ödenmesi istenmez. Çünkü kanun, vergi ve/ya da vergi cezasının ödenmemesi halinde talebin geçersiz olacağını hükme bağlamaktadır¹⁷⁰. Ancak, uygulamada kamu borcunun kısmen ödenmesini genellikle kabul etmeme yönündeki tavır nedeniyle, vergi aslının ve/ya da indirimden arta kalan cezanın ödenip gecikme faizinin ödenmemesi hali çok ender rastlanabilecek bir durum olarak ortaya çıkabilmektedir. Kaldı ki, yapılan ödemenin alacak aslı ile fer'ilerinin tamamını karşılamaması halinde, alacağın aslı ve fer'ilerine orantılı olarak mahsup yapılması gerekmektedir (AATUHK.m.47/I). Bu itibarla, *cezalarda indirim* hakkından yararlanan vergi ödevlisinin bu hakkını tamamen kullanabilmesi için, vergi aslı ile indirimden arta kalan vergi cezasını ödemesi yanında gecikme faizini de ödemesinde yarar vardır.

5. Mücbir Sebebin Öde(ye)meme Haline Etkisi

Mücbir sebebin, *cezalarda indirim* talebinde bulunma ve ödeme yapma süresini durdurma etkisi olup olmadığı tartışılabilir. Mücbir sebebin ödeme sürelerine etkisi, bir haktan yararlanmanın, ödemenin belli bir sürede yapılması şartına bağlanması hallerinde de sözkonusudur¹⁷¹. Örneğin, *cezalarda indirimden* yararlanmak için, vergi aslı ve/ya da indirimden arta kalan vergi

¹⁶⁸ Bkz. Tarakçı, s. 55-56; Uluatam/Methibay, s. 122, 220; Edizdoğan-Taş-Çelikkaya, s. 223.

¹⁶⁹ Bkz. Özyer, s. 1021; Ürel, İndirim, s. 54; Ürel, Vergi Usul, s. 906.

¹⁷⁰ Bkz. Özyer, s. 1021. Aksi görüş için bkz. Kızılot-Kızılot, s. 164, 165-166.

¹⁷¹ Bkz. Özbacı, s. 164; Batun, s. 147.

cezasının *vadesinde* ya da teminat göstermek suretiyle vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödenmesi gerekir. Mücbir sebep halinde, vadenin ve üç aylık sürenin uzaması mümkündür. Ancak, vergi idaresi tarafından, mücbir sebep halinde, durması mümkün olan süreler, sadece *Vergi Usul Kanunu*'nun *mükelleflerin ödevlerini düzenleyen İkinci Kitabında* yer alan vergi ödevleri ile ilgili olanlardır; *cezalarda indirimden yararlanmak* gibi, bir hakkın, bir imkânın kullanılmasının sözkonusu olduğu hallerde, mücbir sebebin bu hakkın kullanılması ile ilgili süreyi durdurmayacağı görüşü benimsenmektedir. Fakat, bu görüş ve uygulama, Danıştay tarafından kabul edilmemektedir. Nitekim, *Danıştay, Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükmünün uygulanmasında, mücbir sebep halinin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir¹⁷².

Vergi Usul Kanunu'nun 15'inci maddesinde, mücbir sebeplerin sürelerin işlemlerini durdurucu etkisi belirtilirken, bu sürelerin hukukî niteliği konusunda herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle, mücbir sebeplerin meydana gelmesi halinde, vergi ödevleri ve zamanaşımı ile ilgili sürelerin yanında, müsamaha sürelerinin de işlemelerinin durması gerektiği kabul edilmelidir¹⁷³. Bu itibarla, vergi ödevlisinin vergi aslını ve/ya da indirimden arta kalan vergi cezasını *vadesinde* veya teminat göstermek suretiyle vadesinden itibaren *üç ay içinde* ödeyememesinin bir mücbir sebepten kaynaklanması halinde, *cezalarda indirim* talebinin geçerli olması gerekir. Ancak, vergi ödevlisinin, şahsına yönelik mücbir sebep halini, bu sebebin ortadan kalkması-sona ermesinden sonra makûl bir süre (örneğin yedi gün) içinde vergi dairesine bildirmesi şarttır¹⁷⁴.

C. Vergi Tarhı ve/ya da Ceza Kesme İşleminin Dava Konusu Edilmesi

Vergi tarhı ve/ya da ceza kesme işlemine (vergi/ceza ihbarnamesine) karşı dava açılması halinde de *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükmünden yararlanılamaz. Ancak, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliği tari-

¹⁷² Dş. 4. D. 13.6.1973 tarih ve E.1972/4356, K.1973/3367, (**Özbalcı**, s. 164-165). Ayrıca bkz. **Özyer**, s. 99; **Batun**, s. 147.

¹⁷³ Bkz. ve karş. **Çağan**, Süreler, s. 149; **Batun**, s. 146-147. **Çağan**, mücbir sebep halinin hak düşürücü süreleri de durdurduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Çağan**, Süreler, s. 149.

¹⁷⁴ Bkz. **Özen**, s. 176.

hinden itibaren *otuz günlük* süre içinde, dava açan vergi ödevlisi daha sonra davasından vazgeçip *cezalarda indirim* talebinde bulunabilir. Fakat bu konuda yargı organlarının bir karar verilmemiş olması gerekir¹⁷⁵.

IX. VERGİ USUL KANUNU İLE KABAHAHLER KANUNU'NDAKİ MÜESSESELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Açıklama

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesine göre ise,

“İkmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi veya vergi farkını ve aşağıda gösterilen indirimlerden artı kalan vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarını mükellef veya vergi sorumlusu ihbarname-lerin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili vergi dairesine başvurarak vadesinde veya 6183 sayılı Kanunda belirtilen türden teminat göstererek vadenin bitmesinden itibaren üç ay içinde ödeyeceğini bildirirse:

1. Vergi ziyayı cezasında birinci defada yarısı, müteakiben kesilenlerde üçte biri,
2. Usulsüzlük veya özel usulsüzlük cezalarının üçte biri indirilir.

Mükellef veya vergi sorumlusu ödeyeceğini bildirdiği vergi ve vergi cezasını yukarıda yazılı süre içinde ödemez veya dava konusu yaparsa bu madde hükmünden faydalandırılmaz”.

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim* müessesesine benzer bir indirim müessesesi de *Kabahatler Kanunu*'-nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında yer almaktadır. Buna göre,

“Kabahat dolayısıyla idari para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir. İdari para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez”.

¹⁷⁵ Bkz. Özbalcı, s. 996; Özyer, s. 1022.

Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında sözü edilen *kanun yolu* kavramı, teknik anlamda kullanılan ve ilk derece mahkemesi kararının denetimini ifade eden *kanun yolu* değil, dava açmak suretiyle konunun uyuşmazlık haline getirilip *yargı yoluna* taşınması anlamına gelmektedir. Çünkü, teknik anlamda *kanun yoluna başvurma*, ilk derece mahkemesinde açılan davanın karara bağlanmasından sonra gerçekleşebileceğinden, kararın ne zaman verileceği ve kanun yoluna ne zamana kadar başvurulabileceğinin önceden bilinmesi mümkün değildir. Oysa, *peşin ödeme indirim*inin olabildiğince kısa süre içinde yapılan ödemelerde uygulanması söz konusudur.

Vergi idaresince kesilen idarî para cezaları, *Kabahatler Kanunu*'nun 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre, bir *idarî yaptırım*dır. *Kabahatler Kanunu*'nun 2'nci maddesinde, *kabahat*, *Kanunda*, *karşılığında idarî yaptırım uygulanması öngörülen haksızlık* olarak tanımlanmaktadır. Yine aynı Kanunun, *Genel Kanun Niteliği* başlıklı 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde, bu Kanunun *diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında* uygulanacağı belirtilmektedir. Bu itibarla, vergi idaresince ceza kesilen vergi kanunlarına aykırı fiiller, gerçekte, *Kabahatler Kanunu* kapsamında bir kabahatten başka bir şey değildir. Bunun sonucu olarak da, *Kabahatler Kanunu*'nun genel hükümlerinin; dolayısıyla, bu hükümler arasında yer alan 17'nci maddenin 6'ncı fıkrasının vergi cezaları hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı; uygulanacağını kabulü halinde, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim* müessesesi ile nasıl bağdaştırılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar, *Kabahatler Kanunu*'na, 18.5.2005 tarih ve 5348 sayılı Kanunun 5'inci maddesiyle eklenen Ek Maddede, 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı *Vergi Usul Kanunu*'nda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümlerin saklı olduğu yolunda hüküm yer almış ise de, bu hüküm, *Kabahatler Kanunu*'nun genel hükümleriyle değil, esasen, 3'üncü maddenin (a) fıkrasında istisna edilen, *kanun yoluyla* ilgilidir. Dolayısıyla, idarî nitelikteki vergi cezaları hakkında, *Kabahatler*

Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir¹⁷⁶.

B. Peşin Ödeme İndirimi

Kabahatler Kanunu'nda (m.17/6), idarî para cezalarının tahsili aşamasında gündeme gelen indirim, *peşin ödeme indirimi* şeklinde cezanın belli edilen sürede ödenmesi şartına bağlanmaktadır. Ayrıca, idarî para cezası kararı veren kişi, cezanın muhatabının rıza göstermesi halinde, tahsilatı derhal kendisi gerçekleştirebilmektedir. İdarî para cezasını *kanun-yargı yoluna başvurmadan* ödeyenden, ceza, *dörtte üç oranında* tahsil edilmektedir. Ayrıca, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinden farklı olarak, bu şekilde yapılan ödemeler, kişinin idarî para cezası kararına karşı *kanun-yargı yoluna başvuru hakkını* engellememektedir. Dolayısıyla, kendisine (vergi) para cezası kesilen kimsenin, kesilen cezayı hemen (kanun/yargı yoluna başvuru süresi içinde) öderse, dava açma hakkından feragat etmese dahi, derhal *dörtte bir oranında* bir indirimden yararlanması mümkündür.

Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrası hükmü, vergi cezaları dahil, diğer idarî para cezalarının tahsilinde de *genel hüküm* olarak uygulanmak suretiyle tahsil işlemlerinde bir yeknesaklık sağlamaktadır. İdarî para cezası kararı kesinleştikten sonra *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun* hükümlerine göre tahsil edilmek üzere tahsil dairesine gönderilmektedir (KabK.m.17/4). Kabahatlere ilişkin cezalarda *peşin ödeme indirimi* hakkından yararlanılması mümkün olduğu için, ikmalen, re'sen veya idarece tarh işlemleri sonucunda kesilen cezanın tebliği üzerine dava açma süresi içinde (kanun) yargı yoluna başvurulmadan ödenmesi halinde, cezanın *dörtte üçünün* tahsil edilmesi mümkündür¹⁷⁷. *Kabahatler Kanunu*'nun getirdiği önemli farklılık, vergi cezasının ödenmesinin vergi ödevlisinin dava açma hakkının kullanılmasını önlememesidir. Bu yönüyle bu kuralın *Anayasa*'da yer alan yargısal *başvuru hakkı* ve özgürlüğüne daha uygun olduğu belirtilmektedir¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 520.

¹⁷⁷ Bu durumda hem Vergi Usul Kanunu hem de Kabahatler Kanunu'nda yer alan cezalarda indirim-indirimli ödeme hükümlerinden yararlanılabileceği yönündeki görüş için bkz. **Başaran Yavaşlar**, s. 141.

¹⁷⁸ Bkz. **Taşdelen**, s. 106.

C. Farklılıklar

1. Genel Olarak

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde yer alan *cezalarda indirim* ile *Kabahatler Kanunu*'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında yer alan *peşin ödeme indirimi* düzenlemelerinin her yönüyle birbiriyle örtüştüğü ve dolayısıyla birbirinin diğerinin yerine geçmesini sağlayan hükümler içerdiği söylenemez. Çünkü, bu iki düzenleme, indirim hakkından yararlananın ayrıca (kanun) yargı yoluna başvurabilme hakkı bakımından birbirine aykırı hükümler içermenin yanında, indirimden yararlanma şartları ve yararlandırılan indirim oranları bakımından birbiriyle tam anlamıyla örtüşmemektedir. Nitekim, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde, vergi aslına tâbi vergi cezaları bakımından, vergi aslının da ödenmesi şartı arandığı halde, *Kabahatler Kanunu*'nun anılan düzenlemesinde böyle bir şart aranmamaktadır. Ayrıca, *cezalarda indirimden* yararlanabilmek için, *otuz günlük* başvuru, *bir aylık* da ödeme süresi tanınması ve ayrıca teminat gösterilmesi halinde bu süreye *üç ay* daha eklenilmesine rağmen, *Kabahatler Kanunu*'nda, ödemenin (kanun) yargı yoluna başvuru süresi içinde yapılması şartı getirilmektedir. *Kabahatler Kanunu*'ndaki hüküm, indirim hakkından yararlanılabilmesini vergi aslının da ödenmesi şartına bağlamaması bakımından lehte görünmekle birlikte; ödeme süresi bakımından, cezalarda indirime göre aleyhtedir¹⁷⁹.

Öte yandan, *Kabahatler Kanunu*'nun düzenlemesi, tüm şartların yerine getirilmesi halinde *dörtte bir* oranında indirim hakkı tanıdığı halde, *cezalarda indirimde*, kabahatin türüne ve tekrar işlenmiş olmasına göre, *üçte bir* oranından *yarı oranına* kadar indirim hakkı tanınmaktadır. Ancak, *Vergi Usul Kanunu*'nda vergi cezasında yapılacak indirim oranı ve ödeme süresi bakımından, *Kabahatler Kanunu*'ndaki düzenlemeden ayrı ve lehte hükümler getirilmekle birlikte, indirimden yararlanabilmek için, ceza kesme işleminin dava konusu yapılmaması şartı aranmaktadır. Bu itibarla, bu iki hükmün, birbiriyle her yönden çakışmadığı ve çatışmadığı; dolayısıyla, cezanın muhatabının seçimine göre, birinin ya da ötekinin uygulanmasının mümkün olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, dava açma hakkını saklı tutmak isteyen ceza muhatabı, daha az indirime razı olarak, *Kabahatler Kanunu*'nun

¹⁷⁹ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 523.

17'nci maddesinin 6'ncı fıkrası hükmünden yararlanabilir. Şayet, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükmünden yararlanmak istenilmesi halinde, dava açma hakkından vazgeçilmesi zorunludur¹⁸⁰.

Ceza muhatabına seçimlik hak tanınması, *özel kanun-genel kanun; önceki kanun-sonraki kanun* ilişkisi çerçevesinde yapılan değerlendirmeyi bertaraf edici bir etkiye sahip değildir. Çünkü, bu ilişki, hangi hüküm ya da hükümlerin yürürlükte olduğunu tesbit bakımından önemlidir. Her iki hükmün birlikte yürürlükte olması halinde ise, seçimlik haktan ve kullanımından söz edilmektedir. Şu an itibarıyla, hem *Kabahatler Kanunu*'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrası hükmü (*peşin ödeme indirim*) hem de *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi hükmünün (*cezalarda indirim*) yürürlükte olduğu kabul edilmektedir.

2. Süre Bakımından

Vergi Usul Kanunu'nun *Vergi Ziyatı, Usulsüzlük ve Özel Usulsüzlük Cezalarında İndirim* başlıklı 376'ncı maddesinde vergi cezalarında indirim uygulamasına yönelik esaslar belirlenmektedir. *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi uyarınca, *cezalarda indirim Kabahatler Kanunu*'ndaki *peşin ödeme indiriminde* olduğu gibi, sadece cezanın belirli süre içinde ödenmesi şartıyla sınırlı tutulmamıştır. Vergi ödevlisinin *cezalarda indirim*den yararlanabilmesi için, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi ve vergi farkı ile indirimden arta kalan vergi ziyatı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezasını birlikte, ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde ilgili vergi dairesine başvurarak *vadesinde* veya *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*'da belirtilen türden teminat göstermek suretiyle vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödeyeceğini bildirmesi ve aynı süre içinde ödemesi gerekir. Dolayısıyla, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde vergi cezaları açısından kabul edilen *cezalarda indirim* müessesesi sadece indirimden arta kalan vergi cezası tutarının belirli süre içinde ödenmesiyle sınırlı olmayıp bu cezaların bağlı olduğu vergi ya da vergi farkının da ödenmesi gerekir¹⁸¹.

¹⁸⁰ Bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 523.

¹⁸¹ Bkz. ve karşı. **Erdem**, Vergisel Kabahatler, s. 434.

Kabahatler Kanunu'na (m.17/6) göre, idarî para cezasının indirimli olarak ödenebilmesi için ödemenin (*kanun*) *yargı yoluna* başvurmadan önce yapılması zorunludur. Bu bağlamda, *peşin ödeme indiriminin*;

- Yargı yolu *Kabahatler Kanunu*'nda düzenlenen hükümlere göre belirlendiği hallerde idarî yaptırım kararının tebliğ tarihinden itibaren geçecek 15 günlük başvuru süresi; mahkemeler tarafından verilen idarî yaptırım kararlarında ise, kararın tebliğ tarihinden itibaren geçecek 7 günlük itiraz süresi,
- Yargı yolu, *Kabahatler Kanunu*'nun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca idarî para cezasının düzenlendiği kanundaki yargı yolu olması halinde, bu kanunlarda yer alan dava açma süresi

içinde yapılacak ödemelere uygulanması gerekir. Bununla birlikte, idarî para cezalarının düzenlendiği kanunlarda 7 gün, 15 gün, 30 gün gibi ödeme süreleri bulunmaktadır. Ödeme süresi *ilgili Kanununda* yer almayan idarî para cezaları da *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*'un 37'nci maddesine göre yapılan tebligatı müteakip *bir ay* içinde ödenmektedir¹⁸².

Peşin ödeme indirimi, kamu alacağının kanunî ödeme süresi geçtikten sonra uygulanamayacağından, dava açma süresinden daha kısa ödeme süresi olan para cezaları için indirim, *ödeme süreleri içerisinde* yapılan ödemelerle sınırlı olmaktadır. Buna karşın, kanunî ödeme süresi dava açma süresini aşan para cezalarında ise, *peşin ödeme indirimi*, *dava açma süresi içerisinde yapılan* ödemelere uygulanacak; bu süreden sonra yapılan ödemelerde ise, *peşin ödeme indirimi* uygulanmayacaktır¹⁸³.

3. İndirim Oranı Bakımından

Vergi Usul Kanunu'ndaki *cezalarda indirim* müessesesi, indirim oranı bakımından da *Kabahatler Kanunu*'nda yer alan *peşin ödeme indiriminden* farklılık arz etmektedir. Nitekim, *Kabahatler Kanunu*'nda belirtilen *peşin ödeme indirimi* cezanın *dörtte biridir*. Buna karşın, *Vergi Usul Kanunu*'-

¹⁸² Bkz. ve karş. **Erdem**, Vergisel Kabahatler, s. 433.

¹⁸³ Bkz. ve karş. **Erdem**, Vergisel Kabahatler, s. 433.

ndaki *cezalarda indirim* oranı, vergi ziyayı cezasında birinci defada *yarısı*; müteakiben kesilenlerde *üçte biri*; usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında ise, cezanın *üçte biridir*. Bu çerçevede, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesindeki indirim oranları, *Kabahatler Kanunu*'ndaki *peşin ödeme indirimine* göre daha fazla avantaj sağlamaktadır.

4. Dava Açma Hakkı Bakımından

Vergi Usul Kanunu'nda yer alan *cezalarda indirim* müessesesi, ceza kesme işlemine karşı dava açma hakkı bakımından *Kabahatler Kanunu*'ndan farklıdır. *Kabahatler Kanunu*'nda düzenlenmiş olan peşin ödeme indirimi uygulamasında cezanın indirimli olarak ödenmesi, cezaya karşı *dava açma hakkını ortadan kaldırmamaktadır*. Buna karşın, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesi uyarınca *cezalarda indirimden yararlanılabilmesi için dava açma hakkının kullanılmaması* gerekmektedir. Nitekim, vergi ödevlisi, ödeyeceğini bildirdiği vergi aslını ve indirimden arta kalan vergi cezasını *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde belirtilen süre içinde ödemez veya dava konusu yaparsa, *cezalarda indirimden yararlanamaz* (VUK.m.376/II).

Ç. Hangi Hükümün ya da Her İki Hükümün Birlikte Uygulan(ama)ması

Kabahatler Kanunu, kabahatler ve yaptırımları bakımından *genel kanun* niteliğindedir. Buna karşılık, *Vergi Usul Kanunu*'nun vergi kabahatleri ve bunlara uygulanması gereken vergi cezalarına ilişkin düzenlemeleri ise, *Kabahatler Kanunu*'na göre *özel kanun/hüküm* niteliği taşımaktadır¹⁸⁴. Bu gibi durumlarda, hangi *Kanunun* uygulanması gerektiğinin belirlenmesi bakımından, başvuru yöntemlerinden *birincisi*, her iki kanun ya da kanun hükmü arasında, *genel kanun-özel kanun* karşılaştırmasının yapılmasıdır. Bu karşılaştırma için, öncelikle, çatışan iki kanundan hangisinin *özel*, hangisinin *genel* nitelikli olduğunun belirlenmesi gereklidir. Ancak, bu belirleme her zaman kolay olmamaktadır. Bir kanun hükmü bütünü itibarıyla *genel* ya da *özel* nitelikli olabileceği gibi, yalnızca bir maddesi ya da düzenlemesi itibarıyla de *genel* ya da *özel* nitelikli olabilmektedir.

¹⁸⁴ Hukuk Kuralları Arasında Çatışma Sorunu hakkında geniş bilgi için bkz. *Gözler*, s. 340-353.

İkinci yöntem, yürürlüğe konulan ve/ya da yürürlükte olan kanunların hangisinin daha önce ya da daha sonra yürürlüğe girmiş olduğunun belirlenmesidir. Buna göre, yürürlükte bulunan kanun ya da hükmün belirlenmesi bakımından, *önceki kanun-sonraki kanun* karşılaştırması-belirlemesinin yapılması gerekir.

Bu belirlemelere göre,

Açık (sarih) yürürlükten kaldırma olmaması halinde, her iki kanunun *genel* ya da her ikisinin de *özel* nitelikli olduğu sonucuna varılırsa, kural olarak, yürürlüğe sonra giren kanunun uygulanması gerekir. Başka bir deyişle, bu durumda, yürürlüğe sonra giren kanun, kendisinden önce yürürlükte bulunan kanun ya da kanun maddesini *örtülü (zımnî)* olarak *yürürlükten kaldırmaktadır*.

Kanunlardan birinin *özel*; diğerinin ise, *genel* nitelikte olması halinde, kural olarak, *özel* nitelikli olanın *üstünlüğü-önceliği* vardır. Bu durumda,

a. *Sonraki kanun özel, önceki kanun genel* nitelikli ise, *sonraki özel* nitelikli kanun kendi konusuna giren hususlarda *önceki genel kanunu* yürürlükten kaldırır. *Önceki genel kanunun* yürürlükten kaldırılmamış olan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

b. *Sonraki kanun genel, önceki kanun özel* nitelikli ise, kural olarak, *önceki özel kanunun* yürürlükten kaldırılmaması kabul edilmektedir¹⁸⁵. Ancak, bu ilkenin her durumda uygulanması mümkün değildir. Bu durumda Kanun koyucunun iradesinin (amacının ve hedefinin) ve menfaatler dengesinin araştırılması ve bu araştırma sonucuna göre yeni kanunun eski kanunu/hükmü yürürlükten kaldırıp kaldırmadığına veya uygulanamaz hale getirip getirmediğine karar verilmesi gerekir¹⁸⁶.

Yapılan bu açıklamalara göre, *Kabahatler Kanunu*'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra kesilen vergi cezaları dolayısıyla iki ayrı *Kanunun* iki ayrı maddesinden hangisine dayanılarak, vergi ödevlisinin indirim talebinde bulunması gerektiği sorununun çözümü, yukarıda sözü edilen belirlemenin

¹⁸⁵ Bkz. **Bilge**, s. 195; **Güriz**, s. 158; **Gözler**, s. 250; **Özekes**, s. 105.

¹⁸⁶ Bkz. **Bilge**, s. 195; **Güriz**, s. 158. Ayrıca bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 522; **Özekes**, s. 105.

yapılmasına ve gerekiyorsa, Kanun koyucunun iradesinin araştırılmasına bağlı bulunmaktadır¹⁸⁷.

Vergi cezasının muhatabının, *genel kanun* niteliğindeki *Kabahatler Kanunu*'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında yer alan *peşin ödeme indirim*i ile *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim* müesseselerinden hangisinden yararlanması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde, *dava açma hakkının kullanılmamasına* bağlı olarak vergi cezalarında indirim imkânı tanınmaktadır. Tarh edilen vergi aslı ve/ya da kesilen vergi cezasına karşı *dava açılması halinde*, artık *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesindeki indirim imkânından yararlanmak mümkün değildir. Oysa, bir kimse- nin, bir yandan yargı yoluna başvuru süresi içinde, hem *peşin ödeme* yaparak *Kabahatler Kanunu*'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında; hem de dava açma hakkını kullanmayarak *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde yer alan indirim imkânından yararlanmasının mümkün olduğu ileri sürül- mektedir¹⁸⁸. Ancak, bunun nasıl sağlanacağı konusunda bir açıklama yapılmamaktadır.

Öncelikle, aynı idarî para cezası için hem *Kabahatler Kanunu*'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasının hem de *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinin bir arada uygulanmasının mümkün olmadığını belirtilmesi gerekir. Gerçi, her iki indirim müessesesinin uygulanmasına engel olan herhangi bir hukukî düzenleme bulunmamakla birlikte, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde belirtilen şartlar incelendiğinde, *cezalarda indirimin* ancak vergi ve vergi farkının tamamının bu madde kapsamında belirtilen indirimlerden arta kalan ceza ile birlikte ödenmesi durumunda mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, aynı idarî para cezası için *Kabahatler Kanunu*'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında yer alan *peşin ödeme indiriminin* ayrıca uygulanması dolaylı olarak *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesindeki şartların ihlâli anlamına geleceğinden her iki uygulamadan birlikte yararlanılması mümkün değildir¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Bkz. Candan, Vergi Suçları, s. 522.

¹⁸⁸ Bkz. Başaran Yavaşlar/Bilici/Saban/Üyümez/Bayraklı/Yaltı, s. 115.

¹⁸⁹ Bkz. Erdem, Vergisel Kabahatler, s. 434-435.

Ceza muhatabı açısından *seçimlik-alternatif hak* olarak kabul edilen her iki düzenlemeden ceza muhatabının tercihine göre sadece birinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. *Kabahatler Kanunu*'nda düzenlenen *peşin ödeme indiriminde* para cezasını peşin olarak ödeyen ceza muhatabı, her halükarda *dörtte bir* oranında bir indirimden yararlanmakta; ayrıca, dava açma hakkını kullanabilmektedir. Buna karşılık, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesindeki *cezalarda indirim* müessesesi, daha yüksek oranda bir indirim imkânı sağlamakla birlikte, vergi aslının da indirimden arta kalan ceza ile birlikte ödenmesi şartını aradığından ve ayrıca dava açma hakkının kullanılması da mümkün olmadığından, farklı sonuçlar içermektedir¹⁹⁰.

Kabahatler Kanunu'nun 3'üncü maddesinin ilk şekli, "*Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.*" şeklinde idi. *Kanuna genellik* niteliği veren bu madde, *Anayasa Mahkemesi* tarafından, *Anayasanın* 125 ve 155'inci maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş,¹⁹¹ ayrıca, iptal hükmünün yayımından *altı ay sonra* yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Ancak, iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce kabul edilen 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunun 31'inci maddesiyle, madde, yeniden düzenlenerek, (a) bendinde, özel kanunlarda gösterilen kanun yolları, *Anayasa Mahkemesi*'nin anılan iptal kararına uygun olarak, saklı tutulmakla birlikte, (b) bendinde, Kanunun *diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında* uygulanacağı yolundaki düzenlemeye yeniden yer verilmiştir. Bu durum, Kanun koyucunun *Kabahatler Kanunu*'nun diğer genel hükümlerinin, başka kanunlarda düzenlenen kabahatler hakkında da öncelikle uygulanması gerektiği yolundaki iradesinin göstergesidir. Dolayısıyla, *Kabahatler Kanunu*'nun bu genel hükümleri arasında yer alan 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrası hükmünün, idarî nitelikteki vergi cezaları hakkında da uygulanmasının doğru olacağını söylemek mümkündür¹⁹².

Kabahatler Kanunu ve *Vergi Usul Kanunu*'nun (vergi) kabahatler(in)e ilişkin cezaların indirimli ödenmesini düzenleyen hükümlerinin hangisinin uygulanacağı bir *yürürlük sorunu*dur. Uygulanacak olan kanun hükmü belir-

¹⁹⁰ Bkz. **Erdem**, Vergisel Kabahatler, s. 435.

¹⁹¹ AnyM. 1.3.2006 tarih ve E.2005/108, K.2006/35, (RG. 22 Temmuz 2006 - 26236).

¹⁹² Bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 522.

lendikten sonra, o hükmün uygulanması zorunludur. Bu nedenle, ceza muhatabının iki ayrı kanun hükmündeki düzenlemelerden *seçimlik* bir hak şeklinde yararlanması veya bu şekilde uygulama yapılabileceği düşünülmektedir¹⁹³. Bu iki düzenleme, vergi ödevlisine seçimlik bir hak sağlayabilir. Ancak, *Vergi Usul Kanunu*'ndaki indirim oranı, *Kabahatler Kanunu*'ndaki orandan yüksek olduğu için vergi ödevlisinin *peşin ödeme indirimi* yerine, *cezalarda indirim* tercih etmesi, malî açıdan daha lehine sonuç vermektedir. Ancak, yargı yoluna başvurmak istemesi halinde, *cezalarda indirim* malî avantajı yerine, *peşin ödeme indiriminin* yargı yoluna başvurmaya engel olmamasını tercih etmesi de mümkündür. Anlaşılacağı üzere, bu konunun basite indirgeyerek çözüme kavuşturulması kolay değildir.

Ceza muhatabının, kendi durumuna uygun olan tercihi yaparak, hak arama özgürlüğü kapsamında yargı yoluna başvurmak istemesi durumunda *Kabahatler Kanunu*'nda yer alan *peşin ödeme indiriminden*; dava açma hakkını kullanmayacağı durumlarda ise, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesindeki daha yüksek indirim imkânı sağlayan *cezalarda indirim* müesseseden yararlanması mümkündür¹⁹⁴.

X. CEZALARDA İNDİRİM MÜESSESESİNİN TARAFLAR AÇISINDAN SONUÇLARI

A. Genel Açıklama

Cezalarda indirim müessesesinin işletilmesinin, vergi ödevlisi ve vergi idaresi açısından birtakım sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçları, ceza anlaşmazlığının taraflarını oluşturan vergi ödevlisi ile vergi idaresi bakımından iki ayrı başlık altında ele almak mümkündür.

B. Vergi Ödevlisi Açısından

1. Genel Olarak

Cezalarda indirim hakkında yararlanılmasının vergi ödevlisi açısından sonuçlarını, anlaşmazlığın sona ermesi; emek ve zaman kaybı ile bazı gider-

¹⁹³ Bu yöndeki görüşler için bkz. **Candan**, Vergi Suçları, s. 522-523; **Erdem**, Vergisel Kabahatler, s. 435. Aksi görüş için bkz. **Taşdelen**, s. 106.

¹⁹⁴ Bkz. **Erdem**, Vergisel Kabahatler, s. 435.

lerin önlenmesi; cezanın bir kısmını ve gecikme faizini ödemekten kurtarılması; ödeme süresinin uzatılabilmesi ile vergi aslının ve indirimden arta kalan cezanın vadesinde ödenmemesinin vergi ödevlisi aleyhine olması açılarından incelemek mümkündür.

2. Anlaşmazlığın Sona Ermesi

Vergi ödevlisinin adına tarh edilen vergi ve/ya da kesilen cezaya ilişkin ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde ya da *uzlaşmanın vâki olmadığına-temin edilemediğine* dair tutanağın tebliğ tarihinden itibaren *ek dava açma süresi (onbeş gün)* içinde *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesine göre *cezalarda indirim* talebinde bulunulması ve vergi aslının (ve gecikme faizinin) tamamı ile indirimden arta kalan cezayı *vadesinde* ya da teminat göstererek vadesinden itibaren *üç ay içinde* ödemesi halinde, anlaşmazlık sona ermektedir. Başka bir deyişle, *cezalarda indirim* hakkında yararlanmak suretiyle vergi aslını ve indirimden arta kalan cezayı ödeyen vergi ödevlisinin dava açması sözkonusu olmadığından, anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşmesi ihtimali de ortadan kalkmış olmaktadır¹⁹⁵.

3. Emek ve Zaman Kaybı ile Bazı Giderleri Önlemesi

Vergi ödevlisinin, vergi aslının (ve buna ilişkin gecikme faizinin) tamamı ile indirimden arta kalan vergi cezasını, *cezalarda indirim* hükümlerine göre ödemesi halinde, anlaşmazlık sona erdiğinden, vergi-ceza uyuşmazlığı ile uğraşması gerekmemektedir. Böylelikle, vergi ödevlisinin hem emek ve zaman kaybı önlenmiş olmakta; hem de dava açılması gerekmediğinden, müşavirlik, harç, vekâlet ücreti vb. giderler yapmasına da gerek kalmamaktadır¹⁹⁶.

4. Cezanın Bir Kısmını ve Gecikme Faizini Ödemekten Kurtarması

Vergi ödevlisi, anlaşmazlığın *cezalarda indirim* yoluyla (idarî aşamada) çözümlenmesi sayesinde, cezanın türüne ve *cezalarda indirim* talebinde bulunması sayısına göre, cezanın *yarısı* ya da *üçte biri* oranında indirim

¹⁹⁵ Bkz. ve karşı. **Kızılot-Kızılot**, s. 167; **Pınar**, s. 92.

¹⁹⁶ Bkz. ve karşı. **Kızılot-Kızılot**, s. 166; **Aksoy**, s. 106; **Pınar**, s. 92.

sağlandığından, cezanın önemli bir kısmını ödemekten; ayrıca, uyuşmazlığın yargıya intikal ettirmesi ve kendi aleyhine sonuçlanması durumunda, daha fazla gecikme faizi ödemek zorunda kalmaktan, kurtulmaktadır¹⁹⁷.

5. Ödeme Süresinin Uzatılabilmesi

Cezalarda indirim uygulamasının, vergi ödevlisi yönünden doğurduğu diğer bir sonuç da, teminat gösterilmesi halinde, ödeme süresinin *üç ay* daha uzamasıdır (VUK.m.376/I). Böylelikle, teminat gösteren vergi ödevlisi vergi dairesine yapacağı ödemeyi, *üç ay* daha geciktirerek, ödemeye ilişkin finansman sorununun çözümünü kolaylaştırmış olabilmektedir¹⁹⁸.

6. Vergi Aslının ve İndirimden Arta Kalan Cezanın Vadesinde Ödenmemesinin Vergi Ödevlisi Aleyhine Olması

Cezalarda indirim talebinde bulunan vergi ödevlisinin, vergi aslı ile indirimden arta kalan cezayı vadesinde ödemesi halinde, lehine bir durum ortaya çıkmaktadır. Vadesi içinde sözkonusu ödemelerin yapılmaması halinde ise, vergi ödevlisi cezalarda indirimden yararlandırılmamakta ve vergi aslı ile cezanın tamamını ödemek zorunda kalmaktadır¹⁹⁹.

C. Vergi İdaresi Açısından

1. Genel Olarak

Cezalarda indirim hakkından yararlanılmasının vergi idaresi açısından sonuçlarını, anlaşmazlığın sona ermesi; emek ve zaman kaybı ile bazı giderlerin önlenmesi; vergi aslının (ve gecikme faizinin) tamamı ile cezanın bir kısmının tahsil edilmesi ve vergi ödevlisinin vadesinde ödeme yapmaması açılarından incelemek mümkündür.

2. Anlaşmazlığın Sona Ermesi

Vergi ödevlisinin adına tarh edilen vergi ve/ya da kesilen cezaya ilişkin ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde ya da *uzlaşmanın*

¹⁹⁷ Bkz. ve karşı. Kızılot-Kızılot, s. 166-167; Pınar, s. 92.

¹⁹⁸ Bkz. ve karşı. Kızılot-Kızılot, s. 167; Aksoy, s. 106; Pınar, s. 93.

¹⁹⁹ Bkz. ve karşı. Kızılot-Kızılot, s. 167; Pınar, s. 92-93.

vâki olmadığına-temin edilemediğine dair tutanağın tebliğ tarihinden itibaren ek dava açma süresi (onbeş gün) içinde Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesine göre cezalarda indirim talebinde bulunulması ve vergi aslının (ve gecikme faizinin) tamamı ile indirimden arta kalan cezayı vadesinde ya da teminat göstererek vadesinden itibaren üç ay içinde ödemesi halinde, anlaşmazlık idare yönünden de sona ermektedir. Başka bir deyişle, cezalarda indirim hakkından yararlanmak suretiyle vergi aslını ve indirimden arta kalan cezayı ödeyen vergi ödevlisinin dava açması sözkonusu olmadığından, anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşmesi ihtimali de ortadan kalkmış olmaktadır²⁰⁰.

3. Emek ve Zaman Kaybı ile Bazı Giderlerin Önlemesi

Cezalarda indirim yoluyla anlaşmazlığın (idarî aşamada) çözümlenmesinin, idare açısından doğurduğu diğer bir sonuç da, bu uygulamanın, emek ve zaman kaybı ile bazı giderleri önlemiş olmasıdır. Nitekim, vergi ödevlisinin yargı yoluna başvurması halinde, idarenin de, vergi ödevlisinin dava dilekçesine karşı savunma hazırlaması (ve bir Hazine avukatının da) dava ile ilgilenmesi gerekmektedir. Ayrıca, idare açısından, davanın sonuçlanma durumuna göre, harç vb. giderler yapması ya da vergi ödevlisinin bu tür giderlerini üstlenmesi de sözkonusu olabilmektedir. Anlaşmazlığın cezalarda indirim yoluyla çözümlenmesi, bu gibi ihtimalleri ortadan kaldırmaktadır²⁰¹.

4. Vergi Aslının (ve Gecikme Faizinin) Tamamı ile Vergi Cezasının Bir Kısmının Tahsil Edilmesi

Vergi ödevlisinin cezalarda indirim talebinde bulunması ve bunun gereklerini yerine getirmesi sonucu, idare, vergi aslının (ve gecikme faizinin) tamamı ile cezanın bir kısmını tahsil etmiş olmaktadır. Vergi ödevlisinin tarh edilen vergi ve kesilen ceza ile ilgili olarak dava açması ve sonucunda da haklı çıkması, yani açtığı davayı kazanması halinde, idarenin bu vergi (ve gecikme faizi) ile cezayı hiç tahsil edememesi de mümkündür. Aynı durum,

²⁰⁰ Bkz. ve karşı. Kızılot-Kızılot, s. 167; Pınar, s. 93.

²⁰¹ Bkz. ve karşı. Kızılot-Kızılot, s. 167-168; Aksoy, s. 106; Pınar, s. 93.

herhangi bir *af kanununun* yürürlüğe konulması halinde de sözkonusu olabilir. Bu durumda, vergi aslının ve gecikme faizinin bir kısmı ile cezanın tamamının ödenmemesi şeklinde, idare aleyhine bir sonuç doğması muhtemeldir. Bu itibarla, *cezalarda indirim* uygulaması ile idarenin belki de ileride hiç tahsil edemeyeceği vergi ve gecikme faizi ile kısmen dahi olsa cezayı tahsil etmesi sözkonusu olmaktadır²⁰².

5. Vergi Ödevlisinin Vadesinde Ödeme Yapmaması

Vergi ödevlisinin, vergi aslı (ve gecikme faizi) ile indirimden arta kalan cezayı ödememesi durumunda, idarenin, tarh kayıtları üzerinden yaptığı terkin işleminden vazgeçerek, vergi aslı (ve gecikme faizi) ile cezanın tamamının tahsili yoluna gitmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, vergi ödevlisinin vergi aslı ile (gecikme faizi ve) cezanın indirimden arta kalan kısmını vadesinde ödememesi halinde, *cezalarda indirimden* yararlanması mümkün değildir. *Uzlaşmada*, uzlaşılan tutarın kısmen ya da tamamen ödenmemesi halinde de, uzlaşma geçerli olup, ödenmeyen kısım üzerinden gecikme zammı hesaplanması yoluna gidilmesine karşın, *cezalarda indirim* uygulamasında, vergi ödevlisinin indirimden arta kalan vergi cezası ile vergi aslının tamamını vadesinde ödemezse, *cezalarda indirimden* yararlandırılmamakta ve yapılan indirim geçersiz sayılarak cezanın tamamının ödenmesi gerekmektedir²⁰³.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim* müessesesine göre, vergi ödevlisi adına ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi ve buna bağlı olarak veya bundan bağımsız olarak kesilen vergi cezaları hakkında, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde vergi idaresine başvurulması, dava açılmaması, vergi aslı ile indirimden arta kalan cezanın *vadesinde* ya da teminat göstermek suretiyle vadenin sona ermesinden itibaren *üç ay içinde* ödenmesi halinde, vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında belli oranlarda indirim yapılmak-

²⁰² Bkz. ve karşı. Kızılot-Kızılot, s. 168; Pınar, s. 93-94.

²⁰³ Bkz. ve karşı. Kızılot-Kızılot, s. 168; Pınar, s. 94.

tadır. Bu yolla, bir yandan iyi niyetli vergi ödevlileri korunmakta; diğer yandan da vergi ödevlisi ile vergi idaresi arasında ortaya çıkan anlaşmazlık, uyuşmazlık haline dönüşüp yargı organlarına intikal ettirilmeden çözülmektedir.

Cezalarda indirim talebinde bulunmak, *vergi türü* bakımından herhangi bir sınırlamaya tâbi değildir. Haklarında malî nitelikli vergi cezası kesilmiş olanlar, *Vergi Usul Kanunu*'nun kapsamına giren tüm vergi, resim ve harçlara ilişkin olarak *cezalarda indirim* yoluna başvurabilmektedir. *Gümrük idaresi* tarafından alınan vergiler *Vergi Usul Kanunu* kapsamı dışında kaldığından (VUK.m.2), sözkonusu vergilerde *cezalarda indirim* yoluna başvurulması mümkün değildir.

Vergi Usul Kanunu'nda *cezalarda indirim* müessesesi, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergilere ilişkin kabahatlerin cezalarını kapsamaktadır. Vergi ödevlisi, vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezasını ihbarnamenin kendisine tebliğini müteakip *otuz gün* içinde vergi dairesine başvurarak *vadesinde* veya teminat göstermek suretiyle vadesinin bitiminden itibaren *üç ay içerisinde* ödeyeceğini bildirmesi halinde, vergi ziyayı cezasında birinci defada *yarısı*; sonra kesilenlerde *üçte biri*; usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında ise, *üçte biri* indirilmektedir (VUK.m.376). Herhangi bir vergi tarhi sözkonusu olmaksızın kesilmiş bulunan usulsüzlük cezası hakkında da *cezalarda indirim* talebinde bulunmak mümkündür. Vergi idaresinin, *cezalarda indirim* yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi bulunmadığından, gerekli şartları taşıyan *cezalarda indirim* talebini kabul etmesi zorunludur.

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesine göre *cezalarda indirim* kapsamına giren *vergi cezaları*, vergi ziyayı kabahatine ilişkin cezalar ile usulsüzlük ve özel usulsüzlük kabahatleri için kesilmesi gereken cezalardır. Başka bir deyişle, *cezalarda indirim* sadece ve yalnızca malî nitelikli cezalar için sözkonusudur. Bu bağlamda, hürriyeti bağlayıcı cezalar, *cezalarda indirim* kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak, *Vergi Usul Kanunu*'nun 359'uncu maddesinde kaçakçılık suçunu oluşturduğu belirtilen fiillerle vergi kaybına yol açılması halinde vergi ziyayı cezasının *üç katı* olarak kesilmesi gereken cezanın *cezalarda indirim* kapsamına girip girmeyeceği tartışmalıdır.

Cezanın türü bakımından *cezalarda indirim* müessesesinin kapsamı belirtilirken sadece vergi ziyai cezası ile usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının kapsama dahil olduğunun belirtilmesine rağmen, hakkında nitelik itibariyle iki tür ceza uygulanması gereken kaçakçılık suçuna ilişkin parasal cezaların da, yorum yoluyla *cezalarda indirim* kapsamına dahil olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, kaçakçılık cezasının parasal kısmı, mali nitelikli bir cezadır. Nitekim, bu ceza *Vergi Usul Kanunu*'nun 359'uncu maddesinde değil, vergi ziyai cezasını düzenleyen 344'üncü maddesinde düzenlenmektedir. Ancak, kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi kaybına yol açılması halinde, kayba uğratılan verginin *üç katı* olarak kesilmesi gereken ceza, vergi ziyai cezası değil, kaçakçılık suçunun hürriyeti bağlayıcı cezasının yanında uygulanan *fer'i bir ceza niteliği taşımaktadır*. Bu nedenle, bu cezanın kesilebilmesi için, kaçakçılık suçunun mahkeme kararı ile sabit olması şartı aranmalıdır. Kasten vergi kaybına yol açmanın bir yaptırım olması nedeniyle ve cezaların caydırıcılığını sağlamak amacıyla, bu cezanın *cezalarda indirim* kapsamı dışında bırakılmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Kaldı ki, enflasyonun çok yüksek olduğu dönemlerden kalma kat cezalarının da sona erdirilmesi gerekir. Bu bağlamda, kayba uğratıldığı iddia edilen verginin katları ile ifade edilen cezaların *ölçülülük ilkesine* ve günümüz ekonomik gerçeklerine aykırı olduğundan daha makul düzeye indirilmesinde yarar vardır. Üç kat ceza uygulanması devam ettiği müddetçe, bu tür cezaların da *cezalarda indirimden* yararlanılarak ödenmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ancak, kaçakçılık suçu işlendiği iddiasıyla ceza mahkemesinde açılan davanın beraat kararı ile sonuçlanması halinde, kayba uğratıldığı iddia edilen verginin üç katı kesilen cezanın indirimden arta kalan kısmını ödemiş olan vergi ödevlisinin mağduriyetini giderecek bir müessese bulunmamaktadır. Bu ve benzeri olumsuz sonuçların tartışılması ayrı bir çalışma konusu olacak genişlikte olduğundan burada sadece işaret etmekle yetinilmektedir.

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinin ilk fıkrası, indirime konu edilecek vergi cezalarını belirlerken, cezanın bağlı bulunduğu vergi aslının *tarh yöntemi* bakımından bir ayrım yapmaktadır. Buna göre, bir vergi cezasının indirime konu edilebilmesi için bağlı bulunduğu vergi ve/ya da vergi farkının, *ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilmiş olması* gerekmektedir. Bu üç yöntemden biriyle tarh edilmemiş olan vergi veya vergi farkına

bağlı olarak kesilen vergi cezasının indirimine konu edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bağlı bulunduğu vergi aslı bu üç yöntem dışında kalan yöntemlerle, örneğin mükellefin beyanı üzerine tarh edilen vergiye bağlı olarak kesilen vergi cezalarında indirim yapılamaz. Ancak, *cezalarda indirim* müessesesinin amacı dikkate alınmak suretiyle, bu yolla kesilmiş cezaların da, belirli bir süre içinde ödenmesi halinde indirimli ödenmesinin sağlanması gerekir. Bu itibarla, vergi ödevlisi tarafından yargı yoluna başvurmadan ve alacaklı kamu idaresinin vergi ve/ya da vergi cezasından kaynaklanan alacağını tahsil etmek amacıyla cebren tahsil sürecini başlatmasından önce ödenen cezalarda Kanunda belirtilen oranlarda indirim yapılmasında yarar vardır.

Uzlaşmaya başvurulmuş olmasına rağmen, *uzlaşmanın temin edilememiş* olması ya da *uzlaşmanın vâki olmaması* halinde, *ek dava açma süresi içinde cezalarda indirimden yararlanılabilmelidir*. Çünkü, *cezalarda indirim* müessesesinin amacı, yargı yoluna başvurulmadan anlaşmazlığın sona erdirilmesidir. Her ne kadar, *cezalarda indirim* talep etme süresi dava açma süresine bağlı olarak belirtilmiyor ise de, müessesenin amacı, süreye ilişkin hükümlerin geniş-esnek yorumlanmasını gerekli ve mümkün kılmaktadır. Çünkü, *cezalarda indirim* müessesesinin, bir müsamaha müessesesi olduğu dikkate alınarak süreler konusunda esnek davranılmasında yarar vardır. Kaldı ki, vergi ödevlisinin vergi aslını ve vergi cezasını kendiliğinden ödemesi halinde de, *cezalarda indirimden* yararlandırılması gerekir. Çünkü, *cezalarda indirim* yapılmasının gerekçesi, cezalarda belli oranlarda indirim yapmak suretiyle vergi ve/ya da cezanın uyumsuzluk konusu yapılmaksızın ödenmesini sağlamaktır. Ancak, alacaklı kamu idaresi tarafından cebren tahsil sürecinin başlatılmasından sonra yapılan ödemelerde *cezalarda indirimden* yararlan(dır)ılması mümkün değildir.

Uzlaşılan (vergiler ve) cezalar hakkında *cezalarda indirim* hükümleri; *cezalarda indirim* hükümleri uygulanan (vergi ve) cezalar için *uzlaşma* hükümleri uygulanamaz. Ancak, ceza muhatabının, uzlaşma tutanağını imzalayınca kadar uzlaşma talebinden vazgeçtiğini beyan ederek *cezalarda indirim* müessesesinden yararlanma talep hakkı saklıdır (VUK. Ek.m.9). Bu itibarla, *cezalarda indirimden* yararlanma başvurusu süresi içinde kalmak şartıyla *uzlaşmadan vazgeçip cezalarda indirimden* yararlanılması mümkündür. Ayrıca, uzlaşmaya varılamaması halinde, buna ilişkin tutanağın tebliği

tarihinde, *cezalarda indirim* başvurusu için kabul edilen vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz günlük* sürenin dolmamış olması şartıyla, *cezalarda indirim* hakkından yararlanılması mümkündür. Kaldı ki, *uzlaşmanın vâki olmaması* ya da *temin edilememesi* halinde, tanınan (onbeş günlük) ek dava açma süresi içinde başvurulması şartıyla, vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren otuz günlük başvuru süresi sona ermiş olsa dahi, *cezalarda indirimden* yararlandırılmasında yarar vardır.

Vergi kabahatlerinin belirli süreler içinde tekrar işlenmesi gerekçesiyle *tekerrür* hükümlerinin uygulanması sonucu artırılmış olan vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında da aynı oranda *cezalarda indirimden* yararlanılması mümkündür.

Vergi cezasının vergi aslına bağlı olması halinde, verginin ödenip ceza hakkında dava açılması veya cezanın ödenip verginin dava konusu yapılması, kural olarak, *cezalarda indirim* hakkından yararlanmaya engel oluşturmaktadır.

Cezalarda indirim müessesesinin, *cezalar üzerinde* hiç kimsenin ve/ya da makamın *tasarrufla bulunamaması ilkesine* aykırı olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, ceza muhatabının iradesine bağlı olarak ödenen ceza miktarında farklılık oluşmaktadır. *Cezaların kanuniliği ilkesine* aykırılık, bu müessesenin kanunda düzenlendiği gerekçesiyle bertaraf edilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, indirim konu edilen cezaların malî nitelikli cezalar olduğudur. Kaldı ki, bu konuda idareye bir takdir yetkisi verilmemiş olması da bu düzenlemeyi, vergi ceza hukukuna egemen olan ilkeler yönünden mazur görülebilir, daha az eleştirilebilir hale getirmektedir.

Vergi ödevlisi, *cezalarda indirim* talebine ve uygulamasına ilişkin şartları yerine getirmezse; yani ödemesi gereken vergi aslı ve indirimden artı kalan vergi cezasını *vadesinde* ya da teminat göstermek suretiyle vadenin sona erdiği tarihten itibaren *üç ay içinde* ödemezse veya vergi tarihi ve/ya da ceza kesme işlemini dava konusu yaparsa, *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirimden* yararlanması mümkün değildir.

Cezalarda indirim (VUK.m.376), hem idarenin alacağına biran evvel kavuşmasını sağlayan, hem de vergi ödevlisinin maliyetinin kısmen azaltılmasına yarayan bir müessese olarak sistemde varlığını muhafaza etmelidir.

Uzlaşma ile *cezalarda indirim* müesseselerinin bir arada sistemde varlığını korumasının gereği olmadığı yönünde bazı görüşler ileri sürülmektedir. *Uzlaşma* ile *cezalarda indirim* müesseseleri birbirinin mutlak bir alternatifi değildir. Zaten birinden yararlanan diğerinden yararlanamamaktadır. Her iki müessesenin avantajlarından birlikte yararlanmak sözkonusu olmadığından, her ikisinin de sistemde muhafaza edilmesinde yarar vardır. Kaldı ki, *cezalarda indirimde* sadece *cezalarda Kanunda* belirtilen oranlarda indirim yapılmakta; *uzlaşmada* ise, *cezalarda* yapılması muhtemel indirimin belli bir oranı olmadığı gibi, vergi aslında da oranı önceden belirli olmaksızın indirim yapılabilmektedir.

Vergi ziyayı cezasında ilk defa *yarısı oranında cezalarda indirimden* yararlandıktan sonra kesilen *cezalarda* oranın *üçte bire* düşmesi kuralının değiştirilmesi gerekir. Çünkü, birinci cezanın çok düşük, ikinci cezanın çok yüksek olması halinde, birinci cezanın *yarısı* oranında indirimli ödenmesinin aslında çok da anlamlı olmamasına rağmen, ikinci cezanın indirim oranında düşürücü etkiye sahip olması zaman zaman garip sonuçların doğmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında olduğu gibi vergi ziyayı cezasında da *yarısı oranında* değil, belki *üçte bir* oranında indirimin cezanın kaç defa kesildiğine bakılmaksızın uygulanması yönünde bir düzenleme yapılmasında yarar vardır. Kaldı ki, *yarısı oranında cezalarda indirimden* yararlanılarak ödenen vergi ziyayı cezasının, daha sonra ne zamana kadar kesilecek olan vergi ziyayı cezalarında düşük oranlı ceza indirimine sebep olacağı da belli değildir. Belki, ilk cezanın kesildiği takvim yılını takip eden takvim yılının başından itibaren beş yıl içinde yeni ceza kesilmesi halinde düşük indirim oranının uygulanması düşünülebilir. Ancak, en kolay ve uygun olanın, ilk defa-daha sonra ceza kesme işlemi bağlantısını sona erdirip, her türlü ceza kesme işleminde *üçte bir* oranında indirim uygulamasının mümkün kılınmasıdır. Bu bağlamda, *cezalarda indirim* şartlarının taşınması halinde, vergi ziyayı, usulsüzlük ve/ya da özel usulsüzlük cezalarında her defasında *üçte bir* oranında indirim imkânından yararlanılması yönünde değişiklik yapılmasının uygun olduğu düşünülmektedir. Kaldı ki, birden çok defa vergi ziyayı kabahati işlenmesi halinde, tekerrür nedeniyle cezada artırım yapılmak suretiyle, kabahat işlemekte ısrarlı olan vergi ödevlisi hakkında gerekli ve yeterli yaptırım uygulanmaktadır. Hem kayba uğratıldığı iddia edilen verginin *katı-üç katı* olarak ceza kesilmesi hem tekerrür

halinde cezanın artırılması hem de ilk defa *yarısı oranında* indirimden yararlandıktan sonra kesilen vergi ziyai cezalarında indirim oranının üçte bire düşürülmesi aslında taşınamayacak bir yük haline gelmekte ve *ölçülülük ilkesine* açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Belirtilen bu hususların dikkate alınarak, cezaların düşük oranlara çekilmesi; tekerrürde ortaya çıkabilecek ölçüsüz artış miktarlarına bir tavan getirilmesi ve *cezalarda indirim* oranının vergi ziyai cezasında da kaçınıcı defa kesildiğine bakılmaksızın sabit bir oran olarak uygulanması yönünde düzenleme yapılmasında yarar vardır.

Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında düzenlenen *peşin ödeme indirimi* ile *Vergi Usul Kanunu*'nun 376'ncı maddesinde düzenlenen *cezalarda indirim*in birbirinin yerine başvurulacak müesseseler olduğu genellikle kabul edilmektedir. Çünkü, *Kabahatler Kanunu*'nun *Vergi Usul Kanunu*'na göre *genel kanun* olma niteliği bulunduğundan *peşin ödeme indirimi*ni düzenleyen *genel hükmün*, *cezalarda indirim* düzenleyen *özel hükmü* yürürlükten kaldırmadığı düşünülmektedir. Bir ceza muhatabının bu iki ödeme kolaylığından birlikte yararlanması mümkün değildir. Ceza muhatabı sadece bu iki ödeme kolaylığından birini tercih ederek ödeme yapmak suretiyle indirimli ödemeden yararlanabilir. Her iki ödeme kolaylığı müessesesinin uygulama kapsamı ve şartlarının farklılığı nedeniyle, somut olayın özelliklerine göre biri yerine diğerini tercih etmek mümkündür. Ancak, vergi ceza hukuku kapsamında kesilen ve *cezalarda indirim* müessesesinden yararlanmak suretiyle indirimli olarak ödenebilen vergi cezalarının ödenmesinde *cezalarda indirim* yerine *peşin ödeme indirimi*nden yararlanmanın tercih edilmesini gerektiren kayda değer bir gerekçenin olmadığı kabul edilmesi gerekir. Bunun tek istisnası, vergi cezasını dörtte bir oranında indirimli ödeyip vergi aslını dava konusu etmek istenilmesi halidir.

Vergi Usul Kanunu'nun 376'ncı maddesinde yer alan *cezalarda indirim* müessesesi, uzlaşmadan daha geniş kapsamlıdır. *Cezalarda indirim* müessesesinde, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi veya vergi farklı ile buna bağlı olarak kesilen vergi ziyai, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının tümü kapsama dahildir. Ayrıca, herhangi bir vergi tarhı sözkonusu olmaksızın kesilmiş bulunan usulsüzlük cezası hakkında da *cezalarda indirim* talebinde bulunmak mümkündür. Ne var ki, vergi ziyai cezasında birinci defada *yarısı*, müteakiben kesilenlerde *üçte biri* oranında indirim yapılmaktadır. *Uzlaşma* kapsamına girmeyen *Vergi Usul Kanunu*'nun

344'üncü maddesinin 2'nci fıkrası gereğince (kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi kaybına yol açılması yüzünden) kesilen *üç kat* vergi ziyai cezaları da indirim konusu edilmektedir. Ayrıca, herhangi bir vergi kabahatinin *Kanunda* belirtilen süreler içinde tekrar işlenmesi (*tekerrür*) nedeniyle cezalarda artırım yapılması halinde, artırılmış ceza da aynı oranda indirim tâbidir.

Cezalarda indirim müessesesinin işletilmesinin sonucunda, vergi anlaşmazlığı idarî aşamada çözümlenmektedir. Vergi ödevlisi bu yolu tercih ettiği takdirde, zaman ve emek kaybından kurtulmakta; ayrıca, bazı davalarda teminat gösterme ve normal dava masraflarına katlanmak zorunda kalmamaktadır. Vergi ödevlisi, vergi-ceza anlaşmazlığının uyuşmazlık haline dönüşmesinin psikolojik rahatsızlığından da kurtulmaktadır. Vergi ödevlisi, anlaşmazlığı uyuşmazlığa dönüştürüp yargı organına intikal ettirdiğinde, davanın aleyhine sonuçlanması halinde, gecikme faizi ödemek zorunda kalabilmektedir. *Cezalarda indirim* talebinde bulunulması ve uygulanması halinde, böyle bir gecikme faizinden de kurtulmaktadır. Ayrıca, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu*'na uygun olarak teminat gösterildiği takdirde, ödeme süresinin *üç ay* daha uzamasından da yararlanabilmektedir.

Cezalarda indirim müessesesi, aynı zamanda vergi idaresi açısından da bazı yararlar sağlamaktadır. Vergi uyuşmazlığı yargı organlarına intikal ettiği zaman, vergi idaresinin de emek ve zaman kaybı olmaktadır. Ayrıca, idare de bazı masraflara katlanmak zorunda kalmaktadır. Davanın kısmen ya da tamamen kaybedilmesi halinde, vergi ve/ya da ceza olarak daha az tahsilat yapılabilmekte ya da hiç tahsilat yapılamamaktadır. *Cezalarda indirim* müessesesinin benimsenmesi ve işletilmesi halinde, emek ve zaman kaybı önlenmekte; hiçbir masrafa katlanmak zorunda kalınmamakta; belki hiç tahsil edilemeyecek olan kamu alacağı, kısmen de olsa tahsil edilebilmektedir.

Cezalarda indirim müessesesi;

- Vergi cezalarının kısmen sona erme sebebidir.
- Muhtemel uyuşmazlıkları önleme işlevine sahiptir.

- Vergi aslı ile vergi kabahatleri için kesilen vergi cezalarının uyumsuzluk konusu yapılmaksızın kısa sürede Hazineye intikal etmesinin aracıdır.
- Kısacası, vergi cezalarında sağlanan indirim sayesinde, uyumsuzluklarının çıkmasını önlemek ve kamu alacağının kısa sürede tahsilini sağlamaktadır.

Cezalarda indirim müessesesi, iyi niyetli vergi ödevlilerini korumak açısından önemli-anlamli-yerinde-uygun olmasına rağmen, bu imkândan sürekli olarak yararlanılablmesinin uygulamada iyi niyetin kötüye kullanılmasına yol açmakta ve cezaların etkinliğini azaltmakta olduğunu da unutmamak gerekir.

Kaynakça*

Kitaplar

- Akdoğan**, Abdurrahman; Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması, 12. Baskı, (Gazi Kitabevi), Ankara 2013.
- Aksoy**, Şerafettin; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 6. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2010, (Vergi Hukuku).
- Aksoy**, Şerafettin; Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi, 2. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1999, (Vergi Yargısı).
- Başaran Yavaşlar**, Funda/**Bilici**, Nurettin/**Saban**, Nihal/**Üyümez**, M. Erkan/**Bayraklı**, Hasan Hüseyin/**Yaltı**, Billur (Ed. Mustafa Erkan **Üyümez**); Vergi Hukuku, (Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1526), Eskişehir 2012, (Vergi Hukuku).
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin; Vergi Ceza Hukuku, 3. Baskı, (Külcüoğlu Kültür Merkezi Yayınları), Afyonkarahisar 2006, (Vergi Ceza).
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin; Vergi Suç ve Kabahatleri, 2. Baskı, Afyonkarahisar 2011, (Vergi Suç ve Kabahatleri).
- Bilge**, Necip; Hukuk Başlangıcı, 32. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Bozdağ**, Ahmet; Türk Ceza Hukukunda ve Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2009.
- Bulutoğlu**, Kenan; Türk Vergi Sistemi, C. 2, 6. Basılış, Ankara 1979, (C. 2).
- Bulutoğlu**, Kenan; Türk Vergi Sistemi Dersleri, (Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları), İstanbul 1982, (Dersler).
- Candan**, Turgut; Vergi Suç ve Cezaları, 3. Baskı, (Maliye ve Hukuk Yayınları), Ankara 2010, (Vergi Suç ve Cezaları).
- Candan**, Turgut; Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, 2. Baskı, (Maliye ve Hukuk Yayınları), Ankara 2006, (Vergilendirme Yöntemleri).

* Kaynakçada yer alan çalışmaların tamamına dipnotlarda yer verilmemiştir. Ancak, daha sonra bu konuda yapılacak çalışmalarda yararlanılması amacıyla olabildiğince geniş bir (yerli) kaynakçanın hazırlanmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

- Dönmez**, Recai; Teoride ve Uygulamada Vergi Afları, (Anadolu Üniversitesi, İİBF. Yayını), Eskişehir 1992.
- Edizdoğan**, Nihat/**Taş**, Metin/**Çelikkaya**, Ali; Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, (Ekin Kitabevi), Bursa 2007.
- Ela**, Hatice/**Kelecioğlu**, M. Aykut; Vergi Cezaları ve Uzlaşma, (Vergi Sorunları Dergisi Haziran 2000 Eki), İstanbul 2000.
- Erdem**, Tahir; Vergisel Kabahatler, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2010, (Vergisel Kabahatler).
- Erdem**, Tahir; Vergi Hukukunda Uyuşmazlıkların İdari Aşamada Çözümü ve Alternatif Çözüm Yolları, (Seçkin Yayınları), Ankara 2012, (Çözüm Yolları).
- Erman**, Sahir; Vergi Suçları, (Ticari Ceza Hukuku VI), İstanbul 1988.
- Gözler**, Kemal; Hukuka Giriş, 11. Baskı, (Ekin Basım Yayın Dağıtım), Bursa 2014.
- Güriz**, Adnan; Hukuk Başlangıcı, 14. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2012.
- İspir**, Ekrem/**Yağmurlu**, Tahsin/**Özbalcı**, Yılmaz; Vergi Usul Kanunu Uygulamasına İlişkin Danıştay Kararları, Ankara 1985.
- Kaneti**, Selim; Vergi Hukuku, 2. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1989.
- Karakoç**, Yusuf; Türk Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık ve Islah, 2. Bası, (DEÜHF. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 76), İzmir 1997, (Pişmanlık).
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Süreler).
- Karakoç**, Yusuf; Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Kamu Alacakları).
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel Vergi).

- Karakoç**, Yusuf; Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılaması Hukuku), 2. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013, (Vergi Anlaşmazlıkları).
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Yargılaması Hukuku, (Ed. Recai **Dönmez**, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi), Eskişehir 2013, (Vergi Yargılaması).
- Kırbaş**, Sadık; Vergi Hukuku, 19. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2012.
- Kızılot**, Şükrü; Danıştay Kararları ve Özelgeler (Muktezalar), C. 2, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 1994, (C. 2).
- Kızılot**, Şükrü; Danıştay Kararları ve Özelgeler (Muktezalar), C. 4, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 1998, (C. 4).
- Kızılot**, Şükrü; Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması, C. 10, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 1996, (Vergi Usul, C. 10).
- Kızılot**, Şükrü-**Kızılot**, Zuhâl; Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Güncellenmiş 23. Baskı, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2014.
- Kızılot**, Şükrü/**Şenyüz**, Doğan/**Taş**, Metin/**Dönmez**, Recai; Vergi Hukuku, 3. Baskı, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2008.
- Kızılot**, Şükrü/**Taş**, Metin; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2009.
- Kocahanoğlu**, Osman Selim; Vergi Suçları, Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları, 2. Baskı, İstanbul 1983, (Vergi Suçları).
- Kumrulu**, Ahmet; Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, (Çoğaltma), Ankara 1989.
- Mutluer**, Kâmil; Türkiye’de Vergi Yargı Sistemi, (Eskişehir İTİA. Yayınları No: 9), Eskişehir 1975, (Vergi Yargı).
- Mutluer**, Kâmil; Vergi Ceza Hukuku, (Eskişehir İTİA. Yayınları No: 214), Eskişehir 1979, (Vergi Ceza).
- Mutluer**, M. Kâmil; Vergi Genel Hukuku, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul 2006, (Vergi Genel).
- Mutluer**, M. Kâmil; Vergi Hukuku, 4. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.

- Oktar**, S. Ateş; Vergi Hukuku, 9. Baskı, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2013.
- Öncel**, Muallâ/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 23. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Öner**, Erdoğan; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 3. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2013.
- Özbalcı**, Yılmaz; Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, (Oluş Yayıncılık), Ankara 2012.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2011.
- Özkes**, Muhammet; Temel Hukuk Bilgisi, 4. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013.
- Özen**, Mustafa; Vergi Suçları ve Kabahatleri, (Adalet Yayınevi), Ankara 2014.
- Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, (Seçkin Yayınları), Ankara 2010.
- Özyer**, Mehmet Ali; Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 6. Baskı, (Maliye Hesap Uzmanları Derneği), İstanbul 2014.
- Şenyüz**, Doğan; Vergi Ceza Hukuku, 7. Baskı, (Ekin Kitabevi), Bursa 2013.
- Taşdelen**, Aziz; Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri, (Turhan Kitabevi), Ankara 2010.
- Uluatam**, Özhan/**Methibay**, Yaşar; Vergi Hukuku, 5. Baskı, (İmaj Yayıncılık), Ankara 2001.
- Uysal**, Ali/**Eroğlu**, Nurettin; Açıklamalı ve Örnekli Vergi Usul Kanunu, 4. Baskı, Ankara 2009.
- Ürel**, Gürol; Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2003, (Vergi Usul).
- Yiğit**, Uğur; Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2004.

Yüce, Mehmet; Vergi Yargılama Hukuku, 3. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2013, (Vergi Yargılama).

Yüce, Mehmet; Vergi Dava Rehberi, (Ekin Yayınevi), Bursa 2014, (Dava Rehberi).

Makaleler

Ağca, İlker; “Vergi Cezalarının Affi ve Sonuçları Bakımından Değerlendirilmesi”, (Sayıştay Denetçileri Mali Hukuk Dergisi, Yıl: 11, S. 64, s. 13-44).

Alpaslan, Mustafa/**Sakal**, Mustafa; “Vergi Usul Kanunu Uygulamasında Ceza İndirimi Müessesesi ve Ceza Davasına Etkisi”, (Mali Pusula, Aralık 2005, S. 12, s. 28-31).

Başaran Yavaşlar, Funda; “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, (Vergi Dünyası, S. 299, Temmuz 2006, s. 116-147), (İdari Nitelikli).

Çağan, Nami; "Vergi Hukukunda Vergi Cezalarının Affi", (AÜHFD., C. XXIX, 1972, S. 1-2, s. 111-122).

Dayıoğlu, Ali; “Vergi Usul Kanunu’ndaki Cezalarda İndirim Hükmünün Uygulanması ve Karşılaşılacak Sorunlar”, (Vergi Sorunları, Yıl: 6, S.1987/VI, s. 28-37).

Demir, Ahmet; “Vergi Cezalarında İndirim”, (Maliye Postası, S. 219, s. 47-50).

Güngör, M. Şükrü; “Vergi Cezalarında İndirim Müessesesi”, (Yüksek Ticaretliler Dünyası, S. 13, Ağustos 1987, s. 47-51), (Vergi Cezaları).

Güngör, Şükrü; “Vergi Cezalarında İndirim Müessesesi”, (İşletme ve Finans, Yıl: 4, S. 35, Şubat 1989, s. 41-45), (İndirim).

Karakoç, Yusuf; “Vergi Ziyai Suçu ve Cezası”, (Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 18, S. 71, s. 40-55), (Vergi Ziyai).

Karakoç, Yusuf; “Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, Prof. Dr. Burhan CEYHAN Anısına Armağan, C. I, İzmir 2012, s. 3-26), (Vergi Ceza).

- Karakoç**, Yusuf; “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan, C. II, İzmir 2014, s. 1259-1308), (Vergilendirme İlkeleri).
- Karakoç**, Yusuf; “Vergi Sistem(sizliğ)inden Kesitler”, (Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1187-1213), (Kesitler).
- Kılıç**, Seçkin; “Vergi ve Cezalarda İndirim Müesseseleri ve Cezaların Etkinliği”, (Vergi Raporu, S. 92, Mayıs 2007, s. 84-90).
- Kızılot**, Şükrü; “Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümlemesi Bakımından Bazı Yabancı Ülkelerin Uygulamaları”, (Vergi Dünyası, S. 62, Ekim 1986, s. 17-23), (Yabancı Ülkelerin Uygulamaları).
- Kocahanoğlu**, Osman Selim; “Vergi Cezalarında İndirim Prensibi ve Uygulama Sorunları”, (Vergi Sorunları Dergisi, Yıl: 1, S. 1, s. 105-117), (İndirim Prensibi).
- Önen**, Z. Sacit; "Af Kavramı, Vergi Cezalarının Affının Teorik Yapısı ve Uygulanması", (Mali Hukuk, Yıl: 1988, Eylül-Ekim, S. 17, s. 11-20).
- Özdemir**, Emin; “Tarhiyattan Tahakkuka Geçişte Vergi ve Cezalarda İndirim ve İptal İmkânlarının Birbiri İle İlişkisi”, (Yaklaşım, Yıl: 4, S. 39, Mart 1996, s. 97-103).
- Pehlivan**, Yafes; “Cezalarda İndirim Uygulamasının Usul ve Esasları”, (Yaklaşım, Yıl: 13, S. 151, Temmuz 2005, s. 113-118).
- Pınar**, Burak; “Vergi Sorunlarının Çözüm Yollarından Cezalarda İndirim”, (Mali Pusula, S. 24, Aralık 2006, s. 70-93).
- Şimşek**, Mustafa; “Vergi Ziyayı, Usulsüzlük ve Özel Usulsüzlük Cezalarında İndirim”, (Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, Ağustos 2004, S. 2, s. 115-118).
- Şirin**, Mehmet; “Vergi Usul Kanununun Ceza Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler”, (Vergi Dünyası, S. 206, Ekim 1998, s. 3-24).
- Taracı**, Hızır; “Pişmanlık, Ceza İndirimi ve Uzlaşma Müesseselerinden Yararlanılması Halinde Katlanılması Gereken Mali Yükler”, (Vergi Dünyası, S. 70, Haziran 1987, s. 53-58).

Ürel, Gürol; “Vergi Cezalarında İndirim”, (Mükellefin Dergisi, S. 117, Eylül 2002, s. 53-57), (İndirim).

Yıldırım, Ali Haydar/**Kolotoğlu**, Olcay; “Ceza-Uzlaşma-Ceza İndirimi”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 173, Şubat 2003, s. 93-95).

Yüce, Ali Hakan; “Cezalarda İndirme”, (Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 2, Şubat 2004, s. 99-104).

Not: Elinizdeki metni baştan sona titiz bir biçimde okuyup gerekli düzeltmeleri yapan ve önerilerde bulunan değerli meslektaşlarım Yrd. Doç. Dr. *Yıldırım TAYLAR* ile Arş. Gör. *Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT*’e katkılarından dolayı teşekkür ederim.

^HDÖNEMSEL VERGİLENDİRME IŞIĞINDA GEÇMİŞE YÜRÜME SORUNU*

Prof. Dr. Moris LEHNER**

(Çev.) Arş. Gör. Özgecan GÖK***

Arnd Raupach vergi hukukunu sadece Almanya sınırlarının çok ötesine geçen son derece değerli ve aranan bir uygulayıcı olarak geliştirmemiştir. Daha ziyade Münih Ludwig-Maximilians Üniversitesi'nde öğrenim gören nesilleri vergi hukukuna olan büyük bağlılığı ile akademik bir eğitici olarak etkilemiş ve eğitmiştir. Uygulamaya yönelik ve temel vergi hukuku konuları hakkındaki eserleri geniş bir spektruma yansımaktadır. Bu çalışma ile daima güncelliğini koruyan geçmişe yürüme ve güvenin korunması sorunları tartışılacaktır¹. Arnd Raupach ile ilgili bu düşünceler içerisinde aşağıdaki çalışma kendisine atfedilmiştir.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu makale, orjinal dilinde *Prof. Dr. Arndt Raupach'a 70.Doğumünü Armağanı* içerisinde yayımlanmıştır. ("Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag", Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmen und Gemeinwohl; herausgegeben von Paul Kirchhof, Karsten Schmidt, Wolfgang Schön, Klaus Vogel; Dr. Otto Schmidt Verlag, 2006, Köln, s. 67-76)

** Münih Ludwig- Maximilians Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Mali Hukuk ve Vergi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

*** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

¹ *Arnd Raupach*, Was hat die Gepräge-Theorie mit der Mehrmütter-Organschaft zu tun? Ein Beitrag zum Vertrauensschutz bei Änderung langjähriger Rechtsprechung mit nachfolgendem "Nichtanwendungsgesetz", DStR (Deutsches Steuerrecht) 2001,1327; *Arndt Raupach/P. Kirchhof*, Die Unzulässigkeit einer rückwirkenden gesetzlichen Änderung der Mehrmütterorganschaft, DB (Der Betrieb) Ek No: 3/2000, ilgili fasikül: 22/2001.

I. Temel Dayanaklar ve Çıkış Noktaları

Dönemsellik esası ve buna bağlı olarak kurallarda belirlenen vergiyi doğuran olayın geçmişe yürütmesi kavramından doğan gerçek ve gerçek olmayan geçmişe yürütme ayrımı karşısında muameleler ve tasarruflar bakımından geçmişe yürütme kavramı en azından doktrinde büyük ölçüde galip gelmiştir². Dönemsellik esasına dayalı geçmişe yürütme kavramıyla ilgili büyük dezavantajlara rağmen, bu zaman kriteri odaklı yaklaşım, eskiden olduğu gibi vergisel anlamda geçmişe yürütmenin anayasaya uygunluğuna karar verebilmek açısından önem taşımaktadır³.

Geçmişe etkili vergi kanunlarının anayasaya uygunluğunun değerlendirilmesinin uzun zamandır “nihai” şekliyle temel dayanağı olan gerçek ve gerçek olmayan geçmişe yürütme ayrımı, Federal Anayasa Mahkemesi’nin farklı terminolojisi ile maddî vakıa bakımından geçmişe bağlama ve hukukî sonuca etkili geçmişe yürütme ayrımı şeklinde ifade edilmektedir⁴. Buna göre hukukî sonuca etkili geçmişe yürütme yani gerçek geçmişe yürütme, kuralın *zaman bakımından* uygulanmasında, ilân edildiği tarihten önce doğan bir hukukî sonucu düzenlemesi anlamına gelmektedir. Öte yandan maddî vakıa bakımından geçmişe bağlama, yani gerçek olmayan geçmişe yürütme, bir kuralın zaman bakımından değil, somut konu/esas (sachlich) bakımından uygulama alanına karşılık gelmektedir. Daha doğrusu maddî unsuru bakımından kuralın ilan tarihinden çok önce “uygulanmaya başlanmış” ve fakat

² Ek olarak bkz. aşağıda II’nci başlık altındaki açıklamalar.

³ Ek olarak bkz. aşağıda IV’üncü başlık altındaki açıklamalar.

⁴ Federal Anayasa Mahkemesi’nin sadece 72, 200 (242); 87, 48 (55); 92, 277 (344); 95,64 (77); 97, 67 (75); 101, 239 (253); 105, 17 (37); 48 (55); 109, 133 (180) nolu kararları ile karşılaştırınız; bu ayrım hususundaki eleştiriler hakkında *K. Vogel*, FS Heckel 1999 içinde, s. 875 (876 devamı); *K. Vogel*, JZ (Juristen Zeitung) 1988, 833 (837 devamı); bu kararlara yeni bir bakış açısı için özellikle *Mellinghoff*, DStJG (Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft) 27 (2004) içinde, s. 41 vd.; *Mellinghoff*, DWS Schriftenreihe (Deutsches wissenschaftliches Institut der Steuerberater) No: 1, yılı belirsiz; *Reimer*, DStZ (Deutsche Steuer Zeitung) 2001, 725; *A. Leisner*, StuW (Steuer und Wirtschaft) 1998, 254; Geçmişe yürütme sorunuyla ilgili temel olarak: *A. Leisner*, *Kontinuität als Verfassungsproblem*, 2002, s. 477 vd., 566 vd.; *Werder*, *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*, 2004; *Albert*, IFSt Schrift (Das Institut Finanzen und Steuern) No: 431, 2005.

hukukî sonuçlarını kuralın ilanından sonra doğuracak olan durumları kapsamaktadır⁵. Mahkemenin bu kararına göre hukukî sonuca etkili geçmişe yürüme hukuk devleti olmanın bir sonucu olan güvenin koruması ve hukukî güvenlik ilkeleri bakımından kabul edilemez iken, maddî vakıalar bakımından geçmişe bağlanma anayasal sınırlamalara daha az aykırıdır⁶. Bu tür durumlar maddî vakıa bakımından geçmişe bağlanmanın özellikle temel haklara zarar verip vermediğine göre değişiklik göstermektedir. İlk başta geçerli olan norma göre hukukî sonucun doğacağına dair *geleceğe dönük* güven sebebiyle temel hak ihlalinin göz önünde bulundurularak, gerçek olmayan geçmişe yürüme durumlarında gereken korumanın temini gerekmektedir. Buna karşın hukukî sonuca etkili geçmişe yürüme, hukukî sonucun doğumu hakkında zamanında gerçekleşen geçmişe dönük güveni zedelemektedir. Bu tür durumlarda hukuk devleti ilkesi zaten güvenin korunması için gerekli teminatı sağlamaktadır. Bu yüzden gerçek geçmişe yürümenin anayasaya aykırılığına karar vermek için üzerine eklenen bir temel hak ihlalinin gerçekleşmesi şart değildir. Geçmişe yürümenin bu iki şekli arasındaki ayırımı doğrudan bir sonucu olarak dönemsellik esasından kaynaklanan dönemlik vergilere yönelik sonucu ortaya çıkmaktadır. (Alman) Gelir Vergisi Kanunu'nun vergiyi talep etme hakkının (Entstehung des Steueranspruchs) ancak vergilendirilecek dönemin sona ermesi ile doğabileceğini düzenleyen 36'ncı maddesinin 1'inci fıkrası ve bununla bağlantılı 25'inci maddesi'nin 1'inci fıkrasında⁷ yer alan kurallar, vergi talep edebilme hakkının doğması ile ilgili geçmişe yürüme kavramını düşündüren (kavramına yönlendiren) birincil kurallardır. Bunun sonucu olarak hukukî sonuca etkili geçmişe yürüme (gerçek geçmişe yürüme) ancak tarh döneminin sona ermesinden sonra ilan edilen ancak hukukî sonuçları bakımından tarh döneminin devam ettiği sürelerle ilgili olan kurallar bakımından kabul edilebilir. Buna karşın dönemsel vergiler bakımından hukukî bir sonuç olarak vergilendirme yetkisi

⁵ Karşılaştırma için 4 nolu dipnottaki dayanaklar.

⁶ Federal Anayasa Mahkemesi'nin listelenen kararları.

⁷ Karşılaştırma için ayrıca KStG (Körperschaftsteuergesetz) Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 7'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile bağlantılı olarak 30'uncu maddesi; GewStG (Gewerbesteuerengesetz) İşletme Vergisi Kanunu'nun 14'üncü maddesi ile bağlantılı olarak 18'inci maddesi; UStG (Umsatzsteuergesetz) Damga Vergisi Kanunu'nun 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 1 numaralı cümlesi; GrStG (Grundsteuergesetz) Emlak Vergisi Kanunu'nun 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrası.

ilk olarak vergilendirme döneminin sona ermesiyle doğacağından, vergilendirme döneminin başlamasından sonra ilan edilen ve hukukî sonuçlarını vergilendirme dönemi sona erdikten sonra doğuracak olan kurallar gerçek bir geçmişe yürüme sonucu doğurmazlar. Bu sebeplerle kabul edilebilir (gerçek olmayan) geçmişe yürüme doktrinde büyük ölçüde eleştirilmektedir⁸.

II. Yeni Yaklaşımlar

Federal Anayasa Mahkemesi, donatma (gemi iştiraki) iştirakinde özel yıpranma paylarının (özel amortisman) geçmişe dönük ortadan kaldırılması hakkında 3.12.1997⁹ tarihli kararında, alışılmış kategoriler içinde bulunan devlet desteği unsurlarını, geçmişe dönük ortadan kaldırılmasına dair düzenlemeden vazgeçmeksizin açık bırakmıştır. Bununla birlikte bu karar maddî vakıa bakımından geçmişe bağlama kavramından ayrılıp muamele ve tasarrufla ilgili geçmişe yürüme kavramına yönelmede çıkış noktası oluşturmuştur¹⁰. Vergi yükümlülerinin açık “tasarruf koşulları”nı “vergisel avantajlara” teşvik eden yönlendirici devlet destekleri sınıfına tabi olması sebebiyle, kararda sözü edilen devlet yardımı unsuru ikna edici değildir¹¹. Vergi yükümlülerinin tasarruflarını sadece yönlendirici normlar bağlamında değil, aynı zamanda malî amaçlı normların mevcudiyetine¹² güvenerek gerçek-

⁸ Karşılaştırma için bkz. sadece *K. Vogel*, dipnot 4, s. 879 devamı; *Birk*, DStJG 27 (2004) içinde, s. 16; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Cilt I., 1993, s. 183 vd.; *J. Lang*, WPg (Die Wirtschaftsprüfung Zeitschrift) 1998, 163 (168 vd.); *Hey*, BB (Betriebs-Berater) 1998, 1444; *P. Kirchhof*, DStR 1979, 275 (277 vd.); *Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, s. 218 vd., 229 vd.; *Friauf*, BB 1972 669 (673 vd.).

⁹ Federal Anayasa Mahkemesi’Nin 97 nolu kararı, 4 nolu dipnot.

¹⁰ Karşılaştırma için bkz. *Mellinghoff*, DStJG, 4 nolu dipnot, s. 38 vd., 46 devamı; DWS-Schriftenreihe, 4 nolu dipnot, s. 7 devamı; *Spindler*, DStJG 27, 2004 içinde, s. 88 devamı, “betätigtetes Vertrauen” (gerçekleşmiş güveni) hedefleyen; *J. Lang*, WPg 1998, 163 (169 vd.); *Albert*, 4 nolu dipnot s. 64 vd., 71 vd., 84 vd.; *H. Schaumburg*, DB 2000, 1884 (1887 devamı) *Pleyer*, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2001, 1985; ancak önceden karşılaştırma için (1979) *p. Kirchhof*, d8 nolu dipnot, 279; *Friauf*, BB 1972, 669 (676); yine karşılaştırma için bkz. *Birk/Pöllath* (yayımlayan) içinde, Rückwirkung von Steuerbelastungen, 2002, içinde Kongre Raporu (der Tagungsbericht).

¹¹ Federal Anayasa Mahkemesi’nin 97 nolu kararı, 4 nolu dipnot, 80.

¹² Bu Ayrım konusunda esas olarak karşılaştırma için *Birk*, das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 155 vd., 194 vd.

leştirdiği yönündeki ikna edici gerekçelerle desteklenen görüş bunun üzerine ortaya çıkmaktadır¹³. Bu gerekçelendirme, yönlendirici normlar ile malî amaçlı normlar arasındaki ayrımın zaten geçmişe yürüme sorunu bakımından yapılmasının mümkün olmadığı, yapılırsa da bu durumun zorluk arz edeceği yönündeki yaygın kanı ile desteklenmektedir¹⁴. Her iki vergisel sonuca da bakıldığında üzerinde büyük ölçüde görüş birliği bulunan bu yaklaşımın önemli bir sonucu, geçmişe yürüme probleminin çözümüne muamele ve tasarruflar açısından yaklaşılmasıdır¹⁵. Şimdiye kadar gerçek olmayan geçmişe yürüme hallerinin büyük ölçüde esasa etkili olması yüzünden gerçek geçmişe yürüme olayları altında sınıflandırılması nedeniyle, kuralda (normatif) belirlenen vergiyi doğuran olayın geçmişe yürümesi kavramından muamele ve tasarrufla ilgili geçmişe yürüme kavramına yönelişe paralel olarak geçmişe yürüme teorisinin yönü de değiştirilmiştir¹⁶. *Spindler*¹⁷ üzerinde uzlaşılan gerçek ve gerçek olmayan geçmişe yürüme kavramlarından şüphesiz vazgeçmek istememekte; ancak tadil etmek ve kanunda gerçek geçmişe yürüme içeren kuralları, *K. Vogel*¹⁸ tarafından şekillendirilip terminolojiye kazandırılan “ yeni ya da değişmiş hukukî sonuç öngören ve hatta sadece maddî koşulları kanunun ilan tarihinden önce gerçekleşmiş ve tamamlanmış olan olaylara uygulanacak kurallar” ifadesiyle tanımlamak istemektedir¹⁹.

¹³ *P. Kischhof*, *StuW* 2002, 185 (197); *P. Kirchhof*, *StuW* 2000, 221 (226); *Hey*, 8 nolu dipnot, s.236 vd.; *Englisch/Plum*, *StuW* 2004, 342 (350 devamı); *Ribbrock*, *DSyZ* 2005, 634 (637); karşılaştırma için bkz. *H. Schaumburg*, 10 nolu dipnot.

¹⁴ *Tipke*, (8 nolu dipnot), 200, s. 154 devamı; *P. Kirchhof*, 13 nolu dipnot; 226; *Offerhaus*, *DB* 2001, 556 (559); *Englisch/Plum*, 13 nolu dipnot; *Ribbrock*, 13 nolu dipnot; tartışmanın durumu hakkında kapsamlı açıklamalar için; *A. Leisner*, 4 nolu dipnot, s. 569 vd.

¹⁵ Karşılaştırma için 10 nolu dipnottaki dayanaklar.

¹⁶ Ayrımdan vazgeçilmesine karşıt görüş: *Weber-Grellet*, *StuW* 2003, 278 (284); *Buciek*, *FR* (Finanz-Rundschau) 2004, 361.

¹⁷ *Spindler*, 10 nolu dipnot, s. 85 vd.; karşılaştırma için ayrıca *Mellinghoff*, (4 nolu dipnot), s. 43 devamı.

¹⁸ *K. Vogel*, (4 nolu dipnot), s. 878.

¹⁹ Tasarruf ya da muamele kavramının konunun özüne uygun şekilde yeni geçmişe yürüme teorisi açısından değerlendirme çabası hakkında karşılaştırma için 10 nolu dipnotta yer alan dayanaklar.

III. Kabul Edilen Sınama Ölçütleri

Muamele ve tasarruflarla ilgili geçmişe yürüme kavramına yönelik ile dönemsel vergilendirmeyi hukuka uygun hale getiren ve bu yüzden de geçmişe yürüme sorunu bakımından bilhassa önem taşıyan eşitlik ilkesine yüz çevrilmesi (savunulmasının terk edilmesi) sonucuyla birlikte anayasaya uygunluk denetimi ölçütü özgürlükler hukuku ile daraltılmıştır²⁰.

1. Özgürlükler Temelinde Hukukî Güvenin Korunması

Federal Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre²¹ güvenin korunması, bu konuda gerçek olmayan geçmişe yürümenin bilhassa temel hakları ilgilendirmesi sebebiyle hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır. Hukuk devleti ilkesinde güvenin korunması esaslarının tamamlanmasına, Federal Anayasa Mahkemesi bir çok kararında “ hukuk düzeninin güvenilirliğinin ... özgürlükçü anayasal düzenin ön koşulu”²² olduğunu vurgulayarak, hukuk devletinde güvenin korunması gerekçelerine tamamlayıcı şekilde dikkat çekmektedir. Doktrindeki görüşlerin büyük çoğunluğuna göre de²³ güvenin korunması, çoğunlukla temel hakların temelini ve tamamlayıcı unsurunu oluşturması nedeniyle hukuk devleti ilkesine dayandırılmaktadır²⁴. Buna karşın *Mellinghoff*²⁵ temel hakları ve özellikle özgürlükler hukukunu,

²⁰ Ek olarak bkz. aşağıda IV' üncü başlık altındaki açıklamalar.

²¹ Karşılaştırma için 4 nolu dipnotta yer alan dayanaklar.

²² Federal Anayasa Mahkemesi'nin 97, 67 (78); önceden karşılaştırılan 45,142 (147 devamı); 58, 81 (94); 67, 1 (23 devamı); 70, 69 (84); 71, 255 (272); 72, 200 (278); 76, 256 (347 devamı) nolu kararları.

²³ Karşılaştırma için düşüncelerinin kapsamlı açıklaması hakkında *Werder* (4 nolu dipnot), s.82 vd.

²⁴ Karşılaştırma için *Scheuner*, in FS (Festschrift) zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages içinde, Cilt II, 1960, S.229 (253); *Ossenbühl*, DÖV (Die öffentliche Verwaltung) 1972, 27; *Grabitz*, DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt) 1973, 675 (679 devamı); *Schmidt- Afmann*, Der Rechtsstaat, HStR (Handbuch des Staatsrechts) Cilt I içinde , 1987, §24, paragraf 81; *Robbers*, JZ 1988, 461 (468); *K. Vogel* (4 nolu dipnot), s.876; *Spindler* (10 nolu dipnot), s.72, *P.Kirchhof* (13 nolu dipnot), 229 vd.; *Möller/Rührmeier*, NJW 1999, 908; düşüncelerinin kapsamlı açıklaması hakkında *Hey*, 8 nolu dipnot, s. 110 vd., 178 vd.

²⁵ *Mellinghoff*, (4 nolu dipnot), s. 27 vd.

sadece tamamlayıcı değil daha çok eşitlik ilkesini de içerisinde barındırması nedeniyle güvenin korunmasının anayasal temeli olarak birinci derecede önemli olduğuna dikkati çekmektedir²⁶. *P.Kirschhof*²⁷ özgürlükleri eşitlik ilkesiyle birlikte kanunların geçmişe yürümesinin hukuka uygunluğunu sağlama ölçütü olarak görmektedir²⁸. Buna ek olarak *Birk*²⁹ ve *Mellinghoff*³⁰ gibi ve özgürlükler hukukuna yoğun bir şekilde yönelmiş olan *Englisch/Pulm*³¹ un güvenliğin korunması için sübjektif olarak mevzuatın sürekliliğinin sağlanması şeklinde açıkladığı sürekliliğin teminat altına alınması ilkesini zikretmektedir. Hukuk devletinde süreklilik şartı, devamlılığı ve vergi hukukunun içeriksel olarak sabitliğini gerektiren, objektif olarak Alman Anayasası'nın 2'inci maddesinin 1'inci fıkrasına dayanılarak anayasaya aykırılık itirazında ileri sürülebilecek bir ilkedir³². *A. Leisner*³³ süreklilik ilkesinden vergi yükümlüsünün hukukun devamlılığını sıvayıp güvenerek tasarrufta bulunduğu bir konuda güvenin korunmasını gerektiren durumdaki gerçek bir geçmişe yürümenin kural olarak hukukî olmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Dönemsel olarak tahsil edilen vergilerde belirlenen zaman dilimi içindeki tasarruflarla ilgili devamlılığın sağlanması gerekmektedir³⁴. *Hey*³⁵, yoğun bir şekilde özgürlüklere dayanan görüşüyle *Muckel*³⁶ ile

²⁶ *Mellinghoff*, (4 nolu dipnot), s.29; özel olarak mülkiyetin korunması hakkında *Isensee*, FS Klein 1994, 611 (619 vd.).

²⁷ *P. Kirchhof* (13 nolu dipnot), 222,225 devamı; Sürekliliğin sağlanması ve güvenin korunması hakkında temel olarak: *A.Leisner* (4 nolu dipnot).

²⁸ *P. Kirchhof* (13 nolu dipnot), 225; farklılaştırılmış olarak da *Reimer* (4 nolu dipnot), 728 vd.

²⁹ *Birk* (8 nolu dipnot), s. 16, 19 vd.; karşılaştırma için yine *Mellinghoff* (4 nolu dipnot), s.27.

³⁰ *Mellinghoff*, DStR 2003, ek kitap 3 (13).

³¹ *Englisch/Plum* (Fn.13), 342 vd., 348 vd.

³² *P. Kirchhof* (13 nolu dipnot), 227; aynı şekilde süreklilik ilkesi hakkında yine DStJG 27 (2004) içinde, s. 5 vd.

³³ *A. Leisner* (4 nolu dipnot), s. 565.

³⁴ *A. Leisner* (4 nolu dipnot), s. 568 devamı; ayrıca karşılaştırma için 10 nolu dipnotta yer alan tasarrufla ilgili geçmişe yürüme kavramı ile ilgili dayanaklar.

³⁵ *Hey* (8 nolu dipnot), s. 125.

³⁶ *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, Diss. (Doktora Tezi) Köln, Berlin 1989, S. 58 devamı, 64 devamı.

birlikte temel hakların korunmasıyla sağlanan hukukî durumlar ve açık bir şekilde hukuk devleti olmanın gerektirdiği güvenin korunması arasında temel hakların “ölçek faktörü” olarak değerlendirilebilecek ve “ölçme kriteri” olarak değerlendirilemeyecek çerçevede bir ayrıma gitmektedir³⁷. “İşleyen bir vergi planlamasının korunması hakkı” hukuk devletinden kaynaklanan güvenin korunmasından türemektedir³⁸. *Hey*, eşitlik ilkesini merkez alarak devletin işlemlerindeki değişikliklerinin denetlenmesine karşı çıkmaktadır³⁹. *Birk*⁴⁰ kuralın kapsamına ve yeteri derecede belirli, anlaşılır, güvenilir ve tutarlı olması sonucunda ortaya çıkabilecek olan güveni kanunların bağlayıcılığının doğrudan bir sonucu olarak açıklamaktadır⁴¹.

2. Eşitlik İlkesiyle İlgili Yaklaşımlar (Eşitlik Hukukuyla İlgili Yaklaşımlar)

Güvenin korunmasının açık ve daha çok birincil olarak eşitlik ilkesiyle ilgili temeli, ne eski çalışmalarda⁴² ne de burada kısaca özetlediğimiz yeni doktrinde, güvenin korunmasının özgürlüklerdeki temelleri kadar önemli görülmemiştir⁴³. Temelini hukuk devletinden alan ve tutarlılıktan yoksun yeni düzenlemeler nedeniyle zedelenebilen süreklilik şartı güvenin korunmasına ek olarak⁴⁴, *P. Kirchhof*'un da⁴⁵ aslında tartıştığı ve itiraz edebilme

³⁷ *Hey* (8 nolu dipnot), s. 180 vd.

³⁸ *Hey* (8 nolu dipnot), 798, 133 vd.; aynı şekilde (8 nolu dipnot), 1444.

³⁹ *Hey* (8 nolu dipnot), s. 800, 176 vd.

⁴⁰ *Birk* (8 nolu dipnot), s. 13, 17.

⁴¹ Federal Anayasa Mahkemesi'nin 22 nolu dipnotta yer alan kararlarının dayanaklarının yanısıra güvenilirlik şartı ile ilgili karşılaştırma için *Waldhoff* DStJG 27 (2004), s. 131 devamı.

⁴² Karşılaştırma için sadece *Dürig M/D/H/S* (Maunz, Dürig, Herzog, Scholz) içinde Alman Anayasası m. 3, paragraf 212 devamı; *Zippelius*, *Das Wesen des Rechts*, 1978, S. 145; *Achterberg* in *VVDStRL* (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler) 32 (1974) içinde, s. 228: “Alman Anayasası'nın 3'üncü maddesi ve diğer özgürlükler; eşitlik ilkesi ile temellendirilmesine karşı görüş olarak *Radelzhofer*, *JZ* 1973, 536 vd.

⁴³ Karşılaştırma için yine *Werder* (4 nolu dipnot), S. 140 vd.

⁴⁴ Ek olarak bkz. yukarıda I'inci başlık altındaki açıklamalar.

⁴⁵ *P. Kirchhof* (13 nolu dipnot), 224 devamı.

şartı şeklinde ifade ettiği, eşitlik ilkesiyle de temellendirilmesine götürmektedir. Ancak, bir karşılaştırma yapıldığında, eşitlik ilkesi, geçmişe etkileyen düzenlemenin korunması gereken bir hukukî değere zarar vererek temel hakkın zedelenmesi sonucunu doğurduğu durumlarda kabul edilir olduğundan özgürlüklere göre daha dar bir anlam taşımaktadır⁴⁶. *Mellinghoff*⁴⁷, eşitlik ilkesini temel hak ve özgürlüklerin yanında kanun koyucunun kanuna dayanan mevcut durumu korumak adına temel bir yükümlülüğü olarak adlandırmakta ve bu tedbirlerin de yine kendi görüşüne göre özgürlüklere dayandırılmasının gerektiğinin varsayılabilir olduğunu bildirmektedir. *Hey*⁴⁸ kanun koyucunun eski ve yeni etkilenen kişilere, aralarındaki esaslı farklılıklara rağmen eşit davranması halinde Alman Anayasası'nın 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasını ilgilendirdiğini düşünmekte; genel anlamda geçiş aşamasındaki problemleri eşitlik ilkesine ve güvenin korunması gereken hallerin keyfi sayılabilecek şekilde göz önünde bulundurulmadığı haller için önem vermektedir. *A. Leisner*⁴⁹, hukukî devamlılıkla bağdaştığı ölçüde sistem adaletinin ve (bu sayede) zamanla eşitliğin oluşacağı gerekçesi ile süreklilik şartına dayalı olarak en azından dolaylı bir şekilde güvenin korunmasının⁵⁰ sağlanacağını etkili bir şekilde ifade etmiştir. Genel kural içinde düzenlenen güvenin korunması, sadece dönemsel vergiler için dolaylı bir koruma sağlamaktadır. Özellikle, temelde eşitlik kuralına dayanan ödeme gücüne göre vergilendirme ilkesi kapsamında düzenlenen gelir vergisinde bu durum bu daha güçlü bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

IV. Dönemsellik İlkesi Temelinde Hukukî Güvenin Korunması

Dönemsellik ilkesi temelinde hukukî güvenliğin güvence altına alınma teşebbüsü, gelir vergisi hukukunda gerçek olmayan geçmişe yürüme açısından ek bir hukuka uygunluk yaratma amacını gerçekleştirilememiştir. Daha çok, geleneksel gerçek olmayan geçmişe yürüme dogmatizminin tam aksine,

⁴⁶ *P. Kirchhof* (13 nolu dipnot), 225.

⁴⁷ *Mellinghoff* (4 nolu dipnot), 29.

⁴⁸ *Hey* (8 nolu dipnot) s. 174 vd.

⁴⁹ *A. Leisner* (4 nolu dipnot), s. 204 vd.

⁵⁰ Ek olarak bkz. yukarıda I'inci başlık altındaki açıklamalar.

eşitlik ilkesi içerisinde somutlaşan ödeme gücüne göre vergilendirme ilkesine dayalı dönemsellik ilkesi, değişik şekillerde güvenin korunmasına karşı değil bilhassa korunmasını sağlayıcı özel bir anayasal temel oluşturduğu gösterilebilir.

1. Dönemsellik İlkesinin Maddi Anlamda Eşitlik İlkesine Dayandırılması

Özellikle dönem aşan zarar hesabı sorununda⁵¹ karşımıza çıkan kısmî vergilendirmenin birçok karışıklık ve deformasyona sebep olması konusunda özel bir gerekçe göstermeye ihtiyaç yoktur. Bu nedenle ödeme gücüne göre vergilendirme ilkesinin adaleti sağlama göreviyle bağdaşmayan kısmî vergilendirme, vergilendirme tekniği açısından sıklıkla gerekli görülmektedir. En azından gelirin safılığı ilkesinin kısmî vergilendirmeye aykırı olduğu⁵² ve en idealinin toplam kazancın vergilendirilmesini gerektirdiği hakkındaki eleştiride amaç bakımından görüş birliği bulunmaktadır⁵³. Dönemsel hesaplanmanın, “birbiri ile bağlantılı hesap ilişkilerini, tıpkı bir giyotin gibi birden kesmesi” nedeniyle aslında istisnâ olarak uygulanması gerekirken, uygulamada belli başlı amaçların gerçekleştirilmesi açısından zarurî görülmektedir⁵⁴. *Tipke*⁵⁵, toplam gelirin zaman aralıklarına göre küçük parçalara ayrılmasının muhakkak içinde bir parça keyfilik barındırdığı görüşündedir. Dönemi aşan düzenlemelerin, sosyal amaçlı ya da imtiyaz sağlayıcı değil; vergi yükünün adaletli dağılımına hizmet eden düzenlemeler olduğunu ifade etmektedir⁵⁶.

⁵¹ Zararın göz önünde bulundurulmasına ilişkin anayasal düzenlemelerle ilgili bkz. *Lehner*, Münchener Schriften zum Internationalen Steuerrecht içinde, Kitap 24, s. 1.

⁵² *Birk*, StuW 2000, 328 (331 devamı); *Giloy*, FR 1979, 133 (134 devamı); *Arndt/Jenzen*, DStR 1998, 1818 (1821).

⁵³ *Tipke*, StuW 1971, 2 (16); karşılaştırma için ayrıca *J. Lang*, Die Bemessungsgrundlage, 1988, s. 60 vd., 183 vd.

⁵⁴ *Aufermann*, Einkommensteuerbilanz und Verlustkompensation, 1959, s. 30.

⁵⁵ *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Cilt II, 1993, s. 669 hâkim görüşün geniş dayanaklarıyla.

⁵⁶ Ve ayrıca *von Groll*, Kirchhof/Söhn/Mellinghoff içinde, EstG, §10, paragraf A 43; *Orth*, Interperiodische Verlust-Kompensation im Gewerbesteuerrecht, s. 114 vd.

Bu eleştirel görüşün aynen açık bir şekilde karşısında, maddî anlamda adaleti sağlayan dönemsel vergilendirme görüşü yer almaktadır. *Schick*⁵⁷ karşılaştırma ölçütünün, vergi adaletinin sağlanmasının şartı olarak esasın yanısıra zaman dilimi bakımından da karşılaştırılabilirliği kapsamı gerektirildiğini ileri sürmektedir. Ancak dönemsel vergilendirme ilkesinin seçilecek bir kaç noktada uygulanmasına izin verilmesi halinde sadece zaman bakımından sınırlanmış ya da en azından etkileri zaman bakımından tahmin edilebilen olgular birbirleri ile ilişkilendirilebilir. Buna karşılık dönemsel vergilendirmenin keskin bir aleyhtarı olan *Drüen*⁵⁸, maddî adaletin sağlanmasının kısa hesaplama ve tahkikat sürelerine karşılık geldiği ve kanun emirleri ile bir yanda bu sürelere uyulması diğer yanda hukukî güvenliğin ve güvenin korunması şartları arasındaki dengenin sağlanması için sınırları bilinen vergilendirme sürelerinin gerekli olduğu düşüncesini savunmaktadır⁵⁹. *Walter Schick* ile paralel olarak *Drüen* katı dönemsel vergilendirmelerin orantısız bir şekilde yükümlülük yaratma sonucunu doğurabilecek olması nedeniyle kısmî vergilendirme bakımından kanunî istisnaların ve yumuşatmaların olması gerektiğini düşünmektedir. Bu yüzden *Drüen*, dönemi aşan zarar mahsubunu bu duruma örnek vermektedir⁶⁰. *P. Kirschhof*⁶¹ yıllık olma ilkesini “maddî vergilendirme ilkesi” olarak değerlendirmektedir. Gelirin bölümlenmiş şekilde vergilendirilmesi, kişisel vergi yükünü gecikmesiz dağıtmakta, güncel olarak vergi yükünün eşit dağılımını sağlamakta ve devletin özel işletmelerin kazançlarına güncel şekilde paydaş olmasına izin vermektedir⁶². *Dieter Birk*⁶³ de vergisel ödeme gücünü dönemle bağlan-

⁵⁷ *Schick*, Der Verlustrücktrag, 1976, s. 13 vd.

⁵⁸ *Drüen*, Periodengewinn und Totalgewinn, 1999, s. 80 vd.

⁵⁹ *Drüen*, (58 nolu dipnot), s. 93 vd.; bu bağlamda hukukî güvenlik ile bağlantılı bakış açısı ile ilgili karşılaştırma için ayrıca *J. Lang*, (53 nolu dipnot), s. 189; *Waldhoff* (41 nolu dipnot), s. 147 devamı.

⁶⁰ *Drüen*, (58 nolu dipnot), s. 101 devamı.

⁶¹ *P. Kirschhof*, Kirchhof/Söhn/Mellinghoff içinde, EStG, §2, paragraf D.275, aynı şekilde Kirchhof içinde EStG, §2 paragraf 153 devamı, aynı şekilde, StuW 2000, 221 (224 devamı); karşılaştırma için ayrıca Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes, temellendirme için §8 (Verlustabzug- Zarar indirimi).

⁶² *P. Kirschhof*, StuW 2000, 221 (225).

⁶³ *Birk*, Altersvorsorge und Alterseinkünfte im Einkommensteuerrecht, s. 30; aynı şekilde (12 nolu dipnot), s. 157.

tılı açıklamaktadır. Gelir vergisinin temelinde, beyan etme suretiyle yansıtılan gerçek ödeme gücü anlamında güncel ödeme gücü olması gerekmektedir. “Geciktirilmesi şart koşulan ödeme gücü” ise gelir vergilendirmesi ile bağdaşmaz.

Federal Anayasa Mahkemesi, safilik ilkesine ilişkin (zamanla ilgili) bir açıklamasının içerisinde, (Alman) Gelir Vergisi Kanunu’nun satın alma giderlerinden yapılacak mahsuplara, bunların iktisap edildiğine dair girişinin tarh dönemi içerisinde uygulanmamış olması halinde dahi izin verdiğini belirtmektedir⁶⁴. Buna uygun olarak hatta mahkeme yine 1991 yılındaki bir kararında zarar beyanının zaman açısından beş yıla sınırlandırılmasının⁶⁵ “kısmî vergilendirme ilkesi” ile maddî hukuk açısından “safilik ilkesine göre vergilendirme ilkesi” arasında bir değerlendirme çelişkisi yarattığını kabul etmektedir; ancak bu değerlendirme çelişkisinin tek taraflı olarak safilik ilkesi lehine çözümlenmemesi, bilakis maddî anlamda vergi adaletinin sağlanması bakımından⁶⁶ aynı şekilde hukuk devleti ilkesinin içerisinde yer alan hukukî güvenlik ilkesinin (kısmî vergilendirme lehine tamamlandığında) karşılıklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kısmî vergilendirmenin hukuka uygunluğunun sağlanması için hukukî güvenlik argümanı, daha sonraki kararlarda, *Paul Kirschhof*⁶⁷ tarafından ileri sürülen tartışmalara paralellik göstermektedir. Buna göre gelir vergisi yükümlüsü, “vergiye tabi bütün geliri” ile “devletin mevcut finansman ihtiyacını” karşılamaktadır. Buna uygun olarak gelir vergisi, yıllık olarak yapılandırılması ve tahsilâtının süreklilik arz etmesi ile de “zaman içerisinde vergi yükü eşitliğini” sağladığını doğrulamaktadır⁶⁸. Federal Anayasa Mahkemesi, gelir vergisinin açıkça yıllık vergi formunda “maddî eşitlik uğruna”⁶⁹ tipeştirilmiş olduğunu belirtmektedir.

Alman Federal Finans Mahkemesi’nin görüşü süreklilik arz etmemesine rağmen Federal Anayasa Mahkemesi’nden daha keskin bir şekilde bu

⁶⁴ Federal Anayasa Mahkemesi’nin 99, 88 (96 devamı) nolu kararları.

⁶⁵ Federal Anayasa Mahkemesi, HFR (Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung) 1992, 423 (424).

⁶⁶ Sadece burada vurgulanmaktadır.

⁶⁷ Karşılaştırma için 13 nolu dipnottaki dayanaklar.

⁶⁸ Federal Anayasa Mahkemesi’nin 96, 1 (7) nolu kararı.

⁶⁹ Federal Anayasa Mahkemesi’nin 96, 1 (7) nolu kararı.

yönde seyretmektedir. Hâlihazırda 1961 yılında⁷⁰ verilen bir kararda Federal Danıştay, (Alman) Gelir Vergisi Kanunu'nun 10'uncu maddesinin hakkaniyet kuralı olmayıp, bilakis "Karışıklıkların ve Rastlantıların" hafifletilmesi amacını güden, "daha çok şekli ve her halükarda bir işletmenin toplam ömründe doğal olmayan bir kesit" olduğu tesbit etmiştir. Ekonomik anlamda ödeme gücü ilkesine göre genel vergi adaleti ve vergilendirme anlamında "ideal" bir vergilendirmenin 11.2.1998 tarihli bir kararda, sadece verginin toplam gelirden tahsiline tekabül ettiği belirtilmektedir⁷¹. Ödeme gücü ilkesinin bir ifadesi olarak dönemi aşan zarar mahsubunun açıklanması bu nedenle dönemsellik ilkesinden çıkarak hukukî güvenliğe geçecektir⁷². Alman Gelir Vergisi Kanunu'nun 2'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin asgarî geçim haddinin yükü ile ilgili 6.3.2003 tarihli⁷³ kararda, Alman Gelir Kanunu'nun 2'inci maddesinin 7'inci fıkrasında yer alan dönemsellik ilkesi sadece basit kanunî niteliğine ışık tutmaktadır. 2001 yılından tarh dönemine ilişkin bir kararda da "sırf tahsilât tekniği sebeplerinden seçilmiş olduğu"⁷⁴ belirtilmektedir.

Bu ipuçlarının (argümanları) esaslı noktası olarak kısmî vergilendirme ilkesinin maddî eşitliğe ve malî anayasa hukukuna dayanan temelinden, dönemsellik ilkesi içerisinde kural olarak bireysel güvenin korunmasının, tarh dönemi süresince güvenin korunmasına yönlendirilmiş olması gerektiği sonucunun çıkarılması gerekmektedir.

2. Dönemselliğe Dayalı Güvenin Korunmasının Gerekçelenirilmesi

Diğer yorumlamaların çıkış noktasını, dönemsellik ilkesinin geniş anlamda anayasa hükümlerine tekabül eden hali oluşturmaktadır. Buna göre

⁷⁰ Federal Vergi Mahkemesi'nin 28.7.1961 günlü kararı, BStBl (Bundessteuerblatt) 1961 III, 436.

⁷¹ Federal Vergi Mahkemesi'nin 5.6.2002 günlü kararı, Federal Vergi Mahkemesi/NV (niet veröffentlicht-yayımlanmamış) 2002, 1549 (1551); 11.2.1998 günlü II, 485 (486) kararı.

⁷² Federal Vergi Mahkemesi, 71 nolu dipnot.

⁷³ Federal Vergi Mahkemesi'nin 6.3.2003 günlü kararı, BStBl 2003 II, 523; sorun hakkında karşılaştırma için *H.-P. Schneider*, INF (Information über Steuer und Wirtschaft) 2003, 182 vd.

⁷⁴ Federal Vergi Mahkemesi'nin 9.5.2001 günlü kararı, BStBl. 2001 II, 552.

vergi hukuku açısından oldukça mühim olan, vergi yükümlüsünün tarh dönemi içerisinde gerçekleştirilmesi muhtemel her bir kazanç ve harcamaya ilişkin maddî vakıaların, nihayetinde ilk olarak bu sürenin sonunda tüm döneme etkili olarak tesbit edilecek ve vergiyi etkileyici sonuç doğuracak olmasıdır. Buna paralel olarak bütün bir dönem boyunca gerçekleşen maddî vakıalar vergisel açıdan olduğu gibi bütün dönem boyunca geçerli olan düzenleme hükümlerine göre de normatif bir önem taşımaktadır. Tarh dönemine dayalı güvenin korunması *somut olayda talep edilen (postulat), bir vergilendirme döneminde gerçekleşen maddî vakıalar ile bu vergilendirme döneminde geçerli olan hukuk bakımından bir bağlantı (eşsafhalılık) (Kohärenz) olması gerektiği* sonucunu doğurmaktadır. Bu somut bağlantı, vergilendirme döneminin sonunda tüm dönem için yeknesak şekilde gerçekleştirilen vergilendirme yetkisinde ayrıntılı yılsonu hesabının kural değeri taşıyan ve aynı şekilde vergilendirme döneminin başından sonuna kadar değiştirilmeyecek şekilde geçerli olması gereken düzenlemelere uygun sonuç doğurması gerektiği anlamına gelmektedir. Gerçi bu şekilde temellendirilen bağlantılılık (eşsafhalılık) (Kohärenz) kamunun refahını ilgilendiren önemli durumlarda kanun değişikliğinin gerekmesi halinde çığnenebilmektedir. Sadece vergilendirme dönemi içerisinde ya da dışarısına etkili geçmişe yürüme kriterine bağlı bir değerlendirme de her halükarda geçersiz olacaktır.

V. Sonuçlar

Döneme bağlı olarak güvenin korunmasından sadece üzerinde görüş birliği bulunan gerçek ve gerçek olmayan geçmişe yürüme değil, aynı zamanda geçmişe yürümeden bağımsız olarak birden fazla vergilendirme dönemine denk gelen vergilendirilebilir olayların dikkate alınması sonucu da doğmaktadır.

1. Gerçek Olmayan Geçmişe Etkiye (Yürümeye) Veda

Bir vergilendirme döneminde gerçekleşen olaylar ve bu vergilendirme döneminde geçerli olan kuralların arasında maddî anlamda tutarlılık olması önermesinin sonucu olarak ilk bakışta vergilendirme dönemi içerisinde tam olarak tasarruf anının sabitlenmesinden feragat edildiği söylenebilir. Cevaplandırılmayan zor soru ise hangi şartlar altında bir vakıanın yürürlükte

olduğu ve nihaî olarak hukukî ya da bilhassa ekonomik tasarrufunun ne zaman gerçekleştiğidir⁷⁵. Bu durumda artık belli bir vakıanın tarh dönemi içerisinde ne zaman gerçekleşmiş olduğuna bağlı olunmaksızın, sonuçta vergilendirme dönemi içerisinde etki eden geçmişe etkili bütün kanun değişikliklerinin katı ölçütlere göre gerçek geçmişe yürüme olarak değerlendirilmesi gerekir. Teoride kabul gören gerçek olmayan geçmişe yürüme ile burada döneme bağlı olarak güvenin korunmasından çıkarılan sonuç arasında, muamele ve tasarrufa bağlı geçmişe yürüme kavramının somutlaştırılmasına çabalayan yeni bir geçmişe yürüme teorisini ortaya çıkarmaktadır⁷⁶. Ancak burada vurgulanan üzerinde uzlaşılan gerçek olmayan geçmişe yürüme hallerinden yola çıkarak yapılan çözümlemenin sonucunda daha başka, etraflıca düşünülmüş olan kriterlerine göre gerçek geçmişe yürümenin anayasaya uygun olması gibi sonuçların da çıkarılabilmesi mümkündür. Ancak her halde kural olarak maddî vakıa bakımından geçmişe bağlama kavramından ayrılınması zorunludur.

2. Dönemsel İstisnaların İstisnaları

Döneme bağlı vergisel ödeme gücü kavramının arka planında, belli bir zaman aralığı ile standartlaştırılmış tarh dönemi içerisinde araştırılan ödeme gücünün; tarh dönemini vergisel etkileri bakımından aşan maddî durumlara bakıldığında sorunlu olduğu görülmektedir. Bu türden geleceğe etkili olaylara örnek olarak tarh dönemi içerisinde tazmin edilememiş zararlar ve yine uzun yıllar boyunca kazançları etkileyecek şekilde kullanılan yatırımlar verilebilir. Bu anlamda geçmişe etkili bir olaya örnek olarak gayrimenkul devri (temlik)nde olduğu gibi önemli hisselerin devri ya da işyeri kapanışı durumlarında meydana gelebilen uzun yıllar boyunca oluşagelen değer artışlarının reelleştirilmesi örnek verilebilir. Tüm bu durumlarda, vergisel anlamda ödeme gücünün, vergilendirme dönemi olarak tipleştirilen zaman aralığı sınırlarında nihaî olarak nasıl ve hangi ölçüde belirleneceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruya soyut bir cevap vermek gerekirse vergisel

⁷⁵ Bu sorunla ilgili temel olarak *K. Vogel* (4 nolu dipnot), s.876 vd. ve 19 nolu dipnottaki dayanaklar.

⁷⁶ Ek olarak bkz. yukarıda I' inci başlık altındaki açıklamalar ve 10 nolu dipnottaki dayanaklar.

anlamda ödeme gücü ilkesinin dönemle ilgili görünüşünün istisnasının eşitlik ilkesinin sınırları içerisinde izin verilen tipleştirmelerin aşılması durumunda gerekli olduğu söylenebilir. Bu da özellikle temel hak ve özgürlüklerin istisnaen tipleştirilmiş eşit davranmayı icab ettirmesi durumunda söz konusu olur. Bu bakımdan ödeme gücü ilkesinin sadece özgürlükleri sadece subjektif saflık ilkesinin gerektirdiği kadar somutlaştırılmaması gerektiğine dikkat edilmelidir⁷⁷. Özgürlükler ile ilgili düzenlemelerin objektif saflık ilkesi bakımından bilakis daha fazla göz önünde bulundurulması gerekir. Zararların hesaplanması durumlarına bakıldığında, pozitif gelirlerin vergi yükünden korunması suretiyle zararların telafi edilmesinin gerektiği müddetçe Anayasası'nun 14'üncü maddesinin temel ifadesini oluşturan kişisel faydalanma garantisi uygulama alanı bulmaktadır⁷⁸. Buradan da öncelikle dönem içine etki eden zarar sınırlamasının, suiistimali önleme sebepleri ile hukuka uygunluğu sağlanamadığı sürece kural olarak anayasaya aykırılığı söz konusu olacaktır. Tipik olarak tarh dönemi içerisinde telafi edilenlerin dışındaki zararların söz konusu olması halinde dönemi aşan zararların dikkate alınmasında başka bir şey geçerli değildir. Uzun yıllar boyunca oluşan değer artışlarının reelleştirilmesi hallerinde kanun koyucu, sadece tarh dönemi akışında şekillenen ödeme gücünü olağan dışı gelirlerin elde edilmesi yoluyla gerçekleşen maddî vakıalar yoluyla da dikkate alması gerekmektedir. Uzun yıllar boyu değer artışı kazanan gayrimenkullerin değer artışlarının reelleştirilmesi açısından da farklı bir durum söz konusu değildir. Eğer burada bilhassa gayrimenkulleri elde tutma müddetinin geçmişe dönük uzatılması tartışılacak olursa⁷⁹, hâlihazırda elde bulundurma süresinin iki yıldan on yıla mülkiyet hakkının özen yükümlülüğü bakımından son derece düşündürücü görünen uzatmanın geçmişe yürüme sorunundan bağımsız olduğunu tesbit etmek gerekir⁸⁰.

⁷⁷ Bu gelişim hakkında karşılaştırma için bkz. *Lehner*, Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht, 1993, s. 337 vd., 361 vd., 408 vd.

⁷⁸ *Lehner*, (51 nolu dipnot), s. 16 vd.

⁷⁹ Karşılaştırma için *Spindler* (10 nolu dipnot), s. 79 vd.; *Reimer* (4 nolu dipnot), s. 117 vd.; *Paus*, FR 2005, 627; *H. Jochum*, NJW 2004, 1427; *Seeger*, FR 2002, 1373; *Hey*, BB 2002, 2312, *Mösl*, DStR 2003, 720; Federal Vergi Mahkemesi'nin 16.12.2003 günlü taslak kararı (Vorlagebeschluss), BStBl II 2004, 284.

⁸⁰ Karşılaştırma için bkz. *Birk/Kulosa*, FR 1999,433 (438).

Anayasa hukuku bakımından şüpheli olan, uzun yıllar boyunca yüksele gelen ve geçmişe yürüyen bir kanuna konu olan değer artışlarının vergilendirilmesi durumu Alman Federal Finans Mahkemesi, değerlendirdiği olayda yatırım hisselerinin azaltılması sınırını (Alman) Gelir Vergisi Kanunu'nun 17'inci maddesinin 1'inci fıkrası 1999 kapsamında Anayasaya aykırı değerlendirilmesi gereken bir durum olmadığına karar vermiştir⁸¹.

⁸¹ Federal Vergi Mahkemesi'nin 1.3.2005 günlü kararı, BStBl 2005 II, 436; Federal Vergi Mahkemesi'nin 1.3.2005 günlü kararı, BStBl 2005 II, 398; ek olarak karşılaştırma için *Weber-Grellet*, FR 2005, 646; *H.Weber*, BB 2005, 985; *Paus*, FR 2005, 627; *Birk/Kulosa* (80 nolu dipnot); *Schneider*, Kirchhof/Söhn/Mellinghoff içinde, EStG,§17, paragraf A 255 vd.; ek olarak *Albert* (4 nolu dipnot), s. 95 vd.

**TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA
ALEYHE DEĞİŞİRME (REFORMATIO IN PEIUS)
YASAĞINA İLİŞKİN
- ÖĞRETİ VE UYGULAMA BOYUTLARIYLA -
GENEL BİR DEĞERLENDİRME**

*Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK**

*Arş. Gör. İlker TEPE***

I. GENEL ÇERÇEVE

Ceza muhakemesi hukukumuzda gerek öğreti gerekse uygulama bakımından üzerinde sıklıkla durulan kurumlardan biri aleyhe değiştirme (reformatio in peius) yasağıdır. Bu yasak, sanık lehine başvuru olan bir denetim muhakemesi (kanun yolu) sürecinde sanığa tanınmış bir güvence olarak ifadelendirilebilir. Nitekim CMK'daki aleyhe değiştirme (reformatio in peius) yasağına ilişkin düzenlemelere bakıldığında bu durum daha açık bir şekilde görülmektedir. Şöyle ki; Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurusu halinde bu başvurunun sonuçlarını düzenleyen CMK m. 265'e göre; Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez. Yine gerek olağan kanun yolu olarak istinaf (CMK m. 283) ve temyizde (CMK m. 307/4) gerekse olağanüstü bir kanun yolu olarak kanun yararına bozmada (CMK m. 309/4); anılan kanun yollarına sanık lehine başvurulduğu ve başvuru neticesinde hüküm bozulduğu takdirde,

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

bozmaya uyan ilk derece mahkemesinin vereceği yeni hükümde tayin edeceği cezanın, bozulan hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir.

İlk derece mahkemesi açısından bir yasak, sanık açısından ise bir güvence niteliği taşıyan bu düzenleme ile ilgili öğretimizde ve uygulamamızda bir takım temel sıkıntılar gözlemlenmektedir. Bu sıkıntılar her şeyden önce söz konusu kurumun amacına uygun bir şekilde yorumlanması ve uygulanmasına dair sorunlar olarak dikkati çekmektedir. Bu sorunların başında da terminoloji sorunu gelmektedir. Zira aynı yasağa ilişkin farklı içerik ve kapsamı çağrıştıran çok sayıda terimle karşılaşmaktadır. Bu çeşitlilik içerisinde inceleme konusu yasağın doğru anlaşılması ve uygulanmasında bir takım zafiyetlerin ortaya çıkması da kaçınılmazdır. Anılan durum en çok yasağın kapsamı konusunda kendini göstermektedir. Bu bakımdan yasağın fonksiyonları, hangi kapsamda anlaşılması gerektiği gibi hususlar da önemli birer sorun olarak değerlendirilebilir. Bu çalışmada esas itibarıyla, özellikle Alman ceza muhakemesi hukuku öğreti ve uygulamasından da istifade ederek, anılan sorun odaklarına ilişkin bakışımızı ortaya koyan genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır. Bu değerlendirmelerin akabinde de Yargıtay'ın bu yasağı nasıl algıladığı ve uyguladığına ilişkin bir kararı eleştirel bir bakış açısıyla irdelenecektir.

II. TERMİNOLOJİ SORUNU

Sanık lehine başvurulmuş bir kanun yolu denetiminde bozulan hükmün ilk derece (=hüküm) mahkemesinde yeniden tesis edilmesi esnasında, bozulan hükümde tayin edilen yaptırımdan (ceza ve güvenlik tedbiri) daha ağır bir yaptırıma hükmedilememesi Roma hukukunda "*reformatio in peius (=pejus) judici appellato non licet*" şeklinde ifade edilmiştir¹. İlerleyen

¹ Liebs, Detlef, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 6. Aufl., Münih 2007, s. 204; Erdoğan, Belgin; Hukukta Latince/Teknik Terimler - Özlü Sözler, İstanbul 2004, s. 114. Erdoğan, bu ilkeyi "*bir hükmün aleyhe değiştirilmesi caiz değildir.*" şeklinde tercüme etmiştir. Ancak bu çalışmanın devamında ayrıntılarıyla ifade edileceği üzere tercümenin eksik olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla yapılan bu atıf sadece ilkenin Latince bakımından geçerli olup, Türkçe tercümesinin tarafımızca benimsendiği sonucunu içermemektedir.

dönemlerde bu ilke “*reformatio in peius (=pejus²) yasağı*” olarak kabul edilmeye başlanmıştır³.

Alman ceza muhakemesi hukukunda, bu Latince kullanımın dışında “*ağırlaştırmama / kötüleştirilmeme yasağı (Verschlechterungsverbot/ Verböserungsverbot)*” teriminin da tercih edildiği ve terminolojik yönden bir birliğin sağlandığı görülmektedir⁴. Ancak gerek Türk öğretisinde gerekse Yargıtay içtihatlarında aynı yasağa istinaden birden çok terimin tercih edilmesi, kaçınılmaz olarak bir terminoloji sorunu yaratmaktadır. Bu nedenle inceleme konusu yasağa ilişkin teknik değerlendirmelere girmeden önce

² Öğretide sıklıkla “*reformatio in peius*” kullanılmasına rağmen özellikle 1900’lü yıllardan önceki kaynaklarda “*reformatio in pejus*” şeklindeki kullanımlara da rastlanmaktadır. Bu tarz bir kullanıma da örnek teşkil etmesi bakımından, Bavyera’da (Bayern’de) ceza muhakemesi hukuku bağlamında “*reformatio in pejus*” kavramının koşullarıyla birlikte nasıl anlaşıldığına ve uygulandığına ilişkin olarak bkz. **Sueffert**, Hermann, Die Reformatio in in pejus im neuen, insbesondere bayerischen Strafprozesse, Münih 1861, s. 11 vd. (Kaynak: <https://download.digitale-sammlungen.de/pdf/1418575814bsb10378608.pdf>, Erişim Tarihi: 14.12.2014). Ülkemizde de “*reformatio in pejus*” şeklindeki kullanım örneği için bkz. **Kunter**, Nurullah; “Aleyhte Düzeltme Yasağı”, İÜHF, C:18, S:3-4, 1952, s. 664; **Öztürk**, Bahri (Ed.); Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2014, s. 738.

³ Yasağın tarihsel gelişim süreci için bkz. **Selçuk**, Sami/Çınar, Ali Rıza; Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı, Ankara 2014, s.21-22 (**Selçuk**), s. 74 vd. (**Çınar**); **Gerber**, Hans; Das Verbot der Reformatio In Peius im Reichsstrafprozessrecht, Breslau 1913, s. 100 vd.; **Keskin**, Serap; “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Reformatio in Peius’ Kuralı”, Prof. Dr. Turaf Tüfan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s.410-411; **Çınar**, Ali Rıza; “Aleyhe Değişirme Yasağı Kuralı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C: 19, S: 2, İstanbul 2013, s. 609 vd.; **Kunter**, 664.

⁴ KK - StPO (1982)/**Pikart** - §358, Prg. 18; **Tilch**, Horst; Müncher Rechts- Lexikon, Band:3, Münih 1987, s. 907; **Pfeiffer**, Gerd; Grundzüge des Strafverfahrenrechts, Münih 1987, s. 50 (prg. 140); **Peters**, Karl; Strafprozeß, 4. Aufl., Heidelberg 1985, s. 617; **Roxin** Claus, Strafverfahrenrecht, 23. Aufl., Münih 1993, s. 371; **Peglau**, Jens; Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, das Rechtsmittelverfahren und das Verschlechterungsverbot, NJW 2004, s. 3599; **Bringewat**, Peter; Gerichtliches Nachtragsverfahren gem. §§ 460, 462 StPO und das prozessuale Verschlechterungsverbot, NSTZ 2009, s. 542; KK-StPO/**Paul** (2013) - StPO § 331, Prg. 1; BeckOK - StPO (Güncellenme Tarihi:08.09.2014)/**Eschelbach** - § 331, Prg. 2.

kendi terminolojik tercihimizi ortaya koymak ve gerekçelendirmekte fayda görüyoruz.

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, “*reformatio in peius*” ifadesi tek başına bir yasağı çağrıştırmamaktadır⁵. Dolayısıyla hangi terminolojik tercihte bulunulursa bulunulsun, tek başına “*reformatio in peius*” değil “*reformatio in peius yasağı*”nın kullanılması zorunludur⁶. Bu sonuca basit bir çözümlenmeyle ulaşmak mümkündür. Şöyle ki; Latince “*peius*”

⁵ Bu bakımdan örneğin **Kaymaz**'ın “*Sanık veya onun lehine yasa yoluna başvurulduğunda hükmün sanık aleyhine sonuç doğurmasını yasaklayan bu kural karşılaştırmalı hukukta genellikle “reformatio in peius” veya “prohibition reformatio in peius” olarak adlandırılmaktadır.*” şeklindeki tespitine katılmamaktayız. Her ne kadar bu yasağın İngilizce karşılığı açısından bir sorun söz konusu olmasa da (kendi tercihi doğrultusunda) doğrudan aleyhte değiştirme yasağının karşılığını “*reformatio in peius*” olarak göstermesi eksiklik teşkil etmektedir. Bkz. **Kaymaz**, Seydi; “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C:19, S:2, İstanbul 2013, s. 1399. Benzer bir eleştiriyi **Centel/Zafer** için de ifade etmek mümkündür: “*Reformatio in peius, aleyhe değiştirme yasağı demektir.*” Bkz. **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2014, s. 765. Yine **Şahin/Göktürk**'te de “*reformatio in peius*”, tek başına “*aleyhe değiştirme yasağı*” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. **Şahin**, Cumhuriyet/**Göktürk**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 221. Bununla birlikte **Keskin**'in bu yasaktan “*reformatio in peius kuralı*” olarak bahsetmesi de kanaatimizce eksiklik teşkil etmektedir (**Keskin**, 409). Zira “*reformatio in peius*” bir kural olduğu doğrudur ama yazarın kastettiği anlamda bir kural değildir. Yazar esasında bozma sonrası cezanın (yaptırımın) ağırlaştırılması anlamındaki “*reformatio in peius*”un istisnası olan “*reformatio in peius yasağını*” inceleme konusu yapmıştır. Bu nedenle esasında yazarın kural olarak ifade ettiği şey aslında istisnadır. Aynı eleştiri **Mahmutoğlu** için de geçerlidir: “*Lehe kanun yoluna başvuru durumunda aleyhe cezayı ağırlaştırma yasağı şeklinde tanımlanabilecek bu kurum reformatio in peius kuralı olarak adlandırılmaktadır (Mahmutoğlu, Fatih Selami; “Dava Zamanlaşımı - Lehe Kanun - Aleyhe Bozma Yasağı”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C:1, İstanbul 2008, s. 534)*”. Bu konu ile ilgili aşağıda yapılacak olan “*reformatio in peius*” ile “*reformatio in peius yasağı*” karşılaştırmamıza bakılmalıdır.

⁶ **Weigert** Erich, “Reformatio in Peius”, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Hrsg: **Somlo**, Fritz Stier/**Elfter** Alexander), Band:4, Berlin/Leipzig 1927, s. 768; **Hofrat**, Wirkl/**Luggauer**, Karl; Juristenlatein, 3. Aufl., Viyana 1979, s. 230; **Benke**, Nikolaus/**Meissel**, Franz-Stefan; Juristenlatein, 2. Aufl., Münih 2002, s. 301.

kelimesi, kötü anlamına gelen “male (“malus”⁷)kelimesinin komparatif hali olup⁸, “daha kötü” anlamında kullanılmaktadır⁹. “Reformatio” kelimesi de yeniden şekil vermek, yeni bir forma sokmak anlamına geldiği için “reformatio in peius” tek başına “yeni halin/şeklin daha kötüleşmesi/ ağır-laşması” olarak tercüme edilebilir¹⁰. Bu anlamda “reformatio in peius”un

⁷ “Malus” kelimesinin kötü anlamına geldiğine ilişkin ceza hukukundan bir örnek olarak “dolos malus (kötü kast)” kavramı gösterilebilir. Kaufmann, ceza hukukunda kastın içeriğini tek başına/çıplak olarak hareketin değil tipe uygun hareketin teşkil ettiğini belirttiikten sonra “Ceza hukuku bağlamında kast daima ‘kötü kasttır (böse Vorsatz)’, yani dolus malus’tur” demektir. Bkz. Kaufmann, Arthur; Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1949, s. 170. Bununla beraber, Alman ceza hukukunun tarihsel gelişim süreci bağlamında Contitutio Criminalis Carolina’daki kast kavramının İtalyan hukukundaki “dolos malus” anlayışından izler taşıdığı tespitinde bulunan Ozansü, “dolos malus”u, çalışmanın kendi bağlamı içinde kanaatimizce de tutarlı olarak, “kötü niyet” şeklinde tercüme etmiştir. Bkz. Ozansü, Mehmet Cemil; Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi, İstanbul 2014, s. 337.

⁸ Menge Hermann, Lateinisch - Deutsches Schulwörterbuch mit besonderer Berücksichtigung der Etymologie, 2. Baskı, Berlin- Schöneberger 1907, (“male” kelimesi için) s. 445 - (“peius” kelimesi için) s. 548; Petschenig, Michael; Der kleine Stowasser/Lateinisch - deutsches Schulwörterbuch, Viyana 1913, (“male” kelimesi için) s. 306 - (“peius” kelimesi için) s. 363. “Peius” kelimesinin “male” (yani “kötü”) kelimesinin komparatif hali (yani “daha kötü”) olduğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. Campanini/Carboni, Vocabolario Latino - Italiano/Italiano - Latino, Torino 1945, s. 511.

⁹ Bu nedenle Kaymaz’ın “Latince’de ‘reformatio’, değiştirme, dönüştürme; ‘peius’ ise kötü, fena anlamına gelmektedir.” şeklindeki tespitine katılmıyoruz. Bkz, Kaymaz, 1399.

¹⁰ Bu nedenle Kaymaz’ın “Buna göre reformatio in peius, “kötüye değiştirme” veya “kötüye dönüştürme” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilir.” şeklindeki tespitine katılmamaktayız (Kaymaz, 1399). Zira yukarıda da işaret edildiği gibi “reformatio in peius”da iyi bir durumun yeni halde/durumda kötüleşmesi söz konusu değildir. Bilakis burada sanık açısından zaten kötü olan bir durumun daha da kötüleşmesinden bahsedilmektedir. Benzer yönde bir eleştiri Kaymaz’ın eserinde atıfta bulunduğu Selçuk için de geçerlidir: “Latince ‘peius ya da pejus’ sözcüğü ‘kötü, fena’ anlamlarına gelmektedir. ‘Reformatio’ sözcüğü ise ‘iyileştirme, düzeltme, değişim, değiştirme, başkalaştırma, dönüştürme’ demektir. O zaman sözcük sözcüğe çevrildiğinde ‘reformatio in peius’ deyiminin tam karşılığı bellidir: ‘Değiştirme, kötüleştirme, kötüye dönüştürme’. Dikkat edilecek olursa Selçuk’un “tam karşılığı” olarak ifade ettiği tercüme yukarıda ortaya koyduğumuz

özelde ceza muhakemesi hukuku genel de ise (hukuk muhakemesi de dâhil olmak üzere) muhakeme hukukunda bir yasağa karşılık gelecek şekilde kullanılabilmesi için muhakkak “yasağı” kelimesiyle birlikte kullanılması gerekmektedir.

Bunu denetim (kanun yolu) muhakemesi bağlamında şu şekilde temellendirmek mümkündür: Bilindiği üzere kanun yolu denetimine sadece sanık lehine değil sanık aleyhine de başvurulabilir ve sanık aleyhine başvuru kanun yolu denetimi neticesinde ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm bozulursa, bozma sonrası yeniden tesis edilecek hükümde bozulan hükümden daha ağır bir cezaya (yaptırıma) hükmedilebilir. İşte burada ifade edildiği şekliyle; sanık aleyhine başvuru kanun yolu denetimi neticesinde bozulan hükme, yine sanık aleyhine olacak şekilde daha ağır ceza tayinine gidilmesi “*reformatio in peius*”tur.

Şu halde “*reformatio in peius*” tek başına kullanıldığında, bozmadan sonra mahkemelerin özgürce hüküm tesis etmesi ilkesinin bir yönünü vurgular niteliktedir¹¹. Keza bozmadan sonra mahkemelerin özgürce hüküm tesis etmesi ilkesinin diğer yönü de “*reformatio in melius*”tur, yani bozmadan sonra tesis edilen yeni hükmün sanık lehine olarak iyileştirilmesidir (=

değerlendirme çerçevesinde en azından eksiktir. Bkz. **Selçuk**, Sami; “Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı” ve Ülkemizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Yaklaşım”, TAAD, Y:2, C:1, S:7, 2011, s. 10.

¹¹ “Bozmadan sonra serbestlik ilkesi” ile “*reformatio in peius yasağı*” arasındaki ilişkiyi **Öztürk (Ed.)** şu şekilde ifade etmektedir: “Bozma kararına uyulması durumunda yeni bir ceza muhakemesi yapılacaktır. Buna ilgilerin çağırılması ile başlanacak, bozmaya karşı diyecekleri sorulacaktır (CMUK m. 326/1, CMK m. 307/1). Bozmadan sonra yapılacak yeni bir ceza muhakemesi CMK'daki genel kurallara göre yapılacak ve yeni bir hükümle sona erecektir. Bu hüküm de temyiz edilebilecektir. Bu yeni ceza muhakemesinde mahkeme, kural olarak, ne ilk kararı ne de Yargıtay'ın bozma kararı ile bağlıdır. Buna bozmadan sonra serbestlik ilkesi denmektedir. Bu kuralın istisnaları şunlardır: 1.- Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine savcı veya kanunî mümessil veya sanığın eşi tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz. Bu durum aleyhe değiştirme yasağı veya *reformatio in peius yasağı* olarak anılmaktadır (**Öztürk (Ed.)**, 738).” “Bozmadan sonra serbestlik ilkesi” için ayrıca bkz. **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 1295; **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2014, s. 869 vd.; 1292; **Çınar**, 634.

daha az cezaya hükmedilmesidir)¹². Dolayısıyla “yasağı” kelimesi kullanılmadığı sürece “*reformatio in peius*”, bozmadan sonra verilen yeni hükümle sanığa yüklenen yaptırımın ağırlaşmasını ifade etmektedir ve sadece bir tespit anlamı taşır (aynen “*reformatio in melius*”da olduğu gibi).

Ayrıca şunu önemle belirtmek gerekir ki; gerek “*reformatio in peius*” gerekse “*reformatio in melius*” için sanık lehine bir kanun yolu başvurusu şart değildir. Hatta “*reformatio in melius*” için sanık lehine veya aleyhine bir kanun yol başvurusuna gitmek önem taşımazken (zira burada ortaya çıkan sonuç sanık lehinedir), “*reformatio in peius*” için sanık aleyhine bir kanun yolu denetimine gidilmesi gerekmektedir (zira burada ortaya çıkan sonuç sanık aleyhinedir). Sırf bu tespit dahi “*reformatio in peius*” ile “*reformatio in peius yasağı*” terimlerinin birbirinden farklı olduğunu ortaya koymaktadır.

İnceleme konusu yasağın Latince kullanımına ilişkin tercihimizi ifade ettikten sonra, bu yasağın Türkçe karşılığına da değinmekte fayda vardır. Türk öğretisinde *reformatio in peius yasağı* ile ilgili birçok Türkçe terim alternatifinin oluşturulduğu görülmektedir. Ağırlıklı olarak “*aleyhe bozma yasağı*”¹³ ve “*aleyhte değiştirme yasağı*”¹⁴ şeklinde ikili bir ayırım ekseninde yazarların birleştikleri görülse de bunun haricinde “*aleyhte düzeltme yasağı*”¹⁵, “*bozma sınırını aşmamak yasağı*”¹⁶, “*yaptırımı (ceza) ve sonuçla-*

¹² Hofrat/Luggauer, 301; Benke/Meissel, 230.

¹³ Erem Faruk, “Aleyhe Bozma Yasağı”, Ankara Barosu Dergisi, C:24, S:4, 1967, s. 615; Mahmutoğlu, 533; Ünver/Hakeri, 862. Burada Ünver/Hakeri için bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Yazarlar atıfta bulunulan eserin ilgili konu başlığını “*aleyhe bozma yasağı*” olarak kullanmışsalar da, metin içinde “*aleyhe değiştirme yasağı*”, “*ceza aleyhe değiştirmeme ilkesi*”, “*aleyhte düzeltme yasağı*” gibi kullanımları da tercih etmişlerdir. Benzer bir durum Mahmutoğlu için de geçerlidir. Yazar her ne kadar atıfta bulunulan eserinin başlığında “*aleyhe bozma yasağı*” kavramını kullanmış olsa da metin içinde “*aleyhe ceza ağırlaştırma yasağı*” ve “*aleyhe değiştirmeme yasağı*” ifadelerine de yer vermiştir.

¹⁴ Centel/Zafer, 765; Öztürk (Ed.), 738; Kaymaz, 1397; Şahin/Göktürk, 221. Ancak Şahin/Göktürk eserlerinin devamında “*aleyhe değiştirmeme yasağı*” ifadesini kullanmışsalar da bunun Yargıtay kararlarının aktarımından kaynaklanan bir ifade olduğu kanaatindeyiz (Şahin/Göktürk, 251).

¹⁵ Kunter, 664.

¹⁶ Yüce, Turan Tüfan; Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları, Erzurum 1967, s. 166.

rının ağırlaştırılmama kuralı”¹⁷, “lehe kanun yolu davası üzerine aleyhte değiştirmeme mecburiyeti”¹⁸, “cezanın ağırlaştırılması yasağı”¹⁹ şeklinde terim tercihleri de mevcuttur. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda birden fazla farklı alternatifini tercih etmiş hatta bazı kararlarında aynı anda bu alternatifleri kullanmayı tercih etmiştir²⁰.

Bu terminolojik çeşitlilik içerisinde, *kanaatimizce* de isabetli bir şekilde, en çok eleştirilene “*aleyhe bozma yasağı*” olmuştur. Zira gerek CMUK m. 326/4 gerekse CMK m. 283’e (istinaf bakımından) ve 307/4’e (temyiz bakımından) bakılacak olursa sanık lehine yapılan bir kanun yolu denetimi başvurusunun sanık aleyhine bozulmasını engelleyen bir durum söz konusu değildir²¹. Temel amaç, sanık lehine yapılan bir başvuru neticesinde sanık aleyhine olarak bir bozma kararı verilse dahi, bozmadan sonra tesis edilecek yeni hükmün **HUKUKİ SONUÇLARININ** sanığın bozmadan önceki durumuna göre daha aleyhe bir durum yaratmamasıdır²². Bu yönüyle

¹⁷ Selçuk, 4.

¹⁸ Yenisey/Nuhoğlu, 1295. Ancak yazarların aynı eserlerinde ayrıca “*aleyhe değiştirme yasağı*” ifadesini de kullandıkları görülmüştür. Yine de başlıkta bu ifadeyi kullandıkları bölün dikkatlice incelendiğinde esasında “*lehe kanun yolu davası üzerine aleyhte değiştirmeme mecburiyeti*” ifadesini daha çok benimsedikleri anlaşılmaktadır. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, 1279.

¹⁹ Turhan, Faruk; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 403.

²⁰ “Latince “*reformatio in pejus*” olarak adlandırılan, öğreti ve uygulamada “*lehe yasa yolu davası üzerine aleyhe değiştirmeme zorunluluğu, aleyhe düzeltme yasağı, aleyhe bozma yasağı, aleyhe bozmama zorunluluğu, aleyhe kötüleştirilmeme, yaptırımı ve sonuçlarını ağırlaştırmama kuralı*” olarak ifade edilen ilkenin amacı; hükmün aleyhine de bozulabileceğini düşünen sanığın, bazı olaylarda istinaf ya da temyiz yasa yoluna başvurmadan çekinmesinin önüne geçmek, yasa yoluna başvurma hakkını daha özgürce kullanabilmesini sağlamaktır (YCGK, 20.12.2011, E:2011/ 6-219 - K: 2011/280, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>.” Dikkat edilecek olursa YCGK da bu kararında yukarıda izah ettiğimiz hataya düşmüş ve “*reformatio in peius*”un tek başına bir bir “*yasak*” veya bir “*zorunluluğa*” karşılık geldiğini belirtmiştir.

²¹ Bu hususu Yenisey/Nuhoğlu şu şekilde ifade etmektedirler: “*Temyiz yoluna sanık lehine gidilmiş olsa dahi, sanık aleyhine bozulmaz diye bir kural yoktur, bozulabilir. Ancak eskisinden daha ağır bir ceza verilemez (Yenisey/Nuhoğlu, 1279).*”

²² Yenisey/Nuhoğlu, 1296; Centel/Zafer, 766; Turhan, 403; Mahmutoğlu, 534; Şahin/Göktürk, 221; Ünver/Hakeri, 822; KK - StPO (1982)/Pikart - §358, Prg. 18; Tilch, 907; Pfeiffer 50 (Prg. 140); Peters, 617; Roxin, 371.

“*aleyhe bozma yasağı*” ifadesi, kurumun amacı doğrultusunda isabetli görünmemektedir²³.

Kanaatimizce ceza muhakemesi hukuku bağlamında “aleyhe bozma yasağı” teriminin tercih edilmesinde, hukuk muhakemesinde doğrudan ve dar anlamda bir aleyhte bozma yasağının mevcut olmasının da etkisi olmuş olabilir. Bilindiği üzere aleyhte bozma yasağı ile ilgili gerek 1086 sayılı HUMK gerekse 6100 sayılı HMK’da açık bir düzenleme bulunmasına rağmen bu yasağın hukuk muhakemesinde sıklıkla kullanılmaktadır. Buna göre; hukuk muhakemesinde taraflardan biri kanun yoluna başvurursa, inceleme sadece onun lehine ve ileri sürdüğü sebeplerle sınırlı yapılır. Bu inceleme sonunda kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine bozma sebepleri tespit edilse bile, onun aleyhine hüküm **BOZULAMAZ**²⁴. Görüldüğü gibi hukuk muhakemesinde doğrudan ve dar anlamda bir “*aleyhe bozma yasağı*”ndan bahsetmek mümkündür²⁵. Ancak ceza muhakemesinde esas

²³ ***Centel/Zafer***, “aleyhe bozma yasağı” ile “aleyhe değiştirme yasağı” ilkeleri arasındaki farkı şu şekilde ifade etmişlerdir: “*Aleyhe bozma yasağı, hükmün kanun yolu incelemesine başlanırken bakış açısını belirleyen bir usul ilkesidir. Aleyhe değiştirme yasağı ise, bozmadan sonraki aşamada ceza miktarının sınırını belirleyen bir usul ilkesidir. (Centel/Zafer, 768).*” Yazarların bu karşılaştırmasını genel bir değerlendirme olarak yerinde görmekle birlikte, ceza muhakemesi hukuku özelinde kısmen eksik olduğu kanaatindeyiz. Zira ceza muhakemesi hukuku bağlamında lehe ya da aleyhe olduğu fark etmeksizin bir kanun yolu denetiminde Yargıtay maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesi gereğince sanık aleyhine olarak ilk derece mahkemesinin hükmünü bozabilir. Ancak eğer kanun yolu denetimi ***sanık lehine*** bir başvuru ile başlamışsa ve fakat Yargıtay hükmü sanık aleyhine bozmuşsa, bu durumda bozma hükmüne uyan ilk derece mahkemesi yeni hüküm tesis ederken hükmü yeniden tesis ederken aleyhe değiştirme (reformatio in peius) yasağı gereği ilk hükümde belirlenen cezadan daha ağır bir cezaya hükmedemez. Buradan da anlaşılıyor ki, “*kanun yolu incelemesine başlanırken bakış açısını belirleyen bir ilke olarak*” reformatio in peius yasağının ceza muhakemesi hukuku bakımından Yargıtay’ın denetimini sınırlayıcı bir rolü kanaatimizce bulunmaktadır. Öyle ki, ifade ettiğimiz gibi Yargıtay lehe bir kanun yolu denetiminde dahi sanık aleyhine hükmü bozabilir.

²⁴ ***Pekcanitez***, Hakan/***Atalay***, Oğuz/***Özekes***, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2010, s. 566.

²⁵ Medeni usul hukukunda “aleyhe bozma yasağı” kavramı ve kapsamı ile ilgili olarak bkz. ***Kuru***, Baki; “Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı”, AÜHFD, C: 30, S: 1-4, s. 135 vd.

olan (yukarıda da işaret edildiği üzere) hükmün aleyhe bozulması değil, bozma sonrası yeniden tesis edilecek hükümde cezanın (yaptırımın) ağırlaştırılmamasıdır. Bu tespitten hareketle şunu söylemek mümkündür ki; her iki muhakeme alanında, yani ceza ve hukuk muhakemesinde, geçerli olan bu yasağı söz konusu alanların kendine özgü yapısı dikkate alınmadan eşdeğer bir şekilde kullanmak hatalı sonuçlara sebebiyet verebilir²⁶. Nitekim ceza muhakemesi hukukunda **“aleyhe bozma yasağı”** şeklindeki bir terim tercihi de hukuk muhakemesindeki sonuçları göz önünde bulundurulmadan yapılan eşdeğer bir kullanım yanlılığı olarak değerlendirilebilir.

Bunun dışında “aleyhte düzeltme yasağı” ifadesinin de yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira **“düzeltmek”** kelimesi; düzgün duruma getirmek, bozukluğunu gidermek, onarmak, yanlışlıktan dönmek anlamlarına gelmektedir²⁷. Dolayısıyla olumlama iradesi içeren **“düzeltme(k)”** kelimesiyle olumsuz bir anlamı olan **“aleyhte”** kelimesinin bir arada kullanılması, ortaya çıkan anlam bakımından çelişkili bir durum yaratmaktadır.

“Lehe kanun yolu davası üzerine aleyhte değiştirmeme mecburiyeti” terimi ise yukarıda belirtilenlere nazaran daha amaca uygun ve haliyle kullanılabilir görünmektedir. Ancak bu terimi tercih eden **Yenisey/Nuhoğlu** bunun sebebini açıklarken, **“aleyhte değiştirme yasağı”** teriminin lehe bozma üzerine aleyhte değiştirmeme esasından ayırt edilmesi gerektiğini ve hâkimler için bir yasağın söz konusu olmadığını ifade etmişlerdir²⁸. Yazarların bu açıklamasına katılamamaktayız. Şöyle ki; **“mecburiyet”** kelimesinin kökeni itibarıyla icbar etmek, zorlamak ile ilişkili olduğu düşünülecek olursa²⁹, belli bir şekilde davranmaya mecbur kılınması (icbar edilmesi zorlanması), aksi yönde bir davranışın yasaklanmış olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla **“aleyhte değiştirmeme mecburiyeti”** kaçınılmaz olarak aynı zamanda **“aleyhte değiştirme yasağı”** anlamını taşıyacaktır. Bu cümle-

²⁶ *“Reformatio in peius”*’u hem ceza muhakemesi hem de hukuk muhakemesi bakımından kavramsal anlamda karşılaştırmalı olarak ele alan ve aradaki farkları işaret eden bir değerlendirme için bkz. **Weigert**, 768-769.

²⁷ Kaynak: http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.548def8e965119.94001776 (Erişim Tarihi: 14.12.2014)

²⁸ **Yenisey/Nuhoğlu**, 1295.

²⁹ Kaynak: <http://www.etimolojiturkce.com/kelime/mecbur> (Erişim Tarihi: 14.12.2014)

den olarak; bir hâkimin lehe kanun yolu davası üzerine aleyhte değiştirmeme mecburiyetinin varlığından bahsetmek, anılan durumda hâkimin aleyhte bir değişiklik yapamayacağını, bu yönde bir yasakla karşı karşıya olduğunu mantıksal açıdan ortaya koymaktadır. Keza gerek CMK m. 283 ve m. 307/4'ün lafzına bakıldığında da “önceki hükümde belirlenmiş cezadan daha ağır olamaz” şeklindeki bir ifadenin pekâlâ bir yasak normu olarak kabul edilmesi mümkündür.

Tüm açıklama ve değerlendirmelerin ardından reformatio in peius yasağının Türkçe karşılığı ile ilgili tercihimizi şu şekilde ortaya koymak mümkündür: Öncelikle reformatio in peius yasağının Yargıtay’a değil, ilk derece mahkemesine hitap ettiği söylenmelidir. Yoksa Yargıtay inceleme sonucunda yepyeni bir karar verebilir. Gerçekten burada söz konusu olan lehe temyiz üzerine aleyhe bozmama zorunluluğu değil, lehe yapılan kanun yolu denetiminin (temyiz, istinaf veya kanun yararına bozma) sonunda bozulan hükme müteakiben, bozmaya uyan ilk derece mahkemesinin tesis edeceği yeni hükümde ilk hükümdeki cezadan daha ağır bir cezanın belirlenmemesidir.

Bu durumda;

- *İlk derece (esas) mahkemesince bir hüküm verilmiş olmalıdır.*
- *Bu hüküm sadece sanık lehine kanun yolu denetimine tabi tutulmuş olmalı.*
- *Kararın lehe ya da aleyhe bozulmuş olması arasında bir fark bulunmaz.*
- *İlk derece (esas) mahkemesince lehe ya da aleyhe yeniden bir hüküm kurulmuş olmalıdır.*
- *Lehe ya da aleyhe kurulan yeni hükümde ceza eski cezadan daha ağır olmamalıdır.*

Görüldüğü üzere inceleme konusu yasak sadece daha ağır ceza belirlenmesinin önüne geçmek üzere kabul edilmiştir. Bunun da temel koşulu kanun yolu denetimine sanık lehine başvurulmuş olmasıdır. Bu çerçevede terim olarak “aleyhte değiştirme yasağı”nın daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Bundan sonraki açıklamalarımızda da “aleyhte değiştirme yasağı” terimini tercih edeceğiz.

III. ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞININ FONKSİYONLARI

Ceza muhakemesi hukukunda aleyhe değiştirme yasağı ile ilgili bugüne kadar lehe ve aleyhe birçok düşünce ortaya atılmıştır. Aleyhe değiştirme yasağının lehine olan görüşler genel olarak; usulî kazanılmış hakka saygı³⁰,

³⁰ “Usulî kazanılmış hak” kavramıyla daha çok hukuk muhakemesinde karşılaşılmaktadır. YHGK’nun hukuk muhakemesi açısından “aleyhe bozma yasağı” ile “usulî kazanılmış hak” kavramı arasındaki ilişkiyi ortaya koyduğu ve özellikle “usulî kazanılmış hak” kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin yapmış olduğu şu değerlendirme son derece önemlidir: “Taraflardan yalnız birinin temyiz etmiş olduğu hüküm, temyiz eden tarafın aleyhine bozulamaz; aleyhe bozma yasağı olarak adlandırılan bu hal, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 307/4 (mülga 1412 s.C.M.U.K.m.326, IV) maddesinde açıkça hükme bağlandığı halde, hukuk yargılaması yönünden, ne 1086 Sayılı H.U.M.K.’nda ne de 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açık bir hükümle düzenlenmiş değildir. Ne var ki, Yargıtay’ın yerleşik uygulamasında; hükmün temyiz edenin aleyhine bozulması halinde, hükmü temyiz etmemiş olan diğer taraf lehine karar verilmiş olacağı, bu durumun hakim tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olduğu, talep dışı karar veremeyeceği ilkesine aykırı düşeceği (1086 s.H.U.M.K.m.74; 6100 s.HMK. m.25, 26), usulî kazanılmış hakların zedeleneceği yaklaşımı ile aleyhe bozma yasağının hukuk usulünde de geçerli olacağı kabul edilmektedir. Vurgulamakta yarar vardır ki, genel kural aleyhe bozma yasağı ise de kamu düzenine dair hususlar hakkında aleyhe bozma yasağının uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Kamu düzenine dair hususları hâkim (ve Yargıtay) kendiliğinden gözetme ile yükümlü olduğundan Yargıtay’ın, kamu düzenine aykırı bir husustan dolayı hükmü temyiz edenin aleyhine (temyiz etmemiş olan tarafın lehine) bozması olanaklıdır. Daha açık ifadeyle, kamu düzenine aykırılığın söz konusu olmadığı durumlarda hukuk yargılamasında da aleyhe bozma yasağı söz konusudur. Aleyhe bozma yasağının kabul edilmesinde etkili olan hususlardan birisi de usulî kazanılmış hakların hukuk düzenince korunmasıdır.1086 Sayılı H.U.M.K.’nda gerekse de 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)’nda “usulî kazanılmış hak” kavramına dair açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu kurum, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş; öğretide kabul görmüş ve usul hukukunun vazgeçilmez ana ilkelerinden biri haline gelmiştir. Anlam itibarıyla, bir davada, mahkemenin ya da tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakkı ifade etmektedir. Yargıtay içtihatları ile kabul edilen “usulî kazanılmış hak” olgusunun, birçok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır: Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı ya da geçmişe etkili yeni bir kanun çıkması karşısında, Yargıtay bozma ilamına uyulmakla oluşan usulî kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır (9.5.1960 gün ve

talep dışı karar vermenin hakkaniyetle bağdaşmayacağı, sanık lehine başvuru kanun yolundan beklenen fayda ancak sanık lehine sonuç doğurması, hükmün temyiz edilmeyen lehe kısımlarının kesinleşeceği ve vicahilik ilkesi

21/9 Sayılı YİBK). Benzer şekilde; uygulanması gereken bir kanun hükmün, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilirse, usuli kazanılmış hakka göre değil, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir (HGK.nun 21.1.2004 gün, 2004/10-44 E, 19 K.). Bu sayılanların dışında ayrıca; görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda da usuli kazanılmış haktan söz edilemez (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü-6. Baskı, Cilt 5, 2001). Usuli kazanılmış hakkın hukuki sonuç doğurabilmesi için; bir davada, ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir (YHGK, 07.03.2012, E: 2011/19 - 799 - K: 2012/128, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>). YHGK'nun bu ayrıntılı değerlendirmesi her ne kadar hukuk muhakemesi özelinde olduğu kabul edilse dahi Yargıtay ceza dairelerinin vermiş olduğu birçok kararda "usuli kazanılmış hak" kavramına vurgu yapıldığı görülmektedir: "Aleyhe bozma yasağı (kazanılmış hak) Hükmün yalnız sanık tarafından veya onun lehine C.savcısı veya (CMUK) m.291 de gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmesi ve bu hükmün bozulması üzerine sanığın, önceki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir ceza verilmesi halinde söz konusu olur (YCGK,14.03.1988, E: 1988/6-3 - K:1988/101, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>)." Bu tutum, söz konusu kavramın ceza yargılaması için geçerli olmayacağı kanaatinden hareketle eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiriler için bkz. **Kunter**, 669 vd; **Ünver/Hakeri**, 823; **Selçuk**, 30, **Çınar**, 631. Yargıtay'ın son zamanlarda vermiş olduğu kimi kararlarda ise "usuli kazanılmış hak" kavramının ceza muhakemesi hukuku bakımından kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir: "Bu kural (aleyhe bozma yasağı), 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun, 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte olan 326. maddesinin dördüncü fıkrasında; "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz" şeklinde yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ceza yargılama hukukumuzda bu madde dışında yaptırım ve cezayı aleyhe değiştirme yasağını düzenleyen başka bir hüküm de yoktur. Buna göre ceza hukukumuzda genel anlamda kazanılmış hak kavramından bahsedilemeyeceği, yalnızca 1412 sayılı CMUK'nun 326. maddesinin son fıkrası uyarınca sınırlı biçimde uygulanabilecek olan "cezayı aleyhe değiştirememeye" veya "aleyhe düzeltme yasağı'nın söz konusu olduğunun kabulü gerekmektedir (YCGK, 02.04.2013, E: 2013/1-18 - K: 2013/118, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>)."

fikri zemine dayanmaktadır³¹. Buna karşın aleyhe değiştirme yasağına karşı olanlarca ifade edilen yaklaşımların da, bu yasağın ceza muhakemesinin amacına aykırı olduğu ve kanun yolu denetimini yapan üst derece mahkemesinin yetkisini kısıtladığı eleştirisi üzerinden şekillendiği görülmektedir³².

Bugün gelinen nokta itibariyle bu değerlendirmelerin neredeyse tamamının artık tartışma konusu olmadığını ve tarihsel bir yorum aracı olmanın ötesinde bir anlam ifade etmediğini söylemek gerekmektedir. ***Dolayısıyla esas yapılması gerekenin; aleyhe değiştirme yasağının hukuki mevcudiyet ve meşruiyetini tartışmak değil, bu yasağın insan haklarına dayalı modern ceza muhakemesi hukuku sisteminde üstlendiği fonksiyonları vurgulamak olduğu kanaatindeyiz.***

Her şeyden önce şunu ifade etmek mümkündür ki; bugün gerek CMK m. 283, gerek m. 307/4, gerekse m. 309/4’de düzenlenmiş olan aleyhe değiştirme yasağı adil yargılanma hakkıyla doğrudan ilişkilidir³³. Dolayısıyla biz de bu yasağa ilişkin olarak yapılacak değerlendirmelerin hepsinde, temel

³¹ Erem, 616 vd.; Kunter, 666 vd.; Kaymaz, 1401 vd.; Selçuk/Çınar, 29 vd. (Selçuk)/95 vd. (Çınar); Centel/Zafer, 766 (dipnot: 53).

³² Erem, 616 vd.; Kunter, 666 vd.; Kaymaz, 1401 vd.; Selçuk/Çınar, 29 vd. (Selçuk)/95 vd. (Çınar); Centel/Zafer, 766 (dipnot: 53).

³³ Mahmutoğlu, 534-535; Çınar, 614. AİHS Ek Protokol 7’nin 2. maddesi cezai konularda iki dereceli yargılama hakkını şu şekilde düzenlemektedir: “Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.” Bu da kanun yoluna başvurma hakkının bir uzantısı olan aleyhte değiştirme yasağının doğrudan adil yargılanma hakkıyla ilişkili olduğunun gir göstergesi olarak kabul edilmelidir. Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. Centel/Zafer, 767. AİHS Ek Protokol 7 m. 2’nin adil yargılanma ilkesi ile ilişkisi üzerinde değerlendirmeler için bkz. Kühne, Hans Heiner/ Eser, Robert; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Tutuklama Konusundaki Yargısı - 2000 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 3: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku (Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), Ankara 2004, s. 179; Evik Vesile Sonay; “Ceza Ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 3: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku (Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), Ankara 2004, s. 292, 307, 308.

itibariyle Anayasa m. 36 ve AİHS m. 6'da düzenleme alanı bulan adil yargılanma hakkının *per se* esas alınması gerektiğini kabul ediyoruz³⁴.

Bilindiği üzere en genel manada adil yargılanma hakkı, adil bir yargılanmanın minimum gereklerini güvence altına almaktadır ve bu güvenceler şüpheli ya da sanığın kendisini suçtan kurtaracak bütün gerekçeleri ortaya koymak fırsatına sahip olmasını, bununla beraber söz konusu gerekçeleri herhangi baskı unsurunun etkisinde kalmaksızın özgürce kullanmasını gerekli kılmaktadır³⁵. Şayet şüpheli veya (inceleme konumuz bağlamında) sanık; kendisine tanınmış bir hakkın kullanılması neticesinde mevcut durumdan daha dezavantajlı bir pozisyona sürüklenebileceği endişesini yaşarsa, bu durumda ortada etkili bir adil yargılanma hakkının varlığından söz edilemez³⁶.

Şüphesiz ki adil yargılanma hakkı bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulları arasında sayılıyorsa, bu hakkın sahibi olan şüpheli ve sanık da bir

³⁴ Aynı yönde ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Selçuk/Çınar**, 85 vd (**Çınar**). Bu kanaatimizin en önemli dayanaklarından biri kanun yoluna başvurma hakkının temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesidir. AİHS'de kanun yoluna başvurma hakkı düzenlenmemekle birlikte AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak 22.11.1984 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün 2. maddesiyle bu hak açıkça tanınmaktadır. Madde metni şu şekildedir: **Madde 2 - Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı: 1** Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir. **2** Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.

³⁵ **Yenisey/Nuhoglu**, 79; **Öztürk (Ed)**, 124; **Centel/Zafer**, 147; **Ünver/Hakeri**, 14 vd.

³⁶ **Çınar** da, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün 2. maddesi ile aleyhe değişirme yasağı arasındaki ilişkiye dair benzer şekilde şu tespitte bulunmuştur: "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*'ni ve ekli protokollerini (Ek 7 No'lu Protokol) hukuk düzeninde kabul etmiş olan bir devlette (Any. M. 90), sanığa korku yaşatarak yasa yollarına başvurma haklarından vazgeçirmek söz konusu olamaz. Aksine böyle bir düzende "yaptırım (ceza) ve sonuçlarının ağırlaştırılmama" kuralının bütün boyutlarıyla, yani yaptırımın niteliği, niceliği ve hukuksal sonuçlarıyla kabul edilmesi zorunludur." Bu yaklaşımın ayrıntılı temellendirmesi için bkz. **Selçuk/Çınar**, 103 vd (**Çınar**). Konu ile ilgili ayrıca bkz. **Erem**, 756; **Selçuk**, 33-34.

hukuk devletinde hukuk güvenliğinin koruma alanından istifade etmelidirler³⁷. İşte sanık lehine yapılan bir kanun yolu denetiminde, karşılaşılabilecek muhtemel tüm neticelerin (hükmün onanması veya bozulması) sanığı en azından başvuru gerçekleşmeden önceki pozisyonundan daha kötü bir duruma düşürmeyeceği güvencesiyle hareket edilmelidir. O halde *von Listz*'in meşhur "*Ceza kanunu suçlunun Magna Charta'sıdır!*"³⁸ tespitinin ancak ceza muhakemesi hukukunun da göz önünde bulundurulmasıyla somutluk ve gerçeklik kazanacağı düşünülecek olursa, bu tespitin anlamını bulduğu en önemli güvencelerden biri olarak "*aleyhe değiştirme yasağı*" gösterilebilir.

Bu temel çerçeveye bağlamında adil yargılanma hakkıyla organik bir ilişki içerisine soktuğumuz aleyhe değiştirme yasağının, biri **pozitif** diğeri **negatif** olmak üzere iki fonksiyonunun olduğu söylenebilir. **Aleyhe değiştirme yasağının pozitif fonksiyonu**, sanığın hak arama özgürlüğünün korunmasıdır. Şöyle ki; bir an için söz konusu yasağın olmadığı bir sistem düşünülecek olursa; hiçbir sanık, hakkında verilmiş olan bir mahkûmiyet hükmüne karşı kanun yolu denetimine başvurma kararlılığını gösteremeyecektir. Zira bu başvuruyla ortaya çıkacak neticenin her zaman daha ağır sonuçlar yaratma riski söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda biçimsel anlamda kanun yoluna başvurma, yani hak arama özgürlüğünün tanınmış olması yeterli olmayacaktır. ***Bu biçimsel hakka içerik kazandıracak olan şey; hak arama özgürlüğünü kullanmanın, kullanan açısından daha ağır sonuçlara sebebiyet vermeyeceği noktasında bir güvence tesis edilmesidir. Bu nedenle biz; aleyhe değiştirme yasağının pozitif fonksiyonunu, kanun yolu denetimine başvurma bakımından hak arama özgürlüğünü kullanabilir kılmasıyla izah etmeyi uygun görüyoruz.***

Aleyhe değiştirme yasağının negatif fonksiyonu ise mahkemelerin hüküm tesis etme özgürlüklerine getirilen bir sınırlama olarak algılanmalıdır. Bilindiği üzere kural olarak mahkemeler Anayasa ile güvence altına alınmış

³⁷ Alman Federal Yüksek Mahkemesi, aleyhe değiştirme yasağını hukuk devletinin zorunlu sonuçları arasında saymıştır (BGH, 9, 324, 332 - aktaran **Selçuk/Çınar**, 122 (Çınar)).

³⁸ **Von Listz**, Franz; "Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches", Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Band: 2, Berlin 1970, s: 80.

bağımsızlıkları gereğince bir hüküm tesis ederken ve haliyle bu hükmün tüm hukuksal sonuçlarını tayin ederken özgürdürler. İşte aleyhte değiştirmeme yasağı, mahkemelerin karar verme özgürlüğü (*der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Gerichts*)³⁹ olarak anılan bu özgürlüğün esaslı bir sınırı, bir istisnası olarak kabul edilebilir⁴⁰. Zira ilk derece mahkemesi, sanık lehine başvurulmuş bir kanun yolu denetimi neticesinde verilen bozma kararına uyar ve yeniden bir hüküm tesis etme yoluna giderse, bozulan hükmü verirken olduğu kadar özgürce hareket edemez. Çünkü hükmün bozulmasına sebep olan başvuru sanık lehine yapılmıştır. Dolayısıyla bozulan hüküm, ister sanık lehine bozulsun ister sanık aleyhine bozulsun, kanun yolu muhakemesi sanık lehine bir başvuru ile başladığı için bozmanın ardından verilecek yeni hükmün hukuki sonuçları bozulan hükmün hukuki sonuçlarından daha ağır olamaz. Bu durum istinaf bakımından CMK m. 283'de, temyiz bakımından ise m. 307/4'de açıkça ifade edilmiştir.

Sonuç olarak kanaatimiz şu şekilde özetlenebilir: Bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin tesisi bakımından olmazsa olmaz koşul olan adil yargılanma hakkı çerçevesinde; aleyhe değiştirme yasağının pozitif fonksiyonu hak arama özgürlüğünün kullanılabilir kılınması, negatif fonksiyonu ise sanık lehine yapılan bir kanun yolu denetimi neticesinde bozulan hükmün yeniden tesisinde ilk derece mahkemesinin özgürce karar verme hakkına bir sınırlama getirilmesidir.

IV. ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞININ KAPSAMI

Ceza muhakemesi hukukunda aleyhe değiştirme yasağının kapsamı iki farklı boyut çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu boyutlardan birincisinde, aleyhe değiştirme yasağının kapsamına hangi yaptırımların girdiği göz önünde bulundurulur. Bu aynı zamanda aleyhe değiştirme yasağının ***konu bakımından kapsamını*** ortaya koyar. İkincisinde ise, bu yasak kapsamında hangi unsurların değiştirilemeyeceği irdelenmelidir. Bu da aleyhe değiştirme yasağının ***içerik bakımından kapsamını*** teşkil eder. Biz de bu iki boyutu esas alarak aleyhe değiştirme yasağının kapsamını konu ve içerik olarak ortaya koymakta fayda görüyoruz.

³⁹ Peters, 617.

⁴⁰ Bkz. yukarıda dipnot 11.

A. Konu Bakımından Kapsamı

Aleyhe değiştirme yasağına ilişkin CMK m. 283 ve CMK m. 307/4'e bakıldığında, lafzî bir değerlendirmeye yasağın sadece ceza niteliğindeki yaptırımlarla sınırlı tutulduğu izlenimi doğmaktadır⁴¹. Bu cümleden olarak; gerek CMK m. 283'ün gerekse CMK m. 307/4'ün, ceza yerine geçen veya ceza ile birlikte verilen güvenlik tedbirlerini (CMK m. 223/6) aleyhe değiştirme yasağının kapsamının dışında tuttuğu yönünde *prima facie* (ilk bakışta) bir sonuca ulaşmak mümkündür. Nitekim Yargıtay kararlarına da bakılacak olursa bu durumun açık bir şekilde böyle yorumlandığını rahatlıkla görmek mümkündür⁴².

Meseleye Alman ceza muhakemesi hukuku açısından yaklaşılacak olursa, gerek istinafa ilişkin Al CMK § 331 gerekse temyize ilişkin Al. CMK § 358⁴³'de ceza veya güvenlik tedbiri şeklinde herhangi bir ayrıma gidilmediği görülmektedir⁴⁴. Alman ceza muhakemesi hukuku bakımından belirleyici olan ilk derece mahkemesi tarafından sanığa yüklenen yaptırım türü

⁴¹ Şahin/Göktürk, 223; Kaymaz, 1429.

⁴² YCGK'nun 12.12.2006 tarih ve E:2006/11 - 301 - K: 2006/296 sayılı kararında "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve mahkumiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, mahkumiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar, bir başka anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemezler (Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>)." şeklinde bir tespitte bulunulmuştur. Yine YCGK'nun 20.12.2011 tarih ve 2011/9 - 119 - K: 2011/280 sayılı kararında şu şekilde bir değerlendirme yapılmıştır: "Gerek 1412 sayılı CYUY'nun 326/4, gerekse 5271 sayılı CYY'nun 307/4. maddesinde yer alan "aleyhe bozma yasağı" yalnızca hükmolunan ceza yönünden söz konusu olup, cezalar da 5237 sayılı TCY'nun 45. maddesinde; hapis ve adli para cezaları olarak sayıldığından, cezalar arasında gösterilmeyen güvenlik tedbirleri ile diğer kurumların ve bu arada zorunlu kararlarının bu kapsamda değerlendirilmeyeceği ve hükümde yaptırım olarak güvenlik tedbiri uygulamasına yer verilmemesinin sanık açısından "aleyhe bozma yasağına" konu oluşturmayacağı Ceza Genel Kurulunca duraksamasız olarak kabul edilegelmiştir (Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>)."

⁴³ Al. CMK'da aleyhe değiştirme yasağı ağırlıklı olarak istinaf ve temyiz üzerinden değerlendirilmesine rağmen sadece bu kanun yolları için tanınmış bir yasak değildir. Nitekim Al. CMK § 373/2'de düzenlenen yargılamanın yenilenmesi (Wiederaufnahme) için de kabul edilmiştir.

⁴⁴ Kühne, Hans Heiner; Strafprozessrecht Einesystematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 8. Aufl. 2010, Prg. 1028.

değil yaptırımın niteliğidir. Bu da eylemin hukuki sonuçları (= **die Rechtsfolgen der Tat**) olarak ifade edilmektedir⁴⁵.

Dikkat edilecek olursa; Alman ceza muhakemesi hukukunda aleyhe değiştirme yasağı söz konusu olduğunda, bütüncül ve kapsayıcı bir bakış açısıyla⁴⁶ yaklaşılacak şekilde sadece sanığın aldığı cezaya değil yargılamanın sonunda ortaya çıkan hukuki sonuçlara odaklanılmaktadır⁴⁷. Bu durumu şu şekilde örneklendirmek mümkündür: Sanık lehine bir kanun yolu denetimine başvurulur ve Yüksek Mahkemece hüküm bozulur. Bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi ise verdiği yeni hükümde, bozulan hükümde tayin edilen ceza miktarını değiştirmez ve fakat mevcut cezanın yanında bir başka yaptırıma daha (bu bir güvenlik tedbiri de olabilir) hükmeder. Böyle bir durumda Alman ceza muhakemesi hukuku çerçevesinde aleyhe değiştirme yasağının ihlal edildiği kabul edilebilir. Zira bozma sonrası tesis edilen yeni hükümde ceza miktarı değiştirilmemiş olsa dahi, bu cezanın yanına eklenen yaptırımla birlikte tabiri caizse “**sanığın yaptırım yükü**” ağırlaşmıştır⁴⁸. Bu da Al. CMK § 331’de gerekse Al. CMK § 358’de ifade edilen “**eylemin hukuki sonuçlarının tür ve miktarında**” sanık aleyhine bir değişme olarak değerlendirilmektedir.

Al. CMK’da aleyhe değiştirme yasağı ile ilgili sadece tek bir istisna öngörülmüştür. Al. CMK § 358/2 gereğince, sanığın bir psikiyatri kliniğine veya tedavi kurumuna yerleştirilmesi aleyhe değiştirme yasağının kapsamı dışındadır⁴⁹.

⁴⁵ BeckOK - StPO (Güncellenme Tarihi:08.09.2014)/**Eschelbach** - § 331, Prg. 33; KK-StPO/**Gericke** StPO § 358, Prg. 23.

⁴⁶ Alman Federal Yüksek Mahkeme kararlarında da burada kastettiğimiz anlamda bütüncül bakışı karşılayacak şekilde “*Gesamtschau*” kelimesini kullanılmaktadır, bkz. BGH v. 7.5.1980 - 2 StR 10/80, BGHSt 29, 269 = NJW 1980, 1967; BGH v. 8.12.1982 - 3 StR 397/82, NStZ 1983, 168; OLG Celle v. 13.9.2000 - 33 Ss 73/00, NStZ-RR 2001, 90.

⁴⁷ BGH v. 3.3.1959 - 5 StR 4/59, BGHSt 13, 41 (42) = NJW 1959, 950; BGH v. 18.9.1991 - 2 StR 288/91, BGHSt 38, 66 (67) = NJW 1992, 516.

⁴⁸ KK/**Gericke** § 358, Prg. 23.

⁴⁹ BeckOK - StPO (Güncellenme Tarihi:08.09.2014)/**Eschelbach** - § 331, Prg. 37- 38; **Peglau**, 360. Konu ile ilgili Alman Federal Yüksek Mahkeme kararları için bkz. BGHSt 37, 5 = NJW 1990, 2143; BGH NStZ-RR 2009, 59; NStZ-RR 2009, 48; NStZ-RR 2008,

Bu çerçevede Alman CMK § 331 ve § 358 düzenlemeleri nazarı dikkate alınarak; CMK m. 283 ve CMK m. 307/4'deki düzenlemelerin sadece bir yaptırım olarak cezayı esas almasının isabetsiz olduğu, güvenlik tedbirlerinin de aleyhe değiştirme yasağının koruma alanı dahilinde görmek gerektiği söylenmelidir. Bu bakış açısı inceleme konusu yasağın amacıyla son derece uyumludur. Zira aleyhe değiştirme yasağının temel amacı; yukarıda da ifade edildiği üzere, sanığın kanun yollarına başvurma hakkını kullanırken, mevcut durumundan (yani ilk derece mahkemesi tarafından verilen ve denetlenmesi istenen hükümlerle ortaya çıkan durumdan) daha ağır bir durumla karşılaşmamasıdır⁵⁰. Dolayısıyla ceza ve güvenlik tedbiri şeklinde ayırmadan, sanığa yüklenen yaptırımın türü ve miktarı/ağırlığı esas alınmalıdır. Hatta şu şekilde bir değerlendirme yapmak da mantıksal açıdan tutarlıdır: Sonuçları itibariyle daha ağır bir yaptırım türü olan ceza için öngörülen usulî bir güvence veya bir kazanılmış hak, yine bir yaptırım türü olan ve sonuçları itibariyle cezadan daha hafif olan güvenlik tedbirleri için evleviyetle geçerli kabul edilebilir.

İşte bu temel yaklaşımdan hareketle Yargıtay'ın aleyhte değiştirme yasağını güvenlik tedbirleri için geçerli saymama yönündeki tavrına kesinlikle takılmıyoruz⁵¹. Her ne kadar Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarında CMK m. 283 ve m. 307/4'ün lafzının hareket etmiş olduğu anlaşılrsa da, biz ceza muhakemesi hukukunda yoruma ilişkin temel prensiplerden hareket ederek güvenlik tedbirlerinin de bir yaptırım olması hasebiyle aleyhe değiştirme yasağının kapsamında olduğu sonucuna varıyoruz. Şöyle ki; bilindiği üzere kanunilik ilkesinin bir gereği olarak kıyasa yol açacak şekilde genişletici bir yorum maddi ceza hukukunda yasaktır (TCK m. 2/3). Ancak bu yasak ceza muhakemesi hukukunda kural olarak geçerli değildir. Başka

107). BGHSt 38, 362= NJW 1993, 477; NStZ 1992, 539; NStZ 2008, 392, 393; NStZ-RR 2009, 48.

⁵⁰ BGHSt 7, 86, 87 = NJW 1955, 600; BGHSt 45, 308, 310= NJW 2000, 748, 749.

⁵¹ “ “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve mahkumiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, mahkumiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar, bir başka anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemezler (YCGK, 12.12.2006, E:2006/11- 301 - K: 2006/296 - Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>)”.

bir şekilde ifade edilecek olursa, ceza muhakemesi hukuku kuraları iki istisna dışında kıyasa tabi tutulabilirler. Bu istisnalar sınırlayıcı sayımla belirlenmiş haller ve istisnai hükümlerdir⁵². Bunun dışında CMK'da açıkça bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde; kendi içinde tutarlı olması, sanık lehine bir hak kaybına neden olmaması ve hukukun temel prensipleriyle çatışmaması durumunda kıyasa başvurulabilir⁵³.

CMK m. 283 ve m. 307/4 hükümleri bu çerçevede değerlendirilecek olursa; ortada sanık lehine getirilmiş ve adil yargılanma hakkıyla doğrudan ilişkili bir güvence söz konusudur. Bu güvencenin temel yönelimi sanık lehine yapılan bir kanun yolu denetiminde sanığa yüklenen **YAPTIRIM** ağırlaştırılmamasıdır. Kanun yaptırımlar arasında en ağır olan cezayı doğrudan konu edinmiştir. Bu tercih, düzenlemenin yapıldığı yer ve düzenlemenin amacı nazarı dikkate alındığında sanık aleyhine bir sonuç doğuracak şekilde sınırlayıcı bir sayım olarak nitelendirilemez. Burada kabul edilmesi gereken şey şu değildir: ***Yasa koyucu yaptırımlar arasında en ağır sonuçları olan cezayı esas alarak aleyhe değiştirme yasağının kapsamını değil sınırlarını belirlemiştir. Dolayısıyla bu sınırlar içerisinde ceza yerine geçen güvenlik tedbiri veya ceza ile birlikte başvuru güvenlik tedbirleri evleiyetle bulunmalıdır. Bunun için ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur.***

Ceza muhakemesi hukukunda istisnalar saklı kalmak üzere bir yorum aracı olarak kıyasa (analojiye) başvurmak suretiyle bu sonuca ulaşılabilir. Başka bir anlatımla; yapılacak değerlendirmede gerek CMK m. 283, gerekse m. 307/4'deki "*önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.*" ifadesini güvenlik tedbirlerini de kapsayacak şekilde "*önceki hükümle belirlenmiş yaptırımdan daha ağır olamaz.*" ya da "*önceki hükümle belirlenmiş hukuki sonuçtan daha ağır olamaz*" şeklinde yorumlamak bir gereklili-

⁵² **Yenisel/Nuhoğlu**, 301; **Centel/Zafer**, 49; **Ünver/Hakeri**, 22; **Şahin**, Cumhuriyet; Ceza Muhakemesi Hukuku - I, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 56.

⁵³ Alman ceza muhakemesi hukukunda kanunilik ilkesi çerçevesinde yorum ve kıyas yasağı ilişkisinin değerlendirilmesine yönelik olarak bkz. **Kudlich**, Hans; "Das Gesetzlichkeitsprinzip im deutschen Strafprozessrecht", *Gesetzlichkeit und Strafrecht* (Hrsg: Hans **Kudlich**/Jan **Schuh**/Juan Pablo **Montiel**), Berlin 2012, s. 247-248; **Jahn**, Mattias; "Rechtstheoretische Grundlagen des Gesetzesvorbehaltes im Strafprozessrecht", *Gesetzlichkeit und Strafrecht* (Hrsg: Hans **Kudlich**/Jan **Schuh**/Juan Pablo **Montiel**), Berlin 2012, s. 230-231.

ğin ötesinde, kurumun (yani aleyhe değiştirme yasağının) anlam ve amacı bakımından bir zorunluluktur. *Bu bakış açısına aykırılık teşkil eden ve aleyhte değiştirme yasağını lafzi bir yorumla sadece cezalar için kabul eden Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadını yanlış buluyoruz*⁵⁴.

B. İçerik Bakımından Kapsamı

Gerek CMK m. 283'de gerekse CMK m. 307/4'de aleyhte değiştirme yasağının içerik olarak kapsamında cezanın “*türü ve miktarı/ağırlığı*” esas alınmıştır.

Kanaatimizce yukarıdaki açıklamalarımızla paralellik arz edecek şekilde Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki içerik tercihinin daha isabetli olduğu söylenebilir. Zira Alman CMK § 331 ve § 358'de aleyhte değiştirme yasağının içerik yönünden kapsamı “*eylemin hukuki sonuçlarının tür ve miktarı (=Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat)*” şeklinde ifade edilmiştir⁵⁵. Al. CMK'daki bu düzenlemeden hareketle, aleyhe değiştirme yasağının kapsamının sadece ceza ve güvenlik tedbirleriyle doğrudan bağlantılı olduğu, bunun dışında yargılama konusu suçun niteliği, yapısal unsurları veya özel görünüş şekilleri gibi hususlarda ortaya çıkan değişikliklerin aleyhe değiştirme yasağının kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır⁵⁶. O halde Alman CMK çerçevesinde lehe bir kanun yolu denetimi başvurusu sonucunda ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm (örnek kabilinden) şu gerekçelerle sanık aleyhine de bozulabilir:

⁵⁴ *Şahin/Göktürk* de Yargıtay kararına atıfta bulunarak aleyhe değiştirme yasağının kapsamına sadece cezaların girdiğini, güvenlik tedbirlerinin girmediğini ifade etmiştir (*Şahin/Göktürk*, 223). Benzer bir değerlendirme için bkz. *Ünver/Hakeri*, 823.

⁵⁵ *Keskin*'e göre Al CMK § 331 ve § 358 çerçevesinde “*cezalar, yan cezalar, ceza mahkumiyetinin sonuçları, güvenlik tedbirleri, mülkiyetin devlete geçirilmesi ve müsadere*” aleyhe değiştirme yasağının kapsamındadır (*Keskin*, 411).

⁵⁶ Bu çerçevede özellikle kusur hükmüne (=Schuldpruch) ilişkin bozulan hükümle, bozmadan sonra tesis edilen yeni hüküm arasındaki değişikliklerin aleyhe değiştirme yasağı kapsamına girmediğine dair Alman Federal Yüksek Mahkeme kararları için bkz. BGH v. 6.2.2002 - 2 StR 522/01, NStZ-RR 2003, 6; BGH v. 30.6.2005 - 1 StR 227/05, NStZ 2006, 34 (35); BGH v. 14.3.2007 - 5 StR 461/06, NStZ 2007, 592; BGH v. 21.8.2012 - 2 StR 199/12; BGH v. 15.7.2010 - 4 StR 164/10, NStZ-RR 2011, 276; BGH v. 27.7.2010 - 4 StR 165/10; BGH v. 13.4.2011 - 4 StR 130/11.

- Suçun taksirle değil kasten işlenmiş olması.
- Kanun yoluna başvuran kişinin şerik değil bizzat fail olması.
- Tek bir suç değil birden fazla sayıda suç olduğu veya zincirleme suç ya da fikri hükümlerinin uygulanamayacağı, her bir fiilden ayrı ayrı ceza tayin edilmesi gerekliliği.
- Olayda kusurluluğu azaltan sebeplerin söz konusu olmadığı, dolayısıyla ceza sorumluluğunun tam olması.
- Kanunda açıkça düzenlenmiş bazı suçlar bakımından suçun ihmali hareketle değil icrai hareketle işlenmiş olması.
- Sanığın suçun temel şeklinden değil cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halinden cezalandırılmasının gerekmesi.
- Suçun teşebbüs aşamasında kalmadığı, dolayısıyla sanığın suçun tamamlanmış halinden sorumlu tutulması.
- Yargılama konusu olayda bir hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olmadığı, dolayısıyla sanığın ceza sorumluluğunun tam olduğu.
- Yargılama konusu suç seçimlik yaptırım öngören bir suçsa, sadece para cezası yerine para cezasıyla birlikte hapis cezasının da verilmesi⁵⁷.

Yukarıda sayılan bu gerekçeler esasında sanık lehine yapılan bir başvuru neticesinde verilecek bozma kararı bakımından sanık aleyhine sonuçlar doğuracak nitelikteki gerekçelerdir. Zira bozma gerekçesi olarak ileri sürülen bu durumlar bozma kararına uyacak ilk derece (esas) mahkemesi tarafından da olduğu gibi kabul edilecek olursa, yeni tesis edilecek hükümde sanığa bozulan hükümden daha ağır bir ceza tayin edilmesi gerekecektir. Ancak Al. CMK § 331 ve § 358; yargılama konusu suçun niteliği, yapısal unsurları ve özel görünüş şekillerine ilişkin olarak tespit edilen bu gerekçeleri bozma için geçerli sayarken, bu gerekçelerin verilecek yeni hükümde tayin edilecek cezaya bir etkisinin olamayacağını da açıkça ortaya koymuştur. Zira bu gerekçeler **“eylemin hukuki sonuçlarının tür ve miktarı/ağırlığı”na** doğrudan ve aleyhe etki eden gerekçelerdir. Dolayısıyla yeni hükümde yer alan bu tür değişiklikler sanık lehine başvuru olan bir kanun yolu

⁵⁷ BeckOK - StPO (Güncellenme Tarihi:08.09.2014)/Eschelbach - § 331, Prg. 9.

denetimi sonrasında sanık aleyhine yaptırımın ağırlaştırılmasına neden olacaktır ki Al. CMK § 331 ve § 358 bunu reddetmektedir.

Bu genel değerlendirmenin ardından CMK m. 283 ve m. 307/4 çerçevesinde aleyhe değiştirme yasağının içerik bakımından kapsamına bakıldığında esas itibariyle Al. CMK § 331 ve § 358 ile paralel bir uygulama içerisinde olduğu ifade edilmelidir. Yargıtay aleyhe değiştirme yasağının kapsamını **“cezanın türü ve miktarı”** ile sınırlı kabul ederken, bunun dışında suç tipinin niteliği ve unsurlarına ilişkin değişiklikleri (ceza bir etkisi olmadığı sürece) aleyhe değiştirme yasağının kapsamına dâhil etmemektedir⁵⁸. Başka bir ifadeyle; sanık lehine yapılan bir kanun yolu denetiminde bozma gerekçeleri sanığın aleyhine olacak şekilde suçun niteliğinde ve unsurlarında değişikliğe sebebiyet vermiş olsa da, bu değişiklikler yeni tesis edilecek hükümde cezanın ağırlaşması sonucunu doğuramaz⁵⁹. Örneğin Yargıtay’a

⁵⁸ “01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 307/4. maddesinde de; “Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262. maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” düzenlemesine yer verilmek suretiyle, aleyhe bozmama ilkesi korunmuştur. Kanunun bu açık düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere; yaptırım ve sonuçlarını aleyhe değiştirme yasağının kapsamı yalnızca ceza miktarı ile sınırlıdır. Kanun koyucu suçun niteliği veya adı yönünden sanık yararına kazanılmış bir hak tanımamıştır (YCGK, 02.04.2013, E: 2013/1-18 - K: 2013/118, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>)

⁵⁹ “Kasten öldürme suçunda; uyuşmazlık; aleyhe temyiz bulunmayan durumda, fiilin suçun nitelikli halini oluşturduğundan bahisle eleştiriyiyle onama mı yoksa cezayı aleyhe değiştirme yasağı gözetilerek bozma kararı mı verileceğinin belirlenmesine ilişkindir. Temyiz davasının yalnızca sanık veya varsa müdafii ya da sanığın yararına olarak Cumhuriyet savcısı veya 1412 Sayılı Kanunun 291. maddesinde belirtilen kişiler tarafından açılması veya hükmün kendiliğinden temyize tabi olması durumunda, Yargıtayca suçun niteliğinde yanılığa düşüldüğü saptandığında aleyhe temyiz bulunmasa bile cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak saklı kalmak şartıyla hükmün bozulmasına karar verilecektir. Sanıkların, suç tarihinde 18 yaşından küçük olan maktule yönelik gerçekleştirdikleri kasten öldürme suçundan, 25 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına dair yerel mahkeme hükmünün, Özel Dairece, eylemlerin daha ağır cezayı gerektiren (Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı) nitelikli kasten öldürme suçuna uyduğunun kabulüyle hükmün yalnızca sanıklar lehine temyiz edilmiş olması sebebiyle ceza miktarı yönüyle kazanılmış hak saklı tutulmak şartıyla hükmün bozulmasına karar verilmelidir(YCGK, 19.03.2013, E: 2013/1- 29 - K: 2013/94, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>).”

göre; sanık lehine başvuru bir temyiz incelemesinde suçun vasfının saptanmasında hataya düşüldüğü tespit edilirse, bu tespit bir bozma gerekçesi sayılabilecek ve fakat bozulan hükümde tesis edilmiş olan cezanın türü ve miktarı sanık için bir **“kazanılmış hak”** kabul edilecektir. Dolayısıyla bozma kararına uyacak olan ilk derece mahkemesi yeni hükmünde çok daha ağır bir suçun işlendiğine kanaat getirirse bile tayin edeceği ceza, tür ve miktar olarak bozulan hükümde tayin ettiği cezadan daha ağır olamaz⁶⁰. Bu noktada Yargıtay içtihatlarında yer bulan bir hususun da altı çizilmelidir. Aleyhe değiştirme yasağı ile ilgili değerlendirmelerin büyük bir çoğunluğu bozma sonrası verilecek yeni hükümle bağlantılı olmasına rağmen, Yargıtay’ın bir bozma kararı vermeden sadece lehe kanunun uygulanması için iade ettiği dosyalar bakımından da aleyhe değiştirme yasağı geçerlidir. Dolayısıyla aleyhe değiştirme yasağı için kural Yargıtay’ca lehe bir kanun yolu başvurusunun ardından ilk derece mahkemesinin verdiği hükmün **BOZULMASIDIR**. Ancak **LEHE KANUN UYGULAMASI İÇİN İADE** edilen dosyalar bakımından da istisnaen aleyhe değiştirme yasağı geçerlidir⁶¹.

Aleyhe değiştirme yasağı sadece hürriyeti bağlayıcı ceza açısından değil para cezası açısından da geçerlidir⁶². Keza bozma sonrası tesis edilen hükümde para cezasının miktarının artması, bozulan hükümde taksitlendirilen para cezasının yeni hükümde taksitlendirilmemiş olması, doğrudan para

⁶⁰ YCGK, 03.04.2012, E: 2011/2-353 - K: 2012/ 129 (Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>)

⁶¹ “5320 sayılı Yasa’nın 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, lehe yasa değerlendirilmesi yapılması gerektiğinden bahisle incelenmeksizin iade edilen dosyalarda, iade kararının bozma sonucunu doğurması nedeniyle, 5320 sayılı Yasa’nın 8/1. maddesi uyarınca yürürlüğünü koruyan 1412 sayılı CYUY’nin 326. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş bulunan, aleyhe değiştirmeme veya aleyhe düzeltme yasağı ilkesi uyarınca, hükmün yalnız sanık tarafından veya onun lehine veya 291. maddesinde gösterilen kişiler tarafından temyiz edilmesi halinde iade üzerine yeniden verilecek hükümde önceki hükümde tayin edilmiş cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilemez. Önceki hüküm iade veya bozma üzerine ortadan kalkacağından, yerel mahkemelerce yeniden hüküm tesisi zorunludur (YCGK, 02.02.2010, E: 2010/11-18 - K: 2010/17, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>).”

⁶² “İlk hükümde sanık hakkında adli para cezası tayin edildiği ve bu hükmün sadece sanık tarafından temyiz edilmesi nedeniyle kazanılmış hak oluşturduğu nazara alınmadan hapis cezasına hükmolunması yasaya aykırıdır (Y 5.CD, 18.11.2008, E: 2006/7518 - K: 2008/9960, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>).”

cezasına olmasa bile para cezasına esas teşkil edecek gün sayısının bozmadan sonraki hükümde arttırılması gibi durumlarda da aleyhe değiştirme yasağı kapsamında kabul edilmektedir⁶³.

Aleyhe değiştirme yasağının cezanın miktarı dışında cezanın türü açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada “*cezanın türü*”den kastedilen para cezası ve hürriyeti bağlayıcı cezadır. Bilindiği üzere hürriyeti bağlayıcı ceza para cezasına nazaran ağır bir ceza türüdür. Dolayısıyla sanık lehine yapılan bir kanun yolu başvurusu neticesinde bozulan hüküm para cezası üzerinden tesis edilmişken, bozma sonrası tesis edilecek hükümde hapis cezası takdir edilirse bu durumda aleyhe değiştirme yasağı ihlal edilmiş kabul edilmektedir⁶⁴.

Öğretide adli para cezasının hapis cezasına nazaran daha hafif bir yaptırım olması dolayısıyla ***miktarı ne kadar yüksek olursa olsun*** özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezası yerine adli para cezası tayin edilmesi halinde aleyhe değiştirme yasağının ihlal edilmeyeceği savunulmaktadır⁶⁵. ***Kanaatimizce bu görüşte haklılık payı olsa da, “ne kadar yüksek olursa olsun” şeklindeki bir değerlendirme sakıncalı sonuçlara sebebiyet verebilir. Zira bozma sonrası takdir edilecek adli para cezasının miktarı o kadar yüksek olabilir ki sanık için bu meblağın karşılanabilme imkânı yoksa söz konusu adli para cezası hürriyeti bağlayıcı cezayı aratır hale***

⁶³ “6136 Sayılı yasaya aykırılık suçunda; uyuşmazlık; sanık hakkında hem kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilen, hem de özgürlüğü bağlayıcı ceza ile birlikte hükümlenen adli para cezalarının ödenmesi için mehil verilmesi ile birlikte ayrıca taksitler halinde ödenmesine de karar verilmesinin olanaklı olup olmadığı, olanaklı olmadığının belirlenmesi halinde ise, bu hususun kazanılmış hakka konu yapıp yapılmayacağı noktalarında toplanmaktadır. Adli para cezalarının ödenmesi hususunda seçimlik iki yöntem benimsenmiştir. İlki; sanığa adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verilmesi, ikincisi ise; adli para cezasının taksitlendirilmesidir. Yerel mahkeme tarafından adli para cezasının ödenmesi için mehil verme veya taksitler halinde ödenmesi yöntemlerinden birine hükmedilmesi gerekirken, her iki seçeneğe birlikte hükmedilmesi yasaya aykırıdır. Hüküm yalnızca sanık tarafından temyiz edilmiş olduğundan, aleyhe bozma yasağı uyarınca bu hukuka aykırılığın bozma konusu yapılması isabetsizdir (YCGK, 07.12.2010, E: 2010/8 - 241 - K: 2010/ 253, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>)”.

⁶⁴ Selçuk/Çınar, 136 (Çınar).

⁶⁵ Selçuk/Çınar, 134 (Çınar).

gelebilir. Dolayısıyla böyle bir durumda adli para cezası ile hürriyeti bağlayıcı ceza arasında bir orantının sağlanması gerekmektedir.

Yargıtay, hakkında bozma kararı verilen hükümde tekerrür hükümlerinin dikkate alınmamış olmasına rağmen, bozmadan sonra tesis edilen hükümde tekerrürün dikkate alınmasını da aleyhe değiştirme yasağının ihlali olarak kabul etmiştir⁶⁶. **Kanaatimizce** Yargıtay'ın bu tespiti hem önemli hem de Yargıtay'ın içine düştüğü bir çelişkiyi göstermesi bakımından anlamlıdır. Şöyle ki; yukarıda ifade edildiği üzere, Yargıtay aleyhe değiştirme yasağını sadece “*cezanın türü ve miktarı*” için geçerli saymakta hatta bu nedenle güvenlik tedbirlerini (bilhassa müsadereye ilişkin kararlarında) aleyhe değiştirme yasağının kapsamı dışına çıkarmıştır. Ancak buradaki örnek üzerinden hareket edilecek olursa, tekerrür “*cezanın miktarı veya türü*”ne ilişkin bir

⁶⁶ “Hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarında uyumsuzluk; 5237 Sayılı T.C.K.nun 58/6 ncı maddesi uyarınca sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilirken, tekerrüre esas alınan ilamın kararda gösterilmesinin zorunlu olup olmadığı belirlenmesine ilişkindir. Tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilmediği durumda, aleyhe değiştirememe ilkesinin gözetilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Adli sicil kaydında tekerrüre esas hükümlülüğü bulunan sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünde 5237 Sayılı Kanununun 58. maddesinin 6 ve 7 nci fıkralarının uygulanmasına karar verilmemiş olması ve aleyhe yönelen temyiz de bulunmaması halinde lehe temyiz davası üzerine cezanın aleyhe değiştirilmemesi kuralı uyarınca, hükmün tekerrür hükümlerinin uygulanmaması isabetsizliğinden bozulması olanaklı değildir. Adli sicil kaydında yer alan ilamlar denetime olanak verecek biçimde getirilmeden ve hangi ilamın tekerrüre esas alındığı kararda gösterilmeden T.C.K.nun 58. maddesi uyarınca sanığa hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve 2. defa tekerrür hükümleri uygulandığından sanığın koşullu salıverilme hükümlerinden yararlandırılmamasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır (YCGK, 06.03.2012, E: 2011/13 - 384 - K: 2012/82, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>.” Yargıtay tekerrür için aleyhe değiştirme yasağını dikkate alırken yine bir infaz kurumu olan cezaların içtimaini bu kapsam dışında tutmuştur: “Yüksek Yargıtay’ın yerleşik içtihadına göre bir infaz kurumu olan “içtima” uygulamasında yapılan yanlışlıklar kazanılmış hak konusu olamazlar (YCGK, 20.01.2004, E: 2003/6- 292 - K: 2004/5, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>)”. **Kanaatimizce aleyhe değiştirme yasağının içerik bakımından kapsamını sadece cezaların tür ve miktarı değil de yukarıda ifadelendirdiğimiz şekilde ortaya çıkan hukuki sonucun (yaptırım yükünün) tür ve miktarı olarak kabul ettiğimiz takdirde, sanığa yüklenen yaptırım yükü bakımından aleyhe sonuç doğurabilecek nitelikte olması halinde cezaların içtimai için de aleyhe değiştirme yasağının kabulü gerekir.**

kurum değildir. 5237 sayılı TCK ve 5235 sayılı CGTİHK hükümleri çerçevesinde tekerrürün artık bir infaz kurumu olarak kabul edileceği söylenebilir. Hatta aynı değerlendirmeyi erteleme kurumu için dahi yapmak mümkündür⁶⁷. Bu durumda aslında Yargıtay aleyhe değiştirme yasağının kapsamını “cezanın türü ve miktarı”yla sınırlayan bakışından zımnen ayrılmış kabul edilmelidir. Bu yönüyle aslında Al. CMK § 331 ve § 358’deki “eylemin hukuki sonuçlarının türü ve miktarı” formülüne daha yakın bir bakış açısı ortaya koymaktadır.

Meseleye böyle bakıldığında tekerrürü aleyhe değiştirme yasağı kapsamında gören Yargıtay’ın doğrudan bir yaptırım türü olan güvenlik tedbirlerini bu yasağın uygulama alanı dışında kabul etmesi pekâlâ bir çelişki olarak değerlendirilebilir.

V. ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞINDA ESAS ALINACAK SONUÇ CEZANIN BELİRLENMESİ SORUNU

Gerek öğreti⁶⁸ gerekse uygulamada⁶⁹ ittifakla kabul edildiği üzere, aleyhe değiştirme (reformatio in peius) yasağı bakımından esas alınacak ceza miktarı belirlenirken sonuç ceza dikkate alınmaktadır. Bilindiği üzere sonuç cezanın nasıl hesaplanacağı TCK m. 61’de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde öncelikle somut olayın özelliklerine göre birinci fıkra da belirlenen hususları dikkate alarak suçun kanuni tanımında öngörülen alt ve üst sınır dahilinde temel ceza belirlendikten sonra sırasıyla suçun olası kast veya bilinçli taksirle işlenip işlenmediği (ikinci fıkra), ardından da cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenlerin söz konusu olup olmadığı (dördüncü fıkra) dikkate alınarak, birinci fıkra ya göre belirlenen

⁶⁷ Keza Yargıtay da erteleme aleyhe değiştirme yasağı kapsamına girdiğini kabul etmekle birlikte, erteleme neticesinde takdir edilen denetimli serbestliği bu yasak kapsamında kabul etmemiştir. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Selçuk/Çınar**, 131 vd (**Çınar**).

⁶⁸ **Yenisey/Nuhoğlu**, 1295-1296; **Centel/Zafer**, 768; **Şahin/Göktürk**, 222; **Ünver/Hakeri**, 823; **Selçuk/Çınar**, 123 (**Çınar**).

⁶⁹ “Öğretide “Lehe kanun yolu davası üzerine aleyhe değiştirmeme mecburiyeti” olarak da tanımlanan bu kural, sadece sonuç ceza bakımındandır (YCGK, 13.04.2010, E: 2010/8-72 - K: 2010/89, Kaynak: <http://www.kazanci.com.tr>.)”

temel ceza üzerinden gerekli artırım ve indirimler gerçekleştirilir. Nihayet beşinci fıkraya göre; ilk dört fıkra uygulanmak suretiyle tespit edilen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir. İşte ilk derece mahkemesi tarafından bu safahatla belirlenen sonuç ceza; sanık lehine başvurulacak bir kanun yolu denetimi sonucu hüküm bozulursa, bozmaya uyacak olan ilk derece (hüküm) mahkemesinin vereceği yeni hükümde aleyhe değiştirme yasağının sınırını oluşturacaktır. Başka bir anlatımla bozma sonrası tayin edilecek yeni ceza, bozulan hükümde tayin edilmiş olan sonuç cezadan daha ağır olamayacaktır.

Buna karşın özellikle uygulamada aleyhe değiştirme yasağında esas alınacak sonuç cezanın belirlenmesinde karşılaşılan önemli bir soruna işaret etmek gerekmektedir. Yerel mahkeme birden çok suç işlendiğinden bahisle her bir suç için ayrı ayrı mahkûmiyet hükmü verse ve fakat Yargıtay bu hükmü söz konusu suçlar arasında zincirleme suç ya da fikri içtima kurumunun uygulanması gerektiğinden bahisle bozsa, bu durumda sonuç ceza miktarı nasıl belirlenir? Böyle bir durumda aleyhe değiştirme yasağı bakımından esas alınması gereken ceza miktarı; her bir suç için tayin edilen cezaların toplamı mı, yoksa her bir suç için tayin edilen *müstakil ceza* mıdır?

Bu durum bir örnekle şu şekilde açıklanabilir: İlk derece mahkemesi yürüttüğü kovuşturmada hüküm aşamasına geldiğinde sanığın bir hırsızlık ve ayrıca bir de yağma suçu işlediği kanaatine vararak hırsızlık suçundan üç yıl, yağma suçundan dolayı da on yıl hapis cezasına hükmetmiştir. Sanık hükmü temyiz etmiş ve temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay; somut olayda yağma suçunun işlenmediği, suçun TCK m. 43/1 hükmü gereğince zincirleme suç şeklinde işlenen hırsızlık suçu olduğu, dolayısıyla tek hırsızlık suçunun işlendiğini kabul edilerek TCK m. 43/1 gereğince cezanın arttırılması gerektiği gerekçesiyle hükmü bozmuştur. ***Bu bozma kararına uyacak olan ilk derece mahkemesi; yeni ceza tayinine giderken bozulan hükümdeki sonuç cezayı toplamda (her iki suç için tayin edilen cezaların toplamı) on üç yıl olarak mı, yoksa Yargıtay'ın işlenmediğine kanaat getirdiği yağma suçuna verilen on yıllık ceza göz ardı edilerek, hırsızlık suçu özelinde sadece üç yıl olarak mı kabul edecektir?***

Bu soruya verilecek yanıt aleyhe değiştirme yasağı bakımından son derece önemlidir. Zira (aynı örnek üzerinden gidildiğinde); şayet sonuç ceza on üç yıl olarak kabul edilecek olursa, o takdirde yağma suçunun oluşmamış olması dolayısıyla hırsızlık suçuna ilişkin verilen ceza (üç yıl) TCK m. 43/1 hükmü uygulanarak ceza artırılrsa dahi her durumda on üç yılın altında bir cezaya tekabül edecektir. Bu durumda aleyhe değiştirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır. Buna karşın eğer sonuç ceza olarak her bir suç için tayin edilen müstakil cezalar dikkate alınacak olursa, hırsızlık suçu için verilen üç yıllık cezaya TCK m. 43/1 uygulandığında elde edilecek ceza her durumda üç yıldan fazla bir cezaya tekabül edeceği için hırsızlık suçu bakımından sanığa yüklenen yaptırım ağırlaşmış olacak, dolayısıyla da aleyhe değiştirme yasağı ihlal edilmiş sayılacaktır.

Kanaatimizce aleyhe değiştirme yasağı bakımından sonuç cezanın belirlenmesi sorunu CGTİHK m. 99 çerçevesinde çözümlenebilir. Gerçekten CGTİHK m. 99'a göre; bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı olarak cezaların içtimali hükmüne yer verilmiş değildir. Bununla birlikte koşullu salıvermeye ilişkin CGTİHK m.107'ye göre bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş bulunur ise koşullu salıverilmenin, uygulanabilmesi için mahkemeden bir toplama kararı istenir. O halde CGTİHK m. 99 ve 107'den şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

- ***Bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza ayrı ayrı bağımsızlığını koruyorsa sonuç cezaların toplanabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla her bir suç için sonuç ceza o suça özgü olarak müstakilen belirlenmektedir.***
- ***CGTİK m.107 hükmü bir içtima hükmü değildir. Söz konusu hüküm sadece HÜKÜM KESİNLEŞTİKTEN VE DOLAYISIYLA İNFAZ AŞAMASINA GEÇİLDİKTEN SONRA koşullu salıverilmenin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin olarak göz önünde bulundurulabilir.***

Bu tespitten hareketle; ilk derece mahkemesinin birden fazla suçun işlendiği gerekçesiyle birden fazla ceza tayin ettiği durumlarda, bozma sonrası verilecek yeni hükümde aleyhe değiştirme yasağının ihlal edilip

edilmediğini değerlendirmek için referans alınacak sonuç ceza, sanığa tayin edilen tüm cezaların toplanması suretiyle elde edilecek ceza değil her bir suç için belirlenen müstakil ceza olmalıdır.

Aksi bir kabul yukarıda ayrıntısıyla üzerinde durulan aleyhe değiştirme yasağının ruhuna da aykırıdır. Çünkü sonuç cezayı verilen tüm cezaların toplamı olarak kabul etmek, sanık hakları bakımından bir “illüzyon”a sebebiyet vermektedir. Şöyle ki; yukarıda verilen örnek hatırlanacak olursa, ilk derece mahkemesi sanığa hırsızlıktan üç yıl yağımadan on yıl hapis cezası tayin etmiştir. Sonuç ceza olarak bu cezaların toplamı dikkate alındığında on üç yıl edecektir ki, Yargıtay yağma suçunun oluşmadığı hırsızlık suçunun da zincirleme suç şeklinde işlendiğine, dolayısıyla hırsızlık suçunun cezasının TCK m. 43/1’e göre ağırlaştırılması gerektiğine kanaat getirdiğinde yeni tayin edilecek ceza üç yıldan fazla ve fakat on üç yıldan az olacaktır. Böyle olunca da sanık lehine yapılan bir kanun yolu incelemesinde sanığa yüklenen yaptırım ağırlaşmadığı sonucuna (kanaatimizce yanılısına) ulaşılabilir. Hâlbuki CGTİHK m. 99 hükmü referans alındığında her suç için verilecek ceza müstakilen değerlendirilecek olduğunda, tek hırsızlık suçu işlendiği kabulü üzerinden aleyhe değiştirme yasağı için referans alınacak **SONUÇ CEZA** üç yıl olarak kabul edilecektir. Aksi halde TCK m. 43/1 uygulandığında da üç yıldan daha fazla bir ceza ortaya çıkacağından aleyhe değiştirme yasağının ihlal edilmiş olacağı sonucuna ulaşılacaktır. ***Dikkat edilirse biz aleyhe değiştirme yasağını sanığın hukuki durumunun aleyhe değiştirilmesi yasağı olarak değil, sonuç ceza/yaptırım olarak aleyhe değiştirilmesi yasağı şeklinde anlamaktayız.***

VI. BİR YARGITAY KARARI ELEŞTİRİSİ

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde izah edilmeye çalışılan aleyhe değiştirme (reformatio in peius) yasağına ilişkin son olarak Yargıtay’ın ilginç bir kararı üzerinde durmak isabetli olacaktır.

Aydın 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 08.04.2008 tarih ve 2006/ 159 esas, 2008/ 92 karar sayılı kararıyla; sanıklar M. Z. ve S.D.Y’nin TCK m. 102/2 ve 102/3-d hükümleri çerçevesinde nitelikli cinsel saldırı suçunu işledikleri kanaatine varılarak her iki sanığa da, iki ayrı suç işlendiği kabulüyle, ikişer kez 10 yıl 6 ay hapis cezası tayinine, suçun sonucunda mağdurun ruh

sağlığının bozulduğu, ancak verilen hapis cezasının 10 yıldan fazla olduğu dikkate alınarak, TCK m.102/5 uyarınca ayrıca artırım yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

Sanıklar tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine Yargıtay 5. CD 26/11/2009 tarih ve 2009/ 11360 - K: 2009/ 13245 sayılı kararıyla ilk derece mahkemesinin verdiği hüküm şu gerekçeyle bozulmuştur:

“...Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdiline, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Dosya içeriği ve oluşa göre, sanıkların birlikte ve zor kullanarak mağdurenin direncini kırdıktan sonra aynı zaman ve mekanda önce sanık M., sonra da sanık S. tarafından organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdikleri anlaşılınca, sanıkların bizzat işledikleri eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine katılmış olmalarından dolayı TCK'nun 102/2 ve 102/3-d maddelerine göre belirlenen cezanın teselsül nedeniyle aynı Yasanın 43. maddesi uyarınca artırılması suretiyle hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden iki ayrı suç kabulüyle yazılı şekilde uygulama yapılmak suretiyle karar verilmesi,

TCK'nun 102/5 maddesinin 10 yıldan az olmamak üzere hapis cezası öngörmesi ve aynı Yasanın 49. maddesi hükmüne göre ise 20 yıla kadar hapis tayininin mümkün bulunması karşısında yazılı gerekçeyle m. 102/5 maddesinin uygulanmaması,

Kanuna aykırı, sanıklar müdafinin temyiz itirazları ve duruşmalı inceleme sırasındaki savunmaları bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan hükümlerin belirtilen nedenlerle 5320 sayılı Yasanın 8/1 maddesi de gözetilerek CMUK'un 321 ve 326. maddeleri uyarınca ceza süresi itibariyle kazanılmış hak saklı kalmak üzere bozulmasına...”

İlk derece mahkemesi, Yargıtay 5. CD'nin yukarıda zikredilen bozma kararına uyarak, Yargıtay'ca işaret edilen bozma gerekçelerine istinaden her bir sanık için ayrı ayrı ve toplamda 15 yıl 16 ay 32 gün hapis cezası tayin etmiştir.

Yukarıda özetlenen denetim muhakemesi sürecinde Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu bozma kararı ve ilk derece mahkemesinin bu karara uymasını aleyhe değişirme (reformatio in peius) yasağı çerçevesinde değerlendirecek olursa, Yargıtay kararında gösterilen her iki bozma gerekçesini de ayrı ayrı tartışmak gerekmektedir.

- Birincisi bozma gerekçesi; yargılama konusu suçun iki ayrı suçun işlenmediği, TCK m. 43 çerçevesinde tek suç sayılıp, cezanın arttırılması gerektiğidir. Burada temel sorun bir önceki başlıkta üzerinde durulan aleyhe değişirme yasağının değerlendirilmesinde esas alınacak sonuç cezanın tayini sorunudur. Dikkat edilecek olursa ilk derece mahkemesi her iki sanık için de nitelikli cinsel saldırı suçunun (TCK m. 102/2 ve 3-d) ikişer kez işlendiği kanaatine vararak iki kez 10 yıl 6 ay hapis cezası takdir ve tayin etmiştir. CGTİHK m. 99 hükmü gereğince her bir suç için takdir ve tayin edilen cezalar bağımsızlıklarını koruyup ayrı ayrı değerlendirileceğine göre; ilk derece mahkemesinin verdiği sonuç ceza, her bir sanık için verilen ikişer adet 10 yıl 6 aylık cezaların aritmetik toplamı (yani 20 yıl 12 ay) olamaz. Bu durumda her bir sanık için iki tane sonuç cezanın (yani iki ayrı 10 yıl 6 aylık hapis cezası) varlığı kabul edilmelidir.

Ne var ki, sanık lehine yapılan bu kanun yolu denetimi neticesinde bozulan hüküm sonrası, bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi tarafından tayin edilen 15 yıl 16 ay 32 günlük yeni cezası Yargıtay'ca aleyhe değişirme yasağını (aleyhe bozma yasağı değil!) ihlali olarak değerlendirilmemiştir⁷⁰. Çünkü Yargıtay sonuç cezayı sanığa verilen cezanın aritmetik toplamı (20 yıl 12 ay) olarak kabul ettiği için iki ayrı suç yerine zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı tek suçtan verilecek cezanın bozulan hükümde verilen cezaya ulaşamayacağı ön kabulünden hareket etmiştir.

Yargıtay'ın bu ön kabulünü benimseyebilmemiz mümkün değildir. Çünkü burada Yargıtay tek suç olduğu kanaatindeyse, o halde müstakilen bağımsızlıklarını koruyan sonuç cezalardan biri devre dışı kalacaktır. Haliyle bozma sonrası verilecek yeni hükümde aleyhe bozma yasağı bakımından

⁷⁰ Bu sonuca, bozmadan sonra ilk derece mahkemesinin verdiği yeni hükmün temyize götürülmesi neticesinde Y. 5. CD 06/06/2011 tarih ve E:2011/1942 - K: 2011/4409 kararıyla ulaşılmaktadır. Anılan kararda ilk derece mahkemesinin yeni ceza tayininin aleyhe değişirme yasağının kapsamına girmediği açıkça ifade edilmiştir.

esas alınacak sonuç ceza, ilk derece mahkemesi tarafından bozulan hükümde tayin edilen diğer müstakil sonuç ceza olan 10 yıl 6 aylık hapis cezasıdır. Bu tespitten hareketle, ilk derece mahkemesinin bozma sonrası Yargıtay'ın bozma gerekçesine uyarak TCK m. 43/1 uygulamak suretiyle elde ettiği ceza (15 yıl 16 ay 32 gün) aleyhe bozma yasağının ihlali olarak nitelendirilmelidir.

- İkinci bozma gerekçesi ise; yargılama konusu cinsel saldırı suçunda (o dönem itibarıyla mevcut bulunan ve mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükümlenmesine ilişkin) bir nitelikli hal olan TCK m. 102/5'in de uygulanarak bir ceza tayin edilmesi gerektiridir. Hatırlanacağı üzere ilk derece mahkemesi Yargıtay'ca bozulan hükmü verirken TCK m. 102/2 ve m. 102/3 - d hükümlerini uygulamak suretiyle 10 yıl 6 ay hapis cezası tayin etmiş ve ceza 10 yılın üzerine çıktığı için TCK m. 102/5'in uygulanmasına gerek görmemiştir.

Yargıtay 5. CD'nin işaret ettiği gibi TCK m. 102/5 uygulandığında elde edilecek ceza her halükarda ilk mahkûmiyet hükmünde verilen sonuç ceza olan 20 yıl 12 ay hapis cezasından az olsa dahi, bu durum bizi söz konusu ikinci bozma gerekçesinin (yani TCK m. 102/5'in uygulanması gerektiği) aleyhe değiştirme yasağının ihlal edilmediği sonucuna götürmez. Şöyle ki; yukarıda ayrıntılı bir şekilde izah ettiğimiz üzere, sanık lehine başvuru bir kanun yolu denetiminde Yargıtay suçun niteliğine, unsurlarına, özel görünüş şekillerine ilişkin olarak sanığın aleyhine olarak ilk derece mahkemesinin hükmünü bozabilir. Keza bu serbesti dolayısıyla aleyhe bozma yasağının ceza muhakemesi hukukunda fonksiyonel ifade etmiştik. Bu açıklamamızı müteakiben şunu da belirtmiştik: Yargıtay bu ve benzeri sebeplerle sanık aleyhine hükmü bozsa ve ilk derece mahkemesi bu bozma kararına uysa dahi, bozma sonrası verilecek yeni hükümde sanık aleyhine sonuç doğurabilecek bu bozma gerekçeleri ceza tayininde dikkate alınmaz. Aksi takdirde sanık lehine bir başvuru sanık aleyhine sonuç olacaktır. İşte bu nedenle terminolojik tercihimizi “*aleyhe bozma yasağı*”ndan yana değil “*aleyhe değiştirme yasağı*”ndan yana kullanmıştık.

Bu anlamda Yargıtay tarafından bozulan hükümdeki sonuç cezayı aşmayacağı gerekçesiyle, aleyhe sonuç doğurmaya elverişli tüm hususların yeni hükümde gözden geçirilerek cezaya etki edecek şekilde değerlendirilmesi aleyhe değiştirme yasağının amacına aykırılık teşkil edecektir.

Kaldı ki; ilk derece mahkemesi, verdiği mahkûmiyet kararında “*suçun sonucunda mağdurun ruh sağlığının bozulduğu, ancak verilen hapis cezasının 10 yıldan fazla olduğu dikkate alınarak, TCK m. 102/5 madde uyarınca ayrıca artırım yapılmasına yer olmadığı*” sonucuna ulaşmıştır. Dikkat edilecek olursa yerel mahkeme TCK m. 102/5’in uygulanması ile ilgili hususu **ATLAMAMIŞTIR, BİLAKİS DEĞERLENDİRİMİŞ VE TCK M. 102/5’İN UYGULANMASINA GEREK GÖRMEMİŞTİR.** Artık bu sonuç sanık adına lehe bir değerlendirme olarak değerlendirilmeli ve aleyhe bir kanun yolu başvurusu olmadığı için söz konusu değerlendirme sanık açısından “kesinleşmiş” kabul edilmelidir. Dolayısıyla Yargıtay 5.CD. sanıkla lehine yapılmış bir temyiz başvurusunda, aslında TCK m. 102/5’in uygulanması gerektiğine de dayanarak bir bozma kararı verirse dahi, bozmaya uyan ilk derece mahkemesi tayin edeceği yeni cezada sanık aleyhine sonuç doğuracak bu bozma gerekçesini dikkate almayacaktır.

Sonuç olarak gerek Yargıtay’ın sanık aleyhine sonuç doğuracak bir bozma gerekçesini aleyhe değiştirme yasağının kapsamı dışında görmesi, gerekse ilk derece mahkemesinin bozmaya uyararak sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde yeni ceza tayininde TCK m. 102/5’i de göz önünde bulundurulmasını isabetsiz buluyoruz.

Kaynakça

- Beck'scher Online Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra (BeckOK-StPO)**, Edition: 19, Hrsg: Jürgen Peter Graf, Stand: 08.09.2014, Erişim Kaynağı: <https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=400&w=BeckOK&name=StPO>.
- Benke, Nikolaus/Meissel, Franz-Stefan**; Juristenlatein, 2. Aufl., Münih 2002.
- Bringewat, Peter**; Gerichtliches Nachtragsverfahren gem. §§ 460, 462 StPO und das prozessuale Verschlechterungsverbot, NStZ 2009.
- Erdoğan, Belgin**; Hukukta Latince/Teknik Terimler - Özlü Sözcükler, İstanbul 2004.
- Erem, Faruk**; "Aleyhe Bozma Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, C: 24, S: 4, 1967.
- Campanini/Carboni**, Vocabolario Latino - Italiano/Italiano - Latino, Torino 1945.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide**; Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2014.
- Çınar, Ali Rıza**; "Aleyhe Değişirme Yasağı Kuralı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C: 19, S: 2, İstanbul 2013.
- Evik, Vesile Sonay**; "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", ", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 3: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku (Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), Ankara 2004.
- Gerber, Hans**; Das Verbot der Reformatio In Peius im Reichsstrafprozessrecht, Breslau 1913.
- Hofrat, Wirkl/Luggauer, Karl**; Juristenlatein, 3. Aufl., Viyana 1979.
- Jahn, Mattias**; "Rechtstheoretische Grundlegendes Gesetzesvorbehaltes im Strafprozessrecht", Gesetzlichkeit und Strafrecht (Hrsg: Hans **Kudlich**/Jan **Schuh**/Juan Pablo **Montiel**), Berlin 2012.

- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung** (KK-StPO), Hrsg: Gerd **Pfeiffer**, Mönih 1982.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung** (KK-StPO), Hrsg: Rolf **Hanning**, 7. Aufl., Mönih 2013. (Erişim Kaynağı: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/KarlsKoStPO_7/cont/KarlsKoStPO%2Ehtm)
- Kaufmann**, Arthur; Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrecht, Mainz 1949.
- Kaymaz**, Seydi; “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değişirme Yasağı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C: 19, S: 2, İstanbul 2013.
- Keskin**, Serap; “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Reformatio in Peius’ Kuralı”, Prof. Dr. Turaf Tüfan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001.
- Kudlich**, Hans; “Das Gesetzlichkeitsprinzip im deutschen Strafprozessrecht”, Gesetzlichkeit und Strafrecht (Hrsg: Hans **Kudlich**/Jan **Schuh**/Juan Pablo **Montiel**), Berlin 2012.
- Kunter**, Nurullah; “Aleyhte Düzeltme Yasağı”, İÜHFİM, C: 18, S: 3-4, 1952.
- Kuru**, Baki; “Hukuk Uslünde Aleyhe Bozma Yasağı”, AÜHFD, C: 30, S: 1-4.
- Kühne**, Hans Heiner; Strafrecht Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 8. Aufl., Heidelberg 2010.
- Kühne**, Hans Heiner/**Eser**, Robert; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Tutuklama Konusundaki Yargısı - 2000 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 3: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku (Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), Ankara 2004.
- Liebs**, Detlef; Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 6. Aufl., Mönih 2007.

- Mahmutoğlu**, Fatih Selami; “Dava Zamaşımı - Lehe Kanun - Aleyhe Bozma Yasağı”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C: 1, İstanbul 2008.
- Menge**, Hermann; Lateinisch - Deutsches Schulwörterbuch mit besonderer Berücksichtigung der Etymologie, 2. Baskı, Berlin- Schöneberger 1907.
- Ozansü**, Mehmet Cemil; Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi, İstanbul 2014.
- Öztürk**, Bahri (Ed.); Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2014.
- Peglau**, Jens; Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, das Rechtsmittelverfahren und das Verschlechterungsverbot, NJW 2004.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2010.
- Peters**, Karl; Strafprozeß, 4. Baskı, Heidelberg 1985.
- Petschenig**, Michael; Der kleine Stowasser/Lateinisch - deutsches Schulwörterbuch, Viyana 1913.
- Pfeiffer**, Gerd; Grundzüge des Strafverfahrenrechts, Münih 1987.
- Roxin** Claus, Strafverfahrenrecht, 23. Aufl., Münih 1993.
- Selçuk**, Sami/**Çınar**, Ali Rıza; Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı, Ankara 2014.
- Selçuk**, Sami; “Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı” ve Ülkemizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Yaklaşım”, TAAD, Y:2, C: 1, S: 7, 2011.
- Sueffert**, Hermann; Die Reformation in in pejus im neuen, insbesondere bayerischen Strafprozesse, Münih 1861 (Kaynak: <https://download.digitale-sammlungen.de/pdf/1418575814bsb10378608.pdf>, Erişim Tarihi: 14.12.2014).
- Şahin**, Cumhuriyet; Ceza Muhakemesi Hukuku - I, 5. Baskı, Ankara 2014.
- Şahin**, Cumhuriyet/**Göktürk** Neslihan; Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Tilch**, Horst; Müncher Rechts- Lexikon, Band: 3, Münih 1987.

Turhan, Faruk; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2014.

von Listz, Franz; “Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches”, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Band: 2, Berlin 1970.

Weigert, Erich; “Reformatio in Peius”, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Hrsg: **Somlo**, Fritz Stier/**Elfter**, Alexander), Band: 4, Berlin/Leipzig 1927.

Yenisey, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2014.

Yüce, Turan Tûfan; Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanunyolları, Erzurum 1967.

“HİÇBİR YASA BİRDEN ÇOK KONU İÇERMEMELİDİR”*

*Prof. Dr. Millard Harrington RUUD***

*(Çev.) Öğr. Gör. Burçin AYDOĞDU****

Her yasanın tek konu hakkında olması kuralına 41 eyaletimizin anayasasında bir şekilde yer verilmiştir. Gerek eyalet çapındaki gerekse genel nitelikli makale seçkilerinde, mevzuat/içtihat derlemelerinde ve haftalık içtihat seçkilerinde bir yasanın geçerliliğini sorgulayan davacıların bu kurala sıkça gönderme yaptığı görülmektedir. Süreli yayınlarda ve antlaşmalarda bu kadar geniş kabul gören ve sıkça başvurulmuş bir eyalet anayasası hükmü söz konusu olunca insan bu hükme yönelik büyük ilgi olacağı beklentisine

* “No Law Shall Embrace More Than One Subject”, *Minnesota Law Review* 1958 Ocak, C42 No. 3 (42 Minn. L. Rev. 389 1957-1958)

** Prof. Dr. Millard Harrington Ruud (1917-1997), Texas Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

*** Kırklareli Üniversitesi Öğretim Görevlisi

Çevirenin Notu: Çok değerli hocamız sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez için hazırlanan bu armağana güncel bir sorun olan torba yasalar hakkında kaleme alınmış, 1958 tarihli temel nitelikte bir çalışma olan, “No Law Shall Embrace More Than One Subject” adlı makalenin çevirisiyle katılmak istedim. Ülkemizde yasama organının ahlak ve etik anlayışına bırakılmış olan bu husus ilişkin çeşitli anayasal maddeleri ele alan bu eser hem ülkemizle Amerika Birleşik Devletleri’nin yasama sistemleri arasında uluslararası mukayese olanağı tanımakta hem de eyaletler arası farklar üzerinde değerlendirmeler yaparak bu konudaki farklı pozitif hukuk yaklaşımlarını göz önüne sermektedir. Hukuk bilimimize ve uygulamasına naçiz bir katkıda bulunması amacıyla çevirdiğim makalenin yer ve kapsam itibarıyla evrensel ya da mukayeseli değerlendirme yapmaya elvermediğini düşündüğüm VI konu başlığı son kısımlarını ise çeviriye dahil etmemeyi uygun buldum. Bu makale eski tarihli bir çalışma olmakla birlikte içerdiği tartışmalar açısından günümüzdeki ve gelecekteki pek çok anayasal soruna ışık tutacak ve etik hareket etme kaygısı taşıyan yasama organı mensuplarına yol gösterecek niteliktedir.

girebilir. Şaşırtıcıdır ki öyle bir ilgi mevcut değildir¹. Bu yazının amacı söz konusu anayasal hükme, hak edip de görmemiş olduğu ilgiyi göstermektir. Yazıda, hükmün tarihi, tarihsel amacı, bu hükme başvuran davacıların deneyimleri ve mahkemelerin bu hükme verdiği anlam ele alınacaktır. Hükmün, anılan hedefini gerçekleştirmedeki yeterliliği de değerlendirilecektir.

I. GİRİŞ

Heterojen konularda hükümler içeren bir torba yasa tasarısının düzgün ve rasyonel bir yasama sürecinde sorunlar arz etmesinin tarihi Romalılara kadar gitmektedir. Luce'nin aktardığına göre M.Ö. 98 yılında çıkarılan Lex Caecilia Didia yasasıyla lex satura yani ilgisiz hükümler içeren yasa çıkarılması yasaklanmıştır². Torba yasa tasarıları sömürgecilik zamanlarından beri memnuniyetsizlik kaynağıydı; bu sorunun üstesinden gelmeye yönelik olarak ilk girişim 1818 yılında Illinois anayasasındaki bir hüküm olmuştur. Bu hüküm, yasama organı mensuplarının maaşlarının belirlenmesi kapsamında hükümet görevlilerinin de maaşının belirlendiği tasarı sunulmasına sınırlama getirmekteydi. 1843 yılında Michigan'da kabul edilen anayasa değişikliğiyle ise, tek bir amaçla kredi alınması ya da devlet tahvili çıkarılması yetkisi veren birden çok yasa çıkarılması sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte 1844 yılına kadar hiçbir eyalet genel bir "tek konu-tek yasa" kuralı getirmemiştir; ancak 1844'e gelindiğinde New Jersey bu nitelikte bir hüküm

¹ Anayasadaki tek konuluk kuralının tartışıldığı başlıca eserler şunlardır: Crawford, Statutory Construction §§ 95, 98 (1940); Freund, Legislative Regulation 208 (1932); Luce, Legislative Procedure 548 (1922); New York State Constitutional Convention Committee, Problems Relating to Legislative Organization and Powers 68-71 (1938); 1 Sutherland, Statutory Construction §§ 1702, 1711-13, 1720 (3d ed. Horack, 1943); Everstine, Titles of Legislative Acts, 9 Md. L. Rev. 197, 212 (1948); Horack, Constitutional Limitations on Legislative Procedure in West Virginia, 39 W. Va. L. Q. 294, 303-05 (1933); Merrill, Legislation: Subject, Title and Amendment, 13 Neb. L. Bull. 95 (1934); Sinclair, The Operation of a Constitutional Restraint on Bill-Styling, 2 U. Newark L. Rev. 25, 54-62 (1937) (New Jersey hukukuna ilişkin bu tartışma bu çalışmada ele alınan konu hakkındaki en derinlikli ve geniş tartışmadır.); Sweet, Title of Bills Required by Missouri Constitution, 9 J. Mo. B. 225, 226 (1953); Comments, 9 Miami L. Q. 431 (1955); 24 U. Chi. L. Rev. 722, 724-26 (1957).

² Luce, op. cit. supra note 1, at 548-49

kabul etmiştir. Bu fikir kendiliğinden kabul görmüştür ve kısa zamanda diğer eyaletlerin çoğunluğunun anayasasına da girmiştir. Günümüzde North Carolina ve New England eyaletleri hariç eyaletlerin hepsi tek konu-tek yasa kuralına anayasalarında bir şekilde yer vermiştir³. Minnesota anayasasındaki hüküm örneksel niteliktedir: “Hiçbir yasa, başlığında ifade edilen tek konudan fazlasını kapsamayacaktır”⁴.

Otuzyedi eyalet yasa konusunun tekliği konusunda esas itibarıyla aynı genel şartı koşmuştur. Bu eyaletlerin 32’si hiçbir yasanın birden çok konu hakkında olamayacağını hüküm altına alırken beş eyalet bu kuralı amaç açısından getirmiştir. Diğer iki eyalet olan New York ve Wisconsin’de ise sadece özel ve yerel yasalar için geçerli olan tek konululuğa ilişkin anayasal kural mevcuttur. Arkansas’ın ve Mississippi’nin tek konululuğa ilişkin anayasa hükümleri ise sadece ödenek yasaları için geçerlidir. Tablo 1 bu anayasal hükümleri ve ödenekle ilgili yasalar öngören daha az sayıdaki eyaletlerde kabul edilen hükümleri özetlemektedir.

Minnesota eyaletindeki ve ona paralel düzenleme yapan eyaletlerdeki hükmün amacı Minnesota v. Cassidy davasında mahkeme tarafından uygun bir biçimde ifade edilmiştir:

“[IV. maddenin 27. fıkrasında] hedeflenen, her değerlendirmede ve kararda sadece o değerlendirmenin ya da kararın kendi esasına bağlı kalınmasını her tür yasama düzenlemesiyle güvence altına almak ve bunu, gerek konuya tamamen yabancı ya da konuyla tamamen ilgisiz ya da bağlantısız hususların hileli bir biçimde kapsama sokulmasını yasaklayarak ve gerekse düzenlemenin geçmesini garantilemek için gereken desteği vermeye mecbur bırakmak amacıyla, görünüşte bütünlük arz edip de nitelikte, amaçta ve hedeflerde benzeşmeyen, birbirinden farklı düzenlemelerin birbirine eklenmesini engelleyerek başarmaktır... Ancak bununla, ‘yasaları kapsam, işleyiş bakımından gereksiz derecede kısıtlı hale getirip sayılarını arttırmak

³ Bu çalışma çok sayıda yasama organının kendi kuralları içinde bulunan tek konululuk kuralını ele almamaktadır. ABD Temsilciler Meclisi Kurallar md. XVI/7’nin aynısı eyaletlerde yaygın olarak kabul edilmiştir ve şu hükmü içermektedir: “Değerlendirilmekte olan konudan farklı bir konu hakkındaki hiçbir tasarı ya da teklif, tadil adı altında kabul edilmeyecektir.”

⁴ Minn. Const, art IV, § 27 (1857).

suretiyle yasamayı zor durumda bırakmak amaçlanmamaktadır ve bu yaklaşım öyle yorumlanmamalıdır”⁵.

New Jersey eyaletinin bu konudaki hükmü ilginç bir biçimde, amacını hükmün kendi içinde beyan etmektedir:

“Belli bir yasaya, birbiriyle düzgün bağlantısı olmayan hususların karışmasına yol açacak usulsüz etkide bulunulmasının önüne geçmek...”⁶.

Tek konu kuralının temel nitelikteki ve evrensel çapta tanınmış olan amacı yasaların çıkarılmasında destek toplamanın engellenmesidir; destek toplamadan kast edilen, normalde kendi teklifi için çoğunluğun onayını alamayacak olan birden çok azınlığa ait birden çok teklifin tek bir yasadaki farklı hükümler halinde bir araya getirilmesi ve bu surette azınlıkların oylarının birleştirilmesiyle söz konusu torba yasa lehine bir çoğunluk elde edilmesidir⁷.

Hükmün açıklanan bir diğer amacı ise çokça rağbet gören ve kabul edilmesine kesin gözüyle bakılan yasa tasarılarına “ekler” ilâştirilerek söz konusu ekin kendi özü itibarıyla değil de ilâştirildiği düzenlemenin özü sayesinde kabul edilmesinin güvence altına alınmasının engellenmesidir⁸. Görünüşe göre bu taktik-manevra, destek toplamanın bir türevinden başka bir şey değildir.

Tek konu kuralının hizmet ettiği bir başka amaç düzgün yasama usulünü kolaylaştırmaktadır. Her yasa tasarısı tek konuyla sınırlanınca her bir tasarıda sunulan meseleler daha iyi kavranabilir ve daha yüksek anlayışla tartışılabilir. Ayrıca her bir yasa tasarısının tek konuyla sınırlanması demek, masaya yatırılan konuyla ilgisiz değişiklik öneren tasarıların değerlendirilmeye alındığı konu dağıtıcı hallerin söz konusu olmaması demektir. Ancak belirtmek gerekir ki bu amaç, yasama usulüne ilişkindir; oy çokluğu kuralından sapma yaratmayı amaçlayan yolları ortadan kaldırmayı amaçlamamak-

⁵ 22 Minn. 312, 322 (1875).

⁶ N.J. Const, art. IV, § 7, para. 4 (1844).

⁷ Christie v. Miller, 128 Ga. 412, 57 S.E. 697 (1907); Trumble v. Trumble, 37 Neb. 340, 55 N.W. 869 (1893); Johnson v. Harrison, 47 Minn. 575, 50 N.W. 923 (1891); Giddings v. San Antonio, 47 Tex. 548, 553 (1887); People ex rel. Estes v. Dehany, 20 Mich. 349 (1870); People v. Mahaney, 13 Mich. 481, 496 (1865).

⁸ 1 Sutherland, op. cit. supra note 1 at 1702.

tadır. Bu yollarla mücadele etmek, yasama kurallarına bırakılabilecek kurum için bir meseledir⁹.

Tek konu kuralını içeren anayasa hükmü, her yasa tasarısının bir başlığı olması ve o başlıkta yasa tasarısının konusunun ya da hedefinin ifade edilmesi bağımsız zorunluluğunu da içermektedir. Ancak bu zorunlulukların kendi bağımsız işleyişleri, tarihsel dayanakları ve amaçları vardır. Anayasa-daki başlık zorunluluğunun Amerikan tarihindeki temeli 7 Ocak 1795 tarihinde Georgia eyaletinde çıkan meşhur Yazoo yasasıdır¹⁰. Özel kişilere esaslı miktarlarda bağışta bulunan yasa, masum ve yanılıcı bir başlık kullanılarak yasama organının gözünden kaçırılıyor gibi hissedildiği için her yasa tasarısının konuyu yeterli surette ifade eden bir başlık içermesinin anayasal zorunluluk haline gelmesi yönünde umumi bir talep ortaya çıktı. General James Jackson olayında bu işe yarayacak bir hüküm 1798 yılında Georgia anayasasına konmuştur¹¹. Başlık zorunluluğunun asli amacı halkın ve yasanın şaşırılmasının ve onlara karşı hile yapılmasının önüne geçmektir. Eğer bir yasa tasarısının başlığı yasanın konusunu yeterli surette ifade etmezse ya da konuyu ifade etmekte yanılıcı olursa söz konusu yasa kısmen ya da tamamen iptal edilir¹². Başlık zorunluluğunun amacı el altından

⁹ Bu tabii ki daha önce alıntılanan Temsilciler Meclisi kuralıdır; önerilen tadillerin, değerlendirilmekte olan yasa tasarısıyla bağlantılı olmasını zorunlu tutmaktadır.

¹⁰ Yazoo Yasası'nın başlığı şöyleydi: “Bu eyalet topraklarının kain olmayan kısmının bir parçasını yeni eyalet birlikleri için ve bu yasada belirtilen diğer hususlar için kamulaştırma ve bu eyaletin onun kamulaştırılmamış parçası üzerinde, eyalet sınırlarını koruyup takviye etmek amacıyla ve diğer amaçlarla hak ilan etme yasasını tamamlayıcı yasa”. Bu yasa Georgia eyaletindeki kamu arazilerinin önemli bir kısmının isim sahibi şirketlere satılmasını yönlendirmiştir. Fletcher v. Peck, 12 U.S. (6 Cr.) 87 (1810) davasında eyalet valisinin Jamer Gunn ve diğerlerinden oluşan bir Georgia şirketine akresi 50 Sterlinden toplam 500 bin akre sattığına dair 13 Ocak 1795 tarihli bir senet incelenmiştir. Georgia yasama organı 13 Şubat 1796 tarihinde Yazoo Yasa'nın batıl ve yok hükmünde olduğunu çünkü çıkarılışında uygunsuz etki ve hile olduğunu ilan etmiştir. Bireyler arasındaki bir davada Üst Mahkeme anılan senette arazinin esasen aktarıldığı iyi niyetli alıcının arazi üzerindeki mülkiyet hakkının geçerli olduğuna ve bunun 1796 tarihli yasadaki etkilenmeyeceğine hükmetmiştir.

¹¹ Bkz. Giddings v. San Antonio, 47 Tex. 548, 555-56, (1887).

¹² Bu anayasa hükümleri ve mülkiyet hakkının yetersiz olmasının sonuçları bağlamında neyin yeterli mülkiyet hakkı olduğu, bağımsız, çok geniş ve problemlili bir konudur. See

yasama faaliyeti yürütülmesini engellemektir; tek konu kuralı da bu tür uygulamaların kökünün kazınmasında yardımcı ve tamamlayıcı rolde bir zorunluluktur. Minnesota mütalaasından alıntılanan hükme benzeyen anayasal hükümlerin amacı, hukuki ifadesini genellikle bu iki zorunluluğun tek bir beyanda birleşmesinde bulmaktadır. Dolayısıyla aynı anayasa hükmünde düzenlenen bu iki zorunluluğun aslında ayrı olan amaçlarını birbirinden yalıtım çoğu zaman zor olmaktadır.

II. KURALIN YARGISAL UYGULAMASI

Tek konu kuralı, anayasa yapıcılarının yasama sürecini düzenlemek amacıyla anayasaya koyduğu birkaç hükümden biridir¹³. Bu hükümler yasaların şeklini ve yasama usulünü düzenler. Bu hükümlerle ilgili ortaya çıkan ilk soru şudur: bir davada taraflardan biri, yasama organının bu hükümlere riayet etmediğini ileri sürerek bu usule aykırı çıkarılmış yasanın yok hükmünde olduğunu ileri sürebilir mi? Yasama usulünün bu anayasal düzenlemelerinden birine aykırı çıkarılan yasaları bu konuda savunan iki hukuk doktrini vardır: birincisi anayasa hükümlerinin ihlal edildiği olgusunun ispatlanmasını engelleyen kabul edilen tasarı doktrini, ikincisi ise anayasal düzenlemenin zorunlu değil yol gösterici düzenlemelerden sayan doktrindir.

Kabul edilmiş tasarı doktrinine göre kabul edilmiş tasarıların üzerinde, tasarıyla örtüşmeyen bir husus yoksa o tasarı gerek içerdiği metin itibarıyla gerekse hukuka uygun olarak kabul edilmiş olmasıyla kesinleşmiş bir tasarıdır ve yasama organının yayınlanmış tutanaklarının arka planına bakarak ya da yayınlanmış tutanakların dışına çıkarak geçersiz hale getirilemez¹⁴. Minnesota ve başka bazı eyaletler yayınlanan tutanak kayıtlarını esas almaktadır. Buna göre, kabul edilmiş bir yasa tasarısı aksi kanıtlanmadıkça yasama organının tüm anayasal gereklere uymuş olduğunun kanıtıdır ancak bu kari-

1 Sutherland, op. cit. supra note 1, § 1708; Manson, The Drafting of Statute Titles, 10 Ind. L.J. 155 (1934); Sinclair, A Constitutional Restraint on Bill Styling, 2 U. Newark L. Rev. 35 (1937); Comments, 43 Harv. L. Rev. 1143 (1930); 23 Tex. L. Rev. 378 (1945).

¹³ Örneğin bkz. Minn. Const art IV, §§ 10, 12, 13, 16, 19-22, 27, 30.

¹⁴ Carlton v. Grimes, 237 Iowa 912, 23 N.W.2d 883 (1946), 32 Iowa L.Rev. 147 (1946); Williams v. Taylor, 83 Tex. 667, 19 S.W. 156 (1892).

nenin yürütülmesi ve yasanın geçersiz hale getirilmesi mümkündür¹⁵. Bu kuralların hiçbiri bir yasama tasarrufunda tek-konu kuralının ihlal edildiği iddiasını bertaraf edebilecek nitelikte değildir çünkü tek konu kuralının ihlal edildiği olgusunu tespit etmek için kanıt olarak tutanakların dışına çıkmaya gerek yoktur; o tür bir ihlal yasanın kendisinden anlaşılabilir.

Dolayısıyla tek konu kuralının ihlali nedeniyle bir yasanın yok hükmünde sayılmasını ancak bir mahkeme, söz konusu anayasal düzenlemenin uyulması zorunlu değil yol gösterici türden bir düzenleme olduğuna hükmederek engelleyebilir. Anayasal düzenlemenin yönlendirici nitelikte olduğunun tespit edilmesiyle, yasama tasarrufunun yargı incelemesine girmesi reddedilmiş olmuştur. Ne var ki tek konu kuralının yol gösterici nitelikte olduğunu Ohio’dan başka hiçbir eyalet mahkemesi kabul etmiş değildir¹⁶. Minnesota eyaletinin bir keresinde söz konusu anayasal hükmün yol gösterici olduğunu beyan ettiğine dair bazı kanıtlar olsa da artık bu hükmü uyulması zorunlu bir hüküm sayıldığı kesindir¹⁷.

Bununla birlikte mahkemeler yargının yasama tasarrufuna daha az müdahale etmesi amacıyla başka bir ortak teknik kabul etmişlerdir. Mahkemeler söz konusu anayasa hükmünün liberal bakış açısıyla¹⁸ ve yasanın

¹⁵ State ex rel. Foster v. Naftalin, 246 Minn. 181, 74 N.W.2d 249 (1956); Woodward v. Pearson, 165 Ore. 40, 103 P.2d 737 (1940).

¹⁶ Pim v. Nicholson, 6 Ohio St. 177 (1856) : contra, Simms v. Sawyers, 85 W.Va. 245, 101 S.E. 467 (1919).

¹⁷ Johnson v. Harrison, 47 Minn. 575, 50 N.W. 923 (1891). Ramsey İlçesi Denetçiler Kurulu v. Heenan ilk davası, 2 Minn. 281 (1858), bu hükmün zorunlu olmadığını söyleyebilir. Ancak, mahkeme yasanın tek bir konu kapsadığını ve sonrasında anayasa hükmünün yönlendirici olarak kategorize edilmesini “anlamsız” bularak aynı hükmün zorunlu sayılmasını “diğer eyaletlerin hepsini taklit etmeye degecek bir idare bilimi ilerlemesi...” olarak nitelemiştir. Tuttle v. Strout, 7 Gil. 374 (Minn. 1862) davasındaki Gilfillen raporuna göre mahkeme Heenan davasına atıf yaparak şöyle demiştir: “orada bu anayasa hükmünün salt yol gösterici olduğunu ifade etmiştik...” Ancak Gilfillen’in Minnesota v. Gut, 13 Minn. 341 (1868), aff’d 76 U.S. 35 (9 Wall.) (1869) davası hakkında raporuna göre mahkeme Tuttle v. Strout davasından alıntı yapmakta ama “olduğunu” yerine “olmadığını” yazmıştır. Bu muğlaklık ilk davalarda vardır ancak Minnesota Üst Mahkemesinin titizlikle ele aldığı, yasanın birden çok konu kapsadığının iddia edildiği çok sayıda davada bu hükmün zorunlu sayıldığı açıklık kazanmıştır.

¹⁸ Austin v. Gulf, C. & S.F. R.R., 45 Tex. 234 (1876).

işini zorlaştırmayacak, dürüst yasama organını da mahçup duruma düşürmeyecek biçimde yorumlanması gerektiğini söylemektedirler¹⁹. Yani mahkemeler “konu” ya da “amaç” kavramını dar değil geniş yorumlayacak ve böylece yasama organının bir yasa tasarısında bulunması istediği hususların sınırı çok sert bir biçimde sınırlanmış olacaktır. Johnson v. Harrison davasında yargıç Mitchell mahkemelerin bu tür vakalardaki yaklaşımını açık bir şekilde ifade etmektedir:

“Bu hüküm...sıkı sıkıya değil liberal bir bakış açısıyla yorumlanacaktır. Yasaların kapsamını ve yürütülüşünü gereksiz ölçüde kısıtlayarak ya da yasa sayısının arttırarak ya da yasama organının genel bir konudaki tüm meseleleri tek bir yasada ele almasını engelleyerek yasama organını zor durumda bırakmayacaktır.”²⁰.

Bu durumda tek konu kuralı müdafilerin bir yasayı başından alaşağı etmeleri için kullanabildikleri bir kural haline gelmektedir ve bu kuralın uygulanmasının şartlarının neler olduğunu öğrenmek önem arz etmektedir. Minnesota eyaleti hiçbir yasanın birden çok konuyu kapsayamayacağını beyan ederken eyaletlerin çoğunluğu bir yasanın birden çok konu içerebileceğini beyan etmektedir. “Kapsamak” ve “içermek” sözcüklerinin kullanılması görüldüğü kadarıyla esaslı bir fark yaratmamaktadır; bu iki terim arasında bir fark olduğunun iddia edildiği vaki değildir.

Bu hükümlerin çoğunluğu teklik şartını “konu” açısından ifade etmektedir. Diğerleri ise teklik şartını “amaç” açısından ifade etmektedir. “Konu” kelimesinin sözlükteki tanımları arasında şunlar vardır: “bilgilerin örgütlenmiş birlikteliği”, “bahis konusu” ve “mantıkta: bir önermenin, o önermenin ne hakkında olduğunu gösteren terimi... bir onayın ya da reddin ele aldığı husus.”²¹. Bir eylemin konusu, o eylemde neyin söz konusu olduğunu ya da o eylemin neye yönelik olduğunu gösterir.

Öte yandan “amaç” sözcüğünün sözlük tanımları arasında şunlar vardır: “hareket ya da gayretin sonunda varmak istenen”, “ulaşmaya çalışılan”,

¹⁹ Illinois v. McBride, 234 111. 146, 84 N.E. 865 (1908).

²⁰ 47 Minn. 575, 577, 50 N.W. 923, 924, (1891).

²¹ Webster’s New International Dictionary of the English Language 2509 (2ded. 1947).

gaye, niyetlenen, saik, nihai sebep”²². Bir eylemin amacı onun sonunda varılmak istenenin ya da niyetlenenin ne olduğunu ifade eder. Bir tasarrufun tek bir konu hakkında olmasını şart koşmakla tek bir amacı olmasını şart koşmak arasında bariz bir fark vardır. Tek bir konu hakkında olmak, ele alınan meselenin tekliğini gerektirirken tek bir amaca sahip olmak varılmak istenen sonucun tek olmasını gerektirir²³.

“Konu” sözcüğünün bu bağlamdaki en iyi genel tanımlarından biri yargıç Mitchell’im Johnson v. Harrison davasında yaptığı tanımdır:

“Konu terimine öyle geniş ve genel bir anlam verilmelidir ki yasama organı, aralarında mantıksal ya da doğal bağlantı olan meselelerin hepsini tek bir yasada ele alabilsin. Birden çok konunun varlığından bahsedebilmek için yasanın birbirine benzemeyen ve birbiriyle örtüşmeyen iki ya da daha çok konuyu, konular arasında meşru bir bağlantı ya da ilişki kurabilecek makul bir mülhaza olmaksızın kapsamaması gerekir. Bir yasanın bir konuyu genel itibarla kapsamaması gerekir ve bu da şu anlama gelir: ele alınan meselelerin tamamı genel itibarla tek bir fikir kapsamında olmalı, mantıksal açıdan ya da yaygın kabule göre genel itibarla bir konunun parçaları ya da onunla ilişkili hususlar olacak kadar birbiriyle bağlantılı ya da ilgili olmalıdır.”²⁴

Tek konululuk kuralı bağlamında yasama tasarrufunun konusu için “başlıca konu”²⁵, “genel bahis konusu”²⁶, “yazılı yasanın çekirdeği”²⁷ ve “bir bütün olarak ele alınabilecek genel konu başlığı”²⁸ gibi çeşitli tarifler vardır.

²² A.g.e. s. 1679.

²³ Anayasa kuralının iki biçiminin sözlük aracılığıyla incelerken bilgili yargıç Hand’in Cabell v. Markham, 148 F.2d 737, 739 (2d Cir. 1945) davasındaki tavsiyesini de aklımda tuttum: “Olgun ve iyi gelişmiş bir hukuk biliminin en kesin göstergelerinden biri sözlüklerden kaleler inşa etmemesi, onun yerine yazılı yasaların her zaman gerçekleştirmesi gereken bir gayesi ya da amacı olduğunu aklında bulundurmasıdır, ki bu gayenin ya da amacın duygudaşlıkla ve hayal gücünü kullanarak keşfedilmesi onun anlamına ulaşmaktaki en güvenilir rehberdir.”

²⁴ 47 Minn. at 577, SO N.W. at 924 (1891).

²⁵ Sullivan v. Westhoff, 38 S.W.2d 604, 606 (Tex. Civ. App. 1931).

²⁶ McMeans v. Finley, 88 Tex. 515, 521, 32 S.W. 524, 525 (1895).

²⁷ AFL v. Langley, 66 Idaho 763, 769, 168 P.2d 831, 834 (1946).

Yasalarda konu açıdan genel bütünlüğün zorunlu tutulduğu otuzyedinci eyaletin beşi bu kuralı amaç bütünlüğü şeklinde düzenlemektedir.²⁹ Bir yasanın amacı için “kanun çıkarırkenki hedef ya da maksat”³⁰, “yasanın genel maksadı”³¹ ve “yasama tasarrufunun ulaşmak istediği sonuç”³² gibi çeşitli tarifleri vardır.

Yasa içeriklerinde aranan bütünlüğün niteliği hakkında görünürde farklı tarifler olsa da mahkemeler bu konuda net bir ayırım yapmamıştır. Örneğin Indiana eyaletindeki bir mahkeme şunu beyan etmiştir: “Bir yasanın “amacı” ile “konu”su birbiriyle özdeş olmasa da biz bir yasanın kapsamındaki meselelerin ‘tek konu’ kapsamında olduğunun makul açıdan kabul edilebilip edilemeyeceğini tespit ederken o yasanın amacının göz önüne alınmasının şart olduğu kanaatindeyiz”³³. Iowa eyaletindeki bir mahkeme anayasadaki tek konululuk zorunluluğunu ele alırken şu mütalaada bulunmuştur: “Amaç bütünlüğü varılması tasarlanan nihai sonucun ayrıntılarında değil o sonucun kendisinde aranmalıdır”³⁴ missouri eyaletindeki bir mahkeme ise konu tekliğini öngören anayasal zorunluluk bağlamında saik, amaç ve konu arasında keskin bir ayırım yapmayı reddetmiştir³⁵. Georgia eyaleti tek konululuğu zorunlu tutsa da Conner hakkındaki nizasız yargılamada³⁶ yasanın açık maksadını kullanarak o yasanın söz konusu anayasal zorunluluğa uyup uymadığını sınamakta ve yasada konu çoğulluğu olduğu sonucuna varmaktadır çünkü yasanın maksadı dört ayrı şirket kurmaktır. Michigan eyaleti amaçta teklik aramakta olduğu halde Michigan eyaletindeki bir mahkeme incelemekte olduğu yasanın amacında çoğulluk tespit ederken büyük oranda Conner’in nizasız yargılamasını esas almıştır³⁷. Yasalarda tek amaç olmasını

²⁸ Merrill, supra note 1, at 98.

²⁹ La., Mich., N. J., W. Va., and Va.

³⁰ Kent County ex rel. Bd. of Supervisors v. Reed, 243 Mich. 120, 123, 219 N.W. 656, 657 (1928); Pinder v. Board of Supervisors, 146 So. 715, 718 (La. App. 1933).

³¹ Grand Rapids v. Burlingame, 93 Mich. 469, 472, 53 N.W. 620, 621 (1892).

³² State ex rel. Walter v. Town of Union, 33 N.J.L. 350, 354 (Sup. Ct. 1869).

³³ State ex rel. Test v. Steinwedel, 203 Ind. 457, 469, 180 N.E. 865, 868 (1932).

³⁴ Dayton v. Pacific Mut. Life Ins. (jo.), 202 Iowa 753, 757, 210 N.W. 945, 946 (1926).

³⁵ Thomas v. Buchanan County, 330 Mo. 627, 51 S.W.2d 95 (1932).

³⁶ 51 Ga.571 (1874).

³⁷ Cote v. Village of Highland Park, 173 Mich. 201, 139 N.W. 69 (1912).

şart koşan Virginia eyaletinde ise bu bağlamda “amaç” ile “konu” terimlerinin esaslı olarak aynı anlama geldiği açıklanmıştır³⁸.

Texas eyaletinin 1845 tarihli ilk anayasasında “konu”da bütünlük aranmaktaydı. Ancak 1861, 1866 ve 1869 anayasaları “amaç” terimini kullanmıştır. 1876’da benimsenmiş olan şimdiki anayasa ise ilk baştaki “konu” terimine geri dönmüştür. Anlam açısından bir fark olabileceği kabul edilmekle birlikte terimler arasında gerçek bir fark olmadığı belirtilmiş ve eski vakaların yeni anayasa açısından da emsal kabul edilebileceği belirtilmektedir³⁹.

Bütünlük şartının “konu” açısından olmasıyla “amaç” açısından olması arasında gerçek bir fark olmadığına dair mahkeme kararları mevcut olduğu için aşağıdaki tartışmada vakalar ayrı ayrı ele alınmayacaktır⁴⁰. Ve her iki terime de başvurulduğu görülmekle birlikte yazının sadeliğini korumak adına söz konusu anayasa kuralı tek konululuk kuralı diye anılacaktır.

III. KONUDA ÇOĞULLUĞUN SONUÇLARI

Mahkemelerin konu çoğulluğu tespit ettiği vakaları ele almadan önce çoğulluk tespitinin sonuçlarını tartışmak daha uygun olacaktır. Konu çoğulluğunun gerçekleştiği üç hali birbirinden ayırmak önem arz etmektedir: (1) Yasanın hem içeriğinin birden çok konuyu ele alması hem de başlığının birden çok konuya atıf yapması (2) Yasanın içeriği iki ya da daha çok konuyu ele alırken yasa başlığının tek bir konuya ilişkin olması (3) Yasanın içeriği tek bir konuyu ele alırken yasa başlığının iki ya da daha çok konudan bahsetmesi. Tek konululuk kuralı, bu hallerin ilkinde açıkça ihlal edilmektedir.

Bir yasanın içeriği iki ya da daha çok konu hakkındayken o yasanın başlığı tek bir konu ifade ettiği takdirde yasa başlığının yasa içeriğini ifade etmesini zorunlu tutan kardeş anayasal düzenleme devreye girer. Başlıkla

³⁸ Ingles v. Straus, 91 Va. 209, 215, 21 S.E. 490, 492 (1895); Commonwealth ex rel. City of Richmond v. Chesapeake & O. Ry., 118 Va. 261, 270, 87 S.E. 622, 625-26 (1916).

³⁹ Day Land & Cattle Co. v. Texas, 68 Tex. 526, 542, 4 S.W. 865, 872 (1887).

⁴⁰ Manson, supra note 12, at 156-57 n. 3 başlıkla ilgili zorunluluk bağlamında “amaç” ve “konu” açısından aynı sonuca varmaktadır.

ilgili bu zorunluluğun iki ihlal türüne farklı sonuçlar bağlanmıştır. Eğer yasanın başlığı yasa tasarısının içeriğini tamamıyla yansıtmıyorsa ya da içerik hakkında yanıltıcı nitelikteyse yasanın tamamı geçersiz olmaktadır. Ancak eğer yasanın başlığı tasarının bir kısmını doğru yansıtıyorsa o zaman yasanın başlığa yansımayan kısmı geçersiz olmaktadır.⁴¹ Tabii ki bu kuralın uygulanabilmesi için yasanın ilgili bölümlerinin yasanın bütününden ayrılabilir nitelikte olması şarttır. Bazı eyaletlerin anayasalarında yasaların bölünebilmesi açıkça hüküm altına alınmıştır; diğer eyaletlerin hukuk sistemlerinde ise aynı sonuca anayasal bölünebilirlik hükmünün yardımıyla ulaşılmaktadır.

Bu halde, yasa başlığı hakkındaki zorunluluğun ele aldığımız türden bir yasaya uygulanması ya yasayı tamamen geçersiz kılacak ya da yasanın kapsamını tek bir konuyla sınırlayacaktır. Her iki halde de konu çoğulluğu gündeme gelmeyecektir.

Birden çok konu içerdiği halde başlığı bu konulardan tek birini ifade eden yasaların ele alındığı davaların çoğunluğunda başlık düzenlemesi gereği yasa kapsamının başlıkta ifade edilenle sınırlanması gerektiğine ve sadece o kısmın geçerli olacağına hükmedilmiştir.⁴² Bununla birlikte yasanın bütünü geçersizliğine hükmedilen davalar da olmuştur. Nevada eyaletinde “Hayvan postlarının kontrol ettirilmesi, zararların telafi edilmesi ve bunlara ilişkin diğer hususlar” başlıklı bir yasa çıkarılmıştır ve bu yasa hayvan postlarının kontrol edilmesini hüküm altına aldığı gibi sığır çiftliklerinin etlerinin satışını hüküm altına almıştır. Mahkeme satış düzenlemesinin başlıkta ifade edilenden ayrı bir konu olduğuna, başlığın yanıltıcı olduğuna ve bu nedenle yasanın bütününe yok hükmünde olduğuna hükmetmiştir. Bu kararlar mahkeme yasanın anayasaya aykırı olduğuna dayanan davaya yönelik itirazın kaldırılmasını, yasa birden çok konu içerdiği için onamıştır.⁴³ Konunun çoğulluğu kararın teknik dayanağı olmakla birlikte görülmektedir ki kararın esas dayanağı yasa başlığının kusurlu olmasıdır.

Nebraska Üst Mahkemesi'nin 1907 tarihli bir yasa hakkındaki dördüncü mütalaasına göre bazı hallerde mahkeme yasa içeriğinde yer alan

⁴¹ 1 Sutherland, op. cit. supra note 1, § 1708; Comment, 23 Tex. L. Rev. 378 (1945).

⁴² Jones v. Thompson's Ex'r, 75 Ky. (12 Bush) 394 (1876); State ex rel. Daubman v. Smith, 47 N.J.L. 200 (Sup. Ct. 1885).

⁴³ State v. Payne, 53 Nev. 193, 295 Pac. 770 (1931).

ikinci (başlığa yansımayan) konu yasanın yasama organından geçmesini teşvik için konmuş olduğunu tespit ettiğinde söz konusu yasanın bölünemez olduğuna ve bütünüyle geçersiz olduğuna karar verebilir⁴⁴.

En sağlam çözüm Nebraska eyaletindeki çözüm olabilir. Yasanın içeriğindeki konu çoğulluğu destek toplama yoluna başvurulmuş olma ihtimalini göstermektedir; destek toplayıcılık, tek konululuğun engel olmaya çalıştığı kötü niyetli yöntemdir. Bir yasanın yasama organından geçmesinde bu kötü niyet devreye girmişse o yasa yoklukla malul ilan edilmelidir. Başlıkta teklik şartının getireceği kavramsalcılık nedeniyle siyasi gerçeklerin gözden kaçması da mümkündür. Yasama organı başlıkta ifade edilen tek konuda sınırlı kalmayıp söz konusu yasayı gerçekten de yasanın içeriğinde her iki konuyu da değerlendirmiş olabilir ve yasanın yasama organından geçmiş olmasının sebebi bu iki konunun aynı birleşik halde bulunması olabilir. Bu durumda dahi söz konusu yasa geçersiz sayılmalıdır. Bu, ilgi çekici bir argümandır.

Yasanın içeriği tek konu hakkındayken başlığı iki ya da daha çok konu ifade ettiğinde başka bir soru gündeme gelmektedir. Tek konululuk kuralının yasanın başlığıyla değil içeriğiyle ilgili olduğu sıkça söylenir. Dolayısıyla sorun sadece başlıkta olduğunda yasa geçerli sayılır⁴⁵. Tabii ki başlıkta konuların çoğulluğu nedeniyle mahkemeler bazen başlığın yanıltıcı olduğu sonucuna varıp yasanın geçersizliğine hükmedebilir⁴⁶. Başlık yanıltıcı olma-

⁴⁴ McShane v. Douglas County, 96 Neb. 664, 148 N.W. 569 (1914). The three previous opinions are McShane v. Nebraska, 93 Neb. 54, 139 N.W. 852 (1913); State ex rel. County of Douglas v. McShane, 93 Neb. 46, 139 N.W. 850 (1913); McShane v. Douglas County, 95 Neb. 699, 146 N.W. 979 (1914).

⁴⁵ Illinois v. McBride, 234 Ill. 146, 84 N.E. 865 (1908). See Judson v. City of Bessemer, 87 Ala. 240, 6 So. 267, 268, (1889); Eaton v. Guarantee Co., 11 N.D. 79, 80-81, 88 N.W. 1029, 1030 (1902). Stewart v. Hadley, 327 Pa. 66, 193 Atl. 41 (1937) kararında mahkemenin söz konusu yasayı geçersiz bulmasının tek nedeninin başlıkta iki konu bulunması olduğu görülmektedir ancak söz konusu sonuç başlığın yanıltıcı olduğu ya da üstlenilen tadillerin biçim bakımından kusurlu olduğu gerekçesiyle daha iyi açıklanabilir.

⁴⁶ Colonial Inv. Co. v. Nolan, 100 Fla. 1349, 1353-54, 131 So. 178, 180 (1930) kararında mahkeme bir noktada başlıkta çoğulluğun tek başına, yasayı geçersiz hale getirmek için yeterli olduğunu belirtmekte ancak bir başka noktayı ele alırken Judson davasına atıf yapıp onu onaylamaktadır.

dığında ise yasanın geçerli sayılacağı kabul edilir. Yasa başlığında çoğulluk olması destek toplamanın gerçekleşmiş olduğuna dair tek başına yeterli delil sayılmaz ve mahkemeler tek bu gerekçeye dayanarak yasayı tek konululuk kuralını ihlalden ötürü geçersiz hale getirmez.

Dolayısıyla şu anlaşılmaktadır: tek konululuk kuralının ihlalinin tam anlamıyla ancak yasa içeriğinin iki ya da daha çok konu içerdiği ve yasa başlığının bu konuları yeterli surette ifade ettiği durumda gündeme gelir. Bu hallerde mahkemeler genelde yasanın bütününün yoklukla malul olduğuna hükmederler. Mahkemeler çoğunlukla yasadaki konulardan birini geçerli saymak öbürünü geçersiz saymak üzere bir ayırım yapamayacaklarını çünkü yasama organının iradesinin hangisini yasalaştırmak yönünde olduğunu mahkemenin bilemeyeceğini söyler ve bu yüzden mahkemeler bölünebilirlik doktrinine⁴⁷ başvurma yetkisini kendilerinde görmezler ve yasanın bütününü geçersiz sayarlar. Bununla birlikte bazı davalar mahkemenin bu konuda karar vermesi gerektiğini göstermiştir; böyle davalarda mahkeme konulardan birinin daha üst dereceli ya da baskın olup olmadığına karar vererek yasama organının niyetinin diğerlerinin değil o konunun yasalaşması iradesini taşıdığını ya da diğer konuların yasanın yasama organından geçmesi açısından özel bir sebep olmadığını tespit eder. Bu halde yasanın baskın olan konuyu ele alan kısmı geçerli sayılacak ve geri kalan kısımların geçersizliğine hükmedilecektir⁴⁸.

Bölünebilirlik doktrininin yasa başlığında yeterli surette ifade edilen iki ya da daha çok konuyu içeren bir yasada uygulanabilip uygulanamayacağı çok şüphelidir. Bir yasa kısmen anayasaya aykırı olduğunda bölünebilirlik doktrini yasanın anayasaya uygun olan kısmını kurtarıp yürürlüğe sokmaktadır; yeter ki bu yaklaşım yasama organının gayesine hizmet etsin. Anayasaya aykırılık genelde yasama yetkisinin yokluğundan kaynaklanır. Tek konululuk kuralı maddi anlamda yasama yetkisi ile ilgili değildir. Tek konululuk kuralı destek toplayıcılığa karşı getirilmiş bir kuraldır. Genel hatlarıyla kural bir yasa tasarısına eklenen yasayla ilgisiz hükümlerin birden çok

⁴⁷ State v. Harrison, 11 La. Ann. 722 (1856); Power, Inc. v. Huntley, 39 Wash.2d 191, 235 P.2d 173 (1951).

⁴⁸ Cashin v. State Highway Comm'n, 137 Kan. 744, 22 P.2d 939 (1933). See City of Owensboro v. Hazel, 229 Ky. 752, 763, 17 S.W.2d 1031, 1036 (1929).

azınlığı tek bir çoğunluğa çevirme amacını taşıdığı farz eder⁴⁹. Tek konululuk kuralı çoğunluğun egemenliği kuralının bu şekildeki istismarının tolare edilemeyeceğini söylemektedir. Bu halde yasanın bütünü şüphelidir ve tamamı geçerliliğini kaybetmelidir^{49a}. Eğer bu, anayasa kuralının mantiki temeli ise, ki mahkemelerin ifade ettiği esas kesinlikle budur, o zaman yasadaki konulardan birini ele alan hükümlerin kurtarılması amacıyla bölünebilirliğe başvurulması kesinlikle sağlıksızdır. Yasayı bölmenin yasama organı mensuplarının çoğunluğunun üzerinde uzlaştığı gayeye hizmet etmesi şartının gerçekleşmesi bu halde mümkün değildir.

Bununla birlikte yasanın birden çok konuyu içerdiğini tespit edip de o konulardan birini bu geçersizlikten ayrı tutulabileceği bir hal vardır. Tek konululuk kuralının amaçlarından birinin, rağbet gören yasa tasarılarına ekler getirilmesi suretiyle o ekin, esas içeriği sebebiyle değil tasarının geri kalanının özü sebebiyle kabul edilmesinin garanti edilmesini engellemek olduğu ifade edilmektedir. Geçmişte genel ücret belirleme yasası bu nitelikteki eklerin yasa tasarısına ilştirilmesinin cazibesini arttırmıştır. Konuyla ilgisiz bir hüküm ile yasa tasarısının geri kalanı arasındaki bu tür bir taktik ilişkisi olduğu açıksa sadece söz konusu ekin geçersizliğine hükmetmek tek konululuk kuralının mantiki temeli ile bağdaşır görünmektedir. Yine de bu durumun ne zaman söz konusu olduğunun belirlenmesi cevaplanması zor bir soru olarak karşımıza çıkabilir.

IV. YASANIN TEK KONUSUNUN BAŞLIKTA İFADE EDİLMESİ ŞART MIDIR?

Tipik tek konululuk hükmü mot-a-mot yorumlanınca şu zorunluluklar anlaşılmaktadır: (1) her yasa sadece bir konu içermelidir ve (2) bu tek konu,

⁴⁹ Yasayı destekleyen yasama organı mensuplarını töhmet altında bırakmamak için çoğunlukla yasa yapımında bir destek toplayıcılık olduğu iddia edilmez, onun yerine bu tür bir yasanın iptal edilmemesi halinde gelecekteki destek toplayıcılığı faaliyetlerinin önüne geçilemeyeceği ifade edilir.

^{49a} State ex rel. Hueller v. Thompson, 316 Mo. 272, 278, 289 S.W. 338, 341 (1926). Aslında bir bütçe yasasının bütünün tek konululuk kuralına aykırılıktan ötürü iptal edildiği tek dava Power, Inc. v. Huntley, 39 Wash. 2d 191, 235 P. 2d 173 (1951) davasıdır. Söz konusu davadaki özel koşulların değerlendirmesi için dipnot 194'e ve metnine bakınız.

yasanın başlığında ifade edilmelidir. Konu tekilliğinin birden çok mevzunun ya da konunun tek bir yasa içinde ele alınmasına o konuların aynı genel başlık altında olmasına izin vermesi mümkünse de anayasanın başlıkla ilgili hükmünün başlıkta tek başlık ifade edilmesini zorunlu tuttuğu görülmektedir.

Şaşırtıcı bir şekilde, bu mesele sadece birkaç davada gündeme gelmiş görülmektedir. Konu teklifi meselesinin karara bağlanması ile yasa başlığının konusunu yeterince yansıtmadığı meselesinin karara bağlanması davalarda büyük oranda birbirinden bağımsız olarak ele alındığı görülmektedir. Bu meseleye eğilen sınırlı sayıdaki davada çeşitli sonuçlara ulaşılmıştır.

Bazı davalarda anayasa hükmü ilk anlamıyla değerlendirilmiş ve yasanın tek konusunun başlık yazısında yer alması aranmıştır. Owensboro Şehri v. Hazel⁵⁰ davasında şehrin yönetim şekline, şehir yönetiminin göreve başlama şekline ve bu şekillere geçmek ya da onlardan ayrılmak için takip edilecek prosedür hakkında farklı hükümler ele alınmıştır. Açıklayıcı nitelikteki bir kararında mahkeme bu yazılı yasanın anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme şu beyanda bulunmuştur: “Yasanın gerçek konusunun ‘şehir yönetimi’ olduğu iddia edilemez çünkü yasanın başlığı her ne kadar geniş olmalı idi ise de o kadar geniş değildir, yapısı itibarıyla yönetimin birbiriyle ilgisiz belli biçimleri ile sınırlıdır.”⁵¹ Dolayısıyla mahkeme bu yasanın çeşitli hükümlerinin tek konunun yani şehir yönetimi konusunun birer parçası sayılmasının mümkün olabileceğini ancak bu şehir yönetimi konusunun, konu teklifi şartını karşılamadığını çünkü konunun başlıkta ifade edilmediğini belirtmiştir.

Öte yandan bazı davalarda bir yasanın belli hükümlerinin tek konululuk kuralı bağlamında aynı konunun parçaları sayıldığı ve bu hükümleri kapsayan tek konuyu ifade etmediği halde yasa başlığının anayasaya uygun bulunduğu olmuştur. Şehremaneti v. Gass davasında 1907 tarihli, anayasallığı ele alınan yasanın başlığı şöyledir:

“Tennessee eyaletinde bulunan, 1900’de ya da daha sonra yapılan bir federal nüfus sayımına göre nüfusu 30 bin ile 40 bin arası olan belediyelere

⁵⁰ 229 Ky. 752, 17 S.W.2d 1031 (1929).

⁵¹ A.g.e. s. 762, 17 S.W.2d at 1035.

değişken borçlarını fonlamak, itfaiyenin sayısını ya da niteliğini arttırmak, sokakları genişletmek, viyadük ve köprü yapımından zarar gören mülk sahiplerinin zararını telafi etmek amacıyla 165.000 Dolar değerinde kuponlu tahvil çıkarma yetkisi veren ve aynı şehirlere kanalizasyon inşası için 15.000 Dolar değerinde kuponlu tahvil çıkarma yetkisi veren yasa⁵².

İki ayrı konu olduğu iddiası, belediye hizmeti amacıyla yasa konusunun tahvil çıkarmak olduğu tespitine dayanarak reddedilmiştir. Belirtmek gerekir ki bu vakada başlık yazısı yasa içeriğini yeterince yansıtmaktadır. Konunun belediye hizmeti için tahvil çıkarmak olduğunu kelimesi kelimesine yazmaktadır. Fakat başlıkta ifade edilen ayrıntılar mahkemenin tespit ettiği konuyu açıkça örneklemektedir⁵³. “Birden çok sayıda olan çoğul hüküm aynı konuyu ele alıyorsa ve gerekli yorumlamayla aynı konu kapsamına sokuluyorsa, hükümlerin bu yapısına itiraz edilemez.”⁵⁴ Minnesota Üst Mahkemesi bu mahkemelerle aynı yaklaşımı benimseyerek şunu ifade etmiştir: “genel konu net bir şekilde açıklanmışsa ya da [başlıktaki] ayrıntılardan kendiliğinden anlaşılıyorsa başlıkta ifade edilmesine gerek yoktur”⁵⁵.

Bununla birlikte sırf bir yasanın çeşitli hükümlerinin tek bir konu başlığı altında düzgünce toplanması mümkün diye onun muhakkak tek konululuk kuralına uygun olduğu söylenemez. Pennsylvania eyaletindeki bir davada mahkeme yasama organının yasanın konu aldığı meseleyi birbirinden ayrı iki konuya ilişkin olarak sınıflandırmasını uygun bulmuştur. Yasa başlığı şöyledir:

“Mühendislik ve haritacılık mesleklerinin uygulamasını düzenlemek, profesyonel mühendislik ve haritacılık sicilinin tutulması amaçlı bir eyalet kurulu kurmak, kurulun görev ve yetkililerini tanımlamak, görülecek imar işi dolayısıyla eyalete ve siyasi mülki birimlerine vergi salmak ve para cezalarını hüküm altına almak amaçlı yasa.”

⁵² 119 Tenn. 438, 440, 104 S.W. 1084 (1907).

⁵³ Illinois v. McBride, 234 Ill. 146, 84 N.E. 865 (1908) davasında mahkeme benzer bir sonuca varmıştır.

⁵⁴ Kizer v. State, 140 Tenn. 582, 589, 205 S.W. 423, 425 (1918) (quoted with approval in Trotter v. City of Maryville, 191 Tenn. 510, 235 S.W.2d 13 (1950)).

⁵⁵ C. Thomas Stores Sales System, Inc. v. Spaeth, 209 Minn. 504, 512, 297 N.W. 9, 15 (1941).

Yasa en az iki konu, mühendislik ve haritacılık konularını içerdiği için tek konululuk kuralını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Mahkemenin yasanın anayasal zorunluluğa aykırılığını tespit ederkenki üslubu ve gerekçelendirilmesi çok öğreticidir:

“Buraya kadar yasa tek bir konuyu yani mühendislik konusunu ele alıyormuş gibi değerlendirdik ama yasa hem başlığında hem içeriğinde iki konuyu yani ‘mühendislik’ ve ‘haritacılık’ konularını ele alır biçimde yazılmıştır. Yasanın yazılış biçimine göre haritacılık mesleği sadece mühendisliğe bağlı bir alt branş sayılmamıştır... Kaldı ki yasa ‘profesyonel mühendis’ ve ‘haritacı’ terimlerini defalarca kullanmaktadır ve bunları mevzuatın birbirinden ayrı konuları halinde ele almaktadır... Dolayısıyla görüldüğü kadarıyla mevzuatın iki konusunu tek bir yazılı yasa düzenlemektedir, ki bu elbette Anayasamızda yasaklanmıştır. Yasama organı haritacıyı mühendisten ayrı bir meslek saymayı kasten tercih ettiğine göre haritacının kıdemi düşük mühendis saydığı söylenemez.”⁵⁶

Mot-a-mot yorumlandığı takdirde söz konusu anayasa hükmünde yasanın ele aldığı tek konunun başlıkta belirtilmesinin zorunlu tutulduğu sonucuna varmak mümkünse de böyle bir sonuca varmanın hükmün her anlamının göz önüne alınmadığını göstereceği görülmektedir⁵⁷. Tek konululuk kuralı, destek toplayıcılığa karşı çıkmıştır; destek toplayıcılığın önüne geçmek için her yasayı bir konuyla sınırlamıştır. Eğer yasa bütünlük varsa bu kural maksadına ulaşmış olacaktır. Başlıkla ilgili getirilen zorunluluk ilgililerin yasa tasarısının konusundan haberdar olmasını ve yanıltıcı başlıklarla desisenin önüne geçilmesini öngörmektedir. Eğer başlık ilgilileri konudan yeterli surette haberdar ediyorsa başlıkla ilgili zorunluluk karşılanmış olmaktadır. İki kurallı bu anayasa hükmünün hizmet ettiği iki gaye vardır. Eğer bir vakada bu iki gayesinin ikisine ulaşıyorsa yasanın geçerliliğini tespit etmek gerekir. Bir mahkeme bu hükmün gayesinin görüş alanını kısıtlayacak, gerekçelendirilmiş bir sözlü yoruma izin vermemelidir.

⁵⁶ Commonwealth v. Humphrey, 288 Pa. 280, 291-92, 136 Atl. 213, 217 (1927).

⁵⁷ Bilgili yargıç Hand şu isabetli tespitte bulunmuştur: “Çoğu zaman yazılı bir yasanın ya da başka bir yazılı ifadenin anlamını yanlış yorumlamanın onu lafzen yorumlamaktan daha emin bir yolu yoktur...” Brooklyn Nat. Corp. v. Commissioner, 157 F.2d 450, 451 (2d Cir. 1946).

V. KONU ÇOĞULLUĞUNUN YARGISAL TESPİTİ

Mahkemelerin bir yasanın birden çok konuyu ele alıp almadığını incelemesinin istendiği, gerçek anlamıyla yüzlerce dava vardır. Bu davaların büyük çoğunluğunda mahkemeler ilgili yasanın tek bir konu hakkında olduğu sonucuna varmıştır. Bu çalışmanın hazırlanmasında bunların sadece geneli temsil edecek kadarlık bir kısmı okunmuştur. Ancak bir yasanın birden çok konuyu içerdiğine mahkeme tarafından hükmedilen davaların hemen hemen hepsini bulup okumak için gayret sarf edilmiştir. Bu yaklaşımın sebebi şuna inanmamızdır: mahkemelerin işbu anayasa hükmü bağlamında neyi “konu” saydığını anlamamızın en iyi yolu bu tür yani konuda çokluğa hükmeden kararları incelemektir. Bu çalışmada bu davaları mantiki açıdan çeşitli gruplara ayıracağız.

A. Çift İsimli Kuruluşlara İlişkin Yasa

Özel ve yerel yasama organlarına⁵⁸ ve onların belirli mevkidaşlarına karşı anayasal yasaklar getirilmesinin sonuçları arasında özel şirketlerin ancak genel mevzuat çerçevesinde kurulabileceği, boşanma işleminin yasama tasarrufuyla gerçekleştirilemeyeceği gibi hususlar hüküm altına alınmıştır bu yasaklamalar geniş kabul görmüştür; bu süreçten önce yaygınca uygulaması olan yasama tasarruflarından biri de isim sahibi bir şirketin tüzel kişilik kazanması hakkındaydı. Konu çoğulluğunun en net görüldüğü yasalar iki ya da daha çok ismi olan şirketlerin ya da şehirlerin tek bir isme bağlanmasını öngören yasalardır.

Bu konudaki başlıca emsal muhtemelen, mütalaası yargıç Cooley tarafından yazılmış olan *People ex rel. Estes v. Denahy* davasıdır⁵⁹. Michigan eyaletindeki üç ayrı eyalet yolunun iyileştirilmesi için üç ayrı hükümle eyalet sakini olmayanlardan alınacak otoyol vergisini tespit eden bir yasanın üç ayrı konuyu içerdiğine hükmedilmiştir. Sıkça atfı yapılan bir

⁵⁸ Örneğin Minn. Const art IV, § 33 (1857); Tex. Const art III, § 56, 57 (1876). Bu hükümlerin değerlendirildiği iyi bir kaynak için bkz. Anderson, *Special Legislation in Minnesota*, 7 Minn. L. Rev. 133 n923); Cloe & Marcus, *Special and Local Legislation*, 24 Ky. L.J. 351 (1936); Comment, 28 Tex. L. Rev. 829 (1950).

⁵⁹ 20 Mich. 349 (1870).

diğer dava ise nizasız görülen Conner davasıdır⁶⁰. Georgia eyaletindeki bu yasa Macon şehrinde gönüllü piyade kampı oluşturulmasını öngörmüş ve yasa hükümlerini Floyd Avcı Erleri, Fransız Avcı Erleri ve İrlandalı Gönüllüler birliklerine genişletmiştir ve bu sebepten birden çok konuyu içermekle geçersiz olduğuna hükmedilmiştir. Muhtemelen en net dava çift isimli bankaların tüzel kişilik kazanmasını öngören yasayla ilgili olan davadır⁶¹. Illionis eyaletindeki bir dava ise biraz karmaşıktır. 1927 yılında çıkan yasa nüfusu 500 bin üzeri olan her ilçeye birer belediye binası yapıp muhafaza etme yetkisi verdiği gibi o ilçe sınırlarındaki şehirlere aynı yetkinin verilmesini öngörmektedir. Yasanın gayesinin ortak kullanılan bir bina yapılmasına imkan tanımak olduğu belirtilmiş olsa da mahkeme şehirlerle ilçelerin farklı yerel yönetim tipleri olduğunu, şehirlerin ihtiyari bir şekilde oluşan, ilçelerin ise dışarıdan yapılan işlemle oluşan yerel mülki birimler olduğunu tespit etmiş ve iki mülki alt birime bu yetkileri tanımakla söz konusu yasanın birden çok konuyu içerdiği sonucuna varmıştır⁶². Biz mahkemenin bu sonuca varmasında, söz konusu inşa programının mali savurganlığa yol açacağı endişesinin etkili olduğu kanaatindeyiz.

Bu davalardaki ilkenin uygulaması tabii ki tek yasayla birden çok kuruluşun ihdas edildiği yasalarla sınırlı kalmamalı, birden çok kuruluşun tüzüğünün tek bir yasayla değiştirildiği halleri de kapsamalıdır. Michigan

⁶⁰ 51 Ga. 571 (1874).

⁶¹ Council v. Brown, 151 Ga. 564, 107 S.E. 867 (1921). Bu davada ele alınan 1870 tarihli yasanın başlığı şöyleydi: “Macon Halk Bankası -aynı zamanda Americus’taki Güneybatı Georgia Bankası kuruluş kanunu”. Usavurmada çok içgüdüyle alınmış bir karar olmakla birlikte Georgia eyaletindeki bir mahkemede görülen daha eski bir davada 6 ismi olan ilçelerde bir Yol ve Gelir Komiserleri Kurulu ihdas eden yasa geçerli sayılmıştır. Spier v. Morgan, 80 Ga. 581, 5 S.E. 768 (1888). Savannah şehrinde hakimler ve kolluk kuvveti için hukuk davalarında ücret faturası kesilmesini öngören ve Chantam İlçesindeki memurlara ceza davalarının masrafinin ödenmesini hüküm altına alan yasanın anayasaya aykırı bulunduğu Christie v. Miller, 128 Ga. 412, 414, 57 S.E. 697, 698 (1907) davasında Spier davası hakkında ifade edilen kuşkuları hatırlatırız. Söz konusu yasa iki ayrı yere ilişkin yerel meseleleri ele almaktadır: biri bir ilçe diğeri o ilçeye bağlı şehirlerden biri.

⁶² Campe v. Cermak, 330 111. 463, 161 N.E. 761 (1928).

eyaletindeki bir mahkeme Detroit eyalet sınırına komşu dört köyün tüzüğü-
nün değiştirilmesini öngören bir yasayı bu sebeple geçersiz ilan etmiştir⁶³.

Hem Denahy hem de Conner davalarındaki mütalaalarda şu husus belirtilmektedir: mahkemenin önüne gelen ve özel menfaatlerin ve kamu menfaatlerinin söz konusu olduğu yasalar anayasa hükmünün önüne geçmek istediği kötü niyeti barındırabilecek türden yasalardır. Yargıç Cooley, Denahy davasında şunu vurgulamıştır:

“Yasama organının üç ayrı amacı olduğu görülmektedir [üç yolu kast ediyor]... Bu amaçların bağlantılı sayılmasını gerektirecek bir hal yoktur ve bunların tek bir yasa tasarısında toplanması yasama organı mensuplarının her biri hakkındaki görüşlerini oylarına yansıtma olanağını ortadan kaldırmaktadır ve ayrıca bunların bu şekilde birleştirilmiş olması her birine sempatiyle bakan her oy sahibinin muhtemelen diğerlerinin oyu olmadan gerçekleştiremeyeceği kendi hedefini garantilemek adına diğerleriyle menfaat birliği etmesinin yolunu açmaktadır. Dolayısıyla anayasamızın yasaklamayı amaçladığı, torba yasa türünden düzenlemedeki kötü niyet olasılıklarının hepsi bu yasa tasarısının çerçevesinde mevcuttur⁶⁴...”

Minnesota eyaletinde Bir yasanın söz konusu anayasa kuralını ihlal ettiği ilan edilen tek dava Winona & St. Peter R.R. v. Waldron davasıdır⁶⁵. Davada göz önüne alınan hususlardan biri şu olmuştur: 1865 tarihli, “Winona & St. Peter Demiryolu Şirketinin Minnesota Merkezi Demiryolu Şirketi ile Birleşmesine ve Missisipi Nehri Üzerinde Köprü Yapımına İzin Verilmesi Hakkında Yasa” başlıklı bir özel yasanın geçerliliği tartışma konusuydu. Mülk sahibi olan davalının yasada birden çok konunun yani hem şirket birleşmesi hem de Missisipi üzerine köprü yapımı ve vergi salınması konularının ele alındığı yönündeki iddiası üzerine mahkeme açıklama yapmadan söz konusu itirazın kabul edilmesi gerektiğini beyan etmiştir. Bu yasanın birbirinden ayrı iki yerel ve özel hukuka ilişkin konuyu birleştirdiği sonucuna makul bir bakış açısıyla varılabilir; bu durumda yasada destek toplayıcılık alametleri var demektir ve yasanın iptali gerekir⁶⁶.

⁶³ Cote v. Village of Highland Park, 173 Mich. 201, 139 N.W. 69 (1912).

⁶⁴ 20 Mich, at 351-52.

⁶⁵ 11 Gil. 392 (Minn. 1866).

⁶⁶ Bir yasanın birden çok konu içerdiğine dair az sayıda olan Texas davalarından biri Waldron davasına benzemektedir ancak o davada yasanın başlığı bu sebepten yanlıcı

Bu davaların vardıkları sonucun, anayasal kuralın gayelerini gerçekleştirmek amacını taşıdığı görülmektedir. Birbirinden ayrı birden çok yerel menfaat ya da özel hukuk menfaati hakkında olan bir yasa şüphelidir; destek toplayıcılık alameti taşımaktadır yani yasanın bütünü için çoğunluk oyu oluşturmak amacıyla birden çok azınlık menfaatini bir araya getirmiş olmakla şüphelidir. Yerel menfaatlerin ya da özel hukuk menfaatlerinin hepsinin yerel milisler, bankacılık şirketleri, eyalet yolları ya da belediye yönetim yetkileri oluşturmak gibi tek bir genel konuya ilişkin olması mahkemenin o yasa hakkındaki geçersizlik tespitinden vazgeçirmemelidir. Tamamı tek bir konu ya da konu başlığı altında makul surette toplanabilen bu hükümlerin birleştirilmesi, fikri yakınlıkla değil sadece elverişliliğin cazibesıyla kurulmuş bir evliliğe benzer.

Bununla birlikte bir yasa tek bir genel konuya eşgüdümlü bir hücumda bulunurken birden çok yerel menfaat ya da özel hukuk menfaatini doğrudan etkileyen belli birkaç durumu da ele alıyorsa o yasanın muhtemelen kabul edilmesi gerekecektir. Yasama organı parçalı çözümlere yönelmeye mecbur edilmemelidir. Buradaki asıl zorluk bir yasanın bu tür bir yasa mı yoksa hemen yukarıda yanlışlığına değindiğimiz türden bir yasa mı olduğunu tespit etmekteki zorluktur.

B. İlga Edici Yasa

Tek gayesi ya da gayelerinden biri belli yasaları ilga etmek olan yasalar anayasanın tek konululuk kuralına da ters düşmektedir. İlga bağımsız bir mesele olarak ele alınabilir.

1955 yılında Kansas eyaletinde çıkan bir yasa, eyalet sakini olmayanlara ait motorlu taşıtların tescili hakkındaki yasayı, sansür kararı vermeye yetkili Kansas Sinema İnceleme Kurulu'nu oluşturan genel tüzüklerin hükümlerini ve sinema endüstrisine birtakım ücretler yükleyen genel tüzüklerin hükümlerini ilga etmiştir. Bu yasanın tek konusu olduğu, o konunun da ilga olduğu ve dolayısıyla yasanın anayasaya uygun olduğu savunulmuştur ancak bu savunma kabul edilmemiş ve söz konusu yasanın birden çok

bulunmuş ve yasanın geçersizliğine hükmedilmiş olduğu için mahkeme çoğulluk meselesini gerçek anlamıyla ele almamıştır. *San Antonio v. Gould*, 34 Tex. 49 (1871).

konuyu kapsadığına hükmedilmiştir⁶⁷. Mahkeme tek konululuk kuralı bağlamında ilga edilen yasaların ele aldığı meseleleri 1955 tarihli yasanın konusu saymıştı. İlga edilen yasaların ele aldığı meseleler tek bir genel başlık altında toplanamadığına göre mahkemenin yasada birden çok konunun ele alındığı sonucuna varmış olması sağlıklı bir değerlendirmedir. Bir yasanın ilga edilmesinin, çıkarılmasının ya da tadil edilmesinin önemli toplumsal ve ekonomik sonuçları olabilir. Bu nedenle mahkemelerin tıpkı yasa çıkarılmasını ve tadil edilmesini öngören yasalarda olduğu gibi yasaların ilga edilmesini öngören yasalarda da destek toplayıcılık ihtimaline karşı hassas olması gerekir.

Alabama eyaletindeki iki davada ve Kansas eyaletindeki daha eski bir davada belirli maddi hukuk hükümlerinin yanısıra bir ilga hükmü içeren yasalar ele alınmıştır. Alabama eyaletindeki davalardan ilk görüleninde mahkeme açık ilga hükmünün ikinci bir konu teşkil ettiğini ve dolayısıyla yasanın yok hükmünde olduğunu tespit etmiştir⁶⁸. Mahkeme revize edilen içtihatlar kodifikasyonunun açıkça ilga edilen iki maddesinin içeriğine girmemiştir. Alabama eyaletindeki öbür davada ise mevcut yasada yaptığı değişiklikle nüfusu 50.500 ile 100 bin arasındaki şehirlerin yönetim şeklini değiştirmeyi hüküm altına alan ve bunu, nüfus alt ve üst sınırlarını değiştirerek yapan bir yasa ele alınmıştır. Bu değişikliğin doğuracağı sonuçlardan biri nüfusu 1000’in altında olan şehir ve kasabalarla nüfusu 50 bin ile 50.500 arası olan şehir ve kasabaların, komisyon şeklinde şehir yönetimine geçme hakkından mahrum bırakılması idi. Mahkeme bu ilganın ikinci bir konu teşkil ettiğini ve dolayısıyla yasanın yok hükmünde olduğunu tespit etmiştir⁶⁹. Kansas eyaletindeki davada Dickinson İlçesi’ndeki ilçe yönetimi hakkında birkaç hüküm ve Norton İlçesi’ndeki bazı ilçe yetkililerinin maaşlarını düzenleyen yasayı ilga eden bir madde içeren bir yasa ele alınmıştır. Mahkeme ilga maddesinin ikinci bir konu teşkil ettiğini, dolayısıyla söz

⁶⁷ Kansas ex rel. Fatzler v. Shanahan, 178 Kan. 400, 286 P.2d 742 (1955).

⁶⁸ Weaver v. Lapsley, 43 Ala. 224 (1869).

⁶⁹ Pillans v. Hancock, 203 Ala. 570, 84 So. 757 (1919). Ayrıca belirtmek gerekir ki mahkeme ilk başta yasanın yanılıcı ve belirsiz başlığa sahip olduğu için geçersiz olduğunu ilan etmiştir, dolayısıyla yasanın iki konu içerdiği tespiti karar açısından gereksiz görülebilir.

konusu yasanın tek konululuk kuralını ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁷⁰. Alabama eyaletindeki söz konusu iki dava tereddüt yaratmaktadır. Soyut haliyle ilga, bir konu değildir; bir ilga edici hükmün konusunun ilga edilen yasanın ele aldığı mesele olduğunu kabul etmek gerekir. İlga edilen yasaların ele aldığı meselenin, ilga eden yasanın kendi maddi hukuk hükümlerinden ayrı bir konu teşkil etmesi Weaver davasında söz konusu olmuştur. Pillans davasında ise yasanın ilga ettiği yasanın, ilga eden yasanın geri kalanıyla aynı konuda yani şehir yönetim biçimlerinin kabul edilmesi hakkında olduğu görülmektedir ve söz konusu yasanın bu açıdan anayasaya aykırı olduğunun kabulü gerekir. Bununla birlikte Snow davasında ilga edici hüküm, farklı bir konu teşkil etmemektedir; iki ya da daha çok ismi olan kuruluşları ele alan davalardaki analizlerin bu çıkarım ile örtüştüğü görülmektedir.

Eyalet v. Wright⁷¹ davası buna benzer bir durumdur. 1876 tarihli bir yasa Astoria şehrini kurmuştur ve ona içki ruhsatı ve başka ruhsatlar çıkarma yetkisini tanımıştır. 1885 yılında çıkan bir yasa zehirleyici içeceklerin satışını düzenleyerek ruhsat alma usulünü ve ücretini tespit etmiştir ve hiçbir şehrin ya da kasabanın yıllık 300 Dolardan düşük ücret karşılığında ruhsat veremeyeceğini hüküm altına almıştır. Astoria'dan alınmış ruhsatı bulunan Wright hakkında ruhsatsız zehirleyici içecek sattığı iddiasıyla soruşturma açılmıştır ve bu süreçte eyalet 1885 tarihli yasanın Astoria hakkındaki düzenlemeyi zımnen ilga ettiğini çünkü söz konusu düzenlemede farklı bir tarife tespit edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme 1885 tarihli yasayı anayasaya aykırı bulmuştur ve bu tespitindeki gerekçelerden biri yasanın birden çok konu içermesidir. Mahkeme yasanın eyaletin ileri sürdüğü şekilde yorumlanması halinde eyaletteki her belediyenin düzenlemesinin etkileneceğine ve eyaletteki her belediye düzenlemesini etkileyen bir yasanın tek konululuk kuralına aykırı olduğuna hükmetmiştir⁷². Eğer mahkeme eyalet-

⁷⁰ Board of Comm'rs of Norton County v. Snow, 45 Kan. 332, 25 Pac. 903 (1891). Mahkeme yasa başlığını da kusurlu bulmuş, yasanın sadece Dickinson ilçesine ilişkin olduğunu belirtmiştir.

⁷¹ 14 Ore. 365, 12 Pac. 70S (1887).

⁷² Yaygın bir anayasal zorunluluk vardır: "hiçbir yasa salt başlığına atıf yapılarak revize ya da tadil edilmeyecek, revize ya da tadil edilen yasa bütünüyle gösterilip yayınlanacaktır"; yasanın anayasaya aykırı olduğu tespitinde bu zorunluluğa istinat edilmiştir. Bu,

teki her şehir yasadaki etkilendiği için yasanın çok konulu olduğunu kast etmişse bu karara şüpheyle yaklaşılabilir⁷³. İçki ticareti sorununu eyalet çapında ele alan bir genel yasama tasarrufu, her biri tek ya da birkaç şehri kapsayan çok sayıda yasa çıkarılmasından daha uygun olacaktır. Tek konululuk kuralının önüne geçmeye çalıştığı kötü niyet, tüm şehirleri kapsayan yasadaki yoktur; çoklu yasa çıkarmanın ardında ise bu tür bir niyet olması mümkündür.

C. Hukuken Ayrı Konular Sayılan İki Husus Hakkında Yasa

Bazı davalarda mahkemeler ilgili yasanın birden çok konu kapsadığı yönündeki değerlendirmesini, yasadaki ele alınan iki hususun hukuk biliminde ayrı, ilişkisiz konular sayılmasına dayandırmaktadır. Bu yaklaşımda iki varsayım mevcuttur: (1) eyalette geçerli husus sisteminin bir yerinde, bir bağlamda yasanın ele aldığı hususlar ayrı ve ilişkisiz konular telakki edilmektedir ve (2) aynı ikili ayırım ele aldığımız konu yani tek konululuk kuralına uyum açısından da geçerlidir.

Her iki davada da mahkemeler anayasa hükümlerine bakarak ilgili yasanın ele aldığı belli hususların ayrı ve ilişkisiz bir şekilde tasnif edildiğini tespit etmiş ve ilgili yasanın yok hükmünde olduğu sonucuna varmıştır. Louisiana eyaletindeki bir davada “Kilise Çizgilerinin Değiştirilmesi ve Kilise Koltuklarının Kaldırılması Hakkında Yasa” başlıklı bir yasanın geçerliliği değerlendirilmiştir. Louisiana anayasasının ilgili hükmüne göre: “Kilise çizgilerini değiştiren ya da kilise koltuklarını kaldıran her yasa yürürlüğe girmeden önce ... sunulmalıdır”. Anayasa hükmünde “ya da” ifadesinin kullanılması nedeniyle mahkemenin kilise çizgilerini ayırmak ile kilise koltuklarını kaldırmayı ayrı konular olarak tasnif etmiş olduğu görülmektedir⁷⁴. Burada “ya da” ile yapılan ayırma dayanarak iki konunun ayrı olduğu sonu-

sonuca varmak için daha sağlam bir dayanak görünmektedir. Örnek olarak bkz. Tex. Const, art. III, § 36 (1876).

⁷³ Yasadaki bir başka kusur Astoria'nın ve diğer şehirlerin düzenlemelerinin bu yasadaki etkileneceğinin başlıktan anlaşılmasıdır. Hem bu eksikliğin varlığı hem de yasanın tadillerle ilgili anayasa kurallarına uymamış olduğu ortadayken mahkemenin tek konululuk kuralına ilişkin vardığı sonu çok önem arz etmeyebilir.

⁷⁴ Moore v. Police Jury of Bosier Parish, 32 La. Ann. 1013 (1880).

cuna varmak aslında anayasallık denetimini pamuk ipliğine bağlamak niteliğindedir. Bununla birlikte Illinois eyaletindeki bir davada varılan sonuç oldukça sağlıklı görünmektedir. Illinois anayasası, bazı maaşları belirleyen yasaların başka bir konu içermeyeceğini hüküm altına almak suretiyle, yasanın ele aldığı konulardan birini açıkça mevzuatın ayrı bir konusu haline getirmiştir⁷⁵.

Görüşülmekte olan yasa tasarısına dahil olan hususları değerlendirirken yasama organının geçmiş uygulamalarına bakılan bazı davalar olmuştur ve bu davalarda mahkemeler bunları ayrı sayan yasama uygulamasının oturmuş olduğunu tespit ederek yasaların birden çok konu içerdiğine hükmetmişlerdir. New Jersey eyaletindeki bir davada mahkeme buharlı tren yollarının vergilendirmesi ile tramvay vergilendirmesinin farklı konular olarak ele alınmasının 30 yıldan eski, oturmuş bir yasama uygulaması olduğunu tespit ederek bu iki konuyu bir arada ele alan yasanın anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir⁷⁶. Missouri eyaletindeki bir davada da yasamanın yerleşmiş uygulamasında demiryollarının, demiryolu mülklerinin ve demiryolu çalışanlarının üretimsel, mekanik ve ticari kuruluşlardan ve bu kuruluşların mülklerinden ve çalışanlarından ayrı tasnif edildiğini tespit ederek bunların hepsini birden kapsayan bir iş güvenliği yasının anayasaya aykırı olacağı hükmüne varmıştır⁷⁷. Her iki yasanın başlıkları kusurlu olduğu için tek konululuk tartışması yapmaya gerek olmasa da bu iki dava bahsettiğimiz yaklaşımı göstermek açısından yararlıdır. Tek konululuk kuralı, destek toplayıcılığa karşıdır. Destek toplayıcılığı, yasalarda hükümlerin doğal olmayan biçimde yani yasa birden çok konu kapsayacak biçimde bir araya getirilmelerini engelleyerek önlemektedir ve bu değerlendirmeyi şu sava dayanarak yapmaktadır: hükümlerin doğal olmayan yollardan bir araya getirilmesinin en iyi açıklaması bir taktik gereği yani destek toplamak için bir araya getirilmeleridir. İki husus geçmişte hep birbirinden ayrı değerlendirilmişse o hususların bir yasa tasarısında ilk defa bir araya gelmeleri halinde bu bir

⁷⁵ Ritchie v. Illinois, 155 111. 98, 40 N.E. 454 (1895). Bu dava, çalışmamızın para ihrazına ilişkin yasalar hakkındaki anayasa hükümlerine ayrılan bölümünde daha geniş ele alınmaktadır.

⁷⁶ Atlantic City & S.R.R. v. State Bd. of Assessors, 88 N. J. Law 219, 96 Atl. 568 (1916).

⁷⁷ Williams v. Atchison, T. & S.F. Ry., 233 Mo. 666, 136 S.W. 304 (1911).

araya getirmenin ardında destek toplayıcılığı olduğu düşünülebilir. Bu analiz ne kadar sağlıklıysa bu iki davadaki yaklaşım da o kadar sağlıklıdır.

Bu tür yaklaşımlardan biri Pennsylvania eyaletinde görülen bir davada sergilenmiştir; mahkeme yasanın iki hususu ayrı konular saymasına dayanarak yasanın birden çok konuyu kapsadığını ilan etmiştir⁷⁸. Mahkeme haritacılığın bir mühendislik branşı kabul edilmesinin mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte sırf yasa mühendislerle haritacılar arasında ayrı ayrı bahsettiği için tek konuluk kuralı bağlamında bunların ayrı konular sayılması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu gerekçelendirmenin doğruluğu çok şüphelidir.

Mahkemenin önüne gelen yasanın birden çok konuyu kapsayıp kapsamadığını belirlemek için hukuk konularının içtihat yoluyla ya da yazılı yasaların revize edilmesiyle tasnif edilmesi yoluna birtakım davalarda başvurulmuştur. Louisiana eyaletinde eskiden çıkmış olan “Köleler ve Renkli Serbest İnsanlar” başlıklı bir yasanın 99 maddesinde çok çeşitli hususlar düzenlenmiştir. Bir kölenin bir başka köleyi öldürdüğü iddiasıyla oluşturulan bir mahkeme heyeti tarafından mahkum edildikten sonra kararın köle tarafından temyiz edilmesiyle söz konusu yasanın anayasaya aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Mahkeme köle sınıfı ile renkli serbest insanlar sınıfının hukuk jargonunda birbiriyle iç içe sokularak kullanılamayacak iki sınıf olduğunu belirtmiştir⁷⁹. Louisiana eyaletindeki bir başka davada ise belli tehditleri suç sayan bir yasa mahkeme önüne gelmiştir; bu yasaya göre kişiye ve mala karşı suçların düzenlendiği yasaların başlıklarında tanımlanan hemen hemen her davranışı işlemeye yönelik tehditler suç kapsamındadır. Söz konusu yasa çok fazla suç kategorisine yayılmış olduğu için birden çok konuyu kapsadığına hükmedilmiştir⁸⁰. Florida eyaletinde çıkan bir yasa, mahkeme içtihatları tarafından kundakçılık sınıfına sokulan belli eylemler ile içtihat tarafından kundakçılık sınıfına sokulmayan belli eylemlerin suç teşkil edeceği düzenlenmiştir ve bu yasanın da birden çok konuyu kapsadığı

⁷⁸ Bkz. *Commonwealth v. Humphrey*, 288 Pa. 280, 136 Atl. 213 (1927). Mahkemenin yasası anayasaya aykırı bulma nedeni makul olmayan bir sınıflandırma kullanmış olmasıdır.

⁷⁹ *State v. Harrison*, 11 La. Ann. 722 (1856).

⁸⁰ *Louisiana v. Heywood*, 3S La. Ann. 689 (1886).

sonucuna varılmıştır⁸¹. Idaho eyaletinde umumi fon hazine tahvillerinin ve eyalet itfa tahvillerinin satışını düzenleyen bir yasa çıkarılmıştır ve mahkeme eyalet itfa tahvillerinin eyaletin borçlarına ilişkin olduğunu, umumi fon hazine tahvillerinin ise eyalet borcuna ilişkin olmadığını tespit ederek yasanın iki konu kapsadığına hükmetmiştir⁸². Eyalet borcu hakkındaki anayasal sınırlamalar bağlamında mahkeme muhtemelen bu tasnifi yapmakta haklıydı. Indiana'da çıkan bir yasa, hem motorlu taşıtların tescil edilmesine ve haklarında düzenleme yapılmasına ilişkin düzenlemeler yapacak hem de veraset vergisinden elde edilen gelirlerin genel gelir sandığına tevdi edileceğini hüküm altına alacak şekilde mevzuatta değişiklikler yapmıştır. Mahkeme motorlu taşıtlar hakkındaki yasa ile veraset yasasını ayrı konular sayarak yasanın geçersizliğine hükmetmiştir⁸³. Muhalefet şerhinde ise tarihe bakıldığında bu iki husus arasında pragmatik bir bağlantı olduğunun görüldüğü ve yasanın geçerli sayılması gerektiği ifade edilmiş, önceki yasanın bu vergiden elde edilen gelirin bir kısmını otoyol yapımına tahsis ettiği ve yeni yasanın bu tahsis işlemini ortadan kaldırdığına işaret edilmiştir. 1863 yılında Kentucky eyaletinde hem adli mahkemelerden ve polis mahkemelerinden çıkan kararların temyizini hem de üç ayda bir toplanan üst mahkemenin nöbetçi yazı işleri memurlarının görevlerini ve maaşlarını düzenleyen bir yasa çıkarılmıştır ve mahkeme küçük bir açıklama yaparak bunun iki konuluğa girdiğini tespit etmiştir⁸⁴. 1883 yılında Michigan eyaletinde tacirlerin karşılıklı sigorta şirketlerinin kuruluşunu ve üreticilerin karşılıklı sigorta şirketleri tarafından yürütülen sigorta işletmeleri hakkında düzenleme yapılmasını hüküm altına alan bir yasa çıkmıştır. Yasayı inceleyen mahkeme yasanın görüldüğü kadarıyla özel şirketler ve sigorta hakkında kanaatine vararak yasanın geçersizliğine hükmetmiştir⁸⁵. Texas'ta tavukların ya da hindilerin hileli yoldan ele geçirilmesinin bir cürüm ya da bir kabahat oldu-

⁸¹ William v. Florida, 100 Fla. 1054, 132 So. 186 (1930); Sawyer v. Florida, 100 Fla. 1603, 132 So. 188 (1931). Yine, bu iki davada varılan sonuç için yeterli dayanak başlığın yanıltıcı niteliğidir.

⁸² Idaho ex rel. Moore v. Banks, 37 Idaho 27, 215 Pac. 468 (1923).

⁸³ Jackson v. Indiana ex rel. South Bend Motor Bus Co., 194 Ind. 248, 142 N.E. 423 (1924).

⁸⁴ Hind v. Rice, 73 Ky. (10 Bush) 528 (1874).

⁸⁵ Skinner v. Wilhelm, 63 Mich. 568, 30 N.W. 311 (1886).

ğunu düzenleyen yasa, tek konululuk kuralının gayesinin birbiriyle bağdaşmayan yasaların birleştirilmesini engellemek olduğunu beyan eden mahkeme tarafından geçersiz ilan edilmiştir⁸⁶. Konu çoğulluğunun bu yasanın tespit ölçütü olmaktan çok ölümcül muğlaklık kaynağı olduğu görülmektedir⁸⁷. Florida eyaletinde çıkan bir yasa vergi beyannamelerinin aynı ve maddi kişisel mülk sahipleri ya da kayyumları tarafından ibraz edilmesini öngörmüş ve devralanın posta kutusu adresi verilmeden hiçbir satış bordrosunun ya da senedinin ibraz edilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Bu yasanın hem kayıt işlemlerine hem de kıymet esaslı vergilendirmeye ilişkin olduğunu tespit eden mahkeme birden çok konu kapsadığına karar vermiştir⁸⁸. Bu sonuca, şu muhalefet şerhine rağmen ulaşılmıştır: adresin belirtilmesinin şart koşulmasındaki gaye vergi icra sürecine yardımcı olmaktadır ve bu nedenle bu zorunluluk vergi hükümleri ile yakından ilgilidir. Alabama eyaletinde çıkan bir yasa borçluların malvarlığının esaslı surette tamamına yakınına yakınını bir alacaklıya devrettiği belli halleri genel temlik saymış ve böylece o malvarlığına tüm alacaklıların alacakları için başvurabilmesine imkan tanımıştır ve alacaklılarından hileli mal kaçıran kişiler için cezalar öngörmüştür. Bunların gerek yasama organı ve yargı kararlarıyla ve gerekse kendi yapısı itibarıyla ayrı ve ilişkisiz hususlar teşkil ettiğini belirten mahkeme yasanın geçersizliğine hükmetmiştir⁸⁹.

Tek konululuk kuralının uyulup uyulmadığının belirlenmesinde konuların hukuken birbirinden tasnif edilmiş olmasına, daha derinini sorgula-

⁸⁶ Redding v. State, 109 Tex.Crim. 551, 6 S.W.2d 360 (1928). Ex parte Wynn, 158 Tex.Crim. 665, 259 S.W.2d 191 (1953) davasında mahkeme Redding davasını benzer bir yazılı yasaya uygulamaktadır.

⁸⁷ Texas'ta aynı yazılı yasayı ele alan diğer iki yasaya da değinmek gerekir. Özel mülkün kamusal kullanım amacıyla haczedilmesini kontrol etmek amacıyla çıkarılan “özel mülke ve özel hukuk haklarına hukuka aykırı müdahaleleri cezalandırma yasası” başlığıyla çıkan yasanın birden çok konuyu kapsadığı ilan edilmiştir. Ancak her iki davada da varılan sonuç açıklanmamaktadır. State v. Shadle, 41 Tex. 404 (1874); Bills v. State, 42 Tex. 305 (1875).

⁸⁸ Colonial Inv. Co. v. Nolan, 100 Fla. 1349, 131 So. 178 (1930). Adres zorunluluğuna uyulmamasının yaptırımının ağırlığı ve bu hükmün bir vergi yasasına eklenmesinin bunu örtbas etmesi ihtimali bu davada etkili olmuş olabilir.

⁸⁹ Builder's & Painters' Supply Co. v. Lucas, 119 Ala. 202, 24 So. 416 (1898).

maksızın başvurmak tabii ki sağlıklı bir yol değildir. Konuların hukuken tasnif edilmelerinin pek çok sebebi olabilir: tarih, hukuk teorisi, kolaylık sağlama, işlevsel ilişki vesaire. Bu sebeplerin hepsi, konuların tek bir yasada bir araya getirilmesinin muhtemel bir destek toplayıcılık göstergesi olacak türden sebepler değildir. Örneğin Florida eyaletindeki davalarda sergilenen yaklaşım yani içtihat hukukuna göre neyin kundakçılık olduğuna neyin kundakçılık olmadığına bakmak sağlık bir yöntem gibi görünmemektedir. Bununla birlikte hukukun çoğunun birikmiş tecrübe olduğu söylenir; bu tecrübeler de neyin makul bir ilişki olduğunu, neyin ise taktiksel bir kolaylıktan ibaret olduğunu ayırt etmek için iyi bir uygulama rehberi sayılabilir.

D. Bir Konunun Sadece Ayrıntılarını Düzenleyen Yasa

İncelenen son dava grubu aynı genel konu hakkında olan ama birbiriyle bağlantısı bulunmayan hükümlerden oluşan yasaların görüldüğü davalardır. Birkaç davada yasaların tek bir genel konu altında toplanabilmeleri ve birbirleriyle bağlantılı olmaları kaydıyla birden çok konu ya da konu başlığı altında toplanabileceği beyan edilmiştir⁹⁰. Bir konu başlığını tanıtan ama yasanın konusunu gerçekleştirmekten başka işlevi olmayan bir hüküm, ikinci bir konu teşkil etmez⁹¹. Bu da tek konululuk kuralının engellemeye çalıştığına mot-a-mot çoğulluk değil bahis konusunun birlik arz etmemesi olduğunu göstermektedir. State ex rel. Test v. Steinwedel davasında bu durum güzel ifade edilmiştir:

“[Tek konululuk kuralı] bir fikrin ya da şeyin metafizik tekligini değil yasanın kapsadığı hususlar arasında rasyonel bir birlik olmasını ve bu birliğin yasanın genel gayesinde mevcut olmasıdır ve normalde ortak özelliği

⁹⁰ People v. Monroe, 349 111. 270, 281, 182 N.E. 439, 444 (1932); Missouri K. & T. Ry. Co. v. Rockwall County Levee Improvement Dist. No. 3, 117 Tex. 34, 297 S.W. 206 (1927); Johnson v. Harrison, 47 Minn. 575, 577, 50 N.W. 923, 925 (1891).

⁹¹ Toole v. State, 170 Ala. 41, 54 So. 195 (1910). An unusual case is Thomas v. State, 16 Ala. App. 145, 75 So. 821 (1917). İlçe yollarının inşa edilmesine imkan tanım için bazı vergiler salan bir yasada yasayı hazırlayanların tazminat olarak ilk yıl tahsil edilen vergilerden belli bir yüzde alması hüküm altına alınmıştır. Yasanın taslağını hazırlayanların tazminatını salt yasa tasarısının genel konusunun gerçekleşmesine yönelik bir düzenleme saymak mümkünse de mahkeme bu yasanın iki konu içerdiğine hükmetmiştir.

ya da niteliği olmadığı düşünölen, verimli idare sorunlarına ilişkin hususlar yasama bağlamında bir araya getirilip tek konu olarak ele alınabilir. Yasama bağlamında ‘konular’ın bir tür önceden yapılmış gerekçelendirmeyle keşfedilecek mutlak varlıkları yoktur, ‘konular’, belli bir yasama tasarrufunun genel gayesine erişmekte işlem yapma kolaylığı ve verimlilik amacıyla yapılan sınıflandırmanın sonucudur⁹².

Idaho eyaletinde görölen bir davada işçi sendikaları hakkında çeşitli hükümler içeren bir yasada gaye birliği ve yasanın çekirdeği olmadığı tespit edilmiş ve yasanın yok hükmünde olduğuna karar verilmiştir⁹³. Georgia eyaletinde eyalet çapındaki bazı makamların seçim sonuç belgeleri ve görev süreleri hakkında bir yasa çıkmıştır. Mahkeme iki hükmün eyalet yetkililerine ilişkin olduğunu kabul etmiştir ama bu iki hüküm arasında bir ilişki kuramamış ve yasayı geçersiz ilan etmiştir⁹⁴. Nebraska eyaletinde çıkan bir yasa eşya hukukunun genel konusuna ilişkin çeşitli mevzuat değişiklikleri içermekteydi ancak mahkeme konu başlıkları arasında bir bağlantı bulamadı ve yasanın geçersizliğine hükmetti⁹⁵. New Mexico eyaletindeki bir yasanın eyaletin mallarının iyileştirilmesi hakkında olduğu ileri sürölmüştür ancak mahkeme yasanın hükümet binası ve arazisi hakkında olduğuna ve parklar dahil eyalete ait diğer mülklere ilişkin hükümlerin ilk grup hükümlerle bağlantısız olduğuna karar vermiştir⁹⁶. 1927 yılında Illinois eyaletinde çıkan bir yasa belli gruba giren belediyelerin borç sınırını tespit etmiş ve ilçe sekreterliğinin vergi süresini ve ölçeğini belirleme görevlerini hüküm altına almıştır. Her ne kadar bu iki hükmün tek bir konuyla, gelir konusıyla ilgili olduğu kabul edilmiş olsa da mahkeme konu başlıkları arasında bir bağlantı

⁹² 203 Ind. 457, 467-68, 180 N.E. 865, 868 (1932).

⁹³ AFL v. Langley, 66 Idaho 763, 168 P.2d 831 (1946).

⁹⁴ McGregor v. Clark, 155 Ga. 377, 116 S.E. 823 (1923).

⁹⁵ Trumble v. Trumble, 37 Neb. 340, 55 N.W. 869 (1893). Yasada şu hususları da düzenleyen hükümler vardı: akıl hastası evli bir kadının vasisine kadının kocası hayatta olduğu sürece kadının mülklerinden gelmesi beklenen semereleri aktarma yetkisi vermek, altsoy veraseti, kişisel malların dağıtımı, gayrimenkul semereleri üzerinde tasarruf edilmesi ve drahomadan ve kadından kalan mirastan doğan tasarruf haklarının kaldırılması.

⁹⁶ Johnson v. Greiner, 44 N.M. 230, 101 P.2d 183 (1940).

bulamamış ve yasanın geçersizliğine hükmetmiştir⁹⁷. Daha önce değindiğimiz Louisiana'daki, bizatihi suç olan çok çeşitli davranışların gerçekleştirilmesine yönelik tehdidin de suç olduğunu düzenleyen ve geçersizliğine hükmedilen yasa da bu dava grubuna sokulabilir⁹⁸.

Önceki dava grupları için önerilen mantıki temel bu grup için de geçerli görünmektedir. Yasada ele alınan belli konu başlıkları arasında ortak bir gaye ya da başka tür ilişki olmaması o hükümlerin tek bir yasanın hükümleri olarak bir araya gelmeleri için pratik, rasyonel ve meşru gerekçe teşkil etmez. Bu, söz konusu hükümlerin sadece taktiksel olarak yani destek toplayıcılığı için bir araya getirildiğini göstermektedir. Bu durumda söz konusu yasa geçersizdir.

VI. KONU ÇOĞULLUĞUNU GÜNDEME EN ÇOK GETİREN YASALAR

Bazı yasalar birden çok konu içerdiği ithamına diğerlerinden daha sık maruz kalırlar. Tahsisat yasalarına, özellikle bütçe yasalarına bu konuda özellikle dikkat etmek gerekir. Bunun nedeni 18 eyaletin bu tür yasaların durumu hakkında özel anayasa hükmü koymuş olması ve bu yasalar hakkında açılan çok dava bulunmasıdır. Bir grup yazılı yasa üzerinden içtihatlar kodifikasyonu ya da revizyon yapmaya yönelik yasalar ve torba gelir yasaları da bu bağlamda ele alınacaktır.

A. Tahsisat Yasaları

Geçmişe baktığımızda bütçe yasa tasarılarının, normalde kabul edilmeyecek hükümlerin eklenmesi için özel bir cazibe arz ettiği görülmektedir. Bütçe yasaları zorunlu olan ve çoğu zaman rağbet gören, yasama organından geçmesi kesin yasalardır.

Bu konuda önlem amacıyla anayasasına hüküm koyan eyaletler vardır. Örneğin Pennsylvania anayasasının ilgili hükmü şöyledir:

“Bütçe yasa tasarısında eyaletin yasama, yürütme ve yargı erklerinin olağan masrafların yönelik tahsisattan ve kamu borçlarından ve devlet okul-

⁹⁷ Michaels v. Hill, 328 111. 11, 159 N.E. 278 (1927).

⁹⁸ State v. Heywood, 38 La. Ann. 689 (1886).

larından tahakkuk eden faizden başka hiçbir şeyi kapsamayacak, diğer her tür tahsisat her biri tek konu hakkında olan ayrı yasa tasarılarıyla yapılacaktır.”

Bu, bu tür hükümlerin eyaletler arasındaki en yaygın şeklidir.

B. İçtihatlar, Kodifikasyonları ve Revizyonlar

ABD mevzuatı gitgide daha çok emredici hükümlerden oluşmaktadır. Bunu açıklayan çeşitli etmenler vardır. Toplumsal ve ekonomik sorunların çözümü için yasamaya daha sık başvuruyoruz. İçtihat hukukunun reform ve ötesindeki gelişmeleri büyük oranda yasama tarafından sırtlanılmıştır. Kesinlik arayışının artması içtihat hukukunun külliyatlarının kodifikasyonu sonucunu doğurmaktadır. Tüm bu yasama faaliyetleri de bir başka ihtiyacı ortaya çıkarmaktadır: yazılı yasaların iç bütünlüğünü ve tutarlılığını güçlendirmek için, çatışmaları gidermek için ve mevzuatın derlenmesi için yazılı yasaların düzenli olarak revize edilmesi ihtiyacı. Esasa ilişkin değişiklik de yapsa salt şekli değişiklik de yapsa yazılı yasalarda yapılan revizyonlar genelde geniş mevzuat içeriği kapsar. Bir içtihatkar kodifikasyonu, revizyon ya da derleme içeren bir yasa çok çeşitli konu başlıklarını ele aldığı için birden çok konuyu kapsadığı itirazıyla karşılaşması mümkündür.

Minnesota eyaletinde miras hukukuna ilişkin içtihatlar 1889 yılında 21 bap ve 326 maddeden oluşan bir kanunnameyle kodifiye edilmiş ve açılan davada mahkeme bu kodifikasyonu ihdas eden kanunun tek bir konusu olduğu sonucuna varmıştır. Kararda şu tespitler yer almaktadır:

“...Hükümlerin bir kısmının sırf esasa bir kısmınınsa sırf usule ilişkin olması hukuka aykırı değildir. Aynı durum, anayasaya uygunluğu tartışma konusu bile olmamış pek çok yasada vardır. Bir yasanın ayrı yasalarda düzenlenmiş olabilecek ve genelde de öyle düzenlenmiş olan ya da konulara ayrılrsa daha mantıklı tasnif edilmiş olacak hususları kapsamaması da bu noktada önem arz etmemektedir, yeter ki bu hususların düzenlendiği hükümler, içinde buldukları yasanın genel konusuyla bağlantılı olsun...”

Yargıcın görüşü kesinlikle sağlıklıdır. Yazılı yasalarda gerek esasa ilişkin ve gerekse usule ilişkin revizyonlar en önemli yasama faaliyetleridir. Çok sayıda konu başlığına ait hükümlerin bir araya getirilmesi, destek

toplayıcılığı gayesini değil yasa düzenini ve iç bütünlüğünü güçlendirme ya da maddi hukuk mevzuatını eşgüdümlü iyileştirme gayesini taşımaktadır.

C. Gelir Yasaları

Yasa yapımındaki pratik sebeplerden dolayı bazı yasama organları torba vergi yasa tasarılarına başvurmaktadır. Bir vergi salmaya ya da vergi oranlarını değiştirmeye ya da mevcut vergilerin hükümlerinde değişiklik yapmaya karar verdiğinde her verginin ele alındığı oturumda ayrı bir yasayı yasama organından geçirmek yerine o oturumdaki vergi düzenlemelerinin hepsine ya da fiili sonucu itibarıyla hepsine tek bir yasa tasarısında yer verir.

Bu türden bir torba yasa dava edildiğinde mahkeme tarafından geçerli olduğuna karar verilmiştir. 1941 yılında Texas'ta çıkan Torba Vergi Yasası 21 maddeden oluşuyordu ve bu maddelerin 19'u ayrı birer vergi hakkındaydı. Mahkeme ana konuyla bağlantılı ya da ona bağlı olmaları kaydıyla bir yasa içinde birden çok konu olabileceğine beyan etmiştir.

[VI numaralı konu başlığının geri kalan kısmı ABD'nin çeşitli eyaletlerinin vergi-bütçe düzenlemelerinin ayrıntılarına ilişkin olduğu için bu kısım atlanarak VII numaralı konu başlığına geçilmiştir]

VII. TEK KONULULUK KURALINDAN MUAF YASALAR

Anayasal tek konululuk kuralını düzenleyen bazı hükümler açık istisnalar içermektedir. Örneğin Alabama ve Oklahoma eyaletlerinin anayasaları "bütçe yasa tasarılarını, genel gelir yasa tasarılarını ve bir içtihatlar kodifikasyonunu, kanun seçkisini ya da yazılı yasa revizyonunu kabul eden yasa tasarıları"nı istisna tutmuştur⁹⁹. Bu istisnalar hakkında akla iki soru gelmektedir. Birincisi: bir yasanın istisna tarifine uyması ve böylelikle tek konululuk kuralından muaf olması için sahip olması gereken nitelik nedir? İkincisi: bunlar gerçek anlamda istisna mı yoksa tarife uyan yasaların tek konu içerdiğine dair bir faraziye mi?

Bütçe Yasaları. En yaygın görüleni, bütçe yasalarına tanınan istisnadır. Onbir eyaletin anayasasında bu istisna mevcuttur¹⁰⁰. Bu istisnaya bu

⁹⁹ Ala. Const, art. 4, § 45; Okla. Const art. 5, § 57.

¹⁰⁰ Ala., Colo., Del., Mo., Mont, N.M., Okla., Pa., Tex., Utah, and Wyo.

çalışmanın önceki kısımlarında tahsisat yasalarına ayrılan kısımda değinmiştik.

İçtihatlar Kodifikasyonu, Kanun Seçkisi ya da Revizyon. İki eyalet “bir içtihatlar kodifikasyonunu, yasa seçkisini ya da yasa revizyonunu kabul eden yasa tasarıları”nı istisna saymaktadır¹⁰¹ ve dört eyalet “yasaların kodifiye ve revize edilmesine yönelik yasa tasarıları”nı istisna saymaktadır¹⁰². Bu, şu soruyu akla getirmektedir: bu hükümler bağlamında içtihatlar kodifikasyonu, kanun seçkisi ve revizyon nedir?

Alabama eyaletindeki mahkeme bunun, mevcut mevzuatın bir kısmını resmen revize eden yasa olduğunu söylemektedir¹⁰³. Yani sadece yasadaki üslupta ya da maddelerin dizilişinde değişiklik yapmayan, yasada esaslı değişiklik yapan bir yasa, bu istisna bağlamında bir içtihatlar kodifikasyonu değildir. Öyleyse “bir içtihatlar kodifikasyonunun kabulüne” yönelik bir yasa tasarısı yasama organı mensuplarının dikkatini içtihatlar kodifikasyonu için farklı bir yere yönlendirecektir. Dolayısıyla görüldüğü kadarıyla yasa tasarısının mevcut mevzuatı izlemesi şarttır. Bunun, yasama organının mevzuatın içeriğinde esaslı revizyon yapma yetkisi olmadığı anlamına gelmeyeceğine mahkeme zaten işaret etmişti. Ancak bunu yaparken yasama organı tek konululuk kuralına uymak zorundadır.

İstisnaya Utah eyaletindeki bir davada değinilmiştir¹⁰⁴. 1909 tarihli bir yasa derlenmiş yasaların tüm başlığını ve başka bir başlıktaki bir bölümü değiştirmiş, tek ilçe yol komiserinin yerine birkaç yol amiri getirmiş, 2 Dolarlık kişi başı yol vergisinin yerine 2 günlük çalışma ya da 3 Dolar ödeme getirmiş ve ilçenin yol yapım finansmanına, idaresine, bakımına ve iyileştirilmesine ilişkin yasaların içeriğini esaslı surette değiştirmiştir. Mahkeme bu yasanın tek bir konusu olduğunu tespit etmiş ve istisna bağlamında yasaların kodifikasyonunun ve genel revizyonunun ne olduğunu tartışmamıştır. Ancak yasa birleştirmelerin, kodifikasyon faaliyetlerinin ve revizyonların tek konululuk kuralına uymak zorunda olduğunu belirtmiştir. İstisnaya göre tek konululuk kuralının ilkin yeni mevzuata yönelik olduğu ileri

¹⁰¹ Ala. and Okla.

¹⁰² Mont, N.M., Utah, and Wyo.

¹⁰³ Gibson v. State, 214 Ala. 38, 106 So. 231 (1925).

¹⁰⁴ Salt Lake City v. Wilson, 46 Utah 60, 148 Pac. 1104 (1915).

sürülmüştür. İstisna nedeniyle mahkemenin yasayı iki konulu saymadığı ve bunun tek sebebinin mevzuatın daha önce ayrı ayrı ele aldığı maddeleri tek yasada birleştirmiş bulunması olduğu görülmektedir; bu durum bazı hallerde mahkemelerin iki ya da daha çok konunun söz konusu olduğu kanaatine ulaştırmıştır. Diğer etkilerin nispeten küçük kaldığı görülmektedir.

Söz konusu istisna hiçbir yönüyle gerçek bir istisna değildir; istisna hükmü, tarif edilen gayeye sahip olan yasaların tek konuya ilişkin olduğu faraziyesini kurmaktadır¹⁰⁵. Eğer açık istisna gerçek anlamıyla bir istisna olsaydı yasaların revizyonunu kabul etmeye yönelik bir yasa tasarısı, iki ya da daha çok konuyu ele alsaydı hatta başlıksız olsa ya da kusurlu başlığa sahip olsa bile anayasaya uygun olurdu. Ancak hem Gibson hem de Wilson davalarında bu görüş reddedilmiştir; Gibson davasında mahkeme avcılık ve suni gübreler hakkındaki bir içtihatlar kodifikasyonu kabul eden yasanın geçersiz olacağına çünkü iki konu kapsadığına karar vermiştir. Dolayısıyla bu davalar yalnızca istisnanın gerçek anlamda istisna olmadığı görüşüyle örtüşmektedir.

New York eyaletinde tek konululuk kuralından muaf tutulan yasalar arasında “yazılı yasalardan revizyonlar, birleştirme faaliyetleri ya da derlemeler hazırlamakla görevlendirilmiş ya da bu yönde talimat almış komisyon üyeleri ya da kamu kurumu tarafından yasama organına tavsiye edilecek her tür yasa tasarısı” da vardır¹⁰⁶. New York eyaletindeki bu hüküm sadece özel hukuka ilişkin ya da yerel yasa tasarıları için geçerlidir. New York eyalet anayasası özel hukuka ilişkin ya da yerel nitelikli yasa tasarılarına ancak belli durumlarda izin verdiği için¹⁰⁷ tek konululuk kuralının ve istisnasının uygulama alanı çok sınırlıdır. 1874 yılında istisna getiren hükmün getirilme amacı, revizyon komisyonunu kendini bu türden yani özel hukuka ilişkin veya yerel nitelikli yasaların değiştirilmesi ve kaldırılması hakkındaki tek konululuk kuralı davalarında gereksiz olduğu hissedilebilecek kısıtlama-

¹⁰⁵ Bkz. Harris v. State ex rel. Williams, 228 Ala. 100, 103, 151 So. S58, 861 (1934). Bu, içtihatlar kodifikasyonlarını kabul eden yasalar için de geçerlidir ve gelir yasası tasarılarına da değinmektedir.

¹⁰⁶ New York Anayasası md. 3, § 21.

¹⁰⁷ New York Anayasası md. 3, § 17

lardan muaf tutmaktır¹⁰⁸. Bu türden bir kamusal ve siyaset dışı bir kuruluşun elinden çıkacak bir düzenlemede destek toplayıcılığın esaslı surette bulunması tehlikesinin görülmediği anlaşılmaktadır.

Genel Gelir Yasa Tasarıları. Alabama ve Oklahoma eyaletleri “genel gelir yasa tasarıları”nı tek konululuk kuralından muaf tutmaktadır. Sadece Alabama eyaletinde bu istisnanın anlamının açıklandığı görülmektedir. Burada da mahkeme bu hükmün gerçek anlamda bir istisna olmadığı, sonucu itibarıyla genel gelir yasa tasarılarının tek konuyu ele aldığı faraziyesini kurduğu görüşündedir¹⁰⁹.

Meclis Kararları. Tek konululuk hükümlerinin hiçbirisi meclis kararlarını açıkça istisna saymasa da bazılarında tek konululuk hükmü meclis kararları için geçerli olmaktadır. Delaware eyaleti bu kuralı “ortak meclis kararı” için, Güney Carolina eyaleti ise “meclis kararı” için geçerli saymaktadır¹¹⁰. Loisiaana eyaletiyle Texas eyaleti tek konululuk kurallarının meclis kararları için değil sadece yasalar için geçerli olduğunu tespit etmiştir¹¹¹. Eyalet anayasasının bazı hukuk sistemlerindeki yorumuna göre meclis kararları yasa hükmüne sahip olamayacağı için¹¹² tek konululuk kuralının meclis kararları için geçerli olup olmadığı sorusu önem arz etmemektedir.

¹⁰⁸ NEW YORK STATE CONSTITUTIONAL CONVENTION COMMITTEE, PROBLEMS RELATING TO LEGISLATIVE ORGANIZATION AND POWERS 100-02 (1938).

¹⁰⁹ Harris v. State ex rel. Williams, 228 Ala. 100, 151 So. 858 (1934).

¹¹⁰ Delaware Anayasası md. 2, § 16; Güney Carolina Anayasası md. 3, § 17.

¹¹¹ Bkz. Gilmore v. State, 79 So.2d 192, 197 (La. App. 1955); National Biscuit Co. v. State, 134 Tex. 293, 135 S.W.2d 687 (1940).

¹¹² Eyalet anayasalarının çoğunluğu yasa tasarısı olmadan hiçbir yasanın yasama meclisinden geçemeyeceğini ve bir yasa tasarısının yasa haline gelebilmesi için, öngörülen yasa-
laştırma hükmünü içermesi, her bir mecliste üç tam gün okunması, başlıkta yazan tek konu hakkında olması ve komiteye havale edip komite tarafından hakkında rapor düzenlenmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Meclis kararları, yasa tasarılarına mahsus olan yasa-
laştırma hükmü içermedikleri için ve çoğu zaman yasa tasarılarının yasa-
laşmasındaki prosedürü izlemedikleri için çok sayıda hukuk sisteminde bir meclis kararının yasa hükmünde olmayacağına hükmedilmiştir. Eyaletlerin anayasa hükümleri ve bu problemleri soru hakkında mükemmel bir araştırma için bkz. Comment, 31 Texas L. Rev. 417 (1953).

Yönetmelikler. Tek konululuk kuralının eyaletteki mülki alt birimlerin yönetmelikleri açısından geçerli olup olmadığı meselesini açıkça ele alan tek eyaletin Georgia olduğu görülmektedir. Georgia’da tek konu kuralı “yasa ve yönetmelik”ler için geçerlidir. Minnesota eyaletinin ilgili hükmü sadece “yasa”dan bahsetse de Minnesota mahkemesi bu hükmün şehir idaresi yönetmelikleri için de geçerli olduğunu kabul etmektedir¹¹³.

VIII. TEK KONULULUK KURALININ DEĞERLENDİRMESİ

Tek konululuk kuralı, kuralı savunan birinin safi pragmatik bakış açısından ele alınca sadağındaki zayıf ve güvenilmez bir ok gibi görünmektedir. Bu incelemeden çıkan en önemli gerçek şudur ki bu kurala yüzlerce davada başvurulmuş olmasına rağmen mahkemelerin bir yasanın birden çok konuyu kapsadığına hükmettiği dava sayısı çok azdır¹¹⁴. Bu da adliyelerde yaygın olan şu görüşü haklı çıkarmaktadır: tek konululuk kuralına dayanan bir avukat genelde, sağlam ve ikna edici bir argümanı olmayan çaresiz bir avukattır. Bu argüman zayıf davaların alameti haline gelmiş olduğundan iyi bir avukat bunu çok tedbirli bir şekilde kullanmayı daha uygun bulabilir.

Bir yasanın birden çok konuyu kapsadığı sonucuna varılan dava sayısının azlığı hakkında spekülasyon yapmakta menfaati bulunanlar olabilir. Buna verilecek en basit cevap yasama organlarının kuralın ruhuna ve lafzına büyük oranda riayet ediyor olmasıdır. Yasama organı mensubuna da yasa tasarısını mümkün olduğunca dar ve öz tutması tavsiye edilebilir çünkü genelde bir mesele yasa tasarısında ne kadar dar bir şekilde ele alınırsa, kabul edilmesi de o kadar kolay olur. Bu tespit, torba yasa üzerinden destek toplayıcılığı yapılmasına karşı yasamanın pratik olarak işine yaramaktadır ve

¹¹³ Duluth v. Cerveny, 218 Minn. 511,16 N.W.2d 779 (1944); Sverker-son v. Minneapolis, 204 Minn. 3S8, 283 N.W. 555 (1939).

¹¹⁴ Hem başlık hem de tek konululuk şartı ile ilgili New Jersey davalarını ele alan mükemmel araştırmasında Sinclair şu sonuca varmaktadır: tek kusurun konu çoğulluğu olduğu tek bir New Jersey davası bile yoktur ve başlık-içerik hükmü gereğince geçersizlik kararı verilen davaların hepsinin başlıkta ifade kusuruna izafe etmek mümkündür. Sinclair, The Operation of a Constitutional Restraint on Bill-Styling, 2 U. Newark L. Rev. 25, 58 (1937).

işe yarayan pratik bir yasama uygulamasıdır ve bu fenomenin açıklanmasına yardımcı olması da mümkündür. Bir diğer açıklama ise kesinlikle mahkemelerin konu tanımını geniş alması ve bir yasanın tek konululuk kuralını ihlal ettiğini tespit etmekte anlaşılır bir isteksizlik sergilemesidir. Genel anayasaya uygunluk karinesi, ki yargının anayasada neyin zorunlu tutulduğuna ilişkin olarak yasama organının muhakemesine başvurma dayanağıdır, bu konuda açıklama getirmeye yardımcı olmaktadır. Yasa yapımına ve yasama usulüne ilişkin tek konululuk kuralı ve diğer kurallar mahkemede uygulandıklarında yargı-yasama ilişkilerini ağırlaştırılmış biçimiyle gündeme getirmektedir. Yasama organının tek konululuk kuralını ihlal ettiğini tespit eden mahkeme, yasama faaliyetinin işleyişinde usulsüzlük, çoğunluğun egemenliği ilkesine yönelik bir usulsüzlük yapıldığını iddia edebilir. Bir mahkemenin ima yoluyla bile olsa böyle bir isnatta bulunmakta isteksiz olması anlaşılabilir bir durumdur.

Tek konululuk kuralının esas gayesinin destek toplayıcılığı engellemek olduğu ifade edilmektedir. Destek toplayıcılığın kendisi de zararlı bir eylemdir çoğunluğun egemenliği ilkesini yıkmaktadır ve bunu, iki azınlığın kendi teklifleri için işbirliği yaparak çoğunluk oyunu almak üzere yasama güçlerini birleştirmesine imkan tanıyarak yapmaktadır. Bir görüşe göre hukuk devleti ilkesine göre yanlış bulunan bir tasarruf engellenmez, sadece caydırılır; bir açıdan tek konululuk kuralı destek toplayıcılığı engellememektedir. Tek konululuk kuralı tek başına ele alındığında destek toplayıcılığı yasaklamaktadır, sadece ayrı konuların tek bir yasa tasarısında bir araya getirilmesini yasaklamaktadır. Birden çok konu kapsayan yasa tasarılarını olumsuz görmesinin nedeni tabii ki konuların tek bir yasa tasarısında birleştirilmesinin gayesinin destek toplayıcılığı olduğu, bunun ardında başka makul ya da pratik sebep olmayacağı varsayımdır. Anayasanın yaklaşımı çok net bir biçimde dolaylıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki yasam organınca kabul edilmesinde destek toplayıcılık yapılmış olduğu için yasanın yok hükmünde olduğu sonucuna varılan hiçbir dava olmamıştır¹¹⁵.

¹¹⁵ Bununla birlikte şu da bir gerçektir ki Power, Inc. v. Huntley, 39 \Vash.2d 191, 235 P.2d 173 (1951) davasında mahkemenin yasanın iki konu kapsadığı ve genel bütçe hükümleri dahil yasanın bütününe geçersiz olduğu tespitlerinde destek toplayıcılığın söz konusu yasanın geçebilmesinde etkili olduğu tespiti etkili olmuştur.

Anayasa destek toplayıcılıkla mücadelede sadece dolaylı yola başvurmamakta aynı zamanda tedbirini kısmen almaktadır. Sadece birden çok konu hakkındaki hükümlerin toplandığı tek yasa tasarısını kullanan destek toplayıcılığı olumsuz saymaktadır. İki ya da daha çok yasa tasarısı kullanan destek toplayıcılığı faaliyetine karşı bir yaptırımı yoktur. Dolayısıyla, üç azınlık grubu üç ayrı konuda birbirlerinin yasa tasarılarını destekleyerek normalde çoğunluk oyunu alamayacakları üç yasa tasarısı kaleme almak konusunda anlaşabilirler. Söz konusu üç yasa tasarısı destek toplayıcılığı hedef alan anayasa kuralının yani tek konululuk kuralının kapsamına girmeyecektir çünkü yasa tasarılarının her biri ayrı bir konu hakkında olacaktır. Ayrıca aynı konuda üç ayrı tedbir alınmasında menfaati olan üç azınlık grubu tek konululuk kuralına takılmadan tedbirlerini tek bir yasa tasarısında birleştirebilir¹¹⁶.

Tüm bunlara bakarak şu sorulabilir: tek konululuk kuralı, çoğunluğun egemenliği ilkesini, yürürlükte kalmayı hak edecek kadar iyi koruyor mu? Bu kuralın yararlı etkileri olduğunu kabul eden Freund, başlık-içerik hükmü dahil şekle ilişkin bu anayasal zorunlulukların olumsuz etkileri de olduğuna işaret etmektedir. Bu zorunluluklar çok dava açılmasına yol açmış, yararlı yasaları geçersiz hale getirmiş, taslak oluşturmada ciddi sorunlar yaratmış ve hukuku bertaraf etmeye yönelik teknik anlamda yasal açık yaratmıştır¹¹⁷. Her ne kadar Freund'un eleştirileri başlık zorunluluğu ve diğer zorunluluklar için daha geçerli olsa da tek konululuk kuralından sağlanan yararın kuralın olumsuzluklarına, kuralı muhafaza etmeye degecek kadar ağır basıp basmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

Tek konululuk kuralının sadece şekli bir kural olduğunu ve destek toplayıcılığın esasına girmediğini söylemek meseleyi fazla basit analiz etmek olur. Bu kural bir destek toplama koalisyonunun bir yerine üç yasa tasarısı kullanmaya itmekten ibaret olacak kadar basit görülse bile bu, yine de bu kuralın destek toplayıcılığa, en azından başarılı destek toplayıcılığa

¹¹⁶ Ancak unutmamak gerekir ki yasanın çeşitli hükümleri arasında birlik bulunmayan, tek genel konulu yasaların geçersizliğine karar verilmiş davalar da vardır.

¹¹⁷ Freund, *Standards of American Legislation* 155-57 (1917).

karşı önemli bir caydırıcılık arz ettiğini gösterir¹¹⁸. Bir yasa tasarısı ne kadar doğru bir yasa tasarısı olursa olsun otomatikman yasa haline gelmez. Yasama organından geçmesi için tasarımı sunanlar ciddi gayret sarf eder. Yasama organının amirinin, tasarımı ona olumlu bakan bir komiteye sevk etmeye teşvik edilmesi, oturum başkanının tasarımı avantajlı zamanda gündeme getirmeye ikna edilmesi, en etkili tanıkların ayarlanması alt komitenin aleyhteki değişiklikleri reddetmek için cesaretlendirilmesi, komitenin tüm üyelerinin yasa tasarısı hakkında en kısa zamanda olumlu rapor vermeye teşvik edilmesi ve eyalet valisinin vali tarafından imzalanmasına kadar tüm prosedürün bu şekilde işletilmesi gerekir. Bazı hallerde meselenin esaslı kısmını ataletin üstesinden gelip dikkatleri ilgilendirilmesi istenen diğer tasarıların sayılarına değil ilgili yasa tasarısına çekmek teşkil edebilir. Genel konuşmak gerekirse üç yasa tasarısını yasama organından geçirmek tek yasa tasarısını geçirtmekten daha çok gayret gerektirecektir. Tek konululuk kuralı nedeniyle koalisyonun üç yasa tasarısını geçirmek için sarf edeceği gayret tek bir torba yasa için sarf edeceğinin üç katı olabilir. Koalisyonun sarf etmesi gereken gayreti yükselterek, tek konululuk kuralı koalisyonun tam başarıya ulaşması ihtimalini azaltmaktadır.

Koalisyonu tek yasa tasarısı yerine üç yasa tasarısı kullanmak zorunda bırakarak, tek konululuk kuralı koalisyonun hedeflerinin tamamına ulaşması ihtimalini başka bir sebeple de arttırmaktadır. Her biri yasama faaliyetinin tamamını değerlendiren iki kamaralı bir yasama organı yasalaşmadan önce müzakere edilmesi gereken her bir yasa tasarısında çeşitli zorluklar arz edecektir. ABD eyaletlerindeki her yasama oturumunda çok sayıda tasarı, ilgili aşamaların her birinde dikkat çekip gereği yapılmış olsa çoğunluk oyu alabileceği halde yasalaşamayıp düşmektedir. Yani koalisyon her bir yasa tasarısı için ne kadar emek verirse versin koalisyonun bazı yasa tasarılarının bir darboğazda sümen altı edilmesi ya da engellenmesi ihtimali vardır. Koalisyonun bir yasa tasarısı yerine üç yasa tasarısı kullanmaya ihtiyaç duy-

¹¹⁸ Sorumluluğu üstleniyorum ve müteakip analizi yapmamda bana yardımcı olan yasama konusunda uygulamaya dönük göz önüne alınan hususlar hakkında benimle bilgilerini ve yaklaşımlarını paylaşarak beni yönlendiren Teksas yasama organı mensuplarına teşekkürü bir borç bilirim. Özellikle Dallas’yan sn. Barefoot Sanders’a ve Daisetta’dan sn. J. C. Zbrank’e birlikte yaptığımız konferanslar için borçluyum.

ması yasama sürecinin doğasındaki rastlantısal bir halden ötürü başarısızlığa uğrama ihtimalini üç katına çıkabilir.

Yukarıda sayılan etmenler şunu göstermektedir ki tek konululuk kuralı koalisyonun ortak planını başarabilmek için tek yasa tasarısı yerine üç yasa tasarısı kullanmaya mecbur ederek başarılı destek toplayıcılığı daha zor hale getirmektedir. Diğer birkaç etmen koalisyon oluşması şevkini dahi kırabilir. Ortak girişimdeki katılımcıların her birinin başarı ihtimalinin bu şekilde kuşkulu hale gelmesi kendi başına, koalisyonun kurulma şevkini kurmaya yetebilir. Koalisyon kurmaktan caydıracak başka etmenler de olabilir. Koalisyonu bir yerine üç yasa tasarısı kullanmaya mecbur eden tek konululuk kuralı sayesinde başarının her zaman gelmeyebileceği de koalisyonun katılımcılarınca malum olmaktadır. Tasarılarından biri eyalet valisinin imzasını beklerken bir diğeri hala ilk kamarada komitenin nihai işlemini bekliyor olabilir. Muhtemelen tasarısı yasalaşmış olan katılımcının şevki, hedefine ulaşır ulaşmaz soğuyacak ve o katılımcı geri kalan işleri diğerlerinin üstüne bırakacaktır. Yasama faaliyetinde tecrübesi olan herkes bu ihtimali bilir ve bu yüzden kendini bu riske sokacak bir ortak girişime katılmakta isteksiz olacaktır. Bir etmen daha insanları bu tür bir ortak girişime katılmaktan caydırabilir. Üç ayrı yasa tasarısını zorunlu hale getirmekle, tek konululuk kuralı koalisyon katılımcılarını bir koalisyona dahil olduklarını alenen ikrar etmeye zorlamaktadır; oysa tek bir yasa tasarısı kullanılsa o tasarıya verilen desteğin, salt onun bir kısmından kaynaklanan menfaatle açıklanması mümkün olurdu. Tek konululuk kuralı koalisyonun katılımcıları destek toplayıcılığa, oy değiş-tokuş planına iştiraklerini alenen ikrar etmek zorunda bırakabileceği için ve yasama geleneği oy değiş-tokuşunu olumsuz bulduğu için tek konululuk kuralı koalisyondan caydırıcılık arz edebilir.

Tek konululuk kuralının bir başka önemli gayesinin de yasama sürecinin düzgün ve rasyonel işletmek olduğu ifade edilmektedir. Tek konululuk kuralının düzgün bir yasama işleyişi için önem arz ettiği kesinlikle doğrudur. Ancak şu soru sorulmalıdır: bu kural anayasa değil de yasama usul kuralları arasında mı olmalıydı? Bu soruya cevap vermek için bir anayasada yasama usulünü düzenleyen kuralların bulunmasının gayeleri ve sonuçları incelenmelidir.

Anayasa yapımçılarının düzgün ve adil yasama prosedürünü asgari düzeyde garantilemek üzere şekil ve usul düzenlemeleri yapan çeşitli

hükümler koymuş olması kuvvetle muhtemeldir. Yasama organının belli bir prosedürü izlemesini kesinleştirmenin yollarından biri onu anayasada öngörmektir. Bununla birlikte yasama organının kendi prosedürü içinde bu kuraldan yararlanacağından emin olmak için tek konululuk kuralını anayasaya koymanın gerekli olup olmadığı sorgulanabilir. Temsilciler Meclisi kendi girişimiyle kanun değişikliklerinin birbiriyle bağlantılı olması kuralını 1789 yılında kabul etmiştir. Benzer şekilde, anayasasında tek konululuk kuralı olmayan bazı eyaletlerin yasama organları Temsilciler Meclisi'nin bağlantılı değişiklik kuralını kendi kurallarına eklemiştir¹¹⁹.

Ancak yasama organının bu kurala uygun hareket etmesi için bu kuralın anayasaya konmasının şart olmadığı farz edilse bile bunun kurallarda değil de anayasada yer alması kayda değer bir farktır. Eğer bu kural sadece yasama kurallarından biri olsaydı ihlal edildiği takdirde gösteriş için kural-ları kullanan yasama tasarrufunun haksız kazanımların bertaraf etmek için mahkemelere başvurma olanağı olmazdı. Oysa kural anayasada yer alınca mahkemelere başvurmak da mümkün olmaktadır¹²⁰. Tek konululuk kuralının yaptırımını anayasada yer aldığı takdirde açıkça daha çoktur.

Tek konululuk kuralının sadece yasama kuralları içinde olmayıp anayasada da yer almasının yarattığı bir fark daha vardır. Eğer bir kural yasama kuralı ise yasama organı o kuralı askıya alabilir. Eğer anayasa yer alırsa, anayasanın izin verdiği haller hariç, yasama organı bu kuralı askıya alamaz ve yasama organındaki bir azınlık yasama düzeni gerekçesiyle bu kurala başvurabilir. Tek konululuk kuralı kısmen olsa bile geçici azınlığın korunmasına yönelik olduğu için bu kuralın geleneksel prosedürlerini bertaraf etmek isteyen çoğunluk tarafından askıya alınmaması önem arz etmektedir.

¹¹⁹ Massachusetts'te hem Meclis hem de Senato bu kongre kuralını, Temsilciler Meclisi 90. kuralı ve Senato 50. kuralı olarak iktibas etmişlerdir, bkz. GENEL MAHKEME 1957-8 REHBERİ, aynı şekilde Rhode Island eyaletinde Meclisin 20. kuralı olarak kabul edilmiştir, bkz. RHODE ISLAND GENEL MAHKEME REHBER 1951-52. Ancak Connecticut, Kuzey Carolina ve Vermont eyaletlerindeki meclislerin hiçbiri ve bunların dengi olan hiçbir kurum böyle bir iktibasta bulunmamıştır.

¹²⁰ Yargısal incelemeye konu olan anayasa kuralına uymadığı iddia edilen bir yasama tasarrufu ve incelemenin kapsamı hakkında önceki tartışmaya bakınız.

Freund'un yasaların şeklini düzenleyen anayasa kurallarının davalara yol açtığı eleştirisi özellikle tek konululuk kuralına yönelen bir eleştiri değildir. Kuralın yüzlerce davada söz konusu edildiği doğru olmakla birlikte tek başına dava gerekçesi olması çok nadirdir ve sadece bazı vakalarda esas meselelerden birini teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu kuralın yararları, olumsuz sonuçlarının sebep olduğu maliyete nispeten çoktur. Tek konululuk kuralı dolaylıdır ve engellemeyi hedeflediği davranış türünü kısmen önlemeye yöneliktir ve bazı olumsuz sonuçları da vardır ama toplamdaki etkisinin, eyaletlerin anayasalarında varlığını korumayı hak etmeye yetecek kadar olduğu görülmektedir.

KAMU İHALE KURULU KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ BAĞLAMINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI VE HUKUKÎ SONUÇLARI*

*Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR***

GİRİŞ

Anglo-Saxon Sisteminde, eksik idari rejim olduğu için Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar) yargı benzeri bir işleve sahip kılınmıştır. Ülkemizde müstakil idari yargı olmasına rağmen BİO'lara da yer verilmiştir. Bu bağlamda Kamu İhale Kurumu (KİK); kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve malî özerkliğe sahiptir. Kurumun ilişkili (bağlı ya da ilgili değil!) olduğu Bakanlık Maliye Bakanlığı olup, merkezi Ankara'dadır. Kurum görevini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez (4.1.2002 günlü, 4734 s. Kamu İhale Kanunu md. 53/1-3).

2012 değişikliği ile BİO'ların özerkliği kısmen de olsa idarenin bütünlüğü ilkesi gereği denetim altına alınmak istenmiştir¹. Buna rağmen esas itibarıyla bunların kendi yasal mevzuatı açısından özerkliklerini korumaya devam ettiklerinin kabulü gerektiği kanısındayız.

İhale konusu ve uyuşmazlıkları ile ilgili 4734 s. Kamu İhale Kanunu, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, İhalelere Yönelik

* 1. Kamu İhale Kongresinde (İstanbul 2014) sunulan bildiri metnidir.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, oguz.sancakdar@gmail.com.

¹ (Ek cümle: 8/8/2011-KHK-649/45 md.) "...Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir" (3046 s. K. md.19/A (Ek: 3/6/2011-KHK 643/2).

Başvurular Hakkında Tebliğ, Kamu İhale Genel Tebliği, Yapım İşleri Teknik Şartnamesi gibi pek çok mevzuat hükmü bulunmaktadır. İhale süreci sıkı şekil koşullarına tâbi olup, esas itibarıyla idarenin bağlı yetki kurallarına göre hareket etmesi gerekir.

İhale kararı verilmesinin en önemli sonucu idare ile taraflar arasında sözleşme yapma borcu ve yükümlülüğünün doğmasıdır. Sözleşme özel hukuk sözleşmesidir. İyiniyet ilkesi ve sözleşmenin geçerlilik kuralları özel hukuk hükümlerine (Borçlar Kanunu, Medeni Kanun) ve hukukun genel ilkelerine göre (Hukuk Devleti md.2) belirlenir.

Mevcut kamu ihale kanunu, 04.01.2002'de kabul edilmiş ve 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. 08.08.1983 tarihli 2886 s. Devlet İhale Kanunu döneminde kamu idarelerinin hepsinin tek bir ihale kanununda kapsamamış olması, zaman içinde bu idarelerin kendine özgü ihale mevzuatları oluşturması, ihale duyurusu yapılmasının tüm ihale yöntemlerinde zorunlu olması, zorunlu olanlarda ise bu sürenin çok kısa tutulmasından kaynaklanan rekabetçi katılım eksikliği; seçme ve değerlendirme ölçütlerinin önceden ilan edilmemesi ve objektif olmaması; ihalede başarısız olan katılımcıların ihaleyi yapan kamu idaresinin kararı hakkında bilgilendirilmemesi; ödeneği bulunmayan işlerin ihalesinin yapılıyor olması; başlangıç yılı ödeneğinin çok düşük belirlenmesi ve sonraki yıl ödeneklerinin de programlanandan az olacak şekilde sonradan revize edilmesi nedeniyle işlerin öngörülen sürede bitirilememesi vb. sorunlar yaşanmıştır².

Bu kapsamda, 4734 sayılı Kanun hazırlanırken, 08 Ağustos 1983 tarihli 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun yetersiz olduğu alanlar göz önüne alınmış ve bu yetersizlikler giderilmeye çalışılarak başlıca şu yeni düzenlemeler yapılmıştır;

- İhale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için, kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işleri bu yeni kanun kapsamına alınmıştır.

² Sancakdar, Oğuz; İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 3.b., Ankara 2013, s. 595 vd.; www.sayder.org.tr/e-dergi-4734-sayili-kamu-ihale-kanunu-ve-yeni-bir-kanun-ihtiyaci-9-8.pdf

- Aynı amaçla kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmeler ile ilgili hususlar bu kanun kapsamından ayrı olarak bir kanun ile düzenlenmiştir.
- Uluslararası ihale uygulamalarına paralellik sağlamak amacıyla; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü (ve doğrudan temin) usulü belirlenmiştir.
- Pazarlık usulü ile yapılabilecek işler, uluslar arası mevzuata paralel bir şekilde özelliği olan ve ivedi olarak yapılması gereken işlerle sınırlandırılmıştır.

İşin doğası gereği ilan yapılmaksızın ihtiyacın belirli bir istekliden karşılanmasının kaçınılmaz olduğu durumlar dikkate alınarak doğrudan temin usulü düzenlenmiştir.

Uluslararası uygulamalara paralel olarak danışmanlık hizmet ihaleleri için özel düzenlemeler getirilmiştir.

- İhalesi yapılacak her iş için ödeneğin bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca, işlerin ihale edilebilmesi için proje maliyetinin % 10'u oranında başlangıç yılı ödeneğinin ayrılması ve daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimlerinin azaltılmaması öngörülmüştür.
- Yapım işlerinin uygulama projeleri yapılarak ihale edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.
- Kamu kaynaklarının kullanımı konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi ve sadece ihale öncesi değil, ihale sonrası saydamlığın da sağlanması amacıyla, yapılan ihalelere ilişkin sonuçların ilan edilmesi öngörülmüştür.

Saydamlık ilkesinin gereği olarak, ihalelerin isteklilerin yanı sıra hazır bulunan herkes önünde açık olarak yapılması ve ihale dışı kalan veya teklifi uygun görülmeyen isteklilerin talep etmesi halinde yazılı olarak gerekçelerin bildirilmesi öngörülmüştür. Böylelikle ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenle-

meye tabi olmaları, tahmini bedel baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması yerine, işlerin istekliler tarafından piyasa rayiçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesi amaçlanmıştır³.

I. İDARİ YARGI ÖNCESİ HUKUKİ SÜREÇ: İHALEYİ YAPAN İDAREYE ŞİKÂYET VE SONRASINDA KAMU İHALE KURUMUNA İTİRAZEN ŞİKÂYET YOLUNUN TÜKETİLMESİ ZORUNLULUĞU

İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia edenler, usulüne uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler.

Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.

Aksi takdirde Ankara İdare Mahkemesi “**idari merci tecavüzü**” (2577 s. İdari Yargılama Usulü kanunu md. 14/3-b) nedeniyle, “dilekçenin görevli idare merciine tevdiine” karar vermelidir (İYUK md. 15/e).

Dilekçelerin görevli mercie tevdi halinde, mahkemeye başvurma tarihi, mercieine başvurma tarihi olarak kabul edilir (İYUK md. 15/2).

A. Şikayet

- Şikayetin Konusu:

İhale yetkilisince, **ihale onayının verildiği tarihten itibaren; sözleşmenin taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tescili ile noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise taraflarca sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süreçteki idari işlem ve eylemler** şikayete konu yapılabilir⁴. Şikayet başvurusunu aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından yapılır.

³ Eren, M. Erdal; 4734 s. “Kamu İhale Kanunu ve Yeni Bir Kanun İhtiyacı”, <http://www.sayder.org.tr/e-dergi-4734-sayili-kamu-ihale-kanunu-ve-yeni-bir-kanun-ihiyaci-9-8.pdf>.

⁴ İlan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayet başvuruları, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilen ise de bu tarihten önce ön

Belirtelim ki “tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması”, ihalenin iptali değildir;

- İhalede geçerli teklif kalmaması nedeniyle veya
- ihalede geçerli teklif olmakla birlikte bazı tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması nedeniyle

* **ihalede rekabetin oluşmadığı ve/veya kaynakların etkin kullanımının gerçekleşmediği** gerekçesiyle ihalenin idare tarafından iptal edildiği durumlarda, aday veya istekliler tarafından başvuru veya teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına veya ihalenin iptali ile birlikte başvuru veya teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına karşı yapılan başvurular, **ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılan başvuru olarak değerlendirilmez.**

Bu başvurular; ihalenin iptaline yönelik bir başvuru olarak değerlendirilmediğinden, başvuruların öncelikle idareye yapılması, **idareye yapılan şikayet başvurusu üzerine idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya on günlük süre içerisinde idare tarafından bir karar alınmaması hallerinde** Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması gerekir.

- Şikayet Başvurusunda Bulunabilecekler

Şikayet Başvurusunda Bulunabilecekler şunlardır;

Aday: Ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri ifade eder (4734 s. K. md. 4/8). Belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem ve eylemler; belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ise ayrıca kısa listeye alınmış olmaları kaydıyla ihale

yeterlik/ yeterlik başvurusunda bulunulması veya teklif verilmesi halinde, Kanunun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, zorunludur.*” hükmü uyarınca, ihaleye teklif veren isteklilerin teklif mektuplarında, ihale dokümanı içeriğini tamamen okuyup kabul ettiklerine dair beyanda bulunmaları ve tekliflerini buna göre vermiş olmaları nedeniyle, bu aşamadan sonra ihale ilanı veya ihale dokümanının içeriğine yönelik şikayet başvurusunda bulunulamaz (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, md. 3/6).

daveti ve/veya ihale dokümanının gönderilmesi, ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilir.

İstekli : Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini ifade eder (4734 s. K. md. 4/10). *Kısaca; teklif verendir.* İstekliler; yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler hakkında başvuruda bulunabilir.

İstekli olabilecek: (Ek: 20/11/2008-5812/2 md.) İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi, ifade eder (4734 s. K. md. 4/11). *Kısaca; ihale dokümanı alanlara istekli olabilecek denir.* İstekli olabilecekler; ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilir. Bununla birlikte, ilana yönelik başvuruda bulunabilmek için de istekli olabilecek sıfatını kazanmak zorunlu olduğundan, bu kapsamda dokümanın satın alınması gerektiği hususuna dikkat edilmelidir (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, md. 3/2).

- Şikayet Süresi:

Şikayete konu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren

- 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise **on gün içinde** ve **sözleşmenin imzalanmasından⁵ önce** yapılır. Bu süreler geçmedikçe sözleşme imzalanmayacağından, bu sürelere uyulmadan sözleşmenin imzalanmış olması, şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulmasına engel teşkil etmez.

⁵ İdareye yapılan şikayet başvurusunun sözleşmenin imzalanmasından önce usulüne uygun olarak yapılmış olması gerekir. İhale dokümanında sözleşmelerin notere tescil ettirilmesi ve onaylatılmasının öngörülmesi halinde, noterin onay tarihi sözleşme tarihi olarak kabul edilir (4734 s. K. md. 46, 55).

- İlanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlar.

İlan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikayetler bu süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilir.

Sürelerle ilgili özellik arz edebilen diğer bazı hususlar şunlardır;

a) **İlana yönelik başvurularda ilk ilan tarihini, düzeltme ilanı yapılan hallerde düzeltme ilanının yayımlandığı tarihi, gazetelerde veya bültende birden fazla yayımlanan ilanlar arasında çelişki olması halinde son ilan tarihini,**

b) Ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan hükümleri için dokümanın satın alındığı tarihi, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ihale dokümanının teslim alındığı tarihi, zeyilnameye yönelik başvurularda ise zeyilnamenin bildirildiği tarihi,

c) İdarenin işlem veya eylemlerine karşı yapılacak başvurularda şikayete yol açan durumun farkına varıldığı yahut farkına varılmış olması gerektiği tarihi,

ç) **Şikayet üzerine idare tarafından verilen kararın bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarihi, on gün içerisinde karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini,**

d) **İhalenin iptali kararına karşı yapılan itirazın şikayet başvurularında ise iptal kararının bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarihi, izleyen günden itibaren başlar.**

İlanın Kamu İhale Bülteninde yayımlanmasının zorunlu olduğu hallerde, ilanın Kamu İhale Bülteninde yayım tarihi, işin ve/veya ihalenin yapılacağı yerde yayımlanması zorunlu olan ilanlarda ilk yayımlanan gazetede ki yayım tarihi ilk ilan tarihi olarak esas alınır.

Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP), Kamu İhale Kurumu tarafından kurulduktan sonra, işin ve/veya ihalenin yapılacağı yerde yayımlanması zorunlu olan ilanların aynı zamanda Elektronik Kamu Alımları

Platformunda da yayımlanması halinde, **ilanın Elektronik Kamu Alımları Platformunda yayım tarihi ilk ilan tarihi olarak kabul edilecektir.**

Tatil günleri sürelerine dahil olup, sürenin son gününün tatil gününe rastlaması halinde süre, tatil gününü izleyen ilk iş gününün bitimine kadar uzar.

Bununla birlikte, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayet başvurularının, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılması zorunludur (4734 s. K. md. 55). Buna göre şikayetlerin en geç;

a) İhale veya son başvuru tarihi Pazartesi günü olan ihalelerde, bir önceki Salı günü,

b) İhale veya son başvuru tarihi Salı günü olan ihalelerde, bir önceki Çarşamba günü,

c) İhale veya son başvuru tarihi Çarşamba günü olan ihalelerde, bir önceki Perşembe günü,

ç) İhale veya son başvuru tarihi Perşembe günü olan ihalelerde, bir önceki Cuma günü,

d) İhale veya son başvuru tarihi Cuma günü olan ihalelerde, bir önceki Pazartesi günü,

mesai saati bitimine kadar yapılması gerekmektedir. Ancak ihale tarihinden önceki üç iş günü içerisinde ulusal bayram veya genel tatil günü bulunması halinde, sürenin hesabında bu günler dikkate alınarak iş günleri üzerinden hesabının yapılması gerekmektedir.

İdari izin günleri resmi tatil günü olarak sayılmadığından, idari izin günleri iş günü olarak dikkate alınır.

İlan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikayet başvurularının idarelerce ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılması esastır.

İhale veya son başvuru tarihine on günden daha az süre kalan hallerde önce ihale tarihi ayrı bir zeyilname ile ertelenebilir.

İhale sonucunun gerekçesiz olarak bildirilmesi durumunda usulüne uygun olarak ihale sonucu bildirilmiş olmayacağından, idarenin bu aşamadan sonraki işlemleri usulüne uygun olarak gerçekleştirebilmesi ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi dışındaki bütün isteklilere teklif-

lerinin uygun bulunmama gerekçesini ayrıca bildirmesi ile mümkün olacaktır. Bu durum ihale sürecinin uzamasına neden olacağından idarelerce kesinleşen ihale kararında gerekçenin bildirilmesi önem arz etmektedir.

Şikayetin Yapılacağı Mercî:

Şikayet, ihaleyi yapan idareye yapılır.

- Şikayetin Yapılma Usûlü:

Başvurular idareye yapılacak şikayetlerde ihaleyi yapan idareye elden veya posta yoluyla ve dilekçeyle yapılı (Dilekçe örneği için (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, Ek-1). İhaleyi yapan idare dışındaki idari mercilere yapılan başvurular, bu merciler tarafından muhatap idareye gönderilmesi halinde dikkate alınır. Bu durumda şikayet dilekçesinin ihaleyi yapan idare kayıtlarına girdiği tarih başvuru tarihi olarak kabul edilir. Posta yoluyla yapılan başvurularda postada geçen süreler dikkate alınmaz.

İdareye şikayet başvurusunda bulunulmadan veya idareye yapılan şikayet başvurusu hakkında idarece bir karar alınmadan veya on günlük karar verme süresi beklenilmeden doğrudan Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde, Yönetmeliğin 15 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bu başvurular, ilgili idareye gönderilir (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik md. 15/2). Bu durumda, dilekçenin idare kaydına alındığı tarih şikayet tarihi olarak kabul edilir. Ancak, aynı iddialarla hem idareye hem de Kuruma yapılan başvurularda süre, idare kayıtlarına giren ilk başvuru dilekçesine göre belirlenir.

Şikayet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin eklenmesi zorunludur. Aday veya isteklinin başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde bu belgelerinin bulunması durumunda, dilekçe ekinde söz konusu belgeler aranmaz (4734 s. K. md. 54/3).

Şikayet başvurusunu vekil yapıyorsa başvuru yetkisini içeren veya bu anlama gelen “özel yetki”nin olması gerekir.

Ortak girişim adına yapılacak şikayet veya itirazın şikayet başvurularının, pilot ortak/koordinatör ortak veya temsil yetkisi verilen özel ortak ya da ortakların tamamı tarafından yapılması zorunludur. Temsil yetkisine sahip

olmayan özel ortak tarafından şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru süresinin sonuna kadar pilot/koordinatör ortağın şikayete katılması veya özel ortağa temsil yetkisi vermesi gerekmektedir. Şikayet başvurularının pilot ortak/koordinatör ortak tarafından yapılması halinde ortak girişim beyannamesinin veya sözleşmesinin, temsil yetkisi verilen özel ortak tarafından yapılması halinde ise ortak girişim beyannamesi veya sözleşmesi ile temsile yetkili olduğuna dair belgenin şikayet dilekçesine eklenmesi zorunludur. Bu belgelerin şikayet dilekçesine eklenmemesi veya temsil yetkisine sahip olmayan özel ortak tarafından şikayet başvurusunda bulunulması halinde eksikliklerin giderilmesi için başvuru süresinin sonuna kadar beklenir. Ancak aday veya isteklinin başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde bu belgelerin bulunması durumunda, dilekçe ekinde söz konusu belgeler sunulmamış olsa da başvuru usulüne uygun olarak yapılmış bir başvuru olarak kabul edilir.

Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından aynı ihaleye veya birden fazla ihaleye tek dilekçeyle şikayet başvurusunda bulunulamaz. Bu nedenle dilekçelerde bir başka ihaleden söz edilmesi durumunda, şikayetin hangi ihaleye ilişkin olduğu ve hangi konunun şikayet edildiğinin açıkça belirtilmesi gerekir.

- Şikayet Üzerine Verilebilecek Kararlar, Süresi ve Kararın Gereçeli Olma Zorunluluğu:

İdare, şikayet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak **on gün içinde gereçeli⁶ bir karar alır**. Alınan karar, şikayetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirilir (İlan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere bildirim yapılmaz).

⁶ İdarece, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gereçelerine yer verilmelidir (4734 s. K. md. 41). Kesinleşen ihale kararında tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gereçelerine yer verilmemesi halinde, tekliflerinin değerlendirmeye alınmama ya da uygun görülmemesine karşı yapılacak şikayet başvurusunda, istekliler kararın gereçelerinin bildirilmesiyle şikayet konusundan haberdar olduklarından sürenin hesabında kesinleşen ihale kararının bildirim tarihinin değil, karar gereçelerinin bildirildiği tarihin esas alınması gerekmektedir.

Şu halde; şikayet üzerine idare yaptığı inceleme sonucunda gerekçeli olarak aşağıdaki kararlardan birisini alabilir;

a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde **ihalenin iptaline**,

b) Düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, **düzeltilici işlem belirlenmesine** karar verilebilir. Bir başka deyişle, şikayet üzerine yapılan incelemede; * Tekliflerin hazırlanmasını veya * işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek * maddi veya teknik hataların veya * eksikliklerin bulunması ve idarece **ihale dokümanında düzeltme yapılmasına** karar verilmesi halinde, gerekli düzeltme yapılarak **son başvuru veya ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere ertelenir**. Ancak belirlenen maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin ilanda da bulunması halinde 26 ncı maddeye göre işlem tesis edilir.

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşmenin imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde ihalenin iptalini veya düzeltici işlem belirlenmesini gerektirecek hukuka aykırılığın tespit edilememesi hallerinde **başvurunun reddine**, karar verilir (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ md. 7/2). Şikayet başvurusunun süresinde yapılmadığı veya başvuru sahibinin şikayet ehliyetinin bulunmadığı hallerde başvurusunun reddine karar verilir. dilekçe ile ekinde yer alması zorunlu olan bilgi ve belgeleri içermeyen şikayet başvurularında, söz konusu eksiklikler başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilir. Eksikliklerin bu süre sonuna kadar giderilmemesi durumunda ise şikayet başvurusunun reddine karar verilir. İdare tarafından dilekçedeki eksikliklerin bildirilmesi zorunluluğu bulunmadığından, başvurunun şekil şartlarına uygun olarak yapılması önem arz etmektedir.

İdarece alınan **kararın uygun bulunmaması durumunda**, * başvuru sahibi dahil aday, * istekli veya * istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen **on gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet** başvurusunda bulunulabilir.

Şikayet başvurusu yapılan idarece on gün içinde herhangi bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme

süresinin bitiminde on gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir.

Belirtelim ki, **ihale yetkilisinin ivedilik ve kamu yararı gerekçesiyle ihalenin devamı için kullanabileceği deruhte-i mesuliyet yetkisi kaldırılmıştır.** 4734 s. KİK md. 55'te 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, şikayet sunulduktan sonra *ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınmasına ve bu karar üzerine sözleşmenin imzalanmasına imkan veren hüküm yürürlükten kaldırıldığından, idarelerce ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınarak sözleşmenin imzalanması mümkün bulunmamaktadır.*

İlân yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esas olup, ilan yapıldıktan sonra, ihale dokümanında tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin tespit edilmesi ve dokümanda değişiklik yapılmasının zorunlu olması halinde, bunu gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilânlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilân olunur.

Şikayetlerde başvuru bedeli alınmaktadır. 4734 s. KİK 53. maddede yapılan değişiklikle; (Değ.: 06.02.2014-6518/49 md.) Yaklaşık maliyeti beş yüz bin Türk Lirasına kadar olan ihalelerde üç bin Türk Lirası, beş yüz bin Türk Lirasından iki milyon Türk Lirasına kadar olanlarda altı bin Türk Lirası, iki milyon Türk Lirasından on beş milyon Türk Lirasına kadar olanlarda dokuz bin Türk Lirası, on beş milyon Türk Lirası ve üzerinde olanlarda on iki bin Türk Lirası tutarındaki itirazın şikâyet başvuru bedeli alınması öngörülerek yersiz şikayetlerin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

- Şikayetin Sözleşmeye Etkisi:

İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde;

- başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu süresinin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden⁷ ve

⁷ Bu süresinin bitimini izleyen günden(on birinci günden) itibaren Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulup bulunmadığı Kurumun internet sayfasından sorgulanmadan,

- itirazın şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan⁸

itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kamu İhale Kurumu tarafından **nihai karar verilmeden SÖZLEŞME İMZALANMAZ.**

İhaleyi yapan idare tarafından, şikayete konu işlemlerde;

- ✓ ihalenin iptalini veya
- ✓ düzeltici işlem belirlenmesini gerektirecek hukuka aykırılığın tespit edilememesi gerekçesiyle **başvurunun reddine karar verilmesi** veya
- ✓ **süresi içinde karar alınmaması** hallerinde

istekliler tarafından, Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilmektedirler.

B. İtirazın Şikayet

- **İtirazın Şikayet Başvurusunda Bulunabilecekler, Başvuru Süresi, Taraflarca Hazırlama İlkesi Kuralı ve Ön İncelemedeki Eksiklikler**

İdareye **şikayet başvurusunda bulunan** veya **idarece alınan kararı uygun bulmayan** aday, istekli veya istekli olabilecekler

- 4734 s. K. md. 55/4'te belirtilen sürede⁹ (kısaca 10 gün),

Kuruma itirazın şikayet başvurusu yapılmış ise itirazın şikayet başvurusu nihai kararla sonuçlandırılmadan idare tarafından sözleşme imzalanamaz.

⁸ Kurumun www.ihale.gov.tr adresinde yer alan "şikayet sorgulama" bölümünden sorgulaması gerekmektedir.

⁹ Anılan 4734 s. K. md. 55/3; İdare, şikayet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır. Alınan karar, şikayetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirilir. İlan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere bildirim yapılmaz.

(4. fıkra) Belirtilen süre içinde (3. fıkradaki) bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dahil aday, istekli veya istekli olabilecekler tara-

- sözleşme imzalanmadan önce

itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir.

Açıklamak gerekirse; İhale işlemleriyle ilgili bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekliler ile istekli olabilecekler¹⁰, idareye şikayet başvurusunda bulduktan sonra süresi içinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunabilir. Ancak, şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlara karşı idareye başvurmadan doğrudan Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir.

İstekli olabilecekler; ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilir.

Adaylar; belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem ve eylemler; belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ise ayrıca kısa listeye alınmış olmaları kaydıyla ihale daveti ve/veya ihale dokümanının gönderilmesi, ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilir.

İstekliler; yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler hakkında başvuruda bulunabilir (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, md. 9/1-3).

İtirazın şikayet başvurusunda **başvuru bedelinin ödenmesi** gerekir. Başvuru teminatları Kurum hesaplarına yatırılır (4734 s. K. md. 54/1, 2).

findan idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir.

¹⁰ İdareye şikayet başvurusunda bulunmayan aday veya istekliler, şikayet başvurusu üzerine idarenin aldığı karar kendilerine de bildirildiğinden, bu kararlardan bir hak kaybına veya zarara uğradığı veya zarara uğramasının muhtemel olduğu iddiasıyla ve şikayet başvurusuna ilişkin olarak verilen kararda belirtilen hususlarla sınırlı olarak doğrudan Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunabilir (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ md. 9/5).

İhale sürecindeki işlemlerin hangi unsurlarının hangi gerekçelerle hukuka aykırı olduğu belirtilmeksizin sadece mevzuata aykırı olduğu gibi **soyut ve mesnetsiz iddialara yer verilmesi halinde, başvuru red edilir. Yani re'sen araştırma ilkesi değil, taraflarca hazırlama ilkesinin hakim olduğu söylenebilir** (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, md. 11/8).

Kamu İhale Kurumu tarafından **ön inceleme** yapılır. İtirazen şikayet başvurusundaki şekil eksikliklerine yönelik olarak Kurumun internet sitesinde belirtilen eksikliklerin başvuru sahibi tarafından başvuru süresi dolmadan önce Kurum kayıtlarına girecek şekilde tamamlanması ve eksikliklerin giderilmesine yönelik dilekçelerde bu hususların açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

- İtirazen Şikayete Konu Kararlar ve İncelemenin Kapsamı

İdareye yapılan şikayet başvurusu üzerine;

- ✓ **idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya**
- ✓ **on günlük süre içerisinde idare tarafından bir karar alınmaması**
- ✓ **şikayet ya da itirazen şikayet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı** doğrudan Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir.

İhalenin iptali kararlarından sadece aşağıdakiler itirazen şikayete konu edilebilir;

a) Şikayet başvurusu üzerine idare tarafından şikayet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle idare tarafından alınan iptal kararları.

b) İtirazen şikayet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından alınan iptal kararları (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ md. 8/2).

İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, **sadece şikayet ve itirazen şikayet üzerine alınanlar** itirazen şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir.

Herhangi bir şikayet veya itirazen şikayet başvurusu olmaksızın idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı Kuruma itirazen şikayet

başvurusunda bulunulamayacağından, bu kararlar ancak idari yargı mercilerinde dava konusu edilebilir.

İlana veya dokümana karşı şikayet başvurusunda bulunulduktan sonra ihaleye teklif verilmiş olması Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunulmasını engellemez.

Kamu İhale Kurumunun İnceleme Kriterleri: Eşit Muamele İlkesi/İptal Gerekçeleriyle Sınırlı İnceleme

Kurum itirazın şikayet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından **eşit muamele ilkesinin** ihlal edilip edilmediği açılarından inceler (4734 s. K. md. 56/2).

İdare tarafından şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ md. 14/2).

Sözleşmenin Kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan imzalanmış olması veya itirazın şikayet başvurusundan feragat edilmesi, Kurum tarafından itirazın şikayet başvurusunun inceleyip sonuçlandırmasına engel teşkil etmez.

Feragatın İtirazın Şikayete Etkisi

Sürelerle ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazın şikayet başvurusundan feragat edilmesi itirazın şikayet başvurusunun incelenmesine engel teşkil etmez.

Kamu İhale Kurumunun İlgilileri Dinleme Yetkisi

Kurul tarafından gerekli görülen hallerde tarafların ve ilgililerin dinlenmesine karar verilir. Bu durumda, Kurul tarafından tespit edilen tarihte taraflar ve ilgililer dinlenir.

Kamu İhale Kurumunun Görüş Alma Yetkisi

Kurum, gerekli gördüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile

gerçek kişilerin görüşüne başvurabilir. Görüşüne başvurulmuş özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere (8000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarı geçmemek üzere Kurul tarafından belirlenen miktarda ödeme yapılır. Kamu görevlilerinin görüşüne başvurulması halinde ise personele diğer mevzuatta yer alan kısıtlamalara bağlı olmaksızın (5000) gösterge rakamı esas alınmak suretiyle aynı esaslar çerçevesinde ödeme yapılır. Bu fıkra uyarınca yapılacak ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz.

İtirazen şikayet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurumu Tarafından Alınabilecek Başlıca Kararlar

- İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde İHALENİN İPTALİNE karar verilebilir.
- İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, DÜZELTİCİ İŞLEM belirlenmesine karar verilebilir.

Kuruma yapılan itirazen şikayet başvurusu üzerine Kurul tarafından başvuru sahibinin teklifinin geçerli olduğuna dair düzeltici işlem kararı verilen hallerde, idarenin ihalenin iptali kararını geri alarak düzeltici işlem kararının gereğini yerine getirmesi zorunludur. İdarenin ihalenin iptali kararını geri almaması durumunda iptal kararına karşı yapılacak başvurunun doğrudan idari yargı mercilerine yapılması gerekmektedir (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ md. 2/4).

- Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde ihalenin iptalini veya düzeltici işlem belirlenmesini gerektirecek hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazen şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde BAŞVURUNUN REDDİNE, karar verebilir.

KİK tarafından alınan kararlar idarenin “bağlı yetki”¹¹ kapsamında aldığı kararlar kapsamında olduğunun kabulü gerekir¹².

¹¹ Sancakdar, Oğuz; İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 3.b., Ankara 2013, s. 371 vd.

Bunların dışında ayrıca; başvuru teminatı yatırılan hallerde başvuruya konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazın şikayet başvurusunun reddedilmesi halinde, başvuru teminatının gelir kaydedilmesine de karar verilir.

Gerek görülen hallerde, tespit edilen aykırılıklara ilişkin olarak idari ve/veya cezai yönleriyle gereği yapılmak üzere konunun ilgili idarelere bildirilmesine ve/veya yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilir.

Kamu İhale Kurumunun Karar Verme ve Verilen Kararı Tebligata Çıkarma Süresi

Kamu İhale Kurumu, itirazın şikayete ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem *dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde*¹³ vermek zorundadır.

Kurul tarafından verilen bütün kararlar, karar tarihini izleyen beş iş günü içinde taraflara tebligata çıkarılır ve tebligata çıkarıldığı tarihi izleyen beş gün içinde Kurumun internet sayfasında yayınlanır. Kararlara erişim ücrete tabi tutulamaz.

Kamu İhale Kurulu Kararın Bağlayıcılığı ve Yerine Getirilme Biçimi

İdareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır (4734 s. KİK md. 56/8).

Hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığını iddia eden ilgililer bu hususa ilişkin başvuruyu itirazın şikayet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yaparlar.

Kurul tarafından alınan kararların hiç uygulanmaması halinde ilgililer tarafından doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulabilir.

¹² İnan, Atilla; “Kamu İhale Kurulunun Verdiği Kararlar Takdir Alanında Mıdır? Yoksa Bağlı Yetki Niteliğinde Midir? <http://www.atillainan.com.tr/>.

¹³ Bu süre 4734 s. K. ’nun 21 inci maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularında on iş günü olarak uygulanır.

II. KAMU İHALE KURUMU KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ VE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARI, KOŞULLARI VE BAŞLICA ÖZELLİKLERİ

İhale¹⁴ kararları idari bir işlemdir ve Hukuk devleti ilkesi (AY md. 2), hak arama özgürlüğü (AY md. 36) ve Anayasa md. 125/1'e göre de" idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğu" dikkate alındığında sözkonusu idari tasarruflara karşı idari yargı yolu açıktır. Nitekim 4734 s. Kamu İhale Kanunu md. 59'da da "yargısal inceleme" konusu düzenlenmiş ve "Şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür" hükmü ile konu yasal bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur.

➤ **Kural:** Dava açılması idari işlemin icrailiğini etkilememesidir. Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.

İdari işlemin hukuka uygunluğu karinesine bulunmaktadır. Ancak karinenin aksi durumlar da ortaya çıkabilmektedir. İşte yürütmenin durdurulması idari işlemin uygulanmasını geçici süre erteleyen yargısal bir karardır.

A. Tanımı

Yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemin hukuka uygunluk karinesini ve işlemin uygulanmasını dava sonuna kadar erteleyen yargısal bir karardır. Yürütmenin durdurulması (İYUK md. 27) kararı ya idari işlemlere ya da idari yargı kararlarına karşı istenebilir.

İdari yargı açısından, yürütmenin durdurulması kurumu anayasal bir düzenlemeye de tâbi kılınmıştır (AY md. 125/5).

İdari yargıda iptal davasının açılmış olması işlemin yürütülmesini durdurmaz. Taraflardan birinin istemi üzerine davaya bakan mahkeme yürüt-

¹⁴ **Buz**, Vedat; Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara 2007; **Aksoy**, Mehmet/**Erbay**, Kerem Eray; Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci, Ankara 2006; **Kadron**, S. Bahadır/**Özkurt**, A. Yıldız; Kamu İhale Mevzuatı ve Uygulamaları, İzmir 2009; **Doğanyigit**, Saadettin; Kamu İhale Kanunu, Ankara 2007; **Kutlu**, Meltem; İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir 1997.

menin durdurulmasına karar verir. Mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı yoksa ya da yasada açıkça öngörülmemiş ise yürütme kendiliğinden durmaz.

Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması, dava edilen idari işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmaz.

Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezaların dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Burada duran, yalnızca tahsil işlemleridir.

Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyası işlemde kaldırıılır ve varsa yürütmeni durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu şekilde işlemde kaldırılan vergi davası dosyasında tahsil işlemi devam eder. Dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerde tahsilât işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemini durdurmaz. Bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebilir.

Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Alman Hukukundan¹⁵ farklı olarak, Danıştay veya idare mahkemelerinde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmaz.

Hukuk devleti, iptal davası açmanın yürütmeyi durdurmayacağı, kuvvetler ayrılığı, yürütmenin durdurulması kurumunun varoluş sebepleri olarak açıklanabilir¹⁶. Yürütmenin durdurulması kararı da iptal kararları gibi yargısal bir karar olup, sadece idari işlemler için değil, yargı için de verilebilir. Yargısal olduğundan şüphe edilip ara kararı olarak nitelendirilerek etkisi küçümşenen yürütmenin durdurulması kararları, esasen yargısal olduğundan

¹⁵ Verwaltungsgerichtsordnung/Verwaltungsverfahrensgesetz/Verwaltungskostengesetz/Verwaltungszustellungs-gesetz/Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz/Deutsches Richter-gesetz, 27. Auflage, München 2000.

¹⁶ **Bahadır**, Kılınç; Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Adil Yayınevi, s. 24, 25.

şüphe duyulmayan yargı kararlarının da bozulmasına veya onaylanmasına kadar yürütmeyi durdurabilmektedir¹⁷.

Yürütmenin durdurulması kararının, iptal kararından farkları;

Her iki karar da yargısal bir karardır; uyulması zorunludur. Ayrıca her iki karar da geriye yürür. Ancak aralarında önemli farklar mevcuttur.

- İptal kararı hukuka aykırılığı kesin olarak tespit eder. Oysa yürütmenin durdurulması kararı, yalnızca hukuka aykırılık karinesinden ibaretti; kesin değildir. Yürütmenin durdurulmasında mahkemenin ulaştığı kanı, kesin ve nihai bir kanı değildir; peşin ve olası bir kanıdır.

- İptal kararı uyuşmazlığı çözen, işlemi ortadan kaldıran bir karar iken, yürütmenin durdurulması kararı işlemin yalnızca uygulanmasını askıya alan bir karardır.

- İptal kararı, kural olarak açıklayıcı bir karardır. Oysa yürütmenin durdurulması kararı yapıcı bir karardır.

- İptal kararı, idareye hitap eden bir emir içermez. Yalnızca işlemin iptal olduğunu söylemekle yetinir. Oysa yürütmenin durdurulması kararı bir emir içerir.

Yürütmenin durdurulması kararı, ihtiyati tedbirden de farklıdır. İhtiyati tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı ve/ veya davalının, dava konusu ile ilgili olarak hukuksal durumda oluşabilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte hukuksal korumadır. İhtiyati tedbirin konusu, para alacakları konusu dışında kalan mal, hak ve öteki işlemlerdir. Oysa yürütmenin durdurulmasının konusu, idari işlemlerdir.

- İhtiyati tedbir, dava açılmadan en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise o yer mahkemesinden istenebilir. Oysa yürütmenin durdurulması istemi, ancak dava açıldıktan sonra ve davaya bakan mahkemeden istenebilir.

- İhtiyati tedbir, her türlü önlemi içerirken, yürütmenin durdurulması yalnızca işlemin askıya alınması yönünde gerçekleşir.

- İcra bakımından, ihtiyati tedbir kararı icra dairesince uygulanır, yürütmenin durdurulması kararı ise idare tarafından uygulanır. İhtiyati

¹⁷ **Ragıp**, Sarıca; Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966, s. 3.

tedbir, son karardan sonra, hükmün icrasını sağlamak için, devam edebilir. Oysa yürütmenin durdurulması kararı, kesin hüküm ile birlikte ortadan kalkar.

B. Hukuki Niteliği

Yürütmenin durdurulması kararının niteliği ile ilgili olarak öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, fer'i ve geçici mahiyeti olan ihtiyati tedbirden ibarettir¹⁸. Bir başka görüşe göre, işlemin uygulanmasını erteleyen koruyucu tedbir niteliğindeki ara kararlardır¹⁹. Bu iki görüş dışında, idare hukukuna özgü bir yargı kararı olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır²⁰.

Ara kararlar ile taraflardan birinin yararına oluşan kazanılmış hak, mahkemeleri bağlar. Oysa yürütmenin durdurulması kararı davacı yararına bir kazanılmış hak oluşturmaz. Örneğin zamanaşımı def'i'nin bir ara kararla reddinden sonra, usuli kazanılmış hak doğduğu kabul edildiği için sonradan davanın zamanaşımı nedeniyle reddine gidilemez. Oysa yürütmenin durdurulmasına karar veren mahkeme, daha sonra işlemi iptal etmeyerek davanın reddine karar verebilir.

Mahkeme istem üzerine yürütmenin durdurulmasına karar verebilir. Oysa ara kararlar için isteme gerek yoktur. Mahkeme re'sen ara karar alabilir.

Genel kabul gören görüşe göre, yürütmenin durdurulması kararı, hüküm öncesi verilen bir karar olsa da teknik anlamda bir ara karar değildir. Çünkü bu karar, davanın ilerlemesine yönelik değil, hukuka aykırılığı konusunda kuşku olan bir idari işlemin, ilerde giderilmesi güç veya olanaksız zarar çıkmasını önlemek için, işlemin yürürlüğünün askıya alınmasını sağlayan, davanın esasına etkisi olmayan idari yargıya özgü bir yargısal karardır.

Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin 13.3.1964 gün ve E. 1963/162; K: 1964/19 sayılı kararında; yürütmenin durdurulmasının "*ihtiyati*

¹⁸ Onar, s. 1971.

¹⁹ Gözübüyük, s. 405.

²⁰ Sami, Akural; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, Ankara 1976, s. 122.

tedbir niteliğinde istisnai bir usul hükmü” olduğu²¹ belirtilmiş, 21.6. 1979 gün ve E .1979/1, K. 1979/30 sayılı kararında ise “yürütmenin durdurulmasına, ancak bir iptal davası açıldıktan sonra ve Mahkemece gerekli görülen durumlarda karar verilebileceğine ve yürütmeyi durduran kararın kazanılmış hak doğurmayan, her zaman kaldırılıp değiştirilebilen bir karar niteliğinde olduğunda kuşku bulunmadığına göre, yürütmenin durdurulması hakkı.... yargılama yönteminin öteki müesseseleri gibi, gerekliliğini yasa koyucunun takdir edeceği, dava hakkına göre ikincil nitelikte tali bir haktır” sonucuna varmıştır²².

Yürütmenin durdurulması, geçici bir önlemdir. Çünkü yürütmenin durdurulması, idari işlemin uygulanmasını en geç dava sonuna kadar ertelemektedir. Davanın sonuçlanması ile birlikte yürütmenin durdurulması önlemi ortadan kalkar. Çünkü dava kabul edilmişse işlem geçmişe işlem geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve hukuk düzeninde ortadan kalkan bir işlemde yürütmenin durdurulması söz konusu olamaz. Dava reddedilmişse yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden ortadan kalkar.

C. Yürütmenin Durdurulmasının Koşulları

1. Öze İlişkin Koşullar

Dava konusu idari işlemin yürütülmesi halinde telafisi güç veya imkânsız bir zarar olması ve işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde mahkeme yürütmenin durdurulmasına karar verir. Bu karar dava sonuçlanıncaya kadar etkisini sürdürür.

2577 s. İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 27/2’de, Danıştay’ın veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilecekleri hükme bağlanmıştır. Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinde hukuka aykırılığın tespit edildiği durumlarda telafisi güç veya imkansız zarar kavramının dava dosyasının durumuna göre değerlendirildiği söylenebilir.

²¹ Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı: 2, 1965, s. 71.

²² Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı: 17, 1980, s. 239.

Uygulamada kimi kez telafisi imkansız veya güç zararın gerçekleştiğinin tespit edildiği durumlarda da işlemin açıkça hukuka aykırı olup olmadığı araştırılmamaktadır. Olması gereken önceki mevzuat döneminde olduğu gibi bu iki koşuldun birisinin mevcudiyeti halinde yürütmenin durdurulması kararı verilmesidir. Diğer taraftan belirtelim ki, mahkemece yürütülmesinin durdurulması kararının verilmesi her zaman ve mutlaka işlemin iptal edileceği anlamına gelmez. İşlemin yürütülmesi durdurulmuş olsa bile esasta davanın ret ile sonuçlanması da muhtemeldir.

- Telafisi Güç veya İmkansız Zarar Doğması Şartı

İdari yargı mercii, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğma ihtimalinin bulunup bulunmadığını, dava konusu işlemin davacının hukuki statüsünde meydana getireceği olumsuz değişiklikleri, bu değişikliklerin sonuçlarını araştırarak belirlemektedir.

Normal, makûl, ortalama bir kişinin günlük hayat tecrübelerine göre anlayabileceği türden bir hukuka aykırılık mı yoksa hakimin mesleki bilgi ve deneyimine dayanarak ilk bakışta anlayabileceği hukuka aykırılık türüne “açıkça hukuka aykırılık” denilebilir? Kanımızca normal, makûl, ortalama bir kişinin günlük hayat tecrübelerine göre anlayabileceği türden bir hukuka aykırılık açıkça hukuka aykırılıktır.

Öte yandan hakimin yürütmenin durdurulmasına ilişkin verdiği karar kanımızca “ihzas-ı rey” değildir.

Hangi hallerde telafisi imkansız zararının doğacağıın takdiri son tahlilde yargı yerine aittir.

Zarar; maddi veya manevi nitelikte olabilir. İşlemin uygulanması halinde, muhatabın maddi veya manevi yönden zor durumda kalması ve bu zor durumun tahammül edilmesi güç ağırlıkta olması kanunun kabul ettiği giderilmesi güç veya imkansız zarar deyiminin objektif niteliğini belirler.

Kişilerin, kendileri açısından uğradıkları zararları giderilmesi güç olarak görmeleri doğaldır. Zararın güç ve imkansız zarar niteliği objektif olmalıdır. Yani herkes için aynı anlama gelebilecek vasıfta giderilmesi güç veya imkansız zarar söz konusu olmalıdır.

İdari yargı yeri, davacının uğradığı zararın giderilmesi güç veya imkansız olup olmadığı noktasında araştırmayı re'sen yapmalıdır. Uygulamada

idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğacağı sonucuna varıldığında, işlemin hukuka aykırılık şartı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın kimi kez işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilebilmektedir. Yıkım, tahliye gibi işlemlerin uygulanmasının telafisi güç veya imkansız nitelik taşıdığı söylenebilir.

- Açıkça Hukuka Aykırılık Şartı

Yürütmenin durdurulması kararı için öngörülen “açıkça hukuka aykırılık”, esasa ilişkin kararlar için gereken hukuka aykırılık olarak algılanmalıdır. Kanuni ifadenin ulaşılmak istenen amacı ifade etmekte başarısız olduğu söylenebilir. Burada anlatılmak istenen dava dilekçesi ve eklerinin yüzeysel olarak incelenmesi ile hemen anlaşılabilen, derin hukuk bilgisi gerektirmeyen hukuka aykırılıktır.

Özay, yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için sokaktaki sağduyulu bir insanın sezinleyebileceği kadar hukuka aykırılık kokusunun yeterli olduğu kanısındadır²³. Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan hukuka aykırılık mevzuata aykırılığı kapsayan daha geniş ve daha genel bir kavram olup eşitlik, hak ve nesafet kurallarını da içine alan bir kavram olduğu da ifade edilmiştir²⁴.

İdari işlemin açıkça hukuka aykırı olması, katıldığımız görüşe göre hakimnin özel bir araştırma yapmaksızın, ilk bakışta anlayabileceği türden bir hukuka aykırılıktır. Ancak eğer idari işlemin kesin olarak hukuka aykırı olduğu saptanmışsa verilecek karar yürütmenin durdurulması kararı değil, iptal kararı olmalıdır.

Açıkça hukuka aykırılığın dava dilekçesinden anlaşılması zor olduğundan şayet işlemin uygulanması halinde davacının giderilmesi güç zararları doğacaksa açıkça hukuka aykırılık şartı aranmadan işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilebilmektedir. Yine işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunun anlaşıldığı durumlarda da bu açıkça aykırılığın giderilmesi güç zararlara da yol açabileceği kabul edilerek işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilebilmektedir.

²³ Özay, İl Han; Yargısal Korunma, İstanbul 2001, s. 65.

²⁴ Özay, s. 65.

Uygulamada savunma alınıncaya kadar da yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmektedir. Kanımızca bunun yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Savunma geldikten sonra mahkeme durumu değerlendirerek tekrar yürütmenin durdurulmasına veya kaldırılmasına karar verebilmektedir.

Sorunun çözümü açısından ya açık yasal düzenleme yapılması veya idari yargı reformu yoluyla Fransız idari yargı sisteminde olduğu gibi bazı davalar için seri muhakeme usulü getirilmesi üzerinde düşünülebilir.

- Koşulların Birlikteliği

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için yukarıda yer verilen iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanun koyucu iki şartın birlikte gerçekleşmesi koşulunu araması yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini zorlaştırma eğiliminde olduğunu göstermektedir. Ancak hukuk devleti ilkesi gereği idarenin tüm işlemlerinin yargısal denetime tâbi olmasının ve işleme dava açılmasının işlemin yürütmesini durdurmadığı göz önüne alındığında bu iki koşulun birlikte gerçekleşmesi şartının aranması kişilerin yargısal korunmasını güçleştiren bir sonuç doğurmaktadır.

- Kararların Gerekçeli Olması

İdari yargı yeri her iki koşulun bir arada gerçekleştiği kanısına varırsa gerekçe göstermek suretiyle yürütmenin durdurulması kararı verir. Dolayısıyla istemin kabulüne ve hatta kanımızca reddine ilişkin kararlar gerekçeli olmalıdır. Gerekçenin belirtilmesi özellikle karara yapılacak itiraz bakımından önemlidir.

2. Yönteme İlişkin Koşullar

- Açılmış Bir Dava Bulunmalıdır

Yürütmenin durdurulması kararı ancak açılan bir iptal davasında istenebilir. Yürütmenin durdurulması dava açılırken istenebileceği gibi dava açıldıktan sonra da istenebilir. Dava açılmadan yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamaz. Yürütmenin durdurulması, daha başlangıçta ve en eken dava dilekçesinde istenebileceği gibi, dava açıldıktan sonra da son karara kadar istenebilir.

- Yürütmenin Durdurulması Talep Üzerine Verilir.

Yürütmenin durdurulması kararları istem üzerine verilir. İdari yargı yerler kediliğinden yürütmenin durdurulmasına karar veremez. Bunun için davacı tarafından yapılmış bir talepte bulunulması gerekir. Yürütmenin durdurulması talebi bizzat davacı tarafından veya vekili tarafından yapılmalıdır. Davaya müdahil olarak katılan kimsenin böyle bir talepte bulunması mümkün değildir. Yürütmenin durdurulması talebinde bulunan kişi yürütmenin durdurulması hakkında bir karar verilmediği sürece bu talebinden vereceği bir dilekçe ile vazgeçebilir. Yürütmenin durdurulması talebi reddedilen kişinin ikinci kez veya daha fazla yürütme talebinde bulunmasına herhangi bir engel yoktur.

Yürütmenin durdurulması ancak idari işlemlere karşı istenebilir ve yine ancak iptal davasında yürütmenin durdurulması istenebilir. Dava açılmadan istenemez. En erken dava dilekçesi ile birlikte istenebilir. Yürütmenin durdurulması talebi ret edilse bile yeni koşullar ortaya çıkmış ise tekrar yürütmenin durdurulması talep edilebilir. Yürütmenin durdurulması kararı talep üzerine ve gerekçeli olarak verilir. Yürütmenin durdurulması kararı verilen dosyalar öncelikle incelenir. İdare yürütmenin durdurulmasını isteyen taraftan teminat isteyebilir. Ancak idareden ve adli yardımdan faydalananlardan teminat istenmez. Vergi uyuşmazlıklarından doğan davalarda davanın açılması ile yürütme kendiliğinden durur. (İYUK md. 27/3)

Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklardan doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Ancak, 26 ncı maddenin 3 üncü fıkrasına göre işlemde kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam eder. Bu şekilde işlemde kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazi kayıtlarla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemini durdurmaz. Bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebilir.

Temyiz aşamasında verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın düzeltilmesi yoluna gidilemez²⁵.

²⁵ D.8D., E.85/461, K. 86/39, DD., S. 64-65, s. 359-360.

İdari işleme karşı açılan iptal davasında, İYUK md. 20 gereğince tebliğ tarihinden itibaren otuz gün süre vermek suretiyle idare mahkemeleri yürütmenin durdurulması kararı vermeden önce genellikle dava konusu işlemin sebebi açıklığa kavuşturularak bunun dayanağını oluşturan her türlü bilgi ve belgenin bulunduğu işlem dosyasının dizi pusulasına bağlanmış şekliyle ve yürütmenin durdurulması isteminin bu ara kararına cevap ve davalı idarenin birinci savunması alındıktan veya cevap ve yasal savunma süreleri geçtikten sonra incelenmesi yönünde karar verebildiği de görülmektedir. Esasen uygulamadaki bu yaklaşım yasada yer almamaktadır.

Yürütmenin durdurulması²⁶ istemli davalarda tebligat ve cevap verme süreleri kısaltılabileceği gibi, tebliğin memur eliyle yapılmasına da karar verilebilir.

- Yürütmenin Durdurulması Kararı Verilemeyecek Durumlar

- * İptal davasına konu edilemeyecek işlemler için yürütmenin durdurulması istenemez.
- * İdarenin kendi iç düzeni ile ilgili işlemler
- * Hazırlık işlemleri
- * Görüş bildiren işlemler
- * Askeri ve adli yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar için yürütmenin durdurulması istenemez.
- * Yoklukla sakat işlemler için yürütmenin durdurulması istenemez.
- * Yargı denetimi dışında tutulan işlemler için yürütmenin durdurulması istenemez.
- Yürütmenin durdurulması kararı verilen **dava dosyaları öncelikle incelenir ve karara bağlanır (İYUK md.27/8).**
- **İvedilik Konusunda İdari Yargılama Usulü Kanunundaki Diğer Düzenlemeler**

²⁶ Bilgi için bkz. Aslan, Zehreddin; İdarî Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, 2.b., İstanbul 2001.

İvedilik ve Dosyaların incelenmesi:

Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde dosyalar, bu Kanun ve diğer kanunlarda belirtilen öncelik veya ivedilik durumları ile Danıştay için Başkanlar Kurulunca; diğer mahkemeler için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca konu itibariyle tespit edilip Resmi Gazete’de ilan edilecek öncelikli işler göz önünde bulundurulmak suretiyle geliş tarihlerine göre incelenir ve tekemmül ettikleri sıra dahilinde bir karara bağlanır. Bunların dışında kalan dosyalar ise tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır (İYUK md. 16/5).

İvedilik ve Bağlantılı Davalar

Gerek Danıştay’da (md. 39), gerekse Bölge İdare Mahkemelerinde bağlantılı dava dosyaları öncelikle ve ivedilikle inceler ve karar verilir.

İvedilik ve Delillerin Tespiti

Delillerin tespiti istemi, ivedilikle karara bağlanır (İYUK md. 58/3).

➤ **Süre ve Görevli Yargı Yeri:** Kamu İhale Kurumunun bu kararlarına yönelik olarak istekliler tarafından, 4734 sayılı Kanunun 65. maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde, Ankara İdare Mahkemelerinde dava açılabilmektedir.

- Belirtelim ki, **tebligat konusunda Anayasa Mahkemesi, Ankara 6. İdare Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla Kamu İhale Kurumuna yapılan “itirazın şikayet” başvurusunun “süre aşımı nedeniyle reddine” ilişkin işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, itiraz konusu düzenlemenin (4734 s. KİK md. 65/4’deki bir kısım hükmün) Anayasa’ya aykırı olduğu kanaati ile kendisine yapılan başvuruyu kabul etmiş ve sözkonusu düzenlemeyi anayasa aykırı bularak iptal etmiştir.**

Buna göre; 20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kanun’un 25. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kuralı da içeren 65. maddesi **Bildirim ve tebligat esaslarına ilişkin MADDE 65 (Değişik madde ve başlığı: 5812-20.11.2008/m.25/Yürürlük/m.35) Aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur:**

a) Tebligatlar idareler veya Kurum tarafından aşağıdaki yöntemler kullanılarak yapılabilir:

- 1) İmza karşılığı elden.
- 2) İadeli taahhütlü mektupla.
- 3) Elektronik ortamda.
- 4) Faksla.

(İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün), yabancı isteklilerde ise ondokuzuncu gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Tebligatın bu tarihten önce muhataba ulaşması halinde ise fiili tebliğ tarihi esas alınır” hükmünde yer alan **“İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün”** ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir²⁷.

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde başlıca şu hususlara vurgu yapmıştır; “...Tebligat, yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kanuna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir. Usulüne uygun işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi gerekir. Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa’da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir.

İtiraz konusu kuralda, kamu idareleri ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligatın, iadeli taahhütlü mektupla yapılması hâlinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılmaktadır. Kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan sebeplerle posta hizmetlerinde yaşanan bir gecikme sonucunda, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılması, ilgililerin kazandıkları ihaleye ilişkin sözleşme yapmaları, Kanun’un 56. maddesi uyarınca ihaleye karşı itirazın şikayette bulunabilmeleri veya ihaleye karşı adli ya da idari makamlar nezdinde dava açabilmeleri gibi bazı

²⁷ AY. Mah., T. 27.09.2012, E. 2012/20, K. 2012/132 (RG., T. 02.08.2013, S. 28726).

hakların kullanılmamasına neden olacağı açıktır. Bir başka ifadeyle, ulaşmayan bir tebligat nedeniyle muhatabının Kamu İhale Kurumuna süresinde başvuru yapamaması, başvuru yapmış olsa dahi bu başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilecek olması ve bu konuda açılacak bir davanın da yargı mercileri tarafından reddedilecek olması sonucunu doğuracaktır. Bu durum tebligatın muhatabının, kendisine izafe edilemeyen nedenlerle posta hizmetlerinde yaşanan gecikme sonucunda, tebligatın içeriğini ilgilendiren konuların esasına ilişkin iddialarını adli veya idari makamlar önünde hiçbir şekilde ortaya koyamamasına neden olacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kural, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı kişilere yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi kişilerin hak arama özgürlüğünün özünü de zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 13. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 13. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 10. ve 125. maddeleri yönünden incelenmemiştir...".

- Yine Anayasa Mahkemesi benzer gerekçelerle **4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca uhdesinde kalan ihaleye ilişkin sözleşmeyi süresi içerisinde imzalamadığından bahisle 6 ay süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına²⁸ ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuş ve Anayasa Mahkemesi anılan hükmü iptal etmiştir²⁹.**

➤ **Davaların Öncelikle Görüleceği Kuralı:** KİK Kararlarının Yargısal Denetimi; 4734 s. Kamu İhale Kanunu'nun "Yargısal İnceleme" başlıklı 57. maddesinde, "Şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve **BU DAVALAR ÖNCELİKLE** görülür." hükmü yer almaktadır.

➤ **Husumet:** Hasım mevkiinde Kamu İhale Kurumu (KİK) gösterilir. Karar KİK hakkında verilir.

²⁸ Bkz. Sezer, Yasin; Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Ankara 2012.

²⁹ AY. Mah., T. 22.11.2012, E. 2012/132, K. 2012/179 (RG., T. 02.08.2013, S. 28726).

- İPTAL DAVASI AÇILMASI KİK'İN İHALE SÜRECİ İLE İLGİLİ KARARININ UYGULANMASINI DURDURMAZ

Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz (İYUK md. 27/1).

O halde, Ankara İdare Mahkemesinde açılabilir olan, KİK kararlarına karşı dava açılmış olması kararın uygulanmasını durdurmaz.

Dava açma ehliyeti açısından bakıldığında; somut olayda aday, istekli veya istekli olabileceklerdir.

İhale Hukuku bakımından; hakkı ihlal edilen veya edilme tehlikesi olanlar aday, istekli veya istekli olabilecekler şikayet, itirazın şikayet sonrasında idari yargıya gidebilecektir. Şu halde ihale süreci ile ilgili işlemler açısından dava açma ehliyeti yönüyle herkes değil ancak sayılanlardan usule uygun başvurusu bulunan iptal davası açabilecektir.

KİK'İN SAVUNMASI ALINARAK VEYA SAVUNMA SÜRESİNİN GEÇMESİ BEKLENDİKTEN SONRA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI (YD) KARARI VERİLMESİ MÜMKÜNDÜR

(Değişik: 2/7/2012-6352/57 md.) Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin (KİK'in) savunması alındıktan veya savunma süresi (yani 30 gün) geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler (İYUK md. 27/2).

- UYGULANMAKLA ETKİSİ TÜKENECEK İŞLEMLERDE KİK'İN SAVUNMASI ALINMAKSIZIN YD KARARI VERİLEBİLİR.

Uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerin yürütülmesi (örnek [savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere], idarenin (KİK'in) savunması alınmaksızın da durdurulabilir³⁰ (İYUK md. 27/2 c.2).

³⁰ (Ek cümle: 21/2/2014-6526/17 md.) Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerden sayılmaz. (yd kararı vermek için mutlaka savunma almak gerekir).

İhale işlemleri uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerden sayılabilir. Yıkım, sınırdışı gibi işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerdir. KİK tarafından iptal kararı dışında bir karar verilmişse İhale tamamlanınca sözleşme aşamasına geçilecektir.

- İHALE KONUSUNDAKİ YD KARARI GEREKÇELİ OLMAK ZORUNDADIR

Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.

Anayasa md. 138 ve AİHM kararlarında da gerekçe ilkesine önem verilmektedir. Böylelikle “sürpriz karar alma yasağı” sağlanmaktadır.

- KİK'İN SAVUNMASI ALINMADAN YD KARARI VERİLMESİ MÜMKÜNDÜR

Dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin **yerinde olmadığı** anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir (İYUK md. 27/3 (02.7.2012-6352/57 md.))

“**Yerinde olmadığı** anlaşılması”ndan kasıt tereddütsüz açıkça belli olmasıdır.

Bunun dışında kanımızca bu durumda da “re’sen araştırma ilkesi”nin uygulanmasına hukuki bir engel yoktur.

- YÜRÜTMENİN DURDURULMASI TALEPLİ DAVALARDA YARGILAMA SÜRECİNİ HIZLANDIRMAYA İLİŞKİN HÜKÜMLER

- Yürütmenin durdurulması istemli davalarda savunma süresi kısaltılabilir. Tebligat memur eliyle de yapılabilir (İYUK md. 27/5).

- Yürütmenin durdurulması istemli dosyalar öncelikle incelenir ve karara bağlanır(İYUK md. 27/8).

- Yürütmenin durdurulmasına dair verilen kararlar onbeş gün içinde yazılır ve imzalanır (İYUK md. 27/9, (Ek: 2/7/2012 - 6352/57 md.)).

➤ **Davanın İhbarı:** Mahkeme tarafından re'sen veya tarafların istemi üzerine davanın ihbarı davaya bakan mahkemece yapılmalıdır.

➤ **Davaya Müdahale:** Yüklenici, ihaleyi yapan idare ve usulüne uygun olmak şartıyla diğer ilgililer davaya müdahil olabilir (İYUK md. 31).

➤ **Teminat Konusu:** Yürütmenin durdurulması kararları teminat karşılığında verilir; ancak, durumun gereklerine göre teminat aranmayabilir. Taraflar arasında teminata ilişkin olarak çıkan anlaşmazlıklar, yürütmenin durdurulması hakkında karar veren daire, mahkeme veya hâkim tarafından çözümlenir. İdareden ve adli yardımdan faydalanan kimselerden teminat alınmaz. Kamu ihalelerinde teminata önem verilmelidir

➤ **Yürütmenin Durdurulmasını Talep Edebilme Sayısı:** Aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamaz (**Ek: 2/7/2012 - 6352/57 md.**) (İYUK md. 27/10).

➤ **Yürütmenin Durdurulması Kararına Uyulma Zorunluluğu ve Süresi :** Anayasanın md. 138/4'te; yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği, hükme bağlanmıştır.

2577 s. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) md. 27/2'ye göre Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceğinden söz edilmektedir.

İYUK md. 28/1'e göre; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği, emredici olarak belirtilmektedir.

Kamu İhale Kurumu Yürütmenin Durdurulması Kararına İtirazının Sonucunu Bekleyecek mi?

Yürütmenin Durdurulmasına dair yargı kararına itiraz süresi 7 gün ve Ankara Bölge İdare Mahkemesinin de itirazı karara bağlama süresi 7 gün

olduğuna göre toplam bekleme süresi 14 gün olacaktır. Ancak tebligat ve sair olası gecikmeler ve yargı kararlarının hemen ama en geç 30 gün içinde yerine getirilmesi zorunluluğuna da işaret edilmelidir.

Öte yandan Ankara İdare Mahkemesi kararını, Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararı ile kaldırılabilceği de göz önünde alınmalıdır. Bu durumda önemli sonuçları olan ihale kararlarında zik zak yaşanmaması yargıya ve idareye güvenin sarsılmaması gerekir.

Yargı Yerlerinin Yerindelik Yasası

Mahkemece verilen karar, doğrudan doğruya- “ihalenin iptali” veya “yapılan işlemin durdurulması”, “imzalanmış sözleşmenin yürütülmesinin” durdurulması yönünde olamaz (İYUK md. 2/2³¹...yerindelik yasağı)

Kamu İhale Kurulu tarafından alınan düzeltici işlem tesis edilmesine yönelik karar üzerine, ihaleyi yapan idare tarafından belirli bir süre içerisinde işlem tesis edilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun “Kuruma itirazın şikâyet başvurusu” başlıklı 56. maddesi son fıkrasında, bir süre belirlenmesinde bulunulmaksızın, “İdareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır.” hükmüne yer verilmiştir.

D. Yürütmenin Durdurulması Kararlarına İTİRAZ:

Yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itiraz yolu başlangıçta yoktu. Getirilen eleştiriler sonucunda 05.04.1990 tarih ve 3622 s. Kanunla eklenen 12. fıkra ile yürütmenin durdurulması kararlarına itiraz imkânı getirilmiştir.

Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar;

³¹ Hüküm şöyledir “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler”.

- Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına,
- bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine,
- idare ve vergi mahkemeleri ile tek hakim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine,
- çalışmaya ara verme süresi içinde ise idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlara en yakın nöbetçi mahkemeye veya kararı veren hakimin katılmadığı nöbetçi mahkemeye,

kararın tebliğini izleyen günden itibaren **yedı gün içinde bir defaya mahsus** olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler, dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar **kesindir**.

Yürütmenin durdurulması kararlarına karşı temyiz veya itiraz yoluna gidilemez.

III. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARININ İDARELERCE UYGULANMASI

A. Yürütmenin Durdurulması Kararı Gereklerrinin Uygulanması ve Süresi ve Kamu İhale Kurumu'nun Yürütmenin Durdurulması Kararı Sonucu Alabileceği Başlıca Kararlar

Hukuk devleti ilkesi (AY md. 2) ile AY md. 138/4'te yer alan "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır, bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükümleri bağlayıcı ve emredicidir.

Yürütmenin durdurulması kararları da uyulması zorunlu ve herkes için bağlayıcı yargı kararları olup, aynı iptal kararı gibi geçmişe etkili hukuki sonuçlar doğurur.

Yürütmenin durdurulması kararını tebliğ alan KİK, kararın gerekçesini ve durdurulan işlemin niteliğini dikkate alarak yeni bir işlem ve eylem yap-

mak zorundadır³². Yürütmenin durdurulması kararı ile işlem iptal edilmekte, uygulanması askıya alınmaktadır.

İdare, dava konusu işlemi henüz uygulamaya başlamamış ise yürütmenin durdurulması kararı üzerine, bu işlemi uygulamadan vazgeçmek zorundadır. İdare dava konusu işlemi uygulamaya başlamışsa yürütmenin durdurulması kararı üzerine, uygulamayı kesmek ve bu yoldaki işlem ve eylemlerine son vermek zorundadır. İdare, dava konusu yapılan işlemi uygulamayı tamamlamış ise yürütmenin durdurulması kararı üzerine, işlemin yapılmasından önceki durumun geri gelmesini sağlamak zorundadır.

İdarenin yürütmenin durdurulması kararını uygulamaması; yani yürütmenin durdurulması kararının gerekleri doğrultusunda en geç 30 gün içinde işlem tesis etmemesi ya da eylemde bulunmaması halinde, uygulanacak olan yaptırımlar iptal kararının uygulanmaması hali için öngörülen yaptırımların aynıdır. Yürütmenin durdurulması kararının uygulanmaması durumunda tazminat davası açabilmek için iptal davasının sonucunun beklenmesine gerek yoktur.

İptal ve yürütmenin durdurulması kararları etkileri bakımından aynı niteliktedir. Her iki kararda etkileri bakımından geriye yürür ve idari işlemi hiç tesis edilmemiş gibi hukuk alanında ortadan kaldırır. Bu nedenledir ki idarenin de iptal edilen ya da yürütmesi durdurulan idari işlemin hukuk alanında yarattığı tüm sonuçları ortadan kaldırması (etkiyi giderme ödevi) gerekmektedir.

Tam yargı davasındaki karar belli bir miktarı içermiyorsa, idarenin kendiliğinden bu miktarı hesaplayıp davacıya ödemesi gerekir. Örneğin bazı kararlarda; **“davacının yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine”**³³ şeklinde hüküm kurulduğundan, bu miktarın davalı idarece hesaplanması ve davacının icra dairesine başvurusuna gerek kalmadan ödenmesi gerekmektedir.

³² **Altay**, Evren; İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Ank, 2004.

³³ Özellikle kamu görevlilerin açtıkları tam yargı davalarında dava dilekçelerinde belli bir miktarı göstermelerinin zorunlu olmadığı davalarda hüküm fıkraları bu şekilde kurulmaktadır.

Kararın yerine getirilme süresine gelince; Kamu İhale Kurumu; yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre gecikmesizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez³⁴.

B. Kamu İhale Kurumu'nun Yürütmenin Durdurulması Kararı Sonucu Alabileceği Başlıca Kararlar

Kamu İhale Kurumu, idari yargı kararı ile yürütmesinin durdurulmasına karar verilen Kamu İhale Kurulu (KİK) kararı ile ilgili olarak başlıca şu kararları alabilir.

Öncelikle “mahkeme kararı refere edilerek, mahkeme kararına uyulmasına hususu” belirtilmelidir.

Bundan sonra;

- Kararın iptaline,
- Düzeltici işlem olarak belirlenmesine,
- İhale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline,
- iddiaların incelenmesine geçilmesine,
- veya esasın incelenmesine geçilmesine yönelik kararlar alabilir³⁵.

³⁴ Hükmün devamı şöyledir. “(İptal cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/107 K.: 2013/90 sayılı Kararı ile.) (...) (Ek cümleler: 21/2/2014-6526/18 md.) Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir. Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir”.

³⁵ İsmet Zeki, Böke, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Tabi Yapım İşlerinde, İdari Yargı Kararına Dayalı Olarak Düzeltici İşlem Belirlenmesi ve/veya İhale İşlemlerinin İptali Nedeniyle Anahtar Teslim Götürü Bedel Sözleşmenin Tasfiyesi ve Sonuçları”, <http://www.meski.gov.tr/makale.docx>.

C. Kamu İhale Kurumu Kararının İhaleyi Yapan İdarece Yerine Getirilmesi

Bu hüküm uyarınca, idari yargı kararı üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından alınan düzeltici işlem tesis edilmesine veya ihalenin iptaline yönelik karar gereklerinin ihaleyi gerçekleştiren idare tarafından vakit geçirilmeksizin, yapılması gereken iş ve işlemlerin niteliği, yargı kararında belirtilen hükmün uygulanmasına yönelik araştırma yapılması, alınması muhtemel teknik ve hukuki görüşlerin bulunması gibi unsurlar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ve ikincil mevzuatlarda tekliflerin değerlendirilmesi ve işlem sonuçlarının isteklilere bildirilmesine yönelik süreler de göz önünde bulundurularak, işlemlerin gerçekleştirilmesi gereken muhtemel ve makul süre aşılardan yerine getirilmesi gerekmektedir.

Söz konusu idari yargı ve bu idari yargı kararı üzerine alınan Kamu İhale Kurumu kararı üzerine, tekliflerin yeniden değerlendirilmesi gerekirken ise, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 37. maddesi hükümleri doğrultusunda teklifler yeniden değerlendirilmeli, aşırı düşük teklif sorgulaması yapılması gereği ortaya çıkacak ise Kanununun 38. maddesi, ikincil mevzuatlardan olan uygulama yönetmelikleri ve Kamu İhale Genel Tebliği hükümleri ile ihale dokümanlarından olan idari şartname ve tip sözleşme tasarısında yer alan düzenlemelere göre bu sorgulamalar gerçekleştirilmeli, Kanununun 40. maddesi hükümleri doğrultusunda ihale konusu karara bağlanmalı, alınan karar ihale katılan tüm isteklilere tebliğ edilmelidir.

İhaleyi gerçekleştiren idareler tarafından, yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen değerlendirmeler sonucunda; üzerinde ihale bırakılan ve sözleşme imzalanan isteklinin değişmesi ve ihalenin başka bir isteklinin üzerinde kalması durumlarında, Anayasanın az yukarıda zikredilen 138. maddesinin dördüncü fıkrası ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrası amir hükümleri uyarınca, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmelerin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümleri ile genel hükümlere göre "**TASFİYE**" edilmeleri gerektiğinden, idare ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmeye yönelik alınması gerekli olan karar "Sözleşmenin Tasfiyesi" kararı olup, "Sözleşmenin Feshi" kararı olmamalıdır (Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği md. 25.2 "İhalenin Kurul Kararı İle İptalinin Hukuki Sonuçları").

İdari yargı organının ve Kamu İhale Kurulunun yukarıda zikredilen kararı üzerine, idaresi tarafından yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; sözleşme imzalanan isteklinin dışında başka bir isteklinin teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmesi halinde, ileride telafisi mümkün olmayan anlaşmazlıklar ve hukuki sorunların önüne geçilmesi adına, yeni istekli ile sözleşmenin imzalanmasından önce aşağıda ayrıntılı olarak yer alan iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Sözleşme imzalanmazdan önce, idare ve yeni yüklenici tarafından, ilk sözleşme kapsamında yerinde yapılmış tüm iş kalemlerinin ve miktarlarının (ilk yüklenici ile imzalanan sözleşmenin kesin hesabının yapılabilmesi için işlerin ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, işin ilk yüklenicisi tarafından bu imalatların tamamlanmasından, yani işlerin ölçülebilir duruma getirilmesinden ve belli bir aşamaya kadar yapılmasından sonraki süreçte bu tespitin yapılması gerekmektedir) tek tek tespit edilerek bir “Tutanağı” bağlanmasında yarar vardır.

IV. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARININ SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

6098 s. Borçlar Kanunu “Madde 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur” hükmü bulunmaktadır.

4735 s. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu madde 21’de sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih konusu düzenlenmiştir. Buna göre “Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir”.

Bu iki madde açısından bakıldığında; emredici hukuk kuralların aykırılık varsa sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü (B.K. md. 27) gündeme gelmelidir.

Şayet emredici hukuk kuralına aykırılık bulunmuyorsa ikili ayırım yapılabilir. İşin %80'i bitmişse (4735 s. K. 21) m bu oranın yasak fiil ve davranışlarda bile geçerli olduğu kabul edildiği dikkate alındığında sözleşmenin feshine gidilemez. Bu durumda anılan kanun hükmünden gelen “hukuki imkansızlık” nedeniyle yürütmenin durdurulması kararı uygulanamayacağı düşünülebilir.

Ancak işin %80'i bitmemişse ve emredici hukuk kuralına aykırılık da bulunmuyorsa, mahkeme kararı sözleşmenin esaslı değil de, tâli noktalarını etkiliyorsa bu durumda taraflar hukuken eşit durumda olduğu için idare tek başına sözleşmeyi fesh edemeyeceği yönünde bir düşünce akla gelebilir.

Bu durumda; ortada bir mahkeme kararı olduğu ve bu kararın gereklerinin en geç 30 gün içinde idarece yerine getirilmesi gerektiği düşünüldüğünde idarenin mahkeme kararındaki gerekçelere uygun şekilde hareket etmesi gerekiyorsa sözleşmeyi fesh edip, tazminat ödemesi gerektiği kanısındayız. Bu noktada yürütmenin durdurulması kararı geçmişe etkili olduğu için

bu yargı kararına konu olan işlem ve sonrasındaki işlemlerin yeniden yapılması gerekeceği düşünülebilir.

V. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARININ UYGULANMAMASI HALLERİ

Kast olsun olmasın mahkeme kararlarının KİK tarafından yerine getirilmemesi durumunda KİK üyelerine değil, Kuruma karşı tam yargı davası açılabilir.

KİK ihale ile ilgili karar veremez (yerindelik yasağı). KİK verebileceği kararlardan diğer iki ihtimale göre karar verebilir.

KİK kararı üzerine ihaleyi yapan idare, KİK kararı doğrultusunda, ivedilikle bir karar alacaktır. Ama bunun için açık bir süre belirtilmemiştir. Bu durum bir eksiklik oluşturmaktadır.

- Kararın Hiç Uygulanmaması

Bu halde idare, iptal yada yürütmenin durdurulması kararının icabını yerine getirmek için hiç harekete geçmez yada karara rağmen işlemin icrasına devam ederek idari yargı kararını hiç uygulamamış olur.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bir kararında yargı kararının otuz gün içinde uygulanmaması hali bir idari işlem olarak kabul edilmiştir³⁶. Bu karara katılmamaktayız. Çünkü idarenin yargısal kararı uygulamaması halinde her defasında idareye başvurup karar uygulansın diye uyuşmazlık çıkartılması hem anayasa ve kanun koyucunun amacına uygun değildir, hem de gereksiz yargısal iş yüküne sebep olabilecek niteliktedir. Nitekim bundan sonra İYUK md. 28'de değişiklik ... yargı reformu ile yapılmış ve davacının belirleyeceği hesap numarasına paranın yatırılacağı öngörülmüştür.

³⁶ "...30 günün bittiği tarihte yargı kararının uygulanmaması yolunda bir idari işlem oluştuğunun kabulü, yargı kararlarının gereklerine göre işlem tesisini zorunlu kılan 2577 sayılı Yasanın 28. maddesinin amacına uygun olacaktır. Bu nedenle, olayda olduğu gibi, idareye herhangi bir başvuru yapılmaksızın ve idarece de herhangi bir işlem tesis edilmeksizin, 2577 sayılı Yasanın 28. maddesinde öngörülen 30 günlük sürenin bitimi ile birlikte, yargı kararının uygulanmaması yolunda işlem tesis edildiği kabul edilerek açılan iptal davalarının esasının incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır..." (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 7.4.2011 gün ve 2007/557 E., 2011/212 K. sayılı kararı).

- Yürütmenin Durdurulması Kararının Geç Uygulanması

Anayasamızın 138. maddesinde idarelerin mahkeme kararlarının yerine getirilmesini geciktiremeyeceği emredici bir hüküm olarak düzenlenmiştir. 2577 s. İdari Yargılama Usulü Kanununun md. 28/1’de de idarelerin kararların icaplarını yerine getirmek için gecikmeksizin işlem tesis etmesi yada eylemde bulunması gerektiği belirtilmiş, bu sürenin hiç bir şekilde kararın idareye tebliğinden itibaren 30 günü geçmeyeceği düzenlenmiştir.

İdare yürütmenin durdurulması kararını derhal yerine getirmek için harekete geçmelidir. Makul bir mazereti olmadan bu kararın uygulanması için otuzuncu günün sonuna kadar bekleme hakkına sahip değildir³⁷.

30 günlük süre kararı yerine getirmek için bazı işlemlerin tesisi için ya da bir takım eylemlerde bulunabilmek için idareye zaman gerektiği hallerde kanun tarafından tanınmış maksimum süredir. Bu süre geçirildikten sonra karar uygulanmış olsa bile idarenin kararın geç uygulanmasından ötürü tazmin sorumluluğu doğar.

- Kararın Eksik ya da Gereği Gibi Uygulanmaması

İdarece yürütmenin durdurulması kararının tamamen uygulandığının kabulü için gereken her türlü idari tasarrufun yapılmadığı, yargı kararından elde edilecek tüm faydanın sağlanamadığı durumları ifade eder. Bu durumda mahkeme, idare tarafından kararın uygulanması amacıyla yapıldığı iddia edilen işlem ya da eylemin, kararın gereklerini tam olarak karşılayıp karşılamadığını araştıracaktır³⁸.

Mahkeme dava dilekçesindeki taleple bağlı olduğundan ancak hüküm fıkrasında dava konusu işlemi iptal etmiş ancak talep edilmediğinden yoksun kalınan parasal hakların tazminine karar vermemiştir. Olağan olan idarenin yoksun kalınan parasal hakları da davacıya ödemesidir. Fakat idareler genellikle hüküm fıkrasında böyle bir ibare yer almadığından ödeme yapmaktadırlar³⁹. İptal davası üzerine tam yargı davası açmak mümkündür (İYUK md. 12).

³⁷ **Erdem**, İptal Kararlarının Uygulanmaması ve Bundan Doğan Tazminat Davaları, s. 51.

³⁸ **Erdem**, s. 52-53.

³⁹ Bu durumun istisnası; eğer idareye parasal haklarının tazmini için başvurulmuş ve bu başvurunun reddi üzerine iptal davası açılmış ise bu durumda iptal kararı üzerine idarenin yoksun kalınan parasal hakları davacıya ödemesi gerekir.

- Yürütmenin Durdurulması Kararının Şeklen Uygulanması

Bununla yargı kararına uygun işlem tesis edildikten hemen sonra yeni bir işlemle yargı kararı ile sağlanan hukuki durumun ortadan kaldırılması anlaşılır⁴⁰.

İdarenin yargı kararının gereğini yapma görüntüsü ardında, aslında sadece kararı uygulamamadan kaynaklanabilecek yaptırımlarından kurtulmak amacıyla, şeklen kararın uygulanmasına yönelik işlem veya eylem yapmasıdır. Bu durumda yürütmenin durdurulması kararının uygulanması bir perde işlevinden öteye geçememektedir⁴¹.

- Yürütmenin Durdurulması Kararının Hukuki ve Fiili İmkansızlık

Uygulamada ve öğretide kabul edildiği gibi yargı kararlarının gerekçesine uygun olarak uygulanması olmasına karşın kimi bazı özel durumlarda bu kararların uygulanması hukuken ya da fiilen imkansız olabilir, imkansızlık durumunun var olup olmadığı, her somut olayın özelliğine göre kendi içinde değerlendirilmelidir⁴². Hukuki imkânsızlık durumunda, iptal kararının uygulanmasını başka bir hukuki durum engellemektedir⁴³. Yıkım kararına karşı açılan iptal davasında devam ederken binanın yıkılmasından sonra yıkım kararının iptal edilmesi halinde kararın uygulanmasında imkansızlık vardır.

Hukuki ve fiili imkansızlık hallerinde işlemin tesis edildiği tarihten itibaren hukuki ve fiili imkansızlık halinin ortaya çıktığı döneme kadar ki mali hakların ödenmesi gerekir.

VI. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARININ UYGULANMAMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK

Danıştay'ın 1940'lı yıllardan beri oturmuş içtihatlarında yargı kararlarının idarece geciktirilmesi ya da uygulanmaması halleri ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir.

⁴⁰ Güçlü, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, s. 186.

⁴¹ Erdem, 5.4.

⁴² Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, s. 193.

⁴³ Uler, İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları, AÜHF, No. 281, Ankara 1970, s. 99.

Davacının maddi ve manevi zararını karşılamış olması, mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

- Tazminat Hukuku Yönünden

2014 yılında yapılan değişiklikle (Değişik: 21/2/2014-6526/18 md.) Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir (İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 28/4).

- Maddi-Manevi Tazminat ve Faiz Bakımından

Yargı kararının yerine getirilmesi halinde davacının kavuşacağı maddi haklar, kararın uygulanmaması nedeniyle uğranılan maddi kayıplar, bunların faizleri ve diğer ferileri maddi tazminat kapsamında değerlendirilerek tam yargı davasına konu edilebilecektir⁴⁴.

Manevi tazminat ise kişinin hukuka aykırı bir eylem nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabı karşılamaya çalışan bir tazminattır. Genel anlamda ki manevi tazminat davaları ile yargı kararlarının uygulanmamasından kaynaklanan manevi tazminat davaları aynı nitelikte olmayıp, hukuk devletine olan güvenin sarsılması sözkonusudur.

Faiz bakımından ise artık manevi tazminatta faiz işletilmektedir. Faizin başlangıcı açısından dava tarihi değil, zarara sebep olan hukuka aykırı işlem/eylem tarihinin esas alınması gerekeceği kanısındayız.

- Süre Bakımından

Danıştay 4.Dairesi; bir mahkeme kararının uygulanmamasının bir idari işlem yada eylem olarak kabul edilemeyeceği, bu sebeple açılan davalarda Kanundaki idari işlem veya eylemlere dair süreye ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı, mahkemelerin iptal kararlarının yerine getirilmesi için mevzuatımızda bir süre öngörülmediği, idarenin mahkeme kararlarını yerine getirmekten kaçınması veya icrada gecikmesi yolundaki davranışının süregelen bir tutumu ifade ettiği, mahkeme kararının zamanın geçmesi ile önemini ve etkisini kaybetmeyeceği, bu halin doğurduğu zararların talep ve dava edil-

⁴⁴ **Güçlü**, s. 192.

mesinin bir süreyle sınırlanmasının mümkün olmadığı, eğer ilgili idareye başvurarak kararın yerine getirilmesini ve bu nedenle doğan zararın tazmini istemişse bu başvuru tarihinin dava açma süresinin başlangıcına esas olacağını kabul etmiş, herhangi bir süre öngörmemiştir⁴⁵.

Danıştay 8. Dairesi (ve sonra 6. Daire⁴⁶) ise; kararın yerine getirilmesinden kaynaklanan zararın idareden talebi için 10 yıllık genel zaman- aşımı süresini kabul etmiştir; "... 2577 sayılı Yasanın 28. maddesinde yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında bir süre öngörülmediğine göre, genel olarak ilamların yerine getirilmesi için uygulanan 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde kararın yerine getirilmesinden doğan zararın ödenmesi için yapılacak bir başvurunun reddi üzerine 2577 sayılı Yasanın 7.maddesinde öngörülen genel idari dava açma süresi içerisinde tazminat davası açılması gerekmektedir..."⁴⁷. Ancak mahkemelerin iptal kararlarının yerine getirilmesi için mevzuatımızda bir süre öngörülmemiştir.

- Ceza Hukuku Yönünden

Yürütmenin durdurulması kararlarının kasten gereği gibi ya da hiç uygulanmaması ya da şekli uygulanması TCK hükümlerine göre suçtur. Bu bağlamda en başta; görevi kötüye kullanma suçundan (TCK md. 257) söz edilmelidir. Bu durumda öncelikle 4483 sayılı Yasa uyarınca kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmesi gerekmektedir.

⁴⁵ Danıştay 4. Dairesinin 13.4.1995 tarih ve 1994/3382 E., 1995/1690 K. sayılı kararı.

⁴⁶ "...lehine hüküm verilen ilgili, ilamın kendisine tebliğinden itibaren 10 yıl içinde idareye başvurarak ilam gereklerinin yerine getirilmesini isteyebileceği gibi, 2577 sayılı Yasanın 28.maddesi hükmü uyarınca kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde mahkeme kararı gereğini yerine getirmeyen idareye karşı sonraki 60 gün içinde iptal kararına göre işlem yapılmaması nedeniyle uğradığı zararın tazmini istemiyle dava açılabilceğinin de kabulü gerekmektedir. 10 yıllık süre idareye başvuru süresi olup dava açma süresi değildir. Dolayısıyla başvurmadan sonraki durumu, 2577 sayılı Yasanın 10. ve 7.maddeleri kapsamında değerlendirmek gerekmektedir..." Danıştay 6. Dairesinin 4.11.2011 tarihli ve 2009/3446 E., 2011/4308 K. sayılı kararı (yayımlanmamış).

⁴⁷ Danıştay 8. Dairesinin 8.11.2010 tarih ve 2010/5232 E., 2010/5918 K. sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

- Disiplin Hukuku Yönünden

Görevi ihmal etme veya kötüye kullanma memurun kurum düzenini bozan davranış niteliğindedir. Bu nedenle memurun disiplin sorumluluğu doğar. Disiplin sorumluluğu için kast olması zorunlu değildir.

VII. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARINI UYGULAMAYAN KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırlarken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılacağı kabul edilmiştir (AY md. 129/5) (Teminat/Güvence Sistemi)

657 s. Devlet Memurları Kanununun 13.maddesinde ise yukarıda yer verilen Anayasa hükmüne paralel olarak; kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü bu görevleri yerine getiren personele karşı değil ilgili kurum aleyhine karşı dava açacakları hükmü yer almıştır.

A. 2014 Öncesi Durum

İYUK 28. maddenin 4. fıkrası hukukumuzda yukarıda yer verilen hükümlerin tek istisnasıdır. Burada idarenin, kişilere yargı kararlarını uygulamama yönünde bir görev yüklemesinin söz konusu olamayacağı, bu sebeple yargı kararını kasten uygulamayan kamu görevlisinin fiilinin kişisel kusur olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Danıştay kararlarında bu husus zaman zaman vurgulanmıştır; “...*idarenin ağır hizmet kusuru olarak adlandırılan yargı kararını uygulamama eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır. Çünkü bir hukuk devletinde Anayasanın ve yasaların açık hükmüne karşın, (hukuka aykırılığı yargı kararıyla saptanan işlemlerin iptali üzerine) bilinçli olarak sergilenen keyfi bir davranışın idareden kaynaklandığı kabul edilemez...*”⁴⁸

⁴⁸ Danıştay 5. Dairesinin 29.9.2004 tarih ve 2000/3316 E., 2004/3372 sayılı kararı (www.danistay.gov.tr).

Kanun koyucu mahkeme kararını kasten uygulamayan kamu görevlisinin kişisel kusurunu kabul ettiği gibi, ekonomik gücü elbette daha yüksek olan idareyi de yargı kararının uygulanmamasından doğan zarardan müteselsilen sorumlu tutmuştur.

Ancak öğretide; kamu görevlisinin kasıtlı olarak olsa bile yargı kararını uygulamamış olmasının çoğu kez kamu göreviyle tamamen ilgisiz sayılamayacağı, yani kamu görevinden kopmuş olarak kabul edilemeyeceği de ileri sürülmüştür.⁴⁹

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1979 tarihli kararı büyük önem taşır. Bu kararla⁵⁰; yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin tazminatla sorumlu tutulabilmesi için yeterli olduğuna, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin araştırılmasına gerek olmadığı hükme bağlanmıştır.

Davacı hem idare aleyhine idari yargıda dava açabileceği gibi hem de yargı kararını uygulamayan kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açabilir. Ancak adli yargıda açılan dava da kamu görevlisi aleyhine hükmedilen tazminat idari yargıda idare aleyhine hükmedilecek tazminattan mahsup edilebilir.

Aynı zamanda suç teşkil eden yargı kararlarının uygulanmaması hallerinde Bakanların yazılı emirleri dahi ilgililerin tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verilmiş kararı da mevcuttur; “...*yargı kararını uygulamamak kamu görevlisinin kişisel kusurunu oluşturmaktan başka ceza hukuku bakımından da suçtur. Konusu suç teşkil eden bir emir, hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getiren kimse ise sorumluluktan kurtulamaz...Davacının bulunduğu görev itibarıyla atamasının davalı müsteşar tarafından yapılacağında kuşku ve*

⁴⁹ Cüneyt, Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu (Sorumluluk)*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 1989, s. 339; Uler, *İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları*, s. 130.

⁵⁰ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22.10.1979 tarih ve 1978/7 E., 1979/2 K. sayılı kararı.

duraksamaya yer olmamalıdır. Bu durumda müsteşar olan davalının yargı kararının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Bakan'ın görüşüne başvurmasının hukuki geçerliliği bulunmamaktadır...⁵¹

İdarenin yargı kararını uygulamaması halinde ilgiliye ödemek zorunda olduğu tazminatı, kararı uygulamayan kamu görevlisine rücu etmesi anayasal bir zorunluluktur.

Nitekim Danıştay'ın da bu yönde kararlarına rastlanmaktadır; "...***Anayasanın sözü edilen maddesindeki -kendilerine rücu edilmek kaydıyla ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi ifade ettiğinden kuşkuya yer bulunmamaktadır.***

Bu hüküm karşısında, yargı kararını uygulamamak amacıyla davacı hakkında bir işlem kuran ve sorumluluğu bulunan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır...⁵²

B. 2014 Sonrası Durum

Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir. İYUK md. 28/4 (Değişik: 21/2/2014-6526/18 md.). Burada kasten uygulamama ve kişisel kusur olması durumu bakımından bir ayırma gidilmemiştir. Bizce kişisel kusur ve bu bağlamda hizmet içinde kişisel kusur/görev kusuru durumunda yine davalı idare aleyhine dava açılacaktır.⁵³

⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 3.5.2000 gün ve 2000/843 E., 2000/856 K. sayılı kararı.

⁵² Danıştay 5. Dairesinin 29.9.2004 tarih ve 2000/3316 E., 2004/3372 K. sayılı kararı.

⁵³ Hükmedilen parasal miktarların ödenmesi ve faiz durumuna gelince; konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren *davalarda hükmedilen miktar* ile her türlü davalarda hükmedilen *vekalet ücreti* ve *yargılama giderleri*, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada

VIII. ANKARA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖRNEKLER

- “Şikayetçinin İddialarının İncelenmesi Gerekirken Şikayetçinin Değerlendirme Dışı Bırakılması Nedeninin, Tamamlattırılma İmkânı Bulunan Usuli Bir Eksiklik Sonucunda İncelenmemesine Dair Kamu İhale Kurulu Kararının” Hukuka Aykırılığına Dair Karar

Olayda; idareye yapılan şikayet başvurusunun reddedildiğinin 25.7.2008 gününde davacıya tebliğ edildiği, 6.8.2008 gününde kurum kayıtlarına giren dilekçe ile itirazın şikayet başvurusunda bulunulduğu ve henüz sürenin dolmadığı, dolayısıyla davalı idarece itirazın şikayet dilekçesinde belirtilen eksikliğin tamamlattırılması yoluna gitme imkanı olduğu halde bu yola başvurulmadığı görülmüştür.

Bu durumda; 4734 sayılı Yasada yukarıda anılan düzenlemeler uyarınca Kamu İhale Kurulunca, Kamu İhale Kanununun temel ilkeleri olan saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ve kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasının gereği olarak, şikayetçinin iddialarının incelenmesi gerekirken şikayetçinin değerlendirme dışı bırakılması nedeninin, tamamlattırılma imkanı bulunan usuli bir eksiklik sonucunda incelenmemesi sonucunu doğuracak şekilde alınan dava konusu kamu ihale kurulu kararında bu yönden hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davacı itirazının kabulüne, Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen 3.11.2008 gün ve E:2008/1595 sayılı kararın kaldırılmasına, olayda 2577 sayılı Yasanın 27/2 maddesinde öngörülen koşulların bulunması nedeniyle dava konusu işlemin teminat aranmaksızın yürütmesinin durdurulmasına” (Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Y.D. İtiraz No: 2008/4909, <http://kamu-ihale-hukuku.com/>).

belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur (İYUK md. 28/2 (Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 md.)).

Faize gelince; tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez (İYUK md. 28/6. (Değişik: 2/7/2012-6352/58 md.)).

- Şikayet ve İtirazen Şikayet Başvurusunun Sözleşme İmzalanmasına Etkisi Hakkında.

“...Dava dosyasının incelenmesinden; Tunceli Valiliği il özel idaresi Genel Sekreterliği’nce 15.10.2007 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan Tunceli Çemişgezek Entegre Hastane Binası Yapımı İşi” ihalesine katılan davacı şirketin değerlendirme dışı bırakıldığı ihale kararının kendisine tebliğ edildiği 8.11.2007 tarihinden sonra davacı şirket tarafından 12.11.2007 tarihli dilekçeyle ihaleyi yapan idareye 4734 sayılı Yasanın 41. maddesinin 2. fıkrası uyarınca açıklama talebinde bulunduğu, ihaleyi yapan idarece ise değerlendirmeye alınmama gerekçelerinin 21.11.2007 tarihinde davacı şirkete tebliğ ettiği, bu tarihten itibaren ihaleyi yapan idare için 4734 sayılı Yasanın 42. maddesinde Öngörülen sözleşmeye davet ve sözleşme imzalama prosedürünün başlatılması için herhangi bir engel ve bekletici bir süre söz konusu olmadığından 42. maddede öngörülen süreç işletilerek 9 günde 30.11.2007 tarihinde ihale üzerinde kalan istekliyle sözleşme imzalandığı, davacı şirketin ise ihaleyi yapan İdareye sözleşme imzalandıktan sonra 55. madde kapsamında 4.12.2007 tarihinde şikayette bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda; **davacı şirketin uyumsuzluk konusu ihale ile ilgili olarak ihaleyi yapan idare ile ihale üzerinde kalan istekli arasında sözleşme imzalandıktan sonra 4734 sayılı Yasanın 54. maddesi kapsamında ihaleyi yapan idareye yapılan şikayet başvurusunun dikkate alınmayarak reddedilmesinde ve ihaleyi yapan idarenin bu kararına karşı şikayet yoluyla davalı idareye yapılan başvurunun da uygun bulunmayarak reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.**

Açıklanan nedenlerle; **itirazın kabulüne** Ankara 8. İdare Mahkemesinin 13.6.2008 günlü, E.2008-626 sayılı **kararının kaldırılmasına**, olayda 2577 sayılı Yasanın 27/2. maddesinde öngörülen koşullar oluşmadığından **yürütmenin durdurulması isteminin reddine...**” (Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Y.D. İtiraz No: 2008/3736, <http://kamu-ihale-hukuku.com/>).

- İddiaların İncelenmesinde Kurul Tarafından Alınması Gereken Karar Hk.

Kamu İhale Kurulu’nun “iddiaların incelenmesi” kapsamında incelediği ihale dosyalarında saptadığı mevzuata aykırı konuları Yasa’da belir-

tildiği şekilde sonuçlandırarak, Yasa'nın yukarıda sözü edilen 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrasındaki kararlardan birini almak zorunda olduğu sonucuna varılmaktadır. Aksi takdirde, Yasa'da Kurum'a verilen "uygulamayı yönlendirmek" görevinin, Kurum tarafından yerine getirildiğinden söz edilemez.

Bu durumda, Kamu İhale Kurumu'nun 4734 sayılı Kanun'da öngörülen görev ve yetkilerini kullanabilmesi ve Kuruma yüklenen görev ve fonksiyonların etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, ancak, Kurul kararının sonuca etkili olabilmesiyle mümkündür. Dava konusu ihale idarece iptal edildiğinden bahisle karar verilmesine yer olmadığı yolundaki kararlar sonuca etkili kararlar değildir. Dava konusu Kamu ihale Kurulu kararı bu nedenle hukuka ve mevzuata uygun görülmemiştir." gerekçeleriyle **"İtiraz isteminin kabulüne**, Ankara 13. İdare Mahkemesinin 31.08.2007 gün ve E.2007-1911 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin reddine) ilişkin **kararının kaldırılmasına**, açıkça hukuka aykırı olan dava konusu işlemin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesi uyarınca teminat alınmaksızın yürütmesinin durdurulmasına" (Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Y.D. İtiraz No: 2007/4599, <http://kamu-ihale-hukuku.com/>).

- İstekli Tarafından Sunulan İş Deneyim Belge Tutarının Olduğundan Fazla Gösterilmesi Hakkında

"...Davaya konu ihaleye istekli olarak katılan Cerit Güvenlik ve Sosyal Hiz. Ltd. Şti. tarafından ihale esnasında sunulan iş deneyim belgesinde herhangi bir bilgi eksikliğinin bulunmadığı, ancak, şirketin ihale dosyasına sunmuş olduğu Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Müdürlüğünden aldığı 20.07.2006 gün ve 5849 sayılı iş deneyim belgesinin gerçek tutarının 1.499.850,00 YTL olması gerekirken, mevzuata aykırı bir şekilde 1.603.722,00 YTL olarak düzenlenmek suretiyle gerçek değerinden fazla gösterildiğinin ve yanıltıcı bilgiler içermekte olduğunun tespit edilmiş olmasının karşısında, ihaleyi yapan idare tarafından Cerit Güvenlik ve Sosyal Hiz. Ltd. Şti.'nin ihale dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, idarenin 15.01.2007 tarih ve 01 sayılı düzeltici işlem kararı ile bu karar neticesinde alınan 17.01.2007 tarih ve 02 sayılı **ihale komisyon kararında hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmaması karşısında, itirazın şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına karar veril-**

mesi gerekirken, düzeltici işlem olarak belirlenmesi yolundaki Kamu İhale Kurulu kararında hukuka ve mevzuata uygunluk görülmemiştir” (Ankara Bölge İdare Mahkemesi, T. 11.07.2007, No: 2007/2905, <http://kamu-ihale-hukuku.com/>).

- Teknik Personele Ait Taahhünamesinin Sunulmuş Olan İhale İçin Hazırlanmaması Hakkında.

“...her ne kadar, dava konusu ihalede en avantajlı teklifi sunduğundan bahisle ihale üzerinde bırakılan Özimko İnş. ve Tic. Ltd. Şti.’nin ihale sırasında sunmuş olduğu belgeler arasında Teknik Personele Ait Taahhünamesinin de yer aldığı görülmekte ise de, söz konusu taahhünamesinin dava konusu ihale ile ilgili olmadığı, Nazilli-Aydın İçme Suyu İnşaatı Yapım İhalesine yönelik olarak hazırlandığı açık olduğundan adı geçen firmanın eksik olduğu görülen ihtilaf konusu belgesinin tamam olduğu kabul edilerek teklifinin değerlendirmeye alınması sonucu yapılan ihalede, dolayısıyla da bu eksiklikten söz edilerek davacı ortak girişim grubu tarafından yapılan itiraz ve itirazın şikayet başvurularının reddine yönelik işlemlerde hukuki isabet görülmemiştir...”

Açıklanan nedenlerle; **davalı idare itirazının KABULÜNE; Ankara ... İdare Mahkemesi’nin...** sayılı **kararının kaldırılmasına**, ...karar verildi. (Ankara Bölge İdare Mahkemesi, No: 2006/4616, <http://kamu-ihale-hukuku.com/>).

- Teminat Mektubu Geçerlilik Süresi Hakkında.

“...Dava konusu olayda; DSİ Genel Müdürlüğü Proje ve İnşaat Dairesi Başkanlığı’na gerçekleştirilen “Kral Kızı-Dicle Cazibe Sulaması 2. Kısım Planlama Revizyonu ve Proje Yapım İhalesine katılan davacının ihale idari şartnamesinin 25.3. maddesinde teminat mektubu süresinin 31/01/2010 tarihinden önce olmamak üzere belirlenmesinin alt sınır olarak düzenlenmesine karşın ihale dosyasında sunmuş olduğu 07/09/2009 tarih ve 1841/MV0611296 sayılı geçici teminat mektubunun geçerlilik süresinin 15/01/2010 tarihi olduğu bu itibarla davacının teminat mektubunun idari şartnamesinin söz konusu maddesine uygun olmaması karşısında teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak ihale dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığından bu konuda yapmış olduğu itirazın şikayet başvurusunun reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davalı idare itirazının **KABULÜNE**; Ankara ... İdare Mahkemesi'nin 26/01/2010 gün ve E: 2009/1489 sayılı **kararının kaldırılmasına**, 2577 sayılı Yasanın 27. Maddesinin 2. Fıkrasında belirtilen koşullar dava konusu olayda bir arada bulunmadığından, yürütmenin durdurulması isteminin **REDDİNE**, 01/04/2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. (Ankara Bölge İdare Mahkemesi, No: 2010/1418, <http://kamu-ihale-hukuku.com/>).

IX. DANIŞTAY KARARLARINDAN ÖRNEKLER

- **Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvuru Süreleri Beklenilmeksizin Sözleşme Akdedilmesinin Hukuka Aykırı Olduğu Bunu Red Eden Kamu İhale Kurulu Kararının İptali Gerekirken, Davanın Reddi Kararı Veren İdare Mahkemesi Kararında Hukuki İsbet Bulunmadığından Bozulması Gerektiğine Dair Karar**

“...idarenin kayıtlarına 26.08.2004 tarihinde giren dilekçe ile idareye şikâyet başvurusunda bulunulduğu, sözleşmenin ise, idareye yapılan şikâyet başvurusu ile aynı gün 26.08.2004 tarihinde imzalandığı görülmekte olup; bu durumda; davacı şirketler tarafından 15 günlük şikâyet başvurusu süresi içerisinde usulüne uygun yapılan bir şikâyet başvurusunun bulunması karşısında; ihaleyi yapan idare tarafından ihale kararının ilgililere tebliğ tarihi dikkate alınmak suretiyle belirlenen şikâyet süreleri beklenilerek sözleşme imzalanması gerektiğinden, usulüne aykırı olarak imzalanan sözleşme nedeniyle davacılar tarafından yapılan itirazen şikâyet başvurusunun reddi yönünde verilen dava konusu 01.10.2004 tarih ve 2004/UH.Z-1298 sayılı Kamu ihale Kurulu kararında hukuka uyarlık görülmediğinden, dava konusu Kurul kararının iptali gerekirken davanın reddi yolunda hüküm kuran idare Mahkemesi kararının bu kısmında hukukî isbet bulunmamaktadır...bozulmasına” (D. 13.D., E. 2007/4807, K. 2010/7278, <http://kamu-ihale-hukuku.com/>).

- **Şikâyet Başvurusunun Reddine İlişkin Kararın Dava Konusu Edilemeveceğine Dair Karar.**

“...teklifinin değerlendirme dışı bırakılması üzerine şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularında bulunan davacı şirket tarafından, ancak yapılan

itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından alınan nihaî karar dava konusu edilebileceğinden, ihaleyi yapan Adalet Bakanlığı tarafından tesis edilen ve kesin ve yürütülebilir işlem niteliği taşımayan davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemlerin incelenme olanağı bulunmadığından, yukarıda anılan Kanun hükümleri doğrultusunda davanın bu bölümünün incelenmeksizin reddi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle davanın reddi yolunda hüküm kuran İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.” gerekçesi ile “temyiz isteminin kabulüne, Ankara 4. idare Mahkemesi’nin 12.05.2006 tarih ve E:2005/1579, K:2006/1016 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine...” (D. 13.D., E. 2009/3329, K. 2010/7745, <http://kamu-ihale-hukuku.com/>).

X. 2014 İDARİ YARGI REFORMU İLE GETİRİLEN İVEDİ YARGILAMA USULÜ⁵⁴, GELİŞİMİ VE KAMU İHALELERİ

- 2577 s. İYUK md.20/A ile Getirilen İvedi Yargılama Hükümü

Madde 20/A- (Ek: 18/6/2014-6545/18 md.)

1. İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyumsuzluklar hakkında uygulanır:

a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri.

b) Acele kamulaştırma işlemleri.

c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları.

d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri.

e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar.

⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sancakdar**, Oğuz; “İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları”, Danıştay’ın 146. Kuruluş Yıldönümü ve “Danıştay ve İdari Yargı Günü” Etkinlikleri Sempozyumunda Sunulan Bildiri (12 Mayıs 2014).

f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları.

2. İvedi yargılama usulünde:

a) Dava açma süresi otuz gündür.

b) Bu Kanununun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.

c) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.

d) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.

e) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.

f) Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç bir ay içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.

g) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

h) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanununun 48 inci maddesinin bu maddeye aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır.

ı) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi on beş gündür.

i) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.

j) Temyiz istemi en geç iki ay içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır.

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Yasama Dönemi Yasama Yılı 24/4-Sıra Sayısı: 521, Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nda (1/865) İvedi Yargılama Düzenlemesi

(Hükümetin Teklif Ettiği Metin)

İvedi yargılama usulü

MADDE 20/B- 1. İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır:

- a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri.
- b) Acele kamulaştırma işlemleri.
- c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları.

d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri, birlikte Danıştay ilgili dava daireleri kuruluna gönderilir. Aynı kapsamdaki diğer davaların karara bağlanması için Danıştay'ın vereceği karar beklenir.

3. Danıştay'ın ilgili dava daireleri kurulu bu nitelikteki davanın grup dava olup olmadığını inceler. Grup dava olmadığına karar verilen dosya, ilgili temyiz veya itiraz merciine, kararın bir örneği de mahkemesine gönderilir. Davanın, grup dava olduğunun kabulü halinde ise, işin esası hakkında üç ay içinde kesin olarak karar verilir. Bu karara esas toplantıya, uyuşmazlık konusunda görevli dava dairesinin başkanı ve bu dairenin kendi üyeleri arasından seçeceği iki üye de katılır.

4. Danıştay, grup dava kapsamındaki başvurular ile bu başvurular hakkında verdiği kararları elektronik ortamda yayımlar.

5. İdari mahkemeler, grup davaları Danıştay kararı doğrultusunda sonuçlandırır.

Grup davalar nedeniyle ilgili dava daireleri kurulu tarafından verilen karara uygun olarak grup dava kararını veren mahkeme veya diğer mahkemelerce verilen kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulamaz. Ancak karara bağlanan davanın grup dava kapsamında olmadığına ya da grup davaya uygun karar verilmediğine ilişkin iddialarla temyiz veya itiraz yoluna başvurulabilir. Grup davanın esasına ilişkin olmayan itiraz ve temyiz nedenleri saklıdır.”

e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca tesis edilen çevresel etki değerlendirme işlemleri.

f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları.

2. İvedi yargılama usulünde:

a) Bu Kanununun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.

b) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.

c) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren onbeş gün olup, bu süre uzatılamaz. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.

d) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.

e) Bu davalar öncelikle görülür ve dosyanın tekemmülünden itibaren bir ay içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.

f) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

g) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanununun 48 inci maddesinin altıncı ve yedinci fıkrası hükümleri saklıdır.

h) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi yedi gündür.

ı) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir.

Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hallerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.

j) Temyiz istemi iki ay içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır.”

- (Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metin)

MADDE 7- 2577 sayılı Kanuna 20/A maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“İvedi yargılama usulü

MADDE 20/B- 1. İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır:

a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri.

b) Acele kamulaştırma işlemleri.

c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları.

d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri.

e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar.

f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları.

2. İvedi yargılama usulünde:

a) Dava açma süresi otuz gündür.

b) Bu Kanunun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.

c) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.

d) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.

e) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.

f) Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç bir ay içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.

g) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

h) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanunun 48 inci maddesinin altıncı ve yedinci fıkrası hükümleri saklıdır.

ı) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi on beş gündür.

j) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir.

Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hallerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir.

Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.

k) Temyiz istemi en geç iki ay içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır.”

XI. YARGISAL İŞ YÜKÜNÜN AZALTILMASI YÖNÜYLE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN BAZI SORUNLARLA İLGİLİ GÖRÜŞLER

Yapım işleri bakımından uygulama karşılaşılan bazı sorunlarla ilgili belirlemeler aşağıya alınmıştır. Buna göre⁵⁵;

- “...Küçük ve Büyük ölçekli İşlerin aynı süreç ve hukuki düzene tabi kılınmasının işleyişte yarattığı sıkıntılar

4734 sayılı Kanun uygulamalarında küçük ölçekli yapım işleri ile büyük ölçekli yapım işlerinin aynı şablon ve yaklaşım ile değerlendirilmesi sıkıntılara neden olmaktadır.

- Yapım işlerinde ülkemizde müteahhitlik mesleğinin nitelikli hale getirilmesi gerekliliği

İnşaat-taahhüt sektöründe isteyen herkesin hiçbir şart ve nitelik aranmadan inşaat-taahhüt sektöründe faaliyet gösterebilmektedir. Müteahhitlik formasyonunun olmaması, müteahhitlerin belli bir yapıya kavuşturulmuş olmaması büyük bir sıkıntıdır.

⁵⁵ Eren, M. Erdal; 4734 s. “Kamu İhale Kanunu ve Yeni Bir Kanun İhtiyacı”, <http://www.sayder.org.tr/e-dergi-4734-sayili-kamu-ihale-kanunu-ve-yeni-bir-kanun-ihiyaci-9-8.pdf>.

İhaleye girebilmek için gerekli olan “iş deneyim belgeleri”, işin uzmanı olmayanlar tarafından da kolaylıkla edinilebilmektedir. Bu durum, sektörde çok fazla firmanın bulunmasına ve ihalelere girebilmesine yol açtığı gibi, müteahhitliğin mesleki bir yapıya ve saygınlığa sahip olmasını da engellemektedir. Herkesin müteahhitlik yapabiliyor olması inşaat-taahhüt sektöründe yeni bir yapılanmaya, geniş kapsamlı bir düzenleme yapmaya ihtiyaç olduğunu göstermektedir. “İş Deneyim” belgelerinin temininde suiistimalin önlenmesi için tedbirler alınmalı ve bu belgelerin mevzuata uygun bir şekilde kullanımları sağlanmalıdır.

- Yaklaşık Maliyetlere Duyulan Güvensizlik/Aşırı Düşük Teklifler Sorunu

İdarelerin aşırı düşük teklifleri değerlendirme dışı bırakabilmelerini teminen tereddüt etmeden uygulanabilecek net kriterler, hükümler getirilmelidir.

Aşırı düşük teklif sorgulamasının etkin bir şekilde uygulanmadığı bilinmektedir. Yapım işlerinde yaşanan aşırı düşük teklif sorunu, çok ciddi sonuçlara ve başka sorunlara yol açan önemli bir konudur.

Piyasa koşullarından uzak yaklaşık maliyetler aşırı düşük teklif sorgulamalarını çıkmaza sokmakta ve yaklaşık maliyetlere olan güvensizlik gerek ihale komisyonlarını gerekse teklif sahibi isteklileri sıkıntıya düşürmekte, mağdur edebilmektedir.

Bu kapsamda, aşırı düşük teklif sınır değerinin hesaplanma yönteminde yaklaşık maliyetin de yer aldığı dikkate alınarak, kamu kurumlarının yaklaşık maliyet hesaplama yöntemlerinin piyasa koşullarını dikkate alacak şekilde kapsamlı bir güncellemeye tabi tutulması gerektiğine, belli bir geçiş dönemi için sınır değer altındaki aşırı düşük tekliflerin ihale komisyonlarının inisiyatifine bırakılmaksızın değerlendirme dışı bırakılmasının doğru olacağına inanılmaktadır.

Bu konuda Kamu İhale Kurumu, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, ayrıca

yaklaşık maliyeti 8 inci maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değer altında olan tekliflerin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. İhale komisyonu bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemeleri esas alır (06.2.2014-6518/47 md.).

- Ekonomik Açıdan En Uygun Bedelin Belirlenmesi

4734 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasının yanı sıra, fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurların da dikkate alınarak belirlenebilmesi için işveren idarelere esneklik getirilmiştir.

Ancak, özellikle yapım işleri ihalelerinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışı unsurlar da dikkate alınarak belirlenmesi sürecinde ortaya konacak kriterler, nispi ağırlıklar vb hususların çok özenli ve adil, projenin özelliklerine uygun, istekliler arasındaki rekabeti bozmayacak şekilde belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Önemli yapım ihalelerinde (Baraj, büyük sulama, yol işleri vb. teknoloji ve ciddi deneyim gerektiren işlerde) mutlaka "Belli İstekliler Arasında İhale" usulü kullanılarak yarışmanın aynı nitelik, deneyim, organizasyon ve mali güce sahip firmalar arasında gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır.

- İş Deneyim Belgeleri Sorunu

4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde yaşanan en önemli sorunlardan birisi, bir yapım projesini gerçekleştiren müteahhitlik firmasının yanı sıra, söz konusu yapım işinin ifası sırasında işveren kamu kurumunda ve/veya müteahhitlik firmasında görev alan kişilerin de aynı işten Denetleme Belgesi veya Yönetme Belgesi alabilmesi ve bu belgeleri kolaylıkla başka firmalara kullanılabilmeleri olmuştur. Bu durumda, müteahhitlik faaliyetlerinde deneyimsiz olan veya deneyimi bir iş için yeterli olmayan firmalar, gerçek kişilerin belgelerini kullanmak suretiyle ihalelere girebilmiş ve aşırı düşük teklifler vererek işleri yüklenmişlerdir. Projenin gerçekleştirilmesi aşamasında en büyük sorunların bu şekilde üstlenilen işlerde yaşanmakta

olduğu yatırımcı kamu kurumlarının da sürekli ifade etmekte olduğu bir gerçektir.

Yeni düzenleme ile bitmiş işlerle ilgili olarak Denetleme veya Yönetme Belgesi alınabilmesi için işin en az %80'inin denetlenmiş veya yönetilmiş olması zorunluluğu getirilmektedir. Belgelerin edinilmesini zorlaştıran bu düzenlemelerin, gerçek kişilere ait belgelerin kullanımında yaşanan suistimallerin ve sorunların önlenmesi için yararlı olacağı değerlendirilmektedir.

- Benzer İş Grupları

Mevcut mevzuat içerisinde yer alan benzer iş grupları tanımlarının ve gruplamalarının yetersiz olduğu değerlendirilmektedir. İş gruplarının geliştirilerek yenilenmesi gerektiğine inanılmaktadır.

İlke olarak, benzer iş gruplarının, işin gerektirdiği teknik yöntemler/uygulamalar, bilgi ve deneyim birikimleri vb. niteliksel gereksinimler kriteri olarak alınarak oluşturulmasının ihalelerde eşitlik, adalet ve kalite güvencesi sağlayacağı değerlendirilmelidir.

Aksi takdirde, işin ehli olmayan firmaların ihalelere katılması, ihalelerde yoğun aşırı düşük tekliflerle karşılaşılması, işlerin zamanında veya teknik şartnamesine uygun olmadan, düşük kalitede (hatta insan sağlığını tehdit eder seviyede) tamamlanabilmesi gibi mevcut sorunların sürmesi kaçınılmaz olacaktır.

Bu çerçevede, benzer iş grupları oluşturulurken iş türleri arasındaki farklılıklar dikkate alınarak birbirinden çok farklı iş/ihtisas gruplarının bir araya getirilmemesi, birbiriyle nitelik itibarıyla tam uyumlu olmayan işlerin aynı grup içinde yer almaması gerekmektedir.

Farklı alanlardaki deneyimlerin aynı grup altında birleştirilmesi rekabet ilkesini zedelemekte olup, bu şekildeki bir düzenleme ihale edilen işe uygun deneyimi olmayan firmaların veya çok farklı alanda tecrübesi olan firmaların tecrübeleri olmayan işlere teklif verebilmesine olanak sağlamaktadır. Bu durumda yapı kalitesi, kamu kaynaklarının verimli kullanımı, işin süresinde bitirilmesi vb. konularda sorunlar yaşanmaktadır.

- İhale mevzuatının bir yönüyle değil, bütüncül bir sistem içinde diğer mevzuatla birlikte ele alınmalıdır.

Yapılacak mevzuat çalışmasının Kamu İhale Kanunu üzerindeki bazı değişiklikleri ele alan bir çalışma şekliyle değil de, tüm sistemi dikkate alan bir yaklaşımla ele alınmasının yararlı olacağı değerlendirilmektedir...”

Kanun kapsamındaki istisnalar giderek artmaktadır. Bu durum sistem bütünlüğünü bozmaktadır.

- Yapım müteahhitlerine ve kamu idarelerine yardımcı olacak bazı bilgiler⁵⁶ şunlardır;

Teklif mektubunun 1. maddesinde “yukarıda ihale kayıt numarası ve adı yer alan ihaleye ilişkin ihale dokümanını oluşturan tüm belgeler tarafımızdan okunmuş, anlaşılmış ve kabul edilmiştir. Teklif fiyata dahil olduğu belirtilen tüm masraflar ve teklif geçerlilik süresi de dahil olmak üzere ihale dokümanında yer alan tüm düzenlemeleri dikkate alarak teklif verdiğimizizi, dokümanda yer alan yükümlülükleri yerine getirmememiz durumunda uygulanacak yaptırımları kabul ettiğimizi beyan ediyoruz” denildiği için itiraz hakkı kalkacaktır. İhale dokümanındaki aleyhe düzenlemelerin bile varsa kabul edildiği beyan edilmiş olacaktır.

1. İhale ilanlarına dikkat edilmeli, idari ve teknik şartnamenin uyumlu olup olmadığı incelenmelidir. Varsa yanlışlıklara itiraz edilmelidir.

2. İstenecek belgeler Kamu İhale Genel Tebliğinin 30. maddesinde sayılmıştır, buna uyulmazsa hukuki başvuru yolu kullanılabilir.

3. Anahtar teslimi götürü bedel teklif alınarak ihale edilecek yapım işlerinde uygulama projesinin uygun olup olmadığını ve ölçekli olduğu kontrol edilmelidir. 4734 sayılı kamu ihale kanunu tanımlarla ilgili 4. maddesi uygulama projesini aşağıdaki şekilde hüküm altına almıştır. Hiç bir kamu idaresi, uygulama projesi⁵⁷ olmadan anahtar teslimi götürü bedel

⁵⁶ <http://sozersayan.com/?SyfNmb=1>.

⁵⁷ Uygulama projesi; belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği projeye denir. Kesin proje; belli bir yapının onaylanmış ön projesine göre; mümkün olan arazi ve zemin araştırmaları yapılmış olan, yapı elemanlarının ölçülendirilip boyutlandırıldığı, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özelliklerinin belirtildiği projeyi, ifade eder.

teklif almak suretiyle ihaleye çıkamaz demektir (md. 62-c).Uygulama projesi; ölçek alınabilen ölçekli projedir ve işin yapılacak en küçük detayını vermesi gerekir.

4. Malzeme tarifleri teknik şartnamelerde yapılır. Mahal listeleri teknik şartnamelerin içinde bulunur ve uygulama projesinin olmazsa olmazdır. Teknik şartnamelerde metraj verilemez. Malzeme tarifleri ve mahal listeleri olmayan ihalelere sürerinde (3 iş günü) itiraz edilmelidir.

5. Yaklaşık maliyetin ihaleden önce açıklanması suç olduğundan bire bir porsantaj yapılması suçtur.

6. Yapım işleri ihalelerinde 4734 s. KİK md. 10/9'da "idarenin talebi halinde doğruluğu teyit edilmek üzere, tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları ve/veya fotoğrafları" istenebileceğini hüküm altına almıştır. Ancak bu madde doğrultusunda yapım işleri ihalelerinde yapım işinde kullanılacak malzemelere ait katalog, numune ve fotoğraflar istenemez. Çünkü Yapım İşleri Genel Şartnamesininin 15.ci maddesi yapım işinde kullanılacak malzemenin müteahhit tarafından teknik şartnameye uygun olarak seçilmesini ve yapı denetim görevlisi tarafından onaylanmasını öngörmektedir. Ancak yapım işi ihalesinden önce buna itiraz edilmezse bu belgelerin verilmesi gerekir. Vermeyen firmalar değerlendirmeye alınmaz. Çünkü Teklif mektubunun 1. maddesinde tüm ihale dökümanının okunup kabul edildiği hüküm altına alınmaktadır.

7. Anahtar teslimi götürü bedel ile ihaleye çıkılmış bir yapım işi ihalesinde teklifle birlikte, çizim, röleve, uygulama projesi, teknik detay ve her türlü imalat çizimi v.b gibi şeyler istenemez. Çünkü yukarıda bahsettiğimiz 4734 s. KİK md. 4 ve 62-c maddesi buna *imkân vermemektedir*. Anahtar teslimi götürü bedel teklif alınan işler, işin bitmiş hali olan *uygulama proje ile ihale edilmek zorunda olup*, her türlü detay ve uygulamayı idarenin ihale dökümanında vermesi *gerekir*.

SONUÇ

✓ 4734 s. Kamu İhale Kanununda şikayet ve Kamu İhale Kuruluna itirazın şikayet müessesesi kabul edilmiştir. Bu süreç uygulanmazsa idari merci tecavüzü sözkonusu olur ve Ankara İdare Mahkemesi idari mercie

tevdi kararı verir (İYUK md. 15). Oysa 2886 s. Devlet İhale Kanunu bakımından böyle bir mecburi idari itiraz sözkonusu değildir.

✓ İhalenin iptali, esasen idari işlemin “geri alınması” anlamına gelmektedir. Yetki ve usulde paralellik ilkesine göre hareket edilmelidir.

✓ KİK, idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı bir inceleme yapmalıdır.

✓ Süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarında hukuki süreç uzamışsa -usulü uymak şartıyla- pazarlık usulü veya doğrudan temin yönteminde yararlanılabilir. Hukuki süreç bittiğinde somut olaydaki veriler de dikkate alınarak asıl işin sözleşmesi imzalanmalı ve pazarlık usulü ile imzalanmış sözleşme iş eksilişi yoluyla sona erdirilmelidir⁵⁸.

✓ İhalenin iptali çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir. İhale yetkilisi tarafından (kendiliğinden, şikayet üzerine, ihale tarihinden önce, son başvuru tarihinden önce vs.), ihale komisyonu tarafından (yeterli rekabetin sağlanmadığı, dokümanlardaki hata⁵⁹ veya eksiklikler gibi nedenlerle), ihale gününden sonra ihalenin iptali (ihaleyi onaylamayarak), kesinleşen ihale kararından sonra ihalenin iptali (ihale yetkilisince iptali gerektirecek ölçüdeki hukuka aykırılıkların re’sen tespiti gibi). İhale iptal kararı bir şikayet olmaksızın alınmışsa bu karar üzerine idari yargı mercilerine başvurulabilir, KİK’e başvurulamaz. İhalede geçerli teklif kalmamışsa, rekabet oluşmuşsa veya kaynaklar etkili kullanılmıyorsa ihale iptal edilebilir.

✓ İhale süreci sıkı şekil koşullarına tâbi olup, esas itibarıyla idarenin bağlı yetki kurallarına göre hareket etmesi gerekir.

✓ İhale kararı verilmesinin en önemli sonucu idare ile taraflar arasında sözleşme yapma borcu ve yükümlülüğünün doğmasıdır. Sözleşme özel hukuk sözleşmesidir. İyiniyet ilkesi ve sözleşmenin geçerlilik kuralları özel

⁵⁸ 21.01.2010 tarih ve 2010/UH.III-275 sayılı KİK kararı (<http://www.kik.gov.tr>); **Arapgiri**, Murat/**Demirel**, Salim; İhalelerde Hak Arama Yolları, Ank 2013, s. 136.

⁵⁹ *İlan veya davetten önce dokümanda hata veya eksiklikler* tespit edilmişse ihale yetkilisinin kararı ile bu hatalar zeyilname yapılmadan düzeltilebilir. *İlan veya davetten sonraki hatalar* ancak zeyilname ve/veya düzeltme ilanı yapılmalıdır. *İhale gününden sonra dokümandaki hataların* düzeltilmesi mümkün değildir (ibid, 82). Dolayısıyla İdare Hukuku yönüyle sonucu etkileyen şekil sakatlıkları yoksa düzeltme kararı alınabilir. Ancak ihaledeki şekil sakatlıkları sonuca/esasa etkili ise ihale iptal edilmelidir.

hukuk hükümlerine (Borçlar Kanunu, Medeni Kanun) ve hukukun genel ilkelerine göre (Hukuk Devleti md. 2) belirlenir.

✓ Yargısal denetimindeki başlıca sorun alanları şunlardır; ihale komisyonu ve ihale işlem dosyaları, eşik değer/yaklaşık maliyet konusu, ihaleye katılımda yeterlik kuralları, rekabetin korunması, ihaleye katılmayacak olanlarla ilgili konular, şartnameler, ihale ilânları, yasak fiil ve davranışlara uymama, ön yeterlilik dokümanı ile ilgili sorunlar, tekliflerin hazırlanması ve sunulması, tekliflerin geçerlilik süresi, teminat ile ilgili sorunlar, tekliflerin alınması, açılması ve değerlendirilmesi ile ilgili sorunlar, aşırı düşük teklifler ile ilgili sorunlar, bütün tekliflerin reddi ile ilgili sorunlar, ihalenin karara bağlanması ve onaylanması ile ilgili sorunlar, kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi ile ilgili sorunlar, sözleşmeye davet hükmü ile ilgili sorunlar, sözleşmenin yapılmasında isteklinin sorumluluğu ile ilgili sorunlar, bilgi/belgeleri açıklama yasağı ile ilgili sorunlar, tebligat ile ilgili sorunlardır.

✓ Hukukun genel ilkeleri (kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakkaniyet, eşitlik, gibi) Kamu İhale Hukukunda da geçerlidir.

✓ İhale süreci oldukça karmaşık olup, basitleştirilmelidir.

✓ İhalelerdeki süreler oldukça farklı olduğundan yeknesak hale getirilmelidir.

✓ Yürütmenin durdurulması kararının sözleşmeye etkisi konusu oldukça tartışmalıdır. Kanımızca emredici hukuk kuralların aykırılık varsa sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü (B.K. md. 27⁶⁰) gündeme gelmelidir.

Şayet emredici hukuk kuralına aykırılık bulunmuyorsa ikili ayırım yapılabilir. İşin %80'i bitmişse (4735 s. K. md. 21⁶¹) bu oranın yasak fiil ve

⁶⁰ 6098 s. Borçlar Kanunu “Madde 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur” hükmü bulunmaktadır.

⁶¹ 4735 s. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu madde 21’de sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih konusu düzenlenmiştir. Buna göre “Yüklenicinin, ihale

davranışlarda bile geçerli olduğu kabul edildiği dikkate alındığında sözleşmenin feshine gidilemez. Bu durumda anılan kanun hükmünden gelen “hukuki imkansızlık” nedeniyle yürütmenin durdurulması kararı uygulanamayacağı düşünülebilir.

Ancak şayet işin %80’i bitmemişse ve emredici hukuk kuralına aykırılık da bulunmuyorsa, mahkeme kararı sözleşmenin esaslı değil de, tâli noktalarını etkiliyorsa bu durumda taraflar hukuken eşit durumda olduğu için idare tek başına sözleşmeyi fesh edemeyeceği yönünde bir düşünce akla gelebilir.

Bu durumda; ortada bir mahkeme kararı olduğu ve bu kararın gereklerinin en geç 30 gün içinde idarece yerine getirilmesi gerektiği düşünüldüğünde idarenin mahkeme kararındaki gerekçelere uygun şekilde hareket etmesi gerekiyorsa sözleşmeyi fesh edip, tazminat ödemesi gerektiği kanısındayız. Bu noktada yürütmenin durdurulması kararı geçmişe etkili olduğu için bu yargı kararına konu olan işlem ve sonrasındaki işlemlerin yeniden yapılması gerekeceği düşünülebilir.

✓ Tereddütleri ortadan kaldırma bakımından yürütmenin durdurulması ve iptal kararları durumunda bunun sözleşmeye etkisinin açıkça sözleşmede düzenlenmesinde yarar vardır.

sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80’inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

- İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,
- Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,
- Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir”.

✓ İhale mevzuatının bir yönüyle değil, bütüncül bir sistem içinde diğer mevzuatla birlikte ele alınmalıdır. Yapılacak mevzuat çalışmasının Kamu İhale Kanunu üzerindeki bazı değişiklikleri ele alan bir çalışma şekliyle değil de, tüm sistemi dikkate alan bir yaklaşımla ele alınmasının yararlı olacağı değerlendirilmektedir.

✓ Kanun kapsamındaki istisnalar giderek artmaktadır. Bu durum yasal sistem bütünlüğünü bozmaktadır.

Kamu ihalelerine karşı açılacak davaların görülmesinde “adil yargılanma hakkının gerekleri de dikkate alınmak şartıyla ivedi yargılama usulü” getirilmesinin önemli ve yararlı olduğu kanısındayız⁶².

⁶² Bu konuda bkz. **Sancakdar**, Oğuz, “*İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları*”, Danıştay’ın 146. Kuruluş Yıldönümü ve “Danıştay ve İdari Yargı Günü” Etkinlikleri Sempozyumunda Sunulan Bildiri (12 Mayıs 2014).

KAMU İHALELERİNE KATILMADA DAVET YÖNTEMİ

*Prof. Dr. Yasin SEZER**

GİRİŞ

Kamusal kaynaklar, kamu yöneticilerinin kişisel mülkü değildir, tüm toplumunun ortak değeridir. Kamu yöneticileri, kendi mülkiyetlerinde bulunan malları irade serbestisi çerçevesinde dilediği kişilere, dilediği biçimde devretme/kullandırma hakkına sahiptirler. Fakat toplumun ortak değeri olan kamusal kaynakların kullanılmasında idare, dilediği gibi davranmaz. Bu kaynakların etkin ve verimli biçimde kullanılması sağlamak için birçok ilke benimsenmiştir. Bu ilkeler arasında şeffaflık, eşit muamele (ayrımcılık yasağı) ve rekabet ilkeleri sayılabilir.

Rekabet ilkesi, ihalelere olabildiğince fazla kişinin iştirakini ve bunu da hiç bir baskı altında kalmadan yapabilmelerini gerektirir¹. Bu anlamda rekabet, ihalelerde gerek adayların ve gerekse kamu görevlilerinin rekabet ortamını bozucu tutum ve davranışlarının engellenmesini; rüşvet ve diğer yasal olmayan bir takım gizli ilişkilerin yasaklanmasını gerektirir.

İdarenin her aşamasında gerçekleştirilmek istenen şeffaflık ilkesi özellikle kamu ihaleleri bakımından üzerinde durulması gereken önemli bir ilkedir. Şeffaflık ilkesi, rekabet ve eşitlik ilkelerinin tamamlayıcısı niteliğindedir. İhalelerin şeffaf bir ortamda yapılması bu ihaleler üzerindeki şüphe ve tereddütleri ortadan kaldırarak, idareye olan güvenirliliği, inanılrlılığı, işlemlerde objektifliği ve dürüstlüğü tesis eder².

* İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Danıştay 10.D., 28.10.1998, E.1996/4274, K.1998/5478, Danıştay Dergisi, S. 99, 1999, s. 513.

² Yasin Sezer, “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 26, Mart 2002, s. 157.

Kamu İhale Kanunu ihalelerde şeffaflık, eşitlik ve rekabet ilkelerine uyulmasını emretmektedir (m. 5/1). Kanunun değişik maddelerinde bu ilkelerin tesisi için düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda şu düzenlemeler örnek olarak verilebilir. Bazı kişilerin ihalelere katılmasının yasaklanması (m. 11); yapılacak şartnamelere belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürünün belirtilemeyeceği ve belli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlara yer verilemeyeceği (m.12); ihale ve ön yeterlik dokümanlarının idarede bedelsiz olarak görülebileceği, ancak ön yeterlik ya da ihaleye katılacakların bu belgeleri satın almaları zorunlu olduğunun öngörülmesi (m. 28); bazı ihalelerde ihale sonuçlarının ilan edilmesinin zorunlu kılınması (m. 47); İhale öncesi katılımcılar arasında rekabeti önleyici anlaşmalar ya da katılımcılar üzerinde yapılacak baskıların cezalandırılmasının öngörülmesi (m. 58) olması gibi.

Eşitlik ilkesi, kişiler arasında ayrımcılık yapmadan herkese ihalelere katılma fırsatının tanınmasını gerektirir. Bunu sağlamanın en önemli araçlarından biri de ihalelerin ilanı ve ilgi duyan kişilerin doğrudan teklif verebilmesidir. Ancak, bunun istisnaları da yok değildir. Kanun koyucu, bazı durumlarda, ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen kişilerin teklif verebilmesine imkân tanımıştır. Diğer bir ifade ile, bazı ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen kişiler teklif verebilir. Eşitlik ve rekabet gibi temel ilkelere zedeler nitelikteki bu usul istisnai ve yalnızca kanunda belirtilen durumlarda uygulanabilir.

Bu çalışmada, kamu ihalelerinde davet usulü incelenecektir. Türk pozitif hukukunda kamu ihalelerine ilişkin birçok yasal düzenleme bulunmaktadır. Ancak, bu düzenlemelerin tamamının, bütün yönleriyle, bir maddede ele alınıp tartışılması mümkün olmayacağı için, konu yalnızca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) kapsamında değerlendirilecektir³.

³ Devlet İhale Kanununun 44. maddesine göre, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılacak ihalelerde ancak idare tarafından davet edilen kişiler teklif verebilir. Bu ihalelerde ilan yapılması zorunlu değildir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, belli istekliler arasında kapalı teklif usulünün uygulanabileceği durumlar, teknik hususiyetleri olan ve mali açıdan da zaten herkesin altından kalkamayacağı işlerdir. Dolayısıyla, bu tür ihalelere herkesin katılmasından ziyade, tecrübe, teknik donanım ve mali kaynaklar itibarıyla liyakatli isteklilerin iştirakinin sağlanması daha yararlı olabilir.

I. DAVET YÖNTEMİNİN UYGULANABİLECEĞİ İHALELER

Kamu ihale hukukunda, ihale yapan idareler, ihale şartnamesini hazırladıktan sonra, ihaleye katılmak isteyen kişileri haberdar etmek için kanunda belirtilen usullere uygun olarak ilan eder. Şartnamede belirtilen yeterli koşullarını haiz kişiler de tekliflerini idareye sunabilirler. Genel uygulama böyleme olmakla birlikte, kanun koyucu, buna bazı istisnalar getirmiştir. İdareler kanunda belirtilen hallerde ilan yapmadan ihale yapabileceği gibi, bazı ihalelerde de katılmasını istediği kişileri doğrudan davet edebilir. Bunun anlamı şudur; idareden davet almayan/davet edilmeyen kişiler ihalelere katılamazlar. Aslında davet yöntemiyle bazı kişilerin kamu ihalelerine katılma hakkını kısıtlanmış olmaktadır. Anayasanın 13. maddesi gereğince, temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla kamu ihalelere katılma hakkını kısıtlayan davet yönteminin uygulanabileceği durumların kanunla düzenlenmesi gerekir.

KİK'da açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olmak üzere üçtür ihale usulü düzenlenmiştir⁴. Davet yöntemi, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde

KİK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, DİK'nun 44. maddesinin uygulanma alanının oldukça daralmıştır. 2002 yılında, kamusal kaynaklardan harcanma yapılmasını gerektiren ihalelere ilişkin ayrı bir düzenleme olarak KİK yapılmış ve söz konusu ihaleler DİK kapsamından çıkartılmıştır. 44. maddede düzenlenen işlerin neredeyse tamamı kamusal kaynaklardan harcama yapılmasını gerektiren konulardır. Fakat KİK yapılırken, DİK'nun harcama ihalelerine ilişkin hükümleri ilga edilmemiştir. Konuya vâkıf olmayan bir kişi/uygulayıcı, DİK hükümlerini okuduğunda halen yürürlükte olduğunu düşünebilir. Kanun koyucunun DİK'nun kamusal kaynak kullanımına ilişkin hükümlerini ilga etmesinde yarar vardır.

⁴ KİK'te bu üç usulün dışında doğrudan temin (m. 22) ve yarışma (m. 23) olmak üzere iki usul daha düzenlenmiştir. Özellikle doğrudan temin kanununun ilk halinde m. 18'de ihale usullerinden biri olarak düzenlenmiştir. Fakat sonradan yapılan kanun değişikliğiyle, bu usul, kanunda mevcudiyetini korumakla birlikte ihale usulleri arasından çıkartılmıştır. Literatürde bu yöntemler de birer ihale usulü olarak değerlendirilmektedir. Kemal **Gözler**/Gürsel **Kaplan**, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 481. Yapılan düzenleme ile doğrudan temin yoluyla yapılan alımlar Kamu İhale Kurumu denetiminden kaçılmıştır. Bunun kanunda belirtilen rekabet, saydamlık ve eşitlik ilkeleleriyle bağdaştırmak mümkün değildir. Yasin **Sezer**, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 185.

uygulanabilir. Belli istekliler arasında ihale usulü kanununun 20. maddesinde, pazarlık usulü ise kanununun 21. maddesinde düzenlenmiştir.

A. Belli İstekliler Arasında Yapılan İhaleler

Belli istekliler arasında ihale usulü, ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür (m. 4).

Belli istekliler arasında ihale usulü

Madde 20- *Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. (Değişik son cümle: 20/11/2008-5812/6 md.)* Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir.

(Mülga ikinci fıkra: 30/7/2003-4964/13 md.)

10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. (Mülga son cümle: 30/7/2003-4964/13 md.) (Ek cümle: 20/11/2008-5812/6 md.) Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.

(Değişik ilk cümle: 20/11/2008-5812/6 md.) *Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir. ⁽¹⁾*

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve

eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir.

1. Belli İstekliler Arasında İhale Usulünün Konusu

KİK kapsamına giren mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin ihalelerde serbest rekabet ortamının oluşması için öncelikle uygulanması gereken usul, açık ihale usulüdür. Ancak, kanunun ifadesiyle “*yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir*” (m. 20/1).

Buna göre, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı yapım işleri, hizmet ve mal alımı ihaleleri ile yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işleri ihaleleri bu usulle yapılabilir. İhale konusu iş uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmiyorsa ya da bu nitelikte olmakla birlikte açık ihale usulünü uygulama imkânı varsa, belli istekliler arası ihale usulü uygulanamaz. Kamu İhale Kurumu, örneğin, “açık ve kapalı spor tesisleri ikmal inşaatı⁵” yapımı işinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren bir iş olmadığına karar vermiştir.

İhale konusunun uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirip gerektirmediğinin tespitinde idarenin takdir yetkisi vardır. Bunun tespiti konusunda kanunda somut bir kriter düzenlenmemiştir. İdare ihale konusu işin özelliklerini dikkate alarak objektif verilere dayalı olarak bu kriterleri belirlemek ve ilan etmek durumundadır. Literatürde şu konularda belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanabileceği belirtilmiştir: bilgisayar yazılım hizmetleri, otoyol yapımı, havalimanı yapımı, enerji santrali yapımı işleri gibi⁶.

Belirtelim ki, ihale konusu iş, uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirse bile idarenin belli istekliler arasında ihale usulünü uygulama zorunluluğu yoktur. İdare, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık

⁵ Kamu İhale Kurumu, 03.06.2008, 2008/UY.Z-2282, İlyas Kılıç/Duygu Kılıç Çaylı, Kamu İhale Kurumu Emsal Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 225.

⁶ Abdullah Uz, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 194.

maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri açık ihale usulüyle ya da belli istekliler arasında ihale usulünden birini tercih etme konusunda takdir yetkisine sahiptir⁷.

2. Ön Yeterlik İlanı

Belli istekliler arasında ihale usulünde, isteklilerin ön yeterlik değerlendirilmesinden geçirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Açık ihale usulünde, genel olarak, istekliler şartnamede düzenlenen ve ihale ilanında belirtilen şekil/usul şartlarını yerine getirerek doğrudan teklif sunma imkânına sahiptir. Belli istekliler arasında ihale usulünde ise, ihaleye katılmak isteyen herkes doğrudan teklif veremezler. Sadece idarenin ön değerlendirmesinden geçen ve idare tarafından davet edilen kişiler teklif verebilir.

İdare tarafından ön değerlendirme yapılabilmesi için ön yeterlik ilanının verilmesi gerekir. Yaklaşık maliyeti 8. maddede yer alan eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerin ön yeterlik ilânları, son başvuru tarihinden en az ondört gün önce, Kamu İhale Bülteninde en az bir defa yayımlanmak suretiyle yapılır. Yaklaşık maliyeti 8. maddede yer alan eşik değerlerin altında kalan ihalelerin ön yeterlik ilânları ise, son başvuru tarihinden en az yedi gün önce 13. maddenin b bendinde düzenlenen usullere göre yapılır (m. 13).

3. İsteklilerin Teklif Vermeye Davet Edilmesi

İhaleyi yapan idare, ön ilan üzerine başvuran adaylar arasında bir ön değerlendirme yapar ve yeterli görülen isteklileri teklif vermeye davet eder. Ön değerlendirme kriterlerinin önceden Kanunun 10. maddesine uygun olarak belirlenmiş ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle, kanun koyucu isteklilere uygulanacak kriterlerin belirlenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanımakla birlikte, bu kriterlerin 10. maddede belirtilen esaslar çerçevesinde düzenlenmesi ve ön yeterlik ilanında ilan edilmesi gerekir.

⁷ Kamu İhale Kurumu, 20.04.2010, 2010/UY.I-1122, Muhittin **Abacıoğlu**/Ali **Abacıoğlu**, Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 406.

Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından ihale dokümanında belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir (m. 20/3).Yapılan ön değerlendirme neticesinde bazı isteklilerin davet edilmesine karar verilmesi halinde, yaklaşık maliyeti eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerde ihale gününden en az kırk gün önce; yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelerde ise ihale gününden önce (b) bendindeki sürelerle göre davet mektubu gönderilmesi zorunludur (m. 13).

Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmezler. Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İdare bu bildirim yapmak zorundadır. İdare tarafından teklif vermeye davet edilmeyen kişiler, bu işleme karşı tebliğden itibaren süresi içinde idari başvuru yapma ve daha sonra da idari yargıda dava açma hakkına sahiptirler.

Kamu İhale Kurumunun bir kararında da belirtildiği üzere, “*belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilen ihalelerin ön yeterlik değerlendirilmesinde aranan kriterler ile tekliflerin değerlendirildiği aşamada aranan kriterler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Ön yeterlik aşamasında, ihtiyaç duyulması halinde yapılacak puanlama içerisinde teknik yeteneğin yanında mali kapasite de (ciro veya taahhüt altındaki ya da bitirilen danışmanlık hizmet işi tutarı) önem taşımaktadır. İhale aşamasındaki teknik değerlendirme kriterleri ise, isteklilerin benzer nitelik ve ölçekteki sözleşmeleri yerine getirme deneyimi, iş için önerilen yöntem, organizasyon yapısı, yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelin eğitim seviyesi ve mesleki nitelikleridir*”⁸.

İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40. maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. Ancak, ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

⁸ Kamu İhale Kurumu, 14.12.2010-2010/UH.III-3778, **Abacıoğlu/Abacıoğlu**, s. 406.

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir (m. 20).

Burada bir tespite yer vermekte yarar vardır. Kanunda teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle ön yeterliliği tespit edilen bütün isteklilerin tekrar davet edilebileceği düzenlenmiş; fakat ihalenin davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması nedeniyle iptal edilmesi halinde nasıl bir yol izleneceği hususunda kanunda düzenleme yoktur. Kanımızca, böyle durumlarda, idare yeniden ihaleye çıkmak durumundadır.

B. Pazarlık Usulüyle Yapılan İhaleler

KİK kapsamında yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Pazarlık usulü ise kanunda belirtilen özel durumlarda uygulanabilen istisnai bir ihale usulüdür (m. 5).

Pazarlık usulü, kanunda “Bu Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usul” biçiminde tanımlanmıştır (m. 4).

1. Pazarlık Usulünün Uygulanabildiği Durumlar

Pazarlık usulünün uygulanabileceği durumlar KİK'nun 21. maddesinin 1.fikrasında maddeler halinde sayılmıştır.

Pazarlık usulü

Madde 21- *Aşağıda belirtilen hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:*

a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.

e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi.

f) (Ek: 30/7/2003-4964/14 md.) İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

Pazarlık usulünün uygulanabileceği konular 6 (altı) bent halinde sayılmıştır. Uygulamada, pazarlık usulü, açık ihale usulünden sonra en fazla başvurulan bir yöntemdir. İhale yapmak isteyen idareler, açık ihale usulüne ilişkin usul/şekil kurallarına tabi olmaksızın, pazarlık usulüne getirilen kolaylardan yararlanarak ihale yapma yolunu tercih etmektedirler. Basit bir istatistik vermek gerekirse, 2013 yılında Kamu İhale Kurumuna gönderilen ve 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin adet olarak %73,89'u açık ihale usulü ile, %25,67'si pazarlık usulü ile, %0,44'ü belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir. Benzer şekilde, 2014 yılı altı ayında Kamu İhale Kurumuna gönderilen 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin adet olarak %72,91'i açık ihale usulü ile, %26,77'si pazarlık usulü ile, %0,32'si belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir⁹.

2. Pazarlık Usulü İhalelerinde Davet Yönteminin Uygulanabileceği Durumlar

Pazarlık usulünde, genel olarak ifade etmek gerekirse, ihale ilanından sonra, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme ölçütlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüş-

⁹ http://www1.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2014_6_ay_kamu_alimlari_raporu_rev.pdf: 23.09.2014.

meler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenir (m. 21/3).

Pazarlık usulüne ilişkin bu genel esaslara bazı istisnalar getirilmiştir. Kanunun 21.maddesinin 2. fıkrasında “*b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterli belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.*” denilmiştir. Buna göre,

- *Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.*
- *Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.*
- *İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.*

için yapılacak ihalelerde idare ilan yapmadan re’sen tespit edeceği kişileri ihaleye teklif vermeye davet edebilir ve ihaleyi bu kişilerden birisi üzerine bırakabilir. Kanun koyucunun istisnai durumlar için öngördüğü davet yönteminin uygulanmasında eşitlik ve rekabet ilkelerini ihlal edici uygulamalar olabilmektedir. Bu konuda gerek Kamu İhale Kurumuna ve gerekse idari yargı mercilerine birçok başvuru yapılmaktadır. Bu nedenle öncelikli olarak 21. maddenin 1. fıkrasının b, c ve f bentlerinin uygulanabileceği durumların tespiti; daha sonra da bahse konu ihalelerde yapılacak davetin usul ve esaslarının incelenmesinde yarar vardır.

a. İdare Tarafından Önceden Öngörülemeyen Durumların Ortaya Çıkması

Kamu ihale hukukunda kaynakların verimli kullanılması ve ihtiyaçların zamanın karşılanabilmesi için idarenin ihaleye çıkmadan önce ciddi hazırlık yapması ve bir plan dahilinde ihaleye çıkması gerekir. Bu bağlamda idare, ihtiyaçların nitelik ve niceliği, mevsimsel veya coğrafi koşullar, kaynakların

yeterliliği ve önceliklilik sıralaması gibi daha birçok etkeni dikkate alarak, adeta bir eylem planı çerçevesinde hareket etmelidir. Ne yazık ki, ülkemizde yapılan ihalelerin birçoğunda idarenin bu şekilde rasyonel davrandığını söylemek mümkün değildir.

Diğer taraftan, bir an için idarenin planlı ve programlı olarak ihaleye çıktığını düşünsek bile, bazı durumlarda önceden öngörülemeyen doğal afetler, salgın hastalıkları ve can veya mal kaybına yol açabilecek olayların gerçekleşmesi mümkündür. Bu gibi halleri öngören kanun koyucu, idarenin ivedilikle ihaleye çıkararak kamusal ihtiyaçların hızlı bir şekilde karşılanmasına imkân tanımıştır. İdare, *doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması nedeniyle* ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda davet yöntemine başvurabilir.

İdare önceden öngörülemeyen ve ivedilik arz eden hallerde pazarlık usulüne göre ihaleye çıkıp, isteklileri doğrudan davet edebilir. Hangi durumların önceden öngörülemeyen nitelikte ve ivedi olduğuna idare karar verecektir. Bu konuda idarenin takdir yetkisi vardır. Danıştay'ın yerleşik içtihatları¹⁰ ve İdare Hukuku literatüründe¹¹ sıklıkla belirtildiği üzere, idareye tanınan takdir yetkisi keyfi ve dilediğince kullanılabilir bir yetki değildir. İdare takdir yetkisini kamu yararına kullanmak zorundadır. İdarenin takdir yetkisinin kamu yararına kullanması gerektiği konusunda duraksama olmakla birlikte, somut olaylarda bunun saptanması oldukça zordur.

21. maddenin birinci fıkrasının b bendine dönersek, idarenin ilan yapmadan isteklileri doğrudan ihaleye davet edebilmesi için,

- Doğal afetler gibi idare tarafından önceden öngörülemez nitelikli durumların ortaya çıkması
- İhalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğu

şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, davet usulünün uygulanabilmesi için bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan birinin varlığı yeterli değildir. Özellikle, idarenin

¹⁰ Danıştay 5. D., E.1986/1087, K.1987/605, Danıştay Dergisi, S. 68-69, s. 392.

¹¹ Oğuz **Sancakdar**, İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 337.

görevi gereği önceden öngörmesi gereken durumlarda bu usule başvurusu mümkün değildir¹².

Öngörülemezlik kavramı, İdare Hukuku literatüründe, sözleşmenin imzalanmasından sonra, tarafların iradesi dışında ortaya çıkan ve sözleşmenin mali dengesini alt üst ettiği için kamu hizmetlerinin yürütülmesine mani olan anormal olaylar olarak tanımlanmaktadır¹³.

Her ne kadar öngörülemezlik kavramı, idarenin taraf olduğu sözleşmeler için geliştirilmiş bir kavram ise de, KİK'nun 21. maddesinde yer verildiği için, ihale usullerinin belirlenmesi açısından da yorumlanması ve benzer olaylarda aynı şekilde uygulanması zorunludur¹⁴. Kamu İhale Kurumunun uyuşmazlık kararları ile yargı kararları incelendiğinde hangi durumların idare tarafından önceden öngörülemeyen, ani ve ivedilik arz eden durum olduğunun tespiti çok ta kolay değildir. Çünkü bu kararlarda içtihat birliğinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Kanunun 21. maddesinde “önceden öngörülemeyen” hallerine örnek olarak doğal afetler, salgın hastalıkları, can ve mal kaybı tehlikesinin ortaya çıkan durumlar ani beklenmeyen durumlara örnek verilmiştir. Hukuk literatüründe mücbir sebepler¹⁵ arasında sayılan bu durumların her zaman öngörülemez olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Kamu İhale Kurumuna göre, “Bir durumun kamu ihale mevzuatı ve 4734 sayılı Kanununun 21. maddesinin b bendi açısından ‘idarece öngörülemeyen olay’ olarak değerlendirilebilmesi için; ortaya çıkan olay, ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce idare tarafından ‘öngörülemez’ nitelikte olmalı, öngörülen halin de

¹² “Sosyal sitenin bir yıllık kalorifer yakıtı teminin işi, ilk defa ortaya çıkan bir ihtiyaç olmadığı ve her yıl tekrarlanan bir ihtiyaç olduğundan idare tarafından önceden öngörülemeyen ivedi bir hal olarak değerlendirilemez”. Kamu İhale Kurumu, 12.07.2004, 2004/UK.Z-845, Uz, s. 199.

¹³ Turgut **Tan**, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 329; Ramazan **Çağlayan**, İdare Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 746; Ender Ethem **Atay**, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 508.

¹⁴ Kamu İhale Kurumu, 14.08.2003/UK.Z-121, **Doğanyigit**, s. 547.

¹⁵ Sami **Demirel**, “Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebebe Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi”, Terazi Hukuk Dersi, S. 94, Temmuz 2014, s. 95.

*objektif kriterler göre yerinde bulunması ve idarenin iradesinden bağımsız olması gerekir*¹⁶.

Kamu İhale Kurumunun, öngörülemezlikle ilgili genel değerlendirmesi böyle olmakla birlikte, somut olaylarda, her ihaleyi kendi özel koşullarında değerlendirme yolunu tercih ettiğini görüyoruz.

Kamu İhale Kurumu, örneğin, bir ihalede “su baskını riskini ani ve beklenmeyen bir olay değil, ileri bir tarihte gerçekleşmesi muhtemel bir durum¹⁷” olarak değerlendirirken; bir başka ihalede “cadde ve bulvara asfalt kaplama yaptırılması” işinin öngörülemez ve ivedi¹⁸ durum olduğuna karar vermiştir.

Önceden öngörülemeyen ve ivedilik ölçütünün yorumlanması konusunda idari yargı mercileri ve Sayıştay da, Kamu İhale Kurumu gibi, her somut olayı kendi özel koşullarında değerlendirme eğilimindedir.

Danıştay 13. Dairesi, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı Fen İşleri Daire Başkanlığı tarafından pazarlık usulü ile yapılan “İstanbul Bağlarbaşı Kavşağı Kısıklı Caddesi alt geçidi, bağlantı yolları ve ortak alt yapı inşaatı” ihalesinin iptali davasının temyiz incelemesinde, İstanbul’un jeopolitik konumu, hızlı nüfus artışı, deprem bölgesi olması, NATO zirvesi, Eurovizyon Şarkı yarışması gibi düzenlenecek ve düzenlenmesi muhtemel olan ulusal ve uluslararası kongreler gerekçelerini kabul etmeyerek, bahse konu ihalenin KİK’nun 21/b. maddesinde sayılan şartların oluşmadığından hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁹.

Ankara 4. İdare Mahkemesi, Gebze İleri teknoloji Enstitüsü Rektörlüğü idari binasının 07-08 Haziran 2010 ve 23-24 Haziran 2010 tarihlerinde yağın şiddetli yağmurların neden olduğu sel felaketinden kaynaklanan hasarlı binaların yapımı ihalesinin iptali talebiyle açılan bir davada, “sel

¹⁶ Kamu İhale Kurumu, 19.06.2006-2006/UH.Z-1140; Kamu İhale Kurumu, 14.08.2003, 2003/UK.Z-133, **Abacıoğlu/Abacıoğlu**, s. 411-413.

¹⁷ Kamu İhale Kurumu, 2008/UY.2018, **Abacıoğlu/Abacıoğlu**, s 412.

¹⁸ Kamu İhale Kurumu, 13.08.2007- 2007/UY.Z-2766, **Erkan Özdemir**, “Davet Usulüyle Yapılacak İhalelerde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S. 90, Şubat 2014, s. 71.

¹⁹ Danıştay 13.D., 3.12.2010, E.2009/4101, K.2010/8217, (<http://www.danistay.gov.tr>: 11.09.2014).

felaketi nedeniyle hizmetin yürütülebilir nitelikte olmadığı ve mevcut yapının bulunduğu yer itibariyle de sel felaketine uğrama ihtimalinin yüksek olduğu hususları göz önüne alındığı eğitim-öğretim hizmetlerinin aksatılması” açısından söz konusu yapının ivedi olarak yapılması sonucuna varıldığından 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesindeki gerçekleştirilmesine karar vermiştir²⁰.

Sayıştay Daireler Kurulu, “... Sağlık İşletmesi tarafından ihaleye çıkarılan Gastroenteroloji, Cerrahi, Üroloji ve KVC Klinikleri Ameliyathaneleri ve Yoğun Bakım Üniteleri Tadilat ve Onarım İşine ilişkin sözleşmenin tescilinde hasıl olan tereddüt üzerine”, döner sermayeli kuruluşlarca gerçekleştirilecek yatırımların yatırım programında yer alması gerekmekte ise de; bir işin yatırım programı kapsamına alınmasının belli bir prosedür ve süreci gerektirdiği hususu dikkate alındığında, zarurî ve ivedi yapılması gereken ameliyathane ve yoğun bakım üniteleri onarım ve tadilat işinin kısa sürede tamamlanması zorunluluğu karşısında, yatırım programında yer almadan pazarlık usulüyle ihale edilmesinde bir sakınca bulunmadığına karar vermiştir²¹.

Kamu İhale Genel Tebliğinin 20. maddesinde süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarının kesintiye uğratılmadan temini için KİK m. 21/b kapsamında pazarlık usulüyle ihale yapılabileceği düzenlenmiştir. Tebliğ’de “4734 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin (b) bendinde ertesi mali yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki mali yıl sona ermeden ihaleye çıkılabileceği düzenlenmiştir. Böylece ihale ile ilgili ilan süresi ve ihale sürecinin belirli bir zaman alacağı da dikkate alınarak ertesi yılda gerçekleştirilecek bu tür mal ve hizmet alımı ihalelerine mali yıl sona ermeden çıkılabilmemesine imkân tanınmıştır. Ancak yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılıncaya kadar

²⁰ Ankara 4. İdare Mahkemesi, 09.02.2011, E.2010/2974 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, Murat **Sezginer**, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 49.

²¹ Sayıştay Daireler Kurulu, 01.10.2003, K.1126/2, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>: 12.09.2014).

geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendindeki “idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar” kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62 nci maddenin (1) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı Kanunun 21 inci maddesinin (f) bendi ya da 22 nci maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebilmesi idarenin yetki ve sorumluluğundadır” denilmiştir (Genel Tebliğ, m. 20).

İdare tarafından önceden öngörülemeyen ve ivedi olarak yapılmasında zorunluluk olan ihalelerde yaklaşık maliyet yönünden eşik değer ya da parasal limit sınırlaması yoktur. Fakat Genel Tebliğin 20. maddesi kapsamında yapılacak mal ve hizmet alımı ihaleleri için, yine aynı maddenin son cümlesinde, parasal limit getirilmiştir. Düzenlemeye göre, söz konusu mal ve hizmet alımlarının yaklaşık maliyetlerinin Kanunun 21. maddesinin f bendi ya da 22. maddenin d bendinde belirtilen limitleri aşmaması gerekir²².

21. maddenin b bendi kapsamında yapılacak ihaleler konusunda süre ve sayı sınırlaması yoktur. İdare, öngörülemezlik ve ivedilik ölçütlerine uymak şartıyla ihtiyaca göre bir veya daha fazla ihale yapabilir. Süre ve sayı konusunda kanunda özel bir düzenleme yoktur. İhaleyi yapan idare, bu konuda geniş takdir yetkisine sahiptir. İdare her olayı kendi özel koşullarını dikkate alarak ayrıca değerlendirmek durumundadır. Kamu İhale Kurumu, “KİK m. 21/b kapsamında 8 ay süre ile temizlik ihalesi yapılmasını²³” hukuka aykırı bulurken; “hastanenin genel temizlik ihtiyacının karşılanması amacıyla daha önce yapılan iki ihalenin de iptal edilmesi üzerine üçüncü kez 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin b bendi uyarınca, esas ihale yapılınca

²² Kamu İhale Tebliği (Resmi Gazete, 30.01.2014, S. 28898).

Madde 1: 01.02.2014-31.01.2015 döneminde uygulanacak olan parasal limitler ve tutarlar

ç) 21 inci maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde belirtilen 147.633,- TL (Yüzkırkyedibinaltıyüzotuzüç Türk Lirası), 157.923,- TL (Yüzelliyedibindokuzyüzyirmüç Türk Lirası).

d) 22 nci maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen 44.287,- TL (Kırkdörtbinikiyüzsekseneyedi Türk Lirası), 47.373,- TL (Kırkyedibinüçyüzyetmişüç Türk Lirası), 14.755,- TL (Ondörtbinyediyüzellibeş Türk Lirası), 15.783,- TL (Onbeşbinyediyüzseksenüç Türk Lirası).

²³ Kamu İhale Kurumu, 03.06.2008-2008/UH.Z-2311, **Abacıoğlu/Abacıoğlu**, s. 413.

kadar üç aylık ihtiyaç için pazarlık usulü ihale” yapılmasında kanuna aykırılık görmemiştir²⁴.

Sonuç olarak idare, önceden öngörülemeyen ve ivedilik arz eden, ayrıca idarenin iradesinden kaynaklanmayan anormal durumlarda pazarlık usulünde isteklileri teklif vermeye davet ederek ihale yapabilir. Hangi durumların önceden öngörülemez ve ivedi olduğu her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Unutmamak gerekir ki, bu yöntem zorunluluktan doğan istisnai bir uygulamadır. Kamu idareleri, kanunun verdiği bu imkânı kamu yararının dışında başka amaçlarla, özellikle bazı kişileri davet etmeyerek, ihaleleri belli kişilerin almasını sağlamak amacıyla kullanmamalıdır.

b. Savunma ve Güvenlikle İlgili Özel Durumların Ortaya Çıkması

KİK m. 21 kapsamında davet usulünün uygulanabileceği durumlardan biri de savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu hallerdir.

Savunma ve güvenlik alımları, ülkelerin ulusal güvenliklerini sağlamak amacıyla gerekli olan ihtiyaçların temin edilmesine yönelik alımlardır. Savunma ve güvenlik alımlarının askeri boyutunun dışında istihbarat, karşı istihbarat, sınır güvenliği, ülke güvenliğine yönelik örgütlü ve/veya bilişim suçları gibi çok farklı boyutları vardır²⁵.

KİK'nun 3. maddesinin b bendinde yapılan düzenleme ile “savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hallerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri”

²⁴ Kamu İhale Kurumu, 03.06.2003/UK.Z-121, Sadettin **Doğanyigit**, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 547; aynı yönde, Kamu İhale Kurumu, 28.04.2008, 2008/UH.Z-1773, Kılıç-Kılıç Çaylı, (2012) s. 237.

²⁵ Tuğrul **Atay**, “Türkiye ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Savunma ve Güvenlik Alanındaki Alımlar” (yayımlanmamış uzmanlık tezi) Kamu İhale Kurumu, Ankara 2013, s. 2’ten aktaran **Özdemir**, s. 72.

ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç KİK kapsamı dışına çıkarılmıştır.

KİK'nun üçüncü maddesindeki düzenleme karşısında 21/c maddesinin uygulanma alanı oldukça daralmıştır. Çünkü uygulayıcıların yapacağı yorumların geniş veya dar olmasına bağlı olarak ülkenin savunma ve güvenliği ile ilgili her ihalenin 3. madde çerçevesinde değerlendirilerek KİK kapsamından çıkarılması mümkündür. Uygulamada, idarenin KİK'nun 21/c. maddesi yerine daha ziyade 3. madde hükümlerini işlettiği ve KİK hükümlerine tabi olmaksızın ihale yapma yolunu tercih ettiği söylenebilir. Örnek olması açısından bir istatistiki bilgi verilebilir: 2011 yılı içerisinde KİK m.3/b istisna hükümlerine göre gerçekleştirilen alımların toplam kamu alımları içindeki payı %3,34 iken; m. 21/c çerçevesinde pazarlık usulü ile yapılan alımların toplam kamu alımları içindeki oranı %0.73'tür²⁶. Bu uygulamanın halen devam ettiği söylenebilir. 2014 yılı ilk 6 aylık döneminde KİK m. 3/b istisna hükmü kapsamında gerçekleştirilen alımların toplam kamu alımları içindeki payı (tutar bazında) %11.31 iken; m. 21/c hükümlerine göre yapılan alımların toplam kamu alımları içindeki payı ise, % 5.12'dir²⁷.

KİK, savunma ve güvenlikle ilgili ivedi ve özel durumların ortaya çıkması halinde davet usulü ile ihale yapılmasına izin vermiştir. Ancak, uygulamada savunma ve güvenlik alımı olarak nitelendirilemeyecek birçok konuda davet yöntemi ile ihale yapıldığı görülmektedir. Davet yöntemiyle yapılan alımlara şu örnekler verilebilir: özel güvenlik hizmeti alımı ihalesi, teleferikle taşınan yolculara ilişkin ferdi kaza sigortası hizmeti alımı ihalesi, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Ankara'daki merkez hizmet binasının bakım ve onarımı ihalesi²⁸.

Kamu İhale Kurumu, burada örnek olarak verdiğimiz ihalelerden özel güvenlik hizmeti alımı işinin savunma ve güvenlikle ilgili ivedi bir durum

²⁶ Özdemir, s. 73.

²⁷ http://www1.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2014_6_ay_kamu_alimlari_raporu_rev.pdf: 12.09.2014. Bir başka bakış açısıyla, bu rakamlar bize kanunda istisna olarak düzenlenen hükümlerin (gerek 3. madde ve gerekse 21.madde) idare tarafından ne kadar yoğun biçimde uygulandığını göstermektedir.

²⁸ Özdemir, s. 73.

olmadığına karar vermiştir. Fakat bu konuda genelleme yapılarak, özel güvenlik hizmetlerinin hiçbir şekilde pazarlık usulü ile ihale yapılamayacağı söylemek yanlış olur. İdarenin güvenlikle ilgili ivedi bir durumun ortaya çıkması ve bunun gerekçelerinin ortaya konulması şartıyla KİK'nun 21/c. maddesi hükümlerine göre istekliler davet edilerek pazarlık usulüyle ihale yapması mümkündür. Nitekim Kamu İhale Kurumu Kararında buna vurgu yapılmıştır. Kuruma göre, “*söz konusu ihalenin pazarlık usulü ile 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin c bendine göre yapıldığı, idarenin söz konusu usulde ihaleye çıkmak için savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması gibi bir gerekçe göstermediği gibi, söz konusu ihalede böyle bir durumun da olmadığı, bu nedenle pazarlık usulü ile ihaleye çıkılması*” mevzuata aykırıdır²⁹.

c. Belli Limitin Altında Kalan Mamul Mal, Malzeme ve Hizmet Alımları

Davet yönteminin uygulanabileceği bir diğer durum, yaklaşık maliyeti kanunda belirtilen limitin altında kalan ihalelerdir. Kanun koyucu, KİK'nun 21. maddesinin f bendinde, yaklaşık maliyeti belirli limitin altında kalan ihalelerde, idareye isteklilere doğrudan davetiye göndererek, davete icabet eden istekliler arasında ihale yapmaya izin vermiştir. Fakat aşağıda da belirtileceği üzere, idare yaklaşık maliyeti limitin altında kalan her ihale için davet usulüne başvuramaz. Bu yöntemle başvurabilmek için konu yönünden de sınırlama getirilmiştir.

Kanununun 21. maddesinin f bendinde, davet usulüne başvurabilmek için, iki şart öngörülmüştür. Birinci şart, ihale konusunun mamul mal, malzeme veya hizmet alımı olması gerekir. Yapım işleri bu bent kapsamında ihale edilemezler. Ancak, mamul mal, malzeme ile birlikte hizmet ihalesi kapsamında, bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergi-

²⁹ Kamu İhale Kurumu, 06.08.2007, 2007/UH.Z-2690, H. Bahadır **Barçın**, Kamu İhale Kanunu, C.1, Ankara Yayınevi, Ankara 2013, s. 1244; aynı yönde Kamu İhale Kurumu, 12.04.2007, 2007/UH.Z-1373, **Barçın**, s. 1236.

leme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri (m. 4) satın alabilir.

Davet yönteminin uygulanabilmesi için ikinci şart, ihalenin yaklaşık maliyetinin kanunda belirtilen limitin altında kalması gerekir. Limit konusunda kanunun iki ayrı maddesinde düzenleme yapılmıştır. Kanunun 21. maddesinin f bendine göre, yaklaşık maliyeti, 01.02.2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere³⁰,157.923 Türk Lirası olan ihalelerde davet yöntemine başvurulabilir. Limit konusunda ikinci düzenleme kanunun 62. maddesinin (ı) bendinde yapılmıştır. Kanuna göre, “bu Kanunun 21. ve 22. maddelerindeki parasal limitler dahilinde yapılacak harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10’unu Kamu İhale Kurulunun uygun görüşü olmadıkça aşamaz”.

KİK’nun belirtilen hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kamu idareleri, yaklaşık maliyeti kanunun 21/1-f maddesinde düzenlenen limitin altında kalan mamul mal, malzeme ve hizmet alımlarında isteklilere doğrudan davetiye göndermek suretiyle pazarlık ihale usulüyle ihale yapabilir. Ancak, bu bağlamda yapılacak harcamaların yıllık toplamı, ilgili idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10’unu aşmamalıdır. Şayet yapılan harcamalar, bütçe ödeneklerinin %10’unu aşacak ise, Kamu İhale Kurumundan olumlu görüş alınması zorunludur.

Uygulamada, bazen kanunda belirtilen limit engelini aşabilmek için ihalelerin parçalara bölünerek pazarlık usulü ile ihale edildiği gözlemlenmektedir. KİK’nun 5. maddesinde “eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.” denilmiştir. Dolayısıyla, kanunun 21/1-f maddesinde düzenlenen parasal sınırın altında kalmasını sağlamak amacıyla ihalelerin bölünmesi hukuka aykırıdır. Kamu İhale Kurumu, açık ihale usulü ile yapılması gerekirken, parçalara ayrılarak pazarlık usulü ile yapılan ihaleyi iptal etmiştir³¹.

³⁰ Resmi Gazete, 30.01.2014, S. 28898.

³¹ Kamu İhale Kurumu, 30.10.2007, 2007/UH.Z-3480.

II. DAVET EDİLECEK KİŞİNİN BELİRLENMESİ

A. Davet Edilecek Kişilerin Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi

Davet yöntemiyle gerçekleştirilen ihalelerde, davet edilecek kişiler idare tarafından re'sen belirlenir. Davet edilecek kişilerin belirlenmesi açısından, belli istekliler arasında ihale usulü ile pazarlık usulünü ayrı ayrı değerlendirmekte yarar vardır. KİK'nun 20. maddesinde belli istekliler arasında ihale usulünde, teklif vermeye davet edilecek kişilerin, ön yeterlik dokümanı ve ön yeterlik ilanında belirtilen kriterlerine göre değerlendirilmesi neticesinde belirleneceği ifade edilmiştir. Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde ise, davet edilecek kişilerin belirlenmesi konusunda bir düzenleme yoktur. 21. maddenin 2. fıkrasında "ilan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, bu kişilerin "yeterlik belgelerini" vermelerinden söz edilmektedir³².

Görüldüğü üzere, kanun koyucu, ihaleye kimlerin davet edileceğini belirleme konusunda idareye takdir hakkı tanımıştır. Ancak, ihaleye teklif vermeye davet edilecek kişileri belirleme konusunda idareye tanınan takdir yetkisi keyfi olarak kullanılabilir bir yetki değildir. İhaleyi yapan idareler, davet edeceği kişileri belirlerken, KİK'nun 5. maddesinde düzenlenen rekabet, eşit muamele ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkelere ve kanunun diğer amir hükümlerine riayet etmek zorundadır³³.

Çünkü davet yönteminin uygulandığı ihalelerde, idare tarafından davet edilmeyen kişilerin ihalelere katılması, ileride ayrı başlık altında inceleneceği üzere, pek mümkün değildir. Bu da söz konusu kişilerin kamusal kaynaklardan yararlanma hakkını kısıtlayan bir durumdur. Kamu ihalelerine egemen olan eşitlik, şeffaflık ve rekabet ilkeleri kamusal kaynaklardan yararlanma noktasında herkes fırsat tanınmasını zorunlu kılar. Oysa ki, davet yöntemi bazı kişilerin ihaleye katılmasını engellemektedir. Bu nedenle, ihale yapan idareler, ihaleye davet edeceği kişileri belirlerken, kamu yararının dışında başka saiklerle, örneğin bazı kişilerin kayırılması ya da bazı kişilerin engellenmesi amacıyla hareket etmemelidir.

³² Kamu İhale Kurumu, 03.12.2007, 2007/UH.Z-3883.

³³ Kamu İhale Kurumu, 25.02.2008, 2008/UY.Z-901.

B. Davet Edilecek İstekli ve Geçerlik Teklif Sayısı

Davet edilecek asgari istekli sayısı konusunda kanunda iki ayrı düzenleme mevcuttur. KİK'nun 20. maddesinin 3. fıkrasında belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde davet edilebilecek istekli sayısının beşten az olması halinde ihalenin iptal edileceği düzenlenmiştir. Kanununun 21. maddesinin 2. fıkrasında da, pazarlık usulünde ilan yapılmayan hallerde en az üç isteklinin davet edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Davet edilecek kişilere ilişkin bu sayılar, asgari koşuldur. İdarenin rekabeti artırabilmek için daha fazla sayıda istekliyi davet etmesinde her hangi bir sakınca yoktur. Kamu İhale Kurumunun ifadesiyle, "ilan yapılmayan hallerde üçten fazla istekliyi davet etmek idarenin takdirine bırakılmıştır"³⁴.

Bu noktada, üzerinde durulması gereken bir diğer husus, teklif vermesi gereken istekli veya geçerli teklif sayısı konusudur. Çünkü uygulamada, bazı ihalelerde bir tek geçerli teklif olabilmekte ve ihale bu istekli üzerinde bırakılabilmektedir. Kanuna göre, belli istekliler arasında ihale usulünde teklif veren istekli sayısının üçten az olmaması gerekir. Teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir. Pazarlık usulü ihalelerde davet yönteminin uygulanabilmesi için teklif vermesi gereken istekli veya geçerli teklif sayısı konusunda asgari bir sayı öngörülmemiştir. Kanunda sadece davet edilecek kişiler için -yukarıda açıklandı- asgari bir sayı öngörülmüştür.

Kamu İhale Kurumuna göre, "4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendine göre Pazarlık usulü ile yapılan bir ihaleye en az 3 isteklinin davet edilmesi yeterli olup, ihaleye katılan istekli veya geçerli teklif sayısına ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır"³⁵.

Kamu İhale Kurumu, bir başka ihalede, idare tarafından beş kişi davet edilmesine rağmen ihalenin tek geçerli istekli üzerinde bırakılmasına mevzuata aykırılık görmemiştir. Bahse konu kararda, 4734 sayılı Kanununun 21. maddesine göre pazarlık usulü ile yapılan ihalede, "idare tarafından anılan maddenin ikinci fıkrasına uygun olarak ihale konusu alanda faaliyet gösteren beş isteklinin davet edildiği, ihaleye üç isteklinin teklif verdiği,

³⁴ Kamu İhale Kurumu, 18.10.2010, 2010/UH.II-3223.

³⁵ Kamu İhale Kurumu, 25.02.2008, 2008/UY.Z-910.

isteklilerden birinin teklif zarfının 4734 sayılı Kanununun 30 uncu maddesinin birinci fıkrası hükmüne uygun olarak yapıştırılan yerinin istekli tarafından imzalanıp mühürlenmediği gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı, bir isteklinin teklifinin 2.Sınıf Gayri Sıhhi Müesseseler grubunda işyeri açma ruhsatı bulunmadığı için değerlendirme dışı bırakıldığı, bir isteklinin ise yeterliğinin bulunduğu için teklifinin değerlendirmeye alındığı ve tek geçerli teklif sahibi olarak bu istekli ile görüşme yapılarak ihalenin bu istekli üzerinde bırakıldığı” anlaşılmış olup, herhangi bir mevzuata aykırılık yoktur³⁶.” denilmiştir.

KİK’da belli istekliler arasında ihale usulünde asgari üç isteklinin, pazarlık usulünde ise bir isteklinin teklif vermiş olması yeterli görülmüş ise de, ihaleyi yapan idareler, yeterince rekabetin oluşmadığını kanısına varırlarsa, ihaleyi iptal etme yetkisine sahiptirler (m. 39).

Kamu İhale Kurumunun bu tür durumlarda “yeterli rekabet oluşmadığı” gerekçesiyle idarelerce alınan ihalenin iptali kararlarını mevzuata aykırı olarak görmeyen kararları da mevcuttur³⁷.

Yine idari yargı mercileri de, her somut olayı kendi özel koşullarında değerlendirerek, bazı ihalelerde kanunda belirtilen asgari sayı kadar teklif verilmiş olmasını hukuka uygun bulurken, bazı ihalelerde ise, asgari sayıda teklif verilmesine rağmen yeterince rekabet ortamının oluşmadığı gerekçesiyle ihaleleri iptal ettiği görülmektedir.

KİK’nun 21/b. maddesine göre pazarlık usulü ile yapılan, İzmir Hafif Raylı Sistem 2.aşama tünel işleri ile İzmir spor ve Hatay istasyonları ikmal yapım işi ihalesinde, beş firma doküman satın almış, 3 firma geçerli teklif sunmuştur. İhaleye davet edilmeyen bir başka firmanın itirazın şikayet başvurusunu inceleyen Kamu İhale Kurumu, rekabet ve eşit muamele ilkelelerinin zedelendiği gerekçesiyle ihalenin iptaline karar vermiştir³⁸. Kurum kararına karşı açılan iptal davasında Ankara 7. İdare Mahkemesi, yürütmenin durdurulması talebine ilişkin verdiği kararında, “kanunda en az üç isteklinin davet edilmesinin emredildiği, davet edilenlerden yalnızca bir kişinin teklif

³⁶ Kamu İhale Kurumu, 03.12.2007, 2007/UH.Z-3883.

³⁷ Kamu İhale Kurumu, 24.11.2008, 2008/UH.II-4811, **Özdemir**, s. 74.

³⁸ Kamu İhale Kurumu, 23.11.2009, 2009/UY.I-2821.

vermesi halinde bile ihalenin yapılabileceği; eşitlik ve rekabet ilkelerine aykırı davranıldığına ilişkin somut hiçbir verinin bulunmaması karşısında, yapılan ihalenin hukuka uygun olduğu ve söz konusu ihaleyi iptal eden Kamu İhale Kurumu kararının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir³⁹.

Diğer taraftan, Ankara 16. İdare Mahkemesi, bir isteklinin teklif verdiği ihaleyi rekabet koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Dava konusu olayda, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne, pazarlık usulü ile yapılan “2 (iki) aylık mamul yemek hizmeti alımı ihalesinde” üç firma davet edilmiş, iki firma gerekli belgeleri sunmadığı için değerlendirme dışı bırakılmış, ihale bir tek geçerli teklif sahibi firmaya verilmiştir. İhaleye katılmak istediği halde davet edilme talebi reddedilen bir başka isteklinin başvurusunu değerlendiren Kamu İhale Kurumu “idarenin böyle bir yükümlülüğü bulunmadığını” belirterek yapılan ihalenin mevzuata uygun olduğuna karar vermiştir. Kurumun söz konusu kararına karşı açılan iptal davasında Ankara 16. İdare Mahkemesi, iki firmanın belgeleri sunmaması ve bir tek geçerli teklif değerlendirilmeye alınması karşısında, ihalenin eşitlik ve rekabet ilkeleri açısından incelenmesinin gerekli olduğu düşüncesiyle Kurum kararının iptaline karar vermiştir⁴⁰.

Sezginer, Danıştay 13. Dairesinin yaklaşık maliyetin altında olmak şartıyla tek geçerli teklif verilen ihalelerin geçerli kabul edilmesi gerektiği; bu tür ihalelerin iptalinin hukuka aykırı olduğu, görüşünde olduğunu ve Dairenin bu görüşünün istikrar kazandığını belirtmektedir⁴¹. Kanımızca, kanunun 21. maddesi hükümlerine göre, pazarlık usulünde tek geçerli teklif verilen ihalelerin yapılması mümkündür. Ancak, özellikle ihalelere katılmak istediği halde idare tarafından davet edilmediği için teklif veremeyen kişiler

³⁹ Ankara 7. İdare Mahkemesi, 23.02.2010, E.2009/1971 (Yürütmeyi durdurma kararı), **Sezginer**, s. 51.

⁴⁰ Ankara 16. İdare Mahkemesi, 20.03.2009, E.2008/861, K.2009/346, **Sezginer**, s. 52.

⁴¹ Bu konuda bazı yarı kararları: Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 21.03.2012, İtiraz No: 2012/1363; Danıştay 13.D., 15.04.2011, E.2008/14319, K.2011/1649; Danıştay 13.D., 18.05.2011, E.2011/414, K.2011/2316; Danıştay 13. D., 19.04.2012, E.2009/1160, K.2012/836, **Sezginer**, s. 1316 vd. Bu kararlar, açık ihale usulü ile yapılan ihalelere ilişkin kararlardır. Ancak idari yargı mercilerinin konuya yaklaşımının tespiti açısından incelenmeye değer kararlardır.

tarafından rekabetin engellendiğine yönelik ciddi iddiaların da dikkate alınmasında kamu yararı vardır.

III. İDARE TARAFINDAN DAVET EDİLMEYEN KİŞİLERİN İHALEYE KATILMASI SORUNU

Kamu ihale hukukunda önemli sorunlardan biri de bazı kişilerin ihaleye katılmasının engellenmesi sorunudur. Şeffaflık, eşit muamele ve rekabet ilkeleri isteyen herkesin kamu ihalelerine katılmasını gerektirir. Kanunun emredici hükmüne rağmen uygulamada bazı kişilerin ihalelere katılması engellenebilmektedir. Bu engelleme yöntemlerinden biri de davet usulüdür.

Belli istekliler arasında ihale usulünde, genel olarak, iki aşamalı bir usuldür. Birinci aşaması ön yeterlik değerlendirmesi, ikinci aşaması ise ön yeterlik değerlendirmesinden neticesinde idare tarafından davet edilenlerin tekliflerini verdiği aşamadır. Yani teklif verecek kişiler, önce idarenin süzgecinden geçmekte, başarılı olanlar davet edilmektedir. Dolayısıyla idareden davet almayan kişilerin teklif vermesi mümkün değildir. Bir anlamda bazı kişiler, davet edilmeyerek ihaleye katılmaları baştan engellenmiş olmaktadır. Ancak, belli istekliler arası ihalede, ön yeterlik ilanı yapıldığı için, ihaleye ilgi duyan kişiler, baştan haberdar olmakta ve en azından ön yeterlik değerlendirmesi için başvuruda bulunabilmektedirler. Bu noktada, belki ön yeterlik değerlendirmesi işlemi için uyumsuzluk çıkabilir. Böyle bir hukuki uyumsuzluk için kanunda belirtilen idari ve yargısal başvuru yollarına başvurulabilir.

Pazarlık usulü ihalelerinde ise, durum biraz daha değişiktir. Pazarlık usulü ihalelerde davet yönteminin uygulanabildiği hallerde, ilan yapma konusunda kanuni bir zorunluk olmadığı için, idareler ilansız ihaleye yapmakta; sürekli belli firmaları teklif vermeye davet ederek, ihaleyi başvuru-cularardan birine verebilmektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, pazarlık usulünde ihaleye teklif vermeye davet edilecek kişileri belirleme konusunda idarenin geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Kamu İhale Kurumu ve idari yargı mercilerinin kararlarına rağmen bazı ihalelerde, davet edilecek kişilerin seçiminde keyfi davranıldığı, bazı ihalelerin kamuoyundan gizlenerek belli kişiler arasında paylaşıldığı gözlemlenmektedir. İhalelerden bir şekilde haberdar olan ve fakat idare

tarafından davet edilmeyen kişiler de ihale dokümanını satın almak ve ihaleye davet edilmek istemelerine rağmen, bunların teklif vermeleri engellenmektedir.

Aslına bakılırsa, yasal mevzuatta bu hukuksuzluğa zemin hazırlar niteliktedir. KİK'nun 21. maddesinin 2. fıkrasında, “(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde (davet yönteminin uygulanabildiği haller) ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterli belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.” Denilmiştir; 28. maddesinde ise, “ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır.” denilmiştir.

Kanunun bu iki hükmü birlikte yorumlandığında şu sonuca ulaşmak mümkündür. Pazarlık usulünde davet yöntemine konu olabilecek ihalelerde idare ilan yapmak zorunda değildir. İdare davet edeceği kişileri re'sen belirler ve ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır. Dolayısıyla idare tarafından davet edilmeyen kişiler, ihale dokümanı satın alamayacağı için ihaleye katılmaları mümkün değildir. Bu durumda idare (haklı veya haksız olarak) istemediği kişilerin teklif vermesini engellenmiş olur.

Uygulamada, sıkça karşılaşılan bu durumun kamu ihale hukukuna egemen olan rekabet, eşitlik ve şeffaflık ilkeleriyle telif etmek mümkün değildir. Burada, davet yöntemi ivedi durumlarda uygulanabilen istisnai bir yöntemdir; dolayısıyla böyle durumlarda, idareye daha fazla takdir yetkisi tanınması mümkündür, biçiminde itirazda bulunulabilir. Ancak, ivedilik vasfı olmayan birçok durumda davet yöntemi uygulanabilmektedir. Ve yine davet edilecek kişileri belirlemek için kanunda neredeyse hiçbir kriter öngörülmediği için bazı idareler adil davranmamaktadırlar.

Hatta ihaleden bir şekilde haberdar olan kişiler, ihale dokümanını satın alarak kendilerinin de davet edilmesini sağlamak için idareye başvurmakta, fakat bu talepleri idare tarafından reddedilmektedir. İdare tarafından davet edilmeyen kişilerin durumuyla ilgili farklı ihtimaller söz konusudur. Bu konuda gerek Kamu İhale Kurumu ve gerekse idari yargı mercilerinin kararında da istikrar yoktur. Bunlara yeri geldikçe değinilecektir.

İdare tarafından davet edilmeyen kişilerin başvurmaları halinde, sonradan ihaleye davet edilmelerinde hukuki bir sakınca yoktur. İdarenin, bir

istekliyi sonradan ihaleye teklif vermeye davet etmesini yasaklayan bir hüküm yoktur.

İhaleye davet edilmeyen kişilerin ihale dokümanı satın almak istemesi halinde, kendilerine ihale dokümanı satılması için idarenin zorlanması konusunda Kamu İhale Kurumu kararlarının istikrarlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Kurum, bazı kararlarında “*burada en az isteklinin davet edilmesi daha fazla isteklinin davet edilemeyeceği veya davet edilmeyen firmaların ihaleye katılmayacakları anlamına gelmemektedir*⁴². Bu nedenle rekabetin sağlanması açısından pazarlık usulü ile yapılan ihalelere davet edilmediği halde, ihale dokümanı satın almak isteyen kişilere, ihale dokümanı satılması⁴³” gerektiğini belirtirken; bazı kararlarında ise, “*4734 sayılı Kanununun 21 nci maddesinin b, c ve f bendine göre yapılan ihalelerde en az 3 isteklinin ihaleye davet edilmesinin zorunlu olduğu, bunun dışında davet edilmeyenlere idarece doküman satılması zorunluluğunun bulunmadığı*⁴⁴”, için “*davet edilmediği halde katılmak isteyen firmaya şartname satılmamasının uygun olduğu*⁴⁵” karar vermiştir.

Davet edilmeyen kişilerin ihaleye katılması konusunda bu tereddütler yaşanırken, 2012 yılında KİK’nun 28. maddesinde değişiklik yapılarak (yukarıda aktarıldı), “ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır.” hükmü eklenmiştir. Bu yasa değişikliğinden sonra, Kamu İhale Kurumu “*04.07.2012 tarihli ve 6353 sayılı Kanununun 28. maddesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ‘ihale ve ön yeterlik dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı’ hükmüne yer verilmiştir. Yapılan incelemede pazarlık usulü ile ilansız şekilde gerçekleştirilen ihalede başvuru sahibinin ihaleye davet edilmediği, buna göre Kamu İhale Kanununun 28. maddesinde yer alan emredici hüküm kapsamında ihale dokümanının da kendisine satılmadığı, dolayısıyla*

⁴² Kamu İhale Kurumu, 19.10.2006/UM.Z-2538, Nevzat Şahin, “Pazarlık Usulünde Davet Edilmeyen İsteklinin İhaleye Katılmak İstemesi Sorunu”, Kasım 2010, s. 2 (<https://uzmanbelediye.wordpress.com/page/6/>: 18.09.2014).

⁴³ Kamu İhale Kurumu, 02.03.10, 2010/UH.I-686; 01.11.2010, 2010/UY.II-3323, Özdemir, s. 73; Kamu İhale Kurumu.

⁴⁴ Kamu İhale Kurumu, 12.12.2011, 2011/U.II-4136.

⁴⁵ Kamu İhale Kurumu, 16.10.2006, 2006/UH.Z-2490, Şahin, s. 1.

*başvuru ehliyetine haiz olmadığı*⁴⁶ yönünde kararlar vererek, itirazın şikâyet başvurularını ehliyet yönünden reddetmektedir⁴⁷. Dolayısıyla, Kuruma göre, bu kişilerin idareye yaptıkları başvuruların reddi kararına karşı itirazın şikâyet imkânı olmadığı için, Kurum kararı aracılığı ile idareyi zorlamaları ve ihaleye katılmaları mümkün değildir⁴⁸.

⁴⁶ Kamu İhale Kurumu, 11.10.2013, 2013/UY.IV-4003, Duygu **Kılıç Çaylı/İlyas Çaylı**, Kamu İhale Hukukunda 1000 Soruya Cevap, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 450.

⁴⁷ Ömer Tuğrul **Zor**, “Kamu İhale Kurulu ve Danıştay Kararları Çerçevesinde İhale İşlemlerine Yönelik İdari Başvuru Ehliyeti”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 96, Ağustos 2014, s. 119.

⁴⁸ Burada, Danıştay başkanlığı tarafından yapılan bir ihale olması itibarıyla bizce ironik olan ve Kamu İhale Kurumu kararına da konu olmuş bir olayı aktarmak istiyoruz. Danıştay Başkanlığı tarafından 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesine istinaden 2011/116625 ihale kayıt numarası ile ihalesi yapılan “Danıştay Yeni Hizmet Binası Tefriş İş” ihalesine davet edilmek için 14.06.2011 tarihinde dilekçe ile idareye başvurdukları, ancak ihaleye davet edilmedikleri, ihaleye davet edilmedikleri için ihale dokümanı almadıkları, idareye şikâyetle bulunamadıkları iddia edilerek, ihaleye davet edilmediklerinden ihalenin iptali talep edilmiştir.

Kamu İhale Kurumu, “4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatın yukarıda yer verilen düzenlemelerinde; şikâyet ve itirazın şikâyet ehliyeti doküman satın almaya bağlanmış olduğundan, ihale dokümanı satın almayan başvuru sahibinin Kuruma itirazın şikâyetle bulunabilme ehliyeti bulunmamaktadır. Ayrıca, başvuru sahibi şikâyete konu işleme karşı (idareye şikâyetle bulunmadan) doğrudan Kuruma başvurmuştur. Başvuru sahibinin idareye yaptığı başvuru söz konusu ihale ile ilgilendiklerini, ihaleye katılma isteğinde olduklarını göstermekle birlikte, bu başvuru 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatın tanımladığı şekilde bir şikâyet başvurusu değildir. Başvuru sahibinin şikâyete konu işleme karşı (şikâyet mahiyetinde bir dilekçe ile idareye başvuru olmaksızın) doğrudan Kuruma yaptığı başvuru usul hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Öte yandan, Kuruma verilen dilekçede, (kendileri ihaleye davet edilmediğinden) ihalenin iptali talep edilmekle birlikte, ihalenin iptalini gerektiren sebeplerin, idarenin işlemde mevzuata aykırılık bulunduğu iddia ediliyorsa bu husustaki delillerin de belirtilmediği anlaşıl-makta olup, bu yönüyle de Kuruma yapılan başvuru mevzuata uygun bulunmadığı” gerekçesiyle **oy çokluğu** ile başvuruyu usulden reddetmiştir.

KARŞI OY

İncelemeye konu ihaleye katılmak için başvuru sahibi tarafından ihale dokümanı satın almak amacıyla idareye 14.06.2011 tarihinde başvuruda bulunduğu ancak idare tarafından ihale dokümanının sadece ihaleye davet edilen kişilere satılabileceği belirtilerek talebin reddedildiği anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanunun “Pazarlık usulü” başlıklı 21 inci maddesinin ikinci fıkrasında; *“(Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterli belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.”* hükmü yer almakla birlikte, Kamu ihale mevzuatında davet edilmediği halde ihale dokümanı satın almak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin ihaleye davet edilip edilmeyeceği veya bu isteklilere ihale dokümanı satılıp satılmayacağı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde rekabet ve eşit muamele ilkesi temel ilkelerden sayılmış olup, ihalelerde sağlanması gereken eşit muamele ve rekabet ilkesi uyarınca ihaleye davet edilmeyen ancak ihale dokümanı satın almak için idareye müracaat eden ve doküman isteyen gerçek veya tüzel kişilere ihale dokümanı satılması ve ihaleye katılımının sağlanmasının temel ilkelerin gereği olduğu, aksi halde rekabet ve eşit muamele ilkesinin ihlal edilmiş olacağı, doküman talep edilmesine rağmen davet edilmeyen veya doküman verilmeyen ihalelerde ise ihale sürecinin söz konusu temel ilkelere aykırı olarak sonuçlandırılmış olacağı açıktır.

KARŞI OY

Danıştay Genel Sekreterliği tarafından 10.08.2011 tarihinde yapılan ihaleye katılmak için başvuru sahibi tarafından 14.06.2011 tarihinde idareye başvurulduğu ancak, ilgilinin ihaleye davet edilmediği anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde belirtildiği üzere idareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde, rekabeti, güvenilirliği ve ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur ve görevlidirler.

Her ne kadar 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendine göre yapılacak ihalelerde üç isteklinin davet edilmesi yeterli görülmüş ise de, ihalede rekabetin oluşması, idareye güvenirliliğin sağlanması ve ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanabilmesi için, ihaleye davet edilmese dahi ihaleye katılmak üzere idareye başvuran isteklilere de ihale dokümanı satılması, bu suretle ihaleye katılımın sağlanması, kamu ihale mevzuatının amacına daha uygun düşmektedir.

4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendine göre ihale yapılmasında amaç ihaleye az sayıda katılımın sağlanması değil, ihale sürecini kısaltarak acil olan ihtiyaçların kısa sürede giderilmesidir. Burada en az 3 isteklinin ihaleye davet edilmesi gerektiğine yönelik düzenleme, daha fazla isteklinin davet edilmeyeceği veya davet edilmeyen firmaların ihaleye katılmayacakları anlamına gelmemektedir. Kaldı ki, 4734 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatta anılan durumda bulunanlara ihale dokümanı satılmayacağına ve davet edilmeyen firmaların ihaleye katılmayacaklarına ilişkin engelleyici bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Bu konuda idari yargı mercilerinin eşitlik ve rekabet ilkelerine vurgu yaparak, isteyen herkesin ihalelere katılmasının sağlanması yönünde karar verdiklerini söylemek mümkündür. İdari yargı mercilerinin, Kamu Kamu İhale Kurumunun verdiği kararlara karşı açılan davalarda, “*ihaleye katılmak için ihale dokümanını almak iradesini ortaya koyan ve bu talebin ihaleyi yapan idarece reddi halinde, kişilerin istekli olabilecek kapsamına gireceği açıktır*⁴⁹”, “*ihalelerde sağlanması gereken eşit muamele ve rekabet ilkeleri uyarınca ihale dokümanı satın almak isteyen gerçek veya tüzel kişilere ihale dokümanı satılması ve ihaleye davet edilmesi gerektiği anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır*⁵⁰”, şeklinde kararlar verdiğini görüyoruz.

Yine eklemek gerekir ki, sadece kanunda belirtilen istisnai durumlarda uygulanabilecek davet yönteminde, ihaleye katılmak istediği halde davet edilmeyen kişilerin bulunması ve bu konudaki talepleri dikkate alınmayarak yapılan ihalelerin doğrudan hukuka aykırı olduğu söylenemez. Kanun koyucu, bilinçli olarak, ivedilik arz eden durumlarda kamusal ihtiyaçların karşılanması için idareye takdir yetkisi vermiştir. Dolayısıyla, idare takdir yetkisi kapsamında bir tercihte bulunabilir. Bu bağlamda hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için ihalelerde temel ilkelere aykırı davranıldığına ilişkin somut verilerin bulunması gerekir. İdari yargı mercilerinin, ihaleye katılmak istediği halde davet edilmeyen istekli bulunsa da ihalede eşitlik, saydamlık ve rekabet gibi uyulması gereken temel ilkelere aykırı davranıldığına ilişkin somut hiçbir verinin bulunmadığı olaylarda yapılan ihaleyi hukuka uygun bulma yönünde, bizce de doğru olan, bir eğilimi vardır⁵¹.

Bu durumda; ihale dokümanı satın alabilmek amacıyla idareye başvuruda bulunan ancak, İdarece, ihaleye davet edilmeyen, böylelikle, ihaleye katılmasına engel olunan başvuru sahibinin talebinin idare tarafından kabul edilmemesi sonucunda Kuruma yaptığı itirazın şikayet başvurusunun esastan incelenerek karar verilmesi gerekmektedir. Kamu İhale Kurumu, 25.08.2011, 2011/UM.II-2984, (http://www.kikitirazi.net/kamu_ihale_kurulu_uyusmazlik_karari_29217: 19.01.2014).

⁴⁹ Ankara 11. İdare Mahkemesi, 10.08.2011, E.2011/613, **Özdemir**, s. 73.

⁵⁰ Ankara 4. İdare Mahkemesi, 10.11.2008, E.2008/1407 (YD kararı), **Şahin**, s. 3; aynı yönde, Ankara 16. İdare Mahkemesi, 20.03.2009, E.2008/861, K.2009/346, **Sezginer**, s. 52.

⁵¹ Ankara 7. İdare Mahkemesi, 23.02.2010, E.2009/1971, **Doğanyigit**, s. 545.

Kanımızca, Kamu İhale Kurumunun KİK'nun 28. maddesinde “*ihale ve ön yeterlik dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı*” yönündeki değişiklikten sonra, davet edilemeyenlerin itirazın şikâyet ehliyetlerinin olmadığı yönündeki yaklaşımı isabetli değildir. Davet yönteminde idareye tanınan takdir yetkisi, bazı kişileri davet etmemek suretiyle engellenerek, ihalelerin belli kişilere verilmesini sağlamak amacıyla kullanılmamalıdır. İdarenin ihaleye katılmak için davet edilmeyi talep eden kişi veya kuruluşların tümünü ihaleye davet etme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, yapılan ihalede rekabetin engellendiğine ilişkin ciddi ve somut verilere davalı iddiaları söz konusu ise, Kamu İhale Kurumu bunları ehliyet yönünden reddetmemeli ve incelemeye almalıdır.

IV. İHALEYE DAVET EDİLMEYEN KİŞİNİN ORTAK GİRİŞİM OLARAK KATILMASI

İdare tarafından davet edilmediği için ihaleye katılmayan kişilerin hukuki durumuna ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus, bunların bir konsorsiyum/ortak girişim üyesi olarak ihaleye katılmaları meselesidir. Bir başka ifade ile, pazarlık usulü ihalelerinde, ihaleye davet edilmeyen bir istekli, davet edilen bir başka istekli ile ortak girişim oluşturarak ihaleye katılmak isteyebilir. Acaba bu mümkün müdür?

KİK'nun “Tanımlar” başlıklı 4'üncü maddesinde, “*Ortak Girişim: (Değişik: 4964/3 md.) İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları*” ifade eder biçiminde tanımlanmıştır.

Aynı kanununun 14.maddesinde, “*ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler.*” denilmiştir.

Pazarlık usulü ile ihale edilen ve ilanı zorunlu olmayan ihalelerde, ihaleye teklif vermeye davet edilen isteklilerin, davet edilmeyen firmalar ile

iş ortaklığı kurup kuramayacağı konusunda kamu ihale mevzuatında açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kamu ihale Kurumu, pazarlık usulü ile ihale edilen ve ilanı zorunlu olmayan ihalelerde, ihaleye teklif vermeye davet edilen isteklilerin, davet edilmeyen firmalar ile iş ortaklığı kurmasının mevzuata aykırı olmayacağına karar vermiştir. Karara konu olan olayda, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 26.Bölge Müdürlüğü tarafından 19.09.2013 tarihinde pazarlık usulü ile yapılan “Gümüşhane-Derinköy, Ferhatlı-Gümüşhane ve Soğanlı Köy Yolları Tamamlama İşi” ihalesinde, idarece ihaleye davet edilenfırmasının, haleye davet edilmeyen bir başka firma olan ... ile iş ortaklığı kurarak ihaleye teklif vermesinin uygun görülmediği ve tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı, idarece tesis edilen işlemin mevzuata aykırı olduğu ve tekliflerinin geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği iddiaları ile önce şikayet, ardından da itirazın şikayet başvurusu yapılmıştır.

Kurumun kararında, “Kamu İhale Genel Tebliği’nin 15.2.3’üncü maddesi uyarınca da isteklinin ortak girişim olması halinde, ortaklardan herhangi birinin dokümanı satın almasının veya EKAP üzerinden e-imza kullanarak indirmesinin, ihaleye teklif vermeleri için yeterli olacağına düzenlendiği göz önüne alındığında; pazarlık usulü ile ihale edilen işlerde ihaleye davet edilen isteklinin doküman satın almış olması halinde, ihaleye davet edilmeyen ve doğal olarak da doküman satın alma ihtimali bulunmayan istekliler ile iş ortaklığı kurarak ihaleye teklif vermesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı⁵²” belirtilmiştir.

Ancak bu karara karşı açılan iptal davasında Ankara 16. İdare Mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı vermiştir⁵³. Mahkeme kararının gerekçesinde, “*Bu durumda; söz konusu ihaleye teklif vermesi için sadece, ihaleyi yüklenen iş ortaklığındaki payı %20 olan Fatih Tahtalı’nın davet edildiği, anılan Kanunda, açıkça, ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dökümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı ve ihale veya ön yeterlik dökümanı satın almış olanların istekli olabileceğinin öngörüldüğü, buna göre pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde idarece ihaleye davet edilmeyen*

⁵² Kamu İhale Kurumu, 13.11.2013, 2013/UY.II-4238, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>; 19.9.2014).

⁵³ Ankara 16. İdare Mahkemesi 20.03.2014 tarihli ve E:2013/1829 sayılı yürütmeyi.

ve doküman satın almayan isteklilerin, doküman satın alan başka isteklilerle iş ortaklığı kurarak ihaleye katılmalarının hukuken mümkün olmadığı, kaldı ki aksi düşüncenin kabulünün haksız rekabete yol açacağı anlaşıldığından, söz konusu iş ortaklığının değerlendirmeye alınması yolunda tesis edilen dava konusu işlemin hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Öte yandan, dava konusu işlemin uygulanması halinde ihalenin hukuka aykırı bir şekilde sonuçlandırılacağı, bu durumun telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açabileceği açıktır.” denilmiştir.

Kanımızca, mahkemenin görüşünün benimsenmesi mümkün değildir. Pazarlık usulünde ilanı zorunlu olmayan ihalelerde, ihaleye teklif vermeye davet edilen isteklilerin, davet edilmeyen firmalar ile iş ortaklığı kurmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. İhale hukukunda asıl olan yasaklı olmayan herkesin serbestçe ihaleye katılabilmesidir. Fakat yukarıda açıklandığı üzere, kanun zorunlu hallerde belli kişilerin davet edilerek ihale yapılmasına müsaade etmiştir. Kanunun bu hükmü, daha fazla kişinin ihaleye katılmasını engelleme amacıyla konulmamıştır. Aksine, ihaleye katılımın yüksek olması idarenin yararına. Dolayısıyla, ihale dokümanında konsorsiyumların ihaleye teklif veremeyeceğini ilişkin bir hüküm öngörülmemişse, davet edilmeyen firmaların, davet edilenlerle birlikte ortak girişim olarak ihaleye katılmaları hukuka uygundur.

SONUÇ

Kamu ihalelerinde eşitlik ve rekabet ilkeleri, kişiler arasında ayrımcılık yapılmadan herkese ihalelere katılma fırsatının tanınmasını gerektirir. İhaleyi yapan kamu idareleri, herkesin özgür iradesiyle, serbest biçimde ihalelere katılmasına fırsat tanımak zorundadır. Bunu sağlamanın en önemli araçlarından biri de ihalelerin ilanı ve ilgi duyan kişilerin doğrudan teklif verebilmesidir. Ancak, kanun koyucu, bazı durumlarda, ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen kişilerin teklif verebilmesine imkân tanımıştır. Davet yönteminin uygulandığı ihalelerde dileyen herkes ihaleye katılıp teklif veremez. Söz konusu ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen kişiler teklif verebilir. Eşitlik ve rekabet gibi temel ilkelere zedeler nitelikteki bu yöntem yalnızca kanunda düzenlenen istisnai durumlarda uygulanabilir.

KİK'na tabi ihalelerde davet yöntemi, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde uygulanabilir. Belli istekliler arasında ihale usulü, KİK kapsamına giren yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde uygulanabilir. Belli istekliler arasında ihale usulünde, ihaleyi yapan idare, ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından ihale dokümanında belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.

Pazarlık usulü ihalelerinde, idare, önceden öngörülemeyen ve ivedilik arz eden, ayrıca idarenin iradesinden kaynaklanmayan anormal durumların ortaya çıkması halinde, re'sen belirlediği kişileri doğrudan teklif vermeye davet edebilir. Pazarlık usulünde davet yönteminin uygulandığı ihalelerde ilan yapılması zorunlu değildir. Davet edilecek kişilerin tespitinde idareye geniş takdir yetkisi tanınmıştır.

Ancak, bu yöntem kamusal zorunluluktan doğan istisnai bir uygulamadır. Kamu idareleri, kanunun verdiği bu imkânı kamu yararının dışında başka amaçlarla, özellikle bazı kişileri davet etmeyerek, ihaleleri belli kişilerin almasını sağlamak amacıyla kullanmamalıdır.

Kaynaklar

- Abacıoğlu**, Muhittin/**Abacıoğlu**, Ali; Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Atay**, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Atay**, Tuğrul; “Türkiye ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Savunma ve Güvenlik Alanındaki Alımlar” (yayımlanmamış uzmanlık tezi) Kamu İhale Kurumu, Ankara 2013.
- Barçın**, H. Bahadır; Kamu İhale Kanunu, C. 1, Ankara Yayınevi, Ankara 2013.
- Çağlayan**, Ramazan; İdare Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Demirel**, Sami; “Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebeye Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi”, Terazi Hukuk Dersi, S. 94, Temmuz 2014.
- Doğanyığıt**, Sadettin; Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2013.
- Kılıç Çaylı**, Duygu/**Çaylı**, İlyas; Kamu İhale Hukukunda 1000 Soruya Cevap, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Kılıç**, İlyas/**Kılıç Çaylı**, Duygu; Kamu İhale Kurumu Emsal Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Özdemir**, Erkan; “Davet Usulüyle Yapılacak İhalelerde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.90, Şubat 2014, s. 71.
- Sancaktar**, Oğuz; İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Sezer**, Yasin; “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 26, Mart 2002.
- Sezer**, Yasin; Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Sezginer, Murat; İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

Şahin, Nevzat; “Pazarlık Usulünde Davet Edilmeyen İsteklinin İhaleye Katılmak İstemesi Sorunu”, Kasım, 2010 (<https://uzmanbelediye.wordpress.com/page/6/>: 18.09.2014).

Tan, Turgut; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Uz, Abdullah; Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

Zor, Ömer Tuğrul; “Kamu İhale Kurulu ve Danıştay Kararları Çerçevesinde İhale İşlemlerine Yönelik İdari Başvuru Ehliyeti”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 96, Ağustos 2014.

^HCEZA HUKUKUNDA MAĞDURUN KORUNMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

*Yrd. Doç. Dr. Esra ALAN AKCAN**

A. Genel Olarak

20. yüzyılın son yarısından itibaren, hukuk sistemlerinde, mağdurun korunması konusunun önemsendiğini ve bu konuya ilişkin düzenlemelerin arttığını belirtmiştik. Buradan hareketle, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun asıl amaçlarından birinin de mağdurun tatmini, korunması ve zararlarının giderilmesi olduğunu benimseyen Türk hukukunda da konuya ilişkin çalışmalar hız kazanmıştır. Çağdaş gelişmelere paralel bir şekilde, çeşitli kanunlarda ve de özellikle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda mağdur haklarına ve mağdurun korunması konusuna önem verilmiş ve konuya ilişkin yeniliklere kanun metninde yer verilmiştir. Mağduru korumaya yönelik yeni kurumlara ilişkin düzenlemelerin uygulamaya geçirilmesinde, doğal olarak bazı aksaklıklar ortaya çıkmış¹ olsa da, bu kurumlar adli yargıda mağdura verilen önemin göstergesi olmuştur.

Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların tamamının çözümünün devletten beklenmesi, günümüz koşullarında güçleşmiştir. Kişilerin haklarına kavuşmalarını hızlandırmak adına yargı dışı çözüm yöntemleri geliştirilmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri diye adlandırabileceğimiz bu yollarla, yargının yükü hafifletilmeye çalışılmış ve daha önemlisi kişilerin adalete ulaşması hızlanmıştır.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Kafes**, Veli, “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*” AÜHFD, 60 (1), 2011: 83-156, s. 84.

Başka bir ifadeyle, günümüz dünyasında hızla gelişen ekonomik ve sosyal hayat, beraberinde yeni bir takım suçların ortaya çıkmasına neden olmuş ve zaten yoğun olan adliyelerin iş yükünü daha da yoğun hale getirmiştir. Bu durumda da uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözüm yöntemleriyle giderilmesini zorunlu hale getirmiştir. Bu anlamda ceza uyuşmazlıklarının da klasik yargılama dışına çıkartılması ve mahkeme dışındaki bir takım yöntemlerle çözümlenmesi için düzenlemeler yapılmaktadır. Tam da burada karşımıza “mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri” veya “ADR (Alternative Dispute Resolution=Alternatif Uyuşmazlık Çözümü²)” terimi çıkmaktadır. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri, ceza uyuşmazlığının klasik yargılama dışına çıkartılması ve mahkeme dışındaki birtakım yöntemlerle çözümlenmesini ifade etmektedir³. Bu anlamda da karşımıza uyuşmazlığı çözüm yöntemi olarak, önödeme, arabuluculuk, uzlaşma, davanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi yöntemler çıkmaktadır⁴. Tüm bu yöntemler, mağdurun korunması kapsamında ele alınacak tedbirler olarak değerlendirilebilir. Türkiye’de ceza uyuşmazlıklarının yıldan yıla büyük artış göstermesi, cezaevlerinde yer kalmaması ve toplumun ceza adaletinden memnun olmaması gibi hususlar gözetildiğinde, ADR’nin veya başka bir ifadeyle, seçenek yaptırımlar konusunun⁵ esasında

² ADR’nin mahkemelerin yükünün hafifletilmesinde etkin rol üstleneceği öngörülmektedir. Nitekim Amerikan hukukunda bunun gözlemlendiği söylenebilir. Amerikan hukuk sisteminde uyuşmazlıkların mahkeme dışı alternatif çözüm yöntemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Macuncu**, Muhsin, “*Amerikan Hukuk Sistemlerinde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri*” Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010 Özel Sayı: 1, Uzlaşma (s. 75-85), s. 85.

³ Ancak ülkemizde ceza hukuku alanında pek de kullanılmayan *diversiyon* terimi; daha çok özel hukuktaki mahkeme dışı uyuşmazlık yöntemlerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak Avusturyalı ceza hukukçuları literatürde *diversiyon* terimini kullanmaktadırlar. **Gökcan**, Hasan Tahsin, “*Avusturya Ceza Hukukunda Mahkeme Dışı Uyuşmazlık (Diversiyon) Yöntemleri*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010 Özel Sayı: 1, Uzlaşma (s. 37-74), s. 37.

⁴ **Gökcan**, Hasan Tahsin, “*Avusturya Ceza Hukukunda Mahkeme Dışı Uyuşmazlık (Diversiyon) Yöntemleri*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 2010 Özel Sayı: 1, Uzlaşma, (s. 37-74) s. 39.

⁵ **Gökcan**, s. 74.

mağduru koruduğu kadar, toplumu/devleti de koruduğu ve bunun için de önemli olduğu söylenebilir.

Hukukumuzda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda (TCK), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda (CGTİHK) mağdurun korunmasına ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır. Bunun dışında mağdurun, hukuk mahkemelerinde zararının giderilmesini isteme hakkı bağlamında tazminat davası açma hakkı da saklıdır. Bu anlamda Medeni Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi kanun hükümleri içerisinde de mağduru ilgilendiren hükümlerin bulunduğunu belirtebiliriz.

Bu bölümde, CMK kapsamında mağdurun korunmasına yönelik getirilenler başta olmak üzere, yeni kurumlardan önemli addettiklerimize değineceğiz.

B. Arabuluculuk

İşlenmiş suçların failleri ile mağdurları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun kullanılması, 21. yüzyılın başına kadar hukukumuzda üzerinde yeterli ölçüde çalışılmış bir konu değildi⁶. Mağdurla ilgili endişeler ile faillerin tekrar topluma uyumlu bir birey haline getirilmesini (rehabilitation) amaçlayan görüşlerin, suçtan doğan zararın tazmin ve telafisi düşüncesiyle bir araya getirilmesi sonucunda, ceza adaleti alanında arabuluculuk sistemi geliştirilmiştir⁷. Anglo-Amerikan hukukunda ortaya çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm hareketinin (Alternative Dispute Resolution, ADR), bir parçası olarak gelişen mağdur-fail arabuluculuğu, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de hızla yayılmaktadır⁸. Örneğin Almanya'da son yıllarda, fail ve mağdur arasında arabuluculuk giderek, ceza adaletinde önem

⁶ **Özbek**, Mustafa Serdar, "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması", *Kazancı Hukuk Dergisi*, 2010/1 (s. 116-183), s. 117.

⁷ **Özbek**, Mustafa Serdar, *Alternatif Çözüm Arayışları*, s. 125.

⁸ **Özbek**, Mustafa Serdar, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk' Konulu Tavsiye Kararı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2005 (s. 127-166), s. 127.

kazanmaktadır⁹. Alman Ceza Usul Kanunu'nun 153 (a) maddesi uyarınca, usulün her aşamasında savcılık ve mahkemenin daima fail - mağdur arasında bir arabuluculuk olanağı araştırması ve bu arabuluculuğun gelişmesi koşullarını meydana getirmeye çalışması gerekmektedir¹⁰.

Amerika Birleşik Devletlerinde, fail - mağdur arabuluculuğu programlarının büyük bir kısmı, mahkemelerle yakın bir ilişki içinde faaliyet gösteren özel kuruluşlarca desteklenmekteyken, sayısı giderek artan diğer bazı programlar doğrudan denetimli serbestlik büroları tarafından yürütülmektedir. Örneğin, Dallas, Houston gibi yerlerdeki programlar yerel uyuşmazlık çözüm merkezlerince desteklenmektedir¹¹. Mağdur- fail arabuluculuğunun gelişimi, Avrupa Konseyi ve Komisyonu tarafından da desteklenmektedir¹². Bu kapsamda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 15 Eylül 1999'da R(99) 19 sayılı "Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" konulu tavsiye kararını kabul etmiştir¹³. Bu tavsiye kararında, arabuluculuğun, ceza konularında kullanılmasının geleneksel cezai takibatları tamamlayıcı ya da bunlara alternatif olan, esnek, kapsamlı, sorun çözmeye yönelik, katılımcı bir seçenek olduğu vurgulanmaktadır¹⁴. Ayrıca Avrupa Birliği Antlaşması'nın VI. Başlığı uyarınca kabul edilen "Mağdurların Cezai Takibatlardaki Durumu Hakkındaki Konsey Çerçeve Kararı" da 22.3.2001 tarihinde Avrupa Toplulukları Resmi Gazete'sinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹⁵. Bu çerçeve karar ile mağdurların ikinci kez mağdur olmasına neden olabilecek kısmi

⁹ **Dölling**, Dieter, "İşlenen Suç Nedeniyle, Suç Failleri ve Mağdurları Arasında Arabuluculuk" (mediation), (Çev. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010 Özel Sayı: 1, Uzlaşma (s. 18-21), s. 18.

¹⁰ **Dölling**, s. 19.

¹¹ **Umbreit**, Mark S., "Mediating Criminal Conflict Handbook of Alternative Dispute Resolution, Austin 1990 (s. 227-238), s. 228.

¹² **Özbek**, Mustafa Serdar, "Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları ve Çocuk Arabuluculuğu", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008 (s. 449-466), s. 455-456.

¹³ **Özbek**, Mustafa Serdar, Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik, s. 456; **Özbek**, Mustafa Serdar, Tavsiye Kararı, s. 130 vd.

¹⁴ **Jahic**, Galma/**Yeşiladalı**, Burcu, Onarıcı Adalet, Mağdur - Fail Arabuluculuğu ve Ceza Davalarında Uzlaşma Eğitim Materyalleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 37.

¹⁵ **Jahic/Yeşiladalı**, s. 41.

veya tutarsız çözümler üretmekten kaçınarak, mağdurların ihtiyaçları göz önünde bulundurulmaya çalışılmıştır (m.5). Bunun dışında, suç mağdurlarına yardım önlemleri ve özellikle de tazminat arabuluculuğuna ilişkin hükümlere (m. 7) yer verilmiştir.

Mağdur-fail arabuluculuk programlarıyla, mağdurlar ile failer arasındaki kişisel ilişkileri kesen bir ceza hukuku sistemi terk edilmekte; bunun yerine, suçun sadece devlete karşı değil, temelde insana karşı olduğunu kabul eden eski ilkelere dayanılmaktadır¹⁶. Ayrıca burada mağdurun daha aktif olarak katıldığı bir süreç söz konusu olmakla birlikte, mağdurla failin menfaatlerini birlikte koruyan bir yöntem izlenmektedir¹⁷.

Mağdur-fail arabuluculuğu anlayışı, ceza adaleti sistemindeki üç çağdaş akımın sonucudur¹⁸. Bunlar, ceza adaleti sisteminde mağdurlar ve mağdurların işlevi hakkında artan bir ilgi; failerin cezalandırılma yolları ve failere yönelik davranış şeklinden duyulan tatminsizlik; uyuşmazlık çözümü ve yönetiminde, bilinen yöntemlere yeni alternatiflerin bulunmasıdır.

Hukukumuzda mağdur-fail arabuluculuğunun ceza ve ceza muhakemesi hukukundaki uygulama örneğini, uzlaştırma kurumu ile görmekteyiz. Ancak bunun dışında, 22 Haziran 2012 tarih ve 28331 sayılı RG’de yayımlanan 7.6.2012 tarihli ve 6325 Sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹⁹” ile, bu alanda arabuluculuk yasal düzenlemeye tabi kılınmıştır. Bunun dışında, 6100 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da arabuluculuğa ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin, ön inceleme aşamasında hâkim tarafları sulhe ya da arabuluculuğa teşvik edebilmektedir (HMK m. 137, 140).

¹⁶ Programların çoğunun, ağır suçları ve cinsel suçları arabuluculuktan muaf tutmalarına karşılık, bazı programlar arabuluculuğa konu olabilecek suçlar hakkında bir sınırlama yapmamakta ve daha ağır suçları içeren davaları bile arabuluculuk kurumu içerisinde mütalaa etmektedirler. **Robinson**, Gwen, *Victim-Offender Mediation, Limitations and Potential*, Oxford 1996, s. 23.

¹⁷ **Umbreit**, Mark S., “Victim Offender Mediation in Juvenile or Criminal Courts (ADR Handbook for Judges, American Bar Association 2004 (s. 225-236), s. 229.

¹⁸ **Özbek**, Mustafa Serdar, *Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları* (Kazancı), s. 127.

¹⁹ Yürürlük başlıklı m. 37 uyarınca, bu Kanun (28 ile 32. maddeler ve geçici maddeleri hariç) yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girecektir.

C. Onarıcı Adalet

a. Genel Olarak

Ceza adaleti sistemi büyük ölçüde, suçun devlete karşı işlenmiş olduğu düşüncesine dayandığı için, devlet adına iddia görevini yapan savcılar, suçlu hakkında soruşturma yapar ve gerek görürlerse, ceza (kamu) davasında faile ceza verilmesini talep ederler²⁰. Ancak bu anlayış, mağdurun kendisine karşı işlenen suçla ve faille arasında bulunan ilişkiyi gözden geçirir ve bazen de muhakeme sürecinde mağduru ihmal eder. İşte bu açığı kapatan bir anlayış olan onarıcı adalet anlayışı, mağdur, fail ve toplum²¹ arasındaki ilişkiye dayanır ve öncelikli olarak suçlunun cezalandırılmasını değil, mağdurun zararın tazmin ve telafisini amaçlar²².

²⁰ **Özbek**, Mustafa Serdar, Alternatif Çözüm Arayışları, s. 141.

²¹ Onarıcı adalette toplumun rolünün anlaşılabilmesi için, toplumdan ne kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Toplum, bölge veya yakınlık temelli bir grup insan olabileceği gibi, bir bütün olarak herkesi de ifade edebilir. Bunlardan her birinin uyumsuzluk ve haksızlıktan gördükleri zarar farklı şekillerde ve derecelerde olmaktadır. Bu nedenle bunlardan her birinin değişik şekillerde onarma sürecine katılmaları mümkündür. Bunların, olay bağlamında ortaya çıkan gerekliliğe göre oynayacakları rol değişebilir. Örneğin, mağdur veya failin yakın çevresi onarıcı süreçte onlara destek verebilir. Bu yakınlık, ailesel veya başka türlü bir yakınlık olabilir. Bölgesel temelli topluluk ise, sadece belli bir yerde bulunmaktan dolayı bir haksızlıktan etkilenen topluluğu ifade eder. Esasen yapılan bu ayırım keyfi bir ayırımdır ve bu toplulukların birbirinden kesin olarak ayrılması da mümkün değildir. Örneğin, bir bölgede hırsızlık yapılması durumunda, bölgesel topluluk aynı zamanda mağdurun yakın çevresi de olacaktır. Ancak, bölge veya yakınlık temelli toplumlar, genellikle hırsızlıktan bütün topluma göre doğrudan ve daha fazla etkilenirler. **Çetintürk**, Ekrem, Onarıcı Adalet - Ceza Adalet Sistemindeki Uzlaştırma Kurumunun Temelini Teşkil Eden Adalet Anlayışı-, Ankara 2008, s. 13-14.

²² Cezalandırma ve caydırmayı esas alan günümüz ceza adaleti sistemine bir alternatif olarak ortaya konan onarıcı adalet anlayışının temel ilkeleri şu şekildedir:

- Suçlar ilk olarak mağdurlara, ikinci olarak devlete karşı yönelmiş fiillerdir.
- Mağdurla fail arasındaki ilişkinin düzeltilmesinde mağdurun zararlarının tazmini ve telafisi önemli bir etkidir.
- Mağdurun zararlarının giderilmesi, genellikle mağdura bir miktar paranın ödenmesi veya belli bir toplum hizmetinde bulunulması biçiminde olmak üzere, mağdurun zararının tazmin edilmesi yoluyla sağlanır.

Onarıcı adalet (restorative justice), özellikle Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Yeni Zelanda ve Avustralya'da oldukça yaygın olarak kullanılan Anglo- Sakson menşeli bir kavramdır²³. Onarıcı adalet kavramının gerçekleştirilmesine yönelik olarak belirlenmiş herhangi bir teknik, yöntem veya program bulunmadığından, genel bir tanım yapmak bir hayli zordur²⁴. Onarıcı adalet kavramının gelişiminin temelinde asıl olarak mağdur ve mağdurun haklarının korunması fikri olmakla birlikte, onarıcı adaletin bunun çok daha ötesinde bir gelişim gösterdiğini²⁵ belirtebiliriz. Onarıcı adalet, suçtan zarar gören kişilerin doğrudan katılımıyla ve suç nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetin giderilmesi amacıyla, suç olgusuna karşı, merkezine mağduru oturtan ve uyuşmazlığı çözmeyi amaçlayan bir yaklaşımı²⁶ gerektirmektedir. Net bir tanımının yapılamamasına karşılık, uluslararası kabul görmüş bir kavram olan onarıcı adalet, mağdur ve fail arasında olumlu ilişkiler kurmaya çalışmakta ve cezalandırmanın son çare olması gerektiği²⁷ düşüncesine dayanmaktadır. Buradan hareketle onarıcı adaletin amacını şöyle ifade edebiliriz: İhlal edilen kuraldan ziyade, haksızlık nedeniyle ortaya çıkan zarara odaklanılması; mağdura yardım ve destek sunulması; ceza adalet sistemi içerisinde mağdurun öneminin artırılması; mağdurun

- Mağdur ve fail arasında uzlaşmanın yeniden tesis edilmesi, onarıcı adalet anlayışının önemli bir amacı olarak görülse de, yegane amacı değildir. Bazı görüşlere göre, mağdurlara, failleri affetmeleri ve onlarla uzlaşmaları için baskı yapılmamalı, mağdurlar bu konuda hazır olana kadar beklenilmelidir. Bu görüş Amerika Birleşik Devletleri'nde mağdur-fail yeniden uzlaştırma programlarının adının, mağdur-fail arabuluculuk programları olarak değiştirilmesinin temel nedenidir.

- Mağdur ve fail arasında iletişim kurulması ve müzakere yapılması, çoğunlukla mümkün olan ve aradaki bozulmuş ilişkilerin düzeltilmesi için arzu edilen bir unsurdur.

- Failler, işlemiş oldukları suçun sorumluluğunu almalı ve faillere bu durumu düzeltme imkânı verilmelidir. Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Çözüm Arayışları, s. 141.

²³ **Çetintürk**, Ekrem, Onarıcı Adalet-Ceza Adalet Sistemindeki Uzlaştırma Kurumunun Temelini Teşkil Eden Adalet Anlayışı, Ankara 2008, s. 13.

²⁴ **Wright**, Martin, The Paradigm of Restorative Justice, VOMA Connections, Research and Practice, Summer 2002, s. 1.

²⁵ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 13.

²⁶ **Marshall**, Tony F., Restorative Justice An Overview, Research Development and Statistics Directorate, Home Office, London 1999, s. 5.

²⁷ **Marshall**, s. 7.

maddi, duygusal ve sosyal tüm ihtiyaçlarının onun tanımladığı şekilde dikkate alınması suretiyle suç nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararlarının giderilmesi; adaletin gerçekleştirilmesi sürecine mağdur ve failin birlikte dâhil edilmesi ve her ikisine de eşit ilgi gösterilmesi; faile ceza vermek yerine, failin eyleminin sorumluluğunu üstlenmesi ve verdiği zararları gidermesi için imkân sağlanması; failin yaptığı haksızlık nedeniyle haklarına tecavüz edilen kişilere ve topluma karşı doğrudan sorumlu tutulması, bu sürece mağdurun ve toplumun katılması ve böylece mağdur ve failin ihtiyaçlarının daha iyi karşılanması; failin davranışlarına sosyal koşulların da katkıda bulunduğu ve bu nedenle toplumun da bu konuda sorumluluğu bulunduğu kabul edilmesi; failin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması ve toplumsal hayatta verimli olması için imkanlar sunulması şeklinde özetlenebilir²⁸.

b. Onarıcı Adalet Fikrinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, onarıcı adalet anlayışı, mağdur, fail ve toplum arasındaki ilişkileri dikkate alarak, bazı eski toplumsal uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının yeniden keşfedilmesi ve günümüze uyarlanmasından²⁹ başka bir şey değildir. Fikri temeli çok eskilere dayanmakla birlikte ilk kez 1970 yılında ortaya çıkmıştır. Ceza adaletine ilişkin tarihsel değerlendirmelerin çoğunda bu konudan bahsedilmese de onarıcı adalet anlayışının izlerine Afrika, Latin Amerika, Asya, Kanada ve Yeni Zelenda'da yaşamış pek çok kültürün tarihinde rastlanmaktadır³⁰.

Onarıcı adalet fikrini 1985 yılında yazdığı "*Cezalandırıcı Adalet, Onarıcı Adalet (Retributive Justice, Restorative Justice)*" adlı kitapla kapsamlı olarak ilk inceleyen kişi Howard Zehr olmuştur ve bu kitapla Zehr, cezalandırıcı adaletin (geleneksel ceza adalet sisteminin) ilkelerine karşı çıkarak, onarıcı adaleti mevcut sisteme bir alternatif olarak sunmuştur³¹. Zehr'in bu

²⁸ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 15-16.

²⁹ **Marshall**, s. 7.

³⁰ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 24.

³¹ Zehr'in bu çalışmaları Amerika'da Mark Umberit ve İngiltere'de geleneksel ceza adaleti sistemi ile onarıcı adalet usullerinin nasıl birleştirileceği sorunu üzerinde çalışmalar yapan Martin Wright ve John Harding üzerinde oldukça büyük etki yapmıştır. Ancak bu

düşüncesi o dönemde çok tartışılmıştır. Daha sonraları toplum temelli adalet fikri savunulmaya başlanmıştır. Bu anlamda onarıcı adaletin toplumsal boyutuna verilen önem gittikçe artarken, başka fikirler daha ileri sürülmüştür³².

Günümüze yaklaştıkça, onarıcı adalet anlayışının Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler³³ nezdinde de ele alındığını ve üzerinde çalışmalar yapıldığını görmekteyiz³⁴. Bu çalışmalar neticesinde ilk olarak, Avrupa Konseyi'nin, Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen '1999 tarihli Ceza Hukukunda Uzlaştırmaya İlişkin Tavsiye' kararını görmekteyiz. İkinci olarak, Avrupa Birliği Konseyi tarafından 2001 yılında kabul edilen ve uzlaştırmaya ilişkin hükümler de içeren *Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunmasına İlişkin Çerçeve Karar* gelmektedir. Üçüncü olarak ise, Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 2002 yılında kabul edilen *Ceza Adaletinde Onarıcı Adalet Programlarının Kullanımına İlişkin Temel İlkeler Hakkında Karar* karşımıza çıkmaktadır. Bu bahsettiğimiz üç belge, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda onarıcı adalet ve uzlaştırma uygulamaları bakımından, ülkeler için yasal bir dayanak görevi görmektedir³⁵.

yazarlar onarıcı adalet ile uzlaştırmayı aynı çerçevede kabul etmişler ve suça karşı etkili bir tepki olarak tarafların karşılıklı görüşmelerinin önemini vurgulamaya devam etmişlerdir. **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 30.

³² **Marshall**, s. 29 vd.

³³ Birleşmiş Milletler yaptığı çalışmalar sonucunda, Avrupa uygulamasında uzlaştırmadan daha geniş anlamda onarıcı adalet kelimesine yer vermiştir. Bu onarıcı adalet usulleri, tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla bir suçtan etkilenen mağdur, fail ve/veya diğer kişilerin katıldıkları her hangi bir usul olarak tanımlanmıştır. **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 103.

³⁴ Onarıcı adalet konusu ile ilgilenen kurumlar sadece bunlarla sınırlı değildir. "Uzlaştırma ve Onarıcı Adalet İçin Avrupa Forumu (*European Forum Victim-Offender Mediation And Restorative Justice*); "Mağdur - Fail Uzlaştırması Birliği (*Victim-Offender Mediation Association*); "Amerika Barolar Birliği (*American Bar Association*); "Çocuklar İçin Onarıcı Adalet Konusunda Uluslararası Araştırma Ağı (*International Network for Research on Restorative Justice For Juveniles*)" gibi kurumlar da onarıcı adalet anlayışına ilişkin düzenlemeler içermektedirler. **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 116 vd.

³⁵ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 102.

c. Onarıcı Adalet Uygulama Modelleri

Onarıcı adalet uygulamaları, şartlara ve duruma bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bu nedenle bütün durumlara uygun bir onarıcı adalet modelinin bulunduğunu söylemek imkânsızdır³⁶. Biz burada iki önemli model üzerinde duracağız. Bunlardan ilki, *uzlaştırmadır*. İkincisi ise, *aile/toplum grup konferansıdır*.

Onarıcı adalet modellerinden ilki, *uzlaştırmadır*. Uzlaştırma konusuna ilişkin aşağıda ayrıca başlık açıldığı için, burada ismini zikretmekle yetiniriz. İkinci model olarak, Yeni Zelanda’da ortaya çıkmış ve kurumsal bir yapı kazanmış olan³⁷, *aile/toplum grup konferansı (family/ community group conferencing)* gösterilebilir. Bunlardan aile grup konferansı, fail, failin ailesi ve aile tarafından davet edilen kişiler, mağdur veya temsilcisi, mağdurun yakınları, polis temsilcisi ve koordinatör katılımıyla gerçekleştiği için, suçun neden olduğu sorunları çözmek amacıyla toplumda suçtan en çok etkilenen kişilerin katıldıkları bir onarıcı adalet modeli olarak kabul edilmektedir³⁸.

D. Uzlaştırma

a. Genel Olarak

1970’lerde ilk defa Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkan ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan³⁹ uzlaştırma, çok kısa bir süre içerisinde dünyanın pek çok ülkesinde uygulanma alanı bulmuştur. Uzlaşma kurumu, Avrupa Konseyi R (99) - 19 Tavsiye Kararı ile cezai konularda mahkemenin artan iş yüküne karşı geleneksel yargılama usullerine alternatif bir çözüm yolu olarak sunulmuştur⁴⁰. Ülke uygulamaları

³⁶ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 70.

³⁷ Yeni Zelanda’da 1989 yılında yürürlüğe giren Çocuk, Genç ve Aileleri Hakkında Kanunla (The Children, Young Persons and Their Families Act) ile onarıcı adalet kurumsal bir yapı kazanmıştır. **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 76.

³⁸ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 78.

³⁹ **Chalmers**, Carolyn, “Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları Dersi”, (Çev.: Arş. Gör. Hande Ulutürk), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 22-36), s. 29.

⁴⁰ Tavsiye kararında, temel hak ve özgürlükleri koruma sözleşmesi doğrultusunda uygulamalar yapılması önerilmekte, mağdurun zararının giderilmesinin yasal hakkı olduğu ve

arasında farklar olmakla birlikte, temel felsefesini onarıcı adalet fikrinden almıştır. Mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesini amaçlayan adli kontrol ve denetimli serbestlik kurumları ile özellikle mal aleyhine işlenen suçlardaki etkin pişmanlık kurumları gibi uzlaştırma da zararın giderilmesi fikrine dayanmaktadır⁴¹. Uygulanması zor olsa da, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve mağdurun ve toplumun zararının giderilmesi açısından faydalı bir müessesedir⁴². Savcı, hâkim ve avukat gibi muhakeme sülhelerinin kişisel yararı bakımından da son derece önemli bir kurumdur. Nitekim yargılamanın bu üç ayağı da yargılamanın doğuracağı muhtemel bir zaman kaybından kurtulacakları gibi, sorunu daha kısa ve kazançlı bir yoldan çözüme kavuşturabileceklerdir⁴³. Buna göre uzlaştırma, bir çözüm empoze etmek yetkisine sahip olmayan tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olduğu bir süreç⁴⁴ olarak tanımlanabilir.

Uluslararası gelişmelerden Türk hukuku da etkilenmiş ve cezai uyuşmazlıklarda uzlaşma, Türk hukukuna girmiştir⁴⁵. Başka bir ifadeyle, uzlaştırma, 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK ile ilk kez hukuk sistemimize girmiştir⁴⁶. Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda, mağdurların haklarının korunması ve suç faillerinin topluma kazandırılması amacıyla ortaya çıkan mağdur-fail uzlaştırması, Yeni Türk Ceza Adaleti sistemimiz içeri-

failin de yeniden sosyalleşerek toplumla bütünleşmesi amacına hizmet etmesi amaçlandığı belirtilmektedir. **Nuhoğlu**, Ayşe, “Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 86-92), s. 86.

⁴¹ **Yenisey**, Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Uzlaştırma’ Hakkında Temel Bilgiler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 7-17), s. 9.

⁴² **Yenisey**, Uzlaştırma Hakkında Temel Bilgiler, s. 9.

⁴³ **Mermut**, Serdar, “Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan’a Armağan, Mayıs 2007 (s. 510-529), s. 511.

⁴⁴ **Çetintürk**, Ekrem, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Şubat 2009, s. 34.

⁴⁵ **Nuhoğlu**, Ayşe, *Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı, (s. 86-92), s. 86.

⁴⁶ **Çulha**, Rifat, “Uzlaşma”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 184-203), s. 187.

sinde yer alan yeni kurumlardan⁴⁷ biridir. Her suçtan zarar görenin devlet olduğu görüşünden hareketle, dava açmanın kamu görevi olduğu ve bu sebeple de şahsi dava müessesesinin kaldırılması ile birlikte artan iş yükünün hafifletilmesi amacıyla uzlaşma kurumunun getirildiği⁴⁸ ifade edilmiştir. “Uzlaşma” ile mağdurun zararının tümünün veya büyük bir kısmının karşılanması koşuluyla kamu davasının açılmaması veya açılmış ise davanın düşürülmesi amaç edinilmiştir.

26.07.2007 tarihli ve 26594 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren” *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*” de bu kurumun nasıl uygulanacağına ilişkin usul ve esasları belirten hükümler içermektedir. Ancak doktrinde adı geçen yönetmeliğin, uzlaşma kurumuna ilişkin bir yenilik ve uygulamada yaşanan sorunlara bir çözüm getirmediği ileri sürülmüştür⁴⁹.

Biz “uzlaştırma” başlığı altında, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen uzlaşma kurumunu inceleyeceğiz. Buna ilişkin koşulları ve uygulama örneklerini belirteceğiz.

b. Uzlaştırmanın Koşulları

ba. Suçun Uzlaştırma Kapsamında Bir Suç olması

Türk Ceza Kanununun genel hükümleri içeren birinci kitabında (TCK m. 1-75) düzenlenen uzlaştırma kurumu⁵⁰, TCK’da yer alan kimi suçlar ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda yer alan takibi şikâyete bağlı suçlarda başvurulması mümkün⁵¹ kılınmış bir yol idi.

⁴⁷ **Özbek**, Mustafa Serdar, “*Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007/4 (s. 123-205), s. 127.

⁴⁸ **Mermut**, Serdar, “*Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma*”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan’a Armağan, İstanbul Barosu ve Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, Genel Yayın Sıra No: 55-2007/09, Mayıs 2007, (s. 510-529), s. 511.

⁴⁹ **Feyzioğlu**, Metin, “*Uzlaştırma Teklifi ve Taraf Taraflara Bildirilmesi*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, Cilt: 1, İstanbul 2008, (s. 331-337), s. 331.

⁵⁰ **Özbek**, Mustafa Serdar, “*Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2005/3 (s. 289-321), s. 299.

⁵¹ **Özbek**, Mustafa Serdar, *Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma*, s. 299.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza hukuku sisteminde, uzlaşma kurumu önce Türk Ceza Kanunu (m. 73/8) ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (m. 253) düzenlenmişken, 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle sadece Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiş, TCK'nun 73/8. fıkrasındaki düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır⁵². 5560 sayılı Kanundan önceki düzenlemede sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi suçlar uzlaştırma kapsamında iken, değişiklikten sonra, CMK'nun 253. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde katalog halinde sayılar suçlar da uzlaştırma kapsamına alınmıştır.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar bakımından uzlaşma:

Türk Ceza Kanununda ve özel kanunlarda düzenlenen soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar kural olarak uzlaşma kapsamına

⁵² 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle uzlaşma kurumu Türk Ceza Kanunu'ndan tamamen çıkartılmış, sadece Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak uzlaşma kurumu karma bir niteliğe sahiptir. Örneğin, uzlaşma gerçekleştiğinde Devletin ceza vermek hakkı ortadan kalktığından, bu yönü itibariyle maddi ceza hukukunu ilgilendirir. Uygulanma koşulları ve usulü itibariyle de ceza muhakemesi hukukunun konusunu oluşturur. Bu nedenle hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku niteliklerine sahip olduğu söylenebilir. **Nuhoğlu**, *Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar*, s. 86. Yargıtay da aynı görüştedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, uzlaşmanın maddi hukuk ve usul hukukuna ilişkin yönleri bulunduğu, başka bir deyişle uzlaşmanın karma nitelikli bir kurum olduğu görüşüyle YCGK, 6.11.2007- 6-212/229 tarihinde verdiği kararında şöyle demiştir “Uzlaşma'nın biçimi itibariyle bir ceza yargılaması müessesesi olduğu açık ise de sonuçları itibariyle maddi ceza hukukunu da ilgilendirdiği tartışmasızdır. Uzlaşma kurumu, uygulama yöntemi düzenlemesi ve anılan yasada yer alması nedeniyle usul hukuku kurumu olması dolayısıyla derhal yürürlük ilkesi tabii ise de, fail ile Devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi hukuka da ilişkin bulunması nedeniyle...” denmiştir. Yine YCGK'nun 30.10.2007 tarih, 4-200/219 tarihli kararında da kesinleşmiş hükümlere de uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Uzlaşma girişiminde bulunulmaması, CMK m. 174/1-c gereğince iddianamenin iadesi nedenidir. Yargıtay da 5. CD.'nin 28.01.2008 tarih ve 2007/12290-2008/464 tarihli kararında da, uzlaşmanın bir kovuşturma şartı olduğunu kabul etmiştir. Buna göre; “Uzlaşmanın da bir kovuşturma şartı olduğu dikkate alınarak öncelikle CMK'nun 253 ve 254.maddeleri uyarınca uzlaştırma girişiminde bulunulması, sonuçsuz kalması durumunda yargılamaya devam edilmesi yerine, uzlaştırma yoluna gidilmeden hüküm kurulması, kanuna aykırıdır.”

alınmıştır. Kural olarak dememizin nedeni, bu durumun istisnalarının olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten yağma ve nitelikli yağma suçları hariç, mala karşı işlenen suçlardan olup da (hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçları gibi) TCK 167/2’de sayılan kişiler tarafından yine aynı fıkradaki kişilerin zararına işlenmesi halinde bu suçlar, 5560 sayılı kanunla uzlaşma kapsamının dışına çıkarılmıştır. Aksi anlamıyla ifade edecek olursak, TCK m. 167/2. fıkrası kapsamına girip, 168. maddesi dışında kalan suçlar uzlaşmaya konu olabilecektir. Zira CMK m.253/3 gereğince, *soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaşma yoluna gidilemez*. Buna göre, örneğin, güveni kötüye kullanma (TCK m. 155/1) ile hırsızlık suçunun faili ile mağdur arasında belirli derece akrabalık ilişkisinin olması halinde (TCK m. 167/2) soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlıdır. Ancak bu suçlarda etkin pişmanlık hükümlerine yer verildiğinden uzlaşmaya konu olamayacaktır. Oysa bu suçlarda etkin pişmanlık cezasızlık sebebi olmayıp cezada indirim sebebidir⁵³. Bu halde TCK’nun 168. maddesi (etkin pişmanlık) kapsamına giren mala karşı suçlar uzlaşmaya konu olamayacaktır. Oysaki uzlaşma kurumu asıl olarak mala karşı işlenen suçlarla ilgili uygulanabilecek bir kurumdur. Zira bu suçlarda mağdurun zararının tamamıyla giderilmesi imkânı vardır. Bu düzenlemenin en büyük sakıncası, aslında uzlaştırma kapsamında olması gereken ve dünyada uzlaştırmanın en çok uygulandığı suçlar bizde uzlaşma dışında kalmaktadır.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suçun, re’sen kovuşturulan bir suçla birlikte işlenmesi halinde uzlaşmaya tabi olup olmayacağı kanunda ve yönetmelikte düzenlenmiştir. CMK m. 253/3’e göre, *uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması halinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz*. Yine, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 7. maddesinin 4. fıkrasına göre; *uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçu işlemek amacıyla ya da bu*

⁵³ Ancak bize göre, CMK m. 253/3’de ifade edilen “ etkin pişmanlık”, cezasızlık sebebi olarak kabul edilen etkin pişmanlık olarak anlaşılmalıdır. Bu halde uzlaşma kapsamı dışına çıkarılması anlaşılabilirken, cezada indirim sebebi olan etkin pişmanlık hallerini uzlaşma dışında tutmak çok da yerinde bir düzenleme olmamıştır.

suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde, uzlaştırma yoluna gidilemez. Benzer hükmü içeren her iki düzenleme de göstermektedir ki, bu gibi durumlarda uzlaştırma yoluna gidilemez. Nitekim bu doğrultuda, TCK'nun 142. maddesine 5560 sayılı Kanunla 4. fıkra eklenerek, "hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığını ihlal veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz" hükmü getirilmiştir⁵⁴.

Uzlaşma kapsamında olan şikâyete bağlı suçlar şunlardır:

- TCK m. 106/1, malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratılacağından veya sair kötülük yapacağından bahisle tehdit,
- TCK m. 117/1, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal,
- TCK m. 123, bir kimseye ısrarla telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması suretiyle huzur ve sükûnunu bozma,
- TCK m. 125⁵⁵ hakaret,
- TCK m. 130, kişinin hatrasına hakaret,
- TCK m. 132, haberleşmenin gizliliğini ihlal,
- TCK m. 133, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması,
- TCK m. 134, özel hayatın gizliliğini ihlal,
- TCK m. 156, bedelsiz senedi kullanma,
- TCK m. 160, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf,
- TCK m. 209/1, açığa imzanın kötüye kullanılması,
- TCK m. 233/1, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali,
- TCK m. 342/2, yabancı devlet temsilcilerine hakaret,

⁵⁴ Nuhoglu, "Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar", s. 88.

⁵⁵ TCK m. 125'in 3. fıkrasının (a) bendinde yazılı "kamu görevlisine karşı görevinden dolayı" suçun işlenmesi ile 5. fıkrasında yazılı "kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı" işlenen hakaret suçu uzlaşma kapsamında değildir.

Şikâyete bağlı suçlarda uzlaşmanın mümkün olabilmesi için, suçtan zarar görenin şikâyet hakkını kullanmış olması gerekir⁵⁶. Aksi halde, yani, suçtan zarar görenin şikâyetçi olmadığı durumlarda⁵⁷, soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığı; kovuşturma evresinde düşme kararı verileceğinden, bu hallerde uzlaşmanın gerçekleşmeyeceği açıktır⁵⁸.

Re'sen kovuşturulan suçlar bakımından uzlaşma:

Şikâyete balı bu suçlar dışında TCK'da belirtilen diğer bazı suçların da uzlaşmaya konu olabileceği CMK'nun 253. maddenin 1/b bendinde hükme bağlanmıştır. Buna göre aşağıda belirtilen suçlar da uzlaşma kapsamında kabul edilecektir:

- Kasten yaralama (3. fıkra hariç madde 86; m.88),
- Taksirle yaralama (m.89),

⁵⁶ *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*'in 22. maddesinin 2. fıkrasına göre; *takibi şikâyete bağlı suçlarda, mağdur veya suçtan zarar görenin şüpheli ile anlaşarak şikâyetinden vazgeçmesi halinde uzlaşma belgesi düzenlenmesine de ihtiyaç bulunmamaktadır.*” Burada uzlaşma kurumunun, şikâyetten vazgeçmeyle çok kısa kıyaslamasını yapmak istiyoruz. Uzlaşma kurumunun uygulanması, şikâyetten vazgeçmeyle kıyaslandığında daha zor ve masraflıdır. Şikâyetten vazgeçmede, fail, mağdura herhangi bir ödemede bulunmak zorunda olmadığı gibi, bir ödemede bulunacaksa bile büyük bir olasılıkla bu ödeme uzlaşmadakinden daha az olacaktır. Çünkü uzlaşmada suçtan zarar görenin maddi ve manevi zararı yanında uzlaşmanın sonuçsuz kalması ve yargılama sonunda mahkûmiyet kararı verilmesi halinde yargılama işlemlerinden sayılan uzlaşma giderleri de şüpheli/sanık tarafından ödenmek zorundadır; buna karşılık şikâyetten vazgeçmede failin bu tür ödemeleri yapması kanuni bir zorunluluk değildir. Yine, uzlaşma görüşmelerinin CMK'nun 253. maddesinde öngörülen bir usule göre yürütülmesi gerekmektedir. Yargıtay da çeşitli kararlarında şikâyetten vazgeçmenin uzlaştırma anlamına gelmeyeceği hususunu vurgulamıştır. Örneğin, **Yargıtay 2. CD'nin 12.3.2007, 1771/3681 sayılı kararına göre;** “*Kendisine uzlaştırma işleminden hiç bahsedilmeyen müşteki T. D.'nin şikâyetçi olmadığını, zarar ve ziyanının bulunmadığını bildirmesi üzerine sanığın uzlaşmayı kabul ettiği ve tarafların uzlaştığı gerekçesiyle salt sanığın uzlaşmayı kabul ettiğine ilişkin beyanı yeterli görülerek, eksik ve usulüne uygun olmayan işleme dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiştir.*”

⁵⁷ **Yıldız**, Ali Kemal, “Uzlaşma-Şikâyet İlişkisi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 93-115), s. 113.

⁵⁸ **Nuhoglu**, “Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar”, s. 88.

- Konut dokunulmazlığının ihlali (m. 116),
- Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m. 234),
- Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (4. fıkra hariç madde 239).

Yargıtay 2. CD'nin 25.1.2007 tarih ve E. 2006/6919, K. 2007/899 nolu kararında da belirtildiği üzere, re'sen kovuşturulan bir suçun, uzlaşma kapsamına alınması onun şikâyete bağlı bir suç haline getirildiği anlamına gelmez⁵⁹.

Türk Ceza Kanunundaki ve diğer kanunlardaki cinsel özgürlüğe karşı suçlar, şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın uzlaşma dışında tutulmuştur⁶⁰ (CMK m. 253/3).

5560 sayılı Kanunla, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 24. maddesinde yapılan değişiklikle, CMK'nun uzlaştırmaya ilişkin hükümlerinin suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanacağı düzenlenmiştir⁶¹. UZYÖN'nin 5. maddesinin 7. fıkrasında da CMK'nun ve UZYÖN'nin uzlaşmaya ilişkin hükümlerinin, uzlaşmaya tabi bir suça maruz kalan suç mağduru çocuklar ile suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre; *Suçta sürüklenen çocuklarla ilgili olarak uzlaşma, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan veya kasten işlenen ve alt sınırı iki yılı aşmayan hapis (suç tarihinde onbeş yaşını*

⁵⁹ Nuhoglu, "Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar", s. 89.

⁶⁰ Yargıtay'ın pek çok kararında, suç tarihi itibarıyla uzlaşma kapsamında olup da 5560 sayılı yasanın uygulanma zamanında uzlaşma kapsamından çıkarılan suçlar açısından lehe yasa ve kazanılmış hak kapsamında uzlaşmanın uygulanmasına dair vermiş olduğu kararlar vardır. Örneğin, Yargıtay 5. CD. 17.04.2008 gün ve 2008/4207 E., 2008/3575 K. numaralı kararı uyarınca; "Yasada cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, suç tarihindeki lehe yasa ve mütesep hak hükümleri gözetilerek 5271 sayılı CMK'nun 253- 254. maddeleri gereğince uzlaştırma işlemi yapılması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekir." Demek oluyor ki, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından 5560 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 06.12.2006 tarihine kadar işlenenler bakımından uzlaşma uygulanabilecektir. Ancak bu tarihten sonra işlenen suçlar bakımından uzlaşma hükümleri uygulanamayacaktır. <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp>.

⁶¹ Suçta sürüklenen çocuklarda uzlaşma kurumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çocuk Adalet Sisteminde Uzlaşma, Atölye Çalışması, İstanbul Barosu Yayınları, 2006.

doldurmayan çocuklar bakımından ise, öngörülen hapis cezasının alt sınırı üç yıl) veya adli para cezasını gerektiren ya da taksirle işlenen suçlarda uygulanacağı, hükme bağlanmıştır. Bu durumda, çocuklar bakımından uzlaştırmaya gidilebilecek suçların kapsamının daraltıldığını görmekteyiz. Ancak bize göre, çocukların daha fazla korunmaya muhtaç olması nedeniyle, bu değişiklik isabetli olmamıştır. Çocuklarla yetişkinler arasında, çocuklar lehine fark olması gerektiği kanaatindeyiz.

Burada ele alacağımız son bir konu da, 5560 sayılı Kanundan önce çok tartışma konusu olmuş ve uzlaştırmanın kapsamının belirlenmesi bakımından büyük önem arz eden, özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabi suçlar bakımından da uzlaştırmanın uygulanıp uygulanmayacağıdır. 5560 sayılı Kanunla değiştirilen CMK m. 253/2. fıkrası bu sorunun cevabını içermektedir. Buna göre; “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.” Bu duruma işaret eden, UZYÖN’nin 7. maddesinin 2. fıkrasında da aynı düzenleme yer almaktadır. Bu hükümlerle sorunun çözüldüğünü görmekteyiz. Demek ki, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar hakkında da uzlaşma uygulanabilecektir⁶². Buna göre, çek suçları, vergi suçları, İİK’deki suçlar, FSEK’deki suçlar, Patent Kanunu’ndaki ve Markalar Kanunu’ndaki bazı suçlar, şikâyete bağlı oldukları oranda, uzlaşma kapsamında olmalıdır⁶³. Fakat şikâyete bağlı olmayan diğer suçlarda kanunda uzlaşma yolunu kabul eden açık hüküm bulunması halinde uzlaşma mümkün olabileceği için, örneğin, Bankalar Kanunu’ndaki suçlar, yurtdışında işlenen suçlar gibi, şikâyet dışında kalan suçlar bakımından,

⁶² 5560 sayılı Kanundan önceki uygulama bakımından, 5237 sayılı TCK’nun 5. maddesinde yer alan; “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.” şeklindeki hüküm ve uzlaştırmanın TCK’nun genel hükümlerinden birisi olan 73. maddesinin 8. f.’daki düzenlenmesi karşısında, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabi suçlar bakımından da uzlaştırmanın uygulanacağı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır.

⁶³ **Yenisey**, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma- Uzlaştırmacı Eğitimi, Rehber Kitapçık, İstanbul 2007, s. 12.

kanunda açıklık olmadığı için ve de şikâyet öngörülmediği için, uzlaşma yolunun kapatılmış⁶⁴ olduğunu ifade edebiliriz.

bb. Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi

CMK m. 253/4 gereğince, uzlaşma yolunun işletilebilmesi için, öncelikle uzlaştırma teklifinin yapılması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı hazır olan tarafa Yönetmeliğin ekindeki uzlaşma formunun mahiyetini açıklamak ve imzalatmak suretiyle uzlaşma teklifinde bulunur⁶⁵. Uzlaşma teklifi, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheli ile mağdura (veya suçtan zarar görene) yöneltilebileceği gibi; Cumhuriyet savcısının talimatı üzerine, adli kolluk da uzlaşma teklifinde bulunabilir⁶⁶. CMK m. 253/5 gereğince de, “Uzlaşma teklifinde⁶⁷ bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları anlatılır.” Uzlaşmanın mahiyetinden kasıt, uzlaşmanın ne anlama geldiğidir. Taraflar kendilerine uzlaştırma teklif edildiğinde, bununla neyin amaçlandığını anlamalıdır⁶⁸. Mağdura veya suçtan zarar görene uzlaşma teklif edildiğinde, bu teklifi kabul veya red etmemesinin hukuki sonuçları ile birlikte kabul etmesi halinde uzlaşılmasının veya uzlaşılmamasının sonuçları da açıklanmalıdır. Yönetmeliğin 8/3. maddesi uyarınca⁶⁹, uzlaşmanın Yönetmelik ekindeki

⁶⁴ **Yenisey**, Uzlaştırma Eğitimi, Rehber Kitapçık, s. 13.

⁶⁵ Değişiklikten önce uzlaştırma işlemleri bakımından yalnızca yüz yüzelik sistemi benimsenmişti. İpek, Ali İhsan/Parlak, Engin, Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler İle Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Ankara 2011, s. 97.

⁶⁶ **Yenisey**, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma - Uzlaştırma Eğitimi, Rehber Kitapçık, İstanbul 2007, s. 7.

⁶⁷ Kanunda “uzlaşma teklifi” denilmektedir ancak Feyzioğlu, bunun yanlış olduğunu belirtmektedir. Çünkü teklifi yapan, uzlaşma yolunun tarafı değildir. Dolayısıyla uzlaşmak istememekte, tarafları uzlaştırmayı denemektedir. **Feyzioğlu**, “Uzlaşma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”, s. 332.

⁶⁸ **Feyzioğlu**, Metin, “Uzlaşma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, Cilt: 1, İstanbul 2008, (s. 331-337), s 332.

⁶⁹ Yönetmelik m. 8/3'e göre; “Cumhuriyet savcısı veya adli kolluk görevlilerince yapılacak uzlaşma teklifi, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek 1/a veya Ek 1/b sayılı uzlaşmanın mahiyeti ile uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukuki sonuçlarının bulunduğu Uzlaşma Teklif Formlarının hazır bulunan ilgiliye imzalatılarak verilmesi ve

ek/a-b sayılı formların imzalatılmak ve bunun sonuçları anlatılmak suretiyle yapılması gerekir. Bu nedenle *Yargıtay 5. CD.'nin 13.1.2007 tarih ve 8989-8647 kararı* isabetli değildir. Söz konusu karara göre, katılan vekilinin “uzlaşmak istemiyoruz, şikayetimiz devam ediyor, sanığın cezalandırılmasını istiyoruz” şeklindeki beyanları nedeniyle uzlaşmanın gerçekleşmemiş sayılacağı kabul edilmesinin gerekeceğine karar vermiştir⁷⁰. Ancak Yargıtay farklı bir kararında⁷¹ “zarar ziyanım yoktur”, “uzlaşmayı kabul ediyorum”, şeklinde beyanda bulunan mağdurun uzlaşma konusundaki beyanına itibar edilemeyeceğine karar vermiştir. Kararda, “kendisine uzlaşma işleminden bahsedilmeyen müştekinin şikayetçi olmadığını, zarar ve ziyanının bulunmadığını bildirmesi üzerine sanığın uzlaşmayı kabul ettiği ve tarafların uzlaştığı gerekçesiyle eksik ve usulüne uygun olmayan işleme dayalı olarak karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”, denilmiştir ve bize göre de doğru bir karar vermiştir.

Kanun, şüpheli veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaştırma teklifinin kanuni temsilciye yapılabileceğini hükme bağlamaktadır (CMK m. 253/4)⁷². Uzlaşma teklifi için taraflar yetkili merciin huzuruna davet edilir⁷³ ve uzlaşma teklifi sözlü olarak bildirilir. Sözlü bildirim tutanağa geçirilmesi ve ilgili kişiler tarafından imzalanması gerekmektedir.

formda yer alan bilgilerin açıklanması suretiyle yapılır. Cumhuriyet savcısı veya adli kolluk görevlisi tarafından, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğine ve uzlaşma teklifinde bulunulduğuna ilişkin formun imzalı örneği soruşturma evrakı içine konulur.”

⁷⁰ **İpek**, Ali İhsan/**Parlak**, Engin, Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler İle Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Ankara, 2011, s. 98.

⁷¹ Y. 2. CD., 12.03.2007 tarih, 1771/2681 sayılı karar. İpek/ Parlak, s. 99.

⁷² Ancak kanunda şüpheli veya suçtan zarar görenin küçük olmadığı halde velayet ya da vesayet altında bulunduğu durumlara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kıyasen bu hallerde de kanuni temsilciye teklifin yöneltilebileceği kuralının uygulanabilmesi gerekmektedir. **Feyzioğlu**, “Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”, s. 332.

⁷³ Y. 4. CD'nin 31.01.2007 tarih ve 2006/9889 E., 2007/970 K., sayılı kararına göre; uzlaşma teklifinin bir soruşturma işlemi olmaması, uzlaşma kurumunun tarafların iradeleriyle gerçekleştirilebilecekleri bir yasal barış olması nedenleriyle, kanun koyucu uzlaşma hükümlerinin teklifi ya da uygulanabilmesi amacıyla kişilerin zorla getirilmelerine izin vermemektedir. Dolayısıyla uzlaşma teklifinin huzurda hazır olmayan tarafa davetiye yoluyla yapılması gerekir.

CMK m. 253/4 gereğince, Cumhuriyet savcısının uzlaştırma teklifini tebligat yoluyla da yapması mümkündür. Bu yetki sadece Cumhuriyet savcısına verildiğinden, adli kolluk memurunun tebligat yoluyla bildirimde bulunması mümkün değildir⁷⁴.

Uzlaşma, cezai uyuşmazlığın süratle çözülmesi için öngörülen bir yol olduğu için, taraflara tebligat yapılmasında zorlanılıyor ise, uzlaştırmadan beklenen fayda sağlanamaz. Bu çerçevede, CMK m. 253/6 şu düzenlemeyi getirmiştir: ” *Resmi mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanuni temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.* ”

Uzlaştırma teklifi, taraflarca açıkça veya zımnen reddolunabilir. Kanuna göre zımnen red iki durumda gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, CMK m. 253/4 gereğince, şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin, kendilerine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde teklifin reddedilmiş sayılacağı durumudur. Diğeri ise, CMK m. 253/13 gereğince, şüpheli, mağdur, suçtan zarar görenin kendisi veya kanuni temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde uzlaşmayı kabul etmemiş sayıldığı durumudur. Teklifin taraflarca veya kanuni temsilcilerince kabul edildiği durumda ise uzlaşma yoluna girilmiş demektir. Ancak burada CMK m. 253/7 unutulmamalıdır. Bu hükme göre; “ *Birden fazla kişinin mağduriyetlerine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir*”⁷⁵.

⁷⁴ **Feyzioğlu**, “Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”, s. 333.

⁷⁵ CMK m. 255 uyarınca; “ *Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır*”. Bir suçta birden çok şüphelinin bulunması halinde, uzlaşma müzakereleri sonunda yalnızca uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanacağına göre, şüphelilerden bir kısmının uzlaşma teklifini kabul etmemesi nedeniyle uzlaşma müzakerelerine katılmamaları, kabul eden şüphelilerin müzakereye katılmasına, dolayısıyla onlar hakkında uzlaşma yolunun işletilmesine engel olmayacaktır. Buna karşın, birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir. **Feyzioğlu**, “Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”, s. 336.

Suçun kovuşturma aşamasında uzlaşmaya tabi olmasının anlaşılması halinde, uzlaşma teklifi CMK m. 253/4'de gösterilen usul ve esaslara göre mahkeme tarafından yapılır⁷⁶.

Kanun, uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez, diyerek, uzlaşmanın bir kere uygulanabilmesi ilkesini benimsemiştir⁷⁷.

bc. Uzlaşmada Edimin Konusu

Uzlaşma, işlenen bir suçtan zarar gören mağdurun veya hakkı ihlal edilen gerçek veya tüzel kişinin, failden zararının giderilmesini istemesi ve iki tarafın özgür iradeleriyle üzerinde anlaştıkları giderim biçiminin ifa edilmesiyle, uyuşmazlığın sona erdirildiği bir kurum olduğu için, edimin konusunu fiil ile verilen zararın oluşturduğunu⁷⁸ belirtebiliriz. Fiilin işlenmesi sonucunda verilen zararın maddi veya manevi zarar olmasına göre edimin konusu değişebileceği gibi, tarafların anlaşacakları herhangi bir ifa yöntemi de edim olarak kararlaştırılabilir⁷⁹. Zira kanunda edimin türü hakkında bir sınırlama yapılmamıştır. CMK m. 253/19'da sadece edimin ifasından söz edilmektedir. CMK m. 253/17 ise, uzlaşmanın tarafların özgür iradesine dayanması gerektiği ve edimin hukuka uygun bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Yönetmeliği baktığımızda da, m. 20/1- son fıkrada, failin, mağdur veya suçtan zarar görenden özür dilemesinin de edimin konusu olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Tüm bu maddeler birlikte değerlendirildiğinde denilebilir ki, uzlaşmada failin, fiilin sorumluluğunu üstlendiğini gösteren maddi veya manevi herhangi bir edimin kararlaştırılması mümkündür. Bu anlamda, maddi veya manevi zararın bedel ödeme yoluyla

⁷⁶ **Öztürk**, Yavuz, “Uygulayıcı Bakışı İle Uzlaşma”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 204-282), s. 213.

⁷⁷ **Yurtcan**, Erdener, CMK Avukatının Ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, İstanbul 2007, s. 79.

⁷⁸ **Kaymaz**, Seydi/**Gökcan**, Hasan Tahsin, “Uzlaşmada Edimin Konusu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 391-410), s. 400.

⁷⁹ **Kaymaz/Gökcan**, s. 400.

tazmini, kararlaştırılan yapma, yapmama, ödeme veya hizmet görme şeklindeki edimin defaten ödenmesi, taksitle ödeme, irat şeklinde tazmin, maddi zararın eski hale getirme yoluyla tazmini, maddi veya manevi zararın üçüncü kişilere bağış yoluyla tazmini, maddi veya manevi zararın hizmet yapma şeklinde tazmini, maddi ve manevi zararın topluma faydalı bir birey olmasını sağlayacak bir programa katılması gibi yükümlülükler şeklinde tazmini vs. mümkündür⁸⁰. Burada belirtmek isteriz ki, itiraf pazarlığı bir onarıcı adalet uygulaması olmadığı gibi, uzlaşma çeşitleri arasında da yer almamaktadır⁸¹. Kimi yazarlarca uzlaşma çeşitleri arasında sayılsa da, mağdurun sürece katılımı söz konusu olmadığı için bu fikrin kabulü de mümkün gözükmemektedir. Ayrıca, itiraf pazarlığı yöntemi zararın onarılması amacına yönelik olarak da yapılmaması ve tarafsız bir üçüncü kişinin arabuluculuğu da söz konusu olmamaktadır⁸².

Bu bakımdan, manevi de olsa herhangi bir *edimin kararlaştırılmaması* veya *ifa edilmemesi* durumunda, uzlaşma nedeniyle kovuşturulmama veya düşme kararı verilemez. Uzlaşmada edimin bulunması, daha önce bahsettiğimiz gibi, uzlaşma ile şikayetten vazgeçme arasındaki temel farkı da ortaya koymaktadır. Yargıtay'ın konuyla ilgili uygulaması da bu yönde olmuştur. *Yargıtay 3. CD.'nin 15.04.2009 tarihli, Esas No: 2008/3763, Karar No: 2009/7151 sayılı kararı* uyarınca; “*CMK'nun 253. maddesinde öngörülen usul çerçevesinde, uzlaşma işlemi yapılmadan, tarafların uzlaşma konusundaki beyanları alınmadan mağdurların ve sanığın arkadaş olduklarından bahisle, mağdurların sanıktan şikâyetçi olmaması, sanığın da soruşturma evresinde eyleminden pişman olduğunu söylemesinden dolayı uzlaşmanın fiilen gerçekleştiği kabul edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir*”⁸³.

⁸⁰ Kaymaz/Gökcan, s. 401 vd.

⁸¹ Soygüt Arslan, Mualla Buket, Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2008, s. 15.

⁸² Soygüt Arslan, s. 15.

⁸³ Yargıtay 3. CD. de benzer bir karar vermiştir. Y. 3. CD'nin 13.05.2009 tarih, 2007/13820-2009/8917 tarihli kararına göre; “*CMK'nun gerek soruşturma aşamasını düzenleyen 253/19 maddesinde, gerekse kovuşturma aşamasını düzenleyen 254/2 maddesinde, suçtan zarar görenin zararının giderilmesi koşul olarak aranmış olup, salt şikâyetten vazgeçmenin fiili uzlaşma olarak kabulünün mümkün bulunmadığı dikkate alınarak*

bd. Uzlaştırıcı Görevlendirilmesi

Şüpheli/sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, bir avukatın uzlaştırıcı olarak görevlendirilmesini bağlı bulunduğu barodan isteyebilir ya da Yönetmelikte nitelikleri belirlenen hukuk öğrenimi görmüş bir kimseyi görevlendirebilir⁸⁴ (CMK m. 253/9, Yönetmelik m. 13/1). Uzlaştırıcıların sayısı konusunda kanunda veya yönetmelikte bir sınırlama söz konusu değildir. Yönetmeliğin 13. maddesinin 3. fıkrasında; “Uzlaştırıcıların sayısı, uyuşmazlığın niteliği göz önünde bulundurularak Cumhuriyet savcısınca tespit edilir.” denmiştir. CMK m. 22, 23 ve 24’de belirtilen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırıcı görevlendirilmesi ile ilgili olarak da göz önünde bulundurulur. Görevlendirilen uzlaştırıcıya, soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Uzlaştırıcı soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlüdür. Bu husus Cumhuriyet savcısınca kendisine hatırlatılır. Uzlaştırıcı dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırmak durumundadır. Yetiştirememesi halinde, Cumhuriyet savcısı bu süreyi en fazla yirmi gün daha uzatabilir. Uzlaştırma müzakereleri sonucunda uzlaştırıcı bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, anlaşmanın ne şekilde yapıldığı ayrıntılı olarak rapora yazılır ve taraflarca imzalanır. Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. Uzlaştırıcıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret ödenir ve bu ücretle birlikte uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayıldığı için, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu miktar Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

şikâyetten vazgeçen mağdurdan vazgeçme nedeni açıklattırılıp uzlaşma koşulları oluşup oluşmadığı tartışılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm (davanın düşürülmesi) tesisi, bozmayı gerektirmiştir.” Kaymaz/Gökcan, s. 401.

⁸⁴ **Sezer**, Ahmet, Öğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, Ankara 2010, s. 117.

be. Uzlaşmanın Hukuki Sonuçları

Uzlaşma sonucunda şüpheli/sanığın edimini yerine getirmesi halinde, soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığı, kovuşturma evresinde davanın düşmesi kararı verilir⁸⁵. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzemesi halinde; sanık hakkında, 231. maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir ve geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez (CMK m. 254/2).

Uzlaşma sonucunda verilecek kararlara karşı, kanun yollarına başvuru hakkı söz konusudur.

c. Uzlaştırma ve Diğer Onarıcı Adalet Modellerinin Karşılaştırılması

Onarıcı adalet uygulamalarının merkezinde mağdur ve failin bulunduğunu belirtmiştik. Onarıcı adalet uygulamalarına yönelik olan bazı programlar, suç nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi için mağdurun ihtiyaçlarına yoğunlaşmışken; diğer programlar, failin eyleminin haksız sonuçlarını anlamasına yardımcı olarak, failin sorumluluk duygusunun geliştirilmesine veya failin eyleminin sonuçlarını telafi etmesine odaklanmaktadır⁸⁶. Ancak onarıcı adalet uygulamalarında ideal olanı, hem sorumluluğun üstlenilmesi hem de telafi yollarının aranması amacıyla mağdur ve failin bir araya getirilmesi olduğu için, uzlaşmanın bu çerçevede onarıcı adalet uygulamalarının temel modelini⁸⁷ oluşturduğunu belirtebiliriz.

Uzlaştırmanın diğer onarıcı adalet uygulamalarıyla birçok ortak noktası bulunmaktadır. Bu ortak noktaların en başında gelen, onarıcı adalet uygulamalarının odak noktalarının failin nasıl cezalandırılacağı değil, mağdur ve failin ihtiyaçları ve sorumluluklarının belirlenip bunların tatmin edilmesidir. Bu da ceza adaleti sistemine gönüllülük, işbirliği ve anlaşma temelinde bir alternatif olarak sunulmaktadır⁸⁸. İkinci ortak özellikleri, tarafların sorunu kendi aralarında diyalogla çözebilecekleri bir ortamın sağlanmasıdır ve

⁸⁵ **Özen**, Atilla, “Ceza Yargılamasında Uzlaşma” Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 311-326), s. 323.

⁸⁶ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 94.

⁸⁷ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 94.

⁸⁸ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 95.

üçüncü olarak bu uygulamaların orijinal halleri farklı özelliklere sahip olsa da, her bir uygulamanın tarafların ihtiyaçlarına ve özel durumlarına uyum sağlayabilmesidir⁸⁹.

Kanada'da yapılmış bir araştırmada, uzlaştırmanın mağdur ve fail memnuniyeti bakımından diğer onarıcı adalet modellerinden daha etkili olduğu ortaya çıkarılmıştır⁹⁰. Mağdurun faille bir araya gelmesi ve bu şekilde ona duygularını açıklayabilmesi, onu belirsiz bir tehdit yerine insan olarak görmesi, özürlerini kabul etmesi ve onu yaptıklarından dolayı affetmesi, mağdurun suçun etkilerinden kurtulması bakımından yardımcı olacağından dolayı, uzlaştırma bize göre de daha etkili bir yoldur.

E. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Erteleme, en genel anlamda, suç işlemiş fail hakkında, kamu davasının açılmasını, duruşmasının yapılmasını, suçluluğun tespiti veya mahkûmiyet hükmünün verilmesini veya böyle bir hüküm verilmişse, yerine getirilmesinin belirli bir süre içinde göstereceği iyi hale bağlı olarak ertelenmesi veya mahkûmiyetin esasen meydana gelmemiş sayılması neticesini meydana getirmektir⁹¹.

Bu başlık altında ele alacağımız kamu davasının açılmasının ertelenmesi ise, fail hakkında, kişiliği ve işlediği suç dikkate alınarak, belirlenecek bir süre içinde iyi halli olması kaydıyla, kamu davasının açılmasından vazgeçileceğinin faile bildirilmesi ve bu şekilde ceza takibatının ertelenmesidir⁹². Maslahata uygunluk prensibine yer veren kanunların geçerli olduğu ülkelerde, savcılık makamı, soruşturma evresi sonunda fail hakkında yeterli delil bulunması halinde dahi, kamu davasını açmaya mecbur değildir. Savcılığın bu şekilde kamu davasının açılmasını ertelemesi, mahkemelerin iş yükünü azaltarak, hâkimlerin önemli davalara daha fazla vakit ayırabilmesini

⁸⁹ **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 95.

⁹⁰ Ancak Anglo-Sakson ülkelerinde gerçekleştirilen kırkbir onarıcı adalet programını kapsayan yirmibeş araştırmanın değerlendirilmesi sonucunda diğer onarıcı adalet uygulamalarının uzlaştırmaya göre daha olumsuz sonuçlar verdiği belirtilmiştir. Demek oluyor ki, onarıcı adalet modelleri ile uzlaştırma kurumunun değerlendirilmesi ülke uygulamalarına göre değişiklik gösterebilmektedir. **Çetintürk**, Onarıcı Adalet, s. 101.

⁹¹ **Önder**, Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963, s. 6.

⁹² **Töngür**, Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Ankara 2009, s. 29.

sağlamanın yanı sıra, cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşmanın da önüne geçebilecek bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır⁹³.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, hukukumuza ilk defa 03. 07. 2005 tarihli 5395 sayılı Çocuk Korumu Kanunu (ÇKK)⁹⁴ ile çocuklar bakımından uygulanmak üzere kabul edilmiştir.

CMK m. 171 uyarınca, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yeterli şüphenin varlığına rağmen, şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması, yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, kamu davası açılmasının ertelenmesinin şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması ve **suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi** koşullarının bulunması durumunda kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle erteleyebilecektir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi için, bu koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir ve erteleme karar verildiği durumda da erteleme süresince zamanaşımı işlemeyecektir.

Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı suç işlenmesi halinde kamu davası açılacaktır.

Ayrıca, uzlaşma durumunda, CMK m. 171/3'de sayılan koşullar aranmaksızın, kamu davasının açılmasının ertelenmesi olanağının bulunduğunu, yukarıda uzlaşma başlığı altında yaptığımız açıklamalarda belirtmiştik.

F. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletlerin, hapis dışı ceza ve tedbirlerin yaygınlaştırılmasına ilişkin tavsiye kararlarına ve bu kararlar arasından özellikle Tokyo ve Pekin kurallarına uygun nitelikte alternatif bir kamusal

⁹³ **İnce**, Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2007, s. 265.

⁹⁴ **Resmi Gazete**: 15.07.2005, S:25876.

yaptırım türü olarak nitelendirilebilecek olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, günümüzde, neredeyse bütün modern ceza mevzuatlarında yerini almış olan bir kurumdur⁹⁵. Ülkemiz ceza hukuku mevzuatına henüz 2005 yılında, 5395 sayılı ÇKK ile girmiş olan bu kurum, suçun önlenmesi, suçlunun ıslahı ve *mağdurun zararlarının telafisi (onarıcı adalet)* amacına yönelik bir kurumdur.

CMK. m. 231/5 uyarınca; “*Sanığa yüklenen suçtan⁹⁶ dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanma-*

⁹⁵ **Töngür**, s. 207.

⁹⁶ 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Yasa ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinin 14. fıkrasında yapılan değişiklik ile kural olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna tüm suçlar bakımından gidilebilecektir. Ancak bu kurumun uygulanamayacağı hususunda, kanunda açık bir düzenlemenin olduğu hallerde, uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Belirtilen şekilde istisnai, yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilemeyecek suçlara örnek vermek gerekirse; AY.’nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez (CMK m. 231/14). Keza, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili olarak da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez. Ancak bu sınırlama hükmü, fiili işlediği sırada on beş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmayacaktır. Yine, TCK’nun 191/2 maddesi uyarınca, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında yürütülen yargılama sonunda hüküm kurulmadan doğrudan, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte kullanmak için uyuşturucu madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında yürütülen yargılama sonunda da aynı şekilde, hiç hüküm kurmadan doğrudan denetimli serbestlik tedbirine karar verildiği durumlarda, ortada bir hüküm bulunmadığı için, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilemeyecektir (**Sevük**, Handan Yokuş, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007, s. 181.) Bunların dışında Yargıtay 10. CD., karşılıksız çek keşide etme suçu bakımından da hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilemeyeceğini 02.07.2007 gün ve 2007/5010- 8222 sayılı ilamı ile belirtmiştir. <http://www.adalet.org/>. Görüldüğü üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamayacağı hususunda, 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun’da herhangi bir hüküm mevcut olmadığı ve kural olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması gerekirken, Yargıtay bu kurumun işletilemeyeceği yönünde görüş beyan etmiştir.

sının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.”

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için (231/6);

- a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması⁹⁷,
- b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
- c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir.

Görüldüğü üzere, 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun’un 23. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesine eklenen, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için kanunda aranan koşullardan biri de **suçtan doğan zararın giderilmesidir**. Yine 231. maddeye 5560 sayılı Kanun ile eklenen 9. fıkraya göre, bu koşulun derhal yerine getirilememesi durumunda; sanığın mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebileceği belirtilmiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama koşullarını belirleyen **Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 Esas- 2009/13 Karar sayılı kararında**, suçtan doğan zararın giderilmesi koşulu açısından yapılan değerlendirmeye göre⁹⁸:

“Zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmesinden anlaşılması gereken hususlar nelerdir, manevi zararlar bu kapsama dâhil midir, zarar konusunda mahkemece herhangi bir araştırma yapılmasına gerek bulunmakta mı, bulunmakta ise bu araştırmanın kapsamı nasıl belirlenmelidir?”

⁹⁷ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için aranan bu koşul, TCK’nın hem hapis cezasının ertelenmesine (TCK m. 51), hem de seçenek yaptırımlara çevrilmesine (TCK m. 50) ilişkin koşullara nazaran çok daha ağırdır ve bu da söz konusu kurumun uygulama alanını oldukça daraltmaktadır.

⁹⁸ **Kafes**, s.137.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kast edilen, maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

Maddi zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyip, sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle giderilmesi de olanaklıdır. Ancak, herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden bu koşul aranmayacaktır. Örneğin, 6136 sayılı Yasanın 13. maddesine aykırılık halinde, herhangi bir zarar bulunmadığından zararın giderimi koşulu aranmaz.

Zararın belirlenmesinde hakim, ceza muhakemesinde şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini de göz önünde bulundurmak koşuluyla, kanat verici basit bir araştırma yapmalı, hukuk hakimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmamalıdır. Zira 5271 sayılı Yasanın 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmamaktadır.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bu kararlar, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında, sanığın tazminle yükümlü olduğu zararın, sadece suçtan doğan maddi zarar ile sınırlı olduğunu görmekteyiz⁹⁹.

⁹⁹ Bu görüş doktrinde de genel kabul görmüştür. Bu görüş doğrultusunda mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşulları değerlendirilirken, mağdurun manevi zararı göz önünde bulundurulmayacaktır. Mahkeme, maddi zararı belirlerken, elindeki bilgilere bakarak tahmini ve götürü bir değerlendirme yapacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, mağdur veya suçtan zarar gören, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bağlamında uğradığı maddi zararlar sanık tarafından tazmin edilmiş olsa bile, hukuk mahkemesine başvurarak, suçun işlenmesi suretiyle uğradığı maddi zararların tamamen tazmin edilmediğini iddia ederek, uğradığı maddi zararların karşılanmayan kısmının ve ayrıca uğradığı manevi zararın tazmini amacıyla, özel hukuk hükümlerine göre dava açabilir. **Özgenç**, İzzet, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009 (s. 49-65), s. 53.

Ancak **Yargıtay 2. CD.'nin 24.09.2008 tarih ve 2008/22590- 2008/14586** sayılı kararına göre, *sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, 1 Haziran 2005 tarihi öncesi istenmiş ise, manevi tazminat istemlerinin saklı tutulmasına karar verilebilir.*

(...) *Sulh Ceza Mahkemesinin itiraza konu 25. 12. 2007 gün ve 2007/269-577 sayılı kararında, hakaret suçundan CMK'nun 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve müdahilin manevi tazminat talepleri ile ilgili olarak özel hukuka ilişkin haklarının saklı tutulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünde karar verildiği için, özel hukuka ilişkin hakların saklı tutulmasında, usul ve yasaya aykırılık olmadığından, yerinde görülmeyen kanun yararına bozma isteminin REDDİNE, karar verilmiştir.*

Yine, **Yargıtay 4. CD'nin 13.03.2008 tarih ve 2007/31 sayılı kararına göre**¹⁰⁰, *tazmini gereken bir zarar bulunmamakta ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için gerekli olan bu şartın gerçekleştiği kabul olunur. Karara konu olayda; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerektiği gözetilerek, dosya içeriğine göre sabıkasız olan sanığın duruşmada gözlenen kişilik özellikleri ile yargılama aşamasındaki olumlu tutum ve davranışları nedeniyle ileride yeniden suç işlemeyebileceği kanaatine varılması, ayrıca CMK'nun 231/6-c maddesinde öngörülen tazmini gereken bir zararın bulunmaması gözetilerek CMK'nun 231/6. maddesinde 3 bent halinde sayılan koşulların gerçekleşmesi nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.*

Ancak bize göre, CMK m. 231/6-c'de öngörülen "suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir." dendiği için, suçtan doğan maddi ve manevi zararların fail tarafından karşılanması gerekir. Zira mağdurun tam anlamıyla haklarının korunduğunu, zararının giderildiğini hissetmesi gerekir. Uzlaşma başlığı altında yaptığımız açıklamaları hatırlayacak olursak, uzlaşmada temel amacının mağdur ile fail arasında "barış" sağlamak olduğunu, suçtan doğan zarar kavramının maddi ve manevi zararların yanı sıra parayla ölçülemeyen manevi değerler yönünden

¹⁰⁰ **Artuç**, Mustafa, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2009, s. 182.

mağdurun tatmin edilmesine hizmet eden özür dilemeyi de kapsadığını belirtmiştik. Buna göre, uzlaşma kapsamında olan suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması için suçtan doğan, maddi ve manevi tüm zararların karşılanması gerektiği halde; uzlaşma kapsamında olmayan bir suç bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna başvurulduğunda, mağdur yönünden daha ağır bir mağduriyete yol açılma ihtimali ortaya çıkacaktır. Durumun vahametini gözler önüne sermek açısından bir örnek verecek olursak, uygulamada, taksirle bir insanın ölümüne eden olma (TCK m. 85/1) suçundan verilen kararda, diğer koşulları varsa “zararın belirlenebilir olmadığı” gerekçesiyle, ısrarla suçtan zarar görenin şikâyetini de sürdürmesine rağmen herhangi bir tazmine gerek olmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmektedir¹⁰¹.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeden önce, sanığın kendisine yüklenen suçu işlediğinin sabit görülmesi ve işlediği suç dolayısıyla hakkında cezaya hükmolunması gerekir¹⁰². Ancak mahkeme sanık hakkında mahkûmiyet kararını kurduktan sonra vereceği kararla, bu mahkûmiyet kararının açıklanmasını geri bırakacaktır. Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez¹⁰³. Aksi

¹⁰¹ **Kafes**, s. 141.

¹⁰² **Özgenç**, İzzet, “Hükmün Açıklanmasını Geri Bırakılması”, ‘Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları’ Uluslararası Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Ulusal Ceza Hukuku Günleri, İstanbul 2008, s. 49.

¹⁰³ Ancak TCK’nun 50. maddesinin 3. fıkrasında, kısa süreli hapis cezasının adli para cezası veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevrilmesi açısından mahkemenin takdir yetkisinin olmadığı haller belirlenmiştir. Bu hallerde, mahkeme kısa süreli hapis cezasını adli para cezasına veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevirmek zorunluluğu içerisindedir. **Arslan, Çetin/Azizağaoğlu**, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 194. Burada akla şu soru gelmektedir: TCK’nun 50/3. maddesinde bazı kişiler ve bazı cezalar için seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu getirildiğine göre, bu kişiler ve cezalar ile ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceği zaman, yine hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesi zorunlu mudur? Bize göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda seçenek yaptırımların uygulanmamasına ilişkin düzenleme, CMK’nun 231/7. maddesi ile 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Yasa ile, yani 5237 sayılı TCK’dan sonraki bir yasa ile yapılmıştır. Hem bu düzenlemenin sonraki yasa olması, hem de TCK’nun 50. maddesine göre daha özel bir

takdirde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile güdülen amacın gerçekleştirilmesi imkânı ortadan kalkacaktır¹⁰⁴.

231. maddeye 22.07.2010 yılında, 6008 sayılı Kanunun 7. maddesiyle getirilen hüküm uyarınca; “*Sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*”

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur (CMK m. 231, f.8). Bu maddeye **18.06.2014** tarihinde **6545 sayılı Kanun**’un 72. maddesiyle ek bir cümle eklenmiştir. Buna göre; denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirine başvurulabileceği düzenlenmiştir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur. Görüldüğü üzere, sanık hakkında beş yıl boyunca değil, sadece bir yıl denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaktadır. Ayrıca, kanunda “karar verilebilir” dendiğine göre, mahkeme gerek görmediği takdirde, sanık hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanması yoluna gitmeyebilir. Denetimli serbestlik tedbiri olarak;

düzenleme olması nedeniyle, öncelikle CMK’nun 231/7. maddesi uygulanmalı ve burada seçenek yaptırıma çevirmenin zorunlu olmadığı kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay’ın aksi görüşte kararları vardır. **Yargıtay 8. CD.’nin 15.9.2008 tarih ve 2008/12565- 2008/9573 sayılı kararına göre;** “*Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş bulunan sanık hakkında tayin olunan 25 gün kısa süreli hapis cezasının 5237 sayılı TCK.nun 50/3. maddesi uyarınca anılan maddenin 1. fıkrası bentlerindeki seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden, yazalı şekilde karar verilmiş bulunulmasında isabet görülmediğinden bahisle..*” **Artuç**, s. 212. Çocuklar bakımından da bu kuralın uygulanmayacağına ilişkin YCGK kararları mevcuttur. Örneğin, **YCGK’nun 03.06.2008 tarih ve 2008/2-149-2008/163 sayılı kararı uyarınca;** “*5271 sayılı TCK’nun 231. maddesinin 7. fıkrasında yer verilen “Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez” şeklindeki koşul, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 23. maddesinin ilk şeklinde mevcut olmayıp, Yerel Mahkemece hükmolunan kısa süreli hapis cezasının 5237 sayılı Kanun’un 50/1-d bendindeki tedbirlere çevrilmiş olması bu açıdan hükmün açıklanmasının ertelenmesine engel oluşturmayacaktır.*”

¹⁰⁴ **Özgenç**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, s. 54.

- Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,
- Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,
- Belli bir yere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir.

Denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesi (kasten yeni bir suç işlenmemesi) ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranılması halinde, sanık hakkında açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine aykırı davranılması halinde mahkeme hükmü açıklar. Hükmün açıklanmasına kararına karşı itiraz kanun yoluna başvuru hakkı tanınmıştır.

G. Cezanın Ertelenmesi

Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesine göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreli¹⁰⁵ hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan daha fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması koşullarının varlığı halinde ertelenebilir.

Mahkeme tarafından, erteleme kararı verilirken ek bir koşul öngörülebilir. Mahkemenin takdir yetkisiyle uygulanabilen TCK m. 51/2'e göre; **“cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi şartına bağlı tutulabilir. Bu durumda, şart gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Bu koşulun yerine getiril-**

¹⁰⁵ TCK m. 51/1 gereğince, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler açısından bu sürenin üst sınırı üç yıldır.

mesi halinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.”

Görüldüğü gibi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171/3-d) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231/6-c) kararlarının verilmesinde, *zararın tamamen giderilmesi* kanunda zorunlu bir koşul olarak düzenlenmişken, cezanın ertelenmesi kurumunda, zararın tamamen giderilmesi zorunlu olmayıp, mahkemenin takdirine bağlı bir koşul olarak düzenlenmiştir. Ancak bize göre, mağdurun veya kamunun zararının ortaya çıktığı hallerde, zararların karşılanmadan ertelemeye gidilmesi, mağdur haklarının gözardı edilmesi anlamına geleceği için, bu hallerde zararın giderimi koşulunun uygulanması yerinde olacaktır. Zira cezanın ertelenmesi durumunda, hükümlü bakımından getirilen ek yükümlülük olan mağdurun zararlarının karşılanmasının yanında kamu zararlarının da karşılanması, onarıcı adalet anlayışının bir sonucudur.

Kanun metninde bahsedilen “zarar” kavramının, maddi ve manevi zararlarının tümünü mü, yoksa yalnızca maddi zararları mı kapsadığı konusuna gelince; işlenen suçtan dolayı mağdurun veya kamunun uğradığı maddi zararların tümünün giderimi suretiyle olacağı tartışmasızdır. Ancak biz, uzlaşma kurumunda kanunun öngördüğü koşulu buraya da kıyasen uygulamak kaydıyla, maddi ve manevi zararlarının karşılanması gerektiği kanaatindeyiz. İşlene suçtan dolayı mağdurun veya kamunun zararının ortaya çıktığı hallerde, bu zararın bütün yönleriyle tam olarak karşılanmadan erteleme yoluna gidilmesi hakkaniyet ve nesafete uygun düşmeyeceği gibi, suçlunun ıslahına da hizmet etmeyecektir.

Hâkim, cezanın ertelenmesini, mağdurun veya kamunun zararının giderilmesi koşuluna bağladığı hallerde, hüküm, öngörülen koşul yerine getirilmeye kadar, cezanın infazına devam edilir¹⁰⁶. Koşul gerçekleştiğinde, hakim

¹⁰⁶ Bu durumu düzenleyen ve 06.04.2006 gün ve 26131 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “**Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük**” ün “Ertelenen Hapis Cezasının İnfazı” başlıklı 53. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulmuşsa, koşul gerçekleşinceye kadar durumlarına uygun kurumlarda, cezanın infazına devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi hâlinde, hâkim kararıyla hükümlü kurumdan derhâl salıverilir”.

tarafından hükümlünün infaz kurumundan derhal salıverilmesine karar verilir. Başka bir ifadeyle, zararın gideriminin gerçekleşmesi halinde infaza son verme hakim kararıyla olur. Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Denetim süresince hükümlüye bazı yükümlülükler öngörebilir veya hükümlünün kişiliği ve sosyal durumu göz önünde bulundurularak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlenmeden veya uzman kişi görevlendirilmeden geçirilmesine de karar verebilir. Yargıtay 2. CD. 'nin 24.09.2008 gün ve 2008/22583 E.- 2008/14575 K. sayılı kararına konu olan olayda bu durum şöyle vurgulanmıştır;

“Elektrik hırsızlığı suçundan sanık E. Ç. 'nin, 5237 sayılı TCK'nun 142/1-f, maddesi gereğine 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, anılan Kanun'un 51/2. maddesi gereğince kaçak elektrik kullanmadan dolayı kuruma verdiği zararın giderilmesi koşulu ile cezanın ertelenmesine, kurumca belirlenen kaçak elektrik kullanma bedelinin kararın kesinleşmesi tarihine kadar hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte kararın kesinleşmesinden itibaren beş ay içinde sanık tarafından ödenmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılmasına...

5237 sayılı Kanun'un 51/2 maddesinde yer alan “Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

Anılan Kanun'un 51/3. maddesindeki “cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkum olunan ceza süresinden az olamaz.” şeklindeki düzenleme ile aynı Kanun'un 51/6. maddesinde yer alan “Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.”

Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülükler, hakim uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda

çektirilmesine karar verilir (TCK m. 51/7). Ancak, denetim süresi yükümlülüklerine uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

H. Diğer Düzenlemeler

a. Denetimli Serbestlik

Denetimli serbestlik (probation¹⁰⁷) hükümlülerin suç işlemesine neden olan davranışlarının düzeltilerek, tekrar suç işlemelerinin önlenmesi, ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlülerin takip edilmesi, madde bağımlılarının rehabilitasyonu, *mağdurların uğradıkların zararın giderilmesi* ve bu yolla toplumun korunması¹⁰⁸ olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, denetimli serbestlik, ceza adalet ve infaz sistemi içinde çok farklı alanlarda verilen hizmetler bütünüdür¹⁰⁹. Başka bir tanımla, denetimli serbestlik sistemi, doğrudan doğruya hapis dışı alternatif yaptırıma mahkum edilen kişilerle, şartla salıverilen, cezası tamamen veya kısmen tecil edilen ya da şartlı cezaya mahkum edilen kişilerin, düzenli olarak belirli bir merkezdeki elemanların denetimi, gözetimi veya tedavisine tabi olarak belirlenen yaptırımlara tabi olmasıdır¹¹⁰.

Ulusal ceza hukuku sistemimize baktığımızda, 13.07.1965 tarihinde yürürlüğe giren, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (CİK)'un 4. maddesi hükmünün, günümüz modern denetimli serbestlik sisteminin başlangıcını oluşturduğu görmekteyiz¹¹¹. Daha sonra 07.11.1979 tarihli ve 2253

¹⁰⁷ “Probation” terimi Latince kökenli olup; ispat etmek, kanıtlamak anlamına gelen “probare” kelimesinden gelmektedir. **Akova**, Erdal/**Kabağaç**, Sina, Latince Sözlük, İstanbul 1995, s. 475.

¹⁰⁸ **Kamer**, Vehbi Kadri, “Denetimli Serbestlik”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009 (s. 702-710), s. 702.

¹⁰⁹ **Kamer**, s. 702.

¹¹⁰ **Nursal**, Necati/**Ataç**, Selcan, Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi (Probation), Ankara 2006, s. 33.

¹¹¹ Anılan düzenlemeye göre, ağır hapis haricinde kalan kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar ile süresi ne olursa olsun taksirli suçlar sebebiyle hükmolunan özgürlüğü bağlayıcı cezalar, failin kişiliği, sair halleri ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, **verilen zararın aynen iade ve tazmin edilmesine**; altı ayı geçmeyecek biçimde bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etmeye; bir yılı geçmeyecek biçimde, belirli bir yere gitmekten,

sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun içinde yer alan tedbirler karşımıza çıkmaktadır¹¹². Ancak gerçek anlamda 1 Haziran 2005 tarihinden sonra, ceza adalet sisteminde reform niteliği taşıyan değişikliklerden biri olarak, denetimli serbestlik sistemi kurulmuştur. 3.7.2005 tarih ve 5402 sayılı *Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanunu* ile bu sistem yasal bir zemine oturtulmuştur. Bu sistem; ceza yargılaması, infaz hukuku ve çocuk ceza hukukunun en önemli bölümünü oluşturmakta ve suç şüphesinin öğrenilmesinden infazın tamamlanmasına kadar, infaz hizmetleri, madde bağımlılarının rehabilitasyonu, rapor hazırlama, kamu yararına çalışma cezalarının yerine getirilmesi, rehberlik, koruma ve yardım gibi altı ayrı alanda hizmet vermektedir¹¹³.

Denetimli serbestlik sisteminin temel özelliklerinden biri de onarıcı adalet düşüncesinin bir yansıması olması ve bu bağlamda *suçlu ile mağdur arasında arabuluculuk yapılarak, mağdurun zararın giderilmesini* koşul olarak¹¹⁴ öne sürmesidir. Ayrıca, Kanun'da (DSYMKKK m. 13, 14), suçtan zarar gören kişilere maruz kaldıkları suç nedeniyle psiko- sosyal hizmet desteği sunmak ve suç nedeniyle kimsesiz kalmaları veya destekten yoksun kalmaları veya ciddi maddi zarara uğramaları halinde, psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde bu kişilere danışmanlık yapmak ve yardımcı olmak, denetimli serbestlik ve yardım hizmetlerini yürütmek üzere kurulan müdürlüklere bir görev olarak yüklenmektedir.

Burada çok kısa, denetimli serbestlik sistemimizi tamamlayan ve bir ilk olması nedeniyle, Dünyaya örnek olan, koruma kurullarının, mağdurlarla ilgili çalışmaları hakkında şu bilgiyi vermek istiyoruz¹¹⁵; Cumhuriyet başsavcılıklarına bağlı olarak kurulan koruma kurullarında, denetimli serbestlik

bazı faaliyetleri yapmaktan men edilmeye veya bazı meslek ve sanatı icra etmekten men edilmeye; her çeşit ehliyet ve ruhsat belgelerinin, bir aydan bir yıla kadar belirlenecek süreyle geçici olarak geri alınmasına, çevrilebilmekteydi.

¹¹² Anılan Kanununun 10. maddesi, küçüklere uygulanacak tedbirlerden söz etmektedir. Bu tedbirler, bakım, gözetim, meslek edindirme, eğitim ve koruma gibi hapis cezasına alternatif tedbirlerdir.

¹¹³ **Kamer**, s. 704.

¹¹⁴ **Demirbaş**, Timur, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2008, s. 521.

¹¹⁵ **Kamer**, s. 708.

hizmetleri kapsamında, mağdurlara yardım edilmektedir. Ülkemizin en büyük sivil toplum kuruluşlarından biri olan bu kurullarca, bugüne kadar birçok mağdura yardım edilmiş, bunlardan bir kısmı işe yerleştirilmiştir.

b. Etkin Pişmanlık

Suçun işlenmesinden sonra, failin pişmanlık duyarak suçla meydana gelen haksızlığı gidermesi, bazı suç tipleri yönünden¹¹⁶, etkin pişmanlık dolayısıyla ceza indirim sebebi olarak öngörülmüştür¹¹⁷.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinde, hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas ve taksirli iflas suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek **mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin etme suretiyle tamamen gidermesi halinde**, verilecek cezanın belirli oranlarda indirileceği öngörülmüştür. 6352 sayılı Kanun'un 84. maddesi ve TCK m. 168'e eklenen 5. fıkraya göre; "**Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise verilecek ceza belirli oranda indirilir.**" Bunun dışında, zimmet suçu bakımından, TCK'nun 248. maddesinde¹¹⁸ de etkin pişmanlık düzenlenmiştir.

¹¹⁶ Sadece bazı suç tipleri bakımından bu kurumun öngörülmüş olması eşitlik ilkesine aykırılık addedilip, Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Karara konu olayda; 5237 sayılı TCK'nun 168. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin TCK'nun 245/1 fıkrasındaki banka kredi kartı çalıp alışveriş yapan ve bu şekilde hırsızlık yapıp menfaat temin eden olaydaki sanık hakkında uygulanmaması Anayasa'nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık olarak ileri sürülmüş; Anayasa Mahkemesi'nin 30.05.2006 gün ve 2006/80- 2006/67 sayılı kararıyla "29.9.2004 günlü 5237 sayılı" Türk Ceza Kanunu'nun, 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle değiştirilen 168. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu maddeye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE karar verilmiştir. **Kafes**, s. 129.

¹¹⁷ **Kafes**, s. 129.

¹¹⁸ TCK m. 248/1'e göre; "**Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde...**" cezada indi-

Ayrıca, Kanun 168. maddede, kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesini, açıkça mağdurun rızasına bağlamıştır (TCK m. 168/4). Sanığın meydana gelen zararı gidermeyi istemesine rağmen, mağdurun bunu kabul etmemesi halinde, sanık lehine yorum yapılarak koşulun gerçekleştiğinin kabulü gerektiğini belirten görüşler olmasına rağmen, 168. maddenin 4. fıkrasının açıklığı karşısında, bu görüşün kabul edilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü 168/4’de zararın kısmi giderimi söz konusudur. Mağdurun bundan tatmin olup olmaması tümüyle onun kabulüne bağlı tutulmuştur. Öte yandan, zararın bizzat sanık tarafından tazmini gerektiğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için, sanık yerine bir yakını ya da başkaca bir kişinin zararı gidermesi halinde de koşulun gerçekleştiğinin kabulü gerekir¹¹⁹.

c. Adli Kontrol

Adli kontrol tedbiri Ceza Muhakemesi Kanununun 109-115. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 02.07.2012 yılında 6352 sayılı Yasanın 98. maddesiyle değişik¹²⁰ 109. maddenin birinci fıkrasına göre; “*Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin*¹²¹ *varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına*

rim yapılacağı belirtilmiştir. (2) *Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde...*” cezada indirim yapılacağı belirtilmiştir.

¹¹⁹ Kafes, s. 130.

¹²⁰ 02.07.2012-6352/98. madde ile yapılan değişiklikten önce madde metni şöyle idi: “*100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.*”

¹²¹ “*Tutuklama Nedenleri*” başlıklı 100. maddeye göre tutuklama nedenleri şöyle sayılmıştır: -(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

alınmasına karar verilebilir.” Bunun dışında, kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de (CMK m. 100/4), adli kontrol tedbiri uygulanabilir.

Adli kontrol, şüphelinin Ceza Muhakemesi Kanununun 109. maddesinde gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir¹²².

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (Madde 76, 77, 78),

2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83),

3. (Ek bent: 06/12/2006 - 5560 S.K.17.md) Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),

4. İşkence (Madde 94, 95)

5. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102),

6. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103),

7. (Ek bent: 06/12/2006 - 5560 S.K.17.md) Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),

8. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188),

9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),

10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (Madde 302, 303, 304, 307, 308),

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (Madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

b) 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.

c) 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.

d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.

f) 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu Maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

¹²² “Adli kontrol” başlıklı madde 109. Maddenin 3. fıkrasında öngörülen adli kontrol tedbirleri şunlardır:

(3) Adli kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

Bu kapsamındaki yükümlülüklerden biri de, *Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlamaktır* (CMK m. 109/f.3, b. (h)). Ayrıca, CMK'nun 114. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, *hâkim, mahkeme ya da savcı, şüpheli ya da sanığın rızasıyla, güvencenin mağdurun haklarını karşılayan veya nafaka borcuna ilişkin bulunan kısımlarının, istedikleri takdirde, mağdura veya nafaka ala-*

- b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.
- c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.
- d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.
- e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığında arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek.
- f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.
- g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek.
- h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlamak.**
- i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek.
- j) (Ek: 2/7/2012-6352/98 md.) Konutunu terk etmemek.
- k) (Ek: 2/7/2012-6352/98 md.) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.
- l) (Ek: 2/7/2012-6352/98 md.) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek.
- (4) Yürürlükten kaldırılmıştır.
- (5) Hâkim veya Cumhuriyet savcısı (d) bendinde belirtilen yükümlülüğün uygulamasında şüphelinin meslekî uğraşlarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verebilir.
- (6) Adli kontrol altında geçen süre, şahsî hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez. Bu hüküm, maddenin üçüncü fıkrasının (e) bendinde belirtilen hallerde uygulanmaz.
- (7) (Ek: 6/12/2006 - 5560/19 md.) Kanunlarda öngörülen tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında (...) (2) adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.

caklılarına verilmesini emredebilir. 114. maddenin ikinci fıkrasında, *soruşturma ve kovuşturmanın konusunu oluşturan olaylar nedeniyle, mağdur ya da nafaka alacaklısı lehinde bir yargı kararının verilmesi durumunda şüpheli ya da sanığın rızası olmaksızın ödemenin yapılabileceği kabul edilmiştir.*

Şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunması durumunda, güvencenin suç mağduruna verilmemiş olan ikinci kısmı, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararları verildiğinde de şüpheli veya sanığa geri verilebilir. Aksi halde, geçerli mazereti dışında, güvence Devlet Hazinesine geri yazılır (CMK m. 115/2).

Şüpheliyi veya sanığı güvence göstermeye zorunlu kılan kararda, güvencenin karşıladığı kısımları ayrı ayrı gösterilmek üzere, güvence şüphelinin ileride yapılacak olan usul işlemleri sırasında hazır bulunmasını veya infazın sağlanmasını güvence altına aldığı gibi, katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi, nafaka borçlarının ödenmesi, kamusal giderlerin karşılanması ve para cezalarının ödenmesini de garanti altına almaktadır (CMK m. 113). Görüldüğü üzere, 113. madde, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hale getirmeyi amaçladığından, suçtan doğan hem maddi hem de manevi zararların karşılanmasının gerektiği kanaatindeyiz.

Çocuklar hakkında uygulanan adli kontrol, “yükümlülükleri”, türleri açısından daha geniş bir yelpaze sunmakta ise de, uygulama koşulları bakımından fark yoktur¹²³. Suça sürüklenen çocuklardaki adli kontrol uygulaması, tutuklamanın önünde gelir ve yetişkinlerden farklı olarak, çocuklarda önce adli kontrol uygulanmasının denenmesi gerekir veya adli kontrolden sonuç alınmayacağına anlaşılmış olmasından sonra tutuklama kararı verilebilir (ÇKK m. 20/1).

Uygulamada sık başvurulmuş adli kontrol tedbiri sayesinde, hâkim, şüpheli veya sanık hakkında ya bütünüyle hürriyetten yoksunluğuna ya da tam serbest bırakmaya mecbur kılan tutukluluk hakkında karar verme yerine, bu iki durum arasında yer alan adli kontrole karar verebilmektedir¹²⁴.

¹²³ Kafes, s. 133.

¹²⁴ Kafes, s. 133.

d. Kısa Süreli Hapis Cezalarına Seçenek Yaptırımlar¹²⁵

TCK m. 50/f.1, (b) bendinde, suçluya, kısa süreli hapis cezası yerine, *mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale*

¹²⁵ Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların neler olduğu TCK m. 50’de sayılmıştır. Buna göre:

“Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

- a) Adli para cezasına,
- b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,
- c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,
- d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,
- e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,
- f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

Çevrilebilir.

(2) Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.

(3) Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

(4) Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz.

(5) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.

(6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(7) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir”.

getirme veya tazmin suretiyle tamamıyla giderilmesi olanağı tanınmıştır¹²⁶. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 51. maddesine göre, **zararın aynen iade edilmesi**, hükümlünün işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesidir. Tüzüğe göre, **suçtan önceki hale getirme**, suç nedeniyle verilen zararın, hükümlü tarafından ya da başkası aracılığıyla çalışmak, çalıştırmak, tamir etmek veya buna benzer faaliyetlerle giderilmesini sağlamak; **zararın tazmin edilmesi**, suç nedeniyle verilen zararın bedelinin suçtan zarar görene ödenerek tazmin edilmesini ifade eder¹²⁷.

Suçluya böyle bir imkân verilmesinin nedenlerinden birinin mağdurun korunması ve zararının giderilmesi olmakla birlikte, kısa süreli hapis cezalarının bünyelerinde barındırdıkları sakıncalar da göz ardı edilmemelidir. Gerçekten, hükümlünün cezaevinde bulunacağı sürenin, ona uygun bir ıslah programının uygulanmasına fırsat tanımayacak kadar kısa olduğu, tretmana (iyileşmeye) elverişli olmadığı, cezaevi yaşantısının olumsuz etkilerinin olduğu, hükümlülerin düzelmek bir yana, yeni ve daha nitelikli suçlar öğrenerek ve daha tehlikeli kişiler olarak topluma döndükleri, bu nedenlerle, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalarda hükümlünün cezaevine konulmasından mümkün olduğu kadar kaçınmak gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁸ ki biz de aynı düşüncelere katıldığımızı belirtmeliyiz.

e. Koşullu Salıverme

Cezaların infazı rejimi bağlamında, herhangi bir hapis cezasına mahkûm olan kimsenin cezasının kanunda öngörülen kısmını ceza infaz kurumlarında geçirmesi ve iyi halli olması durumunda, yine kanunda öngörülen koşullarla salıverilmesine koşullu salıverilme denir. Koşullu salıverilen

¹²⁶ 5237 sayılı TCK'nun yürürlüğünden önce 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanununun 4. maddesinde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların "aynen iade ve tazimine" çevrilebileceği belirtilmekteydi. Yeni kanunda ise, zararın kapsamının genişletilerek, "suç nedeniyle uğranılan zararın suçtan önceki hale getirme de dâhil olmak üzere, tamamen giderilmesi" amaçlanmıştır.

¹²⁷ **Kafes**, s. 135.

¹²⁸ **Kafes**, s. 134.

hükümlünün tabi tutulacağı denetim süresi, infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır. CeGTİK m. 107/2’de yer alan, koşullu Salıverilmenin hükümlünün “kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverilme kararı geri alınır.” hükmünden, koşullu salıverilmenin bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi şartına bağlanabileceği sonucu çıkmaktadır¹²⁹. Her ne kadar Kanunda koşullu salıvermenin, suçtan doğan zararın giderilmesi koşuluna bağlı tutulabileceği açıkça öngörülmüş olmasa da, burada özellikle mağdurun şahsi haklarının tazmininin, yükümlülüklerin başında gelmesi gerekmektedir. Mağdurun suç ile uğradığı zararların tazmini, suç işlenmesiyle bozulan toplumsal barışın sağlanması açısından ceza hukukunun ilkel dönemlerinden beri her zaman önem taşımıştır¹³⁰.

CeGTİK 107/12. maddesine göre, koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverilme kararı geri alınır. Yine 207. maddenin 10. fıkrasına göre, hâkim, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilecektir.

I. Mağdurun Hukuk Mahkemelerinde Açabileceği Tazminat Davaları

Suçla bozulan barış sükunun, mümkün olduğu kadar devamlı şekilde sağlanması amacıyla çeşitli sistemler geliştirilmiştir. Suçtan doğan zararın giderilmesi konusu, toplumun korunmasında devletin bir yükümlülüğü olduğu için, mağdurların bilgisizlik, cesaretsizlik ve benzeri nedenlerle talep etmemeleri durumunda dahi hakimin re’sen ya da savcının talebi üzerine tazminata hükmetmesi gerektiği gibi fikirler ileri sürülmüştür.

¹²⁹ Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 455.

¹³⁰ Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 455.

1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlükte bulunan ceza mevzuatımıza göre, suçtan zarar gören şahsın kamu davasına müdahale yoluyla katılarak şahsi hak talebinde bulunabilmesi mümkün kılınmıştı. Kanun koyucu, suçtan zarar görenlerin ayrıca hukuk mahkemelerine başvurmadan, tazminat isteklerini ceza davasına bakan mahkemeden de isteyebileceğini kabul etmiş bulunmakta idi. Bilindiği üzere, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ceza mevzuatıyla, konusu medeni hukuka ilişkin uyuşmazlıklar olan şahsi hak davasının (yani, işlenen bir suç dolayısıyla uğranılan maddi ve manevi zararların giderilmesi için açılan maddi ve manevi tazminat davalarının), ceza mahkemelerinde görülebilmesi sisteminden vazgeçilmiş ve bu davaların, hukuk mahkemelerinde görülmesi sistemi benimsenmiştir.

Tazminat, zarar ve ziyan borcunu meydana getiren muamelenin veya fiilin bütün zararlı sonuçlarını karşılamak üzere verilen bedeldir¹³¹. Suç nedeniyle, maddi ve manevi olmak üzere iki tür zarar meydana gelebilir. Bu bağlamda, mağdur veya suçtan zarar gören, zararın giderilmesi amacıyla gerektiğinde bu zararlarını tazmin ettirmek amacıyla hukuk mahkemelerinde maddi ve manevi tazminat davaları açabilir. Tazminat davası, ceza yargılamasındaki şahsi hak davasından şu yönüyle ayrılmaktadır. Şahsi davada mağdur veya suçtan zarar gören, suçu işleyen kişinin cezalandırılmasını ve uğradığı zararların giderilmesini talep edebildiği halde, hukuk davalarında sadece maddi tazminat başlığı altında uğranılan zarar, yoksun kalınan kar veya destekten yoksun kalma kalemlerini isteyebilmektedir. Ayrıca, söz konusu suç nedeniyle uğradığı elem ve ıstırapın giderilmesi amacıyla manevi tazminat talebinde de bulunabilir.

Tazminat sorumluluğu, sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da kanundan kaynaklanabilir. Konunumuz bağlamında, suç nedeniyle meydana gelen zararın tazmini yukarıda sayılanlardan haksız fiil başlığı altında irdelenebilir. Suç nedeniyle uğranılan zararın miktarının tespiti, suça konu fiilin oluşu, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınmak suretiyle belirlenebilir. Bu belirleme yapılırken sorumluluk hukukun genel ilkeleri olan hukuka aykırılık, haksız fiil, uygun illiyet bağı ve zarar meydana gelme koşullarının gerçekleşmesinin de aranacağı kuşkusuzdur.

¹³¹ **Yılmaz**, Zekeriya, Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, s. 387.

Mağdur, maddi tazminat davası kapsamında aşağıdaki dava türlerini açabilir:

- Zarar ve ziyan
- Mahrum kalınan kar
- Ölüm halinde destekten yoksun kalma ve
- Manevi tazminat davaları

açabilir.

Yukarıda belirtilen davaları mağdur açabileceği gibi, bir kısmını yasal mirasçıları ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler de açabilmektedir.

SONUÇ

Son yıllarda özellikle ceza kanunlarındaki gelişmeler dikkate alındığında, Türk Hukukunda mağdurun korunmasına yönelik düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz. Bu düzenlemeleri ele alırken, uzlaşmanın mağdurun veya suçtan zarar görenen mağduriyetini en etkin bir şekilde giderebileceği, onarıcı adalet kavramının en çok hayat bulacağı kurumlardan biri olduğunu belirttik. Uzlaşma kapsamının kamu düzenini etkilemeyecek boyutta genişletilmesinin en ideal çözüm yolu olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda, CMK m. 253/3’de ifade edilen “etkin pişmanlık” düzenlemesinin, cezasızlık nedeni olarak kabul edilen etkin pişmanlık olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde, cezada indirim sebebi olan etkin pişmanlık hallerini uzlaşma dışında tutmanın çok da yerinde bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. Bunun yanında çocuklar bakımından da uzlaşmanın kapsamının belirlenmesi konusunda, 5560 sayılı Kanunla, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 24. maddesinde yapılan değişiklikle, CMK’nun uzlaştırmaya ilişkin hükümlerinin suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre; suça sürüklenen çocuklarla ilgili olarak uzlaşma, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan veya kasten işlenen ve alt sınırı iki yılı aşmayan hapis veya adli para cezasını gerektiren ya da taksirle işlenen suçlarda uygulanacağı, hükme bağlanmıştır. Kanunun bu haliye çocuklar bakımından uzlaştırmaya gidilebilecek suçların kapsamı daraltılmıştır. Çocukların daha fazla korunmaya muhtaç olması nedeniyle, bu düzenlemenin çocuklar lehine fark yaratacak şekilde yapılması daha

yerinde olacaktır. Düzenleme bu haliyle uluslararası düzenlemeler ve Anayasa'nın ilgili hükümleri kapsamında değerlendirildiğinde, çağdaş bir yaklaşım sergilememektedir. Çünkü çocuklarla yetişkinler arasında, çocuklar lehine fark yaratmamaktadır.

Sonuç olarak, mağdurun korunmasına yönelik yasal düzenlemeler bağlamında özellikle 5271 sayılı CMK ile getirilen yeniliklerin evrensel nitelikler taşıdığı çok rahatlıkla ifade edilebilir. Suç konusu mağduriyetin giderilmesi bağlamında, gerek idari gerekse yargısal anlamda yapılan yeniliklerin birçok ulusal ve uluslararası akademik platformda takdirle karşılandığı görülmektedir. Buna karşın, uygulamada bir takım sorunlarla karşılaşmakta ise de bunların aşılacak mağdur haklarının da tam olarak hayata geçirileceğine dair inancımızın tam olduğunu belirtmek isteriz.

^HGÜNCEL TARTIŞMALAR VE GELİŞMELER IŞIĞINDA TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İTİRAZ

*Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY**

GİRİŞ

Kanun yolu, yargılama makamının verdiği kararların bir başka makam tarafından denetlenmesini, gerekiyorsa hukuka aykırılığın giderilmesi veya yanlışlığın düzeltilmesini sağlayan *hukukî* ya da *yasal çare* olarak anılmaktadır¹. Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (bundan sonra kısaca CMK) 260. maddesinin gerekçesinde² *kanun yollarına başvurunun*³ “*insan hak-*

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 633; Şahin/Göktürk, s. 211; Toroslu/Feyzioğlu, s. 320; Yurtcan, s. 1271.

² Bkz. gerekçe <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>.

³ Öğretide, kanun yolu başvurusu ile *kanun yolu davası açıldığı* ve bir *muhâkeme* olduğu belirtilmektedir. Centel/Zafer, s. 731: “Kanun yollarında da ‘*davasız yargılama olmaz ilkesi*’ geçerlidir. Bir yargılama makamının kararındaki hukuka aykırılığın giderilebilmesi için aykırılığı ileri süren tarafından kural olarak bir açılması gerekir. Bu davaya, kanun yolu davası, muhakemeye ise denetim muhakemesi denilmektedir.”; benzer şekilde Toroslu/Feyzioğlu, s. 304: “Yargılama makamı tarafından verilen kararın hatalı olduğu veya hukuka aykırı bulunduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne götürülmesi şeklindeki hukukî çare ‘kanun yolu’na başvurmadır. Buna ‘kanun yolu davası’nın açılması da denilebilir.”; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 633: “İlk derece mahkemesince kararı, muhakemenin kesin olarak sona erdiği anlamına gelmemekte; bundan sonra, denetim muhakemesi adını verdiğimi yeni evre başlamaktadır.”; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1302, 1303: “Bir yargılama makamının verdiği bir kararda aykırılık olduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesi,

ları ve adil yargılama ilkesi bakımından *büyük önem*” taşıdığına vurgu yapılmıştır. Kararın *tekrar bir incelemeden geçirilmesi* amacına hizmet eden kanun yollarına başvuru bu vesileyle, *adalet duygusunun pekişmesini*⁴ sağlamaktadır.

*Türk*⁵ ve *Alman*⁶ ceza yargılaması hukukunda *kanun yolları olağan ve olağanüstü olarak*⁷ ikiye ayrılır. Bu iki kanun yolu arasındaki temel farksa,

‘kanunyolu’ davasının açılmasıdır. Ancak, kanunyolu davasında uyuşmazlık çok defa sarih olmadığından, ‘kanunyolu’, hatta doktrinde çok defa dâva olarak kabul edilmiştir.” Yazarlar ayrıca açılan dava üzerine uyuşmazlığın yine kolektif bir şekilde çözümlenmesi için yapılan faaliyetin *muhakeme* olduğunu ve bunun *talî muhâkemenin bir çeşidini* teşkil ettiğini ifade etmektedirler. “Memleketimizde kanunyolu muhakemesinde iddia makamının faaliyetini ifade için çok defa ‘kanun yollarına başvurmak’tan, ‘talep etmek’ten bahsedilmekte, müdafaa makamının faaliyeti de ‘cevap vermek’ diye adlandırılmaktadır. Yargılama makamının faaliyeti çok defa ‘tetkikat’ diye ifade edilmiştir. Kanunyolu muhakemesinde müdafaa makamı, kararın hatalı olduğu iddia edilen ve doğru karar verdiğini iddia ettiği farz olunan yargılama makamıdır. Ancak bu makam görüşünü önce kararı ile belirttiğinden muhakeme sırasında müdafaa makamı olarak ayrıca faaliyette bulunmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Buna karşılık kanunyoluna başvuran asıl dâvada karşısında bulunan taraftan kanunyolu dâvasındaki iddia hakkında ne düşündüğünün sorulmasında, kanunyolu yargılama makamını aydınlatma bakımından büyük fayda görülmüştür. Onun içindir ki, kanunyolu muhakemesinde ‘müdafaa’ makamını bu cevabı veren taraf işgal etmektedir.”

⁴ Yurtcan, s. 1271, 1272.

⁵ Donay, s. 341; Centel/Zafer, s. 729; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1306; Şahin/Göktürk, CMH II, s. 211; Özen, s. 16; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 720; Toroslu/Feyzioğlu, s. 320; Ünver/Hakeri, s. 376; Soyaslan, s. 519; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 661; Yurtcan, s. 1272.

⁶ Kindhäuser, s. 344; Roxin/Schünemann, s. 446.

⁷ Bunun haricinde kanun yollarını *dar ve geniş anlamda kanun yolu* olarak ikiye ayıran yazarlar da vardır: Centel/Zafer, s. 729: “Dar anlamda kanun yoluyla, yasada açıkça kanun yolu olarak adlandırılmış olan yasal çareler; geniş anlamda kanun yoluyla ise kanun yolu özelliğine sahip olmakla birlikte yasada açıkça kanun yolu olarak adlandırılmamış olan yasal çareler kastedilir. 1412 Sayılı CMUK’na göre, birinci grubu itiraz ve temyiz; ikinci grubu ise yargılamanın yenilenmesi ve yazılı emir oluşturmaktaydı.”; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1306’a göre *dar* anlamda kanun yolları, itiraz ve temyiz; *geniş* anlamda kanun yolları ise Kanun’da böyle adlandırılmamış olmalarına rağmen, yazarların kanun yolu tariflerine uygun düşüklerini belirttikleri, eski hâle getirme bazen geniş anlamda kanun yolu niteliğindedir, muhakemenin yenilenmesi de bu şekildedir.

hükümün kesinleşmesi niteliği bakımındandır; *olağanüstü*⁸ kanun yollarına (CMK m. 309-323) *sadece kesinleşmiş hükümler için* gidilebilmektedir⁹. Türk hukukunda *olağan kanun yolu* itiraz (CMK m. 267-271), *istinâf*¹⁰ (CMK m. 272-285) ve *temyiz* (CMK m. 286-307); Almanya’da kural olarak¹¹ itiraz (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu [bundan sonra kısaca AlmCMK] § 304-311a), *istinâf* (AlmCMK § 312-332), *temyizdir* (AlmCMK § 333-358).

Ayrıca sorgu hâkiminin verdiği ilk soruşturmanın açılması kararına karşı kabul edilen “muhâlefet yolu” geniş almanda kanun yolu idi. Yazarlar kanun yollarını ayrıca asıl derece ve hukukî derece kanun yolu olarak da ayırmaktadırlar. Sadece hukukî meseleye bakan *temyiz yolu*, hukukî derece kanun yoludur. Asıl derece kanun yolu ise hem maddî hem de hukukî açıdan uyumsuzlukları çözen kanun yoludur. İkinci derece de denilen asıl derece kanun yolları *istinâf* ve *itiraz*dır. Ayrıtlar için bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1308; **Yurtcan**, s. 1272’*a göre* kanun yolları kavramı yasal çare kavramının bir alt dalıdır. Üst kavram olan yasal çare, yasanın kanun yolu olarak adlandırmadığı çarelerdir. “Her yasayolu bir yasal çare, fakat her yasal çare bir yasayolu değildir.” Yasal çarelerden biri eski duruma getirmedir (CMK m. 40-42). Yasayolları ise *itiraz*, *istinâf*, *temyiz*, *başsavcının itirazı*, *yargılamanın yenilenmesi* ve *yazılı emir*dir.

⁸ Türkiye’de *olağanüstü kanun yolları* ise *olağanüstü itiraz* [ya da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının *itirazı*] (CMK m. 308), *kanun yararına bozma* [yazılı emir] (CMK m. 309-310), *yargılamanın yenilenmesi* (CMK m. 311-323) bkz. **Özen**, s. 20; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 720; **Şahin/Göktürk**, CMH II, s. 211, 212; **Centel/Zafer**, s. 729, 730; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1307; **Yurtcan**, s. 1272 ise *başsavcının itirazını* *olağan kanun yolu* kabul etmekte; Almanya’da *yargılamanın yenilenmesi*, *meram anlatma itirazı* vs. hepsi için bkz. **Roxin/Schünemann**, s. 446.

⁹ **Donay**, s. 341; **Şahin/Göktürk**, CMH II, s. 211; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1306, 1307; **Centel/Zafer**, s. 729; **Özen**, s. 16; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 720; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 320; **Soyaslan**, s. 519; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 661; **Yurtcan**, s. 1272.

¹⁰ Henüz bölge adliye mahkemeleri kurulamamış olduğundan, mevcut *istinâf kanun yolu hükümleriyle*, *istinâf muhakemesinin* üzerine kurulmuş olan *temyiz muhakemesine* ilişkin hükümleri, Bölge Adliye Mahkemelerinin usûlüne göre kuruluşu tamamlandı, bu durum Resmî Gazete’de ilân edilinceye kadar uygulama bulamamaktadır. İlk derece mahkemelerinin hükümlerine karşı 5230 s. Kanun m. 8 gereği, mülga 1412 s. Kanun hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Krş. **Centel/Zafer**, s. 730, 731.

¹¹ Ayrıca ceza kararnamesine *itiraz* (AlmCMK § 410) gibi kurumlar da diğer kanun yolları olarak *olağan kanun yolları* içerisinde anılmaktadırlar. Bkz. hepsi için **Kindhäuser**, s. 344.

Mevcut çalışma *olağan kanun yollarından, itirazı* konu edinmektedir. Türk hukukunda itiraza ilişkin güncel tartışmaların varlığı ve 18.06.2014 tarihli 6545 s. Kanun eliyle yapılan son yasa değişikliklerinden, itiraz kurumunun doğrudan etkilenmiş olması, bu tercihte ana etmen olmuştur. Çalışma biri güncel sorunlara yönelik genel tartışmalar, diğeri de yeni yasal değişikliklerin getirdikleri olmak üzere iki ana bölümden oluşacaktır. Bu bağlamda ilk bölümde mevcut itiraz kurumunun iki temel unsuru olan, kanun yolu başvurusunda hata ve kanun yolu başvurusundan vazgeçme kurumuna değinilecektir. İkinci bölüm son yasal değişikliklerle birlikte tekrar ele alınması gereken, sulh ceza mahkemelerinin ikinci derece itiraz mercileri olarak öngörülmesi ile TCK m. 191 kapsamında Cumhuriyet savcısının kararlarına itiraz konularıdır. Çalışma Türk hukuku merkezli olup, Alman hukukuna gerekli yerlerde karşılaştırmalı olarak yer verilecektir.

I. Kavramsal Olarak İtiraz Kanun Yolu

*Olağan kanun yollarından itiraz*¹² Alman hukukunda¹³, *karar ve tasarruflara* karşı (AlmCMK § 304) yapılan, bunların *fiilî ve hukukî* sorunların denetlenmesini (AlmCMK § 308 II) sağlayan bir yol; Türk hukukunda¹⁴ henüz kesinleşmemiş *hâkim* ya da *mahkeme kararına* karşı kural olarak başka bir mercide kararın *maddî ve hukukî açıdan* yeniden incelenmesine olanak tanıyan bir *kanun yolu* olarak tanımlanmaktadır.

Aşağıda öncelikle kanun yolu başvurularında vuku bulabilecek hata ve bunların çözümüne yönelik uygulamalara, ardından kanun yolu başvurusundan vazgeçme kurumuna değinilecektir.

¹² Mülga CMUK döneminde yapılan acele itiraz (*sofortige Beschwerde*) ve adi itiraz (*einfache Beschwerde*) ayırımına mevcut CMK ile son verilmiştir. Bu kurumlar hakkındaki açıklamalar için bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1329. Bu ayırım Alman hukukunda ise hâlen devam etmektedir.

¹³ **Roxin/Schünemann**, s. 446.

¹⁴ Bkz. ayrıntılı **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 720; **Şahin/Göktürk**, CMH II, s. 211; **Centel/Zafer**, s. 743; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1323, 1324; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 329; **Ünver/Hakeri**, s. 410; **Soyaslan**, s. 526 dev.; **Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 662.

II. Kanun Yolu Başvurusunda Kanun Yolu Türünde ya da Mercide Hatanın Hukukî Sonuçları

Başvuru esnasında kanun yolunun türü hatalı verilebilir ya da başvuru merci hatalı seçilmiş olabilir. Hatanın başvuru yapan kişiden ya da bizzat kararı veren merciden kaynaklanması arasında uygulama farklılıkları bulunmaktadır.

A. Başvurucunun Tür veya Mercii Hatası Yapması

Başvurulan kanun yolunda *tür hatası* yapılması başvuru *geçersiz kılmaz*¹⁵. Zirâ burada önemli olan, kabul edilebilir bir başvuruda bulunmuş olma¹⁶ yani *kanun yoluna başvurma irâdesi*¹⁷ ve yapılan başvurunun *maddî anlamda içeriksel olarak, kanun yolu özelliğine sahip*¹⁸ olmasıdır (*esasın usûle fedâ edilmemesi*¹⁹). Kişi itiraz kanun yoluna yaptığı başvuruda istediği kadar hataen “kararı temyiz ediyorum” ifâdesi²⁰ kullansın, belirleyici olan *süresi içinde yapılan başvurunun maddî içeriğidir*. Burada yasa yolu isteği reddedilmeden, mesela temyiz isteğinin *reddine karar verilmeden*²¹, dosya incelemeyi yapmaya yetkili mercie gönderilecektir (CMK m. 264).

Aynı hususlar, başvurulan kanun yolunda *sadece merci hatası* yapılmasında da (*şeklî hata*)²² geçerlidir (CMK m. 264)²³. *Süre içinde olmak şartı* ile “*yanlış kapı çalınabilir*”²⁴.

¹⁵ Özen, s. 22, 23; Şahin/Göktürk, s. 216; Centel/Zafer, s. 738; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1316; Toroslu/Feyzioğlu, s. 325; Ünver/Hakeri, s. 402; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 649; Yurtcan, s. 1297; YCGK, 2010/3-127, 2010/149, iç: Yurtcan, s. 1297; Kindhäuser, s. 344, 345; Roxin/Schünemann, s. 446, 447.

¹⁶ Centel/Zafer, s. 738.

¹⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 325; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 649.

¹⁸ Kindhäuser, s. 345; Roxin/Schünemann, s. 447.

¹⁹ Özen, s. 23.

²⁰ Böyle bir karar için bkz. YCGK, 2010/3-127, 2010/149, iç: Yurtcan, s. 1297.

²¹ YCGK, 2010/3-127, 2010/149, iç: Yurtcan, s. 1297.

²² Özen, s. 21.

Başvuru merciinde yapılan hatadan sadece sanık, şüpheli değil, diğer taraflar (mağdur, eş vs.) da yararlanır²⁵. Bizzat Cumhuriyet savcısının kanun yolu merciinde hata yapması hâlinde öğretilde baskın görüş²⁶ ve son Yargıtay içtihatları²⁷ bu başvurunun geçerli sayılacağı yönündedir.

B. Karar Veren Makamın Kendi Kararında Hata Yapması

Hata kanun yoluna konu edilecek *kararı veren makamın, kendi kararını hatalı ifade etmesiyle* de vuku bulabilir. Mesela mahkeme hatalı olarak hüküm yerine, ara karar kavramını kullanmış olabilir. Hatalı karara göre yapılan başvuru *Roxin/Schünemann*'a²⁸ göre geçersiz addedilmeyecektir. Zirâ burada önemli olan “olan başvuru” değil, “olması gereken başvuru”dur. İçeriksel olarak ara karar teşkil eden bir karara istendiği kadar hüküm den-

²³ Yurtcan, s. 1297; Özen, s. 21; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 717; Şahin/Göktürk, s. 218; Centel/Zafer, s. 738; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1316; Toroslu/Feyzioglu, s. 325; Ünver/Hakeri, s. 402; Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 649; Kindhäuser, s. 345.

²⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1316.

²⁵ Özen, s. 26.

²⁶ Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 649; Özen, s. 26; Şahin/Göktürk, s. 218; Toroslu/Feyzioglu, s. 325; tam tersine Centel/Zafer, s. 738, savcıların hatadan yararlanamayacağını savunmaktadır. Yazarlar bu konuda yasalaşmamış olan, savcılarının da yapacaklarını hatalardan yararlanması gerektiğine ilişkin tasarı hükümlerine atıf yaparak, “Yasakoyucunun Tasarı metninde değişiklik yapması, onun Tasarı’daki düşüncesinden vazgeçtiği şeklinde yorumlanmaya da müsaittir.” ifadesini kullanmaktadır. Mülga CMK hükmü yürürlükteki CMK’ya aynen alındığı için, savcılarının hatadan yararlanmasını kabul etmeyen YİBK, 22.01.1962-2/1 hâlen geçerli ve bağlayıcı kabul edilmelidir.; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1316.

²⁷ YCGK 2006/6-63, 2006/60, 28.03.2006; 2007/6-165, 2007/169, 17.07.2007; YCGK 2007/7-266, 2008/13, 5.2.2008, son anılan kararında YİBK, 22.01.1962-2/1’ye atfen “[...] anılan İBK’nın geçerliliği benimsendiğinde, yasa yolu başvurusunun en önemli sülhelerinden olan C. Savcılarının hatalı hüküm ve kararları denetleme, yasaya aykırılıkları düzeltirme haklarının önemli ölçüde ellerinden alınacağı, ceza yargısının temel amaçlarından olan maddî ve hukukî gerçeğe en kısa zamanda ulaşma hedefinden uzaklaşılacağı gözetilmeli, bu nedenle de yürürlükte olduğu evrede dahi, haklı eleştirilerin hedefi olan anılan İBK’nın geçersiz hâle geldiği görüşüne yandaş olunmalıdır.” ifadesini kullanmaktadır. Burada anılan tüm kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi 18 Ağustos 2014.

²⁸ Roxin/Schünemann, s. 447.

sin, bu bir ara karar olarak kabul edilecek ve buna karşı yapılan başvuru da itiraz olacaktır²⁹. Türk hukukunda **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**³⁰ de aynı fikri savunmaktadırlar. Yazarlar kararın nasıl nitelendirildiğinin değil, içeriği ve gerekçesinin önemli olduğu vurgusu yapmaktadırlar. Buna göre hatalı karar üzerine yapılan, bu nedenle kendisi de hatalı olacak başvuru, ilk hatalı karar yüzünden geçersiz kabul edilmeyecek; *karar doğru verilmiş olsa idi gidilebilecek olan kanun yoluna göre işlem yapılacak, süre kaçırımı söz konusu olduysa eski hâle getirme* gündeme gelecektir³¹. Ayrıca metinde ya da başlıkta geçen yazım hataları da (isim, yaş, hesap hatası vs. gibi) kararı geçersiz kılmayacak, bunlar kararı veren makam tarafından ya kendiliğinden ya da itiraz kanun yolunda yapılan bir uyarı üzerine düzeltilecektir³².

Yargıtay³³ kararı veren makamın, kendi kararını hatalı ifâde etmesinin hukukî sonuçları üzerinde ayrıntılı bir değerlendirme yapmaktadır: **Yasa yolu ve merciin yanlış gösterildiği**, fakat süre ve şeklin doğru gösterildiği durumlarda, yasa yoluna başvurulmuş olması durumunda, yanlış yasa yoluna süresinde yapılan başvuru, **doğru yasa yoluna usûlüne uygun olarak yapılmış bir başvuru gibi kabul edilecektir**³⁴. Yargıtay CMK m. 264'ün yasa yolunun yanlış gösterilmesi hâlinde *tamamlayıcı norm olarak devreye girmesine, bir engel olmadığını belirtmektedir*. “Sonuç olarak; aslında temyiz olan yasa yolunun itiraz olarak gösterilmesi hâlinde, 7 günlük temyiz süresi içerisinde itiraz yoluna yapılan başvuru, usûlüne uygun şekilde yapılmış bir temyiz başvurusu olarak kabul edilmelidir. Süreden sonra yapılacak başvurunun da kabul edilmemesi gerekir.”³⁵.

²⁹ Roxin/Schünemann, s. 447.

³⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 651.

³¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 651.

³² YCGK, 7.11.2006, 4-227/228, iç: Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 635, 636, dip not: 18.

³³ YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007; krş. ayrıca YCGK, 2006/1-278, 2006/291, 5.12.2006, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

³⁴ YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

³⁵ YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

Buna karşın *kararda süre ve şeklin gösterilmemiş veya yanlış gösterilmiş olması hâlinde*; bu Anayasa m. 40 II ile 5271 sayılı Yasa m. 34 II, 34 II, 231 II ve 232 VI maddelerindeki hükümlere aykırılık teşkil edecek, bu da 5271 sayılı Yasa m. 40 gereği *eski hâle getirme nedeni* teşkil edecektir. “Bu durumda; yasa yolu süresinin *işlemeye başlayacağından söz edilemeyeceği* için, tefhim veya tebliğ tarihi esas alınarak süresinde veya süresinden sonra yapılmış olan yasa yolu başvurusunun *bir nev’i eski hâle getirme talebi* olarak kabul edilmesi ve bu nedenle de incelenmesi gerekecektir.”³⁶ *Yasa yolu, merci, süre ve şekilden biri veya bir kaçının hiç gösterilmesi ya da yanlış gösterilmesi ancak herhangi bir temyiz yasa yoluna başvurulmamış olması hâlinde*, (5320 sayılı Yasa m. 8 I nedeniyle hâlen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUY m. 305 uyarınca, kesin olarak belirtilen hükümler ile re’sen temyize tabi bulunan hükümlere ilişkin istisnalar hariç) “davasız yargılama olmaz” ilkesine uygun olarak, süre ve istek koşullarına uygun temyiz davası açılmadığından, hükmün Yargıtay tarafından incelenmesi olanaksızdır. Bu itibarla bu gibi durumlarda “*olağan yolla veya eski hâle getirme yöntemiyle açılmış bir temyiz davası olmadığından, saptanan usûlî eksikliğe bu evrede ancak işaret edilmekle yetinilebilecektir.*”³⁷. Kararda varılan bu sonucun sadece temyiz kanun yolu için değil, *ayrıca itiraz kanun yolu için de geçerli olacağından şüphe yoktur.*

Yasa yolu, merci, süre ve şekilden biri veya bir kaçının hiç gösterilmemesi ya da yanlış gösterilmesine rağmen; ilk aşamada yasa yoluna başvurulmayı nispeten uzun bir süre geçtikten sonra yasa yoluna başvurulması hâlinde ise, 5271 sayılı Kanun m. 40 uyarınca, *bu talebin eski hâle getirme talebi olarak ele alınması ve o şartlarda değerlendirilmesi gerekir*³⁸. Ancak, burada m. 41 I’deki “Eski hâle getirme dilekçesi, engelin kalkmasından itibaren yedi gün içinde süreye uyulduğunda usûle ilişkin işlemleri yapacak olan mahkemeye verilir.” hükmü gözetilmek suretiyle,

³⁶ YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

³⁷ YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

³⁸ YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

süre koşuluna uyulup uyulmadığı araştırılarak, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek başvuruların da önüne geçilmesi lâzımdır³⁹.

III. Kanun Yolundan Vazgeçme

Mülga Kanun m. 295'te "kanun yollarına müracaatta bulunmak hakkının *iskât olunması* veya vuku *bulmuş bir müracaattan vazgeçilmesi*" hükmü yer almakta, dolayısıyla mülga CMUK içerisinde, vazgeçme ve geri alma ayırımına gidilmekte idi. Yürürlükteki 5271 s. CMK m. 266 ise "Kanun yoluna *başvurulduktan sonra* bundan *vazgeçilmesi*, mercii tarafından karar verilinceye kadar geçerlidir." demekle, vazgeçme ve geri alma ayırımını terk etmiş gözükmemektedir. CMK m. 266. gerekçesinden⁴⁰ bu ayırımın bilinçli olarak ortadan kaldırıldığı anlaşılmakta, ancak madde gerekçesinde bunun sebebine değinilmemektedir.

Öğretiye⁴¹ göre Kanun'da aslında, *geri alma anlamında vazgeçme* kavramı kullanılmıştır. Bu bağlamda burada tartışılması gereken ilk mesele, geri alma ve vazgeçmeden ne anlaşıldığı, ondan sonra da bu kavramların hüküm kapsamında ne derece bir geçerlilik bulacağıdır.

A. Kavram Olarak Vazgeçme ve Geri Alma

Özen'e⁴² göre "*vazgeçme*, kullanılma hakkı doğan ve fakat henüz kullanılmaya başlanmamış bir hakkın, kullanılma imkânı hâlâ varken, hak sahibi tarafından kullanılmayacağına açıklanması"; *geri alma* ise "kanun yoluna başvuru hakkına sahip olan kişinin başvuru hakkını kullandıktan sonra, başvuru süresi dolmadan önce, başvurusunu geri alması" anlamına gelir. *Centel/Zafer*⁴³ ise kanun yoluna başvurma hakkı doğduktan sonra bu hakkın

³⁹ YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

⁴⁰ Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>.

⁴¹ Özen, s. 74, 85, Şahin/Göktürk, s. 220; Centel/Zafer, s. 739, 740, ise "Yasa'da kanun yolundan vazgeçme (başvurunun geri alınması) açıkça düzenlenmiş (CMK m. 266); ancak, kanun yolundan ferâgat öngörülmemiştir."; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 1314 "maddede gerialma yerine vazgeçme denilmiştir."

⁴² Özen, s. 75, 79.

⁴³ Centel/Zafer, s. 739, 740.

kullanılmayacağıının bildirilmesine kanun yolundan *ferâgat*, kanun yoluna başvurduktan sonra bundan dönülmesine de kanun yolundan *vazgeçme* (*başvurunun geri alınması*) demektir. *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*'ye⁴⁴ göre "Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, *vazgeçme* suretiyle önceden, *gerialma* suretiyle sonradan düşürülebilir."⁴⁵ CMUK zamanında *Öztürk/Erdem/Özbek*⁴⁶ bu kavramları şu şekilde tanımlanmakta idiler: "*Vazgeçme*, yani yapılması mümkün ve fakat henüz yapılmamış bulunan bir istemin, istemi yapmaya yetkili kişi tarafından yapılmayacağıının açıklanması şeklinde olabileceği gibi; *geri alma*, yani yapılmış bir istemin, buna yetkili kişi tarafından, geçersiz sayılmasının istenmesi şeklinde de olabilir."

Bu çalışma kapsamında, yukarıda yapılan tanımlamalardan, *Centel/Zafer* tanımı takip edilecektir. Türkçe sözlükte *ferâgat kendi isteğiyle hakından vazgeçme anlamına gelir*⁴⁷. *Vazgeçme*, "kendi hakkı olan bir şeyi artık istememek" yani haktan *el çekmek*;⁴⁸ "kendi hakkı saydığı bir şeyi artık istemez olmak", "eskiden beri yapmakta olduğu bir şeyi artık yapmaz olmak", "niyetten veya karardan dönmek, caymak"⁴⁹ anlamındadır. İstirdâd anlamına gelen *geri alma* ise, "verdiği şeyi geri istemek, geriye, arkaya doğru götürmek ya da gitmesini sağlamak"⁵⁰ olarak tanımlanmaktadır. Tanımlardan anlaşıldığı üzere *vazgeçme* sözcük olarak aslında ferâgati ve geri almayı kapsar nitelikte, *geniş anlamlı bir sözcüktür*. Hakkı olanı istememek ya da haktan el çekmek, kavramsal olarak hem anlık bir fiili hem de bir süreci kapsar. Bu hâliyle *hakkı olanı istememe hakkı*, o hak baki olduğu sürece *devamedegelen* bir hak olarak saklı kalacaktır. Dolayısıyla *vazgeçme*, kullanılabilir bir hakkın *ilk başta kullanılmaması (ferâgat)* gibi, kullanıldıktan sonra da *geri alma suretiyle yürütmesine son verdirilmesini* kapsamaktadır. Ayrıca ferâgat ile geri alma arasında *a priori* bir ilişki vardır. Zirâ

⁴⁴ *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 1314.

⁴⁵ *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 1314.

⁴⁶ *Öztürk/Erdem/Özbek*, s. 820.

⁴⁷ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5412a034502c55_60444485, erişim tarihi: 1 Eylül 2014.

⁴⁸ *Püsküllüoğlu*, s. 682, 1793.

⁴⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5412a07510b9d0_36830677, erişim tarihi 1 Eylül 2014.

⁵⁰ *Püsküllüoğlu*, s. 738, 941.

geri alınabilen, ayrıca ferâgat edilebilen olmak zorundadır. Başka bir deyişle geri alma ferâgati içine alır. Dolayısıyla kanun yoluna başvurusundan *vazgeçilmesi, ferâgati içeren geri alma kavramına denk gelen üst bir kavramdır. Şu hâlde vazgeçme, ferâgat edilebilecekken edilmemiş kanun yolu başvurusunun, sonradan geri çekilmesi anlamına gelir (geri alma).*

Bu netice karşısında sorgulanması gereken diğer bir husus, ferâgat ve geri almanın vazgeçme başlığı altında, CMK m. 266 I kapsamında uygulanabilir olup olmadığıdır.

B. Aynı Hükme Göre Vazgeçme ve Geri Alma Mümkün Olabilir Mi?

Özen'e⁵¹ göre itiraz kanun yolu bir hak olduğuna göre, hak sahibinin bu hakkı kullanmaktan da vazgeçebilmesi gerekir. O nedenle bu yönde bir düzenlemeye gidilmesi de isabetli olacaktır. Şikâyet kurumu ile de benzer sorunun yaşandığına dikkat çeken **Özen**, öğretinin kanunda yer almamasına rağmen önceden vazgeçmeyi kabul ettiğini belirtmektedir. Ancak Yargıtay'ın (6. CD, 9.9.2005, 2005/100068-7180) itiraz konusunda önceden vazgeçmeyi reddeden bir kararının olduğuna da dikkat çekmektedir. Aynı şekilde **Şahin/Göktürk**⁵² de vazgeçme ile aslında geri almanın kastedildiğini belirttiği hüküm bakımından, sadece geri almanın maddede öngörülmesi karşısında, artık vazgeçmenin hukukî sonuç doğurmayacağını belirtmektedirler. Yazarlar yukarıda **Özen** tarafından anılan Yargıtay kararına atfen, hükmün tefhiminde kanun yoluna başvurulmayacağı belirtilse de, bu vazgeçme beyanının, CMK m. 266 anlamında bir vazgeçme olmadığından, kabul görmeceğini belirtmektedirler⁵³. **Centel/Zafer**⁵⁴ hukukun genel ilkeleri uyarınca *hak sahibinin hakkı doğduktan sonra özgür irâdesiyle bu hakkını kullanmayacağını* açıklamasının mümkün olduğunu, ferâgatin ilgili makama bildirilmesiyle kararın kesinleşeceğini ifade etmektedirler. Ferâgat kararın ilgiliye

⁵¹ **Özen**, s. 74; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 325 ise "başvurmaktan vazgeçebilecekleri veya başvurularını geri alabilecekleri kural olarak kabul edilmiştir (CMK m. 266)" ifâdesi kullanılmaktadır.

⁵² **Şahin/Göktürk**, s. 220.

⁵³ **Şahin/Göktürk**, s. 220.

⁵⁴ **Centel/Zafer**, s. 740.

bildirilmesinden, kanun yolu için öngörülen sürenin bitimine kadar; başvurudan vazgeçme yani geri alma ise, mercii tarafından talep konusundaki karar verilinceye kadar mümkündür. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**⁵⁵ ise “Kanunumuzda vazgeçme ve gerialma farkına dikkat edilmediğini” ifade etmektedir. Eserlerinde hem vazgeçmeye hem de geri almaya ilişkin açıklamalarda bulunan yazarların, vazgeçme ve geri alma ayırımını zımnî olarak sürdürme irâdelerinin bulunduğu söylenebilir. **Soyaslan**⁵⁶, CMK m. 266 kapsamında hem vazgeçme hem de geri almayı mümkün görmekte, vazgeçme kavramı ile geri almayı eşanlamli addetmektedir. “Kanun yoluna başvurduktan sonra, başvuran süje kanaat değişikliği hâlinde başvurusundan vazgeçebilir. Gerçekten mahkeme kararının başlangıçta hukuka aykırı olduğu kanaatinde olan süje, daha sonra bu kanaatini değiştirerek başvurudan vazgeçmeyi düşünebilir. Vazgeçme kanun yoluna başvuru süresi içinde yapılabileceği gibi, süre dolduktan başvuru yapıldıktan sonra da yapılabilir. Menfaat sahibi suje veya taraf daha başvuru yapılmadan önce de başvuru yapmayacağını açıklayabilir. Başvuru yaptıktan sonra da mercii tarafından karar verilinceye kadar başvurudan vazgeçebilir (CMK m. 266 I).”⁵⁷. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**⁵⁸ Kanun içerisinde sadece geri alma konusunda bir düzenleme getirildiğini, ancak bundan vazgeçmenin mümkün olmayacağı gibi bir sonuç çıkarılmayacağını savunmaktadırlar. Ancak vazgeçmeyi kabul etmeyen yukarıda **Özen** tarafından da anılan Yargıtay kararına atfen yazarlar “bunun altında yatan düşünce, vazgeçmenin genellikle kararın ilk şok etkisi veya cezanın yüksekliğinden kaynaklanan heyecana dayanmasıdır.” ifâdesini kullanmaktadırlar.

CMK m. 266’ya denk gelebilecek hüküm AlmCMK § 302 içerisinde yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre, *vazgeçme ve geri alma, başvuru süresinin bitmesinden önce geçerli bir şekilde vuku bulabilir*⁵⁹. Bu hüküm CMK’nın “Kanun yoluna **başvurulduktan sonra**

⁵⁵ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1314.

⁵⁶ **Soyaslan**, s. 523, 524.

⁵⁷ **Soyaslan**, s. 524.

⁵⁸ **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 655.

⁵⁹ Vazgeçme ve geri almaya ilişkin bkz. **Roxin/Schünemann**, s. 451 dev.; **Kindhäuser**, s. 348 dev.

bundan **vazgeçilmesi**, mercii tarafından karar verinceye kadar geçerlidir.” hükmünden daha geniş kapsamlıdır. Yukarıda anıldığı üzere Türk kanun koyucusunun bu ayırma neden gittiği belirsizdir. Kanun koyucusunun ferâgatten daha karmaşık ve daha çok sorun yaratan (karşı taraftan onay alma vs.) geri almaya (CMK tabiriyle vazgeçmeye) yer verirken, bundan daha basit yapıda olan ferâgati kasten uygulama dışı bırakmak isteme kastı olduğu doğrudan kanun maddesinden ve gerekçesinden çıkarılamamaktadır. Ayrıca Kanun’un doğmuş bir hakkın kullanılmasının istenmemesi ile kullandıktan sonra geri alınmasını isteme hususunda bir derecelendirmeye giderek, en sonuncusunda üstünlük sağladığı da kanun metninden ya da evrensel bir ilkeden çıkarılamamaktadır.

Bu çalışmada **vazgeçme, aynı zamanda ferâgati de içeren geri almayı kapsayan bir üst kavram** olarak nitelendirildiğinden, **CMK m. 266’nun hem ferâgati hem de geri almayı içerdiğini kabul etmek gerekir**. Ferâgat hakkını ilk doğduğu anda kullanmamak, sonradan kullanmayı engellemiyorsa, sonradan kullanmak da önceden kullanmak hakkını ortadan kaldıramaz. Ayrıca geri alma kurumu, ferâgatten daha özellikli ve ayrıntılı koşullar gerektirdiğinden, kanun koyucusunun vazgeçme kavramı altında, ferâgatten ziyade geri almaya ilişkin ayrıntılara yer vermiş olması da muhtemel bir durumdur.

C. Vazgeçmeye İlişkin Esaslar

Vazgeçme de tıpkı başvuru hakkını kullanmada olduğu gibi, belirli bir *anlama ve kavrama kabiliyeti*⁶⁰, sağlıklı bir *vazgeçme irâdesi* aranmaktadır. Bunun için kişinin *vazgeçmenin sonuçlarının bilincinde olması* gerekir⁶¹. Ayrıca irâdenin aldatma, zorlama vs. suretiyle sakatlanmamış olması lâzımdır⁶². Ayrıca başvuru hangi *şekil şartlarına* tabii ise, vazgeçme de aynı *şekil şartlarına* tabi olacaktır⁶³.

Kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından *karar verinceye* kadar geçerlidir (CMK m. 266 I). Öğretide **Özen**

⁶⁰ Meyer-Goßner, s. 1242.

⁶¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 655.

⁶² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 655.

⁶³ Özen, s. 76, 80; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 656; Kindhäuser, s. 349; Meyer-Goßner, s. 1242.

tarafından *merci tarafından karar verilmeye kadar* ifâdesi kesin bir zaman dilimini ifâde etmediği için “isabetli bir düzenleme”⁶⁴ olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte ferâgat ve geri almaya ilişkin AlmCMK § 302’nin *daha da belirsiz* bir kavram kullandığını belirtmek gerekir. Buna göre, kanun yolu başvurusunun geri alınması ve kanun yolu başvurusundan ferâgat, bunların *başvuru süresinin sona ermesinden önce* geçerli olarak yapılabilir. Buna ek olarak ferâgat ve geri alma zamanı konusunda tam bir fikir birliği bulunmaktadır. *Ferâgat*, kanun yolu başvurusu yapılması mümkün olduğu sürece⁶⁵; yani kanun yoluna başvurusu yapılacak *kararın verilmesi ile birlikte*⁶⁶ başlayıp, kanun yolu başvurusu yapılması gereken *süre boyunca vuku bulabilir*⁶⁷. *Geri alma* ise ancak, bir başvuru yapıldıktan *sonra* ve *kanun yolu başvurusu hakkında karar verilene kadar* söz konusu olabilir⁶⁸. *Meyer-Goßner*⁶⁹ kararın verilip, temyiz isteminin kabule değer sayılmamasından dolayı, temyiz isteminin hükmü temyiz olunan mahkemece AlmCMK § 346 I’e göre (bu hüküm CMK m. 296 I’e denk gelmektedir) reddi kararının verilmesinden sonra, ancak kararın kesinleşmesinden önce geri almanın mevzubahis olacağını belirtmektedir. Kararın verilmesi usûlü ACMK ve CMK içerisinde 33. maddede öngörülmüş, CMK ve AlmCMK § 35 içerisinde *verilen kararın açıklanmasına* yer verilmiştir. Duruşmada verilen kararın ister sanık hâlihazırda olsun, ister olmasın, AlmCMK ve CMK m. 35 I kapsamında kararın *açıklanması ile verilmiş* olacağı ifâde edilmektedir⁷⁰. Görüldüğü üzere burada tevdi ya da tebliğ tarihi belirleyici değil, *duruşmada kararın açıklanması tarihi (tefhimi) belirleyicidir*. Duruşma dışı verilen kararda ilgisinin hazır bulunduğu hâllerde yine ACMK ve CMK m. 35 I

⁶⁴ Özen, s. 79.

⁶⁵ Karlsruhe Kommentar, 302-Paul, satır no: 6; Meyer-Goßner, s. 1243.

⁶⁶ Meyer-Goßner, s. 1243’e göre bu kararın verilmesinden önce olamaz, ancak kararın gerekçelerinin ilân edilmesinden önce vuku bulabilir.

⁶⁷ Pfeiffer, m. 302, satır no: 5; Meyer-Goßner, s. 1244.

⁶⁸ Karlsruhe Kommentar, m. 302-Paul, satır no: 4; Pfeiffer, m. 302, satır no: 5; karar verilene kadar başvurunun caiz olduğu konusunda bkz. ayrıca OLG Hamburg NStZ 1983, 426.

⁶⁹ Bu hususta bir Alman Federal Mahkemesi (BGH NStZ 98, 52) kararına da atfen bkz. Meyer-Goßner, s. 1241.

⁷⁰ Meyer-Goßner, s. 126.

gereği tefhim tarihi esas alınacaktır⁷¹. Duruşma dışında ilgisinin hazır bulunmadığı durumlarda karar yazılı olarak verilir⁷². Duruşma dışı yazılı kararların alınmasında, iki durum söz konusudur. Biri kararın dosya üzerinden verilmesi, diğeri ise kararın dış dünyada etki göstererek verilmesidir. Dosya üzerinden yazılı kararın verilmesi, ilgili hâkimin kararı imzalayıp, mahkeme dışından başka kişilerin tam yazılı metin hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak üzere hazır etmesi ile vuku bulur⁷³. Hâkimin kararı **imzalamaya zorunluluğu** hâkim kararı bakımından zamanaşımının kesilmesine ilişkin AlmCMK § 78c II içerisinde, hüküm bakımından ise AlmCMK § 275 II'de *açıkça* öngörülmüş olup, bunun haricinde böyle bir zorunluluğun bulunmadığına öğretide⁷⁴ dikkat çekilmektedir. Bu bağlamda imza olmaması durumunda mevcut şartlar, kararın ilgili hâkimin irâdesini yansıttığı hususunda şüphe yaratmamalıdır⁷⁵. Bu şekilde karar verilmiş olup, AlmCMK § 296, CMK m. 260 anlamında kanun yoluna başvurulabilir, yani itiraz edilebilirdir; ancak hâlâ kararın değiştirilmesi (bu özellikle CMK m. 298'e denk gelebilecek AlmCMK § 349 için söz konusu olabilir) mümkündür⁷⁶. Kararın dış dünyada etki göstererek verilmesi ise kararın mahkeme dışı makam ya da kişilere teslim edilmesi ile söz konusu olur⁷⁷. Dolayısıyla burada belirleyici olan, mahkeme içerisinde kararın yer değiştirmesi değil, tam tersine artık kararın değiştirilmesinin fiilen mümkün olamayacağı andır⁷⁸.

Tüm bu açıklamaların ardından CMK m. 266 açısından da, *ferâgat bildiriminin, kanun yolu başvurusunun yapılabileceği son gününe kadar mümkün olmasının önünde yasal bir engel bulunmadığını* belirtmek gerekir.

⁷¹ Meyer-Goßner, s. 126.

⁷² Meyer-Goßner, s. 126.

⁷³ Meyer-Goßner, s. 126.

⁷⁴ Meyer-Goßner, s. 126; Türk hukukunda hâkim kararları ve zamanaşımının kesilmesine ilişkin AlmCMK § 78 c'ye denk gelebilecek TCK m. 67 içerisinde imzaya ilişkin ayrıca bir hüküm yoktur. Ancak AlmCMK § 275 II'ye denk gelebilecek CMK m. 232 IV, karar ve hükümlerin bunlara katılan hâkimler tarafından imzalanacağını emretmektedir. Türk hukukunda hükmün imzalanması konusunda ayrıntılar için bkz. **Baleci**, s. 128 dev.

⁷⁵ Meyer-Goßner, s. 126.

⁷⁶ Meyer-Goßner, s. 126.

⁷⁷ Meyer-Goßner, s. 126.

⁷⁸ Meyer-Goßner, s. 126, 127.

Şu hâlde ferâgat, kanun yolu başvurusu yapılmadığı sürece, *itiraz edilecek karar verildiği andan itibaren, kanunî sürenin dolması anına kadar* yapılabilir. Ferâgatte bulunulmamış ise, kanun yolu başvurusunun *geri alınması*, itirazı inceleyecek *merciin itiraz hakkında karar vermesi anına kadar* mümkündür. Karar verme anının belirlenmesi konusunda Alman hukuku açısından yapılan açıklamalar, düzenlemelerin büyük benzerlik gösterdiği Türk hukuku bakımından da geçerli olacaktır. Bu durumda CMK m. 33'de belirtilen usûllere uyularak verilecek karar, duruşma kapsamında CMK m. 35 I gereği tefhimle, duruşma dışında yazılı kararın dosya üzerinden *hâkimce hazırlanmış olması ile* gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla burada belirleyici olan hâkimin kararı hazırlamış olması olup, ilgisine tebliğ edilme anı esas alınmayacaktır. Karar verildikten sonra vazgeçme hakkının kullanılması ise artık söz konusu olamayacaktır⁷⁹.

Kanun yoluna *başvuru yetkisi olan herkesin*, kanun yolundan vazgeçmesi de mümkün kabul edilse de⁸⁰ bazı kişiler açısından vazgeçme hakkının *sınırları* tartışmalıdır:

Şüpheli ve sanığın başvurusundan vazgeçme hakkı bulunmaktadır. Şüpheli/sanık vazgeçme hakkını kullandığını müdafine haber vermek zorunda değildir⁸¹. Ancak aşağıda değinileceği üzere, zorunlu müdafilerle ilgili olarak, şüpheli/sanığın vazgeçme hakkına ilişkin sınırlayıcı istisnalar söz konusudur. *Birden çok şüpheli/sanık* olması durumunda, bunlar ya tek başlarına ya da hep birlikte bir dilekçe ile başvurularından vazgeçebilirler⁸². Sorun, birden çok şüpheli/sanıktan sadece bir kısmının başvurudan vazgeçmesinin, diğerlerinin (bundan haberleri olsa da olmasa da) başvurusuna sirayet edip etmeyeceğidir. CMK içerisinde vazgeçmenin sirayeti konusunda özel bir hüküm yoktur. Ayrıca vazgeçme bir *hak olduğundan, sirayet mümkün olmamalıdır*⁸³.

Eş, kanunî temsilcinin başvurularından vazgeçmeleri hususu tartışmalıdır. Bir kesime⁸⁴ göre bunlar başvurularından sanık/şüpheli *izni olmak-*

⁷⁹ Özen, s. 80.

⁸⁰ Özen, s. 75; Meyer-Göbner, s. 1241.

⁸¹ Özen, s. 80.

⁸² Özen, s. 81.

⁸³ Krş. Özen, s. 81, 82.

⁸⁴ Özen, s. 85, 86.

sızın vazgeçebilirler. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**⁸⁵ ve **Roxin/Schünemann**⁸⁶ ise kanunî temsilcinin başvurusunu geri alması hususunda, savcının başvurusunu geri almasına ilişkin hükümlerin (CMK m. 266 I ve AlmCMK § 302 I) kıyas yoluyla geçerlilik kazanmasını savunmaktadırlar. İki düzenleme de *savcıdan sanığın geri almaya olurluğunu almayı aramaktadır*. Bu görüş sanık haklarını ve irâdesini daha ön plana çıkardığı için bu görüşe katılmak gerekir.

Müdafin veya **vekilin** başvurudan vazgeçebilmesi, bu konuda yetkili kılınmaları koşuluyla mümkündür⁸⁷. Bu hususta *vekâletnamede özel yetkili kılınmış olmak*⁸⁸ gerekir (CMK m. 266 II, AlmCMK § 302 II ise sadece açıkça yetkilendirmeyi anmakta⁸⁹). Birden çok avukatın bulunması hâlinde, bunlardan birinin özel yetkili olması yeterlidir. Diğer avukatların bundan haberi olup olmamasının bir önemi yoktur⁹⁰. Kural vazgeçmede, vekil ya da müdafî değil, tersine *başvuru sahibinin bizzat kendisinin (şüpheli/sanık vs.) irâdesine üstünlük tanınmasıdır*. Dolayısıyla da bunların arasında vazgeçmeye yönelik fikir ayrılıklarında, *katılan, şüpheli ve sanık irâdesi üstün* tutulacaktır.

Ancak kanun *zorunlu müdafiler* bakımından bu kurala bir *istisna*⁹¹ getirmiştir: *150. maddenin ikinci fıkrası* uyarınca, *kendisine müdafî atanan*

⁸⁵ **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 657.

⁸⁶ **Roxin/Schünemann**, s. 452.

⁸⁷ **Özen**, s. 82; **Şahin/Göktürk**, s. 215; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 657.

⁸⁸ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 718; **Özen**, s. 77, 78'e göre ise, bu hüküm *zorunlu* müdafî için bu geçerli değildir, dolayısıyla bunların vekâletnamede özel yetkili kılınmasına gerek yoktur. "Çünkü bu durumda hem ortada vekâlet sözleşmesi bulunmakta hem de irâde uyumsuzluğu hâlinde, zorunlu müdafin irâdesine üstünlük tanınmaktadır."

⁸⁹ Alman hukukuna göre vazgeçmeye ilişkin özel yetki, vekâletle özel yetkilendirme anlamında değildir. O nedenle belirli bir şekle tabii olmadan, yazılı, sözlü hatta telefonla bile verilebilir. Bkz. **Roxin/Schünemann**, s. 452.

⁹⁰ **Özen**, s. 82.

⁹¹ **Centel/Zafer**, s. 740, zorunlu müdafilik, müdafin görevlendiriliş biçimiyle (atama ya da seçilme) alakalı bir durum değildir. Bunlar adalet ve yasa uyarınca görev yaparlar. O nedenle farklılık yaratılmadan, seçilmiş müdafiler için de bu kural geçerli olmalıdır.

şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde, şüpheli veya sanık ile müdafin irâdesi çelişirse, müdafin irâdesi geçerli sayılır (CMK m. 266 III). CMK m. 150 II uyarınca ise müdafî bulunmayan ve kendisine müdafî atanacak olan şüpheli veya sanık, *çocuk*⁹², kendisini savunamayacak derecede *malul* veya *sağır* ve *dilsiz* ise, *istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilecektir*. Hükümün getiriliş amacı konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur: “[...] yasa koyucu tarafından fıkra da sayılan kişilerin savunma hakkının önemini kavrayabilecek duruma sahip olmadıkları varsayıldığı için savunma hakkının kullanılabilmesi ve adil bir yargılama yapılabilmesi bakımından böyle bir zorunluluk öngörülmüştür.”⁹³, “[...] bazı özellikleri yönünden korunmaya daha fazla muhtaç kişilerdir. Kanun’un burada müdafin irâdesini şüpheli veya sanık irâdesine göre üstün tutması yerinde olmuştur.”⁹⁴, “çocukların irâde zafiyeti nedeniyle etki altında kalabilmeleri ve kendi menfaatleri aleyhine sonuç doğurabilecek nitelikte karar vermelerini önlemektir.”⁹⁵; “Kanun koyucu bu düzenlemede, şüpheli veya sanığı kendilerine rağmen korumak istemiştir.”⁹⁶. Ayrıca müdafî daha sağlıklı ve objektif düşünebilir⁹⁷.

Her ne kadar takdim edilen gerekçeler makul olsalar da, CMK m. 266 III’ün *kendi geleceğini belirleme hakkı ile bağdaşır* nitelikte yeniden düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Zirâ Anayasa m. 17 I, III herkesin, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tâbi tutulamayacağını belirtmektedir. *Bu iki haktan doğan* kendi geleceğini belirleme hakkı, çocuk-engelli, aleyhe-lehe gibi bir ayırım yapılmadan *herkese eşit derecede* tanınmıştır. *İnsan haysiyetine dokunulması yasağı, insanın yargılamanın bir nesnesi hâline dönüştürülmesi yasağını da içerir*. Çocuğun kendi kararını alma özgürlüğü, kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında, kişiliğinin bir parçası olarak korunmalıdır. İlgilinin geleceğe yönelik kararları, bir

⁹² Donay, s. 342’ya göre çocuğun yaşı, dilekçeyi verdiği tarihe göre hesaplanacaktır.

⁹³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 719.

⁹⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 719.

⁹⁵ Donay, s. 342.

⁹⁶ Özen, s. 83.

⁹⁷ Soyaslan, s. 525.

başkasının -bu adalete hizmet eden müdafî dahi olsa-, eline korumadan *yoksun* bir şekilde bırakılmamalıdır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 4 d bendinde, “Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması” ilkesine yer vermiştir. Ayrıca çocuğun menfaatleri doğrultusunda hareket etmek, öncelikle bunların yükümlülüğü altındadır (Medenî Kanun m. 339 I, 340 I). Bu bağlamda zorunlu müdafî ile birlikte aile, kanuni temsilci, vasi vs. görüşü alınarak, ilgili küçük ya da engelli uygun bir dilde başvurudan vazgeçme ve bunun hukukî neticeleri hususunda bilgilendirilerek ve bu hususta eğitildikten sonra görüşü alınarak, dolayısıyla bir uzlaşî oluşturulmalıdır. **Çocuk ya da engelli birey, vazgeçme ehliyetine haiz olduğu sürece, kendi kararını kendi vermelidir**⁹⁸. Vazgeçme ehliyetinin bulunmadığı hâllerde ise, zorunlu müdafî değil, **çocuk ve engellinin kanunî temsilcisinin kararı** belirleyici olmalıdır. Alman hukuku bu konuda Türk Çocuk Koruma Kanunu’na denk gelebilecek olan “Gençlerin Yargılanması Kanunu” (Jugendgerichtsgesetz) m. 55 III içerisinde *açık* bir düzenlemeye gitmiştir. Buna göre eğitmen ya da kanunî temsilci, yapmış olduğu kanun yolu başvurusunu *sanığın (yani genç, çocuğun) onayı olmadan geri alamazlar*. Aynı şekilde öğretide⁹⁹ sanığın yapmış olduğu kanun yolu başvurusundan, *kanunî temsilcinin, sanığın onayı olmadan vazgeçemeyeceği; çocuğun kanunî temsilcisinin onayı olmadan kendi başvurusundan vazgeçebileceği*¹⁰⁰ savunulmaktadır.

Cumhuriyet savcısı da başvurusundan vazgeçebilir. CMK **Cumhuriyet savcısı** tarafından sanık *lehine* yapılan başvurudan **onun rızası olmaksızın** vazgeçilemez (CMK m. 266 I, AlmCMK § 302 I) demektir. Bu hükmün sebebinin “sanığın Cumhuriyet savcısının yaptığı başvuruya güvenerek

⁹⁸ Burada şikâyetten vazgeçme konusunda verilen bir Yargıtay (2. CD, 17.5.2007, 2007/1487, 2007/7094) kararına da atıfta bulunmak gerekir: “Medenî Kanun’un 16. maddesinde *mümeyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanunî mümessilin rızasına ihtiyaç duymadan kullanacaklarının açıklanmış bulunmasına göre*, 1990 doğumlu olup 2.2.2006 tarihli son oturumda şikâyetten vazgeçtiğini bildiren mümeyiz mağdur [...] şikâyetten vazgeçmesinin geçerli olduğu gözetilerek kamu davasının düşürülmesine karar verilmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiş [...]”

⁹⁹ Vazgeçme hakkı ve bunun istisnaları hususunda bkz. Eisenberg, m. 55, satır no: 10 dev.

¹⁰⁰ Meyer-Goßner, s. 1241.

kanun yoluna başvurmamış olabileceği” olduğuna işaret edilmektedir¹⁰¹. Aleyhe yapılan başvurudan vazgeçmede ise sanık/şüpheli kabulü aramaya gerek yoktur¹⁰².

Katılan da başvurusundan vazgeçebilir¹⁰³. Öğretide¹⁰⁴ şüpheli/sanığın vazgeçmesine ilişkin açıklamaların burada da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Birden fazla katılan olması durumunda da aynı şekilde sirayet mümkün olamayacaktır. Katılanın vazgeçebilmek için sanıktan olur almasına gerek yoktur¹⁰⁵. **Zorunlu vekil ile katılan** arasında irâdeler çelişecek olursa, CMK m. 234 II gereği vekil irâdesine üstünlük tanınacağı belirtilmektedir¹⁰⁶. Kişiliğin korunması ve geliştirilmesi bağlamında kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında yapılan eleştiriler, burası için de geçerlidir.

IV. Ara Değerlendirme

Çalışma ilk bölümünde hata ve vazgeçme hususunda yapılan güncel tartışmalara yer verilerek, ilgili alanlara ilişkin, ayrıntılar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kısımda özellikle Cumhuriyet savcılarının kanun yolu başvurusunda yapabilecekleri hatalarının da artık kabul edilebilir olması ile mahkemelerin kendi kararlarında yapabileceği hatalar üzerinde ayrıntılı değerlendirmelere gidilmesi dikkat çekici hususlardandır. Vazgeçme hususunda ise hem hak arama özgürlüğünü hem de zorunlu müdafii ya da vekile karşı ilgisinin (şüpheli, sanık ya da katılan) irâdesini güçlendirici yaklaşımlar daha yerinde olacaktır.

¹⁰¹ **Özen**, s. 85; **Şahin/Göktürk**, s. 221; **Centel/Zafer**, s. 740; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1314; **Roxin/Schünemann**, s. 452.

¹⁰² **Özen**, s. 84; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 657 hem lehe hem de aleyhe kanun yoluna gidilmesi durumunda sanık/şüphelinin rızasının aranması gerektiğini savunmaktalar.

¹⁰³ **Özen**, s. 82; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 658.

¹⁰⁴ **Özen**, s. 82.

¹⁰⁵ **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 658.

¹⁰⁶ **Özen**, s. 75, 83; **Centel/Zafer**, s. 740; **YCGK**, 2008/5-145, 2009/8, iç: Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi 10 Eylül 2014: “CYY’nın 266/2. maddesinde yasa yollarına başvurma konusunda, aynı Yasanın 150/2. maddesine göre atanan zorunlu müdafii ile asilin irâdesinin çelişmesi hâlinde, zorunlu müdafinin irâdesinin esas alınacağına ilişkin kuralın, olayımızda da mağdur yönünden kıyasen uygulanma olanağı bulunmaktadır.”

Çalışmanın ikinci kısmında, 18.06.2014 tarihinde 6545 s. Kanun ile vuku bulan son CMK ve TCK değişikliklerinin ardından itiraz kurumunu yakından ilgilendiren iki hususa değinilecektir. Bunlardan biri itiraz edilen kararı inceleyecek olan sulh ceza hâkimliklerine ilişkin CMK m. 268 III a, b ve Cumhuriyet savcılarının alabileceği denetimli serbestlik ve tedavi amaçlı gözlem altına alma kararına yönelik olan TCK m. 191'dir.

V. Kanun Yolu Mercilerinin Yasada Düzenlenmiş Olması ve Son Yasal Değişiklikler

Kanun yollarının yasalılığı¹⁰⁷ kuralına, kanun yolunda *yetkili-görevli mercilerin yasada belirlenmiş olması* da dâhildir. Bu bağlamda da hangi kanun yolu için hangi mercie *başvuru yapılabileceği* ve hangi merciiin kanun yolları başvurusunu *inceleme yetkisinin* bulunduğu yasa içerisinde düzenlenmiş olmalıdır. Bu hükümler CMK ve 5235 s. Kanun içerisinde bulunmaktadır. Buna göre itirazda CMK m. 268; istinâfta CMK m. 273, 276, 277, 280; temyizde CMK m. 286 vd. ile; 5235 s. Kanun m. 25, 33, 37 uygulama bulacaktır.

Olağan kanun yolları başvurusu kural olarak **kararı veren makama** yapılır (*iudex a quo*), kanun yolunda denetlemeyi yapacak olan makama (*iudex ad quo*) yapılmaz. Bu bağlamda **istinâf** yoluna başvuru *hükmü veren mahkemeye* (CMK m. 273 I), **temyiz** istemi *hükmü veren mahkemeye* (CMK m. 291 I) yapılır. **İtiraz** istemi de aynı şekilde *kararı veren mercie verilir* (CMK m. 268 I). Bu merci itirazı *inceler* ve yerinde görürse *düzeltilir* (CMK m. 268 II)¹⁰⁸. AlmCMK § 306'ya göre **itiraz** başvurusunun tıpkı CMK'da olduğu gibi itiraza konu olan mahkemeye yapılması gerekmektedir (AlmCMK § 306 I). Hâkimlik/mahkeme itirazı yerinde görürse bunun gere-

¹⁰⁷ Kanun yollarına ilişkin temel ilkelerin başında, **yasal dayanak zorunluluğu** gelmektedir. *Mevcut mevzuatta yer olması yer almayan bir yol, kanun yolu olarak kabul edilemez.* Krş. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 634; **Kindhäuser**, s. 344, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına da (**BVerfGE** 4, 71 vs.) bir kanun yolunun yasa metninde düzenlenmemiş olması hâlinde ne hukuk devleti ilkesinin ne de hak arama özgürlüğünü düzenleyen Alman Anayasası m. 19 IV'ün koruma sağlayabileceğine dikkat çekmektedir.

¹⁰⁸ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 723, buna ön inceleme demektirler.

ğini yapar, aksi takdirde en geç 3 gün içinde itirazı “itiraz mahkemesine” göndermek zorundadır (AlmCMK § 306 II).

İtirazı incelemeye yetkili merciler, en son 18.06.2014 tarihinde 6545 s. Kanun’un 74. maddesi ile **sulh ceza hâkimliğine ilişkin bentlerde yapılan değişikliklerle**¹⁰⁹ birlikte CMK m. 268 III’te gösterilmişlerdir: **Sulh ceza**

¹⁰⁹ 6545 s. Kanun m. 48 ile sulh ceza mahkemelerine son verilerek, “**sulh ceza hâkimliği**” kurulmuştur. 5235 s. Kanun m. 10’a göre “[...] **yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak**, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur”. Yapılan bu değişiklik özellikle Anayasa’nın yargı yetkisi başlıklı 9. maddesi ile bağdaşır nitelikte gözükmemektedir. Zirâ maddeye göre “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına **bağımsız mahkemelerce** kullanılır.” Bu anayasal emre göre **yargı yetkisinin kullanılması** kişi ya da kişilere değil, tersine bir makama, daha doğrusu bir ifade ile **organa aittir (bağımsız mahkemelere)**. Gerçekten de güçler ayrılığı ilkesini yaratan kuvvetlerden birisi, yargı organıdır. Yargı bir organ olarak görev ve yetkilerini, mahkemeler yoluyla icrâ eder. *Hâkimler bu yapıda mahkemeler adına görev alırlar*. Dolayısıyla hâkimler, mahkemeler teşkilatında önemli rol alan, mahkemeler adına hareket eden, bu sebeple de karar ve eylemleri *mahkemelere isnat edilen gerçek kişilerdir*. Mahkemeler ise bu teşkilâta *yargı yetkisini bizzat icrâ eden güçlerdir*. Bu bağlamda bir gerçek kişinin, organ kimliği kazanarak, yargı gücüne erişmesi, Anayasa’nın 9. maddesi karşısında mümkün değildir. Alman Anayasası’nın, Türk Anayasası’nın 9. maddesi ile karşılaştırılabilecek olan 92. Maddesi, hâkime yetkiyi *güvenmekten* bahsetmektedir: “Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern *anvertraut*; sie wird durch das *Bundesverfassungsgericht*, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen *Bundesgerichte* und durch die *Gerichte der Länder ausgeübt*.” Hükümde ayrı ayrı, yargı gücünün hâkimlere **emanet edildiği (güvenildiği)**; ancak bu yetkinin mahkemeler **yoluyla icrâ edileceği** vurgulanmıştır. **Morgenthaler (Epping/Hillgruber**, m. 92 satır no: 1), yargı yetkisinin hâkime güvenilmesi konusunda şuna dikkat çekmektedir: “Anayasa yargı yetkisinin sadece, halk adına *itimada dayalı, bağımsız olarak hareket edecek hâkimlere emanet edilmesi* yoluyla, Anayasa’nın hukuk devletinin esası olarak güvence altına almak istediği, yargının bağımsızlığına ve bütünlüğüne vurgu yaptığını” belirtmektedir. Özetlenecek olursa, yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimler sadece organ içerisinde faaliyet gösteren kişiler olup, yargı yetkisini yürüten yargı gücü mahkemedir. Bu vesileyle her ne kadar sulh ceza hâkimliğinin yargılamaya ilişkin görevi asliye ceza mahkemesine devredilmiş ve bunlara sadece **yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak**, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek yetkisi tanınmış olsa da, bunların da bir yargılama faaliyeti olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla yargı organı ve yargılama kişisi arasında ayırım yapılmayarak, yargılama icrâsının, yargılama görevine indirgenmesi,

hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak *kendisini izleyen hâkimliğe*; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki *sulh ceza hâkimliğine*; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki ***sulh ceza hâkimliğine aittir***. İtiraz üzerine *ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama* kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usûl uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini *reddeden* sulh ceza hâkimliği, *tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez*. ***Asliye ceza mahkemesi hâkimi*** tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ***ağır ceza mahkemesine*** ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen *daireye*; son numaralı daire için birinci *daireye*; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ***ağır ceza mahkemesine aittir***. ***Naip hâkim kararlarına*** yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ***ağır ceza mahkemesi*** başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir. ***Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin*** kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin ***esas mahkeme olarak baktıkları davalarda*** verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ***ceza dairesi***; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.

2014 yılında yapılan değişiklik öncesi sulh ceza hâkimliği kararlarına karşı asliye ceza mahkemeleri hâkimlikleri itirazı inceleme merci idi. Yeni düzenleme ile CMK m. 268 III a, b'ye göre itiraz üzerine sulh ceza hâkimliği kararlarının incelenmek üzere sulh ceza hâkimine gönderilmesinin Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına aykırı olup olmayacağı tartışılması gerekir.

yargı yetkisini yargı organı olarak bağımsız mahkemelerde gören, Anayasa'nın 9. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

A. İki Dereceli Yargılanma Hakkı?

Kanun yolları ve kanun yolunda bir üst mercii tarafından inceleme yapılması, Türk Anayasası'nda bir temel hak olarak *doğrudan* düzenlenmemiştir. Yani iki dereceli bir yargılama sistemi konusunda anayasal bir zorunluluk bulunmamaktadır¹¹⁰. Bu alanda uluslararası mevzuat bakımından güvence yaratan düzenlemeler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (bundan sonra MSHUS) 14. maddesinin 5. fıkrası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 numaralı Protokol'ün 2. maddesidir. MSHUS, Türkiye tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmış, 4.6.2003 tarihinde kabul edilen 4868 sayılı Kanun ile onaylanarak 18.06.2003 tarihinde 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır¹¹¹. 7 No'lu Protokol ise 14.03.1985 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış, ancak hâlen onaylanmamıştır¹¹².

Anayasa m. 90 V'e göre "*Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar* kanun hükmünde" olacağından, bu şekilde yürürlüğe konulan MSHUS'ün artık Türk iç hukuku mevzuatı hâline geldiğinden şüphe yoktur. Ancak 7 No'lu Protokol imzalanmasına rağmen henüz onaylanmadığından, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş değildir. Bu nedenle 7 No'lu Protokol'ün Türk hukukunda etki doğurması hususu tartışmalı olsa da, Protokol'ü onaylamamış olmanın iki dereceli yargılanma hakkı bakımından bir kayıp yaratmadığını ifade etmek gerekir. Zirâ yukarıda anıldığı gibi, ceza davalarında *iki dereceli yargılama hakkı* (ya da temyiz hakkı) zaten Türkiye tarafından onaylanan MSHUS m. 14 V içerisinde normlaşmış ve Anayasa m. 90 IV gereği de Türk hukukunda hâlihazırda geçerlilik kazanmıştır. Buna ilaveten aşağıda ayrıntıları ele alınacak olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (bundan sonra AİHS) 6. maddesi ile *Anayasa'nın 36. maddesinde* yer alan *adil yargılama hakkının iki dereceli yargılama hakkını da içerdi-*

¹¹⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 634.

¹¹¹ Türkiye Cumhuriyeti Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ni, beyanlar ve çekince ile onaylamıştır. Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030618.htm#3>, erişim tarihi: 10 Eylül 2014.

¹¹² Ek 7 No'lu Protokol her ne kadar onaylanmamış olsa da *Türk* Anayasa Mahkemesi'ne (TAYM, 2012/1027, 12/2/2013) yapılan bir bireysel başvuruda Mahkeme tarafından dolaylı da olsa göz önünde bulundurulmuştur.

ğini belirtmek gerekir¹¹³. Bu vesileyle ceza davalarında iki dereceli yargılama hakkı, hem **adil yargılanma ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası eliyle** hem de **Anayasa m. 90 IV üzerinden MSHUS m. 14 V ve AİHS m. 6 eliyle** korunmaktadır.

B. Adil Yargılama İlkesi Kapsamında İki Dereceli Yargılama

MSHUS'nin "*adil yargılanma hakkı*" başlıklı m. 14 V'e göre "Bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkûmiyet ve cezanın yasalara uygun olarak *daha yüksek bir yargı organınca* yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 Numaralı Protokolü'nün 2. maddesine göre ise, "Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır." [7 Numaralı Ek Protokol'ün 2. maddesi

¹¹³ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 312, 7 No'lu Protokol'ün *adil yargılama doktrinine yeni unsurlar getirdiğini* belirtmektedir; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 268 ayrıca "7 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesi bir yana, Sözleşme, taraf devletleri çok dereceli bir yargılama usûlü kabulüne mecbur kılmış değildir. Bununla beraber bir devlet istinâf ya da temyiz yargılamasını da öngörmüş ise, 6. madde hükmüne bu merciler önünde de -bunların kendilerine has yargılama özellikleri hesaba katılmak kaydıyla- riayet olunacaktır. Kabul gerekir ki ilk dereceyi izleyen sonraki yargılamaları da sanığın durumunu etkileyecektir ve kesinleşmemiş bir mahkûmiyet veya beraat kararının, nizayı çözüme bağladığı söylenemez."; benzer şekilde **Mole/Harby**, s. 16, adil yargılama hakkının aslında temyiz hakkını (kanun yollarına başvuru hakkı) tanımadığını, ancak taraf ülke yasal düzenlemelerde temyiz hakkı tanınacak olursa, bu hakların adil yargılama hakkı içerisinde ele alınarak, adil yargılama hakkı güvencesi içerisinde olacakları ifade etmektedirler; krş. aynı şekilde bkz. **İnceoğlu**, s. 117.

Her ne kadar Anayasa içerisinde somut bir şekilde herkesin kanun yoluna başvuru hakkı olduğunu belirtmese de CMK içerisinde yer alan kanun yollarına ilişkin düzenlemeler, bu hakkın Türkiye'de kabul edildiği anlamına gelir. **Dolayısıyla iki dereceli yargılanma hakkı, Türk hukukunda da adil yargılanma hakkı kapsamında korunma altındadır**; ayrıca Yargıtay da iki dereceli yargılanma hakkını adil yargılanma hakkına dâhil gördüğünü açıkça belirtmiştir. Bkz. **YCGK**, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, iç: Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi 11 Eylül 2014; bunlara ek olarak Türk ceza muhakemesi hukuku öğretisinde kanun yollarına başvuru bir hak olarak da kabul görmektedir. Bkz. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 634; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 320; **Yurtcan**, s. 1273; ayrıca bkz. **Ünver/Hakeri**, s. 376: "Bir yargılama makamının kararının yine başka bir yargılama organı tarafından yapılması, hem hukuk devleti hem de adil yargılama ilkesinin gereğidir."

sadece ceza davaları için iki dereceli bir yargılama yükümlülüğü getirmektedir.]¹¹⁴. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre ise “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

MSHUS m. 14 V “bir suçtan hüküm giyen herkes”in, 7 Numaralı Ek Protokol’ün 2. maddesi “suçtan mahkûm edilen her kişi”nin, “mahkûmiyet ya da ceza hükmünü” bir yüksek mercie taşıyabileceğini öngörmektedir. Şu hâlde Protokol bakımından iki dereceli yargılama, hem mahkûmiyet hükmü hem de sorumluluğun saptanması bağlamında söz konusu olmaktadır¹¹⁵. Tüm bunların istinâf ve temyiz kanun yolları bakımından söz konusu olduğundan şüphe yoktur. Ancak bunun, özellikle itiraz kanun yolu bakımından da söz konusu olup olmayacağının ortaya konması lâzımdır.

Anılan uluslararası düzenlemelerde geçen suçtan mahkûm edilen ve mahkûmiyet ya da ceza hükmü ifâdelerinin sadece istinâf ya da temyiz kanun yolu için geçerli olacağı, itiraza konu olan hâkim ve mahkeme kararları için geçerli olmayacağını iddia etmek yerinde olmayacaktır. Zirâ her bir karar (soruşturmada hâkimlik, kovuşturmada ara karar), mahkûmiyet hükmüne giden yolda -ister ona esas teşkil etsin ister etmesin- dolaylı ya da dolaysız bir katkı sağlamaktadır. Bunun dışında her ne kadar geçici olsalar da özellikle soruşturma safhasında verilen itiraza konu olan kararlar da, özgürlüğü kısıtlayıcı kararlardandır (mesela gözlem altına alma kararı CMK m. 74 IV, tutuklama kararı CMK m. 101 V). O nedenle özgürlüğü kısıtlayıcı kararın mahkûmiyet anlamında bir hüküm ya da tutuklama olarak verilmiş bir ara karar olmasının öneminin olmasa gerekir.

Netice olarak tespit etmek gerekir ki, iki dereceli yargılama hakkı sadece hükümler açısından değil, ayrıca hâkimlik kararları ve mahkemelerin ara kararları açısından da geçerlidir. Bu hâliyle itiraz kanun yolunda da iki dereceli bir yargılamanın öngörülmesi MSHUS m. 14 V’in, dolayısıyla da adil yargılanma hakkının korunması altındadır.

Şimdi ortaya konulması gereken husus, iki dereceli yargılamadan ne anlaşılması gerektiğidir. Kanun yoluna başvurunun doğasında ilgili kararı

¹¹⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 312.

¹¹⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 312.

daha yüksek bir mahkemeye inceletme yer almaktadır. Kanun yolu muhakemesinde bir üst makamın inceleme yapması, hukukî koruma ve güvenliği arttırarak, kararların daha kapsamlı ve ayrıntılı yeniden ele alınarak, *denetlenmesini* sağlar. Kararın denetlenmesi ise, kanun yolu inceleme *yetkisinin* yatay düzlemde gidilerek, derece olarak eşit mercilere verilmesi ile değil, dikey düzlemde üst mercilere verilmesi ile erişilebilir. Zirâ yatay düzlemdeki merci incelenmesi istenen kararı, ancak *gözden geçirebilir*; üst derece merci ise kararı *denetleyecektir*. Yani işin doğasında karar için görüş bildirilmesi değil, tersine kararın uzman gözüyle denetlenmesi bulunmaktadır.

Ancak CMK m. 268 III içerisinde öngörüldüğü üzere, aslında ağır ceza mahkemelerinin, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği ve itiraza konu olabilecek kararları bakımından da yatay düzlemde bir değerlendirme yapılması söz konusudur. Gerçekten de **ağır ceza mahkemesi** ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen *daireye*; son numaralı daire için birinci *daireye*; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın **ağır ceza mahkemesine**; **bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin** kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin **esas mahkeme olarak baktıkları davalarda** verdikleri kararlara yapılan *itirazlarda*; *üyenin kararını* görevli olduğu *dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını* numara itibarıyla izleyen *ceza dairesi*; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi *inceler*.

Yasal mevzuat içerisinde sulh hâkimliği, asliye ve ağır ceza mahkemeleri arasında astlık-üstlük ilişkisi ya da uzmanlığa bağlı bir derecelendirme olduğuna dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak özellikle sulh ceza ve asliye ceza mercileri tek hâkimli iken, bunların üstü mahkemelerde birden fazla hâkimin görev alıyor olması, uzmanlaşmayı arttırıcı ya da hata payını azaltıcı bir etmen olarak kabul edilebilir. O nedenle yukarıda anılan üst mahkemeler arasında yatay düzlemde itiraz incelemesi yapılabilmesi makul karşılanabilecekken, sulh ceza ve asliye ceza hâkimlikleri için aynıının söylenmesi mümkün olamayacaktır. Zirâ ikisi de tek hâkimlidir.

Alman hukukunda **itiraz mahkemeleri** denilen, itirazı incelemeye yetkili olan mahkemeler, Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'na (bundan sonra AlmMTK - Gerichtsverfassungsgesetz) göre tespit edilmektedirler.

Kural olarak¹¹⁶: *Asliye ceza mahkemelerinin, sulh ceza hâkiminin* ve heyet hâlindeki *asliye ceza mahkemesinin kararlarına karşı* yapılan itirazlar hakkında, *eyalet mahkemelerinin* ceza daireleri, (Türk hukukunda *ağır ceza mahkemelerine* denk gelebilecek) karar verir (AlmTMK m. 73). *Eyalet mahkemesinin karar ve tasarruflarına karşı yapılan itirazları, yüksek eyalet mahkemeleri* (Türk hukukunda *bölge adliye mahkemelerine* denk gelebilecek) inceler (AlmTMK m. 120 IV, 121 I 2). *Yüksek eyalet mahkemesi kararına ilişkin itirazları* ise, *Alman Federal Mahkemesi (Türk hukukunda Yargıtay)* karara bağlar (AlmTMK m. 135 II).

Görüldüğü üzere iki dereceli yargılama Alman hukukunda mutlak anlamda işletilmektedir. Zirâ *sulh ceza ve asliye ceza hâkimliği kararlarına itiraz doğrudan ağır ceza mahkemelerince karara bağlanmaktadır*. Eyalet mahkemeleri kural olarak 3 hâkimden oluştuğundan, bu hukukî güvenliği arttıran bir durumdur.

Adil yargılanma hakkı yalın bir *mahkemeye başvuru hakkı* içermez. Yani sulh ceza hâkimliklerinin kararlarına karşı itiraz kanun yolunun teorik olarak tanınması, bu hakkın fiilen de tanındığı anlamına gelmemektedir. Mahkemeye başvuru hakkının korunması için kişiye teorik değil, gerçek ve fiilen kullanılabilir, *etkili güvenceler* sağlanmalıdır¹¹⁷. Bu bağlamda “hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının da gerçekten, *fiilen ve etkili bir biçimde mevcut olması gerekmektedir.*”¹¹⁸. Dolayısıyla kanun üzerinde itiraz hakkı teorik anlamda tanınırken, bunun iki dereceli yargılamanın amacına uyacak şekilde etkin mekanizmalarla güçlendirilmesi gereklidir ki, kişinin hak arama hakkını sonuç alacak şekilde kullanabilmesi mümkün olabilsin.

Ayrıca sulh ceza hâkimliklerinin vereceği kararlarla müdahâle edebileceği hukukî değerler yelpazesi çok geniştir. *Gözlem altına alınma kararı* (CMK m. 74 IV), *tutuklama kararı* (CMK m. 101 V) ile sulh ceza hâkimlikleri, *kişi özgürlüğü* üzerinde; *beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına yönelik karar* (CMK m. 75 VI, m 76 V) ile *vücut bütünlüğü* üzerinde, *elkonulan eşyanın iadesi* isteminin hâkim tarafından *reddi kararı*

¹¹⁶ Ayrıntılar için bkz. **Karlsruher** Kommentar, m. 309-Zabeck, satır no: 1.

¹¹⁷ AİHS açısından değerlendirmeyeyle **İnceoğlu**, s. 116.

¹¹⁸ **İnceoğlu**, s. 116.

(CMK m. 131 I) ile **malvarlığı** üzerinde kararlar vermektedirler. Özellikle **kişi özgürlüğü hakkı** üzerinde verilen kararlarla, son derece önemli bir hakka yönelik **ağır bir saldırıda** bulunmaktadır. **İtiraz kararlarının kesin olduğu CMK m. 271 hükmü de göz önünde bulundurulduğunda, hatalı bir kararlar doğacak zararlar, telâfisi güç hak kayıplarına yol açacaktır.**

Saldırının ağırlığı ve doğacak zararın derecesi arttıkça, bu saldırıyı haklı çıkaracak sebeplerin de o derecede ağır nitelikte olması gerekmektedir. Bu Anayasa'nın 13. maddesinin ve dolayısıyla **ölçülülük ilkesinin bir gereğidir.** Bu bağlamda **özgürlüklere saldırı arttıkça, korumanın da oranlı olarak arttırılması gerekir.** Bu nedenle sulh ceza hâkimliklerince verilecek özellikle **kişi özgürlüğünü sınırlayıcı kararlara itiraz bakımından daha koruyucu** mekanizmaların geliştirilmesi gerekmektedir. Bu da bu kararlara yapılacak itirazların yatay düzlemde başka bir sulh ceza hâkimliğince incelenmesi ile değil, tersine hata payını en aza indirecek, yine sadece bir kişiden değil, birden fazla kişiden oluşacak bir mahkemece incelenmesi de mümkün olacaktır. Bu bağlamda sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı itirazları inceleyecek merci, ne sulh ceza hâkimliği ne de asliye ceza mahkemesi; tersine **ağır ceza mahkemeleri olmalıdır.**

Açıklanan tüm bu gerekçelerle CMK m. 268 III a, b'ye göre itiraz üzerine sulh ceza hâkimliği kararlarının incelenmek üzere sulh ceza hâkimine gönderilmesi olumlu ve olumsuz tüm yanları ile bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına uygun bir düzenleme olduğunu söylemek mümkün değildir. Hukukî güvenlik hem maddî hem de şeklî anlamda sağlandığı vakit, adaletli bir yargılamaya duyulan güven pekiştirilmiş olacaktır. Bu bağlamda mevcut yasal düzenlemelerin mutlaka gözden geçirilmesi gerekmektedir.

VI. İtiraz Kanun Yoluna Başvuru Konusu Yapılabilecek Kararlar

Hâkim kararları ile **kanunun gösterdiği** hâllerde **mahkeme kararlarına itiraz** (CMK m. 267-271) mümkündür¹¹⁹. Hâkim kararlarına itiraz **kural**, mahkeme kararlarına itiraz **istisnadır**¹²⁰.

¹¹⁹ Mülga Kanun zamanında tartışmalı olan Kanun m. 297'de geçen "[...] hâkimin duruşmaya ilişkin olmayan kararları aleyhine itiraz olunabilir" hükmüne, mevcut CMK içerisinde yer verilmemiştir.

Mahkeme kararlarından farklı olarak kural olarak (zirâ m. 28, 42 ve 271 itiraz edilemez) *tüm hâkimlik kararlarına kanunda bir sarahate ihtiyaç duyulmadan ya da aksi belirtilmedikçe itiraz edilebilir*¹²¹. Ancak mahkeme kararlarına itiraz için kanunda açık bir düzenleme (meselâ CMK m. 5 II, 101 V) olması gerekir¹²².

Sulh ceza hâkimliği, asliye ceza hâkimliği, ağır ceza mahkemesi başkanlığı, istinabe olunan hâkimlik, infâz hâkimliği ve naiplik gibi çeşitleri olan hâkimliklerce verilebilecek kararlar hâkim kararlarıdır. **Soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimliği tarafından verilen kararlar hâkimlik kararı** olacaktır¹²³. **Kovuşturma aşamasında** da hâkimlik kararı söz konusu olabilir. Bunlar mahkeme toplu olsaydı başkanın veya naip hâkimin vermesi icap eden kararlardır¹²⁴. Bu durumda talî ceza uyumsuzluğunu çözecek makam yasada mahkeme olarak değil, hâkim veya başkan olarak ifade edilmişse bu konuda verilecek kararlar da hâkimlik kararı olacaktır¹²⁵. Kararı hâkimlik kararı olarak geçecek olan makam, belirli koşullarda Yargıtay dahi olabilir¹²⁶. İtiraz edilebilecek hâkimlik kararlarından bazıları şunlardır: CMK m. 60 I, II, IV¹²⁷, m. 74 IV¹²⁸, m. 75 VI, m. 76 V, m. 101 V¹²⁹, m. 104 II, m. 105 I, m. 111 II¹³⁰, m. 271 IV¹³¹.

¹²⁰ Centel/Zafer, s. 743; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1324, 1326; Toroslu/Feyzioğlu, s. 329; Soyaslan, s. 527; Öztürk/Tezcan/Ertem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 662.

¹²¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1324; Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 410; Soyaslan, s. 526.

¹²² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 722; Centel/Zafer, s. 743; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1326; Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 410; Soyaslan, s. 527.

¹²³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523; Özen, s. 98.

¹²⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523.

¹²⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523.

¹²⁶ **Yargıtay Kanunu** kişisel ve görevle ilgili suçlarla ilgili inceleme, soruşturma ve kovuşturmalara ilişkin 46. maddesine göre Birinci Başkanlık Kurulu kendisine intikal eden veya ettirilen ihbar ve şikâyetleri inceleyerek soruşturma açılmasını gerektirir nitelikte gördüğü takdirde, ilk soruşturma yapılması için ceza dairesi başkanlarından birini görevlendirir. Soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı sorgu hâkiminin yetkisini haiz olup Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununun ilk soruşturmaya ait hükümlerini uygular. Vereceği tutuklama ve tutuklamanın kaldırılması veya kefaletle salıvermeye ait kararları Birinci Başkanlık Kurulunun onaması ile tekemmül eder.

¹²⁷ Özen, s. 98, 99.

Ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir (5235 s. Kanun m. 8). Asliye ceza mahkemeleri tek hâkimli (5235 s. Kanun m. 9 III), ağır ceza mahkemeleri ise heyet hâlinde çalışan toplu mahkemelerdir (5235 s. Kanun m. 9 III). Bu nitelikteki kararlar mahkemeyi oluşturan tek hâkim tarafından verilmiş olsa bile *mahkeme kararı niteliğindedir*¹³². **Mahkemelerin kararları, son karar (hüküm) ve ara karar** şeklinde olabilir. Aslında mahkemelerin bütün kararları psikolojik olarak hüküm olmakla birlikte, *mahkemenin uyuşmazlığı doğrudan çözen kararı*¹³³, ceza davasına son veren veya davanın esasını çözen kararı **son karar** yani **hüküm** (CMK m. 309)¹³⁴; son kararı hazırlayıcı kararlar da **ara kararlardır**¹³⁵. *Hüküm*, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararlarıdır¹³⁶. CMK, **hükme** karşı istinâf (CMK m. 272 I) ve temyiz (CMK m. 286) kanun yolundan bahsetmektedir. Dolayısıyla **hükme karşı itiraz mümkün olamaz**¹³⁷. **Ara kararlar** da hükme esas teşkil edip etmemelerine göre ikiye ayrılmaktadır¹³⁸: **Hükme esas teşkil eden ara kararlar**, hükmün çıkması ile bağlantısı olan ve onu yaratan, CMK m. 287 gereği **hükümle birlikte temyiz olunabilen** kararlardır¹³⁹. Mesela hâkimin reddi veya yetkisizlik davalarının reddi kararı, tanığın dinlenmesi isteğinin reddi kararı vs.¹⁴⁰. Bunlar hükümle birlikte temyiz edilebileceği için, ayrıca

¹²⁸ Özen, s. 99.

¹²⁹ Özen, s. 100.

¹³⁰ Özen, s. 101.

¹³¹ Toroslu/Feyzioğlu, s. 329.

¹³² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 508.

¹³³ Toroslu/Feyzioğlu, s. 303; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 508.

¹³⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 509.

¹³⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 509.

¹³⁶ Balcı, s. 247; Toroslu/Feyzioğlu, s. 303.

¹³⁷ Krş. Özen, s. 91; Centel/Zafer, s. 743; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1324; ancak ara karar olup da, itiraza değil tam tersine *temyize* konu olabilecek kararlar da vardır. TCK m. 18 IV anlamında geri vermeye ilişkin kararlar temyiz edilebilir.

¹³⁸ Ayrıntılar için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 525.

¹³⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1326.

¹⁴⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 525.

itirazlarına gerek görülmemiştir¹⁴¹. *Hükme esas teşkil etmeyen ara kararlar* ise, hükümlerle bağlantısı bulunmayan, onu yaratmayan, aleyhine temyizinin mümkün olmadığı, kural olarak da itirazın kabul edilmediği mahkeme kararlarıdır¹⁴². Keşif kararı, bilirkişi incelemesi kararı bunlardandır. *Tutuklama kararında olduğu gibi istisnaların kanunda açıkça gösterilmesi gerekir*¹⁴³.

CMK m. 267 da açık bir şekilde, “*kanunun gösterdiği hâllerde*, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir” dediğinden *Kanun’un gösterdiği hâllerde* ilgili mahkeme kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceğinin norma bağlanmış olması gerekir. CMK’da anılan itiraza konu olabilecek mahkeme kararlarından bazıları şunlardır: CMK m. 5 II¹⁴⁴, m. 18 III¹⁴⁵, m. 28 I¹⁴⁶, m. 31 III¹⁴⁷, m. 42 II¹⁴⁸, m. 60 IV¹⁴⁹, m. 143 I, m. 151 IV¹⁵⁰, m. 174 V¹⁵¹, m. 223 VIII¹⁵², m. 231 VII¹⁵³, m. 248 VIII¹⁵⁴, m. 276 II¹⁵⁵, m. 296 II¹⁵⁶, m. 319 III, m. 321 III¹⁵⁷. *Ayrıca soruşturma aşamasında hâkim kararı teşkil edebilecek bazı kararlar kovuşturma aşamasında mahkeme kararı olacaklardır*: CMK m. 74 IV, m. 75 VI, m. 76 V, m. 101 V, m. 104 II, 105 I, m. 111 II, m. 131 I, m. 248 VIII.

¹⁴¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1326.

¹⁴² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1326.

¹⁴³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 509.

¹⁴⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523; Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411; Soyaslan, s. 528.

¹⁴⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523; Ünver/Hakeri, s. 411; Soyaslan, s. 528.

¹⁴⁶ Ünver/Hakeri, s. 411.

¹⁴⁷ Ünver/Hakeri, s. 411; Soyaslan, s. 527.

¹⁴⁸ Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Soyaslan, s. 527.

¹⁴⁹ Ünver/Hakeri, s. 411.

¹⁵⁰ Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411.

¹⁵¹ Ünver/Hakeri, s. 411.

¹⁵² Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411.

¹⁵³ Toroslu/Feyzioğlu, s. 330.

¹⁵⁴ Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411.

¹⁵⁵ Toroslu/Feyzioğlu, s. 330.

¹⁵⁶ Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Soyaslan, s. 528.

¹⁵⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411; Soyaslan, s. 528.

A. Cumhuriyet Savcısının Kararına İtiraz?

CMK m. 267 içerisinde *sadece* “hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde mahkeme kararları”na karşı “*itiraz yoluna*” gidilebileceği düzenlemiş, ancak Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı ayrıca *itiraz yolunun* açık olduğu öngörülmüştür. Mesela *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* (CMK m. 171 II yollamasıyla 173 I) ve *kovuşturmaya yer olmadığına dair karara* karşı (CMK m. 173 I) *itiraz kanun yoluna* gidilebilir. CMK içerisinde yapılan bu istisna savcılık kararlarına itirazın *doğasını* tartışmalı hâle getirmiştir.

1. Savcılık Kararına İtiraz, Klasik Anlamda İtiraz Kanun Yolu Mudur?

Savcılık kararına itiraz, klasik anlamda itiraz kanun yolu mudur sorusuna öğretilen farklı yanıtlar gelmektedir. *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*¹⁵⁸ kanun yolunun *yargılama makamlarına* karşı olduğunu belirterek, Kanun’da itiraz denilmesini *hatalı* bulmaktadırlar. Zirâ yazarlara göre kanun yolu davası açmak için önce başka bir davanın açılmış olması gerekir. Savcılık kovuşturamama kararına başvurusu kanun yolu davası değildir. *Şahin/Göktürk*¹⁵⁹ *sadece yargılama makamının kararlarına karşı kanun yoluna gidilebileceğini*, savcılık makamının kararları hakkında Kanun’da (CMK m. 173) açıkça itiraz yazsa dahi, bunun kanun yolu olarak *nitelendirilemeyeceğini* savunmaktadırlar. Bunların emir ve kararları da denetlenebilir ancak kanun yolu denetimi *sadece yargılama makamı* kararları için mümkün olabilir. *Toroslu/Feyzioğlu*’na¹⁶⁰ göre “kanun yolu şeklindeki hukukî çare, sadece *yargılama makamlarının kararlarına karşı* kabul edilmiştir. Bu nedenle savcının kovuşturamama kararına karşı yargılama makamına yapılan başvuru, kanunun itiraz demesine rağmen, bu kanun yolu değildir.” *Soyaslan*¹⁶¹ Cumhuriyet savcısının *yargıç olmadığı* için onun verdiği kararlara itiraz edilmesinin kanun yolu sayılmayacağını belirtmektedir. *Öztürk/*

¹⁵⁸ *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 1304, 1327.

¹⁵⁹ *Şahin/Göktürk*, s. 211.

¹⁶⁰ *Toroslu/Feyzioğlu*, s. 319.

¹⁶¹ *Soyaslan*, s. 527.

*Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden*¹⁶² her ne kadar CMK m. 173'te Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz edilebileceğinden söz edilmiş ise de, bu deyim *teknik anlamda itiraz karşılığında kullanılmadığını* ifâde etmektedirler. *Aydın*'a¹⁶³ göre ise itiraz olarak adlandırılmış olsa da burada söz konusu olan *tali dava* bir kanun yolu başvurusu değildir. "*Hukukî çare* olarak da ifâde edilen bu durum, [...] 'kanun yolu' kavramı *dışında kalan başvuru imkânlarını* ifâde etmektedir."¹⁶⁴

Özen'e¹⁶⁵ göre ise Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı yapılan *itiraz, itiraz kanun yoludur*. Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı yargılama makamı değil, iddia makamının kararı olsa da itiraz kanun yolu denetleme süreci hem savcı kararı hem de hâkim kararı açısından aynıdır. Yazar, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın tarafların menfaatlerini ihlal etme bakımından yargılama makamının verdiği kararlardan farklı olmadığına, aralarındaki tek farkın birinin yargılama makamı diğerinin ise iddia makamı tarafından verildiğine dikkat çekmektedir. *Ünver/Hakeri*¹⁶⁶ ise CMK m. 260 II'ye atıfta bulunarak savcılara itirazda bulunma yetkisinin tanındığını belirtmektedirler.

AlmCMK § 304, ilk derece merci tüm mahkeme kararlarına ya da istinâf muhakemesinde verilen ara kararlara ve mahkeme başkanının ve soruşturma hâkiminin tasarruflarına ve görevlendirilen hâkim kararlarına karşı itirazın Kanun tersini açıkça belirtmediği sürece yapılabileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla madde içerisinde Türk hukukunda olduğu gibi savcılık kararlarına yer verilmemiştir. *Kindhäuser*¹⁶⁷, savcılık kararlarının mahkeme ya da hâkim kararı olmadığından bahisle, bunlara karşı itirazın, kanun yolu itirazı anlamına gelmediğini kabul etmektedir.

¹⁶² *Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden*, s. 663.

¹⁶³ *Aydın*, TBBD 2006, 61 (62).

¹⁶⁴ *Aydın*, TBBD 2006, 61 (62).

¹⁶⁵ *Özen*, s. 187.

¹⁶⁶ *Ünver/Hakeri*, s. 387.

¹⁶⁷ *Kindhäuser*, s. 384.

Gerçekten de CMK m. 267 *sadece* hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde mahkeme kararlarına karşı *itiraz yoluna* gidilebileceği normunu getirmiştir. Ancak savcılık kararlarına karşı öngörülen itiraz yolu, klasik anlamda kanun yolu olmasa da, bu yol hükümlerinin uygulandığı, ***istisnâî bir hak arama yoludur***. Dolayısıyla burada Kanun'un bizzat kendisinin, klasik kanun yolları bakımından, istisnâî bir düzenlemeye gittiğini söylemek hatalı olmayacaktır. *Kamu davasının açılmasının ertelenmesi* (CMK m. 171 II yollamasıyla 173 I) ve *kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara* karşı (CMK m. 173 I) *itiraz kanun yoluna* gidilebilecek olunması bu istisnalara örnek teşkil etmektedirler. Bu gibi durumlarda belirleyici olan getirilen istisnanın mevcut hukukî düzenlemelere ve kurallara uygun olmasıdır. Cumhuriyet savcılarının kararlarına karşı bir ek koruma getirilerek, itiraz kanun yolunun açılması, hak arama özgürlüğünün korunmasına hizmet eden, meşru bir düzenlemedir. Hâkim/mahkeme kararları yanında, ayrıca savcılık makamı kararlarına istisnâî olarak itiraz hakkı tanınması, başvurulmuş kanun yolunu itiraz kanun yolu olmaktan çıkarmasına gerektir. Bu istisna, *yürütmenin bir organı* olan savcılık makamının, aynı zamanda ***adaletle alâkalı, adalete hizmet eden bir merci*** olarak görüldüğünün de bir göstergesidir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171 II yollamasıyla 173 I) ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı (CMK m. 173 I) kanun yolu anlamında itiraza başvurulduğu tespit edildikten sonra, TCK m. 191 II bağlamında *kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının* tartışılması gerekir.

2. Cumhuriyet Savcısının TCK m. 191 II Gereği Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ile Birlikte Denetimli Serbestlik ve Gözlem Altına Alma Kararı Vermesi

18.6.2014 tarihinde 6545 s. Kanun m. 68 eliyle değiştirilen “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma” başlıklı TCK m. 191 II içerisinde özel bir erteleme hükmü düzenlenmiştir. “Bu suçtan dolayı başlatılan *soruşturmada* şüpheli hakkında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171'inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle ***kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir.***”

Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre “Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgarî bir yıl süreyle *denetimli serbestlik tedbiri uygulanır*. Bu süre *Cumhuriyet savcısının kararı* ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. *Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabî tutulabilir.*” Dokuzuncu fıkraya göre ise “Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, *Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171. maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesi hükümleri uygulanır.*”

Savcının *kamu davasının açılmasını ertelenmesi* kurumu Türk ceza yargılaması hukukuna yabancı değildir. Buna ilişkin bir düzenleme zaten CMK m. 171 içerisinde öngörülmüştür. Daha önce hiçbir uygulamasının olmadığı durum, TCK m. 191 ile *denetimli serbestlik ve gözlem altına alma güvenlik tedbiri kararının da savcılık tarafından alınabilecek olmasıdır*. Gerçekten de madde metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde, savcının kamu davası açılmasının ertelenmesi kararı verirken aynı zamanda denetimli serbestlik kararı da verebileceği, hatta bu kararın yanında ilgili hakkında gözlem altına alma güvenlik tedbiri kararı da alabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak savcılığa böyle bir yetkinin tanınması mevcut yasal düzenlemeler ve anayasa bakımından oldukça derin bir tartışma yaratacaktır. Bu bağlamda aşağıda genel olarak denetimli serbestlik ile güvenlik tedbiri kararları hususunda şimdiye dek uygulanagelen mevcut hukukî durum ortaya konulacak, arkasından yeni düzenlemenin bunlarla uyumluluğu, hukukîlik ve anayasallık bakımından ele alınacaktır.

3. Denetimli Serbestlik ve Güvenlik Tedbiri Kararında Yetki

Denetimli serbestlik, hapis cezası dışında alternatif yaptırıma mahkûm edilen, koşullu salıverilen, cezası tamamen ya da kısmen ertelenen veya şartlı cezaya mahkûm edilen kişilerin düzenli olarak, belirli merkezlerde, denetim, gözetim veya tedaviye tabii tutularak belirlenen yaptırımların uygulanmasıdır¹⁶⁸. Müstakil bir yaptırım türü olarak öngörülmemiş olan denetimli

¹⁶⁸ Demirbaş, s. 553.

serbestlik tedbiri, hapis cezasının veya belirli güvenlik tedbirinin infâzı sürecinde bu yaptırımları tamamlayan bir kurum niteliği taşımaktadır¹⁶⁹. Buna öğretide¹⁷⁰ **denetimli serbestlik tedbirinin tamamlayıcı özelliği** denilmektedir. Sanıkla ilgili olarak hakkında cezaya hükmedilmeden önce veya kurulmuş hükmün açıklanmasından önce, denetimli serbestlik kararı verilebilmekte ve böylelikle de sanığın topluma intibak edebilmesine ve yükümlülükleri yerini getirebilmesine katkı sağlanmaktadır¹⁷¹. **Özgürlük tamamen ortadan kaldırılmak yerine kısıtlanmaktadır**¹⁷². Öğretide¹⁷³ denetimli serbestlik tedbirine **sadece mahkemece karar verilebileceği, Cumhuriyet savcılarının böyle bir karar veremeyeceği açıkça belirtilmektedir**. Denetimli serbestlik tedbiri kararı verilmesine ilişkin hükümler (meselâ TCK m. 50, 51, 221, CMK m. 231, CGTK m. 105, 107, 108 vs.)¹⁷⁴ gereği **sadece mahkemeler karara yetkilidir. Özgenç**¹⁷⁵ eski TCK m. 191 II ve VI düzenlemesi bakımından da sadece **mahkemelerin** denetimli serbestlik kararı verebileceği belirtilmektedir. Yargıtay¹⁷⁶ uygulamaları da bu yönde idi.

“**Güvenlik tedbiri**, işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır.”¹⁷⁷ Güvenlik tedbiri fiil ve failden kaynaklanması muhtemel tehlikeliliğin önlenmesi, failin eğitilmesi, koruma altına alınması ta da tedavi edilmesi amacına hizmet etmektedir¹⁷⁸. Öğretide, güvenlik tedbirinin uygulanması için her zaman bir mahkeme

¹⁶⁹ Özgenç, s. 798; Balcı, s. 338.

¹⁷⁰ Özgenç, s. 798; Balcı, s. 338.

¹⁷¹ Özgenç, s. 798; ayrıca kurumun diğer işlevleri konusunda bkz. Demirbaş, s. 553.

¹⁷² Demirbaş, s. 554.

¹⁷³ Özgenç, s. 798.

¹⁷⁴ Özgenç, s. 799, 800; Balcı, s. 338.

¹⁷⁵ Özgenç, s. 799.

¹⁷⁶ Bkz. son olarak YCGK 2012/10-534, 2013/15, 22.1.2013, iç: Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi 10 Eylül 2014.

¹⁷⁷ Özgenç, s. 741; güvenlik tedbirlerinin amacı ve nitelikleri konusunda ayrıntılı bkz. Özbek/Kanbur, Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 599; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 851.

¹⁷⁸ Özbek, s. 342; krş. ayrıca Özgenç, s. 741; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 851, 852.

kararına ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir¹⁷⁹. Bunlardan biri kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyete bağlı kanunî sonuç olarak TCK m. 53 I gereği uygulanan yoksunluk kararıdır¹⁸⁰. Öğretideki baskın fikre¹⁸¹ göre bu durumda mahkeme veya hâkim tarafından verilmiş bir karara gerek yoktur. Aslında burada, *bu hükmün sonuç doğurması için mahkemenin ayrıca bir karar vermesi* gerekli değildir¹⁸². Zirâ TCK m. 53'ün uygulanabilmesi için bir *mahkûmiyet hükmüne ihtiyaç* vardır, dolayısıyla zaten böyle bir hüküm olmadan belli hakları kullanmadan yoksun bırakma tedbiri de *uygulanamayacaktır*¹⁸³. **Özgenç**'e¹⁸⁴ göre “Aynı şekilde, *koşullu salıverilen hükümlü hâkim veya mahkeme kararına gerek olmaksızın, denetim süresi içinde denetimli serbestlik tedbirine tabii tutulmaktadır* (5275 s. Kanun m. 107 VII, VIII, IX).”¹⁸⁵. Ancak burada da 5275 s. Kanun m. 107 XI gereği bir hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında mahkeme karar verecektir. Mahkeme bu kararı verirken, 5275 s. Kanun m. 107 X içerisinde kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak gereğinde koşullu salıverileni “denetimli serbestlik tedbirine” tabii tutabilir¹⁸⁶. Bu son iki durum için de ön kararların daima bir mahkeme kararı olacağı ortadadır. Dolayısıyla ***şu an için ceza yargılaması hukukunda hâkim ve mahkemeler dışında mercilerce güvenlik tedbirine hükmedilemeyeceği sabittir.***

¹⁷⁹ **Özgenç**, s. 743; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 856.

¹⁸⁰ **Özgenç**, s. 744.

¹⁸¹ **Özgenç**, s. 744; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 861 “hak yoksunluklarının geçerliliği mahkemenin ayrıca hükümde tedbiri göstermesine bağlı değildir. Diğer bir anlatımla, şartların varlığı hâlinde hükümde gösterilmeyen hak yoksunlukları hüküm ifade eder. Mahkeme kararında tedbirin gösterilmemesi hükümlüye kazanılmış hak bahsetmez”; **Demirbaş**, s. 539 “Hak yoksunluğu, hapis cezasına mahkûmiyetin yasal bir sonucu olarak “kendiliğinden” ortaya çıkar; ayrıca kararda gösterilmesi gerekmez. Bu nedenle de kararda gösterilmemiş olması, hükümlü açısından kazanılmış hak oluşturmaz.”

¹⁸² **Özbek/Kanbur, Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 602.

¹⁸³ **Özbek/Kanbur, Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 603.

¹⁸⁴ **Özgenç**, s. 744.

¹⁸⁵ **Özgenç**, s. 744.

¹⁸⁶ Bkz. ayrıntılı **Özbek**, s. 320 dev.; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 742; **Demirbaş**, s. 565, koşullu salıverme ile birlikte uygulanan denetimli serbestlikten bahsetmekte: “Koşullu salıverilen ve bir denetimli serbestlik ve tadm tedbirine tabii tutulan hükümlüye ait ilâm [...]”.

4. TCK m. 191 II ve III'ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu?

1982 Anayasası “Kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı 19. maddeye göre “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir [...] **Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi** [...] hâlleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.” Ayrıca Türk Ceza Kanunu içerisinde öngörülmüş olan ceza ilişkin temel ilkeler güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. TCK m. 3 gereği “Suç işleyen kişi hakkında **işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.**” Dolayısıyla tıpkı cezalarda olduğu gibi güvenlik tedbirlerinde de **kanunilik ilkesi, kusur ve ölçülülük ilkesi geçerlidir.** Ceza hukukunda önemli yargılama araçlarından olan **bu ilke emir ve gereklerine uygun kararları, ancak tarafsız bir yargı organı verebilir.** Tüm bu hükümler göz önünde bulundurulduğunda, özgürlüklerin kısıtlanmasıyla doğrudan alâkalı güvenlik tedbiri kararı verme yetkisinin, tarafsız bir yargılama makamı olan **mahkemeler dışında başka bir kuruma aktarılması** mümkün değildir.

Bunlara ek olarak Anayasa'nın 38. maddesi “**İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.**” emri vermektedir. Türk ceza yargılaması öğretisinde baskın görüş¹⁸⁷ savcılığın **yürütme**

¹⁸⁷ Donay, s. 63; Yurtcan, s. 140 dev.; Toroslu/Fevzioğlu, s. 116; Ünver/Hakeri, s. 199; Kunter, s. 390, 391; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 302; Centel/Zafer, s. 106; Savcılığın işlemlerini yürütme işlemi olarak gören görüşe içeriksel olarak denk gelen, **savcılığı adalete ilişkin idarî bir kurum** olarak kabul eden görüşe (Centel/Zafer, s. 106) ise savcılığın yürüttüğü faaliyet **adalete ilişkin** bir faaliyettir. Savcılık ceza yargılamasında toplumsal iddiâ makamını işgal etmek ve yasaların uygulanmasını denetlemek suretiyle **adalete ilişkin yetkileri kullanmakta ve bu anlamda bir adalet organı** olmaktadır. Bu bağlamda savcı da hâkim yanında ve onunla birlikte **adaleti gerçekleştirmeye çalışan bir sùjedir.** Anayasa m. 138, 145 yargılama yetkisini hâkim ve mahkemelere tanıdığından savcılık **yargı organı olarak değerlendirilemez. Savcılığın görevini adalete ilişkin idarî bir görev** olarak kabul etmek gerekmektedir; memur yargılamasında izin şartının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiâsıyla (yargı yetkisinin mahkemeler dışındaki organlarca kullanılamayacağı gerekçesiyle) yapılan anayasal yargılamada Anayasa Mahkemesi de **savcılığın soruşturma faaliyetlerini yargı yetkisini kullanma** olarak kabul **etmemiştir.** TCAYM, 27.02.1992-26/11, RG 23.11.1992 No: 21414, s. 21-34 (30): “Yönetmelik organlar tarafından yürütülen soruşturma ‘yargı yetkisine’ bağlanamaz. Adı ne olursa olsun salt soruşturma, yargı yetkisini kullanma sayılmaz. Soruşturma ile ilgili kuralar yargı yetkisini kullanma biçiminde yorumlanamaz.”

organı içerisinde olduğu ve savcının görevinin *idarî nitelikte*¹⁸⁸ olduğu yönündedir. Vereceği kararlar idarî nitelikte olacak savcının *kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım (güvenlik tedbiri olarak tedavi altına aldırma ya da denetimli serbestlik) uygulaması* anayasal açıdan mümkün olamayacaktır.

Temel hak ve özgürlüklerin tam olarak korunması, kısıtlamaya ilişkin kararların yargılama makamı olan *tarafsız mahkemelerce yerine getirilmesi* ile mümkündür ve Türk ceza yargılaması hukuku bunun üzerine inşa edilmiştir. Savcılığa soruşturma evresinde *sınırlı ölçüde sadece acil durumlarda karar alma hakkı* tanınmış, aldıkları koruma tedbiri kararlarının da *hâkim onayına sunulması* şartı getirilmiştir. Dolayısıyla TCK m. 191 gereği mahkemeye değil savcılığa karar verme yetkisinin tanınması, *CMK ruhuna, sistematiğe ve temel haklara saygılı devlet ilkesi gereği ve idarenin özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırım uygulaması yasağı gereği anayasaya aykırıdır*. O nedenle kanun maddesinin tüm bu belirsizlikleri ortadan kaldıracak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Cumhuriyet savcısına denetimli serbestlik kararı alma, bunu uzatma, TCK m. 57 VII içerisinde öngörülen alkol ve uyuşturucu madde bağımlısı kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulama yönünde yetki veren TCK m. 191 III hükmü Anayasa'ya aykırı olsa da, bu aykırılık ortadan kaldırılıncaya kadar alınabilecek tedbir kararına karşı, nasıl bir hukukî bir yol izleneceğinin ortaya konulması lâzımdır.

5. TCK m. 191 Kapsamında İtiraz Kanun Yolu

TCK m. 191 kapsamında verilen Cumhuriyet savcısı kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir. Cumhuriyet savcılığı denetimli serbestlik ve gözlem altına alma güvenlik tedbiri kararını, *kamu davasının açılmasının ertelenmesine* ilişkin kararıyla *birlikte* verecektir. Bu karara karşı itiraz hakkında TCK m. 191 IX gereği, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171. maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesi hükümleri uygulanana-*

¹⁸⁸ **Toroslu/Fevzioglu**, s. 116; **Kunter**, s. 390; 391; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 302; **Ünver/Hakeri**, s. 199.

caktır. Bu durumda itiraza ilişkin ayrıntıların, CMK m. 171 *ve* 231 hükümleri ***birlikte değerlendirilerek***, ancak bir çatışma olması hâlinde içlerinde ceza muhakemesi hukuku temel ilkeleri ve taraf hak ve özgürlükleri göz önünde bulundurularak, ***en uygun*** düzenlemeye öncelik verilecektir.

CMK m. 171 II sadece ***suçtan zarar görenin*** itirazda bulunabileceğini belirtmektedir. CMK m. 231 içerisinde ise kimin itiraz edebileceği açıkça öngörülmediğinden, burada ***Genel Hükümler (CMK m. 260-266) geçerli*** olacaktır. Böylelikle CMK m. 260 I gereği *Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar, CMK m. 261 gereği müdafii ve vekil, CMK m. 262 gereği yasal temsilci ve eş* itiraz kanun yoluna başvurabilir. Şu hâlde CMK m. 260 I, 261, 262 ve 171 II birlikte değerlendirildiğinde, burada geçen tüm hak sahiplerinin itirazda bulunması mümkün olmalıdır.

CMK m. 173 I gereği, suçtan zarar gören erteleme kararına itirazını, *bu kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde*, kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine yapılabilir. İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir (CMK m. 173 II). CMK m. 268 I gereği ise “hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, ***kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde*** 35’inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren *yedi gün içinde* kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır.” Süre bakımından CMK m. 173 I *lex specialis*, CMK m. 268 I ise *lex generalis* olduğundan, *lex specialis derogat legi generali* kuralı gereği, CMK m. 268 I, CMK m. 173 I karşısında geriye çekilmelidir. Bu durumda TCK m. 191’e dayanılarak verilen kamu davasının erteleme kararına [ve bununla birlikte verilecek denetimli serbestlik ve gözlem altına alma kararına] karşı yapılacak itirazlarda süre, CMK m. 35 gereği kararın tebliğinden itibaren 15 gündür (CMK m. 173 I).

İtiraz incelemesi konusunda CMK m. 173 gereği sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve

dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir (CMK m. 173 III). Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir (CMK m. 173 IV). İtirazın reddedilmesi hâlinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan sulh ceza hâkimliğinin bu hususta karar vermesine bağlıdır (CMK m. 173 VI). CMK m. 173 V Cumhuriyet savcısının kamu davasının *açılmaması* kararı ile alâkalı olduğundan, kamu davası açılmasının ertelenmesi ile ilgili olarak devreye girmeyecektir.

TCK m. 191 II içerisinde geçen, *CMK'nın 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın* ibaresiyle kastedilen koşullar, CMK m. 171 III içerisinde anılan şartlardır. Aksi yorum TCK m. 171'in tamamıyla devre dışı bırakılması anlamı taşıyacaktır ki herhâlde *normun ratio legisi* bu değildir. Bu durumda TCK m. 191 gereği şüpheli hakkında CMK m. 171 III içerisinde anılan *şartlar*¹⁸⁹ aranmaksızın, beş yıl süreyle *kamu davasının açılmasının ertelenmesine* karar verilir.

SONUÇ

İtiraz kanun yolu, kanun yolu yargılamasında diğer kanun yollarından net bir şekilde ayrılmasını sağlayacak *kendine has özellikleri* olan *kendine özgü*¹⁹⁰ bir yargılama kurumudur. Bu yanıyla itiraz kanun yolu, diğer kanun yollarından ayrı bir alanda daima tartışma konusu yaratacaktır.

Mevcut çalışma ile itiraz kanun yoluna ilişkin önemli tartışmalara değinilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda en önemli konuları, 2014 yasa değişiklikleriyle gerçekleştirilen, itiraz kanun yolunu doğrudan ilgilendiren hususlar oluşturmaktadır. Özellikle iki dereceli yargılanma hakkının daha da

¹⁸⁹ Bu şartlar *uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı olmakla* birlikte, şüphelinin daha önce *kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması*, kamu davası açılmasının ertelenmesi hâlinde şüphelinin suç işlemekten *çekineceği kanaatini* oluşması, kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından *daha yararlı olması*, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle *tamamen giderilmesidir*.

¹⁹⁰ *Centel/Zafer*, s. 743, itirazın bir kanun yolu olarak *sui generis* olduğunu belirtmektedirler.

güçlendirilmesi, yargılama yetkisinin hâkimliğe değil, mahkemelere ait olduğunun vurgulanması, yargılama nesnesi değil, öznesi olarak sanık/şüpheli irâdesinin ön plana çıkartılması, yürütme organının özgürlüğü bağlayıcı kararlar almasının önüne geçilmesi ve en nihayetinde bir bütün olarak adil yargılanma hakkının güçlendirilmesi çalışma içerisinde tartışma kapsamına alınmış konulardır. Bu bağlamda itiraz kanun yoluna ilişkin mevcut tartışmaların güncelliğini yitirmesi zaman alacağına benzemektedir.

Kaynakça

- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8 Baskı, Ankara 2014. [Alıntı: **Artuk/Gökçen/Yenidünya**]
- Aydın**, Devrim, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 65, 2006, s. 61-72. [Alıntı: **Aydın**, TBBD 2006]
- Balcı**, Murat, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Ankara 2013. [Alıntı: **Balcı**]
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2013. [Alıntı: **Centel, Zafer**]
- Demirbaş**, Timur, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Demirbaş**]
- Donay**, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012. [Alıntı: **Donay**]
- Eisenberg**, Ulrich, Beck'sische Kurz Kommentare, Jugendgerichtsgesetz, 16. Baskı, Münih 2013. [Alıntı: **Eisenberg**]
- Epping**, Volker/**Hillgruber**, Christian, Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Münih, 2014. [Alıntı: **Epping/Hillgruber**, madde satır no.]
- Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 9. Bası, Ankara 2011. [Alıntı: **Gözübüyük/Gölcüklü**]
- Hannich**, Rolf, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Baskı, Münih, 2013. [Alıntı: **Karlsruher** Kommentar, madde 302-**Paul (maddeyi yorumlayan yazar)**, satır no.]
- [Alıntı: **Karlsruher** Kommentar, madde 309-**Zabeck (maddeyi yorumlayan yazar)**, satır no.]
- İnceoğlu**, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, 3. Baskı, İstanbul 2008. [Alıntı: **İnceoğlu**]

- Kindhäuser**, Urs, Strafprozessrecht, 3. Baskı, Baden Baden 2013. [Alıntı: **Kindhäuser**]
- Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, 2006. [Alıntı: **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**]
- Meyer-Goßner**, Lutz, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 55. Baskı, Münih 2012. [Alıntı: **Meyer-Goßner**]
- Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina, Adil yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, iç: http://www.ihop.org.tr/dosya/coe/adil_yargilanma.pdf [Erişim tarihi: 5 Eylül 2014] [Alıntı: **Mole/Harby**]
- Özbek**, Veli Özer, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Özbek**]
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012. [Alıntı: **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**]
- Özen**, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Ankara 2011. [Alıntı: **Özen**]
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Özgenç**]
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Özbek**, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2003. [Alıntı: **Öztürk/Erdem/Özbek**]
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Kırıt**, Yasemin F. Saygılar/**Özaydın**, Özden/**Akcan**, Esra Alan/**Erden**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**]
- Pfeiffer**, Gerd, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Baskı, Münih, 2005. [Alıntı: **Pfeiffer**, madde, satır no.]
- Püsküllüoğlu**, Ali, Türkçe Sözlük, Ankara 2007. [Alıntı: **Püsküllüoğlu**]
- Roxin**, Claus/**Schünemann**, Bernd, 27. Baskı, Münih, 2012. [Alıntı: **Roxin/Schünemann**]

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007.
[Alıntı: **Soyaslan**]

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı,
Ankara 2013. [Alıntı: **Şahin/Göktürk**]

Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı,
Ankara 2012. [Alıntı: **Toroslu/Feyzioğlu**]

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II, 7. Baskı,
Ankara 2013. [Alıntı: **Ünver/Hakeri**]

Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, 6. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Yurtcan**]

^HYUNANİSTAN'DAKİ AZINLIKLAR VE BUNLARIN HUKUKİ DURUMLARI

*Yrd. Doç. Dr. Turgay CİN**

GİRİŞ

“Biz” ve “ötekiler” ayrımcılığından ya da daha doğru bir ifade ile “yabancılık unsurundan” fakat o devletin vatandaşı olmaktan kaynaklanan ve hukuk bakımından “yabancı” olarak tanımlanamayan “milli azınlık” meseleleri, günümüzde milli devletler bakımından çok büyük önem arz etmektedir.

Etnik köken ve vatandaşlık meseleleri tartışmalarından ulusal azınlıkların “öteki” olarak nasıl inşa edildiği, yapılandırıldığı özellikle milli çerçeveye veya Avrupa vatandaşlığı bağlamında odak noktası teşkil etmektedir¹.

Kural olarak bütün devletlerin ülkelerinde kendilerini, o devletin kurucu unsuruna yabancı hisseden yani “öteki” olan, devletin kurucu unsurundan kendisini - kendilerini farklı tanımlayan, ortak bağının bulunmadığını iddia eden ya da daha doğru bir ifade ile “yabancılık unsurundan” kaynaklanan, ırksal/etnik, dilsel, dinsel, kültürel nitelikte azınlıklar mevcuttur. Belli bir insan topluluğunun kendilerini azınlık ya da halk (peoples) olarak tanımlama hakkı zor ve diğer taraftan da tartışmalı bir kavramdır. Çünkü bu ırksal, dilsel ya da dinsel azınlık gruplarının kendi geleceklerini tayin etme haklarının olup, olamayacağı meselesi, bunların kendilerini “azınlık” mı, “halk” mı, ya da “nüfus” olarak mı tanımladıkları konusu ve bunun ne anlama

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Ege Üniversitesi İ.İ.B. Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-mail: turgay.cin@ege.edu.tr.

¹ Bu konuda bkz. **Gillborn, D.:** “Citizenship, race and the hidden curriculum”, International Studies in Sociology of Education, 2, 1992, s. 57-73.

geldiği önem kazanmaktadır. Ayrıca burada önemli bir nokta da kendilerini tanımladıkları şekilde yaşadıkları ve uyruğu oldukları devlet tarafından da tanımlanıp, bu şekilde resmen ve hukuken tanınmasıdır. Çünkü yaşadıkları ve vatandaş oldukları devlet, farklı bir grup olduklarını iddia eden bu insan topluluğunu duruma göre “azınlık” ya da “halk” olarak tanırsa, buna göre, siyasi ya da hukuki neticeler tanımak durumunda kalabilecektir. Buna bağlı olarak da devletin bölünmesi ya da yok olmasına dahi neden olabileceğinden yine bütün devletlerin bu konuda endişeleri, korkuları mevcuttur².

20. Yüzyılın başından itibaren, bugüne kadar yaşanan iki Balkan Savaşı³ ile iki Dünya Savaşı⁴ halklar arasındaki güvensizliğin ortadan kaldırılmasına yetmemiştir. Bu savaşlar neticesinde ortaya çıkan yeni milli devletler ve sınırlar genellikle sınır ötesi azınlıkları da yaratmıştır. İnsanlığın önemli farklılıkları gerçekten de Hanedan Devletlerinden kaynaklanmamaktaydı. Fakat milletler/uluslar ya da sosyal sınıflar arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktaydı. Milliyetçiliğin, liberalizmin ve sosyalizmin bu üç ideolojik ve politik akımın ortaya çıkması durumu uluslararası sistem bakımından devrimci sonuçlar doğurmuştur ve doğurmaktadır. Avrupa Kıtası'nın nüfusu büyük ölçüde farklılıklardan, yani farklı ırklar, diller, dinler ve mezheplerden oluşmaktadır. Yani çok-kültürlülük söz konusudur. Devlet denilen tüzel kişiliğin ya da başka bir deyişle hükmi şahsiyetin amacı, ideali ise,

² Geniş bilgi için kz. **Quane, H.:** “The United Nations and the Evolving Right to Self-Determination” *International and Comparatively Law Quarterly*, Cilt 47, 1998 s. 537-572. Bu metin için Bkz. <http://www.jstor.org/stable/761423> (31.03.2014).; **Summers, J.:** *Peoples and International Law: How Nationalism and Self-determination Shape a Contemporary Law of Nations*, Erik Castren Institute Monographs on International Law and Human Rights, Leiden Boston 2007.

³ Birinci Balkan Savaşı 8 Ekim 1912'de başlayıp, 30 Mayıs 1913'te sona ermiştir. İkinci Balkan Savaşı ise, Birinci Balkan Savaşının sona ermesinin ardından 16 Haziran 1913'te başlayıp, 18 Temmuz 1913 tarihinde daha doğru bir ifade ile Ağustos 1913 tarihli Bükreş Antlaşmasının imzalanmasıyla sona ermiştir.

⁴ Birinci Dünya Savaşı 28 Temmuz 1914'te başlayıp, 11 Kasım 1918'de sona ermiştir. Birinci Dünya Savaşı, İkinci Dünya Savaşı'na kadar “Dünya Savaşı” veya “Büyük Savaş” olarak da anılmıştır. Savaşın taraflarından biri olan Osmanlı İmparatorluğunca “Genel Savaş” anlamında “Harb-i Umumi” olarak da adlandırılmıştır. Halk arasında ise “Seferberlik” olarak anılmıştır. İkinci Dünya Savaşı ise 1939'dan 1945'e kadar süren bir küresel askeri çatışmadır.

varlığını ilelebet sürdürebilmek için homojen bir yapıya sahip olabilmektir. Diğer taraftan her homojen nüfusa ulusal topraklar atfedilmesi de imkânsızdır.

Gerçekten de insanlığın önemli farklılıklarının yaşadığı ya da ayrımcılığın yapıldığı sadece geçmişin Hanedan Devletleri değildi. Günümüz ulus devletlerinde de ayrımcılık yapılmaktadır. Böylece günümüz ulus devletlerinde de uluslararası veya sosyal sınıflar mevcuttur. Üç ideolojinin ve siyasi akımın; a) Milliyetçilik/ulusalcılık ya da ulusçuluk, b) Liberalizm ve c) Sosyalizmin ortaya çıkmasının sonucu olarak uluslararası sistem için bunun devrimci sonuçları da olmuştur ve Avrupalı nüfuslar çok büyük ölçüde bundan etkilenmişlerdir. Bir “ulus”un kendi geleceğini tayin etmesi, kendi devletini kurması, fakat başkalarına zarar vermeden kurması, elbette mümkün değildir. Bunun sonucu olarak insanların yaşadığı temel hak ve hürriyetler konusunda herkes, her devlet ve uluslararası toplum ve kuruluşlar kendi çıkarları doğrultusunda bu meseleye duyarlılık göstermeye başlamışlardır. Bütün uluslararası kuruluşlar doğrudan veya dolaylı olarak insan hakları ihlalleri ile ilgilenmektedir. Birçok durumda, esasen azınlıkların durumu, uluslararası barışı tehdit etmektedir ve çok şiddetli, uluslararası çatışmalara vesile olmaktadır. Özellikle Balkanlarda, geçmişte olduğu gibi, günümüzde de azınlıklar meselesi tehlikeli bir durum arz etmektedir. Ulus devlet, refah devletinin bazı özelliklerini kazanmaya başladığında, azınlık haklarının anayasal korunmasının da yolu açılmış oldu.

Diğer devletler örneğinde olduğu gibi, Yunan toplumu ve devleti de farklılıklardan oluşan bir toplumdur, devlettir. Yunanistan Devleti ve toplumu da esasen farklı ırklardan, farklı dillerden, farklı dinlerden ve mezheplerden oluşmaktadır. Fakat Yunanistan devletinin uzmanları, bu farklılıkları homojenleştirmek için her duruma uygun modeller, devlet politikaları geliştirmişler ve günümüzde de Avrupa Birliği üyesi Yunanistan'ın bu konudaki, konunun uzmanları tarafından geliştirilmeye devam edilmektedir.

Günümüzde Avrupa Birliği üyesi Yunanistan Milli Eğitim Bakanı *Andreas Loverdos* (Ανδρέας Λοβέρδος) 18.09.2014 tarihli Yunanistan basınından⁵ öğrendiğimize göre, “1946 yılından bu yana 68 yıl Yunanistan'daki

⁵ http://www.epirusblog.gr/2014/09/blog-post_2611.html ;
<http://www.protothema.gr/politics/article/411298/nomoshedio-gia-tis-thriskeutikes->

dini cemaatlerin örgütlenmelerine ilişkin maruz bırakıldıkları olumsuz uygulamaların, hazırlanmakta olan dini cemaatler yasa tasarısının yasallaşmasından sonra, sona ereceğini” açıkladı. *Loverdos*’a göre, “Yunanistan din özgürlüğü ile ilgili olarak, her zaman bir hukuk devleti değildi.” Bu yeni “Dini Cemaatler ile Yunanistan’daki Derneklerin Hukuken Örgütlenebilmelerine İlişkin” yasa tasarısının yasallaşması ile birlikte Yunanistan’daki dini cemaatler hukuken ve resmen “tüzel kişilik” olarak artık örgütlenebileceklerdir. Bu yasa tasarısı Yunanistan’daki çok sayıda Kiliseyi ilgilendirmektedir. Örneğin Ortodoks Hıristiyan Ermeniler de dâhil olmak üzere, Yunanistan’daki Kiptileri, Etiyopya Ortodokslarını, Asurluları, Anglikanları ve Yunan Protestan Kilisesini ilgilendirmektedir. Yunan Ortodoks Kilisesi ve Yunanistan’daki Yahudi cemaati kamu hukuku tüzel kişiliği olarak örgütlenmiş bulunmaktadır. Bu örgütlenişin elbette tarihi nedenleri vardır ve sözünü ettiğimiz -Yunan Ortodoks ve İsrail Yahudi/Musevi- bu iki dini cemaat de tarihten kaynaklanan bugünkü mevcut hukuki statülerinin değişmesini arzu etmemektedirler. Yunanistan’daki Başmüftülük ve Müftülükler sorunu hakkında ise *Loverdos* şöyle konuştu: “Trakya Müftüleri, Müftülerin yargı/kazai yetkileri nedeniyle kamu hizmetleri sunan örgütler olarak örgütlenmişlerdir.” Oysa Yunanistan’daki Müslüman Türklerin Antlaşmalardan kaynaklanan bir Başmüftülük sorunu bulunmaktadır. Bu nedenle Başmüftülük ve Müftülükler sorunu, hukuk devleti prensipleri, uluslararası hukuk ve Türkiye ile Yunanistan’ın taraf olduğu antlaşmalar, Avrupa Birliği üyesi Yunanistan tarafından 21. Asırda da ihlal edilmeye devam edilmektedir. Esasen bu Başmüftülük ve Müftülükler meselesi, Yunanistan’ın tezine ve ifadesine göre, “Müftüler” Yunanistan’daki Müslüman Türk azınlığın hukuki özerkliği ile ilgilidir⁶. Yunanistan’daki diğer tüm dini cemaatler, ya Yunan Medeni Kanun’undaki hükümler çerçevesinde dernek kurmuşlardır, ya da Yunan Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce faaliyette

[koinotites-fernei-o-loverdos/](http://www.protothema.gr/politics/article/411298/nomoshedio-gia-tis-thriskoetikis-koinotites-fernei-o-loverdos/); <http://www.protothema.gr/politics/article/411298/nomoshedio-gia-tis-thriskoetikis-koinotites-fernei-o-loverdos/> (19.09.2014).

⁶ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. **Cin, T.:** Yunanistan’daki Müslüman Türk Azınlığın Hukuki Özerkliği (Müftülük Meseleleriyle İlgili Yunan Yargıtay ve Danıştay Kararları ve Diğer Belgeler), Orion Kitabevi, Ankara 2009.

bulunan sadece kendi kurumları bakımından geçerli olan mevzuat çerçevesinde tüzel kişiliğe sahip olarak örgütlenmişlerdir.

Yunanistan'ın iddiasına göre, Batı Trakya bölgesinin 1920 yılında Yunanistan tarafından işgalinden ve 30 Ocak 1923 tarihinde Lozan'da kabul edilen "Türk ve Rum Ahalinin Mübadelesi"ne ilişkin antlaşmadan sonra, resmen ve hukuken tanınan tek ve sadece Batı Trakya bölgesinde yaşayan Yunanistan uyruklu "Müslüman Azınlıklar vardır". Oysa Lozan Barış antlaşmasının 45. maddesinde sadece Batı Trakya'daki değil; "Yunanistan'daki Müslüman azınlık"tan, hem de tekil olarak, Yunanlıların tahrif ettiği gibi çoğul değil, tek Müslüman azınlıktan söz edilmektedir. Diğer taraftan yine Yunanlıların kabul etmek istemedikleri ve İkinci Dünya Savaşından sonra 1947 Paris Antlaşmasıyla İtalya'dan Yunanistan'ın ülkesine dâhil edilen Menteşe Adalarında da Müslüman Türkler yaşamaktadır. Ayrıca Yunanistan'da Karaman ve Gagavuz Türkleri gibi Ortodoks Hıristiyan dini inanca sahip, ana dilleri Türkçe olan Hıristiyan Türkler de mevcuttur.

Bu makalemin konusunu Yunanistan'da varlığı reddedilmeyen ve hukuken tanınan "Müslüman Azınlık" ile varlığı Yunanistan tarafından reddedilen ve tanınmayan diğer azınlık grupları ve bunların hukuki durumları oluşturmaktadır.

I. AZINLIK VE TANIM SORUNU

Azınlık kavramının tanımlanması ve uluslararası toplumca kabul edilebilir nitelikte bir tanımın ortaya konulması zor bir meseledir. Azınlık tanımı konusunda bütün devletlerce kabul edilen hukuk bakımından evrensel bir azınlık tanımı, ya da azınlık tanımı konusunda fikir birliği olmasa da, günümüzde çok sayıda sosyolojik açıdan azınlık tanımının yapıldığı ya da önerildiği fakat henüz hukuki nitelikte devletlerce kabul edilen evrensel bir azınlık kavramının bulunmadığı gözlemlenmektedir. Her devletçe kendi milli çıkarlarına uygun bir azınlık kavramı tanımları bulunmaktadır. Bu bağlamda Yunanistan'daki resmi teze göre, hukuk bakımından kabul edilen azınlık, dini azınlıktır. Bu da sadece Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlıktır. Fakat Yunanistan, kendi ülkesinde Türk kimliğini reddettiği için bir devlet politikası olarak "Müslüman Azınlıklar" kavramını benimsemiş ve bu kavramı sadece kullanmayı tercih etmektedir.

Yunanlı yazar *Stefanidis*'e göre⁷, azınlık, “yaşadığı devlet içinde baskın olmayan bir siyasi konumu bulunan ve kolektif bir kimliğe sahip olarak bunu korumak isteyen bir grup ve bir insan topluluğudur.”

1928 yılında Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından Yukarı Sicilya/Silezya Azınlık Okulları Davasında hukukçu *Mello Toscana* azınlık kavramını tanımlamıştır⁸. Yine Uluslararası Daimi Adalet Divanının 6 Nisan 1935 tarihli Yunanistan'daki Azınlık Okullarıyla ilgili danışma görüşüne göre azınlık⁹, “Bir devlette yerleşmiş bulunan (incorporés) ve nüfusu ayrı bir ırk, dil ya da dinden oluşan toplumsal gruplar”dır.

“Azınlık” teriminin genel ya da evrensel olarak kabul edilebilir hukuki bir tanımının yapılmasındaki başarısızlık, daha çok özel; “ırksal (racial)”, “etnik (ethnic)”, “ulusal (national)” gibi terimlerin sık sık kullanımını önlememiştir. Diğer taraftan da sorunun nedeni her devletin kendi çıkarları doğrultusunda duruma göre ırksal, dilsel ya da dinsel azınlıkları tercih etmesinden kaynaklanmaktadır diyebiliriz.

Bir görüşe göre; “etnik azınlık” kavramı, belli bir devlette yaşayan ve başka bir millet/ulus devlet ile ortak bağları ve hiçbir nihai hedefi bulunmayan azınlık grubu anlamına gelmektedir. Buna örnek olarak Romanları (Çingeneleri) gösterebiliriz. Diğer taraftan “Ulusal azınlık” dediğimizde ise, bir devlette yaşayan, yaşadıkları devletin vatandaşı olan, ancak, kültürel, dilsel, dinsel ve ırksal olarak başka bir ulus devlet ile ortak bağları ve bazı nihai hedefleri olan azınlıklardır. Bu farklılıklar nispidir¹⁰. Örnek olarak; Balkanlardaki Türk kökenliler, Bulgaristan'daki Müslüman Türk azınlık ile Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlık gösterilebilir.

Bir azınlığın resmen ve hukuken tanınması, ya o devletin ulusal mevzuatı tarafından ya iki taraflı ya da çok taraflı uluslararası anlaşmalarla

⁷ **Στεφανίδης Γ. Α.:** Ο Τελευταίος Ευρωπαϊκός Αιώνας, Διπλωματία και πολιτική των δυνάμεων 1871-1945, εκδ. Προσκήνιο, Αττίνα 1997, σ. 31.

⁸ **Preece, J. J.:** Ulusal Azınlıklar ve Avrupa Ulus-Devlet Sistemi, (Çeviren: Ayşegül Demir), Donkişot Yayınları, İstanbul 2001, s. 24.

⁹ **Pazarıcı, H.:** Uluslararası Hukuk Dersleri, Kitap: II, 2. Baskı, Ankara 1996, s. 163; **Hatipoğlu, M.:** Yunanistan'da Etnik Gruplar ve Azınlıklar, SAEMK, Araştırma Projeleri dizisi 3/99, Ankara 1999, s. 2.

¹⁰ **Ρούκουνας, Εμμ.:** Διεθνής Προστασία των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, εκδ. Εστίας, Αθήνα 1995, s. 295.

yapılmaktadır. Sonuç olarak, bir grubun, ya da daha doğru bir ifade ile azınlık olmak isteyen bir grubun, varlıklarını azınlık olarak dayatanların, Medeni/Kişi ve Siyasi Haklara İlişkin Komisyon metninde belirtildiği gibi, azınlık statüsü kazanılabilmesi bakımından o devlet tarafından tanınması gerekmektedir.

Bir grup insanda, ayrı, özellikli bir kolektif bilincin varlığı, grupları birbirinden ayırır ve bunu korumak için ortak bir irade beyanının, ortak bir vicdani aidiyetin varlığı, azınlık tanımının uygulanması için önkoşuldur. Kendi bireysel formlarına dayalı olarak Yunanistan devletinin ülkesinin belli özel popülasyonlarının sınıflandırılması, “ırkı (racial)” ya da etnik (ethnic)”, “ulusal/milli (national)”, “dilsel” ve “dinsel” kimlik, azınlığın genel tanımının verilerini doğrulamaktadır¹¹.

Yunanistan Anayasasının 1. maddesinin 3. fıkrasında “ulus” ile “halk” ayrımı yapılmaktadır. “Halk” kavramı “Yunanistan vatandaşları” anlamında iken, “millet/ulus” kavramı ise “ırk” ile ilişkilidir, ilgilidir.

Yunanlı yazarların görüşlerine göre, Yunanistan'daki Azınlıkları aşağıdaki gibi sınıflandırabiliriz¹²:

- a) Etnik (ethnic) Azınlıklar: Romanlar, Ulahlar, Arnavutlar, Ermeniler, Yahudiler.
- b) Ulusal (national) Azınlıklar: Türkler, Çamlar (Müslüman Arnavutlar), Yunanlıların “Slavmakedonları” dedikleri Makedonlar ve Arnavutlar.
- c) Dinsel Azınlıklar: Müslümanlar, Museviler, Ermeniler, Katolikler, Protestanlar, Yehova Şahitleri, Eski Takvimciler.
- d) Dilsel Azınlıklar (diller): Türkçe, İbranice, Ulahça, Makedonca, Arnavutça, Romanca yani Çingene'ce, Ermenice.

Burada önemle altını çizmemiz gereken bir husus da Yunanistan'da yaşayan ve çok ihmal edilen Ortodoks Hıristiyan dini inanca sahip olan ve ana dilleri Türkçe olan Gagavuz ve Karaman Türkleridir.

¹¹ **Ιωάννου, Κ. - Τσιτσελίκης, Κ.:** Το Διεθνές και Ευρωπαϊκό Καθεστώς Προστασίας των Γλωσσικών Δικαιωμάτων και η Ελληνική Ένομη Τάξη, Α.Ν. Σάκκουλας, Ατina-Gümülcine 1996, s. 35.

¹² **Ιωάννου - Τσιτσελίκης,** Το Διεθνές και Ευρωπαϊκό καθεστώς ... s. 35.

e) Diğer Çeşitli Azınlıklar: Ekonomik ve yasa dışı mülteciler, eşcinseller gibi.

Ulusal bilinç, dil, din ve kültürel değerler çoğu zaman ve genellikle aynı azınlık grubunda bunlar ortak bulunmaktadır. Baskın unsur, nerede ve ne zaman ulusal bilinç kendisini gösterirse, hemen hemen her zaman, bir veya daha fazla özelliklere sahiptir.

Diğer taraftan yine Yunanlıların iddialarına göre, Yunanistan'ın Batı Trakya bölgesinde a) "Ulusal (national)", b) "Irki (racial)" ya da "etnik (ethnic)" ve c) "Dilsel" azınlıklar bulunmaktadır. Sonuç itibarıyla Yunanlılara göre bütün bunlar yani üçü birlikte bir "dini" azınlık, "Müslüman azınlıklar" oluşturmaktadır. Türkler bakımından ise, 30 Ocak 1923 ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmaları uyarınca "Müslüman Türk azınlığını" oluşturmaktadır. Fakat diğer taraftan Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlık sadece Batı Trakya'da yaşamamaktadır. 1947 tarihli Paris Antlaşmasıyla İtalyanlardan Yunanlıların eline geçen Menteşe Adalarında da Müslüman Türkler yaşamaktadır. Ayrıca Batı Trakya bölgesinden Yunanistan'ın başka şehirlerine -Selanik, Atina, Thiva, Ptolemaida gibi kentlerine- giden Müslüman Türkler de vardır ve yaşamaktadırlar. Bu bakımdan yani sadece Yunanistan'ın Batı Trakya bölgesinde Müslüman Türk yaşamadığı için ve Batı Trakya bölgesi dışındaki Müslüman Türkleri de kapsayacak bir biçimde tercih edilmesi gereken doğru kavram "Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlık" olacaktır. Bu bağlamda 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasınının 45. maddesinde "Yunanistan'daki Müslüman azınlık"tan söz edilmektedir. Bu hususun altının çizilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan neden "Müslüman Türk" denmesi tercih edilmelidir? sorusunun cevabı ise şöyle olmalıdır: 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasınının 45. maddesinde "Yunanistan'daki Müslüman azınlık"tan. 30 Ocak 1923 tarihli "Türk ve Rum Ahalinin Mübadelesine İlişkin" Lozan Antlaşmasında ise "Türklerin" mübadelesinden söz edildiğine göre, mübadele ile Türkiye'ye gidenler Türk ise, mübadeleye tabi tutulmayan Türkler, Yunanistan'da kalan Türkler için günümüzde kullanılması zorunlu ve doğru kavramın "Müslüman Türk azınlık" olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Hem de bu Lozan antlaşmaları gereği hukuki bir zorunluluktur. Ayrıca Yunanistan'da bugün çoğu asimile olmuş gibi görünse de yine çok sayıda Ortodoks Hıristiyan Karaman, Gagavuz/Gökoğuz Türkleri de bulunmaktadır. Bunlardan da ayırt edebilmek

bakımından “Müslüman Türk” denme zorunluluğu apaçık ortadadır. Çünkü bunların Yunanistan'daki Müslüman Türkler ile Ortodoks Hıristiyan Türklerin hukuki statüleri farklıdır.

II. YUNANİSTAN'DAKİ AZINLIKLAR

Osmanlı döneminde Balkanlarda başlangıçta dört millet vardı¹³. Balkanlarda, Osmanlı dönemindeki milletler dediğimizde o dönemdeki sınıflandırmaya göre, a) Rum milleti¹⁴, Osmanlı İmparatorluğu'nun idari memuru olan İstanbul Patriği liderliğindeki Ortodoks Hıristiyanlar anlaşılmaktaydı. Günümüzde de Yunanlılar bunu arzu etmektedirler. Geçmişte, daha doğru bir ifade ile 1923 tarihli Lozan Barış Konferansından önce İstanbul Patriği, Osmanlı İmparatorluğunun Ortodoks Hıristiyan dini inanca sahip olanların, Sultan'a karşı tek yetkilisi ve sorumlusuydu. Ayrıca, İstanbul Patriği o dönemde, Osmanlı sınırları içindeki Ortodoks Hıristiyanların diline bakmaksızın bütün Ortodoks Hıristiyanların “milletbaşı”sı idi. Ortodoks Hıristiyan Rum milletinin eğitimi ve öğretimi, idaresi, kilisenin idaresi, dinlerinin öğretimi, uyuşmazlıklarının çözümü yani yargılama konularında da hem görevli, hem sorumluydu. Osmanlı döneminde, Balkanlarda bulunan ve genel olarak Osmanlı Devletindeki diğer milletleri kısaca şöyle sıralayabiliriz: b) Yahudi milleti, c) Ermeni milleti ve d) İslâm/Müslüman milleti ya da ümmeti. Daha sonra milliyetçilik başladığında, İmparatorlukların yerini milli devletler aldı.

Eğer dil bakımından etnik ya da milli kimliği belirlemek istersek, 19. Yüzyıl sonlarındaki dağılımını Yunan kaynaklarının iddialarına göre şöyle sınıflandırabiliriz¹⁵: Makedonya'da özellikle Batı Makedonya'da (Grevena, Katerini, Kozani), Serez, Halkidiki, Taşöz Adası ve sahillerde ana dili

¹³ “Το τετράγλωσσο λεξικό του Δανιήλ Μοσχopolίτη (1802)” <http://www.lithoksou.net/p/tetraglossos-leksiko-toy-daniil-mosxopoliti-1802-stixoi-192-431>.; <http://armanlanguageandculture.blogspot.com.tr/2011/06/18.html> (06.06.2014).

¹⁴ Rum milleti hakkında bkz. **Κρητικός Γ.:** Εκπαίδευση και Έλεγχος του Χώρου. Από το Οθωμανικό Μιλλιέτ στο Ελληνικό Κράτος του Μεσοπολέμου, Εξάντας, Αθήνα, 2010.

¹⁵ “Το τετράγλωσσο λεξικό του Δανιήλ Μοσχopolίτη (1802)” <http://www.lithoksou.net/p/tetraglossos-leksiko-toy-daniil-mosxopoliti-1802-stixoi-192-431>.; <http://armanlanguageandculture.blogspot.com.tr/2011/06/18.html> (06.06.2014).

Yunanca olanlar egemendir. Taşrada, dağlık bölgelerde Arnavutça konuşan Ortodoks Hıristiyan ile Ulahça konuşan Ortodoks Hıristiyan topluluklar hâkimdir. Yahudiler ise kentlerdedir. Özellikle Selanik'in yüzde kırkı (%40) Yahudi'dir. Kırsal nüfusun büyük bir çoğunluğu Slavca konuşmaktadır. Bu noktada bilimsel olarak bir soruna işaret etmekte fayda vardır. Sorun Slavcanın lehçelerinin tam olarak dağılımının saptanmasında yaşanmaktadır. Çünkü Slavcanın lehçeleri birbirleriyle çok yakından ilişkilidir. Hangi yerde, Slavcanın hangi lehçesinin -Sırp, Bulgar, Makedon- konuşulmakta olduğu esasen bilim adamları arasında bir tartışma konusudur. Bir öğretmen ya da bir papaz hangi lehçeyi konuşuyorsa 50 ya da 60 yılda, görev yaptıkları bölgelerinin lehçesini, kendi lehçeleri ile değiştirebilmekteydi.

Guardian muhabiri İngiliz gazeteci ve araştırmacı *Brailsford*'a göre¹⁶, “Üsküp bölgesinde birbirine çok yakın köylerde farklı lehçeler konuşulmaktadır. Örneğin, köyün birinde Sırp papaz, diğerinde de Bulgar papaz varsa, bu iki köyde Slavcanın farklı iki lehçesi -Sırpça ve Bulgarca lehçeler- konuşulmaktadır.”

Yine Yunanlıların iddialarına göre, Osmanlı döneminde Balkanlarda daha çok konuşulan ve güçlü olan tek egemen dil vardı. O, dil de genellikle Yunan diliydi. Çünkü her şeyden önce Balkanlarda yazılı bir geleneği ve kültürü olan, güçlü ve yaşayan tek Hıristiyan dili Yunancaydı. Yunanca, Kilise'nin de diliydi. Ortodoks Hıristiyan Papazlar mutlaka Yunanca bilmek zorundaydılar. Yunan dili, çağlar boyunca Kilise okulları aracılığı ile öğretilirdi. Ayrıca Yunan nüfusunun bulunduğu ticaret merkezlerinde de Yunanca hâkimdi. 19. Yüzyılın ortalarından itibaren, yavaş yavaş Bulgaristan'da okumuş bilim adamlarının etkisi ile Yunan etkisine karşı savaştan, mücadele eden ve yerel dillerin tanıtımı için bir ulusal edebiyat okulu kurulduğu gözlemlenmektedir. Bu faaliyetlere paralel olarak, Balkanlarda ulusal bilincin gelişmesi de görülmektedir. Örneğin Bulgarlar, 1860-1870 yıllarında kendi ulusal Kiliselerini, Eksarhlığı (Exarcheion)'nı kurdular, vaaz ve ibadetin Bulgaristan Slavcasında yapılması gerekliliğini kabul ettiler. Yunanlılar ise, bu duruma İstanbul Patrikhanesi üzerinden itiraz ettiler ve karşı çıktılar.

¹⁶ “Το τετράγλωσσο λεξικό του Δανιήλ Μοσχόπολιτη (1802)” <http://www.lithoksou.net/p/tetraglossa-lexiko-toy-daniil-mosxopoliti-1802-stixoi-192-431>.; <http://armanlanguageandculture.blogspot.com.tr/2011/06/18.html> (06.06.2014).

Yunanlılar, Bulgarların Yunanca vaaz ve ibadetlerini yapmaya devam etmelerini istediler. Fakat Patrikhane, Bu kiliselerin cemaati üzerindeki kontrolünü kaybetmemek bakımından ibadet dili olarak Slavcanın da kullanılabilceği pazarlığını yaptı. Bu pazarlığa Sırp ve Romanya Kilisesi de dâhil oldu. Yunan hükümeti, bunda rakip, bir karşı milliyetçilik algıladığından İstanbul Patrikhanesinin bu tutumuna karşı çıktı. Sonuç olarak İstanbul Patrikhanesi ile Yunan hükümeti arasında da bir çatışmanın yaşandığı görülmektedir¹⁷.

Yunanlı yazarların çoğunluğu bölgede her daim ana dilleri Yunanca olanların egemen ve bunların da “Yunan” olduğunu ortaya koyma gayreti içinde oldukları görülmektedir. Ortodoks Hıristiyan dininin dilinin Yunanca olmasının da avantajlarından Yunanlılar her zaman yararlanmışlardır.

Balkanlarda konuşulan dillerden Arnavutça, Ulahça (Armani: “Αρμάνοι”), Slavcanın Bulgar ve Makedon -Yunanlıların ifadesi ile “Slavmakedoncasi”- lehçelerinde bir sözlük ancak 1792 yılında yazılıp, 1803 yılında bir keşiş ve aynı zamanda öğretmen olan Daniel Moschopolitis (Δανιήλ Μοσχολίτη) tarafından yayınlanabilmiştir¹⁸.

Ortodoks Hıristiyan Kilisesi'nin resmi dili Yunancadır. “Millet”, ya da “millet sistemi”, “Ortodoks Hıristiyan Rum Milleti” dendiğinde Balkanlar'daki tüm Ortodoks Hıristiyan halklar -Yunanlılar, Bulgarlar, Romenler, Sırp, Arnavutlar ve Ulahlar) anlaşılmaktaydı. Yunanlılar ve Batılılar, geçmişte olduğu gibi günümüzde de Ortodoks Hıristiyan Türklerden söz etmemektedirler. Sanki Balkanlarda ve dünyada böyle bir unsur bulunmamaktadır ve hiç yaşamamıştır. Balkanlarda ana dilleri Türkçe olan Ortodoks Hıristiyan Türkleri -örneğin Gagavuzları, Karamanlıları- da bu Ortodoks Hıristiyan millet sistemi içinde saymamız ve asimile olmakta olduklarını söylememiz gerekmektedir.

Yunanlıların iddiasına göre, Yunan dilinin ve Yunan kültürünün güçlü olduğu Balkanlarda, Osmanlı hâkimiyeti sırasında bütün Ortodokslar eğitim-

¹⁷ [http://thesis.ekt.gr/thesisBookReader/id/15577#page/1/mode/2up](http://thesis.ekt.gr/thesisBookReader/id/15577#page/1/mode/2up;).; <http://archive.today/thesis.ekt.gr> (06.06.2014).

¹⁸ “Το τετράγλωσσο λεξικό του Δανιήλ Μοσχολίτη (1802)” <http://www.lithoksou.net/p/tetraglossa-leksiko-toy-daniil-mosxopoliti-1802-stixoi-192-431>.; <http://armanlanguageandculture.blogspot.com.tr/2011/06/18.html> (06.06.2014).

lerini Yunanca yapmaktaydı. Terim olarak Yunanlıların ifadesi ile “Romios” yani “Rum” ulusal kökeni değil, dini belirtmektedir. Bu durum, İsa’dan Sonra 19. Yüzyılda İstanbul Ekümenik Patrikhanesinden özgürleşmek için Slav Ortodoks Hıristiyan halkların nüfus hareketi “Panslavizm” neticesinde değişti. Balkanlardaki bu Slav halkları, kendi ulusal devletlerini kurmaya, yeni sınır boylarını pekiştirmeye ve ulusal bilinç kazanmak için “özerk (otosefal) kiliseler” oluşturmaya başlamışlardı. 1833 yılında Yunanistan Kilisesi özerkliğini kazandı. 1870 yılında Bulgar Eksarhlığı (Exarcheion) kilisesi kuruldu. Yani İstanbul Patrikhanesinden Bulgarlar ayrıldı ve buna Yunanlılar, “Bulgar hizipleşmesi” ismini verdiler¹⁹. 19. Yüzyılda Yunan Ortodoks Hıristiyan kimliği, Yunan Milli kimliğine karşılık gelmekteydi²⁰.

1415 yılında Mora Yarımadasında (Peloponisos’ta) yedi dilsel ve kültürel cemaat yaşamaktaydı. Bunları şöyle sıralayabiliriz: Lacedaemon (Mani), İtalyanlar, Peloponnesians (Moraitika), Sthlavinoi (Slavlar), İllirler (Arvanites yani Arnavutlar), Mısırlılar ve Yahudiler. Yunanistan Devletinde 1920’li yıllarda Yunanca konuşan nüfusun yanında Arnavutça, Slavca -Bulgarca, Makedonca, Sırpça-, Türkçe, İspanyol İbranicesi, Ulahça konuşan nüfus ve yüz binlerce Hıristiyan, Müslüman ve Yahudi nüfus bulunmaktaydı.

Balkanlardaki insanlar, milliyetlerini sık sık değiştirirlerdi. Eğer Yunan “Makedon savaşçıların (Makedonomachonların)” anılarını okursanız, sıklıkla şu türde ifadeler göze çarpar: “Fılanca kişi, ilkin Rumendi, daha sonra Bulgar oldu ve daha sonra da ‘bizimle -yani Yunanlılarla- geldi.’” ve Yunanlılaştı. Ya da “Biz ilk önce Yunan olan filanca komitacı/gerilla ile birlikte çarpıştık ve daha sonra Bulgar oldu.” Yunanistan Dışişleri Bakanlığının o dönemdeki uzmanı *Evangelos Kofos* (Ευάγγελος Κωφός), genellikle ulusal bilincin bu akışkanlığını şöyle belirtmektedir: “Çocuklu aileler üç farklı milliyetten olduklarını” ifade etmekteydiler. O dönemde çok sık olarak metinlerde “Yunan Partisi”, “Bulgar Partisi” ifadelerinin kullanıldığı görül-

¹⁹ Bkz. **Μαυρομάτη, Α. Β.:** “Βλαχόφωνοι Έλληνες - η προσωπική μου άποψη”, <http://www.tamos.gr/personal.html> (06.06.2014).

²⁰ http://arvanitesthrace.blogspot.com.tr/2011_11_01_archive.html (06.06.2014).

mektedir. Ulusal/millî kimliğin seçimi aslında siyasi bir tercihtir²¹, bir fikirdir, bir düşüncedir.

Yunanistan bölgesinde konuşulan dillerin belirlenmesi ve sayımı veya ana dili olup olmadığının tam olarak tespit edilmesi zordur. Yunanistan'da 1928, 1940 ve 1951 yıllarında yapılan nüfus çalışmalarında ve istatistiklerinde belirtilen diller aynen şunlardır²²: “Arnavutça, Bulgarca, Çingene’ce, Ermenice, Pomakça, İbranice, İspanya İbranicesi, Yunanca, Ulahça (Kuçovlahiki), Makedonca (Makedonoslaviki), Slavca ve Türkçe. Bir azınlık dilinin varlığı için objektif olarak bu dilin varlığının belirlenmesi yeterlidir. Yani bir dilin az sayıdaki Yunanistan vatandaşı bir grup insan tarafından konuşulmasının tespit edilmesi yeterli ve geçerlidir. Az sayıdaki bu bir grup insanın kolektif bir iradeye sahip olmaları, dilsel özelliklerini korumalarına ve bir azınlık grubunu oluşturma niyetine gerek yoktur.”

Yunanistan'da, günümüzde de esasen çok-dillilik söz konusudur. Farklı dil ve lehçeleri konuşanların sayıları geçmişe, yani Yunanistan Devletinin kuruluşu ve daha öncesine göre, daha az olmasına rağmen, önemli ölçüde günümüzde de çok-dillilik ve çok ırklılık hala mevcuttur. Osmanlı İmparatorluğu'nda Yunan dilinin özel konumu ve Rum milletinin ayrıcalıklı durumu ve daha sonra 1830'da kurulacak olan yeni Yunan devletinin dilsel homojenliği için adeta bir ön çalışmaydı ve buna Osmanlı Türkleri adeta yardımcı olmuşlardır. Yunanistan'daki Achaxas (Αχαΐα) ilçesinin köylülerinin Arnavutça ana dillerini terk ettikleri, İlia (Ηλεία) ilçesinin köylülerinin de en az kırk yıldan beri Arnavutça konuşmadıkları ya da Lakonia'da önceden çok sayıda kişi tarafından konuşulan Arnavutça günümüzde bazı az sayıda kalan, yaşlı nüfus tarafından konuşulduğu, gençlerin ise artık sadece Yunanca konuştuğu hakkında açık kanıtlar mevcuttur. Benzer örnekler, Yunanistan'da konuşulan diğer tüm diller için verilebilir²³. Yani Yunanistan,

²¹ [http://thesis.ekt.gr/thesisBookReader/id/15577#page/1/mode/2up](http://thesis.ekt.gr/thesisBookReader/id/15577#page/1/mode/2up;).; <http://archive.today/thesis.ekt.gr> (06.06.2014).

²² **Τσιτσελίκης, Κ.:** “Μεινωτικές γλώσσες στην Ελλάδα” [Γ6] http://www.greek-language.gr/greekLang/studies/guide/thema_c6/index.html (19.3.2009).

²³ Bkz. **Μπαλτσιώτης, Λ.:** Η πολυγλωσσία στην Ελλάδα. Σύγχρονα Θέματα 63 Απρίλιος-Ιούνιος 1997, s. 89-95. Ayrıca Bkz. http://www.komvos.edu.gr/glwssa/odigos/thema_c6/c_6_k_1.htm (17.10.2014).

bir millet oluşturmak için, nüfusunun dilsel entegrasyonuna özel bir önem vermiştir. Toplumun bu tek-kültürlülük algısı, bütün Balkan, hatta genel olarak Orta ve Doğu Avrupa milli devletlerinin tipik, ortak bir özelliğidir. Milli Devletler, ülkelerinde azınlıkların gelişmesine izin veremezler, ya asimile edeceklerdi ya da azınlıkları mümkün mertebe küçülteceklerdi ve etkisizleştireceklerdi²⁴.

1948 yılından bu yana, “Avrupalılık” ideolojisinin “millet” ideolojisi ile artan bir rekabet içinde geliştiğinin görülmesine rağmen, Avrupa Birliği üyesi Yunanistan’da, Yunan milliyetçiliği diğer milli kimlikleri sürekli asimile etmeye çalışmıştır. Kilise ve de Osmanlı Devleti bunda etkili olmuştur. Yunanlılar tarih boyunca Milattan Önce olduğu gibi Makedonları ve diğerlerini Yunanlılaştırdıkları gibi, günümüzde de yani Milattan Sonra da Ortodoks Hıristiyan dini inancına sahip olan fakat Yunanca konuşmayanları Yunanlılaştırma gayretindedir. Bu bakımdan Türkçe konuşan ve esasen Türk olan, Gagavuzlar ve Karamanlılar -ve diğerleri- Ortodoks Hıristiyan inancından oldukları için kolayca Yunanlılaştırılmaktadırlar. Yunanlıların iddiasına göre, Gagavuz ve Karaman Türkleri “Türkçe konuşan Yunanlılar”dır. Diğer taraftan Yunanca dışında bir dil konuşan yine bütün Ortodoks Hıristiyan dini inanca sahip olanlar, yine aynı mantıkla ve aynı şekilde Yunanlıların iddiasına göre onlar da duruma göre, “Slavca, Ulahça, Arnavutça, Pontusça konuşan Yunanlılar”dır. Yunanca dilinden farklı dil konuşan, Yunanistan’daki dilsel ve ırksal/etnik azınlıklara²⁵ sırasıyla değinelim:

A) Arnavutlar, Yunanlıların ifadesi ile “Arvanites (Αρβανίτες)”, “Arberichte”, “Arvanitic”, konuştıkları dil Arnavutça (“Arvanitika”)dır. Yunanistan’da Arnavutların yaşadığı yerleri şöyle sıralayabiliriz²⁶: “Attica (Atina ya da Attiki), Boeotia (Viotia), South Euboea (Güney Eğriboz, Evia), Salamis (Salamina) islands (Adalar), Trakya (Thrace), Peloponiso, Peninsula, Arkadia, Athens, Peloponnese mostly northwest (çoğunlukla

²⁴ http://www.komvos.edu.gr/glwssa/odigos/thema_c6/c_6_k_5.htm;
http://www.komvos.edu.gr/glwssa/odigos/thema_c6/c_6_k_6.htm (17.10.2014).

²⁵ Yunanistan’daki azınlıklar için bkz. **Λιθοξόου, Δ.:** Μειονοτικά ζητήματα και εθνική συνειδηση στην Ελλάδα, εκδ. Λεβιάθαν, Αθήνα 1992.

²⁶ [http://www.ethnologue.com/language/aat\(09.11.2014\)](http://www.ethnologue.com/language/aat(09.11.2014)) (17.10.2014).

kuzeybatısında), North Andros (Kuzey Andros), mainly rural (özellikle kırsalda) 300 villages (300 köy).”

Yunanlıların iddiasına göre “Arvanitler”, çoğunlukla ya kasıtlı olarak ya da bilgi eksikliğinden, Arnavutlar ile karıştırmaktadır. Bunlar sadece farklı bir lehçe olan, Arnavutça konuşmaktadırlar ve Ortodoks Hıristiyan Yunanlılardır. Bu bakış açısına göre, bunlar hakkında doğru terminoloji ve tanımlama yine Yunanlılara göre; “Arnavutça konuşan Yunanlılar” olacaktır. Arnavutça konuşan bu “Yunanlılar” a örnek olarak Markos Boçarıs (Μάρκος Μπότσαρης), Pavlos Kunturiotis (Παύλος Κουντουριώτης) ve diğerlerini gösterebiliriz. Bu Ortodoks Hıristiyan Arnavutlar, Yunanlıların ulusal mücadelelerinin her aşamasında yer almışlardır. Yunanlıların görüşüne göre, bazı “tarihsel gerçeklerle bağdaşmayan bazı propagandalar, bunları Arnavutlar ile bağdaştırmaya çalışmaktadır.” Yine Yunanlıların iddiasına göre, tarih, “Arvanitis” ile “Arnavut” un başka şeyler olduğunu öğretmektedir. Ayrıca bazı Yunanlıların iddiasına göre, “Arvanite lehçesi sözdizimi” bakımından Arnavut dili yapısını değil, Yunan dili sentaks yapısına benzer niteliktedir²⁷. Yunanistan’da bugün Arnavutça (arvaniki) konuşabilenlerin sayısının yaklaşık 150.000 civarında olduğu tahmin edilmektedir²⁸.

Yunanistan’daki Arnavut azınlık ikiye ayrılmaktadır: a) Dinsel açıdan çoğunlukla Müslüman olan Çam Arnavutları, “Çam Müslümanları”, “Cameria”, “Chameria”, “Thesprotia Arnavutları”, “Türk Arnavutları”²⁹ olarak da adlandırılmaktadır. Gümenice (Goumeniça (İgumeniça, Ηγουμενίτσα), Parga (Πάργα), Paramitia (Παραμυθιά), Filiaton (Φιλιατών), Margelliç (Margaritiu, Μαργαριτίου). Yani Thesprotia’daki Müslüman Arnavutların, Yunanlıların ifadesi ile “Türk Arnavutları”nın yaşadıkları bölgelerdir. b) Ortodoks Hıristiyan Arnavutlar³⁰. Yunanlılar tarafından

²⁷ <http://maccunion.wordpress.com/2013/10/18/%CE%BA%CF%89%CE%BD%CF%83%CF%84%CE%B1%CE%BD%CF%84%CE%AF%CE%BD%CE%BF%CF%82-%CF%87%CE%BF%CE%BB%CE%AD%CE%B2%CE%B1%CF%82-%CE%BC%CE%B5%CE%B9%CE%BF%CE%BD%CF%8C%CF%84%CE%B7%CF%84%CE%B5%CF%82-%CE%BA%CE%B1/> (06.06.2014).

²⁸ “Γλωσσολογικές μειονότητες στην Ελλάδα” <http://www.multiforums.gr/sciences/viewthread.php?tid=1350>; <http://www.ethnologue.com/language/aat> (01.12.208)

²⁹ <http://lithoksou.net/elliniki-glossa.html> (23.07.2012).

³⁰ <http://www.paramythia-online.gr/tsamides.htm> (17.10.2014).

Ortodoks Hıristiyan Çamlar “Suliotēs”, Çam Müslümanları ise Sünni’dir ve yine Yunanlılar tarafından “Çamides” olarak anılmaktadırlar³¹.

Osmanlı Devletinin 1895 tarihli nüfus istatistiklerine ve Yunanistan’ın 1913 yılı nüfus sayımına göre, Paramithia bölgesinde Arnavutça konuşanların, yani Arnavutların sayısı, Yunanca konuşan sakinlerin sayısından daha fazladır³². Şu çok açıktır ki, “Ortodoks Arnavut” dilinden -Arnavutça dilini konuşan ve “Ortodoks Hıristiyan” dini inancına sahip olan Arnavutlar - Yunanistan genelindeki binlercesi gibi-, 1928 yılında “Yunan Ortodoks dilinden/lisanından” olarak vaftiz edildiler/tanımlandılar³³.

Günümüzde yok olma tehlikesi ile karşı karşıya kalan Yunanistan’daki Ortodoks Hıristiyan Arnavutlar, çoğu ya göçe zorlanmışlardır ya da Yunanlaştırılmışlardır. Müslüman Çam Arnavutları ise, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra Yunanlılar tarafından kitleler halinde Arnavutluk’a göç ettirilmişlerdir. Geriye kalanlar ise büyük ölçüde asimile olmuşlardır. Yani Yunanistan’ın Epir bölgesinde konuşulan Arnavutça dili özellikle 1944 yılından sonra yok olmuşlardır³⁴. Yani Arnavutlar yok edilmiştir.

B) Ulahlar³⁵ (Βλάχοι), Yunanlıların iddiasına göre, Kuçovlahi (Κουτσόβλαχοι), Arvanitovlahi (Αρβανιτόβλαχοι), olarak da anılan Ulahlar,

³¹ http://antiethnikistiki.blogspot.com.tr/2011/10/blog-post_2766.html (17.10.2014). Ayrıca Bkz. <http://tungjatjeta.blogcu.com/yunanistan-da-arnavutlar/2397568> (24.10.2014).

³² <http://lithoksou.net/elliniki-glossa.html> (23.07.2012).

³³ <http://lithoksou.net/elliniki-glossa.html> (23.07.2012).

³⁴ <http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

³⁵ Ulahlar hakkında İngilizce bilgi için Bkz. <http://www.vlachs.gr/en/> (09.11.2014).; Ayrıca Yunanca kaynaklar için Bkz. **Έξαρχος, Γ.:** Αυτοί Είναι οι Βλάχοι, (2η έκδοση), Γαβριηλίδης, Atina 1994.; **Κολτσίδας, Αντ.:** Κουτσόβλαχοι οι βλαχόφωνοι Έληνες. Εθνολογική λαογραφική και γλωσσολογική μελέτη: Γραμματική και λεξικό της κουτσοβλαχικής γλώσσας, Εκδόσεις Αφοί Κυριακίδη, 1993; **Τοσίτσας, Αβέρωφ Ευ.:** Η πολιτική πλευρά του Κουτσοβλαχικού ζητήματος. Εκδόσεις Ιδρύματος Ευαγγ. Αβέρωφ - Τοσίτσα, 1992.; **Λαζάρου, Αχ. Γ.:** Η Αρωμόνικη, Β’ έκδοση, Atina 1986.; **Τατιάνα, Αβέρωφ - Ιωάννου.:** Το ξέφωτο (ιστορικό μυθιστόρημα), Εκδόσεις Κέδρος, 2000; **Κουκούδης, Αστ.:** Οι μητροπόλεις και η διασπορά των Βλάχων. Εκδόσεις Ζήτρος, 2000.; **Κουκούδης, Αστ.:** Οι Βεργιάνοι Βλάχοι και οι Αρβανιτόβλαχοι της Κεντρικής Μακεδονίας, Εκδόσεις Ζήτρος, 2000; **Κουκούδης, Αστ.:** Η κοινωνική ζωή στα βλαχοχώρια της Μακεδονίας στα 1900, Τόρμα Μουσείου Μακεδονικού αγώνα, 2006;

Yunanca konuşmayan Yunanlılardır. Kökenleri de Epir, Makedonya ve Tesalya'dır. Ulahlar bölgenin yerli halklarından³⁶. Ulahların ya da Ulahça konuşanların sayısının 200.000 civarında olduğu tahmin edilmektedir³⁷. Ulahların, günümüzde coğrafi olarak buldukları yer ve devletleri şöyle sıralayabiliriz: Ulahça konuşan (Vlachophone) yerli topluluklar, Yunanistan'da, Arnavutluk'ta, Makedonya'da, Sırbistan'da, Karadağ'da, Romanya'da bulunmaktadır. Ayrıca Amerika Birleşik Devletlerinde, Avustralya'da, Kanada'da ve diğer yerlerde bulunmaktadır. Bugün Yunanistan'da Florina'da (Φλώρινας), Kozan'da (Κοζάνης) ve Epir'de, Meçono'da (Μέτσοβο), Nausa'da (Νάουσα), Samarina'da (Σαμαρίνα), Nimfeo'da (Νυμφαίο στη Φλώρινα), Pieria'da (Λιβάδι στην Πιερία), Klisura'da (Κλεισούρα) yaşamaktadırlar. Önceden önemli ölçüde Ulah nüfusu Tesalya'da (örneğin Tirnavos'da) da yaşamaktaydı. Tesalya'nın önemli bir özelliği de "Büyük Eflak (Μεγάλη Βλαχία)" olarak bilinmesidir³⁸.

Ulahların ya da Yunanlıların tabiriyle "Kuçovlahların (Κουçovlahların)" kökenleri hakkında pek çok ve farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, Ulahlar, barbarların saldırılarından Güney'e kaçanlardır³⁹.

12. Yüzyıldan itibaren Ulahlar, Zituni/Lamia'nın hemen dışında yaşamaktadırlar ve dağlardan soygun ve adam kaçırmak için ovalara inmek-

Κουκούδης, Αστ.: Από τη ζωή των Βλάχων στα 1900. Εκδόσεις ΚΑΠΟΝ, 2008;
Γρηγοριάδου, Έ.: Εδεσματολόγιον Βλάχων, Εκδόσεις Κοχλίας, 2006.;
<http://estia.hua.gr:8080/dspace/bitstream/123456789/2312/1/%CE%A4%CE%AC%CF%84%CE%B1%CF%81%CE%B7%CF%82%20.%20%CE%98%CE%B5%CF%8C%CE%B4%CF%89%CF%81%CE%BF%CF%82.pdf> (09.11.2014).

³⁶ Bu konudaki görüşler için Bkz. **Ευάγγελου - Τσιτίτσα, Αβέρωφ Ευ.:** Η πολιτική πλευρά του κουτσοβλαχικού ζητήματος, Τρίκαλα, 1992, s. 17-19 ve **Λαζάρου, Αχ.:** "Θρακολογία και ζήτημα καταγωγής των Βλάχων-Αρωμόνων", Τρικκαλινά 5 (1985), s. 47-77 ve Yunanlılar ile Ulahların mücadeleleri için Bkz. **Alan Wace - Thompson, M. S.:** The nomads of the Balkans: An account of life and customs among the Vlachs of Northern Pindus, New-York, 1914.

³⁷ "Γλωσσολογικές μειονότητες στην Ελλάδα" <http://www.multiforums.gr/sciences/viewthread.php?tid=1350> (01.12.2008).

³⁸ "Γλωσσολογικές μειονότητες στην Ελλάδα" <http://www.multiforums.gr/sciences/viewthread.php?tid=1350> (01.12.2008).

³⁹ Bkz. **Andrei Otetea** ed., The history of the Romanian people, Bucharest, 1970, s. 9-159.

teydiler⁴⁰. Yine Yunanlıların iddialarına göre, Roma İmparatorluğu döneminde bugünkü Ulahların ataları Romanın askerleri olarak görev yapmışlardır ve Latince öğrenmişlerdir. O zamandan beri Ulahlar bir Yunanca-Latince -“ellinolatiniko”- lehçeyi yani “Ulahça” konuşmaktadırlar. Ulahça, yazılı olmayan, sözlü bir dildir. “Ulah (Vlahos/Vlachos)” temelde “Latince konuşan” anlamına gelmektedir. Ulahlar, kendilerine Bizans İmparatorluğu’nun (Yeni Roma-İstanbul) tarihsel isimlerinden biri olan “Romanya” ya da “Romagna” kelimesinden gelen “Aromani” veya “Armani” denmesini tercih etmektedirler. Ulahlar, Osmanlı Devleti döneminde Avrupa devletlerinden kazandıkları paralarla köylerinde Ortodoks Hıristiyan kiliseler ve okullar inşa ettirdiler. Yunanlı olmadıklarına ilişkin, onları ikna etmeye çalışan propagandalara direndiler. Helenizm’in, Ulahça konuşan önemli ulusal hayırseverleri de vardı. Bazı tarihçiler bu toplulukları Makedon Rumenleri olarak adlandırırken, onlar kendileri için “Aromani” terimini kullanmayı tercih etmektedirler⁴¹. Yunanistan, topraklarında yaşayan Ulahların da ayrı bir etnik kimliğe sahip olduklarını inkâr etmektedir. Yunanistan, ya asimilasyon, ya da Yunan milli kimliğini kabul etmeyenleri zorla göç ettirmiştir ve ettirmektedir. Böylece Yunanistan, homojen bir toplumsal yapıya sahip olduğunu devletlerarası topluma takdim etmeye çalışmaktadır.

Ulahça, esasen Arumence yani Rumence dilidir⁴². Bu dil hakkında dilbilimcilerin ortak görüşü, Ulah ve Rumen dillerinin aynı Latince temelli

⁴⁰ Bkz. **Κυριάκου Σ.:** Ξένοι ταξιδιώτες στην Ελλάδα, τόμος πρώτος, Ατina 1976, s. 223.

⁴¹ <http://maccunion.wordpress.com/2013/10/18/%CE%BA%CF%89%CE%BD%CF%83%CF%84%CE%B1%CE%BD%CF%84%CE%AF%CE%BD%CE%BF%CF%82-%CF%87%CE%BF%CE%BB%CE%AD%CE%B2%CE%B1%CF%82-%CE%BC%CE%B5%CE%B9%CE%BF%CE%BD%CF%8C%CF%84%CE%B7%CF%84%CE%B5%CF%82-%CE%BA%CE%B1/> (06.06.2014).

⁴² “Aromanian (‘limba armânească’, ‘armãeshce’ or ‘armãeshsti’), also known as ‘Macedo-Romanian’, ‘Arumanian’ or Vlach in most other countries, is an Eastern Romance language spoken in Southeastern Europe. Its speakers are called Aromanians or Vlachs (which is an exonym in widespread use to define the communities in the Balkans). It shares many features with modern Romanian, having similar morphology and syntax, as well as a large common vocabulary inherited from Latin. The most important dissimilarity between Romanian and Aromanian is the ad stratum vocabulary: While Romanian has been influenced to a greater extent by the neighboring Hungarian and Slavic languages, Aromanian has borrowed some vocabulary from the Greek

dilden türetildiği yönündedir. Bu dilden türeyen bir diğer dil ise “Dalmaçya”lıların dilidir ki 1898’den beri kullanılmamaktadır. Bizans İmparatorluğu bünyesinde pek çok Ulah eyaleti bulunmaktaydı. Bunlardan çok azı güçlü devletler kurabildi. Bulgar Assan hanedanı döneminde (1185-1258) İkinci Bulgar İmparatorluğu ya da Bulgar-Ulah devletinin kurulması, Ulahların en büyük başarısı olmuştur. Eflâk’ın diğer adı olan “Ulahya” ismi de Ulahların ülkesi anlamına gelmektedir⁴³.

1920 tarihli “Yunanistan’daki Azınlıkların Korunmasına İlişkin” Sevr Antlaşmasınının 12. maddesi uyarınca Pindos Ulahlarının eğitim ve dini özerklikleri mevcuttur. Yunanistan, taraf olduğu antlaşma ile kabul ettiği Ulahların diğerlerinin yanında bu hakkını da engellemektedir.

İkinci Dünya Savaşına kadar Ulahların büyük bir nüfus yoğunluğunun bulunduğu Ege Makedonya’sında, Epir ve Tesalya’da Romanya hükümetinin yardımlarıyla kurulmuş yirmi dört (24) ilköğretim ve üç (3) ortaokul bulunmaktaydı. Bu bölgelerin bazı kiliselerinde Rumen dili kullanılmaktaydı⁴⁴.

Pindus’ta ve Meçovo çevresinde olduğu gibi, neredeyse sadece Ulahlar oturmaktaydı ve kendi dillerini, yani Ulahça konuşmaktaydılar. Bunların kendilerine has kıyafetleri, kendi gelenek ve görenekleri, kısaca, milleti oluşturan -millet fikrinin- bütün unsurlarına sahiptiler. Florina’da da 1912 yılından önce herkes Slavca konuşmaktaydı ve yine bu bölgede de Yunanlı pek yoktu. Yunan makamlarının etnik temizliğinden ve Yunan İç Savaşı’ndan sonra çok ilginçtir herkes “Yunan vatanseveri” oldu.

Avrupa Birliği üyesi Yunanistan’da Ulah, Makedon, Arnavut okulları açılmalıdır ve aynı zamanda mevcut devlet okulları içinde Ulahça, Makedon

language with which it has been in close contact throughout its history. The Aromanian language and people are officially recognized as a minority in the Republic of Macedonia, but large Aromanian communities are also found in Albania, Greece, Bulgaria, Serbia as well as in Romania, where some Aromanians having migrated from the Balkans after the destruction of the Aromanian centers of Moscopole and Gramostea (Grammos region-Western Macedonia) in the northern Pindus Mountains.” Bkz. http://tinywiki.org/Aromanian_language.html (01.11.2014).

⁴³ Bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Ulahlar> (17.10.2014).

⁴⁴ **Τσιτσελίκης, Κ.:** “Μεινοτικές γλώσσες στην Ελλάδα” [Γ6] http://www.greek-language.gr/greekLang/studies/guide/thema_c6/index.html (19.3.2009).

Slavcası ve Arnavutça dilleri öğretilmelidir. Yunanistan'da, geçmişte Eleftherios Venizelos döneminde, Yunanistan Epir'inde, Grevena'da ve başka yerlerde Ulahça öğretim ve eğitim yapan Ulah okulları kurulmuştur. Fakat bunların hepsi Yunan makamlarınca kapatılmıştır.

C) Karakaçanlar (Σαρακατσάνοι), Yunanlıların iddiasına göre, çok eski bir Yunan ırkıdır. Göçebe bir topluluktur. Yaz aylarında dağlara göçerler ve dağlarda yaşarlar. Kış aylarında ise Yunanistan'ın düz ovalarında yaşamlarına devam ederler. Karakaçanların sakin oldukları yerler, Yunanistan'ın Agrafa merkezli orta ve güney Pindos, Rumeli dağlarıdır. Karakaçanlar Trakya'da da yaşamaktadır. Karakaçanlar, aynı gelenek ve görenekleri ve ağırlıklı olarak aynı dili, Yunanca konuşmaktadırlar. Karakaçanlar, çoğu zaman, Ulahlarla karıştırılmaktadır. Yunanca konuşmaları, Ulahlardan farklı olduklarını ortaya koyan en belirgin özellikleridir. Ulah kelimesi, çiftçi, çoban ve koyunları, keçileri olan adamı belirtmek için kullanılmaktadır. Karakaçanlar tamamen göçebeydiler ve hiçbir yerde köyleri yoktu. Ulahların ise köyleri de vardı. Yani Ulahlar yarı göçebe yaşamaktaydılar. Karakaçanlar, sürüleriyle dağ dağ dolaşan tamamen göçebe kabilelerdi. Günümüzde Karakaçanlar da artık yerleşik hayata geçmişlerdir. Fakat giyim ve yaşam tarzları, görgü ve gelenekleri bakımından Karakaçanlar, Ulahlardan farklıdır. Karakaçanlar ile Ulahlar arasında evlenme, ticari ve mesleki alışveriş bulunmamaktaydı. Onların yaşam biçimleri, bir tür koyun ya da keçi bakıcılığı, çobanlık mesleğinden kaynaklanan işbirliğiydi⁴⁵. Karakaçanlar da Yörükler gibi göçebedir, koyun ve keçicilikle uğraşırlar. Din ve dil dışında gelenek, görenekler ve yaşam tarzlarıyla Yörükler ile Karakaçanlar tamamen aynıdır. Sadece dilleri ve dinleri farklıdır. Karakaçan dediklerimizin dini inançları Ortodoks Hristiyan'dır ve Yunanca konuşurlar. Yörük dediklerimizin ise dini inançları İslâm'dır ve konuştukları dil ise Türkçedir. Karakaçanların, Yunanlılaşmış Türkler olma ihtimali çok yüksektir.

⁴⁵ Ζηγογιάννης, Ν. Γ.: “Συζήτηση:Σαρακατσάνοι /Ιστορία” http://www.livepedia.gr/index.php/%CE%A3%CF%85%CE%B6%CE%AE%CF%84%CE%B7%CF%83%CE%B7:%CE%A3%CE%B1%CF%81%CE%B1%CE%BA%CE%B1%CF%84%CF%83%CE%AC%CE%BD%CE%BF%CE%B9_%CE%99%CF%83%CF%84%CE%BF%CF%81%CE%AF%CE%B1 (06.06.2014).

Ç) Gagavuzlar, Türkiye’de ilk olarak İstoyan Cansızov’un “Balkan Şib-i Ceziresinde Türkler” (Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası, Cilt: 17, İstanbul 1328) adlı makalesinde Gagavuzlardan bahsedildiği görülmektedir.

Yaşar Nabi Nayır, “Türk Gagavuzlar” olarak ifade ettiği Gagavuz adının, Gök kelimesinden gelen Gaga sözüyle Oğuz adının birleşmesinden meydana geldiği, bunun için de bu Türklere Gök-Oğuz denilebileceğini ifade etmektedir⁴⁶. Gagavuzlar ya da Gagauzlar, bugünkü Moldova Cumhuriyeti’nde, başta Gagauzeli Özerk Devleti olmak üzere kuzeydoğu Bulgaristan, Ukrayna, Romanya ve Yunanistan’da yaşamaktadırlar. Gagavuzlar, çoğunluğu Ortodoks Hıristiyan olan bir Türk topluluğudur. Ayrıca Trakya’nın yerli halkı olan Müslüman Gacallar’ın da Gagavuzlardan geldiğine inanılmaktadır⁴⁷. Fakat Yunanistan ilginç bir biçimde Türkçe konuşan bu

⁴⁶ **Nayır, Y. N.:** Balkanlar ve Türklük, Ankara 1936, s. 89.

⁴⁷ Hıristiyan Türkler için bkz. **Anzerlioğlu, Y.:** “Geçmişten Günümüze, Türk Dünyasında Hıristiyan Türkler” http://www.karam.org.tr/Makaleler/819676370_anzerlioglu.pdf (17.10.2014); <http://ekitap.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/11647.gagavuzturkleripdf.pdf?0;> <https://tr-tr.facebook.com/notes/t%C3%BCrk-d%C3%BCnyas%C4%B1-bulu%C5%9Fma-noktas%C4%B1/-gagavuz-g%C3%B6ko%C4%9Fuz-gagauz-t%C3%BCrkleri-/10150281661565438.;> [http://hunturk.net/h104-gagavuz-yeri-gokoguz-.html.;](http://hunturk.net/h104-gagavuz-yeri-gokoguz-.html.) <http://www.diplomatikgozlem.com/yazdir?0B1E2D78D356C77B0702E5176F07645B.;> [http://anadoludestani.com/balkan-turklerigagavuzlar-ve-kirim-tatarlari/;](http://anadoludestani.com/balkan-turklerigagavuzlar-ve-kirim-tatarlari/) [http://www.bilgicik.com/yazi/gagauzlar-gok-oguzdan-hristiyan-turkler/;](http://www.bilgicik.com/yazi/gagauzlar-gok-oguzdan-hristiyan-turkler/) (17.10.2014); **Kowalski, T.:** “Kuzey-Doğu Bulgaristan Türkleri ve Türk Dili”, (Çeviren Ömer Faruk Akün), Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi, Cilt:3-4, 31 Mart 1949; **Guboğlu, M.:** “Gagauzların ‘Türkçe’ Dili, Edebiyatı ve Tarihi Hakkında Araştırmalar Bibliyografya/Kaynakça Denemesi”, Beşinci Milletlerarası Türkoloji Kongresi, İstanbul 23-28 Eylül 1985, Tebliğler I. Türk Dili, Cilt: 2, İstanbul 1987, s.63-72; **Manof, A.:** Gagauzlar (Hıristiyan Türkler), (Çeviren Türker Acaroğlu), Ankara 1939; **Eroğlu, T.:** “Gagauz Türkleri Hakkında Deniz Tanasoğlu ile Röportaj”, Milli Folklor, Eylül 1991.; **Doğru, A.:** “Gagauzların Folklor ve Antropomik Özellikleri”, IV. Milletlerarası Türk Halk Kültürü Kongresi Bildirileri, Cilt: I, Genel Konular, KB Yayınları, Ankara 1992; **Karpat, K. H.:** “Gagavuzların Tarihi Menşei”, I. Uluslararası Türk Folklor Bildirileri, Cilt: I, Genel Konular, KB Yayınları, Ankara 1976; **Sümer, F.:** “Gagauzların Aslı”, Türk Dünyası Tarih Dergisi, Mayıs 1991; **Eröz, M.:** Hıristiyanlaşan Türkler, Ankara 1983; **Karaşemsi, R. S.:** Hazar Türkleri, İstanbul 1934; **Kurat, A. N.:** Peçenek Tarihi, İstanbul 1937; **Kırzioğlu, F.:** Kıpçaklar, TTK Yayınları, Ankara 1992; **Kurat, A. N.:** IV-XVIII. Yüzyıllarda Karadeniz Kuzeyindeki Türk Kavimleri ve Devletleri, Ankara

Ortodoks Hıristiyanların da Türk olmadığını, Yunanlı olduğunu “Türkçe konuşan Yunanlılar” olduğunu iddia etmektedir⁴⁸.

Diğer taraftan Ortodoks Hıristiyan Gagavuzlar ve Karamanlılar ya da daha doğru bir ifade ile Hıristiyan Türkler, “Doğu Roma” ve daha sonra Yunanlılaşan ve Doğu Roma İmparatorluğu, “Bizans” ismini alarak ve bu şekilde anılmaya başlayan Doğu Roma/Yeni Roma/Bizans İmparatorluğundaki Türk nüfus ya da Yunanlıların ifadesi ile söyleyecek olursak “Türkçe konuşan” eski nüfusun torunlarıdır. Karakaçanları da bu sınıfa dâhil edebiliriz.

D) Makedonlar⁴⁹, Yunanlıların deyimi ile “Slavophones - diglossoi yani iki dilli” Slavca ve Yunanca konuşan, Makedonya’nın iki dillileridir. Ege Makedonya’sı olarak da bilinen Kuzey Yunanistan’da, yaşamakta olan ve kendilerini “Makedon kökenli” olarak tanımlayan ve Yunanistan’daki diğer Yunan vatandaşlarından farklı bir etnik/ırki kökene ve dile sahip olduklarını, bu nedenle bir azınlık oluşturduklarını savunan bir topluluktur.

Yunan makamları ve Yunanlılar, “Makedon” sözcüğünü Kuzey Yunanistan’da yaşayan bütün Yunanistan vatandaşlarını tanımlayan coğrafi bir tabir olarak görmektedir ve Yunanistan’daki Makedonların bir azınlık grubu olduğuna ilişkin iddiaları reddetmektedir. Yunanlılar bu azınlık

1992; **Lâslö Rasony.**: Tarihte Türklük, TKAE Yayınları, Ankara 1988; **Witteck, P.**: “Yazijioghlu Ali on the Christian Turks of the Dobruja”, Bullerin of the School of Oriental and African Studies, Cilt: IV, London 1952; **Cebeci, A.**: “Osmanlı Devleti’nde Gagavuzlar”, Türk Kültürü, Sayı: 354, Ekim 1992; **Güngör, H.**: “Yunan-Bulgar Kilise Mücadeleleri ve Gagavuzlar”, Türk Kültürü, Sayı: 344, Aralık 1991; **Çınar, G. P.**: “Gagoğuzlar”, Yeni Türkiye, Yıl: 3, Sayı: 16, Temmuz-Ağustos 1997; **Peker, G.**: “Gagoğuz Özerklik Süreci: Dün ve Bugün”, Avrasya Etüdleri, Sayı: 2, Yaz 1995; **Güngör, H.**: “Gagavuz (Gökoğuz)”, Yeni Türkiye, Yıl: 3, Sayı: 16, Temmuz-Ağustos 1997; **Aygil, Y.**: Hristiyan Türklerin Kısa Tarihi, İstanbul 1995; **Kılıç, A.**: “Türkiye ve Gagoğuzlar”, Avrasya Etüdleri, Sayı: 13, İlkbahar 1998.

⁴⁸ Bkz. “Yeni Yunan Tragedyası: Gagavuzlar” <http://orhun2023.blogcu.com/yeni-yunan-tragedyasi-gagavuzlar/637625> (17.10.2014).

⁴⁹ Yunanistan’daki Makedonlar ve sorunları için Bkz. <http://www.florina.org/> (09.11.2014).; “O ‘χώρος’ και το Σλαβομακεδονικό Ζήτημα” <http://pontosandaristera.wordpress.com/2008/06/02/2-6-2008/> (2.12.2008).

grubuna “Slav-Yunanlıları”, “Slavca”, ya da “Slavmakedoncası konuşan Yunanlılar” veya “Çift dilliler” denmesini tercih etmektedir.

Yunanlıların iddiasına göre, Yunanistan'ın Makedon Azınlık sorununun kaynağı Makedonya Devletinin yayılmacı propagandalarıdır⁵⁰.

Yunanistan'ın “Slavca konuşanların” hafif, temkinli, yumuşak bir biçimde reformlarla, ikili bir eğitimle ya da Metaksa döneminde olduğu gibi zorla asimile edilmesine ilişkin çabaları günümüzde de devam etmektedir. Örneğin Yunanistan'daki Metaksa Cunta döneminde yerel polis, genelgelerleriyle Yunanca dışında kendi ana dilinde konuşanların cezalandırılacağı ilan edilmişti. Bu çerçevede kolluk kuvvetleri köylerde, hatta tarlalarda dolaşarak, kendi ana dilinde konuşanları tespit ederek, o dönemde bazı yerlerde 25 drahmi, bazı yerlerde 100 drahmilik cezalar kesilmekteydi⁵¹.

Yunanistan, Yunanistan vatandaşı etnik Makedonların varlığını ve onları azınlık olarak kabul etmemektedir ve azınlık olarak tanımamaktadır. Asimile etmeye çalışmaktadır. Yunanistan'da kim ki, Makedon azınlığı gerçeği ile ilgili bir şey söyleme cesaretinde bulursa, otomatik olarak hemen “düzen” ve “Yunan karşıtı” olarak ilan edilmektedir. Yunanistan bakımından, Makedon Milleti, Makedon Devleti, Makedon Azınlığı yoktur ve bulunmamaktadır yani yok sayılmaktadır⁵².

Sonuç itibarıyla Yunanlıların iddia ve mantığına göre, eğer “etnik Makedonların” varlığı kabul edilecek olursa, o zaman “Makedon ulusu”nun varlığı da kabul edilmiş olacaktır. Etnik/ırki -dil, din ve toprak/ülke- unsurlarına bakıldığında, ulusal bilincin oluşmasında bu üç temel - dil, din ve ülke /toprak- unsurlarının önemi gereği, bugünün “Makedonya” coğrafyasındaki “Ulusal Makedon”lar ile “etnik Makedonca konuşan Yunanlıların” atalarının aynı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Hatta bir zamanlar “Ulusal Makedon Makedonluların” ve “Ulusal Makedon Yunanlıları”nın ataları arasındaki farka bakıldığında, bir anda fark olmadığı, “Ulusal Makedon Yunanlıları”nın atalarının bu nedenle, sadece “Makedonca konuşan

⁵⁰ <http://nationalpride.wordpress.com/2011/08/04/87812/>; <http://namarizathema.pblogs.gr/tags/ellinikes-meionotites-gr.html> (22.11.2012).

⁵¹ <http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

⁵² <http://lithoksou.net/dhraghumis.html> (23.07.2014).

(Makedonofoni)", "Yunanca konuşan (Ellinofoni)" ve "Ulahça konuşan (Vlahofoni)" Ortodoks Hıristiyan Makedonya'nın sakinleri olduğu görülecektir. Yine Yunanlıların iddiasına göre, durum bu iken, gizemli bir şekilde, Makedonya'nın sadece yerel sakinlerinden Ortodoks Hıristiyan ve Makedonca konuşanlarından bazıları, tamamen rastgele, ayrıca gizemli bir şekilde Tito'nun kararı üzerine "ulusal" ya da "etnik" Makedon oldular. Çünkü bundan bir asır önce, Makedonlar, Yunan ve Bulgar ulusal kimliklerini benimsemişlerdi. İşte Yunanistan bu ve buna benzer tezler öne sürerek, bir bütün olarak bu görüşleri egemen kılarak, Yunanistan'daki, Makedonya'daki ve diğer yerlerdeki Makedonları asimile etmeye çalışmaktadır.

E) "Müslümanlar" veya Müslüman Türkler

Yunanistan'daki Müslüman Türkler dendiğinde 30 Ocak 1923 Lozan Antlaşmasıyla mübadeleye tabi tutulmayıp, Yunanistan'da azınlık statüsünde resmen ve hukuken bırakılan Türkler anlaşılmaktadır. Yunanistan'da, Türkçe konuşan Ortodoks Hıristiyan Türkler anlaşılmaz.

Nüfus mübadelesi sadece Türkiye ile Yunanistan arasında 1923 yılında yapılmadı. Bundan önce 1919 Neuilly-sur-Seine⁵³ Antlaşmasının 56. maddesi uyarınca Bulgaristan ile Yunanistan arasında 1920 yılında nüfus mübadelesi gerçekleştirildi. Bulgar devletinin reddetmesine ve vatanlarında kalmalarını teşvik etmesine rağmen, Bulgar ulusal bilincine sahip 66.000 kişi Bulgaristan'a gönderildi⁵⁴. Burada Yunanlıların amacı 19. Yüzyılda başlayan milliyetçilik ile kurulan milli devletlerin, Yunan milli devletinin farklılıklardan kurtulup, homojen bir milli/ulus devletini inşa etme amacını gütmesinden kaynaklanmaktadır.

Yunanistan 1951, 1961, 1971, 1981 ve 1991 yılından günümüze kadar nüfus sayımı istatistiklerinde "azınlıklara" kesinlikle değinmemektedir. Diğer taraftan yukarıda da sözünü ettiğimiz gibi, Yunanistan'ın, Yunanlılaştırma yani asimilasyon yöntemlerinden bir tanesi de kişilerin adlarının, köy ve yer isimlerinin değiştirilmesi yani Yunanlılaştırılması olmuştur. Yabancı isimler doğrudan, yani "Demirhisar"dan "Sidirokastro (Σιδηρόκαστρο)"ya

⁵³ Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration signed at Neuilly-sur-Seine on November 27th 1919.

⁵⁴ <http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

dönüşmüş, “Boris” Yunancada “Panagiotis (Παναγιώτης), “Viron (Βύρων)” ya da “Periklis (Περικλής) olarak yerini almıştır. Polis ya da korucu, o dönemde yolda bir Yunanistan vatandaşını gördüğünde ya da köylere giderek gördüğünde ve adını sorduğunda, kişi eğer adını Slavca, örneğin “Boris” olarak söylemekteyse, polis ya da korucu derhal o kişinin adının “Viron” ya da “Periklis” olmasını istemekteydi ve bu da derhal gerçekleşmekteydi⁵⁵. Yani Jifkof’un 1980’li yıllarda Bulgaristan’daki Müslüman Türklere yaptığı- nın aynısını, Yunanlılar yıllar önce zaten yapmışlardı.

Yunanistan’daki azınlıkların ekonomik durumuna baktığımızda, ulusal- lık yani milli kimlik bu konuyu doğrudan etkilemektedir. Özellikle Yunanistan’ın Batı Trakya bölgesindeki Müslüman Türk azınlığının tamamı neredeyse ya işçidir ya da çiftçidir. Yunanistan’daki Yunanistan vatandaşı Müslüman Türklerin devlet memuru, polis, korucu, savcı, yargıç ve üst düzey devlet memuru olmaları engellenmektedir. Ayrıca Yunanistan’da resmen ve hukuken azınlık olarak tanınan Müslüman Türk azınlığın çoğunluğunun yaşadığı Yunanistan’ın Batı Trakya bölgesinde “Dışişleri Bakanlığı Kültür İşleri Bürosu” bulunmaktadır. Bunun faaliyetleri Müslüman Türk azınlığı ile ilgilidir. 1991’den önce, 1981 yılından beri Avrupa Birliği üyesi Yunanistan’da Müslüman Türklerin traktör ya da araba sürücü belgesi, dükkân ruhsatı alabilmek için Yunanistan’ın gizli haber alma servisi KİP (ΚΥΠ)’ten olumlu görüş bildiren bir kâğıdın alınma zorunluluğu vardı. Müslüman Türklerin gayrimenkul satın almaları da kesinlikle mümkün değildi. Sadece sahip oldukları gayrimenkullerini Ortodoks Hıristiyanlara satabilmekteydiler. Yunanistan’daki asimilasyon, örneğin Ege Makedon- ya’sındaki gibi farklı din unsurlarının bulunmadığı bölgelerde çok daha yüksek oranda gerçekleştirilmiştir⁵⁶.

Yunanistan’da, Yunan milli kimliği, devlet adına görev yapan makamlar- larca -Yunanistan eski Krallık ve daha sonra da Yunanistan Cumhuriyeti- tarafından zamanla inşa edildi. Projenin başlangıcında Alman sarayından gelen Bavyera Kralı Ludwig -ki kendisi antik Yunan tarihi hayranlarındandı, oğlu Otto ve bu konudaki bilim adamları, askerler bulunmaktaydı. Bunlar, Yunanistan’daki farklı ırklardan gelen genç yerli Yunanistan vatandaşlarını -

⁵⁵ <http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

⁵⁶ <http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

Ortodoks Arnavutları, Gagavuz Türklerini, Ulahları, Makedonları, Bulgarları, “Rumları” daha doğru bir ifade ile eski Roma vatandaşlarını, “Eski Yunanlıların” torunları olarak tanımladılar. Başka bir ifade ile bu konuda vaftiz kararı aldılar ve bir Yunan ulusu yarattılar⁵⁷. Yunanistan, Bulgaristan’la 1919 yılında taraf olduğu Neuilly Antlaşmasının 56. maddesi uyarınca 1920 yılında isteğe bağlı ve 30 Ocak 1923 tarihli Lozan’da kabul edilen Türk ve Rum Ahalinin Mübadelesine ilişkin antlaşma ile zorunlu nüfus mübadelesini gerçekleştirmiştir. Böylece Yunanistan, özellikle Ege Makedonya’sındaki farklı ırklardan kurtulmuş oldu ve bu bölgeye Türkiye’den mübadele ile gelen ve çoğu Türkçe konuşan Ortodoks Hıristiyan Türkleri -Yunanlıların aşağılamak için “Türk tohumu (Turkospori)” dediklerini yerleştirmiştir. Bu tarihten itibaren Yunan Milli ruhunun geliştirilmesi için, Yunan Devletinin ideolojik mekanizmaları devreye girecek ve şu görüş Yunanistan’da egemen kılınacaktır: Müslümanlar, Türk milli bilincine sahiptir. Fakat belli bir süreden sonra bundan da vazgeçilecektir ve “Yunanistan’da Türk yoktur” noktasına gelinecektir. Diğer taraftan Ortodoks Hıristiyanların anadilinin Yunanca olup olmadığına bakılmaksızın -Türkçe konuşan (örneğin, Karamanlı ve Gagavuz Türkleri için) veya Arnavutça konuşan (Arnavutlar/Arvanitesler), Slavca konuşan (Makedonlar, Bulgarlar, Sırlar) veya Ulahça (Ulahlar) konuşanlar- Yunan milli bilincine sahiptir tezi Yunanistan’da işlenecektir. Bu dilleri konuşan Ortodoks Hıristiyanlar Yunanlılar ve Yunan bilim adamları tarafından sırasıyla Yunanlıların deyimi ile: “Türkçe konuşan Yunanlılar”, “Slavca konuşan Yunanlılar” ya da “Slavmakedoncası konuşan Yunanlılar” ve “Ulahça konuşan Yunanlılar” şeklinde tanımlanacaklardır.

Diğer taraftan Yunanistanlı bir yazar *Mavromati*, makalesinde aynen şunları yazmaktadır: “Benim kökenimi biri araştırırsa, benim yarımın (1/2 oranında) Aspropotamo Pindos’tan Ulah olduğumu, 1/4 oranında Mandra Attikis’ten Arnavut, 1/4 oranında Andros’tan olduğumu görecektir. Ben kendimi bildim bileli Ulah hissediyorum. Çocuklarıma gelince, bir Ulahla evlenmediğim için, çocuklarım 1/4 oranında Ulah’tır. 1/8 oranında Arnavut, 1/8 oranında Androslu, 1/4 oranında Moralı, 1/4 oranında da Küçük

⁵⁷ <http://lithoksou.net/elliniki-glossa.html> (23.07.2012).

Asyalıdır. Bu yerde yani Yunanistan'da yaşayan bütün insanlar, iki kıta ve beş denizde yaşayan insanların birbirleriyle karışması sonucu oluşmuştur⁵⁸.

Dil, bir iletişim aracı olmasının yanı sıra, bir kültürel emtia olarak, halkın ulusal bilincini şekillendiren ve sosyalleşmenin de önemli bir faktörü olarak görülmektedir. Sosyal ve toplumsal gruplar dil aracılığıyla kendi kolektif kimliğini tanımlamaktadır. Dil, sosyal, toplumsal algıları ve kültürel değerleri yansıtmaktadır⁵⁹.

“Dilsel Çeşitliliği” teşvik etmek için, Avrupa Birliği'nin çeşitli organları üzerinde danışmanlık fonksiyonlarını yerine getiren ve Finansörlüğünü Avrupa Birliğinin yaptığı, hükümet dışı bir örgüt olan “Az Konuşulan Diller Avrupa Sekreterliği”, Yunanistan'ın Mora Yarımadası'nda Arnavutça konuşan Arnavut Azınlığını, Kuzey Yunanistan'da Makedonca ve Ulahça (Rumence) dil azınlıklarının varlığını gündeme getirmektedir. Bundan da Yunanistan rahatsızlık duymaktadır⁶⁰.

Yine diğer taraftan “Ethnologue.com⁶¹ Yunanistan'da dilsel Azınlıklar keşfetti” başlıklı yazıda da Yunanistan'da aşağıdaki dilsel azınlıkların varlığından söz edilmektedir:

1. Arnavut Arvanitecesi/Arnavutçası 150.000 kişi.
2. Epir bölgesinde Toska Arnavutçası 10.000 kişi.
3. Bulgarca 30.000 kişi. Kaynak Helsinki liberal politikacı Dimitra (Helsinki Yunan Merkezinden).
4. Balkan Romancası (Çingene'ce) 40.000 kişi.
5. Ulah Romancası 1.000 kişi.
6. Makedon Romancası 200.000 kişi. Kaynak Helsinki liberal politikacı Dimitra (Helsinki Yunan Merkezinden).

⁵⁸ Bkz. **Μαυρομμάτη, Α. Β.:** Δεκέμβριος (2000) “Βλαχόφωνοι Έλληνες - η προσωπική μου άποψη”, <http://www.tamos.gr/personal.html> (06.06.2014).

⁵⁹ **Λεζέ, Ευ. Γ. :** “Γλωσσικές μειονότητες και εκπαίδευση: η περίπτωση των τσιγγανοπαίδων” http://6dim-diap-elfth.thess.sch.gr/Greek/Ekpaidefsi_Tsigganopaidon/EishghseisEkpshsTsigg/EishghseisEkpshsTsigg2002/glossikes_meionotites_kai_ekpaidefsi.pdf (27.09.2014).

⁶⁰ “Ανακάλυψαν νέες ‘μειονότητες’ στο Ελληνικό έδαφος!” <http://www.altermedia.info/hellas/2009/06/03/aiaeueoai-iyao-iaeiuocoao-ooi-aecieeu-yaaioio/> (27.09.2014).

⁶¹ http://www.ethnologue.com/search/search_by_page/greece (18.11.2014).

7. Yunan Romancası 3.000 kişi.
8. Salavmakedoncası 180.180 kişi.
9. Türkçe 128.380 kişi.

Böylece Yunanistan'daki tüm dilsel azınlıkların sayısı 733.560 ulaşmaktadır. Yunanistan'ın toplam nüfusu ise bu kaynakta 10.647.529 olarak gösterilmektedir⁶². Fakat bu kaynakta Yunanistan kaynaklarında, Yunanistan'daki Gagavuzların Türkçesi ve Karamanlıların Türkçesinin bilinçli bir biçimde ihmal edildiğini ve Batı Trakya Türklerinin sayısının da eksik gösterildiğinin bilinmesinde fayda vardır.

Uygurluk tarihçilerinin asırlar süren, uzun değerlendirmeleri neticesinde vardıkları sonuca göre bir milletin gelecekte imha yani yok olma habercisi olarak iki verinin varlığından söz etmektedirler. Bunlar: a) Yetenekli liderlerin eksikliği ve b) İnsanların ırkına yani soyuna ve kutsal değerlerine yabancılaşmasını göstermektedirler. Bu ikisinden sadece bir tanesinin görülmesi halinde bile, neslin ya da milletin yok olma tehlikesi mevcuttur⁶³.

⁶² <http://akritas-history-of-macedonia.blogspot.com.tr/2008/03/ethnologuecom.html> (27.09.2014). Başka bir kaynakta şu bilgilere rastlanmaktadır: "Yunanistan'daki başlıca azınlıkları Makedonlar (250.000), Toska Arnavutları (222.000), Ulahlar (209.000), Pontus'lu Rumlar (202.000), Arvanitika Arnavutları (152.000) ve Müslüman azınlıkları Türkler (250.000), Saidi Araplar (30.000), Farıslar (10.000), Afrikalılar (6.100) oluşturulmaktadır. Ayrıca Karaman'da yaşayan Türk Ortodokslar da nüfus mübadelesi sırasında Yunanistan'daki Müslüman Türklerle Mübadele sırasında değiştirilmiştir. 1923 Lozan Antlaşmasına ekli protokol hükümlerince Türkiye'de yaşayan yaklaşık 193.000 Karamanlı, Rum sayılarak zorunlu nüfus değişimine tabi tutulmuşlardır. Ayrıca Yunanistan'da Türk kökenli Hıristiyan Ortodoks mezhebine mensup tahminen 30.000 Gagavuz Türk'ü yaşamaktadır. Yunanistan'da az sayıda Yahudi, Katolik, Çingene, Pomak, Bulgar, Ermeni, Mased (Rumanian Macedon), Meglenler (Rumanian Megleno), Sırpılar ve Hırvatlar gibi etnik gruplar da yaşamaktadır. Ancak bu nüfusça az sayıdaki etnik grupların, devlet politikası gereğince "Helenleştirildikleri" iddia edilmektedir. Yunan devleti ister büyük nüfusa sahip etnik gruplar olsun, ister küçük gruplara sahip etnik gruplar; bunların hiçbirini etnik bir kimlik olarak tanımamakta ve hepsini dinsel kimlik olarak tanımaktadır. Kendi ülkesinde Etnik azınlıklara her türlü baskıyı uygulayan Yunanistan'ın, söz Yunan azınlığına gelince dünyayı ayağa kaldırması ne kadar şaşırtıcı değil mi?"

⁶³ <http://averoph.wordpress.com/2014/04/10/o-%CF%80%CE%B1%CF%84%CF%81%CE%B9%CE%AC%CF%81%CF%87%CE%B7%CF%82-%CE%AC%CE%B3%CE%>

Sonuç olarak, Yunanlılar zaman içinde ve günümüzde de Makedonları: “iki dilli”, “Slavca-konuşan”, “Slav”, “Makedonoslavi”, “Slavmakedonları”, “Varolmayan (azınlıklar)”, “Slavca konuşan Yunanlılar” gibi çeşitli biçimlerde isimlendirmektedirler. Yunan tarafı çifte standart uygulamaktadır. Yunanistan’ın, İstanbul ve Arnavutlukta kendi Yunan Azınlığı için farklı, başkalarının Yunanistan’daki azınlıkları -örneğin Türk, Makedon, Arnavut- için farklı hassasiyetlere sahiptir. Yunanlıların başka devletlerdeki azınlıkları, azınlık ve Yunan azınlık olarak tanımlanmaktadır. Yunan azınlıkları buldukları devletlerde, haklardan yararlanabilirler ve asla asimile olamazlar. Fakat diğerlerine gelince, Yunanistan’da azınlık statüsü tanınmaz, milli kimlikleri asla tanınmaz ve haklardan yararlanamazlar ve asimile olmak zorundadırlar⁶⁴.

Yunanlılar için, insan hakları ve azınlık hakları ve farklı olana saygılı olma konuları Yunanlıların ulusal ideolojilerine, kültürlerine yabancıdır⁶⁵. Onların ulusal ideolojilerinde asimile etme vardır. Görünürdeki “saygı” asimile etme amaçlıdır.

Diğer taraftan Müslüman Türkler bakımından 1920’de Yunanistan tarafından başlatılan savaş macerası, 1920 tarihli “Yunanistan’daki Azınlıkların Korunmasına İlişkin Sevr Antlaşması” ve 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmalarıyla sona erdi. Yunanistan’daki Müslüman Türk azınlık mevcut antlaşmalara rağmen, “Türk” olarak tanınmaz ve kabul edilmezken, Müslüman Türk azınlık dışındaki “öteki” unsurlar Yunanistan tarafından sadece birer “dilsel mozaik” olarak kabul edilmektedir⁶⁶.

Yunanistan, bu yöntemleri ve uygulamaları, taraf olduğu ve kabul ettiği Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konseyi hükümleri uyarınca insan haklarına

[B9%CE%BF%CF%82-%CE%B3%CF%81%CE%B7%CE%B3%CF%8C%CF%81%CE%B9%CE%BF%CF%82-%CE%BF-%CE%B5-1746-10-%CE%B1%CF%80%CF%81%CE%B9/](http://www.lesandmore.gr/%CE%BA%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CF%89%CE%BD%CE%B9%CE%B1-%CE%BD%CE%B5%CE%B1-%CE%B5%CE%BB%CE%BB%CE%B1%CE%B4%CE%B1/4262-glossiko-modaike-elladas.html) (20.09.2014).

⁶⁴ <http://lithoksou.net/dhraghumis.html> (23.07.2014).

⁶⁵ http://lithoksou.net/mionotites_eladha.html (23.07.2012).

⁶⁶ “Το γλωσσικό μωσαϊκό της Ελλάδας” [http://xefteri.wordpress.com/;](http://xefteri.wordpress.com/;http://www.lesandmore.gr/%CE%BA%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CF%89%CE%BD%CE%B9%CE%B1-%CE%BD%CE%B5%CE%B1-%CE%B5%CE%BB%CE%BB%CE%B1%CE%B4%CE%B1/4262-glossiko-modaike-elladas.html)
<http://www.lesandmore.gr/%CE%BA%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CF%89%CE%BD%CE%B9%CE%B1-%CE%BD%CE%B5%CE%B1-%CE%B5%CE%BB%CE%BB%CE%B1%CE%B4%CE%B1/4262-glossiko-modaike-elladas.html> (06.06.2014).

saygı, kendi kaderini tayin etme hakkı, farklılıkların eşit vatandaşlık hakları çerçevesinde topluma entegre etmek amacıyla uygulamadığı apaçık ortadadır⁶⁷. Diğer taraftan uluslararası hukuk, bireyin “kendini tanımlama”, milli ya da dini kimliğini tanımlama hakkını, özgürlüğünü öngörmektedir.

III. YUNANİSTAN’DA AZINLIKLARLA İLGİLİ GENEL BAĞLAYICI NİTELİKTEKİ HUKUK KURALLARI

A. Yunanistan’ın İç Hukukundaki Anayasal Düzenlemeler

Yunanistan tarafından, usulüne uygun bir biçimde onaylanmış bulunan azınlıkların korunmasına ilişkin uluslararası antlaşma metinleri ve uluslararası teamül kuralları Yunan hukuk sistemine, Yunanistan Anayasa’sının 28. maddesi uyarınca ithal edilmiştir. 28. maddenin çevirisi aşağıdaki gibidir:

“(1) Genellikle kabul gören uluslararası hukuk kuralları ve uluslararası antlaşmalar kanunla onaylanması ve her birinin usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesi ile Yunan iç hukukunun ayrılmaz bir parçasını oluşturur ve diğer her aleyhe hukuk düzenlemelerine göre üstündür. Uluslararası hukuk ve uluslararası antlaşmaların yabancılara uygulanması da her zaman karşılıklılık koşulu ile yerine getirilir.

“(2) Önemli ulusal çıkarların yerine getirilmesi ve diğer devletlerle ilişkilerin geliştirilmesi için, antlaşma veya sözleşme ile uluslararası organlara anayasada öngörülen yetkiler tanınabilir. Bu antlaşmayı veya sözleşmeyi onaylayan yasanın oylamasında bütün milletvekillerinin sayısının beşte üç oy çokluğu gerekmektedir.

“(3) Önemli bir ulusal çıkarın gerektirdiği hallerde, insan haklarını ve demokratik yönetim biçiminin temellerini ihlâl etmemek, eşitlik ilkeleri temelinde ve karşılıklılık ilkesine uygun olarak uygulanmak koşuluyla, Yunanistan Meclisinin üyelerinin tamsayısının mutlak çoğunluğuyla kabul edilen bir yasayla, milli egemenliğin kullanılmasına serbestçe sınırlamalar getirilebilir.

“Yorumlayıcı hüküm:

“Madde 28, ülkenin, Avrupa bütünleşme sürecine katılımının temelini oluşturur.”

⁶⁷ <http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

Genel olarak maddede belirtilen insan haklarını koruma, Yunan Anayasasının “Temel Hakların Korunması” başlığını taşıyan 25. madde hükmü ile birlikte okumak ve yorumlamak gerekir. 25. maddenin çevirisi aynen şöyledir:

“(1) İnsanın bir birey ve toplumun bir üyesi olarak hakları ve anayasal sosyal devlet ilkesi, Devletçe güvence altındadır. Bütün devlet makamları, bu hakkın engellemeden ve etkin şekilde kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu ilkeler, ilgili oldukları ölçüde, özel bireyler arasındaki ilişkilere de uygulanır. Anayasa’ya göre bu haklara getirilebilecek sınırlamalar, ya doğrudan doğruya Anayasa veya onun izin verdiği durumlarda kanunla konulabilir ve orantılık ilkesine uygun olmak zorundadır.

“(2) İnsanın temel ve vazgeçilmez haklarının Devletçe tanınması ve korunması, hürriyet ve adalet içinde sosyal ilerlemenin sağlanması amacını güder.

“(3) Hakların kötüye kullanılmasına izin verilemez.

“(4) Devlet, bütün vatandaşlardan sosyal ve milli dayanışma ödevini yerine getirmelerini talep etme hakkını haizdir.”

B. Uluslararası Belgeler

Azınlık haklarının korunmasıyla ilgili Yunanistan’ın taraf olduğu uluslararası belgeleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

a) Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı metinleri. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK), 15 Ocak 1973 tarihinde Helsinki’de çalışmalarına başladı. Konferans, 1 Ağustos 1975 tarihinde Helsinki Nihai Senedi’nin 33 Avrupa Devleti ile ABD ve Kanada tarafından devlet ve hükümet başkanları düzeyinde imzalanmasıyla sonuçlandı. Helsinki Nihai Senedi (Helsinki-1975), Paris Şartı (Paris-1990) ve Avrupa Güvenlik Şartı (İstanbul-1999), AGİT’in oluşturulup sürdürülmesini sağlayan temel belgeler, metinler niteliğini taşımaktadır.

b) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı Kararıyla kabul edilmiş imza, onay ve katılıma açılmış olan Sözleşmenin 49. maddesi uyarınca 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”.

c) 16 Aralık 1966 tarihli, 2200 A (XXI) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıyla kabul edilmiş, imza, onay ve katılıma açılmış ve 27. maddesi uyarınca, 3 Ocak 1976 tarihinden itibaren yürürlükteki “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”.

ç) 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıyla kabul edilmiş, imza, onay ve katılıma açılmıştır. 49. maddesi uyarınca 23 Mart 1976 tarihinden itibaren yürürlükteki “Kişisel/Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”.

d) 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 (XX) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararı uyarınca kabul edilerek imza ve onaya açılmış ve 19. maddesi gereği, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren “Her Türlü Irk Ayrımcılığını Ortadan Kaldıran Uluslararası Sözleşme”.

e) Avrupa Konseyi’ne üye Devletler tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da kabul edilmiş olan ve 59. maddesi uyarınca 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren bahse konu Sözleşmeyi yeniden düzenleyen 11 Numaralı Protokol, 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaya açılmış ve 4. maddesi uyarınca 1 Kasım 1998 tarihinde yeniden yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ya da daha doğru bir ifade ile “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi”.

f) 9 Aralık 1948 tarihinde Paris’te toplanan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 260 A (III) sayılı Kararıyla kabul edilip, imza, onay ve katılıma açılmış olan Sözleşmenin 13. maddesine uygun olarak 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan “Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”.

g) 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco’da imzalanan ve 110. maddesine uygun olarak 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan “Birleşmiş Milletler Şartı”.

ğ) Türkiye tarafından 23 Ağustos 1923’te, Yunanistan tarafından 25 Ağustos 1923’te, İtalya tarafından 12 Mart 1924’te, Japonya tarafından 15 Mayıs 1924’te imzalanmış ve İngiltere’nin ise antlaşmayı onaylaması 16 Temmuz 1924 tarihinde gerçekleşmiş bulunan ve bütün taraf devletlerin onayladıklarına dair belgeler resmi olarak Paris’e ilettikten sonra, 6 Ağustos 1924 tarihinde yürürlüğe giren 24 Temmuz 1923 tarihli “Lozan Barış Antlaşması”. Bahse konu bu Antlaşma, 24 Temmuz 1923 tarihinde

İsviçre'nin Lozan (Lausanne) şehrinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi temsilcileriyle, Birleşik Krallık, Fransa, İtalya, Japonya, Yunanistan, Romanya, Bulgaristan, Portekiz, Belçika, Sovyetler Birliği (SSCB) ve Yugoslavya temsilcileri tarafından, Lozan Üniversitesi salonunda imzalanmıştır. Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlık hakkında Lozan Barış Antlaşmasının 45. madde hükmü özel bir önem arz etmektedir.

h) 1920 Tarihli Yunanistan'daki Azınlıkların Korunmasına Dair Sevr Antlaşması.

j) 1913 Tarihli Atina Barış Antlaşması, Yunanistan'daki Müslüman Türklerin azınlık haklarıyla ilgilidir. 1913 Atina Antlaşması ile bu antlaşmaya bağlı 3 Numaralı Protokolle Yunanistan'daki Müslüman azınlık tüzel kişilik tanınmıştır.

k) 1881 Tarihli İstanbul Barış Antlaşması yine Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığın haklarını öngörmektedir.

1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 27. maddesi azınlık dilinin kullanılması hakkının engellenmemesini öngörmektedir⁶⁸. Buna benzer bir hüküm de Çocuk Hakları Uluslararası Sözleşmesinin 30. maddesinde mevcuttur. Diğer taraftan Avrupa Birliği üyesi Yunanistan, Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşmesi'ni henüz imzalamamış ve onaylamamıştır.

Sonuç itibarıyla yukarıda saydığımız 1881 İstanbul, 1913 Atina Barış Antlaşması, 1920 tarihli Yunanistan'daki Azınlıkların Korunmasına İlişkin Sevr Antlaşması ve 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasının 37-45. maddeleri özel olarak Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığının hukuki statüsünü belirlemektedir. 1920 tarihli Yunanistan'daki Azınlıkların Korunmasına İlişkin Sevr Antlaşması, 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Antlaşmanın 27. maddesinin 08.04.1994 tarihinde 23 Numaralı Genel Yorumu tarafından yorumlandığı biçimiyle (General Comment, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5), 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, 20.12.1993 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun

⁶⁸ Madde 27- "Azınlıkların korunması. Etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu bir Devlette, böyle bir azınlığa mensup bulunan kişiler grubun diğer üyeleri ile birlikte toplu olarak kendi kültürel haklarını kullanma kendi dinlerinin gereği ibadet etme ve uygulama veya kendi dillerini kullanma hakları engellenmez."

47/135 sayılı Kararıyla ilan edilen “Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıkların Korunmasına Dair Bildiri (A/RES/47/135, ki bu Bildirinin 4/1. maddesi aynen şöyledir: “1. Devletler gerektiği takdirde, azınlıklara mensup olan kişilerin bütün insan haklarını ve temel özgürlüklerini hiç bir ayrımcılığa maruz kalmadan tam ve etkili bir biçimde ve hukuk önünde tam bir eşitlik içinde kullanabilmelerini sağlayacak tedbirler alır.” Ayrıca Yunanistan’ın ülkesindeki azınlıklar bakımından 1950 tarihli Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 14. maddesi çerçevesinde yasaklanmış bulunan her türlü din, dil, ırk ayrımcılığına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle Yunanistan’ın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özellikle 14. madde hükmünü her ne sebeple olursa olsun ihlâl etmekten vazgeçmesi gerekmektedir. Buna ek olarak Yunanistan yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9., 10., 11., 13. maddelerini ülkesindeki azınlıklar bakımından ihlâl etmemelidir. Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 Numaralı Protokolünde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin hükmün yine Yunanistan’daki bütün azınlıklar bakımından uygulanması gerekmektedir.

IV. YUNANİSTAN’DA HUKUKİ EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Yunanistan Anayasasının 2. maddesinin 1. fıkrası, 7. maddesinin 2. fıkrası ve 106. maddesinin 2. fıkrası hükümlerince istisnasız her insanın değeri ve onuru korunmaktadır ve bunların ihlâl edilmesi cezalandırılır. Bireyin varlık değeri ister çoğunluğa isterse de azınlığa ait olsun insan kişiliğinin özünden kaynaklanmaktadır ve herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir⁶⁹.

Yunanistan Anayasasının 5. maddesinin 2. fıkrası ayrımcılık yasağı ile ilgilidir. Milliyet, ırk, renk, dil, din veya siyasal düşünceye dayalı ayrımcılık yapmama ilkesi Yunanistan’ın taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrası, bu konulardaki istisnalara sadece uluslararası hukukta öngörülen durumlarda izin verir. Bu hükümler, kimlik özellikleriyle ilgili olduğu için azınlıklar bakımından çok önemlidir⁷⁰.

⁶⁹ **Λαγτόγλου Π. Δ.:** Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τόμος Β΄ εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Ατina -Gümilcine 2001, s. 1135.

⁷⁰ **Λαγτόγλου,** s. 1046.

Yunanistan'da yasalar önünde herkes eşittir. Hukukun garanti edebileceği eşitlik, sadece hukuki eşitliktir. Buradaki eşitlik, hak ve yükümlülüklerin eşitliğidir. Yeteneklerinin ve başarılarının eşitliği değildir. Yunanistan Anayasasının 4/1. maddesine göre, “Yunanlılar, yasalar önünde eşittir.” Mahkeme kararları, çoğunlukla genel ve belirsiz çağrışımları ile yasal eşitlik ilkesine “genel çıkar”, “özel koşullar” bakımından istisnalar oluşturmaktadır⁷¹. Yunanlıların iddiasına göre, Batı Trakya'daki Müslüman azınlık büyük ölçüde hukuki eşitlikten ve pozitif ayrımcılıktan yararlanmaktadır. Örneğin; 2341 Sayılı ve 1995 (2341/1995) tarihli yasa hükümleri çerçevesinde Yunanistan Milli Eğitim ve Din İşleri Bakanlığının “Φ.152.11/β3/790/28.2.1996” sayı ve tarihli kararıyla Üniversite ve Yüksek Okullarda öğrenim görebilmeleri için kontenjandan yararlanmaktadırlar. Bu konuda 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasının 38/1., 39/2. ve 40. maddelerine bakılmalıdır. Ancak altı çizilmesi gereken önemli bir nokta 1996 yılından önce Avrupa Birliği üyesi Yunanistan'da, hiçbir Üniversitede Yunanistan uyruklu bir Müslüman Türk öğrenci bulunmamaktaydı. Dolayısıyla günümüzde öğretim üyesi, polis, savcı, yargıç, diplomat, üst düzey bir bürokrat, hatta memur dahi bulunmamaktadır.

V. YUNANİSTAN'DA VATANDAŞLIK VE KENDİ KENDİNİ TANIMLAMA HAKKI

Genel olarak vatandaşlık, bir devleti oluşturan milletin ya da halkının, bir bireyin devletle olan hukuki, siyasi bağıdır ya da kısaca kişinin hukuki statüsüdür. Bir kimse, vatandaşlığa bağlı olarak, “yerli”, “yabancı”, “vatan-sız”, “uyruksuz”, “çok-vatandaşlık”, “asıllı”, “soydaş”, “soydaş olmayan”, “azınlık” gibi terimlerle anılır. “Asıllılık”, “soydaş” ve “soydaş olmayan” terimleri Yunanistan tarafından hukuki birer kavram olarak hukuki düzenlemelerinde, mevzuatlarında yer almış, Yunan diasporasının lehine geliştirilmiş olan özel bir kategoridir.

1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin ve 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslar-

⁷¹ Bkz. Yunanistan Danıştay'ının 1980 tarihli ve 4290 sayılı Kararı (Απόφ. ΣτΕ 4290/1980 (ολομέλεια)).

arası Sözleşmesinin 1. maddeleri “Bütün halklar kendi kaderlerini tayin etme hakkına sahip”tir demektir. 1993 tarihli Viyana Bildirisinin 2. maddesi uyarınca da “Bütün halklar, self-determinasyon hakkına sahiptir.” AGİK kapsamında tanınan ırksal/etnik toplulukların bir hak olarak kendi kendini -kendi milli ya da dini kimliğini- tanımlama hakkı 29.06.1996 tarihli Kopenhag Toplantı Metninin 32. paragrafında da düzenlenmektedir. Gerçek şu ki, AGİT’in ya da başka bir ifade ile AGİK’in sadece ırksal/etnik azınlık topluluk üyeleri bakımından tanıdığı kendi kendini -milli ve/veya dini- kimliklerini tanımlama hakkı, bahse konu bütün grup için kendi milli kimliğini tanımlama anlamına geldiğinde sorunlar da yaratmaktadır. Bu bakımdan Yunanistan, kendi kendini tanımlama açısından Batı Trakya Müslüman azınlığı sorunu ile karşı karşıyadır ve bu konuda çok dikkatli bir tutum sergilemektedir. Yunanistan, Yunanlıların ifadesi ile sadece “Batı Trakya Müslümanlarının” kendi kendini tanımlama hakkını “bireysel bir hak” olarak sadece dini bakımdan kabul etmektedir. Grup ve kolektif bir hak gerçeğini engellemeye çalışmaktadır. Yunanistan Mahkemelerinin, kendi kendini tanımlama hakkı ile ilgili olarak doğrudan doğruya karar vermeleri istenmedi. Ancak bu konu ile ilgili olarak dolaylı da olsa verilmiş bazı mahkeme kararları mevcuttur.

Bir azınlığın varlığı -dini, ulusal, ırksal, dilsel, kültürel- ve bu kimliğini korumak bakımından kolektif hakların varlığı bir ön koşuldur⁷².

Azınlıklarla ilgili olarak hukuk bakımından bağlayıcı hükümler 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 27. maddesinde bulunmaktadır. Gruptaki kişilerin azınlık haklarını tanımaktadır ve “nerede (azınlık, azınlıklar) varsa” anlamına gelmektedir.

VI. YUNANİSTAN’DA AZINLIK HAKLARININ KORUNMASI

A. Özel ve Aile Hayatı İle İlgili Hakların Korunması

Yunanistan Devletinin, tüm vatandaşlarına ve bu nedenle azınlık üyelerine aşağıdaki hakları sağlama sorumluluğu bulunmaktadır:

⁷² Διακοφοτάκης, Ι. Γ.: Περὶ μειονοτήτων κατὰ το Διεθνὲς Δίκαιο, Σάκκουλας Αντ., Ατina-Gümülcine 2001, s. 51.

a) Uluslararası hukuk çerçevesinde öngörülen ölüm cezaları, istisnaları dışında (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi) vatandaşlarına ve azınlık mensuplarına hayatlarına tam ve eksiksiz bir koruma sağlamaktadır. Yunanistan Anayasasının 5/2. maddesi.

b) Fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü korumak, 10.12.1984 Tarihli İşkençeye Karşı Uluslararası Sözleşme ile Yunanistan Anayasasının 7/2. maddesi.

c) Kişisel özgürlüklerin korunması bakımından, köle ve kölelik kabul edilemez. Buna karşılık yasal şartlara uygun olarak, hapis cezasına izin verilebilir ve devletin ülkesine veya ülkenin bir kısmına giriş ve çıkışlar kısıtlanabilir.

ç) Özel hayatın ve aile hayatının, konut dokunulmazlığının ve haberleşmenin gizliliğinin korunması bakımından bu özgürlükler, Yunanistan Anayasasının 9, 9A ve 19. madde hükümleriyle korunmaktadır. Bu çerçevede Avrupa Birliği üyesi Yunanistan, vatandaşlarının kişisel verilerini korumak için bir komite oluşturmak zorundadır. Fakat zorunlu durumlarda yasa tarafından öngörülen sınırlamalar yapılabilir ve Yunanistan Anayasasının 48. maddesi uyarınca bahse konu özgürlükler askıya alınabilir.

B. Ekonomi İle İlgili Korumalar

Yunanistan'da mülkiyet hakkı, uluslararası hukuk bakımından -örneğin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1. Protokolü- ve Yunanistan Anayasasının 17., 18., 24., 78., 106., 117. maddeleri ile korunmaktadır. Mülkiyet hakkından kaynaklanan servet vergisi ve kamu yararı gereği mülkiyet hakkının sınırlandırılması sorunları ortaya çıkmaktadır. Mülkiyet meselesi Azınlıklar bakımından tartışmalıdır ve çok sorunlar yaşanmaktadır. Belirli koşulların ihlâl edilmesi durumunda taraflar arasında gerilimler, çatışmalar da yaşanmaktadır. Örneğin Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığın gayrimenkullerinin kamulaştırılması, özellikle 1980'li yıllarda İlhanlı/İnhanlı köyü olayları, Türklerin topraklarının Ortodoks Hıristiyanlara Yunan Devletince dağıtılması ("anadasmus") ve Yunanistan'daki Çamerya Arnavutlarının ya da Çam Arnavutlarının mülklerinin kamulaştırılması gibi olaylar yaşanmıştır ve benzer olaylar günümüzde de yaşanmaya devam etmektedir.

1923 tarihli Türk ve Rum Ahalinin Mübadelesine ilişkin Antlaşmanın 5⁷³. ve 16/2⁷⁴. maddeleri gereği mübadeleye tabi olmayan ve Yunanistan'da bırakılan Müslüman Türk azınlığın mülkiyet haklarının ihlâl edilmemesi gerekmektedir. Yunanistan Anayasasının 22. madde hükmü uyarınca Yunanistan'daki bütün vatandaşların çalışma hakları güvence altına alınmıştır. İşgücü piyasasından yabancılar dahi özel çalışma izni alarak çalışma hakkından yararlanabilirler. Bazı özel kanunların azınlıklar aleyhine muafiyetler tanınmasına rağmen kamu hizmetlerinde memur olarak sadece Yunanistan vatandaşı Ortodoks Hristiyan Yunanlılar istihdam edilmektedir. Diğer taraftan Yunanistan devletinin ülkesine Avrupa Birliğinden yani Avrupa Birliği üyesi bir devletten gelen ve "Topluluk Yabancıları" olarak ifade edilen kişiler, Yunanistan'da herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan, eşit değerde ve tüm işçilerin eşit işe, eşit ücret hakkına sahip olarak bir işte çalışma ve mesleklerini icra etme hakları bulunmaktadır. Kişilerin, Yunanistan'da zorla çalıştırılması yasaktır. Diğer taraftan kâğıt üzerindeki bu hakların, Yunanistan yönetimlerinin uygulamalarına bakıldığında ise yasa dışı mülteci işçilerin, hatta Yunanistan vatandaşı azınlık mensubu kişilerin dahi çalışma haklarının ihlâl edildiği görülecektir. Özellikle yasa dışı ve kaçak mültecilerin çalışma hakları, mevcut iş hukuku ile ilgili hükümlerin uygulanmaması nedeniyle, Yunanistan tarafından ihlâl edildiği gözlemlenmektedir.

Yunanistan Anayasasının 5/1. ve 106. maddesinde "ekonomik özgürlük" ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. Herkesin, yasalarca kısıtlanmadığı sürece devletin ekonomik ve siyasi yaşamına katılma hakkı mevcuttur. Özgür emek bir çalışma hakkı ve bir değer olarak, sendika kurma özgürlüğü

⁷³ Madde: 5. "İşbu Sözleşmenin 9 ncu ve 10 ncu Maddelerindeki çekinceler (ihtirazi kayıtlar) saklı kalmak üzere, işbu Sözleşme uyarınca yapılacak mübadele yüzünden, Türkiye'deki Rumların ya da Yunanistan'daki Müslümanların mülkiyet haklarına ve alacaklarına hiç bir zarar verilmeyecektir."

⁷⁴ Madde: 16/. "...2 nci Madde uyarınca mübadele dışı bırakılacak bölgelerde oturanların, bu bölgelerde kalmak ya da oralara yeniden dönmek haklarıyla, Türkiye ve Yunanistan'da özgürlüklerinden ve mülkiyet haklarından serbestçe yararlanmalarına hiç bir engel çıkartılmayacaktır. Bu hüküm, mübadele dışı bırakılacak söz konusu bölgelerde oturanların mallarını başkalarına geçirmelerine ve bu kimselerden Türkiye'yi ya da Yunanistan'ı kendi istekleriyle bırakıp gitmek isteyenlerin gidişine engel olma vesilesi olarak öne sürülmeyecektir."

ve sendikaya üye olma hakkı Yunanistan Anayasasının 23., 22/2., 12/4. ve 89/5. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan mülkiyet hakkının korunması, sözleşme özgürlüğünü, rekabet özgürlüğünü sağlamaktadır. Azınlık mensubu vatandaşlar bunun dışında değildir. Dolayısıyla bu haklardan azınlık mensubu vatandaşların da yararlanması gerekmektedir. Fakat sıkıntılar yaşanmaktadır.

C. Azınlıkların Kolektif ve Siyasi Haklarının Korunması

Yunanistan Anayasasının 11. maddesi uyarınca “Yunanlılar barışçıl ve silahsız toplantı yapma hakkına sahiptirler.” Toplanma özgürlüğü, kamuya ait kapalı yerlerde ya da açık alanlarda sadece Yunanlılara tanınan bir haktır. Polisler, yalnız açık hava toplantılarına katılabilirler. Toplantı, en nihayetinde bir gösteriye ve yürüyüşe de dönüşebilir.

Ayrıca, Yunanistan Anayasasının 12. maddesinde yine sadece Yunanlılardan söz edilmektedir: “Yunanlılar dernek kurma hakkına sahiptir.” Azınlık bireyleri de Yunanlılar gibi, toplanma ve dernek kurma haklarından Anayasa tarafından belirlenen kısıtlamalara uygun bir biçimde yararlanabilirler. Fakat uygulamada sıkıntılar yaşanmaktadır.

Sendika kurma özgürlüğü, bireysel bir hak (pozitif veya negatif), kolektif bir hak ve kurumsal bir güvence olarak Yunanistan Anayasasının 23., 22/2., 12/4 ve 89/5. maddelerinde güvence altına alınmıştır. Ancak, Yunan Anayasa hükümlerince öngörülen sınırlamalar ve anayasa çerçevesinde yasalardan kaynaklanan kısıtlamalar da mevcuttur.

Genel uygulama ve azınlıkların siyasi haklarına ilişkin bağlayıcı yasal hükümler, sadece şimdilik 1966 tarihli Medeni/Kişi ve Siyasi Haklara ilişkin Sözleşmesinin 27. maddesinde bulunmaktadır. 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasının 39/1. maddesine göre, “Yunanistan uyruklu Müslüman azınlıklara mensup kişiler, diğer Müslüman olmayan Yunan vatandaşları gibi aynı medeni haklara sahiptirler.” Bu hüküm, Batı Trakyalı Müslüman Türklerle Lozan Barış Antlaşmasının 45. madde hükmü ifadesiyle “Yunanistan'daki Müslüman azınlığa” eşit bir biçimde seçme ve seçilme, ayrıca tüm Yunan vatandaşlarına Yunanistan Anayasasının 29., 53/1., 55. maddeleri ile tanınan siyasi parti kurma haklarından yararlanma güvencesi sağlamaktadır.

Anayasa ile tanınan bu hak, yasa ile getirilen %3'lük seçim barajı ile ortadan kaldırılmıştır.

1927 yılından bu yana, Müslüman azınlık mensubu kişiler, Yunan siyasi partilerinde görev alarak, Müslüman Türkler tarafından seçilerek, Müslüman Türk azınlığını Yunan Parlamentosu'nda temsil etmektedir⁷⁵.

Yunanistan'daki Azınlıkların dini ve dilsel haklarının korunması kolektif ve siyasi özgürlükler kapsamındadır.

D. Azınlıkların Dini ve Dilsel Haklarının Korunması

Dini Özgürlüklerin, din, vicdan ve ibadet özgürlüklerinin korunması konusunda Yunanlıların iddiasına göre, Yunanistan Anayasasının 3. maddesi hâkim/egemen olmayan dinin korunmasına engel değildir. Yunanistan Anayasasının 13. maddesi bilinen her türlü dinin, din ve vicdan özgürlüğünü, dinsel etkinliklerini, ibadetlerini güvence altına almaktadır ve korumaktadır. Yunanistan Anayasasının 5. maddesi, dini ve diğer inanç ayrımı yapmadan Yunanistan devletinin ülkesinde bulunan bütün herkesin yaşam, onur ve özgürlüklerini korumaktadır. Diğer devletlerde olduğu gibi, Yunanistan'da da farklı dinlere ve mezheplere inanan insanlar mevcuttur. Yunanistan'daki mevcut dinlere örnek olarak Müslümanları, Hıristiyanları, Yehova şahitlerini ve Musevileri/Yahudileri gösterebiliriz. Yunanistan'daki Hıristiyan mezhepleri Ortodokslar, Katolikler, Protestanlar olarak sayılabilir. Bütün bunların hepsi kendi dini inançlarını ve dini vecibelerini, ibadetlerini bütün herkes için yasalarda öngörülen serbestiler ve kısıtlamalar çerçevesinde yaşama hakkına sahiptirler.

Yunanistan Anayasasının 59/2. maddesi ile kendi inançları doğrultusunda yemin etme konusunda düzenlemeler de öngörülmektedir. Yine Yunan Anayasasının 59/6. maddesi alternatif askerliği dışlamamaktadır.

⁷⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Sebahattin Abdurrahman**: "The Struggle for Effective Representation in the Greek Parliament: Friendship-Equality-Peace Party and the Western Thrace Turks (Yunan Parlamentosunda Etkin Temsil Etme Mücadelesi: Batı Trakya Türkleri ve Dostluk-Eşitlik-Barış Partisi)" *Journal of History Studies* JHS 15 History Studies Volume 6 Issue 2 February 2014, s. 1-14. Bkz. http://www.historystudies.net/Makaleler/209355508_1-Sebahattin%20Abdurrahman.pdf (03.04.2014).

Ateizm yasaklanmamaktadır. Buna karşılık din propagandası yapmak ve dini yaymaya çalışmak yasaklanmaktadır. Yunanistan'da din özgürlüğü genel olarak uluslararası hukuk tarafından da korunmaktadır. 1830 tarihli Protokol, 1881 İstanbul Antlaşması, 1913 Atina Barış Antlaşması, 1920 Yunanistan'daki Azınlıkların Korunmasına İlişkin Sevr Antlaşması ve 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasında Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığın hakları -Yunanistan'ın tezlerine ve ifadelerine göre "dini hakları"- ayrıntılı bir biçimde düzenlenmektedir.

Temmuz 1881 tarihli İstanbul Barış Sözleşmesinin 8. maddesinin 2. fıkrası gereği açıkça din özgürlüğü ve Müslümanların ibadet ve kendi dini, ruhani liderleri ile iletişim hakları tanınmıştır. Ayrıca kutsal yargıç, İslâm Mahkemesinin ve Müftülük Kurumunun devamına izin verilmiştir. 14.10.1913 tarihli Atina Barış Antlaşması ile Müftülük bölgesinin dini lideridir ve özel bir yargı organıdır. Ayrıca illerdeki Müftülük Kurumlarının üstünde görev ve yetkilere sahip olacak bir Başmüftülük Kurumunun ve Nüvvâp Okulunun⁷⁶ açılması antlaşmalarda öngörülmüştür. Yunanistan, antlaşmalara aykırı olarak bunların açılmasına izin vermezken, İstanbul'da Heybeliada özel, özerk yüksek okulun açılmasını ve İstanbul Başpiskoposluğuna "Ekümenik Patrik", uluslararası hukuk tüzel kişiliği statüsünün tanınmasını ısrarla talep etmektedir. 10.08.1920 tarihli Sevr Antlaşması ile diğer hususlar yanında Müftülerin Müslüman azınlık tarafından seçilmesi de ayrıca düzenlenmiştir. Bazı Yunanlıların ilginç bir iddiası da, "Kemalist Türkiye'nin Sevr Antlaşması'nı reddetmesi ile birlikte o dönemlerde Yunanistan'da yürürlükteki 2345/1920 sayılı ve tarihli kanunu yürürlükten kalktığı"dır. Diğer taraftan Yunanistan, ülkesindeki Müslüman Türkler bakımından antlaşmalarla yükümlülük altına girdiği hakları tanımazken, uygulamaz ve uygulamazken Türkiye'den, Türkiye'nin antlaşmalarla yükümlülük altına girmediği, var olmayan şeyleri "hakları"mış gibi tanınmasını talep etmektedir.

⁷⁶ Nüvvâp, Naip kelimesinden türetilmiştir. Naip, Müftü vekili veya İslâm hukukuna göre hüküm veren kadı demektir. Nüvvâp Okulu ise Müftü vekilleri, Naipiler yetiştiren yüksek okul anlamına gelmektedir. Nüvvâp Mektebi, hukukla ilgili bir terimdir ve eski eğitim sistemine göre "yüksek okul" karşılığı kullanılan bir kavramdır. Yunanistan'da, antlaşmalarda da öngörüldüğü üzere, günümüzde böyle bir okul açılmasına ihtiyaç vardır.

İslâmi takvime uygun bir biçimde Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığa resmi tatil ayrıcalıkları tanınmaktadır. Yunanlılar Ortodoks Hıristiyan dinine uygun bir biçimde yemin ederken, İslam dininin icaplarına uygun bir biçimde Müslüman Türklerin yemin etme hakkı, İslami dernek ve sendikalar kurma, bunları işletme hakları da mevcuttur. Nüvvâp Okulu yani özel, özerk azınlık yüksek okul, medrese, lise, ortaokul, ilkokul, anaokulu, kreş açma hakları bulunmaktadır. Yunanistan, Müslüman Türk azınlığın antlaşmalardan kaynaklanan, özel özerk azınlık yüksek okullarını açmalarını engellemek için Selanik Özel Pedagoji Akademisi içinde rahip sınıfına ait özel bir Müslüman bölümü açmaktadır. Yunanistan'da Arap alfabesiyle Kuran öğretimi, yargı yetkisine de sahip olarak dini lider yani Başmüftü ve Müftü olmak ve yargılama yetkisine sahip olma gibi azınlık hakları anlaşmalarla tanınmaktadır. Fakat Yunanistan bu mevcut haklardan Müslüman Türklerin yararlanmaları konusunda sık sık ihlâllerde ve engellemelerde bulunmaktadır.

İbadet Özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğüne bağlı olarak, ibadet özgürlüğü de Yunanistan'da korunmaktadır. 1881 İstanbul Antlaşması, 1913 Atina Barış Antlaşması, 1920 Yunanistan'daki Azınlıkların Korunmasına İlişkin Sevr Antlaşması, 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi, Yunanistan Anayasasının 13/2. maddesi anılan özgürlüğün tüm yönlerini kapsamaktadır ve korumaktadır. 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasının 43/1. maddesi hükmü gereği Batı Trakyalı Müslümanlar, dinlerinin geleneklerine aykırı eylemleri ve işlemleri kabul etmek, gerçekleştirmek zorunda değildirler.

1763 sayılı ve 1988 tarihli yasanın 6/1. maddesi gereği, Yunanistan'daki Müslüman din görevlileri zorunlu askerlikten muaf tutulmuşlardır ve ayrıca İslâmi kıyafetleriyle kamuya açık yerlerde de dolaşma haklarına sahiptirler.

Yunanistan'daki "Müslüman" azınlığın dini eğitim hakları korunmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi Yunanistan Anayasasının 13/2 (c). maddesi dini propagandayı yasaklamaktadır.

1369 sayılı ve 1938 tarihli yasanın 41/1. maddesi uyarınca illerde, her yetkili Ortodoks Hıristiyan Despotun/Metropolitin izni ve Milli Eğitim Bakanlığı'nın onayından sonra Müslümanların ibadetlerini yapabilecekleri

camii inşasına hakları vardır. Fakat 21. Yüzyılda demokrasinin ve insan haklarının beşığı olduğu iddia edilen Avrupa Birliği üyesi Yunanistan'da ve Yunanistan'ın başkenti Atina'da onca cemiden geride kalan iki caminin tamirine, hatta yeni cami inşaatına izin verilmemektedir. Oysa Yunanistan Devletinin mevcut camileri koruma yükümlülüğü vardır. Batı Trakya'da Osmanlı döneminden kalma 231 cami, 78 mescit, 12 tekke ve 340 civarında din görevlisi mevcuttur. 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasınının 42. maddesi gereği Yunan Hükümeti Müslüman mezarlıklarına her türlü koruma sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca söz konusu madde uyarınca Yunanistan'daki Başmüftü ve Müftülerin yargılama yetkileri mevcuttur. Yunanistan Anayasası hükümleri çerçevesinde getirilen kısıtlamalara uygun bir biçimde dini derneklerin kurulmasına da Yunanistan tarafından izin verilmelidir. Müslümanların bütün bu hakları, Yunanistan'ın yükümlülük altına girdiği antlaşmalardır. Müslümanların bu haklarını vermeyen, ihlâl eden Yunanistan'ın dini kurumları olduğunu iddia ettiği "İstanbul, Kudüs ve İskenderiye Patrikhaneleri"nin Müslüman Devletlerinde olduğu da ayrıca çok düşündürücüdür. Bu "Ortodoks Hıristiyan Yunan Patrikhanelerinin" bulunduğu Türkiye, Ürdün ve Mısır devletleri onca yıldır, Yunanistan'daki Müslüman Türklerin gasp edilen hakları ile Atina'da ve Yunanistan'ın diğer bölgelerinde ihtiyaç duyulan cami inşası ve akabinde de ibadete açılması konularında duyarsız kalmaktadırlar.

Azınlıkların dil haklarının korunması, Yunanistan Anayasasının 5/2. ve 14. maddesi Yunanistan vatandaşlarının kendi dillerinde basın, yayın (medya) yoluyla yazılı ve sözlü olarak ifade özgürlüğü haklarını, herkes bakımından geçerli olan kısıtlamalar çerçevesinde tam olarak korumaktadır. Anayasadaki bu haklar uluslararası belgelerde de hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Örneğin 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasınının 39., 40. ve 41. maddeleri, 20.12.1968 tarihli Türk-Yunan Protokolü hükümleri ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi uyarınca güvence altına alınmıştır.

Yunanistan'daki azınlıkların dil haklarını düzenleyen kanunlara örnek olarak, 2345/1920, 5117/1931, 1491/1984, 1920/1991, 2101/1992 yasalarını gösterebiliriz. Yunanistan vatandaşlarınca nesillerce kullanılan dilleri, Arnavutça, Ulahça, Romanca (Çingenece), Slavomakedoncası (Slavomakedonika), Türkçe, Ermenice, İbranice gibi sıralayabiliriz. Bunlara

mülteciler ile ekonomik nedenlerle Yunanistan'a yeni göç eden yabancıların dilleri de eklenebilir. Bu dillerin sözlü olarak kullanımına ek olarak, çok sayıda gazete ve derginin yayınlanmasına Yunanistan'da izin verilmektedir. Radyo ve televizyonlardan bu dillerde haber bültenleri yayınlanmaktadır. Yunanistan'da Ermenice, İbranice eğitim veren okullar ve sadece Batı Trakya bölgesinde Müslüman Türklere ilişkin Türk dilinde eğitim ve öğretim yapan azınlık özel ve özerk azınlık okulları bulunmaktadır⁷⁷.

Yunanistan Anayasasının 14/1. maddesine göre, dilin -azınlık dillerinin- kullanımı genellikle azınlıkların en temel haklarından biri olarak kabul edilmektedir (Bkz. 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasınının 39/4. maddesi ve 27. maddesi). Bu Antlaşma hükümleri ve Yunanistan Anayasasının 5/2. maddesi, Yunanistan'daki Müslüman Türklerin -Batı Trakya, Menteşe Adaları, Atina, Selânik, Tiva, Ptolemyda gibi kentlerdeki- kendi dillerinde tam bir ifade özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Fakat Yunanistan'da bu konularda da ihlaller yaşanmaktadır. Yunanistan'ın Batı Trakya bölgesinde -"Akın", "İleri", "Milliyet" "Trakya'nın Sesi", "Gerçek", "Yankı", "Rodop Rüzgârı" gibi- yedi adet gazete Türkçe olarak yayımlanmıştır ve bazıları da günümüzde de yayımlanmaya devam etmektedir. Günümüzde internet üzerinden de ulaşabilecek olan gazeteleri şöyle sıralayabiliriz: -"Gündem <http://www.gundemgazetesi.com/news/index.php>", Rodop Rüzgârı <http://www.burasibatitrakya.com/>", "Millet <http://www.milletgazetesi.gr/>", "Birlik Gazetesi <http://www.birlikgazetesi.info/>" gibi- dört adet gazete mevcuttur. Yunanistan'ın taraf olduğu antlaşmalar gereği Yunanistan'daki Mahkemelerde, Yunanistan uyruklu Müslüman Türklerin bir tercümandan yararlanma hakları da mevcuttur. Fakat Yunanistan, bunu uygulamamaktadır. Mahkemeler ve Kamu Kurumlarıyla iletişimde Yunanistan'ın resmi devlet dili olan Yunanca kullanılmaktadır (Bkz. 1920/4-2-1991 sayı ve tarihli yasa).

Yunanistan'da, Türk dilinde eğitim ve öğretim hakkı, 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması, 1968 tarihli Türk-Yunan Protokolü, Yunan Anayasasının bazı madde hükümleri (16. madde), devletlerarası karşılıklılık ilkesine tabi olarak Türk dilinde eğitim ve öğretim özgürlüğünü garanti eden çok sayıda mevzuat bulunmaktadır. Yunanistan'da 1952 ila 2000 yılları

⁷⁷ Ιωάννου,-Τσιτσελίκη, s. 35.

arasında tespit edebildiğimiz kadarıyla aşağı yukarı 66 civarında yasa, Kraliyet Kararnamesi, kanun hükmünde kararname ve diğer düzenlemeler yayımlanmıştır.

Yunanistan'da Müslüman Türk azınlık okullarında okutulan ve Türkiye'den gönderilen Türkçe ders kitapları, Yunan makamlarınca ciddi bir denetimden geçirildikten sonra karşılıklılık ilkesi çerçevesinde gecikmeli ve zamanında olmasa da Batı Trakya'daki Müslüman Türk Azınlık öğrencilerine verilmektedir. Yunan hükümetinin bu konudaki tutarsızlığı nedeniyle, Yunanistan'daki Müslüman Türklerin eğitim ve öğretiminin standardının düşmesine ve bozulmasına neden olduğu gözlemlenmektedir. Batı Trakya'da 1999-2000 yılı eğitim ve öğretim döneminde 235 azınlık okulu faaliyettedir. Bu okullarda 8.099 öğrenci eğitim görmekteydi. Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığın okullarında 389 Ortodoks Hıristiyan Yunanlı öğretmen ile 439 Müslüman Türk öğretmen ve Türkiye'den de Yunanistan'ın uyguladığı ciddi bir mütakabiliyet çerçevesinde Batı Trakya'daki azınlık okullarında görev yapan 16 Türk kontenjan öğretmeni mevcuttu. Batı Trakya'daki bu özel, özerk azınlık okullarının işletme maliyetleri Müslüman Türk azınlığın vakıflarının gelirlerinden, Müslüman Türk ailelerin ve Yunan Devletinin cüzi de olsa, zaman zaman yaptığı mali katkılarla karşılanmaktadır.

Diğer taraftan, Batı Trakya'da yayımlanan 29.05.2014 tarihli Azınlıkça Dergisinde, 2014-2015 eğitim ve öğretim döneminde Batı Trakya Müslüman Türk azınlığının Yunanistan makamlarınca kapatılacak olan 18 adet azınlık özel ve özerk okulun listesi Yunanistan Milli Eğitim bakanlığınca açıklandığı haberi yer almaktadır. 2011 yılında 14, 2013 yılında ise toplam 12 Batı Trakya Müslüman Türk azınlığının özel ve özerk azınlık ilkokulunun faaliyetine son verilmiştir.

E. Yunanistan'da Tek Tanınmış Azınlık Olan Batı Trakya “Müslüman” Azınlığının Korunması

30.01.1923 tarihli “Türk ve Rum Nüfus Mübadelesine Dair Sözleşme”, Yunanistan ile Türkiye hükümetlerince Lozan'da imzalandı. “Lozan Barış Antlaşması” ise 24.07.1923 tarihinde imzalandı. “Azınlıkların Korunması” başlığını taşıyan Lozan Barış Antlaşmasının İkinci Bölümünün, Üçüncü

Kesiminde mübadeleye tabi tutulmayan Türk ve Rum nüfusun her iki Devlet -Türkiye ile Yunanistan- bakımından yükümlülükleri düzenlenmiştir. Başta 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması olmak üzere çeşitli Antlaşmalar, Sözleşmeler ve özel kanunlarla Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığının hakları güvence altına alınıp, korunmuştur. Fakat bunların bazı hükümlerinin uygulanmamasından ya da doğru uygulanmamasından kaynaklanan Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığın sorunlar yaşadığı somut olarak gözlemlenmektedir. Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlık, Yunanistan devleti tarafından sadece "Batı Trakyalı Müslüman Azınlık" olarak resmen ve hukuken bir dini azınlık şeklinde tanınan tek azınlıktır. Yunanistan bu konudaki gerekçesini de 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması hükümlerine dayandırmaktadır. Ayrıca Yunanistan, bahse konu azınlığı "Milli/ulusal (national) azınlık" olarak kabul etmemektedir.

1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasının İkinci Bölümünün, Üçüncü Kesiminin "Azınlıkların Korunması" başlığı altında "Yunanistan'daki Müslüman azınlık" ile "İstanbul'daki Gayrimüslim azınlıklar" daha doğru bir ifade ile İstanbul Rum azınlığı için her iki Devletin yükümlülükleri tanımlanmıştır ve düzenlenmiştir. 1881 tarihli İstanbul ve 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasından itibaren ve buna bağlı olarak uygulanması için çıkarılan çeşitli özel kanunlar, Yunanistan tarafından uygulanmamıştır. Kâğıt üzerinde kalmıştır. Günümüzde de Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığın ve dolayısıyla Batı Trakya'daki Müslüman Türk azınlığın hakları maalesef Yunanistan'ın olumsuz uygulamaları nedeniyle korunamamaktadır. Yunanistan Devletinin yetkili organları tarafından tekrarlayalım ki sadece bu azınlık resmi olarak tanınmaktadır. Yunanistan, çoğu zaman taraf olduğu Antlaşmaların ve Sözleşmelerin hükümlerini, uluslararası hukuk, kendi Anayasasının ve yasalarının hükümlerini ihlâl etmektedir. Avrupa Birliği üyesi Yunanistan, sadece Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığın değil, Yunanistan'daki diğer azınlıkların da haklarını ihlâl etmektedir.

Yunanlıların iddiasına göre, "Yunanistan, nerede kendi lehine doğru olduğuna inanırsa, azınlık lehine pozitif ayrımcılık ilkesini uygulamaktadır. Batı Trakya Müslüman azınlığı ırk ve dil bakımından homojen değildir, heterojendir. Çingeneler, Pomaklar, Çerkezler ve Türkçe konuşan, Türk kökenli Müslümanlardan oluşmaktadır." Gerçekten de Batı Trakya Türkleri Pomak Türkleri, Çingene Türkleri ve Çıtak Türklerinden oluşmaktadır ve

bunların hepsi de kendilerini Batı Trakya Türkü ya da Batı Trakyalı Türk olarak tanımlamaktadırlar. Yunanistan'da bunların dışında da Türkler mevcuttur. Örneğin tekrarlayalım ki, Anadolu'dan nüfus mübadelesi ile Yunanistan'a giden ve ana dilleri Türkçe olan Ortodoks Hıristiyan Karaman Türkleri. Yunanlılar, bunları Türklüklerinden, Türk bilincinden uzaklaştırmak ve Türklükleri konusunda şüpheye düşürebilmek için "Karamanlides" ve konuştukları Türkçe dillerine de "Karamanlıca" anlamına gelen "Karamanlidika" demektedir. Yine aynı mantıkla Yunanlılar, Bafralı Ortodoks Türkleri (Bafralides) ve konuştukları Türkçeye "Bafralidika", Ortodoks Hıristiyan Gagavuz Türkleri için konuştukları Gagavuz Türkçesine de Yunanlılar "Gagavuzca" anlamına gelen "Gagavuzika" demektedir. Başka örnekleri de sayabiliriz. Bu saydıklarımızın hepsinin ana dilleri Türkçedir. Bunlardan bazıları sonradan, önemle altını çizelim ki 30 Ocak 1923 tarihinde Türk ve Rum Ahalinin Mübadelesine ilişkin Lozan Antlaşması uyarınca Yunanistan'a gittikten sonra Yunancayı Yunanistan'da öğrenmişlerdir. Hatta bunların kilisede ibadet dilleri bile Türkçeydi. İncilleri de Yunan harfleriyle, fakat Türk dilinde/lisanında yazılıdır. Zamanla Yunanistan'da Türkçe İncilleri müzeye kaldırıldı ve ibadet dilleri de artık Yunanca olmuştur. Dolayısıyla bu şekilde Yunanlılaşmışlardır, asimile olmuşlardır ve olmaktadır diyebiliriz.

Diğer taraftan, önemle ifade edilmeli ki, Yunanistan, 1950'li yılların başlarında bugün Yunanistan'da dayatılan "Müslüman azınlık" yerine, "Türk" azınlık kavramını resmen ve hukuken kabul etmiş ve tanımıştır.

F. Yunanistan'daki Azınlıkların İdari ve Yargısal Olarak Korunması

Yunanistan Anayasasının 10/1. madde hükmü uyarınca "herkes birlikte ve tek başına" bütün Yunanistan vatandaşları, yabancılar ve vatansızların (haymatlosların) yönetime erişim hakları, yönetime katılma hakları, siyasi hakları güvence altındadır.

Diğer taraftan Yunan Anayasasının 20/1. maddesi gereği, Yunanistan Devletinin egemenliğinin hüküm sürdüğü her yerde, herkesin, Yunanistan Mahkemelerinin yasal korumasından yararlanma hakları bulunmaktadır.

Yunanistanlı yazar *Dagtoğlu*'na göre bu hükümden çok sayıda Müslüman Türk azınlık ve diğer azınlık mensubu kişiler ve azınlık mensubu olmayan diğer kişiler de yararlanmaktadır⁷⁸. Fakat bu hakların Anayasada güvence altına alınmış olması demek, mahkemelerin olumlu kararlarını da garanti altına almak anlamına gelmemektedir. Ancak bu sadece mahkemelere “serbest erişim” ve “başvuru” hakkını tanımaktadır.

G. Yunanistan'daki Azınlıkların Siyasi Olarak Korunması

Yunanlıların iddiasına göre, Yunan Hükümeti ve mahkemeleri tarafından “bireysel hakların” korunması küçümsenmemelidir. Bu koruma, bürokratik idari ve yargı süreci dışında da aranan bir koruma olabilir. Milletvekillerinin soruları ile -bu da genellikle muhalefet milletvekillerinin sorularıyla olur- azınlıkların haklarının ihlallerine itiraz edilebilir ve böylece hükümet üzerinde parlamenter kontrol sağlanır.

Fikir özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğü, sendika özgürlüğü, siyaset özgürlüğü, dernek kurma ve üye olma özgürlüğü, radyo ve televizyon yayınları bakımından anayasal teminatlar mevcuttur. Bütün bunların hepsi koruyucu veya bütün haklarını, azınlıkların da haklarını korumaya yönelik temel araçlardır. Fakat Avrupa Birliği üyesi Yunanistan, bu özgürlüklerden özellikle azınlık mensubu fertlerin yararlanmasına pek imkân tanımamaktadır.

Ğ. Yunanistan'daki Azınlıkların Daha Fazla Haklar Talep Etmesi

Hemen hemen bütün azınlıkların ister az sayıda ya da çok sayıda olsun, marjinal olsun ya da marjinal olmasın, kabul edilmiş veya kabul edilmemiş olsun, kendi özel talepleri bulunmaktadır. Farklı devletlerden Yunanistan'a gelen ekonomik nedenli mülteciler yasallaştırılma ve daha iyi çalışma koşulları talebinde bulunmaktadırlar. Çingeneler, devletten daha iyi ve daha fazla bakım beklemektedirler. Katolikler, bütün kamu hizmetlerine daha uygun erişim istemektedir. Eşcinseller, aralarında yasal evlilik yapabilme talebinde bulunmaktadır. Yehova Şahitlerinin vicdani ret bakımından talepleri mevcuttur. Thesprotia'daki Çamlar yani Çam Arnavutları, atalarının

⁷⁸ *Δαγτόγλου*, s. 1172-1206.

topraklarına dönmek istemektedirler. Yunanlılarca “Batı Makedonya’da Slavca” konuşanlar olarak tanımlanan Makedonlar, Makedon milli kimliklerinin resmen ve hukuken Yunanistan tarafından tanınmasını talep etmektedirler.

Yunanistan’ın Batı Trakya bölgesindeki ve hatta Yunanistan’ın diğer bölgelerindeki dolayısıyla Menteşe Adalarındaki Müslüman Türk azınlığının ve azınlık temsilcilerinin taleplerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

1) Türk milli kimliklerinin resmen ve hukuken tanınmasını istemektedirler. Bunun da hiçbir durumda, “Yunan karşıtlığı” olarak algılanmaması ve yorumlanmaması gerekmektedir.

2) Türkiye ile Yunanistan arasında akdedilen antlaşmalar uyarınca Başmüftülük kurumlarının açılmasını, Başmüftünün ve illerdeki Müftülerin yine Türkiye ve Yunanistan’ın taraf olduğu antlaşma hükümlerinde öngörüldüğü şekilde Müslüman Türk ahali tarafından özgür iradeleriyle seçildikten sonra Ortodoks Hıristiyan Yunan makamlarınca atama işleminin gerçekleştirilmesini talep etmektedirler.

Diğer taraftan Yunanistan, antlaşma hükümleri çerçevesinde harekete geçip gereğini yapmıyorsa, Yunanistan’daki mevcut seçilmiş Müftüler harekete geçip, kendi aralarından Başmüftüyü seçip, Antlaşmalarda öngörülen teşkilatlanmalarını tamamlamaları gerekmektedir. Bu bakımdan Yunanistan’daki Türklerin bir ihmalinden de söz etmek mümkündür. Bu arada yetkisi olmadığı ve Lozan’da öngörülmediği halde Ekim 2014’te İstanbul Başpiskoposu Vartholomeos Edirne’ye bir Despot atamıştır. Vartholomeos, Lozan Barış Konferansında varılan mutabakat gereği yasaklanan idari ve siyasi yetkisini Edirne’ye Despot atayarak ihlâl etmektedir. İstanbul Başpiskoposu Vartholomeos, kendi tabiriyle “İstanbullu Vartholomeos” Amerika, Avustralya, Avrupa ve Kuzey Yunanistan’da Papaz atamalarında bulunarak, 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Konferansında varılan mutabakatı ihlâl etmektedir. Yani ortadan kaldırılan, yasaklanan idari ve siyasi yetkileri kullanmaktadır⁷⁹. 1923’ten önce Osmanlı devleti sınırları içindeki Ortodoks Hıristiyan Rum Milletinin, “milletbaşı” ve Patrik sıfatıyla

⁷⁹ Meray, S. L.: (Çeviren) Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, Takım: I, Cilt: I, Kitap: 1, YKY. Yayınları, İstanbul 2001, s. 332.

kullandığı idari ve siyasi yetkilerini, 1923 yılında kaldırılan idari ve siyasi yetkilerini İstanbul sınırlarını bırakın, Türkiye Cumhuriyetinin sınırlarını aşarak kullanmaktadır. Aslında bir uluslararası hukuk tüzel kişiliği talebi olan “Evrensel-Ekümenik- Patrik” olma yolundaki fiili (de facto) uygulamalardır bunlar. Eğer, Türk vatandaşları, Devlet denilen tüzel kişilik tarafından ve özellikle devlet adına eylem ve işlemlerde bulunma yetkisine sahip olan siyasi iktidar/hükümetçe bu fiili uygulamalara zamanında ve derhal itiraz edilmezse, susulursa “Patriklik” ve “Ekümenik Patriklik” statüsü zımni olarak kabul anlamına gelebilecektir. Daha sonra itiraz edilmesi bir anlam ifade etmeyebilecektir. Çünkü taraflarca itiraz edilmeden gerçekleştirilen bu fiili -idari ve siyasi⁸⁰ - uygulamalarla “uluslararası hukuk tüzel kişiliği” yani “Evrensel Patriklik” kazanılmış olacaktır ve buna dayanılarak bir devletlerarası teamül kuralının oluştuğu öne sürülebilecektir.

3) Yunanistan’daki Müslüman Türkler, Türkiye ve Yunanistan’ın taraf oldukları antlaşmalarda düzenlendiği şekliyle Vakıflarının yöneticilerini bizzat kendileri seçmek istemektedir ve Yunan Devletinin Müslüman Türklerin görüşünü almadan atadığı vakıf yöneticilerini tanımamaktadır. Bu bağlamda Yunanistan’daki Müslüman Türkler, Menteşe Adalarındaki (sadece Rodos, İstanköy değil, bütün Menteşe adalarındaki) vakıflar da dâhil olmak üzere Yunanistan’daki bütün vakıflarının yönetimine, işleyişine ve denetimine bizzat kendileri sahip olmak istemektedir.

Vakıflar, Yunanistan’daki Müslüman Türk Azınlığı, diğer antlaşmaların yanında 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasınının 40. madde hükmü uyarınca masraflarını kendileri karşılamak koşuluyla her türlü “hayırsever ve hayır kurumlarını” kurma, yönetme, denetleme ve devamlılığını sağlamak bakımından koruma hakkına sahiptir. Buna göre Yunan hükümetleri, 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması hükümleri gereği dini kurumlara her türlü koruma sağlamayı üstlenmiş bulunmaktadır. Burada değinilmesi gereken önemli bir nokta, İslâm hukuku bakımından “vakıf”, mülkiyeti Tanrı’ya adanmış olan bir “hayır” ya da “sosyal amaca hizmet eden” ekonomik potansiyeli olan mal varlıklarıdır. İslâm hukukundaki gibi, Hıristiyan Kilise hukukunda “vakıf müessesesi” bulunmamaktadır. Hıristiyanlıkta “hayırsever ve

⁸⁰ Zira Lozan Konferansında varılan mutabakat gereği o dönemin “Patriğin siyasi ve idari yetkileri kaldırılmıştır”.

hayır kurumları” bulunmaktadır. Bu nedenle 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşmasının İkinci Bölümünün Üçüncü Kesimi Türkiye’deki “Gayrimüslim azınlıklar”la ilgili hükümlerde “vakıf” kavramına yer verilmiş, “hayırsever ve hayır kurumları” kavramı tercih edilmiştir. Çünkü “vakıf müessesesi” İslâm’la ilgilidir, İslâm’a aittir. Kuruluş amacı, kuruluş şartları ve hukuki nitelikleri “hayırsever ve hayır kurumları”ndan farklıdır. Bu nedenle ve belki daha başka nedenlerle olacak ki, Yunanistan’daki Ortodoks Hıristiyan “hayırsever ve hayır kurumları” ile Müslüman Türk azınlığa ait “vakıflar”la ilgili iki farklı yasal düzenleme mevcuttur.

Osmanlı Devleti döneminde İslâm hukukundaki koşullara uygun bir biçimde kurulan Yunanistan’daki Müslüman Türklere ait vakıfların yöneticilerinin Müslüman Türk cemaati tarafından seçilmesi gerekirken, bugün yürürlükteki yasa ve yukarıda saydığımız antlaşmalar ihlal edilerek vakıf yöneticileri Ortodoks Hıristiyan Yunan makamlarınca seçilip, atanmaktadır.

4) Yunanistan’daki Müslüman Türkler, yürürlükteki ve Yunanistan’ın taraf olduğu antlaşmalar uyarınca, demokrasinin ve insan haklarının beşiği olduğu iddia edilen Avrupa Birliği üyesi Yunanistan’daki Müslüman Türklere ait özel, özerk azınlık okullarının ve öğretmen yetiştirme sisteminde çağa uygun modern iyileştirmeler, reformlar yapılmasını talep etmektedirler. Yunanistan tarafından 1972 yılından itibaren kapatılmış bulunan Menteşe adalarındaki Müslüman Türklere ait özel, özerk azınlık okullarının yeniden açılması ve ayrıca yoğun bir biçimde Müslüman Türklerin yaşadığı Atina, Selanik, Tiva, Ptolemyda gibi, Yunanistan’ın diğer bölgelerinde de azınlık okullarının Türkiye ile Yunanistan arasında akdedilen antlaşmalar çerçevesinde faaliyete geçirilmesi gerekmektedir.

5) 1988 yılına kadar yürürlükte kalarak, uygulanan 1955 tarihli Yunanistan vatandaşlık yasasının ırkçı 19. madde hükmü uyarınca Yunanistan vatandaşlığından çıkarılan Müslüman Türklerin vatandaşlıklarının iade edilerek mağduriyetlerinin giderilmesi talep edilmektedir.

H. Yunanistan Mahkemelerine Başvurular ve Bu Konudaki Bazı Örnekler

Azınlıkların anayasal koruması, anayasa, yasalar ve uluslararası hukuk kurallarının uygulanması ile ancak mümkün olmaktadır.

Yunan Devleti, ya refah devletinin, ya hukuk devletinin zayıflığından ya da azınlık gruplarının olası ayrılıkçı eğilimleri hakkında duyduğu ya da hissettiği güvensizlik nedeniyle azınlıkların haklarını ihlâl ettiği gerekçesine sığınmaktadır. Bu bağlamda yine azınlık mensubu kişilerin, anayasa hukuku ve uluslararası hukuka aykırı olarak haklarını kötüye kullanmaları durumunda ise, Devletin mevzuatının ihlali söz konusu olmaktadır.

Yunanistan'ın iddialarına göre, Yunanistan Mahkeme kararlarında/içtihatlarında bu iki durum da gözlenmektedir.

Yunan Ceza Kanununun 191. ve 192. maddeleri, ulusal ve azınlık meselelerine müdahalede yargı tarafından kullanılan ceza cephaneliğinin esasını oluşturmaktadır⁸¹.

Aşağıda bazı dernekler, partiler, Müftüler, bazı azınlık mensubu kişilerin ve azınlıkların bazı organizasyonları hakkındaki dava örneklerine kısaca değinilecektir.

1) Florina Asliye Hukuk Mahkemesi, Kuzey Yunanistan'dan 40 kişinin "Makedon Kültür Evi" derneğinin kurulması talebini reddetti (Bkz. Πολ. Πρωτ. Φλώρινας 73/296/26/1990). Çünkü "Derneğin amacı, Yunanistan'daki Makedon azınlığın varlığı fikrini kabul ettirmektir." Selanik İstinaf Mahkemesi, "Makedon Kültür Evi" üyelerinin itirazını reddetti (Bkz. Εφετείο Θεσ/νίκης υπ' αριθμ. 1558/1990). Çünkü "Bu çabaya düşmelerinin nedeni, yurtdışında bulunan Slav örgütlerinin 'direktiflerini' uygulamaktır. 'Makedon Kültür Evi' adıyla dernek kurulması Yunanistan bakımından ciddi bir risk oluşturmaktadır..." Yunanistan Yargıtay'ı (Bkz. Αρειος Πάγος Απόφ. Α.Π. 795/1994) itirazı reddetmiştir. Yunan Yargıtay'ının verdiği bu karardan sonra, Yunanistan'da iç hukuk yolları tüketilmiş olduğundan Makedon Kültür Evi derneğinden 7 üye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 1994 yılında (26695/1994) başvurmuşlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yunanistan'ı mahkûm etmiştir.

2) 1983 yılında Yunanistan devletinin atadığı Gümülcine Valisi, Batı Trakya'da "kulüp" olarak anılan 1936 yılında kurulan "Batı Trakya Türk Öğretmenler Birliği", 1928 yılında kurulup faaliyete başlayan "Gümülcine

⁸¹ **Τσιτσελίκης, Κ. - Χριστόπουλος, Α.:** (επιμ.) Το μειονοτικό φαινόμενο στην Ελλάδα - Μία συμβολή των κοινωνικών επιστημών, Κριτική, Αθήνα 1997, s. 250.

Türk Gençler Birliği” derneklerinin kapatılması için Gümülcine Bidayet Mahkemesine başvurdu. Gümülcine Bidayet Mahkemesinin bahse konu derneklerin kapatılmasına ilişkin kararlarına karşı, bu İki dernek Trakya İstinaf Mahkemesine itirazda bulundular. Trakya İstinaf Mahkemesi, bu iki derneğin itirazlarını da reddetti (Bkz. Απ. Εφ.Θρ. 159/1986 και 160/1986). İki Türk Derneği bunun üzerine Yunanistan Yargıtay’ına itirazda bulundular. Yunan Yargıtay’ı temyizi reddetti (Bkz. Αποφ. Α.Π. 1729/1987 ve 1730/1987). Yunan Yargıtay’ı, “Türk”, “Türklük”, vb, terimlerin tüzükte kullanılması nedeniyle ve tüzük içeriği ve amacı birlikte değerlendirildiğinde bunların yani tüzüğün amacının Yunan kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetti ve derneklerin kapatılmasını yerinde buldu. Bu iki dernek iç hukuk yollarını tükettikleri halde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmadılar.

3) Yunanistan Kilise Mahkeme Meclisi (Συνοδικό Δικαστήριο), Yunanlıların deyimi ile “Slav Makedonları” daha doğru bir ifade ile Yunanistan’daki Yunanistan uyruklu Makedonların yaşadıkları sorunları gündeme getiren Moglena Dergisi yayıncısı Başrahip Nikodimos (Nicholas) Çarknias (Tsarknias)’ı şüpheli özel hayatı ve Yunan karşıtı faaliyetleri nedeniyle suçlayarak kilisedeki görevlerine son verdi. Çarknias hakkında toplam 16 suçtan kovuşturma başlatıldı ve bir sürü cezaya mahkûm edildi. Yunanistan’daki bu durum uluslararası toplumun dikkatini çekti. Sonunda bir sürü soruşturma ve yargılamadan sonra Edessa Ceza Mahkemesi, Çarknias’ın kendisini tanımladığı ve talep ettiği gibi yabancı -Makedonya’daki- bir kilisesinin rahibi ya da keşişi olduğu durumunu kabul ederek Çarknias’ı beraat ettirdi.

4) 1978 yılında Gümülcine’de yayımlanan İleri Gazetesinin sahibi, müdürü ve aynı zamanda yayımcısı da olan, Batı Trakya’da Halil Hâki olarak da bilinen Halil Salih, Gümülcine’deki ilk derece Üç Hâkimli Mahkemede, gazetesindeki bir makalesinde, “Trakya’da Müslümanlara karşı adaletsizlik belirten olayları” yayımladığı için yalan haber yaymak suçundan yargılandıktan sonra yedi ay hapis cezasına mahkûm edildi (Bkz. υπ’ αριθμ. 196/23.2.78 απόφαση Τριμ. Πλημ. Ροδόπης). Trakya İstinaf Mahkemesi Halil Salih’in mahkûmiyet kararını onayladı (Bkz. Εφετείο Θράκης υπ’ αριθμ. 276/1978). Yunan Yargıtay’ı, Salih Halil’in (Hâki’nin) yaptığı itirazı reddetti (Bkz. Άρειος Πάγος υπ’ αριθμ. 1177/1978). 72 gün boyunca Salih

Halil cezaevinde yattığı ve cezanın geri kalanı para cezasına çevrildi ve cezaevinden tahliye edildi.

5) Yargılandıkları Yunan Mahkemelerince Gündem gazetesi yüz elli bin (150.000), Millet gazetesi ise yüz yirmi bin (120.000) Avro para cezasına çarptırıldılar. Trakya İstinaf Mahkemesi, 22 Mart 2013 tarihinde görülmüş davayla ilgili 215/2013 sayılı gerekçeli kararında, ilk derece mahkemesinin kararını bozarak, davalı gazetelerin yayınladıkları haberlerin yalan haber unsurları içermekle birlikte kısmen gerçek olduğuna karar verdi. İstinaf Mahkemesinin öngördüğü otuz bin (30.00) Avroluk tazminat cezasının Gündem gibi yerel ölçekli bir gazetenin ekonomik boyutunu hayli aşan büyük bir rakam olduğunun altının çizilmesi gerekmektedir. İlgili Gazeteler Yunanistan Yargıtay'ına başvurular. Yunanlı Öğretmen tarafından Gündem gazetesi aleyhine açılan tazminat davasında İstinaf Mahkemesi'nin verdiği karar, Yunan Yargıtay'ı (Arios Pagos) tarafından onandı. Yunan Mahkemesi, masrafları ve faiz miktarını da toplam cezaya eklemektedir. Böylece Trakya İstinaf Mahkemesinin kararındaki toplam ceza miktarı yaklaşık kırk üç bin (43.000) Avroyu bulmaktadır. Bugüne kadar geçen zaman içindeki faizlerle birlikte bu miktarın kırk beş bin (45.000) Avro civarına ulaştığı düşünülmektedir⁸². Cezayı Yargıtay'ın da onamasıyla, tazminat davasında iç hukuk yolları tüketilmiş oldu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yolu açıldı⁸³.

6) 10.01.1992 tarihinde “Şovenizme hayır. Makedonya tanınsın” başlıklı posterleri duvara yapıştıran beş kişi yakalandı. Otoriteye karşı sözlü hakaret, Yunan Devletinin uluslararası ilişkilerini tehlikeye düşürmek, yalan haber ve vatandaşlar arasında nifaka teşebbüs etmek iddiasıyla suçlandılar.

⁸² http://www.gundemgazetesi.com/news/detay_manset.php?id=4478 (19.11.2014).

⁸³ Batı Trakya'da Dedeoğlu'na bağlı Büyük Derbent Türk ilkokulunda görev yapan ve köydeki okul dışı faaliyetleri nedeniyle internet sitelerinde ve azınlık basınında sıkça gündeme gelen Harikliya Nikopulu isimli Yunanlı öğretmen, azınlık gazetelerinde çıkan, öğrencilerden “Allah'ın resmini çizmelerini” istediği yönündeki haberlerin asılsız olduğunu iddia ederek, “Gündem”, “Millet” ve “Birlik” gazetelerini her birinden birer milyon Avro tazminat talebiyle mahkemeye başvurmuş. Aleyhine dava açılan üç azınlık gazetesinden biri olan “Birlik” gazetesinin sahibi İlhan Tahsin, gazetesinde yer alan haberi daha sonra yalanlamış ve Yunan öğretmen Nikopulu'dan özür dilemiştir.

Yargılama sonunda her biri altışar buçuk ay hapis cezasına mahkûm oldular (Bkz. Υπ' αριθμ. 7731α/1992 Τρ. Πλημ. Αθηνών).

7) “Meriç (Evros) Azınlık Gençliği Derneği” isimli dernek -Dede-ağaç'taki Yunanistan uyruklu Müslüman Türkler tarafından- kurulmak istendi. Mahkeme, derneğin ismindeki “Azınlık Gençliği” kavramındaki sözde “belirsizlikler nedenlerini” öne sürerek, çünkü bu anılan derneğin belli bir ulusal azınlığın, Türk olduğu izlemine vermekte ve anlamında olduğu, ancak bu sonuç da açık ve eksiksiz, net bir şekilde ortaya konulmadığı gerekçesiyle Trakya İstinaf Mahkemesi anılan derneğin kurulma talebini reddetti. (Bkz. 423/1999 Εφετείο Θράκης ve 1241/2002 ΑΠ [316976] Α' Δημοσίευση Νόμος, NOB 2003/1018).

8) 1927 yılında İskeçe'de kurulan İskeçe Türk Birliğinin Yunanistan Mahkemeleri tarafından kapatılmasına karar verildi⁸⁴. İskeçe Türk Birliği Derneği yöneticileri ve üyeleri bu duruma Yunan Mahkemelerinde itiraz etiler (Bkz. 117/1999 Εφετ. Θράκης [298759] Δ/ΝΗ/2001 [236], 3600/1995 ΣΤΕ [120188], 3598/95 ΣΤΕ [146010], 3597/95 ΣΤΕ [127839]) ve Yunanistan'da iç hukuk yolları tüketildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurdular. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yunanistan'ı 2008 yılında mahkûm etti. Fakat Yunanistan hükmedilen tazminatı ödemedi ve derneğin eskiden olduğu gibi resmen ve hukuken faaliyetine izin günümüzde de henüz (2015) verilmemiştir. 2008 yılından itibaren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararı yerine getirilmediği için, yeniden Yunanistan'daki iç hukuk yolları tüketilerek, Avrupa İnsan Hakları mahkemesine gidildi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden bu konuda yeni bir karar beklenmektedir.

VII. AVRUPA TEMEL HAKLAR ŞARTI

Azınlıkları koruma prensibinin içeriğinin belirlenmesinde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı önemli bir yorum aracı oluşturmaktadır. Avrupa

⁸⁴ 1927 yılında kurulan İskeçe Türk Birliği Derneğinin kapatılmasının hukuki süreci hakkında geniş bilgi için bkz. **Cin, T.:** “Avrupa Birliği Üyesi Yunanistan'da 1983'ten Beri Devam Ede Gelen İskeçe Türk Birliği Derneğinin Kapatılmasının Hukuki Süreci” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:1, 2010, İzmir 2011, s. 137-182.

Konseyi'nin, Komisyonun ve Parlamentonun ortak açıklaması olarak Temel Haklar Şartı bağlayıcı olmayan "soft law" hiyerarşisine sahip bir metin olarak ilan edilmiştir. Temel Haklar Şartı'na birincil hukuk hiyerarşisi verilen (İngiltere hariç olmak üzere) Reform Sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar Temel Haklar Şartı Topluluk hukukunda yorum aracı rolü oynamaktadır⁸⁵.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 21. maddesi bir ulusal azınlığa mensup olma nedeniyle ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu hüküm Avrupa Birliği hukukunda azınlık korumasının bireysel hak niteliğini teyit etmektedir. Temel Haklar Şartı'nda azınlık haklarına kolektif boyut verilmesi talebi reddedilmektedir⁸⁶. Temel Haklar Şartı'nın 22. maddesinde din, dil, kültür çeşitliliği kabul edilmekle beraber meşru amaçlarla kimi temel hakların sınırlanması söz konusu olabilecektir⁸⁷.

Azınlıkların korunması Avrupa Birliğinin birincil hukuku, özellikle Lizbon Sözleşmesi ışığında yazılı bir anayasa prensibi olarak kabul edilmektedir. Azınlıkların korunması bu özelliği ile Avrupa Birliği müktesebatının bir parçasıdır. Azınlıkların korunmasının kapsamı, anlamı Avrupa İnsan Hakları Konseyi, Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıklar Çerçeve Sözleşmesi, üye devletlerin ortak anayasa gelenekleri ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ışığında tespit edilecektir. Azınlık hakları korumasında grup hakları değil, azınlıklara mensup birey hakları korunmaktadır. Yani bireysel haklar korunmaktadır. Azınlıkların korunması Birlik temel hak korumasının bir parçasıdır⁸⁸.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesinin 1. fıkrası üye devletlerin homojen özellikler taşıması gerektiğine işaret etmektedir. Yunanistan'da, ırksal azınlıklara temkinli bir yaklaşım ortaya konulurken, "dini azınlıkların

⁸⁵ EuGH, Rs. C-540/03, Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union, Urteil, 27.6.2006, s.38; **Arsava, F. A.**: "Avrupa Birliği Birincil Hukukunda Azınlıkların Korunmasının Hukuki Dayanağı" Uluslararası Hukuk ve Politika" Cilt 6, Sayı: 23, 2010, s. 9.

⁸⁶ **Hilpold, P.**: "Minderheiten im Unionsrecht", Archiv des Völkerrechts, 2001, s. 470; **Arsava, s. 9.**

⁸⁷ **Arsava, s. 9.**

⁸⁸ **Arsava, s. 13.**

hakları 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması'nda düzenlenmektedir" görüşü egemendir.

VIII. YUNANİSTAN'DA IRKÇI ŞİDDET OLAYLARINA İLİŞKİN BAZI ÖRNEKLER

Yunanistan vatandaşın avukatı (kamu denetçisi, ombudsman) raporuna göre, 1 Ocak 2012 tarihinden 30 Nisan 2013 tarihine kadar 16 aylık bir zaman zarfında basında yer alan, Sivil Toplum Kuruluşları tarafından ulaştırılan veya bizzat kendilerine şikâyet edilen 281 vakayı incelemeye almıştır. Vuku bulan 281 olaydan 253'ü 2012 yılında meydana gelirken, en azından 400 kişinin yaralandığı vakaların sayısı 135'i buldu ve bu olaylarda 4 kişi hayatını kaybetmiştir. Olayların dörtte üçü başkent Atina'nın bulunduğu Attiki havzasında meydana gelirken, adalarda ise 30'un üzerinde saldırı kaydedilmiş ve en çok olayın yaşandığı ada olarak ise 23 vakayla Girit kayıtlara geçmiştir. Attiki yani Atina dışında ise Yunanistan'ın Patra, Selanik ve Etoloakarnania bölgeleri, en çok olay yaşanan bölgeler arasında yer almıştır. Faillerin genellikle Yunan vatandaşı ve 40 yaşın altında oldukları gözlemlenmektedir. Mağdurların genellikle Asya'dan Pakistanlı, Bangladeşli ve Afganlıların olduğu, Afrika'dan ise Mısırlı, Faslı ve Cezayirli olanları olduğu belirlenmiştir. Irkçı saldırıları düzenleyenlerin eylem türü ise genellikle bayıltana kadar cop, sopa ve muştalarla dövme ve yüz ile vücuda bıçakla saldırmak olmaktadır.

Kamuoyuyla paylaşılan Yunanistan vatandaşının avukatının raporuna göre, İskeçe'de üç ırkçı şiddet vakasına değinilmektedir ve ırkçı Altın Şafak Partisi'nin parlamentoya girişiyle birlikte Yunanistan genelinde şiddet vakalarında büyük bir artış yaşandığı kaydedilmektedir. Burada Yunanistan vatandaşın avukatı raporundan kamuoyuyla paylaşılan ve İskeçe'de yaşanan üç ırkçı vakayı örnek olarak ele alalım:

1) İskeçeli, 30 yaşındaki Yunanistan vatandaşı azınlık mensubu Müslüman Türk, kendi anlattıkları doğrultusunda, 8 kişilik Altın Şafak üyesi bir grup tarafından İskeçe şehir meydanında saldırıya uğramıştır. Mağdurun ifadesine göre, şehir meydanından geçtiği sırada Altın Şafakçılar ile İskeçe Özel Lokali üyeleri arasında tartışma yaşanmaktadır. Telefonda kendi dilinde Türkçe konuşan 30 yaşındaki mağdur, Altın Şafak üyeleri tarafından

fark edilince, kendisine karşı kasklı ve sopalı saldırıya maruz kalır. 28.03.2013 tarihinde aldığı bu darbelerden başı ve vücudunda birden fazla yara oluşan mağdur İskeçe Devlet Hastanesi'ne kaldırılmıştır⁸⁹.

2) Engatia Otobanı'nın İskeçe bölümünde Iraklı bir mülteci 12.08.2012 tarihinde yoldan geçen şoförler tarafından kanlar içinde bulunmuş ve hastaneye kaldırılmıştır. Göçmenin bütün vücudu morluklar içindeyken, bir ayağında da kırık tespit edilir. Mağdur, "Ksenios Zeus" operasyonu çerçevesinde Atina'da gözaltına alınmış ve sınır dışı edilmek üzere Gümülcine'deki Polis Okulu'na getirilmiş, evraklarında yapılan incele sonrası ilgili şahsın yasal ikamet ve çalışma izni olduğu anlaşılmış ve serbest bırakılmıştır. Parası olmayan yasa dışı olmayan bu mülteci, Atina'ya dönmek için otostop yaparken, İskeçe'ye kadar ulaşmıştır. İskeçe'de sopalı ve motosikletli gruplar tarafından fark edilince ağır bir biçimde darp edilmiştir⁹⁰.

3) Yine İskeçe'de, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı karşıtı afiş asan azınlık mensubu bir Müslüman Türk öğretmen, 18.09.2012 tarihinde Altın Şafak amblemlerinin yer aldığı siyah bluzlu, motosikletli ve demir sopalı 8 kişiden oluşan bir grubun saldırısına uğramıştır. Yüzüne, kafasına ve omzuna tekme ve yumruk darbeleri alan öğretmen, faillerden bazılarını tanımayı başarmıştır. Sonunda 30 yaşında güvenlik (security) şirketi çalışanı bir kişi saldırıdan dolayı 3 yıllığına tehir edilmiş 8 aylık hapis cezasına çarptırılmıştır. Saldırgan Altın Şafak üyesi olmadığını savunurken, şans eseri olay mahallinde bulunduğunu, elindeki demir çubuğu yerde bulduğunu ifade etmiş, fakat daha öncesinde Altın Şafak üyeleriyle birlikte olduğunu da kabul etmiştir⁹¹.

⁸⁹ <http://www.trakyadan.com/index.php/yunanistan-bati-trakya-haber/item/324-iskece-de-uc-rkci-siddet-vakasi.html> (01.10.2013).

⁹⁰ <http://www.trakyadan.com/index.php/yunanistan-bati-trakya-haber/item/324-iskece-de-uc-rkci-siddet-vakasi.html> (01.10.2013).

⁹¹ <http://www.trakyadan.com/index.php/yunanistan-bati-trakya-haber/item/324-iskece-de-uc-rkci-siddet-vakasi.html> (01.10.2013).

SONUÇ

“Azınlık” teriminin bütün devletler bakımından genel kabul edilebilir nitelikte bir tanımının yapılmasındaki başarısızlık, daha çok özel; “ırksal (racial)”, “etnik (ethnic)”, “ulusal (national)” gibi terimlerin sık sık kullanımını önleyememiştir. Bir görüşe göre; “Etnik azınlık” kavramı, belli bir devlette yaşayan ve başka bir millet/ulus ve devlet ile ortak bağları ve hiçbir nihai hedefi bulunmayan azınlık grubu anlamına gelmektedir. Buna örnek olarak Romanları (Çingeneleri) gösterebiliriz. “Ulusal azınlık” terimi, bir devlette yaşayan ancak, kültürel, dilsel, dinsel olarak başka bir ulus devlet ile ortak bağları ve bazı nihai hedefleri olan bir insan topluluğudur. Örnek olarak Balkanlardaki Türk kökenlileri gösterebiliriz. Balkanlardaki Türk kökenliler dediğimizde de Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlık, Bulgaristan'daki, Makedonya'daki ve Kosova'daki Müslüman Türk azınlıklar anlaşılır.

Milli Devletlerin kurulmasıyla birlikte, devletlerarasında yeni sınırların belirlenmesiyle, azınlık (dinsel, ırksal, dilsel azınlık) sorunları, azınlıkların haklarını korumak için genel olarak, uluslararası hukukça kabul gören ve ilgili devletlerin ulusal hukuku tarafından uygulanabilir nitelikteki hukuk kuralları, standartları ve düzenlemeleri de gündeme gelmeye başlamıştır.

Avrupa Birliği üyesi Yunanistan'daki azınlıkların -Arnavut, Makedon, Slav, Ulah, Müslüman Türkler, Ortodoks Hıristiyan Türkler (örneğin Gagavuz Türkleri gibi) ve diğerleri- birçok sorunlar yaşamalarına ve Yunanistan'ın taraf olduğu antlaşmalarda düzenlenmiş hakları olmalarına rağmen, yeterince bu haklarından istifade edememeleri ve Müslüman Türkler dışında azınlık statüsü tanınmaması düşündürücüdür.

Azınlıklar bakımından, çoğunluğun “kendi şeylerini” empoze etmek gibi bir eğilim içinde olduğu bir genel ortamda her zaman, her şey mükemmel gitmez ve sonuç olarak sayıca az olanlar tepki gösterirler. Sayıca bu az olanların reaksiyonları, hem azınlık olan kişiler tarafından kendi çıkarları için, hem de çoğunluk kişilerince, milliyetçiler ve ırkçılarca istismar edilebilir. Azınlık gruplarının bireyleri, öncelikle yaşadıkları devletin vatandaşları ve grubun ikincil üyesi olarak kendilerini görmek istedikleri zaman şikâyetler minimize edilmiş olur.

Yunanistan vatandaşı Müslüman Türk azınlık mensupları, Yunanistan'daki bütün yasaklamalara, baskılara rağmen dernekler kurmaya ve teşkilatlanmaya çalışmaktadırlar. Ayrıca siyasi parti kurmaya, seçimlere Yunan partilerinden katılmaya, Yunanistan Parlamentosuna hem de Avrupa Parlamentosuna katılmak için mücadele ederek kendi adaylarını desteklemektedirler. Yunanistan vatandaşı Müslüman Türk azınlık mensubu kişilerin Yunanistan'da siyasete katılma ve siyasi söylem haklarının olduğunu, Yunanistan makamları zaman zaman unutmaktadır ve Yunanistan'daki azınlık mensuplarına Yunanistan çapında hem siyasi partiler hem de bağımsız milletvekili adayları bakımından %3'lük bir baraj uygulamaktadır.

Yunanistan İstanbul'daki, Arnavutluk'taki ve diğer devletlerdeki Yunan azınlığı mensuplarının her türlü haklardan yararlanmalarını talep ederken, kendi ülkesindeki azınlıkların hem varlığını inkâr etmektedir hem de haklardan yararlanmalarını elinden geldiğince engellemektedir. Yunanistan, Yunanistan dışındaki Yunan azınlıklarının siyasi ve hukuki faaliyetlerinde yardımda bulunup, destek olurken, Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlık, özellikle yoğun olarak yaşadığı Batı Trakya ve Menteşe Adalarında ekonomi, siyaset ve kültürel yaşam alanlarında Yunanistan'ın engellemeleri nedeniyle, arzu edilen ve tatmin edici bir biçimde aktif olarak rol alamamaktadırlar. Böylece Yunanistan, taraf olduğu diğer antlaşmalarla birlikte 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin azınlık haklarını düzenleyen 27. maddesini de ihlal etmektedir. Yunanistan, Batı Trakya bölgesindeki dini azınlık, "Müslüman azınlık" dışında Yunanistan'da azınlık kabul etmemektedir.

Yunanlılar, zaman içinde ve günümüzde (2015) de Makedonları: "iki dilli", "Slavca-konuşan", "Slav", "Makedonoslavi", "Slavmakedonları", "Var olmayan (azınlıklar)", "Slavca konuşan Yunanlılar" gibi çeşitli biçimlerde isimlendirmektedir ve Yunan tarafı çifte standart uygulamaktadır. Yunanistan'ın, İstanbul ve Arnavutluk'taki kendi Yunan Azınlığı için farklı, başkalarının Yunanistan'daki azınlıkları -Türk, Makedon, Arnavut, Ulah ve diğerleri- için farklı hassasiyetlere sahiptir. Yunanlılar azınlık olarak tanımlanır, haklardan yararlanabilirler, ancak asimile olamazlar. Fakat diğerlerine,

soydaş olmayanlara gelince, azınlık statüsü tanınmaz, haklardan yararlanamazlar ve eğer Yunanistan'da yaşayacaklarsa asimile olmak zorundadırlar⁹².

Yunanlılar için, insan hakları ve azınlık hakları ve farklı olana saygı meseleleri, Yunanlıların ulusal ideolojilerine, kültürlerine yabancıdır⁹³. Onların ulusal ideolojilerinde asimile etme vardır. Görünürdeki “saygı” asimile etme amaçlıdır.

Yunanlıların tarih boyunca -sadece günümüzde değil- Yunanlılaştırma yöntemlerinden biri köylerin isimlerini, diğeri de kişilerin isimlerini, dillerini, dinlerini, kültürlerini değiştirmek olmuştur. Yunanistan'ın diğer bölgelerinde olduğu gibi, Epir bölgesinde de özellikle 1944'ten sonra Arnavut dili ve Yunanca dışındaki diğer bütün diller doğrudan yasaklanmıştır⁹⁴ ve bu diller yok olmuştur.

Diğer taraftan Ortodoks Hıristiyan Gagavuzlar, Karamanlılar ve diğer Ortodoks Hıristiyan Türkler, “Doğu Roma” ve daha sonra Yunanlılaşarak “Bizans” ismini alan ve bu şekilde anılmaya başlayan Doğu Roma/Yeni Roma/Bizans İmparatorluğunun Türk nüfusunun ya da Yunanlıların ifadesi ile söylememiz gerekirse “Türkçe konuşan” bu eski nüfusun torunlarıdır.

Avrupa Birliği üyesi Yunanistan'da azınlık dili olarak, Slavca konuşulan bölgelerin okullarında “Slavmakedoncasının”, Ulahçanın, Arnavutçanın okutulması, eğitim ve öğretimi Yunanistan tarafından engellenmektedir ve yasaktır. Diğer taraftan özellikle Yunanistan'daki Metaksa cuntası döneminde ve Alman işgali döneminden sonra da dil farklılığı yıllarca kovuşturma ve ceza nedeni olmuştur. Çünkü dil otomatik olarak belli bir ırka/etnik gruba mensubiyeti veya belli politik seçenekleri tercih etme anlamına gelmekteydi. Hitlerin, Yahudilere karşı giriştiği imha saldırıları, Yunanistan'ın Epir'deki Arnavutça konuşan Çam Müslümanlarına ya da Yunanistan'ın iç savaşında yenilenlerin yanında yer almış olan Slavca konuşan Makedonlara zulüm uygulamalarını örnek olarak gösterebiliriz⁹⁵.

⁹² <http://lithoksou.net/dhraghumis.html> (23.07.2014).

⁹³ http://lithoksou.net/mionotites_eladha.html (23.07.2012).

⁹⁴ <http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

⁹⁵ **Τσιτσελίκης - Κωνσταντίνος**, “Μεινωτικές γλώσσες στην Ελλάδα [Γ6]” http://www.greek-language.gr/greekLang/studies/guide/thema_c6/index.html (19.3.2009).

Yunanlılar, İstanbul yerine Yunanca “Konstantinupoli” deme hakkına sahiptir. Fakat, Yunanlılara göre, Türklerin böyle bir hakkı olamaz. Yunanistan makamları ve Yunan kamuoyu Türklerin, İskeçe’nin, Gümülçinenin, İstanköyün Yunanca isimlerinin kullanılmasının takipçisi olmaktadır ve Türkçe isimlerin kullanılmasına şiddetle karşı çıkmaktadırlar. Yine aynı mantıkla Yunanistan’daki, Slavca ve Arnavutça yer isimlerinin de Yunanclarının söylenmesi ve yazılması zorunluluğu vardır.

Uluslararası alanda, azınlık hakları ve insan hakları ile ilgili antlaşmalar, sözleşmeler, ilkeler ve denetim mekanizmaları mevcuttur. Ayrıca Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı bünyesinde de azınlık haklarının korunmasına ilişkin düzenlemeler ve sistemler mevcuttur. Yunanistan, bütün bu Uluslararası kuruluşlar tarafından Yunanistan’daki azınlıklara karşı uygulamalarından dolayı eleştirilmektedir. Örneğin, Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu -(ECRI)⁹⁶ ve Birleşmiş Milletlerin İlgili Komitelerince eleştirilmektedir. Aynı şekilde azınlık hakları konusunda kurumsal rol üstlenmiş bulunan hükümet dışı sivil toplum örgütlerince örneğin, Uluslararası Af Örgütünün, Helsinki Komisyonunun ve diğerlerinin hazırladıkları çok sayıda

⁹⁶ Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (European Commission against Racism and Intolerance - ECRI) 1993 yılında kurulmuş, 1995 yılında Komisyon’un yapısı güçlendirilmiş ve 2003’te bağımsız bir insan hakları izleme birimi haline gelmiştir. ECRI’nin faaliyetleri ırk, dil, din, renk, cinsiyet, milliyet, ulusal ve etnik kökene ilişkin önyargı, şiddet ve ayrımcılığı önlemek amacına yöneliktir. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, (İngilizce; European Commission against Racism and Intolerance) Avrupa Konseyi’ne üye bütün devletlerde ırkçılık, ayrımcılık, Yahudi düşmanlığı ve hoşgörüsüzlükle mücadele etmeye öncülük etmekte ve bunlara karşı yasal ve siyasal korumayı güçlendirmek için çalışmaktadır. Bu çerçevede mevcut ulusal ve uluslararası önlemlerin etkinliğini değerlendirmekte ve bunların güçlendirilmesi için öneriler sunmaktadır. Çalışma alanları arasında ırkçılık, yabancı düşmanlığı, hoşgörüsüzlük, anti semitizm ile insan hakları temelli bir mücadele yürütmek yer almaktadır. Bahse konu Komisyon, genellikle ECRI kısaltmasıyla anılmaktadır. Komisyon, bugüne kadar dört tur halinde Avrupa Konseyine üye devletler ile ilgili raporlar yayınlamıştır. Ayrıca Komisyon ayrımcılığı engellemek için hükümetlere yönelik olarak çeşitli alanlarla ilgili uygulamalara dair genel yorumlar yayımlamaktadır. Bkz. http://madde14.org/index.php?title=Irk%C3%A7%C4%B1%C4%B1%C4%9Fa_ve_Ho%C5%9Fg%C3%BCr%C3%BCz%C3%BCz%C4%9Fe_Kar%C5%9F%C4%B1_Avrupa_Komisyonu (17.11.2014).

raporlarda Yunanistan'daki azınlıkların haklarının ihlâl edildiğinden ve ayrıca Makedon azınlığından ve diğer azınlıklardan da özel olarak söz edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Avrupa Birliği Mahkemesinin Yunanistan'ı mahkûm eden kararları da mevcuttur.

Son olarak Avrupa Birliği üyesi Yunanistan'ın taraf olduğu 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 27. maddesi azınlık dilinin kullanılması hakkının engellenmemesini öngörmektedir. Buna benzer bir hüküm de Çocuk Hakları Uluslararası Sözleşmesinin 30. maddesinde mevcuttur. Yunanistan buna rağmen, Yunanistan'daki Arnavutların, Makedonların, Ulahların, Ortodoks Hıristiyan Türklerin ve diğerlerin kendi dillerini kullanmalarını yasaklayabilmektedir. Diğer taraftan Avrupa Birliği üyesi Yunanistan Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşmesini henüz onaylamamıştır.

Καυνακλία

- Alan, Wace-Thompson, M. S.:** The nomads of the Balkans: An account of life and customs among the Vlachs of Northern Pindus, New-York, 1914.
- Arsava, Fusun, A.:** “Avrupa Birliği Birincil Hukukunda Azınlıkların Korunmasının Hukuki Dayanağı” Uluslararası Hukuk ve Politika” Cilt 6, Sayı: 23, 2010.
- Andrei, Otetea:** ed., The history of the Romanian people, Bucharest 1970.
- Aygil, Yakup:** Hıristiyan Türklerin Kısa Tarihi, İstanbul 1995.
- Μπαλτσιώτης, Λάμπρος:** Η πολυγλωσσία στην Ελλάδα. Σύγχρονα Θέματα 63, Απρίλιος-Ιούνιος 1997.
- Cebeci, Ahmet:** “Osmanlı Devleti'nde Gagauzlar”, Türk Kültürü, Sayı: 354, Ekim 1992.
- Cin, Turgay:** “Avrupa Birliği Üyesi Yunanistan’da 1983’ten Beri Devam Ede Gelen İskeçe Türk Birliği Derneğinin Kapatılmasının Hukuki Süreci” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:1, 2010, İzmir 2011, s. 137-182.
- Cin, Turgay:** Yunanistan’daki Müslüman Türk Azınlığın Hukuki Özerkliği (Müftülük Meseleleriyle İlgili Yunan Yargıtay ve Danıştay Kararları ve Diğer Belgeler), Orion Kitabevi, Ankara 2009.
- Çınar, Günden, Peker:** “Gagoğuzlar”, Yeni Türkiye, Yıl: 3, Sayı: 16, Temmuz-Ağustos 1997.
- Δαγτόγλου, Πρόδρομος, Δ.:** Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, τόμος Β΄ εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Atina-Gümilcine 2001.
- Διακοφωτάκης, Γεώργιος Ι.:** Περί Μειονοτήτων κατά το Διεθνές Δίκαιο, Σάκκουλας Αντ., Atina-Gümilcine 2001.
- Doğru, Abdülmecit:** “Gagauzlann Folklor ve Antropomik Özellikleri”, IV. Milletlerarası Türk Halk Kültürü Kongresi Bildirileri, Cilt: I, Genel Konular, KB Yayınları, Ankara 1992.
- Έξαρχος, Γιώργης:** Αυτοί Είναι οι Βλάχοι, (2η έκδοση), Γαβριηλίδης, Αθήνα, 1994.

- Erik, Friberg/Reiner, Hofmann:** “The Enlarged EU and the Council of Europe: Transfer of Standards and the Quest for Future Cooperation”, Gabriel N. Toggenburg (Hrsg.), *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, Bozen/Bolzano 2004.
- Eröz, Mehmet:** *Hıristiyanlaşan Türkler*, Ankara 1983.
- Ευάγγελου-Τοσίτσα, Αβέρωφ, Ευ.:** *Η πολιτική πλευρά του κουτσοβλαχικού ζητήματος*, Τρίκκαλα, 1992.
- Eroğlu, Türker:** “Gagauz Türkleri Hakkında Deniz Tanasoğlu ile Röportaj”, *Milli Folklor*, Eylül 1991.
- Gillborn, D.:** «Citizenship, race and the hidden curriculum», *International Studies in Sociology of Education*, 2, 1992.
- Giovanni, Poggeschi:** “Language Rights and Duties in Domestic and European Courts”, *European Integration* Vol.25/3, 2003, s. 207.
- Guboğlu, Mihail:** “Gagauzların ‘Türkçe’ Dili, Edebiyatı ve Tarihi Hakkında Araştırmalar Bibliyografya/Kaynakça Denemesi”, *Beşinci Milletler Arası Türkoloji Kongresi, İstanbul 23-28 Eylül 1985, Tebliğler I. Türk Dili, Cilt: 2, İstanbul 1987*, s. 63-72.
- Güngör, Harun:** “Yunan-Bulgar Kilise Mücadeleleri ve Gagauzlar”, *Türk Kültürü*, Sayı: 344, Aralık 1991.
- Güngör, Harun:** “Gagavuz (Gökoğuz)”, *Yeni Türkiye*, Yıl: 3, Sayı:16, Temmuz-Ağustos 1997.
- Hatipoğlu, Murat:** *Yunanistan'da Etnik Gruplar ve Azınlıklar*, SAEMK, *Araştırma Projeleri dizisi 3/99*, Ankara 1999.
- Hilpold, P.:** “Minderheiten im Unionsrecht”, *Archiv des Völkerrechts*, 2001.
- Ιωάννου, Κωνσταντίνος - Τσιτσελίκης, Κωνσταντίνος:** *Το Διεθνές και Ευρωπαϊκό Καθεστώς Προστασίας των Γλωσσικών Δικαιωμάτων και η Ελληνική Ένομη Τάξη*, Α.Ν. Σάκκουλας, Atina-Gümülcine 1996.
- Karpat, Kemal, H.:** “Gagauzlann Tarihi Menşei”, *I. Uluslararası Türk Folklor Bildirileri, Cilt: I, Genel Konular, KB Yayınları*, Ankara 1976.
- Karaşemsi, Reşit Saffet:** *Hazar Türkleri*, İstanbul 1934.

- Κρητικός**, Γιώργος: Εκπαίδευση και Έλεγχος του Χώρου. Από το Οθωμανικό Μιλλιέτ στο Ελληνικό Κράτος του Μεσοπολέμου, Εξάντας, Αθήνα 2010.
- Kırzioğlu**, Fahrettin: Kırçaklar.: TTK Yayınları, Ankara 1992.
- Kılıç**, Ayten: “Türkiye ve Gagaoğuzlar”, Avrasya Etüdüleri, Sayı: 13, İlkbahar 1998.
- Κολτσιδάς**, Αντώνης: Κουτσόβλαχοι οι βλαχόφωνοι Έλληνες. Εθνολογική λαογραφική και γλωσσολογική μελέτη: Γραμματική και λεξικό της κουτσοβλαχικής γλώσσας, Εκδόσεις Αφοί Κυριακίδη, 1993.
- Kowalski**, Tadeusz: “Kuzey-Doğu Bulgaristan Türkleri ve Türk Dili”, Çeviren Ömer Faruk Akün, Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi, Cilt: 3-4, 31 Mart 1949.
- Quane**, Helen: “The United Nations and the Evolving Right to Self - Determination” International and Comparatively Law Quarterly, Cilt 47, 1998.
- Kurat**, Akdes, Nimet: Peçenek Tarihi, İstanbul 1937.
- Kurat**, Akdes, Nimet: IV-XVIII. Yüzyıllarda Karadeniz Kuzeyindeki Türk Kavimleri ve Devletleri, Ankara 1992.
- Κουκούδης**, Αστέριου Ι.: Οι Μητροπόλεις και η διασπορά των Βλάχων, Εκδόσεις Ζήτρος, 2000.
- Κουκούδης**, Αστέριου Ι.: Οι Βεργιάνοι Βλάχοι και οι Αρβανιτόβλαχοι της Κεντρικής Μακεδονίας, Εκδόσεις Ζήτρος, 2000.
- Κουκούδης**, Αστέριου Ι.: Η κοινωνική ζωή στα βλαχοχώρια της Μακεδονίας στα 1900, Ίδρυμα Μουσείου Μακεδονικού αγώνα, 2006.
- Κουκούδης**, Αστέριου Ι.: Από τη ζωή των Βλάχων στα 1900. Εκδόσεις ΚΑΠΟΝ, 2008. Γρηγοριάδου, Έφη, Εδεσματολόγιον Βλάχων, Εκδόσεις Κοχλίας, 2006.
- Κυριάκου**, Σιμόπουλου: Ξένοι ταξιδιώτες στην Ελλάδα, τόμος πρώτος, Atina 1976.
- Λαζάρου**, Αχιλλεύς Γ.: Η Αρωμόνικη, Β΄ έκδοση, Αθήνα 1986.
- Λαζάρου**, Αχιλλεύς Γ.: “Θρακολογία και ζήτημα καταγωγής των Βλάχων-Αρωμόνων”, Τρικκαλινά 5, 1985.

Λιθοξόου, Δημήτρη: Μειονοτικά ζήτηματα και εθνική συνείδηση στην Ελλάδα, εκδ. Λεβιάθαν, Αθήνα 1992.

Manof, Atanas: Gagauzlar (Hıristiyan Türkler), (Çeviren Türker Acaroğlu), Ankara 1939.

Nayır, Yaşar Nabi: Balkanlar ve Türklük, Ankara 1936.

Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, Kitap II, 2. Baskı, Ankara 1996.

Preece, Jackson, J.: Ulusal Azınlıklar ve Avrupa Ulus-Devlet Sistemi, (Çev. Ayşegül Demir), Donkişot Yayınları, İstanbul. 2001.

Peker, Günden: “Gagoğuz Özerklik Süreci: Dün ve Bugün”, Avrasya Etüdleri, Sayı: 2, Yaz 1995.

Rasony, Lâslö: Tarihte Türklük, TKAE Yayınları, Ankara 1988.

Ρούκουνας, Εμμανουήλ: Διεθνής Προστασία των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, εκδ. Εστίας, Αθήνα 1995.

Στεφανίδης, Δημοσθένης, Γ.: Ο Τελευταίος Ευρωπαϊκός Αιώνας, Διπλωματία και πολιτική των δυνάμεων 1871-1945, εκδ. Προσκήνιο, Ατina 1997.

Summers, James: Peoples and International Law: How Nationalism and Self-determination Shape a Contemporary Law of Nations, Erik Castren Institute Monographs on International Law and Human Rights, Leiden Boston 2007.

Sümer, Faruk: “Gagauzlann Aslı”, Türk Dünyası Tarih Dergisi, Mayıs 1991.

Τατιάνα, Αβέρωφ - Ιωάννου: Το ξέφωτο (ιστορικό μυθιστόρημα), Εκδόσεις Κέδρος, 2000.

Τοσίτσας, Αβέρωφ Ευ.: Η πολιτική πλευρά του Κουτσοβλαχικού ζητήματος. Εκδόσεις Ιδρύματος Ευαγγ. Αβέρωφ - Τοσίτσα, 1992.

Wittek Paul: “Yazijioghlu Ali on the Christian Turks of the Dobruja”, Bullerin of the School of Oriental and African Studies, Cilt: IV, London 1952.

http://www.epirusblog.gr/2014/09/blog-post_2611.html (17.10.2014).

<http://www.protothema.gr/politics/article/411298/nomoshedio-gia-tis-thriskeutikes-koinotites-fernei-o-loverdos/> (17.10.2014)

<http://www.protothema.gr/politics/article/411298/nomoshedio-gia-tis-thriskeutikes-koinotites-fernei-o-loverdos/> (19.09.2014).

<http://www.jstor.org/stable/761423> (31.03.2014).

“Το τετράγλωσσο λεξικό του Δανιήλ Μοσχοπολίτη (1802)”

<http://www.lithoksou.net/p/tetraglossos-leksiko-toy-daniil-mosxopoliti-1802-stixoi-192-431>.

<http://armanlanguageandculture.blogspot.com.tr/2011/06/18.html> (06.06.2014).

“Το τετράγλωσσο λεξικό του Δανιήλ Μοσχοπολίτη (1802)”

<http://www.lithoksou.net/p/tetraglossos-leksiko-toy-daniil-mosxopoliti-1802-stixoi-192-431>.

<http://armanlanguageandculture.blogspot.com.tr/2011/06/18.html> (06.06.2014).

<http://thesis.ekt.gr/thesisBookReader/id/15577#page/1/mode/2up> (06.06.2014)

<http://archive.today/thesis.ekt.gr> (06.06.2014).

Μαυρομμάτη, Α. Β.: “Βλαχόφωνοι Έλληνες - η προσωπική μου άποψη”,

<http://www.tamos.gr/personal.html> (06.06.2014).

http://arvanitestrace.blogspot.com.tr/2011_11_01_archive.html (06.06.2014).

Κωνσταντίνος, Τσιτσελίκης: “Μεινотικές γλώσσες στην Ελλάδα” [Γ6]

http://www.greek-language.gr/greekLang/studies/guide/thema_c6/index.html (19.3.2009).

http://www.komvos.edu.gr/glwssa/odigos/thema_c6/c_6_k_1.htm (17.10.2014).

[http://www.ethnologue.com/language/aat\(09.11.2014\)](http://www.ethnologue.com/language/aat(09.11.2014)) (17.10.2014).

<http://maccunion.wordpress.com/2013/10/18/%CE%BA%CF%89%CE%BD%CF%83%CF%84%CE%B1%CE%BD%CF%84%CE%AF%CE%BD%CE%BF%CF%82-%CF%87%CE%BF%CE%BB%CE%AD%CE%B2%CE%B1%CF%82-%CE%BC%CE%B5%CE%B9%CE%BF%CE%BD%CF%8C%CF%84%CE%B7%CF%84%CE%B5%CF%82-%CE%BA%CE%B1/> (06.06.2014).

http://www.greek-language.gr/greekLang/studies/guide/thema_c6/index.html (19.3.2009).

“Γλωσσολογικές μειονότητες στην Ελλάδα”

<http://www.multiforums.gr/sciences/viewthread.php?tid=1350> (01.12.2008)

<http://lithoksou.net/elliniki-glossa.html> (23.07.2012).

<http://www.paramythia-online.gr/tsamides.htm> (17.10.2014).

http://antiethnikistiki.blogspot.com.tr/2011/10/blog-post_2766.html
(17.10.2014).

<http://tungjatjeta.blogcu.com/yunanistan-da-arnavutlar/2397568> (24.10.2014).

<http://lithoksou.net/elliniki-glossa.html> (23.07.2012).

<http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

<http://www.vlachs.gr/en/> (09.11.2014).

<http://estia.hua.gr:8080/dspace/bitstream/123456789/2312/1/%CE%A4%CE%AC%CF%84%CE%B1%CF%81%CE%B7%CF%82%20%20%CE%98%CE%B5%CF%8C%CE%B4%CF%89%CF%81%CE%BF%CF%82.pdf> (09.11.2014).

“Γλωσσολογικές μειονότητες στην Ελλάδα”

<http://www.multiforums.gr/sciences/viewthread.php?tid=1350> (01.12.2008).

<http://maccunion.wordpress.com/2013/10/18/%CE%BA%CF%89%CE%BD%CF%83%CF%84%CE%B1%CE%BD%CF%84%CE%AF%CE%BD%CE%BF%CF%82-%CF%87%CE%BF%CE%BB%CE%AD%CE%B2%CE%B1%CF%82-%CE%BC%CE%B5%CE%B9%CE%BF%CE%BD%CF%8C%CF%84%CE%B7%CF%84%CE%B5%CF%82-%CE%BA%CE%B1/> (06.06.2014).

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Ulahlar> (17.10.2014).

Ζυγογιάννης, Νίκος, Γ.: “Συζήτηση:Σαρακατσάνοι /Ιστορία”

http://www.livepedia.gr/index.php/%CE%A3%CF%85%CE%B6%CE%AE%CF%84%CE%B7%CF%83%CE%B7:%CE%A3%CE%B1%CF%81%CE%B1%CE%BA%CE%B1%CF%84%CF%83%CE%AC%CE%BD%CE%BF%CE%B9_%CE%99%CF%83%CF%84%CE%BF%CF%81%CE%AF%CE%B1 (06.06.2014).

Anzerlioğlu, Yonca: “Geçmişten Günümüze, Türk Dünyasında Hıristiyan Türkler” http://www.karam.org.tr/Makaleler/819676370_anzerlioglu.pdf
(17.10.2014).

http://ekitap.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/11647_gagavuzturkleripdf.pdf?0
(17.10.2014).

<https://tr-tr.facebook.com/notes/t%C3%BCrk-d%C3%BCnyas%C4%B1-bulu%C5%9Fma-noktas%C4%B1/-gagavuz-g%C3%B6k%C4%9Fuz-gagauz-t%C3%BCrkleri-/10150281661565438> (17.10.2014).

<http://hunturk.net/h104-gagavuz-yeri-gokoguz-.html> (17.10.2014).

<http://www.diplomatikgozlem.com/yazdir?0B1E2D78D356C77B0702E5176F07645B> (17.10.2014).

<http://anadoludestani.com/balkan-turklerigagavuzlar-ve-kirim-tatarlari/> (17.10.2014).

<http://www.bilgicik.com/yazi/gagauzlar-gok-oguzdan-hristiyan-turkler/> (17.10.2014).

“Yeni Yunan Tragedyası: Gagavuzlar” <http://orhun2023.blogcu.com/yeni-yunan-tragedyasi-gagavuzlar/637625> (17.10.2014).

<http://www.florina.org/> (09.11.2014).

“Ο ‘χώρος’ και το Σλαβομακεδονικό Ζήτημα”

<http://pontosandaristera.wordpress.com/2008/06/02/2-6-2008/> (2.12.2008).

<http://nationalpride.wordpress.com/2011/08/04/87812/> (22.11.2012).

<http://namarizathema.pblogs.gr/tags/ellinikes-meionotites-gr.html> (22.11.2012).

<http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

<http://lithoksou.net/dhraghumis.html> (23.07.2014).

<http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

<http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

<http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

<http://lithoksou.net/filosofiki.html> (23.07.2012).

<http://lithoksou.net/elliniki-glossa.html> (23.07.2012).

“Βλαχόφωνοι Έλληνες - η προσωπική μου άποψη”, <http://www.tamos.gr/personal.html> (06.06.2014).

Λεξέ, Ευαγγελία Γ.: “Γλωσσικές μειονότητες και εκπαίδευση: η περίπτωση των τσιγγανοπαίδων”

<http://6dim-diap->

elefth.thess.sch.gr/Greek/Ekpaidefsi_Tsigganopaidon/EishghseisEkpshsTsigg/EishghseisEkpshsTsigg2002/glossikes_meionotites_kai_ekpaidefsi.pdf

(27.09.2014).

“Ανακάλυψαν νέες ‘μειονότητες’ στο Ελληνικό έδαφος!”

<http://www.altermedia.info/hellas/2009/06/03/aiaeuooai-iyao-iaeiuocoao-ooi-aecieeu-yaaio/> (27.09.2014).

http://www.ethnologue.com/search/search_by_page/greece (18.11.2014).

<http://akritas-history-of-makedonia.blogspot.com.tr/2008/03/ethnologuecom.html> (27.09.2014).

<http://averoph.wordpress.com/2014/04/10/o-%CF%80%CE%B1%CF%84%CF%81%CE%B9%CE%AC%CF%81%CF%87%CE%B7%CF%82-%CE%AC%CE%B3%CE%B9%CE%BF%CF%82-%CE%B3%CF%81%CE%B7%CE%B3%CF%8C%CF%81%CE%B9%CE%BF%CF%82-%CE%BF-%CE%B5-1746-10-%CE%B1%CF%80%CF%81%CE%B9/> (20.09.2014).

<http://lithoksou.net/dhraghumis.html> (23.07.2014).

http://lithoksou.net/mionotites_eladha.html (23.07.2012).

“Το γλωσσικό μωσαϊκό της Ελλάδας” <http://xefteri.wordpress.com/;,:http://www.lesandmore.gr/%CE%BA%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CF%89%CE%BD%CE%B9%CE%B1/%CE%BA%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CF%89%CE%BD%CE%B9%CE%B1-%CE%BD%CE%B5%CE%B1/%CE%B5%CE%BB%CE%BB%CE%B1%CE%B4%CE%B1/4262-glossiko-modaiko-elladas.html> (06.06.2014).

Yunanistan Danıştay'ının 1980 tarihli ve 4290 sayılı Kararı (Απόφ. ΣτΕ 4290/1980 (ολομέλεια)).

Sebahattin Abdurrahman: “The Struggle for Effective Representation in the Greek Parliament: Friendship-Equality-Peace Party and the Western Thrace Turks (Yunan Parlamentosunda Etkin Temsil Etme Mücadelesi: Batı Trakya Türkleri ve Dostluk-Eşitlik-Barış Partisi)” *Journal of History Studies* JHS 15 History Studies Volume 6 Issue 2 February 2014, s. 1-14. Bkz. http://www.historystudies.net/Makaleler/209355508_1-Sebahattin%20Abdurrahman.pdf (03.04.2014).

http://www.gundemgazetesi.com/news/detay_manset.php?id=4478 (19.11.2014).

EuGH, Rs. C-540/03, Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union, Urteil, 27.6.2006.

<http://www.trakyadan.com/index.php/yunanistan-bati-trakya-haber/item/324-iskece-de-uc-rkci-siddet-vakasi.html> (01.10.2013).

http://lithoksou.net/mionotites_eladha.html (23.07.2012).

http://madde14.org/index.php?title=Irk%C3%A7%C4%B1l%C4%B1%C4%9Fa_ve_Ho%C5%9Fg%C3%B6r%C3%BCs%C3%BCzl%C3%BC%C4%9Fe_Kar%C5%9F%C4%B1_Avrupa_Komisyonu (17.11.2014).

^HULUSLARARASI HUKUKA SOSYOLOJİK BAKIŞ : GEORGES SCELLE VE ULUSLARARASI HUKUK KURAMI

Yrd. Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU*

GİRİŞ

Hukuk çalışmaları tarihinde alışagelmış bir ayrım, doğal hukuk / pozitif hukuk ayrımıdır. Fransız Uluslararası Hukuk Profesörü Georges Scelle yapmış olduğu çalışmalarda bu ayrımı kullanmamış¹; kendisine kadar neredeyse veri olarak kabul edilmiş bu ayrım ve benzeri diğer kabullenimleri reddederek, hukuk hakkında kendi teorisini geliştirmiştir. Egemenlik gibi uluslararası hukukun en temel müessese ve kavramlarını birer fiksiyon olarak gören Scelle'in teorik çalışmaları, özellikle Fransa'da o kadar etkili olmuştur ki, bu ülkedeki hukuk fakültelerinde verilen uluslararası hukuk derslerinin kapsamından egemenlik konusu (en azından bir süre için) çıkarılmıştır².

Elbette Scelle'in hukuk kuramı bir boşluğa doğmuş, tarihin bir anından bir anda ortaya çıkmış değildir. Birçok kuramsal yaklaşımda olduğu, Scelle'in teorisi de kuramcının kişisel siyasal görüşünden ve tecrübelerinden ciddi şekilde etkilenmiştir³. Hatta bu etkilenme Scelle ve kuramı hakkında

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi [gguneysu@anadolu.edu.tr]

¹ Emmanuelle **Jouannet**, *A Century of French International Law Scholarship*, Maine Law Review, Vol. 61, Issue 1, 2009, s. 94.

² Hubert **Thierry**, *The European Tradition in International Law: Georges Scelle*, European Journal of International Law, Volume 1, No. 1/2, 1990, s. 193.

³ Koskenniemi, Georges Scelle'in siyasal açıdan Bourgeois'nın görüşlerinden çok etkilendiğini ifade eder. Scelle'in etkilendiği bir diğer düşünür de radikal bir filozof olan Alain'dir. Koskenniemi'ye göre Scelle, Alain'den "siyasal oligarşiler ve ulusalcı

daha da belirgindir. Scelle'in kişisel tecrübeleri ve siyasal yönelimi, geliştirmiş olduğu kuramı kuvvetli bir şekilde şekillendirmiş ve etkilemiştir. Scelle'in kişisel hayat ve gelişiminin de etkisiyle, üzerinde detaylı bir şekilde çalışılmış ve mantıklı bir şekilde organize edilmiş, çekici bir kuram ortaya çıkmıştır⁴. Bu kuram aslında sadece uluslararası hukuk hakkında da değildir⁵. Genel olarak hukukun sosyolojik kuramıdır; uluslararası hukuk da bu genel hukuki kuramın bir unsurunu oluşturmaktadır⁶. Edip Çelik, Charles Rousseau'nun Scelle hakkında şu tespiti yaptığını aktarır⁷:

“İç hukukta Devleti, Duguit'den önce incelendiği biçimde incelemenin artık mümkün olmaması gibi, bugün de milletlerarası hukukun herhangi bir sorununu -öğretisi tüm olarak kabul edilsin ya da edilmesin- yirmi, yirmi beş yıl öncesinde, Georges Scelle'in yazmağa başlamasından önce incelendiği biçimde inceleme olanağı yoktur.”

Bu çalışmada Scelle'in uluslararası hukuk kuramı incelenecektir.

I. HAYATI

19 Mart 1878 yılında doğan Scelle, başarılı öğrenciliğiyle dikkat çekmiş, bunun sonucunda Paris'te hukuk okumuştur. Scelle 1897 yılında hukuk eğitime başlamıştır. Bu yıllar, Dreyfus Hadisesi'nin Fransa'yı sarstığı zamanlardır. Bu konuda Fransız kamuoyu ikiye bölünmüş bir durumdadır. Bir grup, devlete sadakat kavramı üzerinden bir tavır geliştirirken; bu eğilimin karşısında da devlete karşı eleştirel bir duruş, bir şüpheli grup oluşmuştur. Scelle de bu olayın etkisinde kalmış ve daha ziyade devlet kurumlarına karşı şüphelilikle yaklaşan grup içinde yer almıştır⁸.

retorik” hakkında şüpheli olan bir yaklaşımı almış görünmektedir. Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2004, s. 329.

⁴ Thierry, s. 193.

⁵ Nicholas Kasirer, *A Reading of Georges Scelle's Précis de droit des gens*, The Canadian Yearbook of International Law, 1986, s. 376.

⁶ Thierry, s. 197.

⁷ Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 38.

⁸ Oliver Diggelmann, *Georges Scelle (1878-1961)*, The Oxford Handbook of the History of International Law, Ed. Bardo Fassbender/Anne Peters, Oxford 2012, s. 1162.

Scelle, “Ecole Libre des Sciences Politiques” de öğrenimine devam etmiştir⁹. Scelle’in burada Pillet’in danışmanlığında yazmış olduğu doktora tezi başarılı bulunmuş ve Scelle bu başarısından dolayı ödüllendirilmiştir¹⁰. 1908 ve 1912 yılları arasında çeşitli üniversitelerde kısa dönemli öğretim elemanı olarak görev yapan Scelle, daha sonraları yirmi yıl kadar çalışacağı Dijon Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde çalışmaya başlamıştır. Birinci Dünya Savaşı sonrası Scelle’in Paris Üniversitesi’nde uluslararası hukuk profesörlüğüne atanması söz konusu olmuş ancak üniversitedeki bazı sağ görüşlü öğrenci grupları siyasal nedenlerle bu atamaya karşı çıkmıştır¹¹. Çıkan olaylar neticesinde Scelle’in Paris’e atanması mümkün olamamıştır. Bu hayal kırıklığından sonra Scelle, Dijon Üniversitesi’nde profesörlüğe yükseltilmiş ve Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne geçeceği 1933 yılına kadar burada çalışmaya devam etmiştir¹². Scelle, emekli olduğu 1948 yılına kadar Paris Üniversitesi’nde görev yapmıştır. Scelle, 1948 ile 1960 yılları arasında Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu’nda da görev yapmış, kısa bir süre de Komisyon’un başkanlığı görevini üstlenmiştir¹³.

II. SCELLE’İN ULUSLARARASI HUKUK KURAMI

Uluslararası İlişkiler kuramlarının belki de belli bir zaman dilimi içinde en baskını olarak kabul edilen Realist Kurama göre; uluslararası toplum, bilardo topunu andıran, birbirinden tamamen ayrı ve birbirlerinin içine nüfuz edemeyen, en fazla birbirini iten-hareket ettiren atomize ve kendi içinde de tek parça yapılardan oluşur¹⁴. Bu başat yekpare yapılar elbette ulus-devletler olmaktadır. Devletler birbirinden bağımsızdır ve bunların güç için yarıştığı uluslararası ortamda anarşik bir mantık hüküm sürer¹⁵. Bu ise uluslararası

⁹ Antonio **Tanca**, *Georges Scelle (1878-1961): Biographical Note with Bibliography*, European Journal of International Law, Volume 1, No. 1/2, 1990, s. 240.

¹⁰ **Tanca**, s. 240.

¹¹ **Diggelmann**, s. 1163.

¹² **Diggelmann**, s. 1163.

¹³ **Diggelmann**, s. 1163.

¹⁴ Deniz Ülke **Arıboğan**, *Kabilelerden Küreselleşmeye: Uluslararası İlişkiler Düşüncesi*, Mavi Ada Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 156-176.

¹⁵ Torbjon L. **Knutsen**, *Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi*, Açılım Kitap, İstanbul 2006, s. 342.

toplumun aşırı basit bir şekilde incelendiği ve bir devletin içyapısındaki farklı baskı gruplarının etki ve eylemlerinin göz ardı edildiği bir siyaset algısıdır. Realist Uluslararası Siyaset Kuramı, I. Dünya Savaşı sonrası, savaşın yaratmış olduğu yıkımın insanlık tarafından değerlendirilmesi gereken bir fırsat olması gerektiğine inanan idealist kuramlara tepki olarak doğmuştur. Bu idealist kuramlar, uluslararası sistemde barışın mümkün olduğuna ilişkin iyi niyetlerle bezeli bir yaklaşım sergiler. Buna göre özellikle uluslararası hukuk ve uluslararası örgütler ve bunların içinde de kurulacak bir Milletler Cemiyeti eliyle, artık anlaşmazlıklar barışçı şekilde çözülebilecektir. Bu idealist ve bir anlamda da normatif yaklaşımın daha ziyade İngiliz ve Amerikan akademileri kökenli olduğu ifade edilir. Bununla beraber, bu akımın belki de ilk kuramcısı olan Norman Angell 1913 yılına kadar Paris'te yaşamış bir düşünürdür¹⁶. Kökenleri aslında Durkheim ve Duguit'ye kadar dayanan bu akımın görüşlerini kamuya mal eden Leon Bourgeois olmuştur¹⁷. Bourgeois, Georges Scelle'in de fikirlerini etkileyen, ulusal ve uluslararası dayanışmayı destekleyen bir siyaset adamıdır. Georges Scelle bu etkilerin neticesinde, Realist Kuram tarafından yaratılan devlet odaklı algıya katılmayan, özellikle de "egemenlik" kavramının eşitsiz iktidar ilişkilerini meşrulaştıran etkisini eleştiren, sonuç olarak daha toplumcu bir anlayış çizen düşünürlerden birisi olmuştur¹⁸. Toplumcu özelliği yadsınamayan Scelle, sahip olduğu anlayış ve etkilendiği düşünürler nedeniyle liberal kuramcılar arasında da zikredilmiştir¹⁹. Bu özellikle Uluslararası İlişkiler disiplini için yanlış olmayacak bir sınıflandırma olarak kabul edilebilir. Bununla beraber, Scelle'i etkileyen dayanışmacı siyasal liberallerin, ekonomik unsurlara önem veren ve sosyal eşitliği vurgulayan bir yapıları olduğunu hatırlatmakta fayda vardır²⁰. Dolayısıyla Scelle'in siyasal anlamda liberal kuramlara yakın dur-

¹⁶ Klaus-Peter **Sick**, *A New Idea of Europe: The Liberal Internationalism of the Nouvelle Revue Française (1919-1925)*, European Political Economy Review, Volume 1, No. 1, 2003, s. 107.

¹⁷ **Sick**, s. 108.

¹⁸ Scelle'e göre egemenlik tıpkı "doğal durum" gibi bir fiksiyondur, ispatlanmamış ve ispatlanamaz bir fiksiyon. Olivier **De Frouville**, *Une conception démocratique du droit international*, Revue européenne des sciences sociales, XXXIX-120, 2001, s. 118.

¹⁹ **Sick**, s. 108.

²⁰ **Sick**, s. 110.

ması ekonomik anlamda paylaşımına açık olduğunu, paylaşımından yana tavır geliştirdiğini gizlememelidir. Dönemin liberalleri de inşa edilecek yeni Avrupa’da yaratılacak bir artı değer olmasının ve bu artı değer de adil bir şekilde paylaşılmasının gerekliliğini kuvvetli bir şekilde ifade etmişlerdir. Bu dönem liberal düşünürleri, sosyal olanı feda eden ve şekilci olan politik liberalizm anlayışlarını reddetmişler, çok daha duyarlı ve toplumcu bir yaklaşımı benimsemişlerdir.

Georges Scelle’e göre, uluslararası toplum ulus devletlerin ve biraz da uluslararası örgütlerin, Realist Kuram tarafında öngördüğü biçimiyle, basit bir şekilde yanyana yığılmasıyla oluşan bir yapıdan daha değişik özellikler göstermektedir²¹. Scelle’e göre uluslararası toplumun, Realist Uluslararası İlişkiler Kuramın tarafından ileri sürüldüğü gibi, devletin egemenliğini belirleyici başat unsur olarak tespit edecek şekilde imgelemesi; aslında sadece kendi gücünü arttırmak isteyen hükümdar ve yöneticilerin kendilerine has, sınırlı dünyasını uluslararası toplum olarak kabul etmek anlamına gelmektedir. Yönetenlerin bu imtiyazlı konumlarının belki de en büyük meşrulaştırıcısı olarak görülmesi gereken “egemenlik” kavramı ise, Scelle’e göre, “kabile milliyetçiliğinin modern bir ifadesi”nden başka bir şey değildir²². Scelle, “devlet” ve “egemenlik” kavramlarının kendi zamanındaki *anlaşılma tarzına*, sosyal bilimler ve hukuk arasındaki gerilimden yararlanarak karşı çıkmaktadır²³. Devletin tüzel kişiliğini reddeden²⁴ Scelle’e göre, uluslararası örgütler eğer uluslararası alanda başarılı olacaksa, bu işaret edilen özellikleri haiz köhne yapıya rağmen hareket etmek durumundadır. Milletler Cemiyeti’nin başarılı olması için aşması gereken yerleşmiş bazı kabullenişler vardır ve bunlarında başında pek kutsal kabul edilen devlet egemenliği

²¹ Antonio Cassese, *Remarks on Scelle’s Theory of “Role Splitting” (dédoulement fonctionnel) in International Law*, European Journal of International Law, Volume 1, No. 1/2, 1990, s. 211; De Frouville, s. 118.

²² Cassese, s. 216.

²³ Anthony Carty, *Sociological Theories of International Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, March 2008. <<http://opil.ouplaw.com>> (Erişim Tarihi: 18 Mart 2014)

²⁴ De Frouville, s. 117.

kavramı gelmektedir²⁵. Yine eski zamanlara ait olan ve artık arkaik kabul edilmesi gereken diplomatik metotlar ve abartılı bir milliyetçilik Milletler Cemiyeti'nin başarısının önündeki engellerdir²⁶.

Scelle, Milletler Cemiyeti'nin karşılaştığı ve karşılaşacağı sorunların farkındadır. O'na göre Cemiyet'in daha ilk toplantılarından itibaren Konsey yetkilerini kullanan siyaseten güçlü devletler ve onların etrafında kümelenen diğer devletlerin ortaya çıkardığı tablo yeni bir Kutsal İttifak'ı anımsatmaktadır²⁷. Belki de Cemiyet üyesi her devlete, bölgesel veya kıtasal yakınlıkların gözardı edilerek eşit oy verilmesi bir hata olarak nitelendirilmelidir²⁸. Milletler Cemiyeti bünyesinde yaşanan sorunlar Scelle'e göre yapının daha tasarlanması sırasında yapılan hatalardan kaynaklanmaktadır. Cemiyet, merkezileştiren bir tektipleştirme çabasına girilmesi nedeniyle başarılı olamamıştır. Bu sorunun çaresi ademi merkeziliyettir²⁹. Scelle Cemiyet'in zamanı için uluslararası alanda var olduğuna işaret eder ve fakat bu varlığın sürdürülmesi konusunda iyimser değildir. Cemiyet Konseyi ve Genel Meclisi arasındaki güç mücadelesi başarısızlığa mahkûm bir örgüt yaratmaktadır, çünkü Cemiyet'in kaderi bu iki organ arasındaki siyasi pazarlığın başarılı olmasına bağlıdır³⁰. Bu darboğazdan çıkmanın tek yolu ise Örgüt bünyesindeki yetkilerin iki kurumda toplanmasını engellemek ve bu yetkilerin daha kesin bir şekilde tanımlanmasını sağlayarak, bazı konularda erkler ayrılığını sağlamaktır³¹. Scelle'in düşüncesinde, Cemiyet içinde farklı farklı bölgesel alt-örgütler de tanımlanmalı ve yer bulmalıdır. Kurumsal olarak ana

²⁵ Georges **Scelle**, *The Second League Assembly*, *The Living Age*, 24 December 1921, s. 759.

²⁶ **Scelle**, *The Second League Assembly*, s. 759.

²⁷ **Scelle**, *The Second League Assembly*, s. 760.

²⁸ Georges **Scelle**, *La troisième Assemblée de la Société des Nations*, *L'Europe nouvelle*, 1922, s. 1257'den aktaran Jean-Michel **Guieu**, *The Debate about a European Institutional Order among International Legal Scholars in the 1920s and its Legacy*, *Contemporary European History*, Volume 21, Issue 3, s. 321.

²⁹ **Guieu**, s. 324.

³⁰ **Scelle**, *The Second League Assembly*, s. 760.

³¹ **Scelle**, *The Second League Assembly*, s. 760.

örgütten ayrı olacak bu alt-örgütler üstünde Cemiyet, karmaşık ve birbiriyle-bağlantılı bir “*federasyonlar federasyonu*” hâline dönüştürülmelidir³².

“Egemenlik” kavramının ve tamamen ulusal menfaatlara dayanan realist uluslararası ilişkiler yaklaşımlarının Scelle tarafından bu kadar kuvvetli bir şekilde eleştirilmesine rağmen netice itibariyle Scelle’in “devlet” kavramına mutlak olarak karşı olan bir kuram geliştirmedeği görülür³³. Scelle’e göre devlet kaçınılmaz bir olgudur, çünkü “düzen, ancak şiddet tekeline ve hiyerarşik bir yapılanmaya sahip olan devlet” tarafından yaratılan ortamda sağlanabilir³⁴. Bununla beraber, istenen bu *ideal* düzenin sağlanabilmesi için, egemenlik yerine bireylere vurgu yapan bir sistemin kurulması şarttır. Ancak böyle bir ortamda, yani egemenliğin kısıtlayıcı parametreleri yerine, bireylerin ve birey topluluklarının şekillendirdiği bir durumda, demokratik bir sonuca ulaşmak mümkün görünmektedir.

Georges Scelle, Leon Duguit’in sosyal hukuk yaklaşımından fazlasıyla etkilenmiştir³⁵. Scelle, Duguit’in hukuk düzenlerinin çoğulculuğu kuramına dayanarak, uluslararası siyasal ilişkileri okumaktadır³⁶. Scelle, dünya toplumunda çok sayıda hukuk düzeninin eşzamanlı olarak varlığını sürdürdüğünü düşünmektedir. Bu daha küçük düzenler, birbirlerinden kopuk yapılar değildir. Birbirleriyle etkileşime giren hatta bazen çakışan veya yolları kesişen, yani Realist Uluslararası İlişkiler Kuramı’nda ulus devletler hakkında savlandığı gibi, bilardo topu analojisinden çok daha fazla birbirlerinden etkilenen alt sistemlerdir³⁷. Bu uluslararası ilişkiler ve hukuk kuramında, görüldüğü üzere, sadece devletler aktör olarak tanımlanmamaktadır. Ulus devletlerden büyük veya küçük çok sayıda alt-sistemin varlığı kabul edilmektedir. Yine, devletlerin uluslararası sistemdeki önemli rolleri de görmezlikten gelinmemiş ve Scelle tarafından tanınmıştır. Scelle’e göre devlet-

³² Guieu, s. 324.

³³ Cassese, s. 216.

³⁴ Cassese, s. 216.

³⁵ De Frouville, s. 117; Michel Tabbal, *Georges Scelle (1878-1961)*, s. 1. <www.academia.edu>(Erişim Tarihi: 29.08.2014).

³⁶ Leon Duguit’in hukuk kuramı hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996, s. 320-335.

³⁷ De Frouville, s. 118.

ler hâlâ en temel siyasal kurumlardır, çünkü “her birey veya grup (eninde sonunda) bir devlete bağlanmaktadır”³⁸. Bununla beraber, devleti, özellikle de devlete hükmedenleri tartışılmaz konuma koymak, özellikle de bunları egemenlik kutsal örtüsüne bürümek Scelle’in eleştirdiği bir husustur. Devletler vardır ve önemlidir ancak esas itibariyle uluslararası ilişkilerin aktörleri çok sayıda ve çeşitlidir, birbirinden farklı özellikleri haizdir.

Scelle’in kuramında önemli olan bir diğer nokta da Scelle’in uluslararası ilişkilerin özünde aslında bireyler arasında gerçekleşen etkileşimler olduğunu düşünmesidir³⁹. O’na göre nerede toplum varsa, hukuk da var olacaktır⁴⁰. Yukarıda kısaca değindiğimiz Realist Uluslararası İlişkiler Kuramı’ndan farklı olarak Scelle, uluslararası toplumda yalnızca tüzel kişiliklerin etkileşimine atfedilmekte olan önemin, bu toplumu anlamakta doğru bir yaklaşım olamayacağına; bunun olsa olsa antropomorfik bir okuma olduğuna işaret eder. Hâlbuki esas olan, son tahlilde, gerçek kişilerin etkileşimidir⁴¹. Bu kabullenimin de iki sonucu olmaktadır. Birinci olarak uluslararası toplumun asıl aktörleri gerçek kişilerdir⁴². Bu gerçek kişiler sahip oldukları yetkileri çeşitli makamlarda kullanarak ulusal düzlemde olduğu gibi uluslararası düzlemde de hukuka katkı sağlamaktadırlar. Dolayısıyla hukukun esas kaynağı gerçek kişi olmaktadır. Bunun doğal sonucu da bahsetmek istediğimiz ikinci sonuçtur. Madem hukukun kaynağı aslında gerçek kişidir, devletin bir hukuki konuda müdahil olup olmaması ölçütüne dayanan Devletler Umumi Hukuku ve Özel Hukuku arasındaki ikili ayırım da yapay bir ayırım olarak kabul edilmelidir⁴³.

Yukarıda da bahsedildiği üzere Scelle, uluslararası toplumda çok sayıda hukuki düzenin eş-zamanlı varlığını kabul eder. Scelle’e göre bu farklı kapsamda ve çeşitlilikte olan hukuk düzenleri arasında bir hiyerarşi mevcuttur. Bu yapılanmada daha kapsamlı olan hukuk düzeninin kendisinden daha az

³⁸ Cassese, s. 211.

³⁹ Cassese, s. 211.

⁴⁰ Georges Scelle, *Essai sur les sources formelles du droit international*, Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Génys, 1934, s. 400. <www.gallica.bnf.fr> (Erişim Tarihi: 10.09.2014)

⁴¹ Cassese, s. 211.

⁴² Cassese, s. 211.

⁴³ Cassese, s. 211-212.

kapsayıcı olan düzenlerden daha üstte olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla uluslararası hukuk, ulusal hukuka üstündür. Bunun nedeni ise uluslararası hukuki düzenin, tekil ulusal hukuk sistemlerinin üstünde yer alması, kapsam olarak da daha büyük olmasıdır⁴⁴. Görüldüğü üzere Scelle monisttir. Bu monizmin nedeni ise hukukun aslında sosyolojik kaynaklı olmasıdır; sosyolojinin temel aktörü ise nihai olarak sadece ve sadece gerçek kişiler ve gerçek kişi gruplarıdır. Yani son tahlilde, biyolojik varlıklardır. Demek oluyor ki, hukuk aslında biyolojik varlıkların yarattığı farklı toplumların pozitif ihtiyacıdır.

Tam da bu noktada Scelle ikili bir ayrıma gidecektir. Bu ayrım *objektif hukuk* ve *pozitif hukuk* arasındadır. Scelle'e göre objektif hukuk, doğal toplumsal dayanışmanın sağlanması için gerekli olan hukuktur⁴⁵ ve yapılması gereken sahada zaten mevcut olan bu sosyal eğilimin pozitif hukuka evrilmesi, dönüştürülmesidir⁴⁶. Daha açık bir ifade ile yinelemek gerekirse, objektif hukuk "temel sosyal ihtiyaçlara uyarlık gösteren kuralları" bünyesinde barındırmalıdır⁴⁷. Temeli biyolojik olan sosyal ihtiyaçlar bağlantısı nedeniyle aslında hukukun kaynağı da biyolojiktir, çünkü insanların "yaşam şartlarının yansıması"ndan başka bir şey değildir. "Objektif Hukuk, mutlak, soyut ve gerçeklerden uzak haklardan ziyade, somut bağlamlara uyumlaştırılmış yetkileri (compétences) kapsamaktadır"⁴⁸. Objektif hukukun kaynağı devlet iradesi veya uluslararası düzlemde kabul edildiği üzere, birden fazla devlet iradesinin uyuşması değildir⁴⁹. Objektif hukuk, toplum (le fait social) kaynaklıdır ve ondan doğar⁵⁰. Hangi seviyede olursa olsun, tüm hukukların kaynağı biyolojik olduğundan, hukukun birliğinden bahsetmek mümkün görünmektedir.

⁴⁴ Cassese, s. 212.

⁴⁵ Jouannett, s. 94.

⁴⁶ Diggelmann, s. 1164.

⁴⁷ Diggelmann, s. 1163.

⁴⁸ Diggelmann, s. 1164.

⁴⁹ Thierry, s. 198.

⁵⁰ Andreas Fischer-Lescano/Philip Liste, *Völkerrechtspolitik: Zu Trennung und Verknüpfung von Politik und Recht der Weltgesellschaft*, Zeitschrift für Internationale Beziehungen, 12. Jahrgang, Heft 2, 2005, s. 216, 11. Dipnot; Scelle, *Essai sur les sources formelles*, s. 400; Thierry, s. 198.

Pozitif hukuk ise objektif hukukun “hukuk sistemi tarafından desteklenen ve yaptırıma bağlanan yetkilere” döndürülmesinden başka bir şey değildir. Eğer bu dönüştürme başarılı bir şekilde gerçekleştirilmiş ise, o zaman aynı anda sosyal mahiyetini de korumuştur; yani sosyal veya doğal dayanışmayı sağlayıcı, destekleyici bir mahiyettedir. Eğer bu özelliği yoksa dönüştürme süreci başarısız olmuştur ve ortaya çıkan sonuç “anti-sosyal” hukuktur⁵¹.

Burada bahsedilen toplumsal dayanışma veya doğal dayanışma, uluslararası düzeyde var olduğu gibi, ulusal düzlemde ve hatta daha küçük boyutlarda da vuku bulmaktadır. Bu ilişkilerin en kapsamlısı olan uluslararası dayanışmaya uygun hukuk olan uluslararası hukuk da doğası gereği ve geniş kapsayıcılığı nedeniyle hiyerarşik anlamda daha üstün hukuk kabul edilmelidir⁵².

Scelle’in düşüncesine göre birtakım temel sosyal fonksiyonlar söz konusudur ve bu fonksiyonların varlığı bir hukuk düzeninin varlığından bahsedebilmek için şarttır. Scelle’e göre, bir hukuk düzeninin varlığından bahsedebilmemiz için, o hukuk düzeninin yasama, yargı ve yürütme fonksiyonlarını yerine getirebilecek kapasitede olması elzemdir⁵³. Uluslararası hukuk işte bu noktada bazı eksiklikler sergilemektedir. Uluslararası hukukun daimi olarak sergilediği eksiklik “tüm toplum adına hareket eden yasama, yargı ve yürütme organlarının olmamasıdır”⁵⁴. Bu kalıcı organların yokluğu bir eksikliktir ama bu fonksiyonlar yine de yerine getirilmektedir. Kalıcı birimler ve örgütler yerine ulus devlet görevlileri, çifte bir rolü üstlenmektedir. Bir devlet görevlisi evveleminde kendi ulusal düzeni içinde bir takım görevleri yerine getirmektedir. Bununla beraber, bir devlet görevlisinin uluslararası hukuk düzeni içinde fonksiyon eda etmesi de söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla duruma göre ulusal bir görev ifa eden bir yargıç, uluslararası özellik içeren bir anlaşmazlığın çözümünde karar verdiğinde, uluslararası hukuk düzenine geçmiş ve bu düzen içinde bir etki yapmış

⁵¹ **Diggelmann**, s. 1164.

⁵² **Rudolf Meyer**, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Wallstein Verlag, Göttingen 1994, s. 121.

⁵³ **Cassese**, s. 212.

⁵⁴ **Cassese**, s. 212.

olmaktadır. Görüldüğü üzere, görünüş itibarıyla aynı makamda aynı işi yapan bir yargıç, kullandığı hukuk ve önüne gelen uyumsuzluğun mahiyeti nedeniyle ayrı hukuk düzenlerinde fonksiyon ifa edebilmektedir⁵⁵. İkinci durumda hâkim, Scelle'in kuramına göre bir nevi uluslararası yargılama makamı olarak görev yapmaktadır. Demek oluyor ki aynı makamda aynı unvan altında görev ifa eden bir gerçek kişi, aynı zamanda iki ayrı hukuk düzeninde görev ifa edebilmektedir⁵⁶. Bu ayrılmaya Scelle *dédoublement fonctionnel* adını verir. Bu fonksiyonel bölünme sayesinde uluslararası hukuk düzeninde şeklen var olmadığını bildiğimiz kalıcı yasama, yargı, yürütme makamlarının eksikliği kapatılmaktadır. Uluslararası sistem bu konuda eksikliğini ulusal düzenlerden veya uluslararası hukuktan kaynaklanan yetkilerini kullanan gerçek kişiler eliyle gidermektedir. Uluslararası toplumun bu *modus operandi* ile illebet çalışması Scelle tarafından öngörülmüş değildir. Scelle doğal olarak uluslararası toplumun anayasal düzeninin kurulacağını savunmakta, sadece o zamana kadar diğer (ulusal) aktörlerin, aslında uluslararası düzene ait olan ve o düzen tarafından yerine getirilmesi gereken görevleri üstlenerek bu eksiklikleri giderdiğini düşünmektedir⁵⁷. Demek oluyor ki *dédoublement fonctionnel* ancak geçici bir çözüm olarak kuramda yerini almaktadır.

Scelle'in uluslararası ve diğer düzeylerde hukukun kaynağı olarak gördüğü sosyal dayanışma neticesinde işbirliği gibi konularda, o düzlemlerde aktif aktörler arasında daha derin ilişkilerin kurulması beklenmektedir. Bu da giderek federatif bir yapıya uluslararası bağlamda da evrilmek anlamına gelecektir. Milletler Cemiyeti tecrübesini inceleyen Scelle, bu teşkilatın kurulması ile uluslararası toplumun yapıcı federalizm yönünde bir çaba sergilemiş olduğunu ifade etmektedir⁵⁸. Dolayısıyla, uluslararası örgütlerin

⁵⁵ Cassese, s. 212-213.

⁵⁶ Fischer-Lescano ve Liste, *dédoublement fonctionnel'e* işaret eden başka düşünürler de olduğunu ancak bu duruma ilk dikkat çekenin Scelle olduğunu hatırlatmaktadır, Fischer-Lescano/Liste, s. 223.

⁵⁷ Kasirer, s. 381.

⁵⁸ Georges Scelle, *Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, Tome 55, 1936, s. 101'den aktaran Cassese, s. 214.

kurulması ve bu örgütlerdeki işbirliği imkânları, kendi kuramının da göstermiş olduğu gelişim yönünü teyid eden olgular olarak değerlendirilmelidir.

III. SCELLE'İN KURAMININ GÜNÜMÜZ HUKUK UYGULAMALARI İŞİĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası hukuk sorunlarına kuramsal yaklaşımlarda günümüzün en bilinen isimlerinden olan Martti Koskenniemi, Scelle'in kuramının, II. Dünya Savaşı sonunda başat uluslararası ilişkiler ortamını yaratan en önemli etken olan Soğuk Savaş nedeniyle siyasal anlamda güncelliğini ve kuvvetini yitirdiğini ifade eder. Koskenniemi'ye göre, Scelle'in kuramı yeterince gerçekçi olmayan bir programdır⁵⁹. Avrupa Toplulukları'nın kurulmasına öncülük edecek olan, 9 Mayıs 1950 tarihli Schuman Deklarasyonu'nun hazırlanması sürecinden Scelle'in dışlanmış olması, Koskenniemi'ye göre, Scelle ve kuramının düşmüş olduğu durumu ve kuramın (sözde) kifayetsizliğini açıklamaya yeterlidir. Koskenniemi'nin düşüncesine göre bu dışlama, Deklarasyon'a hazırlık çalışmalarını yürütenlerce, Scelle ve kuramının, "geçmişin şişelerinde muhafaza edilen eskimiş şaraplar" olarak nitelendirildiğinin en büyük ispatıdır⁶⁰.

Biz bu konuda Koskenniemi kadar kesin konuşmanın doğru olmadığını düşünüyoruz. Scelle'in kuramının bir zamanlar sahip olduğu popülerite ve uyandırdığı ilgi bir yana, günümüz için de hâlâ betimleme ve öngörme konularında sunacak katkıları olduğu düşüncesini taşımaktayız. Scelle'in kuramının günümüz için de ilgili olduğunu düşünmemize sevk eden çok sayıda gelişmeden bahsedilebilir. Bunlardan ilk olarak, Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesi ile gerçekleştirilmiş olan düzenleme ele alınacaktır.

A. Türk Ceza Hukukunda Evrensel Yetki

Kural olarak, ceza yargılamasında şahsılık veya mülkilik ilkesi aranır. Bunlardan birincisiyle kastedilen, ilgili ulusal hukuk düzeninin kendisini yetkili görebilmesi için kişiler (fail-mağdur) bağlamında kendisiyle bir ilgisinin tesisinin gerekli olmasıdır. Yine söz konusu eylemin o devletin

⁵⁹ Koskenniemi, s. 338.

⁶⁰ Koskenniemi, s. 338.

ülkesinde işlenmiş olması da alternatif olarak ulusal yetkinin temeli olarak görülmektedir⁶¹.

Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesine göre; soykırım ve insanlığa karşı suçlar gibi suçları işlediği iddia edilen kişiler, bu kişilerin tabiiyetleri, suçları kime karşı ve nerede işledikleri dikkate alınmaksızın, Türkiye'de ve Türk kanunları gereğince yargılanabilecektir⁶². Bilindiği üzere, soykırım ve insanlığa karşı suçlar, ilk olarak uluslararası hukuk ve uluslararası ilişkiler sorunları olarak ortaya çıkmıştır. Uluslararası aktörlerin, bir uluslararası ceza yargılamasına olan ihtiyaca dikkat çekmeleri oldukça eski sayılabilecek bir gelişmedir. 19. yüzyılın başlarından 20. yüzyılın sonlarına kadar bu konuda bazı planlar ileri sürülmüşse de somut adımlar atılabilmesi II. Dünya Savaşı sonunda başarılmıştır⁶³.

Soykırım suçunun suç olarak kabul edilmesinde Raphael Lemkin'in kişisel çalışmaları önemli rol oynamıştır. Polonya kökenli bir Musevi olan Lemkin, Hitler Rejiminin yaratmış olduğu terör ortamında hayatını kaybeden milyonlarca Avrupalının katillerinin olağan ceza kanunlarında düzenlenmiş suçlardan daha şeytani özellikte olan bir suçun kurbanı olduğu düşüncesindedir. Lemkin'in ve uluslar arası toplumun çalışmaları neticesinde soykırım suçu uluslararası hukukta tanımlanmıştır⁶⁴.

İnsanlığa karşı suçlar ise en son 1998 tarihli Roma Statüsü'nün 7. maddesinde tanımlanmıştır. İnsanlığa karşı suçlar, Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin inceleyebileceği suçlardan biridir. Görüldüğü üzere Türk ulusal mevzuatı, uluslararası hukuk kaynaklı bazı suç

⁶¹ Devrim **Aydın**, *Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 94, s.132; Xavier **Philippe**, The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How Do the Two Principles Mesh?, *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 862, June 2006, s. 377.

⁶² **Aydın**, s. 140; İzzet **Özgenç**, *Türk Ceza Kanunu: Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 152-153.

⁶³ Konunun tarihi gelişimi hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Leila Nadya Sadat**, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, New York 2002, s. 21-30.

⁶⁴ The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948, 78 United Nations Treaty Series, 277, 1951.

kategorilerini kendi bünyesine almayı kabul etmiş ve bunu da başarmıştır⁶⁵. Kanunun TBMM Adalet Komisyonu tarafından hazırlanan gerekçesinde “Türk kamu düzeninin korunmasının *ötesinde*, uluslararası hukukun yanı sıra diplomatik ve siyasi değerlendirmeyi gerektiren bir yönünün” de olduğu hatırlatılarak, düzenlemenin uluslararası mahiyetine de açıkça atıfta bulunulmaktadır⁶⁶.

Yukarıda bahsedildiği gibi, Scelle’in hukuka bakışı monist bir özellik taşır. Ona göre her hukuk düzeni neticede biyolojik kökenlidir. Scelle’e göre, *dédoublement fonctionnel* yoluyla bir ulusal hâkim, hem uluslararası hem de ulusal hukuk düzenlerinin vazgeçilmez özelliklerinden olan yargılama fonksiyonunu yerine getirebilir. TCK’nın 13. maddesini uygulayacak bir hâkim tamamen ulusal özellikte olan bir yetkiyi kullanmakta ve ulusal hukuk metinleri ışığında yargılama yapmaktadır. Buna rağmen, aslında uluslararası camiayı bir bütün olarak ilgilendiren bir suçu ele aldığından *uluslararası dayanışmanın gerektirdiği* bir görevi yerine getirmektedir. Bu nedenle, ulusal hâkimin yaptığı esas olarak uluslararası hukuk düzeninin yargılama fonksiyonunu yerine getirmektir.

Bu hususta hatırlatılması gereken bir diğer konu da evrensel yetkiye ilişkin düzenlemelerin son yıllarda artış göstermesidir. Evrensel yetki, “işlenen suçun yerine yahut fail veya kurbanın tabiiyetine bakılmaksızın, belli bazı suç kategorilerinde sorumluların cezai takibata uğramasının” sağlanmasıdır⁶⁷. Evrensel yetkinin altında yatan mantık, işlenen bazı suçların doğaları gereği tüm insanlığa ilişkin suçlar olmasıdır⁶⁸. Bu suçlar öyle ağır insan hakları ihlalleridir ki, tüm insanlığın vicdanını rahatsız etmektedir⁶⁹. Bu nedenle, bu tip suçlara kolektif bir reaksiyon gösterilmelidir. Bundan elli yıl önce bu kadar ön planda olmayan bu mahiyetteki düzenlemelerin ulusal

⁶⁵ Türk Ceza Hukuku’nda düzenleme bulmuş soykırım ve insanlığa karşı suçlar hakkında daha kapsamlı bilgi için bkz. Ersa **Şen/Erkam Malbeği**, *Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 21-69.

⁶⁶ **Özgenç**, s. 152 (Vurgu bana ait).

⁶⁷ **Philippe**, s. 377.

⁶⁸ **Aydın**, s. 143.

⁶⁹ Serhat Sinan **Kocaoğlu**, *Evrensel Yetki*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 60, 2005, s. 192; **Philippe**, s. 377.

düzenlemelerde yer bulması da *sosyolojik ihtiyaçlar* karşısında hukukun nasıl değişim gösterebileceğini bizlere ikna edici bir şekilde göstermektedir⁷⁰. Xavier Philippe, Pinochet ve Hissené Habré gibi devlet başkanları hakkında cezai takibat başlatılmış olmasını, uluslararası toplumda gerçekleşen ciddi değişikliklerin birer yansıması olarak nitelendirmektedir⁷¹. Kocaoğlu'nun da hatırlattığı üzere bu yetki "Belçika'dan, Amerika Birleşik Devletleri'ne kadar birbirinden farklı olan hukuk sistemlerindeki uygulamaları ile... *son yirmi senede* dünyada uluslararası hukuk alanına damgasını vurmuş bir kavramdır"⁷². Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, sahadaki gerçeklikte kendisini hissettiren objektif toplumsal ihtiyaçlar sonucunda pozitif hukukta da önemli değişiklikler cihetine gidilmektedir.

B. Liman Devletinin Uluslararası Toplum Adına Çevreyi Koruması

Scelle'in kuramının en temel önermelerinden birisi de yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının bir hukuk düzeninin varlığı için şart olması ve fakat bu fonksiyonları yerine getirecek kurumların uluslararası toplumda bulunmamasıdır. İşte bu nedenle ulusal veya diğer aktörler uluslararası hukuk düzenine, sahip oldukları yetkileri kullanarak nüfuz etmekte ve o hukuk düzeninin ihtiyaç duyduğu fonksiyonları yerine getirmektedir. Kolektif olarak uluslararası toplumun yerine getiremediği bu görevlerin başka aktörler tarafından yerine getirilmesine gösterilebilecek bir başka örnek de Uluslararası Deniz Hukukundan kaynaklanmaktadır. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin⁷³ 218. maddesi böyle bir *yetkinin* kullanılmasını öngörmektedir. Maddeye göre, tekil aktörler kendi yetki

⁷⁰ Konusunun tarihi gelişi hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Kocaoğlu**, *Evrensel Yetki*, s. 193-207.

⁷¹ **Philippe**, s. 375-376.

⁷² Serhat Sinan **Kocaoğlu**, *Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 1, 2010, s. 80-81, (Vurgu bana ait).

⁷³ United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations Treaty Series, Vol. 1833, 1994, s. 3 vd.

alanları dışında kalan bölgelerle ilgili olarak tüm uluslararası toplumu ilgilendiren konularda faaliyette bulunabilecektir. 218. maddeye göre⁷⁴:

“Bir gemi, kendi arzusu ile bir limanda veya açıktaki bir terminal tesisinde bulunduğu, Liman Devleti iç sularının, karasularının veya münhasır ekonomik bölgesinin ötesinde, yetkili uluslararası kurulu veya bir genel konferans aracılığı ile tespit edilmiş kuralları ve ilkeleri ihlal ederek boşaltılan atık hakkında, kovuşturma başlatabilir ve doğrulayıcı kanıtlar varsa dava açabilir.”

Madde metninde açıkça görüldüğü üzere, ilk olarak, bir kıyı devletinin egemenliği veya diğer yetkileri altında bulunan deniz alanları (iç sular, karasuları, münhasır ekonomik bölge) sayılmıştır. Sayılan bu alanların dışında kalan uluslararası sular ya da başka ülke egemenliği yahut yetkisi altındaki deniz alanlarına ilişkin kullanılmak üzere bir ulusal yetki, liman devletlerine tanınmıştır⁷⁵. Bu maddenin yetkilendirmesi ile liman devleti, kendisine herhangi bir çevresel zarar verilmiş olmasa dahi, uluslararası sularda veya başka ülkelerin hakları altında bulunan sularda gerçekleşmiş kirlenmeler hakkında yaptırım uygulayabilir. Dolayısıyla bu madde ile liman devletleri deniz alanlarının çevresel korunması hususunda, uluslararası toplum adına hareket eden bir birim veya organ yetkisini kazanmış olmaktadır⁷⁶. Liman devleti, tekil devlet olarak kendi hak ve menfaatlerini korur durumda olmanın ötesine geçmiştir. Artık liman devletleri, uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren bir konu hakkında yetkilendirilmiştir. Bu konuda kullanacakları yetkiler uluslararası hukuktan doğmaktadır ancak arkaik birçok kuramın savladığı gibi yalnızca ulusal menfaatlerinin korunması söz konusu değildir. Bilâkis, liman devletinin, kamu görevlileri veya hâkimleri uluslararası düzenin idari ve yasama fonksiyonları yerine getireceklerdir. Bu gelişme de Scelle’in *dédoublement fonctionnel* terimini hatıra getiren önemli bir gelişme

⁷⁴ Maddenin çevirisi Şule Anlar Güneş’in eserinden alınmıştır, bkz. **Şule Anlar-Güneş**, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s. 20.

⁷⁵ Yoshifumi **Tanaka**, *Protection of Community Interests in International Law: The Case of the Law of the Sea*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 15, 2011, s. 350-351.

⁷⁶ **Tanaka**, s. 351.

olarak görülmelidir. Bu madde, kanaatimizce Scelle'in kuramının açıklama kuvvetinin devam ettiğine iyi bir örnek teşkil etmektedir.

C. Avrupa Entegrasyonu

Scelle tarafından geliştirilen hukuk kuramında kaçınılmaz olarak federatif bir eğilim gözlenmektedir. Scelle için önemli olan, gerçek şahıslar arasındaki ilişkilerin, dolayısıyla da dayanışmanın kolaylaştırılmasıdır⁷⁷. Koordinasyon düzeninden yani devletlerarası yapılardan devlet-üstü bir yapıya geçiş de Scelle'in tarif ettiği gelişimin doğal bir sonucu olarak görülmelidir. İşte bu nedenlerle Avrupa Toplulukları ve giderek Avrupa Birliği bünyesinde sağlanan gelişmeler ve elde edilen belli bir entegrasyon düzeyi Scelle'in kuramının bir diğer doğrulayıcısı olarak görünmektedir. Thierry de bu konuda benzeri düşüncededir. Ona göre⁷⁸:

“İki küresel savaşa neden olan Avrupa devletleri arasındaki güç ilişkileri ve düşmanlıklar yerini dayanışmaya dayanan ilişkilere vermiştir. ... Böylece, AB pozitif hukuku Scelle'in ifadesiyle, objektif hukukun dönüştürülmesi gibi görünmektedir.”

Görüldüğü üzere AB Hukuku tarihi, toplumsal olarak katlanılmaz hâle gelen klasik uluslararası siyaset anlayışından, daha fazla dayanışma ve yardımlaşmayı öngören bir pozitif hukuka dönüşmenin de ifadesidir. Bu dönüşümün tarihi incelendiğinde gittikçe artan oranda bir federatif eğilim de aşikâr bir şekilde göze çarpmakta ve Scelle'in öngörülerini tasdik etmektedir.

SONUÇ

Scelle'in yaklaşımına göre hukuk, toplumsal ve biyolojik süreçlerin birer ifadesi, bir tercümesidir. Bu toplumsal ve biyolojik süreçler de doğal olarak nihayetinde federalizme doğru bir dönüşümü gerekli kılmaktadır⁷⁹. Scelle, bu yaklaşımı ile sınırlı bir bakış açısına sahip olan, kralların ve hükümdarların dünya ve eylemlerine yoğunlaşmayı tercih eden klasik tarih anlatımından, daha toplumsal olan ve sıradan insan ve insan gruplarının ihtiyaç ve taleplerine önem veren bir tarih ve siyaset algılamasına geçmek

⁷⁷ Cassese, s. 231.

⁷⁸ Thierry, s. 208.

⁷⁹ Koskenniemi, s. 327.

istemiştir⁸⁰. Hukuku da bu sosyal ve biyolojik etkileşim üzerinden, yani devletin ötesine geçen bir şekilde tanımlamak istemiştir⁸¹. Bir anlamda Scelle hukuku topluma açmak istemektedir. Bu, Scelle'in Alain'den etkilenerek geliştirdiği "siyasal oligarşiler ve ulusalcı retorik" karşıtı tavrı ile daha belirgin bir hâle gelmektedir. Bu nedenle Scelle'in tasavvur ettiği hukuk oligarşik veya ulusalcı değildir, bilâkis toplumsal talep ve ihtiyaçlara uyan ve federalist eğilim sergileyen bir hukuftur. Böylelikle devlet, kişilerin ve kişi gruplarının menfaatlerine hizmet edecek bir çerçeve mahiyetine bürünecektir⁸².

Scelle hukukun kaynağını toplumda ve bireyde bulduğu için pozitivisttir. Bununla kast edilen pozitivism, uluslararası hukuk tartışmalarında, yalnızca devlet iradesine belirleyicilik atfeden ve hukuku, devlet iradelerince usulüne uygun olarak vazedilmiş kuralların incelenmesine indiren hukuki pozitivismden farklıdır. Bununla beraber, Scelle bu biyolojik pozitivist anlayışına belli bir özcülük ve idealizm de katmıştır. O'na göre her türlü hukuki değişim yönü federal olmalıdır. Burada Scelle'in pozitivisminin, gizli bir takım kabullenimleriyle, liberal idealist bir özelliğe de büründüğünü ifade etmek mümkündür.

Scelle'in teorisinin günümüzde hâlâ betimleme veya yol gösterme özelliklerini haiz olduğu kanaatindeyiz. Bilindiği üzere, Avrupa Toplulukları'nın kurulmasına Robert Schuman, yapmış olduğu Deklarasyon ile çok önemli bir katkı sağlamış, bu yapının oluşumdaki ivmeyi yaratmıştır. Koskenniemi'nin alaycı bir şekilde ifade ettiği ve "Scelle bu deklarasyonda yoktur, çünkü eskimiştir" şeklinde özetlenebilecek tezini doğru bulamıyoruz. Bilâkis, AB Hukuku ve AB Entegrasyonu, Scelle'in kuramının en kuvvetli delillerinden olarak ortadadır. Bu konuda Scelle, olanı açıklamaktan da öteye geçerek, en azından Avrupa'da, gelecekte gözlenecek olan federal eğilimi öngörmeyi başarmıştır. Aynı şekilde, İnsan Hakları, Uluslararası Ceza Hukuku ve Deniz Hukuku alanlarındaki gelişmeler ışığında; Scelle'in kuramının, bir kuramdan beklenmesi gereken betimleyici ve yol gösterici özellikleri, geçen onca yıla rağmen hâlâ taşıdığını düşünmekteyiz.

⁸⁰ Koskenniemi, s. 327.

⁸¹ Carty.

⁸² Carty.

Kaynakça

- Anlar-Güneş**, Şule; *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s. 1-37.
- Arıboğan**, Deniz Ülke; *Kabileden Küreselleşmeye: Uluslararası İlişkiler Düşüncesi*, Mavi Ada Yayıncılık, İstanbul 1998.
- Aydın**, Devrim; *Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 94, s. 131-148.
- Carty**, Anthony; *Sociological Theories of International Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, March 2008.
- Cassese**, Antonio; *Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dédoublément fonctionnel) in International Law*, European Journal of International Law, Volume 1, No. 1/2, 1990, s. 210-231.
- Çelik**, Edip; *Milletlerarası Hukuk*, Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975.
- De Frouville**, Olivier; *Une conception démocratique du droit international*, Revue européenne des sciences sociales, XXXIX-120, 2001, s. 101-144.
- Diggelmann**, Oliver; *Georges Scelle (1878-1961)*, The Oxford Handbook of the History of International Law, Ed.. Bardo Fassbender/Anne Peters, Oxford 2012, s. 1162-1166.
- Fischer-Lescano**, Andreas/Philip Liste; *Völkerrechtspolitik: Zu Trennung und Verknüpfung von Politik und Recht der Weltgesellschaft*, Zeitschrift für Internationale Beziehungen, 12. Jahrgang, Heft 2, 2005, s. 209-249.
- Guieu**, Jean-Michel; *The Debate about a European Institutional Order among International Legal Scholars in the 1920s and its Legacy*, Contemporary European History, Volume 21, Issue 3, s. 319-337.
- Güriz**, Adnan; *Hukuk Felsefesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996.
- Jouannet**, Emmanuelle; *A Century of French International Law Scholarship*, Maine Law Review, Vol. 61, Issue 1, 2009, s. 83-131.

- Kasirer**, Nicholas; *A Reading of Georges Scelle's Précis de droit des gens*, The Canadian Yearbook of International Law, 1986, s. 372-385.
- Knutsen**, Torbjon L.; *Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi*, Açılım Kitap, İstanbul 2006.
- Kocaoğlu**, Serhat Sinan; *Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 1, 2010, s. 67-93.
- Kocaoğlu**, Serhat Sinan; *Evrensel Yetki*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 60, 2005, s. 189-213.
- Koskenniemi**, Martti; *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2004.
- Meyer**, Rudolf; *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtsstradition*, Wallstein Verlag Göttingen 1994.
- Özgenç**, İzzet; *Türk Ceza Kanunu: Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- Philippe**, Xavier; *The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How Do the Two Principles Mesh?*, International Review of the Red Cross, Volume 88, Number 862, June 2006, s. 375-398.
- Sadat**, Leila Nadya; *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, New York 2002.
- Scelle**, Georges; *Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international*, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, Tome 55, 1936.
- Scelle**, Georges; *Essai sur les sources formelles du droit international*, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, 1934, s. 400-430.
- Scelle**, Georges; *The Second League Assembly*, The Living Age, 24 December 1921, s. 759-765.

Sick, Klaus-Peter; *A New Idea of Europe: The Liberal Internationalism of the Nouvelle Revue Française (1919-1925)*, European Political Economy Review, Volume 1, No. 1, 2003, s. 105-117.

Şen, Ersan/Erkam **Malbeği**; *Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

Tabbal, Michel; *Georges Scelle (1878-1961)*, <www.academia.edu>.

Tanaka, Yoshifumi; *Protection of Community Interests in International Law: The Case of the Law of the Sea*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 15, 2011, s. 329-375.

Tanca, Antonio; *Georges Scelle (1878-1961): Biographical Note with Bibliography*, European Journal of International Law, Volume 1, No. 1/2, 1990, s. 240-249.

Thierry, Hubert; *The European Tradition in International Law: Georges Scelle*, European Journal of International Law, Volume 1, No. 1/2, 1990, s. 193-209.

Hukuki Metinler

United Nations Convention on the Law of the Sea, *United Nations Treaty Series*, Volume 1833, 1994.

The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948, *United Nations Treaty Series*, Volume 78, 1951.

**^H6545 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE
TÜRK CEZA KANUNU'NDA
REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (TCK m.104)**

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nihat KANBUR**

GENEL OLARAK

5237 Sayılı TCK m.104'te¹ düzenlenen “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçuna ilişkin fiiller, genel olarak karşılaştırıldığında, 765 Sayılı TCK m.416/son'da² düzenlenmişti. 15 Yaşını doldurmuş çocuklar ile kurulan cinsel ilişkiye yönelik fiiller, 765 Sayılı TCK bakımından ırza geçme suçunu düzenleyen m.416 içinde düzenlenmişti. Dolayısıyla bu tür fiiller rızaen

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı (Antalya / 02423106455 / nkanbur@yahoo.com)

¹ **6545 Sayılı Kanun m.60 ile değişiklik sonrası madde metni: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki MADDE 104 (1)** *Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.*

6545 Sayılı Kanun değişikliği öncesi madde metni şu şekildeydi: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki MADDE 104 (1) *Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile).*

² **765 Sayılı TCK - Madde 416/son:** “*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

cinsel ilişki olarak değil, ırza geçmenin mefruz (*varsayılan*) cebirle işlendiği bir suç tipi olarak değerlendirilmekteydi. Nitekim ırza geçme fiillerinin failinin sadece erkekler olarak kabul edilmesinden dolayı, 765 Sayılı TCK m.416/son hükmü, uygulamada, 15 yaşından büyük ama reşit olmamış bir kıza karşı işlenmiş fiiller olarak anlaşılmaktaydı³.

1956 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; 15 yaşından büyük ama reşit olmamış bir bayanla evlenme vaadiyle rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunarak mağdurun kızlığını kaybetmesine neden olan failin fiilinin, 765 Sayılı TCK m.423 “*evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu*” kapsamında değil, m.416/son (15-18 yaş arasında birisiyle cinsel ilişkiye girme) kapsamında olduğu belirtilmiştir⁴. Kızlığın kaybedilmiş olması hali ise m.418/son bakımından “*mayubiyet (ayıplılık)*” sayılarak, faile verilecek cezanın ağırlatılacağına hükmedilmişti. 5237 Sayılı TCK’da “*evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu*” bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiştir⁵. Aynı şekilde kızlık bozma şeklinde ortaya çıkan fiiller, failin cezai sorumluluğunu ağırlaştıran bir neden⁶ olarak da yer almamıştır⁷.

³ TCK m.104/1 düzenlemesi bakımından artık bu suç oluşturulan fiillerin failinin veya mağdurunun cinsiyetinin önemi kalmamaktadır. Bkz. **Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (*Genel Hükümler*), İkinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 824. Kadın veya erkek herkes bu suçun faili ve/veya mağduru olabilir. Hatta kanaatimizce bu tür fiiller aynı cinsten kişiler arasında da işlenebilecektir.

⁴ **YİBK 25.04.1956 tarih ve 1956/5 Esas ve 1956/2 Karar**. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, Cilt:3, s.662. Karar künyesi ve kaynak bilgisi için bkz. **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2002, s. 356, dipnot no. 96. Aynı şekilde Yargıtay, zina fiillerinin suç olduğu dönemde “*zina suçuna ortak olan bekar kadının ergin olmaması halinde kadın için zina suçunun oluşacağına, erkek için ise TCK m.416/son ...hükümünün uygulanacağı ve rızaen cinsel ilişkiden cezalandırılacağına...*” karar vermiştir (**Y.5.C.D. 06.03.1984 tarih, 42/871 sayılı karar**) ve (**13.11.1984 tarih, 3749/4226 sayılı karar**). Karar ve görüş için bkz. **Bakıcı**, Sedat; Uygulamada Zina Cürümleri -II-, Üçüncü Kesim - Kocanın Zinası, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/3, s. 469.

⁵ 765 Sayılı TCK m.423’te düzenlenmiş olan Evlenme Vaadiyle Kızlık Bozma Suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bakıcı**, Sedat; Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/1, s. 35.

⁶ Öğretide aksi yönde olarak, kızlığın bozulmasının 5237 Sayılı TCK döneminde de mağdurun “*beden veya ruh sağlığının bozulması hali*” kapsamında cezayı ağırlatıcı bir

Öğretide temyiz kudretine sahip olup da reşit olmayan küçükler ile yaşanan cinsel ilişkinin suç olmaması yönünde görüşler⁸ ileri sürülmüş olmakla birlikte, tasarının ilk metninde olmayan bu düzenleme adalet komisyonunda ağırlığı bulunan iki siyasi parti grup temsilcilerinin ısrarıyla eklenmiş⁹, uzun tartışmalar sonucu genel kurula bu şekliyle sunularak kanunlaşmıştır¹⁰.

6545 sayılı kanun m.60 hükmü ile TCK m.104'te düzenlenmiş bulunan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden ilki, suçun temel şeklinin cezası artırılmıştır. İkinci olarak maddeye kısmen “ensest” ilişkilerin suç haline getirildiği bir düzenleme eklenmiştir¹¹. Üçüncü olarak suçun evlat edinme ilişkisi -koruyucu aile

neden olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Akçin**, İhsan; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 32, Ocak-Nisan 2006, Sayı: 1-2, s. 124-125. Ayrıca bkz. **Akkay**, Erdem; Irza Geçme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1985 Sayı: 1-4, s. 653-657.

⁷ Öğretide vajinal ya da anal yoldan parmak sokulması halinde kızlık bozma hali ortaya çıksa bile, TCK m.104'deki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmayacağı yönündeki görüş için bkz. **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa; Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 3417. **Kanaatimizce** TCK m.104 ile kızlık bozma fiilleri arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. TCK m.104'de düzenlenen suçun tipinde kızlık bozma herhangi bir unsur olarak görünmemektedir. Ancak vajinal bölgeye parmak sokma fiili, maddenin düzenleniş amacına ve çocuğun korunmasına yönelik olarak geniş yorumlanırsa “cinsel ilişki” kapsamında değerlendirilebilecek ve suç oluşabilecektir. Fakat bu durumda dahi “kızlık bozma” hali suçta bir unsur veya nitelikli hal olarak değerlendirilemeyecek, sadece TCK m.61 hükmü çerçevesinde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde bir kıstas olarak uygulanabilecektir.

⁸ Bahse konu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sevük Yokuş**, Handan; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, Mart-Nisan 2005, s. 293 vd.

⁹ **Özgenç**, (Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi), s. 823-824.

¹⁰ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3413. Komisyon görüşmelerindeki tartışmalar için bkz. **Güney**, Niyazi/**Özdemir**, Kenan/**Balo**, Yusuf Solmaz; Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 349 vd.

¹¹ Bu düzenleme getirilmeden önce öğretide, ensest niteliğindeki fiillerin bu suç bakımından cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde eleştiriler getirilmiştir. Bkz. **Ünver**, Yener; Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların

ilişkisi- bakım ve gözetim yükümlülüğü ilişkisi çerçevesinde işlenmesi ayrıca bir fıkra olarak düzenlenmiştir. Bahse konu değişiklikler, ilgili kısımlarda değerlendirilecektir.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

15 Yaşını doldurmuş bir kişi ile cinsel ilişkiye girilmesine ilişkin fiiller 765 sayılı TCK'da "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" babında düzenlenerek, korunan hukuki değer olarak genel ahlak ve aile düzeni korunmuşken, 5237 sayılı TCK ile bu suçlar "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" içerisinde ve "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiş ve böylece korunan hukuksal yararın, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi olduğu belirlenmiştir¹². Bu suçla 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını doldurmamış kişilerin cinsel bütünlüğü korunmaktadır. Ceza kanunu reşit olmayanlara tam bir cinsel özgürlük tanımamış (*nisbi özgürlük*), 15 yaşını tamamlamış çocuğun temyiz kudretine sahip olsa de henüz cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını tam olarak algılayamayacaklarını kabul etmiştir¹³. Dolayısıyla temyiz kudretine sahip olsa bile, 15 yaşını tamamlamış çocuğun da cinsel bütünlüğü, kanun koyucu tarafından korunmak¹⁴

Eleştirel Olarak İncelenmesi, in. II. Türkiye - Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku" - (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara-Mayıs 2014, s. 51.

¹² **Sevük**, s.295, **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 s. 330, **Taner**, ise korunan hukuki yararın, çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi olduğunu söylemektedir. Bkz. **Taner**, Fahri Gökçen; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 328, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3414, **Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, C. I, s. 295. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen fiillerin 765 Sayılı TCK ve 5237 Sayılı TCK dönemi düzenleniş esasları hakkında bilgi için bkz. **Akçin**, s. 99 vd.

¹³ **Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 243.

¹⁴ Öğretide aksi yönde olmak üzere, onbeş yaşını doldurmuş bir çocuğun rızasıyla gerçekleşen cinsel ilişki fiilinin suç sayılmasını, cinsel suçlarla cinsel dokunulmazlığın korunduğu yönündeki anlayışla bağdaştırmanın mümkün olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. **Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005, s. 66, **Tezcan**,

istenmiştir¹⁵. Öğretide diğer bir görüşe göre ise, kişi cinsel özgürlüğünü rızasıyla kullansa dahi suç teşkil ettiğinden, burada korunan hukuki değer yalnız cinsel özgürlük olmayıp, aynı zamanda bu kişinin kişisel gelişimi, aile hayatı ve toplumun ahlakıdır¹⁶. Bu görüşte yer alan “*çocuğun kişisel gelişimi*”nin korunması hususunu kabul etmekle birlikte bu suçla “*aile hayatı*” ve “*toplumun ahlakı*”nın da korunduğu kabulüne katılmamaktayız¹⁷.

II. SUÇUN KONUSU

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konusu, üzerinde cinsel anlam içeren fiiller gerçekleştirilen çocuğun vücudu ve cinsel bütünlüğüdür¹⁸.

Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2012, s. 343 344.

¹⁵ Öğretide **Özgenç**'in belirttiği gibi, “*aslında onbeş yaşını dolduran çocuklar cinsel farkındalık dönemine girmişlerdir. Fakat henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olmamaları dolayısıyla TBMM’de bu tür fiillerin suç olarak düzenlenmesi yönünde irade oluşmuştur.*” Bkz. **Özgenç**, (Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi), s.823–824. Fakat her ne kadar toplumda geçerli değer yargılarından hareketle böyle bir suç tipinin Kanuna konulduğu muhakkak olsa da, suçun düzenleniş şekli ceza hukukunun temel prensiplerine uymamaktadır. Öğretide bu husus eleştirilmiş ve düzenlemenin mahiyeti itibarıyla aksak olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **Üzülmöz**, İlhan; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar; www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc (Erişim Tarihi: 20.01.2015), s. 5-6. Aynı yönde bkz. **Gürkan**, Şeref/**Uğuz**, Ahmet; Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, in. Adalet Dergisi, Yıl: 98, Sayı: 27, Ocak 2007, s. 267.

¹⁶ **Memiş Kartal**, Pınar; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 132 ve 134.

¹⁷ Öğretide “*genel adap*” - “*genel ahlak*” - “*aile düzeni*” gibi kavramların artık yerini “*bireysel cinsel özgürlük*” kavramına bırakması gerektiği ve hukuksal anlaşılış şeklindeki bu değişikliğin, bu alandaki suç tiplerinin düzenleniş, yorum ve uygulanışını da doğrudan etkileyeceği yönündeki görüş için bkz. **Ünver**, (Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...), (Editör: Yener Ünver), s. 24.

¹⁸ Öğretide aynı yönde olmakla birlikte, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, çocuğun üzerindeki fiilleri, cinsel saldırı olarak ifade etmiştir. Bkz. age. s. 3417. Kanaatimizce yazarlar TCK m.102’deki “*cinsel saldırı*” terimini kastetmemektedirler. Çünkü her iki suçtaki fiiller nitelik ve terminolojik olarak birbirinden farklıdır.

III. FAİL

A. Genel Olarak

Suçun faili konusunda kanun metni, herhangi bir özellik belirtilmemiştir. Ancak öğretilerde failin yaşı, kanuni yollarla erginliğini kazanmış olması ve cinsiyeti bakımından tartışma bulunmaktadır. Aslında bu husus suçun mağduru ve suçun maddi unsuru ile de doğrudan bağlantılıdır. Belirtilmesi gereken bir diğer husus da TCK m.104'ün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ikinci fıkrasındaki faile ait özelliktir. TCK m.104/2'de "Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır." hükmü yer almaktayken, Anayasa Mahkemesi tarafından 25.02.2006 tarih ve 26091 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan karar¹⁹ ile bu düzenleme iptal edilmiştir²⁰.

¹⁹ **Karar gerekçesi şu şekildedir:** "5237 Sayılı Yasa'nın 104. maddesi uyarınca, suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikâyet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılabacaktır. Bu durumda, onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını doldurmamış çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikâyete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikâyete bağlı tutulmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konulardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun,

Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırma güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırımı ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur.

Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri gözardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda faillerin farklı duruma oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failer arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikâyete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Karara katılmayarak muhalefet şerhi koyan diğer üyelerin gerekçeleri bakımından özet bilgi için bkz. **Memiş Kartal**, (*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...*), s. 129.

²⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 342, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3414. Kanun koyucunun neden beş yıllık bir yaş farkını bu şekilde düzenlediği belirsiz olsa da, öğretide bir çocuğa karşı ondan 5 yaş büyük bir kişinin geri döndürülemez şekilde cinsel istek duyması "pedofili"nin (çocuk sapkınlığının) nadir de olsa görüldüğü bir türü olduğu belirtilmektedir. Bkz. **İpekçioğlu**, Aksoy Pervin; Cinsel Suçları Önlemede Kastrasyon Seçeneği, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 6, Sayı: 17, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2011, s. 109. Belki de kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya sevk eden bu düşüncedir. Ayrıca bkz. **Kangal**, Zeynel; Fransa'da Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar, in. İstanbul Üniver-

B. Failin Cinsiyeti Bakımından Tartışmalar

Öğretide bazı yazarlara²¹ göre suçun faili sadece erkek olabilir, bir kadının başka bir kadına karşı bu suçu işlemesi mümkün değildir²². Yargıtay da bu suçun failinin erkek olabileceğini kabul etmektedir²³. Maddede failin cinsiyeti bakımından herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle *kanaatimizce* bu suçu bir kadın, bir başka kadın veya erkeğe karşı işleyebileceği gibi, bir erkek de, bir kadın veya bir başka erkeğe karşı işleyebilir²⁴. Aşağıda ayrıntılı ve gerekçeli bir şekilde açıklayacağımız üzere bu kanaate “*cinsel ilişki*” kavramını geniş yorumlamak suretiyle ulaşmaktayız.

C. Failin Yaşı ve Kanuni Yollarla Erginliğini Elde Etmiş Olması Bakımından Tartışmalar

Kanaatimizce bu suçun faili 18 yaşını doldurmuş olan kişidir²⁵. Madde başlığından²⁶ da anlaşılacağı üzere, hüküm aslında reşit olan bir kişinin, reşit

sitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Cilt: LX, Sayı: 1-2, 2002, s. 42. İptale konu olan fıkra hükmündeki yaş sınırının TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında önce üç olarak kabul edilip daha sonra beşe çıkarılması ve bu tür bir düzenleme ve değişikliğin yeterli bir bilimsel ve hukuki gerekçeye dayanılmaksızın yapılmış olmasına yönelik haklı eleştiri için bkz. **Be Yazıt**, Özgür; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, in. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Nisan 2010, Sayı: 1, s. 295.

²¹ **Şen**, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 405.

²² **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s.342.

²³ Bkz. **Y14.C.D. Esas: 2012/6729 - Karar: 2014/5373 (Karar UYAP’tan alınmıştır)**. Yargıtay bu sonuca, cinsel ilişki terimini dar yorumlayarak, ancak bir erkeğin kendi erkeklik organını mağdura ithal etmesini cinsel ilişki kabul etmek suretiyle ulaşmıştır. Kanaatimizce bu karara katılmak mümkün değildir. Hem fail başlığı, hem de suçun tipiklik unsurunda eylem başlığı altında, cinsel ilişki terimine yönelik değerlendirmelerimizde karara karşı gerekçeli eleştirilerimiz belirtilecektir.

²⁴ **Ünver**, (Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...), (Editör: Yener Ünver), s. 43-44; **Memiş Kartal**, (Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...), s. 135. Yine aynı yönde **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), 3414.

²⁵ Öğretide, aksi yönde olmak üzere, m.104 düzenlemesinin, failin 18 yaşını doldurmuş (*erişkin-reşit*) olması koşuluna yer vermediği ileri sürülmektedir. Bkz. **Yenidünya**, Ahmet Caner; 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, in. Legal Hukuk Dergisi, Sayı 33, s.3304. Öğretide **Ünver**, failin mutlaka 18

olmayan birisi ile kurduğu cinsel ilişkiyi suç olarak düzenlemiştir²⁷. Burada madde başlığında reşit olmayan kelimesi kullanılmışken, madde hükmü içerisinde 15 yaşını bitirmiş olan çocuk ifadesi kullanılması uygun olmamıştır²⁸. Çünkü fail bu duruma göre belirlenecek olduğu için, sanki evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla henüz 18 yaşını doldurmadan rüşte ermiş (*ergin olmuş*) olan çocukların da bu suç bakımından fail olabilecekleri gibi, maddenin amacı ile çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce burada kanun koyucunun amacı, kanuni yaş sınırı (*onsekiz*) itibarıyla rüşte ermiş ve cinsellik tasarrufta bulunma bakımından bilinçli olduğu hukuken kabul edilmiş birisinin, henüz yaş ve hukuken bu olgunlukta olmayan (*onbeş yaşını doldurmuş bir çocuk*) birisiyle cinsel ilişki kurması suç sayılmak istenmiştir. O halde bu suçun faili ancak 18 yaşını doldurmuş olan birisi olabilecektir.

Sadece evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla reşit kılınmış çocuklar, bu suçta fail olamazlar. Fail ile mağdur arasındaki akrabalık - yakınlık ilişkisi, fail olma bakımından özellik arz etmez. Bu anlamda üstsoy ile onbeş yaşını doldurmuş altsoy arasındaki fücür niteliğindeki (*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın yaşanan*) cinsel ilişki bakımından da üstsoyun failliği²⁹ söz

yaşını doldurmuş olması yönündeki görüşümüzün, kanunilik ilkesi ve madde metninin gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda kabul edilemeyeceğini, ileri sürmektedir. Bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 44.

²⁶ Adalet Alt Komisyonu Raporuna göre; madde başlıkları ve madde gerekçesi metnin ayrılmaz bir parçasıdır. Suçun mağdurunun belirlenmesi bakımından madde başlığının yorumlanması hakkında bkz. **Artuç**, Mustafa/**Gedikli**, Cemil; TCK-CMK-CGİK-ÇKK ile Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Kartal Yayınevi, Ankara 2007, s. 14. Ayrıca bkz. **Malkoç**, İsmail; Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, s. 437, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3415.

²⁷ Aynı yönde **Özgenç**, (*Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*), s. 824, **Hafizoğulları**, (*Cinsel Suçlar - Beşeri Cinsellik ...*), s. 7.

²⁸ Aynı yönde **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s.43, **Polat**, Halil; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 5, Sayı: 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2010, s. 192.

²⁹ Bkz. **Erem**, Faruk; Fücür İlişkisi, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 12, Temmuz 1986, Sayı: 3, s. 230-232. Fücür ilişkilerinin genelde kadının yaşı küçükken gerçekleştiği ve bu tür

konusu olabilecektir³⁰. Aynı şekilde 18 yaşını doldurmuş bir kişi ile kanuni şartlara uygun olarak evlenmiş olan çocuk arasındaki cinsel ilişkilerde de kocanın fail olma özelliği devam edecek, ancak fiil, Türk Medeni Kanunu kapsamında evlilik sözleşmesinden kaynaklanan kanuni bir hakka dayandığı için hukuka aykırı olmayacaktır. Bu husus hukuka aykırılık unsuru kısmında ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

D. Fail ile Mağdurun İkisinin de Onbeş Yaşını Doldurmuş Çocuklar Olmaları Bakımından Tartışmalar

Burada tartışılması gereken bir başka konu ise, cebir, şiddet ve hile olmaksızın³¹ kurulan cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15 yaşını

cinsi münasebetlere mecbur bırakıldığı hususundaki görüş için ayrıca bkz. **Erem**, Faruk; Yasak Evlenmeler, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 12, Ocak-Nisan 1986, Sayı: 1-2, s. 27.

³⁰ TCK m.104 kapsamındaki fiillerin, altsoy - üstsoy arasında yaşanması halinde çocuğun şikâyetinin bulunmaması halinde cezalandırılmayacağı ve çocuğun korumasız kalacağı yönündeki eleştiri için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (*Özel Hükümler*, 12. Baskı...), s. 196. **Kanaatimizce** burada esas olan mahkemenin tutumudur. Gerçekten cinsel ilişkinin elde edilmesine yönelik cebir, tehdit ve hile olup olmadığına çocuk psikiyatrinin-çocuk gelişim uzmanının-çocuk pedagogunun bulunduğu bir uzman heyet ile değerlendirilmesi ve en ufak bir manevi cebrin, potansiyel tehdidin, hilenin bulunması halinde çocuğun cinsel istismarı yönünde uygulama yapılması gerekir. Cebir, tehdit veya hilenin bulunmaması halinde ise çocuğun velayeti cinsel ilişkinin diğer tarafı olan üstsoydan alınarak, çocuk koruma kanunu hükümlerine göre çocuk, koruma altına alınmalı ve serbest irade ile şikâyet hakkını kullanıp kullanmayacağı belirlenmelidir. Ayrıca bu gibi durumlarda şikâyetin yapılmaması hainde, şikâyete tabi olmayan ve “*aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden birine kötü muamelede bulunulmasını cezalandırmakta*” olan TCK m.232 hükmünün uygulanması düşünülebilir. Ancak, her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını olanaklı kılmaz. Kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunması gereklidir.

³¹ Kanunda “rıza”dan bahsetmemesine rağmen **Soyaslan** “*cebir, şiddet ve hile olmaksızın*” ifadesini “*rıza*ya dayanan cinsel ilişki” olarak değerlendirmektedir. Bkz. **Soyaslan**, (2010...), s. 243. Cinsel ilişkiye yönelik rızanın varlığının tıp bilimi verileri çerçevesinde sorun - ana semptom - tipik bulgular şeklindeki değerlendirmeye ilişkin tablo hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yücel**, Mustafa Tören; Akıl Hastalığı, Bilinçli Onam, Libido Özgürlüğü, (*Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kritiği*), s. 2-3. <http://xa.yimg.com/kq/groups/21141539/1759585530/name/Ceza%20G.Kurul%20Karar%80%A0%A0%FD%20kriti%80%A0%A0%F0i.doc> (Erişim Tarihi: 31.03.2013).

bitirmiş çocuk olması halinde, suçun failinin kim olacağıdır³². Bu sorun madde metninde, tam olarak çözülmüş değildir³³. Madde metninden bu gibi hallerde her iki çocuğun da hem fail hem de mağdur olabileceği³⁴ sonucu ilk bakışta ortaya çıkmaktadır³⁵. Nitekim öğretide de bu yönde görüşler bulunmaktadır. Buna göre madde metninde failin yaşı açıkça belirtilmediğinden ceza sorumluluğu genel hükümlere göre belirlenecektir. Yani fail on sekiz yaşından küçük biri de olabilir³⁶.

Öğretide bir görüşe göre, aynı fiilde tarafların hem fail ve hem de mağdur olması ve her iki çocuk bakımından mağdur ve fail sıfatı birleştiğinden, bu çocukların TCK m.104'e göre cezalandırılmalarında tereddüt oluşacaktır³⁷. Diğer görüşe göre ise; cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin

³² Öğretide **Ünver**, bu suçun failinin 18 yaşından küçük olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **Ünver**, Yener; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, in. Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 317. Yazar, aynı yönde olmak üzere, cinsel ilişkinin taraflarından birinin aktif olarak cinsel ilişkide bulunması, diğerinin ise bu hareketleri kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilmesine rıza göstermesi halinde, aktif hareketleri gerçekleştirenin fail olarak kabul edilmesini savunmaktadır. Yazara göre, ilişki boyunca yahut farklı zamanlarda tarafların her ikisi de aktif hareketler gerçekleştirmişlerse bu durumda her biri kendi fiilleri bakımından oluşan suçun failidir. Bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 45.

³³ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 305, **Üzülmez**, s. 6, **Hafizoğulları**, Zeki/Güngör, Devrim; Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 69, s. 39. **Malkoç**, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, s. 152.

³⁴ Bu durumda her iki tarafın da şüpheli-mağdur sıfatında değerlendirilmesi gerektiği hususunda bkz. **Polat**, s. 191.

³⁵ TCK m.104 düzenlemesinin failini reşit kişi olarak kabul edilmesi halinde sorun ortaya çıkmayacağı, aksi durumda failin aktif taraf olan erkek olarak kabul edilmesinin doğuracağı sakıncalar hakkında eleştiri için bkz. **Aydın**, Didem Öykü; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, in. Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD-Hukuki Yorum ve Haber Dergisi), Sayı: 2, Sonbahar 2004, s. 161.

³⁶ **Yurtcan**, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s. 84.

³⁷ **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 195, **Yenidünya**, (5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s. 3305, Ayrıca bkz.

de 15-18 yaşları arasında olmaları halinde, her iki taraf da birbirlerini şikâyet etme hakkına sahiptir ve her ikisi de m.104 hükmü ile cezalandırılacaklardır³⁸. Öğretide bir diğer görüşe göre ise “*onbeş yaşını doldurmuş olmakla birlikte henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin birbiriyle olan cinsel ilişkileri, ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalmaktadır. Bu grup yaş küçükleri arasındaki cinsel ilişki sorunu, ancak toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenebilir.*”³⁹ Son olarak belirtmek gerekir ki, öğretide, fail ya da mağdurun cinsiyeti önemli olmaksızın, taraflardan hangisi cinsel ilişki bakımından diğerini ikna etmişse fail olarak, ikna edilenin ise mağdur olarak kabul edileceği ileri sürülmüştür⁴⁰.

Kanaatimizce bu sorunun çözümü, failin failini tespit ile mümkündür. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu suçta fail 18 yaşını doldurmuş olan bir kişidir⁴¹. Bu durumda cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15 yaşını doldurmuş, ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış olması halinde fiil m.104

Mahmutoglu, Fatih Selami; TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, in. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), 2. Kitap, Ankara 2004, s. 373.

³⁸ **Soyaslan**, (2010...), s. 244. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3415. Aynı yönde olarak yazarlar bu suçta failin yaşının genel hükümler dışında bir özelliğinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3414.

³⁹ Bkz. **Özgenç**, (*Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*), s. 824, **Hafizoğulları**, Zeki; Cinsel Suçlar - Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc (Erişim Tarihi: 02.03.2013), s. 8, **Beyazıt**, s. 299.

⁴⁰ **Artuk/Gökcan/Yenidünya**, (*Özel Hükümler, 12. Baskı...*), s. 195, **Malkoç**, (*Cinsel Saldırı Suçları...*), s. 156. Bahse konu tüm öğretici görüşleri, görüşlere yönelik eleştiriler ve son görüşe ilişkin örnekler için bkz. **Beyazıt**, s. 297-299.

⁴¹ Öğretide, onbeş yaşını doldurmuş bir çocuğun evlenme, yargısal erginlik yolu ya da başka herhangi bir suretle reşitliğini elde etmiş olması halinde de bu suçun faili olabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s.342. Ancak **kanaatimizce** burada failin yasal usullerle istisnai olarak sahip olabileceği rüşt değil, doğal olarak elde edeceği erginlik (*18 yaşın doldurulması koşulu*) esas alınmalıdır. Aksi durumda yaş grupları aynı olan çocukların, sırf yasal usullerle ve farklı amaçlarla verilmiş olan reşitlik sebebiyle farklı hukuki uygulamalara maruz kalmaları söz konusu olacaktır. Bu husus, eşitlik - bireylerin hukuki güvenliği - hukuk devleti gibi temel evrensel ceza hukuku prensiplerine de aykırılık teşkil edecektir.

kapsamına girmeyecektir⁴². Çünkü bu durum m.104'teki tipe uymamaktadır, kanun koyucu 16-18 yaşındaki iki kişinin cinsel ilişkisini cezalandırır tarza herhangi bir suç tipini 5237 Sayılı TCK'da düzenlemiş değildir. Kanun koyucu 16-18 yaşındaki iki kişinin cinsel ilişkisini cezalandırmak istemekteyse bunu karşılar tarzda bir suç tipi oluşturmalı, bu suç tipinde fiili cezalandırılabilir ve/veya güvenlik tedbiri uygulanabilir şekilde özel düzenleme getirmelidir. Aksi durumda 16-18 yaşındaki iki kişinin cinsel ilişkisi şeklindeki bu fiillerinin m.104 kapsamında suç olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Yargıtay ise aksi yönde vermiş olduğu bir kararda cinsel ilişkinin her iki tarafının da 16-18 yaş aralığında olması halinde bu fiilin TCK m.104 kapsamında olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay bahse konu kararda; *“cezaevinde mahkûm olan ve her ikisinin de yaşının onaltı olduğu iki çocuğun, birinin diğerine karşı fiili livata yoluyla cinsel istismar suçundan açılan bir davada, livata fiilininin pasif tarafı olan erkek çocuğun rızası üzerine aktif tarafı olan diğer erkek çocuğun yaptığı fiili”* reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak değerlendirmiştir⁴³. Görüldüğü üzere Yargıtay, yaş bakımından her iki tarafın da 16-18 yaş aralığında olmasını mümkün görürken, fail olarak sadece aktif erkek kişiyi kabul etmektedir. Ancak Yargıtay bu sonuca nasıl ve hangi kıstaslar ile vardığını kararında açıklayamamakta ve gerekçelendirememektedir. Bu karara hem yaş aralığı, hem de failin aktif erkek olması zorunluluğu kısımları itibariyle katılmamız mümkün değildir.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki burada bir kısım yazarların belirttiği gibi aynı fiilden iki kişinin cezalandırılması söz konusu değildir. Çünkü ortada her bir kişinin diğeri ile yaşadığı ayrı bir fiil vardır. Fiiller fiziki görünüş itibariyle aynı olmasına rağmen hukuki anlamı bakımından ayrı fiillerdir. Dolayısıyla burada fiillerin aynı olması gerekçesiyle fail-mağdur sıfatlarının doğması söz konusu değildir. Her biri kendi fiili bakımında fail, diğerinin

⁴² Aynı yönde bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 332, **Taner**, s. 336-337.

⁴³ *“Sanığın mağdura yönelik eyleminin TCK'nin 104. maddesinde öngörülen Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması ...hükümün ...bozulmasına karar verilmiştir”*. **Y.14.CD., Esas: 2012/13961 - Karar: 2013/467, Tarih: 24.01.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır).**

fiili bakımından mağdur olabilecektir⁴⁴. Ancak kişilerin cezalandırılmalarının nedeni fiillerin ve fail-mağdur sıfatlarının aynı olması değil, bu tür fiillerin TCK m.104 tipine uymuyor olmasıdır.

Kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesine göre, kanun koyucunun bu madde hükmünü, tereddütlere yer vermeyecek şekilde yeniden düzenlemesi gereklidir. Madde hükmü, yapılacak değişikliklerle, aslında 18 yaşını bitirmiş bir kimsenin 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını henüz doldurmamış bir çocukla cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın cinsel ilişki yaşaması halini gösterecek şekilde düzenlenmelidir⁴⁵. *Kanaatimizce* kanun koyucunun m.104 ile ulaşmak istediği maksat budur.

⁴⁴ Aynı yönde olmak üzere, öğretilerde **Ünver**'in dediği gibi bir kişinin suçun hem faili hem de mağduru olamayacağına kuşku yoktur, ancak bu kural eylemin tek olduğu durumlarda geçerlidir. Suç sayısı fazla ise örneğin ilk suçta fail olan kişi ikinci suçta mağdur olabilecektir. Bu nedenle ortada iki ayrı suçun varlığı söz konusudur. Bkz. **Ünver**, (*Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar...*), s. 317.

⁴⁵ Öğretilerde, m.104 düzenlemesinin mevcut halinin, cinsel ilişki taraflarının her ikisinin de onbeş yaşını doldurmuş çocuk olmaları halinde de suçun oluşmasına engel oluşturmayacağı ve failin sadece onsekiz yaşından büyük kişiler olabilmesi için bunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği şeklinde aksi yöndeki görüşe göre; “bir kişinin aynı suçun hem faili hem de mağduru olamayacağı izahından varestedir. Öte yandan 15 yaşından büyük iki çocuk arasındaki cinsel ilişkinin suç olamayacağını ifade etmek de ceza hukukunun amaçlarıyla bağdaşmaz. Ceza hukukumuzda ve modern ceza hukukunda ancak reşit kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilere cevaz verilebilir. Buradaki hareket noktası ise reşit kişilerin yaptıkları hareketin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecekleri yönündeki “varsayımdır”. Aynı varsayımı 15 yaşını doldurmuş, ancak henüz reşit olmamış kişileri de kapsayacak şekilde kabul etmek mümkün değildir. Bu yönüyle TCK m.104 hükmünün çocuğun cinsel istismarını düzenleyen m.103 hükmü ile birlikte değerlendirilmesinin doğru olacağını düşünmekteyiz. Zira TCK m.104 yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere çocukların cinsel olarak istismar edilmesi yönüyle onların korunmasını amaçlamaktadır. Bu koruma sadece çocuğun reşit olana karşı korunmasını değil birbirlerine karşı korunmasını da içine alır, aksi halde m.103’ü anlamlandırmak mümkün değildir. Dolayısıyla m.103 bakımından suç olan bir eylemi, m.104 bakımından sadece rızanın varlığına dayalı olarak suç olmaktan çıkarmak yerinde değildir. Hükmün lafzına bakıldığında cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15-18 yaşları arasında olmaları halinde, her iki taraf için de m.104 hükmünün uygulanması dışında bir seçenek yer almamaktadır.” TCK m.104 hükmü çerçevesinde fail hakkında yapılan tartışmalar için bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 362-365.

Kanun koyucu, 18 yaşını doldurmamış kişinin tam anlamıyla cinsel özgürlüğünü kullanma yeteneğine sahip olmasını kabul etmemektedir. Aslında 15 yaşını doldurmakla birlikte, 18 yaşını tamamlamamış bir çocuğun, yaşadığı cinsel ilişkinin fiilen ne olduğunu bilmesi mümkündür. Hatta bu fiilin getireceği haz ve uyandıracığı merak da bu açıdan ona cazip gelebilir. Ancak fiilin diğer bütün şahsi, ailevi, manevi ve psikolojik sonuçlarını idrak edebilmesi mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla cinsel ilişkiye yönelik o anda oluşan geçici duygular, merak ve arzular, çocuğun rızasının o anlık ortaya çıkması bakımından aslında sonradan kabullenemeyeceği hallerin oluşumuna yönelik ihtimalleri düşünmesine imkân vermeyebilir⁴⁶. 15 yaşını bitirmiş çocuğun yaptığı her fiilin, her yönden anlam ve neticelerini her zaman bildiğini ya da bilmediğini söylemek mümkün değildir. Aynı durum 15 yaşını bitirmemiş çocuklar ve hatta 18 yaşını tamamlamış kişiler için bile geçerlidir. O halde kanun koyucu bu sınırı nasıl belirleyecektir⁴⁷? Yoksa bu durumu her somut olayın özelliğine göre mahkeme mi takdir edecektir? Öncelikle belirtelim ki, cinsel ilişkiyi yaşayan çocuğun bu duruma ilişkin iç dünyasının belirlenmesine yönelik bütün yükü mahkemeye vermek doğru değildir. Çünkü mahkemenin asıl görevi kişilerin iç dünyasını ve tercihlerini araştırmak değil, yapılan hareketlerin suç kalıbına uyup uymadıklarını belirlemektir.

⁴⁶ Kontrol kuramına göre ergen bir kişinin, toplumsallaşma sürecindeki kontroller yeterli olmadığı için ne yapması ve ne yapmaması gerektiğini öğrenememesi ve dolayısıyla geleneksel sosyal düzen ahlaki bağlar geliştirememesi nedeniyle istismara maruz kalması, suç mağduru ve/veya faili olması konusunda geniş araştırma için bkz. **Gazioglu-İşmen**, Esra A.; Çocuk İstismarının, Kontrol Kuramına Dayalı Anne-Baba-Ergen İlişkileri Açısından İncelenmesi, in. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2007/1, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 57, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:38, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. s. 420 vd. Kendi ailesi içinde istismara maruz kalmış çocukların sağlıksız düşüncelerle yoğrulması sonucu cinsel davranış bozukluğu yaşadığı ve bu durumun çocuğu ileride potansiyel cinsel suç faili olmaya ittiği hakkındaki görüş için bkz. **Yücel**, Mustafa Tören; Cinsel Suçluların Tedavisi, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB Dergisi), Yıl: 24, Sayı: 94, Mayıs-Haziran 2011, s. 71, dipnot no: 1.

⁴⁷ Aynı yönde eleştiriler için bkz. **Şen**, Ersan; Enstet Mağdurlarından Birisi: “Kadın”, in. Yorumluyorum - Ceza Hukuku perspektifinden Güncel Olaylara Bakış -II-, 2. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara, Ağustos 2012, s. 129.

Kanaatimizce kanun koyucu kişiye özel bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadan, belli bir yaş sınırı ile bu durumu düzenleme altına alabilir. Bu da kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu 15 yaşını doldurmuş olan çocukların cinsel özgürlüklerini, hiçbir sınırlama olmadan yaşamalarına cevaz verme düşüncesinde ise, bu halde m.104 kapsamında kalan fiiller suç olmaktan çıkarılmalıdır. Eğer kanun koyucu bu özgürlüklerin bu şekilde kullanılmasını tasvip etmiyorsa, o halde m.104'ün içeriğinin, suçun failinin 18 yaşını doldurmuş bir kimse ve suçun mağdurunun 15-18 yaş arasındaki bir çocuk olarak yeniden düzenlenmesi gereklidir.

E. 6545 sayılı Kanun Değişiklikleri ile Getirilen ve Evlenme Yasağına Dayanan Özgü Faillik

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin, mağdur çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi olması hali, ayrı bir özgü faillik düzenlemesi olarak 6545 sayılı Kanun m.60 ile getirilmiştir. Yeni getirilen bu hükme göre; *“Suçun, mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”*. Görüldüğü üzere bu yeni düzenleme bakımından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili, suçun mağduru olan 15 yaşını doldurmuş çocuk ile aralarında evlenme yasağı bulunan kişi olacaktır. Getirilen bu yeni düzenlemenin şartları ile ilgili olarak suça etki eden nedenler başlığı altında yapılacak açıklamalara bakılmalıdır.

F. 6545 sayılı Kanun Değişiklikleri ile Getirilen ve Evlat Edinme - Bakım - Koruyucu Aile İlişkisine Dayanan Özgü Faillik

6545 sayılı Kanun m.60 ile getirilmiş olan ve suçun faili bakımından önemli olan bir diğer düzenleme ise, suçun failinin, evlat edinme öncesi çocuğun bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuk hakkında *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi* olmasıdır. Bu düzenleme bakımından da belirtilen ilişkiler çerçevesinde *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi* bakımından özgü bir faillik müessesesi ihdas edilmiştir. Getirilen bu yeni düzenlemenin şartları ile ilgili olarak suça etki eden nedenler başlığı altında yapılacak açıklamalara bakılmalıdır.

IV. MAĞDUR

A. Genel Olarak

Suçun konusunda kanun metni özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre TCK m.104'deki suçun mağduru, 15 yaşını doldurmuş çocuktur. Ancak öğretilerde mağdurun evli olup olmaması, diğer kanuni usullerle erginliğini kazanmış olması, cinsiyeti ve reşit bir kadının bir kız çocuğuna sair bir organ veya cisim sokması bakımından tartışma bulunmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere aslında bu husus suçun faili ve suçun maddi unsuru ile de doğrudan bağlantılıdır.

B. Mağdurun Yaşı ve Cinsiyeti Bakımından Tartışmalar

Bu suçun mağduru 15 yaşını bitirmiş, ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış olan ve algılama yeteneği gelişmiş olan çocuktur⁴⁸. Mağdurun yaşının tam ve gerçek olarak tespit edilmesi, suç tipinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya fiilin hangi suç tipine ait olduğunun belirlenmesi bakımından son derece önemlidir. Örneğin 15 yaşını doldurup 16 yaşından gün alınıp alınmadığının veya 18 yaşının doldurulup 19 yaşından gün alınıp alınmadığının tam olarak belirlenmesi zorunludur. Çünkü belirtilen yaş grupları arasında bir günlük hatta birkaç saatlik geçiş veya kayma dahi tipin belirlenmesinde son derece önemli bir fonksiyon ifa etmektedir. Nitekim mağdurun 15'i doldurmamış olması halinde meydana gelecek suç tipi reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, çocuğun cinsel istismarı suçudur. Aynı şekilde mağdurun 18 yaşını birkaç dakikalık olsa bile doldurmuş olması halinde herhangi bir suç oluşmayacaktır. Kural olarak yaşın tespiti nüfus kayıtlarıyla tespit edilmekle birlikte, tereddüt halinde mağdura ait onaylı doğum tutanağının incelenmesi, mağdurun resmi bir kurumda doğup doğmadığının araştırılması veya yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çektilmesi şeklinde bilirkişi raporuna dayanılması gerekebilecektir. Nitekim Yargıtay da çeşitli tarihlerde vermiş olduğu kararlarında bu hususa dikkat çekmektedir⁴⁹.

⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 344, Şen, s.404, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3415.

⁴⁹ Yargıtay'a göre; "Suçun niteliğini belirlemeye etkisi bakımından doyada bulunan nüfus kayıt örneğine göre, 04.02.1989 doğumlu, suç tarihinde 17 yaş 11 ay 28 günlük olan

Öğretide on beş on sekiz yaş aralığındaki kişinin, herhangi bir şekilde rüştünü kazanmış olması (*evlenme ya da mahkeme kararıyla*) halinde bu suçun mağduru olamayacağı yönünde görüş ileri sürülmektedir⁵⁰.

Kanaatimizce eğer mağdur olan çocuğun gerçek yaşı 16-18 arasında ve fakat çocuk, yaşın tashihi davası ile mahkemede yaşını 18'in üzerine yükseltmişse, fiil yaşın yükseltilmiş olduğu dönemde işlenmiş olmak kaydıyla, çocuk bu suçun mağduru olamayacaktır. Ancak cinsel ilişkinin yaşandığı sırada mağdurun yaşı 15'ten büyük 18'den küçük ise, daha sonra yaşın tashihi davası ile yükseltilmesinin oluşan suçta etkisi yoktur.

mağdureye ait doğum tutanağının onaylı sureti getirtilip, mağdurenin resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çekirilerek tam teşekküllü bir hastanede içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu bir heyetten sağlık kurulu raporu alınması duraksama halinde adli tıp kurumundan da görüş sorularak mağdurenin gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması ...” hükmün bozulmasını gerektirmiştir. Y.14.CD., Esas: 2011/6391 - Karar: 2013/56, Tarih: 14.01.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır). Yargıtay bir başka kararında ise; “Resmi bir kurumda doğup doğmadığı dosya kapsamından anlaşılamayan mağdureye ait nüfus kaydının incelenmesinde 01.03.1991 doğumlu olan mağdurenin, bu tarihten 4 yıl sonra 28.09.1995 tarihinde nüfusa tescil edildiğinin anlaşılması karşısında, ilgili nüfus idaresinden mağdurenin doğum tutanağı getirtilerek resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde yaşının, suçun oluşumuna ve niteliğine etkisi bakımındanDevlet Hastanesi sağlık kurulunun 08.10.2009 tarihli raporunun sonuca ulaşmaya elverişli olmaması ve tereddüt oluşturması nedeniyle mağdurenin yaş tespitine esas olacak şekilde çekilen kemik grafileriyle birlikte bir kez de adli tıp kurumuna gönderilerek gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması, bunun mümkün olmaması halinde ise mağdurenin doğumunu bilen kişiler ile annesi bu hususta tanık sıfatıyla dinlenerek nüfus aile kayıt tablosundaki diğer kardeşlerin durumu da gözetilerek aşı, okul kayıtları gibi diğer belgeler ve delillerle gerekli araştırmanın yapılarak mağdurenin gerçek yaşının saptanması ayrıca mağdurenin -sanık Mehmet ile 03.01.2004 tarihinde törenle evlendik- şeklindeki kollukdaki beyanı ile duruşma beyanı ve sanıkların aşamalarda beyanları arasındaki çelişki giderilerek suç tarihinin kesin olarak tespitinden sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi...” bozmayı gerektirmiştir demek suretiyle yaşın tespitinin önemine değinmiş ve usulüne ilişkin şartları sıralamıştır. Y.14.CD., Esas: 2011/21554 - Karar: 2013/1359, Tarih: 14.02.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır).

⁵⁰ Memiş Kartal, (*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...*), s. 129 vd.

Çocuğun erkek veya kadın olması yönünde madde metninde bir ayrıma gidilmemiştir⁵¹. O halde bu suçun mağduru hem erkek hem de kız çocuk olabilir. Madde metninde bu suçun hemcinsler arasında işlenemeyeceği gibi bir düzenleme yer almadığı için, bu suçun hem failinin ve hem de mağdurunun erkek olabilmesi mümkündür.

C. Suçun Fail ve Mağdurunun Her İkisinin de Kadın Olması ve Vücuda Erkeklik Organı Dışında Bir Organ veya Sair Cisim Sokma Fiilleri Bakımından Tartışmalar

Acaba bu suçun, hem failinin hem de mağdurunun kadın olması (*iki kadın arasında işlenmesi*) mümkün müdür? Bu sorunun cevabını cinsel ilişki kavramının ne anlama geldiğini tespit ederek verebiliriz. Öğretide cinsel ilişki kavramının “*kişinin cinsel organının, diğerinin cinsel organına duhulü*” anlamına geldiği görüşüne göre bu suçun bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenmesi mümkün değildir. Yani kabul edilen cinsel ilişki kavramı duhul niteliğindeki doğal yollu cinsel ilişkidir. Bu görüşe göre iki kadın arasında doğal yollu cinsel ilişki kurulabilmesi biyolojik olarak mümkün olmadığı için, bu suçun failinin de mağdurunun da kadın olması söz konusu olamayacaktır⁵².

765 Sayılı TCK döneminde, irza geçme fiilleri bakımından iki kadın arasında cinsel birleşme olamayacağı ileri sürülmekteydi. Bu görüşün ana dayanağı, irza geçme fiillerinin sadece erkek tarafından işlenebileceği, kadınlar arasındaki fiillerin ise ancak irza tasaddi niteliğinde kalacağı belirtilmişti⁵³.

⁵¹ Aynı şekilde mağdurun ilk defa cinsel ilişkiye giriyor olması korunmadığı için, bahse konu cinsel ilişkiden önce veya sonra bir başkası ile cinsel ilişki yaşamış olması suçun oluşması bakımından önemsizdir. Aynı yönde bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 344, **Koca/Üzülmez**, s. 330, **Taner**, s. 329.

⁵² **Şen**, s. 405.

⁵³ Yazarlara göre; “*genelde klitorisleri fazla gelişen sevicilikle meluf kadınların, diğer bazı kadınlar üzerinde cinsel ilişkiye benzer birtakım şehveti tatmin edici hareketlerde bulunmaları “irza tasaddi” teşkil edecektir.*” Bkz. **Artuk**, Mehmet Emin/**Yenidünya**, Ahmet Caner; Evlilik İçinde Irza Geçme, in. Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı - İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1999, s. 57. Aksi yönde bkz. **Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1997, s. 298.

Yargıtay da yakın zamanlarda verdiği bir kararda, bir kadının, bir kız çocuğunun vajinal bölgesine parmak sokmak suretiyle kızlığını bozma eylemini cinsel ilişki olarak değerlendirmemiştir. Kararda TCK m.104 anlamında cinsel ilişki; “*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*” olarak kabul edilmiştir⁵⁴. Bu nedenle bir kadının erkeklik organına fizyolojik olarak sahip olmaması, TCK m.104’deki cinsel ilişki fiilini fiziken gerçekleştirilemeyecek olması şeklinde değerlendirilmiştir. Bu sebeple Yargıtay bu suçta kadın cinsiyetinde olan (*erkeklik organına sahip olmayan*) bir kişiyi TCK m.104 bakımından fail olarak kabul etmemektedir.

Kanaatimizce bu görüşün ileri sürdüğü husus, iki kadın arasında doğal bir cinsel birleşme olamayacağı ve bu nedenle fiilin 765 sayılı TCK bağlamında ırza geçme olarak değerlendirilemeyeceğidir. Oysa 5237 sayılı TCK m.104’de ırza geçme olarak kabul edilen cinsel birleşme aranmamaktadır. Kanun koyucu cinsel ilişki terimini cinsel birleşmeyi de kapsayacak şekilde geniş kullanmıştır⁵⁵. O halde reşit olan bir kadının, 15 yaşını bitirmiş bir

⁵⁴ **Y14.C.D. Esas: 2012/6729 - Karar: 2014/5373 (Karar UYAP’tan alınmıştır).**

⁵⁵ 765 Sayılı TCK döneminde zina suçu bakımından suçun maddi unsurunu oluşturan “zina” fiilinin kapsamı öğretilde tartışılmış ve bu konuda üç ana görüş ileri sürülmüştür. Geleneksel düşünceden hareket eden birinci görüş “*döl yatağına tohum sokma, doğaya uygun cinsel birleşme*” olarak kabul etmektedir. Temelde geleneksel düşünceye katılmakla birlikte ikinci görüş fark olarak “*sadece erkek ve kadın tenasül uzuvlarının birleşmesini değil, her çeşit cinsel birleşmeyi*” esas almaktadırlar. Geleneksel düşüncelere karşı olarak çıkan üçüncü görüş ise “*birleşme kistasını değil, genel olarak cinsel ilişkiyi*” esas almaktadır. Cinsel ilişkinin cinsel birleşmeye indirgenemeyeceği, bunun salt normal fizyolojik çiftleşmeden başka cinsel ilişkileri de içerdiği yolundaki görüşler hakkında bkz. **Hafizoğulları**, Zeki; Zina Cürümleri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1983, s. 118-132. Görüldüğü üzere birinci görüş sadece bir erkekle bir kadının vajinal birleşme yoluyla gerçekleştirdikleri eylemi zina kabul etmektedir. İkinci görüş ise birleşme olması şartıyla vajinal, anal ve yorum yoluyla oral birleşmeleri de zina saymaktadır. Üçüncü görüş ise ikinci görüşü kapsar nitelikte ve fakat birleşme boyutuna varmayan cinsel anlam içeren fiilleri de cinsel ilişki kategorinde kabul edip, zina kapsamında değerlendirmektedir. Bu görüş ve yorumlar mevcut ceza kanunumuz bakımından zina suç olmadığı için bir anlam ifade etmiyor gibi görünse de, kanaatimizce aslında TCK m.104’deki cinsel ilişki kavramını açıklama bakımından önemlidir. Nitekim bu görüşlerin neticesinde cinsel birleşme ile cinsel ilişki kavramının farklı olduğunu, cinsel

çocuk ile vücuduna dokunma, öpme, yalama şeklinde gerçekleştireceği hareketler geniş anlamda cinsel ilişki kapsamında değerlendirilebilecektir.

Kadınlar arasındaki sair cisim sokmak suretiyle yaşanan ilişkinin cinsel ilişki sayılıp sayılmayacağı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre; doğal olmayan yoldan gerçekleştirilen (*bir kadının diğer kadının cinsel organına sair bir cisim veya yapay penis sokması gibi*) birleşmeler, madde metninde bahsedilen kişinin cinsel organının diğerinin cinsel organına duhulü niteliğinde anlaşılması gereken cinsel ilişki niteliği taşımadığı için, kanun koyucu da bu davranışlara ayrıca yer vermemekle aslında zımni olarak cevaz vermiştir⁵⁶.

Kanaatimizce belirtilen görüş haklı kabul edilebilirse de, cinsel ilişki kavramına sırf doğal yollardan yaşanan ilişki yorumu getirmek kanun koyucunun 15-18 yaş arasındaki kişinin korunması yönündeki amacına uymayacaktır. Çünkü burada erkeklik organının sırf fiziki nedenlerle taraflarda bulunmaması nedeniyle içerik itibarıyla aynı anlam ifade eden (*hatta bazen duhulün yapay penis ya da sair cisim ile olması halinde daha da ağır sonuçlar ortaya çıkabilir*) fiillerin birinin TCK m.104'deki suç kapsamında değerlendirilmesi, diğerinin ise m.104 kapsamı dışında kalması gibi sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu durumun kanun koyucunun 15-18 yaş arasındaki kişileri koruma yönündeki amacına aykırı olduğunu düşünmekteyiz⁵⁷.

Kanun metnindeki cinsel ilişki kavramının, cinsel davranışlar ya da hareketler olarak değiştirilmesinin amaca daha uygun bir ifade olacağı kanaatindeyiz. Cinsel ilişki kavramını sadece cinsel uzuv duhulü olarak

ilişkinin cinsel birleşmeye göre daha geniş ve yoğunluk itibarıyla birleşmeyi de içeren şekilde diğer cinsel anlam ifade eden fiilleri de kapsamına aldığı açıkça görebilmekteyiz.

⁵⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (*Özel Hükümler, 12. Baskı...*), s. 195-196, **Tezcan/Erdem/Önok**, (*8.Baskı-2012...*), s. 343-344, Aynı yönde bkz. **Yaşar/Gökçan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3417.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. **Polat**, s.190-191. Öğretide cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayarak belirttiğimiz tür fiilleri de kapsar nitelikte yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır. **Soyaslan**; bu maddede düzenlenen cinsel ilişki kavramını, flört aşamasını aşan her türlü ilişki olarak kabul etmektedir. Yazar flört derecesini aşmayan rızaya dayalı fiillerin ise TCK m.103/1-b hükmünün meşruluk izni çerçevesinde suç oluşturmayacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Soyaslan**, (*2010...*), s. 243.

yorumlarsak, şu örnekler bakımından çocuğun korunması mümkün olmayacaktır: *Örneğin 40 yaşındaki kadının 16 yaşındaki kız çocuğuna vajinal ya da anal yolla yapay penis, şişe, parmak⁵⁸, el, dil sokması⁵⁹ ya da oral ilişki yaşamaları. Bir diğer örnek ise 50 yaşındaki bir kadının ya da bir erkeğin 16 yaşındaki bir oğlan çocuğuna anal yoldan el, parmak gibi uzuvları ya da şişe, yapay penis gibi sair cisimleri duhul ettirmesi olarak verilebilir.* Her iki örnek bakımından da 16 yaşındaki çocuğa çok ağır cinsel müdahaleler olmakta ama sırf fiziki olarak doğal erkeklik organı duhul ettirilmediği için cinsel ilişki kapsamı dışında tutulmaktadır. Bu durum hakkaniyet, eşitlik ve adalete aykırı bir sonuçtur.

Kanaatimizce 16-18 yaş arasında bir kız çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmaksızın anal ve/veya vajinal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması⁶⁰, 16-18 yaş arasında bir erkek çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmaksızın anal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması, TCK m.104'de düzenlenmiş "*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*" suçunu oluşturacaktır.

⁵⁸ Nitekim Alman hukukunda da cinsel bölgelere parmak veya sair organ sokulması fiilleri, cinsel organ sokma benzeri fiiller olarak aynı kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. **Koç**, Ziya; Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler, in. Adalet Dergisi, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, Sayı: 35, Eylül 2009, s. 251.

⁵⁹ 765 Sayılı TCK döneminde 15 yaşını doldurmuş çocukların evlenme vaadiyle kızlığının bozulması suçu bakımından normal cinsel ilişki yoluyla gerçekleşmeyen kızlık bozular, (*örneğin parmakla veya başka bir cisimle kızlığın bozulması*) m.423 kızlık bozma suçu kapsamında değerlendirilmemektedir. Bkz. **Bakıcı**, Sedat; Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlarda Yapılması Gereken Değişiklikler, in. Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1985/5-6, Yıl: 42, s. 711. Bu bakış açısıyla mağdur çocuğun cinsel organına failin cinsel organı dışında bir organın ya da başka bir cismin sokulması cinsel ilişki şeklinde değerlendirilmemektedir. Ancak **kanaatimizce** bu yorum 5237 Sayılı TCK'nın cinsel bütünlüğe karşı işlenen suçlar sistematığı ve TCK m.104 hükmü unsurları karşısında artık geçerliliğini yitirecektir. Çünkü cinsel ilişki kavramını cinsel organ veya başka bir organ yahut sair cisim sokmaktan ayrı düşünmek bu suçla korunan hukuki değer bakımından mümkün değildir.

⁶⁰ Aynı yönde **Ünver**, (*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel...*), s.44, Aksi yönde bkz: **Taner**, s.334.

D. Mağdurun Evlilik ya da Diğer Kanuni Usullerle Erginliğini Kazanmış Olması Bakımından Tartışmalar

Çocuğun, reşit olan eşi ile cinsel birliktelik yaşaması halinde mağduriyet gerçekleşmez. Rüşte, evlenme ile sahip olan kişinin reşit olan eşiyle yaşayacağı cinsel ilişki bakımından bir sorun yoktur; bu durumda fiil hukuka uygundur ve herhangi bir suç oluşturmaz⁶¹. Çünkü kişiye evlenme ile verilen rüşt, evlilik içerisindeki cinsel ilişkileri de kapsamaktadır⁶². Evlilik birliği içindeki rızaya dayalı cinsel ilişkiler, Türk Medeni Kanunu'na, eşler bakımından birbirleri üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkına dayandığı için "hakkın kullanılması" hukuka uygunluk sebebi gibi sonuç doğuracak ve fiiller suç teşkil etmeyecektir⁶³.

Aynı şekilde cinsel ilişkinin taraflarının 18'den küçük olmakla birlikte, her ikisinin de evlenmelerine müsaade edilmişse (*örneğin her ikisi de 17 yaşındadır*), bu durumda bu evlilik içinde yaşanan cinsel ilişkiler TCK m.104 tipi kapsamında değerlendirilemeyecektir⁶⁴.

Acaba evlenme ile ya da mahkeme kararı ile rüştünü (*erginliği*) kazanan 18 yaşını henüz doldurmamış bir kişi, eşi dışında 18 yaşını tamamlamış bir kişiyle, kendi rızasıyla bir cinsel ilişki kurarsa TCK m.104'de belirtilen suçun mağduru olacak mıdır?

Öğretide bir görüşe göre, evlenme ile rüştünü kazanmış bir kişinin, evlilik içi cinsel ilişki yaşaması hukuka uygun kabul edilip, bu ilişkiyi erkek arkadaşı ya da nişanlısı ile yaşaması suç teşkil edecek ve böyle bir ayırım Anayasa'ya (*eşitlik ilkesi bakımından*) aykırı olacaktır⁶⁵.

Kanaatimizce, madde metni mağduru, medeni durumu itibariyle değil, yaş itibariyle belirlemiştir. Evlenme ile rüştünü elde eden kişi, sadece eşi bakımından, evliliğin bütün sonuçları bakımından haklara ve yükümlülüklerle tabi olmaktadır. Diğer kişiler bakımından ise kanunda sadece yaş ayrımı yapıldığı ve evlenme hukuka uygunluk sebebi sadece eş ile yaşanan cinsel

⁶¹ Aksi yönde fikir ve buna ilişkin eleştiriler için bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 46-47.

⁶² **Tezcan/Erdem/Önok**, (*8.Baskı-2012...*), s. 344.

⁶³ Aksi yönde bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel...*), s. 46-47.

⁶⁴ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3415.

⁶⁵ Bkz. **Memiş Kartal**, (*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...*), s. 132.

ilişkiler bakımından geçerli olduğu için, fiil yine suç olma özelliğini sürdürecektir ve evlenme ile ya da mahkeme kararı ile rüştünü (*erginliği*) kazanan 18 yaşını henüz doldurmamış kişi m.104'deki suçun mağduru olabilecektir.

Mahkeme kararıyla reşit olan kişi ise, medeni haklarını kullanma bakımından kanuni menfaati gereği özel olarak, hukuk tarafından desteklenmiştir. Ancak bu, o kişinin suç düzenlemelerinin tarafı olma ihtimalini ortadan kaldırmaz⁶⁶. Bir meslek ya da sanatın icrası amacıyla mahkemece rüştüne karar verilen 15 yaşını bitirmiş çocuğun, bir başkasıyla cinsel ilişki yaşaması durumunda, bu suçun mağduru olması mümkündür. Çünkü burada cinsel ilişki mahkeme kararıyla rüşte ermenin doğal bir sonucu olmadığı için, korunan hukuksal yarar varlığını devam ettirmektedir. O halde 17 yaşında evlenen bir kişi, eşi dışında 18 yaşından büyük bir kişiyle cinsel ilişki kurarsa, m.104 anlamında bu fiilin mağduru olabilecektir.

V. EYLEM

A. Genel Olarak

Suçun maddi unsuru cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişki yaşanmasıdır. Eğer cebir, tehdit ve hile vasıtalarıyla bu cinsel ilişki elde edilmişse, artık m.104 hükümlerine göre değil, somut olayın özelliğine göre m.103 hükümlerine göre hareket etmek gerekir⁶⁷. Cinsel ilişki kavramı 765 Sayılı TCK döneminde hem Yargıtay kararlarında⁶⁸, hem de öğretide⁶⁹ “*aktif failin*

⁶⁶ Öğretide Ünver, hâkimden izin alınarak yapılan evliliğin bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirip, yargı kararıyla reşit olmanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmamasını eleştirmiştir. Çalışmada da anlatıldığı üzere burada rüştün nasıl kazanıldığından ziyade rüştü doğuran hukuki sebepler ve bu rüştün kazandırdığı yeni hukuki statü ve bu hukuki statünün içeriği, suç bakımından fail veya mağdurun belirlenmesini sağlayacaktır. Yazarın yaptığı yorum, fail ve mağdurun belirlenmesinde sadece yaş kıstasından hareket etmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. Ünver, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 46-47.

⁶⁷ Soyaslan, (2010...), s. 243, Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 345, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3417.

⁶⁸ YCGK, 04.06.1990 tarih - 101/56 sayılı kararı. Kararın künyesi için bkz. Yenidünya, (5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s. 3305.

tenasül organını, kadının vücuduna normal (anal) veya anormal (vajinal) yoldan, erkeğin vücuduna ise anormal (anal) yoldan sokması” olarak tanımlanmıştı. Bu görüşe göre buradaki “*Cinsel İlişki*” kavramını⁷⁰; iki karşı ya da aynı cinsin üreme organlarının “*duhul*” niteliğinde birbirleri ile birleşmesi ya da anal veya oral yoldan⁷¹ cinsel organın duhulü olarak değerlendirmek gerekir. Bu durumda bir erkek ile bir bayanın yaşayacağı birleşme (*vajinal, anal ya da oral yoldan*) veya bir erkeğin başka bir erkekle yaşayacağı birleşme (*anal ya da oral yoldan*) cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir⁷².

B. Cinsel İlişki Terimini Dar Yorumlayan Görüş

Cinsel ilişki terimini dar yorumlayan diğer görüşe göre⁷³ “*cinsel ilişki, bir penisin, vajinal veya anal yoldan vücuda girmesidir. Taraflardan birinin mutlaka erkek olması şarttır ve ilişkide penis (erkek tenasül uzvu), dercetmek (sokmak) suretiyle kullanılmalıdır. Bu haliyle cinsel ilişki ancak bir erkeğin fail olduğu ve bir kadına anüs veya vajina yoluyla, bir erkeğe karşı ise anüs yoluyla*⁷⁴ *penisini dercetmesi olarak anlaşılmalıdır*”.

⁶⁹ **Dönmezer**, Sulhi; Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, İstanbul 1983, s. 53. Tıbbi terim itibarıyla bu fiil, penis başının himen halkasını veya anüs alkasını geçmesi, rektuma sokulması, içeriye ejakülasyon olabilecek kadar girmesi şeklinde tanımlanabilir. Bkz. **Akkay**, Erdem; Irza Geçme, in. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Yıl: 1985, Sayı:1-4, İstanbul 1985, s. 653-654.

⁷⁰ Yukarıda mağdur ile ilgili yaptığımız açıklamalara ayrıca bakınız.

⁷¹ 765 Sayılı TCK döneminde oral yoldan cinsel birliktelik yaşamak ırza geçme olarak değil ırza tasaddi olarak kabul edilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Otaç**, Cengiz; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000, s. 73. **Kanaatimizce** TCK bakımından oral seksin (*ağza değgin şekilde cinsel birleşmenin*) de cinsel ilişki olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁷² **Şen**, (*Ensest Mağdurlarından...*), s. 130, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3417.

⁷³ **Tezcan/Erdem/Önok**, (*8.Baskı-2012...*), s. 345.

⁷⁴ Madde metninde cinsel ilişkinin vajinal veya anal yoldan yapılması bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. O halde livata suretiyle anal yoldan yapılacak birleşmeler de cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir. Bkz. **Baytemir**, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 629, **Beyazıt**, s. 300. **Nitekim Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir**: “... mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar

Görüldüğü üzere bu görüşe göre aktif kişi her zaman erkek olmaktadır, bir kadının bir başkasına penis dahil etmesi fiziken imkânsız olduğu için fail asla kadın olamayacaktır. Ayrıca görüş, vajinal veya anal yoldan olmayan birleşmeleri (*örneğin ağza değgin surette / ağız boşluğuna sokmak suretiyle oral yoldan birleşmeyi*) ve/veya penis kullanılmaksızın vücuda sair cisim sokmayı da (*örneğin kadına anal veya vajinal yoldan, erkeğe ise anal yoldan cop - şişe - yapay penis gibi aletler sokmayı*) cinsel ilişki olarak kabul etmektedir⁷⁵.

Öğretide benzer yönde olmak üzere ve fakat soruna eleştirel açıdan yaklaşan diğer bir görüşe göre⁷⁶ cinsel ilişki düzeyine ulaşmayan cinsel saldırılar ve vücuda cinsel organ dışında bir organ veya cisim sokmak da bu madde kapsamında cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyecektir⁷⁷. Bir başka

eylemlerinin de, TCK.nun 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, nitelikli cinsel istismar suçu yönünden re'sen de temyize tabi hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 23.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Y.5.CD., 23.05.2011, 2970/4134). Kanaatimizce Yargıtay’ın bu kararda livata suretiyle anal yoldan yapılacak birleşmeleri de cinsel ilişki olarak kabul etmesi yerinde olmakla birlikte karar metninde “gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin” ifadesini kullanması uygun olmamıştır. Yargıtay’ın benzer yönde vermiş olduğu bir başka karar için bkz. Y.14.CD., Esas: 2012/13961 - Karar:2013/467, Tarih: 24.01.2013 (Karar UYAP’tan alınmıştır).

⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 345, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3417.

⁷⁶ Yazar burada bir kanuni boşluğun olduğunu ileri sürmekte ve bunun doldurulması için kanuni bir düzenleme ile madde metni değiştirilerek “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocuğa organ veya sair cisim sokan erişkin kimse... cezalandırılır*” şeklinde ibare getirilmesini kanaatimizde de haklı olarak önermektedir. **Yenidünya**, (5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.3305, Ayrıca bkz. **Gürkan/Uğuz**, s. 268.

⁷⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**’a göre; “*cinsel özgürlük sadece cinsel ilişki yoluyla ihlal edilemeyeceğine, bunun dışındaki fiillerle de ihlal edilebileceğine göre, cinsel özgürlüğü korunan hukuksal yarar olarak esas alan TCK’nun bu özgürlüğü korumada, neden sadece cinsel ilişkiyi esas aldığı anlaşılamamaktadır. Bu durumda vücuda cisim sokulması ya da sokturulması TCK m.104’ü oluşturmayacağı gibi, cinsel organın, anal ya da vajinal boşluklar dışında bir boşluğa sokulması ya da sokturulması durumunda da bu*

deyişle cinsel birleşmeye yaklaşımlar bile birleşme dışındaki uygunsuz hareketler ve hatta doğal olmayan cinsel birleşme dahi cinsel ilişki sayılmayacaktır⁷⁸. Bu bağlamda cinsel temas sayılmayan⁷⁹ sair şehvi hareketler de cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyecektir.

C. Cinsel İlişki Terimini Geniş Yorumlayan Görüş

Öğretide bir görüş, cinsel ilişkiyi daha geniş yorumlayarak “*çiftlerin karşılıklı olarak cinsel güdü ve arzularını tatmine yönelik hareketler olabileceği gibi, organları vasıtasıyla tam birleşmeyi de içeren hareketler*” olarak kabul etmektedir⁸⁰. Bu görüş ile paralel olarak bir diğer görüş ise⁸¹ cinsel

suç oluşmayacaktır”. Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 345-346. **Kanaa-timizce** mağdurun yaşı ve genel olarak korunan değer esas alındığında cinsel ilişki terimi geniş yorumlanmak suretiyle oral-ağza değgin yolla cinsel ilişki, vajinal veya anal boşluklara sair cisim veya yapay penis sokulması fiilleri de TCK m.104 kapsamında kalacaktır.

⁷⁸ Cinsel ilişkiyi dar yorumlayan anlayış bakımından bkz. **Erem**, (*Fucur İlişkisi*), s. 232. Cinsel ilişki öğretide “*normal olarak bir erkek ve kadının tenasül organlarını kullanarak cinsel münasebette bulunmaları*” olarak tanımlanmıştır. Bkz. **Polat**, s. 190.

⁷⁹ Burada kastedilen kişilerin rızası çerçevesinde temas olmayacak nitelikteki hareketlerdir. Kişinin rızası olmaksızın ve fakat temas gerçekleşmeksizin kişinin rahatsız edilmesi halinde cinsel taciz suçunun ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Ünver**, Yener; Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 4, Sayı: 11, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2009, s. 122, **Yenidünya**, (5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s. 3311, **Artunç**, Mustafa; Cinsel Taciz Suçu, in. Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 11, Temmuz 2007, s. 105. ayrıca bkz. **Gerçek Çakıcı**, Leyla; Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt: 60, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 54 vd., **Kurt**, Gülşah; 5237 Sayılı Türk Ceza Suçunda Cinsel Taciz Suçu, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt: I, 2008, 513 vd. Cinsel taciz fiilinin çeşitli açılardan farklı tanımları için bkz. **Aydemir**, Muzaffer; İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Birinci Baskı, Bursa 2007, s. 3-6.

⁸⁰ **Soyaslan**, (2010...), s. 243.

⁸¹ **Malkoç**, (*Cinsel Saldırı Suçları...*), s. 154 vd. **Soyaslan**, (2010...), s. 243. Aynı yönde uluslararası düzenlemeler ve sağlık kurulu kararları çerçevesinde cinsel ilişki kavramının geniş anlaşılması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ahi**, M. Gökhan, <http://hashukukcular.wordpress.com/2009/12/12/%E2%80%9Cdogal-olmayan-yoldan-yapilan-cinsel-davranislar%E2%80%9D-ne-demektir/>

ilişki kavramını yukarıda belirtilen organ ya da sair cisim sokma fiillerini⁸² ve oral seksi⁸³ de içine alacak şekilde daha geniş değerlendirmektedir.

Aynı yönde olmak üzere, cinsel ilişki kavramını en geniş anlamda yorumlayan ÜNVER, cinsel ilişki kavramının genel bir ifade olarak hem basit hem de nitelikli cinsel saldırı kapsamında kalan hareketleri kapsadığını belirtmektedir. Yazar bu durumu TCK m.103 ile 104 arasında terim birliğinin sağlanmamış olmasına bağlamaktadır. Ancak buna rağmen yazar TCK m.104'deki cinsel ilişki kavramından, m.103/1-a'nın mefhumu muhalifinden kanun koyucunun 15 yaşını tamamlayan çocuğa basit cinsel saldırı niteliğindeki eylemlerine rıza göstermek bakımından yetki tanıdığını, bu nedenle yalnız nitelikli cinsel saldırı şeklindeki hareketlerin cinsel ilişki olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bir başka deyişle yazara göre cinsel ilişki, 15 yaşını doldurmuş olan çocuğun cinsel anlam içeren bölgelerine, organ (*cinsel ya da bir başka organ*) ya da sair cisim sokma olarak anlaşılmalıdır⁸⁴.

D. Yargıtay'ın Görüşü ve Eleştirimiz

a. Genel Olarak

Yargıtay TCK m.104'de yer alan "*cinsel ilişki*" kavramını; "*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*" olarak kabul etmektedir. Buna göre bu suçun faili ancak erkek olabilecektir, çünkü kadınlarda erkeklik organı doğal olarak

⁸² Üner, (*Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar...*), s. 318.

⁸³ Soyaslan, s. 188; Üner, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Üner), s. 48, Kanbur, Mehmet Nihat; Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, (Editör: Veli Özer Özbek), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 46-48, dipnot: 68, Malkoç, s. 154 vd. Aynı yönde uluslararası düzenlemeler ve sağlık kurulu kararları çerçevesinde cinsel ilişki kavramının geniş anlaşılması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ahi, M. Gökhan, <http://hashukukcular.wordpress.com/2009/12/12/%E2%80%9Cdogal-olmayan-yoldan-yapilan-cinsel-davranislar%E2%80%9D-nedemektir/> Oral yoldan cinsel birleşmenin cinsel ilişki sayılmayacağı yönünde aksi görüş için bkz. Taner, s. 334, Beyazıt, s. 300.

⁸⁴ Bkz. Üner, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Üner), s.47-48.

bulunmamaktadır. Bunun dışında mağdurun ağız boşluğuna cinsel organ sokulması veya mağdurun cinsel organlarına cinsel organ dışında sair bir organ, yapay erkeklik organı yahut sair bir cisim sokulması Yargıtay'ca cinsel ilişki olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca Yargıtay, cinsel üreme organlarının birleşmesi dışındaki cinsel hareketlerin yaşanmasını doğal olmayan cinsel ilişki olarak değerlendirmektedir⁸⁵.

b. Yargıtay'ın Oral Yoldan Cinsel İlişkiye Yönelik Görüşü ve Eleştirimiz

Yargıtay ise yeni tarihli bir kararında, cinsel ilişkiyi oral seksi de kapsayacak şekilde geniş yorumlayan görüşün aksine, rızaya dayalı olarak mağdurun ağızına cinsel organ sokmayı nitelik olarak cinsel ilişki kapsamında değerlendirmemiştir.

Karara konu olan olay şöyle gerçekleşmiştir: Fail 60 yaşında bir erkektir. Mağdur olduğu iddia edilen katılan ise 15 yaşını ikmal (16 yaşında) etmiş bir erkektir. Olay günü gar sahası elektrik trafosu yanında kuytu bir yerde görgü tanığı güvenlik görevlisinin anlatımıyla, fail oturmakta iken fermuarını açmak suretiyle mağdura cinsel organını okşatmıştır. Daha sonra fail ayakta durur şekilde mağdurun eğilerek, failin cinsel organını ağızına alması ve ardından güvenlik görevlisinin kendilerini görmesi üzerine olay yerinden uzaklaşmaya çalışırken, diğer güvenlik görevlilerince yakalanmışlardır. Yargıtay'a göre; “Sanığın, rızasıyla mağdurun ağızına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK'nin 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanılıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi ...bozmayı gerektirmiştir.”⁸⁶”.

⁸⁵ “Kadın kadına sevişme, anal, oral ve grup seks görüntülerinin 226/4. maddedeki “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar”a girmektedir, görevsizlik kararı verilerek dosyanın üst derece mahkemesine gönderilmesi yerine devamla hüküm verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (Y.5. CD. 2008/14636, 2009/1404). Karar her ne kadar 226. maddeyle ilgili ise de Yargıtay'ın bu tür fiillere bakışını yansıtmaması bakımından önemlidir.

⁸⁶ Y.14.CD. Esas: 2011/7214 - Karar: 2013/240, Tarih: 16.01.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır). Öğretide Tezcan/Erdem/Önok, “Yargıtay'ın oral seksi cinsel ilişki sayma-

Yargıtay’ın, mağdurun ağız boşluğuna failin cinsel organını sokmasına ilişkin cinsel davranışları, TCK m.104 anlamında cinsel ilişki saymamasına yönelik kararına katılmak mümkün değildir. Görüldüğü üzere Yargıtay, rızaya dayalı olarak mağdurun ağızına cinsel organ sokmayı cinsel ilişki olarak değerlendirmemiş, buna yönelik de fiilin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki olmadığı gerekçesini ileri sürmüştür. Ancak Yargıtay henüz bu kararında TCK m.104’ün, hangi fiilleri cinsel ilişki olarak kabul ettiğine yönelik bir açıklama veya değerlendirme yapmamıştır.

c. Yargıtay’ın Cinsel İlişki Kavramını Tanımlaması ve Vücudun Cinsel Bölgelerine Failin Cinsel Organı Dışında Sair Organ Sokulmasına Yönelik Görüşü ve Eleştirimiz

Yargıtay yeni tarihli bir kararında ise cinsel ilişki kavramını tanımlamıştır. 2014 yılında verilen kararda cinsel ilişki; **“Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK.nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi”** olarak tanımlanmıştır. Yargıtay bu sebeple bir kadının, bir kız çocuğunun vajinal bölgesine parmak sokması eylemini TCK m.104 kapsamında cinsel ilişki olarak değerlendirmemektedir.

Karara konu olan olay şöyle gerçekleşmiştir: Olay tarihinde fail 23 yaşında bir kadın olup mağdur olduğu iddia edilen kişi ise 17 yaşında (*henüz 18 yaşını ikmal etmemiş*) bir kız çocuğudur. Sanık ve mağdur çalıştıkları sebze bahçelerinde tanışmışlar ve ilk olarak biber tarlasındaki işçilerin kaldığı binada sevişmişler, müteakip günlerde ise tarlada, mağdurenin evinde, her ikisi de tamamen soyunmuş vaziyette ilişkide bulunmuşlardır. Bu ilişkiler sırasında sanığın, mağdurenin cinsel organına müteaddit kereler parmaklarını sokmak suretiyle ilişkiyi sürdürdüğü anlaşılmıştır. Bahse konu eylemler farklı zaman ve mekânlarda defalarca gerçekleşmiştir. Mağdurenin kanuni temsilcisi, bu fiiller sırasında çocuğunun kızlık zarının bozulduğunu ileri sürmüştür.

dığı yolunda” bir görüş ileri sürmüşse de, herhangi bir Yargıtay kararı örnek göstermemektedir. Bkz. **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2014, s. 381.**

Yargıtay'a göre; "Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine düşme kararı verilmesi ... kanuna aykırı görülmüş olduğundan... bozulmasına ..." karar verilmiştir⁸⁷.

Yargıtay'ın, mağdurun vajinal bölgesine failin parmak sokmasına ilişkin cinsel davranışları, TCK m.104 anlamında cinsel ilişki saymamasına yönelik kararına katılmak mümkün değildir. Görüldüğü üzere Yargıtay, rızaya dayalı olarak mağdurun vajinal bölgesine parmak (*erkeklik uzvu dışında sair organ*) sokmayı cinsel ilişki olarak değerlendirmemiştir. Yargıtay, bu kaniya cinsel ilişkiyi dar anlamda yorumlayarak ulaşmıştır. Kararda da görüldüğü üzere Yargıtay, cinsel ilişkiyi ancak erkeklik organının duhulü suretiyle gerçekleşen cinsel davranışlar olarak değerlendirmiştir. Bu tür bir yaklaşım cinsel ilişki kavramının "CİNSEL BİRLEŞME" şeklinde en dar anlamda kabul edildiğini göstermektedir.

Kanaatimizce Yargıtay'ın bu tür kararları vermezden önce yapması gereken; özellikle öğretilde bu suç tipi ve suçun maddi unsuru ile ilgili tüm görüş ve eleştirileri dikkatlice okumak, gerekirse kararı verirken acele etmeyip bu husustaki tartışmaların olgunlaşmasını beklemek ve nihayet korunan hukuki yarar, cinsel ilişki kavramının günümüzde sahip olduğu anlam, cinsel ilişkinin gerçekleşme türleri ve çocuğun yüksek yararının korunması hususlarını değerlendirerek gerekçeli bir karara ulaşmak olmalıydı. Yargıtay bu hususları dikkate almadan özensiz bir şekilde hareket etmiş, kanun koyucunun amacını dikkate almamış ve tamamen gerekçesiz bir karar vermiştir. Bu örnekte olduğu gibi muğlâk ifadelerle gerekçesiz ve özensiz üretilen kararların uygulamada ciddi sorunlar doğuracağı muhakkaktır.

⁸⁷ Y14.C.D. Esas: 2012/6729 - Karar: 2014/5373 (Karar UYAP'tan alınmıştır).

E. Kanaatimiz

Kanaatimizce TCK m.104'de yer alan cinsel ilişki terimi, geniş yorumlanarak, "aynı ya da farklı cinsiyette olan kişiler arasındaki cinsel uzuvların birleşmesini, cinsel organlara cinsel uzuv dışında başka organların sokulmasını, cinsel organlara sair cisim sokulmasını ve ağız boşluğuna cinsel organ sokulmasını (oral seks) da" kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Yukarıda daha önce de belirttiğimiz üzere cinsel ilişkiyi, sadece erkek failin kendi erkeklik organını bir oğlan çocuğunun anüsüne yahut bir kız çocuğunun vajinal / anal bölgesine sokması olarak nitelendirecek şekilde dar yorumlamak, maddenin çocuğun yüksek yararına yorumlanmasına engel olacağı gibi, çocuğun aşırı kötü cinsel deneyimlerden korunması yönündeki kanun koyucunun amacından da uzaklaşma olacaktır.

Cinsel ilişki terimi, artık günümüzde sadece erkeklik organının duhulü suretinde gerçekleşen cinsel davranışlar olarak algılanmamaktadır. Geleneksel anlayışta kalan bu tür bir yorum sosyal anlamda gerçekleşen her çeşit cinsel ilişkiyi karşılamamaktadır. Bu maddedeki cinsel ilişki kavramı, cinsel birleşme ile vücuda organ ya da sair cisim sokma şeklindeki tüm davranışları kapsayıcı surette yorumlanmalı ve m.104 hükmü bu şekilde uygulanmalıdır. Bu yorum tarzı çocuğun da cinsel bakımdan yoğun anlamlar içeren bu tür fiillerden korunması amacına daha uygun olacaktır. Nitekim çocuğun cinsel organına parmak, yapay erkeklik organı veya sair cisim sokulması veya çocuğun ağız boşluğuna erkeklik organı sokulması da yoğun bir şekilde cinsel anlam içeren fiillerdir.

Bu tür fiillerin mağdur çocuk üzerinde doğuracağı travma, aynı çocuğun sevdiği, duygusal yoğun bağlar hissettiği erkek arkadaşı ile yaşayacağı cinsel birleşmeden çok daha ağır niteliktedir. İkinci verilen örnekte çocuk henüz yaşı bakımından yeterli olgunluğa erişmeden doğal bir cinsel deneyim yaşamaktadır. Oysa ilk verilen örnekte çocuğun cinsel organına parmak, sair organ ya da sair cisim sokulması çocuk bakımından daha yoğun bir travma oluşturacak bir durumdur. Çocuk burada bir araç gibi sadece kullanılmış, hatta insani bir özelliği olmadan duyguları, hazzı dikkate alınmadan suistimal edilmiş bir obje niteliğindedir. O halde çocuğun korunması amacı çerçevesinde sadece erkeklik organı duhulü niteliğindeki cinsel birleşmeler değil, çocuğun cinsel organlarına (vajinal ya da anal yoldan) cinsel organ,

sair organ veya sair cisim sokulması veyahut ağız boşluğuna failin cinsel organının sokulması niteliğinde fiiller de cinsel ilişki olarak değerlendirilmelidir.

Cinsel ilişki kavramı sadece cinsel uzuv duhulü olarak yorumlanırsa şu örnekler bakımından çocuğun korunması mümkün olmayacaktır: *Örneğin 40 yaşındaki kadının 16 yaşındaki kız çocuğuna vajinal ya da anal yolla yapay penis, şişe, parmak, el, dil sokması ya da oral ilişki yaşamaları. Bir diğer örnek ise 50 yaşındaki bir kadının ya da bir erkeğin 16 yaşındaki bir oğlan çocuğuna anal yoldan el, parmak gibi uzuvların ya da şişe, yapay penis gibi sair cisimleri duhul ettirmesi olarak verilebilir.* Her iki örnek bakımından da 16 yaşındaki çocuğa çok ağır cinsel müdahaleler olmakta ama sırf fiziki olarak doğal erkeklik organı duhul ettirilmediği için cinsel ilişki kapsamı dışında tutulmaktadır. Bu durum hakkaniyet, eşitlik ve adalete aykırı bir sonuç olmakla birlikte çocuğun hukuki güvenliğine ve kanunlarca maddi bütünlüğünün korunması esasına da aykırı olacaktır. Bu nedenlerle yukarıda cinsel ilişki kavramını dar yorumlayan görüşe ve belirtilen Yargıtay kararlarına katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Görüşümüze bir başka dayanak olarak da TCK m.225'de yer alan "Hayâsızca Hareketler" başlıklı suç tipini gösterebiliriz. Cinsel ilişki terimi bu suç tipinin maddi unsuru olarak da kullanılmıştır. TCK m.225'deki hayâsızca hareketler suç tipi kapsamında yer alan cinsel ilişki terimi öğretide geniş yorumlanmaktadır. Bu bağlamda aynı ya da farklı cinste iki kişinin cinsel uzuvlarıyla birleşmeleri de dâhil olmak üzere, birleşme aşamasına varmayan ancak yoğun cinsel anlam içeren fiiller de cinsel ilişki olarak nitelendirilmiştir. Bu görüşe göre eylemin m.225 kapsamında değerlendirilmesi için cinsel organların mutlaka birleşme pozisyonuna gelmesi ya da cinsel ilişkinin tamamlanması gerekli değildir. Tarafların öpüşmeleri cinsel ilişki anlamına gelmez ise de, öpüşmeden sonraki aşamalar cinsel ilişki olarak anlaşılmalıdır. Örneğin "*erkeğin kadının göğüslerini öpmesi, cinsel organın elle uyarılması*" gibi hareketler de cinsel ilişki olarak anlaşılmalıdır⁸⁸. Nitekim TCK m.225'in gerekçesinde de cinsel ilişki terimi "*cinsel*

⁸⁸ Bkz. **Baytemir**, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı İhlelenen Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 641, **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/

arzuların tatmini amacına yönelik her türlü davranış” olarak ifade edilmiştir⁸⁹.

Her ne kadar TCK m.104 ile m.225’in koruduğu değerler tam olarak aynı değilse de kullanılan terim olan “cinsel ilişki” aynı yönde yorumlanabilecektir. Kanun koyucunun TCK m.104’de kullandığı “cinsel ilişki” terimiyle sadece vajinal veya anal yoldan cinsel birleşmeleri kastettiğini, TCK m. 225’te kullanmış olduğu “cinsel ilişki” terimiyle ise cinsel birleşmeyle sınırlı kalmayıp daha geniş kapsamda cinsel davranışları kastettiğini ileri sürmek hukuki dayanaktan yoksun olacaktır.

Bir an için kanun koyucunun böyle bir farklılık ortaya koymak istediğini düşünsek bile bu durumda kanun koyucunun madde metinlerinde aynı terimi (*cinsel ilişki*) kullanma özensizliğine düşmemesi gerektiğini söyleyebiliriz. Nitekim m.225’te suçun eylem unsurunun “*hayâsızca hareket*” olarak belirlenmesi, cinsel birleşmeyi de kapsayacak şekilde geniş anlamda cinsel davranışlar olarak yorumlanması bakımından yeterli olacaktır. Bu durumda da biz TCK m.104’ün sadece cinsel birleşmeleri kapsadığı yönünde yorum yapabiliriz. Ancak madde metinlerinde böyle bir farklılaşma söz konusu olmadığı için TCK m.104’ün de sadece cinsel birleşmeler olarak değil, daha geniş şekilde yorumlanarak oral ilişkiyi ve / veya vücuda cinsel uzuv dışında sair bir organ ya da cisim sokmayı da kapsar nitelikte anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Sonuç olarak kanaatimizce 16-18 yaş arasında bir kız çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmaksızın anal ve/veya vajinal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması⁹⁰, yahut ağız boşluğuna erkeklik organı sokulması, 16-18 yaş arasında bir erkek çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmaksızın anal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması yahut ağız boşluğuna erkeklik organı sokulması, TCK m.104’de düzenlenmiş “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçunu oluşturacaktır.

Artuç, Mustafa; Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: V - Madde 205-256, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 6359.

⁸⁹ Madde gerekçesi için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: V), s. 6357.

⁹⁰ Aynı yönde Ünver, (*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel...*), s.44, Aksi yönde bkz: Taner, s. 334.

VI. SUÇA ETKİ EDEN HALLER

A. Genel Olarak

5237 Sayılı TCK m.104'ün ilk halinde var olan ikinci fıkrasında; “suçun failinin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olması halinde, faile verilecek cezanın iki katına kadar artırılacağı” öngörülmekteydi. Ancak bu hüküm Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi'nin 23/11/2005 tarih ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Kanun koyucunun hangi nedenlerle böyle bir hükme yer verdiği eleştirilmekteydi⁹¹. 5237 sayılı TCK ilk kabul edildiğinde madde metninin ilk halinde öngörülen ve Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen kararı ile iptal edilen bu nitelikli hal dışında başka bir nitelikli hal bulunmamaktaydı.

B. Evlenme Yasağından Kaynaklanan Nitelikli Hal

Ancak 6545 sayılı kanun m.60 ile maddeye iki ayrı fıkra eklenerek suç etkileyen iki yeni hal getirilmiştir. **Bunlardan ilki**, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin, mağdur çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi olması halinde, ayrı bir özgü faillik düzenlemesidir. Yeni getirilen bu hükme göre; “Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”. Görüldüğü üzere bu yeni düzenleme bakımından yasa koyucu, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun birinci fıkrasında yer alan durumda “iki yıldan beş yıla kadar (6545 sayılı yasa ile değiştirilmezden önce ceza miktarı altı aydan iki yıla kadardı)” hapis cezası öngörürken, maddeye ikinci fıkra olarak eklenen yukarıda gösterilmiş olan düzenleme kapsamındaki fiiller bakımından “on yıldan onbeş yıla kadar” hapis cezası öngörmüştür. O halde failin, ikinci fıkra hükmünde belirtilmiş olan ve mağdur çocukla aralarında “evlenme yasağı” bulunan bir kimse olması hali, cezayı ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

⁹¹ Bkz. **Hafizoğulları**, Zeki; Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İn. Türk Hukuk Kurumu, 71. Yıl Kuruluş Armağanı, Ankara 2005, s. 367, **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 346, dipnot no: 261, **Ünver**, (Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...), (Editör: Yener Ünver), s. 49 ve 51.

Evlenme yasağının kapsamı Türk Medeni Kanunu m.129 hükümlerine göre belirlenecektir⁹². Madde hükmüne göre; “**Madde 129- Aşağıdaki kimse-ler arasında evlenme yasaktır:**

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,
2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,
3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.”

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, değişiklik sonucu ensest⁹³ fiillerinin TCK bakımından suç kapsamına alınıp alınmadığı hususudur. Her ne kadar maddeye getirilen ikinci fıkrada mağdur çocuk ile aralarında “evlenme yasağı” olan kişilerin cinsel ilişkileri suçun nitelikli hali olarak kabul edilse de, kanaatimizce bu düzenleme tam olarak ensest fiillerine karşılık gelmemektedir. Ensestin, dar anlamda altsoy - üstsoy arasındaki cinsel ilişkileri kapsadığı gibi⁹⁴ geniş anlamda yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkileri de içerdiği kabul edilmektedir. Ensest ilişkilerde yaş unsuru tek başına bir kıstas olarak ele alınmamaktadır. Aksine yakınlık, akrabalık unsuru en önemli kıstas olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle maddeye

⁹² Tezcan/Erdem/Önok, (Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11.Baskı ...), s. 379, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (Özel Hükümler, 7. Baskı), s. 369-370.

⁹³ Ensest kavramı ve bu kapsama giren fiiller hakkında ayrıntılı tanım ve bilgi için bkz. Polat, Oğuz; Ensest, in: Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı -1- Tanımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2007, s. 159 vd.

⁹⁴ Nitekim altsoy - üstsoy ve kardeşler arasındaki cinsel ilişki Alman Ceza Kanununda da cezalandırılmıştır. Alman Ceza Kanunu § 173’de akrabalar arasında cinsel ilişki düzenlenmiştir. Hükme göre; “(1) Her kim, altsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim, üstsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır; akrabalık ilişkisi sona erdirilmiş olsa dahi, bu hüküm uygulanır. Birbirleriyle cinsel ilişkide bulunan öz kardeşler de, aynı şekilde cezalandırılır. (3) Fiil sırasında henüz on sekiz yaşını doldurmuş olmayan hısımlar ve kardeşler, bu hüküm uyarınca cezalandırılmaz.” Madde metninin çevirisi için bkz. Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried; Strafgesetzbuch (StGB) - Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınları, Yayın No. 2089 - Hukuk Dizisi: 979, 1. Baskı, İstanbul, Mart 2009, s. 239-240.

getirilen ikinci fıkra hükmü, sadece 15 yaşını dolduran çocukların verdikleri rıza üzerine aralarında “evlenme yasağı” olan kişilerin cinsel ilişkileri, suçun nitelikli hali olarak ensest kapsamını çok sınırlı olarak düzenlemektedir. Bir başka deyişle, 6545 sayılı değişiklikte ensest ilişki olarak sayılan fiillerin tümü suç kapsamına alınmış değildir⁹⁵. ŞU HALDE GETİRİLEN DÜZENLEME ENSEST FİİLLERİNİN SADECE BİR KISMINI SUÇ OLARAK DÜZENLEMİŞ, ANCAK MUTLAK BİR ENSEST / FÜCUR YASAĞI GETİRMEMİŞTİR.

C. Evlat Edinme Öncesi Bakım Üstlenmeden veya Koruyucu Aile İlişkisinden Kaynaklanan Nitelikli Hal

6545 sayılı kanun m.60 ile getirilmiş olan ve suçun faili bakımından önemli olan *ikinci nitelikli hal düzenlemesi* ise, suçun failinin, evlat edinme öncesi çocuğun bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuk hakkında *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi* olmasıdır. Bu düzenleme bakımından da belirtilen ilişkiler çerçevesinde *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi* bakımından özgü bir faillik müessesesi ihdas edilmiştir. Bu halde fail hakkında ikinci fıkrada belirtilen cezaya hükmolunacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere ikinci fıkrada düzenlenen ceza miktarı, “on yıldan onbeş yıla kadar” hapis cezasıdır. Getirilen yeni nitelikli halin uygulanmasının ilk türü; çocuk hakkında *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi*’nin çocuğu evlat edinecek olması ve evlat edinmeden önce bakımını üstlenmiş olması halidir. Bahse konu nitelikli hal bir başka durumda da uygulanabilir. Buna göre, çocuk hakkında *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi*’nin koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuğun koruma, bakım ve gözetimini üstlenmiş kişi olması mümkündür⁹⁶. Maddenin üçüncü fıkrasında getirilmiş

⁹⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (Özel Hükümler, 7. Baskı), s. 369-370.

⁹⁶ Alman Ceza Kanunu § 174 - § 174a - § 174c - hükümlerinde de birebir aynı nitelikte olmasa da kısmen Türk Ceza Kanunu m.104/3 hükmüne yakın düzenlemeler bulunmaktadır. Bahse konu düzenlemeler ile fail ile mağdur arasındaki belli bir *bakım, koruma, himaye, yardıma muhtaç olma, mahpus olma, muhafaza altında olma, danışma, tedavi veya yönlendirme* gibi çeşitli ilişki türlerinden kaynaklanan durumların kötüye kullanılması suretiyle kişilere karşı cinsel davranışlarda/cinsel istismarda bulunma fiilleri cezalandırılmaktadır. Bu hükümlerin kapsamının TCK m.104/3’e göre çok daha

olan her iki nitelikli halin temeli olan evlat edinme ve koruyucu aile ilişkilerinin, medeni hukuk ve diğer hukuk alanlarının ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde kapsamının belirlenmesi gerekecektir⁹⁷.

VII. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A. Genel Olarak

Suçun niteliği gereği meşru savunma, kanun hükmünü yerine getirme gibi hukuka uygunluk sebeplerinin TCK m.104 kapsamındaki fiiller bakımından ortaya çıkması mümkün gözükmemektedir.

B. İlgilinin Rızası Hukuka Uygunluk Nedeni Bakımından Değerlendirme

TCK m.26/2 hükmüne göre; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” TCK m.104 hükmü ise; “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı” suç olarak düzenlemiştir. Bu suçta mağdurun/ilgilinin rızasının geçerli olmayacağı açıkça kanun hükmünden anlaşılmaktadır⁹⁸. Gerçekten de Kanun koyucu 16-18 yaş grubundaki çocukların cinsel ilişki kurma hususunda mutlak tasarruf etme yetkisini kabul etmemiş⁹⁹ ve cinsel ilişkiye girme konusunda rıza verme yetkisinin olamayacağını hüküm altına almıştır. Bir başka deyişle maddede, cinsel ilişkiye girme hususundaki rıza beyanları muteber kabul edilmemiş, böyle bir rızaya dayansa bile onbeş

geniş olduğunu belirtmek gerekir. Bahse konu hüküm metinlerinin çevirileri için bkz. **Yenisey/Plagemann**, (*Strafgesetzbuch (StGB) - Alman Ceza Kanunu...*), s. 240-244.

⁹⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, (*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11.Baskı ...*), s. 383, **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, (*Özel Hükümler, 7. Baskı*), s. 369-370.

⁹⁸ **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 50.

⁹⁹ O halde bireyin üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği bir hak yoksa, rızanın varlığı herhangi bir etki doğurmaz. Bkz. **Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**; *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, (*Genel Hükümler, 5. Baskı*), s. 342.

yaşını bitirmiş bir çocukla gerçekleştirilen cinsel ilişki, suç sayılmıştır¹⁰⁰. O halde 16-18 yaş arasındaki çocuğun rızası TCK m.104 bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki 16-18 yaş arasındaki çocuğun cinsel ilişki bakımından rızasızlığı söz konusu ise ya da rıza, cebir, tehdit veya hile ile elde edilmişse bu durumda zaten fiil suç tipi itibarıyla değişecek ve TCK m.103 kapsamında çocuğun cinsel istismarı suçuna konu olacaktır¹⁰¹.

C. Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Bakımından Değerlendirme

Bir başka hukuka uygunluk nedeni olan ve TCK m. 26/1'de düzenlenmiş olan "**hakkın kullanılması**"nın TCK m.104 kapsamındaki fiiller bakımından uygulanabilirliği tartışılmalıdır. TCK m.26/1 hükmüne göre; "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*" Bu hükmün hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için öncelikle "*hukuk düzenince kabul edilmiş olan bir hakkın varlığı*" gereklidir. Ayrıca bu hakkın "*fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilmesi*" aranır¹⁰².

Burada medeni hukuk içerisinde aile hukukuna ilişkin hususların değerlendirilmesi gereklidir. Evlilik birliği, hak ve yükümlülükler temeline dayalı olan bir hayat ortaklığıdır¹⁰³. Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte, eşler için bir takım hak ve yükümlülükler doğar¹⁰⁴. Eşlerin hakları ve yükümlülükleri, Türk Medeni Kanunu m.185-186 hükümleri esas alınarak / yorumlanarak belirlenmektedir. Eşler evlilik birliği süresince eşit haklara sahip, yükümlülüklere tabi olmakla birlikte, eşlerden birisi için hak olan husus, diğer eş bakımından ise bir yükümlülük oluşturabilmektedir¹⁰⁵. Türk Medeni

¹⁰⁰ Üzülmüş, s. 6.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. Ünver, (Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...), (Editör: Yener Ünver), s. 49.

¹⁰² Bahse konu hukuka uygunluk sebebinin şartları bakımından bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (Genel Hükümler, 5. Baskı), s. 318.

¹⁰³ Gençcan, Ömer Uğur; Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 537.

¹⁰⁴ Akıntürk, Turgut/Karaman Ateş, Derya; Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış İkinci Cilt - Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2011, s. 109.

¹⁰⁵ Öztan, Bilge; Aile Hukuku, Ankara 2005, s. 151, Gençcan, (Aile Hukuku-2011), s.536.

Kanunu m.185/2 hükmü, evli kişilerin, evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama hususunda birlikte yükümlü olduklarını belirtmektedir. Nitekim eşlerin evlilik birliğini mutlu olmak için gerçekleştirdikleri kabul edilir. Bahse konu mutluluğun sağlanması her iki taraf bakımından bir yükümlülük olduğu gibi, eşlerden her birinin diğerinden yerine getirmesini isteyebileceği bir hak şeklinde de ortaya çıkar. Evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü, evlilik birliğinin bütün alanları bakımından kabul edilir. Bu alanlara, duygusal - parasal - ahlaki - cinsel alanlar dâhil olup, örnek olarak gösterilmektedir¹⁰⁶.

Görüldüğü üzere eşlerin evlilik birliği içerisinde birbirlerinin cinsel alanda da mutluluğunu sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülük bahse konu mutluluğu talep eden eş bakımından da bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay da 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda bu hususa dikkat çekmektedir. Karara göre; “*evlenmenin sosyal amacı yanında, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de bulunmaktadır. Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen ... uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kurmadıkları ... rapordan anlaşılmaktadır. Bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşanan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başarısız olması karşısında, eşlerin birbirine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yaklaşmayı beklemek için davacıyı zorlamak açık bir haksızlıktır*¹⁰⁷.” Görüldüğü üzere Yargıtay, eşlerden her birinin cinsel mutluluğu sağlama yükümlülüğü altında olduğunu belirtmekle birlikte, bir eşin diğerinden, makul bir süre içinde, belirli zaman dilimlerinde tekrarlanacak şekilde, cinsel ilişki kurmayı beklemesi yönünde bir hakkı olduğunu kabul etmektedir. Diğer eşin bundan sebepsiz surette kaçınması ise talep eden eş bakımından bir haksızlığa uğramak ve kendisinde haklı bir nefret uyandıracak bir tutum olarak değerlendirilmiştir.

Yukarıda belirtilen kapsamda olmak üzere eşlerin cinsel alanda birbirlerine anlayışlı davranma yükümlülüğü ile bir eşin diğerinden bu alanda

¹⁰⁶ Gençcan, (Aile Hukuku-2011), s. 549.

¹⁰⁷ Y.2.HD. 07.03.2007, 15367/3526. Karar için bkz. Gençcan, (Aile Hukuku-2011), s. 549-550.

anlayışlı davranmasını bekleme hakkı bulunmaktadır. Öğretide cinsel ilişki- den sürekli ve sebepsiz yere kaçınan, bu konuda eşinin anlayışlı davran- masını talep eden eşin bu hakkını ihlal ettiği kabul edilmektedir. Ancak aynı şekilde, eşlerden birinin hasta olması, ameliyatlı olması, eşin o zaman dili- minde derin bir üzüntü içinde olması cinsel ilişkiden kaçınmak bakımından haklı sebepler olarak belirtilmiştir¹⁰⁸. O halde bahse konu haklı sebepler olmaksızın sürekli bir şekilde ve sebepsizce eşlerden birinin cinsel ilişkiden kaçınması diğer eş bakımından bir hak ihlali olarak kabul edilecektir. Nitekim Yargıtay da 2008 yılında aynı yönde karar vermiştir¹⁰⁹.

Sonuç olarak eşler arasında birbirlerinden cinsel mutluluk ve cinsel ilişki talep etme yönünde hakları ve her bir eşin diğer eş bakımından bu hususta yükümlülükleri bulunmaktadır. Bahse konu talep hakkı; kötüye kullanılmadıkça, diğer eşe zarar verici nitelikte olmadıkça ve diğer eş üze- rinde cinsel ilişkiyi yaşama hususunda cebir, tehdit hile gibi araç unsurlarla zorlayıcı etki göstermedikçe hukuk düzeni tarafından korunacaktır. Şu halde aile birliği içerisinde, eşlerin cinsel ilişki hususunda talepleri, ancak diğer eşin de rızasıyla birlikte **HAK** olarak kabul edilebilecek bir husustur. Kanaatimizce bu sebeple evlilik birliği içinde cebir - tehdit - hile gibi araç unsurlar olmaksızın her iki tarafın da karşılıklı rızalarına dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişkiler, TCK m.104'de düzenlenen suçun tipine uymakla beraber, yukarıda bahsettiğimiz hususlardan da anlaşılacağı üzere Türk Medeni Kanunu'na, eşler bakımından birbirleri üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkına dayandığı için "*hakkın kullanılması*" hukuka uygun- luk sebebi gibi sonuç doğuracak ve fiiller suç teşkil etmeyecektir¹¹⁰. Ancak medeni kanun esaslarına göre yapılmayan evlilikler (*töre veya geleneklere göre yapılan evlilikler, dini nikâhlar, fiili birlikte yaşamalar, nişanlılık süreçleri*) içerisinde yaşanan cinsel ilişki, fiili hukuka uygun hale getirme- yecektir.

¹⁰⁸ **Gençcan**, (*Aile Hukuku-2011*), s. 551.

¹⁰⁹ Y.2.HD. 06.05.2008, 13408-6544. Karar için bkz. **Gençcan**, (*Aile Hukuku-2011*), s. 551-552.

¹¹⁰ Aynı yönde **Beyazıt**, s. 302. Aksi yönde görüş için ayrıca bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 46-47.

VIII. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Kastın hem cinsel ilişkiye ve hem de mağdurun yaşına yönelik olması gerekir¹¹¹. Suçun oluşmasında özel kast aranmamakta olup genel kast yeterlidir. O halde şehvet maksadı ya da şehvi hisleri tatmin amacı kast bakımından önemsizdir, bulunmasa da cinsel ilişkiye yönelik bilme ve isteme, kastı oluşturacaktır.

Kanunun açık bir düzenleme ile özel olarak belirtmediği sürece, genel kast ile işlenen suçlar hem doğrudan ve hem de olası kastla işlenebilir¹¹². TCK m.104 anlamında da kanun açık bir yasaklama öngörmediği için suçun olası ve/veya doğrudan kastla işlenmesi mümkün olacaktır.

Kastın hem cinsel ilişkiye, hem mağdurun yaşına¹¹³, hem de rızaya (*cebir-tehdit-hile kullanılmadığına*) yönelik olması gerekir. Failin, cinsel ilişki yaşadığı diğer tarafın yaşının 18'den küçük olduğunu veya rızasının varlığını bilmesi gerekir. Bilmiyorsa, örneğin 19 yaşında veya rızasının var olduğunu zannediyorsa failin ceza sorumluluğu olup olmadığını hata hükümlerine (*TCK m.30*) göre belirlemek gerekir¹¹⁴. Nitekim Yargıtay da aynı yönde karar vermektedir¹¹⁵.

¹¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.328.

¹¹² Aksi yönde bkz. Memiş Kartal, (*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...*), s. 135.

¹¹³ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346.

¹¹⁴ Hatanın ortaya çıkabileceği durumlara ilişkin örnekler için bkz. Beyazıt, s. 301-302.

¹¹⁵ *Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda; 15-18 yaş arasında bulunan sanığın, henüz 15 yaşını bitirmesine az süre kalan mağdure ile kaçtığı ve rızaya dayalı ilişkisinin gerçekleştiği, akabinde de resmî evliliğin vuku bulup, müşterek çocuk sahibi oldukları ve halen de evliliğin devam ettiği olayda, aynı yargılamada hakkında beraat kararı verilen sanığın babasının soruşturma safhasında Cumhuriyet Başsavcılığında alınan beyanında mağdureyi 15-16 yaşlarında olarak bildiğini söylemesi, Adli Tıp raporlarında da bazen hormonal gelişim ve beslenme nedeniyle kemik yaş ve görünümünün farklı olacağını belirtilmesi karşısında, sanık hakkında hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın, mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır.* (Y. 14. CD, E. 2011/8556, K. 2013/810, T. 30.1.2013; www.kazanci.com)

Bir diğer önemli husus da, resmi nikâh olmaksızın, geleneklere göre yapılan düğün törenleri sonucu, taraflarından birisi 15 yaşını doldurmuş çocuk olan evli çiftin karı-koca oldukları düşüncesiyle cinsel ilişkiye girmeleridir. Acaba burada eşi 15 yaşını doldurmuş çocuk olan diğer eşin TCK m.104 anlamında kastı söz konusu mudur? Kanaatimizce burada 18 yaşını doldurmuş olan failin, 15 yaşını doldurmuş çocuk olan diğer eşin yaşı, rızası ve yaşayacaklarının cinsel ilişki olduğu hususunda bilmesi ve bunu bilerek cinsel ilişkiyi gerçekleştirmek istemesi yeterlidir. Dolayısıyla kast unsuru oluşmuştur. Evlenme niyeti veya geleneklere uygun düğün ritüeli sonucu cinsel ilişkide, suç işleme kastının bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir.¹¹⁶

IX. TEŞEBBÜS

A. Genel Olarak

Suçun maddi unsuruna ilişkin hareketler cinsel ilişkinin gerçekleşmesi ile tamamlanır. Burada yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirttiğimiz her tür fiil (*vajinal - anal - oral*) cinsel ilişki bakımından gerçekleşme şekline göre tamamlanacaktır. Yukarıda eylem kısmında belirttiğimiz üzere, 15 yaşını doldurmuş çocuğun vücuduna anal ve/veya vajinal yoldan cinsel organ, diğer uzuvlar (*parmak, dil gibi*) yahut sair cisim (*cop, şişe, yapay penis gibi*) sokulması halinde fiil gerçekleşir. Oral yoldan ise kanaatimizce ancak cinsel organın ağza sokulması (*sair cismin oral yoldan sokulması kanaatimizce cinsel ilişki sayılamaz*) ile fiil tamamlanır.

Saydığımız fiillerin yaşanmaya başlanması yeterlidir. Belli bir uzunlukta devam etmesi, tarafların cinsel yönden tatmine ulaşmaları, fiziki boşalma gerçekleşmesi aranmamaktadır¹¹⁷.

Suç teorik olarak teşebbüse müsait gözükmektedir¹¹⁸. Failin teşebbüs açısından cezai sorumluluğu TCK m.35'e göre belirlenecektir. TCK 35'e göre failin icra hareketlerine doğrudan doğruya başlaması gerekecektir. Yukarıda sayılan fiillerin genelde şekli suç, neticesi harekete bitişik suç

¹¹⁶ Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3418.

¹¹⁷ Aynı yönde bkz: Koc/Üzülmez, s. 335, Taner, s. 334.

¹¹⁸ Aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3418, Aksi görüş için bkz. Meran, s. 286.

olarak gerçekleşebileceğinden dolayı, icrasına doğrudan başladığında kanaatimizce cinsel ilişki tamamlanmış sayılacaktır. Bu halde failin hareketlerinin aşamalara bölünebildiği hallerde suç teşebbüse elverişli hale gelecektir¹¹⁹. Ancak öncelikle somut olayın özelliğine bakarak o ana kadar gerçekleşen hareketlerin icra hareketi mi hazırlık hareketi mi olduğunu belirlemek gerekecektir.

B. Cinsel İlişkinin Görünüş Şekilleri (Vajinal / Anal / Oral Yoldan Bir Organ veya Sair Cisim Sokulması) Bakımından Teşebbüs Sorunu

Vajinal ve/veya anal ilişkiler bakımından kanaatimizce vajina veya anüs halkasına cinsel organ, sair organ veya sair cisim sokulmasıyla fiil tamamlanır. Sokma fiili öncesinde gerçekleşen öpüşme, okşama, dokunma, sürtünme gibi fiiller cinsel ilişki fiili kapsamında değerlendirilemeyecek, belki bu, fiilin hazırlık hareketi niteliğinde görülecek ve fakat teşebbüsten söz edilemeyecektir. Ancak hazırlık hareketlerinin doğal sonucu olarak sokma fiili gerçekleştirilmeye yönelmiş ve fakat duhul sağlanamadan fail yakalanmışsa (*örneğin vajina yanaklarına organ yerleştirilmeye yönelmiş, anüs ağzı kayganlaştırılarak organ ya da sair cisim sokulmaya hazır hale getirilmiş ve fakat duhul sağlanamadan fail yakalanmış ise*) ancak bu durumda teşebbüs kabul edilebilecektir. Failin fiziki veya psikolojik iktidarsızlığı nedeniyle cinsel ilişki gerçekleştirilememiş ise, fiilin teşebbüs aşamasında kalmış olduğu kabul edilmelidir.

Oral yoldan cinsel ilişki bakımından ise yukarıda belirttiğimiz üzere, sadece cinsel organın ağza sokulması cinsel ilişki olarak kabul edilecektir. Buna göre cinsel organın ağza sokulması ile suç tamamlanacağı için teşebbüs söz konusu olmaz. Ancak teorik olarak bu fiile teşebbüs mümkündür. Örneğin erkek üreme organı aktif /erekte hale gelmiş ve fakat 15 yaşını doldurmuş çocuğun ağzına sokulma öncesi *-henüz tam olarak mağdur psikolojik veya fiziken hazır olmadan-* fail yakalanmış ise teşebbüs aşamasında kalmış olarak kabul edilebilir. Failin oral yönden cinsel ilişki isteği çerçevesinde, 15 yaşını doldurmuş çocuk önce failin erkeklik organına dokunarak eliyle ereksiyon olmasını sağlamış, ancak ağza değgin olarak oral yoldan

¹¹⁹ Aynı yönde *Sevük*, s. 299, *Şen*, s. 406, *Yaşar/Gökcan/Artuç*, (Cilt: III), s. 3418.

birleşme olmadan dokunma suretiyle fail boşalmış ise, bu durumda teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Ancak boşalma sonrası shevi bir haz olmasa da ağız yoluyla birleşme gerçekleşirse suç tamamlanmış kabul edilmelidir.

Öğretide bu suça teşebbüsün teorik olarak mümkün olduğu ve fakat pratikte sanığın ikrarı olmaksızın ispatının oldukça zor olduğu haklı olarak ileri sürülmektedir¹²⁰.

C. Gönüllü Vazgeçme

Fail yukarıda sayılan fiillere yönelik icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse (*örneğin cinsel ilişki öncesi öpüşme, dokunma, okşanma veya sürtünme filleri gerçekleşmiş ve fakat fail vajinal, anal ya da oral yolla birleşmekten vazgeçmişse*) bu durumda m.36 hükümlerine göre, failin 104. maddeden ceza sorumluluğuna gidilemez¹²¹. Ancak şartları varsa ve failin o ana kadarki hareketleri ayrı bir suçu oluşturuyorsa bu suçtan dolayı cezai sorumluluğu belirlenir. Ancak *kanaatimizce* TCK'da failin hareketlerinin o ana kadarki kısmına uyabilecek herhangi bir suç tipi yer almamaktadır.

Nitekim Yargıtay da, rızaya dayalı olarak anal yoldan cinsel ilişkiye yönelik hareketlerden, mağdur olduğu iddia edilen kişinin, canının acıdığını belirtmesi üzerine failin vazgeçmesini gönüllü vazgeçme olarak değerlendirmiş, o zamana kadar gerçekleşen sevişme (*boynunu ve elini ısırma, mağdurun pantolonunu ve külotunu çıkardığı için vücuduna çıplak olarak sürtünme*) şeklindeki hareketlerin ise cinsel ilişki boyutuna ulaşmaması nedeniyle failin beraatine karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹²².

X. SUÇA İŞTİRAK (SUÇLULARIN ÇOKLUĞU)

Suç, iştirak bakımından özellik göstermez. Suça azmettirme ve yardım etme mümkündür¹²³. Yargıtay da bir kararında; “*mağdurun araçla alınıp*

¹²⁰ Beyazıt, s. 301-302.

¹²¹ Sevük, s. 299, Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3418.

¹²² Y.14.CD. Esas: 2011/9207 - Karar: 2013/2448, Tarih: 11.03.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır.).

¹²³ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346, Öğretide, cinsel ilişki için ev temin etme şeklindeki yardım etme örneği için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3418.

saniğın olduğu yere götürülerek cinsel ilişkide bulunmasına imkân sağlanmasını” yardım etme olarak değerlendirmiştir¹²⁴. Suç bakımından birlikte failliğin ortaya çıkması çok zor görünse de teorik olarak mümkündür¹²⁵. Örneğin birden fazla failin aynı anda ve farklı duhul noktalarından çocukla cinsel ilişki yaşamaları halinde birlikte faillikten söz edilebilir. Ancak hemen belirtelim ki, TCK m.104 hükmünde fiilin birden fazla fail tarafından birlikte işlenmesi hali özel olarak düzenlenmemiştir. **Kanaatimizce** böyle bir özel ağırlatıcı neden düzenlenmiş olmasa da, TCK m.61/1-a hükmü gereği suçun işleniş biçimi kıstası çerçevesinde cezanın bireyselleştirilmesi söz konusu olabilecektir.

Birden fazla kişi aynı mağdurla ardı ardına cinsel ilişkide bulunmuş ise, bunların her biri suçun doğrudan (*tek başına*) failidir¹²⁶. Bu durumda birlikte faillikten söz edilemez¹²⁷.

XI. SUÇLARIN İÇTİMAI (SUÇLARIN ÇOKLUĞU)

A. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından (TCK m.43)

5237 sayılı TCK'nın ilk şeklinde *cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları* bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yasaklanmıştı. Belirtilen yasak 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle kaldırılmıştır. Ancak hemen belirtelim ki reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından TCK'nın gerek kabul edildiği gerekse yürürlüğe girdiği dönemden beri zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından herhangi bir yasak bulunmamaktaydı. O halde TCK m.104 reşit olmayanla cinsel ilişki suçu zincirleme suç konu olabilecektir.

¹²⁴ (Y.5.C.D. 17.09.2009 Tarih ve Esas: 2008/6350-Karar: 2006/10423). Karar künyesi ve içeriği için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3448.

¹²⁵ Aksi görüşe göre suç “*bizzat işlenebilen*” suç niteliindedir, bunun sonucu olarak da birlikte faillik TCK m.104 bakımından söz konusu olmaz. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346.

¹²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346. Öğretide **Taner**, iki kişinin aynı anda, birinin anal, diğerinin vajinal yoldan mağdurla yaşadığı cinsel ilişkide iki ayrı suçun oluştuğunu ve davranışların birlikte gerçekleşmesinin müşterek failliği ortaya çıkarmayacağını savunmaktadır, **Taner**, s. 341.

¹²⁷ **Beyazıt**, s. 303.

Fail bir suç işleme kararının icrası kapsamında 15 yaşını bitirmiş aynı çocukla değişik zamanlarda cinsel ilişkide bulunursa, bu durumda 5237 sayılı TCK madde 43/1, zincirleme suç hükümlerine göre failin cezai sorumluluğu belirlenecektir¹²⁸. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir¹²⁹. Burada zincirleme suç kapsamında kalacak fiillerin mutlaka aynı türden olmasına gerek yoktur. Değişik zamanlarda aynı mağdura karşı tek suç işleme kararıyla farklı türden de olsa yaşanan cinsel ilişkiler (*vajinal - oral - anal*) zincirleme suç kapsamında olacaktır. Ancak aynı zaman diliminde şekil itibarıyla art arda yaşanan duhuller vücudun farklı yerlerine yönelik de olsa tek bir suç sayılacaktır.

Ancak Yargıtay bir kararında mağdurla aynı zamanda hem anal hem de vajinal yoldan cinsel ilişki kurulması halinde tek suça göre değil, zincirleme suç hükümlerine göre hüküm uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır¹³⁰. Yargıtay'ın kararına katılmamaktayız. **Kanaatimizce** cinsel ilişkinin kaç defa yaşandığı değil, bütünlük arzemesi önemlidir. Örneğin gece boyunca birden fazla kez cinsel ilişki yaşanması halinde (*ilişki vücudun anal-vajnal-oral bölgelerine yönelik olmakla birlikte failin duhul sayısı, fail ya da mağdurun tatmin olma sayısı herhangi bir önem arzetmez*) ilişki sayısı kaç olursa olsun, fiilin bütünselliği gereği tek bir cinsel ilişkinin olduğu kabul edilmelidir.

B. Fikri İçtima Hükümleri Bakımından (TCK m.44)

6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yayınlanan makalemizde reşit olmayanla cinsel ilişki fiilinin üstsoy tarafından 15 yaşını bitirmiş bir çocuğa rızası ile yapılması halinde öğretide tartışmalı olmakla birlikte¹³¹ biz (*şikâyet*

¹²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3419.

¹²⁹ Y.5.C.D. 07.10.2009 Tarih ve Esas: 2009/4637-Karar: 2006/11145. Karar künyesi ve içeriği için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s.3446.

¹³⁰ Y.5.C.D. 23.02.2006 Tarih ve Esas: 2005/19512-Karar: 2006/1058. Karar künyesi ve içeriği için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3419, dipnot no: 796.

¹³¹ Aynı yönde bkz: Koca/Üzülmez, s.336. Aksi yönde bkz: Taner, s. 342. Öğretide Tezcan/Erdem/Önok ise altsoy ile üstsoy arasındaki bu cinsel ilişkinin "*kötü muamele*" kapsamına girmesi için, davranışın mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması gerektiğini savunmaktaydı. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, (Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı), s. 728.

şartı yerine gelmişse) hem m.104'teki bu suçun hem de m.232'de yer alan aile fertlerine kötü muamele suçunun oluşacağını ileri sürmekteydik. Buna gerekçe olarak da rızaya dayalı olsa bile böyle bir fiilin aile fertlerine gösterilmesi gereken rahim ve şefkat duygularıyla bağdaşmayacağını söylemekte ve bu halde failin ceza sorumluluğunun fikri içtima kuralları çerçevesinde belirleneceğini kabul etmekteydik¹³².

Bu gibi durumlarda çocuğun şikâyetinde bulunmaması halinde fiilin soruşturulması ve kovuşturulmasının mümkün olup olmadığı da ayrıca tartışma konusuydu¹³³. Ancak bahse konu tartışma 6545 sayılı kanun değişikliği sonrası şikâyet şartı aranmaya ihtiyaç kalmayacak şekilde çözüme kavuşmuştur. Yukarıda fail-mağdur kısmında da belirttiğimiz üzere, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdur ile aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı ikinci fıkrayla düzenleme altına alınmıştır. Şu halde artık şikâyet şartı aranmaksızın doğrudan fikri içtima kuralları çerçevesinde sorun çözülecektir¹³⁴.

¹³² Bkz. **Kanbur**, (*Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu... (CHD)*, 8/21-Nisan-2013), s. 58-59. Aynı yönde bkz. **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, (*Özel Hükümler... 5. Baskı*), s. 354.

¹³³ O dönemde bu tartışmanın çözümüne yönelik görüşümüz şu şekildeydi: "TCK m.232'de düzenlenen aile fertlerine kötü muamelede bulunma suçu resen takip edilen bir suçtur. Şikâyet edilen şey fail değil, fiildir. Bu durumda sorunu ikiye ayırarak çözebiliriz. Eğer suçun mağduru olan 15 yaşını bitirmiş çocuk, fiil hakkında şikâyetinde bulunmuşsa bu durumda her iki suç da oluşmuş olacaktır. Faile fikri içtima kuralları gereğince daha ağır cezayı gerektiren TCK m.104'teki "reşit olmayanla cinsel ilişki suçu"nun cezası verilecektir. Ancak fiil hakkında şikâyetinde bulunulmamış ise fail sadece resen takip edilen TCK m.232'den sorumlu olacaktır. Suçlardan birinin şikâyete tabi diğerinin resen soruşturulabilir olması, fikri içtima müessesesini uygulamaya engel değilse de şikâyet yoksa daha az cezayı gerektirse de resen takip edilen diğer suçun cezası verilebilecektir. Kanaatimizce fiilin hem şikâyete bağlı bir suçu hem de resen takip edilen bir suçu oluşturması mümkündür. Bu durumda takibi şikâyete bağlı olan suçtan dolayı şikâyetinde bulunulmasa da resen takip edilmesi gereken suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir." Bkz. **Kanbur**, (*Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu... (CHD)*, 8/21-Nisan-2013), s. 58-59. Aynı yönde bkz. **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, (*Özel Hükümler... 5. Baskı*), s. 354.

¹³⁴ Aynı yönde bkz. **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, (*Özel Hükümler... 7. Baskı*), s. 372-373.

XII. YAPTIRIM

TCK m.104/1 çerçevesinde işlenen fiillerin yaptırımı “iki yıldan beş yıla kadar” hapis cezasıdır¹³⁵. TCK m.61 hükümleri çerçevesinde belirlenen sonuç ceza miktarı bir yıl veya daha az hapis cezası ise hüküm, TCK m.50’ye göre adli para cezasına veya diğer tedbirlere çevrilebilir. Aynı şekilde belirlenen sonuç ceza miktarı iki yıl veya daha az hapis cezası ise hüküm, TCK m.51’e göre ertelenebilir¹³⁶.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri olarak maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları bakımından ise kanunda belirtilen hapis cezası miktarı “on yıldan onbeş yıla” kadar hapis cezasıdır.

Ayrıca verilen mahkûmiyet ile birlikte TCK m.53’de yer alan hak yoksunlukları şeklindeki güvenlik tedbirleri ile suçun işleniş şekline uyar tarzda diğer güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir.

XIII. DAVA VE CEZA İLİŞKİSİNİ DÜŞÜREN NEDENLER

Burada şikâyet dışındaki dava ve ceza ilişkisini düşüren sebepler belirtilecektir. Şikâyet müessesesi ise aşağıda muhakeme kısmında incelenecektir.

A. Evlenme Gerçekleşmesi Halinde Dava veya Ceza İlişkisinin Ertelenmesi-Düşmesi (765 s. TCK m.434).

765 Sayılı TCK m.434’de düzenlenmiş olan “Dava veya Cezanın Ertelenmesi” başlıklı hükme göre;“(1)Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku âmme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur. (2)Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir. (3)Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416 ncı maddeler hakkında da caridir. (4)Evlenme maznun veya mahkûm

¹³⁵ 6545 sayılı kanun değişikliğinden önce suça ilişkin hapis cezası miktarı “altı aydan iki yıla kadar” olarak belirlenmişti.

¹³⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3420.

hakkında hukuku âmme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir.” Görüldüğü üzere bu hükme göre fiil sonrası gerçekleşecek olan evlenme, dava ve ceza ilişkisinin ertelenmesine neden olacaktır. Kadının haksızlığı sonucu boşanma hariç olmak üzere evlilik devam eder ve boşanma gerçekleşmez ise dava veya ceza ilişkisi düşecektir. 5237 Sayılı TCK böyle bir hükme yer vermemiştir. Bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ilişkiden sonra evlenmenin gerçekleşmesi, fiilin kovuşturulmasını ve failin cezalandırılmasını engelleyemeyecektir¹³⁷.

Kanaatimizce bu suçun şikâyete bağlı olması nedeniyle bu gibi hallerde evlenmeyi müteakip mağdur tarafın şikâyetini geri alması halinde 765 Sayılı kanundaki düzenlemeye paralel bir sonuç elde edilebilecektir. Şikâyetin geri alınması hukuka aykırı olmayan bir şarta bağlı olabileceği için, kanaatimizce mağdur tarafın evlenme şartı ile şikâyetinden vazgeçmesi de mümkün olacaktır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, maddenin ikinci fıkrası hükmü hem şikâyete bağlı olmaması ve hem de evlenme yasağını konu edinmesi nedeniyle suçun bu şekilde işlendiği hallerde evlenme niyetiyle şikâyetten vazgeçilmesi kesinlikle mümkün olamayacaktır. Aynı şekilde maddenin üçüncü fıkrası hükmünde de şikâyet aranmayacağı belirtilmiş olup fiilin takibi resen gerçekleşecektir. Bu nedenle evlenme niyetiyle de olsa şikâyetten vazgeçme mümkün olamayacaktır.

B. Af

TCK m.104 reşit olmayanla cinsel ilişki suçu genel ve/veya özel affa uygundur. Hakkında af kanunu çıkarılması yasaklanan suçlardan birisi değildir.

C. Dava Zamanaşımı

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şekli bakımından dava zamanaşımı süresi TCK m.66/1-e hükmü gereğince “sekiz” yıldır. Dava zamanaşımının kesilmesine ilişkin TCK m.67/2’de düzenlenen hususların

¹³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 343.

gerçekleşmesi halinde bahse konu dava zamanaşımı süresi en fazla yarısına kadar uzayacaktır (TCK m.67/4). Bu halde suçun bu şekli bakımından sekiz yıllık dava zamanaşımı süresi, kesilmelerle birlikte dört yıl daha uzayıp en fazla “oniki” yıl olacaktır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri (*fıkra 2-3*) bakımından ise dava zamanaşımı süresi TCK m.66/1-d hükmü gereğince “onbeş” yıldır. Dava zamanaşımının kesilmesine ilişkin TCK m.67/2’de düzenlenen hususların gerçekleşmesi halinde bahse konu dava zamanaşımı süresi en fazla yarısına kadar uzayacaktır (TCK m.67/4). Bu halde suçun nitelikli halleri bakımından on beş yıllık dava zamanaşımı süresi kesilmelerle birlikte yedi yıl altı ay daha uzayıp en fazla “yirmi iki yıl altı ay” olacaktır.

D. Önödeme

TCK m.75/1 hükmüne göre; *Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçlar hakkında* önödeme müessesesi uygulanabilir. TCK m.104 reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit haline ilişkin hapis cezasının üst sınırının beş yıl olması nedeniyle fiil TCK m.75 hükmü kapsamı dışındadır ve önödeme uygulanamayacaktır. Aynı şekilde suçun nitelikli haline ilişkin hapis cezasının üst sınırının onbeş yıl olması nedeniyle fiil TCK m.75 hükmü kapsamı dışındadır ve önödeme uygulanamayacaktır.

XIV. MUHAKEMESİ

A. Soruşturma-Kovuşturma Koşulları

1. Şikâyet - Genel Olarak (CMK m.158 Hükmünün Uygulanması)

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce yürürlükte bulunan TCK m.104/2 kapsamındaki fiillerin takibi şikâyete bağlı olmayıp resen soruşturulacak ve kovuşturulacaktır. 5237 sayılı TCK m.104/1’in takibi ise şikâyete bağlıdır. 6545 sayılı kanun değişikliği ile maddeye eklenen ikinci ve

üçüncü fıkralar kapsamındaki fiiller bakımından ise soruşturma ve kovuşturma şikâyete bağlı olmaksızın resen gerçekleştirilecektir.

Şikâyet müessesesi TCK m.73 ile CMK m.158'de düzenlenmiştir. Şikâyet altı aylık hak düşürücü süreye tabidir. Bu süre fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Şikâyet süresi geçtikten sonra şikâyet hakkı düşeceği için reşit olmayanla cinsel ilişki suçu faili hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veya kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilmesi gerekecektir¹³⁸. CMK m.158/6'da şikâyete ilişkin istisna¹³⁹ bir özel husus düzenlemiştir. Hükme göre; *“Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.”* Bu hükme göre fiilin şikâyete bağlı olduğunun kovuşturma aşamasında ilk kez ortaya çıkması halinde, durma kararı verilerek şikâyet hakkı sahibine şikâyette bulunup bulunmayacağına ilişkin bildirimde bulunulmalıdır. Kişi şikâyetçi olduğunu açıkça belirtirse bu durumda durma kararı kaldırılarak duruşmaya devam edilecektir.

Kişi şikâyetçi olmadığını açıkça belirtirse bu durumda düşme kararı verilmelidir. Ancak şikâyet hakkı sahibi susarsa ne yapılacaktır? CMK m.158/6 hükmü, açıkça vazgeçilmediği hallerde yargılamaya devam olunacağını belirtmiştir. Bu hükmü iki farklı şekilde değerlendirmek lazımdır. Birincisi takibi şikâyete bağlı olmayan bir suçtan dolayı kişinin suç duyurusunda bulunması üzerine, resen açılmış bir davada suçun vasfının değişmesi sonucu suçun şikâyete bağlı bir hale veya başka bir suça dönüşmesi halinde, önceki suç ihbarını şikâyet olarak değerlendirmek ve yargılamaya

¹³⁸ *“Oluşa uygun olarak sanığın işlediği kabul edilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kovuşturulmasının şikâyete bağlı bulunduğu, suçun mağduru olup şikâyet hakkın sahip bulunan Ayşegül'ün beyanının ise ilk kez 30.05.2007 tarihli duruşmada alındığı ve sanki şikâyetçi olduğu ancak suç tarihinden itibaren 6 aylık şikâyet süresinin geçirildiği bu nedenle de kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin anlaşılması karşısında kamu davasının düşürülmesi yerine kamu davasının düşürülmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması ... (bozmayı gerektirmiştir)” (Y.5.C.D. 16.09.2009 Tarih ve 2009/9330-2009/10415). Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3420.*

¹³⁹ Öğretide bu hususun, şikâyetin hak düşürücü süre olma özelliğinin istisnası olarak kabul edildiği görüş için bkz. Şahin, Cumhur; Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2005, s. 500.

devam etmek gerekir¹⁴⁰. İkinci olarak **kanaatimizce** belirtilen hüküm, ancak henüz altı aylık şikâyet süresi geçmemiş ve şikâyet hakkı düşmemiş olan haller bakımından geçerli olmalıdır. Bir başka deyişle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikâyet var olmaksızın mahkeme önüne gelen bir davada, fiilin ve failin öğrenildiği andan itibaren altı aylık şikâyet hakkına ilişkin süre düşmediği durumda yargılamaya devam edilebilmelidir. Aksi halde altı aylık hak düşürücü süre sona ermişse dava düşürülmelidir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁴¹.

CMK m.158/6, şikâyetin bir dava şartı olma özelliğine aykırı olarak bu dava şartının gerçekleşmemiş olmasına rağmen yargılamanın devamına ilişkin bir istisna getirmiştir. Ancak bu istisna özelliğine rağmen CMK m.158/6

¹⁴⁰ *Örneğin bir kimsenin ayakkabılarının çalındığını belirterek çalanların cezalandırılmamasını istemesi, sonradan olayın güveni kötüye kullanma kapsamına girdiği anlaşıldığında şikâyet sayılmalı ve yargılamaya devam edilmelidir.* Örnek ve açıklama için bkz. **Centel, Nur/Zafer, Hamide**; Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2012, s. 87. Aynı yönde olmak üzere, resen takip edilen hırsızlık suçu olduğu düşüncesiyle mağdurun şikâyet ediyorum demesi ve fakat suçun takibi şikâyete bağlı olan güveni kötüye kullanma olduğunun ortaya çıkması halinde baştaki bildirim şikâyet olarak değer görecektir. Fakat güveni kötüye kullanma suçu olduğu zannıyla aslında hırsızlık fiilinin şikâyet edilmesi halinde bu bildirim ihbar sayılacak ve resen kovuşturma devam edecektir. Bkz. **Özgenç, İzzet**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Seçkin-Hukuk, Ankara, Ocak 2013, s. 599. Ancak öğretilerde **Donay**, bu gibi durumlarda fiilin şikâyete bağlı bir suç olması halinde şikâyetçi olunup olunmayacağına mutlaka ihbar edene sorulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **Donay, Süheyl**; Ceza Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012, s. 204.

¹⁴¹ “765 Sayılı TCK’nın 416/3. maddesinde belirtilen suçun 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 104/1 maddesine uyan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve 15 yaşını ikmal etmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin Ceza Muhakemesi Kanununun 158/6. maddesi nazara alınarak mağdurenin şikâyeti halinde cezalandırılacağına hükme bağlanması...” (Y.5.C.D. 20.10.2009 Tarih ve 2008/3985-2009/11734). Karar için bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3442. “... suç tarihi itibarıyla 17 yaşında bulunan mağdurenin hazırlıktaki beyanında sanıktan şikâyetçi olmaması nedeniyle, rızaen cinsel ilişkide bulunma eyleminin aynı Yasanın 104/1. maddesi kapsamında olup 73/4 maddesi gereğince de takibi şikâyete tabi olması karşısında 5237 Sayılı Yasanın 7/1-2 ve 5271 sayılı Yasanın 223/8. maddeleri de gözetilerek sanık hakkında açılan davanın düşmesine karar verilmesi gerekirken...” (Y.5.C.D. 29.09.2009 Tarih ve 2008/15005-2009/10552). Karar için bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3446-3447.

düzenlemesini, ölmüş (*düşmüş*) olan şikâyet hakkını diriltici bir hüküm olarak yorumlamamak gerekir¹⁴². Ancak öğretide bu görüşümüzün aksine olarak, Cumhuriyet Savcısının, suçun resen takip edilen suçlardan olduğunu düşünmesi veya gözden kaçırarak resen soruşturma yürütüp kovuşturma aşamasına geçtikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun ortaya çıkması halinde şikâyet hakkına sahip kişiye şikâyet hususunda iradesini açıklama yönünde bir imkân daha tanındığı kabul edilmektedir¹⁴³.

Kanaatimizce kişi kendisi hakkında yapılan fiili bilmesi halinde her halükarda “*fiil hakkında beyan vermek*” veya “suç duyurusunda bulunmak” şeklinde bir ceza muhakemesi işleminden geçmiş olacaktır. O işlemlerdeki iradesi hangi yönde ise bu esas alınarak şikâyeti belirlenebilir. Bir başka deyişle bu beyanları şikâyette bulunduğu şekilde kabul edilebilir. Bu hususu ceza muhakemesinde hataların giderilmesi yollarından biri olan “*çevirme*” müessesesi ile açıklamak mümkündür. Ancak fiili ve faili bilmesine rağmen yine de herhangi bir işlem yapmamış ve savcı da gözden kaçırarak dava açmış ve 6 aylık hak düşürücü süre de geçmiş ise **kanaatimizce** artık CMK m.158/6 hükmü uygulanamamalıdır¹⁴⁴.

2. TCK m.104 Hükümü Bakımından Şikâyet Hakkının Değerlendirilmesi

Öğretide madde düzenlemesinden şikâyet hakkına kimin sahip olduğunun anlaşılacağı ileri sürülerek haklı bir eleştiri getirilmiştir¹⁴⁵. **Kanaa-**

¹⁴² Öğretide **Ünver**'e göre; “*resen kovuşturulan bir suçmuş gibi bir eyleme yönelik suçlama, o eylem gerçekte şikâyete bağlı bir suç teşkil ediyorsa, iddianamenin fiili resen takip edilen bir suç gibi nitelendirmesi, bu fiili resen kovuşturulur hale getirmez.*” Bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 52-53.

¹⁴³ **Şahin**, Cumhuriyet Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 3. Baskı, Seçkin - Hukuk, Ankara, Eylül 2012, s. 58.

¹⁴⁴ CMK m.158/6 hükmüne yönelik öğretideki eleştiriler ve ayrıca bu hükmün TCK m.104 bakımından anlamı bakımından görüşler için bkz. **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 132-133 vd., **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 52-53, **Taner**, s. 345-346.

¹⁴⁵ Bkz. **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci

timizce burada şikâyet hakkına sahip olan kişi 15 yaşını tamamlayan ve cinsel ilişkide bulunulan çocuktur¹⁴⁶. Çünkü burada şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak söz konusudur¹⁴⁷. Yargıtay'ın hem önceki dönemde¹⁴⁸ hem de son yıllarda verdiği kararlarda¹⁴⁹ da görüşünün bu yönde olduğunu söylemek

Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), 2. Kitap, Ankara 2004, s. 351, **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (*Özel Hükümler, 12. Baskı...*), s.195, **Sevük**, s. 294, **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 49.

¹⁴⁶ Aynı yönde **Soyaslan**, (2010...), s. 243, **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 347, **Yaşar/Gökçen/Artuç**, (Cilt: III), s. 3420. Aksi görüş için bkz. **Meran**, Necati; *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 379-380, **Polat**, s. 194. Öğretide **Ünver**'e göre; kanun koyucunun bu suç bakımından rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeyip bunu da şikâyete bağlı kılmaması, şikâyetin başkası tarafından yapılmasını amaçladığı anlamına gelmektedir. Bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 50.

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. **Hafizoğulları**, (*Cinsel Suçlar - Beşeri Cinsellik ...*), s. 7, **Soyaslan**, (2010...), s. 244. **Beyazıt**, s. 304-305, **Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008, s. 1697. 765 Sayılı TCK döneminde suç olarak düzenlenmiş bulunan zina fiillerinin takibi şikâyete bağlıydı. Öğretide buradaki şikâyet hakkının eşe ait olduğu ve bunun şahsa sıkı surette bağlı haklardan olduğu kabul edilmekteydi. Kanuni temsilciye bu hakkın verilmediği kabul edilmekte, ancak eşin fiil ehliyetinden yoksun hale gelmesi durumunda kanuni temsilcilerine şikâyet hakkının tanınması gerektiği ileri sürülmekteydi. Bkz. **Hafizoğulları**, (*Zina Cürümleri*), s. 278-283. Görüldüğü üzere burada da şikâyet hakkının şahsa sıkı surette bağlı olduğu ve fakat eşin bunu fiilen kullanamayacak durumda olması halinde (*ruhi veya fiziki acziyet hali*) kanuni temsilcilerinin bunu kullanabileceği kabul edilmiştir. O halde TCK m.104 bakımından şikâyet hakkına kanuni temsilcinin de sahip olduğu görüşünü bir an için kabul etsek bile bu hak ancak çocuğun bu hakkını kullanamayacak bir acziyete düşmesi halinde kanuni temsilcilerine tanınabilir. 1942 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararını bu şekilde yorumlamak gerekir.

¹⁴⁸ “Sezgin Küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahiptirler. Bu küçükleri temsil hakkına sahip olan kişilerin dava yetkisi, sezgin küçükler dava ve şikâyette bulunmadıkları takdirde onların yerine geçerek yararlarını korumaktan ibarettir.” (YİBK. 15.04.1942 - Esas: 1940/14 - Karar: 1940/9). Karar için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza/1941-1946, Cilt: 2, Yargıtay Yayınları No:7, (Yayına Hazırlayan: Orhan Dursunkaya), İkinci Basım, Ogun Matbaacılık Sanayi, Ankara 1984, s. 176-179.

¹⁴⁹ Nitekim Yargıtay'a göre; “Medeni Kanununun 16. Maddesinde mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanuni mümessilin rızasına ihtiyaç duymadan kullanacaklarını

mümkündür. Şikâyet konusunda mağdur ile kanuni temsilcisi arasında bir anlaşmazlık söz konusu olursa bu gerekçe ile mağdurun iradesi esas alınacaktır¹⁵⁰. Ayrıca 765 TCK'da bu fiiller Genel Ahlak - Adap ve Aile Düzenine karşı işlenen bir suç olarak düzenlenmişti. Oysa 5237 Sayılı TCK bahse konu fiilleri bizzat kişilere karşı işlenen suçlar bölümünde ve bireylerin cinsel hürriyetlerine karşı işlenen bir suç olarak düzenlemiştir. O halde kanun koyucu burada aileyi, kanuni temsilcileri, toplumu değil bizzat 15 yaşını doldurmuş çocuğu korumaktadır¹⁵¹. Bu durumda bizzat korunan hukuki değer sahibi olan çocuk¹⁵² şikâyet hakkına tek başına sahiptir¹⁵³.

açıklamış bulunmasına göre... Y.2.C.D. 17.05.2007, 1487-7094. Karar için bkz. **Erol**, Haydar; Türk Ceza Kanunu, Gerekçeli ve Açıklamalı, Baskı: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara (Yayın Yılı Belirtilmemiştir) s. 1347.

¹⁵⁰ **Soyaslan**, (2010...), s. 244, **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 344, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3420.

¹⁵¹ Öğretide, bölüm başlığının terminolojik anlamlandırılmasının her zaman şikâyet hakkına sahip olanın belirlenemeyeceğine dair görüş hakkında bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 51.

¹⁵² Öğretide ailenin gördüğü zararın doğrudan değil dolaylı olduğu, bu sebeple şikâyet hakkının öncelikle doğrudan zarar görmek suretiyle korunan değeri ihlal edilen kişiye ait olacağı yönündeki görüş için bkz. **Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 201.

¹⁵³ Aynı yönde olmak üzere bu maddedeki mağdurun kim olduğunun belirlenmesine yönelik yoruma göre şikâyet hakkının kime ait olduğunun tespitinin mümkün olacağı yönündeki görüş için bkz. **Özgenç**, (Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi), s. 824. Aynı sonuca, öğretide ceninin düşürülmesi fiillerine rıza gösterme hakkı bakımından mümeyyiz küçüğe sıkı surette bağlı olan rıza gösterme yetkisi bulunduğu yönündeki görüş çerçevesinde de ulaşılabilecektir. Bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı - Gerekçeli - İçtihatlı) Cilt: 2, Özel Hükümler (Madde 76-169 - Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar), Birinci Baskı - Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2008, s. 586, **Aydın**, Murat; Çocuk Düşürtme fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, in. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2011, s. 87. Vücudun muayenesine yönelik mümeyyiz olan mağdurun rızasının tek başına yeterli olması gerektiği yolundaki görüş için bkz. **Nuhoğlu**, Ayşe; Beden Muayenesi, in. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Yıl: 2006, Cilt: III, Sayı: 2, Özel Sayı, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s. 332.

Nitekim Yargıtay da TCK m.104 kapsamındaki fiiller bakımından şikâyet hakkının mağdur olan mümeyyiz çocuğa¹⁵⁴ ait olduğuna karar vermiştir. Karara göre; “5237 sayılı TCK’nun 104/2. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, fiilin TCK 104/1. madde de düzenlenen takibi şikâyete bağlı suçu oluşturması karşısında mağdurenin sanık hakkında şikâyetçi olmadığı dikkate alınarak, kamu davasının TCK’nun 73. maddesi uyarınca düşürülmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” bozmayı gerektirmiştir. Görüldüğü üzere şikâyet hakkının açıkça çocuğa ait olduğu belirtilmiştir¹⁵⁵.

Ancak Askeri Yargıtay Daireler Kurulu bu tür fiillerde şikâyet etme ve şikâyetten vazgeçme hakkının veliye ait olduğunu belirterek aksi yönde bir karar vermiştir. Karara göre; “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen ve şikâyet ön şartına bağlanan 102 ve 105. maddelerde belirtilen suçlarla ilgili olarak, şikâyette bulunacak tarafın “mağdurun şikâyeti” demek suretiyle açıkça gösterilmesine karşın, söz konusu 104. maddede, şikâyet ön şartının sadece “şikâyet üzerine” şeklinde yalın ve genel bir kavramla ifade edildiği, ancak bu şikâyet hakkının kimin tarafından kullanılacağına kişiselleştirilerek belirtilmediği görülmektedir. Art arda gelen bu maddelerin düzenleme sistematığı göz önüne bulundurulduğunda, 104. maddede öngörülen şikâyet hakkının, reşit olmayan mağdur dışındaki kişiler tarafından da kullanılacağını açıkça ortaya koymaktadır.”¹⁵⁶

Kanaatimizce Askeri Yargıtay Daireleri Kurulu kararı yerinde değildir. Çünkü her ne kadar lâfzî ve sistematik yorum yöntemleriyle sorunu çözmeye yaklaşılsa da hem şikâyet müessesinin ortaya konuluş amacını hem de niteliğini göz ardı etmektedir. Ayrıca tarihsel yorum kullanılmak suretiyle de yukarıda belirttiğimiz üzere bu tür fiillerle artık ailenin ya da toplumun değil bizzat bireyin korunduğu görülecektir. O halde bu hakka bizzat sahip olan birey, korunan değer ihlalinin takip edilip edilmeyeceğine de bizzat karar

¹⁵⁴ Aynı yönde öğretide bkz. **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 90 vd.

¹⁵⁵ **Y.5.C.D. 29.03.2007, 2678-2407**. Aynı yönde diğer bir karar olarak **Y.5.C.D. 26.03.2007, 2469-2283**. Kararlar için bkz. **Erol**, s. 1350-1351.

¹⁵⁶ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu (AYDK), 26.04.2007, Esas: 2007/44 - Karar: 2007/44. Karar içeriği ve künyesi için bkz. **Beyazıt**, s. 305-306, dipnot no: 49.

verebilmelidir. Karar gerekçesinde haklı olarak kullanılan “mağdurun şikâyeti” ve “şikâyet üzerine” kelimelerinin farklı anlama geleceği ifade edilmiş olsa da kanun koyucunun bu ifadeleri bilinçli düzenlediğini düşünmemekteyiz. Aksine bu düzenleme farklılıkları, kanun koyucunun kanuni düzenleme yapma tekniği bakımından özensizliğini ve müesseseler hakkındaki tutarsızlığı göstermekte olup özellikle bir anlam ifade etmesi bilincinden de yoksun yapıldığını ortaya çıkarmaktadır.

Onbeş yaşından küçük çocuk mümeyyiz olsa bile, mümeyyiz olduğuna bakılmaz ve şikâyet ve/veya vazgeçmeye kanuni temsilcileri yetkilidir¹⁵⁷. Ancak TCK m.104, mağdur olan çocuğun onbeş yaşını doldurmuş olması şartını düzenlediği için, onbeş yaşından küçük çocuklar mümeyyiz olsa bile bu suçun mağduru olmayacaktır. İşlenen suç TCK m.103 çocukların cinsel istismarı suçudur.

Müşteki şikâyet hakkını TCK m.73 hükmüne göre kullanacaktır. Bu hüküm müştekinin, fiili ve faili bildiği veya öğrendiği günden itibaren, dava zamanasını süresini geçmemek kaydıyla 6 ay içinde kullanması gerektiğini düzenlemektedir. Mağdur bu fiilin suç olduğunu cinsel ilişkiyi ilk yaşadığı andan itibaren biliyorsa, 6 aylık şikâyet süresinin bu günden itibaren başlaması gerekir. Ancak mağdur yaşadığı cinsel birlikteliğin suç olduğunu sonradan öğrenirse, kanaatimizce 6 aylık şikâyet süresi mağdurun bunu öğrendiği günden başlar. Çünkü şikâyet süresi hem fiilin hem de failin bilindiği ve öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Burada fiilin bilinmesi, fiilin varlığı / gerçekleştiği yönünde bilgi sahibi olunmasıdır. Bu bilgi mağdurda fiilin işlendiği sırada da var olabileceği gibi mağdur tarafından daha sonra da öğrenilmiş olabilir.

Kanaatimizce burada fiilin bilinmesinden maksat, mağdur çocuğa karşı yapılan hareketlerin cinsel ilişki niteliğinde olduğunun çocuk tarafından algılanması, öğrenilmesidir. Fiilin hukuka aykırılık oluşturduğu yönünde

¹⁵⁷ **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu** Ayşe; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, No.5.9 (47). **Ünver**, (*Mobbing, Stalking...*), s. 125. Yargıtay da aynı yönde karar vermektedir. Y.5.C.D. 13.02.2007, Esas: 2006/12163 Karar: 2007/966. Karar künyesi için bkz. **Ünver**, (*Mobbing, Stalking...*), s. 125, Dipnot: 84.

bilgi sahibi olunması gereği şeklindeki görüşümüz¹⁵⁸ çocuğun yapılan fiillere vakıf olması anlamında ileri sürülmüştür. Dolayısıyla çocuk kendisine yönelmiş olan cinsel ilişki niteliğindeki fiili yaşadığını sonradan öğrenmiş veya farkına varmışsa bu andan itibaren şikâyet süresi işlemeye başlayacaktır. Örneğin, *17 yaşındaki çocuk 19 yaşındaki sevgilisine cinsel ilişki yaşama hususunda rıza göstermiş ve fakat ilişki tam olarak gerçekleşmeden uyuyakalmış veya cinsel ilişkinin gerçekleştiğini anlayamayacak kadar yorgun olduğundan fiili o an o boyutta fark edememiştir. Ertesi sabah erkenden sevgilisi yanından ayrılmıştır. Uyandığında yanında olmadığı sevgilisiyle üç gün sonra o gece hakkında konuşurken sevgilisinin kendisiyle rızasına dayalı olarak yaşadığı cinsel ilişkiden bahsetmesi üzerine fiilin varlığını ve anlamını öğrenen çocuk, hukuki olarak fiilin varlığından o an haberdar olmuş kabul edilecektir. Bu nedenle ilişkinin yaşandığı günden itibaren değil, ilişkinin hukuki vasfının anlam kazandığı andan, yani cinsel ilişkiyi öğrendiği andan itibaren şikâyet süresi işlemeye başlayacaktır. Görüldüğü üzere cinsel ilişki kurma fiili daha önce gerçekleşmiş olmasına rağmen, fiilin hukuken ifade edeceği anlamına yönelik bu bilgi, mağdurda fiilin işlendiği sırada var olabileceği gibi, mağdur tarafından daha sonra öğrenilmiş de olabilir¹⁵⁹.*

Önemle belirtmek gerekir ki çocuğun şikâyetinin gerçekten kendi iradesinden mi kaynaklandığı yoksa aile baskısıyla, korkuyla veya utanç nedeniyle mi yapıldığı araştırılmalıdır. Bu hususta ailesinin etkisinden uzak bir şekilde çocuğun beyanının alınması gerekmektedir. Çocuk açısından zarar görme tehlikesi varsa, gerekirse çocuk aileden ayrı tutularak Çocuk Koruma Kanunu hükümleri çerçevesinde koruma altına alınmalıdır¹⁶⁰. Bu durum hem çocuğun gerçek iradesini ortaya koyması hem de olayda meydana gelen fiilin hangi suç tipine uyduğunun belirlenmesi açısından son derece önemlidir¹⁶¹. Bir diğer husus ise; çocuğun şikâyeti tek başına yeterli

¹⁵⁸ Bkz. **Kanbur**, (*Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu... (CHD)*, 8/21-Nisan-2013), s. 60.

¹⁵⁹ Aynı örnek hakkında bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, (*Özel Hükümler... 7. Baskı*), s. 373-375.

¹⁶⁰ **Beyazıt**, s. 308.

¹⁶¹ Bir davada 15 yaşını dolduran çocuğun evli olan abisi ile cinsel ilişki kurduğu, uzun süre abisinin ismini ve fiili gizlediği ardından hamile kalıp doğum yaptığı, hastanenin polise

olmamalı, fiilin gerçekten işlendiğinin kesin kanaat oluşturacak şekilde ispatlanmalıdır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile iptal edilmezden önce 104. maddede ikinci fıkra olarak yer alan "...bu suçun faili, mağdurdan beş yaştan daha büyük ise şikâyet şartı aranmadan takibat resen yapılacaktır." hükmüne göre bu halde takibat resen yapılacak, herhangi bir dava şartı aranmayacaktı.

Aynı şekilde daha önce de belirttiğimiz üzere madde metnine 6545 sayılı Kanun değişiklikleri ile eklenen ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri kapsamındaki fiillerin soruşturulması ve kovuşturulması, şikâyete bağlı

durumu bildirmesi ve yakınlarının olayı öğrenmesi üzerine abisinin zorla ırzına geçtiğini beyan ettiği olayda Yargıtay fiilin ırza geçme (cinsel istismar) olduğuna karar vermiştir. Yargıtay kararını; *çocuğun, abisinin ismini gizlemesinin ilişkinin rızaya dayalı olduğu anlamına gelmeyeceği şeklindeki değerlendirmesine dayandırmıştır. Karşı oy veren üye ise gerekçe olarak özetle şunu belirtmektedir: "Mahkeme; ırza geçmenin zorla olduğuna mağdurenin beyanına dayandırmaktadır. Oysa mağdure, abisi ile olan ilişkisini uzun süre saklamıştır. Hamile kalıp doğdum yapınca yakınlarının öğrenmesi üzerine ilk defa cinsel ilişkinin abisinin zoruyla olduğunu beyan etmiştir. Başka hiçbir destekleyici husus olmamasına rağmen sırf bu beyana dayanarak ırza geçmeden (cinsel istismardan) hüküm kurulması yanlıştır. Cinsel ilişkinin zorla olduğuna, rızanın mevcut olmadığına ilişkin başka delil olmadığından ilişkinin rızaya dayalı olduğu kabul edilmelidir. O halde sanık hakkında ırza geçmeden (cinsel istismardan) değil reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulmalıdır." (Y.5.C.D. 01.10.2009 Tarih - 2009/7788-2009/110761). Görüldüğü üzere mağdurun şikâyeti ve beyanı işlenen fiilin tipinin belirlenmesi bakımından son derece önemlidir. Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3444.*

Yargıtay'ın bir kararına göre; *"toplanan kanıtlar ...sanığın ... mağdura yönelik olarak cinsel istismar eylemleri gerçekleştirdiğine yönelik olarak ... her türlü kuşkudan uzak kesin, inandırıcı ve cezalandırılmasına yeterli kanıt mevcut değilse de; mağdurun ...C.Savcılığında vekil huzurunda verdiği beyanında, sanığın daha önce aldığı borç karşılığında birlikte olmayı teklif ettiğini, kendisinsin de bu teklifi kabul ederek cinsel ilişkiye girdiğini bildirmesi, olayın akabinde alınan ... raporda vücudunda veya anal bölgede darp cebir izinin bulunmadığının tespit edilmiş olması ...karşısında, sanığın zora dayalı olmayan eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı..." (Y.5.C.D. 17.12.2009 Tarih - 2009/11955-2009/14498). Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3444.*

olarak düzenlenmemiştir¹⁶². Şu halde bu kapsamdaki fiiller, herhangi bir muhakeme şartına bağlı olmamaları nedeniyle resen takip edileceklerdir¹⁶³.

3. Uzlaşma

Reşit olmayanla cinsel ilişkiye girme suçunun takibi şikâyete bağlı olmasına karşın, bu suçla ilgili uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Çünkü 5560 sayılı Kanun ile değişik CMK m.253/3. maddesinde, “*cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanmaz*” hükmü yer almaktadır¹⁶⁴. CMK m.253’ün ilk şeklinde¹⁶⁵ böyle bir yasağa yer verilmiş değildi. Aynı kanun ile kaldırılmazdan önce TCK m.73/8 hükmüne göre; “*...soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda...*” uzlaştırma gerçekleştirilebilmekteydi¹⁶⁶. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da takibi şikâyete bağlı bir suç olması hasebiyle CMK’nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihi ile 06.12.2006 tarihleri arasında işlenmesi halinde uzlaşma hükümlerine tabi olmaktadır. O halde gerek 765 sayılı TCK döneminde işlenen m.416/son kapsamındaki fiiller, gerekse belirtilen tarihler arasında işlenmiş olan TCK m.104 kapsamındaki fiiller hakkında, sonradan yasaklanmış olsa bile uzlaşma hükümleri uygulanabilecektir. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir¹⁶⁷.

¹⁶² Tezcan/Erdem/Önok, (Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11.Baskı ...), s. 383.

¹⁶³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (Özel Hükümler... 7. Baskı), s. 373-375.

¹⁶⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3420.

¹⁶⁵ 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı kanunun 24. maddesiyle değiştirilmezden önce CMK m.253/3 hükmü şu şekilde idi: “*Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez.*”

¹⁶⁶ Bkz. Özbek, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, Cilt: 1, Genel Hükümler (m.1-75), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2005, s. 634 vd.

¹⁶⁷ “ ... 765 Sayılı TCK’nın 416/son maddesinde tanımlanan reşit olmayan bir kimsenin rızasıyla cinsi münasebette bulunmak suçunun 5237 Sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde yaptırma bağlandığı ve bu suçun takibinin şikâyete bağlı olup, zarar görenin de gerçek kişi olması nedeniyle, aynı yasanın 73/8. maddesine göre uzlaşma kapsamında kaldığı, her ne kadar 5560 sayılı kanunla değişik CMK m.253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de; TCK’nın 7/2.

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

6545 sayılı Kanun m.60 ile değiştirilmezden önce TCK m.104/1'deki suçun cezası "... altı aydan iki yıla kadar" hapis cezasıydı. Bu sebeple görevli mahkemenin suçun işlendiği yer Sulh Ceza Mahkemesi olduğunu belirtmiştik. Bahse konu kanun değişikliği sonrası suçun birinci fıkradaki temel şeklinin (*basit halinin*) cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir. Şu halde birinci fıkra kapsamında kalan fiiller hakkında yetkili ve görevli mahkeme, cinsel ilişkinin gerçekleştiği yer Asliye Ceza Mahkemesi'dir. Ancak uygulamada davalar genellikle çocuğun cinsel istismarı suçundan ağır ceza mahkemesinde açılmakta olup sonradan suçun hukuki niteliğinin değişmesine rağmen dosya alt dereceli mahkemeye gönderilememektedir (CMK m.6/1)¹⁶⁸.

Yukarıda bahsedilen kanunla getirilen değişiklikler birinci fıkranın ceza miktarını artırmakla sınırlı kalmamıştır. Maddeye suçun nitelikli hali olarak iki ayrı fıkra hükmü daha eklenmiştir. Her iki fıkra hükmü de suçun failinin belli özelliklere sahip olması halinde verilecek hapis cezası miktarının "*on yıldan onbeş yıla*" kadar olduğunu düzenlemiştir. Şu halde maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları kapsamındaki fiiller hakkında yetkili ve görevli mahkeme reşit olmayanla cinsel ilişkinin yaşandığı yer Ağır Ceza Mahkemesi'dir.

C. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit halinin gerçekleşmesi durumunda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sonucu ortaya çıkan sonuç ceza miktarının iki yıl ve daha az hapis niteliğinde olması durumunda, diğer koşullar da var ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması mümkündür. Nitekim Yargıtay kararları da bu yön-

maddesi ve suç tarihi itibarıyla TCK'nın 73. maddesinin lehine olan uzlaşma hükümlerinin sanık hakkında uygulanması gerektiği ..." (Y.5.C.D. 26.02.2007 Tarih - 2007/1438-2007/1527). Aynı yönde bkz. (Y.5.C.D. 09.02.2009 Tarih - 2008/14699-2009/1448) - (Y.5.C.D. 25.01.2007 Tarih - 13179/271). Kararlar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), 3450-3454.

¹⁶⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (*Özel Hükümler... 7. Baskı*), s. 375.

dedir¹⁶⁹. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için CMK m.231/6'daki şartların¹⁷⁰ gerçekleşmesi gerekir.

GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ:

Yukarıda geniş biçimde tartıştığımız noktalardan elde ettiğimiz sonuca göre özetlersek;

Kanaatimizce,

1) TCK m.104'de düzenlenmiş olan “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçunun faili ancak 18 yaşını doldurmuş bir kişi olabilir.

2) Failin erkek ya da kadın, hatta fail ile mağdurun aynı cinsten olması mümkündür.

¹⁶⁹ “...takibi şikâyete bağlı olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda zarar gören gerçek kişi şikâyetçi olduğundan... ve suç uzlaşma kapsamında olmasına rağmen CMK m.253 hükmü gereği uzlaşma yasağı bulunması sonucu uzlaşma hükümleri uygulanamasa da ... CMK m.231/5 hükmü gereği ...hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına karar yerinde tartışılması gerekmektedir.” (Y.5.C.D. 19.01.2010 Tarih - 2009/14302-2010/144). “...5728 sayılı kanunun 562. maddesinin birinci fıkrası ile değişik CMK m.231/5'inci maddesinde hapis cezası için öngörülen sınırın iki yıla çıkarılması ve anılan maddenin ikinci fıkrası ile de 231/14. maddesindeki soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suç olması koşulunun kaldırılması karşısında sanığın adli sicil kaydı da gözetilerek mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına karar yerinde tartışılması lüzumu...” (Y.5.C.D. 19.01.2010 Tarih - 2009/14314-2010/146). Aynı yönde bkz. (Y.5.C.D. 15.10.2009 Tarih - 2008/12839-2009/11547) - (Y.5.C.D. 08.10.2009 Tarih - 2008/10938-2009/11255). Kararlar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3441-3449.

¹⁷⁰ CMK m.231/6 hükmüne göre; “(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.” Nitekim Yargıtay da TCK m.104 bakımından “sanığın suçtan doğan maddi veya manevi zararı karşılamak suretiyle” mağduriyetin giderilebileceğine ve dolayısıyla CMK m.231 kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceğini kabul etmektedir (Y.5.C.D. 15.10.2009 Tarih ve 2008/6945-2009/11556). Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3448.

3) Evlenme yoluyla veya yargısal erginlik kararıyla rüştünü kazanmış kişi Medeni Kanun anlamında reşit sayılsa da, ceza hukuku anlamında henüz çocuk sıfatını taşımaya devam etmektedir. Bu nedenle bu suçun faili olamaz.

4) Suçun mağduru 15 yaşını doldurmuş olan çocuktur.

5) Evlenme suretiyle rüştünü alan çocuk ile 18 yaşını doldurmuş eşin yaşadığı cinsel ilişki fiilleri bakımından çocuk yine bu suçun mağduru olarak kabul edilmelidir. Ancak 18 yaşını doldurmuş eşin, 15 yaşını doldurmuş diğer eş olan çocuk ile yaşadığı cinsel ilişki niteliğindeki fiiller reşit eş bakımından Medeni Kanun hükümlerince tanınan bir hakkın kullanılması sonucu hukuka uygun kabul edilecektir.

6) Evlenme suretiyle rüştünü alan çocuğun, eşi dışında 18 yaşını doldurmuş başka kişilerle yaşadığı cinsel ilişkide, çocuk bu suçun mağduru olmaya devam edecektir. Zira evlenme suretiyle reşitlik kazanma medeni hukuk açısından hüküm doğuracaktır. Ceza hukuku anlamında evli kişi hala 18 yaşından küçük olduğu için çocuk olarak kabul edilecektir.

7) Cinsel ilişkiyi yaşayan tarafların her ikisinin de 15 yaşını doldurmuş çocuk olmaları halinde, TCK m.104 tipi çerçevesinde failin mutlaka 18 yaşını doldurmuş olması esas alındığı için suç oluşmayacaktır. Bu çocukların, evli olmaları, farklı ya da aynı cins olmaları önemsizdir.

8) Madde metninde yer alan cinsel ilişki kavramı geniş yorumlanmalıdır. Sadece erkeklik organının vajinal bölgeye duhulü değil, cinsel anlam içeren ve belli yoğunluktaki her fiil cinsel ilişki kavramına dâhil olmalıdır. Buna göre bir erkek ile bir kadının vajinal - anal - oral yoldan cinsel organları ile birleşmeleri cinsel ilişkidir. Bir erkek ile bir oğlan çocuğunun anal ya da oral yoldan cinsel organları ile birleşmeleri de cinsel ilişkidir. Bir erkeğin bir kız veya oğlan çocuğuna, bir kadının bir kız veya oğlan çocuğuna vajinal ve/veya anal yoldan diğer organlarını (*parmak-dil vs.*) sokma fiilleri de cinsel ilişki sayılmalıdır. Aynı şekilde bir erkeğin bir kız veya oğlan çocuğuna, bir kadının bir kız veya oğlan çocuğuna vajinal ve/veya anal yoldan sair cisimleri (*cop-şişe-yapay penis-cinsel fantezi ürünü vs.*) sokma fiilleri de cinsel ilişki sayılarak m.104 kapsamında değerlendirilmelidir.

9) Suçta şikâyet hakkı çocuğa aittir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı bu hakkın kullanımı sadece çocuğa ait olmalıdır. Bu sebeple şikâyet etme hakkı çocuğa ait olduğu gibi şikâyetten feragat ve vazgeçme hakkı da bizzat çocuğa ait

olacaktır. Çocuk ile aile veya kanuni temsilci arasında şikâyet hakkının kullanılması, geri alınması gibi hususlarda irade çatışması yaşanırca çocuğun serbest iradesi ile verdiği karara göre hareket edilmelidir. Ancak çocuk bu hususta hiçbir irade beyan etmiyorsa 1942 yılında verilen içtihadı birleştirme kararının ortaya koyduğu “*Sezgin Küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahiptirler. Bu küçükleri temsil hakkına sahip olan kişilerin dava yetkisi, sezgin küçükler dava ve şikâyetinde bulunmadıkları takdirde onların yerine geçerek yararlarını korumaktan ibarettir.*” formülü uygulanabilir.

10) TCK m.104 metninde çalışmamıza konu olan tüm tereddütlü hususları giderici şekilde değişiklik yapılması gerekmektedir. Bu husus kanun koyucunun bu tür fiilleri ceza hukuku konusu yapmak isteyip istemediği ile ilgili bir sorundur. Eğer kanun koyucu teorik ve pratik tüm bu sorunları değerlendirerek bu tür fiilleri ceza hukuku kapsamı dışına çıkarmak istemekteyse TCK m.104’ü ilga etmelidir. Bu fiillerin suç olmasını istemekteyse o halde madde metnini yaş ve cinsel fiilin türü bakımından netleştirmelidir. Kanaatimizce çocuğun cinsel yönden korunması amaçlanmaktaysa, 18 yaşından küçüklerle yaşanan cinsel ilişki rızaya dayalı olsa bile, TCK m.103 kapsamında veya ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmeli, ceza miktarı mağdurun yaşının 15’den küçük veya büyük olmasına göre değişmelidir. Cinsel ilişkinin her iki tarafının da çocuk olması halinde ise her ikisi bakımından da diğerine karşı suç işlenmiş kabul edilmeli, ceza ve/veya güvenlik tedbirine hükmedilerek çocuklar korunmalıdır. Cinsel ilişki sayılacak fiillerin belirlenmesinde ise TCK m.102 ve 103 hükümleri ile paralel olarak “*vücuda organ veya sair cisim sokulması*” formülü kabul edilmelidir.

11) 6545 sayılı Kanun ile TCK m.104’te getirilen değişiklikler sonrası maddeye ikinci ve üçüncü fıkralar eklenmiş, bu fıkralar kapsamındaki fiillerin takibinin şikâyete bağlı olmadığı düzenlenmiş, birinci fıkra kapsamındaki fiillere yönelik cezalar artırılmış, eklenen fıkralardaki cezalar çok yüksek miktarlarda belirlenmiştir. Ancak bu değişikliklerin hiçbirisi suç tipinden kaynaklanan sorunları çözmeye yönelik bir önem taşımamaktadır. Kanun koyucunun bir an evvel m.104 hükmünü ceza kanunlarının belirli olması ilkesine uygun ve bireyin güvence fonksiyonunu korur şekilde yeniden düzenlemesi gerekmektedir.

Kaynakça

- Ahi**, M. Gökhan; <http://hashukukcular.wordpress.com/2009/12/12/%E2%80%9Cdogal-olmayan-yoldan-yapilan-cinsel-davranislar%E2%80%9D-ne-demektir/>
- Akçin**, İhsan; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 32, Ocak-Nisan 2006, Sayı: 1-2.
- Akıntürk**, Turgut/**Karaman** Ateş, Derya; Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış İkinci Cilt, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2011.
- Akkay**, Erdem; Irza Geçme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1985 Sayı: 1-4.
- Akkay**, Erdem; Irza Geçme, in. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Yıl: 1985, Sayı: 1-4, İstanbul 1985.
- Artuç**, Mustafa/**Gedikli**, Cemil; TCK-CMK-CGİK-ÇKK ile Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Kartal Yayınevi, Ankara 2007.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Yenidünya**, Ahmet Caner; Evlilik İçinde Irza Geçme, in. Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1999.
- Artunç**, Mustafa; Cinsel Taciz Suçu, in. Terazî Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 11, Temmuz 2007.
- Aydemir**, Muzaffer; İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı; Ekin Basın Yayın Dağıtım; Birinci Baskı, Bursa 2007.
- Aydın**, Didem Öykü; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, in. Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD-Hukuki Yorum ve Haber Dergisi), Sayı: 2, Sonbahar 2004.
- Aydın**, Murat; Çocuk Düşürtme fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, in. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2011.
- Bakıcı**, Sedat; Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/1.

- Bakıcı**, Sedat; Uygulamada Zina Cürümleri, Birinci Kesim, Genel Olarak Zina Suçu, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/2.
- Bakıcı**, Sedat; Uygulamada Zina Cürümleri -II-, Üçüncü Kesim - Kocanın Zinası, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/3.
- Bakıcı**, Sedat; Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlarda Yapılması Gereken Değişiklikler, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/5-6.
- Baytemir**, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Baytemir**, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı İşlenen Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Beyazıt**, Özgür; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, in. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Nisan 2010, Sayı: 1.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2012.
- Donay**, Süheyl; Ceza Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012.
- Dönmezer**, Sulhi; Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, İstanbul 1983.
- Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler; Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- Erem**, Faruk; Fucur İlişkisi, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 12, Temmuz 1986, Sayı: 3.
- Erem**, Faruk; Yasak Evlenmeler, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 12, Ocak-Nisan 1986, Sayı: 1-2.
- Erol**, Haydar; Türk Ceza Kanunu, Gerekçeli ve Açıklamalı, Baskı: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara (*Yayın Yılı Belirtilmemiştir*).
- Gazioğlu-İşmen**, Esra A.; Çocuk İstismarının, Kontrol Kuramına Dayalı Anne-Baba-Ergen İlişkileri Açısından İncelenmesi, in. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2007/1, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 57, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 38, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

- Gerçek Çakıcı**, Leyla; Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu; Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt: 60, Sayı: 1, Yıl: 2011.
- Gençcan**, Ömer Uğur; Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Güney**, Niyazi/Özdemir, Kenan/Balo, Yusuf Solmaz; Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2004.
- Gürkan**, Şeref/Uğuz, Ahmet; Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, in. Adalet Dergisi, Yıl: 98, Sayı: 27, Ocak 2007.
- Hafizoğulları**, Zeki/Güngör, Devrim; Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 69.
- Hafizoğulları**, Zeki; Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İn. Türk Hukuk Kurumu, 71. Yıl Kuruluş Armağanı, Ankara 2005.
- Hafizoğulları**, Zeki; Cinsel Suçlar - Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc (Erişim Tarihi: 02.03.2013).
- Hafizoğulları**, Zeki; Zina Cürümleri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1983.
- İpekçioğlu**, Aksoy Pervin; Cinsel Suçları Önlemede Kastrasyon Seçeneği, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 6, Sayı: 17, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2011.
- Kanbur**, Mehmet Nihat; Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan-2013, (Editör: Veli Özer Özbek), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Kangal**, Zeynel; Fransa'da Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar, in. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMM), Cilt: LX, Sayı: 1-2, 2002.
- Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Koç**, Ziya; Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler, in. Adalet Dergisi, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, Sayı: 35, Eylül 2009.

- Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoglu**, Ayşe; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Kurt**, Gülşah; 5237 Sayılı Türk Ceza Suçunda Cinsel Taciz Suçu, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt: I, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami; TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, in. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), 2. Kitap, Ankara 2004.
- Malkoç**, İsmail; Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı.
- Malkoç**, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008,
- Malkoç**, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005.
- Memiş Kartal**, Pınar; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014.
- Meran**, Necati; Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Nuhoglu**, Ayşe; Beden Muayenesi, in. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Yıl: 2006, Cilt: III, Sayı: 2, Özel Sayı, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu.
- Otacı**, Cengiz; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000.
- Özbek**, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, Cilt:1, Genel Hükümler (m.1-75), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2005.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı - Gerekçeli - İçtihatlı) Cilt:2, Özel Hükümler (Madde 76-169 - Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar), Birinci Baskı-Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2008.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler; 8. Bası, Seçkin-Hukuk, Ankara, Ocak 2013.
- Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (*Genel Hükümler*), İkinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Öztan**, Bilge; Aile Hukuku, Ankara 2005.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku; 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, C. I.
- Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008.
- Polat**, Halil; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 5, Sayı: 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2010.
- Polat**, Oğuz; Ensest, in. Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı -1- Tanımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2007.
- Sevük Yokuş**, Handan; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, Mart-Nisan 2005.
- Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1997.
- Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler; Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Şahin**, Cumhur; Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 3. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara, Eylül 2012.
- Şahin**, Cumhur; Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık Ankara, Aralık 2005.

- Şen**, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu; Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Şen**, Ersan; Ensest Mağdurlarından Birisi : “Kadın”, in. Yorumluyorum - Ceza Hukuku perspektifinden Güncel Olaylara Bakış -II-, 2. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara, Ağustos 2012.
- Taner**, Fahri Gökçen; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2002.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), 2. Kitap, Ankara 2004.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2012.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2014.
- Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005.
- Ünver**, Yener; Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 4, Sayı: 11, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2009.
- Ünver**, Yener; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, in. Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu, İstanbul 2008.
- Ünver**, Yener; Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi in. II. Türkiye - Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” 16/17-05-2013, Editör: Yener Ünver, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Üzülmez**, İlhan; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar; www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc (Erişim Tarihi: 01.03.2013).

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza/1941-1946, Cilt: 2.
Yargıtay Yayınları No: 7, (Yayına Hazırlayan: Orhan Dursunkaya),
İkinci Basım, Ogun Matbaacılık Sanayi, Ankara 1984.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, Cilt: 3.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa; Yorumlu -
Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: III - Madde 86-146, Adalet
Yayınevi, Ankara 2010.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa; Yorumlu -
Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: V - Madde 205-256, Adalet
Yayınevi, Ankara 2010.

Yenidünya, Ahmet Caner; 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel
Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, in. Legal Hukuk Dergisi, Sayı 33.

Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried; Strafgesetzbuch (StGB) - Alman
Ceza Kanunu; Beta Yayınları, Yayın No. 2089 - Hukuk Dizisi: 979, 1.
Baskı, İstanbul, Mart 2009.

Yurtcan, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul
Barosu Yayınları, İstanbul 2009.

Yücel, Mustafa Tören; Cinsel Suçluların Tretmanı, in. Türkiye Barolar
Birliği Dergisi (TBB Dergisi), Yıl: 24, Sayı: 94, Mayıs-Haziran 2011.

Yücel, Mustafa Tören; Akıl Hastalığı, Bilinçli Onam, Libido Özgürlüğü,
(Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kitiği), <http://xa.yimg.com/kq/groups/21141539/1759585530/name/Ceza%20G.Kurul%20Karar%80%A0%A0%FD%20kriti%80%A0%A0%F0i.doc> (Erişim Tarihi: 31.03.2013).

**^HİNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

**TABOR - POLONYA KARARI*
(2006)**

*(Çev.) Yrd. Doç. Dr. Emine KARACAOĞLU***

Tabor-Polonya davasında,

Daire olarak toplanan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Dördüncü Bölüm):

Sir Nicolas BRATZA, *Başkan,*

Bay J. CASADEVALL,

Bay G. BONELLO,

Bay M. PELLONPÄÄ,

Bay K. TRAJA,

Bay S. PAVLOVSKI,

Bay L. GARLICKI, *yargıçlar,*

ve Bay T. L. EARLY, *Yazı İşleri Müdürü*'nden oluşmuştur.

8 Haziran 2006 tarihinde gizli olarak müzakere ettikten sonra, son belirtilen tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* *Başvuru no. 12825/02, 27 Haziran 2006*

** MEF Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
karacaoglu@mef.edu.tr

USUL

1. Dava, Polonya vatandaşı olan Bay Józef Tabor tarafından (“başvurucu”) 11 Ocak 2001 tarihinde İnsan Hakları ve Temel ve Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca Polonya Cumhuriyeti’ne karşı Mahkeme’ye başvuru (no. 12825/02) yapılmasından kaynaklanmıştır.

2. Kendisine adli yardım verilen başvurucu Kraków’da avukatlık yapan Bay Zbigniew Cichoń tarafından temsil edilmiştir. Polonya Hükümeti (“Hükümet”) kendi görevlileri Bay Krzysztof Drzewicki ve sonradan da Bay Jakub Wołasiwicz tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, Mahkeme’nin kendisine Yüksek Mahkeme’ye yapacağı temyiz başvurusunun hazırlanması ile bağlantılı olarak adli yardım verilmesini reddetmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

4. Başvuru Mahkeme’nin Dördüncü Bölümü’ne tahsis edilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü’nün 52. maddesinin 1. fıkrası). Bu Bölüm içinde, davayı inceleyecek olan Daire (Sözleşme’nin 27. maddesinin 1. fıkrası) Mahkeme İçtüzüğü’nün 26. maddesinin 1. fıkrasının öngördüğü biçimde oluşturulmuştur.

5. 1 Kasım 2004 tarihinde Mahkeme, Bölümlerinin oluşumunu değiştirmiştir (Mahkeme İçtüzüğü’nün 25. maddesinin 1. fıkrası). Bu dava yeni oluşturulan Dördüncü Bölüme havale edilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü’nün 52. maddesinin 1. fıkrası).

6. 24 Ocak 2006 tarihli bir kararla, Mahkeme başvuruyu kabul edilebilir ilan etmiştir.

OLGULAR

I. DAVANIN OLGULARI

7. Başvurucu Temmuz 1993’de “T.” Rafinerisinde bir bölümün yöneticisi olarak istihdam edilmiştir. 1993’ten 1997’ye kadar iş sözleşmesinin şartları birçok kez değiştirilmiştir. 30 Eylül 1997 tarihinde Rafineri başvurusunun sözleşmesinin sona erdiğini ihbar etmiştir.

8. 7 Ekim 1997 tarihinde, başvuru, sözleşmesinin hukuka aykırı olarak feshi gerekçesiyle, 19,273 Polonya Zlotisi tutarındaki tazminat talebiyle Rafineri aleyhine Katowice Bölge Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Başvuru aynı zamanda göreve iadesini istemiştir. Katowice Bölge Mahkemesi, 3 Aralık 1997 tarihli kararında kendisinin başvuru davasını incelemekle yetkili olmadığı kanaatine varmış ve dosyayı Katowice Bölge İş Mahkemesine göndermiştir.

9. 4 Aralık 1998 tarihli bir karar ile Katowice Bölge İş Mahkemesi iş sözleşmesinin hukuka aykırı olarak feshi nedeniyle rafinerinin başvurucuya 5,008.74 Polonya Zlotisi tazminat ödemesine hükmetmiştir. Tazminat üç aylık ücrete karşılık gelmektedir. Mahkeme geri kalan talepleri reddetmiştir.

10. Yargılamanın tarafları ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etmiştir. 18 Kasım 1999 tarihli bir kararla Katowice Bölge Mahkemesi temyiz başvurularını reddetmiştir.

11. 26 Kasım 1999 tarihinde, başvuru Katowice Bölge Mahkemesinden temyiz yargılamasına gitmek amacıyla adli yardıma hükmetmesini talep etmiştir. Başvuru sıkıntılı mali durumuna ve davalı şirket tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesi nedeniyle 1997 Kasım'dan 1999 Mayıs'a kadar işsiz olduğu olgusuna atıfta bulunmuştur. Başvuru aynı zamanda Mayıs 1999'dan bu yana net 750 Polonya Zlotisi maaş aldığını belirtmiş ve işsiz kaldığı dönemi ve gelirlerini gösteren belgeleri sunmuştur. Aralık 1999'da Katowice Bölge Mahkemesinden hiçbir cevap alamamasının ardından başvuru, bizzat kendisi bir temyiz başvurusu yapmıştır.

12. 17 Ocak 2000 tarihli bir kararla Katowice Bölge Mahkemesi, yazılı gerekçe belirtmeksizin başvuru temyiz başvurusu yapmak amacıyla istediği adli yardım talebini reddetmiştir.

13. Aynı gün, Katowice Bölge Mahkemesi, başvuru temyiz başvurusunu, kanunen öngörüldüğü üzere bir avukat tarafından yapılmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

14. Başvuru bu kararlar aleyhine Yüksek Mahkeme'ye bir temyiz başvurusunda bulunmuştur. Başvuru aynı zamanda süre geçtikten sonra bir temyiz başvurusu yapmak için geriye yürürlü olacak şekilde izin vermesini talep etmiştir. Başvuru ek olarak, temyizini hazırlamasında yardımcı olması için kendisine bir avukat tayin etmesini mahkemeden iste-

miştir. Başvurucu Bölge Mahkemesinin adli yardım talebini zamanında karara bağlayamadığını iddia etmiştir. Bu, başvurucuyu temyiz başvurusunu kendisinin yapması için zorlamıştır. Adli yardımın gerekçesiz reddi ile birleşen temyiz reddedilmesi gerçeği, menfaatlerinin korunmasını ve temyiz mahkemesine iddialarını tam anlamıyla sunulabilmesini imkansız hale getirmiştir.

15. 25 Mayıs 2000 tarihli kararı ile Yüksek Mahkeme başvurusunun temyiz reddi kararına karşı yaptığı itirazı reddetmiştir. Mahkeme yürürlükteki hukukun bir temyiz başvurusunun ancak bir avukat tarafından yapılabileceğini açıkça düzenlediğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca, yürürlükteki yasal hükümlere göre Temyiz Mahkemesi'nin ara kararına karşı Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunun, ancak temyiz reddi kararına karşı yapılabilmesinin mümkün olduğunu belirterek, adli yardımın reddi ile ilgili olduğu için temyizi incelemeyi reddetmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Adli Yardım

16. Polonya Medeni Usul Kanunu'nun 113. maddesinin 1. fıkrası, davanın taraflarından birisinin, gerekli masrafların kendisinin veya ailesinin yaşam standartlarında esaslı bir azalmaya yol açacağına dair bir beyanda bulunması şartıyla, davaya bakacak olan yetkili mahkemeden kendisine mahkeme masraflarının ödenmesini veya masraflardan muaf tutulmasını talep edebileceğini düzenlemektedir.

17. Kanununun 117. maddesine göre, mahkeme masraflarından muaf olan kişiler kendilerine adli yardım verilmesini talep edebilirler. Mahkeme bunun üzerine ilgili Bölge Barolar Birliğinden veya Hukuk Müşavirleri Bölge Odasından, davacının davası için bir avukat veya hukuk müşaviri görevlendirilmesini talep edecektir.

18. Polonya Medeni Usul Kanunu temyiz yargılamalarında zorunlu müdafî yardımı ilkesini düzenlemektedir. Medeni Usul Kanunu'nun, söz konusu dönemde yürürlükte olan 393² § 1 maddesi, temyiz bir avukat veya hukuk müşaviri tarafından yapılmasını gerektirmektedir.

19. Medeni Usul Kanunu'nun 393⁴ § 1 maddesi kapsamında, temyiz başvurusu, gerekçeli kararın ilgili tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde söz konusu kararı veren mahkemeye yapılmak durumundadır. Bir avukat veya hukuk müşaviri tarafından yapılmayan temyiz başvuruları reddedilecektir.

B. Ara Kararların Temyizi

20. Polonya Medeni Usul Kanunu'nun 394. maddesi, yargılama tarafına, yargılamayı sonlandıran ilk derece mahkemesinin kararına karşı temyiz hakkını güvence altına almaktadır. Bu tip bir ara temyiz (*zazalenie*) bu hükümde belirtilen belli ara kararlara karşı da mümkündür. Bu tip kararlar ilk derece mahkemesi tarafından verildiğinde, mahkeme masraflarından muafiyetin reddi ve benzer şekilde adli yardımın reddi aleyhine temyiz mümkündür.

21. Yüksek Mahkeme, ikinci derece mahkemesi tarafından verilen adli yardıma ilişkin ara karara karşı, Yüksek Mahkeme'ye temyiz yolunun mevcut olmadığını birkaç kararında hükme bağlamıştır. Yüksek Mahkeme, Medeni Usul Kanunu'nun 394. maddesi kapsamında özel olarak temyizi mümkün olan ara kararlar listesinde adli yardıma ilişkin kararın açıkça, fakat bu kararların yalnızca ilk derece mahkemesi tarafından verilmesi koşuluyla belirtildiğini söylemiştir. Ayrıca, bu hükme göre davadaki işlemleri sonlandıran kararlara karşı da temyiz mümkündür. Öte yandan, mahkeme adli yardımın reddedilmesinin bu madde anlamında "davadaki işlemlerin durdurulması" olarak görülemeyeceğini; çünkü, bu nosyonun belli bir talebin esasının değerlendirilmesinde, belli bir unsur içerir kararlar bakımından saklı tutulmak zorunda olduğunu not etmiştir. Adli yardım hususlarına ilişkin kararlar bu tip unsurları içermemekteydi. Bunlar 394. maddede listelenen iki temel kategorinin hiçbirisinin içinde girmediği için, tek olası sonuç bu kararlara karşı herhangi bir temyizin mümkün olmadığıdır (II CZ 9/97, 21 Şubat 1997, yayımlanmamış; I CZ 27/97, 4 Nisan 1997, OSNC 1997, No. 9, kalem 120; I CZ 14/97, 8 April 1997, OSN 1997 No. 9, kalem 120).

C. Ara Kararların Yazılı Gerekçeleri

22. Medeni Usul Kanunu'nun 357. maddesine uygun olarak, ara kararların yazılı gerekçeleri mahkeme tarafından ancak bu tür bir karar aleyhine temyiz yolu açıksa hazırlanacaktır.

D. Süre Geçtikten Sonra Temyize Başvurma İzni

23. Kanun'un 169. maddesine uygun olarak, yargılamanın bir tarafı öngörülen süre dışında temyize gitmek için geçmişe dönük izin talebinde bulunabilir; temyiz başvurusu da, bu taleple eş zamanlı olarak sunulacaktır.

KARAR

I. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN 1. FIKRASININ İHLALİ İDDİASI

24. Başvurucu, Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunu hazırlamasıyla bağlantılı olarak kendisine adli yardım verilmesini reddetmesinin Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan adil yargılama hakkını ihlal ettiğinden şikayet etmektedir; maddenin ilgili kısmına göre:

“Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri(nin) ... karara bağlanmasında, ... bir yargı yeri tarafından ... adil ... olarak yargılanma hakkına sahiptir.”

II. HÜKÜMET'İN İLK İTİRAZLARI

25. 4 Nisan 2006 tarihli mektuplarında, Hükümet başvurusunun iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürmüştür.

26. Hükümet, başvurusunun Bölge Mahkemesi'nin adli yardımı reddeden kararına karşı istinaf mahkemesine temyiz başvurusu yapma yolunun kendisine açık olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, Medeni Usul Kanunu'nun 394. maddesi kapsamında, yüksek mahkemede temyizi mümkün olan ara kararlar arasında açıkça belirtildiği için adli yardımın reddinin ikinci derece mahkemesinde temyize tabi olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu böyle bir temyiz başvurusunda bulunmuş, fakat bu başvuruyu Yüksek Mahkeme'ye yaparak hata yapmıştır. Bu temyiz başvurusunu incelemekle yetkili olmayan

bir mahkemeye yaparak, başvuru davasıyla uğraşırken gerekli özeni göstermekte başarısız olmuştur.

27. Başvurucu Hükümet'in iddialarına karşı çıkmıştır.

28. Mahkeme, Mahkeme İçtüzüğü'nün 55. maddesine göre, herhangi bir kabul edilmezlik itirazının, niteliği ve koşullarının izin verdiği derecede, duruma göre İçtüzüğün 51. veya 54. maddesine göre sunulan başvurunun kabul edilebilirlik aşamasında davalı Sözleşmeci tarafça yazılı veya sözlü gözlem biçiminde ileri sürülebileceğini hatırlatır (bakınız *K. et T. - Finlandiya* [BD], no. 25702/94, § 145, ECHR 2001-VII ve *N.C. v. İtalya* [BD], no. 24952/94, § 44, ECHR 2002-X). Mevcut davada, kabul edilebilirlik aşamasında, 4 Eylül 2002 tarihinde sundukları yazılı gözlemlerinde, Hükümet, "kullanıma açık iç hukuk yollarının tüketilmesi ölçütüne referans [ile], Polonya Hükümeti'nin başvurunun Polonya hukuku tarafından öngörülen bütün yolları tüketmiş görüldüğünü söylediğini" belirtmiştir. 24 Ocak 2006 tarihli kabul edilebilirlik kararında, Mahkeme, *diğerler sunumları arasında*, Hükümet'in bu sunumunu da dikkate alarak davayı kabul edilebilir ilan etmiştir.

29. Mahkeme, 4 Nisan 2006 tarihli mektuplarında ileri sürülen iç hukuk yollarının tüketilmediği iddiasına dayanan kabul edilemezlik itirazının, 24 Ocak 2006 tarihli kararın kabul edilmesinden önce Hükümet tarafından yazılı sunumlarında ortaya konmadığını not eder. Başvurunun kabul edilebilirliği bakımından Mahkeme'nin kararından önce bütün ilk itirazlarını ileri sürme yükümlülüğünden Hükümeti kurtaran istisnai durumlar bulunmamaktadır (bakınız *Prokopovich - Rusya*, no. 58255/00, § 29, 18 Kasım 2004).

30. Sonuç olarak, Mahkeme Hükümet'in yargılamanın ilk aşamasında 4 Nisan 2006 tarihli yazılı gözlemlerinde belirtilen ilk itirazları ileri sürme hakkının olmadığını düşünmektedir. Hükümet'in itirazı bu nedenle reddedilmelidir.

A. Tarafların Sunumları

1. Hükümet'in Sunumları

31. Hükümet, medeni hak ve yükümlülüklerin karara bağlanması ile ilgili davalardaki hakkaniyet gereklerinin bir suç isnadının karara bağlan-

ması ile ilgili davalardaki hakkaniyet gerekleri ile mutlaka aynı olması gerekmediğini vurgulamıştır (*Dombo Beheer B.V. - Hollanda* 27 Ekim 1993 tarihli karar, § 32). Her ne kadar ceza yargılamalarına göre daha sınırlı ise de, 6. maddenin 1. fıkrası, ulusal mahkemelerde medeni yargılama amacıyla hukuki yardım almak isteyen kişiler açısından bir güvence sağlamaktadır. Öte yandan hukuki yardım sorunu, adil yargılanma hakkından ziyade, mahkemeye erişim hakkının bir unsuru olarak görülmelidir. Bu bağlamda, bir Devletin hukuk mahkemelerine etkili erişimi güvence altına alacağı yollar, Devletin takdir marjı içine girer (*Airey-İrlanda*, 9 Ekim 1979 tarihli karar, Series A no. 32, § 26).

32. Bundan başka, Hükümet, adli yardımın medeni davalarda sadece, bir kişinin davasını kendi başına etkili bir şekilde savunmadığı veya kanunun hukuki temsili zorunlu kıldığı durumlarda, bir mahkemeye erişim hakkını güvence altına almak için gerekli olduğunu iddia etmiştir. Fakat bu tür davalarda bile adli yardım bütün medeni yargılama çeşitleri ile bağlantılı olarak şart koşulmamaktadır. Bu nedenle, Mahkeme'nin medeni davalarla ilgili kararlarında açıkça belirtilen hak, 6. maddenin 3 (c) bendinde güvence altına alınan hak ile alan bakımından karşılaştırılmaz. Bu aynı zamanda, 6. maddenin 1. fıkrasında güvence altına alınan hakların her bir davanın özel olguları ve koşullarına referansla belirlenmek durumunda olması olgusundan da çıkarılabilir. Sonuç olarak, Hükümet, işe iade talebi ve bir sözleşmenin hukuka aykırı olarak feshedilmesi ile ilgili olan mevcut davadaki sorunların diğer, örneğin medeni hal ve aile ilişkilerini düzenleyen daha karmaşık davalardaki sorunlardan ayrılması gerektiğini ileri sürmüştür.

33. Böylece, Hükümet'in görüşüne göre, başvurucunun, temyiz yargılamasında kendisine adli yardım verilmesi talebinin reddedilmesinin, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında adil yargılanma gerekleri ile bağdaşmadığı yolundaki argümanı dayanaksızdır. Ceza davalarında açıkça adli yardım öngören Sözleşme'nin 6. maddesinin 3 (c) bendinin aksine, Sözleşme medeni davalarda bu tür bir hakkı güvence altına almamaktadır. Sonuç olarak, Devletin her medeni davada adli yardım sağlama yükümlülüğü bulunmamaktadır (*R.D. - Polonya*, no. 29692/96 ve 34612/97, § 44, 18 Aralık 2001).

34. Hükümet Polonya hukukunun temyiz yargılamalarında yasal temsili zorunlu hale getirdiğini kabul etmiştir. Mahkemeler her bir davada, davanın

koşullarını göz önünde tutarak, adli yardımın gerçekten gerekli olup olmadığını değerlendirme hakkına sahiptir. Mevcut davada, başvuru kendi seçtiği bir avukatı atayabileceği ve böyle bir başvuruyu, kanunun öngördüğü şekilde “bir avukat tarafından açılmış ve imzalanmış” olarak yapabileceği için, verilen ret kararı başvurucuyu temyize gitmekten alıkoymuş değildir. Başvurucunun bu fırsatı değerlendirmemiş olmasının suçu, Hükümet’in görüşüne göre, ulusal makamlara yüklenemez.

2. Başvurucunun Sunumları

35. Başvurucu aynı görüşte değildir. İç hukuka göre kendi davasında bir temyiz mümkün olduğunu ve kullanımına sunulan bütün yasal yolları izleme niyetini taşıdığını vurgulamıştır. Başvurucu kendi seçtiği bir avukat tayin etmediğini kabul etmiş; fakat yasal ücretleri ödeyecek yeterli araçlara sahip olmadığı açıklamasını yapmıştır. Mali kaynaklarının yetersizliği nedeniyle Katowice Bölge Mahkemesinden temyiz yargılamasını yürütme amacıyla kendisine adli yardım vermesini talep etmiştir. 26 Kasım 1999 tarihinde mahkemeye sunduğu talepte, başvuru mali durumunu ayrıntılı olarak açıklamıştır ve Kasım 1997’den Mayıs 1999’a kadar işsiz olduğu olgusuna özellikle dikkat çekmiştir.

36. Başvurucu ayrıca Katowice Bölge Mahkemesinin kararında hiçbir gerekçe belirtmeksizin temyiz yargılaması amacıyla kendisine adli yardım verilmesini reddettiğini ileri sürmüştür; özellikle başvuru hukuki temsil masraflarını üstlenebilecek yeterlilikte olduğunu gösterilmemiştir. Başvuru ret kararının bu nedenle keyfi olduğunu iddia etmiştir.

37. Başvurucu ek olarak, Bölge Mahkemesinin kararının, öngörülen temyiz başvurusu yapma süresinden bir ay sonra 17 Ocak 2000 tarihinde verildiğini kanıtlamıştır. Bu, başvurucuya zamanında bir temyiz başvurusu yapmasına olanak verecek kendi seçeceği bir hukuki yardımı aramak için gerçekçi herhangi bir fırsat bırakmamıştır.

38. Sonuç olarak, başvuru, temyiz prosedürü alt mahkemeler tarafından icra edilen usuli eksikliklerin düzeltilmesi için oluşturulduğundan, Bölge Mahkemesinin daha da kabul edilemez olan davranışının özenden yoksun olduğunu ileri sürmüştür.

B. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

39. Mahkeme, medeni yargılamalardaki uyuşmazlıklar (*contestations*) bakımından Sözleşme kapsamında adli yardım sağlama yükümlülüğü bulunmadığını, çünkü ceza yargılamalarından karşılıksız adli yardım hakkını belli şartlarda güvence altına alan 6. maddenin 3 (c) bendinin ifadesi ile adli yardıma hiçbir yollama yapmayan 1. fıkrasının ifadesi arasında açık bir ayırım olduğunu başından işaret eder (*Del Sol - Fransa*, no. 46800/99, § 20, ECHR 2002-II). Öte yandan, Mahkeme Sözleşme'nin pratik ve etkili hakları güvence altına almayı amaçladığını hatırlatır. Bu, demokratik toplumda öncelikli bir yere sahip adil yargılanma hakkı göz önüne alınacak olursa, mahkemeye erişim hakkı açısından özellikle geçerlidir (bakınız *Airey-İrlanda*, 9 Ekim 1979 tarihli karar, Series A no. 32, § 24). Bir davacının davasını mahkeme önünde etkili bir şekilde sunma şansının reddedilmemesi, ceza yargılamalarından olduğu gibi medeni yargılamalarda da adil yargılanma kavramının merkezidir (*ibid.*; aynı zamanda diğer örnekler arasında bakınız *Steel ve Morris - Birleşik Krallık*, no. 68416/01, § 59, ECHR 2005-...).

40. Öte yandan mahkemeye erişim hakkı mutlak değildir ve meşru bir amaç izlemeleri ve orantılı olmaları kaydıyla sınırlamalara tabi olabilir. Dolayısıyla, *diğer nedenler arasında*, davacının mali durumuna veya yargılamanın başarılı olma ihtimali gibi nedenlere dayanılarak, adli yardım verilmesine sınırlama getirilmesi kabul edilebilir (yukarıda belirtilen *Steel ve Morris - Birleşik Krallık*, § 62).

Ek olarak, iç hukukta izin verilen sınırlamaların Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen mahkemeye erişim hakkı ile bağdaşır bağdaşmadığı, söz konusu yargılamanın özel niteliklerine bağlıdır ve bir temyiz hukuki noktalarda kabul edilebilirlik şartları olağan bir temyize göre daha sıkı olabileceğinden dolayı, iç hukuk sisteminin kurallarına göre yürütülen tüm yargılamayı ve yüksek mahkeme tarafından bu yargılamada oynanan rolü göz önünde tutmak gereklidir (*Delcourt - Belçika*, 17 Ocak 1970 tarihli karar, Series A no. 11, s. 15, § 26). Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini nasıl yerine getirecekleri kararını vermek Sözleşmeciler Devletlere aittir. Mahkeme belli bir davada iç hukuk makamları tarafından seçilen yöntemlerin Sözleşme ile bağdaşır olduğuna bizzat ikna olmalıdır.

41. Bu bağlamda, Mahkeme ilk olarak Polonya'daki Medeni Usul Kanunu'nun bir medeni yargılama tarafının ikinci derece mahkemesi tarafından verilen bir karara karşı yapacağı temyiz hazırlanmasında bir avukat veya hukuk müşavirinden yardım alınmasını gerekli kıldığını ve yasal temsil olmaksızın davanın tarafınca tarafından hazırlanan bu temyiz mahkeme tarafından reddedileceğini belirler (bakınız yukarıda §§ 20-21).

42. Mahkeme, temyize gitmek isteyen kişinin temyiz mahkemesinde yetkili bir avukat tarafından temsil edilmesi gerekliliğinin, en yüksek mahkeme olarak temyizi hukuki noktalardan incelediği için, Yüksek Mahkeme'nin nitelikleriyle açıkça bağdaşabilir olan böyle bir gerekliliğin tek başına 6. maddeye aykırı olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir. Bu gereklilik iç hukuk mahkemelerine temyiz yargılaması başlatmak isteyen bir kişiye karşılıksız adli yardım verme mutlak yükümlülüğü getirdiği şekilde görülemez. Öte yandan, 6. maddenin itiraz veya temyiz mahkemelerine uygulanma usulü söz konusu yargılamanın özel niteliklerine bağlıyken, bu türden mahkemeler kuran bir Devletin, hukuka uymakla yükümlü kişilere 6. maddede yer alan adil yargılanma güvencelerinden bu mahkemelerde yararlanmasını sağlamasının gerekli olduğuna hiç şüphe yoktur (örneğin bakınız, *Vacher-Fransa*, 17 Aralık 1996 tarihli karar, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, s. 2148-49, §§ 24 ve 28).

43. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde, Devlet ayrıca, 6. maddede güvence altına alınan hakların gerçek ve etkili kullanımını bu kişiler bakımından sağlamak için özen göstermelidir (*R.D. - Polonya*, no. 29692/96 ve 34612/97, § 44, 18 Aralık 2001).

44. Mahkeme bu bağlamda, mevcut davada Katowice Bölge Mahkemesi'nin herhangi bir gerekçe belirtmeksizin temyiz yargılamalarında yasal temsil amacıyla başvurucuya adli yardım verilmesini reddettiğini not eder. Mahkeme, usul hukukunun yürürlükteki hükümlerine göre Bölge Mahkemesi'nin bu tür bir ret kararı için herhangi bir gerekçe göstermekle yükümlü olmadığını farkındadır.

45. Öte yandan, bu kararın yazılı gerekçelerinin yokluğunda, Bölge Mahkemesi'nin davanın koşullarında adli yardım verilmesinin haklı olmadığını düşünmesinin nedenlerini anlamak Mahkeme açısından zordur. Avrupa Mahkemesi ayrıca, adli yardım kararının, yürürlükteki hukuka göre, dava

tarafının mali durumuna ve dava masraflarını ödeyebilme gücüne bağlı olduğunu not eder (bakınız yukarıda § 16). Mahkeme bu bağlamda davanın, başvuruçunun eski işverenine karşı işinin hukuka aykırı olarak sona erdirilmesi nedeniyle tazminat talebiyle ilgili olduğunu belirtir. Başvuruçucu aynı zamanda işine iadesini de talep etmiştir. Başvuruçucu talebini desteklemek amacıyla Bölge Mahkeme önünde Kasım 1997'den Mayıs 1999'a kadar işsiz olduğunu ileri sürmüştür. Avrupa Mahkemesi hakkaniyet ilkesinin mahkemenin başvuruçunun talebini reddederken gerekçe göstermesini gerektirdiğini düşünmektedir.

46. Son olarak, Mahkeme Katowice Bölge Mahkemesi'nin başvuruçunun adli yardımını reddeden kararının 17 Ocak 2000 tarihinde verildiğini saptar. Mahkeme bu tarihin temyize gidilmesi için öngörülen sürenin bitmesinden bir ay sonraki bir tarih olduğunu vurgular. Mesleki hukuki temsilin zorunlu olduğu hatırlanırsa, bariz nedenlerle, bu, başvuruçuya bir temyiz başvurusu yapmak bakımından kendi seçeceği bir hukuki yardım aramak ve davasını Yüksek Mahkeme'ye götürmek için gerçekçi hiçbir fırsat bırakmamıştır. Mahkeme bu nedenle ilgili mahkemelerin başvuruçunun adli yardım talebini ele alma biçiminin özen gerekliliği ile bağdaşmadığı görüşündedir.

47. Sonuç olarak, davanın koşulları bir bütün olarak ele alındığında, Mahkeme Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği görüşündedir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

48. Sözleşme'nin 41. maddesine göre:

“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse, ve ilgili Sözleşmecî Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder...”

A. Zarar

49. Başvuruçucu maddi ve 956,728 Polonya Zlotisi miktarında manevi tazminat talep etmiştir.

50. Hükümet, başvurunun iddia ettiği maddi zarar bakımından, maruz kaldığı gerçek kayıplarını gösterecek herhangi bir kanıt ortaya koyamadığını ileri sürmüştür. Manevi zarar bakımından, Hükümet başvuru tarafından talep edilen miktarın aşırı olduğunu belirtmiştir.

51. Mahkeme maddi zarar bakımından, başvurunun taleplerinin tam anlamıyla doğrulanmadığı görüşündedir. Öte yandan, Mahkeme başvurunun, sadece ihlal bulgusu ile yeterince tazmin edilemeyecek manevi zarardan muzdarip olduğunu kabul eder. Hakkaniyet temelinde değerlendirmesini yaparak ve davanın koşullarını dikkate alarak, Mahkeme başvurucuya bu başlık altında 2.000 AVRO tazminat ödenmesine hükmeder.

B. Ücretler ve Masraflar

52. Davasının sunulması ile bağlantılı olarak Avrupa Konseyinden adli yardım alan başvuru, Mahkeme'deki yargılamalarda yapılan ücret ve masraflardan dolayı 20,000 Polonya Zlotisi talep etmiştir.

53. Hükümet bu miktarın aşırı olduğu görüşündedir. Mahkeme'den eğer yapılmışsa, sadece gerçekten ve zorunlu olarak yapılan ve miktar olarak makul olan söz konusu ücret ve masraflar bakımından ödemeye hükmetmesini istemişlerdir.

54. Mahkeme, Avrupa Konseyinden adli yardım yoluyla alınan 685 AVRO'nun düşülmesiyle, Avrupa Mahkeme'sindeki yargılamada yapılan ücret ve masraflar bakımından 1,000 AVRO'luk bir miktarın ödenmesinin makul olduğunu düşünmektedir.

C. Gecikme Faizi

55. Mahkeme gecikme faizinin, Avrupa Merkez Bankasının, yüzde üç eklenmiş marjinal borç faiz oranına dayanmasının uygun olduğunu düşünmektedir.

BU NEDENLERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE

1. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlalinin bulunduğuna karar verir;

2. Davalı Devlet'in:

(a) Sözleşmenin 44. maddenin (2) fıkrasına göre kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihinde uygulanabilir oranlar üzerinden davalı Devlet'in para birimine çevrilerek başvurucuya aşağıdaki miktarları ödemesine:

- (i) manevi zararlar bakımından 2,000AVRO (iki bin avro);
- (ii) ücretler ve masraflar bakımından, Avrupa Konseyinden adli yardım yoluyla alınan 685 AVRO'nun (altı yüz seksen beş avro) düşülmesiyle, 1,000 Avro (bir avro);
- (iii) yukarıdaki miktarlara eklenebilecek herhangi bir vergiyi;

(b) yukarıda belirtilen üç ayın sona ermesinden ödeme tarihine kadar yukarıdaki miktarlara, gecikme süresince Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç faiz oranına yüzde üç eklenmiş basit faizin uygulanmasına;

karar verir;

3. Başvurucunun adil karşılık taleplerinin geri kalanını *reddeder*.

Mahkeme İchtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak İngilizce olarak hazırlanmış ve 27 Haziran 2006 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

T.L. EARLY
Kayıt Müdürü

Nicolas BRATZA
Başkan

^HHİCRÎ BİRİNCİ YÜZYILDA HUKUKÇU KAVRAMI

Yrd. Doç. Dr. İrem KARAKOÇ*

GİRİŞ

Günümüz hukuk tarihi kaynaklarında, İslâm Hukuku'nun doğuşu ve gelişimi Hz. Peygamber Dönemi (M.S. 622-632), Dört Halife ve Sahâbe¹ Dönemi (M. S. 632-660), Tâbiîn² Dönemi (M. S. 660-738), Mezheplerin Oluşması Dönemi (M. S. 738-960), Taklid Dönemi (M. S. 960-1200), Kanunlaştırma ve Yeni İctihad Dönemi olmak üzere altı dönemde incelenmektedir.

Fıkıh biliminin tarihi, genel tarih aşamalarından farklıdır. “Târihü't-teşrî” de denilen Hukuk (Fıkıh) Tarihi, hukuk biliminin peygamberlikten başlayarak nasıl oluştuğu, geliştiği; bu bilimin gelişmesine katkıda bulunan ilk büyük hukukçuların (müçtehit) emek, çaba ve katkılarını konu edinmektedir. Onların oluşturdukları kurallar, Osmanlı hukukçuları tarafından da kullanılmıştır.

Çalışmanın konusunu, başlangıçta bir inanç sistemi olan İslâm dininin, hem bu yönüyle varlığını sürdürmesinde, hem de bir hukuk sistemine dönüş-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
¹ *Sahâbî* (çoğ. *Sahâbe*, *ashab/eshab*), Hz. Peygamber'in yakınında, kendisini gören, ona inanan, onunla bir süre birlikte bulunan ve arkadaşı olan kişiler demektir (Aydın, s. 46; Cin/Akgündüz, s. 170; Demir, s. 69, 77).

² *Tâbiîn*; Hz. Peygamber zamanında yaşamış olmakla beraber, şahsen kendisiyle görüşmemiş fakat ashabi ile görüşmüş olanlara denmektedir. Tebe-i Tâbiîn ise, Tâbîlerle görüşmüş ve ders almış olanlara denmektedir. Tâbiîn Dönemi, siyasi olarak Emevîler iktidarına denk düşmektedir (660-738) (Bilmen, s. 38; Cin/Akyılmaz, s. 67; Ekinci, İslâm Tarihi, s. 67; Demir, s. 79).

mesinde rol oynayan kişilerin, yani ilk hukukçuların niteliklerinin ortaya konulması oluşturmaktadır. Söz konusu kişiler, ilk zamanlarda toplumun sıradan birer bireyi ve bazılarının okuma yazması bile yok iken, zaman içinde tarihte kalıcı iz bırakmış bir hukuk sistemini oluşturmuşlardır.

Kısa zamanda hukukta meydana gelen değişim ve dönüşümde ilk hukukçuların, gerek hukuku tecessüm ettirme, gerekse Kur'an ve Sünnet'i somut olaylara uygulama şeklinde büyük katkıları olmuştur. Bunlara ek olarak hukukta insan aklının etkinliği ve hukukî görüşün önemini vurgulamışlardır. Aslı kaynaklardan başka ikincil kaynakları tanımlayıp kullanmış olmaları, geniş coğrafyalardaki farklı geleneklere sahip kişilerin adalet ihtiyacına cevap vermiştir.

Tüm bu gelişim Hz. Peygamber'den sonraki ilk üç yüzyılda tamamlanmış ve bir sistem şeklini almıştır. Çalışma, Hz. Peygamber Devri, Dört Halife ve Sahâbe Devri ile Tâbiîn ve Tebe'i-Tâbiîn Devrinin başlarındaki hukukçular ve yöntemleri ile sınırlandırılmıştır.

Sahâbe arasında hem Hz. Peygamber Devri'nde, hem de O'nun vefâtından sonra yaşamış olanlar vardır. Her iki dönemde, sahâbenin hukukî etkinlikleri arasında, Hz. Peygamber'in yokluğu nedeni ile farklılıklar olmuştur. O nedenle ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Benzer şekilde Dört Halife de, hem devlet başkanı hem de aynı zamanda sahâbi idiler. Bunların uygulamaları, taşıdığı özellikler açısından ayrıca ele alınmaya çalışılmıştır.

I. İLK HUKUKÇULAR

A. Genel Açıklama

Hız. İbrahim'in soyundan gelen Hz. Peygamber, Kureyş kabilesinin -özellikle mensup oldukları Benî Hâşim'in- en cömert, saygıdeğer, her yönden olgun ve güvenilir kişisi kabul edilmekte idi. İlâhî vahiy kendisine geldiği için tüm dinî hüküm ve delilleri bildiği konusunda şüphe yoktur³.

Peygamberliğin gelmiş olduğu, 610 tarihinde vahiy yoluyla ilk kaynak olan Kur'an oluşmaya başlamıştır⁴. Hz. Peygamber, insanları ahlâk bakımın-

³ Hacı Reşid Paşa, s. 7; Bilmen, s. 38; Aydın, s. 33.

⁴ Berki, s. 7; Aydın, s. 32.

dan düzeltmek ve tamamlamak için, öncelikle nebîlik ve sonrasında da resûllük ile görevlendirilmiştir. Kur'an dinin olduğu kadar İslâm hukukunun da aslî kaynağı vasfıyla emir ve yasaklar getirmiştir. Bunların nasıl uygulanacağı büyük oranda Hz. Peygamber tarafından gösterilmiştir. Hz. Peygamber, yirmi üç yılda İslâmiyet'in önce Hicaz bölgesindeki birkaç Müslümandan tüm Arabistan'a, oradan tüm dünyaya yayılmasını sağlamıştır⁵.

O nedenle Hz. Peygamber'in söz ve fiilleri de, Kur'an olarak adlandırılan Allah'ın kelâmının açıklayıcı, tamamlayıcı ve yardımcı kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır⁶.

Öncelikli olarak Rum kayseri Herakl'e⁷, Acem kirası ve valilerine⁸, Konstantinopol (İstanbul) Rum Patriği'ne⁹, Kobtların başkanı Mukavkis'a (Mısır bölgesi)¹⁰ ve Habeş'in Necâşîsi¹¹ ile çevre ülkelere mektuplar, elçiler gönderilmiş ve İslâm'ın etki alanı, Hicaz'ın dışlarına kadar genişletilmiştir¹².

Hicaz toplumu cehalet içinde iken, kısa sürede bilimsel, edebî, siyasi, askerî alanda birçok büyük dehâ ve bilim adamı çıkarmıştır. Bunlar arasında sadece erkekler yoktur. Başta Hz. Peygamber'in eşi Hz. Âişe olmak üzere, gerek yaşadığı dönemdeki ve gerekse onlardan sonra yetişen müçtehitlerce de hukuk bilgisi kabul edilip onaylanmış hanımlar vardır¹³.

⁵ **Bilmen**, s. 38; **Cin/Akyılmaz**, s. 50; **Aydın**, s. 32; **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 15.

⁶ **Aydın**, s. 33.

⁷ Hem İslâm'a davet mektubu, hem diğer yazışmalar için bkz. **Hamidullah**, Vesikalar, s. 113-128.

⁸ Karşılıklı yazışmalar için bkz. **Hamidullah**, Vesikalar, s. 155 vd.

⁹ **Hamidullah**, Vesikalar, s. 128.

¹⁰ Karşılıklı yazışmalar için bkz. **Hamidullah**, Vesikalar, s. 151 vd.

¹¹ **Hamidullah**, Vesikalar, s.115.

¹² **Hacı Reşid Paşa**, Ruhülmecelle, s. 7; **Bilmen**, s. 38. Bahreyn ve daha birçok yere yapılan davet yazışmaları için bkz. **Hamidullah**, Vesikalar, s. 160 vd.

¹³ **Hacı Reşid Paşa**, Ruhülmecelle, s. 7-8. Hanım hukukçular için bkz. **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 27.

B. Peygamber Devri Hukukçuları

1. Genel Olarak

Peygamber Devri, Mekke ve Medine dönemleri olmak üzere ikiye ayrılabilir. On üç yıl kadar süren Mekke döneminde, Kur'an'ın yaklaşık üçte biri nazil olmuştur. Bu dönemde Müslümanlar az sayıda olup henüz siyasî olarak örgütlü bir toplum değillerdir. Âyetlerin çoğu inanç esasları ve bozulan ahlâkî düzeltmeye yöneliktir¹⁴.

Hicretle başlayan Medine döneminde artık daha ahlâklı ve inançlı bireylerden oluşan bir toplumla birlikte bir siyasî yapılanmaya gidilmesi gerekmektedir. Medine şehrinde kurulan yeni devlet çatısı altında, toplumun düzen içinde yaşamasını sağlayacak kurallara ihtiyaç duyulmuştur. Üstelik bu toplumda, Müslüman olmayan Yahudi ve pagan Araplar da vardır. Öncelikle bir anayasal belge hazırlanmış; buna göre, Hz. Peygamber devlet başkanı, ordu komutanı ve yargının da başı olmuştur. Medine Anayasası¹⁵ olarak bilinen bu metin, aynı zamanda farklı unsurlar arasındaki uzlaşmayı sağlayan, tarihin ilk anayasal belgesidir¹⁶.

Dönemin hukukî özellikleri, adım adım gelişmecilik (tedrîcîlik); mevcut hukukî problemlere çözüm üretilmesi; temel kaynakların Kur'an ve Sünnet olması; içtihat etkinliğinin teşvik edilmesidir¹⁷.

Bu dönemde sadece Kur'an yazılmış, Sünnet'in Kur'an'a karışmaması için yazılması yoluna gidilmemiştir. Çünkü Tevrat ve İncil'in asılları bu şekilde bozulmaya uğramıştır¹⁸. Kur'an-ı Kerim indirildiği sırada, Hz. Peygamber'in emri ile bazı sahâbe (vahiy kâtipleri) tüm âyetleri yazmış-

¹⁴ Bu dönemde içki, kumar, ribâ gibi konular henüz hukuken yasaklanmamış, “günah, açık ve gizli çirkin şey” gibi ifadelerle genel ve ahlâkî bakımdan ele alınmıştır (**Erdoğan**, s. 31). **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 63; **Aydın**, s. 44-45; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 45; **Zeydan**, s. 155; **Demir**, s. 76.

¹⁵ Anayasal belgenin metni için bkz. **Hamidullah**, Katkıları, s. 272. Hukukun asıl gelişmesi Hicret'ten (622) sonra olmuştur (**Demir**, s. 76).

¹⁶ **Aydın**, s. 44, dn. 37; **Demir**, s. 76.

¹⁷ **Aydın**, s. 45-46; **Cin/Akyılmaz**, s. 63-64; **Erdoğan**, s. 32.

¹⁸ **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 47; **Zeydan**, s. 156-157. Hz. Peygamber'in, Sünnet'in yazılmasına karşı olduğunu ifade eden hadis için bkz. *Müslim*'den aktaran, **Zeydan**, s. 167, dn. 31. **Aydın**, s. 35.

lardır. Bu dönemde sahâbe, Hz. Peygamber'in söz ve fiillerini de yazmak konusunda çok hevesli idiler. Fakat Hz. Peygamber "Benden Kur'an dışında bir şey yazmayın. Kim Kur'an-ı Kerim'den başka bir şey yazmış ise, onu imhâ etsin" demiştir¹⁹. Ancak sonraki dönemlerde, özellikle Mekke'nin fethinden sonra, Kur'an'ı açıklayıcı niteliğinden dolayı, Hz. Peygamber'in, hadislerin yazılmasına izin verdiği bilinmektedir²⁰.

2. Hz. Peygamber'in Hukukta Benimsediği Yöntem

a. Genel Açıklama

Hz. Peygamber'in teşrî yöntemi, hükmü aranan bir olayın meydana gelmesi üzerine bunun kendisinden sorulması ile başlayan bir süreçtir. Önce konuya ilişkin uygun bir süre vahiy beklemiştir. Vahiy ile gelen sonucu insanlara açıklamıştır. Söz konusu vahiy eğer açık ise buna Âyet; anlam şeklinde bildirilmişse Sünnet denmektedir²¹.

Hiçbir olay meydana gelmeden de âyet indiği olmuştur. Sonuçta Allah (Şârî') hukuk koyucu olmak sıfatıyla insanların sonsuza kadar ne tür sorunlarla karşılaşacaklarını bilmekte ve bunların çözümü için anahtar hükümler sevk etmektedir. Aynı durum Sünnet için de geçerlidir. Kur'an bir seferde indirilmeyip yirmi üç yılda adım adım tamamlandığı için, bazı hükümler de tadrîcen oluşmuştur. Bu yaklaşım insan tabiatına daha uygundur²². Hz. Muhammed'den sonra başka bir peygamber gelmeyeceği için hükümler tüm insanlığa yöneliktir.

Hz. Peygamber en gelişmiş insan örneği olarak aklın çalışma şeklini ve yollarını en iyi bilen kişi olmalıdır. Fakat muhakkak ki, bir gün gelip bu

¹⁹ **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 29.

²⁰ *Ahmed bin Hanbel, Ebû Davud, Dârimi*'den aktaran **Zeydan**, s. 167-168, dn. 32. **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 29. *Abdullah bin Amr bin el-As*, Hz. Peygamber'den her duyduğunu yazdığını belirtmiştir. Bunun üzerine Kureyşliler, onun bu yaptığını doğru bulmamışlardır. Kendisi, doğru yapıp yapmadığını, Hz. Peygamber'e sorduğu zaman, "Yaz! Neşimi elinde tutan Zât'a yemin olsun ki, ondan haktan başka bir şey sâdır olmaz" cevabını almıştır (*Ebû Dâvûd*, İlm 3, (3646)'dan aktaran **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 30).

²¹ Kur'an'da, "Senden soruyorlar de ki...", "Senden fetvâ isterler de ki..." ifadeleriyle başlayan çok sayıda âyet vardır (**Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 17). **Zeydan**, s. 157.

²² Hükümlerde tadrîcîlik; zamanda, hükümlerin türlerinde ve önce genel hüküm konulduktan sonra özel olarak açıklanması biçiminde olabilmekte idi (**Zeydan**, s. 159).

dünyayı terk edecekti. Geride kalan insanlar, kendi akıllarını kullanırken verdikleri kararı doğrulatacakları (teyit ve tasdik) bir üst akıldan mahrum kalacaklardı²³. Bu nedenle Peygamber hayatı boyunca, en yakınındakilere, öncelikle selim bir akla sahip olmayı, ardından da bunun işleyişi ve sonuç çıkarma yöntemlerini öğretmiştir²⁴.

Hız. Peygamber, ashabına âyetlerin iniş sebeplerini, bir diğerinin hükümünü kaldıran âyetleri (nâsih-mensuh)²⁵, bunlardan ne şekilde hüküm çıkarılacağını (istinbat) açıklamıştır. Bu dönemde ortaya konulan genel ilkelerden bazıları, hukuk kaynağı olarak örf-âdete başvurulabileceği; Kur'an'da hüküm bulunmayan durumlarda serbestinin esas olduğu; eşyada aslolan durumun ibâhe olduğudur²⁶.

O'nun yaptığı şey, tabiatüstü güçler kullanarak haklıyı haksızı ayırt etmek değil; tam olarak dünyevî bir yargılamadır. Ancak bazı yargılamaların sonucunun vahiy ile değiştiği de olmuştur²⁷. Bir örnek olayda, Hız. Peygamber yaptığı bir yargılamadan sonra -kaybedenin, yemin ederek kendisinin haklı olduğunu beyanı üzerine- karşı tarafı çağırarak bunu bildirmiştir. Çağrılan kimse yeniden yargılamayı kabul etmiş; davaya tekrar bakılmış, fakat ilki ile aynı sonuca varılmıştır. Hız. Peygamber, karşısına gelen taraflardan hangisinin delili daha güçlü ise, onun lehine karar vermiştir²⁸.

²³ Hız. Peygamber, iki kardeş arasında ortak mülkiyete konu bir gayrimenkulün mülkiyet durumunu tespit için açılan davada, *Huzeyfe bin Yeman*'ı hâkim olarak görevlendirmiştir. *Huzeyfe*'nin, verdiği kararı, Medine'ye dönüşünde Hız. Peygambere onaylattığı bilinmektedir. Karar bu yönüyle o dönemde hükmün, bir üst otoriteye onaylatıldığı delilidir (*İbni Mâce*, Ahkâm 18 ve *Beyhakî*, Sulh 6'dan aktaran **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 25).

²⁴ Bir hukukçunun re'yi/görüşü, kişisel menfaat ve heveslerden arınmamış bir aklın, rastgele ortaya koyduğu görüşlerden ve mantıkçıların "âmiyâne bilgi" dedikleri gündelik bilgilerimizle söylenen fikir ve kanaatlerden farklıdır.

²⁵ **Zeydan**, s. 162.

²⁶ **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 18, 20.

²⁷ Medinelî *Tü'me* ile *Katâde* arasındaki zırh çalınması hakkındaki davada, yalancı tanıklıkla ilgili Nîsâ Sûresi 105'inci âyet gelmiştir (**Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 24).

²⁸ Bir hadisinde "... Ben verdiğim bir hükümle bir kimseye hakikatte kardeşine ait bir şeyi verecek olsam, bu onun için ancak ateşten bir parçadır" diyerek hâkimin delil durumuna göre verdiği karar gerçek duruma uymuyorsa, sorumluluğun hâkimini yanılta tarafta olacağını belirtmiştir (*Buhârî*, Şehâdât 27, Ahkâm 20, 29, 31, Hiyel 9, Mezâlim

Sahâbe, çeşitli konularda sorulan hukukî sorulara cevap verseler de, sonradan bunlar Hz. Peygamber'e onaylatıldığı ve gerektiğinde düzelttirilebildiği için Takrîrî Sünnet hâline gelmişlerdir. Dolayısıyla bu dönemde içtihat yapılmış olmakla beraber, henüz, bağımsız içtihat etkinliklerinden söz edilemez²⁹.

b. Hz. Peygamber'in Re'y ve İctihad Etkinliği

Hz. Peygamber, herhangi bir durumda beklediği süre içerisinde vahiy gelmez ise, kendi görüşü ile konuyu hükme bağlamıştır. Kendisi bizzat vahyin kontrolünde olduğundan, hatalı bir sonuç ortaya çıkması, Peygamberliğin niteliği ile uyuşmayan bir durumdur³⁰. Bir hatâ olmuş olsa bile, Hz. Peygamber hayatta olduğu için, vahiy yoluyla düzeltilebilirdi. Vahiy gelmeyen hususlarda Peygamber içtihat yapabilir; sırf kendi görüşü ile karar verebildiği gibi işin uzmanlarına danışarak bunların içtihatlarından birini tercih de edebilirdi³¹. Aynı zamanda farklı görüşler olduğunda; her birinin gerekçeleri uygun ise, Hz. Peygamber'in bunların hepsinin doğru olduğunu kabul ettiği örnekler de vardır³².

Hz. Peygamber'in re'y ve içtihat ile hüküm verip vermediği hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur. Çoğunluğun görüşüne göre, vahiy gelmeyen konularda, re'y ile içtihat yapmış ve yukarıdaki örnekte olduğu gibi, bazen yanıldığı ve âyet ile ikaz edildiği durumlar ortaya çıkmıştır³³.

16; *Müslim*, Akdiye 5; *Mâlik* Akdiye 1; *Tirmizî*, Ahkâm 11; *Ebû Dâvud*, Akdiye 7; *Nesâî*, Kudat 13'den aktaran, **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 24).

²⁹ **Zeydan**, s. 166-167; **Aydın**, s. 46; **Cin/Akyılmaz**, s. 64; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 46; **Erdoğan**, s. 33; **Ekinci**, İslâm Hukuku, s. 87.

³⁰ Kur'an'da, Sünnet'in önemine değinen âyetler için bkz. **Aydın**, s. 33-34.

³¹ Bedir esirlerini, para karşılığı salıvermek ya da öldürmek arasında tercih yapmak durumunda kalan Hz. Peygamber'in ilk seçeneği tercih etmesi ve fakat bunun âyetle değiştirilmesi olayı için bkz. **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 18; **Demir**, s. 76. Hz. Peygamberin örnek içtihatları için bkz. **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 23-24.

³² Hendek Savaşı sırasında yaşanan ikinci namazı meselesi hakkındaki içtihatların ikisini de haklı bulmuştur (**Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 26). Ayrıca bkz. **Demir**, s. 76-77.

³³ *İbni Hâcib*, Muhtasarü'l-Müntehâ'dan aktaran **Şener**, s. 125. Kur'an'da *Necm Sûresi*, 3'üncü âyette "O kendiliğinden konuşmaz" denmektedir. Bu durumda Hz. Peygamber'in içtihadı vahiy sayılabilir; ya da en azından Sünnet'tir (**Şener**, s. 126).

Bu nedenle Hz. Peygamber, hakkında vahiy gelmeyen konularda karar vermeden önce aşılarla görüş alışverişinde bulunmuştur³⁴. “İsmet” vasfı, Hz. Peygamber’in özelliklerinden birisidir. İsmet, Hz. Peygamber’den hatâ doğmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. “Dünyanıza ilişkin işleri benden daha iyi bilirsiniz” anlamına gelen hadisler, ekonomik ilişkilerin ve kuralların ahlakîlik denetiminin dışına çıkarılması amacıyla uydurulmuş sözlerdir³⁵.

Serahsî, Hz. Peygamber’in şer’î hükümleri beyan ederken vahye dayandığını belirterek; vahyi, zâhir ve bâtin olmak üzere ikiye ayırmıştır. Hz. Peygamber’in re’y ve içtihatla hüküm istinbatını “vahiy-benzeri” (şibh vahiy) olarak tanımlamıştır³⁶.

Hz. Ömer, Hz. Peygamber’in re’yinin doğruluğu konusunu “Ey insanlar! Peygamber’in re’yi isabetli olur elbette; çünkü O’na Allah, doğruyu gösterir. Bizim re’yimiz ise tahminden ibarettir” sözleriyle ortaya koymuştur³⁷.

c. Diğer Hukukî Etkinlikler

Hz. Peygamber “Kolaylaştırınız, zorlaştırmayınız. Müjdeleyiniz, korkutmayınız.” hadisinde de belirttiği gibi, “kolaylık (teysir) ilkesi”ne göre

³⁴ Demir, s. 76.

³⁵ Konu ile ilgili olarak Hz. Peygamber’den nakledilen “Ben ancak bir beşerim. Eğer size dininizle ilgili bir şey emredersem, ona uyun. Size re’ye dayanan (dünya ile ilgili) bir şey emredersem, beşer olduğum için ben de yanılabilirim” şeklinde bir hadisten söz edilmektedir. Bu hadise neden olan olay, Medine’de yaşanmıştır. Bu yörede insanlar genellikle hurmayı aşılama idiler. Hz. Peygamber, onlara bunu yapmasalar daha iyi olacağını belirtmiştir. Bunun üzerine aşılama bırakılmış ve fakat verim düşmüştür. Durumun kendisine izah edilmesinin ardından yukarıdaki sözleri söylediği nakledilmiştir (*Müslim*, El-Câmiü’s-Sahih, Kâhire, 1955, C. IV, s. 1835’ten aktaran Şener, s. 126). Fakat hadisin uydurma olduğu görüşü de vardır (Hâtemî, s. 38-39). Ayrıca “İsmet” vasfının açıklaması için bkz. Hâtemî, s. 17. Günümüzde sırf verimi arttırmak için tarımda kullanılan bazı ilaç ve yöntemlerin sakıncaları olduğu görülmüştür.

³⁶ Apaydın, İctihad, s. 433.

³⁷ Ebû Dâvud, Sünen, Kâhire, 1280, C. II, s. 75’ten aktaran Şener, s. 126. Ayrıca bkz. Apaydın, İctihad, s. 433.

uygulama yapmıştır³⁸. Bu dönemde hukukî etkinlik (teşrî) insanların yararını (menfaat) gözetme ve zararlı durumları uzaklaştırma esasına dayanmakta idi.

Dinin anlatılması, ibadetler, elçi kabulü ve eğitim-öğretim gibi tüm işlerin yanı sıra yargılamalar da, her konuda toplanma yeri olan mescitte yapılmıştır. Basit ve hızlı bir yargılama yöntemi vardır. Tanık, ikrar ve yemin en belirgin ispat araçlarıdır. Bağımsız bir hâkimlik mesleği henüz gelişmemiştir³⁹.

Ashâb-ı Suffa denilen yetmiş-seksen kadar sahâbe, mescidin kuzey kısmında, kendileri için ayrılmış bir bölümde sadece ilimle uğraşmışlardır. Daha çok âyetleri yazıp ezberlemek, hadisleri öğrenmek, Hz. Peygamber'in öğrettiği şer'î hükümleri anlamak ve başkalarına anlatmak gibi çalışmalar yapmışlardır. Tek görevleri bu olan Ashab-ı suffa, bazen sabahlara kadar çalışır, savaş zamanı sefere katılırlardı. Sürekli Hz. Peygamber'in yakınında olduklarından, geçimleri O'nun tarafından karşılanmıştır. İslâm'ın yayılmasında en büyük pay sahibi olan bu kimseler, aynı zamanda Kur'an'ı en iyi bilen kişilerdir (kârî'/kurrâ)⁴⁰.

3. Hz. Peygamber Devrindeki Diğer Hukukçular

a. Genel Açıklama

İslâmiyet'in başlangıcında fıkıh, hukuku; fakîh ve fukahâ⁴¹ kelimeleri de hukukçuyu ifade eden birer terim olarak farklılaşmamıştır⁴². İlim ve

³⁸ İslâm savaş hukuku hükümleri, şarabın yasaklanması ve zinanın hükmü buna örnek gösterilebilir (**Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 19). *Kolaylaştırma*; ruhsat vererek hükmü hafifletme, yükümlülüklerin az sayıda ve mükellefin gücüyle orantılı kılınması gibi şekillerde yapılmıştır (**Zeydan**, s. 161-162).

³⁹ **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 47.

⁴⁰ **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 32.

⁴¹ Fıkıhla meşgul olan kimselere *fakîh* denir. Fakihin çoğulu, *fukahâdır*. Sözlük anlamı, "dikkatli ve ince anlayışlı, ayrıntılı bir şekilde bilen âlim"dir. Terim anlamı, din bilgini, fıkıh âlimi ve İslâm hukukçusudur (**Paçacı**, s. 170). Ayrıca bkz. **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 59.

⁴² *Fıkıh*, kelime olarak anlamak, kavramak, ezberlemek, sezmek, ferâset, derinlemesine bilmek, anlamlarına gelmektedir (**Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 59; **Paçacı**, s. 185). Kur'an'daki Tevbe Sûresi'nin 122'nci âyetinde geçen "tefakkuh" sözcüğü, sonradan İslâm hukuku anlamında kullanılan "fıkıh" teriminin temelidir. Tefakkuh, dinde ve

mârifet sahibi olanlara “ulemâ” denirdi. Hz. Peygamber’in ashâbı ve tâbiler (tâbiîn) döneminde fıkıhla ilgili meseleleri iyi bilen kişilere “kurrâ” denmekte idi⁴³. Fakat bu ifadeyi, Mehmed Seyyid Efendi doğru bulmamış; İslâm’ın başlangıcında “Kur’an’ı okuyup yazan ve okunma şekline âşinâ olan tüm ashâb ve tâbi ulemaya kurrâ” dendiğini belirtmiştir. Oysa bunların tümü içtihat yeteneğine sahip hukukçu anlamında, fakih değildir. “Birçok fikhî meseleleri bilen ulemâ vardır ki fakih değil, mesele hâfızıdır” (hâfızü’l-mesâil)⁴⁴. Yazılı aktarım, sözlü aktarımın önüne geçtikten sonraki aşamada kârilere, fakih denmeye başlanmıştır⁴⁵.

Zaman geçtikçe meseleler çoğalıp çeşitlendiğinden, fıkıh bağımsız bir bilim dalı olarak ayrılmış ve anlamı farklılaşmıştır⁴⁶. Yine de mezhepler devrinde dahi içtihat ile aynı anlamda kullanılmakta idi. Sonraları fıkıh, İslâm hukukunun inançlar dışındaki; amellere ilişkin kısmının adı olmuştur. Bu ayrışmanın nedeni, İslâm dininin tüm hayatı düzenleyen bazı kurallar getirmiş olmasıdır. Bunlar arasında itikada, ahlâka ve hukuka ilişkin olanlar vardır. Batılılaşma döneminden itibaren, “İslâm Hukuku” terimi yerleşmiştir. İslâm hukuku, İslâm dininin meydana çıkarmış olduğu, kendine özgü nitelikleri olan bir hukuk sistemidir. Bu yönüyle günümüz hukuk kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir⁴⁷.

Kur’an konusunda bilgi ve bilinç sahibi olmaktır. Kur’an’da on dokuz yerde fiil olarak geçmektedir. (**Hâtemî**, s. 17; **Paçacı**, s. 170). *İmam-ı Âzam Ebû Hanife*, bir bilim dalına ad olacak şekilde fikhî tanımlamıştır. Buna göre fıkıh, “kişinin yararına/lehine ve zararına/aleyhine olan şeyleri bilmesidir” (**Ekinci**, İslâm Hukuku, s. 12; **Erdoğan**, s. 17). Ayrıca bkz. **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 32; **Cin/Akgündüz**, s. 122.

⁴³ Kur’an-ı Kerim’i ezbere bilip, okuyanlara *kâri*’ denmektedir (**Ekinci**, İslâm Hukuku, s. 68).

⁴⁴ *Ahmed bin Hanbel*, el-Müsned, C. 5, s. 183’den aktaran **Mehmed Seyyid**, s. 40-41, dn. 32.

⁴⁵ **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 32.

⁴⁶ Fıkıh, günümüzde anlaşıldığı şekli kazanmadan önce dinin Kur’an ve Sünnet olmak üzere iki kaynağı vardı; bunlardaki açık ifadelere dayanan bilgilere ilm denirdi. Hukukçuların “bu kaynaklara dayalı anlayış, yorum ve düşüncelerine de fikhî deniyordu”. Başka bir ifade ile ilim naklî bilgiyi, fikhî akla dayalı yorumlamalarla elde edilmiş bilgiyi anlatmaktadır (**Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 60; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 32).

⁴⁷ Bu bağlamda mezheplerin yerine “Hanefî fikhî”, “Hanbelî fikhî” denmiştir (**Hâtemî**, s. 17-18). Ayrıca bkz. **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 59; 75; **Aydın**, s. 31; **Cin/Akyılmaz**, s. 48; **Cin/Akgündüz**, s. 103; **Demir**, s. 79; **Paçacı**, s. 185.

Günümüzde gerek pratik ihtiyaçlarla gerekse bilimsel sistematik oluşturma sebebiyle, ibadetler, ahlâk ve hukuk işleri farklı alanlar olarak ayrılmıştır. İnceleme alanı, topluma düzen veren ve devlet yaptırımı ile donatılmış kurallar bütünü olan hukuk bilimine fıkıh denmektedir⁴⁸.

Sahâbeden bazıları Hz. Peygamber devrinde dahi, O'nun emirlerine dayanarak fetvâ vermişlerdir. Bunlar arasında Hz. Ebû Bekir, Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali, Abdurrahman bin Avf, Muaz bin Cebel, Ammar bin Yâsir, Huzeyfe ibn Yeman, Zeyd bin Sâbit, Ebû'd-Derdâ, Ebû Mûsâ el-Eş'arî, Ubâde ibn Sâmit, Abdullah ibn Mes'ud bulunmaktadır. Tâbiîn hukukçularından Şa'bî, ulemânın altı kişi olduğunu ifade etmiştir. Bunlar Hz. Ömer, Hz. Ali, Abdullah ibn Mes'ud, Zeyd bin Sâbit ve Ubey bin Ka'b ve Mûsâ el-Eş'arî'dir. Hz. Ömer, Hz. Ali, Muaz bin Cebel ve Ebû Mûsâ el-Eş'arî ise, Hz. Peygamber'in sağlığında da fetvâ vermiş olan hukukçulardır⁴⁹.

b. Sahâbenin Re'y ile İctihadı

O dönemde hukukla ilgilenen kişiler, Hz. Peygamber tarafından öğretilen yöntemle görüş (re'y) oluşturmuşlardır. Re'y oluşturma süreci, akıl yürütmelerden meydana gelmektedir. Bu nedenle büyük ölçüde mantık kuralları etkilidir. Ancak naklî delillerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Aklın ve naklin yanı sıra duyular (his) ve deneyimler de insanların karar süreçlerine etki eden faktörlerdendir. Bu yüzden farklı idrak ve deneyim sahibi kimselerin bilgi, görgü ve tecrübeleri kararlarına yansımaktadır. Hukukçu sahabe, varsayımlara çözüm üretmek yerine sadece somut olay üzerinden görüş açıklamıştır⁵⁰.

Kur'an ve tefsir (Kur'an'ın yorumlanması) ile Hz. Peygamber ve sahâbeden geldiği bilinen kurallar ilm olarak nitelendirilmiştir. Fıkıh ise, bunun tersi; yani bu kuralların yokluğunda, akla başvuru olarak konulan kural-

⁴⁸ **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 33; **Ekinci**, İslâm Hukuku, s. 12.

⁴⁹ **Mehmed Seyyid**, s. 24; **Aydın**, s. 47; **Kandemir**, s. 191; **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 25; **Demir**, s. 78.

⁵⁰ **Demir**, s. 78.

ları (re'y) ifade ederdi. Daha sonraki dönemlerde re'y, her zaman ilme dayandırılmak istenmiştir⁵¹.

Hz. Peygamberin re'y oluşturma konusunda sahâbesine birçok hususu öğrettiği ve zaman zaman sınava tâbi tuttuğu, din ve tarih kaynaklarından anlaşılmaktadır⁵².

Örneğin, Hz. Peygamber, vali olarak atadığı Muaz bin Cebel'e, görevi sırasında ne ile hükmedeceğini sormuştur. Aldığı cevap, sırasıyla Kur'an ve orada hüküm bulamaz ise, Sünnet'tir. Fakat asıl önemlisi, bu iki kaynakta hüküm bulamadığında ne yapacağıdır. Muaz bu soruya, kendi re'yi ile içtihat edeceğini belirterek cevap vermiştir⁵³.

Buna göre, sahâbe hükmünü aradıkları konuda önce Kur'an'a, ardından Sünnet'e bakmış; hüküm bulamazlarsa, kendi akıllarına –kimi kaynaklarda re'yelerine- göre hüküm vermişlerdir⁵⁴. Buna “re'y ile içtihat” denmektedir. “Re'y”, düşünmek ve görmek anlamlarına gelen bir sözcük olup; “düşünülen ve görülen şey”, “etraflıca düşündükten sonra, varılan kanaat ve görüşür. Fıkıh usûlünde, hakkında nass⁵⁵ bulunmayan konulardaki içtihadın temeli

⁵¹ Sünnet ile çözülemeyen bir olayla karşılaşan Mısır kadısının Hz. Ömer'den hüküm sorması üzerine, Hz. Ömer cevap olarak “Bu iş için ben de bir Sünnet bilmiyorum; onun için sorunun çözümünü sana bırakıyorum” içeriğinde bir mektup yazmıştır (Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 60).

⁵² Ansay, s. 25. Muaz hadisi için bkz. Şener, s. 127; Zeydan, s. 165. Ekinci, İslâm Tarihi, s. 23.

⁵³ Berki, s. 16; Şener, s. 127; Aydın, s. 34; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 68-69; Apaydın, İctihad, s. 433.

⁵⁴ Hukukî sorunların çözümünde hukukçunun ilk başvurması gereken kaynak Kur'an'dır. Çünkü Kur'an'da konu ile ilgili bir hüküm varsa bu, olaya uygulanacak hukuk normudur (Cin/Akyılmaz, s. 49-50). Kur'an ve Sünnet'e bakmanın bir sebebi de kıyas yapmaktır. Sonucu aranan mesele hakkında hüküm olup olmadığını tespitten başka, kıyasa temel olabilecek tümel kaziye bulmaktır. Çünkü hükmü mevcut bir meselenin bu hükmü, aralarındaki ortak gerekçeden (illet) dolayı, hükmü bulunmayan bir meseleye uygulanabilir (kıyas). Kıyas bir bireysel içtihat türüdür (Şener, s. 125-125). Ayrıca bkz. Gelişen, s. 311; Paçacı, s. 379-380.

⁵⁵ Nass'ın; sözlükte “metin, yazardan varit olan asıl söz, diksiyon, bir şeyin nihyeti, bir manaya ihtimali olan yahut teville ihtimali olmayan, haber, delil” anlamları vardır. İslâm edebiyatında, Kur'an ve Sünnet'in açıkça ortaya koyduğu kural ve hükümlere nass den-

olan re'y, İslâm hukukunun gösterdiği düşünme yollarından giderek⁵⁶ yapılan aklı bir etkinliktir⁵⁷.

“İçtihat”, çalışmak, çabalamak, gayret harcamak anlamlarında bir sözcük olup; fıkıh usûlünde, amelî-şer'î hükümleri; ayrı ayrı delillerinden çıkarmak (istinbat) için son derece büyük gayret sarfetmek demektir. Nasslardan hüküm çıkaran kimseye “müçtehit” denir⁵⁸. Delâlet bakımından zannî olan nasslardan hüküm çıkarmak için ve hakkında nass bulunmayan konularda kıyas, istihsan ve istislah gibi yöntemlerle veya İslâm hukukunun genel kurallarından yararlanarak yapılan genel içtihadın bir türü; “re'y ile içtihat/re'y içtihadı”dır⁵⁹.

Re'yi, içtihattan ayıran en önemli hususlar, her re'yin muteber olmayışı ve kişiye, içtihadı göre daha zayıf bir kanaat vermesidir⁶⁰.

Hukukçu sahâbe vermiş oldukları fetvâların sayısına göre üç kısma ayrılmaktadırlar. Birinci grupta en çok fetvâ verenler yer almaktadır. Bunlar, Hz. Âişe, Hz. Ömer, Hz. Ali⁶¹, Abdullah ibn Mes'ud, Zeyd ibn Sâbit,

mektir. Bunlar kimsenin onayına gerek olmaksızın geçerli ve bağlayıcıdır (**Karaman**, Anahatlarıyla, s. 146). Fıkıh usûlünde, gönderiliş amacına uygun olarak, anlamına açık şekilde delâlet eden lâfızlara nass denmektedir (**Paçacı**, s. 518). Nassların mana ve hikmetlerinin anlaşılmasında aklın etkinliği için bkz. **Ekinci**, İslâm Hukuku, s. 26.

⁵⁶ Re'y oluşturan hukukçu bunu yaparken, gene de dinî delillerden hareket etmelidir (**Paçacı**, s. 548).

⁵⁷ Re'y; sözlükte “görmek, görüş” anlamına gelmektedir (**Paçacı**, s. 548). Re'y, muteber (övlümüş/memduh) ve muteber olmayan (kınanmış/mezmun) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İslâm'ın ruhuna uygun, yoğun bir araştırmadan sonra elde edilen görüşler muteber re'ydir. İslâm'ın ruhuna aykırı görüşler ise, bir çok hadis ve sahâbe sözleri ile, Sünnet'in düşmanı olarak nitelendirilmiş ve yasaklanmıştır (**Şener**, s. 123-124). “Hükmü belli olan bir meseleyi, hükmü belli olmayan bir meseleye kıyas ederek karar vermektir” (**Demir**, s. 71). Ayrıca bkz. **Apaydın**, Re'y, s. 37.

⁵⁸ **Paçacı**, s. 292-293.

⁵⁹ Hakkında nass bulunmayan konularda hüküm ortaya koymak konusunda, sonraki dönem İslâm hukukçuları tarafından özel düşünme ve akıl yürütme yöntemleri ortaya konmuştur (**Şener**, s. 124). Ayrıca bkz. **Apaydın**, İctihad, s. 432.

⁶⁰ **Şener**, s. 124.

⁶¹ Hz. Ali, Yemen'e vali olarak gönderildiği sırada baktığı bir taksirle adam öldürme davasının kararı, Hz. Peygamber'e iletilmiş, O da bu kararı onaylamıştır (*Zübye davası*

Abdullah ibn Abbas, Abdullah ibn Ömer'dir. Bunlara, fukahâ-i seb'a-i ashab denmektedir⁶².

İkinci grupta ortalama sayıda fetvâ verenler vardır. Bunlar Hz. Ebû Bekir, Hz. Osman, Ümm Seleme, Enes bin Mâlik, Ebû Said Hudrî, Ebû Hüreyre, Abdullah ibn Amr bin el-As⁶³, Abdullah ibn Zübeyr, Ebû Mûsâ el-Eş'arî, Sa'd bin Ebî Vakkas, Selman Fârisî, Câbir ibn Abdullah, Muaz ibn Cebel, Talhâ, Zübeyir ibn Avvam, Abdurrahman bin Avf, İmran ibn Hüseyin, Ebûbekre, Ubâde ibn Sâmit, Muâviye ibn Süfyan'dır. Üçüncü grupta ise, kendilerinden çok az sayıda fetvâ nakledilen yüzü aşkın kişi vardır⁶⁴.

Sahâbe büyük İslâm merkezlerine dağılarak buldukları yerlerdeki halka hukuku öğretmiş ve fetvâlar vermiştir. Örneğin, Medine halkı, Abdullah ibn Ömer (sahâbe), Said ibn Müseyyeb ve Urve ibn Zübeyr (tâbi); Mekkeliler Abdullah ibn Abbas (sahâbe), Mücâhib ibn Cebrin, Atâ ibn Ebî Rebah ve Tâvus ibn Keysan (tâbi); Kûfeliler Abdullah ibn Mes'ud (sahâbe), Alkâme, Esved ve Mesruk (tâbi); Basralılar ise, Ebû Mûsâ el-Eş'arî, Enes bin Mâlik (sahâbe), Hasan Basrî ve Muhammed ibn Sîrîn (tâbi) gibi hukukçulardan fetvâ almışlardır⁶⁵. İslâm coğrafyasının çeşitli bölgelerine yönetici olarak gönderilenler, yargılama da yapmışlardır⁶⁶.

Sonradan fıkıh ilminin tedvini döneminde hukukta uzmanlık kazananlara "fakîh (fıkıhçı) (çoğ. fukahâ)" denmiştir. Fıkıh terimleri ve meseleleri bu büyük fıkıhçılar tarafından bölüm, fasıl ve kısımlara ayrılmıştır⁶⁷.

çin bkz. **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 25). Olayın meydana geliş şekli ve karar için bkz. ileride s. 15, dn. 87.

⁶² **Bilmen**, s. 315; **Mehmed Seyyid**, s. 37; **Karaman**, Anahatlarıyla, s. 49; **Zeydan**, s. 183.

⁶³ Hz. Peygamber tarafından hâkimlik görevi verilen *Amr bin el-As*'ın bir kararı, kaybeden tarafından itiraz konusu yapılmıştır. Hz. Peygamber davada "hâkimin kendi içtihadına göre hükmettiği" gerekçesiyle kararı onaylamıştır (*Hâfiz Heysemî*, IV/807'den aktaran, **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 25).

⁶⁴ Bu konudaki örnekler için bkz. **Bilmen**, s. 316. **Zeydan**, s. 183-184.

⁶⁵ **Bilmen**, s. 316; **Mehmed Seyyid**, s. 37.

⁶⁶ Ordu kumandanı *Hâlid bin Velid*'in bir grup esiri yanlışlık sonucu öldürtmesi davası için bkz. **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 25. **Demir**, s. 78; **Aydın**, s. 47, 50.

⁶⁷ **Bilmen**, s. 312, 315; **Ansary**, s. 8; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 59.

II. İSLÂMİYET'İN BİRİNCİ YÜZYILINDA HZ. PEYGAMBER'DEN SONRAKİ HUKUKÇULAR

A. Genel Açıklama

Sahâbe Devri yaklaşık bir yüzyıl kadar sürmüştür. Bu dönemi, Dört Halife (Hulefâ-yı Râşidîn) ve Emevîler Devri olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür⁶⁸.

Hz. Peygamber'in vefatının ardından, tarihî açıdan "Dört Halife Devri" başlamıştır. Fakat Hukuk Tarihi bakımından Sahâbe Devri denmesi daha uygun gibi görünmektedir. Dört Halife Devri, sahâbe döneminin ilk aşamasını ifade etmektedir. Halifeler de aynı zamanda sahâbi idiler. Dördüncü halife Hz. Ali'nin ardından altı ay kadar oğlu Hz. Hasan, onun ardından Muâviye ve Emevîler iktidara gelmişlerdir. İslâm coğrafyası genişlemiş ve yabancılar sisteme dâhil olmaya başlamıştır. Hz. Peygamber'in vefatından sonraki elli yıl içinde Medine'deki din bilginlerinin çalışmaları, hukuk sisteminin ana çatisını oluşturmuştur⁶⁹.

Başlangıçta Hz. Peygamber ile uzun süre birlikte zaman geçirerek onu yakından tanıyıp gözlemlene fırsatı bulunan kimselere/arkadaşlarına sahâbe denirken, sonraları Hz. Peygamber'i sağlığında iken, sadece görmüş olanlara dahi sahâbe denmiştir. Sahâbe, hukuken önemli bir terimdir. Çünkü bu kişiler aynı zamanda, hukukun ikinci aslı kaynağı olan hadislerin aktarıcıları (râvî) olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca muteber dinî otorite de sayılmışlardır⁷⁰. Hz. Peygamber'e çok yakın olan bu kişilerin içtihat etkinlikleri, sonraki hukukçular için, sahâbe kavli (sahâbe sözü) denilen bir delil ortaya çıkarmıştır ki, hukuk kaynağı olarak Sünnet'e yakın bir anlam taşımaktadır⁷¹.

⁶⁸ **Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 33.

⁶⁹ *Nallino* 'nun görüşü için bkz. **Ansary**, s. 25, dn. 44.

⁷⁰ **Cin/Akyılmaz**, s. 65, dn. 49. "Bir sahabinin bir söz veya işini bildiren hadislere *mevkuf hadis* denir (**Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 66).

⁷¹ **Fayda**, s. 336. Hz. Peygamber'in sözleri, yaptıkları veya engellemek suretiyle koymuş olduğu kurallara *Sünnet* denmektedir. Bunlar önce sahâbe ve sonra tâbiîn tarafından aktarılmıştır. Bu yolla iletilen tüm sözlere *Hadis* denmektedir. Ancak hadisler

Hukuktaki en önemli değişim, verilen kararları doğrulatacak bir peygamberden yoksun kalınmasıdır. Fakat bu devirde Hz. Peygamber'in Sünnet'i hâlâ hafızalardadır. Dinî bakımdan bilgi sahibi olmak, Kur'an ve Sünnet odaklıdır. Kur'an tamamlanmış, hem hafızalarda hem de yazılı olarak muhafaza edilmiştir. İnsanın uyuşmazlık karşısında yapacağı şey, Hz. Peygamber'den gördüklerini, Kur'an'daki esaslardan yararlanarak ama kendi aklını bu sürecin dışında bırakmayarak problemleri çözmektir. Bu konuda yeni durumlara uyum sağlamak bakımından, asıl kaynaklara dayalı yeni hükümler çıkarmanın yöntemlerini belirlemek gerekmiştir. Bu dönemde re'y içtihadı da denilen, bağımsız içtihat etkinliği başlamıştır⁷².

Re'y, hakkında nass bulunmayan konulardaki içtihadın temeli olup; İslâm hukukunun gösterdiği düşünme yollarından gitmek sûretiyle yapılan akla dayalı bir etkinlik⁷³ olduğundan sahâbe, Kur'an ve Sünnet ile karışma ihtimaline karşı, kendi re'y ve içtihatlarıyla vardıkları sonuçları herkes için bağlayıcı görmemişlerdir. Ayrıca bu hükümlerin illetleri ve hikmetleri değişebileceği için, zamanla değişiklik gösterebilmektedir. Bireysel yararların yanı sıra, dinin genel ilke ve amaçları da gözetilerek karar oluşturulduğundan dolayı bağlayıcı olmayan fakat alternatif bir çözüm niteliği taşımaktadır⁷⁴.

Hz. Peygamber'in, hayatta iken yargı yetkisini kullanmakla görevlendirdiği sahâbe ve vefatından sonra bu işi sürdürecektir olan kişiler, Kur'an ahkâmı ve Sünnet'lerden sonra, hakkında bir nass bulunmayan hususlarda kendi görüş ve içtihatları ile davayı değerlendirip hâledip sonuca bağlamışlardır. Bu iş çok da zor olmamıştır. Çünkü Hz. Peygamber hayatta iken, Kur'an ve Sünnet'in nasıl yorumlanacağı konusunda bilgili ve deneyimli çok

büyük ölçüde Hz. Peygamber'in söz ve hareketlerini bildirmesinin yanında kısmen sahâbe ve tâbiînin de söz ve işlerini içermektedir (Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 65).

⁷² O dönemde re'yin anlamı, Kur'an ve Sünnet'te hükmü bulunmayan meseleleri, buradaki genel esaslar doğrultusunda çözmektir. Sonraki devirlerde kullanılacak olan kıyas, istihsan, istislâh, örf-âdet gibi kaynaklar da aslında re'y içtihadının kapsamına girmektedir (Karaman, Anahatlarıyla, s. 49). "Re'y içtihadı", "İçtihat" ve "kıyas" kavramları etrafında gerçekleşen tartışmalar için ayrıca bkz. Apaydın, Re'y, s. 37 vd.

⁷³ Şener, s. 123.

⁷⁴ Fayda, s. 337; Apaydın, İctihad, s. 433; Apaydın, Re'y, s. 37.

sayıda sahâbe hukukçu yetiştirmiştir. Kitap ve Sünnet esaslarının somut olaya uygulanmasında bunların faaliyetinin büyük rolü olmuştur. O yüzden İslâm hukuku umumiyetle geleneğe bağlı özellik taşımaktadır. Çünkü kaynağa yakın olmak, insana/hukukçuya güven vermektedir⁷⁵.

Bu dönemde farazî sorunlar üretilmemiş, gerçek uyuşmazlıklar çözülmüştür. Dolayısıyla uyuşmazlıklardan hareket ederek dönemin sosyal yapısı hakkında da fikir sahibi olunabilir⁷⁶. Bu dönemde hukukçular icmâyı da hukukun aslî kaynakları arasında saymış ve kullanmışlardır⁷⁷.

Sahâbe döneminde hukukçular arasında bazı fikir ayrılıkları doğmuştur. Bunun nedenleri, aralarında uyumsuzluk var gibi görünen hadisleri birleştirmedeki yorum farklılıkları, yanılma ve unutma, kelimelere farklı anlamlar verme, sahâbenin hepsinin aynı anda aynı yerde bulunmamaları, bazı hadis kaynaklarının sağlam olmaması gibi durumlardır⁷⁸.

Hadis ve Re'y ekollerinin temelleri bu dönemde atılmıştır. Hükümü olmayan konularda, aslî kaynaklardan hüküm çıkarmada kimi sahâbe, kıyasa daha sık başvururken, kimileri daha temkinli davranmış, kimileri ise kıyası hiç kabul etmemişler, naklî delillerle yetinmişlerdir⁷⁹. Başlangıçta kıyası hiç kabul etmeyenlere "Ehl-i Hadis" denirdi; zamanla bütün Sünnî mezhepler tarafından kıyas kabul edilmiş ve hukukun aslî kaynakları arasına girmiştir⁸⁰.

Büyük sahâbenin çoğu yeryüzüne dağılarak İslâmiyet'i yaymaya çalışmışlardır. Gittikleri yerlerde ilk işleri, bir ders halkası kurarak öğrenci yetiştirmek olmuştur. Böylece Kûfe, Hicaz ve Şam gibi yerlerde ilk hukuk okulları ve farklı algılayışlardaki ekoller belirmeye başlamıştır. Hz. Peygamber hayatta iken sahâbesini övmüş ve onlara uyanların kurtuluşa ereceğini belirtmiştir⁸¹.

⁷⁵ **Hacı Reşid Paşa**, *Ruhülmecelle*, s. 8.

⁷⁶ **Aydın**, s. 46; **Cin/Akyılmaz**, s. 65; **Hatemi**, s. 34-37, no: 22-27

⁷⁷ **Cin/Akyılmaz**, s. 66; **Ekinci**, *İslâm Hukuku*, s. 96.

⁷⁸ *Hz. Ömer*, aktaranının yanılma ihtimali olduğu gerekçesiyle, bazı hadisleri kabul etmemiştir (**Fendoğlu**, s. 68).

⁷⁹ **Cin/Akyılmaz**, s. 66; **Karaman**, *Anahatlarıyla*, s. 50-51; **Fayda**, s. 337.

⁸⁰ **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 68.

⁸¹ Konuya ilişkin hadisler için bkz. **Bilmen**, s. 39; **Ekinci**, *İslâm Tarihi*, s. 34-35.

B. Halifelerin ve Dönemin Diğer Hukukçularının Kendilerine Özgü Çözüm Yöntemleri

1. Halifeler'in Yöntemleri

a. Genel Olarak

İslâm hukukunun oluşmasında belirleyici rol oynayan Halifelerin⁸² hukukta ortak ve kendilerine özgü yaklaşımları vardır. İlk iki halife dönemi başta olmak üzere, Dört Halife devrinde tefsir ve hadis konularında, rivâyetlerin bozulmasını önlemek bakımından çok dikkatli ve titiz davranılmıştır⁸³.

Bu dönemde hukukî sorunlar doğrudan doğruya, zaten bizzat müçtehit ve sahâbi olan halifeye sunulmuştur. Dönemin hukukçuları, hem sahâbi hem de halife olduklarından, hukukun gelişiminde devletin müdâhalesi olduğu gibi bir sonuca varılabilir. Dört Halife devrinden sonraki aşamada, hukukun gelişmesi bağımsız hukukçuların bilimsel etkinlikleri sonucu meydana gelmiştir⁸⁴. Fakat özellikle Sünnî fıkında, sonra gelen hukukçular bu Dört Halifenin uygulama ve görüşlerine özel bir önem vermişlerdir⁸⁵. Bu nedenle Halifelerin hukukî uygulamaları üzerinde ayrı bir başlık altında durulmak gerekmiştir.

b. Hz. Ebû Bekir'in Hukukçu Kimliği

Hz. Ebû Bekir bir hukukî sorun karşısında, önce konu ile ilgili bir âyet aramış, bulursa onu uygulamıştır. Eğer âyet yoksa, hadis araştırmış ve varsa onu uygulamıştır. Eğer hadis bulamaz ise, konuyu halka açarak; bu konuda hadis bilen olup olmadığını sormuştur. Konu ile ilgili bir sünnet bilen var ise, onu uygulamıştır⁸⁶. Eğer bu çabalar sonunda aradığına ulaşamaz ise,

⁸² Cin/Akılmaz, s. 66; Aydın, s. 47; Fendoğlu, s. 67.

⁸³ Fayda, s. 335.

⁸⁴ İkinci, İslâm Hukuku, s. 39; Demir, s. 42; Fendoğlu, s. 70.

⁸⁵ Fayda, s. 336.

⁸⁶ Bu uygulama, Sünnet beyan eden sahâbeyi taklit ettiği anlamına gelmemektedir. Gerekliğinde içtihat etmiştir (İkinci, İslâm Tarihi, s. 39).

ashabın ileri gelenlerini toplayarak danışmış ve ortak görüş çıkarsa, bunu kabul etmiştir. Aksi hâlde kendisi kıyasa başvurmuştur⁸⁷.

İlk iki halife hadislerin bozulmaması için önlemler almışlardır. Her şeyden önce az hadis rivâyet edilmesini sağlamışlardır. Hz. Osman, bu konuda onları takip etmiş, önceki halifeler devrinde nakledilmeyen hadislerin rivâyetini uygun bulmamıştır. Hadislerin Hz. Peygamber'den geldiği konusunda emin olmak için, bir tanıkla beraber aktarımda bulunulması, alınan bir diğer tedbirdir. Hz. Ebû Bekir'in elinde beş yüz hadislik bir derleme olduğu ve fakat bunu sonradan yaktığı söylenmektedir⁸⁸.

Kısa süren Hz. Ebû Bekir döneminde Kur'an, kitap hâlinde toplanmıştır. Halifelerin hepsi hukukçu sahâbenin görüşlerine önem vermişlerdir. Hz. Ebû Bekir, Hz. Ömer'i Medine'de yargıya memur etmiştir⁸⁹.

c. Hz. Ömer'in Hukukçu Kimliği

aa. Genel Olarak

Hz. Ömer, fıkıh usûlünün kaidelerini tespit etmiş ve kendisinden sahih senetle aktarılan binlerce fetvâ vermiştir⁹⁰. Bu dönemde hukukçular, gerçek hukukî sorunlara yönelmişler, varsayımlar üzerinde çözüm üretmemişlerdir⁹¹.

Hz. Ömer ve diğer halifeler karar verirken, Hz. Ebû Bekir'in yöntemini sürdürmüşlerdir⁹². Böylece re'y hukuk tekniği bakımından, kıyas, istihsan, mesâlih-i mürsele gibi özel kaynak ve yöntemlere ayrılmadan önce genel anlamıyla, İslâm hukukunun kaynakları arasına girmiştir. Bağımsız içtihat etkinlikleri ve Kur'an ile Sünnet yorumundaki farklılıklar hukukta görüş ayrılıklarını ortaya çıkarmıştır. Hz. Ömer, Kitap ve Sünnet'te hüküm bula-

⁸⁷ Hz. Ebû Bekir'in kendisinin, karar verirken çok titiz davrandığı; "Şu görüşüm doğru ise Allah'tandır, yanlış ise bendendir. Allah'tan affımı dilerim" ifadesinden anlaşılmaktadır (Zeydan, s. 171). Aydın, s. 47; Ekinci, İslâm Tarihi, s. 39; Fendoğlu, s. 66.

⁸⁸ Fayda, s. 335.

⁸⁹ Hacı Reşid Paşa, Hâl, s. 11.

⁹⁰ Bilmen, s. 318.

⁹¹ Karaman, Anahatlarıyla, s. 50; Cin/Akyılmaz, s. 67.

⁹² Kendisi içtihat etti ise kâtibine, "Şu hüküm 'Ömer bin el-Hattâb'ın görüşüdür" diye yaz." demiştir (Zeydan, s. 171, 178-179). Ayrıca bkz. Aydın, s. 47.

madığı zaman, icmâ ile verilmiş bir karar varsa onu benimsemiştir. Fakat konu ile ilgili olarak daha önce hiç kimsenin bir fikir açıklaması yok ise, hukukçunun konuyu dilerse kendi görüşü ile hükme bağlayabileceğini, dilerse de erteleyerek cevapsız bırakabileceğini belirtmiştir⁹³.

Hız. Ömer, hukukçu sahâbenin görüşlerine kolaylıkla başvurabilmek için, onları mutlaka yanında muhafaza etmiş, şehir dışına çıkmalarını istemiştir⁹⁴. Onun döneminde hukukî sorunlar, uzun tartışma ve fikir alışverişlerinden sonra ortak kararlarla çözülmüştür. Hız. Ebû Bekir ve Hız. Ömer dönemlerinin ayırt edici özelliği olan bu etkinliğe, toplu içtihat faaliyeti (şûrâ içtihadı) denilmektedir. Günümüzde heyet şeklinde görev yapan mahkemelerin üyeleri karar verirken bu yöntemi kullanmaktadırlar. Aynı dönemde bireysel içtihatlardan da sık sık yararlanılmıştır⁹⁵.

Hız. Ömer dönemi, hem genel anlamda hukuk, hem de idare hukuku bakımından ilklerin dönemi olarak bilinmektedir. İslâm devletinin temel yapısı olan divan geleneği bu dönemde başlatılmıştır. Çeşitli yerlere yönetici atanırken, bir de doğrudan halifeye bağlı kadı tayin edilerek; ilk kez yargının yürütmeden ayrılması gereği hissedilmiştir. Fakat henüz kadıların yönetimle ilgili görevleri de vardır. Bu nedenle tam bir yargı-yürütme ayrılığında henüz söz etmek mümkün değildir⁹⁶.

Dört Halife devrinde başlangıçta içtihat ve hukuk öğretimi bakımından, hukukun ve hukukçuların merkezi Medine iken, İslâm toprakları genişleyince hukukçular tüm İslâm topraklarına dağılmışlardır. Neticede Mekke, Kûfe ve Şam gibi başka merkezler de ortaya çıkmıştır⁹⁷. Kadıların hukuk ve devlet örgütü kurmadaki etkinlikleri çok belirgindir. Örneğin, Ebû Mûsâ el-Eş'arî'nin "bize tarihsiz mektuplar gönderiyorsunuz" şeklindeki uyarısı

⁹³ Zeydan, s. 171.

⁹⁴ Aydın, s. 47; Ekinci, İslâm Tarihi, s. 39.

⁹⁵ Sonraki dönemlerde bu uygulama terk edilmiş ise de, Hanefi doktrinin olduğu dönemde yeniden canlandırılmıştır (Aydın, s. 47; Cin/Akyılmaz, s. 66). Ayrıca bkz. Erdoğan, s. 35; Karaman, Anahatlarıyla, s. 49; Zeydan, s. 170; Demir, s. 44-45; Fendoğlu, s. 67.

⁹⁶ Kandemir, s. 191; Aydın, s. 48; Cin/Akyılmaz, s. 66; Demir, s. 45.

⁹⁷ Sahâbeden olan hukukçular hukuk ilim halkaları oluşturarak hem ders vermiş, hem içtihatlarıyla hukuk okullarının kuruluş gelişmesini sağlamışlardır (Aydın, s. 50; Fayda, s. 334).

üzerine, halifenin şûrâsı, Hicret’i başlangıç kabul ederek tarih atma esasını getirmiştir⁹⁸. Ebû Mûsâ’nın çözemediği sorunları halifeye mektupla sorduğu, kaynaklardan anlaşılmalıdır. Bunlar arasında gümrük vergisi uygulamasının nasıl yapılacağı⁹⁹, Basra’da Mecûsîleri öldüren Müslümanlara nasıl bir ceza verileceği, kimsesiz bir kişi öldüğü zaman mirasının ne yapılacağı gibi konular vardır¹⁰⁰.

Irak topraklarının hukukî statüsü, bu dönemde belirlenmiştir¹⁰¹. O güne dek, kural olarak kalpleri İslâm’a ısındırılmak istenenlere (müellefe-i kulûb) zekât verilebilirken, bu dönemde aksi uygulanmıştır. Atlardan zekât alınmıştır. Kıtık döneminde hırsızlığa el kesme had cezası uygulanmamıştır¹⁰². Bazı cezalar arttırılmıştır¹⁰³. Üçlü boşamada, kötüye kullanmaların önlenmesi için, üç talâk beyanının aynı anda yapılabileceği kabul edilmiştir¹⁰⁴. Kıyas; yalancılığı ortaya çıkana kadar bir kişinin beyanının doğru kabul edilmesi; delillerin maddî olarak ortaya konulması; keyfî delillerin kullanılmaması ve delil yoksa yemine başvurulması gibi yargılama hukukunda modern sayılabilecek ilkeler bu dönemde ortaya konulmuş ve kullanılmıştır¹⁰⁵.

Hz. Ömer, biri Kadı Şurayh, diğeri Mûsâ el-Eş’arî’ye olmak üzere, iki mektup göndermiştir. Bunlarda yer alan tavsiye ve emirler, sonradan, İslâm yargılama hukukunun temel esasları olarak anılacaktır. Mûsâ el-Eş’arî’ye ait olan mektup, İbni Kayyim tarafından şerh de edilmiştir¹⁰⁶.

⁹⁸ *Taberî ve İbnü’l-Esir*’den aktaran, **Kandemir**, s. 191. Ayrıca bkz. **Fayda**, s. 334.

⁹⁹ *Muhammed Hamidullah*, *Mecmûatu’l-Vesâiki’s-Siyâsiyye li’l-Ahdi’n-Nebeviyye ve’l-Hilâfeti’r-Râşide*, Beyrut, 1986, s. 436, no: 328’den aktaran **Ayar**, s. 21, dn. 52.

¹⁰⁰ **Ayar**, s. 21.

¹⁰¹ Halifenin araziye kendilerine dağıtmaması sonucunda sahâbe ile halife arasındaki tartışma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Fendoğlu**, s. 66-67. Ayrıca haraç ve öşürün konulması ile ilgili olarak bkz. **Fayda**, s. 333, 335.

¹⁰² **Erdoğan**, s. 35-36; **Zeydan**, s. 174 vd. Konu ile ilgili farklı düşünce ve yorumlar için bkz. **Köprülü**, s. 258; **Ansay**, s. 15-17; **Karaman**, *Anahatlarıyla*, s. 49-50; **Fendoğlu**, s. 66.

¹⁰³ **Erdoğan**, s. 36; **Fayda**, s. 336.

¹⁰⁴ **Aydın**, s. 48; **Fendoğlu**, s. 67.

¹⁰⁵ **Fayda**, s. 332.

¹⁰⁶ Mektupların metni için bkz. *Muhammed Hamidullah*, *Mecmûatu’l-Vesâiki’s-Siyâsiyye li’l-Ahdi’n-Nebeviyye ve’l-Hilâfeti’r-Râşide*, Beyrut, 1986, s. 439-440, 425-436

bb. Hz. Ömer'in Yargılamaya İlişkin Esaslar İçeren Mektupları

Hz. Ömer'in Basra'ya atadığı Mûsâ el-Eş'arî'ye¹⁰⁷ yazdığı ve yargılama hukukunun esaslarını belirttiği mektubu günümüze de ışık tutacak niteliktedir. Diğer kadınlara benzer esasları içeren başka mektupların daha önceden de gönderildiği bilinmektedir¹⁰⁸. Kitâbu Siyâseti'l-Kadâ denilen bu mektuptaki ilkeler, sonradan Mecelle'de de yer aldığı ve Osmanlı Hukuk Usûlü derslerinde okutulduğu için, Türk Hukuk Tarihi'nde kaynak niteliği taşıması bakımından önemlidir¹⁰⁹. Bu kurallar aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

* Delil, iddia sahibine; yemin, inkâr edene yüklenir.

* Yargılama sırasında, Müslümanlar arasında -helâli haram ve haramı helâl kılan türden olanlar dışında- sulhe izin verilmelidir.

(Aktaran **Ayar**, s. 22). *Ebû Mûsâ el-Eş'arî'*ye gönderilmiş olan mektubun varlığını şüpheli gören, *D. S. Margoliouth, Emile Tyan, Joseph Schacht* gibi yazarlar da vardır. Ancak bu yazarlar, *Ebû Musâ'*nın Basra'da kadı olarak değil, vali olarak görev yaptığından yola çıkarak bu hukukî ilkeler manzûmesinin idarî bir yöneticiye gönderilmesi gerektiği kanaatine ulaşmışlardır. Fakat bu dönemde henüz idarî ve yargısal görevler tam olarak birbirinden ayrılmamıştı. Üstelik benzer içerikteki mektuplar birçok farklı yer ve yöneticilere gönderilmiştir. Ayrıca onlara göre bu mektubun *Buharî* ve *Müslim*'de yer alması gerekirdi. İslâm kaynaklarının tamamı -Zâhirîler'den *İbn Hazm* hariç- mektubun gerçek olduğu konusunda hemfikirdirler. Zâhirîlerin karşı oluş nedeni ile ilgili *Hamidullah*'ın görüşü hakkında bkz. **Kandemir**, s. 191-192. Başka yönetici ve yargıçlara gönderilen benzer içerikli mektuplar için bkz. **Hamidullah**, Vesikalar, s. 424-430, 230, 234. Hz. Peygamber'in, Yemen valisi *Amr bin Hazm*'a mektubu için bkz. **Hamidullah**, Vesikalar, s. 224. Hz. Peygamber'in valilere mektubu için bkz. **Hamidullah**, Vesikalar, s. 216 vd.

¹⁰⁷ *Ebû Mûsâ* hem Hz. Peygamber hem de Hz. *Ebû Bekir* dönemlerinde valilik yapan bir sahâbidir. Hz. *Ömer* döneminde Basra ve Kûfe valisi olarak bilinmektedir. Önceki görev yeri olan Yemen'den, muhtemelen Hz. *Ebû Bekir* döneminin sonlarında ayrılmıştır (**Bilmen**, s. 370; **Ayar**, s. 19).

¹⁰⁸ **Berki**, s. 16; **Aydın**, s. 33-34; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 68-69; **Şener**, s. 127.

¹⁰⁹ Hz. *Ömer*'in talimatının Arapça aslı ve Türkçesi için bkz. **Mehmed Seyyid**, s. 27 vd; **Hacı Reşid Paşa**, Hâl, s. 11; **Berki**, s. 16. **Karaman**, İslâm Tarihi, s. 121; **Zeydan**, s. 171; **Fayda**, s. 333. Bu ilkeler hadisçi *Ebû Bekir Abdullah ibn Ebî Şeybe*'nin, "Musannef fi'l-Hadis" adlı eserinde de yer almaktadır. Ayrıca *Şah Velîyyullah*, "İzâfetü'l-Hâfâ" adlı eserinin sonuna, "Fıkh-ı Fârûkî" hakkında yazdığı bir risaleyi eklemiştir (**Bilmen**, s. 318). Ayrıca bkz. **Mecelle** m. 1792 vd. **Demir**, s. 45; **Fendoğlu**, s. 69.

* İddia sahibi, hakkını ortaya koymak veya delil göstermek için süre isterse, bu süre kendisine verilmelidir. Süre sonunda delil getirip ispatta bulunursa, hakkı ona teslim edilmeli, bunu yapamazsa aleyhine karar verilmelidir.

* Hâkim tarafından verilmiş bir kararın, sonradan yanlış ve haksız olduğu ortaya çıkarsa; hâkim hakka başvurmalı, yanlışta ısrar etmemelidir. Çünkü hakkın önceliği (kadim) vardır. Hiçbir şey onu iptal edemez.

* Âdil Müslümanların şahitlikleri geçerli; fakat zanlı (maznun) veya itham altında olanların (müttehem) şahitliği geçerli değildir. Hâkim karar verirken, soyut bir söze değil; açık deliller ve yemine dayanmalıdır.

* Kadı, hakkında Kur'an-ı Kerim ve Sünnet'te açıklık bulunmayan bir davada, öncelikle meselenin gerçeğini anlayıp idrak ettikten sonra kıyaslama, emsal bulma (eşbah ve'n-nezâir) ve benzerliklerinden yola çıkarak olayı fark ve temyiz etmelidir. Ardından kendi görüşünü (re'y), Allah'ın çizdiği genel ilkelere en uygun şekilde oluşturmalıdır¹¹⁰.

* Yargılama sırasında hâkim, hiddet, şiddet, bıkkınlık, yüz çevirme, söz kesme, ıstırap ve riyâ gibi davranış ve tutumlardan uzak durmalıdır. Buna karşın, sabırlı, ılımlı, iyi niyetli, sakin ve sağlam durmalıdır. Taraflar hâkimin kendilerine âdil davranacağından şüpheye düşmemelidir.

* Verilen hükmün icrası gerekmektedir. İcra veya infaz edilmedikçe hakkı açıklamanın faydası yoktur.

Öte yandan Kadı Şurayh'in¹¹¹ naklettiğine göre Hz. Ömer, kendisine şu esasları bildirmiştir:

* Kadı, Kur'an'da hükmü olan bir dava söz konusu ise, onunla hükmetmeli; aksi hâlde Sünnet'e bakmalı; orada da hüküm bulamazsa icmâyı değerlendirmelidir.

¹¹⁰ "Allah'a ve Peygamberine sevimli geleni, hakikate ve kanaat-i vicdâniyene muvâfik olanı yap" dediği rivâyeti için bkz. **Berki**, s. 16. **Zeydan**, s. 171.

¹¹¹ *Kadı Şurayh*, Hz. Ömer tarafından Kûfe'ye atanmış, bir yıl kadar da Basra'da kadılık yapmıştır. Bu görevini yaklaşık altmış yıl gibi uzun bir süre devam ettirmiştir. Kendisi Hz. Osman, Hz. Ali ve Muâviye zamanlarında da Kûfe'ye kadı olmuştur. Aynı zamanda Hz. Ömer, Hz. Ali, İbni Mes'ud gibi sahâbeden hadis rivâyet etmiş bir kişidir. H. 78 (M. 697) yılında vefat etmiştir (**Bilmen**, s. 482).

* Bütün bunlarda hüküm bulamaz ise kadı, isterse kendi görüşü ile hemen içtihat edip olayı derhal karara bağlar, isterse de acele etmez, düşünür. Bu ikincisi hâkim için daha hayırlı görülmüştür.

Hz. Ömer'in Kûfe'ye kadı atadığı¹¹² Abdullah ibn Mes'ud ise, yargılama ile ilgili olarak ilk iki kaynak sıralamasını aynen belirttikten sonra;

* Kitap ve Sünnet'te delil olmayan davalarda, daha önce geçen sâlih kişilerin hükümleri doğrultusunda hükmetmeyi önermiştir.

* Hâkim, "ben hüküm vermekten korkarım" veya "benim görüşüm şöyle" dememeli, yani korkaklık gösterip uyuşmazlığı çözümsüz bırakmamalıdır. Tamamen kişisel yaklaşımlarla çözüm arama yoluna da gitmemelidir¹¹³.

* Haram ve helâl bellidir; bunlar arasında da, hükmü açık olmayan yani şüpheli durumlar vardır. Kendisi, "içini tırmalayanı bırak, içini tırmalamayana bak" şeklinde öğütte bulunmuştur¹¹⁴.

ç. Hz. Osman'ın Hukukçu Kimliği

Hz. Osman¹¹⁵ zamanında İslâm topraklarının ve nüfusun artmasıyla orantılı olarak yolların güvenliğinin sağlanması gerekmiştir. Ayrıca tarım, ticaret ve taşımacılık geliştiğinden, ölü arazilerin ihyâsı ile kuyu ve suyolları yapılmasına önem verilmiştir. Hz. Osman, Hz. Peygamber zamanında Rûme adlı su kuyusunu satın alarak Müslümanlara vakfetmiştir. Bu olay tarihteki ilk vakıf örneklerinden sayılmaktadır. Hz. Ebû Bekir döneminde yazılı hâle

¹¹² **Hacı Reşid Paşa**, Hâl, s. 11. *Hz. Ömer*, Osman bin Kays ile Şam valisi Muâviye'ye de yargılama ilkelerini içeren mektuplar göndermiştir (**Fayda**, s. 332).

¹¹³ *Abdullah ibn Mes'ud*, eğer hukukçu, hüküm bulma konusunda kendisinin yeterli olmadığına kanaat getirirse, bir başka ifade ile, eğer içtihat oluşturamaz ise "bunu yapmaktan vazgeçsin ve utanmasın" şeklinde bir yol göstermiştir (**Zeydan**, s. 171).

¹¹⁴ *Buhârî*, Büyü, 3; *El-Bedâ'î*, C. 7, s. 9'dan ve *İbni Kayyim Cevziyye*, İlmâ'l-Muvakkîn'den aktaran, **Bilmen**, s. 318-320. **Zeydan**, s. 171-172.

¹¹⁵ İlk Müslümanlardan ve Hz. Peygamber'in damadıdır. Tüm zenginliğini İslâmiyet'in gelişmesine ve Müslümanların yararına harcamıştır. *Hz. Ömer'in*, vefatından önce görevlendirdiği yedi kişilik kurulun (şûrâ) kararı ile halife seçilmiştir. Kafkasya, Horasan, Kirman, Kıbrıs ve Kuzey Afrika onun zamanında İslâm topraklarına dâhil edilmiştir (**Ekinci**, İslam Tarihi, s. 50; **Fayda**, s. 330).

getirilen Kur'an'ı, tüm dünyada birliği sağlamak için, çoğaltmış ve altı nüsha hazırlatıp belli başlı merkezlere göndermiştir. Tefsir biliminde uzmandır. Yüz kırk altı hadisin aktarılmasına kaynaklık etmiştir¹¹⁶.

Bu dönemde, altın ve gümüş (emval-i bâtına) zekâtının toplanması halkın kendisine bırakılmıştır. İcmâ etkinliği önceye göre azalmıştır. Hz. Osman'ın mescitte, insanlara Kur'an okuma (kıraat) ve fıkıh konusunda bilgi vermesinin yanı sıra, çok sayıda fetvâsı da vardır. Örneğin, sarhoşun boşamasının (talâk) geçerli olmadığı; ölüm hastasının boşadığı kadının kocası, iddet içerisinde ölürse kadının mirasçı olacağı; kişinin evlendiği yerde ikâmet ettiğinin kabul edilmesi; alacakların da zekâtının verileceği; hizmeti geçen kimselere iktâ yoluyla arâzi verilmesi; devlet için mera ve korular ayrılması bu dönemde getirilmiş kural ve düzenlemelerdir¹¹⁷.

d. Hz. Ali'nin Hukukçu Kimliği

Hz. Ali¹¹⁸, Hz. Peygamber tarafından hâkim olarak Hadramut'a atanmış, fakat yargı konularında kendini yetkin görmediğinden bu görevi kabul etmemiştir. Hz. Peygamber kendisine "İki tarafı da dinlemedikçe karar verme" öğüdünde bulunmuş ve kararlarının doğru olması için duâ etmiştir. Hz. Ali, bu tarihten sonra karar verirken, hiç tereddüde düşmediğini ifade etmiştir. Kararları, Hz. Peygamber'e sunulduğu zaman hep onay görmüş-tür¹¹⁹.

Örneğin, Yemen'de farklı kabilelerden olan birkaç kişi, aslan avlamak için çukur (zübye) kazmış beklerken, biri çukura düşer ve buna takılan bir diğeri daha düşer. Olay, arka arkaya dört kişinin çukura düşmesi ve aslan tarafından öldürülmeleri ile son bulur. Sonra düşenlerin kabileleri; ilk düşenin kabilesinden, üç kişilik diyet talebi ile harekete geçmiş ve husumet ortaya çıkmıştır. Hz. Ali, isterlerse aralarında hakkaniyete uygun bir karar verebileceğini belirtmiş ve eğer bunu beğenmezlerse, Hz. Peygamber'e

¹¹⁶ **Ekinci**, İslam Tarihi, s. 50.

¹¹⁷ **Ekinci**, İslam Tarihi, s. 51; **Fayda**, s. 333-334; **Karaman**, İslam Tarihi, s. 122-126.

¹¹⁸ *Hz. Ali*, Hz. Peygamber'in amcasının oğlu ve damadıdır. Hadislerle övülmüş ve "ilmin kapısı" olarak nitelendirilmiştir. Kûfe'de yerleşmiş, yaşadığı kısa dönem siyasî bakımdan çok çalkantılı geçmiştir (**Ekinci**, İslâm Tarihi, s. 51; **Karaman**, İslâm Tarihi, s.126).

¹¹⁹ **Ekinci**, İslam Tarihi, s. 51; **Karaman**, İslâm Tarihi, s.127.

başvurabilmelerine imkân tanımıştır. Kabile başkanlarının bunu kabul etmeleri üzerine Hz. Ali, ilk düşene 1/4, ikinci düşene 1/3, üçüncü düşene ½ ve son düşene tam diyet verilmesine karar vermiştir. Çünkü ilk düşene takılarak üç, ikinci düşene takılarak iki ve son düşene takılarak da, bir kişi ölmüştür. Tazminatta, ölümüne sebep olunan kişi sayısı esas alınmıştır¹²⁰.

Mezâlim Divanı'nın ilk şekli Hz. Ali döneminde oluşturulmuştur. Söz konusu kurul, halkın şikâyetlerine bakmakla görevlendirilmiştir. Malı olduğu hâlde borcunu ödemeyenler için, baskı oluşturmak maksadıyla ilk hâpishâne kurulmuştur. Hukukçular bu dönemde emânet sorumluluğunu tanımlamışlardır. İlk kez esnaf, kendilerine emânet edilen malların kaybolmasından sorumlu tutulmuştur. Hz. Ali, en çok hadis rivâyet edenlerdendir. Hadis uydurmacılığına karşı tedbir olarak; bir kişinin bildirdiği hadisi, yemin alarak kabul etmiştir¹²¹. Hz. Ömer ve Hz. Osman'ın halifelikleri döneminde onlara görüş bildirmiştir. Örneğin, Hz. Ömer döneminde verilen bir kararı bozdurmuştur. Bu kararda, akıl hastası bir kadın zina suçundan mahkûm edilmiştir¹²².

Hz. Ali'nin bizzat davacı taraf olduğu bir hırsızlık davasındaki davranışı, davanın karşı tarafının Müslüman olmasına yol açmıştır. Davada Hz. Ali, savaşta kaybettiği kalkanını bir Yahudi'nin elinde görünce, istemiş, fakat karşı taraf inkâr ederek vermemiştir. Bunun üzerine Kadı Şurayh'e gidilmiş; kadı, Hz. Ali'nin tanıklarını davayı ispat için yeterli görmeyince davayı kaybetmiştir. Kadıya göre, tanıklardan biri oğlu, diğeri kölesi olduğundan, Hz. Ali'ye yakınlıklarından dolayı tanıklıkları kabul edilemezdi. Kararı doğru bulup aleyhine olmasına rağmen öven Hz. Ali'nin bu tavrı karşısında, davalı Müslüman olmuştur¹²³.

Hz. Ömer'in halifeliği döneminde yaşanan bir başka yargılamada, dava konusu; zina yapmış bir kadın hakkındadır. Kadın halifeye getirilmiş, suçunu

¹²⁰ **Ekinci**, İslam Tarihi, s. 51, dn. 49.

¹²¹ **Fayda**, s. 335-336.

¹²² *Hz. Ömer*, kendisinin yakınında *Hz. Ali* olmadığı bir anda yargı ile ilgili bir sorunla karşılaşmaktan Allah'a sığındığını belirtmiş ve "Kazâyı en iyi becerenimiz, Ali'dir" demiştir (**Karaman**, İslam Tarihi, s. 127). Her iki sahâbenin birlikte çözdükleri dava örnekleri için bk. **Karaman**, İslam Tarihi, s. 126 vd).

¹²³ Kadı Şurayh ile farklı karar verdikleri, *Hz. Ali* tarafından nassa aykırı olduğu için kabul edilmeyen miras davası için bkz. **Ekinci**, İslam Tarihi, s. 52.

kabul ettiği için, cezaya çarptırılmıştır. Ancak Hz. Ali, öncelikle kadının suçu işleme sebebini araştırıp öğrenmek ve anlamak gerektiğini belirtmiştir. Suçu hafifletecek bir mazereti veya iradeyi ortadan kaldıran bir sebebin olduğunu düşünmüştür. Gerçekten de soruşturma derinleştirildikçe, kadının susuzluktan ölmekle tehdit edilerek suçu işlediği ortaya çıkmış ve cezası kaldırılmıřtır¹²⁴.

Hz. Ali'nin Mısır valisi Mâlik bin Eşter'e gönderdiği mektup, İslâm yönetim hukukunun esaslarını içermektedir¹²⁵.

2. Dönemin Diğer Hukukçularının Yöntemleri

Bu dönemde Hz. Ömer, Hz. Ali, Abdullah ibn Mes'ud re'ye daha sıklıkla; Abdullah ibn Ömer, Abdullah ibn Amr bin el-As ve Zübeyr ise, daha az başvuranlar olmuştur. Bu iki yaklaşım, sonradan gelişecek olan hukuk ekollerine zemin oluşturmaktadır. Yeni kurulan Irak'ın merkezi olan Kûfe'ye yönetici olarak Ammar bin Yâsir; kadı ve öğretmen olarak ise, İbni Mes'ud gönderilmiřtir¹²⁶. Kûfe siyasî olduğu kadar hukuken de bir merkez olmuştur. Hz. Ali yönetim merkezini Kûfe'ye taşımıştır. Yaklaşık üç yüz sahâbe buraya gelmiş; kimileri ise yerleşmiştir. Her sahâbe gittiği yere kendi sahip olduğu vahiy bilgisini yani, Allah'ın ve Peygamber'in buyruklarını götürmüştür. Fakat örneğin hukukçu Abdullah ibn Mes'ud gibi sahâbe, gittikleri yerlere özgü ve Medine'den farklı hukukî ilişki ve sorunlarla karşılaşmışlardır. Abdullah ibn Mes'ud, görüş ve düşünceleri bakımından Hz. Ömer'e yakınlığıyla bilinmektedir¹²⁷. Hz. Ali ve Abdullah ibn Mes'ud Kûfe'de bir çok talebe yetiştirmişlerdir. Bunların başında Alkâme bin Kays en-Nehâî, el-Esved bin Yezîd en-Nehâî, Amr bin Şurahbil el-Hemedânî, Mesruk bin el Ecdâ el-Hemedânî vardır¹²⁸.

Yukarıda sözü geçen hukukçular kendilerinden sonra gelen, İbrahim en-Nehâî, Amr bin Serahil eş-Şâbî, Said bin Cübeyr, el-Kâsım bin Abdurrahman bin Abdullah bin Mes'ud (Kûfe Kadısı), Ebû Bekir bin Ebû

¹²⁴ **Karaman**, İslam Tarihi, s. 128.

¹²⁵ **Ekinci**, İslam Tarihi, s. 53.

¹²⁶ **Fayda**, s. 335.

¹²⁷ **Aydın**, s. 48.

¹²⁸ Bu hukukçuların ölüm tarihleri, H. 62-95 yılları arasında değişmektedir.

Mûsâ, el-Hakem bin Ateybe el-Kindî, Cebele bin Sühaym gibi hukukçuları yetiştirmişlerdir¹²⁹. Bunların ardından gelen hukukçular tabakasında, Hammâd bin Ebû Süleyman, Süleyman bin Mihran el-A'meş, Misar bin Kidan bulunmaktadır¹³⁰. Hammad bin Süleyman, Hanefî okulunun kurucusu İmam-ı Âzam Ebû Hanife'nin hocasıdır.

Hukukçular her konuda farklı düşünmemişlerdir. Aynı kanaati paylaştıkları da olmuştur. Buna icmâ denmektedir. Hukukçuların sayıca nispeten az ve bir arada buldukları devirler için geçerli olan icmâ, İslâm hukukunda aslî kaynak sayılmakta ise de icmâ ile hüküm elde etme yolu, ilerleyen zamanlarda, fiilî imkânsızlıktan dolayı, giderek ortadan kalkmıştır¹³¹.

C. “Tâbiler” ve “Tâbilere Tâbiler” Devrinde Hukukçu Kavramı

Zaman geçtikçe kanun (şer'î hukuk) koyucu ve adalet dağıtıcı Hz. Peygamber'i bizzat gören, onunla yaşayan ve dolayısıyla hadis rivâyet eden yakın ashabı da vefat ederek sayıca azalmaya başlamışlardır. Sıra, ikinci ve üçüncü nesil ashabına, başka bir ifade ile, “tâbiîn” (tâbiler) ve “tebe-i tâbiîn”e (tâbilere tâbilere) gelmiştir¹³².

Tâbilerin son dönemlerinde İslâm toprakları oldukça genişlemiştir. Sadece toprakların genişlemesi değil; farklı örf ve âdete yahut hukuk uygulamalarına sahip topluluklar İslâm hukuk sistemi içerisine dâhil olmuşlardır. Bu durumda hukukî etkileşim kaçınılmazdır. Yeni Müslüman olanlar da İslâm hukukunun ana kaynaklarına vâkıf olmak istemişlerdir. Gerek hukuk usûlü, gerekse fûrûuna ilişkin ihtiyaçlar giderek çoğalmıştır¹³³. İnsanların yaşadığı coğrafyaların, merkeze uzak olmasının yanı sıra, farklı tarihî tecrübelerle sahip olmaları gibi sebeplerle buralardaki hukukçular, farklı bilgi ve deneyimler kazanmışlardır. Neticede tüm müçtehitlerin belli bir konuda, oybirliği geliştirmeleri mümkün olamamaya başlamıştır¹³⁴.

¹²⁹ Bu hukukçuların ölüm tarihleri, H. 95-125 yılları arasında değişmektedir.

¹³⁰ **Erdoğan**, s. 38; **Schacht**, s. 42.

¹³¹ **Aydın**, s. 48; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 66; **Cin/Akyılmaz**, s. 66-67; **Hatemi**, s. 41.

¹³² **Bilmen**, s. 38; **Cin/Akyılmaz**, s. 67; **Demir**, s. 79.

¹³³ **Bilmen**, s. 38; **Aydın**, s. 49-50; **Cin/Akyılmaz**, s. 67.

¹³⁴ **Hacı Reşid Paşa**, Ruhülmecelle, s. 9; **Hacı Reşid Paşa**, Hâl, s. 12; **Ansay**, s. 34; **Zeydan**, s. 186.

Birinci ve ikinci yüzyıllarda müçtehitler çoğaldığı için hakkında Kitap ve Sünnet ile açıkça konulmuş bir hüküm bulunmadığında, içtihadı ihtiyaç gösteren hususlarda, akıl yürütme/delillendirme (istidlâl)¹³⁵ daha çok kullanıldığı için elde edilen sonuçlar açısından farklılıklar ortaya çıkmaya başlamıştır. İslâm hukukçuları, ana kaynaklardan hüküm çıkarırken veya kendi re'yelerini oluşturma sürecinde, naklî delillerle birlikte aklın/mantığın ilkelelerini de kullanmışlardır¹³⁶. Klâsik mantığın en önem verdiği yol olan ta'lilde, kıyas en mükemmel sonuca varma şekli olup hukukçularca aslî kaynaklar arasına alınmıştır¹³⁷.

Bu dönemdeki hukukçular, meseleleri çözmeye kullandıkları yöntemlere göre iki ana kola ayrılmışlardır. Hadis Okulu'na bağlı hukukçular, aradıkları konunun hükmünü Kur'an ve Sünnet'te bulamazlarsa, re'ye başvurmamış veya çok az başvurmuşlardır. Sahâbe ve tâbilerin görüşlerine öncelik tanımışlardır. Bunlardan sonuç alamadıklarında -Kitap ve Sünnet'in ruhuna uygun şekilde- içtihat yapmışlardır. Bu hukukçuların ağırlıklı çalışma alanları hadis toplamak olmuş, varsayımlar üzerinden hareket etmemişlerdir. Ekolün merkezi Medine olduğu için burada birçok hadise kolaylıkla ulaşmak imkânı vardır¹³⁸.

Re'y Okulu'na bağlı hukukçular da Kur'an ve Sünnet'i ana kaynaklar olarak benimsemişlerdir. Fakat gerek hadis seçimindeki titizlikleri, gerekse re'ye başvurmaktan kaçınmaları nedeniyle hadis ekolünden ayrılmışlardır. Merkezi Kûfe olan bu akıma mensup hukukçuların yaşadıkları coğrafyada, hem nüfus yapısının karışıklığı, hem de örf-âdetlerin farklılığı nedeniyle çok değişik hukukî ilişki ve uyuşmazlıklar görülmektedir. Buna karşın ellerinde Medineliler kadar kolay ulaşabilecekleri hadis birikimi yoktur¹³⁹.

¹³⁵ Ağaoğlu, s. 40-42; Öner, s. 19, 21, 121; Emiroğlu, s. 135.

¹³⁶ Bilinen bir veya birkaç hükümden (kâziye) bunların içinde örtülü olarak bulunan diğer bir hükmü çıkarmaya istidlâl denmektedir. Bu bağlamda, belli bir aşamadan sonra tûmdengelim (ta'lil/dedüksiyon), tümevarım (istikrâ / indüksiyon) ve temsil (analoji) olmak üzere tüm akıl yürütme şekillerinin, hukuk usûlüne özgü biçimde naklî delillerden de yararlanarak kullanıldığı görülmektedir.

¹³⁷ Öner, s. 121; Emiroğlu, s. 195, 198.

¹³⁸ Cin/Akyılmaz, s. 67, dn. 55. Zeydan, s. 189; Schacht, s. 39; Demir, s. 79.

¹³⁹ Cin/Akyılmaz, s. 68; Demir, s. 79.

İslâm hukuku büyük ölçüde Hicrî 2-4'üncü yüzyıllar arasında tedvine konu olmuş, asıl önemli gelişmesini ilk üç yüzyılda göstermiştir. Sonraki yüzyıllarda ana yapıda esasa ilişkin çok fazla değişiklik olmamıştır. Abbâsîlerle başlayan yeni dönemde İslâm hukuku artık gelişip olgunlaşmış, tedvine hazır hale gelmiştir. Usûl-i fıkıh her ne kadar hukukçuların bireysel içtihat etkinlikleriyle gelişmişse de, bunda Abbâsîlerin bilimsel çalışmaları destekleyici politikalarının katkısı göz ardı edilemez¹⁴⁰.

Devletin bu dönemde hukuka etkisi müdahale şeklinde değil, hukukçuyu ve bir bilim olarak hukuku desteklemek şeklinde olmuştur. Bu dönemde halifelerin hukukçuları toplayarak içtihat yapmaları söz konusu olmamakla birlikte, halife Ömer bin Abdülaziz'in¹⁴¹, hadisleri bir araya getirerek toplama çabaları dikkat çekicidir. Hukukçular artık varsayım dayalı olayları da çözmeye başlamışlar, bu yaklaşım şekli, hukuk eğitiminin gelişmesinde yararlı olmuştur¹⁴².

Yukarıda sözü edilen dönemlerden sonra, görüş ve düşünceleri ifade eden sözler çoğaldığından, meselelerin incelenmesi ve iyisinin kötüsünden ayıklanması (temyiz) gerekmiştir. Bir sonraki adım ise, en sahih, en doğru, illet ve kusuru bulunmayan görüşlerin (esahh) toplanması ve tedvînidir. Bu dönemde fıkıh, terim anlamını kazanmıştır. Bu yolla meydana gelen ilme "fıkıh" ve fikhî hükümlerin dayandığı esaslara (müstened-i ileyhine) ise "usûl-i fıkıh" denmiştir. Ortaya konulan hükümlerin, Kur'an ve hadise uygun olması gerektiğinden, hukukla bağlantılı olarak Kur'an'ın yorumu (tefsir) ve hadislerin tespitini konu edinen, hadis gibi, bağımsız bilim dalları ortaya çıkmış ve sistemleşmiştir. Kaynaklarda kullanılan kelimelerin anlam ve bağlamlarının en iyi şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple dilbilgisi, mantık ve felsefe de birer yardımcı bilim dalı olarak hukukun içine dâhil olmaya başlamıştır. Bu hükümlerin toplanması, seçilmesi, hükümlerin tedvini ve meseleleri sınıflandırmakla uğraşan büyük hukukçular için "müçtehit" kavramı yerleşmiştir¹⁴³.

¹⁴⁰ Berki, s. 19; Aydın, s. 43, 52; Cin/Akyılmaz, s. 69; Karaman, Anahatlarıyla, s. 53.

¹⁴¹ Bilmen, s. 464. Ayrıca bkz. Aydın, s. 35.

¹⁴² Demir, s. 80; Fendoğlu, s. 69.

¹⁴³ Hacı Reşid Paşa, Ruhülmecelle, s. 9; Bilmen, s. 37, 38; Şimşirgil/Ekinci, s. 73.

Fakihlerin kendi aralarında, fakihü'n-nefs olarak nitelendirdikleri; hukukçu bakışına (nazar-ı fikhî) sahip olan inceden inceye araştırıp hukukî usûllerle çalışan (mudakkikîn) ulemâya ise, fakih adı verilmiştir¹⁴⁴.

SONUÇ

İslâm dininin kaynağı Allah'tır. Bu dinin temelleri, Allah tarafından Hz. Peygamber'e vahyolunmak sûretiyle oluşturulan Kur'an'da yer almaktadır. Ayrıca sadece anlam olarak Hz. Peygamber'e bildirilen ve O'nun tarafından dile getirilen esaslar da vardır. Bunlara Sünnet denmektedir. Bu iki asıl kaynak hukukun da temelini oluşturmaktadır. Bu yönüyle İslâm hukuk sistemi, diğer hukuk sistemlerinden farklılık taşımaktadır. Doğrudan Yaratacı'sından insana yönelik bir hitap olduğu için, tüm insanları eşit görmekte ve cinsiyet, dil, ırk, tâbiyet gibi hiçbir ayırım gözetmemektedir. Konulan hükümler insanların yararı için olduğu kadar zararlı durumları ortadan kaldırmaya da yönelmiştir.

Söz konusu hukuk sisteminde hükümler, ayrıntılı (tafsilî) ve genel (icmâlî) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aslî kaynaklarda yeterli açıklık veya hüküm bulunmadığında icmâ ve kıyas kaynaklarına başvurulabilir. Çünkü her konuda nass bulmak mümkün değildir. Fakat hukukçular, Allah'ın iradesini de hukukun içine dahil etmeye çalışmışlar, hattâ bu iradeyi tespit ederken titiz davranmışlardır.

Bu düşünceden hareketle, ilk dönem İslâm hukukçuları hukukun oluşmasında ve özgün şeklini muhafaza etmesinde çok önemli bir rol oynamışlardır. Hz. Peygamber hayatta iken, Kur'an ve Sünnet'in, bir hukuk kaynağı olarak nasıl kullanılacağını; bunlarda dayanak bulunamaz ise, akıl yürütme ile hüküm tesis etme şekillerini; re'y oluşturma yöntemlerini etrafındaki sahâbeye öğretmiştir. Bunlar ilk hukukçulardır.

Yargılamaların çoğunlukla halkın huzurunda yapılması, toplumun adalete olan güveninin sağlanması yanında, halkın da hukukun ve yargılamanın genel ilkelerine vâkıf olmaları sonucunu doğurmuştur. Böylece kuraların herkesçe bilinmesi geleneği oluşmuştur. Bütün bunların yerleşmesinde başta hukukçu kimliği ile Hz. Peygamber olmak üzere, Kur'an'ı iyi bilen sahâbe etkili olmuştur.

¹⁴⁴ Mehmed Seyyid, s. 41; Bilmen, s. 11; Zeydan, s. 102; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 59.

Hız. Peygamber'in vefatının ardından hem vahiy kaynağı kesilmiş olmakta hem de, önceden kolaylıkla kendisine sorulup doğrulanan ya da onaylatılan görüşler için artık bu yol kapanmış olmaktadır.

Halifeler devrinde, hem coğrafî hem de insan unsuru bakımından meydana gelen genişleme hukuka da yansımıştır. Halifeler ve yöneticiler aynı zamanda Hız. Peygamber'in en yakınında bulunan arkadaşları ve hukuku en iyi bilen kişiler idiler. Genel olarak bir hukukçunun hükmü aranan somut bir konuda, kaynaklarda hüküm bulamadığında, özel bir düşünme ve akıl yürütme süreci sonucunda oluşturduğu kişisel görüşü anlamına gelen re'y içtihadının nasıl yapılacağı, Hız. Peygamber hayatta iken bizzat kendisi tarafından teşvik edilerek öğretilmişti. Dört Halife devrinde bu yöntemle görüş oluşturulmuş, fakat özellikle Hız. Ebû Bekir ve Hız. Ömer devirlerinde toplu içtihat etkinliklerine daha çok yer verilmiştir.

Hukukçular bu dönemde, Hız. Peygamber devrinde bulunmayan ve icmâ denilen bir diğer ana kaynaktan yararlanmışlardır. İcmâ, belli bir dönemde, belli bir yerdeki tüm hukukçuların aynı konuda aynı kanaate sahip olmaları anlamına gelmektedir.

Yeni elde edilen yerlere görevli olarak atanan valilerin, hukukî konularda halifeye soru sordukları, tarihî kaynaklardan anlaşılmaktadır. Yine bu dönemde soru-cevaplar sayesinde yargılamanın genel ilkeleri ortaya konulmaya başlanmıştır. Bir hukukçu yöneticinin nasıl karar vermesi gerektiği, tarafsızlık, adalet, hâkimin sahip olması gereken nitelikler, davada delillerin değerlendirilmesi, ispat yükünün kime ait olacağı gibi, günümüz hukukuna da ışık tutan esaslar bu dönemde belirlenmiştir.

Ayrıca başlangıçta yönetici aynı zamanda hâkim iken, zaman geçtikçe kadılıkla ilgili görevlilerin yöneticilerden ayrılmaya başladığı görülmektedir. Yeni yerlerde, yeni temas edilen halkların farklı örf-âdet ve hukuk uygulamalarının İslâm hukuku bakımından hükmünün araştırılması yine hukukçu sahâbe tarafından son derece önem verilen konular arasında sayılabilir. Bu dönemde re'y içtihadı hukukun bağımsız kaynağı hâline gelmiştir. Hukukçular belli bir konuda içtihatta buldukları zaman bazen aynı kanaatte birleşmiş (icmâ) bazen de farklı sonuçlara varmışlardır. Bu farklı görüşler (re'y) ileriki devirlerde meydana gelecek olan hadis ve re'y okullarının temellerini atmıştır.

Kaynakça

- Ağaoğlu**, Tezer; Sûrî ve Tatbikî Mantık, (Devlet Matbaası) İstanbul 1928.
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, (Turhan Yayınları), Ankara 1958.
- Apaydın**, Yunus; “İctihad” maddesi, DİA İslâm Ansiklopedisi, C. 21, İstanbul 2000, (İctihad).
- Apaydın**, Yunus; “Re’y” maddesi, DİA İslâm Ansiklopedisi, C. 35, İstanbul 2008, (Re’y).
- Ayar**, Kenan; “Dört Halife Dönemi Siyasetinde Ebû Mûsâ el-Eş’arî”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, VII, (2007), S. 4. (www.dinbilimleri.com/Makaleler/).
- Aydın**, M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul 2014.
- Berki**, Ali Himmet; Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku, I, Sûret-i Zuhur ve İnkişafı-İslâm’da Kaza Teşkilatı-Bu Hukukun Ana Kaideleri, (Diyanet İşleri Reisliği No: 37), Ankara 1955, (İslâm).
- Bilmen**, Ömer Nasuhi; Hukuk-ı İslâmiyye Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu, C. I, (İÜHF Yayınları), İstanbul 1951.
- Cin**, Halil/Akyılmaz, Gül; Türk Hukuk Tarihi, (Sayram Yayınları), Konya 2013.
- Demir**, Abdullah; Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 2. Baskı, (Yitik Hazine Yayınları), İstanbul 2014.
- Ebû Zehrâ**, Muhammed (Çev. O. Keskiöğlü); Ebu Hanife, 5. Baskı, (DİB. Yayınları), Ankara 2005.
- Ekinci**, Ekrem Buğra; İslâm Hukuku Tarihi, (Arı Sanat Yayınları), İstanbul 2006, (İslâm Tarihi).
- Ekinci**, Ekrem Buğra; İslâm Hukuku Tarihi, (Arı Sanat Yayınları), İstanbul 2006, (İslâm Hukuku).

- Emiroğlu**, İbrahim; Klasik Mantığa Giriş, 9. Basım, (Elis Yayınları), Ankara 2012.
- Erdoğan**, Mehmet; Fıkıh İlmine Giriş, (Dem Yayınları), İstanbul 2009.
- Fayda**, Mustafa; “Hulefâ-yi Râşidîn” maddesi, DİA İslâm Ansiklopedisi, C. 18, İstanbul 1998.
- Fendoğlu**, H. Tahsin; Türk Hukuk Tarihi, (Filiz Yayınevi), İstanbul 2000.
- Gelişen**, Ahmet; “İllet” maddesi, Dinî Kavramlar Sözlüğü, 5. Baskı, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Hacı Reşid Paşa**; Rûhü’l-Mecelle, C. I, Dersaadet Çağaloğlu’nda Ayasofya Caddesinde “Matbaa-i Hayriyye” ve Şürekâsı, 1328, (Ruhülmecele).
- Hacı Reşid Paşa**; Rûhü’l-Mecelle, “İmam-ı Âzam Ebû Hanife’nin Hâl Tercemesi”, C. I, Dersaadet Çağaloğlu’nda Ayasofya Caddesinde “Matbaa-i Hayriyye” ve Şürekâsı, 1328, (Hal).
- Hamidullah**, Muhammed; İslâm’ın Hukuk İlmine Katkıları, Bütün Eserleri: 15, (Beyan Yayınları), Ed. Vecdi Akyüz, İstanbul 2005, (Katkılar).
- Hamidullah**, Muhammed; El-Vesaiku’s-Siyâsiyye, Hz. Peygamber Döneminin Siyâsî İdarî Belgeleri, (Çev. V. Akyüz), (Kitabevi Yayınları), İstanbul Tarihsiz, (Vesikalar).
- Hatemi**, Hüseyin; İslâm Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, (Sümer Kitabevi), İstanbul Kasım-2012.
- Kandemir**, M. Yaşa; “Ebû Mûsâ el-Eş’arî”, DİA, C. X, İstanbul 1994.
- Karaman**, Hayreddin; İslâm Hukuk Tarihi, (İz Yayıncılık), İstanbul 2001, (İslâm Tarihi).
- Karaman**, Hayreddin; Anahatlarıyla İslâm Hukuku, (1. 2. 3. Ciltler Bir Arada), 13. Baskı, (Ensar Neşriyat) İstanbul 2008, (Anahatlarıyla).
- Köprülü**, M. Fuad; İslâm Medeniyeti Tarihi, Prof. Dr. W. Barthold, (Akçağ Yayınları), Geniş İzah Düzeltme ve İlâvelerle 3. Basım, Ankara 2004.
- Mehmed Seyyid**; Usûl-i Fıkıh-Medhal, (Hz. Selçuk Camcı), (Akademi yayınları), İstanbul 2011.
- Öner**, Necati; Klasik Mantık, 11. Baskı, (Divan Kitap), Ankara 2011.

- Paçacı**, İbrahim; “Fıkıh” maddesi, Dinî Kavramlar Sözlüğü, 5. Baskı, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Paçacı**, İbrahim; “Fakîh” maddesi, Dinî Kavramlar Sözlüğü, 5. Baskı, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Paçacı**, İbrahim; “Kıyas” maddesi, Dinî Kavramlar Sözlüğü, 5. Baskı, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Paçacı**, İbrahim; “İctihad” maddesi, Dinî Kavramlar Sözlüğü, 5. Baskı, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Paçacı**, İbrahim; “Nass” maddesi, Dinî Kavramlar Sözlüğü, 5. Baskı, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Paçacı**, İbrahim; “Re’y” maddesi, Dinî Kavramlar Sözlüğü, 5. Baskı, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Sami**, Şemseddin; Kâmûs-ı Türkî, C. 1-2 (Tek ciltte), (Sahhaflar Kitap Sarayı), İstanbul Eylül-2011.
- Schacht**, Joseph (Çev. M. Dağ-A. Şener); İslâm Hukukuna Giriş (An Introduction to Islamic Law), Ankara 1986.
- Şener**, Abdülkadir; “İslâm Hukukunda Re’y ve İctihad”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/37/748/9565.pdf>
- Şimşirgil**, Ahmet/**Ekinci**, E. Buğra; Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle, (KTB Yayınları), 5. Baskı, İstanbul 2013.
- Üçok**, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet **Bozkurt**, Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, (Turhan Kitabevi), 11. Bası, Ankara 2006.
- Zeydan**, Abdülkerim (Çev. Ali Şafak); İslâm Hukukuna Giriş, (Kayıhan Yayınları), İstanbul 2008.

^HAVRUPA KONSEYİ VE AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ OLARAK ALMANYA'DA TEMEL HAKLARIN ÜÇLÜ KORUMA SİSTEMİ

Yrd. Doç. Dr. Ömer KORKMAZ*

I. GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) içerisinde vatandaşların temel haklarının korunması, üç farklı güvence mekanizmasını ortaya çıkarır: Ulusal anayasanın temel hak güvenceleri, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Şart)'nın güvenceleri ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)'nin ölçütleriyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)'nin temel hak güvenceleri¹. Bu anlamda “Avrupa temel haklar mimarisi”², ulusal anayasa mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve İHAM'ın oluşturduğu üçlü yapıyı ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu üç önemli “temel hak mimarı”nın kararları, Avrupa temel hak yapısının çizgilerini belirlemekte, geliştirmekte ve keskinleştirmektedir. Farklı hukuk alanlarında maddi temel hak güvencelerine yoğunlaşıldığından, özellikle temel hakların korunması açısından bu “temel

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Scholz**, Rupert; “Nationale und europäische Grundrechte: Umgekehrte ‘Solange’-Regel?”, DVBl, 4/2014, s. 197; **Philippi**, Nina; “Divergenzen im Grundrechtsschutz zwischen EuGH und EGMR”, ZEuS, 1/2000, s. 98.

² Kavram için bkz. **Dederer**, Hans-Georg; “Die Architektur des europäischen Grundrechtsraums”, ZaöRV, 3/2006, s. 575 vd.; **Wollenschläger**, Ferdinand; “Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten - Bestätigung der ERT-Rechtsprechung durch den EuGH auch unter der Grundrechtecharta”, EuZW, 15/2014, s. 577; **Schmahl**, Stefanie; “Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht”, EuR-Bei, 1/2008, s. 7.

hak mimarlarının” kararlarının birbirleriyle olan ilişkisinin ve bu üçlü koruma sisteminin “birlik” ve “çeşitlilik” anlayışı içinde işleyişinin belirlenmesi önem arz eder. Nitekim bu üç yüksek mahkemenin yetkileri, ilgili temel hak düzeninin esasları çerçevesinde belirlenmeli ve her şeyden önce uygulamalarına göre birbirinden ayrılmalıdır³. Ulusal, ulus-üstü ve uluslararası temel hak koruması, AB vatandaşlarını ayrıcalıklı hale getirir. Ancak hukuk sisteminin bu çok katmanlı yapısı karışıklıklara da yol açabilir. Yalnızca yapılandırılmış temyiz seviyeleri açısından değil, söz konusu ulusal, ulus-üstü ve uluslararası yargılar arasındaki hiyerarşi ve yetkiler açısından süren rekabet de bu duruma yol açabilir. Temel hak korumasında bu mahkemeler arasında ortaya çıkacak tehlike, “Bermuda şeytan üçgeni”ni de oluşturabilir⁴.

Ulusal temel haklarla AB temel hakları arasındaki ilişki, Avrupa yargısı alanında Avrupa çok katmanlı hukuki yapısının federal mimari yapısı açısından temel hak korumasının merkezi sorunlarından birini oluşturur⁵. Zira Avrupa’da, temel hak koruması, uzun zamandan beri zor ve tartışmalı bir konu olmuştur. Hangi olaylarda AB İkincil Hukukunun ulusal temel haklar standartlarına göre veya gelişmekte olan Avrupa temel haklar standartlarına göre denetleneceği eskiden beri tartışmalıdır. Özellikle Şart’ın yürürlüğe girişi, bu tartışmayı yeniden alevlendirdi⁶. Hangi olaylarda üye devletlerin tasarrufları AB temel hakları çerçevesinde denetlenmelidir? ABAD’ın Şart’a üstünlük veren yeni kararları, ABAD ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi (AFAM) arasında yetki çatışmasına yol açtığı gibi ulusal anayasa hukuku ile AB Hukuku arasında anayasa hukuksal tartışmalara da neden olmaktadır⁷. Benzer şekilde, ABAD ile İHAM arasında da tamamlayıcı bir çalışma ilişkisinin olup olmadığı ya da nasıl bir ilişki olduğu

³ **Scholz**, s. 197.

⁴ **Limbach**, Jutta; “Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa”, NJW, 40/2001, s. 2914.

⁵ **Wollenschläger**, s. 577.

⁶ **Geiß**, Robin; “Europäischer Grundrechtsschutz ohne Grenzen”, DÖV, 7/2014, s. 265; **Wollenschläger**, s. 577.

⁷ **Scholz**, s. 197.

ve böylelikle Avrupa'da temel hakların korunmasının tutarlı bir sisteminin yaratılıp yaratılmadığı da tartışılmaya başlanmıştır⁸.

Temel hakların ulusal koruma ve sınırlama alanları ile Topluluk ve Birlik temel hakları ve İHAS'ın garantileri arasındaki farklar bugün oldukça iyi biliniyor⁹; ancak özellikle güvence içeriğinin uyumuna ilişkin yüksek mahkemeler arasında daha sıkı bağlantılar oluşturulabilirse, temel hakların korunması tamamen sorunsuz ve hatta hukuken oldukça durağan bir hale getirilebilir¹⁰. Yalnızca temel hakların korunmasına ilişkin davalarda değil, çok kutuplu temel hak ilişkilerinin söz konusu olduğu davalarda da “temel hak mimarlarının” birbirinden farklı değerlendirmeleri ilgi çekicidir¹¹. Hatta bu tür düşünce farklılıkları maddi-hukuksal çatışma dogmatığının yapısına ilişkin sorunları da beraberinde getirir¹². Esasında usul hukukuna ilişkin olduğu kadar, temelinde gerçekten anayasa hukuksal bir problem de söz konusudur: Çatışmaların önlenmesinde ve çözülmesindeki çok çeşitli değerli mekanizmalara, “mimari yapı”lara rağmen¹³, Avrupa'da temel haklar alanında hangi mahkemenin temel hakların savunucusu ve koruyucusu olarak son sözü söyleyebileceği nihayetinde halen daha açıklamaya muhtaç bir konu niteliğindedir¹⁴.

Çalışmamız İHAS'ın tarafı ve AB'nin önemli bir üyesi olarak Almanya Federal Cumhuriyeti özelinde ve İHAM, ABAD ve AFAM kararları çerçevesinde sürdürülecektir. Şart'ın ve İHAS'ın güvence altına aldığı Avrupa

⁸ **Limbach**, s. 2918.

⁹ **Grabewarter**, Christoph; “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, VVDStRL, 60/2001, s. 317 vd.

¹⁰ **Schmahl**, s. 7.

¹¹ **Philippi**, s. 98 vd.; **Dörr**, Oliver; “Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten”, DVBl, 17/2006, s. 1093.

¹² **Lindner**, Josef Franz; “Grundrechtsschutz in Europa - System einer Kollisionsdogmatik”, EuR, 2/2007, s. 162; **Schmahl**, s. 7.

¹³ **Jaeger**, Renate; “Menschenrechtsschutz im Herzen Europas - Zur Kooperation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften”, EuGRZ, 8-10/2005, s. 194; **Hoffmann-Riem**, Wolfgang; “Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte”, EuGRZ, 18-20/2002, s. 474 vd.

¹⁴ **Schmahl**, s. 7-8.

temel hakları, farklı şekillerde de olsa, Alman hukuk düzenini etkilemektedir. Fakat Avrupa temel hakları, AFAM yargısında, ulusal temel haklar ve temel hak benzeri haklar yanında Anayasa şikâyetlerinin eşit denetim ölçütü olarak kabul görmemektedir¹⁵. Sırasıyla önce ulusal temel hak korumasını, AB yargı organlarınca temel hakların korunmasını ve sonrasında da İHAS'ın temel hakları koruma mekanizmasını, bunların birbirleri ile ilişkilerini de irdeleyerek incelemeye çalışacağız.

II. TEMEL HAKLARIN ULUSAL DÜZLEMDE ANAYASA MAHKEMESİ'NCE KORUNMASI

A. Ulusal Temel Hak Koruma Aşaması

Yaklaşık 1949-1975 yılları arasına yerleştirilen ulusal temel hak koruma rezervi safhası, öncelikle ulusal temel haklar koruma sisteminin ortaya çıkması ve gelişmesi ile karakterize edilir. AFA'nın 1. maddesinin I ve III. fıkraları, Alman federal temel haklar kataloğunun tüm devlet erkleri için doğrudan geçerli bir hukuk kuralı olduğunu hükme bağlar. Burada özellikle federal temel haklar ölçeğinde eyaletlerin devlet erkleri de dâhil, Alman devlet erklerinin eylemlerinin denetimi, 1951 yılından beri AFAM'a ait bir görev ve yetkidir¹⁶.

Bu gelişmeye paralel olarak, Almanya, ulusal yargısında 1950'li yıllardan itibaren İHAS'ı onayladı ve İHAS denetim organlarının yargılama yetkisini de kabul etti¹⁷. O zamandan beri Alman devlet erklerinin her eylem ve tasarrufu, İHAS'ın insan haklarına ilişkin standartlarına ve Anayasanın temel haklar standardına göre değerlendiriliyor¹⁸. Temel haklar konusundaki

¹⁵ **Griebel**, Jörn; "Europäische Grundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde", DVBl, 4/2014, s. 204.

¹⁶ **Schmahl**, s. 8.

¹⁷ İHAS denetim organları nezdinde devlet ve birey başvurularının ayrıntılı tarihsel gelişimi konusunda bkz. **Ehlers**, Dirk/**Becker**, Ulrich (Hrsg.); Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009, § 1, kn.8 vd.

¹⁸ **Grabenwarter**, Christoph/**Pabel**, Katharina; Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 5. Aufl., München 2012, § 17, kn.2 vd.; **Schmahl**, s. 8; **Uerpmann-Witzack**, Robert; "Die Bedeutung der EMRK für den deutschen und den unionalen Grundrechtsschutz", JURA, 9/2014, s. 923.

ulusal yargı içtihadı, İHAM'ın yorumundaki İHAS garantilerinin özelliklerine uyacak ve böylelikle üye devlet İHAS'ı ihlal etmemiş olacaktır. Bir ulusal mahkeme, İHAM'ın yorumundan ayrılmak istiyorsa, muhalif pozisyonunu ve daha yüksek bir koruma düzeyini garanti ettiğini gerekçelendirerek zorundadır¹⁹. Bu yükümlülük, "takdir marjı doktrini"²⁰ ve sözleşmecî devlete sözleşme hukukuna uygun koruma garantilerinin oluşturulmasında izin veren "uygunluk ilkesi (İHAS m. 53)" ile yumuşatılmıştır. Ancak uygunluk ilkesi, temel haklara karşı çatışma içeren hukuki ilişkilerin bir araya geldiği çok kutuplu durumlarda, garanti içeriğinin maksimizasyonu çelişkili hukuki konumun kaybına yol açabildiğinden başarısız oldu²¹. Başlangıç dönemlerinde temel haklar konusundaki ulusal ve Avrupa yargıları arasında bir uyumsuzluğın ortaya çıkmaması, İHAS denetim organlarına başvuru konusunda isteksiz davranılmış olmasından kaynaklanır²².

1950'li yıllarda, aralarında Almanya'nın da bulunduğu altı devlet, ortak pazar kurmak amacıyla Avrupa Topluluklarını (o sırada üç) kurdular. Sonrasında ABAD, bu amaçla gerekli bütünlüğü ve Topluluk Hukukunun etkin uygulanmasını ve Avrupa'nın entegrasyonu projesine bireysel sübjektif katılımı sağlamak amacıyla Topluluk Hukukunun yetki esaslarını dinamik olarak yorumlayabilme yetkinliğini hızlı bir şekilde kazanmayı görev edindi²³. Temel hakların korunması ise Avrupa entegrasyonunun başlangıcında üye devletlere ait bir konu iken, ABAD'ın içtihadı temel hakların korunması konusunu üyesi devletlerin anayasalarından AB Hukuku sistemi içine taşıdı²⁴. Bu durum ilkin, -içerik olarak koşulsuz ve yeterince hassas yönetme-

¹⁹ **Schmahl**, s. 8.

²⁰ Krş. **Pellonpää**, Matti; "Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen - Aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", EuGRZ, 2006, s. 484.

²¹ **Mückl**, Stefan; "Kooperation oder Konfrontation? - Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte", Der Staat, 44 /2005, s. 408 vd.

²² **Schmahl**, s. 9.

²³ **Steinberger**, Helmut/**Klein**, Eckart/**Thürer**, Daniel; Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, Berlin 1991, s. 62; **Schmahl**, s. 9; **Limbach**, s. 2914.

²⁴ **Bidese**, Ermenegildo/**Rautz**, Günter; "Der Geist, der Europa vereint", ARSP, 3/2013, s. 290.

liklerin doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin içtihatlar yanında²⁵-, bugünkü Birlik vatandaşlarının haklarının (Avrupa Topluluğu Antlaşması, m. 17 vd.) da kaynağı olan “Van Gend ve Loos/Hollanda Vergi İdaresi” Kararında²⁶, Topluluk Birincil Hukukunun doğrudan uygulanmasının kabul edilmesi yoluyla gerçekleşti²⁷. İkinci durum ise, ABAD’ın “Flaminio Costa/E.N.E.L.” olayında²⁸ ulusal hukuklar karşısında Topluluk Hukukuna uygulama önceliği vermiş olmasıdır²⁹. Topluluk Hukukunun bu üstünlüğü, yalnızca Topluluk temel haklarını da kapsayan Topluluk Birincil Hukuku açısından değil, aynı zamanda Topluluk İkincil Mevzuatı açısından da³⁰; ulusal temel haklarda da olduğu gibi, ulusal hukukun tüm alanlarında geçerli kılındı³¹.

ABAD’ın entegrasyona yönelik içtihadının en zayıf noktası, Topluğun ilk on yılında Topluluk temel hak korumasının henüz mevcut olmamasıdır. Görünüşe göre, Roma Sözleşmesi’nin tamamlanmasında üye devletlerin eylemlerine karşı Topluluk Hukukunun yerine getirilmesini sağlamak amacıyla dava açılmasında ulusal temel hak koruması tamamen ön

²⁵ ABAD, 19.01.1982, 8/81, kn.17 vd., “Ursula Becker/Münster Merkez Vergi Dairesi” (Slg, 1982, s. 53 vd.; BeckRS, 2004, 73735; NJW, 10/1982, s. 499 vd.; DVBl, 1982, s. 294 vd.); ABAD, 26.02.1986, 152/84, kn.46 vd., “Marshall” (Slg, 1986, s. 737 vd.; NJW, 35/1986, s. 2178 vd.).

²⁶ ABAD, 05.02.1963, 26/62, “Van Gend ve Loos/Hollanda Vergi İdaresi” (Slg, 1963, s. 1 vd.; BeckRS, 2004, 72706; NJW, 21/1963, s. 974 vd.).

²⁷ **Schmahl**, s. 9; **Bidese/Rautz**, s. 290.

²⁸ ABAD, 15.07.1964, 6/64, “Flaminio Costa/E.N.E.L.” (Slg, 1964, s. 1251 vd.; BeckRS, 2004, 73387; NJW, 50/1964, s. 2371 vd.).

²⁹ **Schmahl**, s. 9.

³⁰ Krş. ABAD, Genel Kurul, 11.01.2000, C-285/98, kn.32, “Tanja Kreil” (Slg, I, 2000, s. 69 vd.; NJW, 7/200, s. 497 vd.; BeckRS, 2004, 76000); ABAD, 17.10.1995, C-450/93, kn.24, “Kalanke” (Slg, I, 1995, s. 3051 vd.; BeckRS, 2004, 77327; NJW, 47/1995, s. 3109 vd.); ABAD, 11.11.1997, C-409/95, kn.35, “Hellmut Marschall/Nordrhein-Westfalen Eyaleti” (Slg, I, 1997, s. 6363 vd.; NJW, 51/1997, s. 3429 vd.; NZA, 24/1997, s. 1337 vd.).

³¹ ABAD, 17.12.1970, 11/70, kn.3, “Internationale Handelsgesellschaft MBH/Hububat ve Yem İthalat ve Stoklama Ajansı” (Slg, 1970, s. 1125 vd.; BeckRS, 2004, 71230; NJW, 8/1971, s. 343 vd.). Ayrıca bkz. **Jarass**, Hans D./**Beljin**, Saša; “Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung”, NVwZ, 1/2004, s. 1 vd.; **Schmahl**, s. 9; **Bidese/Rautz**, s. 290.

planda tutuldu³². Nihayetinde Sözleşmelerin boşluklarını doldurması gereken Topluluk temel hak standartlarının gelişmesine yönelik ilk “ürkek” içtihatlar, 1969 tarihli “Erich Stauder/Ulm Sosyal Güvenlik Dairesi”³³ ve 1974 tarihli “J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung/Avrupa Topluluğu Komisyonu”³⁴ davalarındaki kararlarda ortaya çıktı³⁵.

Bu nedenle, AFAM’ın başka bir alternatif bulunmadığından, 1970’li yılların ortalarına kadar, Topluluk İkincil Hukukunu AFA’nın temel haklar kataloğu vasıtasıyla denetlemesi, hukuk politikası açısından anlaşılabilir bir durumdur³⁶. Ancak bu dönemde AFAM’ın içtihadının anayasa yargısı açısından sürekli bir tutarlılık içerdiği de söylenemez³⁷. AFAM’ın ilk dairesi, 1967 yılında, Topluluk Yönergesi’ne karşı yapılan bir anayasa şikâyetinde, Alman kamu otoritesinin bir eyleminin söz konusu olmadığı gerekçesiyle yetkisiz olduğuna karar vermişken³⁸, ikinci dairesi, 1974 yılındaki “Solange-I” Kararında, AFA’nın 100. maddesinin I. fıkrasına göre, Avrupa Topluluğu’nun bir yönetmelik taslağı konusunda ulusal yerel mahkeme ABAD’ın bir ön kararına dayandıktan sonra, Topluluk Hukuku parlamento tarafından

³² **Schmahl**, s. 9. Nitekim vatandaşlar açısından bakıldığında, Avrupa’da temel haklar koruması, özellikle de AB’de, istenen seviyede değildi. Bunun temel nedenlerinden biri de, Birlik vatandaşlarının kendi haklarını yüzlerce karar içinden ve sözleşmelerin kaotik yapısından çıkarmak zorunda kalmış olmalarıdır. Şart’ın yürürlüğe girmesi bu konuda önemli bir yardımcı olmuştur (**Limbach**, s. 2918).

³³ ABAD, 12.11.1969, 26/69, kn.7, “Erich Stauder/Ulm Sosyal Güvenlik Dairesi” (Slg, 1969, s. 419; NJW, 22/1970, s. 1016; BeckRS, 2004, 72956). Ayrıca bkz. **Philippi**, s. 100-101.

³⁴ ABAD, 14.05.1974, 4/73 kn.13, “J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung/Avrupa Topluluğu Komisyonu” (Slg, 1974, s. 491; BeckRS, 2004, 71091; NJW, 11/1975, s. 518 vd.). Ayrıca bkz. **Philippi**, s. 100-101.

³⁵ **Schmahl**, s. 10; **Philippi**, s. 100-101.

³⁶ **Huber**, Peter M.; *Recht der Europäischen Integration*, 2. Aufl., München 2002, s. 35 vd.; **Schmahl**, s. 10.

³⁷ **Klein**, Eckart; “Grundrechtsdogmatische und verfassungsprozessuale Überlegungen zur Maastricht-Entscheidung des BVerfG”, in: *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, Hrsg. v. Albrecht Randelzhofer, München 1995, s. 276 vd.

³⁸ AFAM, Birinci Daire, 18.10.1967, 1 BvR 248/63, 216/67, “Verfassungsbeschwerde gegen Verordnungen des Rates und der Kommission der EWG” (BVerfGE, 22, s. 297; NJW, 8/1968, s. 348).

kararlaş-tırılmış ve Anayasa’da belirtilmiş temel haklar kataloğuna aykırılık içermediği sürece yetkili olduğunu kararlaştırmıştır³⁹. Sonuçta Alman makamları ve mahkemeleri Topluluk Yönetmeliğinin kullanılması ve uygulanmasında, Alman egemenliğini uyguladılar ve böylelikle AFA’nın temel haklar kataloğuna ve koruma sistemine bağlı kaldılar⁴⁰.

B. Ulusal Temel Hak Koruması İle Topluluk Temel Hak Koruması Arasındaki Sınırın Belirlenmesi

AFAM ile ABAD arasındaki ilişkinin karmaşık olduğu vurgulanır. Her iki mahkeme arasındaki etkileşim ne hayal kırıklıklarından uzaktır ne de özellikle şeffaftır. Bazı yetki kuralları “trial and error (dene ve gör)” ilkesine göre geliştirilmiş ve kabul edilmiştir. Çünkü Topluluk Hukukunun önemli bir bölümü üye devletlerde doğrudan geçerliliğe sahiptir ve AB’nin vatandaşları bu hukukun hak sahibi ya da yükümlüsü olarak kullanıcısı durumdadırlar ve bunların temel haklarının ulus-üstü kamusal güçlerin tasarruflarına karşı korunması acil ve önemli bir konudur. Bu durum Alman vatandaşlarının AFA’nın koruması altında kamu otoritesinin temel haklara aykırı tedbirlerine karşı yargısal korumayı talep etmesi durumunda özellikle geçerlidir⁴¹.

1. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin “Solange-II” ve “Maastricht” Kararları

Temel hakların bağlayıcılığının her şeyden önce Topluluk organlarındaki gelişimi, 1986 yılında AFAM’ın önceki “Solange-I” kararını değiştirmesi için uyarıcı etki yaptı. Zaten AFAM, 1981 tarihli “Eurocontrol” Davasında, yargının düzeltilmesine yönelik ilk adımı üstlenmiş ve anayasa şikâyeti yoluyla yalnızca Alman devlet otoritesinin tasarruflarına karşı başvurulabileceğini; AFA’nın 24. maddesinin I. fıkrası anlamındaki devletler arası otoritelerin tasarruflarının ise, bunlar Alman kamu gücü kavramı (krş.

³⁹ AFAM, İkinci Daire, 29.05.1974, 2 BvL 52/71, “Prüfung von sekundärem Gemeinschaftsrecht auf seine Vereinbarkeit mit den Grundrechtsnormen/Solange-I” (BVerfGE, 37, s. 279 vd.; NJW, 38/1974, s. 1697).

⁴⁰ **Schmahl**, s. 10.

⁴¹ **Limbach**, s. 2915, 2918.

örneğin, AFA m. 93, f. I, 4a) çerçevesinde (artık) kabul edilemeyeceğinden denetlemeyeceğini kararlaştırmıştı⁴². AFAM, bu görüşü 1986 yılında “Solange-II” Kararında onayladı ve ayrıca “*Almanya Federal Cumhuriyeti'nin egemenlik yetkisi alanında Alman mahkemeleri ve kamu otoritelerinin davranışları için yasal dayanak olarak yararlanılan Topluluk İkincil Hukukunun uygulanabilirliği üzerinde de yargı yetkisini artık kullanmayacağına, bundan sonra bu hukuku AFA'nın temel haklarının ölçütü olarak denetlemeyeceğini*”⁴³ ve böylelikle uygun norm denetimi veya anayasa şikâyeti yolunun mümkün olmadığını kararlaştırdı. AFAM'a göre, bu durum, Avrupa Topluluğu, özellikle de ABAD tarafından temel hakların etkili korunmasının genel olarak güvence altına alındığı, anayasada vazgeçilmez olarak düzenlenen korumaya esas olarak eşit şekilde dikkat edildiği ve böylelikle temel hakların özü teminat altında olduğu sürece geçerlidir⁴⁴.

AFAM, 1993 tarihli “Maastricht” Kararında bu ifadelerle ilke olarak katıldı, fakat şayet Topluluk tasarrufları Almanya'daki temel hak yetkilisini ilgilendiriyorsa, bu tasarrufların AFA'nın temel hak garantilerine göre denetlenebildiği ölçüde önceki görüşünden⁴⁵ ayrıldı. Konu şayet ülkesel olarak Alman topraklarında ve Alman temel hak korunması ile ilgili ise, AFAM'ın yetkisinde olduğu kararlaştırıldı. Bununla birlikte, AFAM, “Solange-II” İçtihadı anlamında Topluluk İkincil Hukukunun Almanya'da uygulanması konusundaki yargılama yetkisini, “*ABAD'ın temel hak korumasını her münferit olayda Avrupa Topluluğu sınırlarının tümünde garanti ettiği ve*

⁴² AFAM, 23.06.1981, 2 BvR 1107/77, 1124/77, 195/79, “Keine Zuständigkeit der deutschen Gerichte bei der Anfechtung von Eurocontrol-Gebühren” (BVerfGE, 58, s. 27 vd.; NJW, 10/1982, s. 507; DVBl, 1982, s. 185). Ayrıca krş. AFAM, 10.11.1981, 2 BvR 1058/79, “Ausschließliche internationale Zuständigkeit des VG der Internationalen Arbeitsorganisation” (BVerfGE, 59, s. 85 vd.; NJW, 10/1982, s. 512; DÖV, 1982, s. 404); AFAM, 25.07.1979, 2 BvL 6/77, “Vielleicht” (BVerfGE, 52, s. 201 vd.; NJW, 1980, s. 519; DVBl, 1980, s. 122; DÖV, 1980, s. 337).

⁴³ AFAM, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, “Keine Überprüfung von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht durch BVerfG – Solange-II” (BVerfGE, 73, s. 387; NJW, 10/1987, s. 577; DVBl, 1987, s. 231; MDR, 1987, s. 290).

⁴⁴ **Schmahl**, s. 12; **Scholz**, s. 199; **Limbach**, s. 2917.

⁴⁵ AFAM, 23.06.1981, 2 BvR 1107/77, 1124/77, 195/79, “Keine Zuständigkeit der deutschen Gerichte bei der Anfechtung von Eurocontrol-Gebühren” (BVerfGE, 58, s. 27 vd.; NJW, 10/1982, s. 507; DVBl, 1982, s. 185).

*AFAM'ın bu nedenle vazgeçilmez temel haklar standartlarının genel garantisini ile sınırlı olduğu*⁴⁶ Avrupa yargı yetkisi ile bir "işbirliği ilişkisi" olarak uyguladı⁴⁷.

2. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin "Bananenmarkt" Kararı

"İşbirliği ilişkisi" formülünün anlamı üzerindeki sonraki dönemlerde ortaya çıkan yanlış anlaşımaların⁴⁸ ortadan kaldırılması, AFAM'ın 2000 yılında verdiği "Bananenmarkt" Kararı ile mümkün olmuştur⁴⁹. AFAM, Avrupa Topluluğu karşısında da temel hakların korunmasına yönelik ilkesel yetkisinden, bu haklara ilişkin hukuki tasarruflar Alman hukuk düzeninde hukuki etkilerini yaratmayı sürdürdüğü sürece ayrılmadığını açıkladı⁵⁰. Gerçi temel hakları etkileyen tüm konularda AFAM ile ABAD arasında genel bir işbirliği belirlenmemiştir. Bu ikisi arasında, çoğu zaman, temel hakların hukuki korunmasının güvenceye alınması çerçevesinde, usuli veya maddi-hukuksal nedenlerden dolayı Toplum alanında AFA'nın öngördüğü temel hak koruması garanti altına alınmamışsa, AFAM'ın denetim yetkilerinin de devrede olduğu, bir "ortak görev paylaşımı"⁵¹ ilişkisi söz konusudur⁵².

⁴⁶ AFAM, 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2159/92, "Maastricht" (BVerfGE, 89, s. 174 vd.; BeckRS, 1993, 08465; NJW, 47/1993, s. 3047; EuZW, 1993, s. 667).

⁴⁷ **Schmahl**, s. 13; **Scholz**, s. 198; **Limbach**, s. 2917.

⁴⁸ **Schlaich**, Klaus/**Korloth**, Stefan; Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen - ein Studienbuch, 5. Aufl., München 2001, kn.349.

⁴⁹ **Schmahl**, s. 14.

⁵⁰ AFAM, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, "Verfassungskonformität der Bananenmarktordnung" (BVerfGE, 102, s. 163; BeckRS, 2000, 22206; NJW, 42/2000, s. 3124; EuGRZ, 2000, s. 328).

⁵¹ AFAM, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, "Verfassungskonformität der Bananenmarktordnung" (BVerfGE, 102, s. 164; BeckRS, 2000, 22206; NJW, 42/2000, s. 3124; EuGRZ, 2000, s. 328).

⁵² Elbette ABAD'ın Toplum tasarruflarının yasallığını Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 234. maddesine göre, daha önceden yorumlama fırsatı, bu bağlamda zorlayıcı önkoşuldur. Bu konuda bkz. **Streinz**, Rudolf; Europarecht, 9. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2012, kn.248; **Zuck**, Rüdiger/**Lenz**, Christofer; "Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa - Prozessuale Möglichkeiten vor

AFAM'a sunulan müdahale gücünün kesişme ya da kavşak noktası, özellikle "vazgeçilmez temel hak koruması"nın kriterlerinin oluşturulmasıdır. Bu konu da tartışmalıdır⁵³, ancak en azından şu hususlar açıktır: AFAM'ın rezerv fonksiyonunun "canlanması" için maddi açıdan benzer koruma derecesi yalnızca Topluluk düzeyinde geçerli kılınan temel haklar açısından önemli olabilir⁵⁴. AFAM'ın anayasa hukukunun spesifik konularındaki uzmanlık mahkemelerinin kararları üzerindeki kontrolünün sınırlı olduğu⁵⁵ "Heck'schen formülü"⁵⁶ olarak adlandırılan formüle de olduğu gibi, AFAM, şayet temel hakkın özü etkileniyorsa ve böylelikle genellikle arzulanan temel hak standardı AFA'nın 23. maddesinin I. fıkrasının ilk cümlesi ile bağlantılı olarak 79. maddesinin III. fıkrasında talep edilenden daha aşağı seviyede ise, Topluluk Hukuku kurallarını yalnızca anayasa hukuksal

den Fachgerichten und dem BVerfG gegen Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft", NJW, 18/1997, s. 1197; **Schmahl**, s. 14; **Limbach**, s. 2917.

⁵³ Genel bir anlayış için örneğin bkz. **Graf Vitzthum**, Wolfgang; "Gemeinschaftsgericht und Verfassungsgericht - Rechtsvergleichende Aspekte", JZ, 1998, s. 163; bireysel vakalara ilişkin bir anlayış için bkz. **Streinz**, kn.247. Genel olarak AFAM'ın koruma seviyelerinin genel bir karşılaştırmasını yapabilmek için yapamayacağının şüpheli görüldüğüne ilişkin bir görüş için ayrıca bkz. **Zuck**, Rüdiger; Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 4. Aufl., München 2013, kn.532.

⁵⁴ **Schmahl**, s. 14.

⁵⁵ Krş. AFAM, 10.06.1964, 1 BvR 37/63, "Spezifisches Verfassungsrecht" (BVerfGE, 18, s. 92 vd.; NJW, 37/1964, s. 1715; DVBl, 1965, s. 119; DÖV, 1964, s. 630). Ayrıca bkz. **Herzog**, Roman; Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts, München 1991, s. 3 vd.

⁵⁶ İlk kez Hakim Karl Heck tarafından raportör olarak görev yaptığı AFAM'ın "Spezifisches Verfassungsrecht" Kararında [AFAM, 10.06.1964, 1 BvR 37/63, "Spezifisches Verfassungsrecht" (BVerfGE, 18, s. 92 vd.; NJW, 37/1964, s. 1715; DVBl, 1965, s. 119; DÖV, 1964, s. 630)] formüle edildiği için "Heck'schen Formülü" olarak adlandırılan bu formül, anayasa şikayeti çerçevesinde uzmanlık mahkemeleri karşısında AFAM'ın denetim yetkisinin sınırlanmasına hizmet eder. Buna göre, AFAM'ın denetim yetkisi, yalnızca uzman mahkemenin sıradan hukukun yorumunda hata görülmesi, temel hakkın anlamında özellikle de koruma alanının kapsamında somut olayda maddi önemi olan temelden yanlış bir görüşe dayanılmış olması durumunda söz konusudur. AFAM, bir "Süper Denetim Mahkemesi" olmadığı için bu sınırlama gerekli görülmektedir. Bkz. **Isensee**, Josef; "Bundesverfassungsgericht - Quo vadis?", JZ, 51/1996, s. 1085 vd.

“acil fren” olarak gördü⁵⁷. AFAM, böylelikle, bir taraftan anayasal entegrasyon görevi (m. 23) ile diğer taraftan çekirdek koruma alanı (m. 79, f. III) ile arasındaki gerilim sorununu çözmeyi başararak Alman Anayasa Hukukundan kaynaklanan hukuki sorumluluğundan ödün vermeksizin Topluluk hukuk düzeninin özerkliğine saygı kazandırmış oldu⁵⁸.

3. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin “Emissionshandel” Kararı

Birinci Dairenin 13.03.2007 tarihli “Emissionshandel” Kararı da bu yöndedir. AFAM'ın önceki kararları yalnızca Avrupa Topluluğu Yönetmelikleri ile ilgili iken⁵⁹, Mahkeme bu kararında, daha önce 1992'den beri pozitif hukuk anlamında AFA'nın 23. maddesinin I. fıkrasından kaynaklanan ifadelerine açıklık getirdi ve Topluluk Hukukunun diğer ikincil kaynakları olarak Yönergeleri ve ABAD'ın Almanya'ya yönelik kararlarını da denetledi⁶⁰. Buna ek olarak Birinci Daire, Topluluk Hukuku uygulama için üye devlete manevra alanı bırakmadığında veya bağlayıcı kurallar söz konusu olduğunda, ulusal uygulama yasaları üzerindeki denetleme yetkisini geri çekti. Bunun yanında, Birinci Daire, tamamen haklı olarak⁶¹, dava konusu direktifin istisnaen doğrudan etkiye sahip olup olmadığının önemli olmadığı

⁵⁷ Krş. **Hirsch**, Günter; “Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht”, NJW, 25/2000, s. 1819; **Selmayr**, Martin/**Prowald**, Nicola; “Abschied von den ‘Solange’-Vorbehalten”, DVBl, 1999, s. 276.

⁵⁸ **Schmahl**, s. 14-15. AFAM'ın bu tavrını 2013 yılında vermiş olduğu kararlarında da sürdürdüğüne ilişkin olarak bkz. **Scholz**, s. 202 vd.

⁵⁹ AFAM, 18.10.1967, 1 BvR 248/63, 216/67, “Verfassungsbeschwerde gegen Verordnungen des Rates und der Kommission der EWG” (BVerfGE, 22, 295; NJW, 8/1968, s. 348); AFAM, İkinci Daire, 29.05.1974, 2 BvL 52/71, “Prüfung von sekundärem Gemeinschaftsrecht auf seine Vereinbarkeit mit den Grundrechtsnormen/Solange-I” (BVerfGE, 37, s. 281; NJW, 38/1974, s. 1697); AFAM, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, “Verfassungskonformität der Bananenmarktordnung” (BVerfGE, 102, s. 163; BeckRS, 2000, 22206; NJW, 42/2000, s. 3124; EuGRZ, 2000, s. 328). Ayrıca krş. AFAM, 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2159/92, “Maastricht” (BVerfGE, 89, s. 171; BeckRS, 1993, 08465; NJW, 47/1993, s. 3047; EuZW, 1993, s. 667).

⁶⁰ AFAM, 13.03.2007, 1 BvF 1/05, kn.69, “Emissionshandel” (BVerfGE, 118, s. 79; BeckRS, 2007, 23751; DVBl, 2007, s. 821; NVwZ, 8/2007, s. 937).

⁶¹ **Schmahl**, s. 15.

ğini⁶²; bir direktifin üye devletin uygulama yükümlülüğünü ortadan kaldırır şekilde getirdiği gerekliliklerin zorlayıcı olmasının yeterli olduğunu vurgular⁶³. Bu nedenle Birinci Daire, üye devletlerin fiillerine uygulanan dolaylı yaptırımların, bu durumlar Topluluk Hukukuna bağlı olarak ortaya çıktığı sürece, Topluluk Mahkemesinin denetimini kabul etti. “Maastricht” Kararından bu kısmi vazgeçmede, AFAM, hukuk düzenine yönelik bir bağlantıyı ortadan kaldırdı ve temel hakların korunmasının ülkesel denetiminde kendi yetki alanını “Almanya” olarak⁶⁴ kararlaştırıldı⁶⁵.

“Emissionshandel” Kararında ve devamında birkaç Daire kararında⁶⁶, Topluluk Hukuku kaynaklı ulusal mevzuatın, ulusal yasama organlarının

⁶² “Direktifin doğrudan etkileri, Yönetmeliğin hukuki etkileri ile aynıdır.” [ABAD, 22.05.2003, C-462/99, “Connect Austria” (Slg, I-5197)]. Dolayısıyla bu bağlamda “Bananenmarkt” Kararı [AFAM, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, “Verfassungskonformität der Bananenmarktordnung” (BVerfGE, 102, s. 163; BeckRS, 2000, 22206; NJW, 42/2000, s. 3124; EuGRZ, 2000, s. 328)] mutatis mutandis olarak uygulanabilir (**Schmahl**, s. 15, dn.58).

⁶³ AFAM, 13.03.2007, 1 BvF 1/05, kn.71, “Emissionshandel” (BVerfGE, 118, s. 79; BeckRS, 2007, 23751; DVBl, 2007, s. 821; NVwZ, 8/2007, s. 937). Aynı yönde diğer bir karar için bkz. AFAM, 14.05.2007, 1 BvR 2036/05, kn.8 (BVerfGK, 11, s. 189; NVwZ, 2007, s. 942). Farklı yönde bkz. **Di Fabio**, Udo; “Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip? - Überlegungen zum Einfluß des indirekten Gemeinschaftsrechts auf die nationale Rechtsordnung”, NJW, 15/1990, s. 950 vd.

⁶⁴ AFAM, 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2159/92, “Maastricht” (BVerfGE, 89, s. 174 vd.; BeckRS, 1993, 08465; NJW, 47/1993, s. 3047; EuZW, 1993, s. 667).

⁶⁵ **Schmahl**, s. 15. Birinci Dairenin “Emissionshandel” Kararı, ayrıca, İkinci Daire'nin 1997 tarihli “Warnhinweise” Kararında bıraktığı boşluğu doldurmuştur. İkinci Daire, “Warnhinweise” Kararında Tütün Etiketleme Yönergesi'ni değiştiren Alman Yönetmeliği'ni “Solange-II” Kararına değinmeden temel haklar ölçüğünde denetlemişti [AFAM, 22.01.1997, 2 BvR 1915/91, “Warnhinweise” (BVerfGE, 95, s. 181; NJW, 43/1997, s. 2871; DVBl, 1997, s. 548)]. Ancak bunun arka planında, etiketleme yönergelerinin üye devletlere önemli ölçüde şekillendirme takdiri bırakıyor olması yatar (**Schmahl**, s. 16).

⁶⁶ AFAM, 12.05.1989, 2 BvA 3/89, “EG-Richtlinie über Etikettierung von Tabakerzeugnissen” (NJW, 15/1990, s. 074; LSK, 1990, 150182); AFAM, 09.07.1992, 2 BvR 1096/92, “Verfassungsbeschwerde gegen die Zustimmung der Bundesregierung zur Änderung der EWG-Tabaksteuerrichtlinie” (NVwZ, 9/1993, s. 883; LSK, 1993, 430163); AFAM, 09.01.2001, 1 BvR 1036/99, “Pflicht zur Vorlage an den EuGH” (BeckRS, 2001, 30153731; NJW, 17/2001, s. 1268; DVBl, 2001, s. 720); AFAM,

manevra alanı içinde olmaması şartıyla veya içinde olmadığı sürece ulusal temel haklar kataloğu vasıtasıyla denetlenmeyeceği açıkça vurgulandı. Alman uzmanlık mahkemeleri, bu olaylarda, Topluluk mevzuatını yalnızca Topluluk temel haklarına göre denetlediler ve gerektiğinde Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 234. maddesine göre ön karar prosedürünü uyguladılar⁶⁷. ABAD başvuru üzerine eğer bir Yönetmeliğin geçersiz olduğunu kararlaştırmışsa⁶⁸, o zaman Alman uygulama yasanının denetimi için geriye yalnızca AFA'nın 100. maddesinin I. fıkrasının bir şablon olarak kullanıldığı, Alman temel haklarına göre denetleme imkânı kalıyor⁶⁹.

AFAM'ın bu kararı, geniş ölçüde, ABAD'ın üye devletlerin Topluluk temel hakları ile bağlantılı içtihadı ile örtüşmektedir⁷⁰. Özellikle 2006 tarihli "Aile Birleşimi Direktifi" ile ilgili bir kararda, ABAD, aynı şekilde -artık iç içe geçmiş- bu iki hukuk alanını birbirinden ayırdı. ABAD'a göre, Avrupa Topluluğu direktifinin üye devletlere uygulama alanlarında kendi kuralını koyma yöntemini kullanma izni veren bu hükümleri, Topluluk temel hakları ölçeğinde denetlenmelidir⁷¹. Bir Topluluk yönergesinin imkân verdiği kendi uygulama mevzuatını yaratma imkânında, ulusal değil de Topluluk Hukuku söz konusu olduğunda, bunun denetiminde de Topluluk temel haklarının yorumuyla ilgili standardın aranması tutarlıdır⁷².

Artık ikinci adımda, üye devletlerin kendi uygulama kuralını koyma imkânında kabul edilebilecek ve Topluluk temel hakları ölçeğinde veya ulusal temel haklar düzeni çerçevesinde denetlenecek olan uygulama tedbir-

09.06.2004, 1 BvR 636/02, "Verfassungsmäßigkeit des Ladenschlussgesetzes" (BeckRS, 2004, 22691; NVwZ, 11/2004, s. 1346 vd.; DVBl, 2004, s. 889).

⁶⁷ Krş. ABAD, 01.04.2004, C-263/02 P, kn.29 vd., "Jégo-Quérel/Komisyon" (Slg, 2004, I-3425; NJW, 28/2004, s. 2006; DVBl, 2004, s. 820).

⁶⁸ AFAM, 13.03.2007, 1 BvF 1/05, kn.72, "Emissionshandel" (BVerfGE, 118, s. 79; BeckRS, 2007, 23751; DVBl, 2007, s. 821; NVwZ, 8/2007, s. 937).

⁶⁹ **Schmahl**, s. 16.

⁷⁰ **Schmahl**, s. 16.

⁷¹ ABAD, 27.06.2006, C-540/03, kn.22, "Familienzusammenführung" (Slg, 2006, I-5769; BeckRS, 2006, 70498; NJW, 45/2006, 3266; EuZW, 18/2006, s. 566).

⁷² **Lindner**, Josef Franz; "Grundrechtsschutz gegen gemeinschaftsrechtliche Öffnungsklauseln - Zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbereich der EU-Grundrechte", EuZW, 3/2007, s. 72; **Schmahl**, s. 16.

lerine karar vermelerinin mümkün olup olmadığı ve karar verebildikleri durumlarda da bu tedbirlerin kapsamı belirlenmelidir. Şekillendirme konusunda hareket özgürlüğü olmayan bağlı uygulama yasaları söz konusu olduğunda, ABAD'ın AFAM'ın görüşü ile uyumlu olan görüşüne göre, yalnızca Topluluk temel haklarına göre bir denetim gündeme gelmektedir⁷³. Buna karşılık, üye devletlerin kendilerine verilen uygulama hareket özgürlüğü çerçevesinde oluşturdukları uygulamaya yönelik tasarrufları, kural olarak, üye devletlerin temel haklarına göre denetlenmektedir⁷⁴. Fakat ulusal yasakoyucu, Topluluk İkincil Hukukunun kendi kuralını koyma uygulamasının söz konusu olduğu durumlarda, bu uygulama kullanıldığında veya ileri sürüldüğünde (krş. Şart m. 51, m. 1), ulusal temel haklar ile bağlı olmanın yanında, Topluluk temel haklarına da riayet etmek yükümlülüğündedir⁷⁵. Yani bu tür davalarda, temel hak korumasının ikiye katlanması söz konusudur⁷⁶. Üye devletlerin bir uygulama manevrası yapma hakkı mevcut olsa da, bu yalnızca ulusal temel haklara riayet edileceği anlamına gelmez, aksine zorunlu ortak hedeflerin yükümlendirmesi dolayısıyla aynı zamanda Topluluk temel haklarına da riayet edilmelidir⁷⁷.

AFAM "Emissionshandel" Kararında, çifte bir temel hak bağlayıcılığı sorunundan açıkça söz etmemesine rağmen, her iki mahkemenin değerlendirmeleri şu şekilde uzlaştırılabilir: Kural olarak, somutta uygulanan tasarruf hangi egemen güce aitse, o egemenliğin kendi temel hak katoloğuna göre denetim söz konusudur ve yargılama böylelikle uygun temel hak standardının korunması için aynı egemenlik alanında görevli ve yetkili olan mahkemeye düşer. Burada egemenliğin şekli doğası değil, aksine yalnızca hukuk

⁷³ **Schmahl**, s. 17.

⁷⁴ ABAD, 27.06.2006, C-540/03, kn.104, "Familienzusammenführung" (Slg, 2006, I-5769; BeckRS, 2006, 70498; NJW, 45/2006, 3266; EuZW, 18/2006, s. 566). Ayrıca bkz. **Rengeling**, Hans-Werner/**Szczekalla**, Peter; Grundrechte in der Europäischen Union: Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, Köln, Berlin, München 2004, kn.277 vd.

⁷⁵ ABAD, 27.06.2006, C-540/03, kn.105, "Familienzusammenführung" (Slg, 2006, I-5769; BeckRS, 2006, 70498; NJW, 45/2006, 3266; EuZW, 18/2006, s. 566). Ayrıca bkz. **Geiß**, s. 266.

⁷⁶ **Szczekalla**, Peter; "Grenzenlose Grundrechte", NVwZ, 9/2006, s. 1021; **Schmahl**, s. 17.

⁷⁷ **Schmahl**, s. 17. Krş. **Lindner**, "Öffnungsklauseln", s. 73; **Thym**, Daniel; "Europäischer Grundrechtsschutz und Familienzusammenführung", NJW, 45/2006, s. 3250.

düzenine yönelmiş gerçek içeriği söz konusudur. Topluluk ile ilişkilendirilmeyen ulusal tedbirler, üye devletler tarafından kural koyma alanında kullanıldığında, kural olarak, ulusal temel haklar kataloğuna tabi olurlar. Buna karşın Topluluk organlarının sorumluluk alanına giren egemenlik yetkilerinde, Topluluk temel haklarına göre denetim yapılacaktır; bu aynı zamanda yalnızca Topluluk ikincil mevzuatının kendisi ve bu mevzuata karşı ileri sürülmüş kendi hukukunu yaratma kuralına ilişkin iddialar ve bu mevzuatın zorlayıcı gereksinimleri için de geçerlidir. Buna göre, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 249. maddesinin III. fıkrası anlamında bir yönetmelik amacının zorunlu kıldığı bir üye devlet önlemi, Topluluk temel hakları ölçeğinde denetlenecektir⁷⁸.

Aracın ve şeklin seçimi çerçevesinde ikincil mevzuatın imkân verdiği hukuk yaratma özgürlüğünün kullanılmasına yönelik ulusal egemenlik yetkisi, bir taraftan ulusal ve diğer taraftan da -adeta amaç bakımından şekillenmiş olduğundan- Topluluk temel haklarına uygunluk koşuluna tabidir⁷⁹. "*Hukuk korumasının hukukun üstünlüğü açısından dayanılmaz ihlali*"nin bu öncülleri eleştiriliyor⁸⁰. Bu itirazlar iki nedenden dolayı tutarlı değildir: İlk olarak, farklı hukuki yollar veya hukuk koruma mekanizmalarından söz edilmeden, yalnızca denetim kriterlerine dayalı bir ayırım -ulusal temel haklar veya Topluluk temel hakları- söz konusudur. İkinci olarak, denetim kriterlerinin bu bölünmesi hukukun üstünlüğü açısından sakıncalı değildir; aksine egemenliği kullanan her güç, içerik olarak da sorumluluk taşıdığı gibi, temel hakların usul ve esas açısından korunmasından da sorumludur. Buna ek olarak, bu bulgu, Solange-II Olayına girmedikçe ve AFAM'ın rezerv yetkisi yeniden canlandırılmadıkça doğrudur⁸¹.

4. Ulusal Temel Hak Korumasının Topluluk Temel Hak Koruması İle İlişkisi

Uluslararası antlaşmaların akdi ile kurulan uluslararası örgütlerin kuruluşunun, Almanya'da iç hukukta bağlayıcı olması için, bu antlaşmaların

⁷⁸ Schmahl, s. 17.

⁷⁹ Szczekalla, s. 1021.

⁸⁰ Weidemann, Clemens; "'Solange-II' hoch 3? - Inzidentkontrolle innerstaatlicher Normen", NVwZ, 6/2006, s. 629.

⁸¹ Schmahl, s. 17-18.

AFA'nın 59. maddesinin II. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca uygun bulma kanunu ile onaylanması gerekir. Bu gereklilik ulus-üstü organize olmuş Avrupa Topluluğu kurucu antlaşmaları ve tüm değişiklik antlaşmaları için de geçerlidir. Zaten AFA, demokratik katılım yararına egemenlik haklarının devletlerarası kuruluşlara, Avrupa entegrasyonu için belirli ek gereklilikleri karşılamak zorunda olan şekli bir federal kanunla⁸² devrine izin vermektedir (AFA m. 23, f. 1, c. 2, 3). AFA'nın 23. maddesinde düzenlenen ve meşruyet dayanağı halk olan bu izlenebilir entegrasyon gücü (yetkisi), ulusal hukuk düzeninin açılması, böylelikle Almanya Federal Cumhuriyeti'nin AFA'nın geçerlilik alanında münhasır egemenlik iddiasının geri çekilmesini ve Topluluk Hukukunun uygulanabilirliğini ve doğrudan geçerliliğini mümkün kılar⁸³. Devleti çevreleyen egemenlik zırhı⁸⁴, Topluluk Hukukunun Almanya'da uygulanabilmesi için egemenlik haklarının devri sonucunda kısmen açılmıştır⁸⁵. Alman Devleti egemenlik yetkisinin devri kapsamında ulusal egemenlik alanında münhasır yargı yetkisini kaybetmektedir; karşılığında “entegrasyon alanında” uluslararası kuruluş kararlarının ortakça belir-

⁸² **Haratsch**, Andreas/**Koenig**, Christian/**Pechstein**, Matthias; *Europarecht*, 9. Aufl., Tübingen 2014, kn.138; **Hillgruber**, Andreas; “Art.23 - Europäische Union”, in: GG - Kommentar zum Grundgesetz, Hrsg. v. Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans Bernhard Brockmeyer, 13. Aufl., Köln 2014, kn.22.

⁸³ AFAM, İkinci Daire, 29.05.1974, 2 BvL 52/71, “Prüfung von sekundärem Gemeinschaftsrecht auf seine Vereinbarkeit mit den Grundrechtsnormen/Solange-I” (BVerfGE, 37, s. 280; NJW, 38/1974, s. 1697); AFAM, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, “Keine Überprüfung von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht durch BVerfG – Solange-II” (BVerfGE, 73, s. 375; NJW, 10/1987, s. 577; DVBl, 1987, s. 231; MDR, 1987, s. 290).

⁸⁴ Kavram açısından bkz. **Bleckmann**, Albert; “Nationales und europäisches Souveränitätsverständnis Strukturalistisches Modelldenken im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im Völkerrecht”, in: *Souveränitätsverständnis in den europäischen Gemeinschaften: Europäische Direktwahlen und staatliches Souveränitätsverständnis, auswärtige Befugnisse der europäischen Gemeinschaften und nationale auswärtige Gewalt; internationales Kolloquium, veranstaltet vom 2.-3. Dezember 1978*, Hrsg. v. Albert Bleckmann/Georg Ress, Baden-Baden 1980, s. 57; **Schmahl**, s. 32.

⁸⁵ AFAM, İkinci Daire, 29.05.1974, 2 BvL 52/71, “Prüfung von sekundärem Gemeinschaftsrecht auf seine Vereinbarkeit mit den Grundrechtsnormen/Solange-I” (BVerfGE, 37, s. 277 vd.; NJW, 38/1974, s. 1697).

lenmesi yetkisini elde etmektedir⁸⁶. Egemenlik yetkilerinin Avrupa Topluluğuna devrinde, bir taraftan egemenliğin delege edilmesi, diğer taraftan diğer taraf devlet vatandaşlarının iradeleriyle birlikte ortak egemenlik yetkilerini kullanan vatandaşların demokratik iradelerinin tezahürü söz konusudur⁸⁷.

Ancak AFA'nın 23. maddesi, Almanya'nın demokratik, hukukun üstünlüğü, sosyal ve federal devlet olma ilkelerine ve yerellik ilkesine saygı gösteren ve AFA ile önemli ölçüde karşılaştırılabilir bir temel hak koruması garanti eden AB'ye katılımı için hukuki bir dayanak oluşturur (AFA m. 23, f. I, c. 1). Ek olarak bu madde, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin anayasal düzeninin kimliğini ve bu kimliğin oluşturduğu yapıların egemenlik haklarının devri durumunda da terk edilemediğini düzenler (AFA m. 23, f. I, c. 2)⁸⁸. AFA'nın 23. maddesinin I. fıkrasının 3. cümlesinde öngörülen "anayasal varlığın korunması kuralı"⁸⁹, entegrasyon yetkisinin sınırını açıkça ortaya koyar. Bunun için AFA'nın 79. maddesinin III. fıkrası, Avrupa entegrasyon sürecinde müzakere edilemeyecek devletin anayasada düzenlenen yapısal ilkelerini, yani Birliğin ve Topluluğun genişlemesindeki somut sınırları içermektedir⁹⁰.

Bunun ötesinde AFAM, "Maastricht" Kararında, Topluluk mevzuatının gerçekten Topluluk antlaşmalarını uygun bulan ve egemenliğin devrini sağlayan ilgili iç hukuk yasalarına uygun olup olmadığını denetleme yetkisini

⁸⁶ **Grawert**, Rolf; "Der Deutschen supranationaler Nationalstaat", in: Offene Staatlichkeit: Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde, Hrsg. v. Rolf Grawert, Berlin 1995, s. 142; **Schmahl**, s. 32.

⁸⁷ **Pernice**, Ingolf; "Europäisches und nationales Verfassungsrecht", VVDStRL, 60/2001, s. 166 vd.; **Schmahl**, s. 32.

⁸⁸ AFAM, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, "Keine Überprüfung von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht durch BVerfG - Solange-II" (BVerfGE, 73, s. 375 vd.; NJW, 10/1987, s. 577; DVBl, 1987, s. 231; MDR, 1987, s. 290); 89, 155 (187). Ayrıca bkz. **Limbach**, s. 2916, 2917.

⁸⁹ "Anayasal varlığın korunması kuralı (Verfassungsbestandsklausel)"nın ayrıntılı açıklaması konusunda bkz. **Battis**, Ulrich/**Gusy**, Christoph; Einführung in das Staatsrecht, 4. Aufl., Berlin, Boston 2011, s. 116, kn.153.

⁹⁰ AFAM, 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2159/92, "Maastricht" (BVerfGE, 89, s. 179; BeckRS, 1993, 08465; NJW, 47/1993, s. 3047; EuZW, 1993, s. 667). Ayrıca bkz. **Schmahl**, s. 33; **Huber**, s. 37 vd.; **Scholz**, s. 202 vd.; **Haratsch/Koenig/Pechstein**, kn.141; **Hillgruber**, kn.29.

saklı tuttuğunu ifade etmiştir⁹¹. AFAM'a göre, Topluluk İkincil Hukuku, öngörülen dayanakların ve böylelikle sınırlı münferit yetki ilkesinin (Avrupa Topluluğu Anlaşması m. 5, f. I) ötesinde düzenleme getirdiğinde, Alman devlet organları "yetkilerini aşan" bu tasarrufları uygulayamayacaklardır. Bu açıklamalar "köprü teorisi"ne dayanır⁹². Buna göre, Topluluk organları tarafından ihdas edilen hukuk, köprü işlevi gören onay kanunu üzerinden Alman hukuk düzenine girer ve böylelikle iç hukuka nazaran uygulama önceliği kazanır. Bu köprü'nün "yetki aşımı (ultra-vires)" tasarrufu olması dolayısıyla taşıyamadığı (yani onay kanunu dışında kalan) Topluluk tasarrufları ise, Almanya'da hukuken bağlayıcı olamaz⁹³.

AFAM'ın bu ifadesi, Birlik üyesi tüm devletler tarafından Topluluk İkincil Hukukunun geçerliliğini ve uygulanmasını zorunlu gözetleme yetkisinin ABAD'a bırakıldığı Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 220. maddesi ile uyumlu değildir⁹⁴. Yargı işlevinin ABAD'a aktarılması, sözleşmesel dayanakların ABAD tarafından yanlış yorumlanması olasılığını da kabullenmeyi gerektirir⁹⁵. Bu durum, Birincil Hukuk yönergelerinin ihlalinin tespitinin - kabul edilen bakış açısına göre- oldukça tartışmalı olabileceği hallerde daha da geçerlilik kazanır⁹⁶.

⁹¹ AFAM, 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2159/92, "Maastricht" (BVerfGE, 89, s. 210; BeckRS, 1993, 08465; NJW, 47/1993, s. 3047; EuZW, 1993, s.667).

⁹² **Schmahl**, s. 33. Ayrıca bkz. **Kirchhof**, Paul; "Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen", JZ, 1998, s. 966.

⁹³ AFAM, 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2159/92, "Maastricht" (BVerfGE, 89, s. 188; BeckRS, 1993, 08465; NJW, 47/1993, s. 3047; EuZW, 1993, s. 667). Aynı yönde bkz. AFAM, 08.04.1987, 2 BvR 687/85, "Kloppenburg" (BVerfGE, 75, s. 242; NJW, 23/1988, s. 1459; DVBl, 1988, s. 38; NVwZ, 1988, s. 621). Ayrıca bkz. **Schmahl**, s. 33.

⁹⁴ **Mayer**, Franz C.; Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung: Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen; eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA, München 2000, s. 113 vd.

⁹⁵ **Dörr**, s. 1095-1096; **Schmahl**, s. 33; **Klein**, Eckart; "Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft", VVDStRL, 50/1991, s. 66 vd.; **Haratsch/Koenig/Pechstein**, kn.143. Farklı görüş için bkz. **Hillgruber**, kn.22.

⁹⁶ AFAM, 08.04.1987, 2 BvR 687/85, "Kloppenburg" (BVerfGE, 75, s. 242 vd.; NJW, 23/1988, s. 1459; DVBl, 1988, s. 38; NVwZ, 1988, s. 621); AFAM, 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2159/92, "Maastricht" (BVerfGE, 89, s. 155; BeckRS, 1993, 08465; NJW,

Nihayetinde AFAM'ın "Maastricht" Kararı, bir topluluk tasarrufunun uygulanmasını bir üye devletin kendi kararına bağımlı kılar ve Topluluk Hukuku'nun birliğini tehlikeye düşürür. Bu nedenle AFAM'ın denetim yetkisi, kural olarak, yalnızca Almanya Federal Cumhuriyeti'nin egemenlik güçlerinin Topluluğa aktarılmasında anayasa hukuksal sınırlara uyulup uyulmadığını denetlemekle sınırlı tutulmuştur⁹⁷. Topluluk İkincil Hukuku tasarrufunun geçerliliği konusundaki ABAD'ın değerlendirmesi alışılmamış şekilde hukuka aykırı ise, yani Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 220. maddesine göre, ABAD, görev ve yetkilerini ciddi ve bariz bir şekilde aşmışsa; böylelikle bu davranışıyla artık Topluluk Birincil Hukukuna dayanamıyorsa ve aynı zamanda entegrasyon sınırını oluşturan yapısal ilkeleri ihlal ediyorsa, Almanya Federal Cumhuriyeti ABAD'ın yargısına (istisnai olarak) riayet etmeyebilir⁹⁸. Bu hukuki durum, anayasa hukuku açısından AFA'nın 79. maddesinin III. fıkrasının öngördüğü sınırı yansıtır⁹⁹. AFA'nın 79. maddesinin III. fıkrasının koruduğu anayasal kimliğin korunması çekincesi, temel haklara ilişkin sorunlarda AFAM'ın denetim yetkisinin sınırını oluşturur. Topluluk alanlarında esas itibarıyla AFA ile kıyaslanabilir bir temel hak koruması garanti edildiği sürece, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin egemenlik iddiası işlemeyecektir¹⁰⁰.

C. Ulusal Temel Hak Koruması İle Birlik Temel Hak Koruması Arasında Sınırın Belirlenmesi

Bu kararlar dolayısıyla ulusal ve Topluluk temel hak koruması arasındaki ilişki çözülmüş olarak kabul edilebilir. Fakat ulusal temel hak korumasının Birlik temel hak korumasını nasıl sınırlayacağı sorusu cevapsız kalmaktadır¹⁰¹. Çünkü dış politikada ikinci ve iç politikada üçüncü sütün

47/1993, s. 3047; EuZW, 1993, s. 667). Ayrıca bkz. **Schmahl**, s. 33; **Winkelmann**, Ingo (Hrsg.); Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993 - Dokumentation des Verfahrens mit Einführung, Berlin 1994, s. 53 vd.

⁹⁷ **Schmahl**, s. 34.

⁹⁸ **Jarass/Beljin**, s. 3; **Schmahl**, s. 34.

⁹⁹ **Haratsch/Koenig/Pechstein**, kn.144; **Schmahl**, s. 34.

¹⁰⁰ **Schmahl**, s. 34.

¹⁰¹ **Schmahl**, s. 18.

olarak geçerli olan Birlik Birincil ve İkincil Hukuku, genel olarak bilenen ulus-üstü Topluluk Hukukuna ait değildir. Fakat bununla birlikte, aynı zamanda alışılmış bir Devletler Hukuku da söz konusu değildir¹⁰². Birlik Hukuku, ortak eğilimle birlikte ayrı bir uluslararası hukuk sistemi yarattı¹⁰³. Bu özellikle yasama yetkilerinin ve hukuki denetimlerin Topluluk yönünde yapılandırılması dolayısıyla, her şeyden önce “Polis ve Cezai Konularda Adli İşbirliği (PJZS)” üçüncü sütununda geçerlidir ve aynı zamanda “Ortak Dış ve Güvenlik Politikası (GASP)” sütununda da tamamen dışlanmış değildir. ABA'nın 6. maddesi, Birliğin yapısal ilkelerini bu üç sütunun etkisiyle belirlemektedir. ABA'nın 3. maddesinin I. fıkrası da, üç sütunlu yapının tümünde Topluluk müktesebatının yalnızca korumakla yetinilmemesi, aynı zamanda geliştirilmesi gerekliliğini, Avrupa entegrasyon sürecinin önemli dinamiklerinden biri olarak kabul eder¹⁰⁴. Hatta ABA'nın 42. maddesinin bağlantısı, üçüncü sütuna ilişkin konularda Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda basit Antlaşma değişikliklerini mümkün kılmaktadır¹⁰⁵.

1. İç Politikaya İlişkin Üçüncü Sütunda Temel Hak Koruması

a. Üçüncü Sütundan İlk Sütuna Doğru Yargısal Yakınlaştırma

Her ne kadar ABAD, üçüncü sütun ile ilgili karşılaştırılabilir denetim yetkisini ABA çerçevesinde olduğu gibi geniş bir ölçüde kararlaştırmaz ve kendi yetkilerini ABA'nın 35. maddesi ile ilişkisi bağlamında 46. maddenin “b” bendine göre genişletmez ise de; ABAD, üçüncü sütunda, sistemi etkileyen yorum yetkisi içeren Antlaşma'nın uygulanmasında ve yorumlanma-

¹⁰² AFAM, 18.07.2005, 2 BvR 2236/04, “Europäischer Haftbefehl” (BVerfGE, 113, s. 301; NJW, 32/2005, s. 2289; DVBl, 2005, s. 1119). Ayrıca bkz. **Schmahl**, s. 18.

¹⁰³ **Giegerich**, Thomas; “Verschmelzung der drei Säulen der EU durch Europäisches Richterrecht?”, *ZaöRV*, 67/2007, s. 353; **Halter**, Ulrich; “Rechtsschutz in der dritten Säule der EU”, *JZ*, 15-16/2007, s. 777.

¹⁰⁴ **Giegerich**, s. 361.

¹⁰⁵ **Jour-Schröder**, Alexandra/**Konow**, Christian; “Die Passerelle des Art.42 EU-Vertrag - Macht sie die Regeln des Verfassungsentwurfs für einen europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts obsolet?”, *EuZW*, 18/2006, s. 550 vd.; **Schmahl**, s. 19.

sında hukukun korunması ile¹⁰⁶ görevlendirilmiş durumdadır¹⁰⁷. Bu duruma göre, ABAD, ABA'da, özellikle üçüncü sütunda, genel olarak yazılı olmayan ve onsuз Birliğin ABA'nın 1. maddesinin I., II. ve III. fıkralarında yazılı olan görevlerini Birlik Hukukunun tekdüze bir şekilde uygulanması açısından yerine getiremeyeceği güvenli bir işbirliği esasını¹⁰⁸ tanıır¹⁰⁹. 2007 tarihli "Gestoras Pro Amnistía" ve "Segi" davalarından beri, ABAD, inandırıcı şekilde, niteliği ya da şekli ne olursa olsun üçüncü kişilere karşı hukuki etkileri olduğu sürece Konseyin tüm tedbirlerini denetlenebilir ikincil hukuk kuralları arasında saymıştır¹¹⁰.

Nihayetinde ABAD, 2005 tarihli "Pupion" Davasında, ulusal hukukun çerçeve kararlara uygun yorumu emrini bir çerçeve kararın hedeflerinin bağlayıcı doğasından ve Birliğe sadakat yükümlülüğünde olduğu gibi "yararlı etki (effet utile)" ilkesinden geliştirdi¹¹¹. Böylelikle ABAD, açıkça, Topluluk Hukukunun yasal olarak bağlayıcı gereksinimlerinin etkin bir şekilde uygulanmasına hizmet eden ve ulusal hukukun yönetmeliklere uygun yorumunun incelendiği kararlara¹¹² dayandı¹¹³.

ABAD, bu durumda, ABA'nın 34. maddesinin II. fıkrasının "b" bendinde belirtilen çerçeve kararların doğrudan etkisi yasağına karşı koymakla suçlanıyor¹¹⁴. Gerçekte, çerçeve kararlara uygun yorum, ulusal karar maka-

¹⁰⁶ **Giegerich**, s. 366. Ayrıca ABA'nın 46. maddesi ile ilişkisi bağlamında Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 220. maddesi ile krş.

¹⁰⁷ ABAD, 27.02.2007, C-354/04 P, kn.53, "Gestoras Pro Amnistía" (Slg, 2007, I-1579; JZ, 2007, s. 781); ABAD, 27.02.2007, C-355/04 P, "Segi" (Slg, 2007, I-1657).

¹⁰⁸ ABAD, 22.10.1987, 314/85, "Foto-Frost" (Slg, 1987, s. 4199; BeckRS, 2004, 70741; NJW, 23/1988, s. 1451).

¹⁰⁹ **Schmahl**, s. 19.

¹¹⁰ ABAD, 27.02.2007, C-354/04 P, kn.53-55, "Gestoras Pro Amnistía" (Slg, 2007, I-1579; JZ, 2007, s. 781); ABAD, 27.02.2007, C-355/04 P, "Segi" (Slg, 2007, I-1657).

¹¹¹ ABAD, Büyük Daire, 16.06.2005, C-105/03, kn.41 vd., "Pupino" (Slg, 2005, I-5285; NJW, 39/2005, s. 2839; DVBl, 2005, s. 1189).

¹¹² Krş. ABAD, 10.04.1984, 14/83, "Colson und Kamann" (Slg, 1984, s. 1891; NJW, 36/1984, s. 2021); ABAD, 05.10.2004, C-397/01, C-398/01, C-399/01, C-400/01, C-401/01, C-402/01, C-403/01, kn.114 vd., "Pfeiffer" (Slg, 2004, I-8835; NJW, 49/2004, s. 3547).

¹¹³ **Schmahl**, s. 20.

¹¹⁴ **Klink**, Thomas/**Proelß**, Alexander; "Zur verfassungsgerichtliche Kontrolldichte bei Umsetzungsakten von Rahmenbeschlüssen der EU", DÖV, 2006, s. 472.

mının doğrudan sonuca yönelik kabullenimini sonuçlayan doğrudan etkilerin daha az şekli olmasına yol açtı¹¹⁵. Gerçi Mahkeme, açıkça, cümlenin son kısmında “b” harfi ile ifade edilen çekincenin yalnızca doğrudan kullanılabilirliğe, yani ulusal bir karara doğrudan ve çerçeve kararın belirlemesiyle ulusal bir hukuk kuralına yönelik dolambaçlı yol olmadan yöneltmesini görünüşte varsayar¹¹⁶. Buna karşın -uluslararası hukuka uygun her yorumda olduğu gibi- çerçeve karara uygun yorum da ulusal hukukun yorumuna dayanır¹¹⁷, dolayısıyla Birlik İkincil Hukuku kurallarının doğrudan etkisi ikinci planda kalır¹¹⁸. Çekincenin ABA'nın 34. maddesinin II. fıkrasının “b” kısmının anlamı ile uyumlu bu sınırlı yorumu, Avrupa Entegrasyon Sözleşmesi'nin ABA ile de düzenlenen (m.1, f.II) optimizasyon yükümlülüğüne göre haklıdır¹¹⁹.

Bu nedenle ABA'nın 34. maddesinin II. fıkrasının “c” bendine göre bağlayıcı olan fakat doğrudan etkili olmayan kararlara “Pupino Yaklaşımı”nın etkisi de adeta kaçınılmaz oluyor¹²⁰. Aynı durum, eksik doğrudan etkilerine rağmen diğer ulusal uygulama tedbirleri olmaksızın bireylerin hukuki durumlarını ihlal eden ABA'nın 34. maddesinin II. fıkrasının “a” bendi anlamındaki ortak pozisyonlar için de geçerlidir¹²¹. ABA'nın 34. maddesinin II. fıkrasının “d” bendinde öngörülen antlaşmalarla ilgili olarak da, şayet bir sözleşmenin belirli hükümlerinin doğrudan uygulanması kabul

¹¹⁵ **Fetzer**, Thomas/**Groß**, Thomas; “Die Pupino-Entscheidung des EuGH - Abkehr vom intergouvernementalen Charakter der EU? - Erwiderung auf Herrmann, EuZW 2005, 436”, EuZW, 18/2005, s. 551.

¹¹⁶ Krş. Hukuk Sözcüsü Juliane Kokott'un “Pupino” Kararındaki görüşü [ABAD, Büyük Daire, 16.06.2005, C-105/03, kn.35, “Pupino” (Slg, 2005, I-5298; NJW, 39/2005, s. 2839; DVBl, 2005, s. 1189)].

¹¹⁷ ABAD, Büyük Daire, 16.06.2005, C-105/03, kn.47, “Pupino” (Slg, 2005, I-5285; NJW, 39/2005, s. 2839; DVBl, 2005, s. 1189).

¹¹⁸ **Herrmann**, Christoph; “Anmerkung”, EuZW, 14/2005, s. 437.

¹¹⁹ **Skouris**, Vassilios; “Rechtswirkungen von nicht umgesetzten EG-Richtlinien und EU-Rahmenbeschlüssen gegenüber Privaten”, ZEuS, 2005, s. 475; **Schmahl**, s. 20.

¹²⁰ **Schmahl**, s. 21.

¹²¹ Hukuk Sözcüsü Mengozzi'nin “Gestoras pro Amnistía” Kararındaki görüşü [ABAD, 27.02.2007, C-354/04 P, kn.133, “Gestoras Pro Amnistía” (Slg, 2007, I-1579; JZ, 2007, s. 781)]. Ayrıca bkz. **Giegerich**, s. 376.

edilemezse, sözleşme metni en azından ulusal hukukun sözleşmeye uygun yorumunu gerektiren ve koşulsuz ve kesin olan bir olasılık belirler¹²².

b. Birlik Temel Haklarının Üye Devletlerde Bağlayıcılığı

ABAD, üçüncü sütundan birinci sütuna doğru yakınlaşma yönünde bir adımı da, her şeyden önce 2005 tarihli “Pupino” ve 2007 tarihli “Gestoras Pro Amnistía” kararlarında attı: Daha sonra AB temel hakları, ABA’nın 6. maddesinin II. fıkrasına göre¹²³, her iki sütunda da yalnızca Avrupa organlarını değil, aynı zamanda bağlayıcı Birlik Hukukunun yerine getirilmesinde de üye devletleri bağlar¹²⁴. Bu içtihatlardan biri, üye devletlerin örneğin bir çerçeve kararda olduğu gibi ulusal hukukun Birlik hukukuna veya çerçeve karara uygun yorumundan önce, öncelikle bu öncelikli temel haklarla uyum içinde yorumlanmak zorunda olan bir Birlik İkincil Hukuku kuralını takip etmelerine yöneliktir. Böylelikle ABAD, üçüncü sütunda Birlik Hukukunun gerçi doğrudan değil¹²⁵, fakat dolaylı kullanım önceliğini de gerekçelendirir¹²⁶. Çünkü üye devletin tüm hukukunun Birlik Hukukuna uygun yorumuna yönelik AB-anayasa hukuksal yükümlülükleri, ulusal hukukun

¹²² **Schmahl**, s. 21; **Adam**, Michael; “Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht”, EuZW, 18/2005, s. 561.

¹²³ ABAD, İHAM’ın yorumundaki İHAS garantilerini ve yazılı olmayan Birlik temel haklarının içeriklerinin bir belgesi olarak Şartı’ı dikkate almaktadır. Bkz. ABAD, Büyük Daire, 03.05.2007, C-303/05 P, kn.48-60, “Advocaten voor de Wereld” (Slg., I-3633; BeckRS, 2007, 70280; NJW, 31/2007, s. 2237; DVBl, 2007, s. 897).

¹²⁴ ABAD, 27.02.2007, C-354/04 P, kn.51, “Gestoras Pro Amnistía” (Slg, 2007, I-1579; JZ, 2007, s. 781). Ayrıca bkz. **Egger**, Alexander; “Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte in der III. Säule”, EuZW, 21/2005, s. 655. Nitekim AB’nin çok düzeyli sisteminde Birlik Hukukunun korunması yalnızca ABAD’a düşen bir görev değildir. Üye devlet mahkemeleri de kendi ulusal hukuklarının korunması yanında, doğrudan etkisi dolayısıyla Avrupa Hukukunun kullanılmasında ve icrasında bu hukuku da korumakla görevlidirler. Bu sistem ortaklaşa gerçekleştirilen Avrupa Hukukunun korunmasında tatmin edici bir fonksiyon icra eder (**Schwarze**, Jürgen; “Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union”, DVBl, 9/2014, s. 540).

¹²⁵ Krş. **Dederer**, s. 589.

¹²⁶ Aynı yönde bkz. **Herrmann**, Christoph; Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Berlin 2003, s. 438; **von Unger**, Moritz; “Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht”, NVwZ, 1/2006, s. 48.

münferit durumlarda farklı yorumlara yol açan tüm yorum metodlarına nazaran öncelik (üstünlük) iddiasındadır¹²⁷.

Özellikle vurgulamaya layık yenilik içeren diğer kararda ise, örneğin bir çerçeve kararının uygulanmasına yönelik ulusal yasa hükmünün, şayet bu hüküm çerçeve karar dolayısıyla tamamen ve herhangi bir şekillendirme manevra alanı olmadan belirlenebiliyorsa ve belirlenebildiği sürece ulusal temel haklara göre artık denetlenebileceği öngörülmektedir¹²⁸. Tüm Birlik Hukukunun kullanım önceliğini belirleyen ve -bununla birlikte daha ölçülü biçimde- Lizbon Reform Antlaşması'na eklenen Anayasa Antlaşması'nın I-6. maddesinin düzenlenmiş olması, bu kabullenimi destekler¹²⁹.

AFAM, şimdiye kadar üçüncü sütuna ilişkin temel hak koruması sorunları hakkında bir karar vermedi. 2005 tarihli "Europäischer Haftbefehl (Avrupa Tutuklama Emri)" Kararında, "Solange II" Kararını üçüncü sütuna da genişletmek ve Alman uygulama hükümlerini bunlar bir çerçeve karar ile tümüyle belirlendiği sürece ulusal temel hakların özelliklerine göre denetlemekten vazgeçmek konusunda istekli olup olmadığı yönünde açık bir ifade yoktu¹³⁰. Fakat en azından İkinci Daire, "Avrupa Tutuklama Emri Çerçeve Kararı"na uygun hazırlanan (ilk) Alman Tutuklama Emri Yasası'nı yalnızca Çerçeve Kararca yükümlendirilen kural koyma manevra alanı temel hakları koruyucu yönde kullanılmadığı gerekçesiyle iptal etti¹³¹. Birinci Dairenin

¹²⁷ **Schmahl**, s. 21. Ayrıca bkz. Hukuk Sözcüsü Juliane Kokott'un "Pupino" Kararındaki görüşü [ABAD, Büyük Daire, 16.06.2005, C-105/03, kn.37 vd., "Pupino" (Slg, 2005, I-5285; NJW, 39/2005, s. 2839; DVBl, 2005, s. 1189)]; AFAM, 07.05.1953, 1 BvL 104/52 (BVerfGE, 2, s. 282; NJW, 29/1953, s. 1057; DVBl, 1953, s. 380); AFAM, 24.04.1985, 2 BvF 2/83, 2 BvF 3/83, 2 BvF 4/83, 2 BvF 2/84 (BVerfGE, 69, s. 55; NJW, 27/1985, s. 1519; DVBl, 1985, s. 671).

¹²⁸ **Masing**, Johannes; "Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten", NJW, 5/2006, s. 266. Farklı yönde bir görüş için bkz. **Baddenhausen**, Hildegard/**Pietsch**, Johann; "Rahmenbeschlüsse der Europäischen Union", DVBl, 2005, s. 1564.

¹²⁹ **Schmahl**, s. 22.

¹³⁰ **Schmahl**, s. 22. Farklı görüş için bkz. Hâkim Lübke-Wolff'un "Europäischer Haftbefehl" Kararındaki ayrık oy gerekçesi [AFAM, 18.07.2005, 2 BvR 2236/04, "Europäischer Haftbefehl" (BVerfGE, 113, s. 301; NJW, 32/2005, s. 2289; DVBl, 2005, s. 1119)].

¹³¹ AFAM, 18.07.2005, 2 BvR 2236/04, "Europäischer Haftbefehl" (BVerfGE, 113, s. 301; NJW, 32/2005, s. 2289; DVBl, 2005, s. 1119).

“Emissionshandel” Kararında bu düşüncelere açıkça atıf yapması bir rastlantı değildir¹³².

c. “Solange-II” İçtihadının Üçüncü Sütuna Genişletilememesi

“Avrupa Tutuklama Emri Yasası” Yargılamasında, somut olayda, mevcut ulusal uygulama manevra alanı ihtarı dolayısıyla AB’nde “Polis ve Cezai Konularda Adli İşbirliği (PJZS)” üçüncü sütunu çerçevesinde esasında anayasada karşılaştırılabilir temel haklar korumasının genel olarak güvence altına alınıp alınmadığı gibi önemli ön sorunlar cevapsız kaldı¹³³.

AFA’nın 23. maddesinin I. fıkrasının ilk cümlesi de karşılaştırılabilir temel hak korumasında hangi kriterlerin uygulanabileceği konusunda bilgi içermediğinden, AFAM’ın “Solange-II” İçtihadı, (maddi önlemler yanında) önemli ölçüde Avrupa alanında ikame edilebilir hukuk korumasını açık bıraktı. Bu nedenle önemli olan, üçüncü sütunda ABAD’ın etkili bir temel hak korumasını garanti edip etmediğidir. Bu arada ABAD’ın, ABA’nın 35. maddesinin düzenlemesinden -Birlik Hukukunun tekdüzeliği nedeniyle- çıkardığı geniş yoruma rağmen, endişeler devam etmektedir¹³⁴. Hem ABA’nın 35. maddesinin I-III. fıkralarına göre ön karar prosedüründe, hem de aynı maddenin VI. fıkrasındaki geçersizlik davası prosedüründe tam bir hukuki koruma garanti altına alınmaktadır. Gerçi Alman mahkemeleri için şablon yargılama prosedürü (Vorlageverfahren) kısıtlama olmaksızın açılır ki bu ön karar prosedüründen kaynaklanan etkileri göstermez. Geçersizlik davası prosedüründe, her şeyden önce bireylerin dava açma yetkisi eksiktir. Bu nedenle Birlik Hukukunun mevcut durumuna göre, “Solange-II” İçtihadının üçüncü sütuna götürü aktarımı her durumda gerçekleşmemektedir¹³⁵.

2. Dış Politika İkinci Sütununda Temel Haklara İlişkin Sorunlar

Bu bulgular, bir “İlk Hak Sonucu (Erst-recht-Schluß)” yoluyla ikinci sütun için de geçerlidir. Çünkü ABAD, “Ortak Dış ve Güvenlik Politikası

¹³² **Schmahl**, s. 22. Krş. AFAM, 13.03.2007, 1 BvF 1/05, kn.70, “Emissionshandel” (BVerfGE, 118, s. 79; BeckRS, 2007, 23751; DVBl, 2007, s. 821; NVwZ, 8/2007, s. 937).

¹³³ **Schmahl**, s. 22.

¹³⁴ **Schmahl**, s. 23.

¹³⁵ **Schmahl**, s. 23. Farklı görüş bkz. **Masing**, s. 265 vd.

(GASP)" sütunundaki İkincil Hukukun Birliğin somut temel hak standartlarına karşı ihlallerinde Birlik Hukuku tarafından halen yetkilendirilmemiş olduğundan, "Ortak Dış ve Güvenlik Politikası (GASP)" sütununda, ABA'nın 40. maddesine uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 275. maddesinin 2. paragrafında öngörülen bazı kararların hukuka uygunluğunun gözden geçirilmesi hariç olmak üzere, yargı yetkisine sahip değildir¹³⁶.

III. TEMEL HAKLARIN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NCA KORUNMASI

A. Avrupa Topluluğu Temel Hak Korumasının Güçlenmesi

1980'lerin başından itibaren, özellikle de 1985-1995 yılları arasında, öncelikle iç pazarın inşası ve derinleştirilmesine ve ardından ekonomik olmayan alanlarda da entegrasyon amacının genişletilmesine yönelik yoğunlaşan çabalar¹³⁷, ulusal anayasa hukuku ve Avrupa Topluluğu Hukuku arasındaki ilişkiyi önemli ölçüde değiştirdi. Avrupa Topluluğu, gittikçe artan ölçüde, üyesi devletler içerisinde devlet benzeri egemenlik fonksiyonlarını üzerine almaya başladı. Ulus-üstü kurumlarda ortaya çıkan egemenlik gücünün bu hukuki ve eylemsel yayılmasının bir bağlantısı olarak, Topluluk temel hakları koruma standardı da bir dereceye kadar hız kazandı¹³⁸. ABAD, özellikle AB organlarının ve üyelerinin AB'yi oluşturan sözleşmelere uygun davranıp davranmadıklarını kontrol etmek zorundadır. Sözleşmeler, gerçi Lizbon Sözleşmesinin yürürlüğe girişine kadar bir temel haklar kataloğu içermemelerine rağmen, burada Topluluğun anayasal belgeleri olarak değerlendirilebilirler¹³⁹. ABAD tarafından talep edilen Topluluk Hukukunun önceliği, Topluluk Hukuku temel hak normlarının eksikliğine rağmen Sözleşme Hukukunda temel hakların konusu ve koruyucusu olarak anlaşıldığından üye

¹³⁶ **Schmahl**, s. 23.

¹³⁷ **Oppermann**, Thomas/**Classen**, Claus Dieter/**Nettesheim**, Martin; *Europarecht: Ein Studienbuch*, 6. Aufl., München 2014, § 1, kn.32-37.

¹³⁸ **Schmahl**, s. 10. Ayrıca bkz. **Wollenschläger**, s. 578.

¹³⁹ **Limbach**, s. 2914.

devlet hukuku açısından bağlayıcıdır¹⁴⁰. Bu nedenle, o zamandan beri ABAD, yerleşmiş içtihadında -diğerleri yanında AFAM'ın "Solange-I" içtihadında da talep ettiği gibi¹⁴¹-, Topluluk temel haklarının maddi hukuksal içeriğini üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden ve bu devletlerin onayladıkları özellikle İHAS¹⁴² gibi insan hakları sözleşmelerinden geliştirdi ve bu arada hukuken aslında o zaman için bağlayıcı olmayan Şart ile de bu konuda dolaylı bir hukuki ilişki kurulmasına hükmetti¹⁴³.

B. Topluluk Temel Haklarının Üye Devletler İçin Bağlayıcı Hale Gelmesi

Topluluk organları tarafından kullanılan egemenlik kudretinin hukuken korunmasına yönelik yarar, her şeyden önce Topluluk temel haklarının gelişmesini sağladı. Zira Topluluk temel hakları üye devletlerin bütünleşmesine de hizmet etti¹⁴⁴. Gerçi burada üye devletler çoktan iç hukukları ve uluslararası hukuk yoluyla temel hakların korunması ile yükümlenmiş olduklarından, karşılaştırılabilir bir koruma boşluğundan söz edilemez. Bu aynı zamanda, Topluluk Hukuku ile üye devlet hukuku arasındaki spesifik

¹⁴⁰ **Scheuing**, Dieter H.; "Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten", EuR, 2/2005, s. 163.

¹⁴¹ Krş. **Kirchhof**, Paul; "Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung", EuGRZ, 1994, s. 24.

¹⁴² İHAS'ın ayrıntılı tarihsel gelişimi için bkz. **Klein**, Eckart; "Dogmatische und methodische Überlegungen zur Einordnung der Europäischen Menschenrechtskonvention in den Grundrechtsfundus der Europäischen Union", in: Rechtsstaatliche Ordnung Europas: Gedächtnisschrift für Albert Bleckmann, Hrsg. v. Eckart Klein u.a., Köln, Berlin, München 2007, s. 258; **Uerpman-Witzack**, s. 916 vd.

¹⁴³ ABAD, 27.06.2006, C-540/03, kn.38, "Familienzusammenführung" (Slg, 2006, I-5769; BeckRS, 2006, 70498; NJW, 45/2006, 3266; EuZW, 18/2006, s. 566). Topluluk yargısı daha önce yalnızca destekleyici argüman olarak Şart'tan söz etmişti. Bkz. ABAD, Birinci Genişletilmiş Daire, 20.02.2001, T-112/98, kn.76, "Mannesmannröhren-Werke" (Slg, 2001, II-729; EuR, 3/2001, s. 427; NJW, 7/2002, s. 502; EuZW, 2001, s. 345); ABAD, 03.05.2006, T-439/04, kn.21, "Eurohypo" (Slg, 2006, II-1269; GRUR, 2006, s. 770). Ayrıca bkz. **Schmahl**, s. 10; **Limbach**, s. 2914; **Uerpman-Witzack**, s. 923.

¹⁴⁴ **Klein**, Eckart; "Gedanken zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts", in: Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, Hrsg. v. Joachim Burmeister, München 1997, s. 1307; **Giegerich**, s. 364.

bağlantıların arka planı ve Topluluk Hukukunun Topluluk temel haklarına genel olarak yönlendirilmesinde de geçerlidir¹⁴⁵. ABAD, bu nedenle, ilk kez 1989 tarihli “Wachauf” Davasında¹⁴⁶, üye devletlerin Topluluk temel haklarına riayet etmekle yükümlü olduklarını vurguladı¹⁴⁷.

Topluluk Hukuku bağlayıcı önlemlere doğrudan zorladığı sürece, hemen hemen toplumun “uzatılmış kolu” olarak kabul edilmiş olan Topluluk temel hakları, fiilen üye devletlerin egemenlik yetkisi için de bağlayıcıdır¹⁴⁸. ABAD’ın görüşüne göre, Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanmasında da, Topluluk, üye devletlerinin yasal işlemlerinin ortak yaratıcısı olarak etki etmektedir¹⁴⁹. Hatta üye devleti, gerek açıkça yazılı sınırlamalar yoluyla¹⁵⁰, gerekse yazılı olmayan kamu yararı çekinceleri yoluyla¹⁵¹ ulusal sınırlamalar

¹⁴⁵ **Scheuing**, s. 163.

¹⁴⁶ ABAD, 13.07.1989, 5/88, “Wachauf” (Slg, 1989, s. 2639 vd.).

¹⁴⁷ **Schmahl**, s. 10.

¹⁴⁸ Krş. ABAD, 13.07.1989, 5/88, “Wachauf” (Slg, 1989, s. 2639 vd.); ABAD, 24.03.1994, C-2/92, “Bostock” (Slg, 1994, I-983); ABAD, 18.12.1997, C-309/96, kn.13 vd., “Annibaldi” (Slg, 1997, I-7493).

¹⁴⁹ Krş. ABAD, 10.04.1984, 14/83, “Colson und Kamann” (Slg, 1984, s. 1909; NJW, 36/1984, s. 2021); ABAD, 20.05.2003, C-465/00, C-138/01, C-139/01, kn.39 vd., “ORF” (Slg, 2003, I-4989; DVBl, 2003, s. 1163). Aynı yönde bkz. **Scheuing**, s. 171 vd. Eleştirel açıdan yaklaşan görüşler için bkz. **Jürgensen**, Thomas/**Schlünder**, Irene; “EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten”, AöR, 121/1996, s. 211 vd.; **Ruffert**, Matthias; “Die künftige Rolle des EuGH im europäischen Grundrechtssystem”, EuGRZ, 2004, s. 470. Daha sonra bu görüşü, Topluluk Hukukunun garanti ettiği hakların gerçekleştirilmesinin üye devlet yargılama hukukları tarafından engellenememesi görüşü izler. Bkz. ABAD, 10.04.2003, C-276/01, kn.71, “Steffensen” (Slg, 2003, I-3735; EuZW, 2003, s. 666; NVwZ, 2003, s. 1363).

¹⁵⁰ Krş. ABAD, 18.06.1991, C-260/89, kn.42, “ERT” (Slg, 1991, I-2925; BeckRS, 2004, 75777; NJW, 1992, s. 2621); ABAD, 08.04.1992, C-62/90, kn.23, “Komisyon/Almanya” (Slg, 1992, I-2575; NJW, 24/1992, s. 1553; NVwZ, 1993, s. 53); ABAD, 13.04.2000, C-292/97, kn.37, “Karlsson” (Slg, 2000, I-2737). Aynı yönde bir görüş için bkz. **Ehlers/Becker**, § 14, kn.34. Eleştirel bir görüş için ise bkz. **Ruffert**, Matthias; “Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte”, EuGRZ, 1995, s. 529.

¹⁵¹ ABAD, 05.10.1994, C-23/93, kn.22 vd. “TV 10” (Slg, 1994, I-4795; EuZW, 1995, s. 60); ABAD, 26.06.1997, C-368/95, kn.24, “Familiapress” (Slg, 1997, I-3689; EuZW, 1997, s. 211); ABAD, 12.06.2003, C-112/00, kn.70 vd., “Schmidberger” (Slg, 2003, I-

getirme konusunda yetkilendiren koşullu durumlarda da, Topluluk temel hakları, ABAD'a göre, temel özgürlüklerin tümü için dalgalanma etkisi ve böylelikle üye devletler için reserve edilmiş olağanüstü dönemler oluşturur¹⁵². Topluluk Hukukunun tüm kullanım alanlarında, Topluluk temel haklarının standartlarına aykırı bir davranışa izin verilmemektedir¹⁵³. Üye devletler, temel özgürlükleri sınırlamayı amaçlayan kuralları, "Topluluk temel haklarına uygun" yorumlama ve çatışma durumunda da uygulamama hakkına sahiptirler¹⁵⁴.

C. Lizbon Antlaşması'ndan Sonraki Durum

ABA'nın 6. maddesinin yürürlüğe girişinden bu yana Avrupa temel haklar rejimi, değişim ve süreklilik arasında bulunmaktadır. Değişim, Şart'ın oluşumuyla temel haklar kodifikasyonunun ilk kez yürürlüğe girişini ifade eder (ABA m. 6, f. I). ABA'nın 6. maddesinin II. fıkrası, yeni bir yetki alanını ve İHAS'a katılım için bir yükümlülüğü birlikte getirir. AB temel haklar rejimine egemen olan genel hukuk ilkelerinin uygulanmasının devamını sağlayacak olan süreklilik ise, ABA'nın 6. maddesinin III. fıkrası tarafından sağlanır. Böylelikle AB'de Lizbon Antlaşması öncesi hukuki durumun sürekliliğine vurgu yapılmaktadır: ABA'nın 6. maddesinin III. fıkrası, Şart ve az sayıda sözleşmesel AB temel hakkı¹⁵⁵ yanında, hâkimce tanınan

5659; NJW, 44/2003, s. 3185; DVBl, 2003, s. 1200); ABAD, Birinci Daire, 14.10.2004, C-36/02, kn.33, "Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH/Bonn Belediye Başkanı" (Slg, 2003, I-9609, NJW, 11/2005, s. 736; EuZW, 24/2004, s. 753). Ayrıca bkz. **Dederer**, s. 585 vd.

¹⁵² **Schmahl**, s. 12.

¹⁵³ **Grabenwarter**, Christoph; "Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft?", EuGRZ, 2004, s. 564; **Schmahl**, s. 12; **Scheuing**, s. 182 vd. Farklı yönde bkz. **Calliess**, Christian; "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit", EuZW, 9/2001, s. 266; **Borowsky**, Martin; "Art.51 bis 54", in: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Hrsg. v. Jürgen Meyer, Baden-Baden 2006, Art.51, kn.29.

¹⁵⁴ Krş. ABAD, 13.11.1990, C-106/89, "Marleasing" (Slg, 1990, I-4159); ABAD, 22.11.2005, C-144/04, kn.77 vd., "Mangold" (Slg, 2005, I-9981; NJW, 51/2005, s. 3695; EuZW, 2006, s. 17). Ayrıca bkz. **Schmahl**, s. 12.

¹⁵⁵ Örneğin, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 157. maddesinde ve eski Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 141. maddesinde düzenlenen ücret eşitliği hakkı.

temel hakların varlığının devamı için de yasal dayanak oluşturduğu gibi¹⁵⁶, temel hakların yaratılmasında da ABAD'ın geleneksel yönteminin teyidi niteliğindedir. AB temel haklarının bu üç katmanlı yapısı, yalnızca entegrasyon sürecinin insan haklarını sağlayan yeni bir aşaması konusundaki ABA'nın Başlangıç bölümünün ifadesini göstermez, aynı zamanda AB'nin yalnızca devletlerin ve halkların değil, şimdi kendi temel haklar kataloğu ile doğrudan vatandaşların bir birliği olduğunu da gösterir¹⁵⁷.

Şart da değişim ve süreklilik içerir. Bir yandan insan klonlama yasağı gibi yeni hakları (m. 3, f. II) ve "Dayanışma" başlıklı IV Bölümündeki gibi sosyal ilkeleri içerir. Diğer yandan, aslında öncelikle mevcut temel hak korumasının hukuki güvenliğinin daha da artırılması ve temel hakların daha da görünür hale getirilmesi için de uygulanır. Şart'ın kodifikasyonu, her şeyden önce, İHAS'ın referans alınmasıyla yapıldı; ancak başlangıçta AB temel haklar korumasının artırılması düşüncesi söz konusu değildi. Bununla birlikte, Şart, hakları İHAS'dan farklı şekilde formüle ettiğinden¹⁵⁸ veya içerik anlamında iyileşme sağladığından¹⁵⁹ yenilikçi öğeler içerir¹⁶⁰.

Fakat AB temel haklar rejiminin değişiklikleri, Şart ile sınırlı değildir. İnsan hakları, genel olarak daha önce ABA'nın Başlangıç bölümünde düzenlenenden ve amaç ve değere ilişkin hükümlerle (ABA m. 2, 3) ilişkisinden daha büyük bir anlam ifade etmeye başladı. İnsan haklarına saygı, açıkça, özgürlük, güvenlik ve adalet alanının bir parçası oldu. İnsan haklarının anla-

¹⁵⁶ ABAD, İkinci Daire, 29.09.2011, C-521/09 P, kn.112, "Elf Aquitaine SA" (BeckRS, 2011, 81414); ABAD, Büyük Daire, 24.04.2012, C-571/10, kn.60 vd., "Servet Kamberaj/Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano [IPES], Giunta della Provincia autonoma di Bolzano, Provincia autonoma di Bolzano" (BeckRS, 2012, 80757; NJW, 37/2012, s. 2719 vd.; NVwZ, 2012, s. 950 vd.).

¹⁵⁷ **Weiß**, Wolfgang; "Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon", EuZW, 8/2013, s. 287; **Bidese/Rautz**, s. 290-291.

¹⁵⁸ Örneğin, İHAM'ın 8. maddesindeki yazışmaya saygı gösterilmesini isteme hakkı yerine, İHAM içtihatlarının yansımalarıyla, Şart'ın 7. maddesinde haberleşmenin korunması hakkı düzenlenmiştir.

¹⁵⁹ Örneğin, Şart'ın 47. maddesinde, adil yargılanma hakkı, İHAS'ın 6. maddesinde düzenlendiğinden farklı olarak, sınırlı kullanım alanları olmaksızın güvenceye kavuşturulmuştur.

¹⁶⁰ **Weiß**, "Tendenzen", s. 288.

mındaki bu artış, Lizbon Antlaşması'nın temel hakların korunması alanında yalnızca şekli değil, içerik olarak da iyileştirmeleri ortaya çıkarması yönünde beklentilerin güçlenmesine yol açtı¹⁶¹.

D. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Yorumu Sorunu

Şart'ın yürürlüğe girişi, ABAD'ın temel haklar uygulamasını daha da geliştireceği ve gerekçelendirme tarzındaki verimsizlik, kısıtlı denetim yoğunluğu¹⁶² ve ticari çıkarları tercih etme gibi yargılamasındaki şikâyet edilen açıkları kapatabileceği umutlarını yükseltti¹⁶³. Fakat bununla birlikte, Şart, yalnızca ABAD'ın açıklık getirebileceği yeni tartışma konularını da beraberinde getirdi. Bu iki faktörden dolayı, ABAD'ın Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girişinden bu yana vermiş olduğu kararlar daha dikkatli izlenmektedir¹⁶⁴. ABAD'ın Şartın VII. Kısımından kaynaklanan birkaç yatay norma ilişkin yorumunu açıkladığı ve AB'nde temel hakların niteliğine ilişkin görüşlerini ortaya koyduğu iki güncel kararı¹⁶⁵, Lizbon Antlaşması'ndan bu yana ABAD'ın temel haklar uygulamasının izlenmesine ve ABAD'ın temel hakları kullanırken söz konusu olan ve Lizbon Antlaşması'nda getirilen değişikliklere gerekçe gösterilen beklentilerin haklı olup olmadığının incelenmesine fırsat verdi. Sonuçta ABAD'ın temel haklara ilişkin bir yüksek mahkeme olarak, AFAM'ın Solange-II Kararından¹⁶⁶ ve

¹⁶¹ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 288.

¹⁶² **Schroeder**, Werner; “Neues zur Grundrechtkontrolle in der Europäischen Union”, EuZW, 12/2011, s. 462 vd.

¹⁶³ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 287.

¹⁶⁴ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 287.

¹⁶⁵ ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-617/10, “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” (BeckRS, 2013, 80395; NJW, 20/2013, s. 1415; EuZW, 8/2013, s. 302); ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-399/11, “Stefano Melloni/Ministerio Fiscal” (BeckRS, 2013, 80394; NJW, 17/2013, s. 1215; EuZW, 8/2013, s. 305).

¹⁶⁶ AFAM, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, “Keine Überprüfung von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht durch BVerfG - Solange-II” (BVerfGE, 73, s. 339; NJW, 10/1987, s. 577; DVBl, 1987, s. 231; MDR, 1987, s. 290). Aynı yönde diğer bir karar için bkz. AFAM, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, “Verfassungskonformität der Bananenmarktordnung” (BVerfGE, 102, s. 163; BeckRS, 2000, 22206; NJW, 42/2000, s. 3124; EuGRZ, 2000, s. 328).

özellikle İHAM'ın Bosphorus Kararından¹⁶⁷ beri, temel haklar uygulamasında AFA ve İHAS ile arasındaki AB temel haklar korumasının ilkesel denklik karinesine uyma konusunda kendisine yüklenen işlevi yerine getirip getirmediğinin belirlenmesi gerekir¹⁶⁸.

ABAD'ın yeni içtihatlarının analizinde farklı görüşler ortaya konmuştur. Bunlardan ilki, ABAD'ın temel hakların geçerliliğini yükselttiği ve Avrupa'da tek bir temel hak alanı sağlamak amacıyla İHAS'ın ve İHAM içtihadının standartlarına yaklaştığı, fakat daha sonra kurumsal çıkarlar dolayısıyla bu temel hak korumasında geriye çekildiği yönündedir¹⁶⁹. Diğeri ise, ABAD'ın içtihadının bir taraftan temel hak konularında eski kararları referans yapma ve diğer taraftan Lizbon Antlaşması'ndan beri yeni temel hak durumlarına atıf yapma arasında gidip geldiği yönündedir¹⁷⁰. Bununla birlikte, Lizbon Antlaşması'ndan bu yana ABAD önündeki temel hak şikâyetlerinin arttığı ve Şart'ın çoğunlukla tartışmalı çıkış noktası, kısmen de tek başına referans olarak temel hak uygulamasında merkezi bir rol oynamaya başladığı belirtilmelidir¹⁷¹.

1. Avrupa Birliği Temel Haklarının Kapsamı

Üye devletler için Şart'ta düzenlenen hakların geçerlilik alanını belirleyen Şart'ın 51. maddesinin I. fıkrasının yorumu, fıkranın “*Bu Şartın hükümleri, subsidiarite ilkesi gözetilmek suretiyle Birliğin kurum ve kuruluşlarına ve Birlik hukukunu uyguladıkları durumlarla sınırlı olmak üzere üye devletlere yöneliktir. Bunun sonucu olarak, Birliğin kurum kuruluşları ile üye devletler, yetkileri ölçüsünde, bu Şartta yer alan haklara saygı gösterir,*

¹⁶⁷ İHAM, Büyük Daire, 30.06.2005, 45036/98, kn.150 vd., “Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda” (BeckRS, 2005, 10385; NJW, 4/2006, s. 197).

¹⁶⁸ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 287.

¹⁶⁹ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 287; **Weiß**, Wolfgang; “Grundrechtsschutz in der EU: Quo vadis?”, EuZW, 6/2012, s. 202. Örnek bir karar için bkz. ABAD, Büyük Daire, 21.12.2011, C-411/10, C-493/10, kn.86, 89, 94, “N. S./Secretary of State for the Home Department ve M.E.vd./Refugee Applications Commissioner vd.” (BeckRS, 2011, 81939, 81943; EuZW, 2012, s. 231; NVwZ, 2012, s. 417).

¹⁷⁰ Sánchez, Iglesias; CMLR, 2012, s. 1568'ten aktaran **Weiß**, “Tendenzen”, s. 287.

¹⁷¹ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 287. Şart'ın Alman hukuk düzenindeki yerinin ayrıntılı değerlendirilmesi konusunda bkz. **Griebel**, s. 204 vd.

ilkeleri gözetir ve bu hak ve ilkelerin uygulanmalarını teşvik eder.” şeklindeki AB Hukukunun uygulanmasına yönelik düzenleniş tarzı dolayısıyla, eskiden olduğu gibi, yine tartışmalıdır¹⁷². Buna karşın ABAD’ın Lizbon Antlaşması öncesindeki içtihadı, AB Hukukunun uygulama alanında AB temel haklarının geçerliliğini belirlemiştir¹⁷³. Bu tespit yalnızca uygulama durumunu değil, aynı zamanda Avrupa Hukukunun kullanım alanında hareket ettiklerinde üye devletlerde temel özgürlüklerin sınırlandırılmasını ve genel olarak üye devletlerin temel haklara yönelik yükümlülüklerini de kapsar¹⁷⁴. Ayrıca AB Hukukunun kapsamının dışındaki ulusal önlemlerin AB temel haklarının denetiminin kapsamını ciddi ulusal temel hak ihlallerine yol açacak nitelikte genişleteceği şeklinde bir yorum şekli de önerildi¹⁷⁵. Şart’ın 51. maddesindeki aşırı sınırlama içeren ifade tarzı, Şart’ın AB temel haklarının bu geniş uygulamasını ne ölçüde üye devletlere bıraktığı ve şimdiye kadar ki içtihatlarla göre, yalnızca Şart’daki diğer temel haklarda bile, uygulama alanının olası bir sınırlandırılmasının geçerli olup olmadığı yönündeki anlaşmazlığı da derinleştirdi¹⁷⁶.

Sınırlama tezlerinin karşıtları, özellikle Şart’a ilişkin ABAD Başkanlığının içtihatların ve diğer ABAD kararlarının doğru uygulanma şeklini

¹⁷² **Geiß**, s. 265-266; **Griebel**, s. 207. Ayrıca bkz. **Scholz**, s. 200; **Schwarze**, s. 541; **Wollenschläger**, s. 578.

¹⁷³ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 287; **Schwarze**, s. 541

¹⁷⁴ Krş. ABAD, 18.06.1991, C-260/89, kn.42 vd., “ERT” (Slg, 1991, I-2925; BeckRS, 2004, 75777; NJW, 1992, s. 2621); ABAD, Beşinci Daire, 25.03.2004, C-71/02, kn.49, “Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH/Troostwijk GmbH” (Slg, 2004, I-3025; NJW, 49/2004, s. 3550; EuZW, 14/2004, s. 439).

¹⁷⁵ Bkz. Hukuk Sözcüsü M. Poiares Maduro’nun ABAD, 12.09.2007, C-380/05, “Centro Europa/Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni und Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni Ministero delle Comunicazioni” (Slg, 2008, I-349; BeckRS, 2007, 70651) Kararındaki görüşü (özellikle kn.21 vd.). Aynı yönde ayrıca bkz. **vonBogdandy**, Armin/**Kottmann**, Matthias/**Antpöhler**, Carlino/**Dickschen**, Johanna/**Hentrei**, Simon/**Smrkolj**, Maja; “Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten”, ZaöRV, 1/2012, s. 45.

¹⁷⁶ **Ludwig**, Thomas Claus; “Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen - Die Binnenstruktur des Art.6 EUV n.F.”, EuR, 5/2011, s. 723, 733 vd.; **Weiß**, “Tendenzen”, s. 288.

gösteren açıklamalarına atıfta bulunuyorlar¹⁷⁷: Bu kişiler, ABAD'ın Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonraki içtihatlarında, ABAD'ın Şart'ın 51. maddesinin I. fıkrasından uzaklaştığına ve ABAD'ın AB temel haklarının kapsamının belirlenmesi ile ilgili yeni bir başlangıç yapmak istediğine dair erken belirtiler olduğunu vurguluyorlar¹⁷⁸. Fakat öncelikle kararlarda Şart'ın 51. maddesinin içeriğinin yeterince incelenmediği belirtilmelidir¹⁷⁹. Bununla birlikte ilk kararlar, Şart'ın kullanım durumları için getirdiği ve AB Hukuku değil de, AB-uyumlu özerk ulusal kuralların icrasının söz konusu olduğu ve AB düzenlemelerinin uygulanması çerçevesinde geçerlilik alanı bulan hakların geniş bir uygulamasına dayanıyordu¹⁸⁰. Üye devletlerin AB Hukukunu yalnızca dar anlamda uyguladıklarında değil, aynı zamanda AB Hukuku tarafından verilen takdir marjını kullandıklarında da, AB temel haklarının uygulama alanı bulduğu, son zamanlarda açıklığa kavuşturulmuştur; AB Hukuku tarafından verilen takdirin uygulanması da, Şart'ın 51. maddesinin I. fıkrası anlamında AB Hukukunun uygulanmasıdır¹⁸¹. Dolayısıyla ABAD, resmi olarak halen daha Şart'ın 51. maddesinin lafzı ile bağlıdır¹⁸².

¹⁷⁷ Weiß, "Tendenzen", s. 288. Ayrıca bkz. Scholz, s. 201.

¹⁷⁸ Ludwig, s. 733.

¹⁷⁹ Sınırlı inceleme yapıldığı bir karar örneği için bkz. "... Temel haklar konusunda Şart'a riayet edilir ve Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden bu yana, ABA'nın 6. maddesinin I. fıkrasının 1. bendine göre, Şart '... Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip ...'tir. Yani Şart, kendi 51. maddesinin I. fıkrasına göre, Birlik Hukukunu uyguladıkları durumlarda sınırlı olmak üzere üye devletlerde geçerlidir. ..." [ABAD, İkinci Daire, 22.12.2010, C-279/09, kn.30, "DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Almanya" (BeckRS, 2010, 91492; NJW, 34/2011, s. 2496; EuZW, 4/2011 s. 137)].

¹⁸⁰ Krş. ABAD, İkinci Daire, 22.12.2010, C-279/09, kn.28, "DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Almanya" (BeckRS, 2010, 91492; NJW, 34/2011, s. 2496; EuZW, 4/2011 s. 137).

¹⁸¹ ABAD, Büyük Daire, 21.12.2011, C-411/10, C-493/10, kn.65, 67 vd., "N. S./Secretary of State for the Home Department ve M.E. vd./Refugee Applications Commissioner vd." (BeckRS, 2011, 81939, 81943; EuZW, 2012, s. 231; NVwZ, 2012, s. 417). Ayrıca bkz. Griebel, s. 208.

¹⁸² Weiß, "Tendenzen", s. 288. Krş. Scholz, s. 200 vd.; Schwarze, s. 541-542; Griebel, s. 208.

ABAD, yeni tarihli bir kararında, Şart'ta düzenlenen hakların daima AB Hukukunun uygulama alanında geçerli olduğuna açıklık getirdi. Böylelikle ABAD, farklı ifade şekillerini ele almadan, Şart'ın 51. maddesinin I. fıkrasının lafzının dar yorumuna bağlı kaldı ve Şart'ın 51. maddesinin I. fıkrasını onayladığı yönündeki açık tespitini, şimdiye kadar ki içtihadına ve kararlarının uygulanmasına yönelik açıklamalarına yaptığı atıflarla gerekçelendirdi¹⁸³. Böylelikle ABAD, önceki kararlarında yaptığından farklı olarak, burada Şart'ın 51. maddesinin I. fıkrasının lafzıyla bağlantı şeklini korumadı ve hukuk sözcüsünün tüm gerekçelerinden¹⁸⁴ tartışmaksızın saptı. Bu, ABAD'ın, Şart'ın 51. maddesinin I. fıkrası hakkındaki mevcut içtihat hukuku bağlamında ve üye devletlerde Şart'ın geçerliliğini tespit ettiği şimdiye kadarki kararlarındaki ilk açık ifadesidir¹⁸⁵.

Şart'ta düzenlenen hakların ve AB Hukukunun kapsamı bir kararda şu şekilde belirtilir: “Birlik Hukukunun uygulanabilirliği, Şart'ta garanti edilen temel hakların uygulanabilirliğini de kapsar.”¹⁸⁶. ABAD'ın Şart'ın 51. maddesinin II. fıkrası hakkındaki son bir hatırlatması da gizli bir ipucu olarak kararlarından anlaşılabilir: Şart, AB'nin yetkilerini genişletmez; belki de bu yetkileri kazanılmış olanın gerisine götürür¹⁸⁷.

¹⁸³ ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-617/10, kn.17 vd., “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” (BeckRS, 2013, 80395; NJW, 20/2013, s. 1415; EuZW, 8/2013, s. 302).

¹⁸⁴ Hukuk sözcüsü Pedro Cruz Villalón'un “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” Davasında sunduğu 12.06.2012 tarihli görüşü (özellikle kn.40, 54 vd.) için bkz. BeckRS 2012, 81407.

¹⁸⁵ Weiß, “Tendenzen”, s. 288.

¹⁸⁶ ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-617/10, kn.21, “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” (BeckRS, 2013, 80395; NJW, 20/2013, s. 1415; EuZW, 8/2013, s. 302).

¹⁸⁷ Weiß, “Tendenzen”, s. 288. ABAD, AB Hukukunun uygulama alanını ve böylelikle Şart'ı karar verilecek konular içerisinde görmedi. Çünkü ABAD, sahte verilerle katma değer vergisi kaçakçılığı dolayısıyla vergi cezaları ve ceza yargılamasını da, Avrupa Topluluğu'nun ortak katma değer vergisi sistemine ilişkin 28.11.2006 tarih ve 2006/112 nolu Yönergesi'ne (ABl. L347, s. 1 vd.; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0112&from=DE>, 15.10.2014) göre katma değer vergisine uyumun ve Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 325. maddesinden kaynaklanan ulusal yükümlülüklerin sonucu olduğundan Birlik Hukukunun uygulanması olarak gördü. ABAD, bu kararında, ulusal kuralları yönergenin uygulaması olarak kabul etmediğini itiraf etmiştir, fakat üye devletlere Birliğin finansal çıkarlarını tehlikeye atan

Böylelikle ABAD, AB temel haklarının geçerli olduğu Lizbon Antlaşması öncesindeki geleneksel içtihadını, hukukun genel ilkelerinin geçerli olduğu Şart'ta düzenlenen temel haklara taşıdı. AB hukukunun genel hukuk ilkeleri olarak en çok Şart'ta düzenlenen hakların savunulabilirliği dolayısıyla her iki temel hak tabakasının geçerlilik alanlarını birbirinden ayırabilmenin zor olduğu, tutarlı ve doğru görünür. Nihayetinde bunu yalnızca ABA'nın 6. maddesi desteklemez, aynı zamanda Şart'ın 52. maddesinin IV. fıkrası hükmünden de her iki temel hak tabakasının yan yana geçerli olduğu anlaşılabilir¹⁸⁸.

2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Etkisi

Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrası, Şart ile İHAS arasında bazı anlayış sorunlarını doğurdu. Bu hükme göre, Şart'ta düzenlenen haklar ile İHAS'da

fülleri etkin şekilde cezalandırma yükümlülüğü getiren bu yönergenin düzenlemelerinin ihlali sonucunda vergi kaçakçılığı cezasının söz konusu olduğunu da savunmuştur [ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-617/10, kn.27, 28, "Åklagare/Hans Åkerberg Fransson" (BeckRS, 2013, 80395; NJW, 20/2013, s. 1415; EuZW, 8/2013, s. 302)]. ABAD'ın bu yorumunun ileri gittiği söylenebilir, fakat AFAM tarafından Honeywell Kararında [AFAM, 06.07.2010, 2 BvR 2661/06 "Honeywell" (BVerfGE, 126, s. 307 vd.; EuZW, 21/2010, s. 828; NJW, 47/2010, s. 3422)] ABAD'ın yorumlama yetkisinin açık ve yapıya etkili bir şekilde aşılmasına çizilmiş sınırı ihlal etmemiş olması olasıdır (Weiß, "Tendenzen", s. 288). Ayrıca bkz. Scholz, s. 200, 201; Schwarze, s. 541, 542.

¹⁸⁸ Weiß, "Tendenzen", s. 289; Geiß, s. 266; Bidese/Rautz, s. 2901. Şart'ta düzenlenen hakların amacı dolayısıyla ortaya çıkan belirsizlikler, temel hakların Büyük Britanya, Polonya ve Çek Cumhuriyeti'nde uygulanması konusundaki 30 No'lu Protokolü ortaya çıkarmıştır. Bu Protokol, Şart'ın uygulanabilirliğini bu üç üye devlette geniş şekilde sınırladı. Fakat ABAD, son zamanlarda, Protokolün, Şart'ın 51. maddesinin uygulama alanında bu üye devletler açısından Şart'ta düzenlenen temel hakların geçerliliğini engellemeyeceğine karar verdi. ABAD bunu, kendi yorumuna ilişkin tartışmalar üzerinde durmaksızın en azından Protokolün 1. maddesinin I. fıkrası hakkındaki kısıtlı bir gerekçelendirme ile tespit etti. ABAD'a göre, bu norm yalnızca, şimdi geniş bir yorumunu benimsediği Şart'ın 51. maddesinin I. fıkrasının bir açıklamasından ibarettir [ABAD, Büyük Daire, 21.12.2011, C-411/10, C-493/10, kn.119 vd., "N. S./Secretary of State for the Home Department ve M.E. vd./Refugee Applications Commissioner vd." (BeckRS, 2011, 81939, 81943; EuZW, 2012, s. 231; NVwZ, 2012, s. 417)]. Protokolün 1. maddesinin I. fıkrasının hiçbir hukuki etkiyi ortaya çıkarmaması, sonuçta onun belirsiz ifadelerinin nihai bir sonucudur (Weiß, "Tendenzen", s. 289).

düzenlenen haklar birbirlerine anlam ve kapsam bakımından eşit şekilde uyarlar. Doktrinde önceleri Birlik hukukunun tek taraflı kabullenilmesi olarak Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasının en azından İHAS'ın içeriğiyle önemli ölçüde uyum içerisinde olduğu kabul edilmiştir, fakat tümüyle dogmatik yapısı tartışmalıdır¹⁸⁹. İHAS'da düzenlenen haklarla karşılaştırılabilir olan Şart'ın düzenlediği haklar, anlam ve kapsam uyumunu sağlamanın tek yolu bu olduğu için İHAS'ın içeriğini üstlenirler¹⁹⁰. Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrası bir yorum hükmü olarak anlaşıldıkça, bu görüş, ABAD'ın ilgili ifadelerine dayanır. Şart'ın 7. maddesinin de hemen hemen böyle yorumlanması gerektiği, İHAM'ın İHAS'ın 8. maddesindeki paralel hükümle ilgili kararlarında yaptığı gibi, Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasından çıkarılabilir¹⁹¹. Bu açıdan ABAD, Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasının, bu hüküm yalnızca AB'nin İHAS'a katılımını düzenleyen AB'deki şekli bir hukuk kaynağı olduğu için, İHAS'a kendisinin dâhil olmadığını tespit etti¹⁹². Böylelikle ABAD, daha önce ABA'nın 6. maddesinin III. fıkrasında yaptığı gibi, İHAS ve Şart'ın hukuk kaynağı olarak farklılığını vurguladı¹⁹³. Fakat karşılaştırılabilir Şart hakları İHAS'da düzenlenen haklara paralel şekilde yorumlanır ve uygulanır şeklindeki -şeklen doğru olan- bu açıklama, daha önce ABAD tarafından Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasına ilişkin olarak tespit edildiği gibi, İHAM yargısının denetimini dışlamaz¹⁹⁴.

¹⁸⁹ **Ziegenhorn**, Gero; Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta: Genuin chartarechtlicher Grundrechtsschutz gemäß Art.52 Abs. 3 GRCh, Berlin 2009, s. 29 vd.; **Weiß**, "Tendenzen", s. 289; **Limbach**, s. 2918.

¹⁹⁰ **Weiß**, "Tendenzen", s. 289.

¹⁹¹ ABAD, 05.10.2010, C-400/10, kn.53, "J.McB" (EuR, 5/2011, s. 705); ABAD, İkinci Daire, 22.12.2010, C-279/09, kn.35 vd., 45 vd., "DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Almanya" (BeckRS, 2010, 91492; NJW, 34/2011, s. 2496; EuZW, 4/2011 s. 137).

¹⁹² ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-617/10, kn.44, "Åklagare/Hans Åkerberg Fransson" (BeckRS, 2013, 80395; NJW, 20/2013, s. 1415; EuZW, 8/2013, s. 302).

¹⁹³ ABAD, Büyük Daire, 24.04.2012, C-571/10, kn.62, "Servet Kamberaj/Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano [IPES], Giunta della Provincia autonoma di Bolzano, Provincia autonoma di Bolzano" (BeckRS, 2012, 80757; NJW, 37/2012, s. 2719 vd.; NVwZ, 2012, s. 950 vd.).

¹⁹⁴ **Weiß**, "Tendenzen", s. 289.

ABAD'ın Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasına ilişkin içtihadını Şu Şekilde özetlemek mümkündür: ABAD, Şart'ta düzenlenen ve İHAS'da düzenlenen haklara uyan her hak için bir yorum önceliği sunar ve Şart'ta düzenlenen haklarla İHAS'da düzenlenen haklar arasında yorum birliğine ulaşabilme amacıyla ilgili İHAM içtihadında belirtilenlere dikkat eder. Böylelikle İHAS'ın hemen hemen AB Hukukunun Şekli bir hukuk kaynağı olarak ne kadar entegre olacağı, AB'nin İHAS'a katılımından sonraki gelişmelere ve içtihatlarla bağlı olarak görülecektir. Temel hak korumasının standartlarıyla ilgili olarak ise, doğrudan ilgili İHAM içtihadını dâhil ettiği gibi, Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrası özdeş bir koruma standardı da getirir¹⁹⁵.

3. Ulusal Temel Haklar ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda Düzenlenen Haklar: Şart'ın 53. Maddesi

Şart'ın 53. maddesinin koruma düzeyine ilişkin anlamı tartışmalıdır¹⁹⁶. Bazıları bu maddede, maddenin uygulanacağı her kullanım alanında geçerli olan diğer temel hak koruma araçları açısından bir koruma düzeyi güvencesi görürler; diğerleri ise, maddeyi Şart'ta düzenlenen haklar için ilgili her yüksek koruma seviyesine ilişkin olarak temel hak korumasını güçlendirecek bir yorum hükmü olarak anlarlar¹⁹⁷. Bazıları da Şart'ın 53. maddesini gittikçe daha fazla ulusal temel haklar lehine AB Hukukunun uygulama önceliğinin kırılması olarak görürler¹⁹⁸.

¹⁹⁵ **Weiß**, "Tendenzen", s. 289; **Griebel**, s. 211.

¹⁹⁶ **Weiß**, "Tendenzen", s. 289.

¹⁹⁷ **Kingreen**, Thorsten; EU-GRCharta Ar. 53 Schutzniveau, in: EUV/AEUV Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta Kommentar, Hrsg. v. Christian Calliess/Matthias Ruffert, 4. Aufl., München 2011, kn.3 vd.; **Streinz**, Rudolf/**Kruis**, Tobias/**Bings**, Sophie/**Huber**, Peter Michael (Hrsg.); EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2012, Art.53 GR-Charta, kn.2 vd.; **Weiß**, Wolfgang; "Grundrechtsquellen im Verfassungsvertrag", ZEuS, 2005, s. 333 vd. Çekilme yasağı anlayışı için ayrıca bkz. **Lenaerts**, Koen; "Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung", EuR, 1/2012, s. 12, 17.

¹⁹⁸ **Griller**, Stefan; "Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich

ABAD, “Melloni” Kararında, Şart’ın 53. maddesinin yorumunda, ulusal temel hak korumasının kullanımının artırılması ve Şart’ın bu anlamda yorumlanması gerektiği düşüncelerini reddetti ve AB Hukukunun üstünlüğünü vurguladı¹⁹⁹. ABAD’ın görüşüne göre, Şart’ın 53. maddesi, gerçi ulusal temel hak korumasının AB Hukukunun ulusal uygulama önlemlerinde kullanılmasına izin verir, fakat bu durumda da hem ABAD’ın yorumlamasında Şart’ın koruma seviyesi azaltılmış olur, hem de “*Birlik Hukukunun birlik ve etkinliği etkilenebilir*”²⁰⁰. ABAD, somut olayda²⁰¹, yokluğunda tutuklanmış bir kişinin iadesini çerçeve kararda öngörülmeleyen bir koşulla bağlı kılmak amacıyla icracı üye devletin anayasasında garanti edilen adil yargılanma hakkı ve savunma haklarının ihlal edilmesini önlemek için mahkûmiyet kararını veren üye devlette denetime tabi tutulmasının ve bir üye devletin Şart’ın 53. maddesine dayanmasının AB çerçeve kararının etkililiğine zarar vereceğini tespit etti²⁰². Bununla birlikte ABAD, yine aynı kararında, Birlik İkincil Hukuk kuralları söz konusu olduğunda, ulusal temel hak korumasının artabileceğini de kabul etmektedir²⁰³.

Böylelikle ABAD, kural olarak, Şart’ın 53. maddesine göre AB Hukukunun ulusal ölçekte icrasında, daha yüksek koruma sağlayan ulusal hakların

gewährleisteten Rechten”, in: Grundrechte für Europa - Die Europäische Union nach Nizza, Hrsg. v. Duschanek, Alfred/Griller, Stefan, Wien, New York 2002, s. 167 vd.

¹⁹⁹ ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-399/11, kn.57 vd., “Stefano Melloni/Ministerio Fiscal” (BeckRS, 2013, 80394; NJW, 17/2013, s. 1215; EuZW, 8/2013, s. 305). ABAD’ın “Stefano Melloni/Ministerio Fiscal” Kararının ayrıntılı değerlendirilmesi konusunda bkz. **Geiß**, s. 270-272; **Scholz**, s. 199 vd.

²⁰⁰ ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-399/11, kn.60, “Stefano Melloni/Ministerio Fiscal” (BeckRS, 2013, 80394; NJW, 17/2013, s. 1215; EuZW, 8/2013, s. 305). Ayrıca bkz. **Geiß**, s. 266.

²⁰¹ Dava konusu somut olayda, AB’nin 28.03.2002 tarihli ve 2002/584/JI sayılı Çerçeve Kararının 4a maddesine göre (ABl, 18.07.2002, L190; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:de:HTML>, 15.10.2014), gıyapta tutuklama kararı vermenin Avrupa tutuklama emri olarak kabul edilebilirliği söz konusudur.

²⁰² ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-399/11, kn.63, “Stefano Melloni/Ministerio Fiscal” (BeckRS, 2013, 80394; NJW, 17/2013, s. 1215; EuZW, 8/2013, s. 305).

²⁰³ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 290.

uygulanmasına izin verdi²⁰⁴. Şimdiye kadar uygulama durumlarında AB temel haklarının ulusal temel hakların yerini aldığı ve AB Hukukunun üye devlete takdir bahşettiği durumlarda bile ulusal temel hakların değil, yalnızca Birlik temel haklarının uygulanma alanı bulunduğu kabul edilmişti²⁰⁵. ABAD, “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” Kararında²⁰⁶, AB Hukukunun önceliği, birliği ve etkinliği korunduğu sürece, ulusal temel hakların uygulanmasına izin vermiş oluyor. Fakat sonuçta, AB Hukukunun nihai kuralı koymadığı, yani üye devletin davranışının “*tamamen Birlik Hukuku tarafından belirlenmediği*”²⁰⁷ durumlarda, ulusal temel hakların Birlik temel haklarına nazaran daha yoğun bir koruma imkânı sunuyor olması gerekir. AB Hukukunun takdir marjı bıraktığı durumlarda, daha yüksek ulusal koruma standardı kullanılabilir. Ancak böyle bir durumda, AFAM’ın AB-Yönergesinin sağladığı takdir marjı çerçevesinde icra ettiği denetimde olduğu gibi²⁰⁸, uygun bir ulusal anayasa yargısal temel hak denetimi mümkün olabilir²⁰⁹.

AFAM, 24.04.2013 tarihli “Antiterrordatei” Kararında²¹⁰, ABAD’ın “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” ve “Melloni” kararlarına reaksiyonunu gösterdi. “Basit bir meydan okuma” olarak değerlendirilmeyen bu reaksiyon anayasa hukuksal açıdan gerekli görüldü²¹¹. AFAM’a göre, Terörün Önlen-

²⁰⁴ **Scholz**, s. 201; **Weiß**, “Tendenzen”, s. 290.

²⁰⁵ Bkz. ABAD, 27.06.2006, C-540/03, kn.104-106, “Familienzusammenführung” (Slg, 2006, I-5769; BeckRS, 2006, 70498; NJW, 45/2006, 3266; EuZW, 18/2006, s. 566).

²⁰⁶ ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-617/10, “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” (BeckRS, 2013, 80395; NJW, 20/2013, s. 1415; EuZW, 8/2013, s. 302).

²⁰⁷ ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-617/10, kn.29, “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” (BeckRS, 2013, 80395; NJW, 20/2013, s. 1415; EuZW, 8/2013, s. 302); ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-399/11, kn.60, “Stefano Melloni/Ministerio Fiscal” (BeckRS, 2013, 80394; NJW, 17/2013, s. 1215; EuZW, 8/2013, s. 305).

²⁰⁸ AFAM, 27.02.2007, 1 BvL 10/00, “Treibhausgas-Emissionsberechtigungen” (BVerfGE, 117, s. 277; NJW, 2007, s. 1577); AFAM, 02.03.2010, 1 BvR 256, 1 BvR 263, 1 BvR 586-08, “Vorratsdatenspeicherung” (BVerfGE, 125, s. 260 vd.; NJW, 2010, s. 833; EuZW, 2010, s. 280).

²⁰⁹ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 290.

²¹⁰ AFAM, 24.04.2013, 1 BvL 1215/07, “Antiterrordatei” (BVerfGE, 133, s. 277; BeckRS, 2013, 49916; NJW, 21/2013, s. 1499; NVwZ, 2013, s. 1335).

²¹¹ **Scholz**, s. 201.

mesi Bilgi Bankası Yasası'nın ölçütleri çerçevesinde terörün önlenmesi bilgi bankasında “uluslararası terörizmle mücadeleye ilişkin olan ve böylelikle Birlik Hukukunun düzenleme alanının da bir kısmını oluşturan” kurallar söz konusudur²¹². AFAM, bu yargılamada Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 267. maddesi çerçevesinde ön karar prosedürünü işletmeye gerek olmadığını ve ABAD'ın yargılamada söz konusu olan ve nihayetinde Alman temel hakları ile ilgili olan konularda AFA'nın 101. maddesinin I. fıkrası anlamında yasal yargıç olmadığını vurguladı. Böylelikle AFAM, ABAD'ın yeni tarihli kararlarına açıkça karşı bir pozisyon almış oldu. Çünkü şayet ABAD tarafından “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” Kararında belirlenmiş olan ilkeler yerel yapıda bir terörün önlenmesi bilgi bankası uygulamasına aktarılsaydı, ABAD, kesinlikle AFAM'dan daha farklı yönde bir karar verecek; konuyu kendi karar verme yetkisi içinde değerlendirecek ve uygulamayı Birlik Hukukunun kapsamında göreceği için Şart'a uygunluğu denetleyecek ve aykırılık tespit edecekti²¹³. ABAD, şayet üye devletler ile AB arasında “esaslı bir anayasa hukuksal çatışma” yaratmak istemiyorsa, yargılamasını gözden geçirmeli ve tashih etmelidir. ABAD'ın “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” Kararı ile birlikte ortaya çıkan gelişme, yalnızca hukuk politikası açısından son derece tehlikeli değil, aynı zamanda bu gelişme gerçekte AB'nin bütünleşmesi sürecine, bugünkü yapısına ve anayasa hukuksal gerekçelendirilmesine de zarar vermektedir²¹⁴.

E. Yargısal Avrupa Birliği Temel Hak Koruması

1. Ölçülülüğün Denetimi ve Denetimin Yoğunluğu

AB ve ulusal egemenlik tasarruflarını eşit şekilde birbirine bağlayan hakları belirleyen düzenli bir temel hak kataloğunu, sistematik olarak AB yasama tasarruflarını ulusal egemenlik tasarruflarına nazaran daha düşük yoğunluklu bir denetim uygulamasıyla bağdaştırmak zordur. Yani ulusal tasarrufların denetiminde oldukça yüksek bir denetim yoğunluğunun uygu-

²¹² AFAM, 24.04.2013, 1 BvL 1215/07, kn.89, “Antiterrordatei” (BVerfGE, 133, s. 277; BeckRS, 2013, 49916; NJW, 21/2013, s. 1500; NVwZ, 2013, s. 1335).

²¹³ Scholz, s. 201-202.

²¹⁴ Scholz, s. 204.

lanması, Birlik tasarruflarında denetim standardının düşüklüğü anlamına gelecektir²¹⁵.

Özellikle egemenlik yetkilerinin icrasının (bkz. ABA m. 5, f. I, IV) ve temel hakların öneminin azaltılmasının (Şart m. 52, f. I) merkezi önemde bir sınırı olan ölçülülük ilkesinin denetiminde, ABAD'ın yalnızca takdir marjının verilmesindeki uygunluk denetimiyle yetinmesi eksiklidir²¹⁶. AB yasakoyucusu, uygun olarak görünen önlemlerde rasyonel düşüncelerle hareket etmeli; gerekliliğin gerçek bir denetiminin düzenli olarak yapılmasını sağlamalı, ayrıca ABAD da önlemin yeterliliğinin denetimi²¹⁷ yanında, sakıncalar ve izlenen amaçlar arasında uygunluk, gereklilik ve orantılılık şeklinde üç aşamalı oranlılık denetimini yapmalıdır²¹⁸. Oysa ABAD, sonuçta geleneksel içtihadında ve Lizbon Antlaşması'ndan bu yana AB yasama tasarruflarının denetimini yaptığı kararlarında, bu tür tasarrufların “yalnızca izlenen amaca açıkça aykırı olmaları dolayısıyla hukuka aykırı oldukları”nı tespitle yetinmiştir²¹⁹.

Denetim yoğunluğundaki bu azalma, Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasının öngördüğü, Şart ve İHAS'da sunulan eş zamanlı paralel garantilerle çelişir. Zira yalnızca takdir marjının uygunluğunun denetiminin yapılmasına karşı çıkan İHAM, sıkı bir denetim yapar ve ulusal mahkemeleri ölçülülük ilkesinin takdirinin denetimi ile yükümlü tutar. Ulusal takdir marjına da saygı duyan İHAM, İHAS tarafı devletlerin farklı hukuk yapıları dolayısıyla belirli bir sorun karşısında belirli bir koruma düzeyini geçerli kılmak amacıyla takdir marjının ihlal edildiğine dair kararlarını sıfıra indirgemştir²²⁰. Ancak Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden bu yana, kısmen hatta daha önce de, ABAD'ın da, yalnızca ekonomik olan ve olmayan değer-

²¹⁵ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 290.

²¹⁶ **Streinz**, kn.760; **Weiß**, “Tendenzen”, s. 290.

²¹⁷ **Ehlers/Becker**, § 14, kn.71 vd.

²¹⁸ ABAD, Dördüncü Daire, 08.07.2010, C-343/09, kn.45, “Afton Chemical Ltd.” (Slg, 2010, I-7023; BeckRS, 2010, 90872).

²¹⁹ ABAD, Büyük Daire, 08.06.2010, C-58/08, kn.52, “The Queen, auf Antrag von Vodafone Ltd. ve Diğerleri/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform” (EuZW, 14/2010, s. 539); ABAD, Dördüncü Daire, 08.07.2010, C-343/09, kn.46, “Afton Chemical Ltd.” (Slg, 2010, I-7023; BeckRS, 2010, 90872).

²²⁰ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 290. Benzer yönde bkz. **Pellonpää**, s. 483 vd.

lerin eşitliğine vurgu yapmayacağını²²¹, aynı zamanda denetimi yoğunlaştıracağını da pozitif sinyalleri alındı. Örneğin, ABAD, -muhtemelen İHAM'a cevaben- Komisyonun bu alanda takdir marjına sahip olmasını derinlemesine bir denetim yapmamanın nedeni olarak görmekten vazgeçti ve Rekabet Hukukunda denetimini yoğunlaştırdı²²². ABAD, AB organlarını birey haklarına daha az yoğun çekici çözümler arayışında yetersiz düşüncelerle suçladığından, daha yoğun bir ölçülülük denetimini Şart'ın 7. ve 8. maddelerinde düzenlenen özel yaşamın korunması hakkı çerçevesinde icra etmektedir²²³. ABAD burada, Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrası dolayısıyla İHAM içtihadı ile uyuma, özellikle de ölçülülük ilkesi çerçevesindeki kararlarına dikkat eder²²⁴. Fakat bu olumlu sinyallere rağmen halen daha içtihat-larda aksi yönde eğilimlere de rastlanabilmektedir²²⁵.

2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarına Uyum

Şart'ın ortaya çıkışıyla birlikte, ABAD'ın İHAM kararlarına uyumu artmaya başlar. Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasında düzenlenen temel hak korumasının paralelliği, yalnızca ilgili İHAM kararlarıyla hesaplaşmayı değil, aynı zamanda Şart'ın yorumunda bu kararların içerik olarak da göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Bununla birlikte, eskiden olduğu gibi,

²²¹ ABAD, Birinci Daire, 14.10.2004, C-36/02, "Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH/Bonn Belediye Başkanı" (Slg, 2003, I-9609; NJW, 11/2005, s. 736; EuZW, 24/2004, s. 753); ABAD, 14.04.2010, C-271-08, kn.188 vd., "Komisyon/Almanya" (BeckRS, 2010, 90441).

²²² ABAD, İkinci Daire, 08.12.2011, C-386/10 P, kn.62, "Chalkor AE Epexergias Metallon mit Sitz in Athen" (BeckRS, 2011, 81926; EuZW, 5/2012, s. 190); ABAD, İkinci Daire, 08.12.2011, C-389/10, kn.129, "KME Germany AG, KME France SAS und KME Italy SpA/Komisyon" (BeckEuRS, 628048); ABAD, İkinci Daire, 08.12.2011, C-272/09 P, kn.102, "KME Germany AG, KME France SAS, KME Italy SpA" (BeckRS, 2011, 81924).

²²³ ABAD, Büyük Daire, 09.11.2010, C-92/09, C-93/09, kn.72 vd., 81, "Volker und Markus Schecke GbR ve Diğerleri/Hessen Eyaleti" (NJW, 19/2011, s. 1338; EuZW, 24/2010, s. 939).

²²⁴ ABAD, Büyük Daire, 09.11.2010, C-92/09, C-93/09, kn.51 vd., 72, "Volker und Markus Schecke GbR ve Diğerleri/Hessen Eyaleti" (NJW, 19/2011, s. 1338; EuZW, 24/2010, s. 939).

²²⁵ Weiß, "Tendenzen", s. 290-291.

halen daha İHAM'ın ilgili kararına uyumdan vazgeçen ABAD kararlarının varlığı da dikkat çekicidir²²⁶:

- ABAD, müvekkilin avukatı ile arasındaki iletişimin gizliliğinin ihlaline ilişkin davada, İHAM içtihadından, herhangi bir temel hak normundan veya Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasından söz etmeksizin, Lizbon Antlaşması'ndan uzun süre önce belirlemiş olduğu içtihadıyla²²⁷ aynı yönde karar verdi ve yalnızca hukukun genel ilkelerine yönelik arayış gibi, üye devletlerde yeknesak bir hukuki durumun eksikliğini vurguladı²²⁸. Bu o zamana kadarki mevcut içtihadının korunması için gerekli görüldü ve hukuk sözcüsünün görüşünde yer verdiği²²⁹ İHAM'ın koruma standardı analiz edilmedi²³⁰.

- ABAD, etkili bir hukuki koruma bakımından tespitini “*bu ilke, Birlik Hukukunun Şart'ın 47. maddesinde ifade edilen genel bir ilkesidir.*” Noktasında bıraktı ve İHAS'ın 6. maddesine ve İHAM içtihadına referans vermekten vazgeçti²³¹. Gerçi hukuk sözcüsü, Şart'ın özerk yorumuna ilişkin bir belirlemeden sonra, Şart'ın 47. maddesinin yorumunda, İHAS'ın, ilgili hukukun ve hukuk devletini karakterize eden ilkelerin ortaya çıkmasını sağlayan anayasal geleneklerin ve ayrıca kendi karakteristik gelişme ilkeleriyle AB'nin kendi yasal geleneklerinin temel bir rol oynadığını açıklamıştı²³². Bu ifadeler hukukun genel ilkelerinin kazanımından çıkarılan metot ve düşünce tarzına dayanır ve şayet istikrarlı bir ABAD içtihadı varsa, ABAD'ın arka planda İHAS standardına uyup uymadığının belirlenmesine fırsat verir.

²²⁶ Weiß, “Tendenzen”, s. 291.

²²⁷ ABAD, 18.05.1982, 155/79, “AM and S Europe Ltd./Komisyon” (BeckRS 2004, 71796; NJW, 10/1983, s. 503).

²²⁸ ABAD, Büyük Daire, 14.09.2010, C-550/07, kn.71-72, “Akzo Nobel Chemicals Ltd. ve Diğerleri/Komisyon” (NJW, 49/2010, s. 3557; EuZW, 20/2010, s. 778).

²²⁹ Hukuk Sözcüsü Juliane Kokott'un “Akzo Nobel Chemicals Ltd. ve Diğerleri/Komisyon” Davasında sunduğu 29.04.2010 tarihli görüş (özellikle kn.141 vd.) için bkz. BeckRS, 2010, 90528.

²³⁰ Weiß, “Tendenzen”, s. 291.

²³¹ ABAD, İkinci Daire, 28.07.2011, C-69/10, kn.49, “Brahim Samba Diouf/Çalışma Bakanı” (NVwZ, 2011, s. 1380; DÖV, s. 777).

²³² Hukuk Sözcüsü Cruz Villalón'un “Brahim Samba Diouf/Çalışma Bakanı” Davasına sunduğu 01.03.2011 tarihli görüşü (özellikle kn.39) için bkz. BeckRS, 2011, 80170.

Ancak İHAS standartlarına uygun ve süreklilik arz eden bir denetim özelliği gereklidir²³³.

- “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” Davasına ilişkin görüşünde, hukuk sözcüsü, İHAS’da düzenlenen bazı hakların üye devletlerdeki tutarsız geçersizliğine referansla, İHAS’ın ve Şart’ın yorumundaki paralelliği tekrar sorgulamış ve dolayısıyla İHAM standartlarına sıkı uyumun önemini azaltmıştır. Aslında bu düşüncelerin nedeni, Şart’ın 50. maddesinin İHAS’a Ek 7. Protokolün 4. maddesine uymasındadır (*ne bis in idem*) ki üye devletler bu maddeye çekince koymuşlardır. Hukuk sözcüsü buradan hareketle, tekdüze bir İHAS standardının olmadığı, böylelikle “İHAM içtihadının güncel durumunun dikkate alınması gerektiği” ve Şart’ın 50. maddesinin yorumunun bağımsız (“yarı-özerk”) ve münhasıran lafza ve kapsama dayalı olarak yapılması gerektiği sonucuna varmıştır²³⁴. Hukuk sözcüsü, burada her ne kadar, İHAM yargısının idari ve cezai anlamda paralel cezalandırma durumuyla karşı karşıya olduğunu belirlemiş olsa da²³⁵, ABAD, İHAM içtihadıyla *ne bis in idem* olarak bile ilgilenmez²³⁶. Bu önem azaltmayı gidermeyen ABAD, daha önceki içtihadına yollama yaparak, ek idari yaptırımların cezai karakterde kabul edilmesini, Şart’ın 50. maddesine göre *ne bis in idem* kuralını işletmeyerek engelledi²³⁷.

3. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda Düzenlenen Haklar ve Geleneksel Yorum Metotları

Bazı ABAD Kararlarında ve Görüşlerinde temel hak uygulamasında hukukun genel ilkeleri zamanından düşünce kalıplarının da ortaya konul-

²³³ Weiß, “Tendenzen”, s. 291.

²³⁴ Hukuk sözcüsü Pedro Cruz Villalón’un “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” Davasında sunduğu 12.06.2012 tarihli görüşü (özellikle kn.81, 84-87) için bkz. BeckRS 2012, 81407.

²³⁵ Hukuk sözcüsü Pedro Cruz Villalón’un “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” Davasında sunduğu 12.06.2012 tarihli görüşü (özellikle kn.75-79) için bkz. BeckRS 2012, 81407.

²³⁶ ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-617/10, kn.34, 37, “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” (BeckRS, 2013, 80395; NJW, 20/2013, s. 1415; EuZW, 8/2013, s. 302). ABAD’ın “Åklagare/Hans Åkerberg Fransson” Kararının ayrıntılı değerlendirilmesi konusunda bkz. Geiß, s. 266-269; Scholz, s. 199 vd.; Schwarze, s. 541-542.

²³⁷ Weiß, “Tendenzen”, s. 291; Geiß, s. 266-267, 270; Scholz, s. 199; Schwarze, s. 541.

duğu ve Şart'ta düzenlenen hakların yorumunun da kabul edildiği görülür²³⁸. Birincil Hukuku meşrulaştırma, Şart'ın 52. maddesinin IV. fıkrasında görülebiliyordu ki²³⁹ burada hukukun genel ilkelerine uygun olan Şart'ta düzenlenen haklar “*bu geleneklerle uyum içerisinde yorumlanıyordu*”; ancak bu aslında ABAD'ın geleneksel yorum metodu anlamına gelmez, aksine anayasa gelenekleri anlamına gelir²⁴⁰. Geleneksel olan yalnızca ABAD'ın temel hakları, şayet bunlar AB'nin yapısı ve amacı içine eklenmişse ve eklendiği sürece ulusal anayasal geleneklerden almış olmasıdır²⁴¹. Bu nedenle ABAD, özerk, yaratıcı ve seçmeci (eklektik) yöntemi kullanılır²⁴²; çünkü karşılaştırmalı hukuk kaynaklı tüm bulgular her zaman bir çekinceye tabidir. Bu metot AB'nin özerkliğine ve ilgili temel hakların doğasına aykırıdır. Fakat Şart, AB temel hak korumasını bu özerklikten ayırdı ve bu korumayı asgari bir standart olarak İHAS ile ortak Avrupa temel haklar alanına soktu. Bu nedenle Şart'ta düzenlenen hakların kullanılması artık bu standardın altında olamaz, bu konuda herhangi çekince de öngörülemez²⁴³.

Bununla birlikte, hukuk sözcüsü, Melloni Yargılamasındaki görüşünde, Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasının Şart'ın yorumunda yüksek bir koruma düzeyi sağladığını belirledi; fakat yine de, “*Birlik hukukuna uyum sağlayan bir koruma düzeyinin söz konusu olması gerektiğini*” ve “*uzun zamandır temel hakların yorumunda yönlendirici olan, yani temel hakların güvenceye bağlanmasını Birlik içerisinde onun yapısı ve amacı ile uyumlaştırma zorunluluğu ‘ilke’sini*” hatırlatarak, hukukun genel ilkelerine atıf yaptı. Hukuk sözcüsüne göre, bu nedenle “*Birliğin eylemi ve Birlik hukukunun özgünlüğü*

²³⁸ Weiß, “Tendenzen”, s. 291.

²³⁹ Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un “Stefano Melloni/Ministerio Fiscal” Davasında sunduğu 02.10.2012 tarihli görüşü (özellikle kn.132) için bkz. BeckRS, 2012, 81984. Ayrıca bkz. Geiß, s. 270.

²⁴⁰ Weiß, “Tendenzen”, s. 291.

²⁴¹ ABAD, 17.12.1970, 11/70, kn.4, “Internationale Handelsgesellschaft MBH/Hububat ve Yem İthalat ve Stoklama Ajansı” (Slg, 1970, s. 1125 vd.; BeckRS, 2004, 71230; NJW, 8/1971, s. 343 vd.).

²⁴² Hukuk Sözcüsü Ján Mazák'ın “Félix Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios SA” Davasında sunduğu 15.02.2007 tarihli görüşü (özellikle kn.87 vd.) için bkz. BeckRS, 2008, 70147.

²⁴³ Weiß, “Tendenzen”, s. 291.

bağlamında ilgili yönetmeliklere dikkat edilmelidir."²⁴⁴. Sonuç olarak, temel hak koruma seviyesinin değerlendirilmesinde AB'nin çıkarlarına, özellikle uygulamasındaki tekdüzelik ile özgürlük, güvenlik ve adalet gereksinimlerine riayet edilmelidir²⁴⁵.

Somutta temel hakların koruma seviyesinin uyumuna yol açan bu durum, AB yasakoyucusunun Avrupa Tutuklama Emri Yönergesi'nin hükümlerinin giyapta kolay uygulanmasını sağlamak ve ilgili kişilerin temel haklarının korunması amacıyla "uzlaştırmak için, ilgili temel hak koruma seviyesinin bu şekilde belirlenmesinin Avrupa Tutuklama Emri mekanizmasının etkinliğini zayıflatmadığı" anlamına gelir²⁴⁶. Başka deyişle, koruma düzeyini yasakoyucu tespit eder. Böylelikle Şart, İkincil Hukukun bir ölçüsü olarak fonksiyonunu yitirir; aksine İkincil Hukuk Şart'ın yorumunda bir ölçek olur. Bu, aynı zamanda, hukuk sözcüsünün üye devletler arasındaki İkincil Hukuka ilişkin antlaşmadan türetmek istediği ulusal anayasal geleneklerin gerçekleşmesi için de geçerlidir²⁴⁷. Hukuk sözcüsü, yalnızca İHAS standartları odaklı yorumuna yönelik özerk bir bağlılık ile ilgilendi²⁴⁸. Buna karşılık ABAD, Melloni Kararında²⁴⁹, bu yönetsel düşünceleri açıkça kendi üretseydi, Avrupa Tutuklama Emri Yönergesi'nin 4a maddesine uyumlu ilgili denetimi, Şart'ta düzenlenen haklara, her şeyden önce bunların amacına ve içeriğine çok zor uyardı²⁵⁰. ABAD başka kararlarında, örneğin özgürlük, güvenlik ve adalet alanı olarak AB sığınma sisteminin fonksiyonel

²⁴⁴ Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un "Stefano Melloni/Ministerio Fiscal" Davasında sunduğu 02.10.2012 tarihli görüşü (özellikle kn.106-108) için bkz. BeckRS, 2012, 81984.

²⁴⁵ **Weiß**, "Tendenzen", s. 291; **Geiß**, s. 270.

²⁴⁶ Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un "Stefano Melloni/Ministerio Fiscal" Davasında sunduğu 02.10.2012 tarihli görüşü (özellikle kn.112-119) için bkz. BeckRS, 2012, 81984.

²⁴⁷ Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un "Stefano Melloni/Ministerio Fiscal" Davasında sunduğu 02.10.2012 tarihli görüşü (özellikle kn.83 vd.) için bkz. BeckRS, 2012, 81984.

²⁴⁸ Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un "Stefano Melloni/Ministerio Fiscal" Davasında sunduğu 02.10.2012 tarihli görüşü (özellikle kn.132) için bkz. BeckRS, 2012, 81984.

²⁴⁹ ABAD, Büyük Daire, 26.02.2013, C-399/11, kn.50-52, "Stefano Melloni/Ministerio Fiscal" (BeckRS, 2013, 80394; NJW, 17/2013, s. 1215; EuZW, 8/2013, s. 305).

²⁵⁰ **Weiß**, "Tendenzen", s. 292.

ihtiyaçlarına dayanarak²⁵¹, İHAS standartlarının kullanımını, kurumsal anlamda yapıya ve amaca yakınlaştıran haklı sınırlamalarla sağladı. Bu nedenle, özellikle sığınma alanında, temel hakların geçerliliği, yasama fonksiyonunun mantığında yatıyor görünüyor²⁵².

IV. TEMEL HAKLARIN İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ'NCE KORUNMASI

A. Ulusal Temel Hak Korumasının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İle İlişkisi

İHAM ve AFAM arasında bir temel hakkın yorumu konusunda düşünce farklılığı ortaya çıkabilir, ancak bir yetki çatışması ortaya çıkmaz. Çünkü İHAM önünde şikâyette bulunma, bir iç hukuk yolu olarak, anayasa şikâyetleri de dâhil olmak üzere, tanınmıştır (İHAS m. 35, f. I). Her iki mahkeme de konularına göre maddi anayasa yargısal işlev icra ederler ve her ikisi de kamusal gücün hukuki tasarruflarının temel ilkelere uygunluğunu denetlerler²⁵³.

Bu anlamda, İHAM'ın İHAS'ı bağlayıcı şekilde yorumlayan (İHAS m.46) içtihatları, AFA'nın 59. maddesinin II. fıkrasının 1. cümlesinde öngörülen transformasyon düzenlemesi ile Alman hukuk düzenine dahil olmaktadır²⁵⁴. İHAM'ın yorumunda İHAS'da düzenlenen haklar ulusal haklara nazaran bir önceliğe sahip olmasa da -lex posterior kuralı İHAS bakımından geçerli olmadığından²⁵⁵- her federal yasa bu haklara riayet etmelidir²⁵⁶.

²⁵¹ ABAD, Büyük Daire, 21.12.2011, C-411/10, C-493/10, kn.86, 89, 94, "N. S./Secretary of State for the Home Department ve M. E. vd./Refugee Applications Commissioner vd." (BeckRS, 2011, 81939, 81943; EuZW, 2012, s. 231; NVwZ, 2012, s. 417).

²⁵² **Weiß**, "Tendenzen", s. 292; **Weiß**, "Quo vadis?", s. 202.

²⁵³ **Limbach**, s. 2914.

²⁵⁴ İHAS'ın Alman hukuk düzenindeki yerinin ayrıntılı değerlendirilmesi konusunda bkz. **Griebel**, s. 204 vd.

²⁵⁵ AFAM, 26.03.1987, 2 BvR 589/79, 2 BvR 750/81, 2 BvR 284/85, "Unschuldsvermutung" (BVerfGE, 74, s. 370; NJW, 39/1987, s. 2427); AFAM, 14.11.1990, 2 BvR 1462/87, "Gemeinnützige Arbeit durch Bewährungsaufgabe" (BVerfGE, 83, s. 128; NJW, 16/1991, s. 1043); AFAM, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, "Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR durch deutsche Gerichte" (BVerfGE, 111, s. 317; NJW, 47/2004, s. 3407).

Berlin İstinaf Mahkemesi, 29.10.2004 tarihli “Grönemeyer” Kararında, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 31. maddesinin I. fıkrasındaki hükmün bir basit kanun normu olarak bütün diğer federal kanunlar gibi İHAS’a uygun yorumlanması gerektiğini tespit etmiştir²⁵⁷. Bu ulusal uyum zorunluluğu, anayasaya nazaran İHAM kararlarının temel hak korumasını sınırlaması veya bu korumayı azaltması durumunda ortadan kalkmaktadır²⁵⁸. Bu durum, yalnızca İHAM’ın davanın temelinde yatan olayı veya ulusal idari tasarrufun yahut mahkeme kararının hukuki çerçevesini açıkça hatalı değerlendirmesi durumunda ortaya çıkabilir²⁵⁹. Üstelik Birlik Hukukunun dönüşümünün İHAS’ın etkisini güçlendiriyor olması önemlidir. İHAS, Birlik temel haklarının içeriksel unsuru olarak (ABA m. 6, f. II) Birlik Hukukunun öncelikli etkisinde önemli bir role sahiptir²⁶⁰. Birlik temel haklarının üye devlet tasarrufları bakımından bağlayıcı olması, üye devlet ulusal hukuku bakımından önemlidir²⁶¹. İHAM da Birlik Hukukunun bu öncelikli yapısını

²⁵⁶ **Schmahl**, s. 36. Krş. **Dörr**, s. 1092.

²⁵⁷ KG Berlin, 29.10.2004, 9 W 128/04, “Grönemeyer” (NJW, 9/2005, s. 607; EuGRZ, 2005, s. 274). Bu yorumu kabul eden yazarlar için bkz. **Meyer-Ladewig**, Jens; Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art.46, kn.20; **Bergmann**, Jan; “Diener dreier Herren? - Der Instanzrichter zwischen BVerfG, EuGH und EGMR”, EuR, 1/2006, s. 114; **Mückl**, s. 429. Bu yorumu kabul etmeyen bir yazarlar için bkz. **Engels**, Stefan/**Jürgens**, Uwe; “Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz - Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung des ‘Caroline’-Urteils im deutschen Recht”, NJW, 35/2007, s. 2520.

²⁵⁸ AFAM, 26.03.1987, 2 BvR 589/79; 2 BvR 750/81; 2 BvR 284/85, “Unschuldsvermutung” (BVerfGE, 74, s. 370; NJW, 39/1987, s. 2427); AFAM, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, “Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR durch deutsche Gerichte” (BVerfGE, 111, s. 329; NJW, 47/2004, s. 3407).

²⁵⁹ **Schmahl**, s. 36; **Grupp**, Klaus/**Stelkens**, Ulrich; “Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung des deutschen Rechts”, DVBl, 2005, s. 142.

²⁶⁰ **Langenfeld**, Christine; “Die Stellung der EMRK im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, in: Der Grundrechtsschutz in Europa: Wissenschaftliches Kolloquium aus Anlass des 65. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress, Baden-Baden 2002, s. 97.

²⁶¹ **Ruffert**, Matthias; “Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht”, EuGRZ, 2007, s. 248; **Schmahl**, s. 37.

dan etkilenir. İHAS'ı esas alan İHAM yargısı da, İHAS'ı AB tasarrufları bakımından öncelikli denetim ölçütü olarak kabul eder²⁶².

B. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Topluluk Yargısına Karşı “Solange-Çekincesi”

İHAM'ın Birlik organları tarafından yaratılan İkincil Hukuk tasarruflarının İHAS ile uyumlu olmaması durumunda, İHAS tarafı devletleri sözleşmenin ihlali nedeniyle sorumlu tutup tutamayacağı uzun süre spekülasyon bir konu olmuştur²⁶³. İHAM ne 2003 tarihli “Senator Lines” Kararında, ne de 2005 tarihli “Emesa Sugar” Kararında bu soruna değinmiştir. “Senator Lines” Davasında, İHAM, o zamanki tüm 15 üye devlete karşı yapılan bireysel başvuruyu, Avrupa Topluluğu Komisyonu'nun yapılan başvuru sonrasında “Senator Lines” firmasına karşı verilen para cezası kararını uygulamayacağı sözü vermiş²⁶⁴ ve ardından da AB ilk derece mahkemesinin dava konusu kararı iptal etmiş olması²⁶⁵ dolayısıyla şikâyet konusunun ortadan kalktığı gerekçesiyle reddetmiştir²⁶⁶.

Hollanda'ya karşı bireysel başvuru yoluyla açılan “Emesa Sugar” Davasında ise, ABAD önündeki yargılamada kanun sözcüsünün nihai talebine karşı savunma olanağının eksik olması²⁶⁷ dolayısıyla İHAM, “konu bakımından (ratione materiae) yetkisiz” olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir²⁶⁸. Yalnızca İHAM'ın 1996 tarihli “Cantoni” Kararında²⁶⁹, Topluluk İkincil Hukukunun denetiminde İHAM'ın nasıl bir tutum takınacağına ilk

²⁶² **Weiß**, “Grundrechtsquellen”, s. 348 vd.; **Schmahl**, s. 37.

²⁶³ **Schmahl**, s. 26.

²⁶⁴ Avrupa Topluluğu Komisyonu, 16.09.1998, IV/35.134 Đ, “Trans-Atlantic Conference Agreement” (ABl. EG, 1999, Nr. L 95/1).

²⁶⁵ AB İlk Derece Mahkemesi, 30.09.2003, T-191/98, T-212/98, T-213, T-214/98, “Atlantic Container Line vd./Komisyon” (Slg, 2003, II -3275).

²⁶⁶ İHAM, Büyük Daire, 10.03.2004, 56672/00, “Senator Lines GmbH/Belçika ve Diğer Eski 14 AB Üyesi” (EuGRZ, 2004, s. 283 vd.; NJW, 50/2004, s. 3617).

²⁶⁷ Krş. ABAD, 08.02.2000, C-17/98, “Emesa Sugar” (Slg, 2000, I-665).

²⁶⁸ İHAM, 13.01.2005, 62023/00, “Emesa Sugar N.V./Hollanda” (EuGRZ, 2005, s. 234 vd.).

²⁶⁹ İHAM, 15.11.1996, 17862/91, “Cantoni/Fransa” (EuGRZ, 1999, s. 197).

işareti görüldü²⁷⁰. Bu davada bir süpermarkette ilaçların satılmasını cezalandıran bir Topluluk direktifinin uygulanmasını iç hukukta sağlayan Fransız Ceza Kanunu'nun denetimi söz konusudur. Üye devlet önlemi bir Topluluk Hukuku nedeni ile ortaya çıkmış olsa da, İHAM, Fransız yasasının tam bir denetimini yapmaktan geri durmamıştır. İHAM, ilgili ulusal düzenlemenin Topluluk direktifi ile hemen hemen özdeş olmasının İHAS'ın uygulama alanını ortadan kaldırmayacağını vurgulamıştır²⁷¹.

2005 tarihli "Bosphorus" Davasında, İHAM, emredici Topluluk İkincil Hukukunun denetimi problemini yeniden ve detaylı olarak inceleme fırsatı bulmuştur. İHAM, Avrupa Topluluğu tarafından temel haklara yalnızca maddi içerikleri itibariyle değil, usul hukuku bakımından da İHAS'a eşdeğer bir koruma sağlandığı sürece, Topluluk Hukuku kaynaklı yükümlülükleri ile sıkı bir uyum içinde olan ulusal tasarrufları denetleme yetkisini kullanmayacağını kararlaştırdı²⁷². İHAM, bu kararlar, ABAD ile ilişkisini, anlaşılan AFAM'ın "Solange-II" kararındaki benzer şekilde açıklamayı denemektedir. AFAM gibi İHAM'ın "Solange Çekincesi" de, aynı şekilde, kendisine egemenlik yetkisi devredilen örgütün eşdeğer bir temel hak korumasına sahip olmasını öngörmektedir²⁷³.

İHAM'ın burada vurguladığı "eşdeğer" bir temel hak koruması, "aynı" değil, fakat "karşılaştırılabilir" bir temel hak koruması anlamını taşır²⁷⁴. "Aynı" bir temel hak korumasının talep edilmesi, uluslararası bir örgüt çerçevesindeki işbirliğine ilişkin çıkarlara ters düşebilir. Eşdeğerliliğin bir kez saptanmış olması, artık hep geçerli olduğu anlamına gelmez, aksine temel hak korumasının sonraki önemli değişiklikleri ışığında düzenli olarak denetim sürdürülecektir²⁷⁵. AFAM'ın "Solange-II" kararındaki yaklaşı-

²⁷⁰ **Schmahl**, s. 27; **Philippi**, s. 104-105.

²⁷¹ İHAM, 15.11.1996, 17862/91, "Cantoni/Fransa" (EuGRZ, 1999, s. 197). Ayrıca bkz. **Philippi**, s. 104-105.

²⁷² İHAM, Büyük Daire, 30.06.2005, 45036/98, kn.155, "Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda" (BeckRS, 2005, 10385; NJW, 4/2006, s. 197).

²⁷³ **Schmahl**, s. 27.

²⁷⁴ İHAM, Büyük Daire, 30.06.2005, 45036/98, kn.155, "Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda" (BeckRS, 2005, 10385; NJW, 4/2006, s. 197).

²⁷⁵ İHAM, Büyük Daire, 30.06.2005, 45036/98, kn.155, "Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda" (BeckRS, 2005, 10385; NJW, 4/2006, s. 197).

mına²⁷⁶ paralel olarak, İHAM da, “eşdeğer” temel hak koruması tespitini Topluluk alanlarında statik olarak kabul etmemektedir²⁷⁷.

İkincil Topluluk Hukuku'na ve emredici Topluluk Hukuku mükellefiyetlerini iç hukukta düzenleyen ulusal önlemlere karşı denetim yetkisini genel olarak geri alan ve “rezerv yetkisi”nin canlandırılması için oldukça yüksek talepler ortaya koyan AFAM'dan²⁷⁸ farklı olarak, İHAM, somut olayın kontrolündeki gerekçeleri esas almaktadır. İHAM'ın görüşüne göre, karşılaştırılabilir bir temel hak koruması varsayımı, şayet somut belirli olayda İHAS'da düzenlenen hakların korunması yetersiz şekilde garanti altına alınmışsa ortadan kalkabilir²⁷⁹. Bu durumda Topluluk alanlarında işbirliğine ilişkin çıkarlar, İHAS'ın “Avrupa kamu düzeninin anayasal enstrümanı” olarak İnsan Hakları alanında oynadığı rol dolayısıyla gözardı edilmelidir²⁸⁰.

İHAM'ın burada yargı gücünü kullanmak istememesinin bir nedeni de, kendisini ağır çalışma yükünden kurtarma arayışı olabilir²⁸¹. Fakat her şeyden önce bu dönemde söz konusu olan ilkesel denetim azlığı, Topluluğun

²⁷⁶ Krş. AFAM, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, “Verfassungskonformität der Bananenmarktordnung” (BVerfGE, 102, s. 163; BeckRS, 2000, 22206; NJW, 42/2000, s. 3124; EuGRZ, 2000, s. 328). Aynı yönde bkz. **Hillgruber**, kn.14; **Schmahl**, s. 27.

²⁷⁷ **Schmahl**, s. 27.

²⁷⁸ AFAM, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, “Keine Überprüfung von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht durch BVerfG - Solange-II” (BVerfGE, 73, s. 387; NJW, 10/1987, s. 577; DVBl, 1987, s. 231; MDR, 1987, s. 290); AFAM, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, “Verfassungskonformität der Bananenmarktordnung” (BVerfGE, 102, s. 163; BeckRS, 2000, 22206; NJW, 42/2000, s. 3124; EuGRZ, 2000, s. 328); AFAM, 13.03.2007, 1 BvF 1/05, kn.69, “Emissionshandel” (BVerfGE, 118, s. 79; BeckRS, 2007, 23751; DVBl, 2007, s. 821; NVwZ, 8/2007, s. 937).

²⁷⁹ **Schmahl**, s. 27.

²⁸⁰ İHAM, Büyük Daire, 30.06.2005, 45036/98, kn.156, “Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda” (BeckRS, 2005, 10385; NJW, 4/2006, s. 197). İHAM'ın temelsiz bireysel başvuruları, İHAS'ın 35. maddesinin III. fıkrasına göre kabul edilemezlik kararıyla reddetme seçeneği de vardır. Bu konuda bkz. **Haratsch**, Andreas; “Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte - Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH”, ZaöRV, 66/2006, s. 945.

²⁸¹ **Schmahl**, s. 28.

İHAS'a o dönemde henüz taraf olmamasından da kaynaklanıyor olabilir²⁸². Böylelikle Topluluk İkincil Hukukunun İHAS'a uygunluğu, bu dönemde İHAM tarafından doğrudan denetlenemez²⁸³. Bu nedenle İHAM, denetim yetkisini -daha önceki "Cantoni" Kararında yaptığı gibi²⁸⁴- "Bosphorus" Kararında da üye devletlerin icrai tasarruflarına bağlar²⁸⁵. "Bosphorus" Kararının "Cantoni" Kararından farkı, İHAM'ın "Bosphorus" Kararında, ilgili devletin Topluluk Hukukunun iç hukukta düzenlenmesi veya icrası sırasında hareket serbestisi içinde kalıp kalmadığı konusunda ayırım yapmasıdır²⁸⁶. Ulusal önlemlerin olası haklılığı, bunların Topluluk Hukukuna ilişkin emredici bir yükümlülüğü yerine getirmeleri durumunda geçerlidir. Buna karşılık, üye devletin bir direktifin emredici olmayan kuralının iç hukukta düzenlenmesinde olduğu gibi seçim şansına sahip olması durumunda, üye devletlerin bu tür ulusal önlemleri önceden olduğu gibi İHAM'ın kapsamlı (tam) bir denetimine tabidir²⁸⁷. Bu durum, AFAM'ın üye devletlere hareket serbesti bırakan direktifleri iç hukukta düzenleyen ve Alman egemenlik haklarına yönelik önlemler olduğu için AFA'nın temel hakları ölçüğünde denetime tabi olan ulusal düzenlemelerin, ulusal temel haklara bağlılığı konusunda verdiği sonraki bir kararını²⁸⁸ hatırlatır²⁸⁹.

²⁸² Krş. İHAM, Büyük Daire, 30.06.2005, 45036/98, kn.152, "Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda" (BeckRS, 2005, 10385; NJW, 4/2006, s. 197).

²⁸³ **Schmahl**, s. 28.

²⁸⁴ İHAM, 15.11.1996, 17862/91, "Cantoni/Fransa" (EuGRZ, 1999, s. 197).

²⁸⁵ Yalnızca bir organın eylemine dayalı olan ulusal egemenlik tasarrufu İHAM'ın Topluluk İkincil Hukukuna dolaylı müdahalesini mülkün kıldığından, İHAS'a aykırılık, ulusal tasarrufta herhangi bir şekilde ortaya çıkabilir (**Breuer**, Marten; "Offene Fragen im Verhältnis von EGMR und EuGH", EuGRZ, 2005, s. 232 vd.).

²⁸⁶ **Haratsch**, s. 932; **Winkler**, Siegfried; "Der EGMR zum innerstaatlich und gemeinschaftsrechtlich (RL 65/65/EWG) definierten Arzneimittelbegriff beim Apothekenmonopol", EuGRZ, 1999, s. 182; **Lavranos**, Nikolaos; "Das So-Lange-Prinzip im Verhältnis von EGMR und EuGH - Anmerkung zu dem Urteil der EGMR v. 30.06.2005, Rs. 450 36098", EuR, 1/2006, s. 82 vd.

²⁸⁷ İHAM, Büyük Daire, 30.06.2005, 45036/98, kn.147, "Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda" (BeckRS, 2005, 10385; NJW, 4/2006, s. 197).

²⁸⁸ AFAM, 13.03.2007, 1 BvF 1/05, kn.71, "Emissionshandel" (BVerfGE, 118, s. 79; BeckRS, 2007, 23751; DVBl, 2007, s. 821; NVwZ, 8/2007, s. 937).

²⁸⁹ **Schmahl**, s. 29.

AB üyesi devletler, böylelikle, AB üyesi olmayan İHAS tarafı devletlere nazaran emredici Topluluk Hukuku'na dayanan tasarruflarının İHAM'ın denetimine tabi olmadığı oranda bir "temel hak promosyonu" elde etmektedirler²⁹⁰. İHAS, kendisine taraf olan devletlere egemenlik haklarının devri konusunda izin verdiği için bu "promosyon" tahsisi, arka planda kaçınılmazdır. Bu nedenle de, İHAS'ın uluslararası işbirliğini ve bunun sonucu olarak da böyle örgütlerin kendi kurallarına göre işleyişini sağlayacak ve bu gereksinimleri dikkate alacak şekilde yorumlanması zorunludur²⁹¹. Bununla birlikte, "Bosphorus" Kararında Topluluk alanlarında açıkça yetersiz somut bir temel hak korumasından ne zaman söz edilebileceği konusundaki kriterlerin eksikliği²⁹² sorun teşkil etmektedir²⁹³.

Hareketsizlik ve geçersizlik davalarında bireyler sınırlı dava yetkisine sahip oldukları için²⁹⁴ Topluluk temel hak korumasının boşluklar içerdiğine ve ABAD'ın²⁹⁵ bunu kısmen belirsiz ulusal hukuki koruma yollarına bırak-

²⁹⁰ Krş. Hâkim Ress'in İHAM'ın "Bosphorus" Kararına yazdığı karşı oy gerekçesi, özellikle kn.4 [İHAM, Bosphorus-İrlanda, 30.06.2005, 45036/98 (NJW, 4/2006, s. 197)]; **Bröhmer**, Jürgen; "Die Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - Der Schutz der Grund- und Menschenrechte in der EU und das Verhältnis zur EMRK", EuZW, 3/2006, s. 73; **Schmahl**, s. 29.

²⁹¹ İHAM, Büyük Daire, 30.06.2005, 45036/98, kn.150, "Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda" (BeckRS, 2005, 10385; NJW, 4/2006, s. 197); **Schmahl**, s. 29. Şüpheli bir yaklaşım için bkz. **Winkler**, Siegfried; "Die Vermutung des 'äquivalenten' Grundrechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht nach dem Bosphorus-Urteil des EGMR", EuGRZ, 2007, s. 648.

²⁹² Hâkim Ress, "Bosphorus" Kararındaki karşı oy gerekçesinde bu kriterleri belirlemeye çalışır. Hâkim Ress'in görüşüne göre, Topluluk organları sonuçta İHAM içtihadından ayrılıyorsa, böyle bir eksikliğin varlığı herhalükarda kabul edilmelidir. Bkz. Hâkim Ress'in İHAM'ın "Bosphorus" Kararına yazdığı karşı oy gerekçesi, özellikle kn.3 [İHAM, Bosphorus-İrlanda, 30.06.2005, 45036/98 (NJW, 4/2006, s. 197)].

²⁹³ **Schmahl**, s. 29. Eleştirel bir görüş için bkz. **Heer-Reißmann**, Christine; "Straßburg oder Luxemburg? - Der EGMR zum Grundrechtsschutz bei Verordnungen der EG in der Rechtsache Bosphorus", NJW, 4/2006, s. 194.

²⁹⁴ Hâkim Ress'in İHAM'ın "Bosphorus" Kararına yazdığı karşı oy gerekçesi, özellikle kn.2 [İHAM, Bosphorus-İrlanda, 30.06.2005, 45036/98 (NJW, 4/2006, s. 197)]. Aynı yönde bkz. **Schohe**, Gerrit; "Das Urteil Bosphorus: Zum Unbehagen gegenüber dem Grundrechtsschutz durch die Gemeinschaft", EuZW, 2/2006, s. 33.

²⁹⁵ Krş. ABAD, 01.04.2004, C-263/02 P, kn.29 vd., "Jégo-Quérel/Komisyon" (Slg, 2004, I-3425; NJW, 28/2004, s. 2006; DVBl, 2004, s. 820); ABAD, Genel Kurul, 25.07.2002,

tığına²⁹⁶ yönelik yapılan eleştiriler haksız değildir²⁹⁷. Ancak burada her ikisi de “açık” formüle ettikleri için yalnızca İHAM’ın “Solange Çekincesi”ne değil, aksine aynı ölçüde AFAM’ın “Solange-II Çekincesi”ne de yöneltilen eleştiriler söz konusudur. Her iki yüksek mahkemenin “Solange-Çekinceleri” ile Topluluğa önemli bir güven avansı vermelerinin asıl nedeni, Topluluk hukuk düzeninin parçalanmasını önlemektir²⁹⁸.

Lizbon Antlaşması’nın 01.12.2009 tarihinde yürürlüğe girişi ile birlikte Birliğin İHAS’a katılması sonucunda (ABA m. 6, f. II) “Bosphorus Çekincesi” hükümsüz kaldı. Birlik İkincil Hukuku ve bu hukukun zorunlu kıldığı üye devletlerin ulusal önlemleri, İHAM’ın kapsamlı denetimine tabi oldu. İHAM açısından eşdeğer varsayılan ulusal temel hak korumasının lehine bir “Solange-Çekincesi”nin varlığına, Birlik Hukuk düzeni ve ABAD lehine bir çekince olması durumunda izin verilebilirdi²⁹⁹.

C. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Karşı “Anayasa Çekincesi”

AFAM’ın 2004 tarihli “Görgülü” Kararı, İHAS’a taraf her devletin İHAS’a uygun bir şekilde tasarrufta bulunma ve İHAM’ın kararlarına saygı gösterme yükümlülüğü çerçevesinde³⁰⁰ önemli tartışmalara yol açtı.

C-50/00 P, kn.36 vd., “Unión de Pequeños Agricultores/Konsey” (Slg, 2002, I-6677; NJW, 40/2002, s. 2935; EuZW, 2002, s. 529).

²⁹⁶ **Lindner**, Josef Franz; “Fortschritte und Defizite im EU-Grundrechtsschutz - Plädoyer für eine Optimierung der Europäischen Grundrechtecharta”, ZRP, 2/2007, s. 57; **Nettesheim**, Martin; “Effektive Rechtsschutzgewährleistung im arbeitsteiligen System europäischen Rechtsschutzes”, JZ, 2002, s. 933. Farklı görüşler için bkz. **Schiemann**, Konrad; “Zulässigkeitsanforderungen bei Individualrechtsbehelfen”, EuGRZ, 2006, s. 508; **Classen**, Claus Dieter; “Effektive und kohärente Justizgewährleistung im europäischen Rechtsschutzverbund”, JZ, 61/2006, s. 160.

²⁹⁷ **Schmahl**, s. 30.

²⁹⁸ **Schmahl**, s. 30.

²⁹⁹ **Haratsch**, s. 946; **Schmahl**, s. 30.

³⁰⁰ İHAM kararlarının yönlendirici etkisi ile hukuki gücü arasındaki farklar konusundaki Doktrinde yaygın olarak birbirinden farklı görüşler savunulur. Bkz. **Ress**, Georg; “Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane”, EuGRZ, 1996, s. 35 vd.; **Pache**, Eckhard; “Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung”, EuR, 3/2004, s. 403 vd.; **Grabenwarter/Pabel**, § 16, kn.2, 9.

AFAM'ın ikinci dairesi, ulusal egemenlik alanında İHAS'a saygı gösterilmesinin AFA'da belirtilen egemenlikten vazgeçme anlamına gelmeyeceğini tespit etti³⁰¹. Bu ifadeye karşın Almanya'da İHAS'ın ve ek protokollerinin basit bir kanunlar hiyerarşisi ile geçerli olmasının Anayasa Hukukunun yerini alamayacağı da unutulmamalıdır³⁰². “Basit bir yasa” olarak İHAS, AFAM'ın ve onun temel hak garantilerinin altındadır³⁰³.

Ulusal anayasa mahkemelerinin, ulusal hukuk düzenindeki her münferit olayda, İHAM'ın yorumundaki İHAS'ın etkisini denetleme yetkisine sahip olup olmadıkları şüphelidir³⁰⁴. İHAM'ın AFAM'dan farklı bir değerlendirme yapması, İHAS ile AFA arasında mutlaka bir çatışma olduğu anlamına gelmez³⁰⁵. Çok kutuplu temel hak ilişkilerinde temel hak korumasında sorunlara yol açmayacak farklı değerlendirmeler ortaya çıkabilir³⁰⁶.

D. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Tarafından Birlik Birincil Hukukunun Dolaylı Yargısal Denetimi

İHAM, 1999'dan beri, İHAS tarafı devletlere karşı bu devletlerin uluslararası kuruluşlara üyelikleri ile bağlantılı yetki devirlerinin İHAS'dan doğan mükellefiyetlerini ihlal ettiği iddiasıyla yapılan başvuruları kabul etmektedir³⁰⁷. İHAM'ın görüşüne göre, İHAS tarafı devletler, İHAS ve Ekli Protokollerinden kaynaklanan yükümlülüklerinden, egemenlik yetkilerini İHAM'ın kontrolünde olmayan ve en azından kıyaslanabilir bir hukuk koruması garanti etmeyen uluslararası kuruluşlara devrederek kurtulamazlar³⁰⁸.

³⁰¹ AFAM, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, “Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR durch deutsche Gerichte” (BVerfGE, 111, s. 319; NJW, 47/2004, s. 3407).

³⁰² **Schmahl**, s. 30-31; **Scholz**, s. 197.

³⁰³ **Scholz**, s. 197.

³⁰⁴ **Schmahl**, s. 31. Farklı yönde bkz. **Hoffmann-Riem**, s. 478.

³⁰⁵ **Breuer**, Marten; “Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast du's mit Straßburg?”, NVwZ, 4/2005, s. 414.

³⁰⁶ **Schmahl**, s. 31. Benzer şekilde bkz. **Schlink**, Bernhard; “Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel”, JZ, 62/2007, s. 158.

³⁰⁷ **Schmahl**, s. 26.

³⁰⁸ İHAM, Büyük Daire, 18.02.1999, 26083/94, kn.67, “Waite ve Kennedy/Almanya” (EuGRZ, 1999, s. 207; NJW, 16/1999, s. 1173; NVwZ, 1999, s. 517); İHAM,

İHAS tarafı devletler, egemenlik güçlerini İHAS'a uygun kullanmakla yükümlüdürler (İHAS m.1). İHAM, bu koşulları, yalnızca egemenlik haklarının Avrupa Uzay Ajansı gibi "klasik" uluslararası kuruluşlara devri bakımından değil³⁰⁹, "ortak dolaylı devlet yönetiminin örgütsel şekilleri" konularının temsil edildiği ulus-üstü kurumlara devri bakımından da kullanır³¹⁰. "Matthews" Kararında³¹¹, İHAM, Topluluk üyesi devletlerin her halükarda kendi yarattıkları Topluluk Hukuku olarak Birincil veya Birincil Hukuk benzeri hukuktan kaynaklanan temel hak ihlallerinden sorumlu olduklarını ilk kez açıkça kararlaştırmıştır³¹².

Bununla birlikte, AB'nin İHAS'a katılımıyla, birçok alanda devlet benzeri egemenlik güçleri icra eden AB, Avrupa devletlerinde olduğu gibi İHAM'ın denetimine tabi olacaktır. AB'nin İHAS'a taraf olması süreci ve müzakereleri zorlu geçmektedir. Bir katılım antlaşması tasarlanmış, ancak bu antlaşma taslağı halen Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 218. maddesinin XI. fıkrası çerçevesinde değerlendirme prosedürleri için ABAD önünde beklemektedir. İHAS'ın AB'nin katılımından sonra, Birlik Hukukunda Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 216. maddesinin II. fıkrası çerçevesinde Birincil ve İkincil Hukuk arasında bir yere sahip olacağı veya özel onay süreci dolayısıyla Avrupa Birliği'nin

18.02.1999, 28934/95, kn.57, "Beer ve Regan/Almanya" (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58299>, 17.10.2014). Ayrıca krş. İHAM, Büyük Daire, 18.02.1999, 24833/94, kn.26 vd., "Matthews/Birleşik Krallık" (EuGRZ, 1999, s. 308; NJW, 42/1999, s. 3107; NVwZ, 1999, s. 1325); İHAM, Büyük Daire, 30.06.2005, 45036/98, kn.153 vd., "Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş./İrlanda" (BeckRS, 2005, 10385; NJW, 4/2006, s. 197). Ayrıca bkz. **Philippi**, s. 105-106.

³⁰⁹ İHAM, Büyük Daire, 18.02.1999, 26083/94, kn.67, "Waite ve Kennedy/Almanya" (EuGRZ, 1999, s. 207; NJW, 16/1999, s. 1173; NVwZ, 1999, s. 517); İHAM, 18.02.1999, 28934/95, kn.57, "Beer ve Regan/Almanya" (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58299>, 17.10.2014).

³¹⁰ Krş. **Winkler**, Siegfried; "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Europäische Parlament und der Schutz der Konventionsgrundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht", EuGRZ, 2001, s. 24 vd.

³¹¹ İHAM, Büyük Daire, 18.02.1999, 24833/94, kn.29 vd., "Matthews/Birleşik Krallık" (EuGRZ, 1999, s. 308; NJW, 42/1999, s. 3107; NVwZ, 1999, s. 1325). Ayrıca bkz. **Philippi**, s. 106-107.

³¹² **Schmahl**, s. 26.

İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 218. maddesinin 8. fıkrasının 2. paragrafının 2. cümlesine göre Birincil Hukuk niteliği kazanacağı iddia edilebilir. İHAS'ın garantilerinin büyük oranda Şart'a aktarılmış olması, İHAS'ın ABA'nın 6. maddesinin I. fıkrası çerçevesinde Birincil Hukuk derecesinde geçerli kılındığını gösterir. İHAM içtihatlarının ve bu içtihatların Şartı'ı ve ABAD'ı yönlendirici etkisinin tanınmış olması önemlidir. Birlik temel hak korumasının şimdiye kadar ki gelişmelerinde, İHAS çok az şeyi değiştirdi; ancak AB'nin İHAS'a taraf olmasının şekli koşulları da tamamlandığında, İHAM'ın otoritesinin Avrupa'da insan haklarının korunmasını da güçlendirici katkı yapacağı kesindir³¹³.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Gerek ulusal, gerekse Birlik temel hak düzenlemeleri, her şeyden önce, ilgili hukuk düzeninde yetki kullanan organları bağlamak amacıyla oluşturulur³¹⁴. Buna karşılık, İHAS'a başka bir görev düşmektedir: İHAS, alışıl-gelen uluslararası hukuk sözleşmelerinden daha fazla bir anlam ifade eder; Devlet yetkilerini bireysel özgürlük, eşitlik ve nihayet insan onuru bağlamında sınırlar. Ulus-üstü alanlarda merkezi anayasal işlevin bu yüksek yapılaşması ve ulusal egemenliğin bu sayede zayıflaması tarihsel deneyimin sonucudur. İHAS ve temel hak koruma mekanizması, özellikle önceki ulusal temel hak ihlallerine bir reaksiyon olarak, bireyler için "ultima ratio" bir prosedür olarak ulusal temel hak korumasındaki eksikliği gidermek amacıyla yaratıldı³¹⁵. İHAM, başından beri, -adeta "kendi kendilerini temizleyen güçler" olarak- kendi sistemlerinde ve kendi hukuk düzenlerinde ilgili egemenin tasarruflarının hukuka veya temel haklara uygunluğunu denetleyen ABAD ve ulusal anayasa mahkemelerinden farklı bir fonksiyon icra eder. İHAS, ulusal anayasa hukukundan ve AB Hukukundan farklı olarak kendi kurumsal yapısında egemen güç içermez, aksine münhasıran başka egemen güçleri (üyesi devletlerin egemen güçlerini) sınırlar³¹⁶. İHAM'ın ulusal anayasa

³¹³ Uerpmann-Witzack, s. 924.

³¹⁴ Lindner, "Kollisionsdogmatik", s. 170 vd.; Schmahl, s. 38.

³¹⁵ Schmahl, s. 38; Pernice, Ingolf, "BVerfG, EGMR und die Rechtsgemeinschaft", EuZW, 23/2004, s. 705.

³¹⁶ Klein, Eckart, "Diskussionsbeitrag", VVDStRL, 66/2007, s. 433; Lindner, "Kollisionsdogmatik", s. 181 vd.

mahkemeleri ile karşılaştırılabilir bir “kanunları iptal etme yetkisi”nin olmaması³¹⁷, onun maddi anayasa hukuksal fonksiyonlar gerçekleştiremeyeceği anlamına gelmez³¹⁸. Hatta Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girişi ile birlikte İHAS’ın tüm Avrupa için bir anayasa metni haline dönüştüğü de söylenebilir. İHAS’da bulunan garantileri yaşama geçiren İHAM içtihadı, İHAS’ın garantilerinin somut formüllerinden daha fazla bir anlama sahiptir. İHAM içtihadı, Avrupa’da temel hak gelişiminin artık önemli bir ölçü niteliğindedir ve bu rolünü Avrupa temel hak kültürünün çok çeşitliliğini sorun haline getirmeden ve bir taraftan İHAS’ın dinamik yorumu ile diğer taraftan da üye devletlerin takdir marjına saygı duyma arasındaki dengeyi de koruyarak sürdürmek istemektedir³¹⁹.

İHAM, daha 1979 yılında, kendisini ulusal anayasa yargısıyla karşılaştırmıştır³²⁰. 1999 tarihli Fransa’ya karşı “Chassagnou” Yargılaması ise³²¹, parlamentonun yasama tasarrufuna karşı yapılan yargı denetiminin ilk örneklerinden biridir. Bu karar, İHAS sistemi, Fransa Anayasası’na aykırı olarak yasama kararlarının etkili bir yargısal denetimini yaptığı ve 1958 Anayasakoyucusunun anayasal politikasına ilişkin temel kararlarını değiştirdiği için önemlidir³²². Bu davada Fransız Danıştay’ı anayasakoyucunun dolaylı temel hak ihlallerini denetlemiş, sonuçta İHAS’ı ulusal temel hak kataloğunu tamamlayan bir “Avrupa yan anayasası”³²³ olarak tanımış ve saygı göstermiştir. Burada İHAM kararlarının etki gücü sorununda, şekli

³¹⁷ **Polakiewicz**, Jörg; Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Berlin, Heidelberg 1993, s. 217 vd.

³¹⁸ **Grabenwarter**, s. 319-320; **Schmahl**, s. 38.

³¹⁹ **Uerpman-Witzack**, s. 925.

³²⁰ İHAM, 13.06.1979, 6833/74, kn.58, “Marckx/Belçika” (EuGRZ, 1979, s. 454; NJW, 48/1979, s. 2449). Ayrıca krş. İHAM, 23.03.1995, 15318/89, kn.75, “Loizidou/Türkiye” (Série A 310).

³²¹ İHAM, Büyük Daire, 29.04.1999, 25088/94, 28331/95, 28443/95, “Chassagnou vd./Fransa” (NJW, 50/1999, s. 3695; NVwZ, 2000, s. 57).

³²² **Schmahl**, s. 38.

³²³ Kavram için bkz. **Tomuschat**, Christian; “Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen”, VVDStRL, 36/1978, s. 52; **Uerpman-Witzack**, Robert; “Völkerrechtliche Nebenverfassungen”, in: Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, Hrsg. v. Armin von Bogdandy/Jürgen Bast, 2. Aufl, Berlin, Heidelberg 2009, s. 177 vd.; **Schmahl**, s. 38.

norm hiyerarşisinin ve doğrudan müdahale etkisinin değil, aksine İHAM'ın yargı denetiminin hukuk ve anayasa politikasında gördüğü kabulün önem taşıdığı görülür³²⁴.

Avrupa'da insan haklarının minimum standartlarının nihai koruyucusu olarak görevlendirilen İHAM'ın yetkileri konusunda görüş birliği olmamasında makul gerekçeler vardır. Bu durumu gösteren referanslardan biri, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin mahkeme kararlarına karşı anayasa şikâyetinin yapılabildiği ve böylelikle kapsamlı ve etkili bir "kendi kendini temizleme mekanizması"na sahip az sayıda İHAS tarafı devletlerden biri olmasıdır³²⁵. Ayrıca ulusal mahkemeler, düzenli olarak yalnızca geçerli hukuk tarafından belirlenen bir çerçeve içinde değil, aksine kendi hukuk gelenekleri ve hukuk kültürleri ile belirlenen bir çerçeve içinde karar vermektedirler. Bu nedenle ulusal hâkimler genellikle kendi vatandaşları arasında büyük bir güvene sahiptirler³²⁶. Diğer taraftan uluslararası hâkim ise, ulusal yargı ile karşılaştırıldığında uluslararası alanın homojen bir kültürel yapıya sahip olmaması dolayısıyla gerekçelendirmesinde daha özgürdür³²⁷. Bu nedenle, uluslararası hâkim, bir yandan özgürlükleri artıran veya özgürlükleri teşvik eden bir yönde ivme kazandırabilir³²⁸; diğer yandan da ulusal mahkeme kararlarını tarafsız olamadığı kuşkusundan kurtarabilir³²⁹.

³²⁴ **Schmahl**, s. 38. Topluluk Hukuku da üye devletlerin Topluluk Hukukuna aykırı normlarının iptali için ayrıca bir adli makam öngörmez, aksine üye devletlerin güvene dayalı işbirliğine bağlıdır (**Funke**, Andreas; "Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts", DÖV, 2007, s. 736).

³²⁵ **Jaeger**, s. 199 vd. Aynı yönde bkz. **Hoffmann-Riem**, Wolfgang; "Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen", EuGRZ, 2006, s. 498 vd.

³²⁶ **Grimm**, Dieter; "Diskussionsbeitrag", VVDStRL, 66/2007, s. 427 vd.; **Schmahl**, s. 39. Ayrıca krş. **Hoffmann-Riem**, s. 479.

³²⁷ **Schmahl**, s. 39. Ayrıca bkz. **Griebel**, s. 204 vd.

³²⁸ **Kahl**, Wolfgang; "Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik - Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas", AöR, 131/2006, s. 585.

³²⁹ Hakkında bu yönde tartışmalar yapıldığı ve sonuçların çıkarıldığı her iki yüksek mahkeme kararları için bkz. AFAM, 24.10.1996, 2 BvR 1851/94, 1853/94, 1875/94, 1852/94, "Mauerschützen" (BVerfGE, 95, s. 96; NJW, 14/1997, s. 929; DVBl, 1997, s. 115); İHAM, Büyük Daire, 22.03.2001, 34044/96; 35532/97; 44801/98, "Strelet, Keßler

Avrupa anayasa yargısının şansı ve kazancıda burada yatmaktadır³³⁰. Nihayetinde hukukun genel ilkeleri için bir hukuk kaynağı olarak İHAS'ın fonksiyonu, ABA'nın 6. maddesinin III. fıkrasında Birlik temel hak korumasının kökenlerine yönelik bir hatırlatma olarak varlığını sürdürmektedir. Kaldı ki, Şart'ın yürürlüğe girişi, hukukun genel ilkelerinin anlamını geriletirken, İHAS'ın önemini arttırmaktadır³³¹.

ABAD'ın ise, artık temel hakların artan önemi karşısında en azından denetimini yoğunlaştırdığı, ölçülülük ilkesine riayeti aradığı, bir temel haklar mahkemesi haline dönüştüğü; bu gelişmeye paralel olarak AB organlarının da temel hakları daha efektif kullandıkları yönünde ümit verici işaretlerin gözlendiği vurgulanmalıdır³³². ABAD, İHAS henüz AB için ve AB'nde henüz şekli olarak hukuken bağlayıcılık kazanmamış olmasına rağmen, İHAM içtihadı ile uyum içinde karar vermeye özen göstermektedir³³³. Bununla birlikte ABAD'ın AB'nde yalnızca en yüksek temel hakları koruma merci olarak oluşturulmadığı, aynı zamanda bir Avrupa anayasa mahkemesi işlevini yerine getirmek için oluşturulduğu, ancak henüz bu işlevini yerine getiremediği de belirtilmelidir³³⁴. İHAM standartlarına uymak için ABAD, en azından Şart'ın 52. maddesinin III. fıkrasının geçerlilik alanında pozisyon almalıdır. ABAD'ın en azından bazı görüşleri dolayısıyla, eskiden olduğu gibi, halen daha birer risk olarak, ABAD'ın AB temel haklar korumasının özerkliğini kabul ettiği ve -Şart'ın uygulanmasının devamlılığı anlamında- metodoloji ve muhakeme geleneksel yöntemlerini kullanmaya devam ettiği

ve Krenz/Almanya" (EuGRZ, 2001, s. 210; NJW, 41/2001, s. 3035). Aynı durumun söz konusu olduğu diğer iki karar için bkz. AFAM, 22.11.2000, 1 BvR 2307/94, 1120/95, 1408/95, 2460/95, 2471/95 (BVerfGE, 102, s. 254; BeckRS, 2000, 30144758; NJW, 9/2001, s. 669); İHAM, Büyük Daire, 02.03.2005, 71916/01, 71917/01, 10260/02, "Wolf-Ulrich von Maltzan vd., Margarete von Zitzewitz vd., MAN Ferrostaal ve Alfred Töpfer-Stiftung/Almanya" (EuGRZ, 2005, s. 305; NJW, 35/2005, s. 2530; DVBl, 2005, s. 831). Ayrıca bkz. Steiner, Udo; "Diskussionsbeitrag", VVDStRL, 66/2007, s. 426; Schmahl, s. 39.

³³⁰ Schmahl, s. 39.

³³¹ Uerpmann-Wittzack, s. 923-924.

³³² Weiß, "Tendenzen", s. 292.

³³³ Uerpmann-Wittzack, s. 925.

³³⁴ Schwarze, s. 543.

ve temel hakların geçerliliğine karşın entegrasyonun fonksiyonel mantığıyla hareket etmeyi sürdürdüğü de söylenebilir³³⁵. Bu tür eğilimler, temel haklara ilişkin içtihatların bireyin korunmasına değil, AB Hukukunun yeknesak uygulaması ve sürecin güvence altına alınması yönündeki kurumsal çıkarların korunmasına yönelik olan “başlangıç noktası”nı hatırlattığından, ABAD’ın bir temel haklar mahkemesi olarak itibarını zedelemektedir. AB Hukuku da bugün hala bu konuda ABAD’a dayanak sunmaya devam etmektedir³³⁶.

İnsan haklarının korunmasının çok alanlı sistemsel yapısının, Alman temel haklar dogmatığı açısından birçok zorluğu barındırdığı görülmektedir. Yalnızca Avrupa düzeyinde insan haklarının korunmasının geniş bir yelpazesi yaratılmış durumdadır. Bu geniş yelpaze az gelişmiş sistemler için önemlidir ve gerçekte ancak güçlü bir temel hak koruma mekanizması ile sistemler için zararlı olanlar kanıtlanabileceğinden gereklidir de. Bu çok alanlı sistemsel yapı, on yıldan fazla bir süredir düzenli ve garantilerin ilişkisi bakımından da birbiriyle önemli ölçüde dengeli bir temel haklar dogmatığı geliştiren bir sistemde gereksiz rekabete ve hukuki güvensizliğe neden olmuştur. Ancak artık geri dönülemez. Bu nedenle AB Hukukunun temel hak korumasının anayasa hukuksal düzeyde hukuki etkilerinin kesin olarak belirlenmesi gereklidir³³⁷. ABAD’ın da incelenen birçok kararında vurguladığı gibi, temel hakların kısıtlanmasında üye devletlerin AB Hukuku ile bağlı kılınması, bu hukukun üye devletleri bağlayıcı üstünlüğünün sağlanması ve yeknesak bir şekilde tüm üye devletlerde uygulanması bakımından vazgeçilmez öneme sahiptir. Bu durum, yalnızca temel haklarda değil, aynı zamanda, kendi bağlamında tüm Birlik temel haklarıyla kurulacak çarpaz bir bağlantının etkin devamlılığını gerektirir. Bu da, hem yargı organlarının hem de hukuk biliminin üzerine düşen önemli bir görev niteliğindedir³³⁸.

³³⁵ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 292.

³³⁶ **Weiß**, “Tendenzen”, s. 292.

³³⁷ **Griebel**, s. 211.

³³⁸ **Wollenschläger**, s. 580.

*Yararlanılan Kaynaklar**

- Bidese**, Ermenegildo/**Rautz**, Günter; “Der Geist, der Europa vereint”, ARSP, 3/2013, s. 288-308.
- Dederer**, Hans-Georg; “Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums”, ZaöRV, 3/2006, s. 575-624.
- Dörr**, Oliver; “Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten”, DVBl, 17/2006, s. 1088-1099.
- Ehlers**, Dirk/**Becker**, Ulrich (Hrsg.); Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009.
- Geiß**, Robin; “Europäischer Grundrechtsschutz ohne Grenzen”, DÖV, 7/2014, s. 265-272.
- Giegerich**, Thomas; “Verschmelzung der drei Säulen der EU durch Europäisches Richterrecht?”, ZaöRV, 67/2007, s. 351-383.
- Grabenwarter**, Christoph; “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, VVDStRL, 60/2001, s. 290-349.
- Grabenwarter**, Christoph/**Pabel**, Katharina; Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 5. Aufl., München 2012.
- Griebel**, Jörn; “Europäische Grundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde”, DVBl, 4/2014, s. 204-211.
- Haratsch**, Andreas; “Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte - Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH”, ZaöRV, 66/2006, s. 927-947.
- Haratsch**, Andreas/**Koenig**, Christian/**Pechstein**, Matthias; Europarecht, 9. Aufl., Tübingen 2014.
- Hillgruber**, Christian; “Art.23 - Europäische Union”, in: GG - Kommentar zum Grundgesetz, Hrsg. v. Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans Bernhard Brockmeyer, 13. Aufl., Köln 2014.

* Çalışmada bir kez atf yapılan eserlere burada yer verilmemiştir.

- Hoffmann-Riem**, Wolfgang; “Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte”, *EuGRZ*, 18-20/2002, s. 473-483.
- Huber**, Peter M.; *Recht der Europäischen Integration*, 2. Aufl., München 2002.
- Jaeger**, Renate; “Menschenrechtsschutz im Herzen Europas - Zur Kooperation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften”, *EuGRZ*, 8-10/2005, s.193-204.
- Jarass**, Hans D./**Beljin**, Saša; “Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung”, *NVwZ*, 1/2004, s. 1-11
- Limbach**, Jutta; “Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa”, *NJW*, 40/2001, s.2913-2919.
- Lindner**, Josef Franz; “Grundrechtsschutz gegen gemeinschaftsrechtliche Öffnungsklauseln - Zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbereich der EU-Grundrechte”, *EuZW*, 3/2007, s. 71-75. (“Öffnungsklauseln”)
- Lindner**, Josef Franz; “Grundrechtsschutz in Europa - System einer Kollisionsdogmatik”, *EuR*, 2/2007, s. 160-194. (“Kollisionsdogmatik”)
- Ludwig**, Thomas Claus; “Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen - die Binnenstruktur des Art.6 EUV n.F.”, *EuR*, 5/2011, s. 715-735.
- Masing**, Johannes; “Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten”, *NJW*, 5/2006, s. 264-268.
- Mückl**, Stefan; “Kooperation oder Konfrontation? - Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte”, *Der Staat*, 44 /2005, s. 403-431.
- Pellonpää**, Matti; “Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen - Aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte”, *EuGRZ*, 2006, s. 483-486.
- Philippi**, Nina; “Divergenzen im Grundrechtsschutz zwischen EuGH und EGMR”, *ZEuS*, 1/2000, s. 97-126.

- Scheuing**, Dieter H.; “Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten”, *EuR*, 2/2005, s. 162-191.
- Schmahl**, Stefanie; “Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht”, *EuR-Bei*, 1/2008, s. 7-41.
- Scholz**, Rupert; “Nationale und europäische Grundrechte: Umgekehrte ‘Solange’-Regel?”, *DVBl*, 4/2014, s. 197-204.
- Schwarze**, Jürgen; “Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union”, *DVBl*, 9/2014, s. 537-543.
- Streinz**, Rudolf; *Europarecht*, 9. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2012.
- Szczekalla**, Peter; “Grenzenlose Grundrechte”, *NVwZ*, 9/2006, s.1019-1021.
- Uerpmann-Witzack**, Robert; “Die Bedeutung der EMRK für den deutschen und den unionalen Grundrechtsschutz”, *JURA*, 9/2014, s. 916-925.
- Weiß**, Wolfgang; “Grundrechtsquellen im Verfassungsvertrag”, *ZEuS*, 2005, s. 323-353 (“Grundrechtsquellen”)
- Weiß**, Wolfgang; “Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon”, *EuZW*, 8/2013, s. 287-292. (“Tendenzen”)
- Weiß**, Wolfgang; “Grundrechtsschutz in der EU: Quo vadis?”, *EuZW*, 6/2012, s. 201-202. (“Quo vadis?”)
- Wollenschläger**, Ferdinand; “Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten - Bestätigung der ERT-Rechtsprechung durch den EuGH auch unter der Grundrechtecharta”, *EuZW*, 15/2014, s. 577-581.

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Antlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABl. EG	: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AFA	: Alman Federal Anayasası (Grundgesetz)
AFAM	: Alman Federal Anayasa Mahkemesi
AöR	: Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
BeckRS	: Beck Rechtsprechung, Online-Magazin im C.H. Beck-Verlag, München
Bkz.	: Bakınız
BvA	: Bundesverfassungsgericht - Entscheidungen Teil A
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	: Bundesverfassungsgericht/Entscheidungen, Amtliche Schriftensammlung
BVerfGK	: Bundesverfassungsgericht/Kammerentscheidungen
BvF	: Bundesverfassungsgericht - Entscheidungen Teil F
BvL	: Bundesverfassungsgericht - Entscheidungen Teil L
BvR	: Bundesverfassungsgericht - Entscheidungen Teil R
c.	: cümle
Der Stat	: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht
dn.	: Dipnot
DÖV	: Die Öffentliche Verwaltung
DVBl	: Deutsches Verwaltungsblatt

EG	: Europäische Gemeinschaft
EGMR	: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	: Europäische Menschenrechtskonvention
EU	: Europäische Union
EuGH	: Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	: Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	: Europarecht
EuR-Bei	: Europarecht-Beiheft
EUV	: Europäische Union-Vertrag
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	: fikra
GASP	: Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik (Ortak Dış ve Güvenlik Politikası)
GG	: Grundgesetz
Hrsg.	: Herausgeber
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
JURA	: Juristische Ausbildung
JZ	: Juristenzeitung
KG	: Kammergericht
kn.	: Kenar numarası
Krş.	: Karşılaştırınız
LSK	: Leitsatzkartei
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	: Neue Verwaltungsrecht-Zeitung
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

-
- PJZS** : Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
(Polis ve Cezai Konularda Adli İşbirliği)
- Rs.** : Rechtsache
- s.** : Sahife
- Slg** : Sammlung
- Şart** : Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
- v.** : von
- vd.** : ve devamı/ve diğerleri
- VVDStRL** : Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen
Staatsrechtslehrer
- ZaöRV** : Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und
Völkerrecht
- ZEuS** : Die Zeitschrift für Europarechtliche Studien

**^H2004 YILINDAN İTİBAREN İSTANBUL VE BAKIRKÖY
ADLİYESİ'NE İNTİKAL EDEN AİLE İÇİ ŞİDDET
OLAYLARINDA SANIK, MAĞDUR VE ŞİDDET
OLAYLARININ PROFİLİ -
6284 SAYILI YASANIN YANSIMALARI**

*Yrd. Doç. Dr. Münevver MERTOĞLU**

1. GİRİŞ VE AMAÇ

Hemen her kültür ve coğrafyada, aile bireyleri, özellikle kadınlar, yakınları tarafından, psikolojik, fiziksel, cinsel ve ekonomik şiddet görmekte ve bazı şiddet olayları da ölümle sonuçlanmaktadır.

“Kol kırılır yen içinde kalır” anlayışı ile uzun yıllar aile mahremiyeti içinde kalan aile içi şiddet olayları, uluslararası düzeyde 1980-1990 yıllarından itibaren insan hakkı ihlali olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.

Aile, kan bağılılığı, evlilik ve akrabalık ilişkisi bulunan ve çoğunlukla aynı evin paylaşıldığı karşılıklı olarak temel ihtiyaçların karşılandığı toplumsal bir birim olarak kabul edilmektedir.

Aile yapıları, toplumdan topluma farklılık gösterebileceği gibi toplumların farklı bölgelerinde de farklılaşabilir. “aile içi şiddet” kavramı içinde, aile üyelerinden birinin, diğerlerine yönelik fiziksel, sözel, cinsel, psikolojik ve ekonomik olarak zarar vermesi yer almakla birlikte, aile içinde şiddete tanıklık eden diğer aile bireylerinin gördüğü psikolojik zarar da, aile içi şiddet olarak değerlendirilmelidir.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Öğretim Üyesi, Adli Bilimler Uzmanı, Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (CEHAMER), Şiddeti Araştırma ve Önleme Seksiyonu, m.mertoglu@iku.edu.tr

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a İlişkin Yönetmeliğin 3/0 Maddesinin "tanımlar" bölümünde "şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış" olarak tanımlanmaktadır. Yasada şiddet tanımı kapsamının geniş tutulması aile içindeki şiddet mağdurlarının korunması açısından önemli bir gelişmedir.

Türkiye'de aile içi şiddet ile ilgili yapılan araştırma verileri, anket ve yüz yüze görüşmelere dayanmaktadır. Ayrıca, Emniyet Müdürlüğü, Jandarma, sağlık kuruluşları, sığınma evleri ve diğer kuruluşlara başvuran şiddet mağdurları üzerinden ulaşılan bazı istatistiksel veriler de bulunmaktadır.

Bu araştırma ise, 2004-2013 yılları arasında İstanbul ve Çağlayan Adliyeleri'ne intikal eden ve sonuçlanan aile içi şiddet olaylarını içeren dosyalardan alınmıştır. Bu nedenle şimdiye dek yapılmış diğer araştırmalardan farklılık göstermektedir.

Araştırmanın amacı, İstanbul'da adli makamlara intikal edip sonuçlanan aile içi şiddet olaylarının türü, yaygınlığı ve bazı demografik değişkenlerle ilişkilerini belirlemek, sanık ve mağdur profilini çıkarmaktır. Ayrıca, aile içi şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurlarının korunması amacıyla düzenlenen 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un yürürlük tarihinden sonra mahkemeye intikal eden aile içi şiddet olaylarına etkisini araştırmaktır.

Araştırma bulgularının aile içi şiddetin önlenmesine yönelik önerilerin de sunulmasına katkı sağlayacaktır.

Yukarıda belirlenen genel amaç çerçevesinde, aşağıdaki sorulara cevap aranmıştır:

Mahkemeye intikal etmiş ve sonuçlanmış şiddet olaylarında,

- 1- Aile içinde en çok mağdur olan bireyler kimlerdir? (eş, sevgili, çocuk, anne-baba, kardeş ve diğer akraba)
- 2- İstanbul'da aile içi şiddetin en çok yaşandığı ilçeler hangileridir?

- 3- Aile içi şiddet olayları ile mağdurların yaşı, mesleği, ikamet ettiği yer, medeni durum ve öğrenim durumları arasında bir ilişki var mıdır?
- 4- Aile içi şiddet olayları ile, sanıkların yaşı, ikamet ettiği yer, mesleği, öğrenim durumu ve medeni durumları arasında bir ilişki var mıdır?
- 5- Aile içi şiddet olaylarının mahkemeye intikali, mağdurun şikâyeti ile mi olmuştur?
- 6- Aile içi şiddet olaylarında tekerrür var mıdır? (Tekerrür sayısı)
- 7- Şikâyetin yapıldığı tarih ile dosyanın mahkemede sonuçlanma süresi ne kadardır?
- 8- Şiddet uygulayan kişilerin kaç hükmü giymiştir?
- 9- Aile içi şiddet olayları hangi yıllarda yoğunlukla yaşanmıştır (yıllara ve aylara dağılımı)
- 10- 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un mahkemeye intikal eden aile içi şiddet olaylarına etkisi olmuş mudur?
- 11- Aile içi şiddetin türü nedir?
- 12- Aile içi şiddet mağdurları herhangi bir sağlık kuruluşuna başvurmuş mudur?
- 13- Şiddet olayları evliliklerinin ya da birlikteliklerinin kaçınıcı yılından itibaren başlamıştır?

2. GENEL BİLGİLER

2.1. Türkiye'de Aile İçi Şiddetin Yaygınlığı

Son 15-20 yıl içinde tüm Dünyada ve Türkiye'de aile içi şiddet konusu üzerinde hassasiyetle durulmuş, konu ile ilgili araştırmalarla birlikte, hukuksal düzenlemeler de getirilmiştir.

Türkiye'de Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu'nun 1995 yılında ülke genelinde yaptırdığı, "Aile İçi Şiddetin Sebep ve Sonuçları" başlıklı araştır-

mada¹, ailelerin % 34'ünde fiziksel, %53'nde ise sözlü şiddet uygulandığı, cinsel şiddet ve taciz oranının %9, çocuklara yönelik fiziksel şiddet oranının ise %46 olduğu belirlenmiştir. Şiddet uygulayanların %87'sinin erkek olması ise, ayrıca üzerinde durulması gereken önemli bir konudur.

1998-2003 yılları arasında aile içi şiddet ile ilgili farklı kurum ve araştırmacılar tarafından yürütülen araştırmalar da yukarıda belirtilen aile içi şiddet olaylarını destekler niteliktedir².

T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü tarafından 2009 yılında yaptırılan araştırmada, aile içi fiziksel şiddet oranı %39 olarak belirlenmiştir³.

Anket ve mülakatlara dayalı araştırmaların dışında başka bir araştırma da, Ankara ili Aile Mahkemelerinde 2006-2009 yılları arasında “İş Karar Kartonlarına” kayıtlı 16900 koruma tedbir kararının incelenmesi ile yürütülmüştür⁴.

Bunların yanında gördükleri şiddet nedeniyle hastane, sığınma evleri, emniyet müdürlükleri ile diğer bazı resmi kurumlara başvuran kişilerle görüşmeye dayalı araştırmalar da yapılmıştır⁵.

¹ **Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu** (BAAK, 1995) s. 192-200; **T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (BKSGM)**; Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet İle İlgili Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler. Ankara 2008.

² Bkz, Aile içi şiddet ile ilgili yapılan araştırmalar: **Kocacık**, Faruk, Aile İçi İlişkilerde Kadına Yönelik Şiddet, Türkiye'den Örnekler, Cumhuriyet Üniversitesi Yayınları, Sivas 2004; **Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu**; Aile İçinde ve Toplumsal Alanda Şiddet. Ankara 1998; **Yıldırım**, Aysel; Sıradan Şiddet: Kadına ve Çocuğa Yönelik Şiddetin Toplumsal Kaynakları. Boyut Kitapları. İstanbul, 1998; **Vatandaş**, Celalettin; Türkiye'de Eşler Arası Şiddet, Uyum Ajans, Ankara 2003.

³ **T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (BKSGM)**; Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet İle İlgili Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler, Ankara 2009, s. 185.

⁴ **Çalı**, Hasan Hüseyin; “Aile İçi Şiddet: Bir Kamu Politikası Analizi”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, 16 (2), s. 1-25.

⁵ **Sarımurat**, Nuşin; Psikiyatri Polikliniğine Başvuran Evli Kadınlar ve Ortak Özellikleri, Nöro Psikiyatri Arşivi, 1993, 30, s. 302-308; **Yüksel**, Şahika/**Kayı**, Arşaluy; “Psikiyatriye Başvuran Örselenmiş Kadının Tanınması”, Düşünen Adam; Nörolojik ve Psikiyatri Dergisi, 1986, İstanbul, 1: 16-20; **Yüksel**, Şahika; Eş Dayacağı ve Dayağa Karşı

Bu nedenlerle, İstanbul-Çağlayan ve Bakırköy Adliyesine intikal etmiş ve sonuçlanmış dosya içerikleri incelenerek yürütülen bu araştırma, verilerin alındığı kaynaklar yönünden önemli bir farklılık göstermektedir.

2.2. Dünyada Aile İçi Şiddet

Türkiye'de aile içi şiddetin değerlendirilebilmesi için diğer ülkelerdeki aile içi şiddet olaylarının bilinmesi gerekir. Aile içi şiddet, batı toplumlarında ve diğer Dünya ülkelerinde de ciddi bir sorundur. Dünya Sağlık Örgütü verilerine göre, dünyanın çeşitli yerlerinde yapılan 48 nüfus araştırması, %10-69 oranında kadınların hayatlarının bir döneminde erkek partnerleri tarafından fiziksel şiddete maruz bırakıldığını ortaya koymaktadır⁶.

83 Avrupa ülkesindeki aile içi şiddet sorununun incelendiği başka bir araştırmada⁷, İspanya'da görüşülen kadınların %12,9'unun son bir yılda eşlerinden fiziksel şiddet gördükleri %16,2'sinin de eşleri tarafından cinsel istismara maruz kaldıkları belirtilirken İsveç'te fiziksel şiddete maruz kalma oranının kadının yaşına göre %8 ile %20 arasında değişiklik gösterdiği belirtilmektedir⁸.

ABD'de ise, yılda iki milyon kadın eşleri tarafından şiddet görmektedir. Aynı çalışmada, dövülen kadınların %28'i hastanede tedavi görmüş %13'ü ciddi ameliyat geçirmiştir. Ayrıca oranları farklı olmakla birlikte aile içi şiddete her yaş, cinsiyet, etnik grup ve sosyo-ekonomik düzeyde rastlanmakta, %86'sında şiddet olayları daha önce de tekerrür etmektedir. Daha ürkütücü olan ABD 'de 1976-1987 yılları arasında 38648 kişinin, eşini (evli, boşanmış ya da birlikte yaşadığı) öldürdüğü ve bu ölümlerin %61'nde kurbanın kadın olduğu bilgisidir. Aynı çalışmada, tüm dünyayı temsilen seçilen 32

Dayanışma Kampanyası Tekeli, 1980'ler Türkiye'sinde Kadın Bakış Açısından Kadınlar, İletişim Yayınları, 1993, İstanbul; Page, Ayten Zara/İnce, Merve; Aile İçi Şiddet Konusunda Bir Derleme, Türk Psikoloji Yazıları, 2008, İstanbul, 11 (22), s. 81-94.

⁶ World Health Organization; Dünya Şiddet ve Sağlık Raporu, (Özet), Cenova 2002.

⁷ Page, Ayten Zara/İnce, Merve; Aile İçi Şiddet Konusunda Bir Derleme, Türk Psikoloji Yazıları, 2008, İstanbul, 1 (22), s. 81-94.

⁸ Krahé, B./Bieneck, S./Möller, I. (2005); Understanding Genderand Intimate Partner Violence From an International Perspective, *SexRoles*, 52, 807-827.

ülke arasından, kadınlara uygulanan şiddetin en yaygın olduğu yerler Nikaragua (%69), Papua ve Yeni Gine (%67) olarak bulunurken, Paraguay ve Filipinler’de bu oran % 10 olarak belirtilmiştir⁹.

Türkiye’de Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu’nun ülke genelinde 1995 yılında yaptırdığı “Aile İçi Şiddetin Sebepleri ve Sonuçları” başlıklı araştırmada ailelerin %34’ünde fiziksel, %53’ünde sözlü şiddet uyguladığını ortaya koymuştur. Bu oranlar yukarıda belirtilen ülkelerdeki aile içi şiddet olaylarının çok üzerindedir. Mevcut durum, Türkiye’de aile içi şiddetin önlenmesine yönelik daha çok araştırmaların ve önlemeye yönelik çalışmaların yapılmasını gerekli kılmaktadır.

2.3. Aile İçi Şiddetin Önlenmesinde Yasal Düzenlemelerin Önemi

Aile içi şiddetin nedenlerinin anlaşılması ve önlenmesinde konu ile ilgili yasal düzenlemelerin önemli bir rolü vardır.

Yürüttüğümüz araştırmada özellikle 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un yürürlüğe girmesi ile yargıya intikal eden aile içi şiddet olaylarında anlamlı ölçüde artış olduğu görülmüştür. Bu nedenle konu ile ilgili yasal düzenlemelere kısaca yer verilmiştir.

Türkiye’de aile içi şiddetin önlenmesi konusundaki yasal düzenlemeler, uluslararası düzenlemelerle aynı zaman dilimi içinde yapılmıştır¹⁰.

T.C Anayasası’nın 41. maddesi ile aile, devlet tarafından koruma altına alınmıştır. Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanun ve nihayet, “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” ile “İstanbul Sözleşmesi” Türkiye’de aile içi şiddetin önlenmesi bakımından çok önemli düzenlemeler getirmiştir¹¹.

⁹ Page/İnce, 2008, S. 90.

¹⁰ T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (BKSGM); Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet ile İlgili Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler, Ankara 2008.

¹¹ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi), Avrupa Konseyi Anlaşmalar Serisi, No:210, İstanbul

Türk Ceza Kanunu'nda aile içi şiddete uğrayan kadını koruyucu nitelikte düzenlemeler yer almaktadır; eylemin belirli akrabalar ile eşe karşı yapılması ağırlaştırıcı neden olarak belirtilmiştir (TCK m. 86/2). Aynı Kanun'un 86. maddesi "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" bölümü "kasten yaralamayı" düzenlemektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 102/2 maddesi, evlilik içi tecavüzü ve eşlerin birbirlerine karşı kötü muameleleri (TCK m. 232/1) ile aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlalini, suç olarak görmektedir (TCK m. 233/1-2). Ayrıca, hamile olduğunu bildiği esini çaresiz durumda terk eden erkeği de cezalandırmaktadır (TCK m. 233). Söz konusu madde, evlilik olmasa dahi sürekli birlikte yaşayan ve kendisinden hamile kaldığını bildiği kadını çaresiz bırakarak terk eden erkeği de cezalandırmaktadır.

Ocak 1998 tarih ve 23233 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un dayanağı "Pekin Eylem Planı" olup, aile içi şiddeti önleme konusunda ülkemizde yapılan önemli bir yasal düzenlemedir. Ancak, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair çok daha kapsamlı bir kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 2. maddesi-f bendinde, 09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı kanun ile Aile Mahkemelerinin kurulduğu aile içi şiddetin önlenmesinde yargıçlara önemli yetkiler tanındığı belirtilmektedir¹².

6284 Sayılı Kanun, diğer yasal düzenlemelerden farklı olarak şiddet mağduru olan ya da şiddet mağduru olma tehlikesi olan kadınlarla ilgili acilen koruyucu ve önleyici tedbirlerin alınmasında, mahkemelerin yanında mülki idare amirlerine ve çok acil durumlarda kolluk birimlerine de yetki vermesi bakımından önemlidir. Söz konusu Kanun'un amacı, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir. Bu kanun ile yedi gün yirmi dört saat esasına göre çalışan "Şiddeti Önleme ve İzleme Merkezleri kurulmuştur (md. 2/f).

¹² 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 2-f mad.

Özetle son 20 yılda Türkiye’de aile içi şiddetin önlenmesine yönelik önemli yasal düzenlemelerin yapıldığı söylenebilir.

3. MATERYAL VE YÖNTEM

Aile içi şiddet olaylarına ilişkin araştırma verileri, İstanbul ve Bakırköy Adliyesi’ne intikal eden ve sonuçlanmış olan dosyalardan alınmıştır. Ağır Ceza mahkemelerindeki işyoğunluğu nedeniyle aile içi şiddet sonucu öldürülen kişilere ait dosyalar incelenememiştir. Yalnızca, Sulh Ceza, Aile Mahkemeleri ve Asliye Hukuk mahkemelerindeki dosyalar incelenmiş olup, töre ve namus cinayetleri de araştırma kapsamı dışında tutulmuştur.

İstanbul Adliyesi Yargı çevresinde, Arnavutköy, Bayrampaşa, Beşiktaş, Eminönü, Eyüp, Fatih, Kâğıthane, Sarıyer ve Şişli ilçeleri yer almaktadır. Bakırköy Adliyesi yargı çevresi ise, Bakırköy, Bağcılar, Bahçelievler, Güngören, Esenler ve Zeytinburnu ilçelerinden oluşmuştur¹³.

Avrupa Yakasında İstanbul ve Bakırköy Adliyeleri yargı çevresinde 15 İlçe, araştırmanın örneklem grubunu oluşturmaktadır. İstanbul’da toplam 39 ilçe bulunmakta olup, 15 ilçeyi kapsayan örneklemimiz, İstanbul’u temsil özelliğine sahiptir¹⁴.

Bu çalışmada anne-baba, çocuk ve kardeş dışında büyük anne, büyük-baba ve yetişkin kardeşler ile eşleri de “aile” kapsamı içine alınmıştır.

Türkiye’de “Ulusal Yargı Ağı Projesi” (UYAP) 2000 yılında aşamalı olarak başlatılmıştır. Adalet Bakanlığı görev alanına giren konularda ulusal ve uluslararası kapsamda, sistemler arası, çevirim içi ve çevirim dışı veri akışı koordinasyonunu sağlamak üzere kurulan UYAP, 2004 yılında etkinleştirilmiştir. Bu suretle geçmişe ait aile içi şiddete ilişkin dosyaların UYAP üzerinden seçilmesi ve incelememize sunulması sağlanmıştır. Bu nedenle, yargıya intikal eden ve sonuçlanan 2004-2013 yılları arasındaki dosyalardan seçilmiştir.

Mahkemelerdeki aile içi şiddet dosyaları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun izni ile İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencileri

¹³ www.istanbul.adalet.gov.tr.Yargı_Cevresi.

¹⁴ www.bakirkoy.adalet.gov.tr.Yargı_Cevresi.

tarafından gizlilik ve etik kurallara uygun olarak incelenmiştir. İnceleme sonunda istenen bilgiler daha önce hazırlanan ölçeklere geçirilmiştir. Öğrencilerin derslerini aksatmamak ve Mahkemelerin uygun olduğu zamanlarda inceleme yaparak işleyişi engellemek adına 2714 dosya, iki yıllık bir zaman dilimi içinde incelenmiştir.

3.1. Verilerin Analizi ve Kullanılan İstatistiksel Yöntemler

Verilerin analizinde frekans ve yüzdeler hesaplamaları ile Pearson Ki-kare* test tekniği kullanılmıştır.

4. BULGULAR

Analizler, toplam 2714 dosya incelemesinden alınan veriler üzerinden yapılmıştır.

4.1. Mağdurlara Dair Özellikler

4.1.1. Mağdur Sayısı

Tablo 1: Toplam Mağdur Sayısı

Mağdur Sayısı	Frekans	%	Geçerli %	Toplam %
1	2436	89,8	89,9	89,9
2	231	8,5	8,5	98,4
3	35	1,3	1,3	99,7
4	6	,2	,2	99,9
5	3	,1	,1	100,0
Toplam	2711	99,9	100,0	
Veri girişi yok	3	,1		
Toplam	2714	100,0		

4.1.2. Mağdur ve Sanıkların Akrabalık Derecesi

2588 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, aile içi şiddet olaylarının 1364'ü (%52,7) eşler (karı-koca) arasında yaşanmıştır. Takip eden sırada en sık yaşanan şiddet olayları ise, 750 (%29,0) vaka ile ikinci dereceden ilişkiler arasında gözlenmiştir. Baba-çocuklar, anne-çocuklar ve kardeşler olmak üzere diğer ilişkiler arasında ise yaşanan şiddet olaylarının sıklığı azdır.

Tablo 2: Mağdur ve Sanıkların Akrabalık Derecesi

Akrabalık derecesi	Frekans	%	Geçerli %	Toplam %
Karı-Koca	1364	50,3	52,7	52,7
Baba-Çocuklar (kız ve/veya oğlan)	153	5,6	5,9	58,6
Anne-Çocuklar (kız ve/veya oğlan)	95	3,5	3,7	62,3
Anne-Baba-Çocuklar (kız ve/veya oğlan)	88	3,2	3,4	65,7
Kardeşler	138	5,1	5,3	71,0
İkinci dereceden ilişkiler (Kayınpeder, Kayınvalide, Elti vs.)	750	27,6	29,0	100,0
Toplam	2588	95,4	100,0	
Veri girişi yok	126	4,6		
Toplam	2714	100,0		

4.1.3. Mağdurların İkamet Ettiği İlçeler

2587 (%99,4) dosya için geçerli giriş bulunduğu gözlenmiştir. Dağılımlar değerlendirildiğinde, aile içi şiddet mağdurlarının sırasıyla en çok

Bağcılar (N=473; %18,2), Bahçelievler (N=387; %14,9), Esenler (N=295; %11,3), Kâğıthane (N=204; %7,8), Güngören (N=198; %7,6), Zeytinburnu (N=196; %7,5), Şişli (N=149; %5,7), Eyüp N=125; %4,8), Bakırköy (N=116; %4,5) Bayrampaşa (N=89; %3,4) ilçelerinde ikamet ettiği gözlenmiştir.

4.1.4. Mağdurların Yaşları

Mağdurların yaşları 2 ile 86 arasında değişmektedir. Yaş ortalaması 33,75 olup, standart sapması 12,08'dir.

Yaşa dair dağılımlar incelendiğinde, bu maddeye ait 2470 (%91,0) dosya için geçerli giriş bulunduğu gözlenmiştir. 2470 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, şiddete uğrayan mağdurların genelde 18-49 yaş aralığında olduğu görülmektedir.

Tablo 3: Mağdurların Meslekleri

Meslek	Frekans	%	Geçerli %	Toplam %
Ev hanımı	1136	41,9	53,1	53,1
Memur	63	2,3	2,9	56,0
İşçi	413	15,2	19,3	75,3
Serbest	265	9,8	12,4	87,7
Emekli	75	2,8	3,5	91,2
İşsiz	188	6,9	8,8	100,0
Toplam	2140	78,9	100,0	
Veri girişi yok	574	21,1		
Toplam	2714	100,0		

2140 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, şiddete uğrayan mağdurların (N=1136; %53,1) oranında ev hanımı oldukları anlaşılmaktadır. Takip eden sırada İşçiler (N=413; %19,3) yer almaktadır.

4.1.5. Mağdurların Öğrenim Durumu

2105 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, şiddete uğrayan mağdurların yarıya yakını İlkokul mezunudur (N=1034; %49,1). İkinci sırada Lise mezunları (N=399; %19,0) bulunmaktadır. Üçüncü çoğunluk ise Ortaokul mezunudur (N=226; %10,7).

Tablo 4: Mağdurların Öğrenim Durumları

Öğrenim Durumu	Frekans	%	Geçerli %	Toplam %
Okur Yazar Değil	102	3,8	4,8	4,8
Okur Yazar	170	6,3	8,1	12,9
İlk Okul Mezunu	1034	38,1	49,1	62,0
Orta Okul Mezunu	226	8,3	10,7	72,8
Lise Mezunu	399	14,7	19,0	91,7
Meslek Yüksek Okulu Mezunu	19	,7	,9	92,6
Üniversite Mezunu	155	5,7	7,4	100,0
Toplam	2105	77,6	100,0	

4.1.6. Mağdurların Medeni Durumu

2683 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, şiddete uğrayan mağdurlar (N=1944; %72,5) oranında evlidir.

Tablo 5: Mağdurların Medeni Durumları

Medeni Durumu	Frekans	%	Geçerli	Toplam
Evli	1944	71,6	72,5	72,5
Bekar	533	19,6	19,9	92,3

Boşanmış	206	7,6	7,7	100,0
Toplam	2683	98,9	100,0	
Veri girişi yok	31	1,1		
Toplam	2714	100,0		

4.1.7. Mağdurların Cinsiyeti

2662 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, şiddete uğrayan mağdurların (N=2332; %87,6) oranında kadın olduğu anlaşılmaktadır.

Tablo 6: Mağdurların Cinsiyeti

Cinsiyet	Frekans	%	Geçerli %	Toplam %
Kadın	2332	85,9	87,6	87,6
Erkek	330	12,2	12,4	100,0
Toplam	2662	98,1	100,0	

4.2. Sanık Profili

4.2.1. Sanık Sayısı

2374 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, en çok sekiz sanıklı vakalar bulunmaktadır. Vakaların büyük bir kısmında (N=2166; %91,2) sanık sayısı 1'dir. İki sanıklı vakaların sayısı ise, 148'dir.

4.2.3. Sanıkların İkamet Ettiği İlçeler

Dağılımlar değerlendirildiğinde, aile içi şiddet olaylarında sanıkların sırasıyla en çok Bağcılar (N=432; %17,3), Bahçelievler (N=329; %13,1), Esenler (N=268; %10,7), Kâğıthane (N=194; %7,8), Güngören (N=175; %7,0), Zeytinburnu (N=170; %6,8), Şişli (N=151; %6,0), Eyüp (N=129;

%5,2), Bakırköy (N=88; %3,5), Bayrampaşa (N=87; %3,5) ilçelerinde ikamet ettiği gözlenmiştir.

Sanıkların ikametlerine dair sıralama ile mağdurların ikametlerine dair sıralama aynıdır. Buradan yola çıkarak aile içi şiddet olaylarının en çok bu ilçelerde ikamet edenler arasında yaşandığı söylenebilir.

4.2.4. Sanıkların Yaşları

Sanıkların yaşları 10 ile 82 arasında değişmektedir. Yaş ortalaması 36,32 olup standart sapması 10,61'dir. 2354 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, birinci sanıkların 22-48 yaş aralığında yoğunlaştığı gözlenmektedir.

4.2.5. Sanıkların Meslekleri

1802 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, sanıkların önemli bir kısmı serbest meslek sahibidir (N=710; %39,4). İkinci sırayı işçiler (N=679; %37,7), üçüncü sırayı ise işsizler (N=171; %9,5) almaktadır.

Tablo 7: Sanıkların Meslekleri

Meslek	Frekans	%	Geçerli %	Toplam %
Ev hanımı	82	3,0	4,6	4,6
Memur	59	2,2	3,3	7,8
İşçi	679	25,0	37,7	45,5
Serbest	710	26,2	39,4	84,9
Emekli	101	3,7	5,6	90,5
İşsiz	171	6,3	9,5	100,0
Toplam	1802	66,4	100,0	

4.2.6. Sanıkların Öğrenim Durumu

1800 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, sanıklar %52,0 oranında ilköğretim mezunudur. İkinci sırada lise mezunları (N=317; %17,6), üçüncü sırada ise ortaokul mezunları yer almaktadır (N=202; %11,2).

4.2.7. Sanıkların Medeni Durumu

2641 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, sanıkların %75,7'si evlidir.

Tablo 8: Sanıkların Medeni Durumları

Medeni Durumu	Frekans	%	Geçerli %	Toplam %
Evli	1998	73,6	75,7	75,7
Bekar	462	17,0	17,5	93,1
Boşanmış	181	6,7	6,9	100,0
Toplam	2641	97,3	100,0	
Veri girişi yok	73	2,7		
Toplam	2714	100,0		

4.2.8. Sanıkların Cinsiyeti

2680 veri üzerinden dağılımlar değerlendirildiğinde, birinci sanıkların çoğunlukla erkek (N=2467; %92,1) oldukları anlaşılmaktadır.

Tablo 9: Sanıkların Cinsiyeti

Cinsiyet	Frekans	%	Geçerli %	Toplam %
Kadın	213	7,8	7,9	7,9
Erkek	2467	90,9	92,1	100,0
Toplam	2680	98,7	100,0	

4.3. Şiddet Olaylarına Dair Bilgiler

4.3.1. Şiddet Suçunun İşlendiği Yer

Dağılımlar değerlendirildiğinde, aile içi şiddet olaylarının sırasıyla en çok Bağcılar (N=164; %12,9), Eyüp (N=134; %10,5), Bahçelievler (N=119;

%9,4), Esenler (N=109; %8,6), Şişli (N=107; %8,4), Kâğıthane (N=106; %8,3) Zeytinburnu (N=74; %5,8) Bayrampaşa (N=74; %5,8) Güngören (N=61; %4,8) ilçelerinde işlendiği gözlenmiştir.

4.3.2. Şiddet Suçunun İşlendiği Ortam

Aile içi şiddet olayları 1275 (%76,5) oranında evde gerçekleşmiştir. İkinci sırada telefonla işlenen şiddet suçları (N=135; %8,1) yer almaktadır.

4.3.3. Aile İçi Şiddet Olaylarının Yaşandığı Yıllar

2517 veri üzerinden dağılımlar incelendiğinde, suçların ağırlıklı olarak 2013 (N=991; %39,4) ve 2012 (N=669; %26,6) senelerinde yoğunlukla işlendiği görülmektedir.

4.3.4. Şikâyetin Yapıldığı Tarih ile Dosyanın Mahkemede Sonuçlandığı Tarih Arasındaki Süreler

2013 senesinde yapılan 1013 şikâyet aynı yıl içinde sonuçlandırılmıştır. 2012 yılında yapılan 515 şikâyetin 471'i 2012 yılında ve geri kalan 44 şikâyet de bir sene sonra, 2013 yılında sonuçlandırılmıştır. Benzer şekilde 2011 yılında yapılan 63 şikâyetin 48'i aynı yıl içinde sonuçlandırılmıştır.

Tablo 10: Şikâyetin Yapıldığı Tarih ile Dosyanın Mahkemede Sonuçlandığı Tarih Arasındaki Süreler

		Dosyanın Sonuçlandığı Tarih								
		2005	2006	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Toplam
Şikâyetin Yapıldığı Tarih	2004	1	0	1	3	1	0	0	0	6
	2005	0	0	0	1	0	0	1	0	2
	2006		0	0	2	0	0	0	0	2
	2007			0	1	1	0	0	1	3
	2008			0	1	1	0	0	1	3
	2009				0	5	3	2	3	13
	2010					0	3	1	2	6
	2011						48	13	2	63

	2012							471	44	515
	2013								1013	1013
	Toplam	1	0	1	8	8	54	488	1066	1626

4.3.5. Şiddet Davranışlarının Tekerrürü

Aile içi şiddet davranışlarında (N=1124; %52,3) oranında tekerrür olduğu görülmektedir.

4.3.6. Mağdurun Şikâyetçi Olup Olmadığı

2269 (%83,6) geçerli veri üzerinden bakıldığında mağdurların büyük bir kısmı (N=2179; %96,0 oranında)şikâyetçi olmuştur.

4.3.7. Mağdurun Şikâyetinden Vazgeçip Geçmediği

2594 vakanın 2205 (%85,0)'inde mağdur şikâyetinden vazgeçmemiştir. Sadece 353 (%13,6) mağdur şikâyetinden vazgeçmiştir. Ayrıca 36 vaka kamu davası olmuştur

4.3.8. Aile İçi Şiddetin Türü

1211 vakanın 1002'sinde TCK'da tanımlanan şekli ile "müessir fiil" olarak değerlendirilmiştir. Müessir fiilin içinde "Basit Yaralama ile birlikte hakaret tehdit "vakası oranı 27,5" kasten yaralama ile birlikte hakaret, tehdit oranı ise 13,0, "darp" ise 19,7'sini oluşturmaktadır.

4.3.9. Mağdurun Herhangi Bir Sağlık Kuruluşuna Başvurup Vurmadığı

1437 (%52,9) geçerli veri üzerinden değerlendirildiğinde mağdurların (N=688; %47,9)'u bir sağlık kuruluşuna başvurmuştur.

4.3.10. Sanığın Evli Olduğu Durumlarda Şiddet Olayının Evliliklerinin Kaçınıcı Yılında İşlendiği

Toplam 908 geçerli veri üzerinden bakıldığında, şiddet olaylarının ağırlıklı olarak, evliliklerin ilk on yılında% 52,6 oranında yaşandığı göze çarpmaktadır.

5. TARTIŞMA

İstanbul ve Bakırköy Adliyelerine intikal eden ve sonuçlanan aile içi şiddet dosyaları üzerinde yapılan inceleme verileri, 2436 kişinin aile içi şiddet mağduru olduğu, mağdurların %52,7'sinin karı koca arasında, %29'unun kayınpeder, kayınvalide ve kardeş eşleri arasında, %5,9'unun baba ve çocukları, %5,3'ünün kardeşler arasında ve %3,5'inin anne ve çocuklar arasında yaşandığını ortaya koymaktadır.

Eşler arasındaki şiddet olaylarının %85,9'unda kadınların mağdur olduğu ve en çok evli eşler arasında yaşandığı görülmektedir. Türkiye'de anket ve yüz yüze görüşme yöntemi ile yapılan aile içi şiddet araştırmalarında şiddet mağduru kadın oranları %87, %97 olup benzer yöntemlerle yapılan diğer bazı araştırmalar da, bu oranları desteklemektedir¹⁵.

Tüm dünyayı temsilen seçilen 32 ülke arasından, kadınlara uygulanan şiddetin en yaygın olduğu yerler %69-%70 oranında Nikaragua, Papua ve Yeni Gine olarak bulunurken, en az görülen yer olarak %10 oranında Paraguay ve Filipinler olarak belirtilmiştir. Seksen üç Avrupa ülkesindeki aile içi şiddet sorununa bakıldığında aile içi şiddet oranlarının %8 ile %20 arasında değişiklik gösterdiği görülür. Bu sonuçlar, Türkiye'de şiddet mağduru olan kadın oranının diğer bazı ülkelere göre yüksek olduğunu göstermektedir. Otuz iki Ülke açısından kadınlara uygulanan şiddetin en yaygın olduğu yerlerde bu oran, %10 ile %69-70 arasında değişmektedir¹⁶.

Araştırmamızda, her gruptaki öğrenim düzeyinde aile içi şiddet görülmele birlikte şiddet mağdurlarının %38 oranında ilkokul mezunu, ikinci sırada % 14,7 oranında lise mezunu olması, öğrenim durumu ile şiddet mağduru olma arasındaki ilişkiye dikkat çekmektedir. Öğrenim durumu seviyesi düştükçe şiddet mağduru kadın ve şiddet uygulayan erkek oranında artış görülmesini destekleyen başka araştırmalar da vardır.

¹⁵ **Kocacık**, Faruk; Aile İlişkilerde Kadına Yönelik Şiddet Türkiye'den Örnekler, Cumhuriyet Üniversitesi Yayınları, Sivas 2004; **Vatandaş**, Celalettin; Türkiye'de Eşler Arası Şiddet, Uyum Ajans, Ankara 2003; **Yıldırım**, Aysel; Sıradan Şiddet: Kadına ve Çocuğa Yönelik Şiddetin Toplumsal Kaynakları. Boyut Kitapları. İstanbul 1998.

¹⁶ **World Health Organization**; Dünya Şiddet ve Sağlık Raporu, Özet, Cenova, 2002.

Şiddet sanıklarının yalnızca %3'ünü kadınlar oluşturmaktadır. %97'si erkek olan sanıklar bu eylemleri en çok 22-48 yaş aralığında uygulamaktadırlar.

Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmış şekli ile müessir fiil kapsamında en çok basit yaralama, kasten yaralama, darp, hakaret tehdit ve mala zarar verme fiilleri işlenmektedir. Mahkemeye intikal eden şiddet olaylarının neredeyse tamamı fiziksel şiddet içermekte, aynı olaylara, hakaret ve tehdit eşlik etmektedir. Şiddet olaylarının %47'si ev ortamında işlenmekte olup, ikinci sırayı telefonla şiddet almaktadır.

Evli çiftler arasındaki şiddetin, evliliğin ilk 10 yılında yoğunluk kazanması ise önemli bir bulgudur.

İstanbul ve Bakırköy Adliyesi'nin görev alanı kapsamına giren (yargı çevresi) ilçelerden en çok yargıya intikal ettirilen şiddet olayları, sırasıyla Bağcılar, Bahçelievler, Esenler ve Kâğıthane ilçeleridir. Bunları Güngören, Zeytinburnu, Şişli, Eyüp, Bakırköy ve Bayrampaşa izlemektedir

Aile içi şiddet olaylarının yargıya intikali, 2004 yılında %0,8 iken, 2012 yılında %24,6, 2013 yılında ise %36,5 olarak artmıştır. Bu artışta aile içi şiddetin önlenmesine yönelik yasal düzenlemeler ve şiddet mağduru kadınların korunması ile ilgili önlemlerin etkili olabileceği düşünülebilir.

Anketlere dayalı aile içi şiddet olayları ile ilgili araştırmalara bakıldığında 1995'de fiziksel şiddet oranı 2009 yılında %34 iken 2009 yılında yine Başbakanlık tarafından yaptırılan başka bir araştırmada bu oranın %39 olduğu görülmektedir¹⁷. Özellikle 2012 ve 2013 yılları arasındaki yüksek artış, 20 Mart 2012 tarih ve 28239 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun"un getirdiği düzenlemeler ile açıklanabilir.

6284 Sayılı Yasa, şikâyetlerin derhal işleme konulmasını, en geç 24 saat içinde mağdurlarla ilgili koruma kararı alınmasını, şiddet mağdurlarının maddi ve manevi olarak desteklenmesini öngörmekte ve bu durum aile içi şiddet mağdurlarını, sorunlarını yargıya taşımaları konusunda yüreklendirmektedir.

¹⁷ Bkz., (BKSGM), 2008; BAAK, 1995, s.1 92-200.

Araştırma bulgularına göre, şiddet mağdurlarının %80,3'ü şikâyetçi olmuş ve bunların %25,4'ü gördükleri şiddet nedeniyle bir sağlık kuruluşuna başvurmuştur. Bu sonuç, aile içi şiddet olaylarının artık aile mahremiyeti içinde kalmadığını gösterebilir.

Diğer önemli bir bulgu ise, 2013 yılında yargıya intikal eden aile içi şiddet dosyalarının aynı yıl içinde sonuçlandırılmasıdır. 6284 sayılı Yasa'da aile içi şiddet olaylarının çok kısa sürede sonuçlanmasını gerektirecek düzenlemelere yer verilmesinin bunda etkili olabileceği düşünülmektedir.

Aile içi şiddet olaylarında %41,4 oranında tekerrür görülmüş ve şiddete maruz kalma sıklığı arttıkça şikâyet oranlarında artış olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1991 yılında yapılan araştırmada, şiddet olaylarının %86'sının daha önce de tekerrür ettiği belirtilmektedir¹⁸. Türkiye'de ve ABD'de, aile içi şiddet olaylarında tekerrürün çok yüksek olması, verilen cezaların tek başına caydırıcı olmadığını düşündürmektedir.

6. SONUÇ VE ÖNERİLER

Aile içi şiddet mağduru olanlar önemli ölçüde kadınlardır. Kadınlar, kendilerini şiddetten nasıl koruyacakları ya da şiddete uğradıklarında neler yapabilecekleri konusunda bilinçlendirilmelidir. Ancak şiddet uygulayan erkekler için cezanın caydırıcı olmadığı ve tekerrürün yüksek olduğu bulgularından hareketle, şiddet uygulayanlara öfke kontrolü eğitimi ve gerekirse psikolojik, psikiyatrik destekler verilebilir.

Öğrenim düzeyi azaldıkça şiddet olaylarının artması, aile içi şiddetin önlenmesinde eğitim düzeyinin artırılmasının önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Araştırma sonuçları 2012-2013 yıllarında 2004-2011 yıllarına göre İstanbul'da yargıya intikal eden aile içi şiddet olaylarında önemli bir artış olduğunu göstermektedir. 20 Mart 2012'de yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Şiddetin Önlenmesi 'ne dair yasanın aile içi şiddet olaylarının yargıya intikali üzerinde etkisi olduğunu düşündürmektedir.

¹⁸ **Berrios, D. C./Grady, D.** (1991); "Domestic Violence. Risk Factorand Outcomes", Vest J Med 155 (2), 133-5.

2004-2013 yılları aranda yargıya intikal eden aile içi şiddet olaylarının en çok Bağcılar ve Bahçelievler ilçelerinde yargıya taşındığını göstermektedir. Bu ilçelerden başlanarak aile içi şiddetin önlenmesi ile ilgili gerekli önlemlerin acilen alınması planlanabilir (öfke kontrolü ve aile içi iletişim eğitimleri, yasal yaptırımlar vb. konularda eğitimler düzenlenebilir).

Aile içi şiddet olaylarının en çok evliliklerin ilk 10 yılında yaşandığı görülmüştür. Yeni evlenecek adaylara ya da genç evlilere etkili iletişim ve öfke kontrolü konusunda eğitimler verilebilir.

Kaynaklar

- Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu**, Aile İçinde ve Toplumsal Alanda Şiddet, Ankara 1998.
- Başbakanlık Araştırma Kurumu (BAAK)**; Aile İçi Şiddetin Sebepleri ve Sonuçları, Ankara 1995, s. 190-200.
- Belkin, Gary/Goodman, N.**; Marriage, Family, and Intimate Relationships: Rand McNally College Publishing Company, Chicago 1980.
- Berrios, D.C./Grady, D.** (1991); "Domestic Violence. Risk Factor and Outcomes". Vest J Med 155 (2), 133-5.
- Çalı, Hasan Hüseyin**; "Aile İçi Şiddet: Bir Kamu Politikası Analizi", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, 16 (2), s. 1-25.
- Doğanafşargil, Özge/Vahip, Işıl**; "Aile İçi Fiziksel Şiddet ve Kadın Hastalarımız". Türk Psikiyatri Dergisi, 2006, 17(2), s. 107-114.
- Gökkaya, Veda Bilican**; Türkiye'de Kadına Yönelik Ekonomik Şiddet, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 2011, 12(2), s. 101.
- İlkaracan, Pınar/Arın, Gülçür**; Sıcak Yuva Masalı; Aile İçi Şiddet ve Cinsel Taciz, Metis Yayınları, İstanbul 1996.
- Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi** (İstanbul Sözleşmesi), Avrupa Konseyi Anlaşmalar Serisi, No:210, İstanbul 11.05.2011.
- Kahveci, Nalan**; "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", İzmir Barosu Dergisi, 72(3). 2007.
- Kocacık, Faruk**; Aile İçi İlişkilerde Kadına Yönelik Şiddet, Türkiye'den Örnekler, Cumhuriyet Üniversitesi Yayınları, Sivas 2004.
- Krahé, B./Bieneck, S./Möller, I.** (2005); Understanding Gender and Intimate Partner Violence From an International Perspective, *Sex Roles*, 52, s. 807-827.
- Page, Ayten Zara/İnce, Merve**; Aile İçi Şiddet Konusunda Bir Derleme, Türk Psikoloji Yazıları, 2008 İstanbul, 11 (22), s. 81-94.

Sarımurat, Nuşin; “Psikiyatri Polikliniğine Başvuran Evli Kadınlar ve Ortak Özellikleri”, Nöro Psikiyatri Arşivi, 1993, 30, s. 302-308.

T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (BKSGM); Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet ile İlgili Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler, Ankara 2008.

Vahip, Işıl/**Doğanafşargil**, Özge; “Aile İçi Şiddet ve Kadın Hastalarımız”. Türk Psikiyatri Dergisi; 2000, 17(2), s. 107-114.

Vatandaş, Celalettin; Türkiye’de Eşler Arası Şiddet, Uyum Ajans, Ankara 2003.

World Health Organization; Dünya Şiddet ve Sağlık Raporu, (Özet), Cenova, 2002.

Yıldırım, Aysel; Sıradan Şiddet: Kadına ve Çocuğa Yönelik Şiddetin Toplumsal Kaynakları, Boyut Kitapları, İstanbul 1998.

Yüksel, Şahika/**Kora** Kaan/**Özkan**, Bezci ve ark.; “Aile İçi Şiddete Maruz Kalan Kadınlarda Yapılan Grup Psikoterapisi”, Nöropsikiyatri Arşivi, 2000, 37, s. 9-17.

Yüksel, Şahika/**Kayır**, Arşaluys; “Psikiyatriye Başvuran Örselenmiş Kadının Tanınması”. Düşünen Adam; Nörolojik ve Psikiyatri Dergisi, İstanbul 1986, 1., s. 16-20.

Yüksel, Şahika; Eş Dayağı ve Dayağa Karşı Dayanışma Kampanyası Tekeli, 1980’ler Türkiye’inde Kadın Bakış Açısından Kadınlar, İletişim Yayınları, İstanbul 1993.

www.istanbul.adalet.gov.tr. Yargı Çevresi (25.09.2014 tarihinde erişilmiştir)

www.bakirkoy.adalet.gov.tr. Yargı Çevresi (25.09.2014 tarihinde erişilmiştir)

**^HVERGİ DENETİMİNİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN
YARGI YOLUYLA SAĞLANMASINDA
HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKI
(Teori - Uygulama ve Sorunlar)**

*Yrd. Doç. Dr. Burak PINAR**

GİRİŞ

Bir devlette hukukî korunmanın sağlanması yargısal denetimin mümkün kılınmasıyla ve önündeki hukukî ve fiilî engellerin kaldırılmasıyla mümkündür. Hukuk devletinin gereği olan devlet organlarının hukukla bağlılığı da ancak böyle sağlanabilir. Söz konusu denetimin gerçekleştirilmesi sırasında, idarenin kamu gücünden kaynaklanan üstünlüğü ortadan kalkmakta ve denetime açık hale gelmektedir. Bu aşamada, kamu gücünün kullanımı sırasında ortaya çıkan hukuka aykırılıklardan etkilenen/mağdur olan kişilerin işbu denetime başvurabilmelerini mümkün hale getirmek gerekir. Bunu sağlayan en önemli araç ise, hukukî dinlenme hakkıdır. Hukukî dinlenme hakkı, hukuk devletinin bir göstergesi; hukuk devleti, hukukî dinlenme hakkının güvencesidir¹. Hukukî dinlenme hakkına eksiksiz biçimde itibar edildiği oranda adli gerçek, maddî gerçeğe yaklaşacak; hem şeklen hem de madden doğru ve gerçeğe uygun bir kararın verilmesi sağlanacaktır.

Hukukî dinlenme hakkı, “yargılamayla hukukî durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın bir süjesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Özekes**, Hukukî Dinlenme, s. 42.

yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermesini sağlayan, sürpriz kararlar karşılığının önüne geçen bir temel haktır; aynı zamanda bir yargılama ilkesidir². Bu hak, her yargılama alanı için ve yargılamanın her aşamasında geçerlidir³

Bilgilen(diril)me, açıklama ve dikkate alınma haklarını da içinde barındıran hukukî dinlenilme hakkı öncelikle mahkemeye başvurunun sağlanmasını bu yargılamada tarafların iddiasını ispatlamak için gerekli delilleri sunabilmesini ve mahkemece bu deliller doğrultusunda karar verilmesini gerektirir. Bu çalışmada, vergi yargılaması hukukunda temel bir yükümlü hakkı niteliğinde olan hukukî dinlenilme hakkının varlığı ve uygulanmasına ilişkin açıklamalara yer verilmeye çalışılacaktır.

I. ÖNŞART: MAHKEMEYE BAŞVURMA HAKKININ SAĞLANMASI

A. Genel Açıklama

Mahkemeye başvurma hakkı, etkin hukukî korumanın sağlanması için gerekli olup⁴ hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından biridir. Hak, önce bireyler arasındaki ihtilaflar için bireylere tanınmış böylelikle kişilerin birbirleriyle kısasa kısas yöntemiyle hesaplaşması ve toplumsal anarşi önlenmeye çalışılmıştır. Daha sonra bireyle devlet arasındaki anlaşmazlıklar için de yargı yolu açılmış, bu vesileyle bireylerin devlet otoritesinin keyfiliklerinden kurtarılması amaçlanmıştır⁵. Böylelikle modern hukukla tutarlılık arz etmeyen, devlet dava edilmez, devlet kutsaldır, devlete karşı karar verilemez anlayışlarından uzaklaşmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi mahkemeye başvurma hakkını;

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası

² Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 31.

³ Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme, s. 753-754, Özekes, Temel Haklar, s. 139.

⁴ Akkan, Etkin Hukuki Koruma, s. 29-30.

⁵ İnceoğlu, s. 105.

konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makûl bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

demek suretiyle zımnen düzenlemiştir⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye başvurma hakkını hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görmekte⁷ birçok kararında, hak arama özgürlüğü konusunda devletin bazı pozitif edim yükümlülüklerinin bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁸. Bu hususu Golder/Birleşik Krallık davasında şöyle ifade etmektedir;

“Sözleşmeye taraf bütün devletlerin üye olduğu Avrupa Konseyi Statüsü iki yerde hukuk devletine atıf yapmaktadır. Bunların birincisi başlangıç bölümü, ikincisi 3. maddedir. Maddede Avrupa Konseyine üye bütün devletler hukuk devleti ilkesini kabul etmek zorundadırlar hükmü yer almaktadır. Medeni konularda mahkemelere başvurma imkânı olmaksızın hukuk devletini tasavvur etmek mümkün değildir. Dava yoksa hakkaniyete uygun, aleni ve gecikmeksizin kişinin dinlenmesinden söz etmek, âdil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmak imkânsızdır⁹”.

Anayasa'nın 36'ncı maddesi de;

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz”

demek suretiyle mahkemeye başvuru hakkını ulusal hukukta, vatandaş olan olmayan herkes açısından, güvence altına almıştır. Buradan hak arama

⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 277; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 227; Yaltı, Yükümlünün Hakları, s. 114; Demircioğlu, s. 105.

⁷ İnceoğlu, s. 106-107.

⁸ Gül/Birtek, <http://suchukuku.com/icerik.php?id=66> (Erişim: 22.01.2013).

⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Golder- Birleşik Krallık kararı, Başvuru No.4451/70, 21.02.1975, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57496>), (Erişim: 29.01.2013)

özgürlüğünün unsurlarını; "*davacı olma*", "*davalı olma*", "*iddia ve savunmada bulunma*" ve "*yargı mercileri önüne çıkma*" şeklinde saymak mümkündür¹⁰.

Mahkemeye başvurma hakkı mutlak bir hak değildir; Devletlerin hakkın sınırlandırılmasına ilişkin bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Örneğin, mahkemeye başvurma hakkının bazı şartlara ve sürelerle bağlanması durumunda bu sınırlamalar şayet hakkın kullanılmasını fiilen engellemiyor ise bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlâlini oluşturmaz¹¹. Ancak bu sınırlamaların, hakkın özünü zedelememesi yanında meşrû bir amaç gütmesi ve ölçülülük ilkesine uygun olması da gerekmektedir¹². Bu anlamda, dava açılması için belirli bir süre sınırının öngörülmesi, belirli formalitelerin sağlanmasının istenmesi, temsil zorunluluğunun getirilmesi ve dava masraflarının önceden ödenmesi gerekliliği gibi hususlar mahkemeye başvurma hakkını engellemediği ölçüde âdil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmez¹³.

Mahkemeye başvurma hakkının bireylere sağlanması demek sadece mahkemeler kurup, kanunlara bireylerin bu mahkemelere başvurabileceği yönünde kurallar koymak demek değildir; âdil yargılanma hakkının pozitif statü hakkı olarak kabul edildiğinden¹⁴ ulusal hukuktaki düzenlemelerin hakkın uygulanabilirliğini zorlaştırmaması, kesinleşmiş mahkeme kararlarının gerektiğinde cebrî icra yoluyla yerine getirilmesinin sağlanması gerekir¹⁵. Hakkın kullanımı olabildiğince kolaylaştırılmalı; yargılamadan sonuç almayı geciktiren ve güçleştiren engeller kaldırılmalı, gerekli sosyal ve

¹⁰ Aydın, s. 10.

¹¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 278; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 332.

¹² Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 332; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 227; Yaltı Soydan, Yükümlünün Hakları, s. 114-115. Aşırı yüksek yargılama giderleri ve olağanüstü durumlar nedeniyle dava açma süresinin kaçırılması durumunda eski hale getirme imkânının bulunmaması gibi haller Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkemeye başvurma hakkına aykırı bulunmuştur.

¹³ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 332-333.

¹⁴ Esra Atalay., s. 443-444.

¹⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 277, 279; Reisoğlu, s. 105; Esra Atalay, s. 449. Şekli ve teorik bir hukuki korunma ile yetinmemeli, hak arama yolları hukuken ve fiilen açık tutularak etkin bir koruma sağlanmalıdır (Özekes, Temel Haklar, s. 124).

ekonomik önlemler alınmalıdır¹⁶. Aksi takdirde, vergi mahkemelerine başvurma hakkını imkânsız hale getiren veya zorlaştıran her türlü düzenleme âdil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eder¹⁷.

B. Başvurma Hakkının Kişi Yönünden Sağlanması

Bir yargılama faaliyeti denilince ilk akla gelen davanın taraflarıdır. Davalı ve davacı olarak adlandırılan bu kişiler dışında, aslî veya fer'î müdahiller denilen tarafın sahip olduğu hakka sahip veya verilecek karardan hukukî durumu etkilenecek kimseler de bulunur; bütün bu kişilerin davada hukukî dinlenilme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir¹⁸.

Vergi davalarında idare davalı konumundadır; ancak takdir ve tâdilât komisyonu kararlarına karşı dava açılması gibi istisnai hallerde vergi idaresi de davacı olabilmektedir¹⁹. Davacı ise, genel olarak, hakkında işlem yapılan vergi yükümlüsüdür. Şayet ikame mekanizması işliyorsa, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan "*menfaatleri ihlâl edilenler*" ibaresi gereği vergi sorumluları da dava açma hakkına sahiptir/olmalıdır. Danıştay ise, bu konuda; önceki kararlarında²⁰ "*yükümlü ve sorumlunun aynı vergi tarhiyatı nedeniyle dava açmasının karışıklığa yol açacağı*" gerekçesiyle sorumlunun dava açamayacağına; daha sonraki kararlarda²¹ ise, Vergi Usul Kanunu'nun 8'inci maddesinin 4'üncü fıkrasındaki atıf dolayısıyla sorumlunun dava açabileceğine hükmetmiştir. Ancak güncel içtihadı ile vergi sorumlusunun dava açma ehliyeti bulunduğu yönünde karar vermiştir²².

¹⁶ Akkan, Etkin Hukuki Koruma, s. 50.

¹⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 277, 279; Reisoğlu, s. 105; Esra Atalay, s. 449.

¹⁸ Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 252

¹⁹ Karakoç, Çözüm Yolları, s. 162.

²⁰ Dş. 4.D., E.1988/1810, K.1989/1681, (Akkaya, Vergi Sorumlusu, dn.29).

²¹ Dş. 7.D., E.1984/127, K. 1984/1074, (Akkaya, Vergi Sorumlusu, dn.30).

²² "Vergi Usul Kanununun 377. maddesinde dava açma yetkisinin sadece mükelleflere ve kendisine ceza kesilenlere tanınmadığı, aynı Kanunun 8'inci maddesinde, bu Kanunun diğer maddelerinde geçen mükellef tabirinin, vergi sorumluları için de geçerli olduğunun kurala bağlanmasından anlaşılmaktadır. Bu nedenle vergi sorumlularının da mükellefler gibi tarh edilen vergilere ve cezalara karşı verginin tarh edilmesi, cezanın kesilmesi, tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin yapılmış ve ödemeyi yapan tarafından verginin kesilmiş olması ve ihtirazi kayıtla beyan edilen matrah-

Vergi mevzuatında, idarenin belirli işlemlerine karşı dava açabilecek kişiler, bazı hallerde, özel olarak belirtilmiş, hatta bu düzenlemelerin bazıları âdil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle Anayasa Mahkemesi'nde dava konusu edilmiştir. Bunlardan biri 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 49. maddesinin (b) fıkrasının üçüncü paragrafında yer alan,

“Takdir komisyonlarının bu kararlarına karşı kendilerine karar tebliğ edilen daire, kurum, teşekküller ve ilgili mahalle ve köy muhtarlıkları on beş gün içinde ilgili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilirler.”

hükmüdür. Kanun koyucunun söz konusu düzenlemesi ile takdir komisyonlarının kararlarına karşı vergi yükümlülerinin dava açma hakkı olmadığı yönünde ifade edilebilecek söz konusu hüküm hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir²³. Gerçekten de matrahın tespitinde takdir komisyonunca yüksek tutarlı metrekare birim değeri belirlenmesi durumunda bu belirlemeye göre hesaplanan verginin hukuka uygun olmadığından ilgililer tarafından yargı mercileri önüne taşınmasına imkân verilmemesi mahkemeye başvurma hakkını ihlâl edeceğinden iptal kararı, teorik olarak, yerindedir. Ancak böyle bir durumda kendisine tebliğ edilmemiş işleme karşı dava açılabilmesinin mümkün olması ve binlerce dava açılacağı ihtimali, kararın pratikte doğuracağı etkiler bakımından soru işaretlerini beraberinde getirmektedir.

Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89'uncu maddesinde yer alan,

“Katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi gerekir.”

hükmünün iptali talebiyle açılan davada ise Yüksek Mahkeme, hak arama hürriyetinin ortadan kaldırılmadığı, sadece bu hürriyetin kullanılabilmesi için katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesini

lar üzerinden tahakkuk etmiş olmak koşuluyla verginin beyanname üzerinden tahakkuk etmesi halinde dava açmaları imkânlıdır.” Dş. VDDGK, 12.10.2011 gün ve E. 2011/390, K. 2011/583, (www.kazanci.com, Erişim: 13.08.2013).

²³ AnyM, 31.05.2012 gün ve E. 2011/38 K. 2012/89, (<http://www.anayasa.gov.tr>, Erişim: 21.01.2013).

bir ön şart olarak belirleyerek hak arama hürriyetine kamu yararı nedeniyle bir istisna getirildiği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir²⁴. Anayasa Mahkemesi burada kamu yararını, katılma paylarının hatalı hesaplanmış olmasının her zaman mümkün olabileceğini; ancak, bu gerekçeye dayalı olarak dava açma hakkının hiçbir sınırlamaya tâbi tutulmadan tanınmasının, bakılacak dava sayısını son derece arttıracığı gibi, katılma paylarının ödenmesini dava sonuçlanıncaya kadar geciktireceği için, belediyeleri finansman güçlüğü içine sokarak, başlamış projelerin tamamlanmasını da imkânsız kılacağı temeline dayandırmıştır. Ancak aynı madde hükmü 2002 yılında tekrar dava konusu edilmiş bu defa Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre temel hakların ancak Anayasa'nın ilgili hükmünde yer alan sebeplerle sınırlandırılabilirliği ve 36'ncı maddede mahkemeye başvurma hakkının sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemesi nedeniyle başvuruyu kabul ederek kanun hükmünün iptaline karar vermiştir²⁵.

Vergi mahkemelerinde dava açabilecek kişilere dair bir karar da damga vergisinin iadesi talebiyle mahkemeye başvurabilecek kişilere ilişkin Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararıdır. Kararda, ihale kararı üzerine işin üstlenilmesinden sonra ihale makamınca 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'na göre hesaplanıp işi üstlenen şirketten kesilerek veya alınarak vergi idaresine ödenen damga vergisi tahsilâtının iptali veya tahsil edilen tutarın iadesi istemiyle işi üstlenen şirket tarafından vergi mahkemesinde dava açılabilirliğine hükmedilmiştir²⁶. Öte yandan bu karardaki karşı oylar ile Danıştay'

²⁴ AnyM, 24.11.1987 gün ve E. 1987/19, K. 1987/31, (<http://www.anayasa.gov.tr>, Erişim: 21.01.2013).

²⁵ AnyM, 28.03.2002 gün ve E. 2001/5, K. 2002/42, (<http://www.anayasa.gov.tr>, Erişim: 22.01.2013).

²⁶ "... yüklenicilerin ihale makamları aleyhine adli yargıda hak edişlerindeki azalma nedeniyle dava açmaları mümkün olmakla birlikte; sebepsiz zenginleşmeyle ilgili olarak açılacak bu davalarda, vergi idarelerinin damga vergisi tahsilât işlemlerinin denetiminin yapılamayacağı, vergi dairesinin hasım olmayacağı ve davalarda vergi dairesi aleyhine hüküm kurulamayacağı açıktır. Dolayısıyla adli yargıda ihale makamları aleyhine dava açılabilirliğinden bahisle vergi dairesinin vergi tahsilât işlemlerinin yargısal denetiminden kaçınılması; hak arama özgürlüğü ve idari işlemlerin, Anayasada sayılan istisnalar dışında yargı denetimine tabi tutulacağı yolundaki Anayasamızın 125'nci maddesinde yer alan kuralla bağdaşmayacaktır. Ayrıca, ihale makamlarınca

daki ehliyet konusundaki dar yorum anlayışı ortaya konulmuş²⁷; diğer usûlî enstrümanların da dar yorumlama aracı olarak ortaya konulmaya çalışıldığı görülmüştür²⁸.

damga vergilerinin vergi dairelerine yatırılması, sonuçta vergi idareleri tarafından yapılmış tahsilat işlemleridir. Bu tahsilat işlemlerinin, vergilendirmeye ilgili idari işlemler olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Anılan tahsilat işlemleriyle hak edişlerinin eksildiğini öne süren yüklenicilerin, haklarının ihlâl edildiği iddiasıyla damga vergisi tahsilatının iptali veya tutarlarının iadesi istemiyle 2577 sayılı Kanunun 2'nci maddesine göre vergi yargısında dava açmaları mümkündür."

(Dş. İBK, 02.07.2012 gün ve E. 2009/1, K. 2012/2, (www.kazanci.com), Erişim: 10.05.2013).

²⁷ "Her iki olayda da, damga vergisi ihale kararından veya ihale kararı olarak nitelendirilen yönetim kurulu kararından doğmaktadır. İhale kararı, bir kamu hukuku işlemidir ve ikinci tarafı yoktur. İhale kararından doğan damga vergisinin mükellefi, ihale makamıdır. Olaylarda ihale makamları resmi daire olmadıklarından, bu kararlardan doğan vergileri, bizzat, beyan edip, ödemek zorundadırlar. Beyanlar ihtirazi kayıt konulmaksızın yapıldığından, ihale makamlarının, beyanname üzerinden tahakkuk ettirilen damga vergilerini, vergi mahkemesi önünde idari davaya konu etmelerine de yasal olanak yoktur. Bu vergilerde yapılmış olan vergi hatalarının düzeltilmesi konusunda ise, verginin mükellefi sıfatını taşıyan bu idarelerce, 213 sayılı Kanunun 122 nci ve 124 üncü maddelerinde öngörülen idari başvuru yollarına gidilmesi ve bu başvuruların sonucunda tesis edilen işleme karşı idari dava açılması olanaklıdır. Dolayısıyla; bizi ilgilendiren davalardaki vergiyi doğuran olaylar sebebiyle, vergi hukuku (kamu hukuku) ilişkisi, ihale makamı ile vergi idaresi arasında kurulmuştur. Yani, bu ilişkilerde, üzerinde ihale kalan yüklenicilerin yeri yoktur. Başka anlatımla; olaylarda, ihale kararlarından doğan damga vergileri dolayısıyla, ihale üzerinde kalan kişi ve kuruluşlar ile vergi idaresi arasında vergi hukuku ilişkisinin kurulması olanaklı değildir. Bunun sonucu olarak da, bu kişi ve kuruluşlarla vergi idaresi arasında, çözümü vergi mahkemesinin görevine girecek nitelikli bir idari uyuşmazlığın (vergi uyuşmazlığının) doğmasına da imkan yoktur. Dahası; bu kişi ve kuruluşlar, verginin mükellefi ve sorumlusu sıfatını taşımadıklarından, 213 sayılı Kanunun 122 nci ve 124 üncü maddelerinde öngörülen idari başvuru yolları olan düzeltme ve şikayet başvurularında da bulunma ve verilecek cevaba göre vergi mahkemesinde idari dava açma olanağına da sahip değildirler... Açıklanan nedenlerle, içtihatların Danıştay Yedinci Dairesinin 06/02/2006 tarih ve E:2003/1573, K:2006/366 sayılı kararı doğrultusunda birleştirilmesi gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyoruz."

²⁸ "İçtihatların birleştirilmesi talebiyle yapılan başvuruya ait dilekçede sözü edilen kararlar arasında, içtihatların birleştirilmesini gerektirecek nitelikte aykırılığın bulunduğundan söz edilebilmesi için, bu kararlarla çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkların kaynaklan-

Yüksek yargı organları tarafından başvurma hakkının sağlanması ve kapsamının genişletilmesine dönük bu kararlar karşısında, olumsuz olarak değerlendirilebilecek bir durum ise, davanın ihbarı müessesesinin vergi yargılaması hukukunda uygulanmaması ve davanın esasını etkilemesi ihtimalinin ve hatta zorunluluğunun göz ardı edilmesidir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesi, davanın ihbarı konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapmış; ancak, aynı maddenin son fıkrasında "*resen yapılır*" demek suretiyle bir çelişkiye yer vermiştir. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu da 61'inci maddesinde,

"Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir."

dıkları maddi olaylar arasında benzerlik ve uyumsuzluğun çözümünde uygulanan hukuk kurallarının da aynı olması gerekmektedir. İçtihatların birleştirilmesine konu olan kararlardan ilkinde damga vergisi ihale kararından, ikincisinde ise ihale kararı olarak nitelendirilen yönetim kurulu kararından doğmuş bulunmaktadır. Yani; her iki uyumsuzlukta da vergiyi doğuran olay, ihale kararı olması nedeniyle uyumsuzlukların kaynaklandığı maddi olay yönünden herhangi bir sorun gözükmemektedir. Buna karşın, başvuru dilekçesinde Danıştay Yedinci Dairesinin kararıyla çeliştiği iddia olunan Vergi Dava Daireleri Kurulu kararı, Danıştay Yedinci Dairesinin uyumsuzluğun çözümünde kullandığı, dava konusu vergilendirme işlemiyle davacı arasında 213 sayılı Kanunun aradığı şekilde bir ilişkinin bulunmadığı yolundaki hukuka aykırılık nedenine değil, anılan kararda bulunmayan görevsizlik nedeni irdelenerek ve bu nedenin yerinde olmadığı gerekçesiyle verilmiş bulunmaktadır. Kararda, 2576 sayılı Kanunun vergi mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 6 ncı maddesine gönderme yapılmış ve "... mahkemenin görevinde olmadığından incelenmeksizin reddi gerekeceği gerekçesiyle bozulmuş olup ..." ibaresinin kullanılmış olması, Kurulun Danıştay Yedinci Dairesinin kararını nasıl anlayıp nitelendirdiğini açıkça ortaya koymaktadır. Kurulun diğer kararlarında da durum aynıdır. Başka bir ifadeyle, Danıştay Yedinci Dairesinin kararı 2577 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasının "c" bendi, yani ehliyet yönünden yapılan inceleme sonucu verilmiş karar niteliğinde olmasına karşın, Vergi Dava Daireleri Kurulunun kararı, aynı fıkranın "a" bendi, yani davaya bakan mahkemenin görevi yönünden yapılmış inceleme sonunda verilmiş karar niteliğindedir. Bu bakımdan, ortada aynı hukuki duruma, aynı hukuk kuralı uygulanarak farklı çözümler getiren iki ayrı karar bulunmadığından, aykırı içtihatlardan, dolayısıyla içtihatların birleştirilmesi gereğinden söz edilmesi usul yönünden olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle, istemin esasa girilmeksizin usul yönünden reddi gerektiği oyu ile içtihadın birleştirilmesine gerek olduğu yolundaki çoğunluk kararına karşıyız."

şeklindeki ifadeyle, davanın tarafı yetkilendirilmektedir. Hukukî düzenlemenin oluşturduğu çelişki yanında, bir de bu kurumun uygulanmasının davanın esasını etkileyeceği düşünüldüğünde, en azından, vergi yargısı organlarının bu konuda resen davranmalarının kanunî bir zorunluluk olduğu düşünülmektedir. Oysa bu konuda, vergi yargısı organları ihbar müessesesini uygulamayarak karara etkisi olan bu hususu göz ardı etmekte, yüksek yargı organları nezdinde de bu husus bir bozma sebebi olarak görülmemektedir. Bu husus, kanunî düzenlemeye rağmen, hukukî dinlenilme hakkının açıkça ihlâlidir.

C. Başvurma Hakkının Yargılama Giderleri Yönünden Sağlanması

1. Genel Olarak

İdarî yargılama hukukunda dava giderleri konusu İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan hallerdendir. Yargılama giderlerinin kapsamı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323'üncü maddesinde belirtilmiştir. Bu giderler, harçlar, masraflar ve vekâlet ücreti şeklinde sınıflandırılabilir. Söz konusu giderler, bazı durumlarda mahkemeye başvurma hakkını önlemekte, hakkın kullanıl(a)mamasına sebep olmaktadır²⁹. Bu husus sosyal hukuk devleti anlayışı içerisinde eleştirilmekte, âdil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye başvurma hakkının bu sebeple ihlâl edildiği görüşü ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, özellikle yargılama giderlerinin negatif/önleyici fonksiyonu üzerinde durulacaktır.

2. Yargı Harçları Yönünden

Devlet, yargılama hizmetini gereği gibi ifa edebilmek ve yargı organlarını işler bir şekilde hak arayanların hizmetinde tutabilmek için de bazı giderler yapmaktadır³⁰. Yargılamaya taraf olanlar yargı harçlarını ödeyerek bu giderlerin bir kısmına katılırlar³¹. Bu durum hem devlete gelir sağlanması

²⁹ Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 303. Krş. Çelebi, s. 257.

³⁰ Akyol Aslan, s. 33.

³¹ Yılmaz, Yargılama Giderleri, s. 200.

hem de kişilerin haksız taraf olduğu ihtilaflar için dahi sırf karşı tarafı uğraştırmak maksatlı dava açmalarını engellemesi açısından yarar sağlamaktadır.

Yargı işlemlerinden Harçlar Kanununa bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanlar yargı harçlarına tâbidir. Buna göre, (1) sayılı tarifedeki yargı harçlarını başvurma harcı, celse harcı, karar ve ilâm harcı olarak üçe ayrılmaktadır. Ayrıca, Harçlar Kanunu'nun üçüncü kısmı özel olarak vergi yargılaması harçlarına ayrılmıştır; bunlar (3) sayılı tarife de belirtilmiştir³².

Yargılama giderlerinin hak arama özgürlüğüne ve sosyal hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği uzun süreden beri tartışılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önceki tarihli kararlarında³³ “*orantısız bile olsa yargı harcının mahkemeye ulaşma hakkı açısından bir problem teşkil etmediği*” sonucuna hükmetse de yeni tarihli kararlarında başvurusunun mali durumunu dikkate almayan uygulamaların 6'ncı maddenin ihlâline yol açtığına karar vermektedir³⁴.

Yargı harçlarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülen Ülger/Türkiye davasında³⁵, karar harcını ödemediği gerekçesiyle kararın tebliğ edilmemesi ve dolayısıyla kararın icra takibine konu edilememesi mahkemeye başvurma hakkıyla bağdaşamaz bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, Sözleşme'nin 6'ncı maddesi bakımından yargılamanın bütünüleyici bir par-

³² Vergi yargısı harçlarının ayrı bir kısımda incelenmesinin gerekli olmadığı görüşü için bkz. **Pınar**, s.44.

³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tolstoy-Birleşik Krallık kararı, Başvuru No.18139/91, 13.07.1995 (**Akıncı**, Âdil Yargılanma, s. 192).

³⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Garcia Manibardo- İspanya kararı, Başvuru No. 38695/97, 15.02.2000, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58494>) (Erişim: 01.02.2013), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kruez- Polonya kararı (**Akıncı**, Âdil Yargılanma, s. 192). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yiğit-Türkiye kararı, Başvuru No. 3976/05, 02.11.2010, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101579>), (Erişim: 03.02.2013).

³⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ülger-Türkiye kararı, Başvuru No. 28505/95, 28.03.2002, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60397>), (Erişim: 04.02.2013).

çası olarak görülmelidir³⁶. Mahkeme, kararın bir suretini alabilmek için başvurucuyu harcı ödemekle yükümlü tutmanın, kendisine aşırı bir külfet yüklediğine ve mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyecek ölçüde başvurucunun hakkını sınırlandırdığına hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından Harçlar Kanunu'nun 28'inci maddesinin “*Karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez.*” şeklinde belirtilen hüküm iptal edilmiş³⁷; yerini “*Karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. Şu kadar ki, ölüm ve cismani zarar sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında peşin alınan harcın oranı yirmide bir olarak uygulanır. Bakiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez.*” hükmüne bırakmıştır³⁸.

Mahkemeye başvuru hakkının kullanımı açısından harçların, bireylerin hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak ya da engelleyecek, ekonomik durumu güçlü olan ile olmayan arasında ayırım yaratacak kadar yüksek tutarda olmasına özen gösterilmelidir³⁹. Bu konuda adli yardımdan yararlanabilecek kişiler katalogunu ve harçtan muaf tutulacak dava türlerini yeniden düzenlemek mahkemeye başvuru hakkının ihlâlini önleyecektir.

³⁶ Aynı yönde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hornsby- Yunanistan kararı, Başvuru No. 18357/91, 01.04.1998, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58020>, (Erişim: 06.02.2013).

³⁷ “*Dava açarken peşin harcı ödeyen ancak nispi harca tabi davalarda işin niteliği gereği dava sonuna bırakılan bakiye harçtan yasal olarak sorumlu olmadığı mahkeme kararıyla belirlenen davacıya, sorumlusu olmadığı bir harcın tahsili koşuluyla ilâmın verilmesi; hak arama özgürlüğünü engelleyici nitelik taşımaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36'nci maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.*” AnyM, 14.01.2010 gün ve E. 2009/27, K. 2010/9, (RG, 17.03.2010- 27524).

³⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 302'nci maddesine göre; “*Bakiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez. 492 sayılı Harçlar Kanunu dâhil, diğer kanunların bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.*”

³⁹ **Yılmaz**, Yargılama Giderler, s. 224; **Pınar /Meriç**, s. 51; **Akyol Aslan**, s. 50. Krş. **Doğru**, Yargı Harçları, s. 345.

Yukarıda belirtilen ve iç hukuka etki eden kararların olumlu yansımaları yanında, olumsuzluk arz eden ve idarenin başvurma hakkını önlemeye zemin hazırlayan işlemleri de bulunmaktadır. Bu durumun en yaygın örneği, birden fazla gönderilen ihbarnamelerde ve/ya da diğer işlemlerde görülmekte; ayrı ayrı dava konusu edilme ve harç ödeme yükümlülüğünden/zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Vergi yargısı organlarının böyle bir durumda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, "Aynı dilekçe ile dava açılacak haller" başlıklı 5'inci maddesinin;

"1. Her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağılılık ya da sebep - sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir."

şeklindeki ilk fıkrası dar yorumlanmakta ve mahkemeye başvurma hakkı önlenmektedir. İdarî Usul Kanunu niteliğindeki Vergi Usul Kanunu'nun, emredici bir düzenleme yokluğu karşısında idareler bazen tek bir ihbarname ile bazen birden çok ihbarname ile borç kalemlerini düzenlemek suretiyle mahkemeye başvuru hakkını önlemekte, vergi yargısı organlarının yukarıdaki hükmü dar yorumlama karşısında hukukî dinlenilme hakkından söz edilememektedir.

3. Adli Yardım Yönünden

Devletin yargılama faaliyeti dolayısıyla yapmış olduğu bir kamu hizmeti olarak adalet dağıtımının işinin ücretsiz olması asıl olmakla birlikte, devletin yargı organlarının ilgililerin menfaatleri hususunda verecekleri karar bakımından ilgiliden yargılama giderlerinin bir kısmının karşılanması ilkesi de bazı devletlerce benimsenmiştir. Bu anlamda yargılama giderleri, yargılama hizmetlerinin gerçek bedeli olmayıp, tarafın kendi subjektif menfaatine ilişkin yargılama faaliyetine sadece bir katılım payı olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Yargılama giderlerinin, bireylerin hak arama özgürlüğüne engel oluşturmasını engellenmek amacıyla getirilen adli yardım kurumu ise, mahkeme masraflarını ve avukatlık ücretlerini karşılayamayacak durumda olan birey-

⁴⁰ **Yılmaz**, Yargılama Giderleri, s. 200.

lerin geçici olarak bu masraflardan muaf tutulması esasına dayalı bir sistemdir⁴¹.

Adlî yardımın yargılama açısından taşıdığı önem, tarafların mahkemeye ulaşma hakkını ve tarafların eşitliği ilkesini sağlamasından kaynaklanır⁴². Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kendisine ulaşma hakkı bakımından bir adlî yardım mekanizması işletmektedir. Örneğin, Türkiye aleyhine açılan Hasan ve Eylem Zengin davasında başvurunun maddi imkâna sahip olmaması ve Türkiye’de adlî yardımın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde açılacak davalar için geçerli olmaması gerekçeleriyle başvurucuya adlî yardım sağlanmıştır⁴³.

Adlî yardım, bireyin hak arama özgürlüğünü kullanması bakımından kendisine engel olan, ekonomik imkânsızlığından kaynaklanan engelleri kaldırmaya hizmet eder⁴⁴. Bu durum sosyal devlet olmanın bir gereği ve insan onurunu korumanın bir sonucudur⁴⁵. Yargı harçları dava açmakla davacıya düşen bir sorumluluğun ya da borcun yerine getirilmesi değil, dava açmaya ilişkin mevcut yargılama kurallarının gereğinin yerine getirilmesi olarak görüldüğünde⁴⁶, yargı organına başvurulması objektif imkânsızlık ya da güçlükler taşımakta ise, artık hak arama özgürlüğüne ilişkin kuralların “yerine getirilmemesi”nden değil, “yerine getirilememesi”nden bahsedilmesi gerekir⁴⁷. Sosyal bir hukuk devleti de bu imkânsızlığı ortadan kaldırıp mahkemeye başvurma hakkının yolunu açmakla yükümlüdür⁴⁸.

⁴¹ Nitekim Türkiye Barolar Birliği Adlî Yardım Yönetmeliği’nin 1’inci maddesine göre adlî yardım; “kişilerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretlerini ve yargılama giderlerini sağlama olanağı bulunmayanların bu hizmetlerden yararlanmasıdır”.

⁴² **Atalay**, Adlî Yardım, s. 15; **Esendal**, s. 185.

⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hasan ve Eylem Zengin-Türkiye kararı, Başvuru No. 1448/04, 09.10.2007, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82580>), (Erişim: 09.02.2013).

⁴⁴ **Köksal**, s. 111; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 230; **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 307.

⁴⁵ **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 306.

⁴⁶ **Pınar /Meriç**, s. 200.

⁴⁷ **Pınar /Meriç**, s. 202; **Akbal**, s. 149.

⁴⁸ **Atalay**, Adlî Yardım, s. 15; **Yaltı Soydan**, Âdil Yargılama III, s. 115.

Adli yardım, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan haller arasında sayılmakta; ancak, vergi yargılamasında, daha az masraflılık söz konusu olduğundan⁴⁹ adli yardıma sıkça başvurulmamaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre adli yardım talebi kabul edilen taraftan dava açılırken alınması gereken peşin karar ve ilâm harcı ile başvurma harcı alınmaz (HMK.m.335). Bu korumadan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334'üncü maddesine göre, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler⁵⁰, iddia ve savunmalarında, geçici hukukî korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandıranlar faydalanabilir. Haklılık unsurunun aranmasının âdil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediği, aksine yargıyı meşgul etme sonucunu doğuracağı bariz davalar için bir çeşit ön muhakeme yapılarak harç ödenmeksizin dava açma yolunun kapatılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir⁵¹. Kaldı ki, hâkimin adli yardıma hükmetmesi için kişiyi tamamen haklı bulması gerekmemekte; haklı olabileceği yönünde bir düşüncenin varlığı yeterli olmaktadır⁵². Bu çerçevede, yargılamanın sonunda kimin haklı kimin haksız olduğu ortaya çıkacaktır ve haklılık şartını, esas davanın sonucunda ulaşılan hukuken haklı olma şeklinde anlamamak gerekir. Buradaki haklılık, sunulan delillere göre hâkimde kişinin davayı kazanma ihtimalinin kaybetme ihtimalinden daha yüksek olduğu izlenimi uyandırılmasıdır.

Ç. Başvurma Hakkının Süre Yönünden Sağlanması

Hak arama özgürlüğünün en belirgin unsuru olan mahkemelere başvurma hakkı birçok yargı sisteminde belirli bir süreyle sınırlandırılmış

⁴⁹ Az masraflılığın sebebi olarak re'sen araştırma ilkesinin uygulanması, keşif ve bilirkişi yöntemlerine sıkça başvurulmaması gösterilmektedir (**Gözübüyük**, Yönetmelik Yargı, s. 346).

⁵⁰ Buradaki ölçütün dava konusunun miktarı değil, davacının yıllık kazancı olduğu ileri sürülmektedir (**Yılmaz**, Hukuk Davaları, s. 58).

⁵¹ **Atalay**, Avukatla Temsil, s. 100. Aksi yönde bkz. **Yılmaz**, Yargılama Giderleri, s. 219; **Pekcanitez**, Âdil Yargılanma, s. 37; **Pekcanitez**, Hukukî Dinlenilme, s. 784; **Köksal**, s. 102.

⁵² **Akbal**, s. 155.

bulunmaktadır. Bu sınırlandırmanın varlığı, idarî istikrar ve kamu hizmetlerinin devamlılığı için önemlidir. Bir idarî işlemin sürekli olarak dava konusu olma tehdidi altında tutulması, kamu yararı da gözetilerek, dava açma hakkının belirli sürelerle kısıtlanması suretiyle giderilebilir⁵³.

Mahkemelere başvuru süresinin çok kısa olması veya sürelerin tamamının açıkça düzenlenmemesi mahkemeye başvurma hakkının ihlâline yol açmaktadır. Zira, dava açma süresinin çok kısa bir süreyle sınırlandırılması, kişilerin dava konusu hakkında bilgi edinmesi ve hukukî haklarını öğrenmesini imkânsız kılmakta, hak düşürücü süre niteliği nedeniyle⁵⁴, hak arama özgürlüğünün kullanımına engel oluşturmaktadır.

Türk idari/vergi yargılaması hukukunda çok çeşitli dava açma sürelerinin bulunması kaynaklı geniş çaplı bir çeşitlilik söz konusu olmaktadır. Bu durum mevzuatın ulaşılabilir olmasına rağmen karmaşık olmasına ve hukukî belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmesine sebebiyet vermektedir⁵⁵.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Dava Açma Süresi*" başlıklı 7'nci maddesinde dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde vergi mahkemelerinde otuz gün olarak belirlenmiştir. Yükümlülerin vergi mahkemelerinde dava açılması için gerekli hazırlığı yapılabilmesi, gerek hukukî yardımdan gerekse teknik yardımdan yararlanabilmesi için zamana ihtiyacı olduğu, bu zamanın makûl bir süre olması gerektiği ve otuz günlük başvuru süresinin makûl olmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi önüne taşınan bir başvuruya karşı Yüksek Mahkeme, otuz günlük sürenin kanun koyucu tarafından, Danıştay ve idare mahkemelerinin görevine giren

⁵³ **Gözübüyük**, Yönetmelik Yargı, s. 396; **Karakoç**, Süreler, s. 41-42; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 814; **Akıncı**, Âdil Yargılanma, s. 177.

⁵⁴ **Gözübüyük**, Yönetmelik Yargı, s. 396-397; **Gözübüyük**, Dava Açma Süresi, s. 3-4; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 112. Gerçekten de dava açma süreleri hak düşürücü sürelerle benzerlik göstermekle birlikte durması veya ek süre tanınması gibi durumlar söz konusu olabildiğinden tam olarak hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi güçtür. (**Karakoç**, Süreler, s. 48).

⁵⁵ **Gök**, s. 414-415. "Kamu borçlusuna gönderilen ödeme emrine karşı, 7 günlük dava açma süresinin gösterilmesinin karışık olan mevzuat karşısında bireylerin hak arama hürriyetlerinin korunması açısından zorunlu olduğu" yönünde karar için bkz. D.Ş. 4.D. 13.11.2006 gün ve E. 2005/2134, K. 2006/2156, (<http://www.kazanci.com>) (05.02.2013).

konuların özellik ve nitelikleri ile vergi mahkemelerinin görevine giren konuların özellik ve niteliklerindeki farklılıklar ve kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için vergilendirme işlemlerindeki kamu yararı gözetilerek konulduğu gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir⁵⁶.

Vergi yargısına başvurmak için, genel dava açma süresi olarak öngörülen otuz günlük sürenin makûl olduğu düşünülmektedir. Ancak yükümlülerin, davanın idare mahkemesinde açılması gerektiğini sanarak, otuz günlük süre dışında ve fakat idare mahkemesinde dava açma süresi içerisinde yaptığı başvurularda, görev yönünden dava reddedilip, dosya vergi mahkemelerine gönderildiğinde vergi mahkemelerinin davayı süre yönünden reddettiği görülmektedir. Bunun önüne geçmenin tek yolu ise idarî yargıdaki ve vergi yargısındaki genel dava açma süresindeki farklılığın giderilmesidir; aynı sürelerin getirilmesidir.

Vergi davalarında dava açma sürelerine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nde itiraza konu edilen bir başka hüküm de, özel kanun niteliğindeki Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ödeme emrine karşı dava açma süresi olan yedi günlük süredir. Bu yedi günlük sürenin çok kısa olması, sırf işlem türüne ilişkin farklılık sebebiyle esasen vergi yargılaması kapsamında olan ödeme emrine karşı dava açılmasının farklı süreye tâbi tutulmasının gerekmemesi sebebiyle Anayasa'nın 2'nci ve 36'ncı maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise, kanun koyucu tarafından, ödeme emrinin özellik ve niteliği ile diğer idarî işlemlerin özellik ve niteliklerindeki farklılıklar ve kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için kamu alacaklarının sürüncemede bırakılmamasındaki kamu yararı gözetilerek, ödeme emrine karşı açılacak davalar için dava açma süresinin yedi gün olarak öngörüldüğü gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir⁵⁷. Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara katılmak mümkün değildir. İdarî yaptırımlarla ilgili mahkemeye başvuru ve itiraz sürelerinin kanunlarda yedi gün gibi kısa bir süre ile sınırlandırılması, bu

⁵⁶ AnyM, 04.02.2010 tarih ve E. 2006/23, K. 2010/27, www.resmigazete.gov.tr, 21.02.2013).

⁵⁷ AnyM, 06.01.2011 tarih ve E. 2008/96, K. 2011/3, www.resmigazete.gov.tr, 14.05.2011).

sürenin iki gününün hafta sonu tatiline denk geldiği de göz önünde bulundurulursa, idareye karşı hak arama özgürlüğünü daraltarak yargısal korumayı etkisiz hale getirir. Sınırlı sürelerin kabulünde etkili olan idarî uyumsuzlukların gecikmeden yargı önüne çıkarılarak çözüme ulaştırılması gibi olumlu bir amaç da, sürenin kısa tutulması durumunda tersine dönerek idarenin kusur ve sakatlıklarını korur duruma gelmektedir⁵⁸. Özellikle hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğunun bulunmaması da göz önüne alındığında yedi günde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanmasından dolayı yapılan işlemlere karşı başvurulacak yargı yolunun tespiti bile çok kolay değildir. Bu durum, etkin hukukî koruma ve hak arama özgürlüğünü zedeleyebilecek niteliktedir.

D. Başvurma Hakkının Kanunî Düzenleme Yönünden Sağlanması

1. Haksız Çıkma Zammı(nın Yeniden Düzenlenmesi) Yönünden Sağlanması

Haksız çıkma zammı, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesinde; "*İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı % 10 zamla tahsil edilir...*" şeklinde düzenlenmiştir.

Söz konusu yüzde onluk haksız çıkma zammı, ödeme emrine karşı dava açan vergi ödevlisinden dava tamamen aleyhe sonuçlanmasa dahi davanın aleyhe sonuçlandığı tutar kadar uygulanır⁵⁹. Bu yönüyle düzenleme, mahkemenin yükümlü aleyhine karar verme ihtimali her zaman bulunduğu mahkemeye başvurma hakkının kullanımını açısından olumsuz bir işleve sahiptir⁶⁰. Kaldı ki, uygulamada vergi dairelerinin lehlerine verilen kararın kesinleşmesini bile beklemeden haksız çıkma zammına ilişkin ödeme emri düzenleyip gönderdikleri görülmektedir⁶¹.

⁵⁸ Akıncı, Âdil Yargılanma, s. 181-182.

⁵⁹ Doğrusöz, s. 31. Haksız çıkma zammının hangi tarih itibarıyla ve hangi meblağ üzerinden hesaplanacağına ilişkin bir düzenleme yoksa da, dava açma tarihinin ve ödeme emrindeki meblağın esas alınması gerekir (Karakoç, Kamu Alacakları, s. 160).

⁶⁰ Yakar, s. 250.

⁶¹ "Yukarıda anılan 6183 sayılı Kanunun 58. maddesine göre amme alacağının %10 zamla tahsili için, amme alacağının tahsiline dair düzenlenen ödeme emrine karşı açılan dava-

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesindeki söz konusu düzenlemeye ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiası karşısında Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına "oybirliğiyle" karar vermiştir⁶². Anayasa Mahkemesi'ne göre;

"İtiraz konusu kural ile yapılan düzenlemede kamu alacağının mümkün olduğunca kısa sürede tahsiline yöneliktir. Ayrıca düzenlemede hak arama özgürlüğünü engelleyen bir durum söz konusu değildir çünkü kamu borçlusu ödeme emrinin tebliğinden önce kamu alacağının esası hakkında yargı yoluna başvurabileceği gibi, itiraz konusu kural ile ödeme emrinin tebliğinden sonra da tahsile ilişkin olarak dava açabilme olanağına sahiptir. İdari bir işlem niteliğinde olan kamu alacağı ile ilgili ödeme emrine karşı yargı yolu kapatılmamış; mahkemeler, bu işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulmamıştır."

Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı hem dava açma hakkına hem de eşitlik ilkesine engel olması itibarıyla eleştirilmektedir. Buna göre hak arama özgürlüğüne aykırılık, dava açmaktan çekinme ihtimalini doğurması; eşitlik ilkesine aykırılık ise, idarenin davayı kaybetmesi durumunda herhangi bir tazminata hükmedilmemesi olarak ileri sürülmektedir⁶³. Ancak, ödeme emri aşamasına gelmeden önceki aşamalarda yapılan usulsüz işlemlerle borcun kesinleştiği durumlar için aynı yaklaşımın kabul edilmesinin mümkün olmadığı da kabul edilmektedir. Örneğin, bir vergi mükellefi adresinden hiç ayrılmamasına rağmen ilânen tebligatla borcun kesinleştirilmesi ve sonrasında ödeme emri tebliği halinde, bu mükellefin

nın retle sonuçlanması ve bu ret kararının temyiz edilmiş olması halinde temyiz istemi reddedilerek mahkeme kararının onanması ve karar düzeltme isteminin de reddedilmesi gerekmektedir. Bu durumda, alacak aslının tasdikine yönelik mahkeme kararının kesinleşmesi halinde haksız çıkma zammının doğması ve tahsili aşamasına gelinmesi mümkün olacağından, dava konusu ödeme emrinin düzenlenme tarihi itibarıyla temyiz edildiği tartışmasız olan asıl alacağa yönelik mahkeme kararının onanarak kesinleşmesi beklenilmeden düzenlenen ödeme emrinde isabet görülmemiştir." Dş. 9.D., 04.05.2006 gün ve E. 2005/4620, K. 2006/1689, www.kazanci.com, Erişim: 20.05.2013).

⁶² AnyM, 03.02.2011 gün ve E. 2009/83, K. 2011/29, (<http://www.anayasa.gov.tr>, Erişim: 15.02.2013).

⁶³ **Akkaya**, Haksız Çıkma, s. 340, 342- 347; **Doğrusöz**, s. 31; **Yakar**, s. 196.

idarî işlemin hukuka uygunluğu için yargısal denetim yoluna başvurma hakkı elinden alınmış olmaktadır. Böyle bir durumda, mükellef ödeme emrine karşı dava açtığında risk almak zorunda kalacaktır⁶⁴.

Düzenlemenin hak arama özgürlüğüne bir engel niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılırken, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması başlıklı Anayasa'nın 13 üncü maddesi yönünden de değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, haksız çıkma tazminatı ile dava açma hakkına getirilen sınırlamanın, ölçülü olduğunu söylemek güçtür. Esasen haksız çıkma tazminatına ilişkin hükmün amacı ödeme emirlerine karşı mesnetsiz dava açılmasını önlemektir. Fakat ödeme emirlerine karşı açılan davalarda, kural olarak takip işlemlerinin durmadığı ve gecikme zammı uygulandığı hususu dikkate alındığında, ödeme emrine karşı dava açılmasının idare için bir zarara yol açtığını söylemek mümkün değildir⁶⁵. Buradan hareketle düzenlemenin, idarenin maddî kayba uğramasının değil, bir ödeme emrine karşı dava açmak suretiyle mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesinin yaptırımını olduğunu söylemek mümkündür; ancak, davanın reddedilmiş olması mahkemelerin gereksiz yere meşgul edildiği anlamına gelmediğinden bu amacı da savunmanın mümkün olmadığı söylenmektedir⁶⁶.

Haksız çıkma tazminatına benzer bir kurum da İcra İflas Hukuku'nda mevcut olan icra inkâr tazminatıdır. İcra inkâr tazminatı, kendisine gönderilen ödeme emrine karşı haksız itiraz eden borçlunun mahkûm edileceği tazminata verilen addır⁶⁷. İcra ve İflas Kanunu'nun 67'nci maddesine göre;

“Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir⁶⁸.

⁶⁴ Şahan, <http://www.adaletbiz.com/haksiz-cikma-zammina-anayasaya-aykirilik-makale-177.html>, (Erişim: 13.05.2013).

⁶⁵ Akkaya, Haksız Çıkma Zammı, s. 340, 342.

⁶⁶ Akkaya, Haksız Çıkma Zammı, s. 344.

⁶⁷ Yılmaz, İcra İnkâr, s. 86.

⁶⁸ 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanununun 11'inci maddesiyle, bu fıkrafta yer alan “yüzde kırkıdan” ibaresi “yüzde yirmisinden” şeklinde değiştirilmiştir.

Görüldüğü üzere, bu düzenlemenin kamu icra hukukuyla arasındaki temel farklar tazminatın yargılamanın her iki tarafı için de öngörülmesi, alacaklı için haksızlık yanında kötü niyetinde aranması ve kesin bir oran belirtilmeyip sadece asgari oranın belirtilmiş olmasıdır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'daki düzenlemenin esasına girilerek tamamıyla red olunmuş davalar için ve hâkimin üst sınırı kanunca belirtilmek şartıyla duruma göre belirlediği tutarda tazminata hükmedebilmesi şeklinde değiştirilmesinde fayda olduğu düşünülmektedir⁶⁹. Böyle bir hüküm hem vergi ödevlisini haksız yere dava açmaktan alıkoyacak hem de kısmen haklı bulunan ödevlileri koruyacaktır⁷⁰. Bu nedenle haksız çıkma zammının, belirtilen tereddütleri de giderecek şekilde yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

2. Vergi Affi Niteliğindeki Kanunlarda Yer Alan Dava Yoluna Gitmeme Şartı (nın Kaldırılması) Yönünden Sağlanması

Vergi hukukunda af, vergi kanunlarına uygun olarak tarh edilmiş vergilerin belli süreler içinde ödenmesi kaydı ile bunlara ilişkin cezaların veya gecikme zamlarının tamamının veya bir kısmının tahsilinden vazgeçilmesidir; vergi kanunlarına aykırı hareket edenlere uygulanan idarî ve hukukî yaptırımların ortadan kaldırılmasıdır⁷¹.

Vergi aflarının, siyasi, ekonomik ve teknik nedenlerle⁷², çeşitli biçimlerde uygulandığı görülmektedir. Örneğin, vergi yükümlülerinin beyanda bulunmama cezalarının affi anlamına gelen beyan affi; geçmiş vergi beyanlarının cezasız olarak düzeltilmesi anlamına gelen düzeltme affi; yaptıkları ödeme karşılığında vergi yükümlülerinin belirli dönemlerdeki gelir kaynaklarının araştırılmaması anlamına gelen araştırma affi; geçmiş dönemlerde yasal olarak düzenli tutulmayan kayıtların affi anlamına gelen kayıt tutma

⁶⁹ Mevcut düzenlemenin kötü niyetli itirazları önleme amacı taşımakla birlikte yüzde onluk bir zammın çok büyük meblağlara itiraz etmekten davacıyı alıkoyacağı görüşü için bkz. **Kumrulu**, Vergi İcra, dn. 65, s. 666.

⁷⁰ Düzenlemenin tamamıyla kaldırılması gerektiği görüşü için bkz. **Akkaya**, Haksız Çıkma Zammı, s. 345-347; **Yakar**, s. 250-251; **Uzun**, s. 47.

⁷¹ **Bilici**, s. 122. Krş. **Çağan**, s. 115; **Saban**, s. 455.

⁷² **Tuncer**, Vergi Hukuku, s. 78.

affi ve suç isnat edilen kişilerin kovuşturulmaması anlamına gelen kovuşturma affi bunlardan en çok uygulananlarıdır⁷³.

Af kanunlarının siyasal amaçlarla sık sık çıkartılması, vergi cezalarının önleyicilik amacının etkinliğini azalttığı, devlet bakımından kamu gelirlerinin azalması sonucunu doğurduğu, kişileri yeni bir af çıkar beklentisiyle vergi borçlarını ödememeye sevk ettiği, eşitsizlik yarattığı⁷⁴ gerekçeleriyle eleştirilmekle birlikte⁷⁵ aftan yararlanmak, vergi aslının ödenmesi şartına bağlı tutulduğu takdirde, bu durumun vergi alacaklarının zamanında ödenmesi bakımından büyük yarar sağlayacağı da kabul edilmektedir⁷⁶.

Vergi aflarına ilişkin genel eleştiriler bir yana, kurumu düzenleyen kanunlarda yer alan “*dava açılmaması veya açılmış davalardan vazgeçilmesi şartı ile gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezaları ile vergi cezalarına uygulanan gecikme zamlarının tamamının da tahsilinden vazgeçileceği*” benzeri düzenlemelerin hak arama hürriyetine aykırılık teşkil ettiği⁷⁷; dolayısıyla, hukukî dinlenilme hakkını ihlâl edici nitelikte olduğu şeklinde yorumlanabilir. Zira, suç isnadına uğrayan kişi bakımından mahkemeye başvurma hakkı, aynı zamanda kişinin kendisine yöneltilen isnadın bir hâkim ya da bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını isteyebilmesi anlamına gelir. Eğer bir yargısal karar savunma hakkını kullanma imkânı vermeksizin, kişinin suçlu olduğu düşüncesini yansıtır ya da ima ediyor ise Sözleşmenin 6’ncı maddesinin 2’nci fıkrasında yer alan “*masumluk karinesi*” ihlâl edilmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla vergi affi kanunundan yararlanmak suretiyle, açılan dava kişinin suçlu olduğuna ilişkin bir imaj yaratılarak düşmüşse, mahkemeye başvurma hakkını da ihlâl edilmiş sayılır⁷⁸. Ancak vergi cezasını gerektirmeyecek şekilde üzerine düşen tüm vergi borç-

⁷³ **Yaltı**, Vergi Affi, s. 7-8. Ayrıca bkz. **Arıkan/Yurtsever**, Mali Af- I, s. 61.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, afların “eşitsizlik” yarattığını kabul etmekle birlikte eşitsizliğin kamu yararı söz konusu olduğunda var olabileceğini, tahsilatı hızlandırmak, ihtilafları azaltmak gibi amaçlara hizmet ettiğini ileri sürerek Anayasaya aykırılık iddialarını reddetmiştir. (AnyM, 24.06.2010 gün ve E. 2008/116, K. 2010/85, (www.anayasa.gov.tr, Erişim: 20.04.2013).

⁷⁵ **Çağan**, s. 121-122; **Karakoç**, Hukuklaşmayan Bir Alan, s. 138; **Saban**, s. 461.

⁷⁶ **Çağan**, s. 121-122; **Karakoç**, Değerlendirme, s. 26; **Saban**, s. 457.

⁷⁷ **Ağar**, s. 352-354.

⁷⁸ **Ağar**, s. 354.

larını eksiksiz ve zamanında yerine getirdiğine inanan vergi yükümlüsünün vergi affından yararlanmak yerine mahkemeye başvurup masumiyetinin kanıtlanmasının yolu hiçbir vergi affı düzenlemesi ile kapatılmadığından bu görüşün yerinde olduğunu söylemek güçtür.

II. BİLGİLENME VE AÇIKLAMA HAKKININ SAĞLANMASI

A. İlkesel Açıdan: Çelişmeli Yargılama İlkesinin Kabulü ve Uygulanması

Çelişmeli yargılama ilkesi, dava sırasında gerek iddia makamı gerekse karşı tarafın, mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunduğu delillerden haberdar olup bunlar hakkında yorum yapma hakkına sahip olma anlamına gelmektedir⁷⁹. Söz konusu ilke, silahların eşitliği ilkesi ile yakın ilişki içerisinde olduğundan birçok mahkeme kararında birlikte kullanılmaktadırlar⁸⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre silahların eşitliği ilkesi, ceza yargılamasının çelişmeli olma temel hakkını da içeren âdil yargılanma hakkının sadece bir özelliğidir⁸¹. Mahkemeye göre çelişmeli yargılama usûlü ile âdil yargılanma hakkının sair gereklerinin karşılanmış sayılabilmesi için dava dosyasına giren her türlü bilgi ve belgenin, tarafların yazılı bir şekilde yanıt ve savunma hakkını kullanabilmelerine fırsat tanıyacak şekilde ve mahkemenin kendisi tarafından bildirilmesi gerekir⁸².

⁷⁹ **İnceoğlu**, s. 249; **Yaltı**, Yükümlünün Hakları, s. 125. İlke yargılamada çelişiklik, vicahilik, yüzyüzelik olarak da kullanılmaktadır (**Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 267)

⁸⁰ İki kavram arasında yakın bir ilişki olmasına karşın çelişmeli yargılama ilkesinin ihlâl edilmesi her durumda silahların eşitliği ilkesinin de ihlâl edildiği anlamına gelmemektedir. İlk derece mahkemesinin Federal Mahkemeye gönderdiği kendi görüşünü içeren belgenin tarafların her ikisine de sunulmadığı Niderost Huber - Switzerland davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi silahların eşitliği ilkesinin değil çelişmeli yargılama ilkesinin ihlâl edildiği kanaatine varmıştır (**İnceoğlu**, s. 249-250).

⁸¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ruiz Mateos – İspanya kararı, Başvuru No. 12952/87, 23.06.1993, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57838>), (Erişim: 02.03.2013)

⁸² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Akgül- Türkiye kararı, Başvuru No. 65897/01, 16.01.2007, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79008>), (Erişim: 03.03.2013)

Çelişmeli yargılama ilkesi dava dosyasına ulaşma, dosyadaki bilgi ve belgelere karşı görüş bildirme gibi unsurları içeriğinde barındırır⁸³. Hukukî dinlenilme hakkı açısından, bilgilenme ve açıklama hakkı bir unsur olarak kabul edildiğinden, çelişmeli yargı ilkesinden hareketle hakkın içeriği ve uygulaması incelenecektir.

B. Bilgilenme Hakkı(nın Sağlanması)

Bilgilenme hakkı, dava dosyasına ulaşma hakkı çerçevesinde değerlendirilmekte, dosyanın içerisinde yer alan bilgi ve belgelerden haberdar olmayı sağlayan, karşı delil sunma, savunma hakkı bakımından büyük önem arz eden bir haktır⁸⁴. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bendenoun kararına göre⁸⁵, dava konusu olayda Bendenoun şirketine karşı yapılan vergi incelemesi sonucu gümrük yetkilileri 24 adet inceleme tutanağı ve 352 adet belgeden oluşan gümrük dosyasını vergi idaresine göndermiştir. Vergi idaresi açılan davada bu belgeler arasından şirketi suçlayıcı olanları seçip mahkemede delil olarak sunmuştur. Şirket defalarca Hazinesinden ve Strasbourg İdare Mahkemesinden dosyanın fotokopisinin kendisine verilmesini ve isimsiz ihbarcının kim olduğunun bildirilmesini istemiş ve bu talepleri reddetmiştir. Mahkeme öncelikle başvuru talebi ettiği belgelerin vergi yetkililerinin dayanak olarak kullandığı belgeler olmaması ve çelişmeli yargılama ilkesinin taraflara dosyanın tamamını verme yükümlülüğünü yüklenmediğini ifade etmiştir. Ayrıca Bendenoun'un dosyanın kopyasını elde edemediği için vergi kaçakçılığı suçunun aksini iddia edememesinin söz konusu olmadığını da belirterek savunma hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin ihlâl edilmediğine hükmetmiştir.

İdarî yargıda görülen bir davada, uyuşmazlık konusunu aydınlatacak bilgi ve belgeler çoğu zaman idarenin elindedir. Bu nedenle mahkeme, belirttiği sürede gerekli gördüğü evrakın gönderilmesinin ve gerekli konularda bilgi verilmesinin istenmesine karar vermektedir⁸⁶. Ancak, dava açılır-

⁸³ İnceoğlu, s. 125-130.

⁸⁴ Pekantez, Hukukî Dinlenilme, s. 774; Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 86, 92-93.

⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bendenoun – Fransa kararı, Başvuru No. 12547/86, 24.02.1994. Bkz. Yaltı, Yükümlü Hakları, s. 125-127.

⁸⁶ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20'nci maddesinin birinci fıkrasının ilk bendi şu şekildedir; "Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri,

ken dosya içeriğinin tamamına sahip olunmaması başvurma hakkının gereği gibi kullanılmasını önlediği gibi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereği; "*Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur.*" hükmünün idare açısından uygulanmaması da hukukî dinlenilme hakkını ihlâl etmektedir.

C. Açıklama Hakkı(nın Sağlanması)

1. Karşı Görüş Bildirme Hakkı (ile Açıklama Hakkının Sağlanması)

Dava dosyasındaki belgelere ulaşmak tek başına çelişmeli yargılama ilkesinin uygulanmasını sağlamak açısından yeterli değildir. Aynı zamanda bu belgelere karşı görüş bildirme ve açıklama yapma imkânının sağlanması gerekmektedir. Böylelikle birinci unsur olan belgeye ulaşma veya belgeden haberdar edilme hakkının ihlâli durumunda bu belgeler konusunda açıklama yapma ve karşı görüş bildirme imkânı ortadan kalkacaktır⁸⁷.

Karşı görüş bildirme imkânının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde tartışıldığı vergi davalarından biri J.J.-Hollanda davasıdır⁸⁸. Serbest çalışan olan başvurucuya ek gelir vergisi ve buna bağlı para cezası uygulanmış; bunun üzerine dava yoluna giden başvurucunun davası, dava harcını yatırmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucunun, dava harcının havale edilmesi için bankaya talimat verdiği; fakat bu talimatın bankanın ihmali sebebiyle yerine getirilmediği iddiası, bunu denetleme sorumlğunun kendisinde olduğu gerekçesiyle yerinde bulunmamıştır. Başvurucu bu kararı temyiz etmiş, Yüksek Mahkeme davayı karara bağlayana kadar başvurucuya Yüksek Mahkeme Savcılığı tarafından verilen danışma mütalaasının kopyası

bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir..

⁸⁷ **Pekantez**, Hukukî Dinlenilme, s. 775; **Özkes**, Hukukî Dinlenilme, s. 106.

⁸⁸ J.J. – Hollanda kararının ayrıntılı çevirisi için bkz. **Yaltı**, Yüklümlü Hakları, 127-128. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi J.J.- Hollanda kararı, Başvuru No. 21351/93, 27.03.1998, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58147>).

Yüksek Mahkeme temyiz talebini reddedene kadar başvurucuya gönderilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada öncelikle dava konusu olayın âdil yargılanma hakkının kapsamına girip girmediğini⁸⁹ değerlendirdikten sonra başvurucunun savcının danışma mütalaasına cevap verememesini çelişmeli yargılama ilkesine aykırı görmüştür. Ayrıca çelişmeli yargının unsuru olan karşı görüş bildirme hakkını da “*çelişmeli yargılama ilkesi, bir ceza veya hukuk davasında tarafların öne sürülen kanıtlara ilişkin öğelerden ve gözlemlerden bilgi edinmesini ve bunlar üzerinde görüş bildirmelerini ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.

Davanın taraflarına, toplanan bütün kanıtlar ve dosyada bulunan bütün belgeler hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasıyla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi’nin Gümrük Kanunu’nun 245’inci maddesinin 2 ve 3 numaralı fıkralarının iptali ile ilgili kararı da önem taşımaktadır. Kararda yükümlülerin gümrük idaresine itiraz sırasında kullanılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir bilgi ve belge kullanılmayacağı ve alınan kararlara karşı idari yargı merciine başvurulması, bu kararın idare tarafından uygulanmasına engel oluşturmayacağı yönündeki hükümler silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunmuştur⁹⁰. Anayasa Mahkemesi’ne göre, söz konusu yasal düzenlemenin savunma hakkının kısıtlanmasına yol açarak, yargı merciinin doğru ve âdil bir sonuca ulaşabilmesini engelleyecektir⁹¹.

⁸⁹ Hükümet dava konusunun para cezası değil dava harcı olduğu yönünde iddiada bulunmuştur fakat mahkeme, davanın vergi cezasına ilişkin ve suç isnadının kesinleşmesiyle alakalı bir husus olduğunu belirterek davayı 6’ncı madde kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. **Yaltı**, *Yükümlü Hakları*, 127-128.

⁹⁰ Silahların eşitliği ilkesine aykırı olan ve Mahkemece iptal edilen 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 245’inci maddesi şu şekildeydi: “*1- Yükümlüler, gümrük idaresine verdikleri beyanname ve bu beyanname eki bilgi ve belgeler esas alınmak suretiyle kendileri tarafından hesaplanan gümrük vergilerine itirazda bulunamazlar. 2-İdari yargı mercilerine yapılan itirazda, gümrük idaresine itiraz sırasında kullanılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir bilgi ve belge kullanılmaz. 3-Alınan kararlara karşı idari yargı merciine başvurulması, bu kararın idare tarafından uygulanmasına engel oluşturmaz.*”.

⁹¹ AnyM, 18.10.2005 gün ve E.2003/7, K.2005/71, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2040 (28.03.2013).

İdarî yargılama alanında re'sen araştırma ilkesinin⁹² uygulanmasının gereği olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20'nci maddesinin birinci bendinde mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebileceği belirtilmiştir. İdarî yargı yerleri, bu aşamada hukukî olayın maddî yönünü belirleme konusunda her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliğinden yapabilir ve maddî durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilirler. Uygulamada dava dosyasına konulmadığından davalı idarelerden istenilen belge ve bilgilerin bir örneği davacı tarafın bilgisine sunulmadan mahkemelerce esastan karar verilmektedir. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargı ilkesi gözetilerek, mahkemece karar verilmeden önce davacıya yeni belgeler hakkında yorum yapma fırsatı verilmemektedir.

2. Yargılamada Duruşmanın Etkinliğinin Arttırılması (ile Açıklama Hakkının Sağlanması)

İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre, Danıştay, Bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır (İYUK.m.1/2). Bu ilke doğrultusunda taraflar iddia ve savunmalarını yazılı şekilde bildirirler. Yapılan inceleme de dosya ve belgeler üzerinden yürür⁹³.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17'nci maddesi duruşma yapılabilen halleri sınırlı olarak düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre bu haller, ilk derece yargı yerlerinde, iptal davaları ile uyuşmazlık konusu belli bir tutarı⁹⁴ geçen tam yargı davaları ve vergi davaları olarak sayılmıştır. İptal davalarında taraflardan birinin talebi duruşma yapılması için yeterli iken, tam yargı davalarında hem uyuşmazlığın tutarı hem de taraflardan birinden

⁹² Vergi yargılaması hukukunda re'sen araştırma ilkesinin hâkimiyetinin kanunî dayanağını İdari Yargılama Usulü Kanununun 20'nci ve Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesi oluşturmaktadır. (Öncel/Kumrulu/Çağan, s.207; Candan, s. 817; Karakoç, Delil Sistemi, s.53; Kızılot/Kızılot, s. 703- 711).

⁹³ Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 54; Karakoç, Vergi Yargılaması, s.79; Aksoy, s. 177; Akıncı, Duruşma, s. 136.

⁹⁴ Bu miktar 2014 yılı için 28.000,00 TL dir.

gelen talep bir arada değerlendirilmektedir. Ayrıca duruşma talep eden tarafın, duruşmadan vazgeçme isteğinin kamu yararına aykırı olmaması ve açık olması kaydıyla duruşmadan vazgeçmesi de mümkündür⁹⁵.

Vergi yargılaması hukukunda söz konusu olan yazılılık ilkesi ve duruşmanın ancak belirli şartlarda yapılması aleniyet ilkesine aykırı gözükmeyle birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aleniyetin sağlanması için duruşma yapılmasını olmazsa olmaz bir şart olarak görmemektedir⁹⁶. Hukukî dinlenilme hakkı yazılı ve sözlü yargılamadan bağımsız bir ilke olduğundan her iki ilkenin geçerli olduğu yargılama alanlarında da uygulama alanı bulabilir⁹⁷. Bu nedenle salt yazılı yargılamanın yapılması nedeniyle vergi yargılamasında hukukî dinlenilme ve alenilik ilkesinin ihlâl edildiğini söylemek güçtür. Öncelikle belli bir sınırın üzerindeki yargılamalar için tarafların isteği üzerine ya da Danıştay, mahkeme ve hâkim tarafından duruşma yapılmasına karar verilmesi mümkündür (İYUK m.17/4). Vergi yargılaması açısından ele alındığında, hukukî dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edecek olan, kanunda gösterilen parasal sınırı aşması ve tarafın istekte bulunmasına ya da davanın niteliğinin, karışık olması sebebiyle duruşma yapılmasını gerekli kılmasına rağmen, hâkimin ya da mahkemenin duruşma yapılması talebini reddetmesi veya kendiliğinden duruşma yapma kararı vermemesidir⁹⁸.

Duruşmalar şekli bir gereklilik olarak değil; dosya hakkında karar verilecek aşamaya gelmeden evvel, tarafların dava hakkındaki fikirlerini beyan edebileceği şekilde yapıldığı takdirde duruşma amacına ulaşılacaktır. Bu nedenle hukukî dinlenilme hakkının tam olarak sağlanması için idarî yargıda duruşmalı yargılama yapılması gerektiği ileri sürülse de⁹⁹ duruşmalı

⁹⁵ **Akıncı**, Duruşma, s. 129-130.

⁹⁶ Bkz. ve krş. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sutter- İsviçre kararı, Başvuru No. 8209/78, 22.02.1984, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57585>), (Erişim: 09.03.2013); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Campbell ce Fell-İngiltere kararı, Başvuru No. 7819/77-7878/77, 28.06.1984, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57456>), (Erişim: 13.03.2013).

⁹⁷ **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 71.

⁹⁸ **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 143.

⁹⁹ **Kurt Konca**, s. 71. Karşı görüş için bkz. **Aksoy**, s. 177.

yargılamanın, hukukî dinlenilme hakkı açısından mutlak bir zorunluluk taşımadığı düşünülmektedir.

3. İsbat Hakkının (Etkin) Sağlanması/Kullandırılması (ile Açıklama Hakkının Sağlanması)

a. Genel Olarak

Vergi Usul Kanunu'nun isbata ilişkin 3'üncü maddesine göre "*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*". Söz konusu hükümlerle kanun koyucu vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin dış görünüşleri ile değil içerik ve nitelikleri ile tanımlanıp buna göre hukukî sonuca bağlanacağını ifade etmektedir¹⁰⁰. Bu şekilde vergiyi doğuran olayın belirlenmesinde ve vergi kanunu hükümlerinin yorumlanmasında hukukî biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerin esas alınmasına öğretide "*ekonomik yaklaşım ilkesi*" denilmektedir. Bu ilkenin gereği olarak vergi yargılaması hukukunda her türlü delilin kural olarak serbestçe kullanıldığı bir sistem öngörülmüştür¹⁰¹.

Tarafların hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde kendi iddia ve savunmalarını ortaya koymaları ve bunları isbat etmeleri halinde hukukî gerçek tam olarak ortaya çıkabilecektir. Bu çerçevede, silahların eşitliğinin sağlanması ve tanık beyanı ve yemin gibi delillerin kullanılması, vergi yargılaması hukukunda kabul edilen isbat kuralları çerçevesinde hukukî dinlenilme hakkı yönünden büyük önem taşımaktadır.

Vergi yargılaması hukukunda, vergiyi doğuran olayın ne zaman, nasıl, nerede ve kimin tarafından gerçekleştiğini ya da vergi suçunun unsurlarının somut olayda bulunup bulunmadığını ortaya koymaya elverişli olan ve hukuka uygun olarak elde edilmiş bulunan delillerden kural olarak yararlanmak mümkündür. Ancak, vergi yargılaması hukukunun işlevi ve çözülen

¹⁰⁰ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 24-25, Karakoç, Vergi Yargılaması, s. 212.

¹⁰¹ 143 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde de bu konuda "*vergiyi doğuran olay ve muamelelerin gerçek mahiyeti esastır denilmek suretiyle şimdiye kadar olduğu gibi isbatlamanın sadece defter, kayıt ve belge gibi maddi ve biçimsel delillerle değil, her türlü delil ile yapılabileceği kabul edilmiştir*" denilmektedir.

uyuşmazlıkların niteliği dikkate alınarak, yargılama hukukunun diğer dallarında delil olarak kabul edilen bazı araçlara delil niteliği tanınmamış ya da bunların kullanımında bazı sınırlamalara yer verilmiştir.

Bu sınırlamaları, yeminin hiçbir şekilde delil olarak kabul edilmemesi, belge düzenine ilişkin ödevlere uyulmadığı takdirde o belgelerin delil olarak kabul edilmemesi ve vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii veya açık olmayan kimselerin beyanlarının tanık beyanı olarak kabul edilememesi olarak saymak mümkündür.

b. Yemin (Delili Açısından İsbat Hakkının Sağlanması)

Yemin, tarafların iddialarının doğru olduğu hususunda kanundaki usule uygun olarak mahkeme huzurunda namusu, şerefi ve kutsal saydığı değerleri üzerine beyanda bulunmalarıdır¹⁰². Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinde "Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delil ile ispatlanabilir." denilmek suretiyle yeminin vergi yargılaması hukukunda delil olarak kullanılmayacağına açıkça hükmedilmiştir¹⁰³. Bu husus vergi borcunun varlığının isbatının daha çok usulüne uygun olarak düzenlenmiş belgelerle mümkün olması, tek tarafın idare olması gereği yemin deliline başvuramaması gibi vergi yargılaması hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle hukukî dinlenilme hakkını ihlâl etmediği düşünülmektedir.

c. Tanık (Delili Açısından İsbat Hakkının Sağlanması)

Tanıklık, üçüncü kişilerin dava konusu bir vakıa hakkında duyu organlarıyla edinmiş oldukları bilgileri mahkemeye bildirmelerine ilişkin bir

¹⁰² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 412; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 639.

¹⁰³ Danıştay, Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesindeki "vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir" ifadesinin aksi yorumundan vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti dışında kalan hususlarda vergi yargıcının re'sen araştırma kapsamında yemin deliline başvurabileceği görüşündedir: (Dş. 3. D., 12.12.1990 gün ve E. 1989/1724, K. 1990/3422; Dş. 3. D., E. 1989/452, K. 1989/2340, (Kazancı İçtihat Programı, Erişim. 22.03.2013). Ancak vergi davasının niteliği ve silahların eşitliği ilkesi değerlendirildiğinde böyle bir kabul mümkün değildir.

düzenlemedir. Bu bildirim yapan kişiye tanık; bildirilmiş olan bilgi bütününe ise, tanık beyanı denir¹⁰⁴.

Vergilendirme sırasında olayla ilgisi olan kişilerin tanık olarak dinlenebileceği hususu Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin B bendinin "... *Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılâmaz.*" hükmüyle sabittir. Ancak silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde bakıldığında, vergi yargılaması sırasında tanık dinlenip dinlenilmeyeceği konusunda, Danıştay'ın da dâhil olduğu¹⁰⁵ bir görüş vergi yargılaması hukukunda yazılılık ilkesinin geçerli olması ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan hallerde sadece keşif ve bilirkişi delillerinin sayılması nedeniyle tanık beyanının vergi yargılaması hukukunda delil olamayacağını savunmakta; diğer görüş, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesinin 2'nci bendinde yapılan yollama nedeniyle tanık dinlenmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır¹⁰⁶. Uygulamada ise, duruşma esnasında tanık dinlenilmemekte; tanık ifadeleri adli yargıda delil tespiti yoluyla ya da notere başvurularak tespit ettirilip bu tutanak daha sonra dosyaya konulup delil olarak kullanılmaktadır¹⁰⁷.

Tanık vergiyi doğuran olayın tespiti aşamasında kullanılmış ve vergi mahkemesi bu tanığı tekrar dinlemek istiyor ise, bu durumda vergi yargılaması hukukunda tanık delilinin yasaklı olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Öncelikle tanığın vergi yargılamasında delil olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürenler İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci madde-

¹⁰⁴ **Karakoç**, Tanık Beyanı, s.457.

¹⁰⁵ "... *İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanununun 31.maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunmadığına göre; yükümlüden canlı hayvan satın alan ...'ın Vergi Mahkemesince duruşmada şahit olarak dinlenmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek karar verilmesinde kanun ve usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.*" Dş. 3.D, 24.12.1986 gün ve E.1986/1201, K.1986/2706, (www.danistay.gov.tr). Aynı yönde **Candan**, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 845; **Gözübüyük**, s. 463.

¹⁰⁶ **Karakoç**, Tanık Beyanı, s.482-483.

¹⁰⁷ **Karakoç**, Çözüm Yolları, s.192.

sinin 2'nci bendinde yapılan yollamada sadece bilirkişi ve keşif delillerinden bahsedildiği gerekçesine dayanmaktadır. Ancak, Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesi hükmü gereği, olayla tabii ve açık ilgisi bulunan tanık beyanlarının kullanılmasını vergi yargılamasında kabul etmek gerekir. Kaldı ki, Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 378'inci maddesi, tarhiyatın dayanağı olan incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile mükellefin duruşmada da hazır bulundurabildiği mali müşaviri veya muhasebecisinin dinlenebileceğini öngörmektedir.

Tanık dinletme hakkı hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olmasına karşın, tanık dinletme talebinin reddi her durumda hukukî dinlenilme hakkının ihlâlini oluşturmaz. Sözleşme organlarının değerlendirmesine göre, 6'ncı maddenin ihlâl edildiğini iddia eden bir kimse, sadece belirli bir tanığı davet edemediğini değil, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için söz konusu tanığın dinlenmesinin gerekli olduğunu ve dinlenmemesinin savunma haklarına zarar verdiğini de ispatlamak zorundadır. Eğer, gerçeğin ortaya çıkması ile çağrılması reddedilen tanık arasında bir bağın olduğu ortaya konulamaz ise, ihlâlden söz edilemez¹⁰⁸.

ç. İsbat Yükünün (Belirlenme/Yer Değiştirmesinin Mümkün Kılınması Açısından İsbat Hakkının Sağlanması)

Vergi hukuku ilişkisinin temelindeki maddî olayın vasıta olarak delillerden yararlanmak suretiyle ortaya çıkarılması, vergi yargılaması hukukunda isbat faaliyetini ifade etmektedir. Bu anlamda, vergi hâkimi bir uyuşmazlık hakkında hüküm tesis ederken önce maddî olayı belirler ve daha sonra buna uyan kanun hükmünü uygular¹⁰⁹. Nitekim Vergi Usul Kanunu'nun isbata ilişkin hükmüne göre; “*vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır ve bu olayların gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille isbatlanabilir.*”

İsbat konusunun Anayasal dayanağı, Anayasa'nın 36'ncı maddesidir. Buna göre, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı*

¹⁰⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Perna- İtalya kararı, Başvuru No. 48898/99, 06.05.2003 (İnceoğlu, s. 224).

¹⁰⁹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 201.

mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir". Bu düzenleme, vergilendirme ile ilgili temel kuralların yer aldığı Anayasa'nın 73'üncü maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, vergilendirme ilkelerine aykırı yapılan düzenlemelerin, hak arama hürriyeti çerçevesinde vergi yükümlüleri/sorumluları tarafından dava konusu yapılabileceği ve bu davalarda yükümlülerin/sorumluların davasını kanıtlamada meşru isbat vasıtalarından yararlanabileceği sonucu çıkmaktadır.

İsbat ve isbat yükü kuralları şayet taraflardan herhangi birinin iddiasını kanıtlamasını imkânsız hale getiriyor veyahut kendisine karşı yapılan suçlamanın doğruluğunu karine olarak kabul ediyor ise, o hukuk sisteminde hukukî dinlenme hakkı ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkı tam olarak uygulanıyor denilemez.

Vergi Usul Kanunu'nun isbata ilişkin 3'üncü maddesi hükmüyle kanun koyucu vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin dış görünüşleri ile değil içerik ve nitelikleri ile tanımlanıp buna göre hukukî sonuca bağlanacağını ifade etmektedir¹¹⁰. Burada bir olayın kimin tarafından isbat edilmesi gerektiği sorunu gündeme gelmektedir. Hukukta isbat yükü, belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın isbat-sız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşacak olan tarafa aittir¹¹¹. Buna göre "*Kanunda aksi bulunmayan hallerde taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını isbatlamakla yükümlüdür*" (TMK. m.6).

Vergi yargılaması hukukunda da isbat yükü kimi zamanlarda vergi yükümlüsüne kimi zamanlarda ise, vergi idaresine düşmektedir. İspat yükünün idareye ait olduğu kabul edilen durumlar yükümlü/sorumlunun hukukî güvenlik ve hukukî dinlenme haklarını koruyan düzenlemelerdir. Bu anlamda, peçeleme, ikmalen ve resen tarhiyat nedenlerinin varlığı, ilk görünüş karinesinden yararlanan defter ve belgelerdeki bilgilerin doğru olmadığı iddialarının isbatı buna örnek olarak verilebilir¹¹².

¹¹⁰ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 22; Karakoç, Vergi Yargılaması, s.212.

¹¹¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes,s. 560; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 370; Derdiman, s. 244.

¹¹² Bkz ve krş. Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 203.

III. DİKKATE ALMA VE DEĞERLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SAĞLANMASI: GEREKÇELİ KARAR SORUNU

Yargılama sonunda kararların gerekçeli olarak verilmesi gerekliliği silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinde olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde açıkça öngörülmemiş; fakat, Mahkeme'nin yerleşmiş içtihatlarıyla varlığı tanınan haklardan bir tanesidir¹¹³; Türk hukuku bakımından Anayasayla koruma altına alınan bir haktır. Buna göre “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” (Any. m. 141/3). Görüldüğü üzere “*bütün mahkemelerin kararları*” demekle ilk derece mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasında bir ayrıma gidilmemiş, “*bütün kararlar*” denilmekle de ara kararlarında gerekçeli olarak verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Gerekçe, tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve üst derece mahkemesinin hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta olmalıdır¹¹⁴. Nitekim hukuka uygun olmayan bir gerekçe, tarafların üst mahkemeye başvurma haklarını da işlevsel olarak kullanılması imkânsız bir hale getirir¹¹⁵.

¹¹³ İnceoğlu, s. 322.

¹¹⁴ YHGK. 15.07.2009 gün ve E. 2009/19-285 K. 2009/359, (www.kazanci.com, Erişim.18.05.2013).

¹¹⁵ Hadjianastassiou- Yunanistan kararında başvuru hukukunun mahkumiyeti ile gerekçeli kararın kendisine tebliği arasında bir buçuk aylık bir süre geçmiş, başvuru temyiz süresini kaçırmamak adına onbeş gün içerisinde henüz kendisi aleyhine verilen kararın gerekçelerini öğrenmeden temyiz yoluna başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre başvuru hukukunun sadece duruşmalar sırasında duydukları ile kanun yoluna başvurusu adil yargılanma hakkına aykırıdır. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hadjianastassiou-Yunanistan kararı, Başvuru No. 12945/87, 16.12.1992, İnceoğlu, dn. 408.). Ancak mahkeme her halde gerekçeli kararın kanun yoluna başvurduktan sonra ulaşmasını adil yargılama hakkına aykırı görmemekte somut olayın niteliğine göre bir yorum yapmak-tadır. Örneğin Pierre/Andre Melin- Fransa kararında başvuru hukukunun eski bir avukat olması ve kararın mahkeme kaleminden yazılır yazılmaz almasının mümkün olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Kararların gerekçeli olmasının yargılamanın uzamasına sebebiyet vermesi, pek az oy farkıyla karar verilmesi gibi hallerde kararın saygınlığını yitirmesi gibi olumsuz sonuçları¹¹⁶ bulunmakla birlikte, kararların gerekçeli olmasının yukarıda belirtilen faydaları yargılamanın temel ilkeleri açısından daha önemlidir.

Kararların gerekçeli olarak verilmesi gerekliliği ceza yargılamasında olduğu kadar medenî hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalar için de tanınmış bir haktır. Ayrıca hangi alanda yargılama yapılırsa yapılsın tarafların taleplerini değerlendirmeyen, kısa ve tatmin edici olmaktan uzak gerekçelerin gerekçe olarak kabulü mümkün değildir¹¹⁷. Gerekçe hükmün sebeplerinin açıklanması ve belirtilmesidir. Bu sayede hükmün doğruluğu denetlenebilir; yoksa, gerekçenin hüküm fıkrası yerine geçmesi söz konusu değildir¹¹⁸.

Vergi yargılaması hukukunda, kararların gerekçeli olması ilkesini değerlendirirken öncelikle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 24'üncü maddesi ile 54'üncü maddelerine bakmak gerekir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 24'üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, gerekçenin kararda belirtilmesi gerektiği; 54'üncü maddesinde ise kararın esasına etkisi olan iddia ve itirazlara kararda yer verilmemiş olmasının ve kararda birbirine aykırı hükümler bulunmasının, kararın usûl ve kanuna aykırı bulunmasının kararın düzeltilme sebebi olduğu hükme bağlanmıştır. Kanun'da açıkça belirtilen bu hususlar, ancak gerekçeli bir kararla tesbit edilebilir.

Diğer hukuk dallarında olduğu gibi vergi yargılaması hukukunda da esas hükmün yanında ara kararların da gerekçeli olması gerekir. Örneğin davanın açılması ile yürütmenin kendiliğinden durmadığı dava türlerinde şayet yürütmeyi durdurma kararı veriliyorsa bunun gerekçeli verilmesi gerekmektedir¹¹⁹.

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesine göre;

“Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak

¹¹⁶ **Karakoç**, Dil ve Gerekçe, s. 281.

¹¹⁷ **İnceoğlu**, s. 323.

¹¹⁸ **Karakoç**, Dil ve Gerekçe, s. 278.

¹¹⁹ **Karakoç**, Dil ve Gerekçe, s. 280.

telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur”

Ancak, hükmün mefhumu muhalifinden yola çıkan vergi yargısı organları, yürütmenin durdurulma taleplerinin reddine ilişkin kararları gerekçelendirmemekte, kanun hükmüne atıf yapmakla yetinmektedir. Oysa, talebin kabulü ya da reddine ilişkin kararın gerekçelendirilmesi hukukî dinlenilme hakkının zorunlu bir unsurudur. Ancak bu yönüyle yargı organının dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğünü yerine getirdiği söylenebilir. Aynı durum/sorun, karşı oy kullanan hâkimlerin kararlarında da görülmektedir; gerekçeye yer verilmemektedir. Oysa, kararların hukukun genel ilkelerine, Anayasa’ya, kanunlara, vicdani kanaate göre verilmesi zorunluluğu ancak gerekçeler yoluyla denetlenebilmektedir/denetlenebilecektir. İlkelere değil hazinenin ihtiyaçlarına uygun oluşturulan ve/ya da hiç oluşturulmayan gerekçeler vergi hukuku alanının hukuklaşmasını engellemektedir¹²⁰.

SONUÇ

Kamu gelirlerine ilişkin vergisel işlemlerden kaynaklanan anlaşmazlıklar/uyuşmazlıklar vergi yargısı organlarının önüne geldiğinde, statü hukuku içinde bir durumda olan vergi yükümlüleri/sorumlularının haklarını arayabilmeleri hukukî dinlenilme hakkının etkin bir şekilde sağlanması ile mümkün olabilir.

Hukukî dinlenilme hakkının temini, öncelikle mahkemeye başvurma hakkının sağlanması ile mümkün olabilir. Vergi yargılaması hukukunda mahkemeye başvurma hakkını vergi yükümlüsü ile vergi sorumluları kullanmaktadır. Mahkemeye başvurma hakkına bir engel olarak nitelendirilen; ancak, kişileri gereksiz yere mahkemelere başvurmadan da alıkoyan yargılama giderlerinin âdil yargılanma hakkına engel olmasının önüne geçmek için, adlî yardım kurumunun konuluş amacına uygun işlemesi gerekmektedir.

Dava açma süresinin çok kısa olması, hukukî dinlenilme hakkının kullanılması açısından olumsuz bir nitelik arz etmektedir. Süreler konusunda

¹²⁰ Karakoç, Sorunlar, s. 312.

hukukî dinlenilme hakkının temini bakımından mahkemeye başvurulmasını kolaylaştırıcı düzenlemelere gidilmeli ve süre çeşitliliği en aza indirilmelidir.

Vergi hukuku doktrininde, haksız çıkma zammı ve vergi affı gibi düzenlemelerin de hukukî dinlenilme hakkını önleyici etkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde düzenlemelerin yapılmasında özenli davranılmalı ve hukukî dinlenilme hakkını ihlâl edici yönleri giderilmelidir.

Hukukî dinlenilme hakkının ilk unsurunu, bilgilen(diril)me hakkı oluşturur. Söz konusu hak, sunulan delillerden haberdar olup karşı koyma hakkına sahip olma anlamına gelmektedir. İdari yargıda görülen bir davada uyumsuzluğu aydınlatacak bilgi ve belgeler çoğu zaman idarenin elinde olduğundan bu belgelere ulaşmada güçlük çekmektedir. Uygulamada davalı idarelerden istenilen belge ve bilgilerin bir örneği dava dosyasına konulduğundan, davacı tarafın bilgisine sunulmadan mahkemelerce esastan karar verilmektedir. Bu durumun, bilgilen(diril)me hakkına aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir.

Hukukî dinlenilme hakkının diğer unsurlarını, açıklama ve dikkate alınma hakları oluşturur. Bu çerçevede yargılamada tarafların iddiasını ispatlamak için gerekli delilleri sunabilmesine ve mahkemece bu deliller doğrultusunda karar verilmesine bağlıdır. Sırf yazılı yargılamanın yapılması nedeniyle vergi yargılamasında hukukî dinlenilme ve alenilik ilkesinin ihlâl edildiğini söylemek güçtür.

Kullanılması yasak olan delillerin de hukukî dinlenilme hakkına aykırılığı tartışılmaktadır. Vergi borcunun varlığının daha çok usulüne uygun olarak düzenlenmiş belgelerle mümkün olması karşısında, yasak delillerin isbat aracı olmasının, hukukî dinlenilme hakkını ihlâl edildiği söylenemez. Ancak isbat ve isbat yükü kuralları şayet taraflardan herhangi birinin iddiasını kanıtlamasını imkânsız hale getiriyor veyahut kendisine karşı yapılan ise suçlamaların doğruluğu varsayımına dayanıyor ise, o hukuk sisteminde hukukî dinlenilme hakkı ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkı ihlâl edilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar :

- Akıncı**, Müslim; İdari Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2008, (Âdil Yargılanma).
- Akkaya**, Mustafa; Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, (Turhan Kitabevi), Ankara 2002.
- Aksoy**, Şerafettin; Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1999.
- Bilici**, Nurettin; Vergi Hukuku, 31. Bası, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013.
- Candan**, Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Bası, (Adalet Yayınevi), Ankara 2012, (İdari Yargılama Usulü Kanunu).
- Candan**, Turgut; Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, (Maliye ve Hukuk Yayınları), Ankara 2006, (Uzlaşma).
- Demircioğlu**, Yaşar; Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Âdil Yargılanma Güvenceleri, (Yetkin Yayınları), Ankara 2007.
- Derdiman**, Cengiz; İdari Yargının Genel Esasları, 2. Baskı, (Aktüel Yayıncılık), İstanbul 2012.
- Gözübüyük**, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2011.
- Gözübüyük**, Şeref; Yönetmelik Yargı, 32. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2013, (Yönetmelik Yargı).
- İnceoğlu**, Sibel; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Âdil Yargılanma Hakkı, 4. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul 2013.
- Kalabalık**, Halil; İdari Yargılama Usulü Hukuku, 5. Baskı, (Sayram Yayıncılık), Konya 2013.
- Kaneti**, Selim; Vergi Hukuku, 2. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1989.
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılaması Hukuku), 2. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013, (Çözüm Yolları).

- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 6. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2012, (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Süreler).
- Karakoç**, Yusuf; Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Kamu Alacakları).
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, 2. Bası, (DEÜHF. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 77), İzmir 1997, (Delil Sistemi).
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Yargılaması Hukuku, (Alfa Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 1995, (Yargılama).
- Kızılot**, Şükrü/**Kızılot**, Zuhâl; Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, 13. Baskı, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2008.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 23. Bası, (Yetkin Yayınevi), Ankara 2012.
- Kurt Konca**, Nesibe; Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, (Adalet Yayınevi), Ankara 2009.
- Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 22. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2013.
- Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2003, (Hukukî Dinlenilme).
- Özekes**, Muhammet; İcra Hukukuna Temel Haklar ve İlkeler, (Adalet Yayınları), Ankara 2009.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, 2. Bası, (Yetkin Yayıncılık), Ankara 2013.
- Pınar**, Burak; Yargı ve İcra Harçları, (Adalet Yayınları), Ankara 2009.
- Reisoğlu**, Safa; Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, (Beta Yayınları), İstanbul 2001.
- Şenlen Sunay**, Süheyla; İdare Hukukuna Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, (Kazancı Matbaa), İstanbul 1997.

- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 4. Bası, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2011.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2004.
- Tuncer**, Selahattin; Vergi Hukuku ve Uygulaması, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2003.
- Yaltı**, Billur; Vergi Yükümlüsünün Hakları, (Beta Yayınları), İstanbul 2006, (Vergi Yükümlüsünün Hakları).

Makaleler :

- Ağar**, Serkan; “Âdil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 sayılı Vergi Barışı Yasası”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 59, 2005, s. 327-358).
- Akbal**, Mehmet; “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.93, 2011, s. 147-173).
- Akıncı**, Müslüm; “İdari Yargıda Duruşma”, (Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:5, S:49, 2010), s.127-144, (Duruşma).
- Akkan**, Mine; “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukuki Koruma”, (MİHDER, Y. 2007/1, s. 29-68), (Etkin Hukuki Koruma).
- Akkaya**, Mustafa; “Haksız Çıkma Zammı ve Anayasaya Uygunluğu”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Mualla Öncel Armağanı, C.I, Ankara 2009, s. 339-347), (Haksız Çıkma Zammı).
- Akkaya**, Mustafa; “Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1-4, C.XLVI, 1997, S.185-208), (Vergi Sorumlusu).
- Akyol Aslan**, Leyla; “Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler”, (Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, C.I, 2011, s. 32–52).

- Arıkan**, Zeynep/**Yurtsever**, Hatice; “Türkiye’de Mali Affın Nedenleri, Etkileri ve Sonuçları I, (Yaklaşım, Y. 12, S. 136, Nisan 2004, s. 59-64), (Mali Af-1).
- Atalay**, Esra; “Yargısal Temel Haklar”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir 1997, s. 437-454).
- Atalay**, Oğuz, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda Avukatla Temsil Zorunluluğu Ve Adlî Yardım”, (Hukukî Perspektifler Dergisi, Eylül 2006, s. 97-100), (Avukatla Temsil).
- Atalay**, Oğuz; “Medenî Usul Hukukunda Adlî Yardım”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1986, (Adlî Yardım).
- Aydın**, Mesut; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 61-3, s. 1-37).
- Çağan**, Nami; “Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1972-73, C.29, S.1-4, s. 111-122).
- Çelebi**, Hüsamettin, “Hak Aramanın Maliyeti”, (ABD 1989, S. 2, s. 257-261).
- Doğru**, Osman; “Siz Hala Yargı Harcı Ödüyor Musunuz?”, (Legal Hukuk Dergisi Kasım 2007, s. 3449-3470), (Yargı Harcı).
- Doğrusöz**, Bumin; “Ödeme Emrine Dava Açanların Haksız Çıkma Tazminatı”, (Yaklaşım Dergisi, Y. 15, S. 179, Kasım 2007, s. 31-32).
- Esendal**, Nihan; “Yabancıların Adlî Yardımdan Yararlanması ve Âdil Yargılanma Hakkı”, (Terazi Hukuk Dergisi, S. 31, Mart 2009, s. 179-194).
- Gök**, Özgecan; “Kamu İcra Hukuku’nda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi ve Anayasaya Uygunluğu: Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri” (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, C. 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı 2012), s. 381-433).

- Gözübüyük**, Şeref; “İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, (Amme İdaresi Dergisi, C. II, S. 4, s. 3-20), (Dava Açma Süresi).
- Gül**, Cengiz/**Birtek**, Fatih; “Hak Arama Hürriyeti ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler”, (<http://suchukuku.com/icerik.php?id=66>), (Erişim.21.02.2013).
- Karakoç**, Yusuf; “Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, Prof. Dr. Burhan CEYHAN Armağanı, İzmir 2012, s. 3-26), (Değerlendirme).
- Karakoç**, Yusuf; Vergi (Hukuku) Alanının Düzenleme, Uygulama ve Yargılama Sorunları”, (23. Türkiye Maliye Sempozyumu “Türk Vergi Sisteminin Küresel Bağlamda Değerlendirilmesi”, 7-11 Mayıs 2008 Belek-ANTALYA, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü, Ankara 2009, s. 301-313), (Yargılama Sorunlar).
- Karakoç**, Yusuf; “Yargı Kararlarının Dili ve Gereğesi”, (“Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - III” Sempozyumu, 7-9 Eylül 2006 İstanbul, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 16, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 275-282), (Dil ve Gereğe).
- Karakoç**, Yusuf; “Hukuklaşmayan Bir Alan: Vergi Mevzuatı - Vergi Hukuku”, (“Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - II” Sempozyumu, 7-11 Eylül 2004 İstanbul, Bildiriler/4, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 14, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s.135-141), (Hukuklaşmayan Bir Alan).
- Karakoç**, Yusuf; “Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması”, (Şükrü POSTACIOĞLU’na Armağan, DEÜ. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayın No: 81, İzmir 1997, s. 225-293), (Tanık Beyanı).
- Köksal**, Mustafa; “Adli Yardım (Müzaheretli Adliye) Kurumunun İdari Yargıda Uygulaması”, (Terazi Hukuk Dergisi, S. 40, Aralık 2009, s. 97-112).
- Pekcanitez**, Hakan; “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, (Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 2000, s. 753-792),

- Pekcanitez**, Hakan; “Medeni Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı”, (İzmir Barosu Dergisi, S. 1997/2, s. 35-55). (Âdil Yargılanma).
- Pınar**, Burak/**Meriç**, Nedim; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harç İlişkisi”, (TBBD, S. 84, Y. 2009, s. 188-211).
- Saban**, Nihal; “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, (Anayasa. Yargısı Dergisi, Cilt:18, 2001, s. 451-475).
- Şahan**, Özgür; “Haksız Çıkma Zammında Anayasa’ya Aykırılık”, (<http://www.adaletbiz.com/haksiz-cikma-zamminda-anayasaya-aykirlilik-makale,177.html>, Erişim. 13.05.2013).
- Uzun**, Mine; “Hak Arama Özgürlüğünün Anayasal Sınırları Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi’nin Haksız Çıkma Zammı Kararı”, (Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar, Editör: Billur Yaltı, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 33-52).
- Yakar**, Soner; “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunda Anayasaya Aykırı Bir Zam: Haksız Çıkma Zammı”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 250, Temmuz 2009, s. 186-197).
- Yaltı Soydan**, Billur, “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Âdil Yargılanma Hakkı - III”, Vergi Sorunları Dergisi, Ekim 2000, S. 145, s.108-129), (Âdil Yargılanma- III).
- Yaltı**, Billur; “Vergi Afları: Devlet (Siyasetten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar”, (Vergi Sorunları Dergisi, Y.34, S.272, Mayıs 2011, s. 7-11), (Vergi Afları).
- Yılmaz**, Ejder, “Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler”, (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, C.5, S.1-2, 1996, s. 55-76), (Hukuk Davaları).
- Yılmaz**, Ejder; “İcra İnkâr Tazminatı Açısından Likit Alacak Kavramı”, (Bankacılar Dergisi, S. 67, 2008, s. 85-93).
- Yılmaz**, Ejder; “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, (Ankara Barosu Dergisi, S.2, 1984, s. 200-225). (Yargılama Giderleri).

^HJAPON BOĞAZLARI

Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ

As a maritime power Japan, due to her strong economy shaped by production industry, has always been relying on maritime trade. This is true for both incoming goods and outgoing products. Since Japan is an insular country situated in the Northeast part of the Pacific Ocean next to the mainland of Asia, the delicate balance of her economy requires the safety of navigational routes, which are directed to her. Most of these routes are consisting of narrow sea spaces, especially straits. Hence, the problem of straits has been vital for Japan since its first appearance on the table. But, this is not (a) one way problem. Thanks to her very own complicated geographic composition, Japan has as many as 69 straits, most of which are not only vital to her, but also to her neighbours and other trading nations in the region. Thus, it would be wise to assess how Japan reacts in her own straits and regulates them. To show this point, this article will be arranged as follows;

- Presentation of geographical configuration of Japan and her straits.
- General assessment of straits' regulation in LOS Convention.
- Observing Japan under the law of the sea.
- Assessment of the legal régime of Japanese Straits.

I. Giriş

Boğazlar, özellikle karasularının azamî genişliği olarak 12 deniz milinin benimsenmesiyle birlikte önemleri artan coğrafi deniz alanları olarak

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

karşımıza çıkmışlardır¹. Bu dar deniz alanları birçok deniz alanının birbiriyle bağlanmasını sağlamakta; böylelikle, başta ticarî aktiviteler olmak üzere askerî ve daha birçok faaliyetin denizlerde gerçekleştirilebilmesinde oldukça ciddi rol oynamaktadırlar². III. Deniz Hukuku Konferansı esnasında, özellikle büyük denizci devletler karasuları genişliğinin arttırılmasını boğazlardan geçiş serbestisine bağlamakta ısrarcı olmuş³ ve sonucunda da 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde boğazlar için dâhil oldukları benzeri diğer ülkesel deniz yetki alanlarına vakfedilden daha liberal bir geçiş sistemi olan “transit geçiş rejimi” (*transit passage régime*) benimsenmiştir.

Önemli denizci devletler arasında yer alan Japonya ise, özellikle ekonomisinin sağlığı açısından boğazlara tâbidir. Gerek Japonya’ya gelen hammadde, gerek üretilen Japon mallarının sevkiyatı, başta Güneydoğu Asya’da bulunanlar olmak üzere dünyadaki birçok boğazın güvenliğine bağlıdır⁴.

¹ Makalenin ilerleyen bölümlerinde de belirtileceği üzere, önemle vurgulanmalıdır ki, boğazlar bir deniz yetki alanı değildir. Boğazlar, bu itibarla, genişliklerine göre çeşitli muhtevada deniz yetki alanlarını haiz olacaklardır.

² Meselâ, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi öncesinde Rus delege *Kolesnik*, ülkesinin boğazlardan engellenmeden geçiş olmaksızın açık deniz serbestilerinin sadece bir kurgu olacağına açık olması karşısında boğazlardan serbest geçiş kurallarının açık denizlerin serbestliği ilkesinin doğal bir uzanımı hâline geldiğine inandığını belirtmiştir. Bkz. **Ghosh S.**, Superpower Co-Operation and Transit Passage through Straits, *Economic & Political Weekly*, vol. 20/18, 1985, s. 809.

³ Hattâ, daha III. Deniz Hukuku Konferansı başlamadan dönemin iki süpergücü Amerika Birleşik Devletleri ve SSCB bu konuda ortak bir tutum sergilemişlerdir. Amerika Birleşik Devletleri ve SSCB’nin konuya ilişkin geliştirdikleri ortak tutuma dair daha geniş açıklamalar için bkz. **Ghosh**, s. 807-808; **Sanger C.**, Ordering the Oceans: The Making of the Law of the Sea, Avon, 1987, s. 20-21. Öte yandan, *Friedheim*, Rusya’nın özellikle de coğrafi olarak elverişsiz konumu göz önüne alındığında, boğazlardan geçiş güvenliğinin iki süpergüçten bu devlete yaradığının, bunun Amerika tarafından bilindiğinin, yine de Amerikan donanmasının da hareket kabileyeti düşünülerek beraber davranmanın uygun görüldüğünün altını çizmiştir. Bkz. **Friedheim R.L.**, Negotiating the New Ocean Regime, Columbia, 1993, s. 85-86.

⁴ Bu boğazların en başında, şüphesiz, Malaka ve Singapur Boğaz(lar)ı (bundan sonra Malaka Boğazları) gelmektedir. Bu bağlamda, Japonya 1969 yılında kendi bünyesinde “Malaka Boğazı Konseyi”ni (*Malacca Strait Council*) kurmuş; özellikle, bu Konsey eliyle, kâh tek başına, kâh kıyıdaş devletlerle birlikte hareket ederek ilgili boğazlara

Japonya'nın boğazlara tâbi olmasının (boğaz kullanıcısı bir devlet olmasının) yanı sıra, coğrafi konumu ve özellikleri bu devletin kendisini de aynı zamanda bir boğaz devleti hâline getirmektedir.

Bu kısa çalışmada, Japon Boğazlarının⁵, hukukî statüsü de dâhil genel durumu irdelenecektir. Bu çerçevede, Japonya'nın, elverdiğince coğrafi

ilişkin hidrografik ve deniz araştırmaları gerçekleştirmiştir. Bkz. **Koh** K. L., *Straits in International Navigation: Contemporary Issues*, New York, 1985, s. 80-81; **Saishoji** K., *Japan's Contribution to Safe Navigation in the Straits of Malacca and Singapore*, *Singapore Journal of International & Comparative Law*, vol. 2/2, 1998, s. 511-516; **Vertzberger** Y. Y. I., *Coastal States, Regional Powers, Superpowers and the Malacca-Singapore Straits*, Berkeley, 1984, s. 9 ve 71. Öte yandan, özellikle ham petrolün taşınmasında kullanılan büyük tankerlerin geçişiyle ilgili yaşanan tartışmalar ve bunun sonucunda önerilen çözümler göz önüne alındığında, Endonezya Takımadaları dâhilinde yer alan Sunda, Lombok gibi boğazlar da es geçilmemelidir. Fakat, Endonezya dâhilindeki bu boğazlar takımada geçişine tâbi oldukları için, bu boğazlar bakımından, en azından teknik açıdan, farklı bir düzenleme (takımada geçişi-1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 53) söz konusudur. Japonya açısından bir diğer önemli boğazlar grubu Dampier Boğazı, Bouganville Boğazıyla birlikte Avustralya-Japonya arasındaki ticarete yoğun olarak kullanıldığı ifade edilen ve fakat isimlendirilmemiş Yeni İrlanda ve Bouganville Adaları arasında konumlanan boğazlardır. Bkz. **Alexander** L. M., *Navigational Restrictions within the New LOS Convention: Geographical Implications for the United States*, Rhode Island, 1986, s. 306.

⁵ Japonya'ya ait boğazların kısaca "Japon Boğazları" (*Japanese Straits*) olarak adlandırılmasında bir sakınca görülmemiştir. Meselâ, **Kovalev**, "Uzak Doğu Boğazları" (*Far Eastern Straits*) altında Japonya'ya ait belirli boğazları incelemektedir. Bkz. **Kovalev** A. A., *Contemporary Issues of the Law of the Sea: Modern Russian Approaches*, edited & translated by Butler, Utrecht, 2004, s. 215-218. **Pak** ise, "Kuzeydoğu Asya Boğazları" (*Northeast Asian Straits*) irdelerken sadece Japon Boğazlarını irdelememiştir. Bkz. **Pak** C. Y., *The Korean Straits*, Dordrecht, 1988, s. 69 (Dikkat edilmesi gereken, **Pak**'ın aynı eserinin ilerleyen kesimlerinde, aşağıda da belirtileceği üzere, "Japon Boğazları" terimini ayrıca kullanmış olmasıdır). Öte yandan, bazı Japon Boğazlarının bağlandıkları deniz alanlarıyla isimlendirildiği durumlara da rastlanmaktadır. Meselâ, **Deaton**, "Japon Denizi Boğazları" (*Sea of Japan Straits*) terimini kullanmıştır. Bkz. **Deaton** J. P., *The Significance of International Straits to Soviet Naval Operations*, Monterey, March, 1975, s. 26 vd. via www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA009824 (ziyaret tarihi: 19/03/14). Bu kullanımın Japonya'ya ait sadece belirli boğazları kapsadığı görülürken, ayrıca o dönemin Sovyetler Birliği (ve daha genel olarak Sosyalist Devletler Bloku) ve günümüzün Rusya Federasyonu anlayışına uygun bir isimlendirme olduğu da gözlenmektedir (Süpheşiz, Deaton ele aldığı

konumu ve boğazlarının coğrafi tanımlaması gerçekleştirilecek, daha sonra boğazlara ilişkin deniz hukuku kuralları kısa bir biçimde değerlendirilerek Japon Boğazlarının bu açıdan incelenmesi yapılmaya çalışılacaktır.

II. Japonya'nın Coğrafi Konumu ve Japon Boğazları

Japonya'ya ait boğazların irdelenebilmesi, öncelikle Japonya'nın coğrafi konumunun ortaya konulmasını gerektirmektedir.

Japonya, Pasifik Okyanusunun kuzeybatısında Doğu Asya'da konumlanmaktadır. Böylelikle, Japonya, Doğu Asya kıyılarında yer alan yarı-kapalı ve kapalı deniz alanları ile Pasifik Okyanusu arasında bulunmakta ve âdeta bir duvar görevi görerek bu denizleri Pasifik Okyanusundan ayırmaktadır. Spesifik olarak, Japonya'nın doğusunun tamamı Pasifik Okyanusuyla çevriliyken, ülkenin batısında ise kuzeyden güneye sırasıyla Ohotsk Denizi, Japon Denizi ve Doğu Çin Denizi yer almaktadır. Bu deniz alanları haricinde ülkenin güney batısında yer alan ve topraklarının bir kısmını da barındıran "Filipinler Denizi" (*Philippine Sea*)⁶ de es geçilmemelidir.

konu bağlamında bu ismi kullanmıştır). Meselâ, "Türk Boğazları"nın (*Turkish Straits*) "Karadeniz Boğazları" (*Black Sea Straits*) olarak, "Danimarka Boğazları"nın (*Danish Straits*) ise "Baltık Boğazları" (*Baltic Straits*) olarak anılması gibi. Kanımızca, gerek "Uzak Doğu Boğazları" terimi, gerek "Kuzeydoğu Asya Boğazları", hattâ belirli bir deniz alanıyla ilişkilendirilen "Japon Denizi Boğazları" terimleri Japonya'ya ait tüm boğazları nitelendirmek açısından uygun değildir. İlk iki terim sadece Japonya'ya ait değil, ilgili bölgede diğer devletlere ait boğazları da içermekte, en azından akla getirmektedir. Üçüncü terim ise, Japonya'ya ait olan sadece bir kısım boğazları içermektedir (ayrıca, bu son terimlendirmenin seçilmesiyle, meselâ Rusya'ya ait Tartar Boğazının da denkleme eklenebileceği düşünülebilir). Bu yüzden, bu kısa çalışmada, "Japon Boğazları" teriminin kullanılması uygun bulunmuştur. Nitekim, doktrinin de bu terimi çeşitli vesilelerle kullandığına rastlanılmaktadır. Bkz. **López Martín** A. G., *International Straits: Concept, Classification and the Regime of Passage*, Heidelberg, 2010, s. 51; **Pak**, 1988, s. 81; **Shearer** I., *Navigation Issues in the Asian Pacific Region*, in *The Law of the Sea in the Asian Pacific Region: Developments and Prospects*, edited by Crawford, Dordrecht, 1995, s. 214.

⁶ "Filipinler Denizi"nin konumu, sınırları ve koordinatları için bkz. "Limits of Oceans and Seas", 3rd edition, *International Hydrographic Society-Special Publication no: 23*, Monte Carlo, 1953, s. 33.

Coğrafi olarak irdelendiğinde, her şeyden evvel, Japonya bir takımadadır⁷. Daha açık ifadeyle, Japon ülkesi çeşitli adalar ve ada gruplarından oluşmaktadır. Temel olarak iki ana gruba ayrılabilen bu ada gruplarından ilki, Japon ana ülkesini oluşturan dört büyük ada ve onları çevreleyen ada, adacık vs.’den oluşurken, ikinci büyük grup ise aralarında Okinawa’nın da bulunduğu çeşitli irili ufaklı ada ve adacıklardan oluşan birçok takımada grubunun oluşturduğu ve Kyushu’nun güneyinden başlayarak Tayvan’a kadar güney-batılı bir zincir şeklinde sıralanan “Ryukyu Adaları”dır. Bu iki ana grup dışında bir üçüncü grup olarak ise, “Ryukyu Adaları”nın doğusunda birbirinden ayrıık biçimde konumlanan irili ufaklı ada ve adacıkların oluşturduğu “Ogasawara” veya daha yaygın adıyla “Bonin Adaları” gelmektedir. Her ne kadar fizikî coğrafya bağlamında “Ogasawara Grubu”na ait olmasalar da “Okinotorishima” ve “Minamitorishima” gibi oluşumlar da bu grup dâhilinde ele alınmaktadır. Kuzeyde ise, Japonya tarafından “Kuzey

⁷ Coğrafi anlamda takımada olmak, resmî olarak ilk kez 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde yer verilen takımada düzenlemesine (1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 46-54-IV. Bölüm) doğrudan tâbi olmayı gerekli kılmamaktadır. Her şeyden evvel, takımada düzenlemesinden yararlanmak bağımsız bir devlet olmayı gerektirdiği gibi, aynı zamanda ilgili takımada formunun çeşitli ölçütlere uyması da gerekmektedir (1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 46(a) ve m. 47). Tam da bu noktada, bazı yazarlarca, Japonya’nın bu ölçütleri karşılamadığı vurgulanmaktadır. Bkz. **Harris D. J.**, *Cases and Materials on International Law*, 7th edition, London, 2011 (reprint of 2010 edition), s. 340 dipnot: 98. Japonya açısından takımada ölçütleri belirli şekillerde esnetilebilir. Fakat, bu husus bir yana, Japonya takımada düzenlemesinden herhangi bir çıkar elde etmediği gibi, kendisine uzanan hayatî ulaşım noktalarında konumlanan takımada devletlerinin bu düzenlemeden yararlanmasına da, ticarî çıkarlarının olumsuz etkilenebileceği endişesiyle kuralların ilk oluşum aşamasında şiddetle karşı çıkmıştır. Bu konu hakkında ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Charney J. I.**, *Central East Asian Maritime Boundaries and the Law of the Sea*, *American Journal of International Law*, vol. 89/4, 1995, s. 732; **Çamyamaç A.**, *Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açıldan Elverişsiz Devletlerin Hukukî Durumu*, Ankara, 2012, s. 235-236 dipnot: 972; **Prescott J. R. V.**, *Maritime Jurisdiction in East Asian Seas*, Honolulu, 1987, s. 12. Ayrıca bkz. **Kwiatkowska B. & Agoes E. R.**, *Archipelagic Waters: An Assessment of National Legislation*, in *Law of the Sea at the Crossroads: The Continuing Search for a Universally Accepted Régime*, edited by Wolfrum & Heinz & Bizzaro, Berlin, 1991, s. 113.

Toprakları” (*Hoppo Ryodo*) olarak adlandırılan ve hâlihazırda Rusya Federasyonunun fiilî hâkimiyeti altında olan (Güney) Kuril Adalarını oluşturan en güneyli dört ada gelmektedir. Tüm bunları sistematik bir biçimde sıralamak gerekirse:

- Kuzeyde dört büyük ada olan Hokkaido, Honşu, Shikoku ve Kyushu yer almaktadır. Japonya'nın nüfusunun da % 80'inin konumlandığı bu adaların en büyüğü başkent Tokyo'nun da bulunduğu Honşu Adasıdır. Tüm bu adalar çevresinde irili ufaklı ada, ada grupları ve adacıklar yer almaktadır.

- Japonya'ya ait bir diğer adalar dizini bu dört büyük adanın en güneyinde yer alan Kyushu'nun güneyinden başlayarak tek bir düzlemde ve güney-batılı bir kavis çizerek Tayvan'a kadar uzanan Ryukyu Adalarıdır. Esasen, Ryukyu Adaları da kendi içerisinde birçok takımada grubundan oluşmaktadır. Kuzeyden güneye bu takımada gruplarını kabaca sıralamak gerekirse: Osumi Grubu, Tokara Grubu, Amami Grubu, Okinawa Grubu, Sokishima Grubu ve Yonoguni Grubu.

- Ryukyu Adalarının tam doğusunda ise, yine birçok takımada grubundan ve bağımsız ada ve adacıklardan oluşan Ogasawara Adaları sıralanmaktadır. Yukarıda da vurgulandığı üzere, fizikî coğrafya bağlamında Ogasawara Adaları içerisinde yer almayan, fakat günümüzde en azından idarî olarak onun bir parçası olarak ele alınan Volkan Adaları (*Kazan Retto/Volcano Islands*), Okinotorishima ve Minamitorishima da bulunmaktadır. 30'un üzerinde küçük sub-tropik ve tropik ada ve adacıktan oluşan Ogasawara Adaları temelde üç gruba ayrılmaktadır: Mukojima Grubu (5 ada), Chichijima Grubu (7 ada) ve Hahajima Grubu (6 ada)⁸. 2011 Haziranında “Dünya Mirası Listesine” (*World Heritage List*) dâhil olan bu adalardan sadece ikisinde, Chichijima (yaklaşık 2000 kişi) ve Hahajima'da (yaklaşık 450 kişi) sürekli yerleşim söz konusudur⁹. Bir kez daha belirtmelidir ki, adları Ogasawara Adaları içerisinde zikredilen ve onların batısında

⁸ Bkz. “Bonin Islands”, *Encyclopedia of Britannica*, on-line edition, via www.britannica.com/EBchecked/topic/73170/Bonin-Islands (ziyaret tarihi: 12/03/13); “Bonin Islands”, *Wikipedia*, via http://en.wikipedia.org/wiki/Bonin_islands (son ziyaret tarihi: 13/03/14); “World Heritage; Ogasawara Islands”, *Pamphlet*, Tokyo, 2011, s. 2 via www.vill.ogasawara.tokyo.jp/heritage/pdf/en_pamphlet.pdf (ziyaret tarihi: 13/03/13).

⁹ Bkz. “World Heritage; Ogasawara Islands”, *supra* bir üst dipnot.

bulunan “Volkan Adaları” ile birlikte Ninhinshima, Japon ülkesinin en uç noktalarını teşkil eden Okinotorishima (en güneydoğu uç) ve Minamitorishima (en doğu uç) idarî olarak Ogasawara Adalarına bağlıdır.

- Kuzeydeki dört büyük adanın en kuzeylisi olan Hokkaido Adasının kuzeyinde kuzey-güney yönlü bir zincir şeklinde tek sıra sıralanan Kuril Adalarının güney kesiminde yer alan Japonya’ya (Hokkaido’ya) yakın dördü¹⁰ üzerinde Rusya Federasyonu ile Japonya arasında egemenlik tartışması sürmektedir¹¹. Hâlihazırda, Rusya Federasyonu, bu adaların fiilî hâki-

¹⁰ Japonya ile Rusya Federasyonu arasında soruna yol açan ve Kuril Adalarının en güney kesiminde yer alan bu adalar şu şekilde sıralanabilir: Iturupu, Kunashiri, Shikotan ve Habomai Grubu. Bilindiği üzere, en son zikredilen Habomai grubu tek bir ada değil, adacıklardan oluşan ufak bir gruptur. Habomai Grubunu oluşturan adacıklar şu şekildedir: Shibotsu/Zelyonyi, Taraku/Polonskogo, Yuri/Yurii, Akiyuri/Anuschia, Suisho/Tanfileva ve Kaigara/Signal’nyi. Bkz. Lee S., Towards a Framework for the Resolution of the Territorial Dispute over the Kurile Islands, *IBRU Boundary & Territory Briefing*, vol. 3/8, 2001, s. 2 dipnot: 7.

¹¹ Kuril Adalarına ilişkin Rusya ve Japonya arasındaki soruna dair daha geniş açıklamalar için bkz. **Amanzholov Z. M. & Akhmetov Y. B.**, Japanese-Russian Territorial Disagreement and Their International Legal Substantiation, *Middle-East Journal of Scientific Research*, vol. 13, 2013, s. 16-24; **Call K. A.**, Southern Kurils or Northern Territories? Resolving the Russo-Japanese Border Dispute, *Brigham Young University Law Review*, vol. 1, 1992, s. 727-758; de **Villafranca R.**, Japan and the Northern Territories Dispute: Past, Present and Future, *Asian Survey*, vol. 33/6, 1993, s. 610-624; **Elleman B. A. & Nichols M. R. & Ouiemet M. J.**, A Historical Reevaluation of America’s Role in the Kuril Islands Dispute, *Pacific Affairs*, vol. 71/4, 1998/9, 489-504; **Hara K.**, Hoppo Ryodo Mondai (The Northern Territories Problem): A Territorial Issues between Japan and Russia, in *Eurasia*, edited by Grundy-Warr, London, 1994, s. 163-182; **Kimura H.**, The Northern Territories Issue: Japanese-Russian Relations and Concerns in Japan, in *Northern Territories, Asia-Pacific Regional Conflicts and the Åland Experience: Untying the Kurillian Knot*, edited by Hara & Jukes, Oxon, 2009, s. 25-38; **Lee**, *supra* bir üstteki dipnot; **Okita S. & Takahashi M.**, The Northern Territories/Southern Kuril Islands Dispute, in *“Northern Territories” and Beyond-Russian, Japanese and American Perspectives*, edited by Goodby & Ivanov, Shimotama, Westport, 1995, s. 5-10; **Price Q. W.**, Legal Analysis of the Kurile Island Dispute, *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 7/2, 1993, s. 395-422; **Quillen A.B.**, The “Kuril Islands” or the “Northern Territories”: Who Owns Them? Island Territorial Dispute Continues to Hinder Relations between Russia and Japan, *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, vol. 18/3,

miyetini haizdir. Bu adalar arasında yer alan boğazlara da, en azından bu çalışmadaki listede, elverdiğince yer verilecektir.

Coğrafi bakımdan, tüm bu ada gruplarını oluşturan adalar arasında ve ayrıca bu ada gruplarının birbirleri arasında, kaçınılmaz biçimde, Japonya'ya ait çok sayıda boğaz bulunmaktadır. Bu boğazlardan, özellikle bir kısmı uluslararası seyrüsefer açısından oldukça önemlidir¹². Bu çerçevede, Japonya'nın, özellikle ana adaları arasında ve onların çevresinde konumlanan boğazlar bu çalışmanın başlıca konusunu teşkil etmektedir. Japon Boğazları çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir¹³. Meselâ, kıyılarının sadece

1993, s. 633-661; **Rees D.**, *The Soviet Seizure of the Kuriles*, New York, 1985; **Schoenbaum T. J.** (ed.), *Peace in Northeast Asia: Resolving Japan's Territorial and Maritime Disputes with China, Korea and the Russian Federation*, Cornwall, 2008, s. 117-127 (7. bölüm); **Sutton J. L.**, *Territorial Claims of Russia and Japan in the Kurile Islands*, *Center for Japanese Studies Occasional Paper*, no: I, Ann Harbour, 1951, s. 35-61; **Thomsen S. D.**, *Kuril Islands*, *Encyclopedia of Public International Law: Geographical Issues*, vol. 12, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1990, s. 208-213; **Zinberg Y.**, *The Kuril Islands Dispute: Towards Dual Sovereignty*, *IBRU Boundary & Security Bulletin*, vol. 5/4, 1998, s. 89-98; **Zinberg Y.**, *The Moscow Declaration, the Year 2000 and Russo-Japanese Deadlock over the "Four Islands" Dispute*, *IBRU Boundary & Security Bulletin*, vol. 6/4, 1999, s. 86-95.

¹² Konuya ilişkin eserler dikkate alındığında, Japon Boğazlarının, en azından bir bölümünün, uluslararası alanda önemli olduğu görülmektedir. **Hodgson ve McIntyre** önemli deniz iletişim noktalarına (ticarî açıdan) dair gerçekleştirdikleri çalışmada 12 deniz millik karasuları genişliğiyle birlikte etkilenecek 116 boğazdan 38'ini öncelikli olarak tespit etmiş ve bunları da kendi arasında önem açısından üç ana gruba ayırmıştır. En son gruba dâhil olarak Japonya'ya ait şu boğazlara da yer verilmiştir: Soya, Tsuguru, Batı Tsushima, Doğu Tsushima ve Osumi Boğazları (yazarlar, boğazların farklı adlarını kullanmıştır). Bkz. **Hodgson R.D. & McIntyre T. V.**, *Maritime Commerce in Selected Areas of High Concentration*, in *Hazards of Maritime Transit*, edited by Clingan & Alexander, Massachusetts, 1973, s. 16. Konuyu irdeleyen diğer yazarların da, en azından, Japonya'nın bulunduğu bölgede, belirli Japon Boğazlarının ehemmiyetini vurgulamış oldukları görülmektedir. Bkz. **Alexander**, 1986, s. 243 ve 302; **Koh**, 1985, s. 17; **Van Dyke J. M.**, *Transit Passage through International Straits*, in *The Future of Ocean Regime-Building: Essays in Tribute to Douglas M. Johnston*, edited by Chircop & McDorman & Rolston, Leiden, 2009, s. 228-229.

¹³ Spesifik olarak Japon Boğazlarının sınıflandırılması bir yana, **Smith** bir uluslararası boğazın stratejik niteliklerini beş kalemde irdelemiştir: "bağladıkları deniz alanları", "ayrıldıkları kara alanları", "hukukî statüleri", "trafik verileri" ve "uygun alternatif

Japonya'ya ait olup olmamasına göre bir sınıflandırma yapılabilecekken, bir diğer sınıflandırma boğazların konumlandığı coğrafi alanlara göre yapılabilir. Ama, esas sınıflandırma, bu boğazların uluslararası boğaz niteliğini haiz olup olmadığına göre yapılmalıdır, ki bu sınıflandırma Japon Boğazlarının hukukî rejiminin incelendiği alt bölümde zaten re'sen ortaya çıkacaktır. Bunlar arasında da ikili bir ayrıma gitmek mümkün görünmektedir. Buna göre, yukarıda da belirlenen sınıflandırma kriteri bağlamında, ilk kategoriye iki kıyısı da Japonya'ya ait boğazlar oluştururken, diğerini kıyılarından sadece birinin Japonya'ya ait olduğu boğazlar oluşturacaktır.

İlgili boğazlara ilişkin coğrafi özelliklerin mümkün olduğu oranda ortaya konulmasının, onların hukukî durumlarının belirlenmesine de yardımcı olacağı kuşkusuzdur. Bu çerçevede, kuzeyden-güneye Japon Boğazları¹⁴ ve coğrafi özellikleri kısaca şu şekildedir¹⁵:

güzergâhlar". Bunlardan dördüncü kalem hariç, diğer tüm kalemler doğrudan birtakım sınıflandırmaları da içermektedir. Örneğin, boğazların, bağladıkları deniz alanlarına göre beş ayrı sınıfı olduğunu belirten Smith, bunları şu şekilde sıralamıştır: "okyanusları birbirine bağlayanlar", "denizleri birbirine bağlayanlar", "deniz ve okyanusları birbirine bağlayanlar", "tek bir deniz alanı içinde bulunanlar" ve "tek bir okyanus alanı içerisinde bulunanlar". İkinci kalemi oluşturan boğazların ayırdıkları karaların niteliğine göre ise 3 ayrı sınıfın söz konusu olduğu belirtilmektedir: "kıtalar arasındakiler", "kıta ve ada arasındakiler", "adalar arasındakiler". Hukukî statüleri açısından da, Smith, boğazların, 3 sınıfa ayrılabilmesi üzerinde durmuş ve bunları şu şekilde ifade etmiştir: "açık deniz teşkil eden boğazlar", "karasuları teşkil eden boğazlar" ve "iç sular teşkil eden boğazlar". En son olarak, alternatif güzergâh açısından da 3'lü bir sınıflandırma tespit eden Smith sınıflandırmayı şu şekilde oluşturmuştur: "hiçbir alternatif güzergâhı bulunmayan boğazlar", "alternatif güzergâhı 500 milden daha az uzun olanlar" ve "alternatif güzergâhı 500 milden daha çok uzun olanlar". Bkz. **Smith R. W.**, *An Analysis of the Strategic Attributes of International Straits: A Geographical Perspective*, *Maritime Studies & Management*, vol. 2/1, 1974, s. 88-101. Bu konuda, ayrıca, **López Martín**'in boğazların tanımlanmasında coğrafi etmene ilişkin yaptığı açıklamalara da bakılabilir. Yazar, bu açıklamaları esnasında (c) ve (d) kalemlerinde **Smith**'in yaptığı ilk iki sınıflandırmaya paralel sınıflandırmalara yer vermiştir. Bkz. **López Martín**, s. 45-47.

¹⁴ Bu kısımda anlatılanlar ekte yer alan haritalar eşlinde değerlendirilirse daha iyi anlaşılacaktır.

¹⁵ *Akaha*'nın, Japonya'nın "Denizcilik Güvenliği Ajansı"na (*Maritime Safety Agency*-günümüzde Japon Sahil Güvenliği'dir-*Japanese Coast Guard*) dayandırarak verdiği bilgiye göre, 6 ilâ 24 deniz mili genişliğinde toplam 69 adet Japonya'ya ait boğaz söz

- *Rishiri Boğazı*: Hokkaido Adasının batısı ile Rishiri Adasının doğu kesimi arasında konumlanan, oldukça derin ve seyrüsefer açısından herhangi bir tehlikesi bulunmayan Rishiri Boğazının en dar yeri 10 deniz milidir¹⁶.

- *Nemuro Boğazı*: Hokkaido Adasının kuzeyinde bu ada ile Kunashiri Adası arasında konumlanan ve Natsuke Boğazını da içine alan Nemuro Boğazı Pasifik Okyanusunu Ohotsk Deniziyle bağlamaktadır. Esasen, Natsuke Boğazı Nemuro Boğazının Pasifik Okyanusuna doğru uzanımını teşkil ettiği için bazı bilimsel kaynaklarda iki boğazın birbirinden ayrı ele alındıkları gözlenmektedir¹⁷. Bu itibarla oldukça uzun olan Nemuro Boğazının kuzeyinde genişlik 40 deniz mili, güney kesimlerinde genişlik 20 deniz mili kadarken, Natsuke Boğazında ise, genişlik 8,5 mildir¹⁸. Nemuro Boğazı oldukça derin bir boğaz olarak mütalâa edilebilir. Boğazda derinlik 2000 metrenin üzerinde seyretmekteyken, 44° Kuzey enleminin güneyinde derinlik aniden düşmekte, Natsuke Boğazında 7,3 metrenin altında birçok sığlık bulunmaktadır¹⁹.

- *Goyomai Boğazı*²⁰: Nemuro Boğazının ötesinde Pasifik Okyanusuyla Nemuro Boğazını bağlayan Goyomai Boğazı, Nosappu Burnu ile Kaigara

konusudur. Bkz. **Akaha** T., *Japan in Global Ocean Politics*, Honolulu, 1985, s. 126; **Akaha** T., *Internalizing International Law: Japan and the Regime of Navigation under UN Convention on the Law of the Sea*, *Ocean Development & International Law*, vol. 20/2, 1989, s. 128. Ayrıca, bkz. **Pak**, 1988, s. 78. Ne yazık ki, Akaha'nın atıflandırarak sadece sayı olarak belirttiği Japon Boğazlarının bir listesine ulaşamamıştır. Bu makalede, ancak tespit edebilen boğazlar inceleme altına alınabilmiştir.

¹⁶ Bkz. "Sailing Directions (en route)-Japan", vol. II, publication no: 159, 14th edition, Virginia, 2011, s. 8 via http://msi.nga.mil/MSISiteContent/StaticFiles/NAV_PUBS/SD/Pub159/Pub159bk.pdf (ziyaret tarihi: 14/04/14). (Bundan sonra "*Sailing Directions*", vol. II)

¹⁷ Bkz. **Alexander**, 1986, s. 195, 201 vb.

¹⁸ Bkz. "Sailing Directions (en route)-Japan", vol. I, publication no: 158, 13th edition, Maryland, 2011, s. 8 via <http://library.csum.edu/navpubs/pub158bk.pdf> (ziyaret tarihi: 21/06/14) (Bundan sonra "*Sailing Directions*", vol. I).

¹⁹ *ibid.*

²⁰ Goyamai adı, esasen, Kuril Adalarının Japonya ve Rusya arasında egemenlik sorunun yaşandığı en güneyli dört unsurundan Hobamai Grubunun bir diğer adı olarak geçmektedir. Bunun ötesinde, Goyamai Boğazının, İnternette araştırıldığında, Rusya'ya ait bir boğaz olarak ele alındığı görülmektedir. Oysa ki, Boğazın bir kısmını, açıklamalarda da

Sığılığı arasında konumlanan, sadece 0.5 deniz mili geçiş yolu barındıran ve sahip olduğu ilgili geçiş kanalının oldukça derin olduğu önemli bir boğazdır²¹.

- *Yururi Boğazı*: Hokkaido'nun güneybatısında Yururi To ve Miyururi To Adalarıyla kıyı arasında konumlanan Yururi Boğazı, 1 mil genişliğinde ve sadece 5 metre derinlikte bir seyrüsefer kanalına sahip olduğu için yalnızca küçük deniz araçları tarafından kullanılan bir boğazdır²².

- *Okushiri Boğazı*: Hokkaido Adasının batısıyla Okushiri Adası arasında konumlanan ve derin bir boğaz olan Okushiri Boğazının en dar kesimini teşkil eden Inaho Misaki ile Hogashi Misaki arasındaki 9,5 deniz mili olduğu telâffuz edilmektedir²³.

- *Soya Boğazı*: Japon Denizinin Pasifik Okyanusuna üç doğrudan çıkışından birini teşkil eden ve Rusya'ya ait Sakhalin Adası ile Japonya'nın Hokkaido Adası arasında konumlanan yaklaşık 40 deniz mili uzunluğundaki Soya Boğazının en dar yeri 23,2 deniz mili genişliğindedir.²⁴ Rusya'nın Pasifik Okyanusuna açılırken her geçen gün daha fazla kullandığı belirtilen bu boğazın derinliği ise 50 ilâ 74 metre arasında değişkenlik göstermektedir²⁵.

- *Tsugaru Boğazı*: Japon Denizinin Pasifik Okyanusuna üç doğrudan çıkışından bir diğerini teşkil eden Tsugaru Boğazı iki büyük Japon Adası

belirtildiği üzere, Japonya'nın Hokkaido Adasında yer alan Nosappu Burnu oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, bu husus dahi boğazın otomatik olarak doğrudan Rus Boğazı olarak vasıflandırılmasının önüne geçmektedir. Bunun yanı sıra, yine ilgili açıklamalarda belirtildiği üzere, diğer kıyı Kaigara Sığılığı olarak tasvir edilmekte ve araştırıldığında bu unsurun da Japonya'ya ait olduğu görülmektedir. Böylelikle, boğaz Rus Boğazı olmadığı gibi, en azından edilebildiği kadarıyla, ortak paylaşımlı bir boğaz vasfında bile değildir.

²¹ Bkz. "Sailing Directions", vol. I, s. 9.

²² Bkz. "Sailing Directions", vol. I, s. 11.

²³ Bkz. "Sailing Directions", vol. II, s. 21.

²⁴ Bkz. **Deaton**, s. 27; **Pak**, 1988, s. 61. Soya Boğazının genişliğine ilişkin ayrıca bkz. **Wang J. C. F.**, Handbook on Ocean Politics and Law, Westport, 1992, s. 91.

²⁵ Bkz. **Pak**, 1988, s. 61-62. Ayrıca, bkz. **López Martín**, s. 86.

olan Hokkaido ile Honşu arasında konumlanmıştır. En dar yeri 10 deniz mili genişliğinde olan bu boğaz ortalama 150 metre derinliktedir²⁶.

- *Sado Boğazı*: Ana yerleşimin olduğu dört adanın en büyüğü olan Honşu Adasının batı kıyısı ile Sado Adası arasında konumlanan oldukça derin olan bu boğazın en dar yeri 17 deniz mili genişliğindedir²⁷.

- *Uraga Kanalı*: Tokyo Körfezi ve Sagami Körfezleri arasında konumlanan ve Tokyo Limanının girişini de teşkil eden Uraga Kanalı bir boğazdan öte bir körfez girişi olarak mütalâa edilebilir. Günlük yaklaşık 600 ve üzeri büyük geminin kullandığı bu boğaz, 1.4 km (1400 metre) genişliğinde, 14.8 km uzunluğunda ve ortalama 23 metrelik bir derinliği haizdir²⁸.

- *İrago Kanalı*: Honşu Adasının doğusunda yer alan İrago Körfezini Pasifik Okyanusuyla bağlayan İrago Kanalı, aynı zamanda körfezin en uç kısmında yer alan liman kenti Nagoya'nın da Pasifik Okyanusuna çıkışına sağlayan deniz yoludur. İrago Kanalı'nın da, tıpkı Uraga Kanalı'nda olduğu gibi, bir boğazdan öte körfez girişi olarak düşünülmesi gerçekçi olacaktır. Günlük 500 aracın seyrettiği ifade edilen²⁹ İrago Kanalı'nın, 2.23 mil genişlikte olduğu ifade edilmektedir³⁰.

- *Kii Kanalı*: “Japon İç Denizi” olarak da mütalâa edilen “Seto Denizi” (*Seto Nakai*) ile Pasifik Okyanusunu birbirine bağlayan su yollarından birini teşkil eden Kii Kanalı “ulusal boğaz” (*national straits*) olarak kabûl edilen boğazlar arasındadır³¹. Nitekim, bu konuda görüş bildiren yazarlarca da Kii Kanalı'nın Japon iç suları dâhiline girdiği açıkça ortaya konulmaktadır³².

- *Akashi Boğazı*: Seto İç Denizinde Awaji Adası ile Honşu arasında konumlanan Akashi Boğazı'nın en dar yerinde genişliğin 2 deniz mili olduğu

²⁶ Bkz. **Pak**, 1988, s. 61. Tsugaru Boğazının genişliğine ilişkin ayrıca bkz. **López Martín**, s. 86; **Wang**, s. 91.

²⁷ Bkz. “*Sailing Directions*”, vol. II, s. 48.

²⁸ Bkz. “Review of Maritime Traffic Regulations for Tokyo Bay and Ise Bay”, via www/8.cao.go.jp/koutu/taisaku/h20kou_haku/english/pdf/s2-2.pdf (ziyaret tarihi: 07/06/14).

²⁹ *ibid.*

³⁰ Bkz. “*Sailing Directions*”, vol. I, s. 84.

³¹ “Uluslararası boğaz” kavramına ilişkin bkz. *infra*.

³² Meselâ, bkz. **Jia**, s. 19-20.

ifade edilmektedir³³. Boğazda, “Denizcilik Güvenliği Kanunu”yla (*Maritime Safety Law*) kabul edilen trafik güzergâhı (*Akashi Traffic Route*) söz konusudur³⁴.

- *Naruto Boğazı*: Kuzeybatı Kii Kanalını Harima Nada’yla bağlayan Naruto Boğazının en dar yerinin (Oge Shima ile Awaji Adası arasında) 0.8 mil genişliğinde olduğu ifade edilmektedir³⁵. Boğazın belirli yerinde iki kanala ayrıldığı ve ilgili bu kesimlerin, yoğun akıntı ve girdaplar sebebiyle seyrüsefere müsait kısımlarının sadece 0.1 mil genişliğinde olduğu vurgulanmaktadır³⁶.

- *Kitan Boğazı*: Honşu Adası ile Awaji Adası arasında konumlanan ve genişliği yaklaşık 11 deniz mili olan Kitan Boğazı, Seto İç Denizinin Ulusal Park ilân edilen kısımlarından birini oluşturmaktadır.

- *Bungo Kanalı*: Kyushu ve Shikoku adaları arasında yer alan ve Seto İç Denizini Pasifik Okyanusuna bağlayan bir diğer geçiş yolu olan Bungo Kanalı ortalama 37 ilâ 40 km genişliğe sahiptir³⁷.

- *Hoyo Boğazı*: Bungo Kanalının Seto İç Denizine doğru daralan kısmını teşkil eden bu boğaz (dolayısıyla Bungo Kanalının en dar kısmını teşkil etmektedir), Japon Denizi ve Pasifik Okyanusu arasında Seto İç Denizi ve ona ait diğer unsurlarla birlikte bağlayıcı bir güzergâh teşkil etmektedir.

- *Kanmon Boğazları*: Honşu Adası ile Kyushu Adası arasında konumlanan yaklaşık 15 km uzunluğunda, derinliğinin genelde 10.1 metrenin üzerinde olduğu³⁸ ve en geniş yeri 1 deniz mili dar yerlerinde ise 205

³³ Bkz. “*Sailing Directions*”, vol. II, s. 140

³⁴ *ibid.*

³⁵ Bkz. “*Sailing Directions*”, vol. II, s. 123.

³⁶ *ibid.*

³⁷ Bkz. **Frédéric L.**, *Japan Encyclopedia* (translated by Roth), New Haven, 2002, s. 91.

³⁸ En alçak kesimi 6.7 metredir. Danimarka’nın Köprü Dâvasına ilişkin Uluslararası Adalet Divanına sunduğu karşı dilekçede Kanmon Boğazının asgarî derinliğinin 13 metre olduğu ifade edilmektedir. Bkz. “*Passage through the Great Belts (Finland v. Denmark): Counter-Memorial Submitted by the Government of Kingdom of Denmark*”, May 1992, s. 165 paragraf 479 via www.icj-cij.org/docket/files/86/6893.pdf (son ziyaret tarihi: 15/04/14). Danimarka tarafından verilen bu karşı dilekçe de Kanmon Boğazlarının genişliği konusunda da, kesin bir bilgi sunulmaktan kaçınılırken, en dar yerinde

metreyi geçmeyen Kanmon Boğazı Japon Denizi ile Japon İç (Seto) Denizini birbirine bağlamaktadır³⁹.

- *Tsushima Boğazı*⁴⁰: Japon Denizi ile Doğu Çin Denizini bağlayan ve oldukça önemli ve işlek bir boğaz alanı olan Tsushima Boğazı Japonya ile Kore yarımadası arasında konumlanmış ve Japonya'ya ait Tsushima Adası tarafından ikiye ayrılmıştır. Tsushima Boğazının, bu ikiye ayrılmış biçimiyle irdelenmeden evvel bir bütün olarak genel fizikî özelliklerinin ortaya konulması yararlı olacaktır. Boğazın kapladığı alan 75000 km² (22000 mil²) olup ortalama derinliği 101 metre, en derin yeri 227 metre, uzunluğu 280 km (151 mil) genişliği ise 180 km (97 mil) olmaktadır⁴¹.

Batı Tsushima Boğazı: Kore Yarımadası (Güney Kore)-(tabii kıyıdaki ufak adacıklar dikkate alınmalı) ile Japonya'ya ait Tsushima Adası (tabii ki

sadece birkaç yüz metre genişliğin söz konusu olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir. Bkz. *ibid.*

³⁹ Bkz. “*Sailing Directions*”, vol. II, s. 231.

⁴⁰ Burada isme ilişkin bir açıklama yapılması gerekmektedir. Gerek “Batı Tsushima”, gerek “Doğu Tsushima” Japonya ile Kore yarımadası arasında konumlanan ve “Japon Denizi” ile “Doğu Çin Denizi”ni birbirine bağlayan suyunu teşkil etmektedir. “Kore Boğazı” olarak da adlandırılan ve tam ortasında Japonya'ya ait Tsushima Adasının bulunduğu bu suyunun ismi çeşitli kaynaklarda farklı farklı ortaya konulmaktadır. Hattâ, bu suyu için aynı ülkenin (resmî) kaynaklarında bile farklı ad ve telâffuzlar kullanılabilir. Kısaca ortaya koymak gerekirse, Güney Kore’de “Kore Boğazı” olarak adlandırılan, Japonya’da “Tsushima Boğazı” olarak isimlendirilen, bazı Batılı kaynaklarda ise “Chosen (Japonca Kore) Boğazı” olarak geçen suyu aynı suyoludur. Bununla birlikte, Tsushima Adasının ikiye böldüğü bu suyolunda, bazen “Kore Boğazı” batıda yer alan geçişe denilirken, doğuda yer alan geçişe “Tsushima Boğazı” denilebilmektedir. Bu suyoluna ilişkin isimsel tüm bu varyasyonlar sınırlı olmadığı gibi, kaynaktan kaynağa da çeşitlendirilebilir. Bununla birlikte, *Pak*, II. Dünya Savaşının sonuna kadar tüm suyunun “Kore Boğazı” olarak adlandırıldığını, savaştan sonra 1981 yılına kadar olan dönemde Japonların batı kanalına “Kore Boğazı”, doğu kanalına ise “Tsushima Boğazı” adını verdiklerini, 1981 sonrasındaki dönemde ise tüm “Kore Boğazı”nı “Tsushima Boğazı” olarak adlandırdıklarını ifade etmiştir. Bu suyunun adına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Pak**, 1988, s. 1; **Park C. H.**, The Korea Strait, in *International Navigation: Rocks and Shoals Ahead?*, edited by Van Dyke & Alexander & Morgan, Honolulu, 1988, s. 173 ve 176.

⁴¹ Bkz. **Pak**, 1988, s. 3; **Pak C. Y.**, UNCLOS and the Korean Straits, in *UN Convention on the Law of the Sea and East Asia*, edited by Kim & Park & Lee & Paik, Seoul, 1996, s. 56.

kıyıdaki ufak adacıklar dikkate alınmalı) arasında konumlanan Batı Tsushima Boğazının en geniş yerinde (Atalante Adası ile Ina Zaki arası) 26 deniz mili genişliğinde olduğu, buna karşılık en dar yerinde (Craigie Adası ile Kamino Shima arası) ise 22.8 deniz mili olduğu belirtilmektedir⁴².

Doğu Tsushima Boğazı: Japonya'ya ait Tsushima Adası ile Honşu Adası arasında (kıyılara yakın ufak ada ve adacıklar dikkate alınmalı) konumlanan boğazın, böylelikle iki kıyısı da Japonya'ya ait olmaktadır. Doğu Tsushima Boğazının en dar yerinde genişlik 25 deniz mili olarak ifade edilmektedir⁴³.

- *Osumi Boğazı*: Ryukyu Adalar zincirinin en kuzeylisi olan Osumi Grubundan Tanega Shima açığındaki Mage Shima ile Kyushu Adasının güney kıyısı arasında konumlanan Osumi Boğazı en dar yerinde 16 deniz mili genişliğindedir⁴⁴.

- *Tanegashima Boğazı*: Tanega Shima ile Yaku Shima arasında konumlanan boğaz Doğu Çin Denizini Pasifik Okyanusuyla bağlamaktadır ve en dar yerinde genişlik 10 deniz milidir⁴⁵.

- *Yakushima Boğazı*: Yaku Shima ile Kuchineroabu arasında konumlanan ve en dar yerinde 6.5 deniz mili genişliğinde olan bu boğaz, Doğu Çin Denizini Pasifik Okyanusuyla bağlamaktadır⁴⁶.

- *Tokara Boğazı*: Tokara Takımadaları dâhilindeki Yaku Shima ile Osumi Grubuna dâhil Hiro Se Adası arasında konumlanan Tokara Boğazı

⁴² Bkz. **Kennedy** R.H., A Brief Geographical and Hydrological Study of Straits Which Constitute Routes for International Traffic, *United Nations Conference on the Law of the Sea, vol. I: Preparatory Documents*, Document A/CONF.13/6 and Add 1, Geneva, 1958, s. 123. Ayrıca, bkz. **Deaton**, s. 26-27; **López Martín**, s. 86; **Pak**, 1988, s. 3; **Pak**, 1996, s. 56; **Park**, s. 173.

⁴³ Bkz. **Kennedy**, s. 125. Ayrıca, bkz. **Deaton**, s. 27; **López Martín**, s. 86; **Pak**, 1988, s. 3; **Pak**, 1996, s. 56; **Park**, s. 173.

⁴⁴ Bkz. **López Martín**, s. 86; **Sharma** O. P., The International Law of the Sea: India and the UN Convention of 1982, New Delhi, 2009, s. 335; **Wang**, s. 91.

⁴⁵ Bkz. **Sharma**, s. 335.

⁴⁶ Bkz. **Sharma**, s. 335. *Alexander* da, herhangi spesifik bir değer vermeksizin 6 ilâ 24 deniz mili arasında genişliğe sahip bulunan boğazlar listesinde “Yakushima Boğazı”na yer vermiştir. Bkz. **Alexander**, 1986, s. 203. Buna karşılık, *López Martín* ise, bu boğazın en dar yerindeki genişliği 30 deniz mili olarak göstermektedir. Bkz. **López Martín**, s. 86.

Doğu Çin Denizi ile Pasifik Okyanusunu birbirine bağlamaktadır ve en dar yeri 22 deniz milidir⁴⁷.

- *Kuchinoshima Boğazı*: Kuchino Shima ile Nakano Shima arasında konumlanan bu Boğaz Doğu Çin Denizini Pasifik Okyanusuyla bağlamaktadır.

- *Nakanoshima Boğazı*: Nakano Shima ile Suwanose Shima arasında konumlanan bu Boğaz Doğu Çin Denizini Pasifik Okyanusuyla bağlamaktadır ve en dar yerinde genişlik 11 deniz milidir⁴⁸.

- *Suwanose Boğazı*: Suwanose Shima ile Akuseki Shima arasında konumlanan ve Doğu Çin Denizini Pasifik Okyanusuyla bağlayan Suwanose Boğazının en dar yeri 9 deniz milidir⁴⁹.

- *Amami Geçişi*: Yakoate Adası ile Amami-O Shima Adası arasında konumlanan bu Boğaz Doğu Çin Denizini Pasifik Okyanusuyla bağlamaktadır.

- *Miyako Boğazı*: Okinawa Adası ile Miyako Adası arasında konumlanan ve Doğu Çin Denizini Pasifik Okyanusuyla bağlayan bu boğazın genişliği yaklaşık olarak 145 deniz miliyken derinliği ise 500 ilâ 1500 metre arasında değişmektedir⁵⁰.

- *İshigaki Boğazı*: İshigaki Adası ile Miyako Adası arasında konumlanan ve Doğu Çin Denizini Pasifik Okyanusuyla bağlayan İshigaki Boğazı, 25 deniz mili genişliğinde ve 70 ilâ 500 metre arası bir derinliktedir⁵¹.

- *Taraku Boğazı*⁵²: Kuril Adaları dâhilindeki Taraku Adası ile Shibotsu Adası arasında konumlanan bu boğaz, fiilî olarak Rusya Federasyonu hâki-

⁴⁷ Bkz. **Sharma**, s. 335.

⁴⁸ Bkz. **Sharma**, s. 335.

⁴⁹ Bkz. **Sharma**, s. 335.

⁵⁰ Bkz. **Sayers** E., The “Consequent Interest” of Japan’s Southern Islands, *Naval War College Review*, vol. 66/2, 2013, s. 47.

⁵¹ Bkz. **Sayers**, s. 47.

⁵² Taraku ve devamındaki boğazların hepsi kuzeyde yer alan ve Rusya Federasyonu ile üzerlerinde egemenlik sorununun yaşandığı Kuril Adalarının güneyini teşkil eden dört ada arasındaki (Etorofu Boğazı hariç, çünkü bir kıyısı her hâlde Rusya Federasyonuna ait olmaya devam edecek) boğazlardır. Üzerlerinde aidiyet sorunu yaşanan bu adalar arasında yer alan boğazlar da, her hâlükârda bu çalışmanın kapsamına alınarak sıralanmıştır. Taraku Boğazı ve devamında sıralanan diğer tüm boğazların kuzeyde sıralandık-

miyeti altındadır. Boğazın en dar yeri 2.5 deniz mili genişlikteyken, derinlik oldukça düzensizdir ve bazı yerlerde 7.6 metreden az olabilmektedir⁵³.

- *Shikotan Boğazı*: Hokkaido Adasının doğu kıyılarında bulunan Shikotan Boğazı, 12 deniz mili genişliğindedir⁵⁴.

- *Kunashiri Boğazı*: Kunashiri Adası ile Etorofu Adası arasında konumlanan bu boğazın 12 mil genişliğinde olduğu, Atoiya noktasının batısında kıynın açığında konumlanan bir resif haricinde seyrüseferi tehlikeye düşürecek herhangi bir unsurun olmadığı ve Şubat ile Mayıs ayları arasında buzla kaplandığı bildirilmektedir⁵⁵.

- *Etorofu Boğazı*: Güney Kuril Adalarına dâhil olan ve Japonya'nın üzerinde egemenlik talep ettiği en kuzeydeki Kuril Adası konumundaki Etorofu ile diğer bir Kuril Adası olan (Rusya Federasyonuna ait olup Japonya tarafından egemenlik talep edilmeyen) Uruppu arasında konumlanan Etorofu Boğazının 24 deniz mili genişliğinde olduğu, Etorofu Adasının kıyısına yakın alanlarda seyrüseferi engelleyecek bir tehlikenin olmadığı belirtilirken, boğazın bazen kış aylarında donduğu da ifade edilmektedir⁵⁶.

III. 1982 Tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Boğazlara İlişkin Hükümlerin İncelenmesi

1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde boğazlara ilişkin rejim, Sözleşmenin 34 ilâ 45. maddelerini teşkil eden ve “Uluslararası Seyrüseferde Kullanılan Boğazlar” (*Straits Used for International Navigation*) başlığını taşıyan III. Bölümünde düzenlenmiştir⁵⁷. Boğazlara ilişkin bu düzenlemenin temel unsurlarını, kısaca, özetlemek gerekirse:

ları unutulmamalıdır. Öte yandan, burada ele alınan boğazlar bilinen ve önemli seyrüsefer güzergâhı teşkil eden veya etme potansiyeli olan boğazlardır. Bunlar haricinde, daha küçük çaplı boğazlar-küçük oluşumlar arasında konumlanmış olan boğazlar, örneğin Yuri Boğazı veya Suisho Boğazı inceleme dâhiline alınmamıştır.

⁵³ Bkz. “*Sailing Directions*”, vol. I, s. 10.

⁵⁴ Bkz. “*Sailing Directions*”, vol. I, s. 10. Boğazda seyirüseferi engel tek nokta bulunmaktadır, ki bu engel genişliği 8 deniz miline düşürmektedir

⁵⁵ Bkz. **Rees**, s. 164-165. Bu boğazın genişliğine dair ayrıca bkz. **Wang**, s. 90.

⁵⁶ Bkz. **Rees**, s. 162-163. Bu boğazın genişliğine dair ayrıca bkz. **Wang**, s. 90.

⁵⁷ 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin üçüncü bölümü üç kısma ayrılmıştır. Bu itibarla, 34 ilâ 36. maddeler arasında “genel hükümler”e (*general*

- Her şeyden evvel, boğazlar ayrı bir deniz yetki alanı teşkil etmezler, sadece coğrafi birer mefhumdur⁵⁸. Coğrafi açıdan değerlendirildiğinde, boğazlar, çeşitli deniz alanlarını birbirine bağlayan, karaların geçit oluşturacak şekilde birbirlerine yaklaştıkları ve bu itibarla ilgili karaları da aynı zamanda birbirinden ayırmış olan dar coğrafi deniz alanlarıdır⁵⁹. Boğazların, Deniz Hukuku Sözleşmesinde düzenleme konusu oluşturmaları ve bu çerçevede önemleri, düzenlemenin de açıkça ortaya koyduğu üzere, seyrüseferin düzenlenmesine ve güvenliğinin sağlanmasına duyulan ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır⁶⁰. Yâni, kısaca, 1982 tarihli Sözleşmede boğazlarla ilgili kısımda

provisions) yer verilirken, 37 ilâ 44. maddeler arasında boğazlardan temel geçiş rejimi olarak düzenlenen “transit geçiş” (*transit passage*) ele alınmış ve son olarak tek madde hâlinde 45. maddede boğazlardan “zararsız geçiş” (*innocent passage*) düzenlenmiştir.

⁵⁸ Nitekim, *Westlake*, boğazların uluslararası hukukun ilgi alanına girebilmesi için, ister boğazın iki kıyısı da tek devlete ait olsun, ister boğazın kıyıları birden fazla devlete ait olsun, onların karasularının genişliğini aşmayan boğazların olması gereğinin altını çizmiştir. Bkz. **Westlake J.**, *International Law (Peace)*, vol. I, 2nd edition, Cambridge, 1910, s. 197. Benzer şekilde, *Caminos* da, uluslararası boğaz teriminin, tamamen boğazın kıyılarındaki devlet veya devletlerin karasuları dâhilinde kalan boğazlara işaret ettiğini belirterek; açık deniz koridoru ihtiva edenlerin uluslararası boğaz teşkil etmediğini vurgulamıştır. Bkz. **Caminos**, s. 19. (bkz. *infra* dipnot: 135). Paralel şekilde bkz. **Baxter R. R. & Triska J. F.**, *The Law of International Waterways with Particular Regard to Interoceanic Canals*, Massachusetts, 1964, s. 159-160.

⁵⁹ Dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan biri, coğrafi anlamda, *kesin* bir boğaz tanımının olmamasıdır. Bkz. **Smith**, s. 88. **Smith**'in bu düşüncesine karşılık, *Hodgson* ve *McIntyre* ise, coğrafi olarak boğaz tanımının oldukça kolay yapılabileceğinin, aksine hukukî tanımın, özellikle karasuları genişliğinin de sürekli değişimine bağlı olarak, oldukça dinamik olduğunun altını çizmişlerdir. Bkz. **Hodgson & McIntyre**, s. 9. Hemen belirtilmelidir ki, *Smith* bu konuda farklı bir düşünce geliştirmiş, her ne kadar karasuları genişliği (en azından o dönem için) değişken olsa da, bunun hukukî anlamda boğaz tanımının kesinliğini etkilemeyeceğini açıklamaya çalışmıştır. Bkz. *ibid.* Bu konuda, ayrıca *Baxter* ve *Triska*'nın geliştirdiği tartışmalar da göz önüne alınabilir. Bkz. **Baxter & Triska**, s. 3-10.

⁶⁰ Bu çerçevede, uluslararası hukuk açısından boğaz tanımının ele alınması gerekmektedir. Bu konuda tespit edilen önemli ve ilk kriterler, ilgili birtakım boğazlara o boğazların özelinde spesifik düzenleme getiren antlaşmalar dışında, 1949 tarihli Korfı Boğazı Dâvasında Uluslararası Adalet Divanının verdiği kararda belirttiği şu hususlardır: “... *Divan'ın görüşüne göre belirleyici kriter, daha çok, (boğazın) iki açık deniz kesimini bağlayan coğrafi konumu ve uluslararası seyrüseferde kullanılma olgusudur.*” (... in the

boğazlardan geçiş rejimleri ele alınmaktadır. Bunun dışında, boğazlar da bünyelerinde, genişlikleri ve fizikî yapılarıyla doğrudan orantılı biçimde iç suları ve karasuları başta olmak üzere çeşitli deniz yetki alanlarını barındırmaktadırlar. Böylelikle, kıyı devletinin yetkileri, temelde, seyrüsefer harici konularda ilgili boğazların genişliği de hesaba katılmak suretiyle uluslararası hukuk çerçevesinde oluşturulmuş deniz yetki alanlarında sağlanan yetkilerden ibaret olacaktır.

- 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi III. Bölümü çerçevesinde boğazlar doktrinde çeşitli sınıflamalara tâbi tutulmaktadır. Bazıları ana sınıflar ve onlara ilişkin alt sınıflara göre ayrımlar yaparken, bazıları doğrudan ayrımlara gitmektedir⁶¹. Kanımızca, 1982 Sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilecek bir sınıflandırmada Sözleşmede neyin düzenlendiği ön plânda tutulmalıdır, ki bu da *boğazlardan geçiş rejimidir*. Bu itibarla 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde boğazlardan üç tür geçiş rejimi söz konusu edilmektedir: “transit geçiş rejimi”, “(askıya alınamayan) zararsız geçiş rejimi” ve “statüsü (geçiş rejimi) uzun süredir mevcut uluslararası bir antlaşmayla düzenlenen boğazlardan geçiş rejimi”⁶².

opinion of the Court the decisive criterion is rather its geographical situation as connecting two parts of high seas and the fact of its being used for international navigation). Bkz. Uluslararası Adalet Divanı'nın 1949 tarihli Korfu Boğazı Dâvasına ilişkin karar metni, s. 28 via www.icj-cij.org/docket/files/1/1663.pdf (ziyaret tarihi: 14/12/07). Belirtilen bu hususlar çevresinde doktrinde uluslararası bir boğaz tanımını geliştirilmeye çalışılmıştır. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde yer alan düzenleme de göz önüne alındığında, 1977 yılında *Pharand*'ın ortaya koyduğu şu üç unsur uluslararası hukuk açısından boğaz tanımında belirleyici olabilecektir: “24 deniz mili genişliği geçmemek”, “açık denizlerin iki kısmını veya yabancı bir devletin karasularını bağlamak” (bu son unsura, şüphesiz, *münhasır ekonomik bölge* de eklenmelidir) ve “uluslararası seyrüseferde kullanılmak”. Bkz. **Pharand D.**, *International Straits, Thesaurus Acroasium*, vol. 7, 1977, s. 72.

⁶¹ Bu konuda bazı yazarların sınıflandırmalarına ilişkin açıklamalar için bkz. **Çamyamaç**, s. 278-279 dipnot: 1164.

⁶² Bu demek değildir ki, hangi geçiş rejiminin hangi coğrafi özellikler arz eden boğazlarda uygulanacağını bilmesine gerek yoktur. Tabii ki, bu husus oldukça önemlidir. Fakat, önemi bir yana, bunun tek başına bir sınıflandırma konusu teşkil etmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

- 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin boğazlara ilişkin düzenlemelerinin yer aldığı III. Bölümde temel geçiş rejimi olarak “transit geçiş rejimi” öngörülmüştür. Sözleşme m. 38/2’de transit geçiş rejimi şu şekilde tarif edilmektedir: “*Transit geçiş, açık denizin veya münhasır ekonomik bölgenin bir kesimi ile diğer bir açık deniz veya münhasır ekonomik bölge kesimi arasında, boğazdan, sadece sürekli ve çabuk geçiş amacıyla, bu bölümle uyumlu olarak seyrüsefer ve uçuş özgürlüğünün kullanılması anlamını taşır*”⁶³. Aynı fıkranın devamında, “Singapur istisnası” (*Singapore Exception*)⁶⁴ olarak da anılan, boğazın kıyıdaşı ülkenin limanlarına giriş, çıkış gibi hususların, ilgili devletin ülkesine girişe dair kuralların göz önüne alınması koşuluyla transit geçiş hakkını engellemeyeceğine dair bir düzenlemeye yer verilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, transit geçiş rejimiyle bağdaşmayan tüm geçişlerin bu Sözleşmenin diğer

⁶³ Transit geçiş rejimine dair daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Caminos H.**, The Legal Régime of Straits in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, *Recueil des cours*, vol. 205, 1987-V, 1987, s. 142-177 ve hattâ s. 178-232; **Churchill R. R. & Lowe A. V.**, The Law of the Sea, 3rd edition, Manchester, 1999, s. 104-110; **El-Mor A.**, The Regime of Passage in Straits Used for International Navigation in the Light of the Third U.N. Conference on the Law of the Sea, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 37, 1981, s. 54-61; **Jia**, s. 129-167 ve hattâ s. 168-208; **Koh**, 1985, s. 143-163; **Langdon J. B. R. L.**, The Extent of Transit Passage: Some Practical Anomalies, *Marine Policy*, vol. 14/2, 1990, s. 130-136; **López Martín**, s. 151-198; **Mahmoudi S.**, Transit Passage, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 04/10/10); **Özman A.**, Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları, Ankara, 2006, s. 366-373; **Pazarıcı H.**, “Uluslararası Boğazlar” Kavramı ve Geçiş Rejimleri, in *Gündüz Aybay Armağanı*, edited by R. Aybay, İstanbul, 2004, s. 73-74; **Rothwell D.R. & Stephens T.**, The International Law of the Sea, Oregon, 2010, s. 239-243; **Tanaka Y.**, The International Law of the Sea, Cambridge, 2012, s. 102-104; **Treves T.**, Navigation, in *A Handbook on the New Law of the Sea*, vol. II, edited by Dupuy & Vignes, Dordrecht, 1991, s. 945-956 ve 970-976; **Yturriaga de J. A.**, Straits Used for International Navigation: A Spanish Perspective, Dordrecht, 1991, s. 165-239.

⁶⁴ Konuya dair bkz. **Koh T. T. B.**, Straits Used for International Navigation: Some Recent Developments, in *The Regulation of International Shipping: International and Comparative Perspectives-Essays in Honor of Edgar Gold*, edited by Chircop & Letalik & McDorman & Rolston, Leiden, 2012, s. 20. Ayrıca, bkz. **Caminos**, s. 144; **Yturriaga**, s. 168-169.

hükümlerine tâbi olacağı yönünde bir düzenlemeye gidilmiştir⁶⁵. Transit geçiş rejiminin kullanıldığı boğazlar, doğal olarak 24 deniz milini aşmayan ve uluslararası trafikte kullanılan boğazlar olmalarının yanı sıra, bir münhasır ekonomik bölge veya açık deniz alanını bir başka münhasır ekonomik bölge veya açık deniz alanıyla bağlayan boğazlar olmak zorundadır⁶⁶. Transit geçiş rejimi ile karasularından zararsız geçiş rejimi⁶⁷ arasında ilk bakışta göze çarpan üç temel fark ise şu şekilde sıralanabilir⁶⁸:

⁶⁵ Bu konuda doktrinde oldukça ilginç ve teorik hususlar ortaya konulabilmektedir. Bunların en başında, bir boğazda konumlanan iki kıyıdaş devletin ilgili boğazdaki mevcut limanları arasında yaşanan deniz trafiğinin transit geçiş hakkını oluşturmadığı hususu gelmektedir. Bu konu hakkında daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Caminos**, s. 145-146; **El-Mor**, s. 61-62; **Koh**, 1985, s. 151-152.

⁶⁶ Bu çerçevede, transit geçiş rejiminin söz konusu olduğu boğazlarda bağladıkları deniz alanı dikkate alındığında üç varyasyon gözlenmektedir: “iki açık deniz alanını birbirine bağlama”, “iki münhasır ekonomik bölgeyi birbirine bağlama” veya “bir açık deniz alanıyla bir münhasır ekonomik bölge alanını birbirine bağlama”.

⁶⁷ Karasularından zararsız geçiş rejimi 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 17 ilâ m. 26 arasında düzenlenmiştir. Karasularından zararsız geçiş hakkına dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Agyebeng W. K.**, *Theory in Search of Practice: The Right of Innocent Passage in the Territorial Sea*, *Cornell International Law Journal*, vol. 39/2, 2006, s. 371-399; **Churchill & Lowe**, s. 81-92; **El-Mor**, s. 65-74 (yazar, konuyu boğazlara ilişkin zararsız geçiş kurallarıyla birlikte ele almış); **Hakapää K.**, *Innocent Passage*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10); **O’Connell D. P.**, *International Law of the Sea* (edited by Shearer), vol. I, Chippenham, 1989, s. 260-298; **Özman**, s. 310-327; **Rothwell & Stephens**, s. 214-224; **Tanaka**, s. 85-96; **Treves**, 1991, s. 906-940.

⁶⁸ Karasularından zararsız geçiş hakkıyla transit geçiş rejimi arasındaki farklar, kuşkusuz, bu üç temel farkla sınırlı değildir. Bu üç fark sadece ilk bakışta göze çarpan, düzenleme gerçekleştirilirken temel olarak tartışılan ve gündemde kalan hususlara ilişkindir. Bu iki geçiş rejimi arasında belirtilen üç fark dışında şu farklar da sıralanabilir:

- Karasularından zararsız geçiş hakkında kat edilecek yollar/güzergâhlar ilgili uluslararası örgütün tavsiyeleri de dikkate alınarak kıyı devletince belirlenirken (m. 22/1&3), transit geçiş rejiminde kat edilecek yolun/güzergâhın belirlenmesi yetkili uluslararası örgüte yapılacak bir sunum ve bunun sonucunda yine ilgili örgütle anlaşmak suretiyle kıyı devleti tarafından belirlenecektir (m. 41/1&4).

- Karasularından zararsız geçiş hakkı bağlamında nükleer veya diğer tehlikeli ve zehirli madde veya materyal taşıyan gemi veya tankerlerden, geçişlerini, belirlenen güzergâhlar

a) Karasularından zararsız geçiş hakkı sadece gemiler için söz konusudur; oysa ki, transit geçiş rejimi, hem gemileri, hem uçakları kapsamaktadır⁶⁹.

dâhilinde gerçekleştirmeleri istenebilirken (m. 22/2), nükleer güçle çalışan veya nükleer veya diğer tehlikeli ve zehirli madde veya materyal taşıyan gemilerin belirli belgeleri bulundurmaları ve özel tedbirleri gözetmeleri istenebilecekken (m. 23), transit geçiş rejiminde bu şekilde kısıtlamalara Sözleşmede yer verilmemiştir.

- Karasularından yapılacak zararsız geçişe ilişkin kanun ve düzenleme yapmaya ilişkin kıyı devletinin yetkisinin transit geçiş rejimine oranla daha geniş olduğu gözlenmektedir (m. 21-22-23).

- Karasularından zararsız geçiş hakkında, bu geçişin zararsız olmadığı düşünülen ve geminin doğacak zararda sorumluluğunun olduğu durumlarda kıyı devletini geçişini önlemek için gerekli adımları atmamakla yetkilendiren bir hüküm söz konusuysa (m. 25/1), transit geçiş rejiminde bu geçiş rejiminin gereklerine uymayan veya ihlâl eden gemilere ilişkin ne gibi adımlar atılacağına dair açık bir hüküm mevcut değildir.

- Karasularından yapılacak zararsız geçişte sunulan hizmet karşılığı talep edilebilecek bir ücret (m. 26/2), transit geçiş rejimi için söz konusu edilmemiştir.

- Karasularından zararsız geçiş hakkındaki (m. 27&28) aksine transit geçiş rejiminde, gemiler üzerinde cezaî ve adli yetkinin uygulanmasına dair hükümler mevcut değildir.

Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Sharma**, s. 86-87. *Sharma*, bir adım daha atarak, karasularından zararsız geçişe ilişkin yabancı devlet savaş gemileri için önceden izin alma şartı öngörülebileceğini ve fakat buna karşılık, transit geçiş rejiminde bu şekilde bir ön iznin söz konusu olamayacağını altını çizmiş, karasularından zararsız geçişe ilişkin ön bildirimde örnek olarak ise Hindistan'ın iç düzenlemelerine yer vermiştir. Bkz. *ibid.*, s. 87 ve arka not: 108. Bu son kalemi konuya dair açık bir fark olarak nitelendirmek ne kadar doğru sayılabilecektir, tartışılır. Gerek konuya ilişkin uluslararası örf ve âdet kurallarında, gerek ilgili Sözleşmelerde savaş gemilerinin karasularından geçerken bir ön bildirim ihtiyacının olmadığı sonucu çıkarılabilirse de, sadece bazı devletlerin ısrarla ön bildirim ve hattâ izin şartı koydukları gözlenmektedir.

Karasularından zararsız geçiş hakkı ve transit geçiş rejimine dair farkların genel değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Ngantcha**, s. 56-61; **Równy**, s. 73 vd.

⁶⁹ Uçakların boğazlar üzerinden uçuş hakkına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Abeyratne R.**, *Air Navigation Law*, Heidelberg, 2012, s. 25; **Hailbronner K.**, *Freedom of the Air and the Convention on the Law of the Sea*, *American Journal of International Law*, vol. 77/3, 1984, s. 494-501; **Heller P. P.**, *Air Space over Extended Jurisdictional Zones*, in *Law of the Sea: Neglected Issues*, edited by Gamble, Honolulu, 1979, s. 140-141; **Milde M.**, *International Air Law and ICAO*, Utrecht, 2008, s. 39; **Oduntan G.**, *Sovereignty and Jurisdiction in the Airspace and Outer Space: Legal Criteria for Spatial Delimitation*, Oxon, 2012, s. 133-134.

b) Karasularından zararsız geçiş hakkı gerektiğinde ve belirli koşullara uymak kaydıyla ilgili kıyı devletince geçici olarak askıya alınabilirken, transit geçiş rejiminde geçiş hiçbir biçimde askıya alınmaz.

c) Karasularından zararsız geçiş hakkında denizaltılar su üzerinden ve bayraklarını çekmiş olarak gitmek zorundayken, transit geçiş hakkında denizaltılar su altından seyredebileceklerdir⁷⁰.

- Temel geçiş rejimi transit geçiş rejimi olmakla beraber, iki istisnai durumda zararsız geçiş hakkı söz konusu olmaktadır:

a) Açık deniz veya münhasır ekonomik bölgeyi bir devletin karasularıyla bağlayan boğazlar⁷¹.

⁷⁰ Esasen, bu son konu tartışmalıdır. Transit geçiş rejimi dâhilinde denizaltıların su altından gidebileceklerine dair açık bir düzenleme olmasa da, bu, genel olarak 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 39/1(c)'de yer alan gemilerin normal geçiş şekilleriyle geçiş yapacaklarına ilişkin düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, karasularından zararsız geçiş hakkında denizaltıların su üzerinde ve bayrak çekerek seyredebileceklerine ilişkin açık bir hükme rağmen, transit geçiş rejiminde bu şekilde bir hükme yer verilmemiş olduğunun da altı çizilmelidir. Oysa, bazı yazarların, en azından bir dönem denizaltıların su altından seyredebilmesine dair açık bir düzenleme yapılmamasını eleştirdikleri gözlenmektedir. Bkz. **Reisman W. M.**, The Regime of Straits and National Security: An Appraisal of International Law-Making, *American Journal of International Law*, vol. 74/1, 1980, s. 71-75. **Friedheim** ise, bu konuda, uçakların normal geçiş şeklinin açık olduğunu ve bunun uçuşu hiçbir şüpheye mahâl bırakmaksızın ortaya koyduğunu belirttikten sonra, denizaltıların ise, hem su üzerinden, hem su altından geçiş yapabildiklerini, bunun da soruna yol açabileceğini ifade ederek, denizaltıların eğer su üzerinden geçiş yaparlarsa su üzerinde büyük kısımlarının görünmediği için özellikle diğer transit yapan gemiler açısından tehlike yaratabileceklerini, bunları radarların algılamasının güç olabileceğini ve dahası denizaltıların su üzerinde seyredirken hareket kabiliyetlerinin oldukça düşük olduğunu vurgulayarak, bu araçların normal geçiş şeklinin sualtından olması gerektiğine işaret etmiştir. Bkz. **Friedheim**, s. 91. Öte yandan, **Ghosh** ise, denizaltıların ve özellikle suyun altından geçişlerinin, gerek Amerika Birleşik Devletleri, gerek SSCB için önemini altını çizmiştir. Bkz. **Ghosh**, s. 809.

⁷¹ 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 16/4'te düzenlenen bu husus, I. Deniz Hukuku Konferansında uzun süren tartışmalar sonucunda "Tiran Boğazı"na ilişkin oluşturulmuştur. Bu konu hakkında bkz. **Baxter & Triska**, s. 160-162; **Caminos**, s. 52-53; **Gioia A.**, Gulf of Aqaba, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf 13 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 04/10/10); **Koh**, 1985, s. 37; **Less S.**, Aqaba, Gulf

b) Bir devletin ana karasıyla yine o devlete ait ada arasında mevcut bir boğazda, meğer ki adanın açık deniz tarafında aynı kolaylıkta seyrüsefere imkân veren bir güzergâhın bulunması durumunda. Oluşumunda İtalya'nın etkili rol oynadığı "Messina İstisnası/Şartı" (*Messina Exception/Clause*)⁷² olarak da adlandırılan bu istisnaî düzenleme⁷³ hakkında bazı soruların cevap-

of, *Encyclopedia of Public International Law: Geographical Issues*, vol. 12, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1990, s. 21-22; **López Martín**, s. 15-16 ve 47; **Sanger**, s. 86; **Yturriaga**, s. 32.

⁷² İtalya'nın Deniz Yatağı Komitesine 1973 yılında sunduğu boğazlara ilişkin taslağın (b) paragrafının son kısmında şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir: "... *Transit ve uçuşun zararsız geçiş hükümleriyle düzenleneceği boğazlar şunlardır: (1) 6 mil genişlikten fazla olmayan (2) aynı devletin kıyıları arasında olan (3) boğazlarla bağlı deniz kısımları arasında diğer iletişim güzergâhlarına yakın olan*". Bkz. "Straits Used for International Navigation: Legislative History of Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea", vol. I, New York, 1992, s. 103-104 (Bundan sonra "*Straits*", vol. I). İtalya'nın bu önerisinin İngiltere tarafından sunulan karasuları ve boğazlara ilişkin taslak metinde (*Birleşik Krallık Tarafından Sunulan Karasularına ve Boğazlara Dair Taslak Maddeler*) daha düzenli hâle getirildiği görülmektedir. Bu bağlamda İngiltere'nin taslak metninin ilgili kısmı (m. 1/4) şu şekildedir: "(4) *Transit geçiş, bir boğazda sadece şu bağlamda uygulanacaktır: ... (b) Eğer boğaz kıyı devletin bir adasınınca oluşturulmuşsa, adanın deniz tarafında aynı oranda uygun bir açık deniz geçişinin olmaması*". Bkz. "Straits Used for International Navigation: Legislative History of Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea", vol. II, New York, 1992, s. 15 (Bundan sonra "*Straits*", vol. II). Bu düzenleme İngiliz-Fiji Grubunun önerisiyle pekişerek (*ibid.*, s. 86), hâlihazırdaki düzenleme biçimine dönüşmüştür. Bununla birlikte, *Caminos*, her ne kadar İtalyan önerisiyle bu düzenlemenin doğduğunu vurgulasa da, ada istisnasının "Boğazlara Dair Özel Grup" (*Private Group on Straits*) tarafından sunulan taslak maddelerde Tanzanya'nın Pemba Boğazı/Kanalı gözetilerek oluşturulduğunu belirtmektedir. Bkz. **Caminos**, s. 138. *Caminos*'un açıklamalarıyla bağlantılı olarak ayrıca bkz. **Sanger**, s. 94.

⁷³ İtalya ve Ona ait Sicilya Adası arasındaki Messina Boğazının (ve Tanzanya ile yine ona ait Pemba Adası arasındaki Pemba Boğazının) konuya ilişkin temel örnek olarak sunulduğu ve kuralın oluşumunda Messina Boğazının (ve hattâ Pemba Boğazının) dikkate alındığı bilinmektedir. Messina Boğazına ilişkin bilgi ve açıklamalar için bkz. **Alexander**, 1986, s. 157-161 ve 206-207; **Alexander** L. M., Exceptions to the Transit Passage Regime: Straits with Routes of "Similar Convenience", *Ocean Development & International Law*, vol. 18/4, 1987, s. 484-486; **Scovazzi** T., The Strait of Messina and the Present Régime of International Straits, in *Navigating Straits: Challenges for International Law*, edited by Caron & Oral, Leiden, 2014, s. 138-150 özellikle s. 143-150. Ayrıca, bkz. **López Martín**, s. 93 dipnot: 284.

lanması gerekmektedir. Hem oluşturulan içerik, hem kullanılan ifadeler bağlamında belirsizlikler taşıdığı belirtilen bu istisnaî düzenleme için, meselâ *Alexander*, “açık denizden geçen ... benzer uygunluktaki” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini tartışmış, kuralın çıkış noktası olan Messina Boğazının yaklaşık 60 deniz mili bir kısaltma⁷⁴ sağladığını ifade ederek, bu kıstasın genel bir sınır için temel teşkil edebileceğini savlamıştır⁷⁵. Öte yandan, boğazlardan, zararsız geçiş hakkının karasularından geçiş hakkıyla karşılaştırıldığında önemli bir farkla ayrıldığı gözlenmektedir. Bu fark, boğazlardaki zararsız geçiş hakkının, karasularındakinin aksine askıya alınmamasıdır⁷⁶. Bu nedenledir ki, yukarıda da altı çizildiği üzere, boğazlardaki zararsız geçiş hakkı “askıya alınamayan zararsız geçiş hakkı” olarak adlandırılmaktadır.

- Ayrıca, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 35/c’de, açık bir biçimde, uzun süreden beri mevcut olan uluslararası bir antlaşmayla hukukî statüsü, yâni geçiş rejimi düzenlenmiş boğazlar için, ilgili antlaşmada kurulan mevcut düzenin devam edeceği hususuna yer verilmiştir. 1982 tarihli Sözleşme m. 35/c dâhiline giren ve dolayısıyla geçiş rejimi uzun süreden beri mevcut olan bir antlaşmayla düzenlenmiş olan dört boğaz, antlaşmaların eskiden yeniye düzenlenme tarihlerine göre, şu şekilde sıralanabilir⁷⁷: “Danimarka Boğazları”⁷⁸, “Magellan Boğazı”⁷⁹, “Åland Boğazı”⁸⁰ ve “Türk Boğazları”^{81,82}.

⁷⁴ Bu mesafe, 12.5 notluk ortalama bir hızla 4.8 saate mukâbil gelmektedir.

⁷⁵ Bkz. *Alexander*, 1986, s. 159. Hatırlanacağı üzere, *Smith* daha farklı bir ölçütü kıstas almaktadır. Bkz. *Smith*, s. 93 ve 96 (*supra* dipnot: 13).

⁷⁶ 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 45/2.

⁷⁷ 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 35/c çerçevesinde oluşturulabilecek listeye dair farklı değerlendirmeler söz konusu olabilecektir. Sayılan dört boğaz, genelde, tartışmasız biçimde listeye dâhil olduğu kabûl edilen boğazlar konumundadır. Öte yandan, doktrinde bazı yazarlar bu listeye Cebelitarık Boğazını da dâhil etmektedir. Buna karşılık, Cebelitarık Boğazına ilişkin varolduğu gözlenen önce 1904 tarihli daha sonra 1912 tarihli ilgili Antlaşmaların hükümlerinin m. 35/c kapsamını karşılamadığı görüşündeyiz.

Bunun haricinde, yeni gerçekleştirilen antlaşmaların durumu da gündeme getirilebilecektir. Meselâ, III. Deniz Hukuku Konferansı devam ederken Avustralya ve Papua Yeni Gine arasında akdedilen Torres Boğazına ilişkin antlaşma, her ne kadar doğrudan ilgili

boğaza ilişkin olmasa da İsrail ile Mısır arasında 1979 yılında Camp David'de imzalanan Barış Antlaşmasının 5. maddesi bu tür antlaşma ve hükümlerine örnek teşkil edilecektir. Bu durumda, bu antlaşmaların m. 35/c dâhiline girmedikleri muhakkaktır. Buna karşılık, 1982 Sözleşmesi m. 311/2'de taraf devletlerin diğer antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerinin Deniz Hukuku Sözleşmesiyle uyumlu ve ondan kaynaklanan haklardan yararlanmayı engellememe koşullarıyla devam edeceği açıkça düzenlenmiştir. Meselâ, ilk bakışta Torres Boğazının en dar yerinde dahi 24 deniz mili aşkın bir genişliğe sahip olunması, bu boğazı 1982 tarihli Sözleşmenin düzenlemesinin konusunu oluşturmayacağını düşündürse de, boğazın coğrafi özellikleri geçişin önemli bölümünde kıyı devletlerinin karasularına girişi zorunlu kılmasından ötürü düzenleme dâhilindedir. Nitekim, ilgili Antlaşmanın 7. maddesinde oldukça ayrıntılı düzenlemeye yer verilirken, 1982 tarihli Sözleşmeyle uyumun altı özellikle çizilmiştir.

⁷⁸ Bkz. **Alexandersson** G., *The Baltic Straits*, The Hague, 1982, özellikle s. 63-90; **Elferink** A. G. O., *The Regime of Passage through the Danish Straits*, *International Journal of Marine & Coastal Law*, vol. 15/4, 2000, s. 555-566; **Jia**, s. 115-121; **Kwiatkowska-Zzechowska** B., *Legal Status of the Baltic Straits*, *Thesaurus Acroasium*, vol. 7, 1977, s. 525-528; **Somers** E., *The Legal Regime of the Danish Straits*, in *The Proceedings of the Symposium on the Straits Used for International Navigation*, edited by Öztürk & Özkan, İstanbul, 2002, s. 12-19; **Symonides** J., *The Legal Status of the Baltic Straits*, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 4, 1973, s. 119-146; **Van Dyke**, 2009, s. 197-202; **Verzijl** J. H. W., *International Law in Historical Perspective: Stateless Domain*, vol. IV, Leyden, 1971, s. 129-138; **Vitzthum** W. G., *The Baltic Straits*, in *The Law of the Sea in the 1980s*, edited by Park, Honolulu, 1983, s. 537-597.

⁷⁹ Arjantin ve Şili arasında 1881 tarihinde sınır konularına dair imzalanan antlaşmanın özellikle 5. maddesi şu şekildedir: “*Magellan Boğazları sonsuza kadar tarafsızlaştırılmış ve serbest seyriüsefer tüm ulusların bayrakları için garanti altına alınmıştır. Bu serbesti ve tarafsızlığı sağlamak için, bu amaca yönelik müdahale teşkil eden hiçbir istihkâm veya askeri savunma yapısı dikilmeyecektir*”. Bu antlaşmanın metni için bkz. “*Treaty between Argentine Republic and Chile, Establishing the Neutrality of Straits of Magellan*”, *American Journal of International Law-Supplement*, vol. 3/2, 1909, s. 121-122. Dahası, bu antlaşmada yer verilen Magellan Boğazının ilgili statüsü iki devlet arasında 29 Kasım 1984 tarihinde akdedilen Barış ve Dostluk Antlaşmasının 10. maddesinde bir kez daha yinelenmiştir. Magellan Boğazına ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Infante** M. T., *Straits in Latin America: The Case of Magellan*, *Ocean Development & International Law*, vol. 26/2, 1995, s. 175-187; **Van Dyke**, 2009, s. 206-208; **Verzijl**, s. 139-138. Ayrıca, bkz. **Orrego-Vicuña** F., *Chile*, in *The Changing Law of the Sea: Western Hemisphere Perspectives*, edited by Zacklin, Leiden, 1974, s. 199.

⁸⁰ Gerek Finlandiya, gerek İsveç III. Deniz Hukuku Konferansının 11. Toplantısında (New York, 8 Mart-30 Nisan 1982) ilgili antlaşmanın m. 35(c) kapsamına girdiğini ifade etmiştir. Bkz. “*Straits*”, vol. II, s. 132. Finlandiya ve İsveç’in, bu çerçevede atıfta bulun-

- Boğazların bağladıkları su alanlarına göre geçiş rejimlerinin tespit edilmesi bir yana, yukarıda sayılan tüm boğaz sınıfları için aranılan diğer bir unsur “işlevsel” (*functional criteria*) yönü olan “uluslararası seyrüseferde/trafikte kullanılma”dır. İşlevsel kabul edilen bu unsur için uluslararası seyrüseferde kullanılmanın anlamını irdelemek gerekecektir. Ne yazık ki, gerek bu unsuru öngören sözleşmesel düzenlemeler, gerek uluslararası yargı organlarının kararları bu konuda tam bir açıklık getirememiştir. Boğazlara ilişkin en önemli eserlerden birini veren *Brüel*'e göre uluslararası seyrüseferde kullanılma beş kriter üzerinden ele alınarak tespit edilmelidir: boğazdan geçen gemi sayısı, geçiş yapan gemilerin toplam tonajı, kargoların değeri, gemilerin ortalama büyüklüğü ve geçen gemilerin ülkelere dağılımı⁸³. Bu itibarla, yine yazar, “uluslararası” terimiyle işaret edilenin bu tür boğazların kullanımına dair çıkarın dünya genelinde olmasını göstermiştir⁸⁴. *Brüel*'in belirlemelerine karşılık, Uluslararası Adalet Divanının 1949 yılın-

dukları 1921 tarihli “*Aland Adalarının İstihkâm Edilmemesi ve Tarafsızlaştırılmasına İlişkin Sözleşme*”dir. Bu Sözleşmenin tam metni için bkz. “Convention Respecting Non-Fortification and Neutralization of the Aland Islands”, *American Journal of International Law-Supplement*, vol. 17/1, 1923, s. 1-6. Ayrıca, konuya ilişkin olarak bkz. **Alexandersson**, s. 69; **Rotkirch** H., Discussions and Questions, in *The Law of the Sea in the 1980s*, edited by Park, Honolulu, 1983, s. 613; **Symonides**, s. 134-135.

⁸¹ Türk Boğazlarının günümüzdeki resmî rejimi 1936 tarihinde akdedilen “*Montrö Boğazlar Sözleşmesi*”yle belirlenmiştir. Türk Boğazlarından geçiş rejimine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Aybay** G., On the Power of Turkey to Regulate Free Passage through Straits, in *Turkish Straits: New Problems, New Solutions*, edited by Soysal, İstanbul, 1995, s. 53-103; **Jia**, s. 110-115; **Oral** N., The Turkish Straits, Oil Transportation and Turkish Policy, in *International Energy Policy, the Arctic and the Law of the Sea*, edited by Nordquist & Moore & Skaridov, Leiden, 2005, s. 144-150; **Özman**, s. 380-415; **Rozakis** C. L. & **Stagos** P. N., The Turkish Straits, Dordrecht, 1987; **Van Dyke**, 2009, s. 203-206; **Verzijl**, s. 118-129.

⁸² Enteresan bir biçimde, meselâ *Równy*, hukukî statüsü (geçiş rejimi) uzun süreden beri mevcut olan bir antlaşmayla düzenlenen boğazlardaki geçiş rejiminin temel geçiş rejimlerinden en azından nüve bağlamında değişiklik arz etmediğini vurgulamıştır. Bkz. **Równy**, s. 69.

⁸³ *Brüel*'in bu düşüncelerinin aktarımı için bkz. **Pharand**, s. 67-68. (*Pharand*'ın atf yaptığını belirttiği *Brüel* eserinin tam künyesi şu şekildedir: **Brüel** E., *International Straits*, vol. I, 1947, s. 42-43).

⁸⁴ **Pharand**, s. 68.

daki Korfu Dâvasında verdiği karardan anlaşıldığı üzere, bu konuda, iki kriterin ön plâna çıktığı görülmektedir: Boğazlardan geçen toplam gemi sayısı ve bu gemilerin temsil ettikleri bayrak devletlerinin çeşitliliği⁸⁵. Hattâ, *Pharand*, kararın İngilizce metniyle Fransızca metni arasında uluslararası seyrüseferde kullanılma kriterine bahsedilen önemin farklı olduğuna vurgu yapmıştır⁸⁶. 1958 tarihli Cenevre Konferansları öncesindeki hazırlık çalışmaları esnasında “Uluslararası Hukuk Komisyonu” ilgili bölüme “normal olarak” (*normally*) nitelendirmesini eklediyse de, daha sonra gerçekleşen düzeltmeyle bu nitelendirme metinden çıkarılmıştır⁸⁷. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde de konuya ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye gidil(e)memiştir⁸⁸. 1949 tarihli Korfu Dâvasının yargıçlarından biri

⁸⁵ Kararda, Uluslararası Adalet Divanı, 21 aylık bir dönemde toplam 2884 geminin Korfu Limanına uğramadan önce veya uğradıktan sonra boğazı geçtiğini belirtmiş ve gemilerin bayrak devletlerini şu şekilde sıralamıştır: Yunan, İtalyan, Rumen, Yugoslav, Fransız, Arnavut ve İngiliz. Divan, bu açıklamalarında, özellikle gemi sayısına kıyılarda hareket eden küçük Arnavut gemilerinin de eklendiğinin ve sayıyı arttırdığının ve hattâ bazı gemilerin birden fazla hesaba katılabildiğinin altını çizse de, 21 aylık dönem için sayının ve bayrak çeşitliliğinin yine de fazla olduğuna dikkat çekmiştir. Bkz. Karar metni, s. 28-29.

⁸⁶ Bu itibarla, yazar, Fransızca metindeki şu ifadeyi referans almış ve bu ifadeyle uluslararası seyrüsefere daha az önem atfedildiğini iddia etmiştir: “*Le critère décisif paraît plutôt devoir être tiré de la situation géographique du Détroit, en tant que ce dernier met en communication deux parties de haute mer, ainsi que du fait que le Détroit est utilisé aux fins de la navigation internationale*”. Bkz. *Pharand*, s. 69. Ayrıca, bkz. Karar metni (Fransızca), s. 28.

⁸⁷ Bkz. *Alexander*, 1986, s. 154; *López Martín*, s. 15-16; *Pharand*, s. 69-70; *Yturriaga*, s. 31-32. Ayrıca, bkz. “*Straits*”, vol. I, s. 6 paragraf 29, s. 10 paragraf 55, s. 15 paragraf 67, s. 16 paragraf 74-76, s. 17 paragraf 77-78.

⁸⁸ Meselâ, burada Tanzanya'nın tutumu değerlendirilebilir. Tanzanya'nın boğazlara ilişkin ayrı bir düzenlemeye karşı çıkması, özellikle SSCB ile yoğun bir görüş trafiğine sebep olmuş; SSCB, Tanzanya'nın Pemba Kanalının uluslararası niteliği haiz olmadığını, çünkü mevcut güzergâhı uzattığını ve bu bağlamda uluslararası trafik tarafından kullanılmadığını vurgulamıştır. Bkz. “*Straits*”, vol. I, s. 71-72. Buna karşılık, Tanzanya, açıkça, her şeyden evvel boğazlara ilişkin bu tür bir düzenlemeye karşı çıkışı kendine ait olan Pemba Kanalı (ve kıyısının olduğu Tanzanya Kanalı) için yapmadığını, bunun genel bir tutum olduğunu belirtmiştir. Daha da ötesinde, Tanzanya delegesi bir boğazın öneminin trafik yoğunluğuna bağlanmaması gerektiğinin altını çizmiş ve gelecekte bu trafik yoğunluğunun artarak durumun kolaylıkla değişebileceğine dikkat çekmiştir. Bkz.

olan *de Visccher* ise, 1969 tarihli eserinde⁸⁹, uluslararası seyrüsefer kavramının belirlenmesinde şu dört kritere dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir: “boğazdan geçen gemi sayısı”, “onların toplam tonajı”, “kargolarının niteliği” ve “temsil edilen bayrak devletinin sayısı ve çeşitliliği”⁹⁰. Bu kriterler bir kenara, *Pharand*’ın konuya ilişkin olarak gerçekleştirdiği belirlemelerle konuyu sonlandırmak yeterli ve yerinde olacaktır. Bu çerçevede, yazar, uluslararası seyrüseferde kullanım kısıtası bağlamında, ilgili boğazın zaruret teşkil etmesinin gerekli olmadığına işaret ederek, ilgili boğazın alternatif bir güzergâh teşkil etse de, esas olanın kullanışlı bir güzergâh olması olduğunu mütalâa etmiştir⁹¹.

- 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde yer verilen düzenlemelerde, gerek boğaz devletleri için, gerek ilgili boğazlardan yararlanan devletler için birtakım hak ve yükümlülüklerin tespit edildiği görülmektedir. Buna göre, boğazlara dair kıyıdaş devletler şu dört konuda kanun ve düzenleme getirebilecektir (m. 42/1): seyrüseferin güvenliği ve deniz trafiğinin düzenlenmesi; kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrolü⁹²; balıkçı gemilerine ilişkin balık avlama yasağı ve gümrük, maliye,

“*Straits*”, vol. I, s. 86. Tanzanya’nın özellikle son belirttiği husus, işlevsel unsurun belirsizliğini de vurgulamaktadır. (Ayrıca, Tanzanya’nın bu açıklamalarında, özellikle Pemba Kanalı’nın düşünülmediğini belirtmiş olması da ilginçtir, ki bu da akıllara Messina istisnasına dair *Caminos* ve *Sanger*’ın görüşlerini akıllara getirmektedir. Bkz. *supra* dipnot: 72. Tabii ki, bu konuda peşin hükümlü olmamak gerektiği belirtilmelidir. Sonuçta, bu yazarlar görüşmeleri izlemiş, hattâ görüşmelerin içinde bulunmuş insanlardır. Tanzanya’nın, bu şekilde bir açıklamayı taktiksel sebeplerle gerçekleştirmiş olabileceği her zaman akıllarda tutulmalıdır).

⁸⁹ *Pharand*, *de Visccher*’in açıklamasını aynen aktarmıştır. Bkz. *Pharand*, s. 71 (*de Visccher*’in atıf yapılan eserinin tam künyesi şu şekildedir: *de Visccher C., Problèmes de confins en Droit international public, 1969, s. 142*).

⁹⁰ “*du nombre de navires qui empruntent le détroit*”, “*de leur tonnage total*”, “*de valeur de leurs cargaisons*” ve “*du nombre et de la diversité des pavillons représentés*”.

⁹¹ *Pharand*, s. 71. Yazarın bu düşünceleri Uluslararası Adalet Divanı’nın ortaya koyduğu düşünceler paralelindedir.

⁹² Bu konuda, ayrıca, boğazalara kıyısı olan devletlere güvence sağlaması için 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 12. bölüm yer alan ve “Uluslararası Seyrüseferde Kullanılan Boğazlara Dair Garantiler” (*Safeguards with Respect to Straits Used for International Navigation*) başlığını taşıyan m. 233 de dikkate alınmalıdır: “5., 6. ve 7. kısımlardaki hiçbir hüküm uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazların

sağlık ve göç konularındaki kanunlara aykırı olarak kişi ve/veya malların gemiye yüklenmesi veya indirilmesi. Öte yandan, kıyıdaş devletlerin uyması gereken yükümlülükleri de şu şekilde sıralamak mümkündür (m. 41 ve özellikle m. 44): transit geçişi askıya almamak, engellemek ve geciktirmemek; seyrüsefere ilişkin her türlü tehlikeyi gerektiği şekilde duyurmak; tüm deniz yollarını ve trafik ayırım şemalarını açıkça belirlemek; yabancı gemiler arasında herhangi bir ayırım gözetmemek; kabul edilen tüm kanun ve düzenlemelerin gerektiği gibi duyurulması. Tüm bu konular içerisinde ikisi ön plâna çıkmakta ve ciddi tartışmalara sebebiyet vermektedir. İlki, boğazlardan seyrüseferin düzenlenmesi ve buna ilişkin kıyıdaş devletin hak ve yükümlülükleri üzerinde yaşanırken⁹³; ikincisi ise, boğazlarda kirlenmenin

hukukî rejimini etkilemez. Bununla beraber, eğer 10. kısımda atfedilenlerden başka bir yabancı gemi, boğazlardaki deniz çevresine ciddi zarar verecek veya zarar tehdidi oluşturacak biçimde 42. madde 1(a) ve (b) paragraflarında atfedilen kanun ve düzenlemeleri ihlâl etmişse, boğazlara kıyası olan devletler uygun icraî önlemleri alabilirler ve bunu yaparlarsa, mutadis mutandis bu kısımdaki hükümlere uyacaklardır". Malezya'nın girişiyle ortaya çıktığı ifade edilen bu maddenin oluşumuna dair arka plân açıklamaları için bkz. Sanger, s. 95-96.

⁹³ Seyrüsefer güvenliğine ilişkin özellikle "Uluslararası Denizcilik Örgütü" bünyesinde gerçekleştirilen şu antlaşma/sözleşme ve düzenlemeler ön plâna çıkmaktadır: 1974 tarihli "Denizde Yaşam Güvenliği İçin Uluslararası Sözleşme" (*SOLAS-International Convention for the Safety of Life at Sea*) ve özellikle V/10; 1972 tarihli "Denizlerde Çatmanın Önlenmesi İçin Uluslararası Düzenlemelere Dair Sözleşme" (*COLREG-Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea*) ve "Gemilerin Yönlendirilmesine Dair IMO Genel Hükümleri-IMO Kararı no: A572 (14)" (*IMO Resolution A572(14)-IMO General Provisions on Ships Routeing*). Bu temel düzenlemelerin yanı sıra şu iki düzenleme de dikkate alınmaktadır: 1966 tarihli "Yük Hatlarına Dair Uluslararası Sözleşme" (*LOAD LINES-International Convention on Load Lines*) ve 1978 tarihli "Gemiadamlarının Eğitilmesi, Sertika Verilmesi ve Vardiyalarına İlişkin Standartlara Dair Uluslararası Sözleşme" (*International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers*). Konu hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. "Implications of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization", *IMO Secretariat*, LEG/MISC7, London, January 19 2012, özellikle s. 30 ve Ek (Annex) s. 3-5 via www.imo.org/ourwork/legal/documents/implications%20of%20unclos%20for%20imo.pdf (ziyaret tarihi: 06/07/14). Ayrıca konuya ilişkin bkz. *Jia*, s. 153-154.

önüne geçilmesi, kirliliğin azaltılması ve kontrolü konularında⁹⁴ yaşanmaktadır⁹⁵. Boğazlardan yararlanan devletlerin (yabancı devlet gemilerine ve

⁹⁴ Kıyı devletinin/devletlerinin ilgili boğazın kirlilikten korunması, ilgili boğazda kirliliğin kontrolü ve azaltılmasına ilişkin kanun veya düzenleme kabul etme yetkisinin 2 önemli sınırlaması söz konusudur. Buna göre, kirlilik sadece petrol, yağlı atıklar ve diğer zehirli maddelerin gemilerden boşaltılmasıyla oluşan kirlilik olarak sınırlandırılmışken, kıyı devleti/devletleri ancak mevcut uluslararası standartlar çerçevesinde (onların aşağısında olmayacak veya onları aşmayacak şekilde) kurallar kabul edebilecektir. Konu hakkında bkz. **Koh**, 2012, s. 21; **Oral N.**, The Regime of Straits: Safety, Security and Protection of the Marine Environment, in *Regions, Institutions and the Law of the Sea: Studies in Ocean Governance*, edited by Scheiber & Paik, Leiden, 2013, s. 165-167. Bu konudaki uluslararası standartları öngören en temel belge, kuşkusuz, “Uluslararası Denizcilik Örgütü” bünyesinde 1973 yılında kabul edilen “Gemilerden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesi İçin Uluslararası Sözleşme” (*International Convention for the Prevention from Ships/MARPOL 73/78*) olmaktadır. Bkz. “Implications ...”, s. 65 ve Ek (Annex) s. 5. Ayrıca, bkz. **Jia**, s. 153.

⁹⁵ Günümüzde birçok yazar tarafından çevreye ilişkin hükümlerin oldukça yetersiz olması durumu ciddi eleştiri konusudur. Bkz. **George M.**, Transit Passage and Pollution Control in Straits under the 1982 Law of the Sea Convention, *Ocean Development & International Law*, vol. 33/2, 2002, s. 189-205; **Oral**, 2013, s. 174; **Scovazzi**, 2014, s. 141-143 ve 146-149. Bununla birlikte, *Równy* ise, boğazlardaki kirliliğe ilişkin çevresel konularda düzenlemenin yetersizliğini genel olarak vurgularken, bir yandan da bu hükümlerin bazı yönleriyle karasularındakine oranla daha ileri olduğuna işaret etmekten geri kalmamıştır. Bu bağlamda, yazar, karasularından zararsız geçişe ilişkin m. 19/2(h)’de yer alan düzenlemeyle transit geçişe dair m. 39/2(b)’deki düzenlemeyi karşılaştırarak, ilkinde bir geminin zararsız geçiş statüsünü kaybetmesinin kirliliğin geminin personeline bilerek gerçekleştirilmesi ve ciddi bir kirliliğe sebep olunması olduğuna işaret etmiş, oysa ikincisinde kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrolü için oluşturulmuş uluslararası kabul gören düzenlemeleri, prosedürleri ve uygulamaları gözeterek önleyici bir tutumla hareket edilmezse bu statünün kaybedileceğinin altını çizmiş ve böylelikle, ikinci düzenlemenin birinciye oranla daha katı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Równy**, s. 77. Öte yandan, konuya ilişkin son değerlendirmelerden birini gerçekleştiren **Scovazzi**, konuyu özellikle m. 233 açısından ele almış, düzenlemenin oldukça yetersiz olduğunun, sadece ciddi zararlar doğuran kirlenmelerin söz konusu edildiğinin, ayrıca başta “ciddi zararlar” kavramı olmak üzere meselâ “uygun tedbirler” kavramlarının yoruma oldukça açık ve tartışılır olduğunun, devlet gemilerinin dokunulmazlık bağlamında tamamen düzenlemeden dışlandığının, sorumluluk konusunun düzenlenmemiş olduğunun, bilgilendirme kurumunun kıyı devletleri bağlamında tek yönlü ele alındığının ve tüm bunların sonucunda bazı boğazlarda kâh ilgili devletler arasında antlaşmalar akdedilmek suretiyle, kâh ilgili boğaz devletince tek taraflı düzenlemelere gitmek

uçaklarına) yükümlülüklerine gelince, bunları da dört temelde sıralamak mümkündür (m. 39): boğazda ve üzerindeki hava sahasında gecikmeksizin ilerlemek; boğaza kıyıdaş devlet veya devletlerin egemenliğine, ülkesel bütünlüğüne veya siyasî bağımsızlığına karşı herhangi bir güç kullanımı veya tehdidinde bulunmamak; mücbir sebep ve tehlikeli durumların lüzumlu kıldığı hâller dışında, çabuk ve süratli geçişin gerektirdiği normal minval hariç her türlü hareketten sakınmak; Sözleşmenin Boğazlara ilişkin III. Bölümünde yer alan diğer hükümlere uymak.

- Nihayet, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 43'de bir boğaza ilişkin olarak boğazın kıyıdaş devlet veya devletler ile boğazın kullanıcısı devletler arasında seyrüsefer konuları başta olmak üzere işbirliğine gidilmesi de öngörülmüştür. Bu maddenin ilk uygulandığı ve bu yazarca tespit edebildiği kadarıyla hâlâ da tek örneği 2007 yılında Malaka Boğazlarına ilişkin gerçekleştirilen düzenlemedir. Bu itibarla Malaka Boğazlarının kıyıdaş Endonezya, Malezya ve Singapur'la beraber kullanıcı devletler başta Japonya olmak üzere Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Çin Halk Cumhuriyeti, Güney Kore, Hindistan, Avustralya, Panama, Norveç, Yunanistan ve Almanya işbirliğine girmişlerdir⁹⁶.

IV. Japonya ve Deniz Hukuku

Büyük bir denizci devlet olan Japonya için boğazlar hayatî öneme sahiptir. Gerek Japon sanayi üretimi için gerekli hammaddenin özellikle de

yoluyla sorunların çözümlenmeye çalışıldığının altını çizmiştir. Bkz. **Scovazzi**, 2014, s. 141-143.

⁹⁶ Konuya ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Beckman R.**, The Establishment of a Cooperative Mechanism for the Straits of Malacca and Singapore under Article 43 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, in *The Future of Ocean Regime-Building: Essays in Tribute to Douglas M. Johnston*, edited by Chircop & McDorman & Rolston, Leiden, 2009, s. 233-259; **Ho J. H.**, Enhancing Safety, Security, and Environmental Protection of the Straits of Malacca and Singapore: The Cooperative Mechanism, *Ocean Development & International Law*, vol. 40/2, 2009, s. 238-247; **Koh**, 2012, s. 26-27; **Rahman N.A.**, Multilateralism in the Straits of Malacca and Singapore, *Marine Policy*, vol. 44, 2014, s. 232-238; **Terashima H.**, Transit Passage and Users' Contributions to the Safety of the Straits of Malacca and Singapore, in *Freedom of the Seas, Passage Rights, and the 1982 Law of the Sea Convention*, edited by Moore & Koh & Nordquist, Leiden, 2009, s. 357-368.

petrol ve doğal gaz gibi enerji kaynaklarının ve demir cevherinin Japonya'ya taşınması, gerek üretilen Japon sanayi mallarının dış piyasalara dağılımı Japonya'nın deniz ticaretine bağımlılığını ortaya koyan olgulardır. Japonya'ya giden tüm deniz ticaret yolları güzergâhlara göre önemli boğazlardan geçmektedir⁹⁷. Bu nedenle, Japonya boğazlarda seyrüsefer serbestisinin dünya genelinde korunmasını isteyen başlıca devletler arasında gelmektedir. Bunun haricinde, Japonya denizlerdeki doğal kaynaklardan da ciddi ölçüde yararlanan bir devlettir. Özellikle, balık tüketimi dünyanın en yoğun ülkesi Japonya'dır. Tüm bunlar, Japonya'yı geleneksel olarak denizci bir güç hâline getirmiş ve deniz hukukuna yön veren devletlerin başında gelmesine yol açmıştır.

Denizlere bu denli tâbi olan Japonya, kendi çıkarlarına dair seyrüsefer özgürlüğünün korunması için 1950'lerden sonra geliştirilmeye çalışan birçok deniz hukuku kuralı ve kavramına karşı çıksa da, gelişmenin önünde duramayarak uyum sağlama yolunu seçmiştir⁹⁸. Bu çerçevede, Japonya'nın tama-

⁹⁷ Bu konuda genel olarak bkz. *supra* dipnot: 4.

⁹⁸ Bilindiği üzere, Japonya kendisine mal gelen güzergâhlar üzerinde konumlanmış takımada devletlerinin şekillendirmeye çalıştıkları tüm kural ve iddialara karşı çıkmıştır. Ama, deniz hukuku çerçevesinde Japonya'nın en önemli karşı durduğu hususlar, kendisinin de uzun süre uyguladığı 3 deniz millik karasuları genişliğinin artırılması ve yeni bir deniz yetki alanı olarak ortaya çıkan münhasır ekonomik bölge konularında kendisini göstermiştir. Japonya uzun süren mücadelesinde başarılı olamayacağını anlamaya başladığında, bu tür iddiaları ilk olarak 1971 yılında 12 deniz millik karasuları genişliğini, bu genişliğin aynı zamanda balıkçılık bölgesini içinde geçerli olması koşuluyla kabul edeceğinin duyurmuştur. Daha sonra, yukarıda da görüleceği üzere, Japonya 1977 yılında karasuları ve 200 deniz millik balıkçılık yetki alanına ilişkin yasal düzenlemeleri kabul etmiştir. Japonya'nın bu konudaki hızlı tutum değişikliğinin sebebi ise, *Oda* tarafından, özetle, uzun zamandır Japonya tarafından öncelikli olarak addedilen okyanus balıkçılığı çıkarlarının hızla gelişen yeni konjonktür çerçevesinde, özellikle de gelişmekte olan ülkelerin hızla gelişen balıkçılık sanayileri karşısında düşüşe geçmesi ve bunun sonucunda Japonya'nın kendisini kendi yetki alanlarını bu devletlere karşı korurken bulması olarak açıklanmaktadır. Bu değerlendirme merkez olarak, konuya ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. **Oda S.**, *Proposals Regarding a 12-Mile Limit for the Territorial Sea by the United States in 1970 and Japan in 1971: Implications and Consequences*, *Ocean Development & International Law*, vol. 22/2, 1991, s. 192-196, özellikle s. 195. Ayrıca, daha genel olarak bkz. **Akaha**, 1985, s. 110 vd.; **Kawasaki T.**, *International Straits: An Issue Concerning Japan's Ratification of the United Nations*

men deniz ticaretine bağlı büyük bir denizci güç olmasına karşılık, meselâ 1970'lerde değerlendirmelerde bulunan bir yazar, özellikle boğazlar konusunda Japonya'nın diğer büyük denizci güçlerle karşılaştırıldığında daha uzlaşmacı bir tutum sergilediğinin altını çizmiş; yine de deniz hukukuna ilişkin kurallar değiştirilmeye çalışıldığında Japonya'nın ağırlığının hissedileceğini ifade etmiştir⁹⁹.

Japonya'nın deniz hukukuyla olan ilişkisinin değerlendirilmesi, öncelikle deniz hukukuna dair evrensel sözleşmeler çerçevesinde durumunun incelenmesini gerekli kılmaktadır. Japonya, 1958 tarihli dört Cenevre Sözleşmesinden sadece ikisine taraftır. Buna göre, Japonya, 10 Eylül 1964 tarihinde yürürlüğe giren 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi ile 30 Eylül 1962 tarihinde yürürlüğe giren Cenevre Açık Denizler Sözleşmesinin 10 Haziran 1968 tarihinde tarafı hâline gelmiştir. Öte yandan, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesini ise, 7 Şubat 1983 tarihinde imzalayan Japonya Sözleşmenin 1994 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, 20 Haziran 1996 tarihinde onaylayarak tarafı hâline gelmiştir. Japonya'nın, 1982 tarihli Sözleşmeye bağlı olarak bir dizi yasal düzenlemeye gitmek suretiyle iç hukukunu ilgili Sözleşmeyle uyumlu hâle getirmeye çalıştığı gözlenmektedir. Bu iç düzenlemeler arasında şunlar sıralanabilir: Karasuları ve Bitişik Bölge Kanunu (kısmî değişiklik); Bu Kanuna ilişkin Uygulama Kararnâmesi (kısmî değişiklik); Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahaneliği Kanunu; Münhasır Ekonomik Bölgede Balıkçılıkla

Convention on the Law of the Sea, *IBRU Boundary & Security Bulletin*, vol. 3/2, 1995, s. 71, 73-74.

⁹⁹ Bkz. Vâli F., *Politics of the Indian Ocean: The Balances of the Power*, New York, 1976, s. 207-208. Ne yazık ki, Vâli'nin tespiti o kadar da isabetli olmamıştır. Nitekim, Japonya'nın, Birleşmiş Milletler'in III. Deniz Hukuku Konferansında Boğazlara ilişkin görüşme özetlerini verdiği metinlerde ("*Straits*" vol. I ve "*Straits*", vol. II) neredeyse yok denecek kadar etkisiz olduğu gözlenmektedir. Bu metinlerden, Japonya'nın, iki kez söz hakkı aldığı görülmektedir. Bu ender görüşlerinden biri de konuya ilişkin oldukça uzlaşmacı bir karakter sergiler biçimde şu şekilde özetlenebilir: özellikle uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlar başta olmak üzere uluslararası trafik için seyrüsefer özgürlüğünün en üst seviyede garanti altına alınmasına işaret eden Japonya, seyrüsefer güvenliği ve kirliliğin önlenmesine dair kıyı devletlerinin meşrû çıkarlarının korunması gereğini de ifade etmekten geri kalmamış ve ayrıca, yine kıyı devletlerinin güvenliğiyle alakalı özel önemlerin alınması gereğinin altını çizmiştir. Bkz. "*Straits*", vol. II, s. 14.

İlgili Egemen Hakların Uygulanmasına Dair Kanun; Bu Kanuna ilişkin Uygulama Kararnâmesi; Deniz Canlı Kaynaklarının Muhafazası ve Yönetimine Dair Kanun; Balıkçılık Kaynaklarının Korunmasına İlişkin Kanun (kısmî değişiklik); Deniz Kirlenmesinden ve Deniz Felaketlerinden Korunmayla Alâkalı Kanun (kısmî değişiklik); Nükleer Maddeler, Nükleer Yakıt Maddeleri ve Nükleer Reaktörlerin Düzenlenmesine İlişkin Kanun (kısmî değişiklik); Denizcilik Güvenliği Ajansı Kanunu¹⁰⁰. Boğazlar bağlamında en önemli iç düzenleme, kuşkusuz, karasuları ve bitişik bölge kanunu ile sağlanmıştır.

Tüm bu genel düzenlemeler bir yana, bazı boğazlarda güvenli seyrüseferin sağlanması amacıyla “Trafik Ayrım Şemaları” (*Traffic Separation Schemes*) uygulanmaktadır. Günümüzde bu trafik ayrım şemalarının uygulandığı beş alanın hepsi de boğaz niteliği taşıyan deniz alanlarıdır ve şu şekilde sıralanabilirler: Kurushima Boğazı, Bisan Boğazı (İç Denizi), Akashi Boğazı, İrago Kanalı ve Urago Kanalı¹⁰¹.

V. Japon Boğazlarının Hukukî Statüsü

Tüm bu anlatılanlardan sonra, Japon Boğazlarının hukukî statüsünün değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bu değerlendirmeyi gerçekleştirirken bir ayrıma gidilerek Japonya tarafından hakkında bir belirlemeye/düzenlemeye

¹⁰⁰ Bkz. **Kim Y.K.**, *Maritime Boundary Issues and Island Disputes in Northeast Asia, Korean Journal of International & Comparative Law*, vol. 25/1, 1997, s. 65 dipnot: 37. Japonya’da, günümüze kadar, meselâ başta adalara ilişkin olmak üzere başka diğer iç düzenlemelere de gidilmiştir.

¹⁰¹ “Traffic Separation Schemes and Information Concerning Routeing Systems Shown on Admiralty Charts”, via www.ukho.gov.uk/productsandservices/maritimesafety/annualnm/17.pdf (son ziyaret tarihi: 07/04/14); “Sailing Directions (Planning Guide)-Pacific Ocean and Southeast Asia”, publication no: 120, 8th edition, Virginia, 2011, s. 211 via <http://library.csum.edu/newpubs/pub120bk.pdf> (ziyaret tarihi: 21/06/14). Japon Hükûmeti tarafından kabûl edilen bu trafik ayrım şemaları haricinde, “Japon Kaptanları Cemiyeti” (*Japanese Captains’ Association*) tarafından ortaya konulan uyulması gönüllülük esasına dayanan; buna karşılık gerek yerel, gerek yabancı deniz otoritelerince güvenli seyirin gerçekleşmesi için uyulan trafik ayrım şemalarının 1985 yılından beri uygulandığı bazı deniz alanları da söz konusudur. Tespit edilebildiği kadarıyla bu alanlar boğaz(lar)a tekabül etmemektedir. Bkz. *ibid.*

gidilen boğazlarla hakkında herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş, en azından tespit edilebilen bir düzenleme bulunmayan boğazlar ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Bu itibarla, Japonya 1977 tarihinde kabul ettiği Karasuları Kanunuyla¹⁰² karasuları genişliğini 12 deniz miline çıkartırken; Kanuna ek düzenlemede, şu beş boğazda 3 deniz millik karasuları genişliğini *geçici olarak* muhafaza etmiştir: Soya Boğazı, Tsugaru Boğazı, Batı Tsushima Boğazı, Doğu Tsushima Boğazı ve Osumi Boğazı¹⁰³. Bu beş boğazdan sadece üçünün iki kıyısı da Japonya'ya aittir. Diğer iki boğaz başka kıyıdaş devletlerle paylaşılmaktadır.

Soya Boğazı: Yukarıda da belirtildiği üzere “La Perouse Boğazı” olarak da bilinen Soya Boğazının hukukî statüsünü iki ayrı dönemde incelemek mümkündür. İlk dönem, bu boğazdaki statü iki kıyıdaş devlet arasında gerçekleştirilen antlaşmalarda yer verilen hükümler doğrultusunda şekillenmiştir. Buna göre, 1904-1905 yılları arasında cereyan eden “Japon-Rus Savaşı”nın (*Russo-Japanese War*) sonunda 16 Ekim 1905 tarihinde Maine’de imzalanan Portsmouth Antlaşmasınının 9. maddesinde şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir: “(Taraflar) *La Perouse Boğazı ve Tartar Boğazındaki serbest seyrişeferi engelleyecek hiçbir askerî önlemi almama konusunda da anlaşmışlardır*”¹⁰⁴. Bir cümle öncesinde, Boğazlar ismen

¹⁰² Konuya ilişkin hüküm, bu Kanunun 1996 tarihli halefinde de aynen korunmuştur. Bkz. via www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/JPN_1996_Law.pdf (son ziyaret tarihi: 29/10/14).

¹⁰³ Japonya'nın bu düzenlemesine ilişkin açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Kawasaki**, s. 71-77; **Kawasaii Urebe T. & Forbes V. L.**, Japan's Ratification of UN Law of the Sea Convention and Its Legislation on the Law of the Sea, *IBRU Boundary & Security Bulletin*, vol. 4/4, 1996-7, s. 92-100. Ayrıca bkz. **Bateman S.**, The Regime of Straits Transit Passage in the Asia Pacific: Political and Strategic Issues, in *Navigational Rights and Freedoms and the New Law of the Sea*, edited by Rothwell & Bateman, The Hague, 2000, s. 106; **Caminos**, s. 216-217; **Jia**, s. 182-183; **Shearer**, s. 214; **Tanaka**, s. 101; **Treves T.**, Codification du droit international et pratique des états dans le droit de la mer, *Recueil des cours*, vol. 223, 1990-IV, 1990, s. 127-128; **Yturriaga**, s. 316-317.

¹⁰⁴ “They also engage not to take any military measures which may impede the free navigation of the Strait(s) of La Perouse and (the Strait of) Tartary”. Antlaşmanın tam metni için bkz. **Takahashi S.**, International Law Applied to the Russo-Japanese War

belirtilmeksizin, buldukları alan çevresinde askerî hiçbir tesisin inşa edilmeyeceği ifade olunan hükümde, görüldüğü üzere, açık bir biçimde, hem Soya Boğazında, hem Tartar Boğazında¹⁰⁵ “geçiş serbestisi ilkesi”ne yer verildiği gözlenmektedir. Antlaşmayla oluşturulan geçiş serbestisine bağlı bu düzen yine iki devlet arasında imzalanan sırasıyla 1907 tarihli¹⁰⁶ ve 1925 tarihli Sözleşmelerde¹⁰⁷ tekrarlanmıştır¹⁰⁸. Fakat, II. Dünya Savaşının hemen öncesinde ve savaş esnasında Japonya, ilgili yükümlülüklerini ihlâl etmiş; Rus gemilerinin geçişine izin vermemiştir¹⁰⁹. II. Dünya Savaşının sonrasında ise, San Francisco Konferansı esnasında Japonya’yla gerçekleştirilecek barış antlaşmasınının 3. bölümüne belirli boğazlardan geçiş serbestisi ve silâhsızlandırılmaya ilişkin hüküm konulmasını teklif eden Sovyet Rusya’nın bu teklifleri ise kabûl edilmemiştir¹¹⁰. Böylelikle, Soya Boğazında uluslararası

with the Decision of the Japanese Courts, (English edition), London, 1908, s. 774-777 özellikle s. 775 veya “Text of the Treaty Signed by the Emperor of Japan and the Czar of Russia”, *New York Times*, October 17 1905 via <http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=9902EFD61431E733A25754C1A9669D946497D6CF> (ziyaret tarihi: 06/03/14). Ayrıca, bkz. **Kovalev**, s. 215; **Verzijl**, s. 140.

¹⁰⁵ Asya anakarası ile Rusya’ya ait Sakhalin Adası arasında konumlanan ve Ohotsk Denizi ile Japan Denizini birbirine bağlayan Tartar Boğazının (Japonca Mamiya Boğazı) esasen iki bağımsız boğazdan meydana geldiği, fakat her birinin bir diğerinin tamamlayıcısı olmasından ötürü genelde bir bütün olarak, yâni tek bir boğazmış gibi ele alındığı belirtilmektedir. 900 km uzunluğundaki boğazın en dar yeri 10 deniz milini aşmamaktadır. Bkz. **López Martín**, s. 96.

¹⁰⁶ *Kovalev* de belirtildiği üzere iki devlet arasında akdedilen 31 Ocak 1907 tarihli Sözleşme.

¹⁰⁷ Bolşevik ihtilâlden sonra iki devlet arasında 20 Ocak 1925 tarihinde Pekin’de imzalanan “*Japonya ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Arasındaki İlişkileri Yapılandırılan Temel Kurallara Dair Sözleşme*”nin 2. maddesinde, taraflar, açıkça, 1905 tarihli Portsmouth Antlaşmasının tüm hükümlerinin tam bir biçimde geçerliliğini koruyacağını belirtmişlerdir. Bkz. “Convention Embodying Basic Rules of the Relations between Japan and the Union of Soviet Socialist Republics”, *LNTS*, no: 866, 1925, s. 31-52, özellikle s. 32.

¹⁰⁸ Ayrıca, bkz. **Kovalev**, s. 215.

¹⁰⁹ Bkz. **Kovalev**, s. 215-216.

¹¹⁰ Bkz. **Deaton**, s. 30; **Kovalev**, s. 216. Ayrıca, bkz. **Butler** W. E., *The Law of Soviet Territorial Waters: A Case Study of Maritime Legislation and Practice*, New York, 1967, s. 78; **Park**, s. 178.

antlaşmayla öngörülen hiçbir düzenlemenin olmadığı bir döneme girilmiştir. 1977 tarihli karasuları genişliğini 12 deniz miline çıkartan Kanunun ilgili ekinde, Japonya, diğer dört boğazla birlikte Soya Boğazındaki karasuları genişliğinin esas hatlardan itibaren 3 deniz mili olacağını belirlemiştir. Bu şekilde bir düzenlemeyle, Rusya'nın 12 deniz millik karasuları genişliği karşısında, Japonya, ilgili boğazda seyrüseferin serbestçe gerçekleştirilebileceği açık deniz alanını (koridorunu) muhafaza etmiş olmaktadır¹¹¹. Bir başka deyişle, ilgili koridor çerçevesinde Soya Boğazında ister ticarî ister savaş gemisi olsun tüm gemiler (uçaklar da dâhil)¹¹² seyrüsefere ilişkin açık deniz serbestisinden yararlanmaya devam etmektedirler.

¹¹¹ Yaklaşık 8 deniz millik bir açık deniz koridoru söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, Amerika Birleşik Devletleri'nin incelemesinde, özellikle Rusya'nın tutumunun bilinmemesi ve iki kıyıdaş arasında bir sınırlandırma antlaşması hâlihazırda akdedilmemiş olmasından ötürü bir açık deniz koridoru genişliği verilmekten imtina edilmiştir. Bkz. "Straight Baseline and Territorial Sea Claims: Japan", *Limits in Seas*, no: 120, Washington D.C., 1998, s. 13 via www.law.fsu.edu/library/collection/limitsinseas/Is120.pdf (son ziyaret tarihi: 07/04/14). Bundan sonra kısaca ("*Limits in Seas-Japan*").

¹¹² Uluslararası deniz hukuku çerçevesinde uçakların açık deniz üzerindeki hava sahasını kullanmaları serbesttir. Bkz. 1958 tarihli Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi m. 2 (4) ve 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 87/1(b). Öte yandan, uluslararası hava hukuku açısından ise 1944 tarihli kısaca "Chicago Sözleşmeleri" olarak da anılan dört Sözleşmeden biri olan "Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi" (*Convention on International Civil Aviation*) m. 12 dikkate alınmalıdır. Bu maddenin ilgili kısmında açık denizler üzerinde bu Sözleşmeye göre oluşturulan kuralların yürürlükte olacağı açıkça belirtilmektedir. Bu çerçevede, "Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü" (*International Civil Aviation Organization-ICAO*) m. 12 dâhilinde açık denizler üzerinde hava seyrüsefer kurallarını da ihtiva eden II. Eki kabul etmiştir. Böylelikle, açık denizler üzerinde tüm devletler için standart bir uygulama hedeflenmiştir. Konuya dair daha geniş bilgi için bkz. **Abeyratne**, s. 22-25 ve 28-29; **Hailbronner**, s. 490-491; **Heller**, s. 135-138; **Milde**, s. 37-38. Burada esas sorun, münhasır ekonomik bölge üzerindeki hava sahasının durumudur. Bu durumun karşısında ise iki şık söz konusudur. İddialar çerçevesinde, bu deniz yetki alanının *sui generis* özelliğinden ötürü açık deniz olmadığı ve dolayısıyla 1944 tarihli Sözleşme m. 12 kapsamında geliştirilen II. Ekin bu hava sahasında kullanılmayacağı bir şıkkı oluştururken, ikinci şıkkı ise, her ne kadar münhasır ekonomik bölge *sui generis* bir niteliği haiz olsa da, açık denizlerdeki gibi serbestinin devam ettiği ve böylelikle Ek II'nin (ve varsa diğer düzenlemelerin) uygulanabileceği iddia edilmektedir. Bu konu hakkında daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Hailbronner**, s. 503 vd.; **Heller**, s. 144-148; **Milde**, s. 40-41; **Oduntan**, s. 135-

Batı Tsushima Boğazı: Kore Yarımadası ile Japonya'ya ait Tsushima Adası arasında konumlanan ve Japon Denizini Doğu Çin Deniziyle bağlayan bu boğazın en dar yeri¹¹³ 23.2 deniz miliyken en geniş yeri¹¹⁴ ise 26.6 deniz milidir¹¹⁵. Japonya 1977 tarihindeki düzenlemeyle bu boğazda karasuları genişliğini 3 deniz mili olarak sabit tutmuştur. Diğer kıyıdaş devlet olan Güney Kore de, tıpkı Japonya gibi, Batı Tsushima Boğazına denk gelen kısımda karasuları genişliğini 3 deniz mili olarak korumuştur¹¹⁶. Böylelikle, boğazın en dar yerinde yaklaşık 17.2 deniz millik bir açık deniz koridoru muhafaza edilmiş olmaktadır, ki bu koridorda seyrüsefere ve uçuşa ilişkin açık deniz serbestileri geçerliliğini korumaktadır.

Tsugaru Boğazı, Doğu Tsushima Boğazı ve Osumi Boğazı: Adı geçen bu üç boğazın iki kıyısının da Japonya'ya ait boğazlar olduğu görülmektedir. 12 deniz millik karasuları genişliğiyle birlikte en dar kesimlerinde tamamen Japon karasularıyla kaplanacak olan bu boğazlarda, Japonya, serbest seyrüseferin sürececeği açık deniz koridorunu muhafaza etmek adına 3 deniz millik karasuları genişliğini korumayı tercih etmiş; dolayısıyla, benimsenen

141. *Churchill ve Lowe* ise, konuya ilişkin değerlendirmelerinde her iki şıkkı da belirttikten sonra, bizim de katıldığımız üzere, uygulama bağlamında ikinci şıkkın ağır bastığını ileri sürmektedirler. Bkz. **Churchill & Lowe**, s. 173

¹¹³ Namhyöngche Adası ile Tsushima Adalarından Saozika arasına tekâbül etmektedir.

¹¹⁴ Güney Kore'ye ait Hong Adasıyla Tsushima Adalarından Gozaki arasına tekâbül etmektedir.

¹¹⁵ Bkz. **Pak**, 1988, s. 3. Ayrıca, bkz. *supra* dipnot: 42.

¹¹⁶ Güney Kore'nin 1977 yılında kabul ettiği 3037 no'lu "Karasuları Kanunu" (Territorial Sea Law) m. 1 uyarınca 20 Eylül 1978 tarihinde çıkartılan "Uygulama Kararnâmesi" m. 3 ve Ekleri bağlamında Kore Boğazında 3 deniz mili karasuları genişliği korunmuş; aynı düzenleme 18 Aralık 2002 tarihinde çıkartılan "Uygulama Kararnâmesi" ile aynen muhafaza edilmiştir. Bu metinler için sırasıyla bkz. via www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/KOR_1977_Law.pdf (ziyaret tarihi: 06/04/14); via www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/KOR_1978_Decree.pdf (ziyaret tarihi: 06/04/14); via www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/KOR_2002_Decree.pdf (ziyaret tarihi: 06/04/14) Ayrıca, bkz. **Alexander**, 1986, s. 303; **Bateman**, s. 106; **Caminos**, s. 218; **Pak**, 1988, s. 75-76; **Pak**, 1996, s. 57-60; **Park**, s. 184; **Roach A. J. & Smith R. W.**, *Excessive Maritime Claims*, 3rd edition, Leiden, 2012, s. 138 açıklama notu (m); **Treves**, 1990, s. 128; **Van Dyke**, 2009, s. 229.

düzenlemeyle Japonya'ya ait bu üç boğazda seyrüsefer serbestisinin söz konusu olduğu açık deniz koridorları mevcut kılınmıştır¹¹⁷.

Japonya'nın 3 deniz mili karasuları genişliğini korumak suretiyle sayılan beş boğazda açık deniz koridoru muhafaza etmesi¹¹⁸ akla da bazı soruları getirmektedir. Her şeyden evvel, Japonya, kendisine ait bu beş boğazda neden açık deniz koridoru muhafaza etmeye çalışmıştır? Cevabı aranacak bir diğer soru ise, Japonya'nın bu beş boğazı neye göre belirlemiş olduğudur?

Öncelikle, II. Dünya Savaşından sonra Japonya'nın içine düştüğü konum (yenilen devlet) ve bunun sonucu olarak 1946 tarihli Japon Anayasası¹¹⁹ bu duruma neden olan en önemli etkenlerdir¹²⁰. Barışçıl bir

¹¹⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nin hazırladığı incelemeye göre, Osumi Boğazının en dar yerinde 8 deniz millik açık deniz koridoru mevcutken, yaklaşık 80-90 mil uzunluğundaki Tsugaru Boğazının ortalarında açık deniz koridoru 7 deniz mil genişliğe kadar düşmekte ve bu koridor bu şekilde yaklaşık 30 deniz mili devam etmekte ve en son olarak Doğu Tsushima Boğazının en dar yerinde 10 deniz millik bir açık deniz koridoru söz konusu olmaktadır. Bkz. "Limits in Seas-Japan", s. 13.

¹¹⁸ Hemen belirtmelidir ki, Japonya'nın bu uygulaması tek değildir. Meselâ, İsveç'in, yukarıda da belirtilen 1857 tarihli Kopenhag Antlaşmasıyla düzenlenen kesimler hariç, Danimarka ile arasında yer alan belirli su kesimlerinde benzer düzenlemelere gittiği belirtilmektedir. Bu konu hakkında bkz. **Nandan S. N. & Anderson D. H.**, Straits Used for International Navigation: A Commentary on Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, *British Yearbook of International Law*, vol. 60, 1989, s. 178. Paralel şekilde, *Oxman* da, Japonya'nın benimsediği boğazlarda karasuları genişliğini 3 deniz miliyle sınırlı tutma anlayışının diğer devletler arasında da uygulandığını belirterek şu devletler arasındaki uygulamaları örnek göstermiştir: Almanya-Danimarka ve Danimarka-İsveç-Finlandiya. Bkz. **Oxman B. H.**, Applying the Law of the Sea in the Aegean Sea, in *Problems of Regional Seas 2001*, edited by Öztürk & Algan, İstanbul, 2001, s. 279.

¹¹⁹ Japon Anayasası 3 Kasım 1946 yılında yayımlanmış ve 3 Mayıs 1947 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1946 tarihli "Japon Anayasası" metninin tam İngilizce çevirisi için bkz. via http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html (ziyaret tarihi: 28/06/14).

¹²⁰ Japon Anayasasının Giriş kısmında Japon Halkının barışsever olduğunun ve tüm zamanlar için barışı arzuladıklarının, bunun içinde ellerinden geleni yapacaklarının altı çizilmiştir. Anayasanın "Savaştan Feragât" (*Renunciation of War*) başlıklı 9. maddesinde ise, Japon Halkının sonsuza dek halkın bağımsız bir hakkı olarak savaştan feragât ettiğini ve uluslararası uyumsuzlukların çözümünde kuvvet kullanımı ve tehinde bulunulmama çağını düzenlemektedir.

toplum düzeni öngören Anayasanın bu düzenlemelerinin ışığı altında dönemin Japon Başbakanı 1968 yılında “3 nükleer kuralını” (*three non-nuclear principles*) açıklamıştır. Bu ilke gereğince, Japonya, özetle, nükleer silâh ve materyal üretmeyecek, sahip olmayacak ve topraklarında nükleer silâh ve materyale izin vermeyecektir¹²¹. Bu düzenleme ile, Amerika Birleşik Devletleri’nin müttefiki olan ve ülkesinde de Amerikan askerî üsleri bulunan Japonya, Pasifik Okyanusuyla bağlantı kuran ve kıyısının bulunduğu önemli boğazlarda 3 deniz millik karasuları genişliğini korumak suretiyle ortaya çıkabilecek tatsız durumların önüne geçmiş olmayı amaçlamıştır¹²².

İkinci soru olan Japonya’nın bu beş boğazı neye göre belirlediği sorusuna cevabı *Akaha*’nın yazdıklarında bulmak mümkündür. Buna göre, *Akaha*, Japon Hükûmetinin beş boğazı belirlerken şu üç kriteri beraberce değerlendirdiğini belirtmiştir:

- 3 millik genişlik benimsenmişken açık deniz koridoru ihtiva eden beş boğazdaki ilgili bu koridorların 12 deniz millik genişliğin kullanımıyla birlikte kaybedilecek olması,

- Beş boğazın da iki denizi birbirine bağlıyor olması-Pasifik Okyanusu ve Japon Denizi,

- Boğazların diğer ülkeler arasında önemli bir seyrüsefer güzergâhı oluşturması ve yabancı gemi geçişinin sıklık arz etmesi¹²³.

Akaha, Japon resmî belgelerine dayanarak belirtilen bu üç kriterin¹²⁴ uygulanmasının yeknesak olmadığına işaret ederek, Izu Shoto Adaları ve Natsuke Kanalı çevresindeki deniz alanlarının¹²⁵ da bu kriterleri, özellikle de yabancı gemi geçişinin sıklık göstermesi kriterini, karşıladığını ve fakat ilk

¹²¹ Bu ilke ve bu ilkenin boğazlarda benimsenen düzenlemeyle olan ilişkisine dair daha ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için bkz. *Akaha*, 1985, s. 97, 99 ve hattâ s. 117-127; *Kawasaki*, s. 74-76; *Pak*, 1988, s. 79-82.

¹²² Ayrıca, bu çerçevede SSCB’nin nükleer gemi ve denizaltıları da unutulmamalıdır.

¹²³ Bkz. *Akaha*, 1989, s. 128.

¹²⁴ *Akaha*’nın *Mizukami*’ye dayanarak belirttiği kriterlere ilişkin Japon resmî kaynağı şu şekildedir: “Temsilciler Meclisinin Tarım, Ormanlık ve Balıkçılık Komitesi Tutanakları (20 Nisan 1977)” (*Minutes of the House of Representatives’ Agriculture, Forestry and Fisheries Committee*), s. 7. Bkz. *Akaha*, 1989, s. 138 arka not: 119.

¹²⁵ Adı geçen bu iki deniz alanı da Hokkaido ve Kunashiri Adaları çevresinde yer almaktadır.

örnek için 12 deniz miline çıkartılan karasuları zengin balık kaynaklarının Japonya adına güvence altına alındığını, ikinci örnek içinse Rusya Federasyonu ile egemenlik sorunlarının yaşandığı Kunashiri Adasına ilişkin ülkesel iddiaların güçlendirilmesi amacının güdüldüğünü ifade etmekten geri kalmamıştır¹²⁶.

Bu beş boğaz haricinde diğer Japon Boğazlarının hukukî rejimlerinin değerlendirilmesinde de yarar vardır. Genel olarak belirtmek gerekirse, Japonya, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi tarafı bir devlet olarak Sözleşmenin boğazlara ilişkin III. Bölümüyle bağlıdır ve bunun sonucu olarak kendisine ait boğazlarda Sözleşmede yer alan düzenlemelere uyacağı düşünülmelidir.

İlk olarak, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde Messina istisnası olarak da anılan m. 38/1'deki düzenlemeye uyan üç Japon Boğazının olduğu doktrinde ifade edilmektedir: Okushiri Boğazı, Rishiri Boğazı ve Sado Boğazı¹²⁷. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin tarafı olan Japonya'nın bu durumu göz önüne alındığında, Japonya'ya ait bu üç boğazından m. 45/1(a) çerçevesinde "askıya alınamayan zararsız geçiş hakkı"nın geçerli olduğu ifade edilebilecektir. Fakat, bu şekilde bir belirlemeye gidilmeden evvel, bu rejimin uygulanmasını engelleyebilecek bir durumun mevcut olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Japonya, 1996 tarihli Kanun ve ona ilişkin uygulama karnâmesinde belirlemiş olduğu düz esas hatlar sistemi içerisinde bu adalardan da geçirilen hatlara yer vermiş¹²⁸, diğer bir deyişle bu adalar ve anakara arasında kalan su alanlarını teşkil eden bu boğazların sularının tümü Japon iç suları hâline gelmiştir. Bu durum bu boğazlarda uygulanacağı belirtilen geçiş

¹²⁶ Bkz. Akaha, 1989, s. 128.

¹²⁷ Bkz. Alexander, 1986, s. 302. Ayrıca, bu konuda Alexander'ın oluşturduğu listelere de bakılabilir. Bkz. Alexander, 1986, s. 206-207; Alexander, 1987, s. 487-488. Ayrıca, Alexander'ın konuya ilişkin bu belirlemelerine yer veren yazarlara da bakılabilir. Meselâ, bkz. Scovazzi, 2014, s. 145; Valencia M. J., International Conference on the Sea of Japan: Transnational Ocean Management Issues and Options for Cooperation, Honolulu, 1989, s. 152.

¹²⁸ 1996'daki düzenlemelerle benimsenen Japon düz esas hatlar sistemine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. "Limits in Seas-Japan", s. 3-12. Öte yandan, Japonya'nın 1996 yılında belirlediği esas hatlar sistemine dair ciddi eleştiriler için bkz. Kim, s. 66-77.

rejimini engeller veya ortadan kaldırır mı? Sorunun cevabı için, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 35/a'ya bakılması gerekmektedir. Bu maddede, önceden iç sular niteliği taşımayan ve fakat düz esas hatların tercih edilmesi sonucu kapatılarak iç sular hâline geliveren boğazlarda 1982 Sözleşmesinin boğazlara ilişkin III. Bölüm kurallarının uygulanması öngörülmektedir¹²⁹. Bu itibarla, Japonya'ya ait adı geçen bu üç boğazın (Okushiri Boğazı, Rishiri Boğazı, Sado Boğazı) suları 1996 öncesinde iç sular teşkil etmediği için askıya alınamayan zararsız geçiş hakkının uygulanacağı rahatlıkla ifade edilebilecektir¹³⁰.

Bu boğazlar dışında, özellikle Ryukyu Adalarını oluşturan ada grupları dâhilinde kalan 24 deniz mili mesafeyi aşmayan ve uluslararası seyrüseferde kullanılan Japon Boğazlarından, en azından 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, transit geçiş rejiminin geçerli olduğu kabûl edilmelidir. Ryukyu Adalar zinciri dâhilindeki bu boğazlar, özellikle Doğu Çin Denizinden Pasifik Okyanusuna bağlantı sağladıkları göz önünde tutulduğunda¹³¹, uluslararası seyrüseferde

¹²⁹ Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **López Martín**, s. 69-76. *López Martín*, özellikle, m. 35/a çerçevesine giren boğazlara ilişkin, eğer önceden iç sular teşkil etmiyorlarsa, III. Bölüm hükümlerinin uygulanmaya devam etmesinin, şartları taşımak kaydıyla, transit geçiş rejiminin uygulanabileceği anlamına da geldiğinin altını çizmiştir. Bkz. *ibid.*, s. 72. Nitekim, doktrinde konuya ilişkin açıklama yapan yazarların da bu yönlü görüş bildirdikleri gözlenmektedir. Bkz. **Caminos**, s. 129-130; **Dunlap W. V.**, Transit Passage in the Russian Arctic Straits, *IBRU Maritime Briefing*, vol. 1/7, 1996, s. 12, 29, 34, 43, 46 ve 54; **El-Mor**, s. 53. Oysa, karşı görüşü savunan yazarlar da vardır. Meselâ, **George** m. 35/a'nın geçerli olduğu boğazlarda hiçbir şekilde transit geçiş rejiminin uygulanmayacağını savunmaktadır. Bkz. **George**, s. 193. Bu çok teorik tezler bir yana, m. 35/a çerçevesinde ele alınan üç Japon Boğazının da zaten askıya alınamayan zararsız geçiş rejimine tâbi olmaları, transit geçişin uygulanıp uygulanmayacağı sorununu bu boğazlar açısından dışlamaktadır.

¹³⁰ *López Martín*, konuya ilişkin Japonya'dan sadece iki boğazı listelemiştir: Rishiri Boğazı ve Sado Boğazı. Okushiri Boğazı ise, listelenmediği gibi bir açıklamaya da rastlanmamıştır. **López Martín**, s. 74. 1996 yılında belirlenen esas hatlar Okushiri Boğazını da kapsadığı gibi, bu boğazın kapatılarak iç sular hâline getirilen sularının daha önceden bu niteliği haiz olduğuna dair bir kanıt da rastlanmamıştır. Dolayısıyla, bu konuya ilişkin listelenen boğazlar arasında Okushiri Boğazına da yer verilmesinde bir sakınca görülmemiştir.

¹³¹ Buna karşılık, **Rhee** ve **MacAulay**, coğrafi olarak değerlendirildiğinde Doğu Asya Denizleri içerisinde en az kapalı olan "Doğu Çin Denizi"nin, ne yazık ki doğusunun

kullanıldıkları da kabûl edilmiş olmaktadır. Bu durumda, bu boğazlardan transit geçiş rejiminin söz konusu olduğu ifade olunabilecektir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken bir hususu ifade etmekte yarar vardır. Özellikle Ryukyu Adaları dâhilinde bulunan ada grupları arasında kalan boğazlardan genişliği açık deniz koridoru ihtiva edecek seviyede olanlar, bir başka deyişle genişlikleri 24 deniz mili aşkın olanlar III. Bölüm uygulaması dışında kalmaktadırlar¹³². Daha açık ifade etmek gerekirse, bu boğazlar, açık deniz koridorunun olmasının da bir sonucu olarak, transit geçiş rejimi başta olmak üzere 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin III. Bölümünde yer alan geçiş rejimlerinden birisine dâhil olmayacaklar¹³³ ve

çok sayıda ada ve sıklıkla kaplandığı için, bu deniz alanının diğer denizlere en geniş çıkış noktalarının aslında kuzeydoğuda Japon Denizine açılan Kore Boğazıyla (Tsushima Boğazı), güneybatıda Güney Çin Denizine açılan Formoza Boğazı (Tayvan Boğazı) olduğunun altını çizmişlerdir. Bkz. **Rhee S. M. & MacAulay J.**, *Ocean Boundary Issues in East Asia: The Need for Practical Solutions*, in *Ocean Boundary Making: Regional Issues and Development*, edited by Johnston & Saunders, Kent, 1988, s. 78.

¹³² Ryukyu Adalarına ait gruplar içerisinde güneye gidildikçe mesafelerin bazı kesimlerde daha fazla olduğu gözlenmektedir. Meselâ, yukarıda da vurgulandığı üzere Okinawa Adasının güneyinde bu ada ile Miyako Adası arasındaki Miyako Boğazının genişliği yaklaşık 145 deniz mili civarındadır.

¹³³ Esasen, burada bu kesinlikte bir yargıya varmak ne kadar doğru olacaktır, tartışılır. Çünkü, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 36'da açık deniz koridoru ihtiva eden veya münhasır ekonomik bölgeden geçen bir güzergâhın bulunması durumunda ilgili bölüm hükümlerinin, yâni uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlara ilişkin rejimlerin düzenlendiği III. Bölümde yer alan hükümlerin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Zaten, bu düzenleme dahi, bizim başından beri vurgulamaya çalıştığımız, 24 deniz mili geçen boğazların herhangi bir düzenlemeye tâbi olamayacakları (düzenlemede de belirtilen ve istisna teşkil eden husus için bkz. *infra* dipnot: 134) ve bu bağlamda, bir sınıflandırma kalemi teşkil etmeyecekleri iddiasını desteklemektedir. *Treves* ise, bu düzenlemenin, gereksizliğinin altını çizdikten sonra, Yugoslavya tarafından Otranto Boğazı düşünülerek ısrarla Sözleşmeye zerk edilmeye çalışıldığını ve sonunda da bunun başarılı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Treves**, 1991, s. 952-953. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **López Martín**, s. 82 dipnot: 267; **Vio I.**, *The Strait of Otranto: The Legal Regime, Navigational Aspects and Geopolitical Significance for the Adriatic States*, in *The Proceedings of the Symposium on the Straits Used for International Navigation*, edited by Öztürk & Özkan, İstanbul, 2002, s. 65-66; **Vukas B.**, *The New Law of the Sea and Navigation: A View from the Mediterranean*, in *The Law of the Sea: Selected Writings*, edited by Vukas, Leiden, 2004, s. 146-147. Gerçek-

dolayısıyla, bu boğazlarda açık deniz koridoru çerçevesinde açık denizde seyrüsefer serbestisi geçerli olacaktır, meğer ki ilgili açık deniz koridorunda ilerlemeyi/seyrüseferi imkânsızlaştıracak veya önleyecek herhangi bir engel olmasın¹³⁴.

Tüm bunların yanı sıra, “ulusal boğaz” olarak kabûl edilebilecek Japon Boğazlarının olduğu gerçeği de gözden kaçırılmamalıdır. Bu konu incelenirken, öncelikle ele alınması gereken husus “ulusal boğaz” kavramı olmalıdır. Ulusal boğaz kavramının, ne yazık ki, uluslararası hukukta kabûl edilen

ten de, III. Deniz Hukuku Konferansında boğazlara ilişkin görüşme kayıtları incelendiğinde bu düzenlemenin Yugoslavya tarafından önerildiği ve kabûl edilene kadar ısrarla takip edildiği gözlenmektedir. Bkz. “*Straits*”, vol. II, s. 107, 114-115, 117, 118, 132 ve 153.

¹³⁴ Yukarıda da belirtildiği üzere, Yugoslavya tarafından sürdürülen ısrarlı tutumun sonucu 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 36’da düzenlenen bu husus, açık bir biçimde, karasuları genişliğinin iki katından fazla olan boğazlarda açık deniz koridoru ihtiva edileceği için açık deniz serbestilerinden en önemlisi olan seyrüsefer serbestisinin doğrudan uygulanacağı, dolayısıyla bu tür boğazların boğazlara ait rejimin bir parçası olmayacakları ortaya konulmuştur. Bariz olanı ifade ettiği için bazı yazarlar tarafından oldukça gereksiz bir düzenleme olarak nitelendirilen (bkz. **Treves**, 1991, s. 952) bu düzenlemeyi bu şekilde değerlendirmenin doğru olmadığı; bu düzenlemenin, transit geçişe dair anormal durumları mercek altına alan *Langdon* tarafından, özetle, düz mantıkla hareket edilmeden değerlendirilmesi gerektiği ve belirli durumlarda ilk bakışta açık deniz koridoru ihtiva ettiği düşünülen bir boğazda durumun hiç de öyle olmadığı örneklemelerle ifşa edilmiştir. Bkz. **Langdon**, s. 131-132. Bu duruma ilişkin en belirgin örneklerden biri Torres Boğazı olarak gösterilebilir. Papua Yeni Gine ve Avustralya arasında konumlanan oldukça uzun bu boğazın, haritaya ilk bakışta seyrüsefere ilişkin herhangi bir tartışmayı gündeme getirmeyeceği düşünülebilir. Nitekim, Torres Boğazında iki kıyı arasındaki mesafe 150 mil olarak ifade edilse de, suları oldukça sığ olan bu boğaz aynı zamanda birçok ada, adacık, kayalık ve sıklıkla kaplıdır. Dolayısıyla, boğazı kat eden bir gemi, derinliği ve izlediği güzergâh ne olursa olsun bir şekilde ilgili kıyı devletlerinin karasularından geçmek zorunda kalacaktır. Yâni, ilgili boğazda geçişin, en azından bir bölümü, fiziksel coğrafi özellikler sebebiyle açık deniz koridorundan muaftır. Torres Boğazının ilgili fizikî özellikleri ve geçişe ilişkin seyrüsefersel durumlara dair bkz. **Kaye**, s. 1-4 ve 82 vd. Tüm bu anlatılanların açık ettiği üzere, salt haritaya bakarak yüzeysel bir değerlendirme yerine, her bir boğazın durumu (burada bahsedilen şüphesiz karasuları genişliğinin iki katını aşan ve dolayısıyla açık deniz koridoru ihtiva ettiği düşünülen boğazlardır), o boğaz alanına ilişkin fizikî coğrafyanın özellikleri ele alınarak, münhasıran mütalâa edilmelidir.

resmî bir tanımı bulunmamaktadır¹³⁵. Buna karşılık, örneğin Türk doktrininde, ulusal boğaz kavramının coğrafi temelde ele alındığı gözlenmektedir¹³⁶. Benzer bir yaklaşımın uluslararası doktrinde de olduğu yadsınmaz¹³⁷. Doktrindeki tanımlamalar çerçevesinde, en basit hâliyle, ulusal

¹³⁵ Burada dikkat edilmesi gereken husus, her uluslararası olmayan boğaz “ulusal boğaz” demek değildir. Yukarıda kısaca bahsedildiği gibi, uluslararası hukukun boğazları ele alışı, en azından şimdilik, boğazlardan geçiş sorunu temelinde gerçekleşmiştir. Yâni, seyirüsefere müsait açık deniz koridoru ihtiva eden boğazlar, uluslararası boğaz niteliğini haiz olarak değerlendirilmemektedir. Bu konuda, meselâ, yukarıda daha önce belirtilen, *Caminos*’un ifadeleri bir kez daha seslendirilebilir: “*Terim* (uluslararası boğazlar), genellikle, kıyıdaş devlet veya devletlerin karasuları dâhilinde kalan boğazlar için kullanılır Açık denizin parçası olan bir boğaz, terimin hukukî anlamında uluslararası bir boğaz değildir, ...”. Bkz. **Caminos**, s. 19.

¹³⁶ *Meray* 1960 tarihli eserinde şunları dile getirmiştir: “*Andlaşma ile düzenlenmedikleri takdirde, bir iç denizle açık denizi birleştiren boğazlar, iki kıyıları da aynı Devletin hâkimiyeti altında ise, sahildar Devletin ülkesinin bir parçası sayılmaktadır; bu çeşit boğazların suları iç sular rejimine tâbidir*”. Bkz. **Meray** S. L., *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt I, II. Bası, Ankara, 1960, s. 333.

Pazarıcı ise, ulusal boğazı şu şekilde tanımlamaktadır: “*Genellikle, tek bir devletin kıyıdaşı bulunduğu ya da kapalı denize bağlanan dar deniz yolları ulusal boğazları oluşturmaktadır*”. Bkz. **Pazarıcı** H., *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, gözden geçirilmiş 6. baskı, Ankara, 1999, s. 368.

Özman ise ulusal boğazı şu şekilde bir reçeteyle ortaya koymaktadır: “*... boğazın, bir devletin iç sularını açık denize bağlayan dar ve doğal su yolu niteliğinde olması durumunda, her iki kıyısı da aynı devlete ait olmak koşuluyla, boğazın gerek geçiş rejiminin düzenlenmesi, gerek diğer konular yönünden, sahildar devletin egemenliği altında olacağına tereddüt yoktur*”. Bkz. **Özman**, s. 357.

¹³⁷ Meselâ, Rus yazar *Volkov*, şu şekilde bir tespitte bulunmaktadır: “*Boğazlar ve kanallar, her iki kıyısı da aynı devlete aitse (ve) kıyı devletinin iç sularına açılıyorsa, ulusal sular olarak sınıflandırılırlar*”. Bkz. **Volkov** A.A., *Maritime Law* (translated from Russian), Jerusalem, 1971, s. 80. Polonyalı yazarlardan *Symonides* ise, konuya ilişkin olarak yerel önemi haiz boğazlara ilişkin Solent ve Fehmarn Boğazlarını örnek gösteren *Makowski*’nin görüşlerine yer vermiştir. Bu bağlamda, Makowski uluslararası gemicilik için vazgeçilmez boğazlarla yerel öneme sahip boğazlar arasında bir ayrıma gidilmesi gereğinin altını çizmiş, ilk tür boğazların birden fazla kıyıdaş olduğu ve uluslararası deniz iletişim yollarını oluşturduklarını vurgulamıştır. Makowski’nin yer verdiği bu açıklamalarından sonra *Symonides* ise, kıyıları aynı devlete ait olan ve Azov Denizini Karadeniz’le bağlayan Kerç Boğazı örneğinde olduğu gibi, kıyı devletinin ülkesiyle çevrili kapalı bir deniz alanını açık denizle bağlayan boğazların, ilgili devletin münhasır egemenliği altındaki iç sularını teşkil ettiğini belirtmiş ve bu statünün belirlenmesinde

boğaz, iki yakası da aynı devlete ait ve o devletin iç sularını yine o devletin iç suları, karasuları veya açık deniz alanlarıyla bağlayan 24 deniz mili genişliği aşmayan ve özellikle seyrüsefer bağlamında başka devletler lehine tarihsel bir hakkın tanınmadığı boğazlardır. Tabii ki, bu boğazlar, tanımın da ortaya koyduğu üzere uluslararası seyrüseferde kullanılmayan boğazlar niteliğindedir. Bu bağlamda, 1949 tarihli Korfu Boğazı Dâvasında, Arnavutluk, ilgili boğazın, boğaz olduğunu inkâr etmeksizin, üzerinde geçiş hakkı olan uluslararası güzergâhlardan birini teşkil etmediğini, sadece tâlî bir güzergâh olduğunu ve dahası açık denizler arasında zarurî bir yoldan çok yerel trafik için kullanılan bir boğaz olduğunu öne sürmüştür¹³⁸. Uluslararası Adalet Divanı, Arnavutluk'un tüm bu iddialarını reddederken, özetle şu hususlar üzerinde durmuştur: bir boğazın iki açık deniz alanını birbirine bağlaması ve uluslararası seyrüseferde kullanılıyor olması yeterliyken, bu kullanımın bir zarureti gerekli kılmasına lüzum olmadığı ve alternatif bir güzergâh olarak kullanışlı olmasının yeterli olduğu sonucuna varılırken, çeşitli ülke Gemilerinin bu boğazı kullandığına işaret edilmiş, incelemelerde sadece Korfu Limanına uğrayan gemilerin dikkate alındığı, oysa ilgili boğazda transit geçiş yapan gemilerin de olduğu gerçeğine özellikle vurgu yapılmıştır¹³⁹. Tüm bu aktarılanların ortaya koyduğu üzere, ulusal boğazlar, uluslararası

kapalı denizin değil, boğazın kendi statüsünün etkili olduğunun da altını çizmiştir. Bkz. **Symonides**, s. 123 ve dipnotlar 18 ve 20. Bir diğer Leh yazar *Równy* ise, kıyı devletinin egemenliği altındaki bir deniz alanında konumlanmasına rağmen, sadece tek bir devletin karasularına ya da iç sularına açık denizden doğrudan geçiş sağlayan boğazların hukukî rejimlerinin o boğazların sahibi olan devletlerin karasuları ve iç suları olduğunu vurgulamıştır. Bkz. **Równy**, s. 59. *Jia* da benzer şekilde “İç Suları ve Açık Denizler Arasındaki Boğazlar” (*Straits between Internal Waters and High Seas*) alt başlığında kıyıları tek bir devlete ait olan ve o devletin iç sularını bağlayan boğazların o devletin iç suları olarak mütalâa edileceğini ve yabancı gemilere müsaade edilmeyebileceğini vurgulamaktadır. Bkz. **Jia**, s. 16. Bunlara karşılık, *O'Connell*, bir boğazın uluslararası hukuk rejimine tâbi olup olmadığının belirlenmesinde fizikî konum ve özelliklerinin yanı sıra, “uluslararası denizcilik çıkarları” (*international maritime interests*) ve “mahallî ekonomik çıkarlar”ın (*local economic interests*) da gözetilmesi gereğine vurgu yapmaktadır. Bkz. **O'Connell** D. P., *International Law*, vol. I, 2nd edition, London, 1970, s. 495. (*O'Connell*'in bu görüşleri, yukarıda ifade edilen **Makowski**'nin görüşleriyle uyumaktadır).

¹³⁸ Bkz. Karar metni, s. 28.

¹³⁹ Bkz. Karar metni, s. 28-29.

seyrüseferde kullanılmayan boğazlardır¹⁴⁰. Tabî ki, bu ilgili boğazın bağladığı iç sular alanında ilgili devletin limanının olması ve buna yönelen üçüncü ülkelere ait ticaret gemilerinin olması, durumu etkilemeyecektir. Zaten, Anglo-Sakson hukukunda bu tip boğazların körfezlere ilişkin uygulamalara tâbi olduğu kabûl edilmektedir¹⁴¹. Ulusal boğazlar hakkındaki genel açıklamalara en son eklenebilecek husus, konuya ilişkin olarak, atipik bazı örneklemeleri¹⁴² İngiliz Boğazlarının durumu bağlamında inceleyen *Anderson*'un tespitlerine yer vermek suretiyle irdelemek olacaktır. Buna göre, yazar, İngiliz Anakarası (Galler) ve Anglesey arasında kalan Menai Boğazını “uluslararası seyrüseferde kullanılmayan boğazlar” (*straits which are not used for international navigation*) başlığı altında incelerken, diğer yandan bir körfezin ağzında konumlanmış büyük bir adanın iki yanının körfez kapatma hattıyla kapatılmasından sonra bu hattın berisinde kalan Solent Boğazını da “körfez kapatma hatlarının berisinde kalan iç sular alan(lar)ı” (*areas of internal waters behind bay closing lines*) olarak irdelemiş ve her iki durumda da bu boğazların tamamen İngiliz iç hukuku çerçevesinde yönetildiğinin altını çizmiştir¹⁴³.

¹⁴⁰ Öte yandan, *Alexander*, özellikle uluslararası seyrüsefer serbestisinin korunmasında çıkarı olan Batılı devletlerin, uluslararası seyrüseferde kullanılma unsuru çerçevesinde resmî bir boğazlar listesi oluşturulmasına pek de sıcak bakmadıklarını vurguladıktan sonra; özellikle bu terimin tanımlanmasında, en azından bu sınıfa girmeyecek boğazların tanımlanmasında tatminkâr bir sonuca ulaşamayacağına inanıldığını, bu terimin kullanışlı bir belirtten olduğunu ve devletlere tüm bu boğazların uluslararası seyrüseferde kullanılmaya elverişli olabileceğini hatırlattığını ve gerçekçi anlamda iki açık deniz ve/veya münhasır ekonomik bölgeyi veya açık deniz ve/veya münhasır bölgeyi bir üçüncü devletin karasularıyla bağlayan tüm boğazların, en azından tanımsal bazda, uluslararası seyrüsefer için kullanışlı kılındığını, böylelikle de uluslararası boğaz hâline gelebileceklerini dile getirmiştir. Bkz. *Alexander*, 1986, s. 154. Yâni, *Alexander*'in dile getirdikleri çerçevesinde, Batılı devletlerin uluslararası seyrüseferde kullanılmayı, ancak tamamlayıcı bir unsur olarak nitelendirdikleri; bu konudaki esas belirlemeyi coğrafi kriter üzerinden gerçekleştirmeyi tercih ettikleri anlaşılmaktadır.

¹⁴¹ Bkz. *Fenwick* G. G., *International Law*, 4th edition, New York, 1965, s. 481; *Jia*, s. 16.

¹⁴² Ulusal boğazlara ilişkin örneklemelere dayalı ayrıntılı diğer bir inceleme *Jia* tarafından gerçekleştirilmiştir. Bkz. *Jia*, s. 16-20.

¹⁴³ Bkz. *Anderson* D. H., *The Legal Regime of the Straits around Great Britain*, in *Proceedings of the Symposium on the Straits Used for International Navigation*, edited by Öztürk & Özkan, İstanbul, 2002, s. 22.

Japonya, ulusal boğaz niteliğini haiz olduğu ifade edilebilecek boğazlara sahiptir. Seto İç Denizinin sınırlarını oluşturan ve bu iç denizi, gerek Japon Deniziyle, gerek Pasifik Okyanusuyla bağlayan ve günümüzde Japon düz esas hatlarının berisinde konumlanan Kanmon Boğazı, Kii Kanalı, Hoyo Boğazı ve devamındaki Bungo Kanalının ve İç Denizin en büyük Adası olan Awaji Adasıyla arasında konumlanan Akashi, Kitan ve Naruto Boğazlarının ve diğer bilimüm birçok boğazın bu niteliği haiz olduğunu ifade etmek yanlış olmasa gerektir. Her şeyden evvel, bu boğazlar, üçüncü devlet gemileriyle kat ediliyor olsalar da, bu gemiler transit amaçlı değil, ilgili Japon limanlarına gitmek için bu geçişleri gerçekleştirmektedirler. Öte yandan, Japon limanlarına uğramaksızın Pasifik Okyanusundan Japon Denizine geçmek isteyen veya tam tersi istikâmeti kullanan gemiler, daha uygun geçiş yollarını tercih etmektedirler, meğer ki zorda kalmış olmasınlar. Tüm bu özelliklerin, ulusal boğaz mevhumunu çağrıştırdığını mütalâa etmek abartı olmasa gerektir.

Japonya çerçevesinde ulusal boğazlar değerlendirilirken, bir parantez açılarak “Seto İç Denizi”nin de özel olarak irdelenmesi gerekmektedir¹⁴⁴. Bilindiği üzere, gerek 1977 tarihli karasuları kanununda, gerek ona müteakip 1996 tarihli yeni Japon Kanununda olsun, bu deniz alanı, açık bir biçimde, Japon iç suları olarak öngörülmüştür¹⁴⁵. Buna karşılık, *Van Dyke*, en azından

¹⁴⁴ “Seto İç Denizi”nin, üç büyük Japon Adasının arasında konumlandığı ve sınırlarının bu adalar arasındaki boğazlarla çizildiği, dahası bünyesinde birçok boğazı barındıran bir iç deniz olması gerçeği dikkatle değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, *Shapiro*, özetle, doğu ve batı kıyıları arasında 423 km uzunluğunda kuzey ve güney kıyıları arasındaysa 7 ilâ 81 km uzunluğunda değişen genişliğe sahip denizin ortalama 30 metre derinliğe sahip olduğunu ifade etmiştir. Aynı zamanda, bu deniz dâhilinde yaklaşık 3000 adanın olduğu ve 1934 yılında Japonya’nın ilk millî park alanı olarak ilân edildiği bildirilmiştir. Önemli Japon limanlarının da bulunduğu bu deniz alanı 1982 yılında Japonya’ya gelen yükün yarısını ağırladığı gibi, ilgili limanlar Japon deniz gücüne ait filonun %43’ü tarafından kullanılmıştır. Bkz. *Shapiro* H. A., *The Landfilled Coast of Japan’s Inland Sea, Ocean Yearbook*, vol. 7, 1988, s. 300-301. Bir başka kaynakta ise, Seto İç Denizinin Asya Kıtası ile Kyushu’nun Kansai alanı arasındaki temel ticaret güzergâhı olduğu belirtilmiştir. Bkz. “Inland Sea”, *Britannica*, 2014 via www.britannica.com/EBchecked/topic/288431/Inland-Sea (son ziyaret tarihi: 10/07/14). “Seto İç Denizi”nin sınırları ve buna bağlı koordinatlarına ilişkin bkz. “*Limits of Oceans and Seas*”, s. 32.

¹⁴⁵ 1977 yılındaki Karasuları Kanununda (m. 2) kullanılan “... iç sular olan Seto Naikai’ye ilişkin olarak ...” şeklindeki ifade 1996 yılındaki Kanunda da (m. 2) aynen korunmuştur.

bir fikir olarak, bu deniz alanının bir münhasır ekonomik bölge ile bir diğeri arasında yeterli ve uygun olabilecek bir uluslararası boğaz olarak düşünülebileceğini ifade ettikten sonra, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 38/1 dâhilinde uluslararası boğaz olarak nitelendirilmeyeceğini vurgulamayı ihmal etmemiştir¹⁴⁶. Van Dyke'in ortaya koyduğu bu düşünce pratiğinin altında mantıklı gerekçeler olsa da¹⁴⁷, gerek Japonya'nın ilgili kanunlarında açık bir biçimde bu deniz alanının iç suları olarak kabûl edilmiş olması, gerek Japonya'nın bu tutumu karşısında uluslararası kamuoyunun tavrı¹⁴⁸ Van Dyke'nin de son raddede ortaya koyduğu

¹⁴⁶ Bkz. **Van Dyke** J. M., North-East Asian Seas-Conflicts, Accomplishments and the Role of the United States, *International Journal of Marine & Coastal Law*, vol. 17/3, 2002, s. 404.

¹⁴⁷ Her şeyden evvel, Japoncada "seto" kelimesinin anlamı "boğaz" veya "kanal" olarak verilmektedir. Japoncada "kaikyo" ve "suido" kelimeleri de aynı anlamlarda kullanılmaktadır. Bkz., "*Sailing Directions*", vol. I, s. 183-184. Haritalar incelendiğinde, genelde, boğazlar "kaikyo", kanallar ise "suido" kelimeleri ile nitelense de, "seto" kelimesinin de, belirtildiği üzere, boğaz veya kanal anlamında kullanıldığı gözlenmektedir. Ayrıca, bu şekilde bir iç denizin uluslararası boğaz olarak nitelendirilmesi, meselâ "Türk Boğazları"nın doğal ve bu itibarla vazgeçilmez bir unsuru olan "Marmara Denizi"ni akıllara getirebilecektir. Fakat, "Seto İç Denizi" ile "Marmara Denizi" arasında belki fizikî benzerlikten ötürü yapılabilecek bu mukayese, nitelik bakımından sağlıklı olmayacaktır. "Marmara Denizi", Karadeniz ve Akdeniz'i bağlayan tek çıkış yolu olan, genel olarak Türk Boğazları olarak adlandırılan üçlü coğrafi sistemin (diğer ikisi İstanbul ve Çanakkale Boğazları) ayrılmaz bir parçasıdır. Bu itibarla, Türkiye bir yana, özellikle Karadeniz'e kıyısı olan devletler için vazgeçilmez bir (transit) su yoludur. Oysa, "Seto İç Denizi"nin birden fazla alternatifi olduğu gibi, bu alternatiflerin bir çoğu da adı geçen alandan, en azından transit bağlamında, daha radımanlıdır. "Seto İç Denizi"nin yoğun trafiği, özellikle bu deniz etrafındaki Japon limanları için önemlidir. Bu yüzden, "Marmara Denizi" ve "Seto İç Denizi" bağlamında boğazlara bağlı bir mukayese doğru olmayacaktır. "Marmara Denizi"nin hukukî statüsüne dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Gönlübol** M., Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukukî Statüsü, Ankara, 1959, s. 129-133; **Göze** A., Devletin Ülke unsuru (Sınırları ve Devletle Olan Münasebetleri), İstanbul, 1959, s. 110 dipnot: 238; **Toluner**, s. 154-157.

¹⁴⁸ Japonya'nın, gerek 1977 tarihli Kanununda belirlemesi, gerek buna müteakip 1996 tarihli Kanununda da aynı belirlemeyi tekrarlaması ve buna karşılık, en azından bu yazarca tespit edilebilmiş bir üçüncü devletin itirazının olmayışı ön plânda tutulması gereken en önemli hususlardır. 1992 tarihli Uluslararası Adalet Divanına yansıtılan ve fakat daha sonra tarafların kendi aralarında anlaşmalarından ötürü Divan gündeminden

üzere, “Seto İç Denizi”nin uluslararası bir boğaz olarak değerlendirilmesinin önüne geçmektedir.

Japonya’ya ait diğer bir ulusal boğaz grubu olarak nitelendirilebilecek boğazlar körfez girişleri olmaktadır. Körfez girişlerindeki boğazlara ilişkin *O’Connell*, özetle, hukukta, boğazların, iki açık deniz alanını birbirine bağlayan karasuları geçiş alanı olarak ifade edilmesini yüzeysel algılamamak gerektiğinin altını çizerek, ilgili sâhil şeridindeki kıyılara yönelmemiş uluslararası trafiğin geçtiği alanlar olarak anlaşılması gerektiğini; böylelikle, körfez ve boğaz arasındaki farkın coğrafi kritere göre değil, işlevsel kritere göre belirleneceğinin ortaya çıktığını ifade etmiştir¹⁴⁹. Bu bağlamda, Japonya açısından meselâ Irago Körfezinin girişindeki Irago Kanalı¹⁵⁰ ve Tokyo

düşürülen Köprü Dâvasında Finlandiya’nın sunmuş olduğu ilk dilekçesinde belirttiği üzere Kanmon Köprüsü ve tüneli ve Seto İç Denizi dâhilindeki diğer tüm Honşu-Shikoku bağlantılarının tamamının Japon iç sularında yer aldığı belirtilmiştir. Bkz. “*Passage through the Great Belts (Finland v. Denmark): Memorial of the Republic of Finland*”, December 1991, s. 104-105 paragraf 329 via www.icj-cij.org/docket/files/86/6885.pdf (son ziyaret tarihi: 14/04/14). Danimarka ise, sunduğu karşı dilekçesinde Seto Nakai’den bahsederken Honşu ve Shikoku arasında konumlanan bir iç deniz olduğundan bahsetmiş; bunun dışında, ne ilgili paragrafta, ne ilgili bölüme ait diğer paragraflarda bu iç denize ilişkin statüyü sorgulamıştır. Bkz. “*Danish: Counter-Memorial*”, s. 165-166 paragraflar 479-484, özellikle paragraf 481 (*supra* dipnot: 38). Tüm bu belirleyici hususlar bir yana 1892 yılında bir Japon gemisi ile bir İngiliz gemisinin çatışmasına dair dâvada önce İngiliz Konsolosluk Mahkemesi (*British Consular Court*) daha sonra da temyiz makamı olarak “Şangay İngiliz Mahkemesi”nin (*British Court of Shanghai*) bu denizin açık deniz alanı olduğu düşüncesine dayanarak verdikleri kararlarını *Verzijl* eleştirirken; kararların, uluslararası kamu hukuku ilkesi yaratması açısından herhangi bir değerinin olmadığına işaret etmiş ve dahası hatalı karar verildiğini savunarak karadan iki mil genişlikten az bir alanda meydana gelen bu olayda ilgili alanın Japon karasuları dâhilinde kaldığına vurgu yapmıştır. Bkz. *Verzijl*, s. 114-115. Ayrıca, bu dâvaya ve Kii Kanalı’nın Japon Mahkemelerince verilen başka alâkalı kararlar eşliğinde ve doktrinin görüşleri doğrultusunda ayrıntılı hukukî statüsünün değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. *Takabayashi H.*, Legal Status of the Kii Channel-Limits of the Seto Inland Sea-, *Japanese Annual of International Law*, vol. 21, 1971, s. 1-14.

¹⁴⁹ Bkz. *O’Connell*, vol. I, 1970, s. 497.

¹⁵⁰ Irago Körfezinin en iç ucunda Japonya’nın en kalabalık kentlerinden ve önemli bir liman şehri olan Nagoya bulunmaktadır. Bu alanda Japon Hükümeti resmî olarak trafik ayırım şemaları kabul etmiş ve uygulamaktadır. Japonya’nın bu alanda uyguladığı trafik ayırım şemalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *supra* dipnot: 28.

Körfezinin girişindeki Uruga Kanalı'nın¹⁵¹ bu körfezlerdeki limanlar dışında bir transit için kullanılmadıklarından dolayı uluslararası boğazlardan öte körfez girişi olarak kabûl edilmeleri gerektiğini ileri sürmek yanlış olmasa gerektir. Ama, herhâlükârda “ulusal boğaz” olarak nitelendirilebilecekleri de düşünülebilir.

Japonya'ya ait ulusal boğazlar genel anlamda değerlendirilmeye çalışıldıktan sonra, konu hakkında en son olarak üzerinde egemenlik tartışmalarının yaşandığı ve fiilî hâkimiyetin, en azından henüz, Rusya Federasyonuna ait olduğu Güney Kuril Adaları arasında yer alan boğazlara ilişkin de yorumların gerçekleştirilmesi faydalı olacaktır. Bu boğazlar, yukarıdaki listede de ortaya konulduğu üzere, kuzeyden güneye sırasıyla şunlardır: Etorofu Boğazı, Kunashiri Boğazı, Shikotan Boğazı ve Taraku Boğazı. Kısaca, Rusya Federasyonunun fiilî hâkimiyeti altında olan bu boğazlardan, geçiş başta olmak üzere uygulanacak rejimin Rusya tarafında belirleneceğini söylemek yanlış olmasa gerektir. Nitekim, 1984 yılının son çeyreğinde Amerika Birleşik Devletleri donanmasına ait iki geminin, *USS Sterett* ve *USS John Young*'ın Etorofu Boğazından transit geçişlerine ilişkin SSCB'nin nota verdiği ve Amerika Birleşik Devletleri'nin de derhâl notayı yanıtladığı yaşanan bu olaydan da gözlenebileceği üzere, iki devlet arasında geçiş rejimine ilişkin sorunlar bir yana, SSCB'nin Amerika'ya geçişe ilişkin bir nota veriyor olması fiilî olarak bu boğazda hâkimiyetini kullandığının bir göstergesi olarak yorumlanabilecektir¹⁵².

¹⁵¹ Japonya'nın en yoğun ticaretin yapıldığı ve en kalabalık kent konumundaki başkent Tokyo'nun da bulunduğu Tokyo Körfezini açık denizlerle buluşturan Uruga Kanalı'nda da, tıpkı Irigo Kanalı'nda olduğu gibi, Japon Hükümeti trafik ayırım şemaları uygulamaktadır. Japonya'nın bu alanda uyguladığı trafik ayırım şemalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *supra* dipnot: 28.

¹⁵² Konuya ilişkin olarak ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. **Roach J. A. & Smith R. W.**, *Excessive Maritime Claims*, Newport, 1994, s. 191-192. Aynı anlatım *Roach ve Smith* tarafından eserlerinin 3. basısında da tekrar edilmiştir. Bkz. **Roach & Smith**, 2013, s. 296-297. Ayrıca, bkz. **Jia**, s. 194. (Bilindiği üzere Rusya, Kuril Adaları tarafından oluşturulan birçok boğaz arasından sadece 4. boğazda transit geçiş hakkının sözü konusu olacağını, diğerlerinde ise askıya alınamayan geçiş hakkının olduğunu iddia etmektedir. Bkz. **Jia**, s. 187). Bununla birlikte, yine Kuril Adalarında bulunan Golovnina Boğazında da benzer bir hadise yaşanmıştır. İlginç olan, yazarlar, gerek kitabın 1994 tarihli 1. baskısında, gerek 2013 tarihli 3. baskısında bu boğazın da

VI. Sonuç

Dünyanın sayılı denizci devletlerinden biri olarak kabûl edilen Japonya, gerçekten de denizlere hâkim olduğu kadar, yaşamsal anlamda ona tâbidir de. Bu yüzden, Japonya için denizler konusunda adım atılırken oldukça dikkatli yaklaşımlar sergilendiği görülmektedir. Japonya denizdeki canlı ve cansız kaynaklardan en etkin şekilde yararlanan devletlerden biridir. Bununla beraber, denizler üzerindeki seyrüsefer serbestisi de Japonya için vazgeçilmezdir. Dünyanın üçüncü büyük ekonomik gücünü teşkil eden Japonya'nın, gerek sanayisi için ihtiyaç duyduğu malları (hammaddeleri) temin edebilmek, gerek ürettiği malları satabilmek için deniz ticaretine bağımlılığı ortadadır. Bu bağımlılık, başta Japonya'ya yönelen deniz güzergâhları ve özellikle de boğazların güvenliğiyle yakından ilişkilidir. Bununla beraber, coğrafi açıdan bakıldığında bir takımada devleti olmasının da kaçınılmaz sonucu olarak, Japonya kendi ülke alanı içerisinde de birçok boğaza sahiptir ve bu boğazların bir bölümü sadece kendi kullanımına hasredilmemiş, başta bölgedeki devletler olmak üzere birçok devlet tarafından da kullanılan boğazlardır¹⁵³. Yâni, Japonya'nın sahip olduğu boğazların bir

Japonya tarafından talep edildiği bilgisini vermişlerdir. Bkz. **Roach & Smith**, 1994, s. 192-194; **Roach & Smith**, 2013, s. 296-298. Oysa, Golovnina Boğazının Japonya tarafından talep edilen ve Rusya ile sürtüşmeye sebep olan Güney Kuril Adaları kısmında yer almadığı ve böylelikle, Japonya ile bir alâkasının olmadığı belirtilmesi gerekmektedir. Golovnina Boğazının konumuna ilişkin bkz. **Alexander**, 1986, s. 299 (kıvrılmış haritaya bakılabilir).

¹⁵³ Japon Boğazlarının bazıları gerçekten birçok devlet açısından önemlidir. Bu konuda en önde gelen devletler bölgedeki iki önemli güç Rusya Federasyonu ve Çin Halk Cumhuriyeti'dir. Rusya Federasyonu, özellikle Japon Boğazlarını Pasifik Okyanusuna çıkarken veya güneye yöneldiğinde kullanmaktadır. Rusya'nın kuzeyde Pasifik Okyanusuna açılacağı boğazların birçoğu kış aylarında geçişe müsait olmayabilmektedir (yaşanılan iklim değişikliğinin bu konudaki etkilerine ilişkin bir açıklamaya henüz rastlanmamıştır). Bu çerçevede, III. Deniz Hukuku Konferansı esnasında SSCB delegesinin açıklamaları göz önünde tutulabilir: "*Sovyetler Birliği, Atlantik ve Uzak Doğu'daki tek çıkışının boğazlar üzerinden olmasından ötürü bu özgürlüğe (transit geçiş) özel önem atfetmektedir, ...*". Bkz. "*Straits*", vol. II, s. 40. 1980'lerin sonunda gerçekleştirilen bir değerlendirmede, Sovyetlerin, özellikle Soya Boğazını her geçen gün daha yoğun olarak kullanmaya başladığı aktarılmaktadır. Bkz. **Pak**, 1988, s. 62. Aynı zamanda, bu konuda daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Deaton**, s. 31-40. Çin Halk Cumhuriyeti'nin ise, Pasifik Okyanusuna çıkış için son yıllarda ciddi biçimde Japon Boğazlarını kullan-

bölümü uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlar niteliğini taşımaktadır. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi tarafı olan Japonya, genel olarak boğazlardan seyrüsefer serbestisini talep ederken, diğer taraftan kendi boğazlarında yaşanabilecek sorunları da dikkat almak zorundadır. Bu çerçevede, Japonya'nın kendi iç dinamiklerini de göz önüne alması ve iç dinamiklerinin, uluslararası alanda kendisine zarar vermeyecek, en azından kredibilitesini etkilemeyecek, kendi talepleriyle çatışır düzenlemelere girmekten kaçınacak şekilde politikalarını oluşturmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, Japonya'nın kendisi bir boğaz devleti iken, dünya boğazlarından yararlanan en önemli devletlerden biri olması iç düzenlemelerini de doğrudan etkilemiş görünmektedir. Bu yüzden, Japonya'nın kendi boğazlarında birtakım pragmatik çözümler sağlayacak şekilde düzenlemelere gittiği gözlenmektedir. Böylelikle, Japonya, en yoğun seyrüseferin olduğu kendisine ait beş boğazda açık deniz koridorunu muhafaza edecek şekilde karasuları genişliğini 3 deniz mili olarak saptamıştır. Bu boğazlar dışında kalan diğer Japon Boğazları içinse, Japonya'nın, tarafı olduğu 1982 tarihli

ması Japon kamuoyunda oldukça tartışılmaktadır. Özellikle, Miyako Boğazının kullanılması dışında, 2013 yılında Japon Denizinde Rusya Federasyonu ile ortak tatbikat gerçekleştiren Çin Deniz Kuvvetlerine ait bazı gemilerin Soya Boğazını kullanarak Pasifik Okyanusuna açıldıkları ve Miyako Boğazı yoluyla limanlarına döndükleri vurgulanmıştır. Bkz. "Chinese Navy Sends 3 Ships through Strait off Kagoshima", *Japan Daily Press*, May 2 2012 via <http://japandailynews.com/chinese-navy-sends-3-ships-through-strait-off-kagoshima-021592/> (son ziyaret tarihi: 31/04/14); "China Praises Its Navy for Successfully Circumnavigating around Japan's Islands", *Japanese Daily Press*, August 02 2013 via <http://japandailynews.com/china-praises-its-navy-for-successfully-circumnavigating-around-japan-s-islands-02332-96/> (son ziyaret tarihi: 31/04/14); "Chinese Navy Sails through Island Chain for Access to Pacific", *Business Standard*, August 20 2013 via www.business-standard.com/article/pti-stories/chinese-navy-sails-through-island-chain-for-access-to-pacific-113080200680_1.html ziyaret tarihi: 31/10/14). Böylelikle, Çin Halk Cumhuriyeti, bugüne kadar Miyako Boğazı, İshigaki Boğazı, Osumi Boğazı, Tsugaru Boğazı ve Soya Boğazını kullanmıştır. Tabii ki, bu konuda Japonya'nın müttefiki Amerika Birleşik Devletleri de unutulmamalıdır. Tüm bunların yanı sıra, 3 nükleer kuralının bertaraf edilmesi için bazı boğazlarda 3 deniz milinin muhafazasına ilişkin düzenlemenin ilgili değerlendirmeleri, doktrin bir yana günümüzde basına da yansımaktadır. Bkz. "Japan Left Key Straits Open for US Nukes", *Kyodo News*, June 22 2009 via www.japantimes.co.jp/news/2009/06/22/news/japan-left-key-straits-open-for-u-s-nukes/ (son ziyaret tarihi: 02/04/14).

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine uyumlu davranacağını beklemek yanlış olmasa gerektir¹⁵⁴.

Ek I

*Özellikle Batı Dilleri Başta Olmak Üzere Çeşitli Dillerde Birden Fazla Adı Olan Japon Boğazları*¹⁵⁵

- Soya Boğazı (*La Perouse Boğazı*).
- Nemuro Boğazı (*Natsuke Boğazı* veya *Kunashirisky Boğazı*)¹⁵⁶
- Tsugaru Boğazı (*Sangar Boğazı*).
- Kii Kanalı (*van Linschoten*).
- Kanmon Boğazları (*Shimanaseki Boğazı* veya *van der Capellen Boğazı*).
- Doğu ve Batı Tsushima (*Kore Boğazı*)¹⁵⁷.
- Osumi Boğazı (*van Diemen Boğazı*).
- Tokaru Boğazı (*Colnett Boğazı*).
- Yakushima Boğazı (*Vincennes Boğazı*).

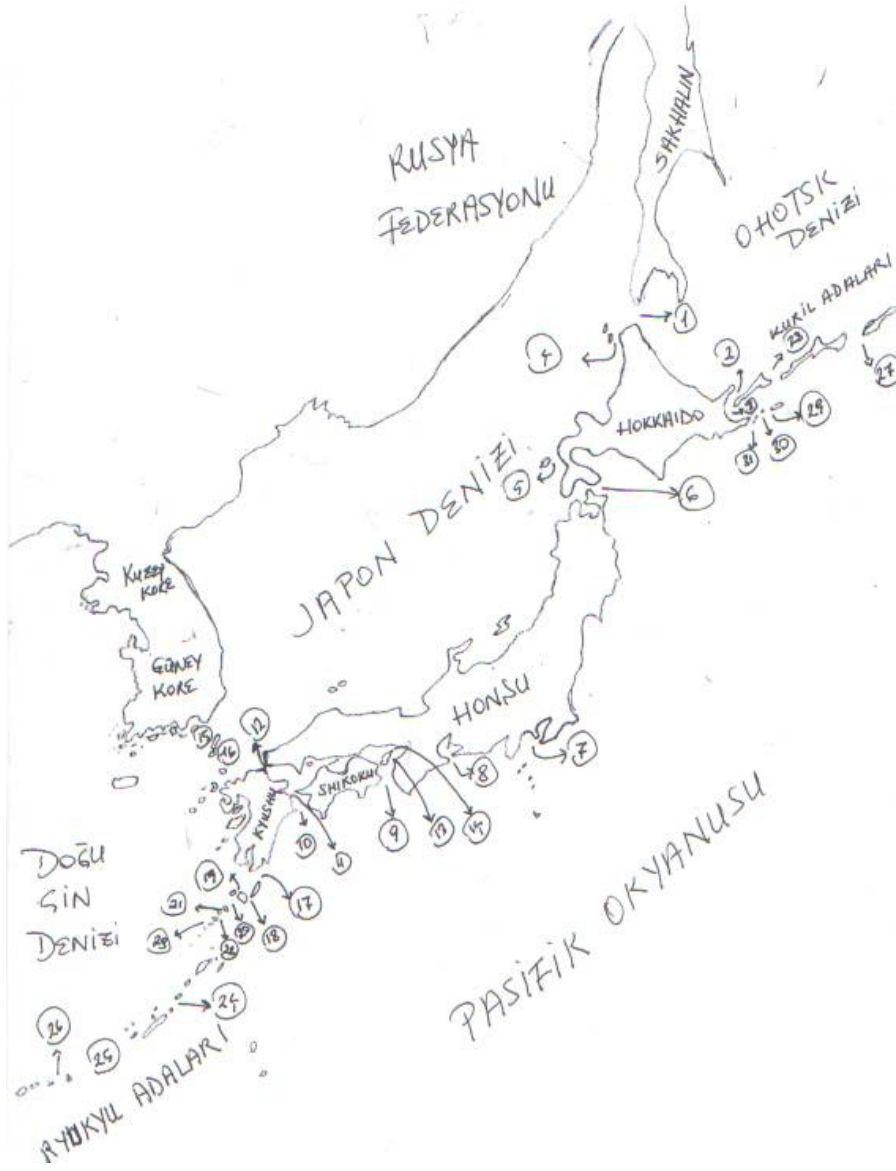
¹⁵⁴ Oysa, *Bush*, bu konuda Japonların beklenenin aksine, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi kurallarıyla bağdaşmayan şekilde tepki gösterdiğinin altını çizmektedir. Özellikle, açık deniz koridoru ihtiva eden boğazlardan geçişlere ilişkin gösterilen tepkiler bu açıdan yazar tarafından sorgulanmaktadır. Bkz. **Bush** R. C., *The Perils of Proximity: China-Japan Security Relations*, Virginia, 2010, s. 82. (Tabii, burada Japon-Çin tarihî çekişmesi bir yana, Çin'in son yıllardaki Pasifik Okyanusuna ilişkin agresif gelişimi (askerî yönlü) Japonya için korkutucu nitelik taşımaktadır. Konuya dair bir değerlendirme yapılırken, bu durum mutlaka dikkate alınmalıdır).

¹⁵⁵ Konuya ilişkin olarak, ancak bizim tarafımızdan tespit edilebilen adlar, bu listede kendilerine yer bulabilmiştir. Yani bu liste kesin bir liste olarak mütalâa edilmemelidir. Listede yer verilmeyen ve yabancı kaynaklarda farklı adlarla anılan başka Japon Boğazları olabileceği gibi, listede belirtilen boğazlara başka yabancı adlar da verilmiş olabileceği gerçeği göz ardı edilmemelidir.

¹⁵⁶ Esasen, yukarıda da açıkça belirtildiği üzere, Natsuko ve Nemuro Boğazları aynı boğazlar olarak değil de, birbirlerinin devamı olan iki ayrı boğaz olarak kabul edilmelidir.

¹⁵⁷ Batı ve Doğu Tsushima Boğazlarına ilişkin isim soruna dair daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. *supra* dipnot: 40.

Ek II
Genel Japon Boğazlarına Dair Harita



Harita 1 (Ek): Harita 1'e İlişkin Anahtar

- 1- Soya Boğazı
- 2- Nemuro Boğazı
- 3- Natsuke Boğazı
- 4- Rishiri Boğazı
- 5- Okushiri Boğazı
- 6- Tsugaru Boğazı
- 7- Uraga Kanalı
- 8- Irago Kanalı
- 9- Kii Kanalı
- 10- Bungo Kanalı
- 11-Hoyo Boğazı
- 12- Kanmon Boğazları
- 13- Kitan Boğazı
- 15- Batı Tsushima Boğazı
- 16- Doğu Tsushima Boğazı
- 17- Osumi Boğazı
- 18- Tanegashima Boğazı
- 19- Yakushima Boğazı
- 20- Tokora Boğazı
- 21- Kuchinoshima Boğazı
- 22- Nakonashima Boğazı
- 23- Suwanose Boğazı
- 24- Amami Boğazı
- 25- Miyako Boğazı
- 26- Ishagaki Boğazı
- 27- Etorofu Boğazı
- 28- Kunashiri Boğazı
- 29- Shikotan Boğazı
- 30- Taraku Boğazı
- 31- Goyomai Boğazı

^HAİHS'nin 6 § 3 e) HÜKMÜ ANLAMINDA TERCÜMAN YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKI

Dr. Mehmet ÖNCÜ*

GİRİŞ

Bir sanığın, aleyhine yürütülen kamu davasını etkili bir şekilde takip edip savunmasını hazırlayabilmesi için, öncelikle yargılamada kullanılan dili anlaması ve bu dilde meramını etkili bir şekilde ifade edebilmesi gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("AİHS" ya da "Sözleşme") 6 3 e) hükmü de, bu ilkenin bir gereği olarak, 6. maddenin 3. paragrafında sanığa tanınan en temel savunma hakları arasında, "[Bir suç ile itham edilen herkes], mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde, bir tercüman yardımından ücretsiz olarak yararlanma [hakkına sahiptir]" güvencesine yer vermiştir.

Yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanığa tanınan bu hakkın temel varlık nedeni, dil yetersizliği nedeniyle yoksun kaldığı fiili duruma karşı sanığın yargılamaya etkili bir şekilde katılabilmesine ve savunmasını hazırlayıp sunabilmesine imkân sunmak; adil yargılanma hakkının gereklerinden etkin bir şekilde yararlanmasını sağlamak¹ ve yargılamada kullanılan dili anlayan ve konuşan sanığa nazaran maruz kaldığı fiili

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Cumhuriyet Savcısı, 2000-2001 öğretim yılında Belçika'da (*Université catholique de Louvain/ Université Saint-Louis*) insan hakları hukuku alanında yüksek lisans yapmış, 2007-2011 yılları arasında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde hukukçu olarak çalışmıştır. 2012-2014 yılları arasında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanıp AİHM'ye sunulan Hükümet görüşlerinde denetim görevini üstlenmiştir.

¹ A.Ş. Gözübüyük/F. Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yetkisi*, Ankara 2011, s. 311.

dezavantajları ortadan kaldırarak² yargılanan kişiler arasında eşitliği sağlamaya çalışmaktadır.

Ceza yargılamalarında sanığın kendi yargılanmasına gerçek anlamda, etkili ve adil yargılanma hakkının gereklerine uygun bir şekilde katılabilmesi, AİHS'nin 6. maddesinde açıkça öngörülmemiş olsa da, adil yargılanma hakkının özünde var olan bir haktır³. Bir sanığın kendi yargılanmasına etkili bir şekilde katılma hakkı, sanığın sadece duruşma ve tartışmalara katılabilmesini içermemekte, ayrıca duruşmalarda konuşulanları anlayabilmesini, bilinçli bir şekilde tartışmaları takip edebilmesini, olay ve olgulara, maddi vakıalara ilişkin kendi versiyonu ya da bakış açısını anlatabilmesini, çıkarlarına olan kararları zamanında alabilmesini ve dolayısıyla etkili olarak savunmasını hazırlayıp sunabilmesini de kapsamaktadır⁴.

Anlaşılabacağı üzere, yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanık açısından, suçlamalar ve bunların fiili ve hukuki dayanaklarını “*anlama*” ve “*meramını anlatabilme*” açısından, bu hak hayati öneme sahiptir. Hatta kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanık, yargılanmanın her aşamasında hazır bulunsa dahi, tercüman yardımından yararlandırılmamış ise, yargılamada hazır bulunmamış ve dolayısıyla kendi yargıla-

² *Luedicke, Belkacem ve Koç v. Almanya*, nos.6210/73, 6877/75 ve 7132/75, 28 Kasım 1978, § 42. Bu karar konusunda bk. P. J. **Duffy**, “Luedicke, Belkacem and Koç : a discussion of the case and of certain questions raised by it”, *H.R.R.*, 1979, s. 98-128; R. **Pelloux**, “Trois affaires allemandes devant la Cour européenne des droits de l’homme”, *A.F.D.I.*, 1979, 354 ve 355; V. **Berger**, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, Daloz, 2000, s. 356 vd.

³ *Stanford v. Birleşik Krallık*, no. 16757/90, 23 Şubat 1994, § 26; *Haralampiev v. Bulgaristan*, no. 29648/03, 24 Nisan 2012, § 30; F. **Sudre**, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Paris, PUF, 2011, s. 466; D. **Tezcan**, “Tercümandan Yararlanma Hakkı”, *AÜSBFD (Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu’na Armağan)*, C. 52, S.1-4, 1997, s. 697; D. **Tezcan**, M. R. **Erdem**/O. **Sancakdar**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2004, s. 217.

⁴ Bu konuda bk. *Colozza v. İtalya*, no. 9024/80, 12 Şubat 1985, § 27; *Barberà, Messegué ve Jabardo v. İspanya*, no. 10590/83, 6 Aralık 1988, § 78; *S.R. v. İtalya* [Kom. Kar.], no. 33212/96, 14 Ocak 1998; A. **Gouttenoire**, “Le droit de participer à son procès”, in F. **Sudre**, J.-P. **Marguénaud**/J. **Andriantsimbazovina**/A. **Gouttenoire**/M. **Levinet**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme*, Paris, PUF, 2009, s. 387 vd.

masına katılmamış gibi muamelede bulunulmalı; karar verilmiş ise, sanığın yokluğunda verilmiş gibi kabul edilmelidir. Belirtilmelidir ki, sanığın gıyabında verilen mahkûmiyet kararı, daha sonra başka bir yargı organı önünde, sanık dinlendikten sonra, “maddi olgular” ve “hukuki değerlendirme” açısından esastan inceletilememesi kaydıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM” veya “Mahkeme”) tarafından “açık adaletsizlik” (*denial of justice - déni de justice*)⁵ olarak nitelendirilmiştir⁶.

Aşağıda, AİHM kararları dikkate alınarak, tercüman yardımından yararlanma hakkının değişik boyutları incelenecektir. Sırasıyla, bu hakkın sanık hakları açısından önemi, Sözleşme’de öngörülen benzer güvenceler ve farkları, hakkın uygulanma alanı ve kapsadığı yargılama evreleri, niteliği, bu haktan yararlanacak kişiler, yararlanmanın karşılıksız olması ve devletlerin üzerine düşen pozitif yükümlülükler konuları irdelenecektir. Makaleye, bir sonuç bölümü ile son verilecektir.

1. Adil Yargılanma ve Savunma Hakları Açısından Hakkın Önemi

Tercüman yardımından karşılıksız yararlanma hakkı, AİHS’nin 6 § 3 hükmünde güvence altına asgarî savunma haklarından biri olup, bu düzen-

⁵ Bu kavram Mahkeme kararlarında “AİHS’nin 6. maddesindeki hükümlere veya bu maddede güvence altına alınan prensiplere açık aykırılık” (*manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein - manifestement contraire aux dispositions de l’article 6 ou aux principes qui y sont consacrés*) şeklinde açıklanmıştır (*Stoichkov v. Bulgaristan*, no. 9808/02, 24 Mart 2005, § 56; *Sejdovic v. İtalya* [BD], no. 55581/00, 1 Mart 2006, § 84). Prof. Tekin Akıllıoğlu, belirtilen İngilizce ve Fransızca ifadeleri kısaca “*hâkimin haksızlık yapması*” şeklinde tanımlamakta ve bu kavramları “*adaletten kaçınma yasağı*” ilkesinin bir yansıması olarak görmektedir (Bk. T. Akıllıoğlu, *İnsan Hakları - I - Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995, s. 311). Hâkim, hukuken önündeki dosyaları karara bağlama yükümlülüğü altında olup, sonucu davacı açısından olumlu ya da olumsuz olsun, karar vermektan kaçınamaz. Eğer hâkim, karar vermek zorunda olduğu bir dosyayı karara bağlamazsa, dosya yargısal bir kararla sonuçlanmazsa “*denial of justice - déni de justice*” oluşur. Ancak, AİHM’nin bu kavramları, örneğin Fransız veya İngiliz iç hukuklarında olduğu gibi, ulusal hukuklarda anlaşıldığı anlamlardan ziyade, “*adil yargılama hakkının temel unsurlarının açık ihlali*” şeklinde anladığı ve uyguladığı kanaatini taşımaktayız.

⁶ Örnek olarak bk. *Einhorn v. Fransa* [k.k.], no. 71555/01, 16 Ekim 2001, § 33; *Stoichkov v. Bulgaristan*, § 56; *Sejdovic v. İtalya* [BD], §§ 82 ve 84.

lemede öngörülen diğer sanık haklarının gerçek anlamda korunması açısından da önemli bir haktır. Yargılama organlarının kullandığı dili anlamayan ya da konuşamayan sanığın, tercüman yardımından yararlanmadan, suçlamaların niteliği ve sebeplerinden haberdar olma (AİHS m. 6 § 3 a)), savunmasını hazırlayıp sunma (AİHS m. 6 § 3 b)), kendisini bizzat savunma ve/veya avukat yardımından yararlanıp, onun sunacağı hukuki destekle savunma (AİHS m. 6 § 3 c)) ile iddia tanıklarını sorguya çekme veya çekirme (AİHS m. 6 § 3 d)) haklarından etkili bir şekilde yararlanması düşünülemez. Dolayısıyla, yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanık için, tercüman yardımından yararlanma hakkı, diğer sanık hakları ve genel olarak da adil yargılanma hakkı açısından *anahtar* bir role sahiptir⁷.

Tercüman yardımından yararlanma hakkı, ceza yargılamalarında çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin gerçek anlamda uygulamaya geçirilmesi açısından da vazgeçilmez bir konumdur⁸. Çekişmeli yargılama ilkesi, bir davada taraflardan her birinin, karşı tarafın sunduğu ve dosyada bir şekilde bulunan ve mahkemenin kararında etkili olacak bütün bilgi, belge ve görüşlerden haberdar olma ve bunları tartışabilme hakkını içermektedir⁹. Diğer bir ifade ile, bu ilke dosyadaki bilgi ve belgelerin tarafa bildirilmesini (*communication*) ve bu bilgi ya da belgeleri inceleyip, karşı görüşlerini etkili bir şekilde hazırlayabilmek için makul süre, imkân ve kolaylıklara sahip olmasını ve hazırladığı görüşlerini karar verecek yargı organına sunabilmesini gerektirmektedir¹⁰. Ayrıca, yargısal kararın verilmesinden önceki aşamalara, tarafların aktif bir şekilde katılabilmesini de kapsamaktadır¹¹.

⁷ M. de **Salvia**, *Compendium de la CEDH : Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme - Jurisprudence 1960 à 2002*, Vol. 1, Kehl/Strasbourg/Arlington, Va (USA), Engel, 2003, s. 384 vd.

⁸ Bk. J. F. **Esehille**, "L'interprète en matière pénale", *R.S.C.D.P.C.*, no. 2, Sirey, avril-juin 1992, s. 259.

⁹ *Ruiz-Mateos v. İspanya*, no. 12952/87, 23 Haziran 1993, § 63; *McMichael v. Birleşik Krallık*, no. 16424/90, 24 Şubat 1995, § 80; *Vermeulen v. Belçika*, no. 19075/91, 20 Şubat 1996, § 33.

¹⁰ *Reinhardt ve Slimane-Kaïd v. Fransa*, nos. 23043/93 ve 22921/93, 31 Mart 1998, §§ 103-107; *Kress v. Fransa* [BD], no. 39594/98, 7 Haziran 2001, §§ 75-76; *Meftah ve Diğerleri. Fransa* [BD], nos. 32911/96, 35237/97 ve 34595/97, 26 Temmuz 2002, §§

Silahların eşitliği ilkesine gelince, bu ilke, “bir yargılamada taraflardan her birinin yargılama faaliyetlerine katılırken, davayı inceleyen mahkemece diğer tarafla eşit[e yakın] bir muameleye tabi tutulmasını gerektirmekte ve taraflardan birinin diğerine karşı gözle görülür şekilde dezavantajlı duruma konmadan, davasını ve/veya argümanlarını sunabilmesine fırsat verilmesi anlamına gelmektedir. Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan bu ilke, Mahkemece, “*taraflardan her birinin, karşı tarafa nazaran belirgin olarak dezavantajlı bir konuma yerleştirilmediği koşullar altında kendi dava veya argümanlarını savunabilmesi ve görüşlerini sunabilmesi için makul imkânların kendisine sağlanması yükümlülüğü*” şeklinde tanımlanmaktadır¹². Diğer bir ifade ile, yargılama faaliyetleri yürütülürken, mahkemece taraflar arasında adil bir denge gözetilmesi, bir tarafın diğerinin aleyhine olacak şekilde kayırılmaması, her iki tarafa da neredeyse aynı koşullar altında muamelede bulunulması, net bir şekilde birini diğerine karşı dezavantajlı konuma düşürmeme yükümlülüğü şeklinde de tanımlanabilir¹³.

Yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan bir kişi, dosyadaki bilgi ve belgelere dil engelinden dolayı erişemeyecek, onları gerektiği gibi tartışamayacak, delilleri ve karşı argümanları çürütme imkânından yoksun olacak, hâkimin kararını etkileyecek ölçüde karşı görüşlerini ve savunmasını hazırlayıp sunamayacak¹⁴ ve olay ve olgulara ilişkin olarak iddia makamıyla eşit şartlarda meramını ifade edemeyecektir. Anlaşılabacağı üzere, şartları oluştuğunda tercüman yardımından karşılıksız yararlanma hakkının gerekleri karşılanmadan, belirtilen iki ilkeye uygun yargılama yap-

51-52; *Sağır v. Türkiye*, no. 37562/02, 19 Ekim 2006, § 26; *Miran v. Türkiye*, no. 43980/04, 21 Nisan 2009, § 17.

¹¹ P. **Wachsmann**, *Les Droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2008, s. 96. AİHM kararları ışığında çekişmeli yargılama ilkesi konusunda ayrıca bk. M. **Öncü**, “AIHS'nin 6. Maddesinin 1. Paragrafının Kapsamı ve Bu Hükümde Güvence Altına Alınan Bazı Temel Hak ve İlkeler”, in M. **Sağlam/S. Güleler/R. Kaplan** (ed.), *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*, C. II, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, s. 677 vd.

¹² Örnek olarak bk. *Nideröst-Huber v. İsviçre*, no. 18990/91, 18 Şubat 1997, § 23; *Kress v. Fransa* [BD], § 72.

¹³ Silahların eşitliği ilkesi hususunda ayrıca bk. **Öncü**, s. 677 vd.

¹⁴ M. **Özekes**, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Ankara 2003, s. 300.

mak imkânsızdır. Oysa bu ilkeler bir yargı organının olmazsa olmazları arasındadır¹⁵.

Yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanığın tercüman yardımından yararlanması, duruşmalara ve genel olarak da yargılamaya etkili bir şekilde katılabilmesi açısından da önemlidir. Sanığın yargılamaya gerçek anlamda ve etkili bir şekilde katılabilmesinin diğer bir boyutunu oluşturan bu hak¹⁶, sadece duruşmaya eşlik etmeği değil, aynı zamanda tartışmaları anlayabilmeği ve takip edebilmeği de kapsamaktadır¹⁷. Mahkeme'nin birçok kararında belirttiği gibi, Sözleşme'de korunan hak ve özgürlükler sadece teorik ve hayali olarak değil, uygulamada [durumun şartlarına]

¹⁵ Belirtilmelidir ki, AİHM, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin, bu durumun yasallığını denetlemek için Sözleşme'nin 5 § 4 hükmü anlamında sahip olduğu başvuru hakkına ("habeas corpus güvencesi" veya "keyfi tutmalara karşı yargısal güvenceler") ve AİHS'nin 5 § 3 hükmüne ilişkin verdiği kararlarda, söz konusu düzenlemeler anlamındaki "hâkim" ya da "mahkeme" kavramının AİHS'nin 6. maddesi anlamında bir mahkemede bulunması gereken unsurların tamamını karşılamak zorunda olmadığını (*Megyeri v. Almanya*, no. 13770/88, 12 Mayıs 1992, § 22; *Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan*, no. 24760/94, 28 Ekim 1998, § 162; *Wloch v. Polonya*, no. 27785/95, 19 Ekim 2000, § 125; *Reinprecht v. Avusturya*, no. 67175/01, 15 Kasım 2005, § 39), ancak yine de "bağımsızlık ve tarafsızlık" gibi (*D.N. v. İsviçre* [BD], no. 27154/95, 29 Mart 2001, § 42) temel yargısal nitelik ve güvencelere sahip olması gerektiğini (*Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık*, nos. 14553/89 ve 14554/89, 26 Mayıs 1993, § 58; *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], no. 3394/03, 29 Mart 2010, §§ 121 vd.), bunlar arasında "çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin" de bulunduğunu ifade etmiştir (*Nikolova v. Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25 Mart 1999, § 58; *Altınok v. Türkiye*, no. 31610/08, 29 Kasım 2011, §§ 45-49). Mahkeme, *habeas corpus* yargılamasının iki dereceli olması durumunda, söz konusu iki ilkenin, her iki derece yargı organında da bulunması gereken yargısal özellikler olduğunu da belirtmiş olup (*Svipsta v. Letonya*, no. 66820/01, 9 Mart 2006, § 129), aksi halde bu özelliklerden yoksun bir organın, AİHS'nin 5. maddesi anlamında "mahkeme" olarak nitelendirilemeyeceği sonucunu doğuran kararlar vermiştir (*Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan*, §§ 146-150; *Nikolova v. Bulgaristan* [BD], §§ 49-53).

¹⁶ J.-F. **Renucci**, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2007, § 365; K. REID, *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*, London, Sweet&Maxwell, 2012, s. 176.

¹⁷ *Stanford v. Birleşik Krallık*, § 26.

uygun ve etkili bir şekilde korunmalıdır¹⁸. Kullanılan dili bilmeyen bir sanığın, kendisi hakkındaki ceza yargılamasına etkili bir şekilde katılması, duruşmalara eşlik etmesi, tartışmaları anlayıp takip edebilmesi ve suçlamaları çürütebilmesi imkânsızdır. Oysa sanık, hakkındaki suçlamaların nitelik ve nedenlerini anlayabilme yeteneğine sahip olmalı ve (avukatı aracılığıyla da olsa) yargılama süresince çıkarlarına uygun kararları [zamanında] alabilmelidir¹⁹.

AIHS'nin 6. maddesi anlamında adil yargılanma hakkının bir gereği de, ceza yargılamalarında tüm suçlama ve delillerin kamuya açık bir duruşmada sanığın yüzüne karşı bildirilmesi ve sanığın huzurunda tartışılması zorunluluğudur²⁰. Sanık, aleyhine ifade veren iddia tanıklarını sorguya çekmek ya da çektirmek²¹ hakkına da sahip olabilmelidir (AIHS m. 6 § 3 d)). Bütün bu güvencelerin teoride kalmaması ve uygulamada etkili birer hak olarak korunabilmesi için, yargılamada kullanılan dili bilmeyen sanığın bir tercüman yardımından yararlanması gerekir. Aksi halde Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan söz konusu hakların ihlal edilmiş olma ihtimali vardır. Anlaşılacağı üzere, tercüman yardımından yararlanma hakkı, belirtilen hak-

¹⁸ Birçok karar arasında özellikle bk. *Mamatkoulov ve Askarov v. Türkiye* [BD], nos. 46827/99 ve 46951/99, 4 Şubat 2005, § 121; *Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya* [BD], no. 27765/09, 23 Şubat 2012, § 175.

¹⁹ A. **Gouttenoire**, "La comparution personnelle et le droit à l'assistance d'un défenseur", in F. **Sudre**/J.-P. **Marguenaud**/J. **Andriantsimbazovina**/A. **Gouttenoire**/M. **Lavinet**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2009, s. 388. Ayrıca bk. *Vaudelle v. Fransa*, no. 35683/97, 30 Ocak 2001, §§ 57-66.

²⁰ Örnek olarak bk. *Saïdi v. Fransa*, no. 14647/89, 20 Eylül 1993, § 43; *A.M. v. İtalya*, no. 37019/97, 14 Aralık 1999, § 25; *S.N. v. İsveç*, no. 34209/96, 2 Temmuz 2002, § 44.

²¹ AIHM kararlarına göre, sanığa, *tanık ifadelerinin alındıkları esnada veya yargılamanın daha sonraki bir aşamasında söz konusu ifadeleri tartışabilme hakkı verilmeli ve tanıklara bizzat soru yöneltebilme imkânı sunulmalıdır; bu imkânlar sağlanmadan elde edilen tanık ifadeleri, mahkûmiyete esas alınan tek delil ya da mahkûmiyet açısından temel belirleyici delil ise, Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilir*" (Örnek olarak bk. *Al-Khawaja ve Tahery v. Birleşik Krallık* [BD], no. 26766/05 22228/06, 15 Aralık 2011, § 126-128). Bir tanık ifadesinin mahkûmiyete esas alınabilmesi için, söz konusu tanık ifadelerinin kamuya açık bir duruşmada, sanığın huzurunda okunması, sanık veya avukatı tarafından tartışılabilmesi ve tanığın yargılamanın herhangi bir aşamasında sanık ya da avukatı tarafından sorgulanabilmesi gerekir.

lar açısından da, ceza yargılamasının adil bir şekilde yürütülebilmesi için önemli bir güvence sunmaktadır.

Tercüman yardımından karşılıksız yararlanma hakkı, Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklerden ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanma hakkı açısından da önemlidir. Gerçekten de, AİHS’nin 14. maddesine göre, bireyler Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlandırılmalıdır. Bir ceza yargılamasında, yargılamada kullanılan dili bilen sanık ile bilmeyen sanık arasında, savunma hakları açısından önemli bir eşitsizlik oluşacağı açıktır; bu alandaki eşitsizliği ortadan kaldırıp, ayrımcılığı önlemek için, tercüman yardımından yararlanma hakkının güvence altına alınması gerekir²². Bu hak kısaca, sanıklar arasında eşitliğin sağlanmasına ve ceza yargılamalarında dil sorununa dayalı ayrımcılığın giderilmesine imkân sağlayan asgarî sanık haklarından biridir²³. Ancak Mahkeme’ye göre, bu hakkın güvence altına alındığı AİHS’nin 6 § 3 e) hükmü, Sözleşme’nin 6 § 1 hükmü ile 14. maddesinin birlikte uygulanmasına yol açacak “*genel ayrımcılık yasağına*” göre, özel nitelikli bir kural (*lex specialis*) öngörmektedir. Bu nedenle, bu hakkın ihlal edildiği bir ceza yargılamasında, başvuru şikâyeti sadece AİHS m. 6 § 3 e) hükmü altında incelenip, AİHS m. 6 § 1 hükmü ile birlikte 14. maddesi altında incelenmez²⁴.

2. İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Öngörülen Benzer Güvenceler

Sözleşme’nin 5 § 2 hükmünde, “*Yakalan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur*” düzenlemesine yer verilmiştir²⁵.

²² M. Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 300.

²³ D. Tezcan/M. R. Erdem/O. Sancakdar, s. 215; S. İncoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, Ankara 2007, s. 57.

²⁴ Bu konuda özellikle bk. *Luedicke, Belkacem ve Koç v. Almanya*, § 53; *Kamasinski v. Avusturya*, no. 9783/82, 19 Aralık 1989, § 75.

²⁵ Belirtilmelidir ki, AİHS’nin 5 § 2 hükmü anlamında bilgilendirme hakkı, sadece suç işlediğinden şüphelenilerek yakalananlara tanınan bir hak olmayıp, Sözleşme’nin 5 § 1 hükmünde öngörülen ve hürriyetin kısıtlanmasına izin verilen her istisnaî durumda uygulanan bir güvencedir (*Van der Leer v. Hollanda*, no. 11509/85, 21 Şubat 1990, §§ 27-29). AİHS’nin 5 § 2 hükmü konusunda bk. R. de Gouttes, “Article 5 § 2”, in L.-E.

Belirtilen hüküm, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, bu durumun nedenlerinin en kısa sürede ve “*anladığı bir dilde*” bildirilmesi gibi çok temel bir güvence öngörmüş olup, bazı açılardan AİHS'nin 6 § 3 e) hükmünde korunan “*tercüman yardımından yararlanma hakkı*” ile benzerlik oluşturan bir düzenlemedir.

Yakalama nedenleri kendisine bildirilen kişi, AİHS'nin 5 § 4 hükmüne uygun olarak, bu durumun yasallığını (*legality - légalité*) bir mahkeme önünde denetleme hakkına sahiptir. Hürriyeti kısıtlanan kişiye bu durumun nedenleri en kısa sürede, [tamamı olmasa da] yeterli ölçüde bildirilmezse, Sözleşme'nin 5 § 4 hükmünde öngörülen ve tutulan kişiye bu durumun yasallığını en kısa sürede denetleme imkânı sunan hak (*habeas corpus* güvencesi), etkili bir şekilde uygulamaya geçirilemez. Yakalama nedenlerine ilişkin bilgiler, yakalamanın fiili ve hukuki nedenlerine ilişkin olmalı ve ilgiliye basit ve anlaşılabilir bir dilde bildirilmelidir²⁶. Özgürlüğü kısıtlanan kişi, yakalama işlemini gerçekleştiren kamu görevlilerinin kullandığı dili bilmemekte ise, *başvuruda bulunabilme açısından “yeterli”* nitelikte bilgilerin, *anladığı bir dilde* ve en kısa sürede kendisine bildirilebilmesi için, tercüman yardımından yararlanması gerekir²⁷. Kaldı ki, *habeas corpus* güvencesinden bağımsız olarak, AİHS'nin 5 § 2 hükmündeki güvencenin gerekleri de, yakalamayı gerçekleştiren görevlilerin kullandığı dili bilmeyenler açısından ancak tercüman yardımı ile karşılanabilir²⁸.

Pettiti/E. Decaux/P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, s. 203-210.

²⁶ Örnek olarak bk. *Van der Leer v. Hollanda*, § 28; *Fox, Campbell et Hartley v. Birleşik Krallık*, nos. 12244/86 12245/86 12383/86, 30 Ağustos 1990, § 40; *Murray v. Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28 Ekim 1994, § 72; *Conka v. Belçika*, no. 51564/99, 5 Şubat 2002, § 50.

²⁷ J.-F. **Renucci**, § 257. Ayrıca bk. *Van Kuijk v. Yunanistan* [Kom. Kar.], no. 14986/89, 3 Temmuz 1991.

²⁸ İsviçre aleyhine yapılan bir başvuruda, başvurunun yakalandığı esnada, suçlamalara ilişkin bilgilerin bir tercüman aracılığıyla ve dolayısıyla *anladığı bir dilde* kendisine bildirilmediğini gerekçe göstererek yaptığı şikâyeti AIHM, “*suçlamalara ilişkin bilginin basit ve anlaşılabilir olduğu (uyuşturucu maddelere ilişkin kanunda öngörülen suçlar ile trafik kanununda düzenlenen suçlar), başvuranın yaklaşık beş yıldır İsviçre’de yaşadığı ve İsviçreli bir bayanla evli olduğu, soruşturma hâkimi önündeki ifadesinde sorulara*

AİHS'nin 5 § 2 hükmündeki düzenlemeye benzer bir güvenceye Sözleşme'nin 6 § 3 a) hükmünde yer verilmiş olup, bu son hükümde korunan hak da Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmündeki hakla bağlantılıdır. Sözleşme'de güvence altına alınan en temel sanık haklarından birine yer verilen AİHS m. 6 § 3 a) hükmü “[Bir suç ile itham edilen herkes (...)], kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde²⁹ ve ayrıntılı olarak haberdar edilme [hakkına sahiptir]” düzenlemesini öngörmüştür. Bu hakkın, AİHS'nin 5 § 2 hükmündeki güvenceden en önemli farkı, çok daha açık olması, suçlamaların niteliği ve nedenlerine ilişkin “ayrıntılı bilgi sunmayı gerektirmesi” ve böylece “sanığa esas hakkındaki yargılamada savunmasını hazırlamak için imkân” vermesidir. Oysa Sözleşme'nin 5 § 2 hükmündeki güvence, yakalanan kişiye sadece yakalamanın nedenlerine ilişkin, ayrıntılı olmayan, fakat “yeterli” bilgi vermeyi gerektirmektedir³⁰. Anlaşılabileceği gibi, Sözleşme'nin 6 § 3 a) hükmünde öngörülen güvence de, yargılamanın dilini bilmeyen sanığa açıkça tercüman yardımından yararlanma hakkı tanımaktadır. Ancak AİHS m.6 § 3 e) hükmünde öngörülen güvence, “tercüman yardımı açısından”, Mahkeme tarafından bu güvenceyi de kapsar şekilde yorumlanıp uygulanmaktadır³¹.

Sözleşme'nin 5 § 3 hükmü, suç işlediği şüphesiyle yakalanan herkesin derhal bir yargıç huzuruna çıkarılmasını empoze etmektedir. Bu hükmün ilk kısmı, suç şüphesi nedeniyle yakalanan kişinin, [azamî] gözaltı süresi dolduktan sonra derhal serbest bırakılması ya da bir hâkim huzuruna çıkarılması

cevap verebildiği, dosya içeriği dikkate alındığında herhangi bir iletişim sorununun bulunmadığının anlaşıldığı, başvuru kullanılarak dile (Almanca) yeterince hâkim olduğu ve dolayısıyla tercüman yardımına ihtiyaç duyulmadığı gerekçesiyle reddetmiştir (Marzohl v. İsviçre [k.k.], no. 24895/06, 6 Mart 2012). Bu karardan da anlaşılacağı üzere, Sözleşme'nin 5 § 2 hükmü açısından gerekli olan tercüme hizmeti ile AİHS'nin 6 § 3 e) hükmünün gerektirdiği tercüme hizmetinin nitelik ve derecesi çoğu zaman aynı değildir. İlki için yeterli olan bir tercüme hizmeti, çoğu zaman ikincisi için yeterli olmayacaktır.

²⁹ Vurgu özellikle yapılmıştır.

³⁰ Bk. R. White/C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, s. 290.

³¹ Bu konuya ilişkin olarak, aşağıda “*Hakkın Kapsadığı Yargılama Evreleri ve İçeriği*” başlığı altında ifade edilenlere bakılabilir.

güvencesine yer vermiştir³². AİHM içtihatlarına göre, maksimum gözaltı süresi dört gün olup³³, şüpheli serbest bırakılmazsa, bu süre dolmadan hâkim huzuruna çıkarılmalıdır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5 § 3 hükmü anlamındaki “*hâkim*” ya da “*mahkeme*” de, bağımsızlık ve tarafsızlık ile şüpheliyi bizzat dinleme gibi temel yargısal teminat ve niteliklere sahip olmalıdır³⁴. Dolayısıyla, en temel yargısal güvencelerden yoksun bir organ önüne çıkarılan kişi, Sözleşme anlamında “*hâkim*” huzuruna çıkarılmış olamayacağı için, [maksimum] gözaltı süresi dolduktan sonra, özgürlüğü Sözleşme'nin 5 § 3 hükmüne aykırı olarak kısıtlanmaya devam edecektir³⁵. Bu genel bilgilerden sonra belirtilmelidir ki, tutuklamaya sevk sonrası yapılan ilk incelemede, “*şüpheliyi bizzat dinleme*” gibi en temel yargısal özellik ve güvencelere uygun bir yargısal inceleme yapılabilmesi için, kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan şüpheliye tercüme hizmeti sunulması zorunlu görünmektedir.

Benzerlik oluşturan son güvence, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. paragrafında öngörülen *habeas corpus* güvencesidir. Yukarıda belirtildiği gibi, AİHS'nin 5 § 2 hükmündeki düzenleme ile de yakından ilişkili olan bu güvence, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, bu durumun yasal olup olmadığını denetlemek için “*etkili*” bir [iç] başvuru yolu öngörmektedir. Gerçekten de, AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 5 § 4 hükmünde güvence altına alınan [mahkemeye] başvuru yolu, etkili bir yol olmalıdır³⁶. *Habeas corpus*

³² AİHS'nin 5 § 3 hükmü, iki temel güvenceye yer vermiş olup, bunlardan ilki gözaltı süresine, ikincisi ise tutuklama süresine ilişkindir. Tutuklama süresine ilişkin olan güvence, tutuklulukta makul sürenin aşılmasını ve eğer aşılma riski ortaya çıkmışsa, tutuklu kişinin tahliye edilerek, tutuksuz yargılanmasını gerektirmektedir.

³³ *Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1988, § 58; *McKay v. Birleşik Krallık*, no. 543/03, 3 Ekim 2006, § 46 vd.

³⁴ *Schiesser v. İsviçre*, no. 7710/76, 4 Aralık 1979, § 31; *Huber v. İsviçre*, no. 12794/87, 23 Ekim 1990, § 43; *Brincat v. İtalya*, no. 13867/88, 26 Kasım 1992, § 21; *Nikolova v. Bulgaristan* [BD], § 49.

³⁵ *Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan*, §§ 146-150; *Nikolova v. Bulgaristan* [BD], §§ 49-53.

³⁶ Örnek olarak bk. *Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, no. 20157/05, 28 Ekim 2010, § 81. Sözleşme'nin 5 § 4 hükmü konusunda bk. R. **Koering-Joulin**, “Article 5 § 4”, in L.-E. **Pettiti/E. Decaux/P.-H. Imbert** (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, s. 229-233.

güvencesinin Mahkemece etkili bir yol olarak değerlendirilebilmesi için, iç hukukta öngörülen başvuru yolunun birçok ilke ve güvenceye uygun nitelikte olması gerekmektedir. Bu çerçevede, başvuruyu inceleyecek organın, yargısal nitelikli olması, tarafsız ve bağımsız olması, makul aralıklarla ilgiliyi dinlemesi, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine saygı gösterilmesi, mahkemeye erişim hakkı, avukat yardımından yararlanma hakkı ve gerekçeli karar hakkı³⁷ gibi hak ve ilkelere uygun bir inceleme yapması gerekir³⁸. Bütün bu ilke ve hakların gerçek anlamda ve etkili bir şekilde korunabilmesi için, yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan şüpheli veya sanığa tercüman hizmeti sunulması zorunludur. Diğer bir ifade ile, yargılamada kullanılan dili bilmeyen şüpheli ya da sanık açısından Sözleşme'nin 5 § 4 hükmünde güvence altına alınan hakkın etkili olabilmesi için, tercüme hizmeti sunulması gerekir. Aksi halde, dosyaya erişim hakkı, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri ve makul aralıklarla dinlenilme hakkı gibi güvenceler sadece teoride kalır ve uygulamaya geçirilemez.

Anlaşılabacağı üzere, AİHS'nin 6 § 3 e) hükmünde güvence altına alınan hak ile Sözleşme'nin 5 §§ 2, 3 ve 4 hükümleri ile 6 § 3 a) hükmünde öngörülen güvenceler arasında, tercüman yardımından yararlanma hakkı açısından benzerlikler bulunmaktadır. AİHS m. 6 § 3 e) hükmünde öngörülen hakkın soruşturma aşamasını da kapsadığı dikkate alındığında³⁹, Sözleşme'de

³⁷ Gerekçeli karar hakkı konusunda bk. M. Özekes, "Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe", in *Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı*, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2007, s. 72 vd.; Öncü, s. 676 ve 677.

³⁸ Birçok karar arasında özellikle bk. *Megyeri v. Almanya*, § 22; *Kampanis v. Yunanistan*, no. 17977/91, 13 Temmuz 1995, § 47; *Wloch v. Polanya*, §§ 125-131; *D.N. v. İsviçre* [BD], §§ 39-57; *Altunok v. Türkiye*, §§ 45-49; *Erişen ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 7067/06, 3 Nisan 2012, §§ 51-54; *Çatal v. Türkiye*, no. 26808/08, 17 Nisan 2012, §§ 34 ve 35; *Tymoshenko v. Ukrayna*, no. 49872/11, 30 Nisan 2013, §§ 276-282; *A.D. ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 22681/09, 22 Temmuz 2014, §§ 116-120.

³⁹ Bk. *Isyar v. Bulgaristan*, no. 391/03, 20 Kasım 2008, §§ 45-49; *Diallo v. İsveç* [k.k.], no. 13205/07, 5 Ocak 2010, § 23-25; *Şaman v. Türkiye*, no. 35292/05, 5 Nisan 2011, §§ 29-36. AİHM'nin de haklı olarak belirttiği gibi, Sözleşme'nin 6. maddesi kovuşturma aşaması öncesindeki yargılama işlemleriyle de ilgilenir; 6. maddeye ve özellikle bu maddenin 3. paragrafında güvence altına alınan sanık haklarına başlangıçtaki (soruşturma aşamadaki) aykırılıklar, yargılamamanın adilliğini tehlikeye sokma riski taşımakta ise, belirtilen güvenceler soruşturma aşamasında da önemli bir rol oynayabilir (Bk.

açıkça öngörülmemiş olsa da, AIHS m. 5 §§ 2, 3 ve 4 hükümlerinin uygulamasının bir gereği olarak sunulan tercüman yardımı, bir ceza soruşturması kapsamında olmak kaydıyla⁴⁰, “karşılıksız” olmalıdır.

3. Hakkın Uygulanma Alanı: Salt Ceza Yargulamaları mı?

AIHS'nin 6. maddesi her uyuşmazlıkta değil, “*medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar*” ile “*cezaî alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlamalarda*” adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kavramları otonom ya da özerk bir şekilde yorumlayarak, birçok uyuşmazlığı bu kavramların kapsamında değerlendirmektedir. Hatta “*medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar*” kavramı, Mahkemece birkaç istisnaî durum hariç, neredeyse her türlü özel hukuk uyuşmazlığını ve sonucu kişinin medenî hak ve yükümlülükleri açısından belirleyici olmak kaydıyla, kamu hukuku alanındaki bazı uyuşmazlıkları da kapsar şekilde geniş yorumlanıp uygulanmaktadır⁴¹.

Imbrioscia v. İsviçre, no. 13972/88, 24 Kasım 1993, § 36; *Salduz v. Türkiye* [BD], no. 36391/02, 27 Kasım 2008, § 50).

⁴⁰ Sözleşme'nin 5 §§ 2 ve 4 hükümlerindeki güvenceler sadece ceza soruşturmaları çerçevesinde uygulanmamakta, aynı zamanda AIHS'nin 5 § 1 hükmünde öngörülen tüm özgürlükten yoksun bırakma durumlarında (AIHS m. 5 § 1 a-f) da uygulanma imkânı bulmaktadır (Özellikle bk. *Van der Leer v. Hollanda*, §§ 27-29; *Chamaiev ve Diğerleri v. Gürcistan ve Rusya*, no. 36378/02, 12 Nisan 2005, §§ 414 ve 415; *X. v. Birleşik Krallık*, no. 7215/75, 15 Kasım 1981, § 66; *De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika*, nos. 2832/66 2835/66 2899/66, 18 Haziran 1971, §§ 72 ve 73). Bu ifadeden, ceza soruşturmaları dışındaki tutmalarda tercüman yardımı sunulmamalı anlamı çıkarılmamalıdır. Altı çizilmek istenen husus, tercüman yardımından “karşılıksız” yararlanma olup, Sözleşme'nin 5 §§ 2 ve 4 hükümlerinin pratikte etkili birer hak olarak ortaya çıkabilmesi için, ülkeye yasadışı giriş yapan yabancıların durumunda olduğu gibi (AIHS m. 5 § 1 f)), cezaî soruşturmalar dışındaki tutmalarda da, kullanılan dili anlamayan kişiye tercüman yardımı sunulmalıdır. Aksi halde, örneğin AIHS'nin 5 § 4 hükmünün gereklerinden olan çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri ile dinlenilme hakkının gereklerine aykırı bir uygulama ortaya çıkar. Tercüme hizmetlerinin bu durumlarda da karşılıksız olması tercih edilen durum olsa da, Sözleşme'nin 5 §§ 2 ve 4 hükümlerinde, ceza soruşturmaları dışında tutulan kişilere sunulan tercüman yardımının “karşılıksız” olmasını zorunlu kılan “açık” bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁴¹ Bk. F. **Sudre**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, s. 379. AIHS'nin 6. maddesi anlamında “*medenî hak ve yükümlülükler kavramı*” hususunda ayrıca bk. R.

Sözleşme'nin 6. maddesi üç paragraftan ibaret olup, ilk paragraf hem “*medenî hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklar*” hem de “*cezaî alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlamalarda*” (ceza yargılamalarında) uygulanma imkânı bulur. Oysa ikinci ve üçüncü paragraflarda öngörülen hak ve güvenceler kural olarak sadece ceza yargılamalarında uygulanır. Sanık hakları açısından anahtar bir role sahip olan tercüman yardımından yararlanma hakkı 6. maddenin 3. paragrafında güvence altına alınan bir hak olarak, sadece “*cezaî alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlamalara*” ilişkin uyumsuzluklarda uygulandığına göre⁴², Mahkeme içtihatları ışığında, bu kavramın kapsamının net bir şekilde ortaya konmasında yarar bulunmaktadır.

İfade edildiği gibi, “*cezaî alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlamalar*” kavramı da Mahkemece otonom bir şekilde yorumlanmakta olup, bu yorum yöntemi, Sözleşme’de öngörülen [ve öngörülmeyen] kavramların, taraf devletlerin ulusal hukuklarında atfedilen anlamla yetinilmeden, “*Sözleşme’ye özgü bir anlam ve içeriğe sahip*” şekilde yorumlanmalarına yol açmaktadır. Bu yöntem, ilgili kavramların, Sözleşme’ye taraf devletlerin ulusal hukuklarında anlaşıldıkları anlam ya da nitelendirmelerle bağlı kalınmadan, AİHS’ye özgü bir içerik ve anlamda anlaşılıp yorumlanmalarına ve 47 taraf devlet açısından yeknesak uygulanmasına imkân veren bir yorum yöntemidir⁴³.

Ergec, *Protection européenne et internationale des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, s. 184 vd.; S. **İnceoğlu**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı - Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul 2008, s. 12 vd.; J.-P. **Marguénaud**, *La Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, PUF, 2010, s. 117 vd.

⁴² Her ne kadar medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklarda kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan bireylere, Sözleşme’ye taraf devletlerin karşılıksız tercüman hizmeti sunma yükümlülüğü bulunmasa da, aynen avukat yardımından yararlanma hakkı (AİHS m. 6 § 3 c)) hususunda olduğu gibi (*Airey v. İrlanda*, no. 6289/73, 9 Ekim 1979, § 26), tercüman yardımından karşılıksız yararlanma hakkı da, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklar açısından, “*mahkemeye erişim hakkı*” ve bu bağlamda “*adli yardımdan yararlanma hakkı*” çerçevesinde gündeme gelebilir (Özel hukuk yargılamalarında tercüman yardımından yararlanma hakkı hususunda bk. M. **Özekes**, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 300 vd.).

⁴³ Bu konuda bk. M. **Öncü**, *La fonction publique et l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2004, s. 14; F. **Sudre**, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, PUF, 2005, s. 34 vd.

Mahkeme, “*cezaî alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlama*” kavramını da, taraf devletlerin ulusal mercilerince bu kavrama yüklenen anlamla bağlı kalmadan, otonom yorumlamış ve ulusal hukukta ceza hukuku kapsamında değerlendirilen yargılamalara ek olarak, iç hukukta idarî suç⁴⁴, vergi suç ve cezaları⁴⁵, gümrük hukuku⁴⁶ ile rekabet hukuku çerçevesinde uygulanan cezalar⁴⁷ ile disiplin suçu⁴⁸ olarak nitelendirilen bazı durumları da, bir kısım ölçütleri karşılamaları kaydıyla, bu kavramın kapsamında değerlendirmiş⁴⁹. AİHM, bir yargılamanın Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında “*cezaî*

⁴⁴ *Öztürk v. Almanya*, no. 8544/79, 21 Şubat 1984, § 50 vd. (Mahkeme bu kararda, Almanya'da trafik suçu işleyen bir Türk'e uygulanan idarî para cezasının niteliğini, [tazmin edici değil] cezalandırıcı ve caydırıcı amacını dikkate alarak, söz konusu idarî para cezasının Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında “*cezaî alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlamalar*” kavramının kapsamında değerlendirmiştir, § 53). *Öztürk v. Almanya* kararı konusunda bk. P. **Stanfield**, “Right to free assistance of an interpreter in judicial proceedings concerning a “regulatory offence” / *Öztürk case*”, *H.R.L.J.*, 1984, s. 293-311; V. **Berger**, s. 309 vd.; M. W. **Janis**/R. S. **Kay**/A.W. **Bradley**, *European Human Rights Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2008, s. 721-724.

⁴⁵ *Bendenoun v. Fransa*, no. 12547/86, 24 Şubat 1994, §§ 46 ve 47. Ayrıca bk. *Jussila v. Finlandiya* [BD], no. 73053/01, 23 Kasım 2006, §§ 30-38.

⁴⁶ *Salabiaku v. Fransa*, no. 10519/83, 7 Ekim 1988, § 24; *Funke v. Fransa*, no. 10588/83, 25 Şubat 1993, §§ 38-44.

⁴⁷ *Société Stenuit v. Fransa* [Kom. Kar.], no. 11598/85, 30 Mayıs 1991. Mahkeme, başvuru-rucunun başvuruyu takip etmekten vazgeçtiğini bildirmesi sonucu, 27 Şubat 1992 tarihinde bu başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir.

⁴⁸ *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72, 8 Haziran 1976, §§ 80-85 (Askerî disiplin suçu işleyen başvuruçulara uygulanan ve disiplin cezası niteliğindeki hürriyeti bağlayıcı cezaların niteliği ve ağırlığını dikkate alan Mahkeme, söz konusu uygulamanın AİHS'nin 6. maddesi anlamında “*cezaî nitelikte*” olduğuna karar vermiştir.); *Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık*, nos. 7819/77 ve 7878/77, 28 Haziran 1984, § 73 (Bu kararda, cezaevinde işlenen fiillerin niteliği ile disiplin cezası olarak uygulanan cezanın amacı ve ağırlığı dikkate alınarak, ilgili yargılamanın Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında “*cezaî nitelikte*” olduğu değerlendirilmiştir); *Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık* [BD], 39665/98 ve 40086/98, 9 octobre 2003, §§ 117-123 (Bu kararda suçun niteliği ile cezanın amacı ve ağırlığı birlikte dikkate alınarak yargılamanın “*cezaî nitelikte*” olduğu kararlaştırılmıştır, § 82).

⁴⁹ Bk. P. **Lambert**, “La mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux administratif” in P. **Lambert** (dir.), *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, s. 240.

alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlama” kavramının kapsamına girip girmediğini değerlendirirken, “ulusal hukuktaki niteleme”, kişiye yöneltilen “suçlamaların niteliği”, “cezanın niteliği ya da amacı”⁵⁰ ile “cezanın ağırlığı” gibi ölçütleri dikkate alarak sonuca ulaşmaktadır⁵¹. Ancak, Mahkeme bu ölçütlerin tamamını birlikte değil, ayrı ayrı ve hatta bazen birkaçını birlikte dikkate alarak, somut olayda AİHS’nin 6. maddesinin cezaî boyutunun uygulanır olup olmadığına karar vermektedir⁵².

İsterse idarî makamlarca verilmiş olsun, hürriyeti bağlayıcı cezalar nitelikleri gereği ağır olup, özgürlükten yoksun bırakma sayılmayacak kadar hafif olan durumlar hariç, Sözleşme’nin 6. maddesi anlamında “cezaî nitelikte” değerlendirilmektedir. AİHM, toplam üç günlük hürriyeti bağlayıcı bir cezayı, aleyhine başvuruda bulunulan devletin ulusal hukukunda “idarî ceza” olarak nitelendirilmiş olmasına rağmen, Sözleşme’nin 6. maddesi anlamında “cezaî alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlamalar” kavramının kapsamında değerlendirerek, somut olayda 6. maddenin “cezai boyutunun” uygulanırlığına karar vermiştir⁵³.

Anlaşılabacağı üzere, Sözleşme’nin 6. maddesinin 3 e) hükmünde güvence altına alınan “tercüman yardımından karşılıksız yararlanma hakkı” sadece salt ceza yargılanmalarında uygulanmamaktadır. Bu hak, ulusal hukukta “ceza yargılaması” olarak nitelendirilen yargılamalara ek olarak, yukarıda belirtilen kriterleri karşılamaları kaydıyla, Sözleşme’nin 6. maddesi anlamında “cezaî alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlama” kavramının kapsamına giren “idari, disiplin, gümrük hukuku ile rekabet hukuku çerçevesinde uygulanan para cezaları ile vergi suç ve cezalarına ilişkin yargılamalarda” da uygulanma imkânı bulabilmektedir.

⁵⁰ Öngörülen yaptırım, caydırıcı ve cezalandırıcı bir amaç taşıyor ise söz konusu kavramın kapsamında, verilen bir zararı tazmin etme amacı gütmekte ise kapsam dışında değerlendirilmelidir.

⁵¹ Özellikle bk. *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, §§ 82 ve 83; *Öztürk v. Almanya*, § 50; *Demicoli v. Malta*, no. 13057/87, 27 Ağustos 1991, §§ 31-34; *Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık* [BD], § 82; *Galstyan v. Ermenistan*, no. 26986/03, 15 Kasım 2007, § 56.

⁵² Örnek olarak bk. *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, § 73; *Öztürk v. Almanya*, § 53; *Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık* [BD], § 130.

⁵³ *Galstyan v. Ermenistan*, §§ 26, 55-60. Ayrıca bk. *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, §§ 82; *Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık* [BD], §§ 69-130.

4. Hakkın Kapsadığı Yargılama Evreleri ve İçeriği

Bilindiği gibi, ceza yargılamaları soruşturma ve kovuşturma aşamalarından oluşmaktadır. Bu açıdan irdelenmesi gereken bir konu da, tercüman yardımından yararlanma hakkının her iki yargılama aşamasını kapsayıp kapsamadığı hususudur. Eğer sadece kovuşturma aşamasını kapsamakta ise, bu durumda açıklığa kavuşturulması gereken husus, bu hak, karar dâhil kovuşturma aşamasının tamamını kapsayan bir hak mı? Yoksa sadece duruşma evresinde uygulanan bir hak mıdır? İncelenmesi gereken ikinci konu, karşılıksız olan bu hakkın avukatla sanık arasındaki iletişimi kapsayıp kapsamadığı hususudur. Son nokta ise, hakkın niteliği veya kalitesine ilişkin olup, dosyadaki tüm bilgi ve belgelerle, duruşmada konuşulanların aynen çevirisinin gerekip gerekmediği hususudur.

Mahkemede kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanık açısından bu hakkın yargılamanın hangi aşamalarını kapsadığı hususuyla ilgili olarak belirtilmelidir ki, söz konusu hakkın sadece duruşmada yararlanılacak veya kovuşturma aşamasına ilişkin işlemlerin tamamını ve soruşturma aşamasını da kapsayan bir hak olup olmadığı hususunda Sözleşme metni açık ve net bilgi içermemektedir. Sözleşme'nin 6. maddesinin 3 e) hükmünün İngilizce metninde "***mahkemede*** kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan" (*if he cannot understand or speak the language used **in court***) ifadesi, Fransızca metninde ise "***duruşmada*** kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan" (*s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée **à l'audience***) ibaresi kullanılmıştır.

AIHM bu konuya ilişkin verdiği kararlarda, tercüman yardımından yararlanma hakkının kovuşturma aşamasına ek olarak, soruşturma aşamasını da kapsadığına ve hatta soruşturmanın ilk aşamasından itibaren sanığın bu haktan yararlandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, bu hak sadece yargılamanın duruşma aşamasıyla sınırlı olmayıp, sanığın adil yargılanma hakkından yararlanmasını güvence altına alacak ölçüde, anlaması gereken tüm soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin tercüme edilmesini kapsamaktadır⁵⁴. AIHM içtihatları bir bütün olarak incelendiğinde görüle-

⁵⁴ *Luedicke, Belkacem ve Koç v. Almanya*, § 48; *Öztürk v. Almanya*, § 58; *Kamasinski v. Avusturya*, § 74; *Hermi v. İtalya* [BD], no. 18114/02, 18 Ekim 2006, § 69.

cektir ki, bu hak hazırlık soruşturması aşamasını⁵⁵ ve dolayısıyla sanığın ilk kez hâkim huzuruna çıkarıldığı aşamayı, tutukluluk incelemesini, iddianame ve yazılı delil niteliğindeki benzeri belgelerin tercüme edilmesini, duruşma aşamasını ve mahkeme kararını da kapsamaktadır⁵⁶.

İstinaf mahkemelerinin bulunduğu ülkelerde, istinaf mahkemelerinin Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında kişiye karşı yöneltilmiş suçlamaların esasına ilişkin bir yargılama yaptıkları da dikkate alındığında, tercüman yardımından karşılıksız yararlanma hakkı bu aşamayı da kapsamalıdır⁵⁷. Gerçekten de, üç dereceli yargı sistemine (ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesi ve Yargıtay) sahip olan Bulgaristan'daki bir yargılamada, her üç derecede sunulan tercüme hizmetlerinin bedeli mahkûm olan başvurucudan alınmış olup, Mahkeme, bu durumun AİHS'nin 6 § 3 e) hükmünü ihlal ettiğine karar vermiştir⁵⁸. Bu karardan anlaşılacağı üzere, karşılıksız olan bu hak, Yargıtay önündeki yargılamanın özellikleri nispetinde, temyiz incelemesini de kapsar⁵⁹.

Tercüman yardımından *karşılıksız* yararlanma hakkının avukatla sanık arasındaki iletişimi kapsayıp kapsamadığı hususuyla ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") Avusturya'ya karşı 1975 yılında verdiği bir kararda, bu hakkın sanık ile avukatı arasındaki iletişimi kapsamadığını, Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmünün avukatla ilişkileri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağını ve sadece sanık ile yargı organı arasında iletişim açısından korunan bir hak olduğunu değerlendirmiştir⁶⁰.

⁵⁵ *Diallo v. İsveç* [k.k.], § 23-25; *Şaman v. Türkiye*, §§ 29-36. Ayrıca bk. P. Leach, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2011, s. 305 vd.

⁵⁶ *Kamasinski v. Avusturya*, § 76-85.

⁵⁷ Bk. A. Grotrian, *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme - Droit à un procès équitable*, Strasbourg, Édition du Conseil de l'Europe, 1992, s. 30.

⁵⁸ *Hovanesian v. Bulgaristan*, no. 31814/03, 21 Aralık 2010, §§ 48-52.

⁵⁹ Mahkeme'ye göre, temyiz başvurusunda bulunmak için kullanılacak dile ilişkin kurallar veya bu kuralların yorumu [ve uygulaması], davacının başvurabileceği bir başvuru yolunu kullanmasına engel oluşturur şekilde olmamalıdır (*Bocos-Cuesta v. Hollanda* [k.k.], no. 54789/00, 11 Mart 2003).

⁶⁰ *X v. Avusturya* [Kom. Kar.], no. 6185/73, 29 Mayıs 1975. Ayrıca bk. J. McBride, *Human rights and criminal procedure / The case law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009, s. 224 vd.

Tercüman yardımından yararlanma hakkının niteliği ya da kalitesi konusuna gelince, yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanığa sunulacak tercüme hizmetinin etkili ve [olayın koşullarına] uygun olması gerektiği hususunda kuşku yoktur⁶¹. Ancak belirtilmelidir ki, bu hak, Mahkemece, dosyadaki her türlü resmi ya da gayri resmi belgenin veya yazılı delillerin tamamının yazılı olarak tercüme edilmesini kapsayacak şekilde geniş yorumlanmamıştır⁶². Diğer bir ifade ile, dosya kapsamında yer alan bütün bilgi ve belgelerin, *savunmadaki işlevine bakılmaksızın*, aynen tercüme edilmesini zorunlu kılmamaktadır. Suçlamalara ilişkin yapılacak savunma açısından gerekli ve somut olayın koşullarına uygun bir çevirinin yapılması yeterlidir⁶³. Mahkeme'ye göre, tercüme konusunda sanığa sunulan yardım, sanığın hangi suçlama ile suçlandığını bilmesine izin vermeli ve özellikle yargılamayı yapan mahkeme önünde, suçlamalara ilişkin olay ve olgular (maddi vakıalar) konusunda kendi versiyon ya da bakış açısını anlatma olmak üzere, suçlamalar konusunda sanığın kendisini savunmasına imkân sunmalıdır⁶⁴. Bu açıdan, özellikle suçlamalara ilişkin tüm yazılı belge ve sözlü beyanların tercümesi gerekir⁶⁵.

Her halükârda, sanığın adil yargılanma hakkını güvence altına alacak şekilde, yargılamaya ilişkin yazılı belge ve sözlü beyanların çevirisi yapılmalıdır⁶⁶. Diğer bir ifade ile, somut yargılamada sanığa sunulan tercüme hizmeti, Sözleşme'nin 6. maddesinin diğer gerekleri de dikkate alındığında,

⁶¹ J.-F. **Renucci**, § 363.

⁶² *Kamasinski v. Avusturya*, § 74.

⁶³ A. Ş. **Gözübüyük**/F. **Gölcüklü**, s. 311; S. **İnceoğlu**, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, s. 58.

⁶⁴ *X v. Avusturya* [Kom. Kar.], no. 6185/73, 29 Mayıs 1975; *Kamasinski v. Avusturya*, § 74; *Güngör v. Almanya* [k.k.], no. 31540/96, 17 Mayıs 2001; *Protopapa v. Türkiye*, no. 16084/90, 24 Şubat 2009, § 80. Ayrıca bk. O. **Jacot-Guillarmod**, "Rights Related to Good Administration of Justice (Article 6)", in R.St.J. **Macdonald**/F. **Matscher**/H. **Petzold** (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 402 vd.

⁶⁵ D. **Tezcan**, "Tercümandan Yararlanma Hakkı", s. 697; D. **Tezcan**/M.R. **Erdem**/O. **Sancakdar**, s. 218.

⁶⁶ L. **Muller**, "La mise en oeuvre de la Convention en procédure pénale", in P. **Lambert** (dir.), *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Édition du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, s. 187.

yargılamanın adil ve hakkaniyete uygun olması açısından yeterli ise, sunulan tercüme hizmeti Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmünün gerekleriyle uyumludur⁶⁷. Aksi halde, söz konusu hakkın ihlâl edilmiş olma ihtimali vardır.

Duruşmalarda yapılan tercümenin eş zamanlı (*simültane*) olması ya da söylenen her ifadenin aynen tercüme edilmesi zorunluluğu da yoktur⁶⁸. Sentez halinde yapılmış bir ardıl tercüme Mahkemece Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmü açısından yeterli bulunmuş ve söz konusu hükmün ilgili başvuruda ihlâl edilmediğine karar verilmiştir⁶⁹. AİHM'ye göre, bu hakka ilişkin düzenlemede “[yazılı] çeviri” (*translator - traducteur*) yerine “[sözlü] tercüman” (*interpreter - interprète*) terimi kullanılmış olup, dava dosyasında yer alan yazılı belgelerin sözlü tercümesi de, bazı durumlarda Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmünün gereklerini karşılama açısından yeterli olabilir⁷⁰.

Tercümanın nitelikleri hususuna gelince, tercüman, AİHS'nin 6. maddesi anlamında mahkemenin üyesi ya da görevlisi olmadığı için, resmen bağımsız ve tarafsız olmak zorunda değildir. Tercüman açısından temel gereklilik, sanığın savunmasını etkili bir şekilde yapmasına ve yürütmesine imkân verecek etkili bir tercüme hizmeti sunması ve tavır ve davranışlarının ya da hareketlerinin yargılamanın adillliğini olumsuz etkileyecek nitelikte olmamasıdır⁷¹. Tercümanın niteliği hususunda belirtilmelidir ki, gayri resmi ve profesyonel olmayan bir tercüme hizmetinin, bu hakkın gereklerini karşılama açısından yeterli olduğunu söylemek çok düşük bir ihtimaldir⁷².

⁶⁷ J. Callewaert, “Procès équitable et égalité entre les accusés”, *R.T.D.H.*, 1991, s. 237 vd.

⁶⁸ A. Grotrian, s. 31.

⁶⁹ *Kamasinski v. Avusturya*, §§ 82 ve 83.

⁷⁰ *Husain v. İtalya* [k.k.], no. 18913/03, 24 Şubat 2005; *Diallo v. İsveç*, § 23. Ayrıca bk. D. Spielmann, “Article 6 ECHR in Criminal Proceedings - Recent Developments”, *N.J.E.C.L.*, V. 1, No. 3, 2010, s. 302; K. Reid, s. 177.

⁷¹ *Sahin Ucak v. Birleşik Krallık* [k.k.], no. 44234/98, 24 Ocak 2002. Ayrıca bk. K. Reid, s. 176.

⁷² *Cuscani v. Birleşik Krallık* (no. 32771/96, 24 Eylül 2002) kararına konu olan olayda, İngiliz mahkemesinin, resmen atanmış tercümanın yokluğunda yapılan karar duruşmasında, dil yeteneği açısından daha önce denenmemiş sanığın kardeşinin kullanılmasını, AİHM Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmünün gerekleriyle uyumlu bulmamıştır (§§ 38-40). Ayrıca bk. K. Reid, s. 177.

5. Tercüman Yardımından Yararlanacak Kişiler

Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında tercüman yardımından yararlanma hakkından kimlerin yararlanacağı da ayrıca irdelenmesi gereken konulardan biridir. Bu haktan sadece yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan veya bu dilde meramını etkili bir şekilde ifade edemeyen sanıklar mı yararlanmalıdır? Yoksa yargılamada kullanılan dilde savunma yapma iradesini açıklayan her sanığın tercüman yardımından yararlanma hakkı var mıdır?

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3 e) hükmünün metninden anlaşılın, “*yargılamada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan sanığın*” bir tercümanın yardımından “*karşılıksız*” yararlanma hakkına sahip olduğudur. Dolayısıyla, yargılamada kullanılan dili anlayan *ve* konuşan sanıklar, AIHS'nin 6. maddesi anlamında “*tercüman yardımından karşılıksız yararlanma*” hakkına sahip değildir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu⁷³ da, AIHS'nin 6 § 3 e) hükmünü bu şekilde yorumlamış olup, bu haktan sadece yargılamada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan sanıkların yararlanabileceğini değerlendirmiştir. Komisyon, 1983 yılında verdiği bir kararda, Fransa'da doğup büyümüş ve öğrenimini bu ülkede tamamlamış bir Fransız vatandaşının, mahkeme önünde Bretonca savunma yapma talebini reddeden Fransız

⁷³ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan ve imzacı 10 devletin onaylaması sonucu [uluslararası alanda] 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren AIHS ile kurulmuş olup, 11 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren (Bkz. *Varnava ve Diğerleri v. Türkiye* [BD], n^{os} 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, 18 Eylül 2009 § 132) ve 1 Kasım 1998 tarihinden itibaren uygulamaya konan 11 No.lu Protokol hükümleri uyarınca varlığına son verilmiştir. 1954-1998 yılları arasında 44 yıl boyunca işlev yapmış, üyeleri bağımsız ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce altı yıllığına seçilen bir organ olan Komisyon'un temel işlevi, başvurularda ileri sürülen şikâyetlerin (*complaints-griefs*) kabul edilir olup olmadığına karar vermektir. Diğer bir ifade ile, Sözleşme'nin ilk halinde esas itibarıyla filraj işleviyle görevlendirilmiş, oluşum ve organizasyonu açısından “yarı yargısal” ya da “yargısal bir organa benzeyen”, “*para juridictionnel*” bir organdı (F. *Sudre*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, s. 726). Türkiye Cumhuriyeti, AIHS'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış olup, 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylamıştır. Bireysel başvurular açısından Komisyon'un yetkisini 28 Ocak 1987 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargısal yetkisini ise 22 Ocak 1990 tarihinde tanımıştır.

mahkemesinin gerekçelerini yerinde bularak, başvuruçunun şikâyetini açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

Başvuruçucu bu başvuruda bir taraftan “Bretonca⁷⁴ savunma yapabilmesi için tercüman yardımından yararlandırılmadığı” gerekçesiyle AİHS’nin 6 § 3e) hükmünün, diğer taraftan da “dil ve ulusal bir azınlığa mensup olmaya dayalı ayrımcılığa tabi tutulduğu” iddiasıyla, Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon ise, “[ilk derece] mahkemesinin kararından şu durum açıkça anlaşılmalıdır ki, başvuruçucu Fransa’da doğmuş ve öğrenimini bu ülkede tamamlamış olup, yargılamanın yapıldığı dil olan Fransızca’yı konuşma ve anlama konusunda herhangi bir zorlukla karşılaşmamıştır. AİHS’nin 6 § 3 e) hükmünde öngörülmesi olan tercüman yardımından karşılıksız yararlanma hakkı, sadece sanığın mahkemede kullanılan dili anlayamadığı veya bu dilde meramını anlatamadığı durumlarda uygulanma imkânı bulur” gerekçesine dayanarak, söz konusu şikâyeti usulden reddetmiştir⁷⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bu hakkın sadece yargılamada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan, bu dilde meramını anlatamayan sanıklara tanınmış bir hak olduğunu değerlendirmiştir⁷⁶. Mahkeme’ye göre, yargılamada kullanılan dili yeterli derecede anlayan bir sanık, ana

⁷⁴ Bretonca, Fransa’nın Britanya bölgesinde kullanılan yerel bir dildir.

⁷⁵ K. v. Fransa [Kom. Kar.], no. 10210/82, 7 Aralık 1983. Benzer Komisyon kararları için ayrıca bk. *Isop v. Avusturya* [Kom. Kar.], no. 808/60, 8 Mart 1962; *Bideault c. France* [Kom. Kar.], no. 11261/84, 6 Ekim 1986 (Tanıklara ilişkindir.); *P.C. v. Fransa* [Kom. Kar.], no. 17276/90, 13 Mayıs 1992; *Mehmet Mehdi Zana v. Türkiye* [Kom. Kar.], no. 18954/91, 21 Ekim 1993. Bazı sanıklar bazen siyasî amaçlarla, mahkemede, ülkenin resmi dili dışında, bölgesel ya da yerel bir dili veya mensup oldukları ulusal bir azınlık dilini kullanmak isteyebilmektedirler. AİHS, ulusal mahkemelerde bölgesel, yerel ya da bir azınlık dilinin kullanılmasını gerektiren herhangi bir hükme yer vermiş değildir (J.-L. Charrier, *Code de la Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, Litec, 2005, s. 137). Benzer yönde görüş için bk. M. Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 300 ve 301. Ancak yargılamada kullanılan dilin ayrıcalıklarına hâkim olmayan bir sanığa tercüme hizmeti sunmak da yasaklanmış değildir; velev ki sanık, AİHS kriterleri açısından yeterli derecede resmi dili anlıyor ve konuşabiliyor olsun (Benzer yönde bk. J.-L. Charrier, s. 137 vd.).

⁷⁶ Bk. *Luedicke, Belkacem ve Koç v. Almanya*, § 48; *Kamasinski v. Avusturya*, § 74; *Brozicek v. İtalya*, no. 10964/84, 19 Aralık 1989, § 41; *Stanford v. Birleşik Krallık*, § 26.

dilinin yargılamada kullanılan dil olmadığını ileri sürerek, [kültürel veya politik bir nedenle] tercüman yardımından yararlanmak isteyip, Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmünün korumasından yararlanamaz⁷⁷.

Fiziksel özürlü olmaktan kaynaklanan anlayamama veya konuşamama durumunda bulunan bir kişi de, örneğin sağır ve/veya dilsiz de, “Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında bir suçlama” ile karşılaştığında, tercüman yardımından karşılıksız olarak yararlanabilmelidir⁷⁸. Sağır ve dilsizlerin de, Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmü anlamında “yargılamada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayanlar” kategorisinde olduğunda kuşku yoktur⁷⁹. Dolayısıyla, bir suçlama ile karşılaştıklarında, yargılamada kullanılan dili anlamayacak şekilde engelli olan sanıkları da, AIHS'nin 6 § 3 e) hükmündeki güvenceden yararlandırmak, anladıkları işaret diliyle, en azından AIHM kararlarında kapsamı belirlenmiş ölçüde, bu hakkın gereklerini onlara da sağlamak zorunludur; aksi halde söz konusu hakkın ihlal edilme ihtimali ortaya çıkar⁸⁰.

Bilindiği gibi, Türk Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 202 § 2 hükmü de benzer bir güvenceye yer vermiştir⁸¹. Bu düzenlemeye göre,

⁷⁷ *Lagerblom v. İsveç*, no. 26891/95, 14 Ocak 2003, §§ 61-64; K. Reid, s. 177. Ancak yine de belirtilmelidir ki, AIHS, insan hakları alanında bir demokrasideki asgari standartlara yer vermiş olup, taraf devletler bu standartların üzerine çıkan düzenlemeleri tabii ki yapabilirler; bunun önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. 31 Ocak 2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren yasal düzenleme ile CMK'nın 202. maddesine eklenen 4. fıkradaki hüküm (ana dilde savunma) bu çerçevede değerlendirilmelidir.

⁷⁸ Bk. A. Grotrian, s. 30; A.Ş. Gözübüyük/F. Gölcüklü, s. 311; O. Doğru/A. Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıkçama ve Önemli Kararlar*, C. 1, Ankara 2012, s. 655.

⁷⁹ A. Ş. Gözübüyük/F. Gölcüklü, s. 283, 350 vd.; D. Tezcan, “Tercümandan Yararlanma Hakkı”, s. 698; D. Tezcan/M. R. Erdem/O. Sancakdar, s. 218.

⁸⁰ Benzer bir düzenleme Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 408. maddesinde de öngörülmüştür. Savunma haklarını ve yargılamanın çekişmeli olma niteliğini güçlendirmeyi amaçlayan 15 Haziran 2000 tarihli yasal değişiklik ile bugünkü şekli verilen düzenleme için bk. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=7BB7E9B879B42B4C96A4281194927EE9.tpdjo07v_3?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIARTI000006576504&dateTexte=20141104&categorieLien=cid#LEGIARTI000006576504, 15 Kasım 2014; D. Tezcan, “Tercümandan Yararlanma Hakkı”, s. 699).

⁸¹ Bu konuda bk. B. Öztürk/D. Tezcan/M. R. Erdem/Ö. Sırma/Y. F. Saygılar/E. Alan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2010, s. 147 vd.

“Engelli olan sanığa (...), duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabileceği biçimde anlatılır.” Bu düzenlemenin, uygulayıcılar tarafından AİHM kararları ışığında yorumlanıp uygulanması, AİHS’nin 6 § 3 e) hükmünde güvence altına alınan hakkın ihlaline yol açılmaması açısından önemlidir. Diğer bir ifade ile, CMK hükmünde ifade edilen “duruşmadaki” terimi, soruşturma aşamasını da kapsar şekilde, suçlamalar açısından önemli olan dosyadaki bütün yazılı belge ve deliller ile duruşmadaki sözlü ifadeleri kapsar şekilde yorumlanıp uygulanmalıdır.

Sanığın avukatla temsil edildiği durumlarda, yargılamada kullanılan dili avukatın anlayıp konuşabilmesi, yargılanan kişinin bu temel haktan yoksun bırakılmasına yol açmaz⁸². Bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı bireysel bir hak olup, sanığın savunmasını bizzat yapma hakkını tanıyan AİHS’nin 6 § 3 c) hükmü de dikkate alındığında, başka türlü bir sonuca ulaşmak imkânsızdır. Bilindiği gibi, bir suçlama ile karşılaştığında, olay ve olgulara ilişkin yaşananları en iyi, suçlama ile itham edilen kişi anlatabilir; maddi vakıalar açısından savunmasını yine en iyi kendisi yapabilir. Ayrıca, savcılığın ve tanıkların dile getirdiği suçlamalara dayanak oluşturan maddi vakıalara karşı, olayları bizzat yaşamamış bir avukatın sanık kadar etkili savunma yapması ve bu çerçevedeki iddiaları çürütmesi de, özellikle ani cevap verilmesi gereken durumlar (örneğin duruşmalar) dikkate alındığında, zor görünmektedir. Bu nedenlerle, sanığın kendi yargılamasına etkili bir şekilde katılımını sağlayabilmek için, avukatı olsa dahi, kendisine bu hakkı tanımak ve bedeli ödetilmeksizin tercüman yardımından yararlandırmak gerekir. Mahkeme’ye göre, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan duruşmaya katılma hakkı, sanığın duruşmadaki tartışmaları anlayabilmesini ve bu çerçevede savunmasında ileri süreceği her unsuru avukatına haber verebilmesini de gerektirir⁸³.

6. Haktan Yararlanmanın Tamamen Karşılıksız Olması

AİHS’nin 6 § 3 e) hükmünün metninde de ifade edildiği gibi, yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanıklar tercüman

⁸² D. Tezcan, “Tercümandan Yararlanma Hakkı”, s. 696; D. Tezcan/M. R. Erdem/O. Sancakdar, s. 216; *Guide on Article 6 - Right to a Fair Trial*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014, § 336 (<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c> - 15 Kasım 2014).

⁸³ *Kamasinskiv. Avusturya*, § 74; *Cuscani v. Birleşik Krallık*, § 38.

yardımdan “karşılıksız” olarak yararlanır. Sanığın yargılama sonunda mahkûm olması ya da beraat etmesi, bu haktan “bedelini ödemedi” yararlanma açısından herhangi bir fark oluşturmaz. Dolayısıyla, bir sanık yargılama sonunda mahkûm olsa da, “tercüme için ödenen bedel”, diğer yargılama giderlerine eklenerek, kendisinden hiçbir şekilde istenemez⁸⁴. Sanığın ödeme yapabilecek durumda olup olmaması, bu haktan karşılıksız yararlanma açısından hiçbir önem arz etmez⁸⁵. Eğer tercüme masrafları istenirse, bu durum söz konusu Sözleşme hükümünün ihlâline yol açar.

Yargılamada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan sanıklar açısından, tercüman yardımından yararlanma hakkının karşılıksız olması, mutlak niteliklidir⁸⁶. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, mahkûm olduktan sonra tercüme masrafları hükümlüden istenmiş olan bir başvuruda, ilgili masraflar sigorta şirketi tarafından karşılanmış olmasına rağmen, ihlal kararı vermiş olup⁸⁷, tercüme bedeli hiçbir şekilde sanıktan istenemez.

Ancak Komisyon, Almanya’ya karşı yapılmış bir başvuruda, iki duruşmaya mazeretsiz olarak katılmayan bir İtalyan sanığa, önceden çağrılıp söz konusu duruşmalarda hazır bulunan tercümana ödenen masrafların yükletilebileceğine hükmetmiş olup, Sözleşme’nin 6 § 3 e) hükmüne ilişkin şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir⁸⁸.

Tercüman yardımından karşılıksız yararlanma hakkı, yargılamada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan sanığa tanınmış bir hak olup, arama esnasında üzerinde ele geçirilen ve bildiği dildeki bir belgenin yargılamanın yapıldığı dile çevirisini kapsamamaktadır. Komisyon, ana dili Almanca olan bir Alman vatandaşının, Türkiye’de aranması esnasında

⁸⁴ Özellikle bk. *Luedicke, Belkacem ve Koç v. Almanya*, §§ 40-50; *Öztürk v. Almanya*, § 58; *Waldberg v. Türkiye* [Kom. Kar.], no. 22909/936, 4 Eylül 1996. Bu konuda ayrıca bk. J. Mauro, “Les frais de traduction peuvent-ils entrer en dépens à la charge de la personne condamnée par une juridiction répressive”, *G.P.*, 27-29 avril 1986, s. 4 ve 5.

⁸⁵ O. Doğru/A. Nalbant, s. 655.

⁸⁶ D. Tezcan/M. R. Erdem/O. Sancakdar/R. M. Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara 2011, s. 268; K. Reid, s. 176.

⁸⁷ *Akdoğan v. Almanya* [Kom. Rap.], no. 11394/85, 5 Temmuz 1988. Ayrıca bk. *Isyar v. Bulgaristan*, §§ 45-49; K. Reid, s. 176 vd.

⁸⁸ *Fedele v. Almanya* [Kom. Kar.], no. 11311/84, 9 Aralık 1987.

üzerinde bulunan Almanca belge ve kasetlerin (delillerin), aleyhine açılan kamu davasında Türkçeye çevirisi sonucu ortaya çıkan tercüme masraflarının kendisinden alınmasının, Sözleşme'nin 6 § 3 e)hükmüne aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir⁸⁹.

7. Taraf Devletlerin Üzerlerine Düşen Pozitif Yükümlülükler

AİHM'ye göre, AİHS'nin oluşturduğu sistem, Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen hakların etkili bir şekilde güvence altına alınabilmesi için, taraf devletlerin bazı durumlarda pozitif tedbirler almasını zorunlu kılmaktadır⁹⁰. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hâkim huzuruna çıkma ve hâkim tarafından dinlenilme hakkının⁹¹ teorik veya hayali bir hak olarak kalmaması için, taraf devletler, yargı sistemlerini, adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde organize edip düzenleme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, sanığın fiziksel olarak yargılamada bulunmasını ve aktif olarak yargılamaya katılmasını⁹² sağlamak için durumun gerektirdiği pozitif tedbirler almak da devletlerin yükümlülüğündedir.

Sözleşme'ye taraf devletler, yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanığın tercüman yardımından gerçek anlamda yararlanmasını sağlayabilmek için bazı pozitif tedbirler de almak zorundadır⁹³. Öncelikle, yargılamayı yapan ulusal hâkim, sanığa da danışarak, tercüman yardımına ihtiyacı olup olmadığını araştırmalı ve ihtiyaç duymakta ise bir tercüman atamalıdır. Sanık, bir avukatla temsil edilmekte ve hâkim, avukatın

⁸⁹ *Waldberg v. Türkiye* [Kom. Kar.], no. 22909/93, 4 Eylül 1996.

⁹⁰ *Artico v. İtalya*, no. 6694/74, 13 Mayıs 1980, § 36.

⁹¹ Hukuki dinlenilme hakkı konusunda gbi bk. M. Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003.

⁹² AİHM'ye göre, adil yargılanma hakkının, yargılanan kişiye, yargılandığı davaya gerçek anlamda katılma hakkını da tanıdığına kuşku yoktur. Bu hak, kural olarak yargılamaya (duruşmalara) eşlik etmenin yanı sıra, tartışmaları anlayabilme ve takip edebilmeyi de içermektedir (*Colozza v. İtalya*, §§ 27 ve 32; *Barberà, Messegué ve Jabardo v. İspanya*, § 78; *Stanford v. Birleşik Krallık*, § 26).

⁹³ Aslında, avukat yardımından yararlanma hakkında olduğu gibi bu hak da, niteliği gereği pozitif bir yükümlülüğün sunulması şeklinde ortaya çıkmakta ve adil yargılanma hakkının gereklerinin somut olarak güvence altına alınmasına imkân vermektedir (F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2005, s. 100).

da sanıkla iletişimde zorluklar yaşadığı hususundan haberdar edilmiş ise, sanığın tercüme hizmetine ihtiyacı bulunup bulunmadığını kontrol etmeli ve tercüman atanmayacak ise, bu durumun, sanığın tartışmalara tam olarak katılmasına zarar vermeyeceğinden emin olmalıdır⁹⁴.

Belirtilmelidir ki, adil bir yargılama yapmanın nihai sorumlusu yargılamayı yapan mahkemeler olup⁹⁵, sanığın tercümana ihtiyaç duyup duymadığı hususundaki denetim görevi de onlara aittir. Hâkim, sanığın kullanılan dili anlayıp anlayamadığını kontrol etmeli, yargılamada kullanılan dili anlamadığından veya bu dili yeterli derecede bilmediğinden haberdar olduğu veya şüpheye düştüğü anda, bu yükümlülüğünün gereğini, sanığın takdirine bırakmadan, yerine getirmelidir. Aksi halde, Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmünün gerekleri karşılanmamış olur⁹⁶. Kanaatimizce, başvuruçunun bu haktan yararlanabilmesi için, talepte bulunması şart değildir⁹⁷. Hâkim, bir sanığın yargılamada kullanılan dili [gerektiği ölçüde] anlamadığı ya da konuşmadığı hususunda şüpheye düşerse, [kendiliğinden] harekete geçerek araştırma yapmalı ve sanığın gerçekten de anlama veya meramını anlatma hususunda yetersiz olduğunu tespit ederse, sanığa tercüman atmalıdır.

Bu hak açısından Sözleşme'ye taraf devletlerin yargı organlarının yükümlülüğü tercüman tayin etmekle sona ermemekte; gerektiğinde bu hakkın gerçek anlamda ve etkili bir şekilde uygulamaya geçirilmesini sağlamak için⁹⁸, sunulan tercüme hizmetlerinin kalitesi üzerinde belirli bir denetim

⁹⁴ *Cuscaniv. Birleşik Krallık*, § 38.

⁹⁵ *Katritsch v. Fransa*, no. 22575/08, 4 Kasım 2010, § 44.

⁹⁶ *Cuscani v. Birleşik Krallık*, §§ 38 ve 39. Ayrıca bk. J. **Mcbride**, s. 225 vd.

⁹⁷ En temel sanık haklarından biri olan tercüman yardımından yararlanma hakkı açısından her ne kadar bu değerlendirme doğru olsa da, AIHM'ye başvuru yapılması durumunda, eğer iç hukukta hiçbir organ önünde bu haktan yararlanma talebinde bulunulmamış ise, AIHM'nin söz konusu şikâyeti, "iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle" reddetme ihtimali yüksektir. Bu nedenle, başvuruçular açısından doğru olan, ulusal yargı organları önünde her halükarda tercüman yardımından yararlanma talebinde bulunmaktır (Talepte bulunulmadığı için, belirtilen gerekçe ile reddedilen başvurular için örnek olarak bk. *Conde v. Fransa* [k.k.], no. 52878/99, 24 Ekim 2000; *Puelinckx v. Belçika* [k.k.], no. 49104/99, 18 Eylül 2001; *Tabai v. Fransa* [k.k.], no. 73805/01, 17 Şubat 2004).

⁹⁸ Tercüme hizmeti, pratikte somut olayın koşullarına uygun ve etkili bir şekilde sunulmalıdır (J.-C. **Soyer/M. de Salvia**, "Article 6", in L.-E. **Pettiti/E. Decaux/P.-H.**

görevini de gerektirmektedir⁹⁹. AIHM'ye göre, yetkili makamların pozitif yükümlülüğü, uyarıldıkları takdirde, tercüme hizmetlerinin [kalitesi ve] yeterliliği üzerinde belirli bir derecede denetim yapmaya varır şekilde geniş anlaşılmalıdır¹⁰⁰. Denetim hususunda belirtilmelidir ki, öncelikle tercüme hizmetinin bu konuda yetenekli ve ehil (profesyonel) kişilerce verilmesi sağlanmalıdır. Yeterli ve gerektiği gibi tercüme hizmeti sunamayan tercümanın, tercüme hususunda yetenekli diğer biriyle değiştirilmesi gerekebilir¹⁰¹.

Atılı suçların niteliği veya ulusal makamların bildirdiği bilgilerin karmaşıklığı, duruşma salonunda yapılacak tartışmalar açısından yargılamada kullanılan dilin *derinlemesine* bilinmesini gerektirmekte ise, yargıç, söz konusu dili bilse de inceliklerine hâkim olmayan sanığa, tartışmalara tam katılımını sağlayabilmek için tercüman tayin etmelidir¹⁰².

Bütün bu belirtilenlerden anlaşılacağı üzere, ulusal yargıçlar, sanığın yargılamada kullanılan dili anlama veya konuşma hususundaki yeterliliğini kararlaştırma aşamasında, "*dar ve keyfiliğe kaçmayacak oranda*" belirli bir takdir yetkisine sahiptir.

SONUÇ

AIHS'de en temel sanık hakları arasında sayılmış olan tercüman yardımından *karşılıksız* yararlanma hakkı, anlama veya meramını anlatma bakımından sorunlar yaşayan sanığın [diğer] savunma hakları açısından anahtar niteliğinde bir haktır. Bu hak ceza yargılamalarında sanığın adil yargılanması için son derece önemli bir role sahip olup, bu güvenceyi yargılamanın dilini anlamayan ya da kendisini bu dilde etkili bir şekilde ifade edemeyen sanıklara sunmak, yargılamayı yapan yargı organının görevidir.

Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, s. 278; *Kamasinski v. Avusturya*, § 74).

⁹⁹ H. **Tigroudja**, "La défense du terroriste dans l'Etat de droit", in L. **Hennebel/D. Vandermeersch** (dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009, s. 235.

¹⁰⁰ *Kamasinski v. Avusturya*, § 74.

¹⁰¹ Bk. A. **Grotian**, s. 31.

¹⁰² *Hermiv. İtalya* [BD], § 71; *Katritsch v. Fransa*, § 41; *Şaman v. Türkiye*, § 30; *mutatis mutandis*, *Güngör v. Almanya* [k.k.]; *Guide on Article 6 - Right to a Fair Trial*, § 348.

Sözleşme'nin 6 § 3 e) hükmünde açıkça belirtildiği gibi, tercüman yardımından yararlanma hakkı, yargılamada kullanılan dili anlamayan **ya da** konuşamayan sanığa tanınmış bir haktır. “*Ya da*” bağlacından, kullanılan dili anlaşılmayan veya meramını gerektiği gibi ifade edemeyen sanığa da bu hakkın tanınması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bir yabancı dili sonradan öğrenen herkesin bildiği gibi, bir dili anlamak ile bu dilde kendini etkili bir şekilde ifade etmek farklı şeylerdir. Dolayısıyla, sanığın adil yargılanma hakkından etkili bir şekilde yararlanmasını güvence altına almak için, ulusal yargı organları şüpheli durumlarda sanık lehine karar vermeli ve sanığa bu temel hakkın gereklerini sunmalıdır¹⁰³. Sanığın söz konusu dili anlamadığı veya konuşamadığının açık olduğu durumlarda, tercüman hizmeti sunulmasının zorunlu olduğu zaten tartışmasızdır.

Tercüman yardımından yararlanma talebinin olduğu her durumda, talep sahibinin yargılamada kullanılan dili anlayıp anlamadığı ve bu dilde meramını etkili bir şekilde ifade edip edemediği titizlikle ve somut olgulara dayalı olarak araştırılarak karar verilmelidir. Eğer talep reddedilecek ise, sanığın söz konusu dili anladığı **ve** bu dilde meramını etkili bir şekilde ifade edebildiği, somut olgulara dayalı olarak belirtilmeli ve dolayısıyla talebin ret sebepleri açıkça ifade edilmelidir. Örneğin, “*sanığın yargılanmanın yapıldığı ülkede doğup büyüdüğü, ilk, orta ve/veya yüksek öğrenimi bu ülkede tamamladığı*” veya “*halen yurt dışında ikâmet ediyor olmasına rağmen 18 yaşına kadar söz konusu ülkede büyüdüğü ve ilk ve orta öğrenimini bu ülkede tamamladığı ve dolayısıyla mahkemede kullanılan dili anlayıp konuşabildiği*” belirtilerek, objektif üçüncü kişileri ikna edecek gerekçelere dayanılarak talep reddedilebilir. Ya da “*sanığın polis ifadesinde hiçbir zorlukla karşılaşmadan yargılanmanın yapıldığı dilde ifade verdiği, savcılık ifadesinde de aynı dilde savunma yaptığı ilgili sorgu tutanaklarından açıkça anlaşıl-makta olup, sanığın yargılamada kullanılan dili etkin bir şekilde anlayıp konuşabildiğinde kuşku bulunmadığından talebin reddine*” şeklinde, somut olgulara dayanılarak karar verilebilir¹⁰⁴. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu *Mehmet Mehdi Zana v. Türkiye* başvurusunda, ilgilinin geçmişte bir süre

¹⁰³ Bu konuda özellikle bk. *Cuscani v. Birleşik Krallık*, §§ 38-40; *Şaman v. Türkiye*, §§ 29-37.

¹⁰⁴ Benzer bir karar için bk. *Tabai v. Fransa* [k.k.], no. 73805/01, 17 Şubat 2004.

Diyarbakır belediye başkanı sıfatıyla “kamusal görevler üstlenmiş olduğunu ve bu durumun iyi derecede Türkçe bilme açısından karine oluşturduğunu” ifade ederek, şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir¹⁰⁵.

Ancak, sadece bir ülkede doğup büyüme, o ülkede kullanılan dili anlamak **ve** konuşmak açısından her zaman yeterli olmayabilir. Ana dili farklı olan bir sanık, büyüdüğü ülkenin sokaklarında konuşulan dili anlayabilir; fakat eğer ilkokula dahi gitmemiş ise, meramını aynı dilde etkili bir şekilde ifade edemeyebilir. Hatırlatılmalıdır ki, AİHS m. 6 § 3 e) hükmünün uygulanması için sanığın yabancı olması gerekmemektedir¹⁰⁶. Bu durumda, karşılıksız tercüman yardımından yararlanma hakkının en temel bir sanık hakkı olduğu da göz önünde bulundurularak, ilgili sanığı bu temel haktan yararlandırmak gerektiği kanaatini taşımaktayız. Bu temel hakkın dar yorumlanması, hakkın amacı ve varlık nedeniyle uyumlu olmaz. AİHM’ye göre, adil yargılanma hakkı demokratik bir toplumda o kadar önemli bir yere sahiptir ki, AİHS’nin 6. maddesinin dar yorumlanması bu maddenin amacı ve konusuyla bağdaşmaz¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Mehmet Mehdi Zana v. Türkiye* [Kom. Kar.], no. 18954/91, 21 Ekim 1993.

¹⁰⁶ Bk. O. **Doğru/A. Nalbant**, s. 655.

¹⁰⁷ Özellikle bk. *Delcourt v. Belçika*, no. 2689/05, 17 Ocak 1970, § 25; *Ramanauskas v. Litvanya* [BD], no. 74420/01, 5 Şubat 2008, § 53.

Kaynakça

1. Kitap ve Makaleler

- Akilloğlu, T.**; İnsan Hakları - I - Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 1995.
- Berger, V.**; Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Paris, Daloz, 2000.
- Callewaert, J.**; "Procès équitable et égalité entre les accusés", R.T.D.H., 1991, s. 237 vd.
- De Gouttes, R.**; "Article 5 § 2", in L.-E. **Pettiti**, E. **Decaux** ve P.-H. **Imbert** (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article, Paris, Economica, 1999, s. 203-210.
- De Salvia, M.**; Compendium de la CEDH : Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme - Jurisprudence 1960 à 2002, Vol. 1, Kehl/Strasbourg/Arlington, Va (USA), Engel, 2003.
- Doğru, O./Nalbant, A.**; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıkçama ve Önemli Kararlar, C. 1, Ankara 2012.
- Duffy, P. J.**; "Luedicke, Belkacem and Koç : a discussion of the case and of certain questions raised by it", H.R.R., 1979, s. 98-128.
- Ergec, R.**; Protection européenne et internationale des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- Eshylle, J. F.**; "L'interprète en matière pénale", R.S.C.D.P.C., no. 2, Sirey, avril-juin 1992.
- Gouttenoire, A.**; "La comparution personnelle et le droit à l'assistance d'un défenseur", in F. **Sudre**, J.-P. **Marguenaud**, J. **Andriantsimbazovina**, A. **Gouttenoire** ve M. **Lavinet**, Lesgrandsarrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Paris, PUF, 2009, s. 385 vd.
- Gouttenoire, A.**; "Le droit de participer à son procès", in F. **Sudre**, J.-P. **Marguenaud**, J. **Andriantsimbazovina**, A. **Gouttenoire** ve M.

- Levinet**, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Paris, PUF, 2009, s. 387 vd.
- Gözübüyük**, A. Ş./**Gölcüklü**, F.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yetkisi, Ankara 2011.
- Grottrian**, A.; L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme - Droit à un procès équitable, Strasbourg, Édition du Conseil de l'Europe, 1992.
- Guide on Article 6 - Right to a Fair Trial, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014 (<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c>).
- İnceoğlu**, S.; Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara 2007.
- İnceoğlu**, S.; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı - Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2008.
- Jacot-Guillarmod**, O.; "Rights Related to Good Administration of Justice (Article 6)", in R. St.J. **Macdonald**, F. **Matscher** ve H. **Petzold** (eds.), The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 402 vd.
- Janis**, M. W./**Kay**, R. S./**Bradley**, A. W.; European Human Rights Law, Oxford/New York, Oxford University Press, 2008.
- Koering-Joulin**, R.; "Article 5 § 4", in L.-E. **Pettiti**, E. **Decaux** ve P.-H. **Imbert** (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article, Paris, Economica, 1999, s. 229-233.
- Lambert**, P.; "La mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux administratif" in P. **Lambert** (dir.), La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Éd. Du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994.
- Leach**, P.; Taking a case to the European Court of Human Rights, Oxford/New York, Oxford University Press, 2011.
- Marguénaud**, J.-P.; La Cour européenne des droits de l'homme, Paris, PUF, 2010.

- Mauro, J.;** “Les frais de traduction peuvent-ils entrer en dépens à la charge de la personne condamnée par une juridiction répressive”, G.P., 27-29 avril 1986.
- Mcbride, J.;** Human rights and criminal procedure/The caselaw of the European Court of Human Rights, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009.
- Muller, L.;** “La mise en oeuvre de la Convention en procédure pénale”, in P. **Lambert** (dir.), La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l’homme, Bruxelles, Édition du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994.
- Öncü, M.;** “AIHS’nin 6. Maddesinin 1. Paragrafının Kapsamı ve Bu Hükümde Güvence Altına Alınan Bazı Temel Hak ve İlkeler”, in M. **Sağlam**, S. **Gülener** ve R. **Kaplan** (ed.), Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, C. II, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, s. 657-691.
- Öncü, M.;** La fonction publique et l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2004.
- Özekes, M.;** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 2003.
- Özekes, M.;** “Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe”, in Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2007, s. 72 vd.
- Öztürk B./Tezcan, D./Erdem, M. R./Sırma, Ö./Saygılar, Y. F./Alan, E.;** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- Pelloux, R.;** “Trois affaires allemandes devant la Cour européenne des droits de l’homme”, A.F.D.I., 1979, 354 ve 355.
- Reid, K.;** A practitioner’s guide to the European Convention on Human Rights, London, Sweet&Maxwell, 2012.
- Renucci, J.-F.;** Droit européen des droits de l’homme, Paris, L.G.D.J., 2007.
- Soyer, J.-C./De Salvia, M.;** “Article 6”, in L.-E. **Pettiti**, E. **Decaux** ve P.-H. **Imbert** (dir.), La Convention européenne des droits de l’homme - Commentaire article par article, Paris, Economica, 1999, s. 239 vd.

- Spielmann, D.**; “Article 6 ECHR in Criminal Proceedings - Recent Developments”, N.J.E.C.L., V. 1, No. 3, 2010.
- Sudre, F.**; La Convention européenne des droits de l’homme, Paris, PUF, 2005.
- Sudre, F.**; Droit européen et international des droits de l’homme, Paris, PUF, 2011.
- Stanfield, P.**; “Right to free assistance of an interpreter in judicial proceedings concerning a “regulatory offence”/“Öztürk case”, H.R.L.J., 1984, s. 293-311.
- Tezcan, D.**; “Tercümandan Yararlanma Hakkı”, AÜSBFD (Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu’na Armağan), C. 52, S. 1-4, 1997, s. 693 vd.
- Tezcan, D./Erdem, M. R./Sancakdar, O.**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004.
- Tezcan, D./Erdem, M. R./Sancakdar, O./Önok, R. M.**; İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011.
- Tigroudja, H.**; “La défense du terroriste dans l’Etat de droit”, in L. Hennebel ve D. Vandermeersch (dir.), Juger le terrorisme dans l’Etat de droit, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- Wachsmann, P.**; Les Droits de l’Homme, Paris, Dalloz, 2008.
- White, R./Ovey, C.**; The European Convention on Human Rights, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- A.D. ve Diğerleri v. Türkiye, no. 22681/09, 22 Temmuz 2014.
- Airey v. İrlanda, no. 6289/73, 9 Ekim 1979.
- Al-Khawaja ve Tahery v. Birleşik Krallık [BD], no. 26766/05 22228/06, 15 Aralık 2011.
- Altınok v. Türkiye, no. 31610/08, 29 Kasım 2011.
- A.M. v. İtalya, no. 37019/97, 14 Aralık 1999.
- Artico v. İtalya, no. 6694/74, 13 Mayıs 1980.
- Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, no. 24760/94, 28 Ekim 1998.

- Barberà, Messegué ve Jabardo v. İspanya, no. 10590/83, 6 Aralık 1988.
- Bendenoun v. Fransa, no. 12547/86, 24 Şubat 1994.
- Bocos-Cuesta v. Hollanda [k.k.], no. 54789/00, 11 Mart 2003.
- Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, nos. 14553/89 ve 14554/89, 26 Mayıs 1993.
- Brincat v. İtalya, no. 13867/88, 26 Kasım 1992.
- Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 29 Kasım 1988.
- Brozicek v. İtalya, no. 10964/84, 19 Aralık 1989.
- Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık, nos. 7819/77 ve 7878/77, 28 Haziran 1984.
- Chamaiev ve Diğerleri v. Gürcistan ve Rusya, no. 36378/02, 12 Nisan 2005.
- Colozza v. İtalya, no. 9024/80, 12 Şubat 1985.
- Conde v. Fransa [k.k.], no. 52878/99, 24 Ekim 2000.
- Conka v. Belçika, no. 51564/99, 5 Şubat 2002.
- Cuscani v. Birleşik Krallık, no. 32771/96, 24 Eylül 2002.
- Çatal v. Türkiye, no. 26808/08, 17 Nisan 2012.
- Delcourt v. Belçika, no. 2689/05, 17 Ocak 1970.
- Demicoli v. Malta, no. 13057/87, 27 Ağustos 1991.
- De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, nos. 2832/66 2835/66 2899/66, 18 Haziran 1971.
- Diallo v. İsveç [k.k.], no. 13205/07, 5 Ocak 2010.
- D.N. v. İsviçre [BD], no. 27154/95, 29 Mart 2001.
- Einhorn v. Fransa [k.k.], no. 71555/01, 16 Ekim 2001.
- Engel ve Diğerleri v. Hollanda, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72, 8 Haziran 1976.
- Erişen ve Diğerleri v. Türkiye, no. 7067/06, 3 Nisan 2012.
- Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık [BD], 39665/98 ve 40086/98, 9 octobre 2003.

- Fox, Campbell et Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86 12245/86 12383/86, 30 Ağustos 1990.
- Funke v. Fransa, no. 10588/83, 25 Şubat 1993.
- Galstyan v. Ermenistan, no. 26986/03, 15 Kasım 2007.
- Güngör v. Almanya [k.k.], no. 31540/96, 17 Mayıs 2001.
- Haralampiev v. Bulgaristan, no. 29648/03, 24 Nisan 2012.
- Hermi v. İtalya [BD], no. 18114/02, 18 Ekim 2006.
- HirsiJamaa ve Diğerleri v. İtalya [BD], no. 27765/09, 23 Şubat 2012.
- Hovanesian v. Bulgaristan, no. 31814/03, 21 Aralık 2010.
- Husain v. İtalya [k.k.], no. 18913/03, 24 Şubat 2005.
- Imbrioscia v. İsviçre, no. 13972/88, 24 Kasım 1993.
- Isyar v. Bulgaristan, no. 391/03, 20 Kasım 2008.
- Jussila v. Finlandiya [BD], no. 73053/01, 23 Kasım 2006.
- Kamasinski v. Avusturya, no. 9783/82, 19 Aralık 1989.
- Kampanis v. Yunanistan, no. 17977/91, 13 Temmuz 1995.
- Katritsch v. Fransa, no. 22575/08, 4 Kasım 2010.
- Knebl v. Çek Cumhuriyeti, no. 20157/05, 28 Ekim 2010.
- Kress v. Fransa [BD], no. 39594/98, 7 Haziran 2001.
- Lagerblom v. İsveç, no. 26891/95, 14 Ocak 2003.
- Luedicke, Belkacem ve Koç v. Almanya, nos.6210/73, 6877/75 ve 7132/75, 28 Kasım 1978.
- Mamatkoulov ve Askarov v. Türkiye [BD], nos.46827/99 ve 46951/99, 4 Şubat 2005.
- Marzohl v. İsviçre [k.k.], no. 24895/06, 6 Mart 2012.
- McKay v. Birleşik Krallık, no. 543/03, 3 Ekim 2006.
- McMichael v. Birleşik Krallık, no. 16424/90, 24 Şubat 1995.
- Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa [BD], no. 3394/03, 29 Mart 2010.
- Meftah ve Diğerleri. Fransa [BD], nos. 32911/96, 35237/97 ve 34595/97, 26 Temmuz 2002.
- Megyeri v. Almanya, no. 13770/88, 12 Mayıs 1992.

- Miran v. Türkiye, no. 43980/04, 21 Nisan 2009.
- Murray v. Birleşik Krallık [BD], no. 14310/88, 28 Ekim 1994.
- Nideröst-Huber v. İsviçre, no. 18990/91, 18 Şubat 1997.
- Nikolova v. Bulgaristan [BD], no. 31195/96, 25 Mart 1999.
- Öztürk v. Almanya, no. 8544/79, 21 Şubat 1984.
- Protopapa v. Türkiye, no. 16084/90, 24 Şubat 2009.
- Puelinckx v. Belçika [k.k.], no. 49104/99, 18 Eylül 2001.
- Ramanauskas v. Litvanya [BD], no. 74420/01, 5 Şubat 2008.
- Reinhardt ve Slimane-Kaïd v. Fransa, nos. 23043/93 ve 22921/93, 31 Mart 1998.
- Reinprecht v. Avusturya, no. 67175/01, 15 Kasım 2005.
- Ruiz-Mateos v. İspanya, no. 12952/87, 23 Haziran 1993.
- Sağır v. Türkiye, no. 37562/02, 19 Ekim 2006.
- Sahin Ucak v. Birleşik Krallık [k.k.], no. 44234/98, 24 Ocak 2002.
- Saïdi v. Fransa, no. 14647/89, 20 Eylül 1993.
- Salabiaku v. Fransa, no. 10519/83, 7 Ekim 1988.
- Salduz v. Türkiye [BD], no. 36391/02, 27 Kasım 2008.
- Schiesser v. İsviçre, no. 7710/76, 4 Aralık 1979.
- Sejdovic v. İtalya [BD], no. 55581/00, 1 Mart 2006.
- S.N. v. İsveç, no. 34209/96, 2 Temmuz 2002.
- Stanford v. Birleşik Krallık, no. 16757/90, 23 Şubat 1994.
- Stoichkov v. Bulgaristan, no. 9808/02, 24 Mart 2005.
- Svipsta v. Letonya, no. 66820/01, 9 Mart 2006.
- Şaman v. Türkiye, no. 35292/05, 5 Nisan 2011.
- Tabai v. Fransa [k.k.], no. 73805/01, 17 Şubat 2004.
- Tymoshenko v. Ukrayna, no. 49872/11, 30 Nisan 2013.
- Van der Leer v. Hollanda, no. 11509/85, 21 Şubat 1990.

- Varnava ve Diğerleri v. Türkiye [BD], nos 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, 18 Eylül 2009.
- Vaudelle v. Fransa, no. 35683/97, 30 Ocak 2001.
- Vermeulen v. Belçika, no. 19075/91, 20 Şubat 1996.
- Włoch v. Polonya, no. 27785/95, 19 Ekim 2000.
- X. v. Birleşik Krallık, no. 7215/75, 15 Kasım 1981.

3. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları

- *Akdoğan v. Almanya* [Kom. Rap.], no. 11394/85, 5 Temmuz 1988.
- *Bideault c. France* [Kom. Kar.], no. 11261/84, 6 Ekim 1986.
- *Fedele v. Almanya* [Kom. Kar.], no. 11311/84, 9 Aralık 1987.
- *Isop v. Avusturya* [Kom. Kar.], no. 808/60, 8 Mart 1962.
- *K. v. Fransa* [Kom. Kar.], no. 10210/82, 7 Aralık 1983.
- *Mehmet Mehdi Zana v. Türkiye* [Kom. Kar.], no. 18954/91, 21 Ekim 1993.
- *P.C. v. Fransa* [Kom. Kar.], no. 17276/90, 13 Mayıs 1992.
- *Société Stenuit v. Fransa* [Kom. Kar.], no. 11598/85, 30 Mayıs 1991.
- *S.R. v. İtalya* [Kom. Kar.], no. 33212/96, 14 Ocak 1998.
- *Van Kuijk v. Yunanistan* [Kom. Kar.], no. 14986/89, 3 Temmuz 1991.
- *X v. Avusturya* [Kom. Kar.], no. 6185/73, 29 Mayıs 1975.
- *Waldberg v. Türkiye* [Kom. Kar.], no. 22909/936, 4 Eylül 1996.

Kısaltmalar

A.F.D.I.	: Annuaire français de droit international
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BD	: AİHM Büyük Daire kararı
bk.	: Bakınız
C.	: Cilt
dir.	: Sous la direction de
ed.	: Editör
eds.	: Editors
gbi bk.	: Geniş bilgi için bakınız
G.P.	: Gazette du Palais
H.R.L.J.	: Human Rights Law Journal
H.R.R.	: The Human Rights Review
k.k.	: Kabul edilebilirliğe ilişkin AİHM kararı
Kom. Kar.	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararı
N.J.E.C.L.	: The New Journal of European Criminal Law
no.	: Başvuru numarası
No.	: Number
nos.	: Başvuru numaraları
R.S.C.D.P.C.	: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.T.D.H.	: Revue trimestrielle des droits de l'homme
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
v.	: Versus (...e karşı)
V.	: Volume
vd.	: Ve devamı

HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULUNA ÜYE SEÇİLMESİNE İLİŞKİN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Dr. Mustafa SALDIRIM**

A. Giriş

Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir (AY, m.141, IV). Anayasanın bu hükmü, aynı zamanda hukukun temel ilkelerinden biri olup toplumsal barışın da teminatıdır. Adalet hizmetinin işlememesi, geç işlemesi ya da kötü işlemesi, toplumsal düzenin ve barışın bozulmasına neden olur. Veciz şekilde ifade edildiği gibi “*Geciken adalet, adalet değildir.*” Bu nedenle mahkemelerin etkinliği ile verimliliğinin artırılması ve özellikle yargılama sürelerinin kısaltılması, toplum ve devlet hayatı açısından yaşamsal bir öneme sahiptir.

İyi işleyen bir yargı sistemi, hukuk devleti olmanın temel koşullarından biridir. Demokrasi, insan hakları gibi kavramlar dahi ancak iyi işleyen bir yargı sistemi sayesinde asıl işlevine kavuşabilir. Yargının bir diğer özelliği de toplumun her kesimini ve her bireyini ilgilendiren hassas bir konu olmasıdır. Bu nedenle Kanun (5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”)¹, gerek hazırlanma gerekse kanunlaşma sürecinde tartışılırken, özellikle Anayasa Mahkemesinin ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (Kurul) yapısına ilişkin maddeler ilgi odağı olmuştur. Anayasa değişikliklerin yürürlüğe girmesinden sonra da konuyla ilgili tartışmaların devam ettiği görülmektedir.

* Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

¹ 13.5.2010 tarih ve 27580 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Kurul'un yapısının ne şekilde olduğu, üyelerinin kimler tarafından ve nasıl seçildiği, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan yargı bağımsızlığı açısından son derece önemlidir. Anayasa Mahkemesine (AYM) göre, “*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup, görev yapması; yasama, yürütme organlarından bağımsız olarak yetkilerini kullanması ve görevlerini yerine getirmesi kuralı Kurulda görev alan hâkimlerin her türlü etki, baskı, kuşku ve yönlendirmeden uzak olarak, yalnızca Anayasa’ya, yasaya ve vicdanî kanaatlerine göre karar verebilmeleri demektir. ...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bağımsızlığı ise, Kurulu oluşturan üyelerin bağımsızlığı ölçüsünde gerçekleşir. ...Çünkü, Kurul üyelerinin bağımsız görev yapabildiği ölçüde hâkimlerin ve savcılarının bağımsızlığının güvenceye alınacağı kuşkusuzdur...*”² AYM'nin kararından da anlaşıldığı üzere, Kurulu oluşturan üyelerin bağımsızlığı sorunu, yargının bağımsızlığı sorununa dönüşmektedir.

Bu çalışmada, yukarıda açıklanan öneminden ve güncelliğinden dolayı Kurula üye seçilmesine ilişkin Kanun hükümleri incelenecektir.

B. Anayasa Değişikliği Öncesi Hukukî Düzenleme ve Bu Düzenlemeye Yönelik Eleştiriler

1982 Anayasasının değişiklikten önceki m.159, II hükmüne göre, “*Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer.*”

AY m.159, II hükmüne yönelik eleştirilerin esas olarak iki noktada toplandığı söylenebilir. Birincisi, Adalet Bakanı ve Müsteşarının Kurulda yer almasının yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu iddiasıdır³. Konuyla ilgili en ciddi ve sürekli eleştiri AB Komisyonu İlerleme

² (AYM, 27.4.1993 T, E.1992/37, K.1993/18).

³ “*Kurulda Bakanın başkan, müsteşarın ise doğal üye olması kuvvetler ayrılığı ilkesine ve yargı bağımsızlığına aykırıdır.*” Bkz. **Duran**, Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu (Anayasa Yargısı Dergisi, 1984/1, s. 57-87), s. 78.

Raporlarında yer almaktadır. Bu durum, Avrupa Komisyonunun Türkiye 2006 İlerleme Raporunda “...Adalet Bakanı ve Müsteşarı Kurulun oy hakkına sahip yedi üyesinden ikisini oluşturmaktadır. Geri kalan beş üye de Danıştay ve Yargıtay üyeleri arasından atanmaktadır. Bu yapı, yargının tümüyle temsil edilmemesine yol açmakta olup, yukarıda belirtilen diğer hususlarla birlikte yürütmenin Türkiye’deki hâkimlerin meslekî ilerlemelerine yönelik alınacak kararları etkileme potansiyelini yaratabilir...”⁴ şeklinde açıkça eleştirilmiştir. 2007 yılı İlerleme Raporunda⁵, 2008 yılı İlerleme Raporunda⁶ ve 2009 yılı İlerleme Raporunda⁷ da yargı bağımsızlığını zayıflatan düzenlemelerin ortadan kaldırılması gerektiği konusunda benzer görüşler belirtilmiştir⁸.

Değişiklikten önceki hukukî düzenlemeye yönelik ikinci önemli eleştiri ise, yargıdan gelen Kurul üyelerinin sadece Yargıtay ve Danıştay’dan seçilmesi nedeniyle yargının bütününe temsil etmediği ve Kurulun demokratik meşruiyet ilkesine uygun olarak oluşturulmadığı düşüncesidir. Bu görüşe göre Kurul, yargının tamamını değil, yüksek yargının bir bölümünü temsil etmekte ve Yargıtay üyelerinin tamamının, Danıştay üyelerinin ise dörtte üçünün Kurul tarafından seçilmesi kapalı bir kast sistemi (kooptasyon⁹)

⁴ Avrupa Komisyonu “Türkiye 2006 İlerleme Raporu” s. 8 [http://www.abgs.gov.tr-11.8.2010]

⁵ Avrupa Komisyonu “Türkiye 2007 İlerleme Raporu” s. 9 [http://www.abgs.gov.tr-11.8.2010]

⁶ Avrupa Komisyonu “Türkiye 2008 İlerleme Raporu” s. 72 [http://www.abgs.gov.tr-11.8.2010]

⁷ Avrupa Komisyonu “Türkiye 2009 İlerleme Raporu” s. 11 [http://www.abgs.gov.tr-11.8.2010]

⁸ Son AB istişari ziyaret raporu da Kuruldan Bakanın çıkarılması gerektiğini belirtmesine rağmen, öncekilerinden farklı olarak müsteşarın Kurul üyesi olmasının diğer üyelerin hâkim kökenli olması nedeniyle sakınca teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Avrupa Komisyonu “Türkiye 2009 İlerleme Raporu” s. 11 [http://www.abgs.gov.tr-11.8.2010]; Türkiye’ye ilişkin AB belgeleri konusunda ayrıntılı bir analiz için bkz. **Dönmez, C.:** Uluslararası Belgelerde Yüksek Yargı Kurulları, AD, S. 2010/36 [http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36sayi1.htm]

⁹ “Kooptasyon (cooptation): Hâkimlerin bizzat hâkimler tarafından seçilmesidir. Bu sistemde hâkimler ya yüksek dereceli mahkemelerin hâkimleri, ya görev yapacakları mahkemelerin hâkimleri ya da en çok uygulanan şekilde hâkimlerin ağırlıklı olarak

oluşturmaktadır. Belirtilen sakıncaların giderilmesi için yargıç olan ve yargıç olmayan üyelerle parlamento¹⁰ tarafından nitelikli çoğunlukla seçilen üyelerin oluşturduğu karma bir yapı, “demokratik meşruiyet¹¹” ve “hesap verebilirlik” açısından gereklidir¹². AB Komisyonunun 2007 ve 2008 İlerleme Raporlarında, öncekilerden farklı olarak Kurulun yargının tamamını temsil etmediği yönünde eleştiriler ön plâna çıkarılmıştır. Aynı Komisyonun 2007’den önceki ilerleme raporlarında ise, öncelikle Adalet Bakanlığı ve Müsteşarının Kuruldan çıkartılması ve Kurulun ayrı bütçe, sekreteryaya ve binasının olması gerektiği vurgulanmaktaydı¹³.

C. Anayasa Değişikliği Sonrası Oluşan Hukukî Durumun Değerlendirilmesi

1. Genel Bilgi

Anayasa değişikliğinden sonra Kurul şu şekilde oluşmaktadır: 4 asıl üye, yüksek öğretim kurumlarının hukuk, *iktisat ve siyasal bilimler* dalla-

temsil edildikleri özel olarak oluşturulan kurullar tarafından atanmaktadır.” Bkz. bkz. Ünal, Ş.: Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, Ankara 1994, s. 59.

¹⁰ Nitekim, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığındaki bir grup akademisyen tarafından 2007 yılında hazırlanan “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi*”nde, “*Türkiye Büyük Millet Meclisi, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve savcılar arasından üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile beş asıl ve bir yedek üye seçer (m.109,I)*” hükmü ile TBMM’nin de Kurula üye seçmesi öngörülmüştür.

¹¹ Kurula yasama organı tarafından üye seçilmesi sistemine yönelik ciddi eleştiri ve kuşkuvar mevcuttur. “*Hâkimlerin uygulamak zorunda olduğu kanunlar yasama organınca yapıldığından, parlamento tarafından yapılan seçim, zaten mevcut ve kaçınılmaz olan bağımlılık ilişkisini daha artırdığı gibi yasama organının da aşırı güçlenmesine neden olacaktır. Ayrıca bütçe imkânları olan parlamento mevcut bağımlılık ilişkisini daha da geliştirme olanağını sağlayacaktır. Yasama organı tarafından yapılan seçim mahkemelerin siyasi parti mensupları tarafından doldurulmasına olanak tanıyacaktır. Öte yandan parti grupları ve siyasi partiler tarafından gösterilen adaylar arasından yapılan seçim hâkimin tarafsızlığına yönelik kuşkuvar uyandıracaktır.*” Bkz. Ünal, s. 50, 51.

¹² **Yazıcı, S.:** Yargı Reformu Projesi: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (Yargısal Düğüm:Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, TESEV Demokratikleşme Programı Siyasa Raporları Serisi, Yargı Reformu I, s. 17-20), s. 19.

¹³ **Dönmez,** s. 14-18.

rında görev yapan öğretim üyeleri, *üst kademe yöneticileri* ve avukatlar arasından Cumhurbaşkanı; 3 asıl ve 3 yedek üye Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulu; 2 asıl ve 2 yedek üye Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulu; 1 asıl ve 1 yedek üye Akademi Genel Kurulu üyeleri arasından Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu; 7 asıl ve 4 yedek üye birinci sınıf adlî yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından adlî yargıda görevli hâkim ve Cumhuriyet savcıları; 3 asıl ve 2 yedek üye birinci sınıf idarî yargı hâkim ve savcıları arasından idarî yargıda görevli hâkim ve savcılar tarafından seçilecektir (Kanun m.22 ile değişik AY m.159, III).

Anayasa Mahkemesi bu hükümdeki “*iktisat ve siyasal bilimler*” ile “*üst kademe yöneticileri*” ibarelerini iptal etmiştir¹⁴. Bu nedenle Cumhurbaşkanı, hukuk fakültelerindeki öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Kurula 4 üye atayacaktır.

2. Uluslararası Belgeler ve AB İlerleme Raporları Açısından Anayasa Değişikliğinin Değerlendirilmesi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkındaki R (94) 12 sayılı tavsiye kararı konumuz açısından önem taşımaktadır. Diğer uluslararası belgeler incelendiğinde, özellikle Venedik Komisyonu Raporu (Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonunun (Venedik Komisyonu) “Yargısal Atamalar” hakkındaki 16-17 Mart 2007 tarih ve 403/2006 sayılı raporu) ile AYDK Raporu

¹⁴ “*Hukukçu öğretim üyeleri ile Avukatların yargı ile doğrudan ilişkileri, yargının işleyişinden kaynaklanan sorunların belli ölçüde onları da etkilemesi ve yargının işleyiş konularındaki bilgi birikimleri nedeniyle Kurulun çalışmalarına katkı yapacağı düşünülebilir ise de yargının işleyiş ve yargı teşkilâtı ile herhangi bir şekilde ilişkisi olmayan ve yargının işleyiş, yargının ve yargıçların sorunları ve yargısal görevlerin yerine getirilmesinde gözetilmesi gereken yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı gibi ilkeler hakkında yeterli ilgi, bilgi ve tecrübeye sahip olmayan iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticilerinin hâkim ve savcılarının atama, tayin, terfî disiplin gibi özlük işlerinden sorumlu bir kurulda görev almaları yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini ihlâl edip, hukuk devleti ilkesini zedeler niteliktedir. -Bu nedenle Anayasa'nın değiştirilen 159. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan ‘...iktisat ve siyasal bilimler ...’ ve ‘... üst kademe yöneticileri ...’ ibarelerinin iptali gerekir.” (AYM, 7.7.2010 T, 2010/48 E, 2010/187 K).*

(Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin 23 Kasım 2007 tarih ve 10(2007) sayılı raporu) bu konuda hükümler içermektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R(94) 12 sayılı tavsiye kararının “*Prensip I- Hâkimlerin Bağımsızlığı Konusunda Temel Prensipler*” başlığı altındaki c) bendinde, “*Hâkimlerin mesleğe kabul edilmesine ilişkin bütün kararlar objektif kriterlere dayalı olmalıdır. Hâkimlerin seçimi ve mesleğe alınması, onların niteliklerini, dürüstlüklerini, kabiliyetlerini ve meslekî yeterliliklerini, göz önüne alan bir liyakat esasına dayalı olmalıdır.-Hâkimlerin seçimi ve meslek yaşamı ile ilgili bütün kararları veren otorite, hükümetten ve idareden bağımsız olmalıdır.*”¹⁵ ifadesine yer verilmiştir. Cumhurbaşkanı tarafından dört ve Bakanlık bürokratlarının egemen olduğu Akademi Genel Kurulu tarafından seçilen bir üyeye, Adalet Bakanı ve Müsteşarı da eklendiğinde, Kurulun 22 üyesinden 7’sinin hükümet ve idare temsilcisi olması öngörülmüştür. Bu oluşumun, R(94) 12 sayılı tavsiye kararının anılan hükmüyle örtüşmediğine yönelik eleştirilere neden olması mümkündür. Ayrıca Kurulun yapılandırılmasında “*demokratik meşruiyet*” ilkesine riayet edilmediği yönündeki itirazlar da karşılanmamış, parlamento tarafından Kurula üye seçilmesi öngörülmemiştir.

Anayasa değişikliğinin getirdiği en önemli yeniliklerden biri de adlî ve idarî yargıda görev yapan hâkim ve savcılar arasından Kurula toplam 10 asıl üye seçilebilmesidir. Bu şekilde Kurulun, yargının tamamını temsil etmediği şeklindeki eleştirilerin karşılanmasına çalışılmıştır¹⁶. AYDK Raporuna göre, yargı konseyinin yargıçlık mesleğinden gelen üyeleri, yargının her düzeyindeki hâkimler arasından kendi emsallerince (eşitlerince) seçilmelidir¹⁷. Bu tür bir yöntemin, yargının tümünün yargı konseyinde (Kurulda) temsiline olanak tanıyacağı gibi alt derecede görev yapan hâkimlerin yüksek yargı kuruluşları karşısında bağımsızlığını da temin edeceği belirtilmiştir¹⁸. Tüm

¹⁵ [http://www.coe.int-19.8.2010]

¹⁶ “*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun mevcut yapısı, üye sayısının azlığı, üyelerin sadece yüksek yargıdan gelmesi, ilk derece mahkemelerini yönetmekle görevli olmasına rağmen Kurulda, buralarda görev yapan hâkim ve savcılardan hiçbir temsilcinin yer almaması, ... gibi hususlar gerek iç ve gerekse uluslararası kamuoyunda eleştiri konusu yapılmıştır.*” (Anayasa değişikliğine ilişkin m.22’nin gerekçesi).

¹⁷ AYDK Raporu p.27 [http://wcd.coe.int-11.8.2010]

¹⁸ **Yazıcı**, s. 19.

hâkim ve savcıların Kurulda temsil edilmesi ilkesel olarak olumlu bir gelişmedir. Ancak seçim sistemi ve yöntemi ile mahkemelerden gelecek üyelerin teminatları konusundaki olası sorunlar, yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine göre çözülmeli, gerekli hukukî alt yapı oluşturulmalıdır.

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin Kurul üyelerinin "*Kendi emsalleri tarafından seçilmesinin esas alınması gerektiği*" şeklindeki görüşü, Kanunda öngörülen seçim sistemi ile örtüşmemektedir. Bu ilke (*hâkimlerin kendi emsalleri tarafından seçilmesi*), seçim için propagandanın olanaklı olmadığı bir ortamda; seçimi yapacak kişilerin, seçilenlerin liyakatini değerlendirmede önemli bir ölçü oluşturacaktır. Aksi hâlde, üst görevdeki ve kıdemli hâkimlerin, mesleğe daha yeni başlamış veya belli bir kıdeme ulaşmamış kişilere baskı yapmalarına veya kıdemsiz meslektaşlarını ırk, mezhep, bölge, din, siyasal görüş vb. şekillerde etkilemelerine yol açabilecektir¹⁹.

Nitekim, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığındaki bir grup akademisyen tarafından 2007 yılında hazırlanan "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi"nde, "*Üç asıl ve bir yedek üye Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve bir yedek üye Danıştay Genel Kurulunca; dört asıl ve bir yedek üye birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hâkim ve savcılarınca, iki asıl üye birinci sınıfa ayrılmış idarî yargı hâkim ve savcılarınca kendi aralarından gizli oyla seçilir(m.109, I)*" biçiminde bir düzenleme öngörülmüştür. Daha açık bir anlatımla, AYDK Raporundaki görüşe uygun olarak, yerel mahkemelerden gelecek üyelerin birinci sınıf hâkimler tarafından seçilmesi önerilmiştir.

Yargıtay veya Danıştay üyesi olmayan hâkim ve savcılarının birinci sınıf olsalar dahi, disiplin ve ceza soruşturması ile Kurul üyeliği sonrası atanma konusunda güvenceleri yoktur. Başka bir deyişle bağımsız ve tarafsız olarak görev yapmalarını temin edecek hukukî ve fiilî alt yapı mevcut olmadığı gibi statüleri gereği bunun tam olarak sağlanması da mümkün değildir. Dolayısıyla

¹⁹ "... gerek Bakanlığın, gerekse yüksek yargı organlarının kürsü hâkim ve savcılarını üzerinde oluşturduğu ...kaygılar giderilmedikçe bağımsızlıktan söz edilemez. Zira tarafsızlığı da sağlayacak olan bağımsızlık yargıcın zihnindeki beklentilerin, yüreğindeki kaygıların giderilmesiyle mümkündür." **Kılıç**, H.: Anayasa Mahkemesinin 48. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması, 22.4.2010 Ankara, s. 11.

sıyla birinci sınıf hâkim ve savcıların Kurulda temsili kabul edilse dahi çoğunluk yüksek yargı organlarından seçilen üyelere olmalıdır. AB Komisyonu İstisari Ziyaret Raporlarında da meslekte kariyer beklentisi olan kişilere nazaran doruk noktadaki kişilerin seçilmesinin yargı bağımsızlığı açısından önemli olduğu belirtilmiştir²⁰.

AB Komisyonu İlerleme Raporlarında genel olarak, Adalet Bakanı ve Müsteşarının Kuruldan çıkarılması gerektiği yönündeki görüşlere yer verildiği yukarıda belirtilmişti²¹. Anayasa değişikliğinden sonra da Adalet Bakanı başkan, Müsteşar da üye olarak Kurulda görev alacağından, AB ilerleme raporlarında bu yöne ilişkin yapılan eleştiriler karşılanmamıştır. Buna karşılık üye sayısının 22'ye çıkarılması nedeniyle Adalet Bakanı ve Müsteşarının Kurulda bulunmasının sakınca oluşturmayacağı ileri sürülebilir. Ancak Cumhurbaşkanının atadığı dört üye ve Bakanlık bürokratlarının sayısal olarak ağırlıklı olduğu Akademi Genel Kurulundan gelecek bir üye ile birlikte yürütme ve idarenin toplamda yedi üye ile temsil edildiği dikkate alınmalıdır.

3. Seçim Yöntemine İlişkin Bazı Sorunlar

Kanun'un Geçici 19'uncu maddesinin (b) ve (c) bentlerinde²², Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren en geç bir ay içerisinde Yargıtay ve Danıştay'dan gelecek üyelerin seçilmeleri öngörülmüştür. Ancak Yargıtay ve Danıştay kökenli olup, hâlen görevde olan Kurul üyelerinin üyelikleri ise

²⁰ Bkz. Avrupa Konseyi 3. İstisari Ziyaret Raporu s. 14 [<http://www.abgs.gov.tr-11.8.2010>]

²¹ Bkz. d.pn. 4-8.

²² “b) Yargıtay Genel Kurulu, Yargıtay üyeleri arasından üç asıl ve üç yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Yargıtay Birinci Başkanı adaylık başvurusunu ilân eder. İlân tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Birinci Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren onbeş gün içinde Yargıtay Genel Kurulu seçim yapar.”

c) Danıştay Genel Kurulu, Danıştay üyeleri arasından iki asıl ve iki yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Danıştay Başkanı adaylık başvurusunu ilân eder. İlân tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren onbeş gün içinde Danıştay Genel Kurulu seçim yapar.”

sona ermemektedir. Normal görev süreleri iki yıl sonra tamamlanmaktadır. Kanunun açık hükmü uyarınca bu Kurul üyelerinin üyelikleri görev sürelerinin bitimine kadar devam edecektir²³. Daha açık bir anlatımla 2 yıl sonra göreve başlayacak Kurul üyelerinin Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren 30 gün içinde seçilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu durum çeşitli nedenlerle sakıncalıdır. Öncelikle yeni seçilen Kurul üyeleri göreve başladıkları dönemdeki seçmenlerin (Yargıtay ve Danıştay üyelerinin) değil, göreve başlamalarından 2 yıl önceki seçmenlerin iradeleri ile seçilmiş olacaklardır. Öte yandan bir kamu görevlisinin seçilmesinden iki yıl sonra görevine başlaması şeklinde bir uygulama demokratik olmadığı gibi ülkemizdeki atama sonrası göreve başlama geleneklerine de uygun düşmemektedir.

Demokrasinin en temel gerekliliklerinden bir tanesi de serbest seçimlerdir. Serbest seçim, seçmenlerin hiçbir zorlama olmadan oy kullanabilmelerini ifade eder. Bunun sağlanması için de “gizli oy” ilkesine uygun davranılması, seçmenin iradesini her türlü baskıdan uzak biçimde kullanabilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla hangi seçmenin hangi adaya oy verdiğinin bilinmemesini sağlayacak bir ortam oluşturulmalıdır. Bu amaçla seçmen listelerinin hâkim ve savcıların kıdem durumlarını yansıtan sicil numaraları esas alınarak değil, alfabetik sırayla ad veya soyadlarına göre düzenlenmesi doğru bir tercih olacaktır. Kanunun geçici 19’uncu maddesinin (d) ve (e) bentlerinde ise seçimin illerde il seçim kurulları nezaretinde yapılacağı öngörülmüştür. Seçim sandıklarından çıkan oyların il seçim kurullarınca sayılacak olması nedeniyle, göreceli olarak hâkim ve savcı sayısı az (20-25) olan illerde, kimin hangi adaya veya aday listesine oy verdiği tahmin edilebilir. Bu durum ise demokratik bir seçimin zorunlu koşulu kabul edilen “gizli oy ilkesi”nin zayıflaması sonucunu doğurur.

²³ “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yargıtay ve Danıştaydan gelen asıl ve yedek üyelerinin görevleri, seçilmiş oldukları sürenin sonuna kadar devam eder. Bunlardan, Yargıtay’dan gelen üyelerden görev süresini tamamlayanların yerine birinci fıkranın (b) bendi uyarınca seçilenler; Danıştay’dan gelen üyelerden görev süresini tamamlayanların yerine birinci fıkranın (c) bendi uyarınca seçilenler, sırayla göreve başlarlar.” (Kanun Geçici m.19/e, III).

SONUÇ

Anayasa değişikliği ile yeniden şekillendirilen Kurulun, yargı bağımsızlığının sağlanmasında ve yargının sorunlarının çözülmesinde ne kadar başarılı olacağı, yeni anayasal hükümlere göre çıkarılacak kanunlar çerçevesinde oluşturulacak hukukî ve fiilî alt yapı ile yakından ilgilidir. Ayrıca Kurul üyelerinin evrensel hukuk değerlerine bağlılık, hukukun üstünlüğüne duyulan inanç, uzlaşma kültürü, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki hassasiyetler ile bu değerlerin korunmasında gösterecekleri kararlılık da değişikliğin ömrünün ne kadar uzun olabileceği konusunda etkili olacaktır.

Yüksek yargı kurullarının oluşumunda üyesi olmaya çalıştığımız AB ülkelerinde tek bir model yoktur. Hatta uluslararası metinlerde dahi tek bir model önerilmemiştir. Ne var ki yüksek yargı kurullarının yapılandırılmasında ortak payda, yargının siyasî etki altına girmemesi, yasama ve yürütmeden bağımsız olması ve kuvvetler ayrılığı ilkesine uyulmasıdır. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16'ncı maddesinde belirtildiği üzere *"Hakların güvence altına alınmadığı, erkler ayrılığının sağlanamadığı bir toplumda anayasa da yoktur."* Hiç şüphe yok ki bu tespit, yasama ve yürütme organlarının yüksek yargı kurullarına üye seçmeyeceği veya seçtirmeyeceği şeklinde anlaşılabilir. Kooptasyon sisteminden kaynaklanabilecek memnuniyetsizliklerin en aza indirilmesi ve yargının sorunlarının geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmesi için bağımsızlıkları konusunda yeterli güvenceler oluşturulmak koşuluyla yasama ve yürütme organlarının yüksek yargı kurullarına atama yapması mümkün olmalıdır. Ancak her durumda Kurul üyelerinin bağımsızlıklarının korunmasına yönelik gerekli hukukî alt yapı oluşturulmalıdır. Kurul üyelerinin bağımsızlıkları; seçim sırasında, görevleri süresince ve görevlerinden sonra olacak şekilde üç aşamalı bir yaklaşımla anayasal teminat altına alınmalıdır. Bu konudaki olası eksiklikler yeni sistemin başarısını olumsuz yönde etkileyecektir. Zira, Kurul üyelerinin bağımsız olmadığı bir hukuk sisteminde yargının bağımsız olması düşünülemez.

Kısaltmalar Cetveli

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akademi	: Türkiye Adalet Akademisi
AY	: 1982 Anayasası
AYDK	: Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi (Consultative Council of European Judges)
AYDK Raporu	: Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin 23 Kasım 2007 tarih ve 10 (2007) sayılı raporu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bakanlık	: Adalet Bakanlığı
Bkz.	: Bakınız
Kanun	: 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”
Kurul	: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
m	: Madde
Müsteşar	: Adalet Bakanlığı Müsteşarı
p	: Paragraf
s	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
Venedik Komisyonu Raporu	: Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonunun (Venedik Komisyonu) “Yargısal Atamalar” hakkındaki 16-17 Mart 2007 tarih ve 403/2006 sayılı raporu.

İMHA EDİLEN MALLARA İLİŞKİN YÜKLENİLEN KATMA DEĞER VERGİSİNİN İNDİRİMİNDE UYGULANAN KISITLAMA SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİSİ

*Öğr. Gör. Sabahattin ERİŞİR**

GİRİŞ

Ülkemizde vergi gelirleri toplamının önemli payını dolaylı vergiler oluşturmaktadır. Dolaylı vergilerin içinde katma değer vergisinin payı ise, oldukça büyüktür. Katma değer vergisi, mükellefin veya ödeyenin kişisel ve ekonomik özelliklerini dikkate almayan, düz ve aynı zamanda yüksek oranlı ekonomik işlem vergisi olarak, üretimden ya da ithalden tüketime kadar her aşamayı vergilendiren; yansıma özelliği ile vergi yükünün tüketicide toplandığı; âdil olmadığı düşünülen bir vergi türüdür. *Katma Değer Vergisinin* olumlu sayılan özelliği ise, ismini aldığı *katma değeri* vergilendirmesidir. *Katma değer* kavramı, üretimden veya ithalden tüketime kadar olan her aşamada, bir mal veya hizmetin alış bedeli ile satış bedeli arasındaki olumlu fark olarak tanımlanır. Her hangi bir aşamada, yansıtılan ve vergiye tâbi tutulacak olan katma değer hesaplanabilmesi için, o safhada yapılan satışlar nedeniyle tahsil edilen vergiden önceki safhalarda ödenmiş olan vergiler düşülür. İşte, katma değer vergisinin en büyük özelliği olan her safha için önceki safhalarda ödenmiş verginin düşülmesine, *indirim sistemi* denilmektedir. Bu özelliği ile, katma değer vergisinde mükerrer vergilendirme yoktur ve vergi yükünün en son safhada ve bilhassa tüketici üzerinde kalması ve yerleşmesi esastır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Emekli Öğretim Görevlisi, Mali Müşavir

3065 Sayılı *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 29-36'ncı maddelerinde, sözü edilen indirim sistemi düzenlenmiş; katma değer vergisinin hangi hallerde indirilemeyeceği 30'uncu maddede tek tek sayılmak suretiyle kanun koyucu tarafından tespit edilmiştir. *Kanunda* sayılmak suretiyle belirlenmiş olan katma değer vergisi indiriminin kısıtlanması durumunda, vergi yükü bu safhada kaldığı için ileriye yansıtılması/devri mümkün olmamaktadır.

Harcamalar üzerinden alınan bir vergi olarak *Katma Değer Vergisinin* ticarî hayatta üretimden veya ithalden tüketime kadar her aşamada uygulanmasına karşın, indirim sistemi sayesinde vergi yükü aradaki safhalarda hissedilmeyip, en son tüketici üzerinde toplanmaktadır. Ancak, *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 30'uncu maddesinin (c) bendinde sayılan ve madde gerekçesinde de açıklanan zayi olan mallar hakkındaki indirim kısıtlamasını, *Vergi İdaresinin* son yıllarda kendisini kanun koyucu yerine koyarak yaptığı yorumlarla genişleterek, uygulamada ticarî hayatın gerçekleri ile çelişki yaratılmıştır. Bununla da kalmayarak idarenin hukuka aykırı olan bu düzenleme ve uygulaması, yargı organlarınca da uygun bulunmuştur. *Katma Değer Vergisi* uygulamasında meydana gelen bu önemli sorun bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

I. KANUNÎ VE İDARÎ DÜZENLEMELER

A. Genel Açıklama

Katma Değer Vergisi, yayılı bir işlem (muamele) vergisi olma özelliği gereği, mal veya hizmetin üretim ya da ithalinden tüketiciye intikaline kadar olan her aşamada hesaplanan vergi tutarından, o mal veya hizmetin tedarikinde ödenen verginin düşülmesi esasına dayanarak uygulanır. İndirim sistemi adı verilen bu model, malın el değiştirdiği her aşamada katma değer yaratılması durumunda uygulanmaktadır. Mal veya hizmetin en son aşamada; yani, tüketim aşamasında indirim sistemi sona ermekte ve vergi yükü tüketici üzerinde kalmakta ve yerleşmektedir.

B. Kanunda Yer Alan Düzenlemeler

Katma Değer Vergisinde indirim sistemi, *Katma değer Vergisi Kanunu*'nun 29-36'ncı maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Sırasıyla bu hükümleri ele alırsak;

Vergi İndirimi başlıklı 29'uncu maddede, mükelleflerin yaptıkları vergiye tâbi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu kanunda aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak alışlarında düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde gösterilen, ödenen katma değer vergisini indirebilecekleri kabul edilmektedir.

İndirilemeyecek Katma Değer Vergisi başlıklı 30'uncu maddede, dört bent halinde sayılan konularda hesaplanan katma değer vergisinin indirilemeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Bu hüküm, aynı *Kanunun* 29'uncu maddesi ile genel olarak tanınan indirim hakkına, sayılan konular için kısıtlama getirmektedir.

Kanun koyucu indirim kısıtlamalarını, indirim sisteminin temelini oluşturan, *katma değer* yaratmaya matuf olamayacak işlemler için getirmiştir. *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 30'uncu maddesinin (c) bendinde, zayi olan mallar bu kapsamda görülerek, bu mallara ilişkin *Katma Değer Vergisi*'nin indirimi kabul edilmemektedir¹. 27.01.2000 tarih ve 4503 Sayılı, ayrıca 16.07.2007 tarih ve 5228 Sayılı Kanunlarla değiştirilmiş ve halen yürürlükte olan *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 30'uncu maddesinin (c) bendinde; “*Deprem, sel felaketi ve Maliye Bakanlığı'nun yangın sebebiyle mücbir sebep ilan ettiği yerlerdeki yangın sonrası zayi olanlar hariç olmak üzere, zayi olan mallara ait katma değer vergisi*”nin indirilemeyeceği hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm ile **sadece zayi olan malların** alışlarında yüklenilen *Katma Değer Vergisi*'nin indirilmesi kısıtlanmıştır.

Nitekim, *Kanunun* 30'uncu maddesinin (c) bendinin gerekçesindeki: “*Maddenin (c) bendindeki hüküm esas itibariyle vergilendirme emniyetini sağlamak ve malların zayi olduğu gerekçesi ile yaratılabilecek vergi kaybını önlemek amacıyla yönelik bulunmakta, bunların yanı sıra her kademedeki yaratılan katma değeri mutlaka vergilendirmeyi hedef tutmaktadır. Bu*

¹ Ali Çiçen/Hülya Altunsoy, “Türk ve Avrupa Birliği Mevzuatında Zayi Olan Malların Katma Değer Vergisi”, (Vergi Dünyası, S. 350, Ekim 2010), s. 40.

açından bakıldığında, malların mükellef tarafından kendi özel ihtiyaçlarında kullanılması veya her ne suretle olursa olsun işletmeden çekilmesi ile zayi edilmesi arasında hiçbir fark bulunmamakta, dolayısıyla zayi olan mallar için alış vesikalarında gösterilen katma değer vergisinin indirilmesi mümkün görülmektedir.

Bir vergi sisteminde alışlarla ilgili verginin indirilmesi, bu malların satışı sırasında nasıl olsa vergiye tabi tutulacağı, diğer bir ifade ile mala eklenen değer vergilendirilmiş olacağı düşüncesine dayanır. Zayi olan mallar için satış ve dolayısıyla yaratılan bir değer olamayacağından, bunlara ait vergilerin indirilmesi sistemin mantığına ters düşecektir.” şeklindeki açıklama ile de, (zayi olmuş sayılan değil) sadece zayi olan malların alışlarında hesaplanan Katma Değer Vergisinin indiriminin kısıtlandığı açıkça anlaşılmaktadır.

Özetle, kanun koyucu sosyal amaçla ve yerinde olarak, deprem, sel felaketi ve Maliye Bakanlığı'nın yangın sebebiyle mücbir sebep ilân ettiği yerlerdeki yangın sonucu zayi olanlar hariç tutularak, bunlar dışında zayi olan mallar için alımında yüklenilen Katma Değer Vergisinin indiriminin yapılmamasını istemektedir. Dikkat edilecek olursa, kanunda gerçekten zayi olan mallar için indirim kısıtlaması getirilmiş olup, aşağıda değinileceği üzere idarenin yorum veya kararına göre **zayi olmuş kabul edilen veya zayi olmuş farzedilen** nitelikteki durumlar için bir indirim kısıtlaması düzenlenmemiştir.

Diğer taraftan, Katma Değer Vergisi Kanunu'nda indirim sistemini düzenleyen diğer bazı hükümlere de daha sonraki bölümlerde gerekli olacağı için değinmek gerekmektedir:

- Kanunun 29'uncu maddesinin birinci fıkrasında, mükelleflerin bu madde kapsamındaki indirimlerini **“bu kanunda aksine hüküm olmadıkça”** yapabilecekleri belirtilmektedir.
- Kanunun 29'uncu maddesinin dört numaralı bendinde, **“Maliye ve Gümrük Bakanlığı vergi indirimi uygulamasında doğabilecek aksaklıkları, vergi mükerrerliğine ve vergi muafiyetine meydan vermeyecek şekilde, bu kanunun ana ilkelerine uygun olarak gidermeye ve indirimle ilgili usul ve esasları düzenlemeye yetkilidir.”** şeklinde şartlı ve sınırlı yetki düzenlemesi yer almaktadır.

- Kanunun “**yetki**” başlıklı 36’ncı maddesinde ise, “*Bakanlar Kurulu indirim hakkını kısmen veya tamamen kaldırmaya veya yeniden koymaya ve bu şekilde indirim hakkı kısıtlanan mal ve hizmetleri belirlemeye yetkilidir*” hükmü ile de, indirim hakkının çerçevesini belirleme, daraltma veya genişletme konularında *Bakanlar Kuruluna* sınırsız yetki verilmektedir.

C. İdarece Yapılan Düzenlemeler

Aşağıdaki bölümde açıklanacağı üzere, 1985 yılında yürürlüğe giren ve 2009 yılı sonuna kadar *Katma Değer Vergisi Kanunu*’nun 30’uncu maddesinin (c) bendinin uygulaması ile ilgili bir sorunla karşılaşmadığı halde, *Maliye Bakanlığı*’nca yayınlanan 113 Seri No.lu *Katma Değer Vergisi Genel Tebliği*’nin² “*Kullanım Süresi Geçen veya Kullanılmayacak Hale Gelen Mallara İlişkin Yüklenilen KDV Hakkında Yapılacak İşlem*” başlıklı (E) bölümünde şu açıklamalara yer verilmiştir.

“*Gelir İdaresi Başkanlığına intikal eden olaylardan; mükelleflerin faaliyetlerine ilişkin olarak **stoklarında mevcut olan ancak kullanım süresi geçen veya bir başka nedenle kullanılmayacak durumda olan malların**, ilgili mevzuat uyarınca teşkil edilen resmi komisyonlar veya Takdir Komisyonu huzurunda imha edilmesi durumunda, bu mallara ilişkin yüklenilen KDV’nin indirilip indirilemeyeceği hususunda tereddüde düşüldüğü anlaşılmıştır.*

KDV Kanununun (30/c) maddesinde; deprem, sel felaketi ve Maliye Bakanlığının yangın sebebiyle mücbir sebep ilan ettiği yerlerdeki yangın sonucu zayi olanlar hariç olmak üzere, zayi olan mallara ait KDV’nin indirim konusu yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

*Bu hüküm uyarınca, **kullanım süresi geçen veya başka biçimde kullanılmayacak hale gelen ve imha edilen mallar, zayi olan mal mahiyetinde olduğundan** mükelleflerce bu malların iktisabı dolayısıyla yüklenilen KDV’nin indirim konusu yapılması da mümkün bulunmamaktadır.*

Bu çerçevede, zayi olan mallara ait yüklenilen ve daha önce indirim konusu yapılan KDV’nin imha tarihini kapsayan vergilendirme dönemine ait

² RG. 05.12.2009-27423.

1 No.lu KDV Beyannamesinin “İlave Edilecek KDV” satırına dahil edilmek suretiyle indirim hesaplarından çıkarılması gerekmektedir”

Bu defa, Maliye Bakanlığınca bu tarihe kadar yayımlanmış *Katma Değer Vergisi Genel Tebliğlerinin* yerine geçecek şekilde yeni yayımlanan ve 01.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren *Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği*'nin³ 2.4. Bölümünde ise;

“Mükelleflerin faaliyetlerine ilişkin olarak stoklarında mevcut olan ancak kullanım süresi geçen veya bir başka nedenle kullanılamayacak durumda olan malların iktisabı dolayısıyla yüklenilen KDV'nin, 3065 sayılı Kanununun (30/c) maddesi hükmü uyarınca indirim konusu yapılması mümkün değildir.

Söz konusu malların ilgili mevzuat uyarınca teşkil edilen resmi komisyonlar veya Takdir Komisyonu huzurunda imha edilmesi durumunda da bu mallara ilişkin yüklenilen KDV indirilemez.

Bu çerçevede, zayi olan mallara ait yüklenilen ve daha önce indirim konusu yapılan KDV'nin, imha tarihini kapsayan vergilendirme dönemine ait 1 No.lu KDV Beyannamesinin “İlave Edilecek KDV” satırına dahil edilmek suretiyle indirim hesaplarından çıkarılması gerekmektedir”

açıklamalarına yer verilmektedir.

Maliye Bakanlığı'nın bu düzenlemelerinin ilkinde;

✓ Mükelleflerin stoklarındaki kullanım süresi geçmiş malların resmi komisyonlar veya *Takdir Komisyonu Kararına* istinaden imha edilmesi durumunda, bu malların iktisabında yüklenilen *Katma Değer Vergisinin* indirilmesinde bir tereddüdün varlığı gerekçe olarak gösterilmeye çalışılmış,

✓ *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 30'uncu maddesinin (c) bendindeki, zayi olan mallara ait yüklenilen *Katma Değer Vergisinin* indirilemeyeceği hükmü hatırlatılmış,

✓ Kanunun bu hükmü dayanak gösterilmek suretiyle, ***kullanım süresi geçen veya kullanılamayacak nitelikte olan ve imha edilen mallar, zayi olan mal mahiyetinde nitelendirilmiş,***

³ RG. 26.04.2014-28983.

✓ İdarenin bu şekilde nitelendirmesi sonucunda, *Kanunun 30'uncu maddesinin (c) bendi hükmü gereği* bu nitelikteki mallara ait yüklenilen *Katma Değer Vergisinin* indirimine kısıtlama getirilmiş,

bulunmaktadır.

İkinci düzenlemede ise;

✓ Mükelleflerin stoklarında mevcut olan ancak kullanım süresi geçen veya bir başka nedenle kullanılamayacak durumda olan mallar için artık bir nitelendirme dahi yapılmadan, doğrudan doğruya bu tür malların alımında yüklenilen *Katma Değer Vergisinin*, *Kanunun 30'uncu maddesinin (c) bendi hükmüne göre* indirim konusu yapılamayacağı kesin olarak ifade edilmekte,

✓ Ayrıca, bu nitelikteki malların resmî komisyonlar veya *Takdir Komisyonu* huzurunda imha edilmiş olsa bile, alımında yüklenilen *Katma Değer Vergisinin* “**İNDİRİLEMEZ**” olduğu belirtilmekte,

✓ Daha önce indirimi yapılmış *Katma Değer Vergisinin*, imha tarihini kapsayan dönemde düzeltme yapılması zorunluluğu belirtilmek suretiyle

bu konuda yine indirim kısıtlaması sürdürülmektedir.

Böylece, aşağıda açıklanacağı gibi, *Maliye Bakanlığınca Kanuna* aykırı olan bir yorumla vergi yükünü ağırlaştırıcı bu düzenlemelerin ilki 2009 yılında; ikincisi ise, 2014 yılında hem de *Genel Tebliğ* ile yapılmıştır.

II. İDARİ DÜZENLEMELER ÖNCESİNDEKİ UYGULAMA

Kullanım süresi geçmiş, satılamayacak/kullanılamayacak nitelikte olan ticarî malların alımında yüklenilen *Katma Değer Vergisinin*, *Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddesinin (c) bendi hükmüne istinaden* mal satışlarında hesaplanan *Katma Değer Vergisinden* indirilmesi her dönemde kabul edilegelmiştir.

1985 yılından beri uygulanmakta olan *Katma Değer Vergisi Kanunu'nun* sözü edilen hükmünün uygulanması konusunda, vergi mükelleflerine *Vergi İdaresi* tarafından verilmiş çok sayıda *Muktezada*; miadını doldurmuş, kullanılmayan, satılmayan ve yetkili *Takdir Komisyonu* kararına göre fiziken var olduğu tesbit edilen ve fakat *Vergi Usul Kanunu'nun 278'inci maddesine göre* kıymetinin düştüğü ve imha edileceği belirlenen mallar, zayi

olan mallar kapsamında sayılamayacağından, alışlarında yüklenilen *Katma Değer Vergisi*'nin indirilebileceği açıklanmıştır. *Vergi İdaresi*'nin yazılı görüşlerinden örnekler vermek gerekirse;

- “*Kullanım süresi geçmesi nedeniyle bir komisyon nezaretinde imha edilen ilaçların, zayi olan mallar kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Dolayısıyla, imha edilen söz konusu ilaçların alış faturalarında gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılabileceği tabiidir*”⁴.
- “*...Kullanım süresi geçmesi nedeniyle Takdir Komisyonunca imha edilmesine karar verilen hammaddelerin, zayi olan mallar kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır... fiziken var olduğu saptanan ve değeri komisyonca sıfır olarak takdir edilen malların imha edilmesi katma değer vergisi uygulamasında zayi olma olarak değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla imha edilen söz konusu hammadde ve yardımcı malzemelerin alış faturalarında gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılabileceği tabiidir*”⁵.
- “*Takdir komisyonu kararınca fiziken var olduğu saptanan ve değeri (0) sıfır olarak belirlenen malların, çürüme, bozulma veya kullanım süresinin geçmesi gibi sebeplerle takdir komisyonu gözetiminde imha edilmesi durumunda, bu mallar zayi olan mallar kapsamında değerlendirilmemektedir. Buna göre, imha edilen söz konusu malların alımı sırasında yüklenilen ve alış faturalarında gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılması mümkün bulunmaktadır*”⁶.
- “*Kullanım süresi geçmesi nedeniyle Takdir Komisyonu'na imha edilmesine karar verilen malların alımı sırasında ödenen katma değer vergisinin indirim konusu yapılması mümkün bulunmaktadır*”⁷.

⁴ Maliye Bakanlığı'nın 28.01.2002 tarihli ve 52/5201-134/4013 sayılı Muktezası.

⁵ İzmir Defterdarlığı Vasıtalı Vergiler Gelir Müdürlüğü'nün 08.04.2003 tarihli ve 002343 sayılı Muktezası.

⁶ Maliye Bakanlığı'nın 19.11.2004 tarihli ve 54409 sayılı Muktezası.

⁷ Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 06.02.2006 tarihli ve 200 sayılı Muktezası.

- “*Hatalı dikim, renk farklılığı, leke ve benzeri nedenlerle ya da şirket politikası gereği satışının mümkün olmaması nedeniyle takdir komisyonu nezaretinde tutanakla imha edilen malların zayi olan mallar kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bu şekilde imha edilen malların alış faturalarında gösterilen KDV’nin indirim konusu yapılması mümkün bulunmaktadır*”⁸.
- “*Miadını doldurmuş, hasar görmüş, üretimden kalkmış, insan sağlığını tehdit eden ve benzeri sebeplerle takdir komisyonu kararına istinaden zorunlu olarak bir komisyon nezdinde imha edilen ilaçların zayi olan mallar kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmadığından, imha edilen ilaçların alış faturalarında gösterilen KDV indirim konusu yapılabilecektir*”⁹.
- “*... teknik servis raporu sonucu değiştirilmesine karar verilen bilişim ve elektronik ürünlerinin takdir komisyonunca takdir edilecek emsal bedeli ile malların maliyet bedeli arasındaki tutara ait KDV’nin indirim konusu yapılacağı tabidir*.

Ayrıca, satış imkânı kalmayan ve son kullanma tarihi geçen pillerin emsal bedelinin takdir komisyonunca “0” olarak tespit edilmesi ve “Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği” kapsamında imha edilmesi zayi olan mallar kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, bu ürünlerin alış faturalarında gösterilen katma değer vergisinin de indirim konusu yapılması mümkün bulunmaktadır”¹⁰.

Görüldüğü üzere, *Katma Değer Vergisi Kanunu*’nun 30’uncu maddesinin (c) bendi hükmü hiçbir tereddüde yer vermeyecek kadar açıktır. *Kanunda* bir değişiklik olmadığı ve yıllardan beri *Vergi İdaresinin* vergi mükelleflerine verdiği yazılı görüşleri ile, *Takdir Komisyonu* kararına istinaden ve *Vergi İdaresinin* bilgisi dahilinde imha edilen malların alımında yüklenilen *Katma Değer Vergisinin* indirilmesi uygulaması, yıllarca hukuka uygun şekilde kesintisiz devam edegelmiştir.

⁸ Maliye Bakanlığı’nın 31.10.2007 tarihli ve 96771 sayılı Muktezası.

⁹ Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 02.11.2007 tarihli ve 21982 sayılı Muktezası.

¹⁰ Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 09.04.2009 tarihli ve 11744 Sayılı Muktezası.

Yine, bu dönemde *Maliye Bakanlığı*'nda yönetici görevinde bulunanların bu konuda yayınladıkları makalelerde; "...bozulan, çürüyen, kırılan, yok olan veyahut kullanım süresinin dolması ve insan sağlığı ve çevre açısından imha mecburiyeti bulunan tıbbi ürünlerin gerek *Takdir Komisyonu nezaretinde, gerekse Sağlık Bakanlığı yetkililerinin de yer aldığı bir komisyon nezaretinde imha edilmesi durumunda, bu ürünlerin KDV Kanunu'nun 30/c maddesi kapsamında zayı olan mallar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. ...imha edilen söz konusu mallar ve tıbbi ürünlerin iktisabında yüklenen katma değer vergisinin, genel hükümler çerçevesinde indirim konusu yapılması mümkün bulunmakta*" olduğu açıklıkla vurgulanmıştır¹¹.

Aynı şekilde, yargı organları tarafından verilen kararlar da *Vergi İdaresinin* uygulamasının aynı yönde ve istikrar içinde olmuştur. Örneğin, Danıştay 9. Dairesince verilen kararda; kullanım süresi dolan ve değer tespit ettirilerek idarenin huzurunda imha edildiği anlaşılan ilaç girdileri için ödenen katma değer vergisinin, anılan Kanunun 30'uncu maddesinin (c) bendindeki zayı olan mal kavramı içinde değerlendirilemeyeceğinden, indirilmesinin yerinde olduğu gerekçesiyle davayı kabul eden yerel mahkemenin kararı onanmıştır¹².

Aynı konuda, Danıştay 7. ve 11. Dairelerinin farklı yönde verilmiş kararları da bulunmaktadır¹³.

III. İDARİ DÜZENLEMELERLE YARATILAN SORUN

A. Genel Açıklama

Kullanım süresi geçen veya kullanılamayacak hale gelen ve imha edilen mallara ilişkin yüklenen *Katma Değer Vergisinin* indirimi uygulamasında, *Maliye Bakanlığı'nın 113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin Resmî Gazete'de* yayınlanması ile sorunun başlatıldığını söylemek mümkündür. Bu *Tebliğ* ile yapılan düzenleme öncesinde, konu hakkında yazılmış ve

¹¹ Hakkı Koçak, "Miadı Dolan veya Bozulan Malların İmha Edilmesinin Vergi Kanunları Karşısındaki Durumu", (Vergi Dünyası, S. 335, Temmuz 2000), s. 48-50.

¹² Danıştay 9. Dairesinin 14.09.2004 tarihli ve E. 2002/3313, K.2004/4389 sayılı kararı.

¹³ Danıştay 7. Dairesinin 02.04.1991 tarihli ve E. 1990/3043, K. 1991/1334, Danıştay 11.Dairesinin 02.12.1997 tarihli ve E. 1997/4353 K. 1997/2808 sayılı kararları.

yayınlanmış çalışmaları taradığımızda, her hangi bir değişiklik veya düzenleme ihtiyacını belirtir görüşe rastlamadık. Sadece 2009 yılında *Tebliğ*in yayımına yakın tarihlerde yayımlanmış bir makalede; “zayi” kavramının çeşitli anlamlarını, *Katma Değer Vergisinde vergilendirme sisteminin mantığı ve indirim mekanizmasını* irdeleyen, bu konuda *Maliye Bakanlığı*’nın görüşünü mutlaka değiştirmesi ve konuyu açıklığa kavuşturmak amacıyla bir *Genel Tebliğ* yayınlamasının teklif ve sipariş edildiğini görüyoruz¹⁴.

B. 113 Seri No’lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği Dönemi

- Bu tarihe kadar mükelleflere verilen *Özelgeler*deki görüş değiştirilmiş, artık yeni özelgelere *Tebliğ* doğrultusunda görüş bildirilmesine başlanmıştır.
- Mükelleflerin bazıları, yapmak zorunda oldukları imha işlemlerini yine *Takdir Komisyonu Kararına* istinaden yapmaya devam etmişler, *Katma Değer Vergisi* indiriminin düzeltilmesi ve beyanını da ihtirazî kayıtlı yapmışlar ve süresi içinde *Vergi Mahkemesinde* dava açmışlardır.
- Bazı mükelleflerin de *Tebliğle* yapılan düzenleyici işlemin iptali için *Danıştay*’da dava açtıklarını, daha sonra verilmiş kararlardan öğreniyoruz.
- Yine bir kısım mükellefler ise, *Katma Değer Vergisi* indirimi için bir düzeltme işlemine girmeksizin, eski uygulamalarını sürdürmüşler, ileriki tarihlerde yapılan vergi incelemesi sonucu cezalı *Katma Değer Vergisi* tarhiyatlarına muhatap tutulmuşlardır.

*Tebliğ*in yayınlanması sonrasında ortaya çıkan sorunlar sebebiyle, *Maliye Bakanlığı* 23.06.2010 tarih ve 57 Sayılı *Katma Değer Vergisi Sirkülerinde*, *Katma Değer Vergisi Kanunu*’nun 30’uncu maddesinin uygulanmasına yönelik olarak *Bakanlığa* intikal eden tereddüt konusu olaylarla ilgili açıklamalar yer almaktadır. Daha sonra bu *Sirkülerin* de dahil olduğu tüm *Katma Değer Vergisi Sirkülerlerinin* yerine geçen 08.08.2011 tarih ve 60 sayılı *Katma Değer Vergisi Sirküleri* gündeme gelmiştir. *Maliye Bakanlığı*,

¹⁴ Ahmet Ehliz, “İmha Edilen Mallara Ait Katma Değer Vergisi”, (Vergi Dünyası, S. 337, Eylül 2009), s. 110-115.

yine *Katma Değer Vergisi* hakkında tereddütlerin giderilmesi amacını taşıdığı belirtilen bu *Sirkülerin* “*Zayı Olan Mallara Ait KDV*” başlıklı bölümünde;

*113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği*nde, kullanım süresi geçen veya kullanılmayacak hale gelen malların zayı olan mal olarak değerlendirileceği belirtilmiş ve verilen örneklerde;

- İmalatta kullanılmak için alınan, ancak imalâta girmeden kullanılmaya hale gelen hammadde ve malzeme ile ambalaj malzemesi;
- Son kullanma tarihinin geçmesi, çeşitli kimyasallar içerdiğinin tespit edilmesi gibi nedenlerle kanunen satılması mümkün olmayan ve imha edilen bisküvi, çikolata, konserve gibi gıda ürünleri;
- Sağlık Bakanlığınca kullanımının yasaklanması nedeniyle imha edilen ilâçlar ile kullanım süresi içinde formül hatası bulunan, miadının dolması veya hasar görmesi sebebiyle kullanılmaya hale gelmiş, üretimden kalkmış, insan sağlığını tehdit eden ilâç;
- Hatalı dikim, renk farklılığı, leke ve benzeri nedenlerle ya da şirket politikası gereği satışı mümkün olmadığından imha edilen mallar;
- Kullanım ömrünü tamamladığı için imha edilen araç lastikleri,

için yüklenilmiş *Katma Değer Vergisinin* indirim konusu yapılamayacağı vurgulanmıştır.

Devam eden açıklamalarla, *malın tamamen yok olmaması, ancak değerinde önemli ölçüde düşüklük meydana gelmesi halinde, malın zayı olması hükümlerinin geçerli olmayacağı, bu durumun malların zayı olması değil, düşük bedelle veya zararına satışı söz konusu olduğundan, bu malların iktisabı dolayısıyla yüklenilen Katma Değer Vergisinin indirim konusu yapılabileceği belirtilmiştir.* Örnek olarak ise, üretim esnasında renginde problem olan giyeceklerin, yangın sonucu tamamen yok olmayan ve ekonomik değeri olan yedek parça ve malzemelerin, **daha düşük fiyatla satılması halinde, bunlar nedeniyle yüklenilen Katma Değer Vergisinin tamamının indirim konusu yapılabileceği**, ayrıca fire sonucu meydana gelecek kayıplar nedeniyle de *Katma Değer Vergisi* indiriminin yapılabileceğine ilişkin kısmen olumlu sayılan açıklamalara yer verilmiştir. Dikkat edilirse, bu son *Sirkülerle* imha konusu malların ekonomik değeri düşeceği

için, bu hali ile düşük fiyatla satılabilmesi halinde alışında yüklenilen *Katma Değer Vergisinin* indirilebileceği; bunun dışında tüm durumlarda indirim kısıtlamasının uygulanacağı görüşü benimsenmiştir. Bu açıklamanın da soruna tam bir çözüm getiremeyeceği aşağıda irdelenmektedir.

C. Yargı Kararları

113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin (E) Bölümünün iptali için açılmış davalarda;

a. *Danıştay*'ın düzenleyici işlem hakkında ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlarda, vergi kanunlarında zayi olan mal veya zayi olma kavramlarının ne anlama geldiği hususunda bir açıklamaya yer verilmediği; sözlükteki anlamı kaybolma, yitme, kayıp, yok olmuş, elden çıkmış, mahvolmuş olarak tanımlandığından, sebebi ne olursa olsun ilgili mevzuat uyarınca teşkil edilen resmî komisyonlar veya *Takdir Komisyonu* huzurunda imha edilen malların yitip gittiği ve yok olduğundan, *Genel Tebliğin* dava konusu edilen bölümünde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesi ile davanın reddine oyçokluğu ile karar verilmiştir¹⁵. Kararın ayrışık oy sahibi üyenin gerekçesinde ise, “*Kullanım süresinin geçmesi veya diğer nedenlerle kullanılmayacak hale gelen malların takdir komisyonu kararıyla imha edilmesi işleminde, mükellefin iradesi dahilinde bir yok etme veya zayi etme söz konusu olamadığı ve işlemin tamamen vergi idaresinin bilgisi dahilinde ve onun kararı ile gerçekleştirildiğinden Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 30/c maddesinde öngörülen anlamda zayi olan maldan söz edilemeyeceği, aksi yönde düzenlenen Genel Tebliğin dava konusu edilen bölümünün Kanunu aşar nitelikte olduğu sonucuna ulaşıldığından Genel Tebliğin iptali istenen bölümde hukuka uyarlık görülmemiştir...*” denilmektedir. *Danıştay 4. Dairesinin* oyçokluğu ile verdiği bu ret kararı, temyiz üzerine *Vergi Dava Daireleri Kurulu*'nun *E.2011/563 sayılı kararı* ile onanmıştır.

b. *Danıştay 4. Dairesinin* ayrı açılmış olan (i) düzenleyici işlemin ve (ii) birel uygulama işleminin iptali davasında ise, *Tetkik Hâkiminin* dava konusu *Tebliğin* ilgili bölümünün *Kanunu* aşar nitelikte olduğu sonucuna

¹⁵ *Danıştay 4. Dairesinin* 23.02.2011 tarihli ve E. 2010/792 K. 2011/899 sayılı kararı.

ulaşıldığından, düzenleme ile bu düzenlemeye göre ihtirazî kayıtla verilen beyanname üzerinden yapılan tahakkukun iptali gerektiği yönünde görüş bildirmesine karşın, yukarıda açıklanan kararın gerekçesi doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir¹⁶.

c. İmha işleminin gerçekleştiği ayda yapılan düzeltme işlemine dayalı ihtirazî kayıtla verilmiş *Katma Değer Vergisi* beyannamesinde, ihtirazî kayıt serhinin *Vergi Dairesince* kabul edilmeyerek fazla tahakkuk ettirilmiş *Katma Değer Vergisi* nin iptali talebiyle açılmış çok sayıdaki birel davalarda ise, vergi mahkemeleri de malın zayi olması kavramını, *Maliye Bakanlığı*'nın *113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği*'ndeki yorum ve nitelendirme yönünde anlaşıldığı belirtilen gerekçelerle davaları reddetmiştir.

Bu tür ret kararları temyiz üzerine *Danıştay* tarafından onanarak kesinleşmiştir¹⁷.

Böylece, *Maliye Bakanlığı* yıllardır süregelen görüşünü değiştirerek, *Genel Tebliğ* ile yeni bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenleme hakkında bugüne kadar *Danıştay* tarafından verilen kararlarla da aynı şekilde içtihat değişikliğine gidildiğini tespit etmek mümkündür.

Ç. İdarî düzenlemelerin Hukuka Aykırılığı

1. Genel Olarak

İnceleme konumuz, ticarî faaliyet kapsamında karşılaşılan kullanım süresi geçen veya kullanılmayacak hale gelen malların imha edilmesinde, *Vergi İdaresinin* bu şekildeki işlemi “*zayi olan mal*” olarak nitelendirmesi ve *Katma Değer Vergisi* indirim kısıtlamasına tâbi tutmasının yürürlükte olan kanun hükümlerine aykırı olduğunun tespitidir.

Yukarıdaki bölümlerde kronolojik olarak açıkladığımız *Vergi İdaresinin* yaptığı idarî düzenlemelerin, *Katma Değer Vergisi Kanunu*'na ve *Anayasasının temel ilkeleri* ile ticarî hayatın gerçeklerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

¹⁶ Danıştay 4. Dairesinin 30.01.2014 tarihli ve E. 2010/1195 K. 2014/464 sayılı kararı.

¹⁷ Danıştay 9. Dairesinin 19.11.2013 tarihli ve E. 2013/7717 K. 2013/10490 sayılı kararı.

2. Mevzuatın İrdelenmesi

Öncelikle *Katma Değer Vergisi Kanunu*'ndaki hükümler incelendiğinde, *Vergi İdaresinin* veya *Maliye Bakanlığı*'nın kanunda bir değişiklik olmadığı halde uygulamayı yorum yolu ve *Tebliğle* değiştirerek, mükelleflerin vergi yükünü arttırıcı düzenleme yapmaya yetkili olmadığı belirtilmesi gerekir. Şöyle ki;

a. *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 29'uncu maddesinin birinci fıkrasında, mükelleflere indirim hakkı tanınmakta ve bu hakkın **“bu kanunda aksine hüküm olmadıkça”** mükelleflerce her zaman kullanılacağı kabul edilmektedir. *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun indirim hakkını düzenleyen 29'uncu ve kısıtlayan 30'uncu maddelerinde inceleme konumuzla ilgili aksine bir hüküm yoktur.

b. *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 29'uncu maddesinin 4'üncü bendindeki, vergi indiriminde doğabilecek aksaklıkları giderme ve indirimle ilgili usul ve esasları düzenleme amacıyla *Maliye Bakanlığına* verilmiş yetkiye istinaden yapıldığı da kabul edilemez. Çünkü, *Kanunda* düzenlenen yetki, vergi mükerrerliğine ve vergi muafiyetine yer vermeyecek, bu *Kanunun* ana ilkelerine uygun şekilde kullanılmak üzere verilmiştir. Değeri düşen ve özel durumu itibariyle zorunlu olarak imha edilen malı “zayı olan mal” olarak nitelendirme yolu ile mükellefin vergi yükünün arttırılmasına yönelik yapılmış olan düzenleme, sözü edilen yetki sınırları dışında ve kanun koyucunun yapması gereken çerçevededir.

c. *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 36'ncı maddesinde, *Bakanlar Kuruluna* indirim hakkını kısmen veya tamamen kaldırma veya yeniden koyma ve bu şekilde indirim hakkı kısıtlanan mal veya hizmetleri belirleme konularında yetki verilmiştir ki, inceleme konumuz idarî düzenlemenin bu yetki kapsamında yapılmadığı açıktır. Kaldı ki, bu yetki *Maliye Bakanlığına* değil, *Bakanlar Kuruluna* verilmektedir.

Görüldüğü üzere, *Katma Değer Vergisi Kanunu* hükümlerine göre *Maliye Bakanlığı*'nın çeyrek asırdır uygulanmakta olan bu konuda değişiklik yapmaya yetkisi yoktur ve vergi yükünün ağırlaştırılması yönündeki düzenlemesi de *Katma Değer Vergisi Kanunu*'na aykırıdır.

3. Katma Değer Vergisi İndiriminde Kısıtlama

Miadı dolan (kullanım süresi geçen) veya kullanılamayacak hale gelen, bu özelliği sebebiyle değeri düşen malların iktisabında yüklenilen *Katma Değer Vergisinin* indirimine kısıtlama getiren idarî düzenlemenin, *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 30'uncu maddesinin (c) bendinde yer alan zayi olan mal hükmüne dayandırılmış olması, düzenlemenin sakatlığına ve tartışılmasına sebep olmuştur.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddesinin (c) bendi, lafzı ve gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde;

- Zayi olan mallar kavramının neyi ifade ettiği vergi kanunlarında net olarak belirlenmemiştir.
- *Kanun* maddesinin gerekçesinde, zayi olan malların tedarikinde yüklenilen *Katma Değer Vergisinin* indirilmeyeceği belirtilmekte; böylelikle bazı mükelleflerin işletmeye ait malları kişisel çıkarları için işletmeden çekmesinin, yani, kötü niyetin önüne geçilmek istenmektedir.
- Yine gerekçeden, mükellefin iradesi dahilinde yok olan, zayi olan mallara ait *Katma Değer Vergisinin* indirim konusu yapılamayacağına ilişkin hususların düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır¹⁸.

Gerçekten, “zayi olan mal” kavramının ne anlam ifade ettiği, *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nda belirtilmemektedir. 113 Seri No.lu *Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin* yayımı sonrasında yazılmış lehte ve aleyhteki yazılarda, sözlükteki kayıp, yok olmuş, elden çıkmış, mahvolmuş karşılıklarına bakarak, hemen malın “zayi olmuş sayılacağı” şeklinde sonuç çıkarıp, *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 30'uncu maddesinin (c) bendi ile bağlantı kurulmuştur. Oysa, *Vergi Usul Kanunu*'nun 3'üncü maddesinde, vergi kanunlarının lâfzı ve ruhu ile hüküm ifade edeceği; lâfzın açık olmadığı halde vergi kanunlarının hükümlerinin, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanacağı belirtilmektedir. *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun

¹⁸ Yeşim Dikici Orhan, “Yasal Olarak İmhalari Zorunlu Malların KDV Sorunu”, (Dünya, 04.03.2011).

30'uncu maddesinin (c) bendindeki indirimi kısıtlanan zayi olan mallara ait *Katma Değer Vergisi* hükmünü, *zayi* sözcüğünün sözlük anlamlarını kullanarak yorumla genişletmek, hukuka aykırılık teşkil etmektedir¹⁹.

Vergi kanunları bakımından *zayi olma* kavramına sözlük anlamıyla değil, iktisadî değer açısından bakılması gerekir. Çünkü, ortada herhangi bir fiziksel değer (cisim) olmamasına rağmen bile (haklar gibi) ekonomik değerinin olması vergi kanunlarının ilgi alanına girmektedir. Bu anlamda *Katma Değer Vergisi Kanunu* bakımından *zayi olma* değer kaybı açısından değerlendirilmelidir²⁰.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddesinin (c) bendindeki hüküm ve gerekçesindeki açıklamadan, mükellefin iradesi dahilinde yok olan, kaybolan, işletme dışına çıkarılan mallar için *Katma Değer Vergisi* indirimi kısıtlamasının uygulanacağı anlaşılmaktadır. Buna karşılık, bend hükmüne *Kanunla* eklendiği üzere, mükellefin iradesi dışında ziyaa uğrama; deprem, sel felaketi ve *Maliye Bakanlığı*'nın yangın sebebiyle mücbir sebep ilân ettiği yerlerdeki yangın sonucu fiziken yok olma şekilde her türlü fizikî ve ekonomik kayıpları, *zayi olan mal* olarak varsayıp, 30'uncu maddenin (c) bendi hükmü kapsamına almak hatalı sonuç yaratır. Çünkü, *Kanunun* 29'uncu maddesinin 1'inci bendinde açıkça belirtilen "***bu kanunda aksine hüküm olmadıkça***" ifadesini unutmamak gerekir. Kanunda aksine hüküm olmadığı halde, mükellefe kanunla tanınmış indirim hakkının, *Tebliğle* yapılan aleyhe yorum sonucu kısıtlanması "***Vergilerin Kanuniliği İlkesi***"ne²¹ açıkça aykırıdır.

4. İndirim Mekanizmasının Anlamı

Mükellef aleyhine yaratılmış olan bu sorunun meydana gelmesine, *Katma Değer Vergisi* alanında benimsenen vergilendirme sisteminin mantığı ve indirim mekanizmasının da gerekeç olarak kullanılması kabul edilemez.

¹⁹ Danıştay 9. Dairesinin 26.11.2012 tarihli ve E.2009/3992 K.2012/7621 sayılı kararı

²⁰ Yılmaz **Özbalcı**, *Katma Değer Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, (Oluş Yayın-cılık), Ankara, Temmuz 1999.

²¹ Yusuf **Karakoç**, *Genel Vergi Hukuku*, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, s. 998 vd.

Maliye Bakanlığının Katma Değer Vergisi Kanunu yürürlüğe girerken yayımladığı Tebliğdeki “Katma değer vergisi sisteminde alış vesikalarında gösterilen verginin indirilmesi, bu malların satışı sırasında mala eklenen değer vergilendirileceği düşüncesine dayandığından, zayi olan mallar için satış ve dolayısıyla yaratılan bir değer olamayacağından, bu mallara ilişkin alış vesikalarında gösterilen verginin indirilmesi, zayi olan mallar üzerindeki vergi yükünü tamamen ortadan kaldıracaktır.” açıklaması doğrudur ve gerçekten Kanunun 30’uncu maddesinin (c) bendinin uygulamasına yön vermektedir²².

Bu makale kapsamında açıklanmaya çalışılan imha işlemi, çoğunlukla ticarî hayatın normal gerçekleri çerçevesinde, olağan nedenlerle ve *Vergi İdaresinin* bilgi ve denetimi altında, ilgili mevzuatın zorunlu kıldığı hususlara uyularak yapılan bir işlemdir. Bu işlemin Kanunun 30’uncu maddesinin (c) bendi hükmü kapsamında olması da mümkün değildir. Çünkü, usulüne uygun olarak imha edilen mallar için kötüye kullanım söz konusu değildir. İmha, *Maliye Bakanlığının* yetkili *Takdir Komisyonları* veya bazı durumlarda ayrıca ilgili mevzuat uyarınca oluşturulan resmî komisyonlar huzurunda yapılmaktadır. Dolayısıyla, imha edilen malların işletmeden çekilmiş veya özel ihtiyaçlar için kullanılmış olabileceğini söylemek mümkün değildir²³.

Herhangi bir mal zayi olduğunda, mükellef bir anlamda nihaî tüketici durumuna gelmekte ve o mal nedeniyle yüklendiği *Katma Değer Vergisini* indirim konusu yapamamaktadır. Oysa, kullanım süresi geçen veya bir başka nedenle kullanılmayacak durumda olan mallar söz konusu olduğunda, *zayi olan*, malın kendisi değil; ekonomik değeridir. Dolayısıyla, mal fiilen ortada olduğu için, mükellefin nihaî tüketici durumuna geldiğinden bahsedilemez²⁴.

Kullanım süresinin geçmesi veya diğer nedenlerle kullanılmayacak hale gelen malların *Takdir Komisyonu Kararıyla* imha edilmesi işleminde, mükellefin iradesi dahilinde bir yok etme veya zayi etme olayı söz konusu

²² 1 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği, VIII-B.3, (RG. 30.11.1984).

²³ Recep **Bıyık**, “Vergide Yaygın İhtilaf Konuları (Zayi Olan Mallarda KDV İndirimi)”, (Dünya, 20.07.2011).

²⁴ Volkan **Yüksel**, “Kullanım Süresi Geçen veya Kullanılmayacak Hale Gelen Mallara İlişkin Yüklenen KDV’nin Durumu”, (Yaklaşım, S. 205, Ocak 2010), s. 96-98.

değildir. Olay tamamen *Vergi İdaresinin* bilgisi dahilinde ve onun kararı ile gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, olayda *Kanunun* 30'uncu maddesinin (c) bendinde belirtilen anlamda bir zayi işlemi söz konusu değildir.

Bu çerçevede, kullanım süresinin dolması veya diğer nedenlerle kullanılmayacak hale gelen ticarî mal ve diğer iktisadî değerler;

- a. imha tarihinde fiziken var olduğunun ispat ve tevsik olunması,
- b. *Takdir Komisyonu* gözetiminde ve onun kararıyla imha olunması şartlarıyla, zayi olan mal kapsamında değerlendirilmemeli ve bunlar nedeniyle *yüklenilen* (yani **indirilmiş olan**) *Katma Değer Vergisi indirilmelidir* (yani **düzeltilmemelidir**)²⁵.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddesinin (c) bendinin temel gerekçelerinden biri, vergi tahsil emniyetini sağlamak ve malların zayı olduğu gerekçesiyle yaratılabilecek vergi kaybını önlemektir. Gerekçe haklı olmakla birlikte, özellikle ilaç, gıda, kozmetik, bilişim, elektronik ve benzeri sektörlerde kullanım süresinin geçmesi ve diğer nedenlerle kullanılmayacak hale geldiği için piyasadaki çekilen ve satılmaması gereken malların, *Takdir Komisyonu* kararı ile imha edilmesi işleminde, mükellefin iradesi dahilinde bir yok etme veya zayı etme fiili, olayı yoktur. Bu durum, önceden öngörülen ve piyasa aktörlerinin piyasanın işleyişi gereği yapmak zorunda oldukları ve resmî çerçevede gerçekleşen bir işlemdir. *Avrupa Birliği Direktif ve Uygulamaları* da göz önüne alındığında, vergi emniyetini de sağlayacak şekilde, bazı sektörlerde zayı olan mallara ilişkin yüklenilen *Katma Değer Vergisinin* indirimine müsaade edecek yasal bir düzenlemenin yapılması (zorunlu ve) yerinde olacaktır²⁶.

Maliye Bakanlığının konuya ilişkin 57 ve daha sonra 60 No.lu *Katma Değer Vergisi Sirkülerinde*, değeri düşen mallara ait *Katma Değer Vergisi*'nin tamamının indiriminin kabul edilmesi, zayı olan mal ile değeri düşen malın birbirinden ayrılmış olması ve değeri düşen mala ait *Katma Değer*

²⁵ Şükrü **Kızılot**, *Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması*, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2010, s. 1300.

²⁶ Birgül **Dikmen**, "Kullanım Süresi Geçen veya Kullanılmayacak Hale Gelen ve İmha Edilen Mallara İlişkin Yüklenilen KDV'de Danıştay'ın Kararı Çerçevesinde Son Durum", (Vergi Dünyası, S. 353, Ocak 2011), s. 19-25.

Vergisinin düzeltilmesine gerek olmadığı şeklindeki açıklamalar olumlu olmakla birlikte, sorunu tümüyle çözmeye yeterli değildir. Anılan *Sirkülerde* yapılan açıklamaya göre, örneğin kullanım ömrü geçmiş araç lastiğinin *1 TL*'na satılması halinde daha önce indirilen *Katma Değer Vergisi* düzeltilmeyecek; ancak, aynı lastik yakılmak veya parçalanmak suretiyle imha edildiği takdirde, zayi olan mal kabul edilerek daha önce indirilen *Katma Değer Vergisinin* tamamı düzeltilenecektir. Kullanım ömrü geçen ilaç veya gıda maddesi gibi mallar satılmayacağı (satılması yasak olduğu) için, indirilen *Katma Değer Vergisinin* tamamının düzeltilmesi gerekecektir. *Bakanlığın* bu yorum ve görüşü, mükellefin aleyhinedir ve aynı zamanda *Kanuna* ve *Vergilerin Kanuniliği İlkesine* de aykırıdır. Ortada gerçek anlamda bir zayi olma yoktur; sağlık ve çevre nedenleriyle iradî bir imha söz konusudur. Bu tür olağan dışı işlemler ticari faaliyetin doğal bir sonucu, diğer bir ifade ile zararı kabul edilmeli ve daha önce indirilen *Katma Değer Vergisi* düzeltilmemelidir²⁷.

Maliye Bakanlığının zayi olan mallar kavramını geniş yorumlayarak *Katma Değer Vergisi* indirim kısıtlamasına ilişkin düzenlemesi, *Avrupa Birliği*'nde *Katma Değer Vergisi* ve *İndirim Mevzuatına* da aykırılık teşkil etmektedir. Bilindiği üzere, *Katma Değer Vergisi* dünyanın birçok ülkesinde uygulanarak, uluslararası bir niteliğe sahiptir. Topluluğun ilk ortak vergilendirme sistemi olarak kabul edilmiştir. *Avrupa Birliği* müktesebatına girmesine ilişkin 1967-1977 yıllarında yayınlanan çok sayıdaki *Direktiften* sonra 28.11.2006 tarihli ve 2006/112/EC sayılı *Konsey Direktifi*'nin 167'nci maddesinde, *Avrupa Birliği Katma Değer Vergisi* sisteminde, **indirilebilir vergisinin doğması ile birlikte indirim hakkının da doğacağı**; 168'inci maddesinde ise, mükellefin mal ve hizmetleri vergiye tâbi amaçlarla kullanmak şartıyla ödemekle yükümlü olduğu vergiden indirilebileceği vergiler belirtilmektedir.

Ülkemizde 1984 yılında *Avrupa Birliği*'nin 6. *Konsey Direktifi* temel model alınarak, *Katma Değer Vergisi* sistemi uygulamaya konulmuştur. *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 30'uncu maddesinde indirimi kısıtlanan ve zayi olan malların da dahil olduğu konular tek tek sayılmış olduğu halde,

²⁷ Sakıp Şeker, "Zayi Olan veya Değeri Düşen Mallarda KDV'nin Düzeltilmesi", (Yaklaşım, S. 222, Haziran 2011), s. 94-102.

Avrupa Birliği Katma Değer Vergisi sisteminde indirilebilecek *Katma Değer Vergisinin* sınırları *Türkiye*'deki uygulamaya kıyasla oldukça geniş tutulmuştur. 6. *Direktifin* 20'nci maddesinin 1-b alt bendindeki hüküm uyarınca zayı olan, kaybolan veya çalınan mallarla ilgili *Katma Değer Vergisi*, indirimine konu yapılabilmektedir. Aynı maddede, *Üye Devletlerin* karşılığı tamamen veya kısmen ödenmemiş olan işlemler için ve hırsızlık hallerinde düzeltme yapılmasını isteyebilecekleri hükmüne de yer verilmiştir.

Malların zayı olması irade dahilinde meydana gelebileceği gibi, kullanım süresinin dolması, bozulma, yangın vb. nedenlerle irade dışında da meydana gelebilir. Ayrıca, gerçekten vergiden kaçınma amacıyla zayı olmuş gibi gösterilmesi de söz konusu olabilir.

Piyasanın işleyişi, fiili yaşanan durum ve mala ilişkin talebin net olarak bilinmemesi, üretilen bir kısım malın mükelleflerin stoklarında kalmasına neden olabilmektedir. İlâç ve gıda gibi bazı sektörlerde, son kullanım tarihlerinin/belirli sürelerin dolması sebebiyle malların kullanılamayacak hale gelmesi zaten önceden öngörülen bir durumdur. Dolayısıyla, kullanım süresinin geçmesi veya diğer nedenlerle kullanılamayacak hale gelen malların *Takdir Komisyonu Kararıyla* imha edilmesi işlemi, mükellefin iradesi dahilinde bir yok etme veya zayı etme olayı söz konusu değildir. *Vergi İdaresinin* söz konusu düzenlemeleri yaparken zayı olan mallar bakımından herhangi bir sektör ayırımına (gıda, içecek maddeleri, ilâç ve stoklama ilgili resmî makamlar tarafından sürekli izlenen sektör vb.) gitmediği açıkça görülmektedir²⁸.

Yukarıdaki açıklamalar, *Maliye Bakanlığının* ülkemizde *Katma Değer Vergisinin* uygulanmaya başladığı yıllardan beri uygulanmakta olan konuda, *113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği* ile yaptığı düzenleme açıkça hukuka aykırıdır. Mükelleflerin kötü niyetli olduğu; yani, stoklarındaki malları imha işlemi adı altında işletme dışına çıkaracakları peşin hükmü ile *Katma Değer Vergisindeki* temel mantık sebep gösterilerek *Tebliğin* haksız şekilde uygulanmasında ısrar edilmektedir. Hatta daha sonra *57 ve 60 sayılı Katma Değer Vergisi Sirkülerinde* dahi bu özel durumun düzeltilemediği; son olarak, tüm *Katma Değer Vergisi Genel Tebliğlerinin* yerini alan

²⁸ Çiçen/Altınsoy, s. 44, 45.

Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nde de bu sorunun aynı anlayışla devam etmesinin arzu edildiği açıkça görülmektedir.

D. Danıştay'ın İçtihat Değişikliğine Gitmesi

Ticarî hayatın gerçekleri ve olağan akışı ortada iken, maalesef zayı olan mal kavramının yanlış yorumlanması ile yapılan hukuka aykırı düzenlemeleri, *Danıştay*'ın içtihadını değiştirerek uygun bulmasını, meselenin iyi incelenmeden yeni ve hatalı kararların verilmesi olarak nitelendirmek mümkündür. Danıştay 4. ve 9. Dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların etkisi ile birel işlemler için açılmış davalarda vergi mahkemelerinin de aynı yönde hukuka aykırı kararlar vermelerine sebep olmuştur. Oysa, bir *Hukuk Devletinde vergilendirme ilkelerinin* gözardı edilmesi düşünülemez. *Vergi Hukukunda “kanunîlik” ve “eşitlik” ilkelerinin* korunması, yasama ve yürütme organlarının yaptıkları düzenlemelerin yargısal denetim aşamasında çok önemli ve zorunludur. *Vergi İdaresinin Tebliğiyle* yaptığı düzenlemenin, açıkça kanunu aşar nitelikte olduğu tespit edildiği halde, bu düzenlemenin *Kanun* ile yapılması gerekliliği vurgulanarak iptal kararı verilmesi beklenirdi. Bu konuda iki örnek vererek, *Danıştay*'ın kararlarındaki yanlışlığı vurgulamak istiyoruz.

- *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 30'uncu maddesinin (c) bendinin ilk orijinal metni “**zayı olan mallara ait katma değer vergisi**” iken, 27.01.2000 tarih ve 4503 sayılı; daha sonra da 16.07.2004 tarih ve 5228 sayılı *Kanunlarla* yapılan değişiklik sonucu eklenen “*deprem, sel felaketi ve Maliye Bakanlığı'nun yangın sebebiyle mücbir sebep ilan ettiği yerlerdeki yangın sonucu zayı olanlar hariç*” hükmü ile, olağanüstü felaketler sonucu kaybedilen mallar, zayı mal olarak indirim kısıtlamasının dışına çıkarılmıştır. Dikkate edilirse, **Katma Değer Vergisi indirim kısıtlaması kapsamından çıkarılan veya kısıtlamadan istisna tutan (vergi mükellefleri lehine olan) düzenleme, yasama organı tarafından ve kanunla yapılmıştır.**
- Yakın zamanda 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı (kamuoyunda *Torba Kanun* olarak anılan) *Kanunun* 27'nci maddesi ile *Katma Değer Vergisi Kanunu*'na eklenmiş Geçici 33'üncü maddesine göre, *Sosyal Güvenlik Kurumu*'nun alacaklarının tahsili kapsamında taşın-

mazların Kuruma devir ve teslimi, ayrıca bu taşınmazların kurum tarafından başkalarına devir ve teslimi 31.12.2023 tarihine kadar *Katma Değer Vergisinden* müstesnadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, sözü edilen istisna kapsamındaki işlemler bakımından, *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nun 30'uncu maddesinin (a) bendinin uygulanmayacağı; bu istisnaya ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı'nca belirleneceği hükmüne yer verilmektedir. Bu konuda *Maliye Bakanlığı*'nca yayımlanmış *Tebliğde* de; *Kanunla* ihdas edilerek **Katma Değer Vergisinden istisna edilen işlemler bakımından Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddesinin (a) bendi hükmü uygulanamayacağından, söz konusu işlemler nedeniyle yüklenilen ve daha önce indirim hesaplarına dahil edilmiş olan Katma Değer Vergisi tutarlarının, indirim hesaplarından çıkarılmak suretiyle düzeltilmesine gerek olmadığı açıklanmıştır**²⁹.

Bu örnekte de dikkat edilirse;

- Resmî-Devlet Kurumunun iktisap edeceği ve satacağı taşınmazlar için *Katma Değer Vergisinden* istisna *Kanun* ile ihdas edilmiş;
- Özellikle ihdas edilen bu istisna konusu işlemler sebebiyle yüklenilmiş ve indirilmiş *Katma Değer Vergisi* tutarları için indirim kısıtlaması ya da düzeltilmesinin uygulanmayacağı da *Kanunda* düzenlenmiş,
- *Maliye Bakanlığı* ise, bu konudaki idarî düzenlemesini, *Kanunun* verdiği yetkiye dayanarak ve *Kanuna* uygun surette yayımladığı *Tebliğ* ile yapmıştır.

İnceleme konusu ile ilgili *Maliye Bakanlığı*'nca *113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği* ile yapılmış düzenlemenin ve bu düzenlemenin hukuka uygunluk denetimi üzerine verilmiş *Danıştay* kararlarının başta *Anayasa* olmak üzere *vergilerin kanuniliği* ve *kanun önünde eşitlik ilkelerine* açıkça aykırı olduğu, bu iki örnek ile daha net anlaşılmaktadır.

²⁹ Maliye Bakanlığı'nın 1 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (RG. 16.10.2014/29147).

SONUÇ VE ÖNERİLER

Vergi Hukukunda uygulamada karşılaşılan belki de yüzlerce sorundan birisini, bu makale çerçevesinde incelemeye çalıştık. Aslında bu incelemenin amacı, *Devletin* kişilerden vergileri *Hukuk Devleti İlkesi*'ne uygun olarak alması zorunluluğunu, örnek bir sorunla vurgulayarak hatırlatmak; özellikle, *Vergi İdaresinin* konusu paraya dayanan vergilerin uygulanmasında yasama organı gibi hareket etmemesi gerektiğini ve yargısal denetimin de titizlikle yapılması ihtiyacını belirtmektir.

Kullanım süresi geçen veya kullanılamayacak hale gelmesi sebebiyle değeri düşen ve zorunlu olarak imha edilen malların iktisabında yüklenilen veya ödenen *Katma Değer Vergisinin* indirimi, ülkemizde *Katma Değer Vergisinin* uygulanmaya başlandığı tarihten beri çeyrek yüzyıllık sürede yapılagelmiş, bu dönemde *Vergi İdaresi* mükelleflere verdiği yazılı görüşler ve yargı organlarının da içtihat halini alan kararları karşısında bir sorun yaşanmamıştır. Ne var ki, *Maliye Bakanlığı*'nce 2009 yılı sonunda olmayan sorun varmış gösterilerek *113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği* ve daha sonraki *Sirküler, Özelge* ve yeni *Tebliğlerde* hatalı yorumlar yapılmış; *zayi olan mal* kavramından hareketle, değeri düşen ve kullanılamayacak, hatta satılamayacak nitelikte olduğu için imha edilmesi gereken malların kesin bir nitelendirme ile *zayi olmuş mal sayılması*, makale konusu olan sorunu gündeme getirmiştir.

Konuya ilişkin nihaî görüş ve önerilerimiz kısa başlıklar halinde şöyledir:

a. Kullanım süresi geçen veya kullanılamayacak hale gelen malların, *Takdir Komisyonu* kararına istinaden zorunlu şekilde imha edilmesi durumunda ciddi vergi kaybı doğuyorsa, bu konuda yasama organınca *Katma Değer Vergisi Kanunu*'nda değişiklik yapılması ve vergi kaybına sebep olan *Katma Değer Vergisi* indiriminin kanunla kısıtlanması gerekir. Yukarıdaki örneklerde açıklandığı üzere, kişilerin lehine olan düzenlemeler (imha konusu malların *Katma Değer Vergisi* indirim kısıtlamasına getirilen istisnalar) nasıl *Kanunla* yapılmış ise, kişilerin aleyhine yapılması gereken düzenlemelerin de *Kanunla* yapılması zorunludur.

b. Maliye Bakanlığı'nın 113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin (E) Bölümü ile yaptığı düzenleme hukuka aykırıdır. Nitekim, benzer şekilde 4503, 5228 ve 6552 sayılı Kanunlarla yapılmış düzenlemeler karşısında, 113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği düzenlemesi Danıştay Kararları ile uygun bulunsa dahi, Vergi Hukukunun temel ilkelelerine açıkça aykırıdır. Danıştay'ın gerek ilk derece mahkemesi olarak, söz konusu düzenleyici işlemler hakkında görmekte olduğu davalarda, gerekse yerel mahkemelerce verilmiş kararların temyiz incelemesinde, bu konuda hatalı içtihat oluşmaması için verilecek kararlarını yeniden gözden geçirmesi; Vergi İdaresinin yasama organı gibi düzenlemeler yapmasının engellenmesi; hukuka aykırı işlemlerin durdurulması gerekir.

c. 113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği, Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin 01.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Halen yürürlükte olan Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin ilgili bölümü için yeni bir dava açılmış ise, bu davada yapılacak yargılama sonucu verilecek karar önem taşımaktadır. Öte yandan, 113 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin ilgili bölümü için devam eden davalarda, karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verileceği tahmin edilmektedir.

ç. Kullanım süresi geçen veya kullanılamayacak durumda olan malların değer tespiti Takdir Komisyonu tarafından yapıldığında, düşük değeri olan malların takdir edilmiş değere göre hurda olarak satış faturası ile satışı yapılarak stoklardan çıkarılması; şayet satışı yapılamayacak kadar değer kaybetmişse, yapılacak imha işlemi üzerine ihtirazî kayıtla aylık Katma Değer Vergisi beyannamesinin verilerek, süresinde dava açılması mümkündür.

d. Vergi mükellefi, Devlete vergisini veren ve vermeye devam edecek olan sujedir. Devletin bu kişiyi kötü niyetli varsayarak, hukuka aykırı kararlar almaması gerekir. Nitekim, Vergi Usul Kanunu'nun 13'üncü maddesinde "Mücbir Sebepler" konusu yer almaktadır. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak konular arasında, yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler sayılmakta; ayrıca kişinin iradesi dışında meydana gelen yok olmalar da bu kapsamda yer almaktadır. Bu sayılan hallerde, vergi ödevleri bakımından kanunî sürelerin işlememesi ve idarenin başka kararlar alabileceği Kanunda belirtilmektedir. Bu kapsamda, vergi mükellefinin faaliyetine

devamı için sağlık ve çevre faktörleri dikkate alınarak, fiziken var olduğu halde değerini kaybeden mallar için yeni bir düzenleme yapılması gerekir. Bu düzenlemenin sektörler itibariyle, *Avrupa Birliği Direktif ve Uygulamaları* da dikkate alınarak, *kanun önünde eşitlik ilkesine* uygun ve açık bir şekilde yapılması zorunludur.

^HKARAR İNCELEMESİ
KAMU İCRA HUKUKUNDA HACİZ VE İHTİYATÎ HACİZ
İŞLEMLERİNE İLİŞKİN VERİLEN
MAHKEME KARARLARININ UYGULANMASI*

*Arş. Gör. Emine Sevcan ARTUN***

GİRİŞ

Kamu alacaklarının zamanında ve eksiksiz toplanması, kamu hizmetlerinin finansmanının sağlanması ve yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir. Kamu alacağının toplanması, güvence altına alınması, zamanında ve eksiksiz yerine getirilmediği hallerde zora dayanılarak tahsil edilmesine yönelik hükümler içeren kamu icra hukuku, genel icra hukukuyla pek çok noktada benzeştiği gibi, genel icra hukukunda yer almayan birçok düzenlemeye de yer vermektedir. Bu düzenlemelerin büyük çoğunluğu devletin alacaklı konumunda olması hasebiyle kendisine tanınması gerektiği düşünülen ayrıcalıklara dayanmaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan, mahkeme kararlarının derhal yerine getirilmesi kuralına bir istisna getiren, “haciz ve ihtiyatî haciz kararlarının iptaline ilişkin kararların kesinleştikten sonra uygulanacağı” hükmü devletin alacağını tahsil etme imkânını kaybetmemesi için öngörülmüş bu yönde bir düzenleme idi. Ancak bu düzenleme İstanbul 5'nci Vergi

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı “Hukuk Araştırmalarında Metod” dersinde sunulan seminer ödevinin, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerli görüşleri çerçevesinde geliştirilen hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ'a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş, Anayasa Mahkemesi hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varmış ve hükmü iptal etmiştir.

Çalışmamızda Kamu İcra Hukukunda ihtiyatî haciz ve haciz kurumları hakkında genel bir bilgi verildikten sonra, iptal kararına konu hüküm, karara konu başvuruda ihlâl edildiği ileri sürülen hak ve ilkelerin kamu icra hukukundaki görünümüleri çerçevesinde incelenecektir. Bu bağlamda ilgili hak ve ilkeler, genel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk hukuku bağlamında açıklandıktan sonra iptal kararına konu hükmün ilkelerle olan ilişkisi üzerinde durulacaktır.

I. İNCELEME KONUSU KARARIN ESASI

Anayasa Mahkemesi'nin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin, 4001 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasının "*Ancak, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*" biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2'inci, 15'inci, 35'inci, 36'ncı ve 125'inci maddelerine aykırılığının tartışıldığı çalışmamıza konu kararın esasa ilişkin incelemeler kısmı aşağıdaki gibidir¹.

"Başvuru kararında itiraz konusu kuralla, idarenin tek taraflı iradesiyle tesis edilen ihtiyatî haciz ve haciz işlemlerinin, idarî yargı yerince hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesine rağmen bu kararların gereğinin yerine getirilmeyerek söz konusu hukuka aykırı uygulamaların kararın kesinleşmesine kadar devam etmesine olanak tanındığı, bu durumun Anayasa'nın 2., 15., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinde, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının, kesinleşmesi beklenmeksizin ve en geç otuz gün içinde uygulan-

¹ Any.M., 10.07.2013 gün ve E. 2012/ 107, K. 2013/90 sayılı kararı (RG. 22.11.2013-288829)

cağı belirtilmiş, itiraz konusu üçüncü cümlesinde ise bu kurallara bir istisna getirilerek haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararların kesinleştikten sonra uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren 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 hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Kişilerin, devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmek suretiyle bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.

2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinde, "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." kuralına yer veril-

diği, dolayısıyla idarî işlemlere ilişkin mahkeme kararlarının gecikmesizin uygulanması prensibinin yasal düzeyde de benimsendiği görülmektedir. Ancak, itiraz konusu kuralda, bu prensibe bir istisna getirilmiş, ihtiyatî haciz ve haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında ancak kararın kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edileceği belirtilmiştir. Buna göre bir kamu borçlusunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin hukuka aykırı bir haciz veya ihtiyatî haciz işlemiyle sınırlandırılması nedeniyle mahkemelerce işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması kararı verildiğinde, bu karar uygulanmayacak ve kararın kesinleşmesine kadar idarenin tek taraflı iradesiyle tesis ettiği hukuka aykırı işlem varlığını sürdürecektir.

Bu yönüyle itiraz konusu kural, idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması yolundaki anayasal hükmü etkisiz hâle getirerek bireyin hukuk güvenliğini açık şekilde zedelemekte ve yargısal denetim aracılığıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması amacına zarar vermektedir.

Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek, herkese, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânı sağlanmış, böylece kişilerin hukukî güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur.

Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında ise idarî işlemin uygulanmasıyla telafisi güç veya imkânsız zararların doğacağı durumlarda, mahkemelere yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi tanınarak kişilere hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilme olanağı sağlanmıştır.

İtiraz konusu kuralla, haciz ve ihtiyatî hacze ilişkin idarî işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının derhal uygulama zorunluluğunun ortadan kaldırılması, kişilerin telafisi imkân-

sız veya zor zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir durumun yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceği ve hak arama özgürlüğünü zedeleyeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden Anayasa'nın 35. maddesi yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Kuralın Anayasa'nın 15. maddesiyle ilgisi görülmemiştir."

II. KARARA ESAS OLAYIN ÖZETİ

Kamu borçlusu, aracı üzerine konulan ihtiyatî haciz işleminin mahkeme kararıyla iptal edilmesi ve yürürlüğünün durdurulması üzerine, verilen karar doğrultusunda haczin kaldırılması için idareye başvurmuştur. Ancak talebi, "haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir" hükmü gereğince reddedilmiştir. Kamu borçlusunun, mahkeme kararı doğrultusunda işlem yapılması talebiyle açtığı davada, itiraz konusu kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasını ciddi bulan Mahkeme, hükmün iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hukukî Sorun

Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 152'nci maddesinin 1'nci fıkrasına göre yaptığı somut norm denetimine konu başvuruda İstanbul 5'nci Vergi Mahkemesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "Ancak, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir." ibaresinin Anaya-

sa'nın 2'nci, 15'nci, 35'nci, 36'ncı ve 125'nci maddelerine aykırı olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

İstanbul 5'nci Vergi Mahkemesi, itiraz konusu normun;

- 1) Hukuk düzeninin koruması altında bulunan kişilerin hukukî güvencelerini zayıflattığı, devletin, yargı denetimine tabi tutulmuş ve yine yargı organlarınca hukuka aykırı olduğu yönünde karar verilmiş bir işlemi uygulamaya devam etmesinin, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı bu durumun ayrıca kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık teşkil ettiği;
- 2) Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının hangi hallerde nasıl durdurulacağına Anayasa'nın 15'nci maddesi ile ortaya konulduğu ve ancak bu sebeplerle durdurulabileceği, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle yargı kararı ile iptal edilmiş bir haciz veya ihtiyatî haciz işlemin uygulanmasına devam edilmesinin mülkiyet hakkının kullanılmasının durdurulması sonucu doğurduğu;
- 3) Haciz veya ihtiyatî haciz işlemlerinin iptali istemiyle açılan dava neticesinde verilen karar ile kanunlarda öngörülen şartların gerçekleşmediği veya işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması karşısında, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamalarının devam etmesi halinde Anayasa'nın 35'inci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlali anlamına geldiği;
- 4) Hakkında haciz veya ihtiyatî haciz kararı alınıp uygulanan kişilerin işleme karşı yargı yoluna başvurmaları neticesinde işlemin yürütmesinin durdurulması veya iptal edilmesi, kısacası kendisinin haklı, idarenin haksız, işlemin de hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması durumlarında dahi, bu kişilerin mağduriyetleri devam etmesiyle kişilerin temel hakkı olan âdil yargılanma hakkının kullanılmasına engel oluşturduğu;
- 5) Hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilen yürürlükteki işleme karşı, mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesine kadar uygulanmamasının, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamalarına ilişkin yargı yolunun açık olmasını sadece şekilden ibaret hale getirdiği gerekçeleriyle iptalini istemiştir.

Bu itibarla, öncelikle kamu icra hukukunda haciz ve ihtiyatî haciz kurumları hakkında genel bir bilgi verildikten sonra, ilgili hüküm, karara konu başvuruda ihlal edildiği ileri sürülen hukuk devleti ilkesi, hak arama özgürlüğü, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesi ile mülkiyet hakkının kamu icra hukukundaki görünümüleri çerçevesinde incelenecektir.

B. Genel Olarak Kamu İcra Hukukunda Haciz ve İhtiyatî Haciz Kurumu

1. Haciz

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun² uyarınca “*Borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tesbit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından kamu alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince haczedilir*” (AATUHK m. 62/1).

Kamu icra hukukunda haciz yoluyla takip, kamu borçlusunun menkul ve gayrimenkul malları ile alacak ve haklarına kamu borçlusu tarafından zorla el konulması sonucu bu malların satılarak paraya çevrilmesi yolu ile tahsiline imkân sağlayan bir tahsil şeklidir³.

² 21.07.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (RG.28.07.1953- 8469). Adı geçen Kanun’un kapsamını belirleyen 1. maddesi şöyledir: “Devlete, vilâyet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu Kanun hükümleri tatbik olunur. Türk Ceza Kanununun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur.”

³ Bkz. **Kaneti**, s. 451; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 162; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 681-683; **Oktar**, s. 325; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 306; **Mutluer/Dayanç**, s. 320; **Özmen**, s. 409; **Çelik**, s. 192. Genel olarak haciz; kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine, borçluya ait mal ve haklara söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerde icra dairesi tarafından hukuken el konulması olarak tanımlanmaktadır (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 231).

Haciz yoluyla takip, gerek alacaklının alacağına tahsili açısından taşıdığı güvence, gerek borçlunun mallarına haciz uygulanması ve el konulması sebebiyle, gerekse de borçlunun yanında üçüncü kişilerin de mülkiyet haklarına birtakım müdahaleler öngörmesi sebebiyle menfaat dengesi ihlallerine karşı özel bir korumaya ihtiyaç duyulan bir aşamadır⁴. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinin 6'ncı fıkrası, "Tahsil dairesi alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir" denilmek suretiyle bu menfaat dengesini gözetme yükümlülüğünü tahsil dairesine yüklemiştir.

Kamu icra hukukunda haciz aşamasında, aynı zamanda alacaklı taraf olan tahsil dairesine, hem haciz kararı alma hem de genel icra hukukunda icra dairelerine tanınan zor kullanmaya ilişkin tüm yetkiler (*borçlu tarafın mallarını haczetmek üzere yokluğunda konutuna girilebilmesi, kilitli yerler açılarak eşyalarına el konulabilmesi, borçlunun üzerinde bulunan değerli eşyaları vermek istememesi hâlinde borçluya karşı kuvvet uygulanabilmesi gibi*) tanınmış bulunmaktadır (AATUHK m. 80)⁵. Bu husus, borçlunun temel haklarına yapılan müdahalenin Anayasa'ya ve kanuna uygunluğunun herhangi bir denetimden geçmemiş olması gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmaktadır⁶.

Haciz işlemi uygulanırken tahsil dairesinin kamu borçlusunun haklarını göz önünde bulundurarak hareket etmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda haczedilemeyecek malların haczedilmemesi, haczedilecek malların taşınması, saklanması, paraya çevrilmesi kolay olan eşyalardan seçilmesi, istihkak iddiası olan malların en sona bırakılması gerekmektedir⁷. Tahsil dairesi borçlunun kamu alacağını karşılamaya yetecek tutarla sınırlı olacak şekilde

⁴ Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 311; Çiftçi, Kamu İcra, s. 349.

⁵ Karakoç, Genel Vergi, s. 694; Candan, AATUHK, s. 462; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 607; Çiftçi, s. 350; Özmen, s. 441.

⁶ Çiftçi, Kamu İcra, s. 326.

⁷ Gülseven, s. 407-409; Karakoç, Genel Vergi, s. 682. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayden üçüncü kişilere ait olmasına rağmen borçlunun zilyetliğinde bulunan mallar için tahsil yetkisi verilmesini kamu yararına dayandırarak, kamu alacağının tahsilinde kolaylık sağladığı gerekçesiyle sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirmemiştir. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Gasus Dosier-İsviçre kararı, Yatlı, Yükümlünün Hakları, s. 52). Haczedilemeyecek mallar düzenlemesine yer verilmesinin amacı borçlunun ve ailesinin asgari yaşam koşullarının korunmasıdır (Kaneti, s. 450, Mutluer/Dayanç, s. 323).

işlem yapmalıdır. Bu mallar borçlunun mal beyanında belirttiği mallar olabileceği gibi tahsil idaresinin kendisinin tesbit ettiği mallar da olabilmektedir⁸. Kamu borçlusuna, borca göre çok fazla varlığının haczedilmiş olması, haczedilemez varlıklarının haczedilmiş olması, haciz için yasal süreye uyulmamış olması, hacizden borçluya veya vekiline haber verilmemiş olması gibi gerekçelerle hacze itiraz edebilir⁹.

2. İhtiyatî Haciz

Kamu icra hukukunda, kamu alacağını doğuran olayın gerçekleşmesi ile doğan ve tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamalarından geçerek, “tahsil” aşamasına gelen veya henüz tahakkuk etmemiş olmakla birlikte tahsil edilmeleri bakımından birtakım belirsizlikler taşıyan kamu alacaklarının tahsil edilebilmelerini sağlamak amacıyla bazı güvence önlemleri kabul edilmektedir. Kanunda belirtilen sebeplere dayanarak, borçlunun bazı mal, alacak ve haklarına idarî bir kararla önceden el konulması anlamına gelen¹⁰ ihtiyatî haciz müessesesi de bunlardan biridir.

Kamu borçlusuna karşı cebren tahsil ve takip yollarına başvurulabilmesi için bir ödeme emri tebliğ edilmesi ve bunun üzerine yedi günlük ödeme ve dava açma süresinin geçirilmesi gerekmektedir. Bu yedi günlük süre ve dava süresince, borçlunun malları üzerinde var olan tasarruf yetkisi, kamu borçlusunun mallarını devretme ve kaçırma yollarına giderek takibin sonuçsuz kalmasına neden olabilmektedir. Borçlunun bu tür girişimlerini engelleyerek kamu alacağını güvence altına alabilmek için ihtiyatî haciz müessesesi geliştirilmiştir. Kamu icra hukukunda ihtiyatî haciz, kamu borçlusunun menkul ve gayrimenkul malları ile alacak ve haklarına yönelik olarak gelecekte yapılacak olan cebren tahsil sürecinin borçlu tarafından engellenmesini ya da büyük ölçüde zorlaştırılmasını önlemektedir¹¹. Kesin haciz-

⁸ Karakoç, Genel Vergi, s. 682; Mutluer/ Dayanç, s. 320.

⁹ Gülseven, s. 409; Özmen, s. 417.

¹⁰ Kaneti, s. 432; Dönmez, s. 13; Gülseven, s. 97,98; Karakoç, Genel Vergi, s. 646-647; Candan, AATUHK, s. 98; Özmen, s. 339; Gerçek, s. 147; Serim, s. 39.

¹¹ Bkz. Kaneti, s. 432-433; Öncel/Kumrulu/ Çağan, s. 167; Karakoç, Genel Vergi, s. 647; Özekes, İhtiyatî Haciz, s. 10-13; Akdoğan, s. 91; Öner, s. 150; Şenyüz/Yüce /Gerçek, s. 315-316; Oktar, s. 303-304; Gerçek, s. 147-149; Özkan, s. 536; Taylar, s. 78; Yılmaz, s. 1445.

den farkı, haczedilen malın paraya çevrilmesi sonucunu yaratmaması, geçici bir önlem niteliğinde olmasıdır¹².

Genel icra hukukunda ihtiyatî haciz ile kamu icra hukukunda ihtiyatî haciz arasında bir takım farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklardan ilk olarak ifade edilmesi gereken ihtiyatî haczin şartlarıdır. Genel icra hukukunda alacaklı, kural olarak vadesi gelmiş bir alacak için bu yola başvurabilirken¹³; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesi uyarınca¹⁴ kamu icra hukukunda ileride tahakkuk edecek olan veya vadesi gelmemiş veya vadesi geçtiği halde ödeme emri ile takibe başlanmamış bulunan alacaklar için dahi ihtiyatî haciz uygulanabilmektedir¹⁵. İhtiyatî haciz kararı alındıktan sonra, *ihtiyatî haciz varakası* düzenlenmektedir. Bu

¹² **Candan**, AATUHK, s. 98.

¹³ Genel icra hukukunda alacaklı, istisnai olarak şu iki hâlde, vadesi gelmemiş alacak için ihtiyatî haciz talebinde bulunabilir: 1) borçlunun belirli bir yerleşim yerinin olmaması, 2) borçlunun taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla mallarını gizlemesi, kaçırması veya kendisinin kaçmaya hazırlanması yahut kaçması ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunması. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, s. 147-164; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 519-520; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 436-437; **Akdeniz**, s. 207-208.

¹⁴ “İhtiyatî haciz aşağıdaki hallerden herhangi birinin mevcudiyeti takdirinde hiçbir müddetle mukayyet olmaksızın alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla, haczin ne suretle yapılacağına dair olan hükümlere göre, derhal tatbik olunur:
1. 9'uncu madde gereğince teminat istenmesini mucip haller mevcut ise,
2. Borçlunun belli ikametgâhı yoksa
3. Borçlu kaçmışsa veya kaçması, mallarını kaçırması ve hileli yollara sapması ihtimalleri varsa,
4. Borçludan teminat gösterilmesi istendiği halde belli müddette teminat veya kefil göstermemiş yahut şahsi kefalet teklifi veya gösterdiği kefil kabul edilmemişse,
5. Mal bildirimine çağrılan borçlu belli müddet içinde mal bildiriminde bulunmamış veya noksan bildirimde bulunmuşsa,
6. Hüküm sadır olmuş bulunsun bulunmasın para cezasını müstelzim fiil dolayısıyla amme davası açılmış ise,
7. İptali istenen muamele ve tasarrufun mevzuunu teşkil eden mallar, bu mallar elden çıkarılmışsa elden çıkarılan diğer malları hakkında uygulanmak üzere, bu kanunun 27, 29, 30'uncu maddelerinin tatbikini icabettiren haller varsa.” (AATUHK. m. 13).

¹⁵ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 621-622; **Gerçek**, s. 154; **Özmen**, s. 344; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 601; **Coşkun Karadağ**, s. 241. Bu durumun eleştirisi için bkz. **Çiftçi**, s. 364.

belgede borçlunun kimlik bilgileri, kamu alacağı ile ilgili bilgiler, ihtiyatî haciz nedenleri ve dayanağı ile ilgili bilgilere yer verilmektedir¹⁶.

Genel icra hukukunda ihtiyatî haciz ile kamu icra hukukunda ihtiyatî haciz arasındaki bir diğer fark ihtiyatî hacze karar verecek olan mercidir. Genel icra hukukunda ihtiyatî haciz ancak bir mahkeme kararıyla ve icra dairelerince uygulanabileceği halde, kamu icra hukukunda belirli sebeplerin varlığı halinde bir idarî işleme ve idarenin re'sen harekete geçme yetkisine dayanılarak uygulanmaktadır¹⁷. İcra ve İflas Kanunu'nun 258'inci maddesi gereğince, ihtiyatî haciz kararı yalnızca mahkemeler tarafından verilebilecek yargısal bir karar olmasına rağmen, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesine göre; ihtiyatî haciz kararı verme yetkisi, alacaklı kamu idaresinin mahalli en büyük memuruna tanınmıştır¹⁸. Borçlunun mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden ihtiyatî haciz kararı alma yetkisinin, mahkemeler yerine alacaklı olduğunu iddia eden idarî bir mercie tanınması nedeniyle Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile öngörülen ihtiyatî haciz kurumunun kuvvetler ayrılığı ilkesine ve Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmektedir¹⁹. Ancak bu değerlendirmeyi yaparken kamu alacağının niteliği itibarıyla, özel hukuktan kaynaklanan alacaklardan farklı olduğunu göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Özel hukukta alacaklı herhangi bir belge, ilama dayanmadan dahi alacağının tahsili için icra makamlarına başvurma yetkisini haizken, kamu alacağının cebren tahsili aşamasına gelinmesi için birçok hukukî sürecin gerçekleşmiş, kamu alacağının neredeyse kesinleşmiş olması gerekmektedir. Ayrıca mülkiyet hakkının yalnızca hâkim kararı ile sınırlandırılabilmesi yönünde bir kural da mevcut değildir. Anayasanın 13'üncü maddesi uyarınca; temel hak ve özgürlük-

¹⁶ **Dönmez**, s.85.

¹⁷ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 622; **Akdoğan**, s. 91; **Özkan**, s. 537; **Taylar**, s. 74.

¹⁸ 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 33'üncü maddesi uyarınca, diğer mevzuatta, *mahallin en büyük memuruna* yapılan atıflar, *vergi dairesi başkanına*; vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde ise *vergi dairesi müdürüne* yapılmış sayılacaktır. Bu nedenle, 6183 sayılı Kanun'a göre, ihtiyatî haciz kararı alma yetkisi, vergi dairesi başkanına veya müdürlerine devredilmiştir. (**Karakoç**, Genel Vergi, s. 622, dn. 38). Aynı yönde bkz. Dş. 9. D., 29.01.2009 gün ve E. 2007/4659, K. 2009/321 sayılı kararı, (www.kazanci.com, E.T. 04.01.2015).

¹⁹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 586.

ler, “özlerine dokunulmaksızın”, “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” ve “ancak kanunla” sınırlanabilir ve bu sınırlamalar, “Anayasanın sözüne ve ruhuna”, “demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine” ve “ölçülülük ilkesine” aykırı olamaz. Anayasanın 35’inci maddesi, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu belirttiikten sonra; bu hakkın, ancak “kamu yararı” amacıyla ve “kanunla” sınırlanabileceğini ortaya koymaktadır. Nihayetinde hukuk sistemimizde, kamulaştırma işlemi gibi mülkiyet hakkının idarî işlem ile sınırlanmasına cevaz veren başka birçok kurum mevcuttur²⁰.

İhtiyatî haciz, kamu borçlusunun ihtiyatî hacze konu malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırırken, kamu alacaklısı hacze konu alacağın tahsil edilebilir hale gelmesi durumunda kanunda belirtilen sürece uymak kaydıyla ihtiyaten haczedilen malları satıp paraya çevirebilir²¹. Haklarında ihtiyatî haciz uygulananlar, haczin yapılmasından veya haciz gıyapta yapıldıysa tebliğinden itibaren yedi gün içinde vergi mahkemesinde dava açabilir (AATUHK.m.15).

Mahkeme ihtiyatî haciz sebeplerinin oluşmadığı veya haciz kararı veren organın yetkisizliği veya şekil eksikliği gibi nedenlerle ihtiyatî haciz işleminin iptaline karar verebilir²². Ancak itiraza konu kanun hükmü, kamu alacağının tahsili şansını kaybetmeme amacıyla bu iptal kararının uygulanmasını kararın kesinleşmesine kadar ertelemektedir. Ayrıca genel icra hukukunun aksine kamu icra hukukunda, haciz isteyen alacaklının haksız çıkması durumunda borçlunun veya üçüncü şahısların uğradığı zararlardan sorumluluğa ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kamu icra hukukunda da haksız veya hukuka aykırı ihtiyatî haciz işleminden dolayı idarenin genel olarak sorumluluğuna gitmek mümkündür²³.

²⁰ Benzer yönde bkz. **Yılmaz**, s. 1449-1451.

²¹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 649; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 316; **Taylar**, s. 74.

²² **Kaneti**, s. 433-434; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 650; **Candan**, AATUHK, s. 115; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 316; **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 75; **Mutluer/Dayanç**, s. 300. Kanunda ihtiyatî haciz sebebine itiraz edilebileceği yazılı olsa da idarî işlemin beş unsuru yönünden de hukuka uygunluk denetimi yapılabilmektedir. (**Candan**, AATUHK, s. 115). Aynı yönde bkz. Dş. 4.D., 14.05.1992 gün ve E. 1991/ 1439, K. 1992/1888, (**Candan**, AATUHK, s. 115, dn. 144).

²³ **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 94-95.

C. Haciz ve İhtiyatî Haciz İşlemleri Hakkında Verilen Kararların Uygulanmasının Ertenmesi Sorunu

1. Genel Açıklama

Cebren tahsil, vadesinde ödenmeyen bir kamu alacağının kamu gücü kullanılarak, alacaklısı veya alacaklısı adına kamu gücü kullanma konusunda yetkili makamlar tarafından tahsil edilmesidir²⁴. Bu doğrultuda tahsil dairesi bir dizi işlemler yapmaktadır ve bu işlemlerden ikisi haciz ve ihtiyatî haciz işlemleridir. İdarenin işlemlerinin dava edilebilirliği ilkesi gereği bu işlemler de yargı denetimine tâbidir. Haczin veya ihtiyatî haczin iptalini isteyen kamu borçlusunun talebi, kanunla öngörülen sebeplerin oluşmaması, idarî işlemde yetkisizlik veya şekil eksikliği sebebiyle kabul edilebilir. Ancak itiraza konu kanun hükmü bu iptal kararının uygulanmasını kararın kesinleşmesine kadar ertelemekte bu da kamu borçlusu aleyhine sonuç doğurmaktaydı.

Söz konusu kural, Anayasa'nın bazı temel hak ve ilkelerine aykırılık teşkil ettiği yönünde bir iddia ile Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Bu hak ve ilkeler; hukuk devleti ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin dokunulmazlığı esası, mülkiyet hakkı ve âdil yargılanma hakkı, idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olmasıdır. Bu başlık altında haciz ve ihtiyatî haciz işlemlerine karşı verilen iptal kararının uygulanmasının kararın kesinleşmesi sonrasında bırakılması durumu, söz konusu haklar çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak bundan önce haciz ve ihtiyatî haciz işlemlerine karşı verilen iptal kararının uygulanmaması hususu büyük önem arz ettiğinden, idarî yargıda iptal kararı kavramının üzerinde durmak gerekmektedir.

İptal davaları, bir idarî tasarrufun hukuka aykırılığı dolayısıyla iptalini, ortadan kaldırılmasını amaç edinen davalardır. Bu davalarda idarî bir işlemin hukuk kurallarına uygun olup olmadığı incelenmekte ve hukuk kurallarına aykırılığı halinde bu işlemin iptali yoluna gidilmektedir. İptal davasının konusu, idarî bir işlemin hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını incelemek ve aykırılığı halinde işlemi ortadan kaldırmaktır. İptal davasının amacı ise, idarenin hukuka aykırı karar almasını önlemek, böylece idarenin hukuk kurallarına riayetini sağlamak ve hukuka aykırı olduğu tesbit edilen kararları

²⁴ Gök, s. 389.

ortadan kaldırmak suretiyle hukuk düzenini korumaktır²⁵. İptal kararları Anayasa'nın yargıya verdiği "idarî kararların hukuka uygunluğunun denetimi" görev ve yetkisinin bir sonucudur. Bu doğrultuda mahkeme kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idarî işlemi²⁶ yetki, şekil, sebep, konu ve amaç bakımından irdeledikten sonra işlemin hukuka uygun olup olmadığına karar vermektedir.

İptal kararları kesin hüküm teşkil etmekte ve dava konusu idarî işlemi tesis edildiği tarihten itibaren bütün etki ve sonuçları ile ortadan kaldırmaktadır. İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'nci maddesi ilk derece veya denetim mahkemeleri arasında ayırım gözetmeksizin, mahkemelerce verilen kararların derhal uygulanacağını düzenlemekte iken, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararların kesinleşmesinin beklenmesi yönündeki istisna aşağıda bazı hak ve ilkeler açısından ele alınacaktır.

2. Hukuk Devleti İlkesi Yönünden

a. Genel Olarak

Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde yapılacak olan bir inceleme esasen diğer haklar yönünden yapılacak incelemeleri de kapsayacaktır²⁷. Çünkü bir

²⁵ Atay, s. 22.

²⁶ "...İdare tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi dolayısıyla gerek kendiliğinden gerekse istem üzerine tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi açıktır. Bir idarî işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi, hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idarî makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklik meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlıdır. Uyuşmazlık konusu olayda, götürü usulde vergi mükellefi iken bundan böyle gerçek usulde mükellefiyetinin tesis edildiğine ilişkin Vergi Dairesi Müdürlüğü işlemi, herhangi bir makamın onayına tâbi bulunmadığı gibi yükümlüye tebliğ edilerek defter tasdik ettirme, fatura ve fiş kullanma, katma değer vergisi beyannamesi verme gibi bir takım mali yükümlülükleri de beraberinde getirdiğinden uyulması zorunlu, kesin ve yükümlünün hukukunu etkiler nitelikte bir işlem olduğunda kuşku bulunmamaktadır." (Dş.3.D., 06.02.1992 gün ve E.1991/474, K.1992/445, Atay, dn. 24).

²⁷ Hukuk devleti, konu itibarıyla üzerinde sıkça tartışılan, pek çok esere konu edilmiş bir kavramdır. Çalışmamız açısından kavram hakkında genel bir bilgi vermekle yetinilecek

devlet, hukuk devleti olarak adlandırılıyor ise bu devletin egemenlik hakları hukuk devletinin ilkeleriyle sınırlandırmak zorundadır. Hukuk devleti, “hukuk kurallarıyla sınırlanmış devlet” anlamına gelmekte, hukukî ilkeler devletin hem temelini ve meşruluk kaynağını, hem de sınırını oluşturmaktadır. Hukuk devletinde devletin bütün organlarının eylem ve işlemleri hukuk kuralları çerçevesinde yürütülür²⁸. Böylece devlet organlarının her türlü faaliyetlerinin hukuk normlarına uygunluğunun sağlanması, yani hukukun devletin bütün faaliyetlerine tamamen egemen kılınması, devletin her türlü keyfiliklerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır²⁹. Bunu sağlayacak başlıca kurallar; idarenin her türlü eylem ve işleminin hukukî kaynağının bulunması ve bu işlem ve eylemlerin dava konusu edilebilmesidir.

Anayasa Mahkemesi incelemeye konu kararda hukuk devletini; *Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren 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 hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlet*” olarak tanımlamıştır.

Hukuk devleti polis devletinin karşılığını oluşturan, “hikmet-i hükümet” anlayışını reddeden bir yaklaşımdır. İktidar devlet kurabilir ancak bu devlet sadece hukuk kurallarıyla yönetilebilir³⁰. Hukuk devleti bireylere hukuk güvencesi sağlar. Kendi gücünü kendi yarattığı kurallarla kısıtlar³¹.

Anayasa'nın değiştirilemez hükümleri arasında yer alan ve Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerini belirten, 1982 Anayasası'nın 2'nci maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'ni bir *hukuk devleti* olarak adlandırmaktadır. Maddenin

ve daha çok inceleme konusu Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin yönüyle incelenecektir.

²⁸ **Kabaoğlu**, s. 20; **Gözler**, s. 209.

²⁹ **Özbudun**, s. 124-125.

³⁰ **Özekes**, Temel Haklar, s. 120. Yazara göre; hukuk devleti ilkesi kavramı bir zıtlığı barındırmaktadır. Çünkü “devlet” ve “hukuk” bireyle toplum arasındaki tezatı yansıtmaktadır. Hukuk bireysel bir anlam taşıırken, devlet bireye karşı kamusal bir güç ifade eder (**Özekes**, Temel Haklar, s. 122).

³¹ **Barbar**, s. 20-21.

gereği olarak devletten asgari ölçüde beklenen; hukukî güvenliği sağlayacak biçimde temel haklara ve ilkelere saygılı olması yanında, eylem ve işlemlerinin hukukî bir dayanağa sahip ve dava edilebilir olmasıdır. Hukuk devleti ilkesi başlığı altında inceleme yapılırken, Anayasa Mahkemesi kararında yer verilen idarî işlemlerin dava edilebilirliği ilkesiyle birlikte, idarenin her türlü eylem ve işleminin hukukî bir dayanağa sahip olması gerekliliği konusuna da yer verilecektir.

b. İdarenin Her Türlü Eylem ve İşleminin Hukukî Bir Dayanağa Sahip Olması Yönünden

Hukukîlik, kanunîlikten farklı bir kavramı ifade etmektedir. Hukukîlik kanuniliğe kıyasla daha üstün daha koruyucu bir kavramdır³². Kanuna uygun olması sebebiyle kanunî olarak adlandırılan bir eylem, işlem veya durum hukukî olmayabilir.

Yukarıda değinildiği üzere hukuk devletinde devlet egemenlik yetkisini, yine kendisinin koyduğu hukuk kurallarıyla sınırlar. Kamu icra hukukunda da, haciz ve ihtiyatî haciz yoluyla kamu borçlusunun mal varlığına el atma yetkisine sahip olan idarenin bu yetkisi sınırsız değildir. İdare bu yetkisini ancak kanunla belirlenmiş şartların olduğu takdirde ve bazı hukukî hak ve ilkelere uygun olarak kullanabilecektir. İhtiyatî haciz ve haciz müesseselerinin, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da şartları etraflıca düzenlenmiştir, bu doğrultuda bir temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkının sınırlanmasının hukukî çerçevesi de çizilmiş bulunmaktadır³³. Kanunla öngörülen bu şartlar oluşmadan mal varlığına bir müdahale söz konusu olduğunu düşünen kamu borçlusu, iddiasını yetkili makama iletebilecektir. Bu makamın yargı organı olması halinde, idare yargı organının vereceği kararı derhal uygulamakla yükümlüdür. Karara konu kanun hükmü ise bu kuralın istisnasını oluşturmaktaydı.

Hukuka aykırı bulunan haciz veya ihtiyatî haciz işleminin iptaline ilişkin yargı kararının uygulanması için kararın kesinleşmesinin beklenmesi, hukukî olmayan bir idarî işleme cevaz vermek olur ki, böyle bir durumun kabulü hukuk devleti açısından mümkün değildir.

³² Özekes, Temel Haklar, s. 120-121.

³³ Yılmaz, s. 1448.

c. İdarî İşlemlerin Dava Edilebilirliği İlkesi Yönünden

İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı dava yolunun açık olması kuralı hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilke, Anayasanın 125'inci maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmü ile güvence altına alınmıştır.

"İdarenin her türlü eylem ve işlemi" kavramı şüphesiz vergi dairesinin yapmış olduğu işlemleri de kapsamaktadır. Verginin tarh, tebliğ veya tahsil aşamasında yapılan işlemler ile vergi cezası kesilmesinden kaynaklı sorunların uyuşmazlık haline dönüştürülerek yargı organı önüne getirilmesi sonucu vergi yargılaması süreci başlar³⁴. Vergi davalarının konusu, vergi, resim, harç gibi kamu gelirlerine ve gümrük vergilerine ilişkin uyuşmazlıklardır. Dava tarh-tahakkuk aşamasında açılabilceği gibi tahsil aşamasında da açılabilir³⁵. Tarh aşamasına ilişkin uyuşmazlıklar, matrahın belirlenmesi; verginin miktarı, muafiyet ve istisna hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı; hata, vergilendirme işleminin ilgiliye tebliği gibi hususlarda ortaya çıkabilir. Tahsil aşamasına ilişkin uyuşmazlıklar ise, teminat istenmesi, tahakkuka dayanan ihtiyatî haciz, ödeme emri, tecil ve terkin taleplerinin reddedilmesi gibi hususlardan kaynaklanabilir³⁶.

İlkenin amacı, kişiyi devletin haksız eylem ve işlemlerinden korumak, idarenin keyfiliğini önlemektir. Doğaldır ki, bu koruma dava edilebilirlik ile tam olarak sağlanmayacak; aynı zamanda idarenin mahkemenin kararına uyması gerekecektir. Ancak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Ancak, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*" hükmü haciz veya ihtiyatî haciz uygulamalarına ilişkin yargı yolunun açık olmasının sağladığı korumanın amacına ulaşmasını engellemekteydi.

Kamu borçlusu kendisine karşı uygulanan haczin ve ihtiyatî haczin hukuka aykırılığı iddiası ile keyfiyeti yargı önüne taşıyor ve davasında haklı

³⁴ **Candan**, İdari Yargılama, s. 27-28; **Karakoç**, Çözüm Yolları, s. 128; **Şenyüz/Yüce/ Gerçek**, Genel Hükümler, s. 271; **Bilici**, Vergi Hukuku, s. 129; **Kızılot/Kızılot**, s. 67.

³⁵ **Karakoç**, Çözüm Yolları, s. 157.

³⁶ **Karakoç**, Çözüm Yolları, s. 158.

çıkıyorsa, hukukî korumanın gerçekleşmesi için kararın derhal uygulamaya konulması gerekmektedir. Kararın kesinleşmesinin beklenilmesi idarî işlemlerin dava edilebilirliği ilkesinin işlevinin yerine getirilmesini sekteye uğratabileceği gibi kişinin maddî ve manevî zarara uğramasına neden olabilmektedir.

3. Âdil Yargılanma Hakkı Yönünden

a. Genel Olarak

Âdil yargılanma hakkı, bireylerin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, uyuşmazlığın tarafları arasında bir fark gözetilmeksizin hakkaniyete uygun olarak, makul sürede, aleni bir biçimde yargılanması gibi hakları içeren bir haklar bütünüdür. Bu hak sadece başlamış bir yargılamayı güvence altına almaz aynı zamanda bizzat dava etme hakkını da içerisinde barındırır³⁷.

Âdil yargılanma hakkı, davanın açılmasından sona ermesine kadarki süreçte ve hatta hükümden sonra da cebri icranın sona ermesine kadar devam etmektedir. Nitekim, icra yargılamasının devamı niteliğindedir³⁸. Bu doğrultuda bir işlemin sadece dava konusu edilebilmesi ve yargılamasının âdil bir şekilde yürütülmesi, âdil yargılanma hakkının elde edildiği anlamına gelmez. Ayrıca kararının icrasının da gereği gibi yerine getirilmesi gereklidir.

b. Hakkın Kamu İcra Hukukunda Uygulanabilirliği

Âdil yargılanma hakkı Anayasa'nın 36'ncı maddesinde "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir.*" hükmü ile genel olarak garanti altına alınan bir haktır.

Anayasa'da "*herkes*" ibaresinin kullanılması, Türk hukuku açısından idarî yargı alanında âdil yargılanma hakkının söz konusu olup olmadığı

³⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 266; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 227; Yaltı, Yükümlünün Hakları, s. 114.

³⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 268; Pekcanitez, s. 38-39; Özekes, Temel Haklar, s. 132; Zabunoğlu, s. 316.

yönünde açıklık teşkil etse de³⁹; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hakkın medenî hak ve uyumsuzluklar ile suç isnadına ilişkin davalarda uygulanacağı düzenlemekle, ceza davaları dışında kalan kamu hukuku alanlarında⁴⁰

³⁹ Nitekim Danıştay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin aksine vergi aslına ilişkin uyumsuzlukları da âdil yargılanma hakkının koruma kapsamı içinde değerlendirmektedir. "Anayasanın 36'ncı maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanma suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır; İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının (b) bendinde de, savunma hakkının önemi vurgulanmış olup; savunma hakkının gereğince kullanılabilmesi için de, dayanılan ya da dava dosyasına sunulan her belge ve kanıtın değerlendirilmesi olanağının diğer tarafa tanınmış olması; kişilerin, ne suretle ve ... hukuksal nedenle takibata uğradıklarını bilmelerine, böylelikle savunma haklarını gereği... kullanabilmelerine olanak tanınması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mantova-Nelli 18.3.1997 gün kararında, davacıya tebliğ edilmeyen, dolayısıyla, değerlendirme olanağı tanınmayan uzman raporunu kararında ele alan ve davacının ikinci bir uzman raporu talebini reddeden mahkemenin izlediği yargılama sürecini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin âdil yargılanma ilkeleri ile ilgili 6'ncı maddesine uygun bulmamış olması da, bu gerekliliği doğrulamaktadır. Bu duruma göre; kanunî temsilcilerin sorumlu tutulabilmesi için vergi alacağının şirket tüzel kişiliğinden tahsil olanağının kalmaması ve bu alacağın kanunî ödevleri yerine getirmeyen kanunî temsilciden takibi için düzenlenen ödeme emirlerinin kanunda yan unsurları ihtiva etmesinin yanı sıra, hangi kanunun hangi maddesi uyarınca düzenlendiği hususunu; diğer bir deyişle, kanunî dayanağını da ihtiva etmesi gerekir. Böylelikle, başkasının vergi borcundan dolayı, doğrudan, özel hukukla ilgili temel haklardan biri olan mülkiyet hakkını ilgilendiren sonuçlar doğuracak şekilde takibata uğrayan kanunî temsilciye, âdil yargılanma ilkesinin temel unsurlarından biri olan savunma hakkını gereği gibi kullanabilmesine olanak tanınmış olmalıdır. Olayda, yönetim kurulu üyesi olduğu anonim şirketin ödenmemiş vergi borcundan dolayı, adına ödeme emri düzenlenen davacıya, ödeme emrinin kanunî dayanağı olarak, hem 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10, hem de 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35'inci maddelerinin birlikte gösterilmiş olması, ayrıca bu maddelerin farklı durumlara ilişkin bulunması nedeniyle, savunma hakkını gereği gibi kullanmasına olanak tanındığından söz etmek mümkün olmadığından, istemin ön bölümünde yazılı gerekçeyle, ödeme emrini iptal eden mahkeme kararında sonuç itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.", Dş. 7.D, 22.03.2007 gün ve E. 2007/885, K. 2007/1449, (www.kazanci.com, Erişim.09.05.2013).

⁴⁰ Örneğin vergilendirme, siyasi haklar, vatandaşlık, göçmenlik, askeri personel ve kamu personeli olmaya ilişkin haklar.

âdil yargılanma hakkının uygulanabilirliği konusunda tartışmaları beraberinde getirmiştir⁴¹.

Medeni hak ve yükümlülük kavramı ile kast edilenin ne olduğu yorumlanırken şekli kritere itibar edilecek olursa bu kavramın sadece özel hukuktan kaynaklanan borçlar kanunu, ticaret kanunu gibi kanunların uygulanabileceği uyuşmazlıklarda geçerli olduğu söylenir. Ancak otonom yorum dediğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kullanılan terimlerin kendine özgü anlamları ile uygulanması ve ulusal hukuklardan bağımsız olarak yorumlanması gerektiği yönündeki⁴² yoruma göre, uyuşmazlığın öz niteliği göz önünde tutularak kavram geniş olarak yorumlanmalıdır⁴³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vergi aslına ilişkin davaların kamusal yönünün ağır bastığını ve medenî hak ve yükümlülükler kavramının dışında kaldığını düşünmektedir⁴⁴. Mahkemeye göre, vergiye ilişkin düzenlemeler kamu alanına özgüdür ve bu çerçevede birer kamusal yükümlülük olarak medeni hak ve yükümlülükler arasında değerlendirilemez ve bu kapsamda 6'ncı maddenin uygulanması gündeme gelemez⁴⁵. Ancak, Avrupa İnsan

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Uçan**, s. 30-31.

⁴² Mahkeme otonom yorum yapılması gerektiğini çeşitli kararlarında vurgulamıştır. Örneğin; König- Almanya kararında mahkeme, klinik açma ruhsatı iptal edilen doktorun iptal kararına karşı açtığı davada uyuşmazlık klasik anlamda kamu hukukuna ait olmasına rağmen, yargılamanın makul sürede çözümlenmemesini âdil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi König- Almanya kararı (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113277>) (E.T. 11.06.2014). (Kararın Türkçe çevirisi için bkz. **Gözübüyük**, Seçme Özetler, s. 38-39).

⁴³ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 267; **Gölcüklü**, s. 642; **Erdoğan**, s. 48.

⁴⁴ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 321; **Yaltı Soydan**, Âdil Yargılanma Hakkı-1, s.157; **Uzun**, s.199; **Özgülven**, Uygulanabilirlik- II, s. 148.

⁴⁵ Ferrazini/İtalya kararı mahkemenin bu yöndeki görüşünü açıkça göz önüne seren ve müteakip davalarda da kendisine atf yapılmış bir karardır. Karara göre; vergi davaları maddî menfaatler üzerinedir, fakat bir uyuşmazlığın nitelik olarak "maddî" olduğunu göstermek tek başına 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasında bahsedilen "medenî hak" kapsamı çerçevesinde uygulanabilirliğini sağlamaya yetmez. Yurttaşların devlete karşı dışarıdan bakıldığında kamu hukukuna dâhil olan ve medeni hak ve ödev kavramı içinde değerlendirilmeyecek bir takım yükümlülükleri bulunmaktadır. Cezaî yaptırım olarak uygulanan para cezalarının dışında vergi mevzuatından veya demokratik bir toplumda normal vatandaşlık görevlerinden kaynaklanan, ancak yapısal olarak maddî nitelikteki

Hakları Mahkemesi bazı kararlarında vergi uyumsuzluğunun bizzat kendisini olmasa bile bu uyumsuzluğu yaratan işlemin doğurduğu maddî zarara ilişkin uyumsuzluğu kapsam dâhiline almıştır. Vergilendirme işlemlerinden kaynaklanan maddî zararın giderilmesini amaçlayan tazminat talepleri⁴⁶, vergi iade talepleri⁴⁷ altıncı maddenin kapsamı içerisinde görülmüştür. Mahkemenin bu davalardaki yaklaşımı ihlal edilen maddî menfaatin niteliğinin ne olduğu üzerine kurulmuş, menfaatin özel hukuk niteliği taşıdığı belirtilerek menfaatin kaynağını oluşturan vergi yargılaması ilişkisi dikkate alınmamıştır. Ancak bu durum içtihattan dönüldüğü anlamına gelmemektedir⁴⁸. Bu çerçevede nitelendirilecek olursa hakkında haksız yere haciz işlemi başlatılmış bir kamu borçlusunun bu işleme itirazı mahkeme nezdinde kabul edilir ve fakat karara rağmen kesinleşme aşamasına kadar haciz kaldırılmazsa; uğranılan zarar sonucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi âdil yargılanma hakkı yönünden sözleşmeye aykırılık iddiasını inceleyebilir.

yükümlülükler bu türdendir ve vergi idaresi ile yükümlü arasındaki ilişkinin baskın doğası kamusaldır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ferrazzini- İtalya kararı, Başvuru No. 44759/98, 12.07.2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59589>), (Erişim. 23.08.2014)

⁴⁶ Yukarıda adı geçen Editions Periscope v. Fransa kararında Başvurucu şirketin davasının konusu nitelik itibarıyla maddî ve dava maddî hakların ihlali iddiasına dayanmaktadır denilmiş bu nedenle, olaydaki hak, uyumsuzluğu kaynağına ve yargılamanın idare mahkemeleri tarafından yapıldığı gerçeğine bağlı olmaksızın kişisel bir hak olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57790>. Mahkemenin bu davadaki yaklaşımı ihlal edilen maddî menfaatin niteliğinin ne olduğu üzerine kurulmuştur. Menfaatin özel hukuk niteliği taşıdığını belirterek menfaatin kaynağını oluşturan vergi yargılaması ilişkisini dikkate almamıştır.

⁴⁷ The National & Provincial Building Society ve diğerleri v. Birleşik Krallık davasında vergi iade talebinin özel hukuk niteliği taşıdığı ve büyük miktarda paralar üzerinde özel hukuk haklarının karara bağlanmasında belirleyici olduğu sonucuna varılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi The National & Provincial Building Society ve diğerleri-Birleşik Krallık kararı, Başvuru No. 21319/93- 21449/93- 21675/93, 23.10.1997, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58109>), (Erişim. 24.01.2014)

⁴⁸ **Yalıtı Soydan**, Âdil Yargılanma Hakkı-1, s.158.

c. Yargı Kararlarının Uygulanmaması

Yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması gerektiği hususu Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin 138'inci maddesinin son fıkrasında “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” hükmü ile garanti altına alınmıştır. Hukuk sistemi içerisinde yargının bağlayıcı ve kesin kararı uygulanmamakla işlevsiz hale getirildiyse bu durum âdil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin anlamsız kalması anlamına gelir⁴⁹. İnceleme konusu kararda Anayasa Mahkemesi bu hususu;

Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.” şeklinde ifade etmiştir.

İptal kararına konu hükmün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden değerlendirilmesine gelince; öncelikle Mahkeme'nin yargı kararlarına uyulmaması konusunu sözleşmenin 6'ncı maddesinin 1'nci fıkrası yönünden değerlendirdiğini görmekteyiz⁵⁰. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargı kararının yerine getirilmesi güvencesini âdil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirirken kesinleşmiş yargı kararını hedef almaktadır. Nitekim Bükür-Türkiye kararında mahkeme, idare mahkemesi tarafından başvurucunun lehine verilmiş olan kararı temyiz ve karşı temyiz kararlarının ilk

⁴⁹ İnceoğlu, s. 152.

⁵⁰ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hornsby- Yunanistan kararı, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58020>), (E.T. 20.09.2014).

aşaması olarak görmüş, kararın uygulanmadığına yönelik âdil yargılanma hakkı ihlali iddiasını haklı bulmamıştır⁵¹.

Anayasa Mahkemesi tarafından adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle iptal edilen “*Ancak, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*” hükmü de kesinleşen karara itibar etmekteydi. Bu açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesi’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne oranla daha hakları koruyucu bir anlayış benimsediği görülmektedir.

4. Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması Yönünden

a. Genel Olarak

Mülkiyet hakkı Anayasa’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı 35’nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*”

Anayasa devletin mülkiyet hakkına ancak kamu yararı amacıyla ve kanuna uygun olarak müdahale edebileceğini öngörmektedir. Devletin öncelikle mülkiyet hakkına dokunması geniş anlamda vergilendirme ile ortaya çıkmaktadır. Vergilendirme kişinin malvarlığına devlet müdahalesi olarak ortaya çıkmakla birlikte vergilendirmenin içeriği kamu yararadır⁵². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de devletin koyduğu vergi açısından bir yerindelik denetimi yapmamaktadır. Mahkeme mülkiyet hakkına vergilendirme yoluyla müdahaleyi meşru görmekle birlikte müdahalenin “hukuka uygun olmasına” ve “keyfi olmamasına” yönelmektedir. Bu doğrultuda vergi koyma kararı değil, vergi yükü seviyesi ve vergi toplamak için kullanılan yol ve araçlar sözleşmeye uygunluk denetimden geçirilmektedir⁵³.

⁵¹ Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihmu/upload/29921_96.pdf, (E.T. 20.09.2014)

⁵² **Yaltı**, Yükümlünün Hakları, s. 43; **Demirbaş Aksüt**, s. 44.

⁵³ **Yaltı**, Yükümlünün Hakları, s. 63.

b. Kamu İcra Hukukunda Mülkiyet Hakkı

Anayasa Mahkemesi inceleme konusu kararda, diğer maddeler yönünden açık aykırılıklara rastlaması sebebiyle her ne kadar mülkiyet hakkı ile ilgili bir incelemede bulunmamış olsa da mülkiyet hakkı kamu icra hukukunda korunması gereken hakların başında gelmektedir. Anayasa mülkiyet hakkına müdahalenin sınırlarını, kanuna dayalı olma ve kamu yararı amacına dayanma olarak çizmiştir. Bu nedendir ki; öncelikle alınan verginin bir kanuna dayanması esastır⁵⁴. İkinci ölçüt olan kamu yararı amacı gütmeye, vergilendirme için idarî işlemin amacı niteliğinde olmalıdır. Devletlerin vergilendirme yetkilerini kullanmaları, vergilerin tahsilini güvence altına almak için çeşitli önlemler uygulamaları, vergilerini ödemeyen veya bildirimde bulunma, beyanname verme, usûlüne uygun olarak defter tutma gibi ödevlerini yerine getirmeyen yükümlülerin belirli kanunî yollarla denetlenmesi, bu kişilere vergi idaresi tarafından ceza kesilmesi, yargı organları tarafından vergi suçu işlediği düşünülen kişilerin adlî cezalara hükmedilmesi, toplumun genel yararına, kamunun yararına hizmet etmektedir⁵⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, devletin vergi koyma ve toplama yetkilerine saygı duyularak bu yetkilere geniş takdir yetkisi tanındığı görülmektedir⁵⁶. Ancak haksız, ölçüsüz, ayrımcı müdahalelerde

⁵⁴ Mülkiyet hakkına müdahalenin sınırını oluşturan kanunilik ilkesi Anayasa'nın 73'üncü maddesinde de vergi alınması için bir ön koşul olarak belirtilmiştir. Verginin kanuniliği ilkesi çağdaş demokratik ülkelerde "kuvvetler ayrılığı" ilkesi çerçevesinde, vergilendirme yetkisine yasama organının sahip olmasını ifade etmektedir. (Kaneti, s. 35; Güneş, s. 174). *Vergilerin kanuniliği ilkesi*, vergi koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisine yasama organının sahip olması demektir. Halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan parlamento, bu ilke uyarınca, vergilendirme yetkisini *kanun* adı verilen yasama tasarrufu aracılığı ile kullanabilmektedir. Bu ilke, vatandaşların başta mülkiyet olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğüne müdahale niteliğinde olan vergilerin, "*temsilsiz vergi olmaz*" anlayışıyla halkın seçtiği kimselerce konulmasını ifade eder (Güneş, s. 15; Karakoç, İlkeler, s. 1264-1265). Hukukumuzda yer alan kanunilik koşulu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından daha geniş yorumlanmakta; verginin, kanun yerine yükümlü tarafından ulaşılabılır ve öngörülebilir bir hukukî düzenlemeyle konulmuş olması da yeterli sayılmaktadır.

⁵⁵ **Gümüşkaya**, s. 142.

⁵⁶ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Intersplav- Ukrayna kararı (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78872>), (E.T. 21.08.2014).

kamu yararı amacının aşılması mülkiyet hakkı ihlali olduğu yönünde nitelendirmeler yapıldığı görülmektedir⁵⁷.

İdarenin haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları, kişilerin malvarlıklarına müdahale sonucunu doğurur. Kanunlarla belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde bu yetkinin kullanılabilmesi mümkündür. Ancak bu şartların gerçekleşmediği ve idarenin takdir yetkisini yanlış kullandığı gerekçesiyle kişilerin dava açma hakkı bulunması hukuk devletinin gereğidir. Haciz veya ihtiyatî haciz işlemlerinin iptali talebiyle açılan dava sonunda verilen karar ile kanunlarla belirlenen şartların gerçekleşmediği veya işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması halinde, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamalarının devam etmesi Anayasa'nın 35'inci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmaktaydı.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kamu hizmetlerinin finansmanının sağlanması ve yerine getirilmesi açısından, kamu alacaklarının zamanında ve eksiksiz toplanması oldukça öneme sahiptir. Bu nedenle kamu hizmetlerinin ana finansman kaynağını ve kamu hizmetlerinin karşılığını oluşturan kamu alacaklarının, takip ve tahsili, özel alacaklara kıyasla ayrıcalıklı kurallara bağlanmıştır. Çalışma konumuzu, bu ayrıcalıklı kurallardan biri olan, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi oluşturmuştur. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan, mahkeme kararlarının derhal yerine getirilmesi kuralına bir istisna getiren, "haciz ve ihtiyatî haciz kararlarının iptaline ilişkin kararların kesinleştikten sonra uygulanacağı" hükmü somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş, Anayasa Mahkemesi hükmün hukuk devleti ilkesine, adil yargılanma hakkına ve idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu yönündeki kurala aykırı bulmuştur.

Kamu icra hukukunda, haciz ve ihtiyatî haciz kararlarının mahkeme kararına dayanmaksızın idarece veriliyor olması dahi hukuk devleti açısından tartışılmaktayken, bu işlemler hakkında verilen iptal kararlarının uygulanması için kararın kesinleşmesinin beklenilmesi kamu borçlusunun hak-

⁵⁷ **Gümüşkaya**, s. 85.

larını oldukça ihlal edici nitelikteydi. Öncelikle hukuk devleti, idarenin her türlü eylem ve işleminin hukukî kaynağının bulunduğu ve bu eylem ve işlemlerin dava konusu edilebildiği bir hukuk düzenini ifade etmektedir. Bu doğrultuda kanunla öngörülen şartların oluşmadığından bahisle yargı tarafından verilen, bir işlemin iptali yönündeki karar ancak derhal uygulandığı takdirde hukuk devleti açısından beklenen güvenceyi sağlayabilecektir.

İptale konu hükmün adil yargılanma hakkını da, dava yoluna gitme hakkını işlevsiz hale getirmesi hasebiyle ihlal ettiği aşikârdır. Kamu icra hukukundan doğan uyuşmazlıklar, kişinin medeni haklarına doğrudan müdahale eden düzenlemelerden kaynaklanmaları sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından da adil yargılanma hakkının uygulama alanındadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her ne kadar “mahkeme kararlarının icrası” konusunda, üye devletlerin kesinleşen mahkeme kararlarını uygulama zorunluluğunun olduğu yönünde bir yorumda bulunmuş olsa da, Anayasa Mahkemesi’nin ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların da derhal uygulanması gerekliliği yönünde karar vermesinin yerinde olduğu düşünülmektedir. Nitekim mülkiyet hakkına ancak kanunda öngörülen sebeplere dayalı olarak ve kamu yararı gerekçesiyle müdahale edilebilir. Bu nedenle bir yargı organı kararına rağmen uygulamasına devam edilen haciz veya ihtiyatî haciz işlemi haksız, ölçüsüz, ayrımcı müdahale anlamına gelmekte ve kamu yararı amacının aşılarak mülkiyet hakkının ihlali sonucuna varmaktadır.

Bir idarî işlemin hukuka aykırı olduğu kanaatine varan bir mahkeme kararının uygulanmasının kararın kesinleşmesi sonrasına bırakılması, mahkeme kararının yanlış, idarî işlemin yerinde olduğu yönünde bir varsayımın kabul edildiği izlenimi uyandırmaktadır. Şüphesiz ki incelememize konu Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen bu hüküm, ihtiyatî haciz kararının iptalinden sonra kamu borçlusunun haczedilen mal ve haklarını elden çıkarması ve daha sonra üst derece mahkemesinin haciz/ihtiyatî haciz işleminin iptali yönündeki kararı uygun bulmaması durumunda idarenin alacağını tahsil edememesi sonucunu önlemek için konulmuştur. Ancak belirtilen durum bazı olaylarda söz konusu olabilmekle birlikte, malları üzerine haksız yere ihtiyatî haciz uygulanmış bir kamu borçlusunun malları üzerinde tasarruf yetkisinin kullanılması için kararın kesinleşmesini beklemesi neticesinde doğacak zararın önlenmesi daha önemlidir.

Birçok yönden Anayasa'yı ihlal eden bir hüküm olan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28.maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "Ancak, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir." hükmünün iptalinin kamu borçlusunun haklarının korunması açısından yerinde olduğu düşünülmektedir.

Kaynakça

- Akdeniz**, Umut; “İhtiyatî Haciz Müessesesi”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S.1, 2, Y. 2006, s. 197-226).
- Akdoğan**, Abdurrahman; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 12. Baskı, (Gazi Kitabevi), Ankara 2014.
- Atay**, Ethem; “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararının Uygulanması”, (Danıştay ve İdari Yargı 139’uncu Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, s. 13-95).
- Barbar**, W. Nicholas; The Constitutional State, (Oxford University Press) , New York 2010.
- Bilici**, Nurettin; Vergi Hukuku, 31. Bası, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013.
- Candan**, Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Bası, (Adalet Yayınevi), Ankara 2012, (İdari Yargılama).
- Candan**, Turgut; Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 3. Baskı, (Mali Akademi Yayınları), Ankara 2013, (AATUHK).
- Çiftçi**, Pınar; “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, (Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, DEÜHFD, C. 12, Y. 2010, Basım Yılı: 2012, s. 313-379), (Kamu İcra).
- Çiftçi**, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, (Adalet Yayınevi), Ankara 2010, (Menfaat Dengesi).
- Coşkun Karadağ**, Neslihan; “Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyatî Haciz ve İhtiyatî Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar”, (Maliye Dergisi, S. 162, Ocak-Haziran 2012, s. 238-255).
- Demirbaş Aksüt**, Burcu; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Vergilendirme Süreci”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2012).
- Dönmez**, Recai; Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz, (Anadolu Üniversitesi Yayınları No:1023), Eskişehir 1998.

- Erdoğan**, Gülnur; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2011.
- Gerçek**, Adnan; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2013.
- Gök**, Özgecan; “Kamu İcra Hukuku’nda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi Ve Anayasaya Uygunluğu: Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, (Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, DEÜHFD, C. 12, Y. 2010, Basım Yılı: 2012, s. 381-433).
- Gölcüklü**, Feyyaz; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Medeni Hak ve Vecibelerle İlgili Nizalar Kavramı”, (Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Kasım 1998, s. 641-650), (Medeni Hak ve Vecibeler).
- Gözler**, Kemal; Anayasa Hukukuna Giriş, 18. Baskıdan Ek Baskı, (Ekin Yayınları), Bursa 2012.
- Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2011.
- Gözübüyük**, Şeref; “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Kararlarından Seçme Özetler”, (İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Ocak 1995, S.1, C.III), (Seçme Özetler).
- Gülseven**, Mustafa; Açıklamalı- İctihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Seçkin Yayınevi), Ankara 1999.
- Gümüşkaya**, Gamze; Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru, (12. Levha Yayınları), İstanbul 2010.
- İnceoğlu**, Sibel; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Âdil Yargılanma Hakkı, 4. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul 2013
- Kabaoğlu**, İbrahim; Anayasa Hukuku Dersleri, 8. Baskı, (Legal Yayınları), İstanbul 2012.
- Kaneti**, Selim; Vergi Hukuku, (Özdem Kardeşler Matbaası), İstanbul 1989.
- Karakoç**, Yusuf; Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Kamu Alacakları).

- Karakoç**, Yusuf; Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılaması Hukuku), 2. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013, (Çözüm Yolları).
- Karakoç**, Yusuf; “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Prof. Dr. Polat Soyer Armağanı, DEÜHFD, C. 15, Y. 2013, Basım Yılı: 2014, s. 1259-1308), (İlkeler).
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel Vergi).
- Kızılot**, Şükrü/**Kızılot**, Zuhâl; Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, 13. Baskı, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2008.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014.
- Mutluer**, Kamil/**Dayanç**, Nilay; Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 4. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Oktar**, Ateş; Vergi Hukuku, 9. Baskı, (Türkmen Yayınevi), İstanbul 2013
- Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 22. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Öner**, Erdoğan; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, (Seçkin Yayınları), Ankara 2012.
- Özbudun**, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013.
- Özekes**, Muhammet; İcra Hukukuna Temel Haklar ve İlkeler, (Adalet Yayınları), Ankara 2009, (Temel Haklar).
- Özekes**, Muhammet; İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, (İhtiyati Haciz).
- Özgüven**, Ali Volkan; “Âdil Yargılanma İlkesi ve Vergi İhtilaflarında Uygulanması I”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 197, Şubat 2005, s. 189-206), (Uygulanabilirlik I).
- Özgüven**, Ali Volkan; “Âdil Yargılanma İlkesi ve Vergi İhtilaflarında Uygulanması II”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 198, Mart 2005, s. 146-161), (Uygulanabilirlik II).

- Özkan**, Hasan; İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz, (Seçkin Yayınları), Ankara 2001.
- Özmen**, Selahattin; Amme Alacaklarının Tahsil- Ödeme Kılavuzu, (Beta Yayınları), İstanbul 1996.
- Pekcanitez**, Hakan; “Medeni Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı”, (İzmir Barosu Dergisi, S. 1997/2, s. 35-55).
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013.
- Serim**, Nilgün; 6183 Sayılı Kanunda Amme Alacaklarının Korunması, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2007.
- Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan; Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 4. Bası, (Ekin Basın Yayın Dağıtım), Bursa 2013.
- Taylar**, Yıldırım; “Kamu Alacakları İçin Güvence Önlemi Olarak Teminat ve Teminat-İhtiyati Haciz İlişkisinden Kaynaklanan Sorunlar”, (Mali Pusula, Y. 4, S. 48, Aralık 2008, s. 68-87).
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 4. Bası, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2011.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2004.
- Uçan**, Emine Sevcan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Âdil Yargılanma Hakkı”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2013).
- Uzun**, Mine; “Hak Arama Özgürlüğünün Anayasal Sınırları Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin Haksız Çıkma Zammı Kararı”, (Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar, Editör: Billur Yaltı, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 33-52).

Yaltı Soydan, Billur; “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Âdil Yargılanma Hakkı - I”, (Vergi Sorunları Dergisi, S.143, 2000, s. 151-177), (Âdil Yargılanma-I).

Yaltı, Billur; Vergi Yükümlüsünün Hakları, (Beta Yayınları), İstanbul 2006.

Yılmaz, Serdar; “Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması”, (AÜHFD, C. LXI, S.4, Ankara 2012, s. 1437-1503).

Zabunoğlu, Yahya; “Âdil Yargılama Hakkı ve İdari Yargı”, (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, İzmir 2000, s. 314-320).

^HKAMU İCRA HUKUKUNUN ANAYASAL TEMELLERİ*

Arş. Gör. Cemal BAŞAR**

GİRİŞ

Taraflara karşılıklı alacak ve borç yükleyen bir borç ilişkisinde, borcun vadesi geldiği halde ödenmemesi durumunda tahsili gerekmektedir. Bu noktada özel hukuk kişileri, vadesi geldiği halde henüz ödenmemiş olan alacaklarını kamu gücünün yardımını isteyerek alabilme imkânına sahiptirler. Buna ilişkin usûl ve esaslar, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almaktadır. Bir özel hukuk kişisi olarak işlem yaptığında, bu sıfatla sahibi olduğu alacakları bakımından Devlet de söz konusu Kanun hükümlerinden yararlanır. Fakat sahibi olduğu kimi alacaklar bakımından Devlet, özel hukuk kişilerine nazaran üstün konumdadır. Devlet, vadesi geldiği halde ödenmeyen bu alacaklarının tahsili için, hukuk sisteminin özel hukuktan doğan alacaklar bakımından yetkili kıldığı mercilere gitmek yerine alacağını tahsil edebilmek için kamu gücünü bizzat kendisi kullanır. Kamu hukuku kaynaklı olan ve özel hukuktan doğan alacakları ile özel hukuk kişilerinin alacaklarının tahsilinden farklı kurallara bağlanan bu çeşit alacaklar bakımından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da Devlete ve diğer kamu idarelerine üstün hak ve yetkiler verilmektedir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, kamu gücünün ifadesi olan bu üstün hak

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı "Kamu İcra Hukuku" dersinde sunulan seminer ödevinin, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerli görüşleri çerçevesinde geliştirilen hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ'a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

ve yetkileri kullanarak, kamu alacağını tahsil yetkisine sahiptirler. Bu durum, genel icra hukukundan bağımsız bir hukuk alanı olarak kamu icra hukukuna varlık kazandırmaktadır.

Kamu icra hukukunun kendine özgü ilkeleri ve işleyiş biçimi vardır. Bir hukuk alanının doğru anlaşılması, yorumlanması ve uygulanabilmesi için de o hukuk alanının temel esaslarının ortaya konulması gerekmektedir. Özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucunu doğuran ve doğrudan etki oluşturan kamu icra hukuku alanında bu durum daha büyük bir önem arz etmektedir. Zira cebrî icra yoluyla Devlet, kişilerin hakimiyet alanlarına doğrudan müdahalede bulunmaktadır. Bu noktada Anayasa'da yer alan temel ilkeler, hak ve özgürlükler ile kamu icra hukuku arasında bir bağın oluşturulması gereklidir. Kurulan bu bağ, hem kuralların konulması, hem de yorumlanması ve uygulanması aşamalarında gözetilmelidir.

Çalışma kapsamında da kamu icra hukuku ile bu alana temel oluşturan anayasal hükümler arasında bir bağın kurulması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, sosyal hukuk devleti anlayışını benimsemiş olan 1982 Anayasası'nın, kamu icra hukuku bakımından temel oluşturduğu düşünülen hükümleri, anayasa hukuku alanındaki genel kabullerden yola çıkılarak, ilgili oldukları ölçüde izah edilmeye çalışılacaktır. İki ana bölümden oluşan çalışmada dahi- lince ilk olarak kamu icra hukuku hakkında genel bilgilere yer verilecektir. Bu doğrultuda kamu icra hukuku kavramı, kamu icra hukukunun niteliği ve kamu icra hukukunun kapsamı başlıkları altında genel hatlarıyla açıklamalar getirilecek; ikinci bölümde ise kamu icra hukukuna dayanak oluşturan anayasal temeller üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda sırasıyla hukuk devleti, sosyal devlet ve taşıdığı önemden ötürü ayrı bir başlık altında değerlendirme gereği duyulan ölçülülük ilkesi alt başlıkları altında, ilk olarak her bir konu hakkında genel bilgiler verilecek, devamında ise her bir konunun kamu icra hukuku açısından açıklanmasına çalışılacaktır.

I. KAMU İCRA HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Genel Açıklama

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılan kamu harcamalarının karşılanması, kural olarak Devletin egemenlik yetkisine dayanarak koyduğu mali yükümlülükler aracılığıyla olup, kamu hizmetlerinin karşılığı

olmak üzere, hukukî cebir kullanılarak ülke ekonomisinin özel kesiminden kamu kesimine aktarılan ekonomik değerlere kamu geliri ya da kamu alacağı adı verilmektedir¹. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi mecburiyeti, idarede istikrar ve toplum çıkarının bireysel çıkara üstün tutulması ilkeleri, kamu alacaklarının düzenli ve zamanında alınmasını zorunlu kılmakta, bu zorunluluk ise kamu alacaklarının belli, özel usûllere göre tahsiline yol açmaktadır². Kaldı ki, özel hukuk ilişkilerinden doğan borçların yerine getirilmesinde durumunda cebri icra yoluyla Devletin araya girmesini öngören kanun koyucunun, Devletin kendi alacağı söz konusu olduğunda ve özellikle ilişkinin bir tarafını kamu gücünün oluşturduğu bir durumda düzenleme yoluna gitmemesi düşünülemezdi³. Bu bağlamda, genel icra hukuku, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan borç ve edimlerin zorla yerine getirilmesini ifade ederken; genel icra hukukunun mali hukuk alanındaki bir izdüşümü olan kamu icra hukuku ise kamu hukukundan kaynaklanan kamu alacaklarının veya kamu alacağı sayılan alacakların ödenmesini, güvence altına alınmasını, zamanında ve eksiksiz olarak ödenmemesi halinde de hukukî cebre dayanarak tahsil edilmesini konu edinmektedir⁴.

¹ **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 118. Kamu alacağı kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 25-43. Kamu alacağı, Devletin yükümü ya da borç ilişkisi sonucu idari işlemlerle sağladığı kamu gelirleridir. Tanım için bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 159; Kamu alacağı, Devletin kamu hukukundan doğan ve kamu gücüne dayanarak idari işlemlerle sağladığı kamu gelirleridir. Tanım için bkz. **Çelik**, s. 24.

² **Kumrulu**, s. 652; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 158; **Akkaya**, s. 341; **Şener**, s. 14. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Kamusal gereksinimleri karşılamak için kişi ve kuruluşların malvarlıklarının bir bölümünün devlete geçirilmesi, bu yolla devlete aktarılması anlamındaki verginin kimi koşullarla anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır." Karar için bkz. AnyM. 07.11.1989 tarih ve E. 1989/6, K. 1989/42, (RG. 06.04.1990 - 20484).

³ **Kumrulu**, s. 647.

⁴ **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 24; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 578. Ayrıca bkz. **Kumrulu**, s. 650. Çalışma kapsamında da 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na konu olan alacakların tahsilini ifade etmek üzere "genel icra hukuku", 28.07.1953 tarihli ve 8469 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a konu olan alacakların tahsiline karşılık gelmek üzere "kamu icra hukuku" ifadeleri kullanılacaktır.

Bir mali kanun ile konulup, Bütçe Kanunu ile tahsil edilmesine izin ve yetki verilen bir kamu alacağıın, soyut ve genel olarak belirlenmesinden Devlet hazinesine aktarılmasına kadar takip edilmesi gereken ve salma, verme, alma olmak üzere üç aşamadan oluşan sürece yükümlendirme süreci denir. Kişilerin zamanında ve eksiksiz olarak ödemedikleri borçlarının kamu alacaklısı tarafından hukukî cebir ile tahsil edilmesine karşılık gelen alma aşaması, kamu alacaklarının sahip olduğu farklı nitelik ve işlevlerden ötürü, özel hukuk alacaklarının tâbi olduğu cebren takip ve tahsil sisteminden farklı bir takip ve tahsil sisteminin kabulüne ve dolayısıyla kamu icra hukukunun doğmasına kaynaklık etmektedir⁵. Bununla birlikte, kamu icra hukukunun konusu yalnızca kamu alacaklarının cebren tahsilinden ibaret olmayıp, kendiliğinden süresi içinde yapılan ödemeler de bu kapsamda sayılmaktadır. Nitekim mali mevzuatımızda tahsil aşamasını kurallara bağlayan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, kamu alacaklarının yükümlüler tarafından gerek isteyerek gerek zorla ödenmesi usûllerini düzenleyen bir mali kanundur. Özel hukuktaki İcra ve İflâs Kanunu'nun işlevini kamu hukuku alanında yerine getiren Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, mali hukukun bir alt dalı niteliğini taşıyan kamu icra hukukunun temelini oluşturmaktadır⁶. Kamusal mali yükümlerden kaynaklanan kamu alacakları ile kamu alacağı gibi kabul edilen diğer alacakların tahsili bu Kanun hükümlerine göre yapılmaktadır. Bunun haricinde hemen her mali kanun, düzenlediği mali yükümlülüğün tahsiline ilişkin birtakım hükümler içermektedir⁷.

B. Kamu İcra Hukuku Kavramı

Siyasal, ekonomik ve toplumsal nedenlerle kamu hizmetlerinin sayısının çoğalması, kamu giderlerinin de artmasına sebep olmuştur. Kamu giderlerinde meydana gelen artışlar, bu harcamaların finansmanında kullanılacak olan kamu alacaklarının korunması ve tahsili konusu üzerinde hassasiyet gösterilmesi gereğini ortaya çıkarmış; kamu alacaklarının korunması ve

⁵ Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 21-25; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 118-121.

⁶ **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 579; **Oktar**, s. 301.

⁷ **Kumrulu**, s. 647; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 117.

tahsili ile kamu hizmetlerinin sürekli olarak yerine getirilmesi arasında bir bağ oluşturulmuştur⁸. Bunun neticesinde, kamu hizmetlerinin temel finansman kaynağı olan kamu alacaklarının tahsili, özel alacaklara kıyasen daha güvenli ve ayrıcalıklı bir takip ve tahsil usûlü ile düzenlenmiştir. Bu anlam ve kapsamıyla mali hukukun bir alt dalı olarak düşünülen kamu icra hukuku, kural olarak vergi, resim, harç gibi kamu gücüne dayanan mali yükümlülüklerden doğan kamu alacaklarının cebren tahsilini ifade etmektedir⁹. Ancak Devletin ve diğer kamu idare ve kurumlarının kamusal mali yükümlülük niteliğinde olmayan birtakım alacakları da kamu icra hukuku kurallarına göre tahsil edilmekte; bunun dışında Devlet açısından kamu alacağını güvence altına alan bazı önlemler ile kendiliğinden ödemeye ilişkin konular da kamu icra hukuku kapsamında düzenlenmektedir¹⁰.

Kamu alacağı ya kamu borçlusuna tarafından vadesinde kendiliğinden ya da vadesi geçmiş olmakla birlikte yine kamu borçlusuna tarafından gecikme zammı ile birlikte ödenebilir. Kamu borcunun vadesinde ödenmesi ile kamu borcu ortadan kalkar. Vadesinden sonra rızaen yapılan ödemelerde ise gecikilen süre nedeniyle Hazinesinin uğradığı zararı giderebilmek için borcun gecikme zammı ile ödenmesi gerekmektedir. Borcun vadesi dolduktan sonra borçlu tarafından iradi olarak ödenmemesi halinde ise, kamu alacaklısı alacağına kavuşmak amacıyla, kamu gücüne ve kendiliğinden harekete geçme yetkisine dayanarak cebren tahsil yoluna başvurmaktadır. Bu durumda kamu alacaklısı tarafından kamu borçlusuna Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 55 vd. maddelerinde düzenlenen bir ödeme emri gönderilerek kamu icra hukuku mekanizmaları işletilmektedir¹¹.

Kamu alacağının tahsili ile sona eren bu süreci ifade etmek üzere öğretilerde farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir¹². Bu çeşitlilik, kamu hizmet-

⁸ Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Çelik**, s. 21-23.

⁹ **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 30-33; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 122, 123; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 580.

¹⁰ **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 123; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 580; **Taş**, s. 5.

¹¹ **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 581. Bu konuda ayrıca bkz. **Candan**, s. 256 vd.

¹² "Vergi icra hukuku" kavramı ilk defa Çağan tarafından kullanılmıştır. Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Çağan**, Süreler, s. 39, 93. Kullanılan vergi icra hukuku terimi, kabul edilen içeriğiyle, vergi dışında kalan, vergiye benzeyen ve nitelik olarak ona

lerinin yürütülmesi maksadıyla elde edilen gelirlerin hukukî nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak daha geniş kapsamıyla kamu alacaklarının tamamının cebren tahsilini ifade etmek üzere “kamu icra hukuku” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir¹³. Zira çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de ele alınacağı üzere, kamu icra hukukunun konusunu sadece kamusal mali yükümlerden doğan kamu alacakları oluşturmamaktadır. Bu açıklamalar doğrultusunda kamu icra hukuku; Devletin ve diğer kamu idarelerinin ve kurumlarının, mali yükümlülüklerden doğan veya kamu alacağı sayılan alacaklarının güvence önlemlerini, ödenmesini, hukukî cebre dayanarak tahsilini düzenleyen bir mali hukuk dalı olarak tanımlanabilir¹⁴.

C. Kamu İcra Hukukunun Niteliği

Kamu icra hukuku, mali hukukun, idare hukukunun ve genel icra hukukunun belli özelliklerini ve tekniklerini bünyesinde toplayan, dolayısıyla bu üç hukuk dalının sentezi niteliğini taşıyan bir hukuk dalıdır¹⁵. Özellikle yükümlendirme işlemleri bakımından kamu icra hukuku ile idare hukuku arasındaki ilişki daha bir yoğunluk göstermektedir. Zira kamu alacağının tarhi işlemi gibi tahsiline yönelik işlemler de birer idari işlem niteliğindedir. Bu itibarla, her idari işlemde aranan yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları hem tahsil işleminin kendinden önceki yükümlendirme işlemlerinde, hem de bunlarla sebep-sonuç ilişkisi içinde olan tahsil işlem-

yaklaşan diğer kamu gelirlerini de kapsamaktadır. Aynı yöndeki görüşleri için bkz. **Kumrulu**, s. 648; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 156; **Dönmez**, Haciz, s. 21; **Serim**, s. 7; **Bayraklı**, s. 1; **Öner**, s. 143; **Taş**, s. 4. Ayrıca “kamu alacaklarının takip ve tahsil hukuku” terimi için bkz. **Çelik**, s. 21 vd; **Gerçek**, s. 2 vd; **Tombaloğlu**, s. 21 vd. “Mali takip hukuku” terimi için bkz. **Taş**, s. 4.

¹³ **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 24; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 122; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 580; **Oktar**, s. 301.

¹⁴ **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 24; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 123; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 580. Bu konuda ayrıca bkz. **Kumrulu**, s. 650.

¹⁵ **Kumrulu**, s. 650; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 157; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 123; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 582, 583. Bu konuda ayrıca bkz. **Dönmez**, Haciz, s. 24.

lerinde aranmakta, dolayısıyla tahsil işlemleri de idari işlemlerin genel teorisine ve ilkelerine uygun olmak durumundadır¹⁶.

Kamu idaresinin, kamu hizmetlerinin ve bunların finansmanını sağlayan kamu maliyesinin niteliklerinden ötürü kamu icra hukuku hükümlerine göre tahsil edilmesi gereken kamu alacağının niteliği farklı olup; kamu yararının kişisel yarardan üstün tutulması ilkesinin bir gereği olarak kamu alacakları özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklardan farklı usûllere tâbi tutulmaktadır. Zira, doğrudan doğruya kamu hizmetlerinin mali kaynağını oluşturan kamu alacaklarının daha kısa sürede ve etkili bir biçimde tahsili gerekmekte; bunun sağlanması ise kamu alacaklısına kamu gücü kullanma, kendiliğinden harekete geçebilme ve yaptırım uygulamada bazı ayrıcalıkların tanınmasına bağlıdır¹⁷. Bunun neticesinde de tahsil dairesinin kendisi icra dairesi olarak kamu gücü ile vadesi gelmiş kamu alacağını cebren tahsil edebilmektedir¹⁸. Genel icra hukukunda sürelerin uzunluğu, takibin her safhasında işlemlere devam edilebilmesi için alacaklının icra dairesini harekete geçirme gereği, birçok durumda işlemlerin icra mahkemesine veya genel mahkemelere taşınmasının mecburi olması gibi hususlar Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a gerekçe oluşturmaktadır¹⁹.

Kamu icra hukukunda devlet, kamu gücüne dayanan ve kendisine ait olan bir alacağın tahsiline yönelmekte, söz konusu kamu alacakları da esas olarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre tahsil edilmektedir. Bu doğrultuda Devlet, borcunu zamanında ve eksiksiz ödemeyen borçluya karşı tahsil dairesi aracılığıyla cebir kullanma yetkisine sahiptir. Devletin kamu alacağının yanında borçlunun bir de özel borcu varsa, cebren tahsilde bu iki alacak türü arasındaki ilişkiler İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde düzenlenmektedir. Burada Amme Alacaklarının Tahsil Usulü

¹⁶ **Kumrulu**, s. 650; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 157; **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 47 vd; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 123, 124; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 583; **Dönmez**, Haciz, s. 23, 24.

¹⁷ **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 125; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 585.

¹⁸ Cebri icra vasıtalarını uygulayan tahsil daireleri, çoğunlukla maliye vergi daireleridir. Ancak kimi mali yükümlülüklerde, Belediye Gelir İdaresi örneğinde olduğu gibi, kamu idarelerinin gelir idareleri de tahsil dairesi gibi görev yapmaktadır. Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Bayraklı**, s. 2. Bu konuda ayrıca bkz. **Öner**, s. 145.

¹⁹ **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 126; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 587; **Öner**, s. 143.

Hakkında Kanun'un amme alacaklarında rüçhan hakkına ilişkin 21'inci, İcra ve İflâs Kanunu'nun adi ve rehinli alacakların sırasını hükme bağlayan 206'ncı maddeleri uyarınca kamu alacağına belli bir üstünlük ve ayrıcalık tanınmaktadır. Bu son durumun İcra ve İflâs Kanunu'na göre ya da ona atıfta bulunarak çözümlenmiş olması, kamu icra hukukunun ayrı varlığını ortadan kaldırmamaktadır²⁰.

Ç. Kamu İcra Hukukunun Kapsamı

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 1'inci maddesi uyarınca; *“Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacaklarıyla; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur. Türk Ceza Kanunu'nun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur.”* Kamu alacağı kavramını belirleyen bu hüküm, aynı zamanda kamu icra hukukunun kapsamını da ortaya koymaktadır²¹. Ancak 2'nci maddede yer alan *“Muhtelif kanunlarda Tahsili Emval Kanununa göre tahsil edileceği bildirilen her çeşit alacaklar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur.”* hükmü de kapsam maddesi niteliğindedir²². Madde gereği, eski tarihli çeşitli kanunlarda Tahsili Emval Kanunu'na göre tahsil edileceği belirtilen alacakların, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra bu Kanun'a göre takip ve tahsili gerekmektedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesi gereği; *“Bu kanundaki amme alacağı terimi: 1'inci ve 2'nci maddeler şümulüne giren alacakları”* ifade etmektedir. Buna göre Kanun'un ilk iki maddesi kapsamına giren alacakların niteliği ne olursa olsun kamu alacağı sayılmaları gerekmektedir. Bu anlamda kamu icra hukuku hükümlerine göre tahsil edilen ya da edilmesi gereken alacaklar kamu alacağı

²⁰ **Kumrulu**, s. 651, 652; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 158; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 126, 127; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 587.

²¹ **Kumrulu**, s. 655; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 160; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 601.

²² **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 37; **Şener**, s. 14.

olarak nitelendirildiğinde, vergi, resim, harçlar gibi kamu gelirleri yanında, gümrük ve tekel idarelerince tahsil edilen vergiler, para cezaları, ecrimisil alacakları, idari sözleşmelerden doğan alacaklar, parafiskal gelirler ile fon gelirleri bu kapsama girmektedir²³. Özel hukuk sözleşmelerinden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar ise kamu alacağı sayılmadıkları için Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un kapsamı dışında kalmaktadırlar.

Bir alacağın Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamına girmesi için öncelikle Devlete, il özel idarelerine veya belediyelere ait olması gerekir. Bunun haricinde bir kamu idaresine veya kamu kurumuna ait olan alacak, kamu alacağı niteliği taşısa dahi, özel kanunlarında gelirlerinin Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde tahsil edileceğine ilişkin bir hükmün bulunmaması halinde kamu icra hukukunun kapsamına girmemektedir. Fakat bir alacağın Devlete, il özel idarelerine veya belediyelere ait olması, onun tek başına kamu alacağı sayılarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamına girmesine yeterli değildir. Bu alacağın ayrıca Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un ilk maddesinde sayılan alacaklardan olması da gereklidir. Bu bağlamda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve kamu icra hukuku anlamında kamu alacağı; Devlete, il özel idarelerine veya belediyelere ait kamusal mali yükümlerden doğan kamu alacakları ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmesi gereken alacakları ifade etmektedir²⁴.

II. KAMU İCRA HUKUKUNA DAYANAK OLUŞTURAN ANAYASAL TEMELLER

A. Genel Açıklama

Tıpkı diğer hukuk dallarında olduğu gibi kamu icra hukuku da temel esaslarını Anayasa'dan almaktadır. Zira Anayasa'nın 11'inci maddesinde

²³ **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 603. Bu konuda ayrıca bkz. **Öner**, s. 144.

²⁴ Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 29-43; **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 602-605. Ayrıca bkz. **Kumrulu**, s. 654-660; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 159-162; **Candan**, s. 7-18; **Dönmez**, Haciz, s. 31-33; **Oktar**, s. 302; **Serim**, s. 11 vd; **Bayraklı**, s. 5 vd; **Gerçek**, s. 4-8; **Tombaloğlu**, s. 21-22; **Taş**, s. 6.

“Anayasa’nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü” kenar başlığı altında getirilen düzenleme gereği, Anayasa hükümleri bütün hukuk normları ve dolayısıyla kamu icra hukuku normları için de bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Anayasa hükümlerinin normlar hiyerarşisinde en üst sırada yer almaları sebebiyle, diğer hukuk normlarının yanı sıra kamu icra hukukuna ilişkin normların da Anayasa’ya aykırı bir düzenleme getirmeleri söz konusu olmamaktadır.

Kamu alacağının vadesi gelmesine rağmen borçlu tarafından ödenmemesi halinde, alacaklı kamu idaresi alacağını cebren tahsil etme yetkisine sahip olup, Devletin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin olan bu yetki icra hukukunun kendine has bir özelliğidir²⁵. Devletin cebrî icra faaliyetinde mutlak bir tekel yetkisinin bulunması, devlet organları açısından beraberinde birtakım yükümlülükleri de getirmektedir. İlk olarak, egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin bu yetkinin Anayasa’ya uygun olması gerekir. Bu çerçevede Anayasa’nın 6’ncı maddesinde de belirtildiği üzere, millet adına kullanılan devlet yetkileri kaynağını Anayasa’dan almalıdır. Dolayısıyla cebrî icra faaliyetlerinin anayasal ilke ve kurallara uygun olması gerekir²⁶. Özellikle eşitlik, sosyal devlet, ölçülülük gibi ilkeler kamu icra hukuku alanında gerçekleştirilecek işlemlerde ölçü olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

Cebrî icra faaliyeti kişilerin hakimiyet alanına müdahale niteliği taşıdığı için, temel hak ve özgürlüklerin de dikkate alınması, sınırının iyi tespit edilmesi ve bunların özünü zedeleyecek davranışlardan kaçınılması gerekir. Çünkü icra hukuku ya hak arama özgürlüğü örneğinde olduğu gibi temel haklardan bir kısmının gereği olarak uygulama alanı bulmakta veya konut dokunulmazlığı gibi icra hukukunun etkisi ve müdahalesine açık durmaktadır²⁷.

Çalışmanın devamında, belirtilen esaslar çerçevesinde kamu icra hukukunun anayasal temelleri ortaya konulmaya çalışılacaktır. Zira, Devletin cebrî icra faaliyetini konu edinen kamu icra hukuku kökenini Anayasa’dan almaktadır. Buna göre, öncelikle, zorunlu ilke ve esasları çerçevesinde hukuk devleti, daha sonrasında ise sosyal devlet ile ölçülülük ilkesi konumuz kapsamında değerlendirilecektir.

²⁵ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 49.

²⁶ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 50.

²⁷ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 6.

B. Hukuk Devleti

1. Genel Olarak

Anayasa'nın "*Genel Esaslar*" başlıklı birinci kısmında Cumhuriyetin niteliklerini belirten ve değiştirilemez hükümleri arasında yer alan 2'nci maddesinde; "*Türkiye Cumhuriyeti... bir hukuk devletidir.*" denilmektedir. En kısa tanımıyla hukuk devleti, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukukî güvenceler sağlayan devlet demektir²⁸. Günümüzde çağdaş bir devlet olmanın ve hukukun üstünlüğü ilkesini yaşama geçirmenin yolu hukuk devleti olmaktan geçer²⁹. Hukuk devleti anlayışı, bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine, yalnız bireylerin değil, yönetimin de uymasını gerektirir. Hukuk devleti ilkesinin anlam kazanabilmesi için, hukuk tarafından yönetilenlere devlet karşısında hukuk güvenliği sağlanmalıdır. Bunun için de hukukun herhangi bir sınıf egemenliğinin aracı olmaması, demokratik toplumun gereklerine cevap vermesi gerekir³⁰.

Anayasa Mahkemesi de hukuk devleti için, "*bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, tüm işlem ve eylemlerini bağımsız yargının denetimine açık bulunan ve yasaların üstünde Anayasa ile yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlet*" tanımlamasını getirmektedir³¹.

²⁸ **Özbudun**, s. 123; **Sancakdar**, s. 60; **Gözler**, s. 82. Bu konuda ayrıca bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 105; **Kaboğlu**, s. 395, 396; **Erdoğan**, s. 65.

²⁹ **Aliefendioğlu**, s. 31. Bu konuda ayrıca bkz. **Ökçesiz**, s. 55-56.

³⁰ **Gözübüyük**, s. 24.

³¹ Karar için bkz. AnyM. 21.09.1993 tarih ve E. 1993/21, K. 1993/30, (RG. 16.08.1995 - 22376); "*Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır.*" AnyM. 20.05.1998 tarih ve E. 1998/10, K. 1998/

Hukuk devleti ilkesinin gerekleri konusunda yer, zaman ve hukuk anlayışının etkileri değişik görüşlerin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Ancak hukuk devletinden söz edilirken genellikle kuvvetler ayrılığı, temel hakların güvence altına alınması, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, idarenin kanunîliği, idarenin yargısal denetimi, yargıçların bağımsızlığı, idarenin mali sorumluluğu gibi konular üzerinde durulmaktadır³². Ancak ilkenin hayata geçirilebilmesi, anayasa metinlerinde yazılı olarak bulunmasından ziyade, hukuk devletinin tüm kurum ve kuruluşlarıyla inşa edilerek hukuka uygun davranma alışkanlığının kazanılmasıyla mümkündür³³.

Hiç şüphe yok ki tüm hukuk alanlarında, hukuk devletinin tezahürünü bulmak ve anlamak mümkündür. Ancak bir devletin gerçekten hukuk devleti olup olmadığı, bazı alanlarda kendisini daha çok belli etmektedir³⁴. Bireylerin hukukî alanlarına doğrudan müdahalenin söz konusu olduğu kamu icra hukuku da bu alanlardan biridir. Bu bağlamda hukuk devleti başlığı altında, hukuk devletinin şartları, kamu icra hukuku ile olan bağlantısı ölçüsünde ifade edilmeye çalışılacaktır.

18, (RG. 12.12.1998 - 23551); “*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, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa’nın ve kanun koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa’ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.*” AnyM. 08.10.2003 tarih ve E. 2003/67, K. 2003/88, (RG. 28.02.2004 - 25387); “*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, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir.*” AnyM. 14.01.2010 tarih ve E. 2009/27, K. 2010/9, (RG. 17.03.2010 - 27524).

³² Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Gözübüyük**, s. 25; **Özbudun**, s. 123, 124; **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s. 105, 106; **Ökçesiz**, s. 45; **Sancakdar**, s. 60; **Gözler**, s. 83; **Erdoğan**, s. 67, 68; **Gül**, s. 184-185.

³³ **Aliefendioğlu**, s. 30, 31. Bu konuda ayrıca bkz. **Ökçesiz**, s. 44.

³⁴ **Özekes**, s. 125.

2. Kamu İcra Hukuku Bakımından Hukuk Devleti

a. Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü

Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü birbirini tamamlayan ilkelerdir³⁵. Anayasa'nın bağlayıcılığı, temelini Anayasa'nın 11'inci maddesinin ilk fıkrasındaki “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” şeklindeki düzenlemeden alır ve Anayasa'nın uyulması zorunlu kural, emir ve yasaklar getirmesini ifade eder. Madde metninde Anayasa hükümlerinin yalnızca yasama, yürütme ve yargı organları için değil, idare makamları, diğer kuruluş ve kişiler için de bağlayıcı nitelik taşıdığı vurgulanmak suretiyle, ilkenin hem kamu gücünü kullananlara hem de yönetilenlere ilişkin olduğu belirtilmiştir³⁶.

Bunun haricinde Anayasa'nın bağlayıcılığı hakkında Anayasa'da daha başka hükümler de bulunmaktadır. Anayasa'nın Başlangıç kısmının 3'üncü paragrafında; “*...hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkmayacağı*” açıklanmış ve yargı bakımından da 138'inci maddenin ilk fıkrasında “*Hakimler... Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler*” kuralı benimsenmiştir.

Esasında kamu icra hukuku yasama, yürütme ve yargı erklerinin tamamının uygulama sahasına girmektedir. İlk olarak kanunilik ilkesi gereği bir düzenleme olmadan kamu icra hukuku alanında işlem yapılması söz konusu olamaz. Bu noktada yasama faaliyeti devreye girmektedir. Yasama organı, kural koyma görevini yerine getirirken Anayasa hükümlerine bağlı kalmalıdır. Buna paralel olarak, özellikle icra hukukuna ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içeren Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da benimsenen esasların Anayasa'ya uygun olması gerekmektedir. İkinci olarak, kamu gücü ile kamu alacağını cebren tahsil yetkisine sahip olan tahsil dairesi, Anayasa'nın idari makamları da bağlayacağı hükmünün muhatabıdır. Dolayısıyla idarenin Anayasa'ya aykırı bir işlem yapması durumunda, bu işlem idari yargı tarafından iptal edilecektir. Ayrıca Anayasa'nın 129'uncu

³⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 126.

³⁶ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 122-126; Erdoğan, s. 33; Özekes, s. 23.

maddesinde, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Anayasa'nın bağlayıcılığı son olarak yargı organları bakımından da kamu icra hukukunda kendisini göstermektedir. Bu bağlayıcılık, 11'inci maddedeki düzenlemenin yanında 138'inci madde hükmü gereği çifte bağlayıcılıktır³⁷.

Anayasa'nın üstünlüğü ise kaynağını 11'inci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan "Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz" hükmünde bulmaktadır. Buna göre Anayasa hükümleri, diğer hükümlerden önce gelmektedir. Burada Anayasa'nın 177'nci maddesinin (e) bendine dikkat çekmek gerekir. Zira "... mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasa'ya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasa'nın 11'inci maddesi gereğince uygulanır." şeklindeki düzenleme uyarınca, eski kanunların Anayasa'ya aykırı olan hükümlerinin yeni Anayasa hükümleri karşısında uygulanmaması gerekmektedir³⁸. Oysa kamu icra hukuku alanında düzenlemeler getiren Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun 21.07.1953 kabul tarihli olup, 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde hazırlanmış bir kanun mahiyetindedir. Kanun'un hazırlandığı dönemden sonra 1961 ve 1982 Anayasaları kabul edilmiştir. Bu sebeple gerek hukukun gerekse sosyal hayatın geçen zaman içinde gösterdiği gelişmelere paralel olarak Kanun hükümlerinin de buna uygun biçimde anlaşılıp yorumlanması yerinde olacaktır. Dolayısıyla Anayasa'nın 177'nci maddesinin (e) bendindeki hüküm gereği, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un bu bakış açısıyla incelenerek, Anayasa karşısında geçerliliğini yitiren hükümlerinin tespit edilmesi, eğer Anayasa'da doğrudan uygulanacak hüküm varsa o hükmün uygulanması yoluyla geçerliliğini yitiren hükmün bertaraf edilmesi, bu mümkün değilse hükmün Anayasa'ya uygun olarak yorumlanıp uygulanması gerekir³⁹. Bu bağlamda başta Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın, Anayasa'nın özüne aykırılık teşkil eden uygulamalara imkân tanımaması gerekir. Kaldı ki, idarenin görevini sadece kanunlara değil, aynı zamanda Ana-

³⁷ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 24-25.

³⁸ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 126-127; **Özekes**, s. 27.

³⁹ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 27-28.

yasa'ya da uygun şekilde ifa etmesi Anayasa'nın 8 ile 11'inci maddeleri gereği anayasal bir buyruktur. Bu buyruk, idareye kanunları Anayasa'ya uygun biçimde yorumlama ve uygulama zorunluluğu getirmektedir⁴⁰.

b. Kuvvetler Ayrılığının Sağlanması

Hukuk devletinin varlık şartlarından biri de yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirinden ayrılması anlamına gelen kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanmasıdır⁴¹. Çünkü, Devlet içindeki güçlerin, özellikle yargı ile yürütme görevinin ya da yasama ile yürütmenin tek elde toplanması halinde, hukuk devletinin önemli gereklerinden olan idarenin kanunîliği ilkesi ile idarenin yargısal denetimi ilkeleri etkisiz hale gelebilir⁴². Kuvvetler ayrılığı sayesinde yasama, yürütme ve yargı güçleri arasında hak ve yetkilerin sınırları tespit edilmektedir. Bu bağlamda Anayasa'da yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne, yürütme yetki ve görevi Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulu'na, yargı yetkisi de bağımsız mahkemelere verilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın Başlangıç kısmının 4'üncü paragrafında kuvvetler ayrımının, "*Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu*" belirtilmiştir. Her gücün kendisi için belirlenen sorumluluk alanında kalarak, diğer güçlerle uyum içinde görevini yerine getirmesi kamu düzeni bakımından büyük önem taşımaktadır.

⁴⁰ **Başaran Yavaşlar**, s. 402, 403.

⁴¹ **Gözübüyük**, s. 29; **Kaboğlu**, s. 397; **Erdoğan**, s. 69. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında hukuk devleti ile kuvvetler ayrılığı ilkesi arasındaki bağlantıyı şu şekilde ifade etmiştir: "*Hukuk devletinin başlıca amacı, kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bu amaca ulaşabilmek için kullanılan araçlar aynı zamanda hukuk devleti kavramının öğeleridir. Bunlardan en önemlileri, devletin değişik işlevlerinin ayrı organlar eliyle gördürülmesi anlamına gelen kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında idarenin hukuka bağlılığı ile zarar verici işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulması ve yargı güvencesidir. Hukuk devletinde, yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur.*" AnyM. 01.10.1991 tarih ve E. 1990/40, K. 1991/33, (RG. 07.02.1992 - 21135).

⁴² **Gözübüyük**, s. 29. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaboğlu**, s. 107 vd.

Hukuk devletinin gereklerinden biri olan kuvvetler ayrılığı ilkesi, kamu icra hukuku alanında da özellik arz etmektedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesinde yer alan ve borçlu aleyhine ihtiyatî hacze mahallin en büyük idari amirinin karar vereceği kuralını getiren düzenleme, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmayan bir hükümdür⁴³. Geçici bir hukukî koruma tedbiri olan ihtiyatî haciz kararı, yalnız Anayasa'ya göre kurulmuş mahkemeler tarafından verilmelidir. Bu madde ile Anayasa'ya aykırı bir şekilde, yasama organı tarafından, idari bir makama, ancak mahkemelerin verebileceği nitelikte karar verme yetkisi tanınmıştır. Oysa Anayasa'nın bağlayıcılığı hem yasama hem de yürütme için geçerli olup, yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunla idari bir makama Anayasa'ya aykırı yetkilerin tanınması bu işlemleri meşru hale getirmemektedir. Mahallin en büyük idari amirine verilen bu yetki, yasama organının çıkardığı kanunla verilmemiş olsaydı, idarenin vermiş olduğu ihtiyatî haciz kararı bir fonksiyon gaspı oluşturacak ve bunun yaptırımını ise yokluk olacaktı. Bu çerçevede idarenin ihtiyatî hacze karar verme konusundaki yetkisini kullanırken titizlik göstermesi, yetkinin sınırlarını zorlamaması yerinde olacaktır⁴⁴. Zira mülkiyet hakkına yönelik sınırlandırıcı niteliği de göz önüne alındığında, ihtiyatî haczin, idareye tanınan çok önemli bir kamu gücü ayrıcalığı olduğu ortadadır. Bu itibarla, idareye tanınan ihtiyatî haciz işlemi tesis etme yetkisinin sıkı şartlara bağlanması, idarenin bu kamu gücü ayrıcalığını keyfiliğe çevirmesinin önüne geçilebilmesi bakımından zorunludur⁴⁵.

⁴³ Konu ile ilgili açıklamaları için bkz. **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 73 vd; **Candan**, s. 94 vd; **Dönmez**, İhtiyatî Haciz, s. 11 vd; **Oktar**, s. 303 vd; **Gerçek**, s. 137 vd; **Tombaloğlu**, s. 107 vd.

⁴⁴ Konu ile ilgili açıklamaları için bkz. **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 190-192. İhtiyatî haciz konusunda yetkinin idareye verilmesinin temelinde, kamu hizmetlerinin finansmanı için gerekli fonların düzenli ve zamanında elde edilmesini sağlama düşüncesinin yattığı yönündeki görüşü için bkz. **Dönmez**, İhtiyatî Haciz, s. 14. İhtiyatî haciz kurumunun öneminden ötürü, doğrudan tahsil dairesi işlemlerinin içinde olanların haricinde ve üstünde, dışarıdan hakkaniyeti ve işlemin yerindeliğini daha iyi gözleyebilecek bir yetkiliye bu yetkinin verildiği yönündeki görüşü için bkz. **Alpaslan**, s. 19.

⁴⁵ **Yılmaz**, s. 1446.

c. Kanunîlik İlkesi

Hukuk devletinin gereklerinden biri olan kanunîlik ilkesi uyarınca, idarenin eylem ve işlemlerinin hem kanunî bir dayanağının olması, hem de bu eylem ve işlemlerin kanuna uygun olması gerekmektedir⁴⁶. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a konu olan kamu alacaklarının önemli bir kısmı mükelleflerin dönemsel olarak devlete ödemek zorunda oldukları vergilerden oluşmaktadır. Bu durumda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılacak bir icra takibinde, borçlunun kamu borcu vergi mevzuatına göre doğmakta; dolayısıyla alacaklı kamu idaresinin alacağının varlığı bir kanuna dayanmaktadır. Diğer pek çok ilkeden farklı olarak şekle ilişkin bir nitelik taşıyan vergilerin kanunîliği ilkesi, çağdaş demokratik ülkelerde "kuvvetler ayrılığı" veya "kuvvetler dengesi" ilkeleri kapsamında, vergilendirme yetkisine yasama organının sahip olmasını ifade etmektedir⁴⁷. Buna paralel olarak, 1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında vergi ile ilgili temel düzenlemelerin kanunla yapılacağı kuralı getirilmek suretiyle vergilendirme yetkisi yasama organına özgü kılınmaktadır⁴⁸. Bu bağlamda vergilerin kanunîliği ilkesi, devletin vergilendirme yetkisinin genel, soyut, kişisel olmayan, vergiye ilişkin esaslı unsurları içeren ve yasama organı tarafından anayasal usûllere uygun olarak çıkartılan kanunlarla kullanılması anlamını taşımaktadır⁴⁹. Dolayısıyla vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin sadece yasama organı tarafından ve kanunla konulabileceğini, değiştirilebileceğini ve kaldırılabilceğini ifade eden ilke uyarınca, kanun dışındaki hukukî düzenlemelerle vergi ve benzeri mali yükümlülükler getirilemez. Bu sayede keyfî ve takdire dayalı eylem ve işlemlerin önlenmesi istenmektedir⁵⁰.

⁴⁶ Gözübüyük, s. 27; Sancakdar, s. 63; Öz, s. 75.

⁴⁷ Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s. 100; Karakoç, Yargısal Denetim, s. 321; Öz, s. 76; Taylar, s. 196.

⁴⁸ "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilgili düzenlemelerin yasa ile yapılması zorunludur. Dayanağını Anayasaya uygun olarak çıkarılmış olan bu kanunlardan almayan düzenlemelerle bir takım hak ve yükümlülükler getirilemez." Dş. 3.D. 24.10.2011 tarih ve E. 2009/6111, K. 2011/6209. Aynı yönde başka karar için bkz. Dş. 3.D. 27.09.2011 tarih ve E. 2011/1085, K. 2011/5260, (www.kazanci.com).

⁴⁹ Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s. 103; Karakoç, Yargısal Denetim, s. 323.

⁵⁰ Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s. 100; Öz, s. 76.

İlke, vergilerin ve benzeri mali yükümlülüğün kanun ile getirilmesini zorunlu kılarken, verginin ana öğeleri olan verginin konusu, vergiyi doğuran olay, verginin mükellefi, matrah ve oranın da kanun ile düzenlenmesi bakımından bağlayıcı bir kural niteliğinde olup, aynı zamanda vergiden doğan ödev ve usûl ilişkilerinin de bu ana öğeleri tamamlayan diğer öğeler olarak kanun ile düzenlenmelerini; daha açık bir ifadeyle verginin tarhı, tebliği, tahakkuku ve tahsili, ödeme zamanları, mükelleflerin ödevleri, mükelleflerin denetlenmesi, uygulanacak yaptırımlar, vergi uyuşmazlıklarında izlenecek yöntemler, vergi alacağını ortadan kaldıran nedenler gibi, vergisel ödev ve usûl ilişkilerinin, kanunlarda idarenin takdirine yer bırakmayacak şekilde yer almalarını gerektirmektedir⁵¹.

Vergilerin kanunîliği ilkesinin benimsenmesi, hem birey hem de Devlet yönünden farklı sonuçlar meydana getirmektedir. Birey yönünden sonuçlar; verginin ancak halkın temsilcilerinden oluşan parlamento tarafından (tem-

⁵¹ **Güneş**, s. 134; **Öz**, s. 112 vd. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda bu konuya yaklaşımını şu şekilde ifade etmiştir: “Mahkememizin yerleşmiş içtihatlarında da açıkça belirtildiği üzere, Anayasa Koyucu her çeşit mali yükümlünün kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve takdiri uygulamaları önlemeyi amaçlamıştır. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir mali yükümlünün ilgililere yükletilmesine olur vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeter neden olamaz. Mali yükümlerin, matrah ve oranla, tarh ve tahakkuku, tahsil usûlleri, yaptırımları, zamanaşımı, yukarı ve aşağı sınırları gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yükümlü bu yönleri dolayısıyla, yasayla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta, temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan mali yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasalarla düzenlenmelidir.” AnyM. 31.03.1987 tarih ve E. 1986/20, K. 1987/9, (RG. 28.05.1987 – 19473); “Verginin kanunîliği ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasada yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide, yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur.” AnyM. 21.02.2008 tarih ve E. 2005/73, K. 2008/59, (RG. 07.11.2008 - 27047); “Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, yaptırım gibi vergilendirmenin temel öğelerinden olan zamanaşımının da yasalarla belirlenmesi gerekir.” AnyM. 15.10.2009 tarih ve E. 2006/124, K. 2009/146, (RG. 08.01.2010 - 27456).

silsiz vergi olmaz ilkesi), kanun çıkartılarak (kanunsuz vergi olmaz ilkesi) alınabilmesi ile vergi kanunlarının vergiye ilişkin tüm özellikleri kapsaması; Devlet yönünden ise, Devletin vergiyi almak zorunda olması (verginin alınması zorunluluğu ilkesi) ve ödenmeyen vergilerin zorla alınabilmesi (verginin cebir yoluyla alınması ilkesi) şeklinde sayılabilir⁵².

Kanunîlik ilkesi uyarınca, niteliği gereği zor kullanma ve temel haklara müdahale imkânı tanıyan kamu icra hukuku alanında getirilecek olan düzenlemelerin de kanunla yapılması gerekmektedir. Bu noktada kamu alacaklarının ve dolayısıyla verginin cebren tahsiline ilişkin yöntemler Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "Cebren Tahsil ve Şekilleri" başlığını taşıyan 54'üncü maddesinde, teminatın paraya çevrilmesi, malların haczedilerek paraya çevrilmesi ve borçlunun iflâsının istenmesi olarak belirtilmiştir. Cebren tahsilin sayılan bu üç yöntem dışında başka bir şekilde yapılması mümkün değildir. Buna ek olarak, cebri icra faaliyeti esnasında temel hakların sınırlandırılması söz konusu olabilir ve Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki kurala istinaden bu sınırlama ancak kanunla yapılabilir. Ayrıca, doğrudan bir yaptırım hukuku olması ve bireylere gerek kişilik gerekse malvarlığı bakımından doğrudan bir müdahaleyi içermesi sebebiyle cebri icra faaliyetinin belirli, öngörülebilir ve keyfiliğe mahal vermeyecek şekilde sınırlarının tespit edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla kişilerin temel haklarına müdahaleye cevaz veren yaptırımın türünün, oranının, derecesinin belirli, öngörülebilir ve kesin olması hukuk devletinin zorunlu bir sonucudur⁵³.

Buna paralel olarak, vergilendirme sürecinin tamamı bakımından geçerli olan kanunîlik ilkesinin bir uzantısı olan belirlilik ilkesi, hukukî

⁵² Güneş, s. 14, 15; Öz, s. 107.

⁵³ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. Özekes, s. 90; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 125. Kamu alacaklarının tarh -tebliğ-tahakkuk aşamalarını olduğu kadar, kamu alacağının kamu borçlusunun mal varlığından hazineye fiilen geçmesi anlamına gelen tahsil aşamasını da kapsayan vergilerin ve daha geniş anlamda kamusal mali yükümlülüklerin kanunîliği ilkesinin, hukuk devletinin bir yansıması olarak, kamu alacağının miktar olarak belirlenmesinden tahsil edilmesine kadar tüm aşamalarda ortaya çıkan hukuka aykırı işlemlere karşı kişilere bir güvence oluşturduğu yönündeki görüşü için bkz. Gök, s. 410, 411.

güvenliği sağlayıcı bir etkiye de sahiptir⁵⁴. Hukukî güvenlik ilkesi uyarınca, ödenecek miktarın yanı sıra, ödeme şekli ve zamanına ilişkin kuralların da belli olması gerekir. Bu bakımdan, temel hak ve özgürlüklerin bu denli etkilendiği bir alanda, hukuk devletinin bir gereği olarak getirilecek olan düzenlemelerin, öngörülebilir ve belirli olmaları şarttır⁵⁵. Bir hukuk devletinde bireyler, kendilerine uygulanacak olan hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilme ve davranışlarını bu kurallara göre düzenleyebilme imkânına sahip olmalıdırlar⁵⁶.

Kamu icra hukukunda kanunîlik, kamu alacaklarının tahsilatına ilişkin işlemlerin tamamının birer idari işlem olmaları nedeniyle, en geniş anlamıyla idarenin ve faaliyetlerinin kanunî dayanağının bulunması anlamına gelen idarenin kanunîliği ilkesinin⁵⁷ de uygulanmasını gerektirir. Kanunîlik ilkesinin bir gereği olarak, özellikle temel haklara müdahale sonucunu doğuran işlemler yapmaya imkân tanıyan kamu icra hukukuyla ilgili yorum ve uygulamaların da kanunun sınırları dahilinde kalması, kanun çerçevesini aşmamak için, yapılacak yorumların amaca uygun, temel haklarla uyumlu ve dar yorum yöntemi ile yapılması yerinde olacaktır. Küllî bir tasfiye olması sebebiyle borçlunun hukuk alanına daha derin bir müdahale ihtimalini barındıran küllî icra açısından bu ilke daha katı bir şekilde uygulanmak zorundadır⁵⁸.

⁵⁴ **Çağan**, Vergilendirme Yetkisi, s. 145; **Taylar**, s. 197; **Coşkun Karadağ**, s. 698. Kamu alacaklarının kanunla konulmasının ve kanunda öngörülen belirli şartların gerçekleşmesi ile alınmasının, idarenin keyfiliğine karşı kişilere hukukî güvenlik sağladığı yönündeki görüşü için bkz. **Gök**, s. 411.

⁵⁵ Örneğin, Devletin bir vergi koyması demek, kişinin malvarlığının konulan vergi miktarı kadar olan kısmından yoksun kalması anlamına gelir. Vergilendirme, tüm ekonomik menfaatler anlamında mülkiyet hakkına bir müdahaledir. Bu konudaki görüşleri için bkz. **Yaltı Soydan**, s. 105.

⁵⁶ **Sancakdar**, s. 64; **Gözler**, s. 87; **Erdoğan**, s. 66; **Taylar**, s. 199; **Coşkun Karadağ**, s. 720, 721.

⁵⁷ **Gözübüyük**, s. 27; **Sancakdar**, s. 63. Bu konuda ayrıca bkz. **Başaran Yavaşlar**, s. 403, 404.

⁵⁸ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 92.

ç. Temel Hak ve Özgürlüklerin Gözetilmesi

aa. Genel Olarak

Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği" kenar başlığını taşıyan 12'nci maddesinin ilk fıkrasında "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*" denilmektedir. Bu hüküm sayesinde temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması amaçlanmıştır. Anayasa aynı zamanda Devletin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma konusunda üzerine aldığı amaç ve görevi 5'inci maddesinde "*Devletin temel amaç ve görevleri, ...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*" şeklinde belirtmektedir.

Temel hakların korunmasına ilişkin anayasal temelli düzenlemelerin hukuk devleti içinde her zaman gözetilmesi gereklidir. Çünkü hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklerin tanınıp koruma altına alındığı bir devlettir. Kamu icra hukuku gibi, Devletin zor kullanma yetkisinin bulunduğu, bireylerin malvarlığı ve kişilik haklarını doğrudan ilgilendiren bir alanın temel haklarla yakın ilişki içinde bulunmasının şüphe götürmez bir gerçek olması karşısında; Devletin yasama, yürütme ve yargı organları, kamu icra hukukuyla ilgili konularda temel hak ve özgürlükleri mutlak olarak gözetmek durumundadır⁵⁹. Özellikle de kamu menfaatinin üstün tutulması anlayışının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin göz ardı edilmesi tehlikesini barındırmasından dolayı, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin temel hak ve özgürlüklere uygun olarak yorumlanması, bu doğrultuda kamu borçlusunun menfaatlerinin korunması gereğinin de göz önünde bulundurulması büyük önem taşımaktadır⁶⁰.

⁵⁹ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 21, 22.

⁶⁰ **Gök**, s. 416. Kamu yararı, bireysel çıkardan farklı olup, onun üstünde veya dışında bir yararı ifade eder. Dolayısıyla bireysel yararlar kamu yararı çelişebilir ve bu noktada önemli olan husus, bu çelişkinin hangi araçlarla ve hangi kurallarla uzlaştırıldığı ve dengelendiğidir. Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Yaltı Soydan**, s. 113.

Kamu icra hukuku hemen hemen tüm temel hak ve özgürlüklerle az ya da çok ilişki içerisinde olmakla birlikte, Anayasa’da yer alan kimi temel hak ve özgürlükler ile doğrudan sıkı bir bağlantıya sahiptir. Buna göre; Anayasa’da Başlangıç kısmında yer verilen insan onurunun korunması, 21’inci maddedeki konut dokunulmazlığı, 23’üncü maddedeki yerleşme ve seyahat özgürlüğü⁶¹, 35’inci maddedeki mülkiyet hakkı, 36’ncı maddedeki hak

⁶¹ Kamu icra hukukunda güvence önlemleri arasında idari işlemle getirilen ve tahsil açısından etkili bir yöntem olan yurtdışına çıkış yasağı uygulamaları, kamu alacağının tahsili aşamasında yerleşme ve seyahat özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi nedeniyle tartışma konusu olmuştur. Bu süreçte Pasaport Kanunu’nun 22’nci maddesinde yer alan yurtdışına çıkış yasağı düzenlemesi, Anayasa Mahkemesi tarafından “... yurt dışına çıkış yasağının hukukiliğine ilişkin olarak, yasağın süresi, borcun tutarı, hesaplanması, kesilmesi ve zamanaşımı bakımından öngörülebilirliğin ve belirliliğin oranlılık sorunu ile yakından bağlantılı olduğu; vergi tutarının yüksekliği ile sağlanmaya çalışılan kamu yararı arasında bir denge gözetilmesi gerektiği, oranlılık değerlendirmesini içermeyen yasak işleminin Sözleşmeye aykırılık oluşturduğu, keyfiliğe karşı yeterli düzeyde usul güvencesinin yasayla verilip verilmediği, yasağın gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olmamasının seyahat özgürlüğünün ihlali anlamına geleceği...” gerekçesiyle iptal edilmiştir [Bkz. AnyM. 18.10.2007 tarih ve E. 2007/4, K. 2007/81, (RG. 08.12.2007 - 26724)]. Anayasa Mahkemesi’nin Pasaport Kanunu’nda yer alan bu düzenlemeyi iptal etmesinden sonra 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun’da ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’a yurtdışı çıkış tahdidi başlıklı 36/A maddesi ihdas edilmiştir. Bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararındaki gerekçeleri dikkate alınmış ve buna göre yurtdışına çıkış tahdidi yeniden düzenlenmiştir. Ancak Anayasa’nın 23’üncü maddesi, 12.09.2010 tarihli değişikliklerle “Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hakim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Yapılan bu değişikliklerle Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 36/A maddesinde getirilen düzenleme de Anayasa’ya aykırı hale gelmiştir. Bunun neticesinde 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile birlikte Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 36/A maddesi yürürlükten kaldırılarak yurtdışına çıkış yasağı kurumu mevzuattan çıkarılmış ve böylece değişiklik sonrasında Anayasa’nın 23’üncü maddesi karşısında meydana gelen Anayasa’ya aykırılık durumuna son verilmiştir. Artık kamu icra hukukunun yerleşme ve seyahat özgürlüğü açısından doğrudan sınırlayıcı bir etki doğuracak uygulaması bulunmamaktadır.

arama özgürlüğü, 41'inci maddedeki ailenin korunması ile 49'uncu maddede yer alan çalışma hakkı bu kapsamda sayılabilir. Çalışmanın devamında da bahsi geçen her bir temel hak ve özgürlük ile kamu icra hukuku arasındaki ilişki açıklanmaya çalışılacaktır.

bb. İnsan Onurunun Korunması

Anayasa'nın Başlangıç kısmının 6'ncı paragrafında; “Her Türk vatandaşının... hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” vurgulanmıştır. Her ne kadar bir temel hak mı yoksa onun üstünde ve ötesinde bir değer ölçüsü mü olduğu konusunda görüş birliği bulunmasa da, tüm insan haklarının ortak gayesinin, insanın insan olarak onurlu bir hayat sürdürmesini sağlamak olduğu düşünüldüğünde, insan onurunun korunması kuşkusuz diğer temel haklardan önce gelmektedir⁶².

İnsan onuru, tüm diğer alanlarda olduğu gibi kamu icra hukukunda da mutlak olarak göz önünde tutulmalı, insan onurunu zedeleyecek uygulamalardan imtina edilmelidir. Bu çerçevede borçlu, kendisi ve ailesinin hayatını sürdüreceği düzeyde temel ihtiyaçlarını karşılayabilecek ve geçimini sağlayabilecek durumda kalmalıdır. Bu yönde Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da çeşitli hükümler yer almaktadır. Örneğin, “Tecil” başlığını taşıyan 48'inci maddede yer verilen ve kamu borcunun vadesinde ödenmesinin veya haczin yapılmasının veyahut haczedilen malların paraya çevrilmesinin borçluyu çok zor duruma düşürecek olması halinde, alacaklı kamu idaresi veya yetkili kılacağı makamlar tarafından kamu alacağının tecil olunabileceğine ilişkin düzenleme insan onurunu doğrudan ilgilendirmektedir. Benzer şekilde 50'nci maddedeki borçlunun eşi veya kanunda sayılan yakınlarının ölümü halinde takibin geri bırakılması ile 70'inci maddedeki haczedilemeyecek malların belirlenmesi de insan onurunun korunmasına yönelik düzenlemelerdir⁶³.

⁶² **Özekes**, s. 110. Birey hak ve özgürlüklerinin özünü insan onuru kavramının oluşturduğu, hukukun, insan onuruna saygı göstermek zorunda olduğu bir hukuk düzeninde, hukuk devletinin gözetilmesinin de şart kılınmış olduğu yönündeki görüşü için bkz. **Gül**, s. 194, 195.

⁶³ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 113-117.

Ancak insan onurunun korunması için düzenlemelerin getirilmesi tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda cebrî icra faaliyeti esnasında da insan onurunun korunmasına dikkat edilmelidir. Çünkü Devlete cebir yetkisinin tanınması, kesinlikle borçların tahsilinde, borçlunun kişi varlığı üzerinde cebir kullanmak suretiyle borcun ifasını sağlamak veya insan onuruna aykırı muamele yapmak anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un zor kullanmaya ilişkin 80'inci maddesi eleştiriye açıktır. Hüküm uyarınca, hiçbir mahkeme kararına dayanmaksızın bir kimseye ait kilitli ve kapalı yerlerin zorla açtırılması, gerekirse kilidin kırılabilmesi, haczedilen malların zorla alınmasında hal ve durumun gerektirdiği her türlü zora başvurulması ve borçlunun üzerinde bulunan malları alabilmek için borçluya karşı kuvvet kullanılması mümkündür. Bu hüküm insan onurunu zedeleyebilecek nitelikte olup, cebrî icra faaliyeti sırasında ölçülülük ilkesine de uygun şekilde kullanılmalıdır⁶⁴.

cc. Konut Dokunulmazlığının Korunması

Esasında insan onurunun korunması ile de ilgisi bulunan ve kamu icra hukuku alanında gözetilmesi gereken bir diğer temel hak da Anayasa'nın 21'inci maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığıdır. İlgili hükümde; "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usûlüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim'in onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." denilmektedir. Anayasa'da güvence altına alınan konut dokunulmazlığının korunması, daha çok ceza hukuku veya idare hukuku alanlarında uygulama sahası bulmuş, diğer hukuk alanlarında uygulanması üzerinde durulmamıştır. Halbuki devlet gücünün ortaya çıktığı, cebrî icra faaliyetinin gerçekleştirildiği, temel haklara müdahale edildiği kabul edilen

⁶⁴ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 98-99.

bir alanda, ortaya çıkacak tehlikenin ve sakıncanın ceza hukukuyla aynı olmasa da, azımsanmayacak ölçüde olacağı açıktır⁶⁵. Bu bakımdan 21'inci maddenin koruması, kamu icra hukuku alanında da geçerli olmalıdır. Çünkü konut dokunulmazlığının korunmasının altında yatan temel anlayış benzer niteliktedir. Öncesinde Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlığı altında da değinildiği gibi, Anayasa hükümleri hem diğer hükümlerden önce gelmektedir hem de bağlayıcı niteliktedir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, konut dokunulmazlığına ilişkin Anayasal hüküm, kamu icra hukuku bakımından cebir yetkisinin kullanılması da düşünüldüğünde muhakkak göz önünde bulundurulmalıdır. Zira kamu icra hukuku alanında da borçlunun konutuna veya işyerine girilebilmekte ve hatta öncesinde de belirtildiği üzere, gerekirse kilitli ve kapalı yerler zorla açtırılarak mallarına el koyma yetkisi tanınabilmektedir. Oysa, ceza muhakemesinde bir kimsenin konutunda yapılacak aramanın dahi ancak hakim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emrini gerekli kılması karşısında, kamu icra hukuku açısından tahsil memurunun böyle bir karara gerek olmaksızın konut dokunulmazlığını ihlal edebilmesinin ve haciz işlemi yapabilmemesinin hukuk devleti bünyesinde izahı güçtür⁶⁶. Kaldı ki, konut dokunulmazlığına karşı bu şekilde gerçekleştirilen müdahale, aynı zamanda Anayasa'nın 20'nci maddesinde kabul edilen özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi sonucunu da doğuracaktır.

çç. Mülkiyet Hakkının Korunması

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35'inci maddesinde, herkesin mülkiyet hakkına sahip olacağı ve bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin dayanağını kanundan alması gerekir⁶⁷.

⁶⁵ Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 167 vd.

⁶⁶ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 170; **Çiftçi**, *Menfaat Dengesi*, s. 103, 104; **Gök**, s. 417, 418.

⁶⁷ Mevzuatta yapılan değişikliklerin gerekçesi olarak vergi alacağının tahsilinde etkinliğin sağlanması gösterilse de, getirilen değişikliklerin çoğunlukla tahsilatın hızlı ve kolay, mümkün olduğunca az hukukî engelle; yalnız hukuk devleti ilkesine aykırı ve ölçsüz şekilde olduğu yönündeki açıklamaları için bkz. **Yaltı**, s. 509, 510. Her vergi veya mali

Kamu borçlusunun borcunu rızası ile ödememesi halinde, kamu alacaklısın alacağını elde edebilmesi, borçlunun malvarlığına yönelmesi sayesinde mümkündür. Kamu icra hukukunda bir tarafta kamu alacaklısının alacağının tahsili, diğer tarafta ise kamu borçlusuna ve üçüncü kişilere yönelik hukuka aykırı müdahaleleri önleyerek mülkiyet haklarını korumak amaçlanmaktadır. Bu nedenle mülkiyet hakkının korunması, hem kamu alacaklısı hem de kamu borçlusu bakımından farklı görünümündedir⁶⁸. Kamu icra hukukunun, genel icra hukukundan bağımsız bir hukuk alanı olarak varlığını kabul ettirmesinin yegâne sebebi, kamu icra hukukuna esas teşkil eden takip konusudur. Çünkü kamu alacakları, nitelikleri gereği alelâde alacaklar olmayıp, korunmaya değer, Devletin mülkiyet hakkını teşkil eden alacaklardır. Bu açıdan asıl mülkiyet hakkı ihlale uğrayan, Devletin kendisidir⁶⁹. Bu nedenle cebren tahsil işlemleri esnasında yahut cebren tahsil süreci henüz başlamadan, alacağın tahsilini garanti altına almak ve takibin sonuçsuz kalmasını önlemek maksadıyla kabul edilen güvence önlemleri, Devletin mülkiyet hakkının korunmasına hizmet etmektedir⁷⁰.

Yalnız hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, alacaklının mülkiyet hakkının korunmasının yanında, gerek borçlunun gerekse üçüncü kişilerin mülkiyet haklarına yapılan ölçüsüz müdahalelere de engel olunmalıdır. Zira malvarlığına el atılması, borçlunun hayat alanını tamamen yok edecek ve malvarlığını olduğundan daha fazla değersizleştirecek bir sonuç doğurmamalıdır⁷¹. Bu bağlamda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinde belirtilen, kamu alacağına yetecek miktarın dışındaki malvarlığının tahsil dairesince haczedilememesi ile aynı maddenin son fıkrasında yer alan, tahsil dairesinin, alacaklı kamu idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğunca dengelemekle yükümlü olduğu yönündeki

yüküm ile mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusu olacağı için, mülkiyet hakkının vergilendirme işlemlerine karşı en duyarlı haklardan biri olduğu yönündeki görüşü için bkz. **Demirbaş Aksüt**, s. 286.

⁶⁸ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 182; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 349.

⁶⁹ **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 330.

⁷⁰ Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 613; **Dönmez**, İhtiyatî Haciz, s. 12; **Gerçek**, s.15, 16.

⁷¹ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 185.

hükümler mülkiyet hakkının korunması gereğinin bir sonucudur. Üçüncü kişilerin mülkiyet haklarını korumak amacıyla da Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 66 vd. maddelerinde istihkak prosedürü getirilmiştir⁷².

dd. Hak Arama Özgürlüğü

Hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri de bağımsız ve adil yargılama yapan mahkemelerin mevcudiyeti ve buna anlam kazandıracak olan hak arama yolunun açık olmasıdır. Anayasa Mahkemesi de hak arama özgürlüğünün önemini, “*diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte, aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracı*” olduğu şeklinde vurgulamaktadır⁷³.

Soyut ve objektif bir korunma hakkını ifade eden hak arama özgürlüğü, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*” şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın “*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*” kenar başlıklı 40'inci maddesinde yer alan, “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*” hükmü de hak arama özgürlüğünün zorunlu bir unsuru olan etkin hukukî korumanın menşeiini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, hukukî dinlenilme ile adil yargılanma hakkı sadece dava açmakla sınırlı düşünülmemelidir. Çünkü Anayasa'nın 40'inci maddesi bu konuda daha geniş bir açılım sunmaktadır⁷⁴. Dolayısıyla kişilerin dilekçe hakkını kullanma, şikâyet yoluna başvurma, düzeltme talebinde bulunma gibi başka hukukî yolları denemek suretiyle de haklarını aramaları mümkündür.

⁷² Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 186.

⁷³ Karar için bkz. AnyM. 14.01.2010 tarih ve E. 2009/27, K. 2010/9, (RG. 17.03.2010 - 27524).

⁷⁴ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 198. Bu konuda ayrıca bkz. **Erdoğan**, s. 181.

Kamu icra hukuku alanında da hak arama özgürlüğü haksız müdahalelere karşı korunma bakımından önem taşır. Bu anlamda Devlet, kişilere hak arama, hakların korunmasını ve adalete erişimi sağlama hususlarında pozitif yükümlülük altındadır. Kamu alacaklısına sağlanan hukukî imkânların yanında borçluya da savunma hakkı tanınmalı ve borçlunun menfaatleri de gözetilmelidir⁷⁵. Oysa genel icra hukukunda kabul edilen şikâyet yoluna başvurma hakkına, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer verilmemiş olması, özellikle alacaklının bizatihi kendisinin cebri icrayı yürüten tahsil organı olduğu düşünüldüğünde, Anayasa'nın 36'ncı maddesini ihlal eder niteliktedir⁷⁶. Burada bir konuya daha dikkat çekilmesinde fayda vardır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da kimi işlemlere karşı (Örneğin, Kanun'un 58'inci maddesindeki ödeme emrine itiraz)⁷⁷ vergi itiraz komisyonuna itirazda bulunabileceğinden bahsedilmektedir. Ancak söz konusu vergi itiraz komisyonları, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15'inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁸. Aradan geçen sürede Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yargı yoluna başvuru imkânlarını düzenleyen bu hükme ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum ise her ne kadar gönderilen ödeme emrinde yargı yoluna ilişkin bilgi bulunsa da etkin hukukî korumanın ve hak arama özgürlüğünün sağlanması bakımından eleştiriye açıktır⁷⁹.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer konu da Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesinin 5'inci fıkrasında getirilen ve ödeme emrine karşı açtığı davada haksız çıkan borçlunun, haksız çıktığı kısmı %10 zamla ödemesini öngören düzenlemedir. Ödeme

⁷⁵ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 128.

⁷⁶ **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 85.

⁷⁷ Konu ile ilgili açıklamaları için bkz. **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 105 vd; **Candan**, 269 vd; **Oktar**, s. 323, 324; **Tombaloğlu**, s. 259 vd.

⁷⁸ 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesi uyarınca itiraz komisyonu vergi mahkemesi, itiraz deyimi ise vergi mahkemesinde dava açılması anlamını taşımaktadır.

⁷⁹ **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 341. Konu ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 142 vd; **Candan**, s. 108 vd.

emrine karşı yargı yoluna gitmeyi engellemeyen; ancak zorlaştıran ve caydırıcı etki yaratan bu hüküm ile kanun koyucunun kamu alacaklısının alacağını vadesinde tahsil edememekten kaynaklanabilecek muhtemel bir zararının gecikme zammı ile karşılanabileceği yolunda bir kabul içinde olduğu görülmektedir. Ancak ödeme emrine karşı dava açılmasının takip ve tahsil işlemlerinin kendiliğinden durması sonucunu doğurmaması karşısında, ödeme emrine karşı dava açılmasının tek başına kamu alacaklısını zarara uğrattığından söz edilemez. Bu bağlamda Kanun'un öngördüğü haksız çıkma zammı, tahsilatın gecikmesinden ziyade, dava açılmak suretiyle mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesinin bir yaptırımını olarak nitelendirilebilir⁸⁰. Anayasa'nın 36'ncı ve idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirten 125'inci maddeleri dikkate alındığında, bir hukuk devletinde kişilerin idarenin işlemlerine karşı yargı yoluna başvurmadan kaçınmasına neden olabilecek düzenlemelerin bulunmaması gerekir. Bu çerçevede, ödeme emrine karşı yargı yoluna başvurulmasını açık bir şekilde engellemese de, ödeme gücü olmayan mükellefler ve çok yüksek meblağlar bakımından fiilen güçleştiren haksız çıkma zammının hak arama özgürlüğüne aykırılık taşıdığı söylenebilir⁸¹.

ee. Diğer Temel Hak ve Özgürlükler

Kamu icra hukuku ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili diğer temel hak ve özgürlüklerden ailenin korunması ile çalışma hakkına ilişkin hükümler Anayasa'da sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlendiği için Devlete bu konuda olumlu görevler düşmekte; dolayısıyla alınacak tedbirlerle bu hakların güçlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, Devlet tarafından asgari geçim indirimine ilişkin olarak getirilecek düzenlemelerle aile korunacaktır⁸². Kamu icra hukuku açısından da sadece borçlunun değil, aynı zamanda onun ailesinin de korunması gerekir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un haczedilemeyecek malları sıralayan 70'inci maddesi borçlunun ailesinin ihtiyaçları da dikkate alınarak hazırlanmıştır. Keza

⁸⁰ **Kumrulu**, s. 666; **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 159; **Dönmez**, Haciz, s. 135.

⁸¹ **Kumrulu**, s. 666; **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 159, 160. Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Akkaya**, s. 342-347; **Yakar**, s. 194-196.

⁸² **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 44.

Kanun'un aynı maddesindeki kişinin mesleği için zorunlu alet ve edevatının haczedilememesi çalışma hakkının tezahürü olarak kabul edilebilir. Borçlunun ibadete mahsus kitap ve eşyasının haczedilmezliği de Anayasa'nın 24'üncü maddesindeki din ve vicdan özgürlüğünün bir görünümüdür⁸³.

d. Kanun Önünde Eşitliğin Sağlanması

Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi uyarınca, 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.

Anılan maddenin son fıkrası, Devletin bütün organlarını eşitliğe uygun davranmaya zorlar. Sadece yasama organı ve kanunlar değil, Devletin bütün organları ve işlemleri bu ilkeye uygun olmak zorundadır⁸⁴. Bu çerçevede kamu icra hukukunun Anayasa'nın 10'uncu maddesi kapsamında kanun önünde eşitliği sağlayacak düzenlemeler içermesi gerekmektedir⁸⁵. Bu yönde tahsil organları da gerek alacaklı ile borçlu arasında gerekse diğer ilgililer arasında eşitlik ilkesini gözetmekle yükümlüdür. Özellikle alacaklının aynı zamanda tahsil organı olarak borçluya karşı takip prosedürünü işletme yetkisini haiz olmasından dolayı, borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin ihlal edilmemesine özen gösterilmelidir. Ancak takip sürecinde, bir tarafın menfaatinin diğerine göre daha fazla korunması gerekebilir. Bu durum çatışan menfaatlerin dengelenmesi gereğinin ortaya çıkardığı doğal bir sonuç olmakla beraber, bunun takip sürecinde tek bir tarafın menfaatlerinin korunması şeklinde, eşitlik ilkesine aykırı bir hal alması kabul edilemez. Dolayısıyla işin mahiyeti gereği, çatışan menfaatlerin dengelenmesi için belirli

⁸³ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özekes**, s. 227.

⁸⁴ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 121. Bu konuda ayrıca bkz. **Özbudun**, s. 153; **Erdoğan**, s. 174; **Öden**, s. 137.

⁸⁵ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51'inci maddesinde yer alan ve vadesinde ödenmeyen kamu alacağına, vadeyi izleyen günden itibaren uygulanan gecikme zammının vergilendirmede eşitliği sağladığı şeklindeki görüşü için. bkz. **Ateş**, s. 152.

takip süreçlerinde veya işlemlerinde diğer tarafın menfaatleri öncelikli olarak gözetilebilir. Eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayan bu durumda, menfaat dengesinin kurulması için takibin bazı süreçlerinde, bir tarafın menfaatlerinin diğerine göre öncelikli gözetilmesi ile bu durumun eşitliğe aykırı bir hal alması arasındaki sınırın Anayasa'nın ruhuna uygun olarak çizilmesi gerekir⁸⁶.

Kanun önünde eşitliğin sağlanması bakımından değinilmesi gereken bir başka husus, Devletin takip yapmadan önce başka alacaklıların takip yapması halinde duruma göre rüçhanlı veya imtiyazlı alacaklı olarak kendisini koruması; buna karşılık Devletten alacaklı bir kimsenin devlet mallarını haczettirememesidir⁸⁷. Aslında devlet mallarının haczedilemeyeceği kuralı, normal işleyen bir Devlet mekanizmasında kabul edilebilir niteliktedir. Zira hukuk devleti olmanın gereği, Devlet, borçlarını öder. Dolayısıyla bu durum tek başına kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez⁸⁸. Bunun

⁸⁶ Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 71.

⁸⁷ Devlet mallarının haczedilememesinin temelinde kamu düzenini ve kamu yararını koruma düşüncesinin yattığı ve Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceğini varsaymak gerektiği yönündeki görüşü için bkz. **Dönmez**, Haciz, s. 161.

⁸⁸ Devlet ile bireyin eşitliği, kamu görevlileri ile kişilerin aynı yetkilere sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda kanun önünde eşitlik, Devlet organlarının ve kamu görevlilerinin yetkilerinin kanunla belirlenmesini, hukuka aykırı davranışlarının yargısal denetimini ve yetkilerini hukuka aykırı olarak kullananların sorumlu tutulabilmelerini ifade etmektedir. Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Öden**, s. 139. Anayasa Mahkemesi de devlet mallarının haczedilmezliğinin kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını şu gerekçeye dayandırmaktadır: “Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin kural, Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceği ve bunun hukuk devletinin gereği olduğu esasına dayanır. Devlet mallarının haczi, bu malların kullanma biçimini değiştireceğinden, devletin malvarlığında ve mali hukukta sürekliliğe engel olarak, kamu yararına zarar verir. Uyuşmazlık konusu olayda, borcun hiç ödenmemesinden değil, bütçe olanaklarına göre yılını aştığı için gecikerek ödemenin sağlanacağından söz edilmektedir. Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı önde geldiğine göre, bir alacaklının kişisel çıkarı için devlet mallarının haczi, diğer bir deyişle, özel yararın kamu yararına yeğlenmesi (tercih edilmesi) söz konusu olamaz... Devletin varlığını sürdürebilmesi ve yargı ve cebrî icra görevi de içersinde olmak üzere, kamu hizmetlerini yürütebilmesi için yapılan bu düzenleme, kamu yararını gerçekleştirilmeye yönelik olup, haklı bir nedene dayandığından, Yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.” AnyM. 21.10.1992 tarih ve E. 1992/13, K. 1992/50, (RG. 30.06.1993-21623).

haricinde ise, bu kural kaldırılmasa bile mutlak ve kesin sınırlarının çizilerek, en azından belirli bir süre ödenmeyen kamu borçları için çözüm üretilmesi, bunun mümkün olmaması halinde ise devlet malının hazineye izin verilmesi yerinde olacaktır. Aksi halde, kişilerin gücü hiçbir zaman Devletle karşılaştırılabilecek düzeyde olmayacağı için, oluşacak dengesizliğin açıklanmasını hukuk devleti kavramı içinde yapmak güçleşecektir⁸⁹.

C. Sosyal Devlet

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 2'nci maddesinde sıralanan Cumhuriyetin nitelikleri arasında Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal devlet, sosyal adalet ile sosyal güvenliği sağlamak ve herkes için insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü devlettir⁹⁰. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında sosyal hukuk devleti için; “...İnsan haklarına saygılı, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan ve insanca yaşamalarını sağlayan, işsizliği önleyen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi kuran devlettir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını ve işlemlerini gerekli kılar. Sosyal hukuk devletinde kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla olanaklıdır.” açıklamasını yapmıştır⁹¹.

⁸⁹ Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Özkes**, s. 194 vd; **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 72 vd.

⁹⁰ **Özbudun**, s. 140. Sosyal devlet, genel olarak kişilerin sosyal durumlarını iyileştirmeyi, onlara insanca bir yaşayış düzeyi sağlamayı, onları sosyal güvenliğe kavuşturmayı kendisi için ödev bilen devlettir. Tanım için bkz. **Gözübüyük**, s. 34. Benzer ifadeler için bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 102, 103; **Erdoğan**, s. 242.

⁹¹ AnyM. 16.11.2000 tarih ve E. 2000/26, K. 2000/48, (RG. 15.03.2002 - 24696); “Anayasa'nın 2'nci maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin sadece hukuk devleti değil, aynı zamanda, sosyal devlet olduğunu belirlemiştir. Hukuk devletinin ileri aşaması, bu ilke

Sosyal devletin amaçlarını ve içeriğini belirlemek için Anayasa'nın 2'nci ve diğer bazı maddeleri yol gösterici niteliktedir. Bunlar içinde Anayasa'nın 5'inci maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri; "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" şeklinde açıklanmıştır. Anayasa'nın Başlangıç kısmının 6'ncı paragrafında getirilen "Her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" kuralı ile 10'uncu maddedeki kanun önünde eşitlik ilkesi de Anayasa'nın benimsediği sosyal devlet ilkesinin amaçlarını belirginleştiren diğer hükümlerdir⁹². Sosyal devletin bu anayasal hedeflerine ulaşmasının çeşitli araçları vardır ve vergilendirmede sosyal adalet ilkelerinin gözetilmesi de bunlardan biridir⁹³. Bu doğrultuda kamu yararı amacına hizmet edilmeli ve getirilen düzenleme aynı zamanda bu amacın gerçekleştirilmesi açısından makul ve orantılı bir araç olmalıdır⁹⁴.

ile sağlanır. Bu ilke, bireyin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasına Devletin, sosyal adalet gereklerince olanak sağlamak yükümlülüğünü içerir. Sosyal devletin temel amaç ve görevleri, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır." AnyM. 07.11.1989 tarih ve E. 1989/6, K. 1989/42, (RG. 06.04.1990- 20484). Hukuk devletinin, sosyal devlet tabanında yükselen bir yapı olduğu yönündeki görüşü için bkz. **Ökçesiz**, s. 55. Hukuk devleti ile sosyal devlet ilişkisi için bkz. **Gül**, s. 213-217.

⁹² **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 103; **Gören**, s. 16. Bu konuda ayrıca bkz. **Özbudun**, s. 137 vd; **Erdoğan**, s. 243.

⁹³ **Özbudun**, s. 146; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 103; **Gözler**, s. 78; **Ateş**, s. 114; **Coşkun Karadağ**, s. 700. Sosyal devlette gelir ve servet eşitsizliklerini azaltmada en önemli rolün vergi politikasına ait olduğu yönündeki görüşü için bkz. **Demirbaş Aksüt**, s. 275. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve mali politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır. Adil ve dengeli bir vergi politikası sosyal devletin vazgeçemeyeceği ilkelerden birisidir." Karar için bkz. AnyM. 24.06.1993 tarih ve E. 1992/29, K. 1993/23, (RG. 23.12.1999-23915).

⁹⁴ **Yaltı**, s. 515.

Sosyal devlet, herkese insan onuruna yaraşır, asgari bir hayat seviyesi sağlamayı amaçlar. Ayrıca sosyal güvenliği sağlama ile gelir ve servet dağılımındaki adaletsizlikleri gidermek de sosyal devlet ilkesinin başlıca unsurları arasındadır⁹⁵. Örneğin, çalışma hakkının tanınması ve mülkiyet hakkının korunması sosyal devlet anlayışının yansımasıdır. Sosyal devlet ilkesi, bir Anayasa emri ve kanun koyucunun kendi imkânları çerçevesinde yerine getirmeye mecbur olduğu bir düzen içerdiği için, devlet hareket etmekle yükümlü kılınmıştır⁹⁶.

2. Kamu İcra Hukuku Bakımından Sosyal Devlet

Kamu icra hukuku işlemleri bireylerden meydana gelen toplumu ilgilendirmesi nedeniyle sosyal devlet ilkesiyle iç içedir. Sosyal Devlet ilkesinin kamu icra hukuku alanında sahip olduğu önem yadsınamaz bir gerçek olduğu için, ilkenin gereklerinin yerine getirilmesi şarttır. Zira sosyal devlet, doğrudan insan onuru ile de ilişki içindedir ve bu durum kişinin varlığı ve kişiliğinin korunması bakımından da önem taşır⁹⁷. Dolayısıyla borçlu ve ailesinin topluma muhtaç hale getirilmemesi ile borçlunun çalışma hakkını elinden alacak, zedeleyecek tedbirlerin alınmaması sosyal devlet anlayışının kamu icra hukuku alanında doğurduğu en önemli sonuçlardır⁹⁸.

Bu bağlamda sosyal devlet olmanın bir gereği olarak kamu icra hukukunda birtakım sınırlamalara yer verilmiştir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 48'inci maddesinde düzenlenen ve kamu borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haczedilmiş malların paraya çevrilmesi kamu borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, alacaklı kamu idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca kamu alacağının 36 ayı geçmemek üzere tecil edilebilmesi; 49'uncu maddede yer alan ve idare tarafından tecil edilmiş alacak hakkında, yargı organı tarafından tecil süresinden daha kısa bir tehir kararı verilmesi halinde, tecil olunan alacağın

⁹⁵ Gözübüyük, s. 34; Sancakdar, s. 69, 70; Gözler, s. 75 vd; Demirbaş Aksüt, s. 275. Bu konuda ayrıca bkz. Göze, s. 135 vd.

⁹⁶ Göze, s. 118, 119; Gören, s. 48; Sancakdar, s. 68. Benzer ifadeler için bkz. Gözübüyük, s. 36; Gül, s. 214.

⁹⁷ Özekes, s. 222; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 75.

⁹⁸ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 74-76.

icranın tehiri süresinin sonundan tecil süresi sonuna kadar olan zaman içinde taksite bağlanarak alınması; 50'nci maddede yer alan, ölüm halinde takibin geri bırakılması; 78'inci maddede hüküm altına alınan, Güneşin batmasından doğmasına kadar geçen süre içinde ve tatil günlerinde haciz yapılamaması; 70'inci maddede haczedilemeyecek malların tespit edilmesi, borçlunun tüm mallarının haczedilememesi, haczedilen malların keyfi şekilde satılamaması aynı zamanda insan onurunun da korunmasına hizmet eden kamu icra hukuku sınırlamalarına örnek olarak gösterilebilir. Bunun gibi, Kanun'un 71'inci maddesindeki gelirlerin üçte birinden fazlasının, asgari ücreti aşmayan aylık gelirlerinin ise onda birinden fazlasının haczedilememesi sosyal devlet anlayışının kamu icra hukukunda görülen bir diğer sonucudur⁹⁹.

Yukarıda da görüldüğü üzere, sosyal devlet ilkesi daha çok borçlu bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Çünkü kamu alacağını tahsil edebilmek adına borçlunun elinden her şeyinin alınması, sosyal devlet anlayışının gerekleriyle ters düşecek, borçluyu topluma muhtaç hale getirecek ve bu da sosyal devletin görevi olan, kişiye insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyinin sağlanması şartını ihlal edecektir. Bu durum ayrıca bir eliyle alan Devleti, aldığını diğer eliyle vermeye mecbur kılacaktır. İnsan onurunun korunması, tüm diğer temel haklardan önce gelmektedir. Haczedilmezlik kuralları buna bir ölçüde mani olmaktadır. Şayet borçlunun bu sınırların dışında kalan mallarının haczi mümkün olup, gerçekleştirilecek bu haciz işlemi borçluyu yine topluma muhtaç hale düşürecekse, bu duruma da Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinin son fıkrasında düzenlenen "*Tahsil dairesi alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir.*" hükmü izin vermemektedir. Tahsil dairesinin alacaklı kamu idaresi ile borçlunun menfaatleri dengeleme yükümlülüğü, sosyal devlet anlayışının gereklerini yerine getirmeye hizmet etmekte, borçluyu topluma muhtaç duruma düşürmekten kurtarmaktadır. Bu çerçevede tahsil dairesinin kendisine tanınan takdir yetkisini kullanırken sosyal devlet anlayışının gereklerini de dikkate alması gerekir¹⁰⁰.

⁹⁹ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özkes**, s. 224-226; **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 75-78.

¹⁰⁰ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 77. Bu konuda ayrıca bkz. **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 349.

Ç. Ölçülülük İlkesi

1. Genel Olarak

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ve Anayasa'da belirtilen sınırlama sebeplerine dayanılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında öngörülen amaç ile sınırlandırılan hak arasındaki dengeye ilişkin olan ölçülülük ilkesi, kaynağını temel hak ve özgürlüklerin kural, sınırlamanın ise istisna olmasından almaktadır¹⁰¹. İlke, temel hak ve özgürlüklerin, sınırlama sebebinde yer alan amaca ulaşabilecek ölçüde sınırlandırılmasını gerektirir. İlkenin temelinde yatan düşünce, hukukî ilişkilerin adaletli, dengeli ve orantılı bir şekilde düzenlenmesidir¹⁰². Bir sınırlamanın ölçülülük ilkesi açısından geçerli olabilmesi için, başvuru aracının, sınırlamayı gerçekleştirmeye elverişli ve sınırlama açısından gerekli olması ile amaç ile ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gerekir¹⁰³.

Ölçülülük ilkesi kuşkusuz Devletin tüm organlarının uyması gereken bir ilkedir. Yasama sürecinde, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ilkeye uyulması bireyler açısından önemli bir güvence oluşturur. Aynı şekilde idarenin de faaliyetlerinde ölçülü olması gerekmektedir¹⁰⁴. İlke, idareye hareket serbestisi sağlayan idarenin takdir yetkisine de yön vermektedir. Kendisine tanınan takdir yetkisini belirlenen sınırlar içinde kullanma yetkisine sahip olan idare, işlemlerini ölçülü bir şekilde yapmak durumundadır. Bu bağlamda tahsil dairesi, kendisine verilen yetkileri kullanırken ölçülülük ilkesini gözetmek durumundadır.

Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki temel hak ve özgürlüklere müdahalede genel sınırlama sebebi olan ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere müdahale durumunda kullanılacak bir ölçü norm niteliğinde olduğundan, cebri icra faaliyeti bakımından dikkate alınmalıdır¹⁰⁵. Bunun yanında tahsil dairesinin faaliyetlerini ölçülü olarak yürütmesi gerekmektedir. Zira ölçü-

¹⁰¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 154. Bu konuda ayrıca bkz. Oğurlu, s. 21; Metin, s. 187.

¹⁰² Metin, s. 19; Oğurlu, s. 24-26.

¹⁰³ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 154-155; Kaboğlu, s. 382; Gözler, s. 131; Erdoğan, s. 198. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Metin, s. 26-39; Oğurlu, s. 36-39.

¹⁰⁴ Oğurlu, s. 31.

¹⁰⁵ Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 125.

lülük ilkesi, hem hukuk normlarının konulmasında hem de bu normların uygulanmasında dikkate alınması gereken bir ilkedir¹⁰⁶.

2. Kamu İcra Hukuku Bakımından Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, kamu icra hukukunda dikkat edilmesi ve gözetilmesi gereken başlıca anayasal ilkelerden biridir. Cebri icra hukukunda gerek kural getirilirken, gerekse kural uygulanırken, menfaat dengesinin gözetilmesinin gereği olarak, arada bir dengenin kurulması şarttır¹⁰⁷. Ancak diğer taraftan da menfaat dengesi ile yakın ilişki içinde bulunan ölçülülük ilkesinden yararlanılmalıdır. Menfaat dengesi ile ölçülülük ilkesi bakımından getirilen kural, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddenin 6'ncı fıkrasındaki "*Tahsil dairesi, alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir.*" hükmüdür. Zaten kamu icra hukukunda her ne pahasına olursa olsun kamu alacağının tahsil edilmesi yoluna gidilmesi de mümkün değildir. Çünkü, kamu alacakları kamu idarelerinin gelir kaynağını oluşturduğu için, kamu idarelerinin kendi gelir kaynaklarını tüketmemek adına borçluların mevcut borcun ödenmesinden sonraki durumlarını da düşünmeleri lazımdır¹⁰⁸.

Bir müdahale ve zor kullanma hukuku olan cebri icra hukukunda, Devlet müdahalesinin gerçekleştiği ve bu müdahalenin artık borçlunun özgürlük alanına yöneldiği durumlarda ölçülülük ilkesi büyük önem taşımaktadır. Özellikle idarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda ölçülülük ilkesi, takdir yetkisine sahip olan idari organların araç ile amaç arasında uygun bir ilişki kurmasını sağlayarak, kişileri bu organların keyfi işlemlerinden korumayı amaçlar. Kamu alacağının cebren tahsil edilmesi sırasında uygulanan tedbirlerin ve yapılan işlemlerin birçoğu temel haklara

¹⁰⁶ **Metin**, s. 20. İlkeye uyması gerekenin öncelikle yasama organı olmakla birlikte, ilkenin idarenin tüm faaliyetlerine de hakim olması gerektiği yönündeki görüşü için bkz. **Oğurlu**, s. 34.

¹⁰⁷ Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Özkes**, s. 205, 206. Vergilerin ödenmesini sağlamak için gerekli görülen yasaları çıkarma hakkının meşruiyet temelini, bireye bireysel ve aşırı yük getirmemesi olduğu şeklindeki görüşü için bkz. **Yaltı Soydan**, s. 106.

¹⁰⁸ **Karakoç**, Vergi Hukuku, s. 600; **Dönmez**, Haciz, s. 161; **Gerçek**, s. 14; **Öner**, s. 146.

müdahale oluşturduğu için, kuralın konulması ve uygulanması aşamasında gerçekleştirilmek istenen amaçla, kullanılan araç ve yöntemin ölçülü olması gerekli ve zorunludur. Tahsil dairesi, alacaklı kamu idaresi ile borçlunun menfaatleri arasında denge kurmalı, ölçülülük ilkesine uygun davranmalı, küçük bir alacak için borçlunun önemli malvarlığı değerlerini haczetmemelidir. Keza borçlunun haczi kabil başka malvarlığı değerleri bulunmasına rağmen haciz memurunun kilitli yerleri ve dolapları zorla açtırarak içindekileri haczetmek istemesi veya borçlunun üzerini aramak istemesi ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki tahsil dairesine verilen söz konusu yetkinin dayandığı Kanun'un 80'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki, "*Haczolunan malların zorla alınmasında hal ve durumun gerektirdiği her türlü zora başvurulabilir.*" hükmü, ölçülülük ilkesinin uygulama alanının öncelikle kanun yapılırken düşünülmesi gerektiğine açıkça dikkat çekmektedir. Kanun koyucunun yetkiyi hal ve durumun gerektirdiği her türlü zora başvurma şeklinde vermesi, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gibi, sakıncalı durumlara da sebebiyet verebilecektir. Cebri icrada kullanılacak araçların vereceği zarar, elde edilecek yarardan daha fazla olmamalı, elde edilecek yarar, verilecek zararın üzerinde olmalıdır. Bu sebeple Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da da borçlunun malvarlığının sınırsız şekilde haczedilerek satılmasına izin verilmemiş, hiçbir alacak kişinin yaşam hakkından daha üstün olamayacağı için, borçlunun hayatını devam ettirebilmesini sağlayacak malların haczedilmesinin önüne geçilmek istenmiştir¹⁰⁹. Öncesinde de bahsi geçen haczedilmezlik kuralları, başta insan onurunun korunması ve sosyal devlet ilkesi olmak üzere birçok temel hak ve ilkenin yanında, ölçülülük ilkesi ile de yakından ilgilidir¹¹⁰.

Benzer şekilde Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinin 4'üncü fıkrasındaki hükme göre, haczedilen bir taşınmaz henüz artırmaya çıkartılmadan, borçlu, borcun ödenmesine yetecek taşınır mal ya da vadesi gelmiş, Kanun'daki ifade ediliş biçimiyle "sağlam", bir

¹⁰⁹ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Özkes**, s. 207 vd.; **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 125 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 352. Borçlunun alacağa yetecek kadar malı haczedilirken, yokluğu borçluya en az yük getirecek, haczi ve paraya çevrilmesi en kolay malların öncelikle tercih edilmesi gerektiği yönündeki görüşü için bkz. **Dönmez**, Haciz, s. 146.

¹¹⁰ Bu konudaki açıklamaları için bkz. **Özkes**, s. 219.

diğer ifadeyle, tahsilinde tereddüt oluşturmayacak bir alacak gösterirse, taşınmaz üzerindeki haciz devam etmekle birlikte, gösterilen taşınırın veya alacağın haczi yoluna gidilecektir. Bu sayede hem alacaklıya sağlanan güvence devam etmekte hem de borçlunun borcunu ödemesinde kolaylık gösterilerek taşınır malın veya alacağın haczi ile yetinilerek malvarlığının daha az zarar görmesi sağlanmaktadır. Aynı maddenin 3'üncü fıkrasındaki düzenleme ile de borçlu tarafından başkasına ait olduğu söylenen veya üçüncü kişiler tarafından üzerinde hak iddia edilen malların haczinin en son yapılacağı belirtilerek, çekişmeli malların haczi sonraya bırakılmıştır. Bu sayede üçüncü kişilerin menfaatleri de dikkate alınmaktadır. Menfaatler değerlendirilmeden ölçülülük ilkesinin uygulanması imkânsızdır¹¹¹. Ölçülülük ilkesinin gözetilmesiyle, kamu icra hukuku alanında söz konusu olabilecek menfaat ihlalleri en aza indirilebilecektir.

SONUÇ

Birbirini tamamlayan Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleri uyarınca, Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olup, kanunların Anayasa'ya aykırı olması mümkün değildir. Diğer tüm hukuk dallarında olduğu gibi, kamu icra hukukunda da Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü mutlaklıdır. Dolayısıyla Cumhuriyet'in nitelikleri arasında gösterilen insan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk devleti olmanın yansıması olarak, kamu icra hukuku alanında getirilecek olan düzenlemelerin de insan haklarının korunmasını sağlaması ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin gereklerini taşıması şarttır. O zaman cebrî icra sisteminin Anayasa'nın esaslarıyla uyum içerisinde olduğu söylenebilecektir.

Ne var ki, uzun bir süredir yürürlükte bulunan Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile düzenlenmeye çalışılan cebren tahsil süreci, günümüz şartlarına göre yetersiz, hatta hukuk devleti açısından hak ihlallerine sebep olabilecek düzenlemeleri barındırmaktadır. Şu durumda cebrî icra hukukunun, temel hak ve özgürlüklere hem hukuken hem de fiilen müdahale edilen bir alan oluşu düşünüldüğünde, kamu alacağının tahsil

¹¹¹ Genel icra hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. **Çiftçi**, *Menfaat Dengesi*, s. 128.

edilmesi gereği karşısında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin göz ardı edilmesi her şeyden önce anayasaya aykırılık oluşturacaktır. Zira anayasalar günümüzde kişinin temel hak ve özgürlüklerini güvenceye bağlayan, bu amaçla siyasal iktidara sınırlar getirip, Devletin siyasi ve hukukî temel düzenini belirleyen bir toplum sözleşmesi özelliğini taşımaktadır. Bu bakımdan kişilik ve kişiliğe bağlı değerlerin ve malvarlığı değerlerinin korunması ile cebrî icranın müdahaleci özelliği arasındaki hassas dengenin, insan haklarına saygılı bir hukuk devleti içerisinde sürekli gözetilmesi gerekmektedir. Bu sürekliliği sağlayabilmek ve hukuk devleti anlayışını her alanda geliştirebilmek için mevzuat ve uygulama sıklıkla gözden geçirilmeli ve gerektiğinde bu alanlarda değişiklikler yapılabilmelidir.

Kaynakça

Kitaplar :

- Ateş**, Leyla; Vergilendirmede Eşitlik, (Derin Yayınları), İstanbul 2006.
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin; Vergi İcra Hukuku, (Celepler Matbaacılık), Afyonkarahisar 2012.
- Candan**, Turgut; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun, (Maliye ve Hukuk Yayınları), Ankara 2007.
- Çağan**, Nami; Vergi Hukukunda Süreler, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 389), Ankara 1975, (Süreler).
- Çağan**, Nami; Vergilendirme Yetkisi, (Kazancı Matbaacılık), İstanbul 1982, (Vergilendirme Yetkisi).
- Çelik**, Binnur; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), Ankara 2002.
- Çiftçi**, Pinar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, (Adalet Yayınevi), Ankara 2010, (Menfaat Dengesi).
- Dönmez**, Recai; Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu ile Takip, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2005, (Haciz).
- Dönmez**, Recai; Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz, (Anadolu Üniversitesi Yayınları), Eskişehir 1998, (İhtiyatî Haciz).
- Erdoğan**, Mustafa; Anayasa Hukuku, 4. Baskı, (Orion Yayınevi), Ankara 2007.
- Gerçek**, Adnan; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, (Ekin Yayınevi), Bursa 2010.
- Göze**, Ayferi; Sosyal Devlet Sistemi, (İstanbul Üniversitesi Yayınları), İstanbul 1976.
- Gözler**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 9. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2010.

- Gözübüyük**, A. Şeref; Yönetim Hukuku, 29. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2010.
- Gül**, Cengiz; İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, (Adalet Yayınevi), Ankara 2010.
- Güneş**, Gülsen; Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2011.
- Kaboğlu**, İbrahim Ö.; Anayasa Hukuku Dersleri, 7. Baskı, (Legal Kitapevi), İstanbul 2011.
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 6. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2012, (Vergi Hukuku).
- Karakoç**, Yusuf; Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Uyuşmazlıklar).
- Metin**, Yüksel; Ölçölülük İlkesi, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2002.
- Oğurlu**, Yücel; Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçölülük İlkesi, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2002.
- Oktar**, S. Ateş; Vergi Hukuku, 9. Baskı, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2013.
- Öden**, Merih; Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, (Yetkin Yayınları), Ankara 2003.
- Öncel**, Muallâ/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 21. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2012.
- Öner**, Erdoğan; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2012.
- Öz**, Ersan; Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergilendirme Sistemi, (Gazi Kitabevi), Ankara 2004.
- Özbudun**, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013.
- Özeker**, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, (Adalet Yayınevi), Ankara 2009.
- Sancakdar**, Oğuz; İdare Hukuku, 4. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2014.

Serim, Nilgün; 6183 Sayılı Kanunda Amme Alacaklarının Korunması, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2007.

Tanör, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi; Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2012.

Taş, Metin; Vergi İcra Hukukunda Haciz, (Ekin Kitabevi) Bursa 2000.

Tombaloğlu, Mustafa Lütfi; Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2011.

Makaleler :

Akkaya, Mustafa; “Haksız Çıkma Zammı ve Anayasaya Uygunluğu”, (Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 339-347).

Aliefendioğlu, Yılmaz; “Hukuk - Hukukun Üstünlüğü - Hukuk Devleti”, (Ankara Barosu Dergisi, 2001/2, s. 29 - 68).

Alpaslan, Mustafa; “6183 Sayılı Yasa Hükümlerine Göre Vergi Dairesi Müdürleri ile Vergi Dairesi Başkanlarının İhtiyati Haciz - Tahakkuk Konusundaki Yetki Karmaşası Nedir?”, (Mali Hukuk Dergisi, C. 8, S. 94, Ekim 2012, s. 17-22).

Başaran Yavaşlar, Funda; “Vergisel Düzenin ve Vergi Adaletinin Sağlanmasında Donanımlı Anayasa Dışında Gerekenler”, (Anayasa’dan Mali ve Vergisel Beklentiler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 397-405).

Coşkun Karadağ, Neslihan; “Hukukî Güvenlik İlkesinin Vergi Planlamasında Taşıdığı Anlam Üzerine Bir Değerlendirme”, (Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Ankara 2009, s. 693-745).

Çiftçi, Pınar; “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, Y. 2010, Basım Yılı: 2012, s. 313-379) (Karşılaştırma).

Demirbaş Aksüt, Burcu; “Vergi Yargılaması Hukukunun Anayasal Temelleri”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, Y. 2010, Basım Yılı: 2012, s. 257-312).

- Gök**, Özgecan; “Kamu İcra Hukukunda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi ve Anayasaya Uygunluğu: Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, Y. 2010, Basım Yılı: 2012, s. 381-433).
- Gören**, Zafer; “Sosyal Devlet”, (Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 1-49).
- Karakoç**, Yusuf; “Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 153, Haziran 2001, s. 116-135) (Kamu İcra Hukuku).
- Karakoç**, Yusuf; “Türk Hukuku’nda Vergi Kanunlarının Anayasa’ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, (Anayasa Yargısı Dergisi, C. 13, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1996, s. 249-373) (Yargısal Denetim).
- Kumrulu**, Ahmet G.; “Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım”, (Prof. Dr. Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 460, Ankara 1981, s. 647-668).
- Ökçesiz**, Hayrettin; “Hukuk Devleti Olgusu”, (HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları: 4, Hukuk Devleti, 1998, s. 44-56).
- Şener**, Hasan; “6183 Sayılı Kanunun Uygulama Sorunları ve Yapılan Son Değişiklikler”, (Maliye Dergisi, S. 70, Temmuz - Ağustos 1984, s. 14-19).
- Taylar**, Yıldırım; “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi”, (Vergi Dünyası, S. 307, Mart 2007, s. 196-214).
- Yaltı**, Billur; “Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35”, (Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 507-536).
- Yaltı Soydan**, Billur; “Mülkiyet Hakkı Versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı”, (Vergi Dünyası, S. 227, Temmuz 2000, s. 103-114).

Yakar, Soner; “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunda Anayasaya Aykırı Bir Zam: Haksız Çıkma Zammı”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 250, Temmuz 2009, s. 186-198).

Yılmaz, Serdar; “Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 4, Y. 2012, s. 1437-1503).

KAMU İCRA HUKUKUNDA KAMU ALACAĞININ TAHSİLİNE ETKİ EDEN SUÇLAR (AATUHK m.110-114)

*Arş. Gör. İsa BAŞBÜYÜK**

GİRİŞ

Bu çalışma, ilk iki bölümü daha önce yayımlanan Kamu İcra Suçları serisinin son bölümüdür. İlk bölümde “**Sırrın İfşası Suçu**”¹, ikinci bölümde “**Artırmaya Katılmak ve Mal Satın Almaktan Yasaklılık Suçu**”² ele alınmıştır. Bu çalışmada ise, AATUHK m. 110 ile 114 arasında düzenlenen suçlar incelenecektir. Söz konusu suç tipleri, kamu alacağının etkili bir şekilde tahsilini sağlamaya yönelik ortak özellikleriyle ön plana çıktığından, bu suçları Kamu Alacağının Tahsiline Etki Eden Suçlar üst başlığıyla ele alacağız.

A. Hukuki Düzenleme

Kamu alacağının tahsil aşamasını olumsuz yönde etkileyen ve bu yönüyle kamu düzenini bozucu nitelik arz eden fiiller 6183 sayılı Kanun’un 110 ile 114 maddeleri arasında beş ayrı suç şeklinde düzenlenmiştir. Bunlar;

Kanun’un 110. maddesinde, “**Kamu Alacağının Tahsiline Engel Olma**” suçu yer almaktadır.

Amme alacağının tahsili için hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak maksadıyla mallarından bir kısmını veya tamamını,

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

¹ Bkz. **Başbüyük**, İsa; “Kamu İcra Suçları - I: Sırrın İfşası Suçu (AATUHK m.107)”, Ceza Hukuku Dergisi, S: 20, 2012.

² Bkz. **Başbüyük**, İsa; “Kamu İcra Suçları -II-: Artırmaya Katılmak ve Mal Satın Almaktan Yasaklılık Suçu (AATUHK m.108)”, Ceza Hukuku Dergisi, S: 23, 2013.

1. Mülkünden çıkararak, telef ederek yahut değerden düşürerek gerçek surette,

2. (Değişik bent: 23/01/2008-5728 S.K./162.mad) Gizleyerek, kaçırarak muvazaa yolu ile başkasının uhdesine geçirerek veya aslı olmayan borçlar ikrar ederek, yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette, varlığını yok eder veya azaltır ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmezse altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kanun'un 111. maddesinde "**Gerçeğe Aykırı Mal Bildiriminde Bulunma**" suçuna yer verilmiştir:

Bu Kanuna göre istenen mal bildirimini gerçeğe aykırı surette yapanlarla, yaşayış tarzları mal bildirimine uymayanlar üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kanun'un 112. maddesinde "**Mal Edinme ve Artmalarını Bildirmeme**" suçu düzenlenmiştir:

Usulü dairesinde mal bildiriminde bulunduktan sonra, edinilen mallarla, her türlü mallarında, kazanç ve gelirlerinde olan artmaları 61 inci madde hükümleri gereğince zamanında bildirmemek suretiyle amme alacağıının tahsilini engellemiş veya zorlaştırmış olanlar bir seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kanun'un 113. maddesinde amme borçlusuna ait ellerinde bulundukları malları bildirmeyenler bakımından, "**Kamu Borçlusuna Ait Malları Bildirmeme**" suçu düzenlenmiştir.

Amme borçlusuna ait ellerinde bulundurdukları malları 55 inci maddenin son fıkrası gereğince yapılan talebe rağmen bildirmeyenler altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kanun'un 114. maddesinde, istenecek bilgileri vermeyenler bakımından ise "**İstenecek Bilgi ve Belgeleri Vermeme**" suçu düzenlenmiştir.

Kendisine ödeme emri tebliğ olunan ve malı olmadığı yolunda bildirimde bulunan amme borçluları bu bildirim ile birlikte veya bildirim tarihinden itibaren 15 gün içinde:

1. En son kanuni ikametgah ve iş adreslerini,

2. Varsa devamlı mükellefiyetleri bulunan diğer tahsil dairelerini ve amme idarelerini ve bunlardaki hesap ve kayıt numaralarını bildirmek, nüfus kayıt suretini vermek mecburiyetindedirler.

(Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./166.mad) Bu vazifeyi makbul bir özre dayanmadan zamanında yerine getirmeyenler elli güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü üzere, sırrın ifşası ve artırmaya katılma ve mal almaktan yasaklılık suçunda farklı olarak, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da kamu alacağıın tahsili aşamasını ilgilendiren dört farklı suç tipine yer verilmiştir. Korunun hukuki yararlarıdaki benzerlik dolayısıyla, her bir suç tipinin unsurlarını, farklılıklarına dikkat çekmek suretiyle aynı başlık altında inceleme yoluna gideceğiz.

B. Korunan Hukuki Yarar

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 1. maddesinden de anlaşılacağı üzere kamu alacağı, “**kamu hizmetlerinin finansmanı amacıyla**” ve kamu gücüne dayanılarak konulan mali yükümlerden kaynaklanan, kamu idarelerinin bütçelerinde yer alan ve idari işlemler aracılığıyla tahsil edilebilen gelirlerdir³. Tanımı da açıkça göstermektedir ki, kamu alacağı, niteliği ne olursa olsun⁴, kamunun kamusal hizmetlerini yerine getirebilmesi için önem arz eden bir gelirdir. Dolayısıyla, böyle bir gelirin cebren tahsili aşamasında gerçekleştirilmesi muhtemel gelir kaybına yol açacak bazı fiillerin ceza hukuku yoluyla korunması gerekmektedir. Buna göre, kamu alacağıın tahsili aşamasında işlenen suçlarla, kamu hizmetlerinin finans kaynaklarının, yani kamu düzeni ve kamu yararını olduğunu belirtmek gerekir⁵.

³ Karakoç, Genel Vergi, s. 591. Ayrıca bkz. Kumrulu, s. 654; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 159. Gülseven, s.21; Gerçek, s. 2-3.

⁴ Asli kamu alacağı, Fer'i kamu alacağı ve devletin hizmetlerinden doğan kamu alacağı konusunda ayırım için bkz. Karakoç, Genel Vergi, s. 594-599. Ayrıca bkz. Gülseven, s. 21 vd.; Özbacı, s. 48 vd.

⁵ Pınar /Bacaksız, s. 115.

C. Suçun Maddi Unsurları

1. Fail

6183 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen kamu alacağının tahsiline engel olma suçunda, “*hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu*”dan söz edilmiştir. Burada karşımıza iki önemli nokta çıkmaktadır. Suçun faili **(1) Kamu borçlusunu olmalı, (2) Bu borçlu hakkında takip işlemlerine başlanmış olmalıdır**. Bu iki özelliğe sahip olmayan kimsenin, tipte yer alan hareketleri gerçekleştirmesi halinde cezalandırılması mümkün değildir.

Kamu borçlusunu, 6183 sayılı Kanun'un 3. maddesinde kamu alacağını ödemek mecburiyetinde olan hakiki ve hükmi şahıslar ve bunların kanuni temsilci veya mirasçıları ve vergi mükellefleri, vergi sorumlusu, kefil ve yabancı şahıs ve kurumlar temsilcileri olarak ifade edilmiştir⁶. Fakat kişilerin tek başına bu sığata sahip olması yetmez, aynı zamanda bu kimselere karşı takip muamelelerine başlanmış olması gerekmektedir. Örneğin, vergi borcu muaccel olmuş fakat henüz hakkında 6183 sayılı Kanun çerçevesinde takip işlemlerine başlanmamış olan bir kimsenin, mallarını kaçırmaması kamu alacağının tahsiline engel olma suçunu oluşturmayacaktır. Nitekim, burada her ne kadar bir kamu borçlusunu olsa ve kamu borçlusunun yapmış olduğu fiil tipte yer alan fiillere uysa da, kamu borçlusunu henüz hakkında takip işlemi başlatılmış bir kimse olmadığı için fail sıfatını taşıyamamaktadır. Hatta borçlu daha sonra takip işlemlerinin başlayacağını bilerek tipte yer alan davranışları gerçekleştirse dahi, bu suçun faili olarak ele alınamayacaktır⁷.

Takip işlemleri, ödeme emriyle başlar⁸. Buna göre, ödeme emrinin tebliğ edildiği kamu borçlusunu, artık hakkında takip işlemleri başlatılmış bir

⁶ Kamu borçlusunu kural olarak vergi yükümlüsü olmakla birlikte; vergi sorumlusu, vergi cezası muhatabı, parafiskal yükümlünün borçlusunu da kamu borçlusunu olarak nitelendirilebilmektedir. Bu nedenle kamu borçlusunu kavramı vergi yükümlüsü kavramından daha geniş kapsamlı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta Bkz. **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s. 602. Ayrıca bkz. **Çelik**, s. 38; **Bayraklı**, s. 16-17; **Tuncer**, s. 257.

⁷ Bkz. **Akmansu**, s. 318; **Yılmaz**, s. 1057; **Pınar/Bacaksız**, III, s. 116.

⁸ Bkz. **Kuru**, İcra ve İflas, s. 580; **Mutluer**, s. 343; **Samlioğlu/Özbalcı**, s. 552; **Özbalcı**, s. 55; **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 105; **Oktar**, s. 301-302. Tarh ve tahakkuktan sonra

kamu borçlusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, ödeme emrinin tebliğinden önceki süreçte, kamu borçlusunun söz konusu suçun faili olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, bir görüşe göre ödeme emrinin tebliği aşamasından önce, 6183 sayılı Kanun'un 13 ile 17 maddelerinde düzenlenen ihtiyati haciz ile ihtiyati tedbir işlemlerinin başlatılmasının da aynı suç tipi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹. Biz bu görüşe iştirak etmemekteyiz. Şöyle ki, ihtiyati haciz kamu alacağının ödenmesini ya da tahsilini güvence altına almak amacıyla, kanunda belirtilen sebeplere dayanarak, kamu borçlusunun bazı mal, alacak ve haklarına önceden idari bir kararla el konulmasıdır¹⁰. İhtiyati tahakkuk ise, Vergi Daireleri İşlem Yönergesinde, ileride tahakkuk edecek olan vergi alacağının önceden tahsil güvenliğini sağlamak için yapılan tahakkuk şeklinde açıklanmıştır¹¹. Görüldüğü üzere hem ihtiyati haciz hem de ihtiyati tahakkuk henüz başlamamış olan **cebrî tahsil işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini** sağlamaya yönelik, diğer bir ifadeyle tahsil aşamasının güvence altına alınarak, kamu borcunun tahsilinin kolaylaştırılması amacıyla hizmet eden tedbirler olarak karşımıza çıkmaktadır¹². İhtiyati haciz tedbirinin takip işlemi olup olmadığı noktasında çeşitli tartışmalar vardır¹³. Her ne kadar ihtiyati haczi bir takip işlemi olarak kabul etsek dahi, kanun koyucu suç tipinde “*alacağın tahsili için*” ifadesine yer vererek, gerçekte icra takibinin başlamasını ara-

vadesinde ödenmeyen kamu alacağı için ödeme emri çıkartılır; borçluya tebliğ edilir. Borçlunun tutumuna göre ya borç kalkar (ödeme) ya da alacaklı kamu idaresi cebrî tahsil yollarına başvurur (bkz. **Kumrulu**, s. 661). Ödeme emri, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamu alacağının tahsili amacıyla sahip buldukları bu imkânın ilk aşamasını oluşturmaktadır (bkz. **Candan**, s. 258). Bu bakımdan, söz konusu aşamadan önceki işlemleri, takip işlemi olarak nitelendirmek mümkün değildir.

⁹ **Pınar/Bacaksız**, s. 116.

¹⁰ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 609. Ayrıca bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 167; **Mutluer**, s. 329; **Oktar**, s. 281; **Özbalcı**, s. 202 vd.; **Gerçek**, 139.

¹¹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 591. Ayrıca bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 167; **Mutluer**, s. 328; **Oktar**, s. 283; **Özbalcı**, s. 253 vd.; **Gerçek**, 149.

¹² Güvence amacı taşıyan ihtiyati haciz, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamaya yönelik tedbirdir. Bkz. **Kuru**, İcra ve İflas, s. 900.

¹³ İhtiyati haczin takip işlemi olmayıp, emniyet işlemi olduğu yönünde bkz. **Özgürol**, s. 42 vd.; **Tanrikulu**, s. 48; **Gerçek**, s. 138-139; İhtiyati haczin takip işlemi olduğu yönünde **Uyar**, C: IV, s. 2510; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 42; **Akdeniz**, s. 200-201.

mıştır. Yani alacağı tahsile yönelik takip işlemlerinin, diğer ifadeyle icra takibinin başlatılması gerekmektedir. BİR TEDBİRİN TAKİP İŞLEMİ OLMASI BAŞKA, İCRA TAKİBİ OLMASI BAŞKA BİR HUSUSTUR¹⁴. Zaman aşımının kesilmesi gibi bir takım sonuçların doğması bakımından ihtiyati haciz tedbirine sonuç bağlanmış olsa da, bu tedbirin doğrudan alacağı tahsil amacı taşıdığı ve cebri icra takibini başlattığı söylenemez. Kaldı ki, 6183 sayılı Kanun sistematüğinde, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkukun cebri tahsil işlemlerinin düzenlendiğı “AMME ALACAĞININ CEBREN TAHSİLİ” başlıklı ikinci kısımda yer almayıp, bu kurumlara daha önce yer verilmesi de, vardığımız sonucun bir diğer gerekçesi olarak ele alınabilir.

Yine, 111. maddedeki gerçeğe aykırı bildirimde bulunma, 112. maddedeki mal edinme ve artmalarını bildirmeme, 114. maddedeki istenecek bilgi ve belgeleri vermeme suçları da yalnızca hakkında takip başlatılan kamu borçlusunu tarafından işlenebilir. Fakat 115. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, “*Bu suçlar bir hükmi şahsın idare ve muamelelerini görme sırasında işlenmiş ise ceza, hükmi şahsın ortaklarından, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından idare meclisi reis ve azasından, murakıp ve müfettişlerinden veya müstahdemlerinden muameleyi yapmış olanlar hakkında hükmolunur.*” Şu halde kamu borçlusunu tüzel kişi adına hareket eden kimseler, kamu borçlusunu sıfatına sahip olmasalar da, yapmış olduğı fiillerden kamu borçlusunuymuş gibi sorumlu tutulabilecektir. Örneğinin bir anonim şirket yönetim kurulu üyesi, şirketin vergi borcu nedeniyle başlatılan takipte gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunursa, kendisi kamu borçlusunu olmasa da, 111. maddede düzenlenen suçtan sorumlu tutulabilecektir.

Diğer taraftan 113. maddede düzenlenen kamu borçlusunu aitt malları bildirmeme suçu “**herkes**” tarafından işlenebilir. Nitekim kanun koyucu burada faili bakımından bir özellik aramamış, kamu borçlusunu aitt bir malı elinde bulundurup da bilmeyen¹⁵ herkesi suçun faili olarak tanımlamıştır.

¹⁴ **Özekes**'in de ifade ettiğı gibi, ihtiyati haczin bir takip hukuku müessesesi olması ile icra takibi müessesesi olmasını birbirinden ayırt etmek gerekir. İhtiyati haciz takip hukukunun içinde yer alan bir tedbir olmakla birlikte bizzatihi alacağı tahsile yönelik “**İCRA TAKİBİ**” değildir (Bkz. **Özekes**, İhtiyati Tedbir, s. 45-46).

¹⁵ Vadesi gelmesine rağmen borcunu ödemeyen kamu borçlusunu 6183 sayılı Kanun'un 55. maddesi uyarınca ödeme emri düzenlenip, tebliğ edilirken, aynı zamanda kamu

2. Mağdur

Kamu hizmetlerinin finansmanını oluşturan kamu alacağıın gerektiği gibi tahsil edilmesini amaçlayan söz konusu suçlar, sırrın ifşası ve artırmaya katılmak ve mal satın almaktan yasaklılık suçlarında olduğu gibi, kamu yararı ve düzeni korumayı amaçladığı için, bu suçların mağdurunun da toplum olduğunu söyleyebiliriz¹⁶.

3. Eylem

a. Kamu Alacağıın Tahsiline Engel Olma Suçu Bakımından (m. 110)

Kamu alacağıın tahsiline engel olma suçunda eylem unsuru kamu borçlusunun, mallarını;

- Mülkünden çıkarmak, telef etmek veya değerini düşürmek,
- Gizlemek, muvazaa yoluyla başkasının mülkiyetine geçirmek, varlığını yok etmek veya gerçeğe aykırı surette varlığını yok etmek veya azaltmak şeklinde ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, kamu borçlusunun borcunu tahsil etmek için kullanılacak mallarının azaltılması veya yok edilmesi suç olarak düzenlenmiştir¹⁷. Kamu borçlusu malını satabilir ya da olmayan borca karşılık vermiş gibi gösterebilir yahut her ikisini de yapmış olabilir. Bu yönüyle 110. maddede suç seçimlik hareketli bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Elbette ki, suç tipinde gösterilen hareketin yapılmış olması tek başına yeterli değildir. Kanun koyucu bu suçta “kamu borcunu karşılamaya yetmemesi” neticesinin gerçekleşmesini aramıştır. Dolayısıyla seçimlik hareketli olarak

borçlusuna ait malları elinde bulunduran üçüncü kişilerden bu malları 7 gün içerisinde bildirmeleri istenir. İşte bu bildiriye yerine getirmeyen kişiler, 113. madde kapsamında fail olarak sorumlu tutulabileceklerdir.

¹⁶ Kamu alacağıın tahsiline ilişkin suçların mağdurunun maliye hazinesi olduğu yönünde bkz. **Pınar/Bacaksız**, s. 117.

¹⁷ Burada kamu alacağıın tahsiline imkan bırakmamak üzere yapılan muamelelerin geçersizliğini hükme bağlayan 6183. sayılı Kanun’un 30. maddesinin de bir nevi cezaı yaptırımını oluşturmaktadır. (Karış. **Pınar/Bacaksız**, s. 119.)

düzenlenen bu suç, ayrıca bir zarar neticesi de aradığı için “zarar suçu” olarak nitelendirilmelidir.

Gerçeğe aykırı suretle malı yok etmek, bir malın hukuken varlığına son vermek şeklinde anlaşılmalıdır. Örneğin, hukuka aykırı bir şekilde aldığı pert kaydıyla, aracını trafik sicilden terkin ettiren failin fiili bu kapsamda ele alınabilir.

Belirtmek gerekir ki, kamu borçlusunun malı teslim etmemesi tek başına bu suçu oluşturmaz. Örneğin, kamu borcu nedeniyle haczedilerek, kendisine yedi emin olarak bırakılan malı teslim etmeyen kamu borçlusu, “gizlemek, telef etmek, varlığını yok etmek vs.” gibi suç tipinde yer alan hareketleri gerçekleştirmediği için m. 110’daki suç oluşmayacaktır. Buna karşılık kendisine yediemin olarak bırakılan malı teslim etmeyen kimse, Türk Ceza Kanunu’nun 289. maddesinde düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçu çerçevesinde cezalandırılabilir¹⁸.

Yargıtay 2007 tarihli bir kararında kamu alacağının tahsiline engel olma suçunun oluşması için menkul mallara fiilen haciz konulması gerektiğini gerekçe göstererek, kendisine yediemin olarak bırakılan aracı teslim etmeyen failin fiilinin bu suça meydan vermediğini belirtmiştir. Ancak, suçun oluşması için “*alacağı tahsil amacıyla takip muamelelerine başlanmış olması*” yeterlidir. Karara konu olayda, suçun hareket unsuru gerçekleşmediği için tipiklik oluşmamaktadır. Bu nedenle karar sonuç itibariyle doğru olsa da, gerekçe itibariyle yanlıştır¹⁹.

¹⁸ “Kendisine yediemin sıfatıyla teslim edilen mahcuzları tebligata rağmen teslim etmeyen sanığın eylemi yedieminlik görevini suiistimal etmek suçunu oluşturduğu gözetilme-yerek yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır.” 7. CD., 22.2.2007, E. 2004/6412, K. 2007/1052, (www.kazanci.com). “Sanığın kayden haczedilen aracını 15 günlük süre-de teslim etmemesinin kanunda suç olarak tarif edilen eylemlere uymadığı için beraatine karar verilmesi gerekir.” 7. CD., 22.9.2004, E. 2003/9934, K. 2004/10052, (www.kazanci.com).

¹⁹ “Suçun oluşumu için menkul mallar açısından fiili haciz yapılmasının gerekli olduğu gözetilerek trafik kaydına haciz şerhi konulup fiilen haczedilen araçların idareye teslim edilmemesinden ibaret bulunan atılı suçun unsurları itibariyle oluşmadığı anlaşıldığından sanıkların beraatlerine karar verilmesi gerekir.” 7. CD., 13.3.2008, E. 2007/2848, K. 2008/4766, (www.kazanci.com).

Kanuni tamında bir suçun hangi tür hareketlerle işlenebileceğinin gösterildiği suçlara, bağlı hareketli suç denir²⁰. Bu bakımdan kamu alacağı'nın tahsiline engel olma suçu, seçimlik, bağlı hareketli bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

b. Gerçeğe Aykırı Bildirimde Bulunma Suçu Bakımından (m. 111)

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunda eylem unsuru,

- 6183 sayılı Kanun'a göre yapılması gereken mal bildirimini gerçeğe aykırı yapmak,
- Yaşayış tarzı mal bildirimine uymamak şeklinde gösterilmiştir.

Burada mal beyanında bulunmama durumu söz konusu olmayıp²¹, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma durumu vardır. Buna göre, mal beyanında bulunurken mal varlığını olduğundan az yahut çok gösteren kamu borçlusunun gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğunu söyleyebiliriz²². Diğer taraftan, “yaşayış tarzı mal bildirimine uymamak” da yaptırım altına alınmıştır. Kamu borçlusu, mal bildiriminde, yaşam tarzına göre geçim kaynaklarını göstermek zorundadır²³. Buna göre, kamu borçlusunun mal varlığı gerçekten bildirimde bulunduğu kadar olabilir. Fakat, borçlunun yaşayış tarzı söz konusu bildirimde uygun düşmeyebilir. Örneğin üzerine kayıtlı bir mal varlığı bulunmayan, aylık geliri 1000 TL olan kimsenin yine aylık 1000 TL kira gerektiren bir yerde oturması durumunda, kamu borçlusunun yaşayış tarzının mal bildirimine uymadığı söylenebilir²⁴. Bu noktada, borçlunun

²⁰ Özgenç, s. 161; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 210.

²¹ İcra ve İflas Kanunu'nda yer verilen mal beyanında bulunmama suçu, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bkz. Any, 28.02.2008, E: 2006/71, K: 2008/69.

²² Bkz. Yılmaz, s. 1063; Pınar/Bacaksız, s.120; Malların gerçek değerinden yüksek gösterilmesinin suç oluşturmayacağı konusunda karşı görüş için bkz. Candan, s. 598.

²³ Pınar/Bacaksız, s. 120. Bu kapsamda, mal bildirimini ile kamu borçlusunun yaşam tarzının ortaya konulması, mal bildirimini doğruluğunu ortaya koyacaktır. Bkz. Candan, s. 598.

²⁴ Candan, borçlunun mal bildirimini gerçeği yansıtmadığını veya yaşam tarzı ile mal bildirimini uyumsuz olduğunu kanıtlama yükünün tahsil dairesine ait olduğunu belirtmiştir (bkz. Candan, s. 598). Bu görüşü iki noktada eleştirmek gerekecektir: İlk olarak, bir suçun soruşturulması için basit şüphe yeterlidir (bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Muhakeme, s. 71). Dolayısıyla, kanıtlanmamış olsa da, ortada basit şüp-

yapmış olduğu harcamalar, kredi kartı ve fatura ödemeleri gibi bilgilerden yararlanılabilir. Eğer söz konusu bilgiler borçlunun yaşayış tarzının mal beyanına uymadığını gösteriyorsa, borçlu üçüncü şahısların yardımıyla yaşamını sürdürdüğünü ortaya koymadığı müddetçe²⁵, gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma suçundan cezalandırılabilir.

Görüldüğü üzere, bu suçla aslında idareye karşı yapılan bir hileli davranışlar yaptırım altına alınmıştır. Nitekim her iki hareket unsurunun temelinde de, gerçeğe bağdaşmayan bir mal bildirim söz konusudur. Suç tipinde bir zarar neticesi öngörülmediği için, mal bildiriminin gerçeğe aykırı suretle yapılması yeterlidir. Buna göre, mal bildiriminde bulunmama suçu “soyut tehlike” suçu olarak karşımıza çıkmaktadır.

c. Mal Edinme ve Artmalarını Bildirmeme Suçu Bakımından (m. 112)

6183 sayılı Kanun’un 112. maddesinde düzenlenen mal edinme ve artmalarını bildirmeme suçunun eylem unsuru, bu kanuna uygun bir şekilde mal bildiriminde bulunduktan sonra,

- Edinilen mallarla, her türlü mallarında, kazanç ve gelirlerinde olan artmaları 61 inci madde hükümleri gereğince zamanında bildirmek suretiyle,
- Kamu alacağının tahsilini engellemek veya zorlamak şeklinde düzenlenmiştir.

6183 sayılı Kanun’un 61. maddesinde, mal bildiriminde, malı olmadığını gösteren veyahut borca yetecek kadar mal göstermemiş olan borçlunun, sonradan edindiği malları ve gelirindeki artmaları, edinme ve artma tarihinden başlayarak 15 gün içinde tahsil dairesine bildirmeye mecbur

heyi haklı kılan olgular varsa, tahsil dairesi şikâyette bulunarak bu suçtan soruşturma başlatılmasını sağlayabilir. İkincisi, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi gereğince, ceza yargılamasında soruşturma ve kovuşturma organları res’en araştırma yaparak maddi gerçeği ortaya koymak zorundadır (bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Muhakeme, s. 71). Bu nedenle, mal bildiriminin gerçeği yansıtmadığının veya borçlunun yaşam tarzı ile uyumsuz olduğunun idare tarafından kanıtlanmasını beklemek yerinde değildir.

²⁵ Samhoğlu/Özbalcı, s. 554.

olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre, kanundaki 15 günlük süre içerisinde 61. maddedeki yükümlülüğünü yerine getirmeyen kamu borçlusunu cezalandırılabilir. Bu yönüyle mal edinme ve artmalarını bildirmeme suçunu, ihmali bir suç olarak nitelendirilmelidir²⁶.

Diğer taraftan, kamu alacağıın tahsilinin engellenmesi ve zorlanması suçunu netice unsuru olarak gösterilmiştir. Burada tahsilâtın engellenmiş olması şart olmayıp, tahsilâtın zorlanmış olması da suçun oluşması bakımından yeterlidir²⁷. Belirtmek gerekir ki, daha önce alacağıa yetecek miktarda mal bildiriminde bulunmuş olan kamu borçlusunun, bu suç kapsamında mal edinme ve artmalarını bildirme yükümlülüğü yoktur. Aynı şekilde borcuna yetecek miktarda mal bildiriminde bulunmayan kamu borçlusunu, daha sonra edineceği malların borcuna yetecek kadarını bildirmesi yeterli olup, bütün mal edinmelerini ve artmalarını bildirmek zorunda değildir. Nitekim 6183 sayılı Kanun m. 59/1 gereğince herkes borcuna yetecek miktarda mal bildiriminde bulunmakla yükümlü tutulmuştur. Buna nedenle bildirilen malların toplam miktarı, kamu alacağıın tahsiline yettiği müddetçe, mal artmalarının bildirilmemesi tahsilin “engellenmesi ve zorlanması” kapsamında değerlendirilmeyeceği için suçun netice unsuru gerçekleşmeyecektir.

ç. Kamu Borçlusuna Ait Malları Bildirmeme Suçu Bakımından (m. 113)

6183 sayılı Kanun’un 113. maddesinde düzenlenen kamu borçlusuna ait malları bildirmeme suçunun eylem unsuru, ellerinde bulundurdukları kamu borçlusuna ait malları 6183 sayılı Kanun’un 55. maddesi gereğince yapılan talebe rağmen bildirmemek şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kanun’un 55. maddesinin son fıkrasında “*Borcunu vadesinde ödemeyenlere ait malları elinde bulunduran üçüncü şahıslardan bu malları 7 gün içinde bildirmeleri istenir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Burada yapılan bildirim geçerli olması için talebin yazılı olması ve talebin içeriğinde bildirim 7 gün içinde yapılmasına yönelik bilginin bulunması yeterlidir²⁸.

²⁶ Pınar/Bacaksız, s. 121.

²⁷ Bkz. Candan, s. 599. Nitekim, madde metninde “veya” ifadesine yer verildiği için söz konusu neticelerden birinin gerçekleşmesinin yeterli olması aranmalıdır.

²⁸ Talepte ayrıca bildirim yapılmazsa 113. maddede belirtilen suçun oluşacağı bilgisinin de yer alması gerektiği konusunda bkz. Pınar/Bacaksız, s. 121.

Bildirimde bulunma yükümlülüğü getiren bu suç tipi de ihmali suç olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹. Ayrıca suç herhangi bir zarar neticesi arandığı için, bildirimde bulunmama suçunun soyut tehlike suçu olduğu söylenmelidir.

d. İstenen Bilgi ve Belgeleri Vermeme Suçu Bakımından (m. 114)

Nihayet 6183 sayılı Kanun'un 114. maddesinde düzenlenen istenen bilgi ve belgeleri vermeme suç tipinin eylem unsurunda, malî olmadığı yolunda bildirimde bulunan kamu borçlularının bu bildirim ile birlikte veya bildirim tarihinden itibaren 15 gün içinde:

- En son kanuni ikametgâh ve iş adreslerini,
- Varsa devamlı mükellefiyetleri bulunan diğer tahsil dairelerini ve amme idarelerini ve bunlardaki hesap ve kayıt numaralarını bildirmemek, nüfus kayıt suretini vermemek şeklinde düzenlenmiştir.

Bu suç tipi de ihmali bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰.

Ç. Manevi Unsur

Kamu alacağının tahsiline etki eden suçlarının manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Nitekim, bu suçların taksirli şekli kanunda ayrıca düzenlenmemiştir. Diğer taraftan kamu alacağının tahsiline engel olma suçunda “kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak maska-diyle” ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle söz konusu fiillerin işlenmesi suçun oluşması yetmez; fail olan kamu borçlusunun bu fiilleri işlerken tahsile engel olmak veya zorlaştırmak saikiyle hareket etmesi gerekmektedir.

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç bakımından özellik gösterecek herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır.

²⁹ Candan, s. 600.

³⁰ Pınar/Bacaksız, s. 121.

E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Kamu alacağı'nın tahsiline engel olma suçu zarar suçudur. Nitekim, suç tipindeki hareketlerin yapılması tek başına yeterli olmayıp, bu hareketler kalan malların “kamu borcunu karşılamaya yetmemesiyle sonuçlanmalıdır. Bu çerçevede başlatılan takip işlemleri neticesinde, kamu borcunun tahsili için gerekli olan nakit varlığını yurt dışına çıkarmak yahut bir yere gömmek üzere yakalanan kimsenin fiili teşebbüs aşamasında kalmış kamu alacağı'nın tahsiline engel olma suçunu oluşturacaktır³¹.

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu neticesi hareketine bitişik yani şekli bir suçtur. Teorik olarak, şekli suç da olsa hareketin neticelere bölünebildiği durumlarda teşebbüs gündeme gelebilir³². Fakat pratikte bu suça teşebbüs zor gözükmemektedir.

Mal edinme ve artmalarını bildirmeme, kamu borçlusuna ait malları bildirmeme suçu ile istenen bilgi ve belgeleri vermeme suçları saf ihmali suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Saf ihmali suçlar, kanunun kişiden icrai bir davranışta bulunmayı emrettiği suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır³³. Saf

³¹ Doktrinde *Pınar/Bacaksız*, suç tipindeki fiilleri gerçekleştirmesine rağmen malvarlığında borcunu karşılamaya yetecek miktarda ekonomik değer bulunan kişinin fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (bkz. **Pınar/Bacaksız**, s. 122). Bir fiilin teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilmesi için failin yapmış olduğu hareketin suç konusu üzerinde bir tehlike oluşturması ve bu tehlikenin önemsiz derecede olmaması gerekir (bkz. **Hakeri**, s. 432). Verilen örnekte, konunun elverişsiz olması, neticenin meydana gelmesine mani olmuştur. Bu çerçevede, kaçırılan miktar kamu alacağı'nın tahsilini tehlikeye düşürecek bir meblağa yaklaşıyorsa bu durumda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı tartışılabilir. Buna karşılık, kamu borcunun oldukça üzerinde mal varlığı olan kimsenin, el konulmasını istemediği bazı değerli tablolarını kaçırmaması yahut gizlemesi kamu alacağı'nın tahsiline engel olma suçuna teşebbüs olarak nitelendirilmemelidir. Diğer taraftan kaçırılan miktarın azlığı, failin suç işleme kastının ortaya konulmasını da güçleştirecektir.

³² Şekli suçlara da teşebbüsün mümkün olduğu konusunda bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 211.

³³ **Hakeri**, s. 140; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 208.

ihmali suçlarda netice ile hareket (yani hareketsizlik) bitişik olduğu için, bu suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmektedir³⁴.

2. İçtima

Kamu alacağının tahsiline engel olma suçunda, kamu alacağının tahsili için gerekli olan mal varlığının değişik zamanlarda birden fazla hareketle kaçırılması, gizlenmesi durumunda tek bir suçun varlığı kabul edilmelidir. Örneğin, önce değerli otomobilini gizleyen, sonrasında yazlığındaki ziynet eşyalarını bahçeye gömen kimsenin tek bir kamu alacağının tahsiline engel olma suçunu işlediğini kabul etmek gerekir. Bunun dışında diğer içtima şekillerinin bu suçlar bakımından bir özellik göstermediğini belirtebiliriz.

3. İştirak

Kamu alacağının tahsiline engel olma suçuyla, gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçuna azmettiren ve yardım eden şeklinde iştirak söz konusu olabilir.

F. Kovuşturma

6183 sayılı Kanun'un 115. maddesinin birinci fıkrasında, kamu alacağının tahsiline engel olma (m.110), gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma (m. 111), mal edinme artmalarını bildirmeme (m. 112), kamu borçlusuna ait malları bildirmeme (m. 113) ve istenecek bilgi ve belgeleri vermeme (m. 114) suçlarının, alacaklı kamu idaresinin o mahaldeki en büyük memurunun ihbarı üzerine Cumhuriyet Savcılığı tarafından takip olunacağı düzenlenmiştir. Buradaki "ihbar" ifadesinin ceza yargılaması hukukunda ne anlam ifade ettiğinin ortaya konulması gerekmektedir.

İhbar, re'sen kovuşturulan bir suçtan haberdar olan kimsenin adli makamlara durumu bildirmesidir³⁵. İhbar Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabileceği gibi Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmek üzere, valiliğe, kaymakamlığa veya mahkemeye de yapılabilir. Görül-

³⁴ Hakeri, s. 416; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 210; Özgenç, s. 427; Koca/Üzülmez, s. 399-400.

³⁵ Centel/Zafer, s. 86

düğü üzere, ihbar suç işlendiği izlenimini yaratan durumlardan, soruşturma makamlarını haberdar kılmak amacıyla yapılan bir bildirim olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönüyle ihbar bir muhakeme şartı (şikâyet, talep, izin gibi) olarak değerlendirilemez. Buna göre kendisine ihbar ulaşsın yahut ulaşmasın, suç işlendiği yönünde bilgiye ulaşan savcılık makamı gerekli soruşturmayı yapmak zorundadır. Hal böyle iken, kanun koyucunun 6183 sayılı Kanun'un 115. maddesinde alacaklı kamu idaresinin o mahaldeki en büyük memurunun ihbarını araması anlamsızlaşmaktadır.

Kanımızca alacaklı kamu idaresinin ilgili soruşturma süresinde etkin bir rol oynamasını gerekli gören kanun koyucu, söz konusu düzenlemeyle suç teşkil eden her fiilden ziyade yalnızca alacaklı kamu idaresinin kovuşturulmasında yarar gördüğü fiiller hakkında takibat amaçlamıştır. Nitekim maddenin düzenleniş şekline de anlaşıldığı üzere, burada bir muhakeme şartı olan **talebe (istem)**³⁶ yaklaşan bir durum söz konusudur. Bu bakımdan 6183 sayılı Kanun'un 115. maddesindeki kamu idaresinin ihbarı, talepte olduğu gibi bir muhakeme şartı olarak ele alınmalıdır. Buna göre Cumhuriyet savcılığı 6183 sayılı Kanun'un 110 ile 114. maddeleri arasında düzenlenen suçlardan dolayı soruşturma yapıp, kamu davası açabilmek için alacaklı kamu idaresinin o mahaldeki en büyük mülki memurun ihbarını beklemelidir.

SONUÇ

Kamu alacağı'nın tahsiline engel olma, gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma, mal edinme ve artmalarını bildirmeme ile istenecek bilgi ve belgeleri vermeme suçları hakkında takip başlatılan kamu borçlusu tarafından işlenebilmektedir. Şöyle ki, madde de "alacağı'nın tahsili için takip muamelesi" ifadesine yer verilmiştir. İhtiyati haciz bizzat alacağı tahsile yönelik bir işlem değildir. O halde kanun koyucu bun düzenlemeyle hakkında takip muame-

³⁶ Talep yetkili makam olan Adalet Bakanı'nın, yetkili savcıdan dava açılmasını istemesi şeklinde tanımlanmaktadır (bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Muhakeme, s. 124; **Öztürk/Erdem**, s. 94). Kanımızca talep, Adalet Bakanlığı'nın yetkili olduğu konularla sınırlandırılmamalıdır. Bir muhakeme şartı olan talep kurumu, farklılık arz etse de, bir nevi şikâyetin resmi şeklini oluşturmaktadır (Bkz. **Centel/Zafer**, s. 95). Bu nedenle, kanun koyucunun bazı suçlar bakımından Adalet Bakanı dışındaki kimselerin ihbarını araması, talebe yaklaşan bir şart olarak nitelendirilebilmelidir.

lelerine başlanmış borçluyu işaret etmektedir. Takibin başlamasından söz edilebilmesi için borçluya ödeme emri gönderilmiş olması gerekmektedir. Nitekim icra takibi ödeme emri ile başlar. Buna göre, hakkında ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk tedbirlerine başvuru borçlu söz konusu suçların faili olamaz.

6183 sayılı Kanun'un 110 ile 114. maddeleri arasında düzenlenen kamu alacağının tahsiline etki eden suçların, alacaklı kamu idaresinin o mahaldeki en büyük memurunun ihbarı üzerine Cumhuriyet savcılığı tarafından takip olunacağı belirtilmiştir. (AATÜHK, m. 115). Burada ceza yargılaması şartı olan talebe benzer bir durum söz konusudur. Bu nedenle madde de yer verilen ihbar koşulu da muhakeme şartı olarak ele alınmalıdır.

Kaynakça

- Akdeniz**, Umut; “İhtiyati Haciz Müessesesi”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:X, S. 1, 2, 2006), s. 197-226.
- Akmansu**, Mehmet; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerh ve İzahaları, (Örnek Matbaası), Ankara 1954.
- Bayraklı**, Hüseyin; Vergi İcra Hukuku, 2. Baskı, (Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayın No: 38), Afyon 2001.
- Candan**, Turgut; Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, (Maliye ve Hukuk Yayınları), Ankara 2007.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, (Beta Yayınları), İstanbul 2008.
- Çelik**, Binnur; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 2. Basım, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2002.
- Gerçek**, Adnan; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, (Ekin Yayınevi), Bursa 2010.
- Gülseven**, Mustafa; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Seçkin Yayınevi), Ankara 1999.
- Hakeri**, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, (Adalet Yayınevi), Ankara 2011.
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 5. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2011, (Karakoç, Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf; “Kamu Alacaklarının Tahsili; Kamu İcra Hukuku”, (Vergi Sorunları Dergisi, Haziran 2001, S.153), s. 116-135, (Karakoç, Kamu İcra).
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2010.
- Kumrulu**, Ahmet; “Vergi İcra Hukuku’na Kavramsal Bir Yaklaşım”, (Akif ERGİNAY’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1981), s. 647-668.
- Kuru**, Baki; İcra ve İflas Hukuku, C:I, 3. Bası, (Alfa Basım ve Yayıncılık), İstanbul 1988, (Kuru, C: I).

- Kuru**, Baki; İcra ve İflas Hukuku, C:III, 3. Baskı, (Seçkin Yayınevi), Ankara 1993, (Kuru, C: III).
- Mutluer**, Kamil; Vergi Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 3. Baskı, (Turhan Kitapevi), İstanbul 2011.
- Oktar**, Ateş; Vergi Hukuku, 5. Baskı, (Türkmen Kitapevi), İstanbul 2010.
- Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 15. Baskı, (Turhan Kitapevi), Ankara 2008.
- Özbalcı**, Yılmaz; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, (Oluş Yayıncılık), Ankara 2002.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2011, (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Muhakeme).
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, (Seçkin Yayınevi), Ankara, 2011, (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler).
- Özekes**, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku'nda İhtiyati Haciz, (Seçkin Yayınevi), Ankara 1999, (Özekes, İhtiyati Haciz).
- Özgenç**, İzzet; Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2002, (Özgenç, Ekonomik Çıkar).
- Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2010.
- Özgürol**, Serdar; "Haciz ve İhtiyati Haciz Üzerine", (Adalet Dergisi, Y:76, S: 4, 1985), s. 32-55.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2008.
- Pınar**, Burak/**Bacaksız**, Pınar; "5237 sayılı Ceza Kanunu'ndan Sonra Kamu İcra Suçlarının Durumu, (III-Kamu Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçları)", (Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2008/1), s. 111-128.
- Şimşek**, Edip; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi, 2. Baskı, (Alfa Yayım), İstanbul 1996.

- Tanrikulu**, Abdurrahim; “Kamu Alacaklarının Korunması ile İlgili İki Önemli Sorun: İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuk”, (Vergi Sorunları, Y:3, 1983/4, s. 48-65.
- Tuncer**, Selahattin; Vergi Hukuku ve Uygulanması, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2003.
- Uyar**, Talih; İcra Hukukunda Haciz, (Feryal Matbaacılık), Ankara 1990.
- Yılmaz**, Kazım; Kamu Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Yasa, (Ce-Ka Yayınları), Ankara 2006.
- Samlıoğlu**, Servet/**Özbalcı**, Yılmaz; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, (Feryal Matbaacılık), Ankara 1984.

**^HKAMU İCRA HUKUKUNDA
BORÇLUNUN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEKİ HAKLARININ
PARAYA ÇEVİRİLMESİ VE GENEL İCRA HUKUKUYLA
KARŞILAŞTIRILMASI***

*Arş. Gör. Uğur BULUT***

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için yapılan harcamaları finanse etmek amacıyla, çeşitli adlar altında kaynak toplayan devlet ve yetkili diğer kamu kurumları, gerektiğinde bu kaynakların borçlularından cebren tahsili yoluna başvurmaktadır. Bu noktada, kamu alacaklısı kendiliğinden harekete geçerek, zaten devletin sahip olduğu cebrî icra yetkisini bizzat kullanarak alacağını tahsil etmektedir.

Kamu alacağının tahsiline ilişkin işlemler, bu konuya ilişkin temel düzenleme olan Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yürütülmektedir. Tahsil sürecinde, özel alacaklarının tahsiline paralel bir şekilde, ödeme emri, haciz ve paraya çevirme gibi aşamalar yer almaktadır. Kamu alacağının tahsili için kamu borçlusunun taşınır ve taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarına da haciz konulabilmektedir. Haczedilen değer, fizikî bir varlığı olan taşınır veya taşınmaz bir mal ise, bu

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı "Kamu İcra Hukuku" dersinde sunulan seminer ödevinin, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerli görüşleri çerçevesinde geliştirilen hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ'a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim.

** İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

malın korunması ve paraya çevrilmesi işlemleri de daha kolay olup açık kanunî düzenlemelere tâbidir. Taşınır veya taşınmaz bir malın paraya çevrilmesinde her zaman başarı sağlanamasa da, sürecin nasıl işleyeceği konusunda ciddi bir tartışma yoktur.

Oysa, kamu borçlusunun üçüncü bir kişideki bir alacak hakkı haczedilmişse, bu hakkın nasıl korunacağı ve paraya çevrileceği hususunda çeşitli tereddütler yaşanmaktadır. Zira, kanunî düzenlemeler, fizikî bir malın varlığını esas alan hükümler içermekte; bu tür istisnaî durumlara tamamen cevap verememektedir. Nitekim, üçüncü kişilerdeki alacak haklarının haczi ve paraya çevrilmesi konusunda, sadece kamu icra hukukunda değil, genel icra hukukunda uzun süredir var olan tartışmalar ve çeşitli çıkmazlar mevcuttur.

Çalışmamızda, kamu borçlusunun üçüncü bir kişideki alacak haklarının nasıl paraya çevrilebileceği, haciz ve koruma tedbirlerini de içerir bir şekilde ele alınacaktır. Bu çerçevede, paralel hükümler içeren genel icra hukukundaki uygulamalara da değinilecek; kamu icra hukukunun olası eksikleri ve farkları üzerinde eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirmeler yapılacaktır.

I. KAMU İCRA HUKUKU VE GENEL İCRA HUKUKU İLİŞKİSİ

Kamu icra hukukunun¹ temel düzenlemesi olan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun² ile genel icra hukukunun temeli olan 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu³ arasında birçok konuda para-

¹ Devletin kamu gücüne dayanan gelirlerinin zorla tahsilini düzenleyen hukuk kurallarının yer aldığı bu vergi hukuku alt dalı, doktrinde *kamu icra hukuku* (**Karakoç**, Genel Vergi, s. 608; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 122), *vergi icra hukuku* (**Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 156; **Kumrulu**, s. 650; **Öner**, s. 173; **Mutluer**, s. 321; **Koçak**, s. 14; **Dönmez**, s. 22) ya da *kamu alacaklarının takip ve tahsil hukuku* (**Gerçek**, Adnan; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2013; **Çelik**, Binnur; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ankara 2000) gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Biz de çalışmamızda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında gerçekleşen cebri tahsil süreci için “*kamu icra hukuku*”, İcra ve İflâs Kanunu kapsamında özel hukuk kişileri arasındaki cebri icra süreci için “*genel icra hukuku*” kavramlarını tercih ediyoruz.

² RG, 28.07.1953, S. 8469.

³ RG, 19.06.1932, S. 2128.

lellik ve yoğun bir ilişki vardır⁴. Devlet, il özel idareleri⁵ ve belediyelere ait vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler ile bunlara bağlı ceza, faiz, zam gibi kamu alacaklarının cebren tahsili hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uygulanırken (AATUHK m. 1), bu kurumlara ait özel hukuktan kaynaklanan alacaklar ile özel hukuk kişileri arasındaki alacakların cebren tahsilinde 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu uygulanmaktadır⁶. Düzenleme alanlarına ilişkin bu farklılık haricinde, kamu alacağının⁷ tahsilindeki kamu yararı nedeniyle, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da ilgili kamu kurumuna tanınan birtakım ayrıcalıklar da vardır. Örneğin, özel hukuk kişileri, alacaklarının tahsili için doğrudan işlemler yapamayıp, icra ve iflâs daireleri aracılığıyla devletin kamu gücüne başvurmak zorundadır. Oysa, kamu alacağı için doğrudan kamu gücü

⁴ **Özer**, s. 168; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 616; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 127; **Dönmez**, s. 26; **Arslaner**, s. 440. Bu ilişki, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Tasarısına ilişkin komisyon raporunda dahi belirtilmiştir: “*Tasarı amme alacakları mevzuunda hususî bir takip sistemi ifade etmekle beraber, birçok hükümleri umumî icra hukukumuzda (İcra ve İflâs Kanunu) muvazi bulunmaktadır. Bu suretle, amme alacağının hususiyeti icap ettirmediği hallerde, umumî mevzuatta olan ahengin muhafazası da temin edilmiş olmaktadır.*” (**Aykaç**, s. 44).

⁵ 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin beşinci fıkrasıyla büyükşehir belediyesi bulunan illerdeki il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmış ve aynı Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasıyla tüzel kişiliği kaldırılan il özel idarelerine yapılan mevzuattaki atfların ilgisine göre bakanlıklara, bakanlıkların bağlı veya ilgili kuruluşları ile bunların taşra teşkilatına, Hazineye, valiliklere, büyükşehir belediyelerine ve bağlı kuruluşlarına veya ilçe belediyelerine yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Aynı fıkrayla, tüzel kişiliği kaldırılan il özel idarelerine verilen yetki ve sorumlulukların ilgisine göre bu kurum ve kuruluşlar tarafından kullanılacağı ve yerine getirileceği, daha önce açılan dava ve süren faaliyetlerin de yine devir yapılan ilgili kurum ve kuruluş tarafından devam ettirileceği hükme bağlanmıştır.

⁶ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 158; **Kumrulu**, s. 651; **Mutluer**, s. 323; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 99; **Koçak**, s. 215; **Dönmez**, s. 26-27; **Tombaloğlu**, s. 43.

⁷ *Kamu alacağı*, kamu hizmetlerinin finansmanı amacıyla ve kamu gücüne dayanarak konulan malî yükümlülüklerden kaynaklanan, ilgili kamu idarelerinin bütçelerinde yer alan ve idarî işlemler aracılığıyla tahsil edilebilen kamu gelirleridir (**Karakoç**, Kamu Alacaklarının Tahsili, s. 25; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 628). Benzer tanımlar için bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 159; **Kumrulu**, s. 655; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 270; **Çelik**, s. 4; **Gerçek**, s. 3; **Dönmez**, s. 32; **Arslaner**, s. 27.

kullanılır ve alacaklı kamu idaresi tahsil dairesi olarak hareket ederek alacağının cebren tahsili için işlemler yapar (AATUHK m. 5).

Alacaklının bir kamu kurumu, alacağın da bir kamu alacağı olması nedeniyle, kamu yararına ilişkin düşüncelerle alacağı ve alacaklıya tanınan birtakım imtiyazlar ile zaten icra daireleri gibi idarenin icra yetkisinin doğrudan kullanılması haricinde, esasen her iki kanunun alacağın tahsili için öngördüğü sürece ilişkin hükümler birbirine paraleldir. Diğer yandan, doktrinde kamuya tanınan ayrıcalıkların eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve özel alacaklar ile kamu alacaklarının aynı ve tek bir kanuna göre takip edilmesi gerekliliği de ifade edilmektedir⁸.

Netice itibarıyla her iki hukuk dalı da borcunu ödemeyen borçluyu, yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlamaktadır. Genel icra hukukunda bu yükümlülük, para alacağı dışında başka bir edimin yerine getirilmesi de olabilirken, kamu icra hukukunda sadece bir para alacağının tahsili söz konusudur⁹. Ayrıca, genel icra hukukunda cüz'î ve küllî icra ayrı ayrı düzenlenmişken, kamu icra hukukunda sadece cüz'î icraya ilişkin özel hükümlere yer verilmiş; küllî icra için genel icra hukukuna ilişkin hükümlere atıfla yetinilmiştir (AATUHK m. 100). O hâlde, her iki hukuk dalının kanunî düzenlemelerinin çakıştığı nokta haciz yoluyla takibe ilişkin düzenlemelerdir. Bu süreçteki ödeme emrinin içeriği, haciz, haczedilemeyecek mallar, istihkak prosedürü ve paraya çevirme işlemleri bakımından kamu icra hukuku ile genel icra hukuku arasındaki ciddi benzerlikler nedeniyle, bu süreçlerden birine ilişkin bir kamu icra hukuku düzenlemesini değerlendirenken, bu düzenlemenin genel icra hukukundaki karşılığını göz ardı etmemek gerekir.

II. KAMU İCRA HUKUKUNDA DİĞER HAKLARIN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

A. Diğer Hakların Paraya Çevrilmesinin Anlam ve Kapsamı

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinde, genel olarak borçlunun kamu alacağına yetecek kadar taşınır ve

⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 99-100; Özekes, s. 194-197.

⁹ Dönmez, s. 27-28. Bu konuda ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 89-90; Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 276, 293; Gerçek, s. 17.

taşınmaz mal ile haklarının haczedileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hemen sonra, hacze ilişkin diğer hükümlerden önce, borçluya ait bazı hakların paraya çevrilmesine ilişkin “*diğer hakların paraya çevrilmesi*” başlıklı 63’üncü maddeye yer verilmiştir. Buna göre;

“Tahsil dairesi, borçlunun haklarını tasfiye bakımından onun haiz olduğu bütün salahiyetleri kullanarak bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya iştirak hâlinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi malların paraya çevrilebilir hâle gelmesini genel hükümler dairesinde sağlar. Bu suretle, paraya çevrilebilir hâle gelen mallar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur.”

Gerek madde başlığı, gerekse maddenin içeriği bu düzenlemenin haciz aşamasına ilişkin olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle, her şeyden önce belirtmek gerekir ki, sistematik olarak bu hükmün, taşınır malların haczi ve satışına ilişkin ikinci bölüm ile taşınmaz malların haczi ve satışına ilişkin üçüncü bölümden sonra ya da kamu alacağının cebren tahsiline ilişkin genel hükümlerin yer aldığı birinci bölümün sonunda yer alması daha yerinde olurdu. Zira, bu düzenlemeyle kanun koyucu, henüz ikinci ve üçüncü bölümdeki hükümlere göre paraya çevrilemeyecek olmasına rağmen haczedilmiş bir hakkın, ilgili bölüm hükümlerine göre paraya çevrilebilir hâle gelmesi için tahsil dairesini yetkilendirmeyi amaçlamıştır.

İlgili düzenlemede yer alan intifa hakkı, taksim edilmemiş bir miras hissesi ve iştirak hâlinde tasarruf edilen mallar haricinde, bunlara benzeyen diğer mal ve hakların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira kanun koyucu, “*gibi mallar*” ifadesiyle bu sayımın sınırlı olmadığını açıkça ortaya koymuştur. Ancak, buradaki “*mal*” ifadesini hem maddede açıkça sayılan intifa hakkı hem de maddenin başlığında diğer hakların paraya çevrilmesinden söz edilmiş olması nedeniyle, fizikî bir varlığı olmayan diğer hakları da kapsayacak şekilde anlamlandırmak gerekir. Nitekim, yalnızca mal ifadesinin her türlü hak ve alacaklarını da kapsadığı Kanun’un 3’üncü maddesinde hükme bağlanmıştır.

B. İlgili Maddenin Genel İcra Hukuku Hükümleriyle Karşılaştırılması

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 63’üncü maddesi, İcra ve İflâs Kanunu’nun 94’üncü ve 121’inci maddelerini karşılar nite-

liktedir¹⁰. Nitekim, 94'üncü maddede intifa hakkı, iştirak hâlinde tasarruf edilen mallar ile taksim edilmemiş bir miras payının haczi; 121'inci maddede ise, 94'üncü maddeye göre haczedilen mal ve hakların paraya çevrilmesi düzenlenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 120'nci maddesinin ikinci fıkrasında ise -maddenin başlığı ödeme yerine alacakların devri olmakla beraber- esasen borçlunun diğer alacak haklarının paraya çevrilmesi için alacaklının gerekli işlemleri yapabilmesi konusunda yetkilendirilmesi düzenlenmektedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre tahsil dairesinin de bu şekilde bir yetkiyi kullanıp kullanamayacağı aşağıda incelenecektir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 94'üncü maddesinde, ayrıca, borçlunun miras veya başka bir şekilde kazanmasına rağmen henüz tapuya tescil ettirmediği için haczedilemeyen (AATUHK m. 88; İİK m. 85, 91) mülkiyet ve diğer aynî haklarının haczi ve tescil işlemleri için alacaklıya yetki verilmesi de düzenlenmiştir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesinde bu husus açıkça yer almasa da, borçlunun sahip olduğu tüm yetkilerin tahsil dairesi tarafından kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Bu şekildeki geniş bir yetkinin kapsamında, borçlu adına tescilin talep edilebilmesi de, kanaatimizce, yer alacaktır. Ayrıca, genel icra hukukuna ilişkin 94'üncü maddede alacaklının bu işlemler nedeniyle yapacağı masrafların borçludan ek bir takip veya hükme gerek kalmaksızın tahsil olunacağı da düzenlenmiştir. Bu masraflar, kamu icra hukukunda takip gideri kapsamında yer alacak (AATUHK m. 3) ve ilgili maddede ayrıca düzenlenmesi bile yine borçludan tahsil edilebilecektir (AATUHK m. 74/2)¹¹.

Yukarıdaki hükümler çerçevesinde haczedilen intifa hakkı, taksim edilmemiş bir miras payı ve iştirak hâlinde tasarruf edilen bir miras hissesinin nasıl paraya çevrileceği ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 121'inci maddesine göre icra mahkemesine sorulacaktır. İcra mahkemesi, paraya çevrilecek hakka göre, açık artırma yoluyla satışa, satışın bir memura havale edilmesine veya gerekli gördüğü diğer bir tedbire, örneğin intifa hakkının gelirinin intifa

¹⁰ Aykaç, s. 261; Şimşek, s. 601; Coşkun, s. 656.

¹¹ Bu konuda bkz. Karakoç, Genel Vergi, s. 689; Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 271; Çelik, s. 11.

hakkı sahibi borçluya değil icra dairesine ödenmesine karar verebilir¹². Ayrıca, devredilebilir bir intifa hakkı taşınır mal hükmünde olacak (İİK m. 106/2) ve açık artırma yoluyla paraya çevrilebilecektir (İİK m. 121/2). Taksim edilmemiş miras payı ve iştirak hâlinde mülkiyete tâbi bir mal için ise, icra mahkemesinden yetki alınarak ortaklığın giderilmesi sağlanabilecektir¹³. O hâlde, kamu icra hukukunda da tahsil dairesi, herhangi bir yerden ek bir yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın, doğrudan ve 63'üncü maddenin tanıdığı yetki kapsamında kendisi bu yola başvurabilmelidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 120'nci maddesinin birinci fıkrasında, borçlunun takip konusu borcunu sona erdirecek şekilde, bir alacak hakkının alacaklılar tarafından ödeme yerine devralınması düzenlenmektedir. Kamu alacağını sona erdirecek şekilde tahsili şüpheli bir alacağın ödeme yerine devralınması, kamu icra hukuku bakımından kabul edilemez. Nitekim, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesinin ikinci fıkrası, açıkça bu maddeye göre gerçekleştirecek işlemler sonucunda ilgili hakkın Kanun'un diğer maddelerine göre paraya çevrilmesini gerektirmektedir. Kaldı ki, kamu alacağını sona erdirecek şekilde bir hakkın devralınması, sadece satılmayan taşınmaz mallar için ve istisnaen gündeme gelebilmektedir (AATUHK m. 98). Satılmayan taşınır malların devralınması ise, zaten mümkün değildir (AATUHK m. 87). Bu noktada, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesini karşılar nite-likte olabilecek asıl düzenleme İcra ve İflâs Kanunu'nun 120'nci maddesinin ikinci fıkrasıdır. Zira, ilgili fıkra göre alacaklılar, borçlunun üçüncü bir

¹² **Kuru**, El Kitabı, s. 635; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 380-381.

¹³ “Alacaklı icra takibi sonucunda borçlunun taksim edilmemiş bir miras veyahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesini haciz ettirirse, alacaklı İcra Tetkik Mercii Hakimliğinden İİK. 121. maddesi uyarınca alacağa yetki belgesi ile gerekirse dava açarak veraset belgesi alacak, ortaklığın çözülmesi-giderilmesi başka bir ifade ile iştirak halindeki mülkiyetin sona erdirilmesini TMK. 642. maddesi uyarınca talep edecek, Sulh Hukuk Mahkemesince ortaklığın çözülmesinden sonra paylaşırma aşamasında yine alacaklı TMK. 648. madde uyarınca mirasçının paylaşım ile ilgili haklarını korumak, mirasçının payını almak, gelirlerini toplamak ve bunları yasaya göre teslim edilmesi gereken yere örneğin icra dairesine, alacaklıya vermek üzere bir kayıym tayin ettirecektir.” HGK, 10.12.2003, 2003/6-731, 2003/742 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. HGK, 02.04.2003, 2003/6-253, 2003/270 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

kişideki alacak hakkının tahsili ve gerektiğinde dava yoluna başvurulması için yetkilendirilmektedir. Karşılaştırılan diğer hükümler bakımından söz konusu olduğu gibi, burada da, tahsil dairesi -eğer böyle bir imkâna sahip kabul edilirse- herhangi başka bir makamdan yetki almaya gerek olmaksızın, doğrudan borçlunun haklarının tahsili veya gerektiğinde dava edilmesi için gerekli tüm işlemleri, 63'üncü maddenin tanıdığı geniş yetki kapsamında gerçekleştirebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesi, kısa düzenlemesine rağmen tahsil dairesini oldukça geniş yetkilerle donatmaktadır. İlgili maddede söz edilen intifa hakkı, taksim edilmemiş miras hissesi ve iştirak hâlinde tasarruf edilen malların haczi ve daha sonra paraya çevrilmesi için tahsil dairesi tarafından gerekli yollara başvurulması mümkündür. Bu noktada, genel icra hukukunda olduğu gibi, alacaklı konumundaki tahsil dairesi tarafından ortaklığın giderilmesi için dava açılması gerekecektir.

Çalışma kapsamında üzerinde durulacak asıl husus ise, 63'üncü maddede yer alan borçlunun sahip olduğu tüm yetkilerin tahsil dairesi tarafından kullanılması suretiyle alacak haklarının tahsili için işlemler yapılması olacaktır. Bu yetkinin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94'üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile 120'nci maddesinin ikinci fıkrası karşısında yorumlanması gerekir. Bu nedenle, ilerleyen kısımlarda sadece bu konulara ilişkin açıklama ve karşılaştırmalar yapılacak; tahsil dairesinin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94'üncü ve 120'nci maddelerindeki yetkilere de sahip olup olmadığı incelenecektir. Bu amaçla, İcra ve İflâs Kanunu'nun diğer düzenlemeleriyle de gerektiği ölçüde karşılaştırmalar yapılacaktır.

III. İCRA VE İFLÂS KANUNU'NA GÖRE BORÇLUNUN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEKİ HAKLARININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ

A. Genel Açıklama

Üçüncü kişilerdeki hakların haczi ve paraya çevrilmesi denildiğinde doktrinde üzerinde en çok durulan ve uygulamada da en çok karşılaşılan

düzenleme İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesidir¹⁴. Oysa, bu düzenleme ne haciz ne de paraya çevirme aşamasına ilişkindir. Sistematiik olarak kanunda düzenlendiği yer ve maddenin içeriği dikkate alındığında, esasen 89'uncu madde sadece üçüncü kişilerdeki cirosu kabil olmayan bir senede bağlı alacakların haczedilmesi üzerine nasıl korunacağını düzenlemektedir. Ancak, madde metninde yapılan değişiklikler ve uygulama, haciz, koruma tedbiri ve hatta paraya çevirme aşamasını dahi kapsayacak şekilde sonuçlar doğmasına sebep olmuştur¹⁵.

Uygulamada en çok karşılaşılan yol olsa da, üçüncü kişilerdeki hak ve alacakların haczi ve paraya çevrilmesinde başvurulacak yol sadece 89'uncu madde değildir. Ayrıca, bazen bu maddeye başvurmak mümkün olmamasına rağmen, Kanun'un tanıdığı diğer imkânlar kullanılarak üçüncü kişilerdeki alacak haklarının haczedilebilir hâle gelmesi ve daha sonra paraya çevrilmesi sağlanabilir¹⁶.

Diğer bazı istisnaî durumlarda ise, borçlunun üçüncü kişide bir alacak hakkı söz konusu olmasa dahi, birtakım şekli eksiklikler nedeniyle esasen borçlunun malvarlığına dahil olmuş bir aynî hakkın varlığına rağmen, bu aynî hak üzerinde haciz uygulamak mümkün olmayabilir. Bu durumlarda da, kanun koyucu, öncelikle bu şekli eksikliğin giderilmesi ve daha sonra ilgili aynî hak üzerinde haciz uygulanması için alacaklıya çeşitli imkânlar tanımıştır.

B. Bazı Hakların Borçlu Adına Tescilinin Alacaklılar Tarafından Talep Edilmesi

“İştirak hâlinde tasarruf edilen mallar” başlıklı İcra ve İflâs Kanunu'nun 94'üncü maddesinin birinci fıkrasında, intifa hakkı, taksim edilmemiş bir miras hissesi ve iştirak hâlinde tasarruf edilen bir mal hissesinin haczi düzenlenmiştir. Bu şekilde haczedilen bir mal veya hakkın, nasıl

¹⁴ Bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 538; Kuru, C. 1, s. 663, 688; Kuru, El Kitabı, s. 459; Arslan, s. 94; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 251; Uyar, İİK m. 89, s. 205; Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 308; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, C. 2, s. 2598; Yavaş, s. 9.

¹⁵ Bulut, s. 104.

¹⁶ Bu konudaki karşılaştırmalar için bkz Bulut, s. 73 vd.

paraya çevrileceğinin ise 121'inci maddede düzenlendiği ve intifa hakkının sağladığı semerelerin satılması¹⁷ ya da ortaklığın giderilmesi¹⁸ yoluyla iştirak payının paraya çevrileceğini belirtmiştik. Burada asıl üzerinde duracağımız konular 94'üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, aslında bu fıkralardaki düzenlemeler borçlunun üçüncü kişilerdeki haklarına ilişkin değildir. Aksine, borçlu ilgili aynî hakkı kazanmıştır; ancak, haciz ve paraya çevirmenin söz konusu olabilmesi için, resmî olarak tescil işlemlerinin yapılması gerekmektedir. Ancak, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki bu düzenlemeyle alacaklıya tanınan bu yetkilerin, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesi kapsamında tahsil dairesine de tanındığını düşündüğümüzden, burada bu düzenlemeye de değinmeyi uygun görüyoruz.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 94'üncü maddesinin ikinci fıkrasında borçluya ait aynî hakların tescilini isteme yetkisinin alacaklıya verilmesi; üçüncü fıkrasında ise, borçlunun ziyedi olduğu ve olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazandığı bir taşınmazın tescilini dava etme yetkisinin alacaklıya verilmesi düzenlenmiştir¹⁹. Alacaklı, borçlunun süresi içinde reddetmediği ve miras yoluyla kazandığı aynî haklarla tescilsiz kazanım yollarından biriyle kazandığı ve ancak henüz tapu siciline veya gemi siciline tescil ettirmediği mülkiyet ve diğer aynî hakların borçlu adına tescilini isteyebilir²⁰. İcra dairesi,

¹⁷ Aykaç, s. 259; Şimşek, s. 601; Coşkun, s. 657; Dönmez, s. 156.

¹⁸ Çelik, s. 212; "Alacaklı icra takibi sonucunda borçlunun taksim edilmemiş bir miras veyahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesini haciz ettirirse, alacaklı İcra Tetkik Mercii Hakimliğinden İİK. 121. maddesi uyarınca alacağa yetki belgesi ile gerekirse dava açarak veraset belgesi alacak, ortaklığın çözülmesi-giderilmesi başka bir ifade ile iştirak halindeki mülkiyetin sona erdirilmesini TMK. 642. maddesi uyarınca talep edecek, Sulh Hukuk Mahkemesince ortaklığın çözülmesinden sonra paylaşırma aşamasında yine alacaklı TMK. 648. madde uyarınca mirasçının paylaşımına ilgili haklarını korumak, mirasçının payını almak, gelirlerini toplamak ve bunları yasaya göre teslim edilmesi gereken yere örneğin icra dairesine, alacaklıya vermek üzere bir kayyım tayin ettirecektir." HGK, 10.12.2003, 2003/6-731, 2003/742 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. HGK, 02.04.2003, 2003/6-253, 2003/270 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹ Postacioğlu-Altay, s. 389; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 243; Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, C. 2, s. 2770.

²⁰ "Takip borçlusu Cevdet lehine Denizli 3.Asliye Hukuk Hakimliğinin 19.11.2002 tarih ve 2000/1197 esas-2002/870 sayılı kararı ile (1, 2, 5 ve 12 nolu bağımsız bölümlerin tapu

borçlunun gerekli işlemleri yapabilmesi için kendisine bir belge verir veya bu hususu tapu veya gemi siciline ya da mahkemeye bildirir²¹. Borçlu adına tescili sağlanan bu hakların, daha sonra haczedilip ilgili hükümlere göre paraya çevrilmesi suretiyle takip konusu alacağın tahsili sağlanır. Zira, sicile kayıtlı bir malın paraya çevrilebilmesi için, öncelikle ilgili sicilde takip borçlusu adına kaydının sağlanması gerekecektir (İİK m. 79/2, 91; AATUHK m. 88/1).

Benzer şekilde borçlunun zilyedi olduğu bir taşınmaz üzerinde olağanüstü zamanaşımı ile kazanımı isteme hakkının haczedilmesi hâlinde de, icra dairesi zilyetliğin başkasına devredilmesini önleyici tedbirleri alacak ve alacaklıya bir ay²² içinde taşınmazın borçlu adına tescili için dava açma yetkisini verecektir. Alacaklı tarafından açılan bu dava sonucunda borçlu adına tescile karar verilmesi hâlinde, ilgili taşınmaz başka bir karara gerek olmaksızın alacaklı tarafından haczedilmiş sayılır (İİK m. 94/3)²³.

Esasen ikinci fıkranın, üçüncü fıkrayı da kapsayan bir düzenleme olduğu söylenebilir²⁴. Zira, ikinci fıkrada hükme bağlanan tescil edilmeksizin kazanılan aynî haklardan biri de olağanüstü zamanaşımı ile kazanılan mülkiyet hakkıdır. Nitekim, olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanılmasında mahkeme kararı sadece açıklayıcı nitelikte olup; taşınmaz

kayıtlarının iptallerine, Hasan oğlu 1971 doğumlu Cevdet adına tapu siciline kayıt ve tesciline) karar verilmiş olup, takip alacaklısı şirket tarafından İİK.nun 94/2. maddesi gereğince, borçlu lehine henüz tapuda tescil yapılmamış bu taşınmazların tescili hakkında kendisine yetki verilmesini istemiştir. Bu istek mercice kanun ve yönetmeliklerde kimlerin mahkeme ilamlarını kesinleştirilmesini isteyebileceği belirtilmiş olduğundan, alacaklı şirket vekiline yetki verilmemiştir... mercice takip alacaklısı lehine tanınan yasa hükmü gözetilmeksizin istemin kabulü yerine reddi isabetsizdir.” 12. HD, 29.04.2003, 7212/9594 (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 2786).

²¹ **Kuru**, C. 1, s. 674; **Kuru**, El Kitabı, s. 455; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 243-244; **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, C. 2, s. 2770.

²² Bu süre içerisinde dava açılmazsa haciz kalkmayacak; ancak zilyetliğin devrinin engellenmesine ilişkin herhangi bir tedbir alınmışsa, bu tedbirler kalkacaktır (**Kuru**, C. 1, s. 675; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 244, dn. 37).

²³ Burada söz konusu olan, daha önce haczedilen tescili talep etme hakkının, tescilin sağlanmasından sonra tescili sağlanan mal üzerinde hacze dönüşmesidir (**Postacıoğlu/Altay**, s. 390; **Kuru**, El Kitabı, s. 456; **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, C. 2, s. 2770).

²⁴ **Bulut**, s. 111.

mülkiyeti kararın verildiği tarihte değil, olağanüstü zamanaşımı şartlarının yerine getirildiği tarihte kazanılır²⁵. Bu nedenle, ikinci fıkrada yer alan borçlunun “*iktisap eyleyip henüz...tescil ettirmediği mülkiyet ve diğer aynî hakları*” kapsamında, zaten üçüncü fıkrada düzenlenen olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılan haklar da yer almaktadır.

Alacaklının bu fıkralara dayanarak açtığı davalar nedeniyle yaptığı masraflar, ayrı bir takip veya hükme gerek kalmaksızın asıl takipte borçludan tahsil edilir (İİK m. 94/5). Bu durum, sadece açılan davanın kazanılmasına rağmen, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakıldığı durumlarda karşımıza çıkabilir (Bkz. HMK m. 312/2). Borçlunun hiçbir etkisi olmaksızın, alacaklının açtığı bu davayı kaybetmesi neticesinde, takip borçlusunun bu dava masraflarını da ödemek zorunda bırakılması kabul edilmelidir.

C. Alacağın Dava Takip Yetkisinin Devri

İcra ve İflâs Kanunu’nun 120’nci maddesinin birinci fıkrasının, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 63’üncü maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve esasen bu fıkra düzenlemesinin kamu alacağının niteliğiyle de uyum içerisinde olmadığını yukarıda belirtmiştik²⁶. Ayrıca, bu fıkrada düzenlenen alacağın ödeme yerine devriyle takip konusu borç ve icra takibi de sona erdiğinden gerçek anlamda bir paraya çevirmeden

²⁵ 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce bu konu tartışmalı olup, doktrinde ve Yargıtay kararlarında bir görüş birliği mevcut değildi. Bunun üzerine 4.12.1998 tarihli 1996/4 esas ve 1998/3 karar numaralı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (RG, 06.05.1999, S. 23687) ile olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyetin kazanıldığına dair verilen mahkeme kararının inşai nitelikte olduğu ve bu nedenle mülkiyetin tescil kararının kesinleştiği anda kazanılmış olacağına karar verilmişti. Ancak, Türk Medenî Kanunu 713. maddenin beşinci fıkrası ile bu durum değiştirilmiş ve açıkça “*Mülkiyet, birinci fıkrada öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olur*” hükmüne yer verilmiştir. Nitekim, 713. maddenin gerekçesinde de “*maddenin beşinci fıkrasında, yürürlükteki maddenin dördüncü fıkrasından farklı olarak, mülkiyetin birinci fıkrada öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olacağı ifade edilmiştir*” şeklinde net bir açıklama mevcuttur.

²⁶ Bkz. yuk. II/B.

dahi söz edilemez²⁷. Bu nedenle, burada sadece alacağın dava takip yetkisinin devrini düzenleyen ikinci fıkra üzerinde durulacaktır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 120'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre alacaklılar, borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağının tahsilini veya böyle bir şahsa karşı sahip olduğu dava yetkisinin kullanılmasını üzerlerine alabilirler. Bunun için, haciz sahibi tüm alacaklıların muvafakatının bulunması²⁸ ve alacağın borsada veya piyasada belirli bir fiyatının olmaması gerekir. Bu alacağın mutlaka bir para alacağı olması şart değildir. Bir alacak hakkı niteliğinde olan tüm talepler için ilgili fıkra uygulama alanı bulabilir²⁹.

Alacağın dava takip yetkisinin devri talebi icra dairesine iletilir. Bu devrin kanunî şartlarının gerçekleşmesi hâlinde, icra dairesi, alacaklıların taleplerine göre, dava takip yetkisinin tüm alacaklılara veya içlerinden bir ya da birkaçına devredildiğine karar verir. Ayrıca yetkiyi devralan alacaklılara, bu amaçla gerekli işlemleri yapabileceklerine dair bir belge de verilir³⁰. Alacaklılar bu belge ile, borçlunun alacaklı olduğu üçüncü kişiye karşı dava açabileceği gibi takip yollarına da başvurabilirler³¹. Yetkiyi kullanan alacak-

²⁷ **Bulut**, s. 22.

²⁸ İcra ve İflâs Kanunu'nun 120'nci maddesinin birinci fıkrasında "*hacze iştirak eden bütün alacaklılar muvafakat ederse*" denilmiş, ikinci fıkrada da aynı şartların aranacağı belirtilmiştir. Ancak, kanaatimizce bu ifadeyi haciz sahibi bütün alacaklılar olarak anlamak gerekir. Zira, alacağın dava takip yetkisinin devri tüm alacaklıları etkileyecek sonuçlar doğurabilecektir (Bkz. **Bulut**, s. 197 vd). Kaldı ki, mehz Kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça bütün hacizli alacaklıların muvafakati aranmıştır. Bu konuda bkz. **Jaeger/Walder/Kull**, Art. 131, Rdnr. 5; **Fritzsche/Walder**, s. 427; **Amonn/Walther**, s. 259, Rdnr. 46; **Stahelin/Bauer/Stahelin**, Art. 131, Rdnr. 5; **Hunkeler**, Art 131, Rdnr. 6; **Bulut**, s. 162-165.

²⁹ **Jaeger/Walder/Kull**, Art. 131, Rdnr. 27; **Fritzsche/Walder**, s. 426, dn. 54; **Bulut**, s. 31. Karşı görüşte **Stahelin/Bauer/Stahelin**, Art. 131, Rdnr. 15.

³⁰ **Jaeger/Walder/Kull**, Art. 131, Rdnr. 27; **Fritzsche/Walder**, s. 428; **Stahelin/Bauer/Stahelin**, Art. 131, Rdnr. 20; **Kuru**, C. 2, s. 1224; **Kuru**, El Kitabı, s. 633; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 317; **Uyar**, C. 6, s. 9463; **Pekcamitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 380; **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, C. 3, s. 3104; **Yavaş**, s. 200; **Bulut**, s. 226.

³¹ "*İcra dairesi, alacağın tahsili için devralan alacaklıya gerekli işlemleri yapmaya yetkili olduğuna dair 24.1.1995 tarihli belge verdiği göre, alacaklı bu belge ile 3. kişiye karşı dayanak senedin niteliğine göre icra takibi yapabilir. Belirtilen hususlar gözardı*

lılar borçluya ait dava takip yetkisini kullandıkları için, bu alacaklılar tarafından yürütülen dava veya takibin tarafı, dava takip yetkisi alacaklıları tarafından kullanılan borçlu olacaktır³². Ancak, bu dava veya takipteki tüm işlemler alacaklılar tarafından yapılacaktır.

Alacaklılar tarafından borçlunun dava takip yetkisi kullanılarak yapılan dava ve takip sonucunda alacak elde edilirse, elde edilen para icra veznesine yatırılır³³. Yetkiyi devralan alacaklıların alacakları ve masrafları öncelikli olmak şartıyla (İİK m. 120/3) paraların paylaşılması aşamasına geçilir ve takip bu şekilde sona erer³⁴. Eğer dava takip yetkisi devredilen alacak hakkı bir taşınır ya da taşınmaz mala ilişkinse, alacaklıların haczi, yürüttükleri dava veya takip sonucunda elde edilen bu mal üzerinde hacze dönüşecektir³⁵. Bu hâlde, borçlunun malvarlığına dahil edilen bu mal, ilgili hükümlere göre açık artırma yoluyla veya şartları gerçekleşmişse pazarlık suretiyle paraya çevrilecek ve aynı şekilde paraların paylaşılmasıyla takip sona erecektir.

IV. KAMU İCRA HUKUKUNDA BORÇLUNUN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEKİ HAKLARININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLLARI

A. Üçüncü Kişiye Haciz Bildirisi Gönderilmesi

Genel icra hukukunda olduğu gibi kamu icra hukukunda da, borçlunun üçüncü kişilerdeki haklarının haczi ve paraya çevrilmesi denildiğinde üzerinde durulan düzenleme, üçüncü kişiye haciz bildirisi gönderilmesi suretiyle

*edilerek yazılı şekilde 'kambiyo senetlerine mahsus yolla takip yapılamayacağından' bahisle karar verilmesi isabetsizdir."*12. HD, 15.06.1995, 8316/8949 (Uyar, C. 6, s. 9464).

³² Bu konuda bkz. **Bulut**, s. 233-254.

³³ Dava veya takip neticesinde üçüncü kişinin ödemek zorunda kalacağı miktar, bu kişi tarafından doğrudan ilgili takip dosyasına ödenmelidir. Dava takip yetkisini kullanan alacaklıların bu parayı bizzat tahsil ederek, kendilerinin icra veznesinde yatırmaları kabul edilemez (**Bulut**, s. 263, dn. 178).

³⁴ **Jaeger/Walder/Kull**, Art. 131, Rdnr. 21; **Fritsche/Walder**, s. 428; **Amonn/Walther**, s. 262, Rdnr. 62; **Stahelin/Bauer/Stahelin**, Art. 131, Rdnr. 29; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 380.

³⁵ **Bulut**, s. 262. Ayrıca karşı. İİK m. 94/3.

(AATUHK m. 79) alacağın tahsil dairesine ödenmesinin istenmesi olmaktadır³⁶. Hatta yargı kararlarında da üçüncü kişideki alacağı tek tahsil yolunun, üçüncü kişiye bildiri gönderilmesi olduğu yönünde açıklamalara yer verilmektedir. Oysa, genel icra hukukunda olduğu gibi kamu icra hukukunda da, bildiri(ihbarname)³⁷ usûlü üçüncü kişideki alacak için öngörülen tek yol olarak kabul edilemez. Esasen üçüncü kişiye haciz bildirisi gönderilmesi, genel icra hukukunda olduğu gibi³⁸, sadece üçüncü kişideki mal veya alacağın korunması amacını taşımaktadır. Nitekim, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62 ve devamı maddelerine göre düzenlenecek bir haciz tutanağı ile dahi üçüncü kişideki mal veya alacağın haczi hukuken yapılmış olacaktır³⁹. Ayrıca, üçüncü kişilerdeki bazı alacak haklarının haciz bildirisi yoluyla tahsili de mümkün değildir.

“Üçüncü şahıslardaki menkul malların, alacak ve hakların haczi” başlıklı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesi⁴⁰, üçüncü kişiye bildiri gönderilmesi sürecini düzenlemektedir. Buna göre, hamiline yazılı olmayan veya cirosu kabil olmayan senede dayanan alacaklar ile maaş, ücret, kira vesaire gibi her türlü hakların ve fiilen tutanak düzenlemek suretiyle haczi kabil olmayan üçüncü şahıslardaki menkul malların haczi, borçlu veya zilyed olan veyahut alacak ve hakları ödemesi gereken gerçek ve tüzel kişilere, kurumlara haciz keyfiyetinin tebliğ suretiyle yapılır. Öncesinde kamu borçlusu adına düzenlenen bir haciz varakasının varlığı şartıyla (AATUHK m. 64)⁴¹, tahsil dairesi tarafından tebliğ edilecek haciz bildirisi ile; bundan böyle borcunu ancak tahsil daire-

³⁶ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 692 vd.; **Karakoç**, Menfi Tespit, s. 225 vd.; **Değirmenci**, s. 138-141; **Dönmez**, s. 157-161.

³⁷ Genel icra hukukunda ihbarname (İİK m. 89); kamu icra hukukunda ise, bildiri (AATUHK m. 79) kavramları tercih edilmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'na göre toplamda üç ihbarname -üçüncü ihbarnameyi Kanun bildirim olarak ifade etmiştir- varken, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da sadece bir bildiri gönderilmesi haricinde, bu iki düzenleme arasında esaslı bir farklılık yoktur.

³⁸ **Kuru**, C. 1, s. 691; **Uyar**, C. 5, s. 7607.

³⁹ **Yılmaz**, s. 140-141; **Arslaner**, s. 245, dn. 163. Karşı görüşte **Çelik**, s. 229.

⁴⁰ Bu konuda bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 692-694; **Şimşek**, s. 746 vd.; **Arslaner**, s. 250 vd.

⁴¹ **Coşkun**, s. 800; **Gerçek**, s. 211; **Candan**, s. 465; **Arslaner**, s. 240-241; **Tombaloğlu**, s. 126.

sine ödeyebileceği ve kamu borçlusuna yapılacak ödemenin geçerli olmayacağı veya elinde bulundurduğu menkul malı ancak tahsil dairesine teslim edebileceği ve malın kamu borçlusuna verilmemesi gerektiği; aksi takdirde, kamu borçlusuna yapılan ödemeler ile malın bedelini tahsil dairesine ödemek zorunda kalacağı üçüncü şahsa bildirilir. Haciz bildirisini tebliğ edilen üçüncü şahıs, borcu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı ya da haczin tebliğinden önce borcun ödendiği veya malın tükedildiği ya da kusuru olmaksızın telef olduğu veya alacak borçluya ya da emrettiği yere verilmiş olduğu gibi bir iddiada ise durumu, haciz bildirisinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde tahsil dairesine yazılı olarak bildirmek zorundadır. Üçüncü şahsın süresinde itiraz etmemesi hâlinde, mal elinde veya borç zimmetinde sayılır⁴² ve hakkında Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun hükümleri tatbik olunur⁴³. Üçüncü şahıs, haciz bildirisine süresinde itiraz ederse, alacaklı kamu kurumu⁴⁴ bir yıl içinde, üçüncü şahsın yaptığı itirazın aksini genel mahkemelerde açacağı davada ispat ederek, üçüncü şahsın İcra ve İflâs Kanunu'nun 338'inci maddesinin birinci fıkrasına göre gerçeğe aykırı beyanda bulunmaktan cezalandırılmasını ve borçlu bulunduğu tutarın ödenmesine hükmedilmesini isteyebilir⁴⁵.

⁴² Bu kesinleşme sadece takip hukuku anlamındadır: "6183 Sayılı Kanunun 79. maddesi hükmünde öngörüldüğü üzere yasal sürede itiraz edilmemesi nedeniyle haciz bildirisinin kesinleşerek hacze konu borcun 3. şahıs zimmetinde sayılması takip hukuku alanında bir kesinleşme olup bu durumun; özellikle 6183 Sayılı Kanunda İcra İflas Kanununun 72. maddesine muadil bir hüküm bulunmadığı, menfi tespit davası açılmasına yasaca cevaz verilmediği olgusu gözetildiğinde; ödeme emrine itiraz kapsamında İş Mahkemesinde açılacak bir davada 3. şahsın maddi hukuk anlamında borçlu olmadığını kanıtlanmasına yasal engel teşkil etmeyeceği söz götürmez. Hal böyle olunca 3. şahsın 6183 Sayılı Kanunun 58. maddesi hükmüne göre Kurum aleyhine açacağı ödeme emrinin iptali davasında Kurum borçlusuna karşı borçlu olmadığını yada malın yed'inde bulunmadığını iddia ve ispat etmesi mümkündür." 10. HD, 25.10.2005, 2005/9106, 2005/11013 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁴³ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. aşa. dn. 67-69.

⁴⁴ Alacaklı kamu kurumunun kamu alacağını tahsille görevli tahsil dairesinin ayrı bir tüzel kişiliği olmadığından, buradaki davanın tarafının tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu olacağı belirtilmiştir.

⁴⁵ Üçüncü kişinin itirazının, alacaklı kamu kurumu tarafından reddi söz konusu olamaz: "Şirketinin vergi borcu nedeniyle davacı adına 6183 sayılı Kanunun 79'uncu maddesi uyarınca düzenlenen haciz bildirisine yedi gün içinde itiraz edilmesi üzerine, vergi

Buna göre, madde kapsamında kalan menkul mal ve alacak haklarının üçüncü şahıs tarafından tahsil dairesine teslimi veya ödenmesi talep edilmektedir. Üçüncü şahsın bu haciz bildirisine itirazı üzerine, ilgili kamu kurumu tarafından üçüncü şahsa karşı genel mahkemelerde dava açılmak suretiyle kamu borçlusunun alacağı ispat edilerek, bu alacağın tahsili sağlanmaktadır. Burada kamu kurumu tarafından açılacak davada görevli ve yetkili mahkeme genel hükümlere göre tespit edilecektir. Davacı, ilgili kamu kurumu; davalı ise, haciz bildirisine itiraz eden üçüncü şahıs olacaktır. Ancak bu davada,

daresince davacının haciz bildirisini ile talep edilen borçtan sorumlu olduğu, haczin devam ettiği ve gereği yerine getirilmediği takdirde cebren takip ve tahsil hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek, itirazın reddine ilişkin işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır... Sözü edilen düzenlemede öngörüldüğü şekilde vergi dairesince, itirazın aksinin genel mahkemelerde açılacak dava ile ispat edilmesi gerektiği, bunun dışında idare tarafından uygulanabilecek bir usul olmadığı dikkate alındığında...” Dş. 3. D., 19.09.2011, 2009/3350, 2011/4930 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); “Her iki haciz bildirisine süresinde itirazda bulunulduğu, usule uygun itirazdan sonra alacağın davacının uhdesinde bulunmadığının kabul edilmesinin gerektiği, bu durumda idarenin itirazı kabul etmeme ve haciz bildirisini yenileme gibi hak ve yetkisinin bulunmadığı, alacağın varlığının adli yargıda idare tarafından açılacak bir davayla ortaya konulabileceği, ilk haciz bildirisine verilen yanıtta borçlu şirketin alacakları üzerinde hacizlerin bulunduğu ve İstanbul 1.İcra Müdürlüğü’nün haciz bildirisine yer verildiği ve İstanbul 1.İcra Müdürlüğü’nün haciz bildirisinin davalı idarenin haciz bildirisinden önce olduğunun davalı İdarenin itilasında olduğu, bu durumda borcun davacının zimmetinde olduğunun kabulünün mümkün olmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.” Dş. 4. D., 27.09.2007, 2007/1944, 2007/3013 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Buna rağmen, kamu kurumu tarafından itiraz reddedilmişse, üçüncü kişinin bu işlemin iptalini istemesi mümkündür: “Vergi Mahkemesince, yükümlü şirkete 17.4.1998 tarihinde tebliğ edilen haciz bildirimine karşı tebliğ tarihinden itibaren 30 günlük yasal süre içinde dava açılmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilmiş ise de; olayda, yukarıda açıklanan madde hükmü uyarınca haciz bildiriminin tebliğinden itibaren 7 gün içinde tahsil dairesine yazılı beyanda bulunulmasından sonra tahsil dairesince verilen 20.5.1998 tarihli olumsuz cevap üzerine 30 günlük yasal süre içinde dava açıldığı anlaşıldığından mahkemece davanın esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, süre aşımı yönünden reddinde isabet görülmemiştir.” Dş. 9. D., 03.02.1998, 1998/3291, 1999/353 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Aksi yönde “6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 79’uncu maddesi uyarınca düzenlenen haciz bildirisine yapılan itirazın reddine ilişkin işlem idari davaya konu edilemez.” Dş. 3. D., 19.09.2011, 2009/3350, 2011/4930 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

esasen, üçüncü şahsın kamu borçlusuna borçlu olup olmadığı tespit ve borçlu ise, borcun alacaklı kamu kurumuna ödenmesi talep edilmektedir.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, alacaklı kamu kurumu e-haciz uygulamasıyla, bu uygulama kapsamında olan üçüncü kişiler (çoğunlukla bankalar) nezdindeki alacaklara doğrudan haciz koyabilmektedir. Böylece, bu kişilere artık haciz bildirisi gönderilmesine gerek kalmamaktadır⁴⁶.

Genel icra hukukundaki benzer hüküm olan İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin ilk hâli de Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesiyle oldukça paralel bir düzenlemeye sahipti. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte benzer şekilde tek bir ihbarname öngören ve üçüncü kişiye on gün içerisinde icra dairesine itiraz etme imkânı veren 89'uncu madde, bugün oldukça değişik bir hâl almıştır. 3890 sayılı Kanun⁴⁷ ile on günlük süre yedi güne indirilmiş, 538 sayılı Kanun⁴⁸ ile ikinci ihbarname ve 4949 sayılı Kanun⁴⁹ ile üçüncü ihbarname -kanunî ifadesiyle bildirim- düzenlenmiştir. 21.07.1953 tarihli olan Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesi, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki sonraki değişikliklerden etkilenmemiş; Kanun'un kabul edildiği tarihte genel icra hukukunun yürürlükte olan ve muhtemelen daha yerinde olan 89'uncu maddesine paralel bir düzenlemeye yer vermiştir. Nitekim, yukarıda da belirttiğimiz gibi İcra ve İflâs Kanunu'na sonradan eklenen ikinci ve üçüncü haciz ihbarnameleri, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesinde yer almamaktadır.

B. Kamu Borçlusunun Sahip Olduğu Hakların Tahsil Dairesi Tarafından Kullanılmasının Sınırı

1. Genel Olarak

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesi, tahsil dairesine borçlunun sahip olduğu tüm yetkileri kullanma imkânıyla donatmaktadır. Kuşkusuz ki, bu yetki, kamu borçlusunun alacaklı

⁴⁶ Gerçek, s. 240; Arslaner, s. 256.

⁴⁷ RG, 11.07.1940, S. 4558.

⁴⁸ RG, 06.03.1965, S. 11946.

⁴⁹ RG, 30.07.2003, S. 25184.

olduğu üçüncü kişiye karşı sahip olduğu tüm yetkilerin tahsil dairesi tarafından onun adına kullanılarak gerekli hukukî yollara başvurulmasını da kapsar şekilde anlaşılabilir. Böylece tahsil dairesi, kamu borçlusunun alacaklı olduğu üçüncü kişiyi doğrudan takip ve dava ederek dolaylı olarak kamu borcunun tahsilini sağlayabilir. Ancak, ilgili maddenin bu yetkileri kapsadığı kabul edilse dahi, madde metninde getirilen sınırlamalara değinilmelidir. Buna göre, tahsil dairesinin bir intifa hakkı, taksim edilmemiş bir miras veya iştirak hâlinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi malların paraya çevrilebilir hâle getirilmesi için hukukî yollara başvurabileceği belirtilmiştir. Burada yoruma muhtaç ifade, “*gibi mallar*” kapsamında nelerin yer alacağıdır. Ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu’ndaki açık düzenlemelerin⁵⁰ bilinçli olarak, örneğin kamu alacağının tahsili süreciyle uyumsuz görülmesi gibi bir sebeple, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamı dışında tutulmuş olabileceği üzerinde de durulmalıdır. Diğer yandan, 63’üncü maddedeki “*borçlunun haklarını tasfiye bakımından onun haiz olduğu bütün salahiyetler*” ifadesinin oldukça geniş kapsamlı olması nedeniyle, İcra ve İflâs Kanunu’nda alacaklılara tanınan açık yetkilerin ayrıca ifade edilmesine gerek duyulmamış olabileceği de gözardı edilmemelidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, kesin bir sonuca varmadan önce belirttiğimiz ihtimâller üzerinde durulacak ve elde edilen sonuçlara göre görüşümüz açıklanacaktır. Bu noktada, madde gerekçesi, ne yazık ki, pek yol gösterici nitelikte değildir. Zira, yürürlükteki 63’üncü maddeyi karşılayan tasarının 112’nci maddesinin gerekçesinde sadece madde metni tekrar edilmiş⁵¹; komisyon raporunda ise, sadece birtakım dilbilgisi değişikliklerine değinilmiştir⁵².

⁵⁰ Bu düzenlemeler, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 63’üncü maddesinde açıkça ifade edilmemesine rağmen, İcra ve İflâs Kanunu’nun 94’üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile 120’nci maddesinin ikinci fıkrasıdır. Bu fıkralara ilişkin olarak bkz. yuk. III/B-C.

⁵¹ “112 nci madde tahsil dairesine borçlunun intifa hakkı, taksim edilmemiş bir miras veya iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi malların paraya çevrilebilir hale getirilmesi hususunda yetki tanımakta bu surette kamu idaresini bu mallardan hakkını elde etmek hususunda borçlunun iradesine muhtaç olmaktan kurtarmaktadır.” (Aykaç, s. 36).

⁵² “Birinci fıkrada tekrara mâni olmak için (Borçlunun) yerine (onun) denilmiş... bir intifa hakkı - ifadesinden sonra (,) yerine (veya) getirilmiştir.” (Aykaç, s. 53).

2. Kamu İcra Hukukunda Genel İcra Hukukundaki Diğer Yetkilerin Bilinçli Olarak Dışlanmış Olma İhtimâli

a. Genel İcra Hukukunda Bazı Hakların Borçlu Adına Tescilinin Alacaklılar Tarafından İstenmesi

İcra ve İflâs Kanunu'nun 94'üncü maddesi "*iştirak hâlinde tasarruf edilen mallar*" başlıklı olmasına rağmen, iştirak hâlinde tasarruf edilen malların haczi sadece maddenin birinci fıkrasında düzenlenmektedir. Bu fıkra 4949 sayılı Kanun'un⁵³ 25'inci maddesi ile yapılan değişiklikle, pay senedi veya ilmühabere bağlanmamış anonim şirket paylarının haczi için de özel düzenlemeler getirilmiştir. Maddenin ilk hâlinde de bugün de, ikinci fıkra borçlunun iktisap etmesine rağmen tapuya tescil ettirmediği aynî hakların borçlu adına tescilinin alacaklılar tarafından kullanılması da yer almaktadır. Üçüncü fıkra düzenlenen olağanüstü zamanaşımıyla kazanılan bir aynî hakkın borçlu adına tescilini istemeye ilişkin düzenleme ise, 538 sayılı Kanun'un⁵⁴ 52'nci maddesiyle getirilmiştir⁵⁵. Kanun'un 120'nci maddesinde düzenlenen alacaklılara borçlunun alacaklı olduğu üçüncü kişileri doğrudan takip ve dava etme yetkisi veren düzenleme ile 90'ıncı maddesindeki icra dairesinin günü gelen alacakları tahsil için işlemler yapabileceğini hükme bağlayan düzenleme ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilk hâlinde beri vardır. Daha açık bir ifadeyle, birbirine oldukça benzer hükümler ihtiva eden genel icra hukuku ve kamu icra hukukunun temel düzenlemeleri, düzenlenme anlarından itibaren belirttiğimiz noktalarda birbirinden ayrılmaktadır. O hâlde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a bu açık hükümlerin alınmamış olmasının nedeni irdelenmelidir. Zira, İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeler, sonradan hukukumuza girmiş değildir; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un düzenlendiği tarihlerde de zaten İcra ve İflâs Kanunu'nda var olan hükümlerdir.

⁵³ RG, 30.07.2003, S. 25184.

⁵⁴ RG, 06.03.1965, S. 11946.

⁵⁵ Türk Medenî Kanunu'nun 713'üncü maddesi gereği, zaten artık 94'üncü maddenin üçüncü fıkrasını da ikinci fıkra kapsamında değerlendirmenin mümkün olduğu konusunda bkz. yuk. III/B ve **Bulut**, s. 111.

Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesinde tercih edilen başlıktır. Zira, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94'üncü maddesi "*iştirak hâlinde tasarruf edilen mallar*" başlığını taşımasına rağmen, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesi için "*diğer hakların paraya çevrilmesi*" başlığı tercih edilmiştir. Ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu'nun haczedilen mallara ilişkin muhafaza tedbirleri arasında yer alan ve "*diğer haklar için*" başlığı altında icra dairesine günü gelen alacakları tahsil yetkisi veren 90'ıncı madde de dikkate alınmalıdır. Buradan hareketle, kamu icra hukukunda tahsil dairesinin -ayrı bir icra dairesinin takip sürecine dahil olmaması nedeniyle- gerekli işlemleri zaten yapabileceği ve bu durumun 63'üncü maddenin kapsamında dahil edilmesi gerektiği düşünülebilir. Nitekim, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94'üncü maddesinde "gibi" ifadesi kullanılmamış ve düzenlemenin sınırları açıkça çizilmiştir. Oysa, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesinin sınırlayıcı bir ifadeye sahip olmaması ve ayrıca sınırlayıcı bir madde başlığını da tercih etmemesi dikkate alındığında, bu maddenin -en azından⁵⁶- İcra ve İflâs Kanunu'nun 94'üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki borçlu adına tescil isteme hakkını da içerdiği kanaatindeyiz.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'daki sayımı geniş yorumlayan bir görüş, Kanun'un 63'üncü maddesi kapsamında senede bağlanmamış anonim şirket paylarının da zaten haczedilebileceğini belirtmektedir⁵⁷. Oysa böyle bir yorum, maddede sayılan hakların niteliğiyle bağdaşmayacak ve oldukça zorlayıcı olacaktır⁵⁸.

b. Genel İcra Hukukunda İcra Dairesine Tanınan Yetkiler

İcra ve İflâs Kanunu'nun 90'ıncı maddesinde düzenlenen ve çalışmamız bakımından önem arz eden husus, icra dairesinin alacakların muhafazası ve muaccel olanların tahsili için gerekli işlemleri yapabilmesidir. Genel icra hukukunda bu yetkiye dayanarak, icra dairesinin haczedilen alacakların

⁵⁶ Bu düzenlemenin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 120'nci maddesinin ikinci fıkrasını da karşılar nitelikte olup olmadığı ileride incelenecektir. Bkz. aşa. IV/B/2/b.

⁵⁷ **Coşkun**, s. 658.

⁵⁸ Bu konuda bkz. aşa. IV/B/3.

korunması ve paraya çevrilmesi için gerekli işlemleri yapabileceği kabul edilmektedir⁵⁹. Aşağıda inceleyeceğimiz Kanun'un 120'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre tahsil yetkisinin alacaklılara devredilmesi ise, esasen icra dairesi tarafından yapılması pek mümkün gözükmeyen dava veya takip yoluyla alacağının tahsilinin, takip alacaklılarına devredilmesinden ibarettir⁶⁰. Diğer bir deyişle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 90'ıncı maddesine göre icra dairesinin haiz olduğu yetki, aynı Kanun'un 120'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre alacaklılara devredilebilmektedir. O hâlde, kamu icra hukukunda icra dairesi ve alacaklılar şeklinde bir ayırım söz konusu olmadığından, böyle bir yetkiye tahsil dairesinin sahip olup olmadığı da incelenmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kamu icra hukukunda tahsil dairesine böyle açık bir yetki tanıyan düzenleme mevcut değildir. Bu muhtemel yetkinin çıkarılabileceği düzenlemeler Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü ve 82'nci maddeleridir. Aşağıda değineceğimiz 63'üncü maddenin sınırlayıcı lâfzı gereği, bu maddeden böyle bir yetki çıkarmak mümkün görünmemektedir⁶¹. 82'nci madde bakımından ise, bir alacak hakkını içeren kambyo senetleri ve hisse senetleri konumuz bakımından önem arz etmektedir. İlgili maddede, sadece bu tür malların tahsil dairesince korunacağı hükme bağlanmış; tahsil dairesine, bu senetlerdeki alacak haklarını tahsil etme yetkisi tanınmamıştır. O hâlde, bu senetlerin içerdiği alacak hakları, esasen bu alacak haklarının bağlı olduğu senetlerin paraya çevrilmesi yoluyla olabilecektir. Bu da sadece taşınır malların paraya çevrilmesine ilişkin hükümler çerçevesinde, açık artırma veya şartların gerçekleşmesi hâlinde pazarlık suretiyle olacaktır (AATUHK m. 85/1). Diğer bir deyişle, 82'nci madde kapsamında yer alan alacak haklarının dahi bizzat tahsil dairesi tarafından takip edilerek, doğrudan üçüncü kişiden tahsili yoluyla paraya çevrilmesine açık bir imkân tanınmamıştır.

Ancak, doktrinde, böyle bir sonucu doğuran hukukî sebepler açıklanmasa da, tahsil dairesinin senede bağlı alacağın tahsili için gerekli tüm hukukî yollara başvurabileceği; senedin vadesinde borçlusuna sunularak tahsilatın sağlanabileceği belirtilmiştir⁶².

⁵⁹ **Kuru**, El Kitabı, s 497, 594; **Uyar**, C. 5, s. 7828.

⁶⁰ **Bulut**, s. 35.

⁶¹ Bkz. aşa. IV/B/3.

⁶² **Aykaç**, s. 297.

c. Genel İcra Hukukunda Alacağın Tahsil İçin Devri

İcra ve İflâs Kanunu'na göre alacak hakları da taşınır mal hükmündedir (İİK m. 106/2) ve bir taşınır mal gibi haczi neticesinde taşınır mallar gibi açık artırma suretiyle paraya çevrilebilir. Genel icra hukukunda borçlunun üçüncü kişideki alacak hakları, üçüncü kişiye ihbarname göndermek suretiyle (İİK m. 89) ya da icra dairesinden alınacak yetkiye dayanılarak doğrudan üçüncü kişinin dava veya takip edilmesi suretiyle paraya çevrilebilir (İİK m. 120/2). Ancak, bu iki yol her zaman birbirinin alternatifi olarak kabul edilemez ve esasen başvurulana yola göre birtakım farklılıklar da ortaya çıkabilir. Genel icra hukukunda ortaya çıkan bu sorunlar, çalışmamızın sınırlarını aştığından bu hususlara değinmiyoruz⁶³.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da ise, alacak haklarının paraya çevrilmesi taşınır mallara ilişkin hükümlere tâbi kılınmamıştır. Zira, Kanun'un 3'üncü maddesinde "*mal*" kavramıyla taşınır ve taşınmaz mallar ile alacak haklarının ifade edildiği belirtilmiştir. Buna göre alacak hakları, taşınır mal kapsamı dışında kalan ayrı bir mal kategorisi olarak zikredilmiştir. Kaldı ki, İcra ve İflâs Kanunu'nda olduğu gibi, alacak haklarını taşınır mal hükmünde kabul eden herhangi bir düzenleme de mevcut değildir. O hâlde, kamu icra hukukunda alacak hakları da bir haciz tutanağı ile haczedilebilecek (AATUHK m. 62/1); ancak, bu alacak hakları -senede bağlı alacaklar için senedin paraya çevrilmesi haricinde (AATUHK m. 82)- taşınır mallar gibi açık artırma suretiyle paraya çevrilemeyecektir. Diğer yandan, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un taşınır mallara ilişkin hükümleri arasında düzenlenen ve taşınır malların korunması başlıklı 82'nci maddede, bir alacak hakkı olmasına rağmen ticarî senet (kambiyo senedi), hisse senedi ve tahvil şeklinde tecessüm eden hakların, daha doğrusu bu haklara ilişkin senetlerin, tahsil dairesince muhafaza edileceği hükme bağlanmıştır. O hâlde, bu şekilde bir senede bağlanmış olan alacak hakları da, esasen senedin paraya çevrilmesi suretiyle⁶⁴, taşınır mallar gibi açık artırma suretiyle satılabilecektir. Tekrar belirtmek isteriz ki, böyle bir senede bağlanan alacak haklarının bizzat tahsil dairesi tarafından takip ve

⁶³ Bu konuda bkz. **Bulut**, s. 68 vd.

⁶⁴ **Yılmaz**, s. 144.

dava edilerek tahsili yolu öngörülmemiştir (Karş. AATUHK m. 82; İİK m. 88, 90).

Hamiline yazılı olmayan veya cirosu kabil bir senede⁶⁵ dayanmayan alacaklar için ise, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesinde düzenlenen ve yukarıda⁶⁶ kısaca açıklanan haciz bildirisini gönderme usulü uygulanacaktır. Haciz bildirisine itiraz neticesinde, alacaklı kamu kurumu, itiraz eden üçüncü kişiye genel mahkemelerde açacağı bir dava ile üçüncü kişinin borçlu olduğu tutarı ödemesine mahkûm edilmesini talep edebilmektedir. Ancak, mahkeme hükmü tek başına alacaklı

⁶⁵ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 82'nci maddesinde sadece kambiyo senedi kavramı tercih edilmiş; İcra ve İflâs Kanunu'nun 88'inci maddesinde olduğu gibi cirosu kabil bir senet olması aranmamıştır. O hâlde, kamu icra hukukunda nama yazılı kambiyo senetlerinin dahi fiilen muhafaza altına alınması gerekecektir. Bu ise, Kanun'un 79'uncu maddesinde cirosu kabil bir senet olmayan nama yazılı kambiyo senetleri bakımından da haciz bildirisini gönderilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeyle çelişki içerisindedir. Bu çelişkinin giderilebilmesi için, 82'nci maddedeki ticarî senet kavramını sadece hamiline yazılı ve cirosu kabil senetler şeklinde dar anlamlandırmak yerinde olacaktır. Benzer yönde **Şimşek**, s. 747, dn. 3; **Coşkun**, s. 800-801, 842; **Candan**, s. 467-469; **Çelik**, s. 229; **Yılmaz**, s. 141; **Arslaner**, s. 241-242; **Tombaloğlu**, s. 126. Danıştay da bu yoruma uygun kararlar vermektedir: "*Hamiline yazılı olan veya cirosu kabil bir senede dayanan alacakların, senedin zaptolunması ile haczedilebileceği, senet fiilen ele geçirilmeden haciz bildirisini ile haciz yapılamayacağı, zira bu tür alacaklarda asıl senet borçlusunun, senet alacaklısını önceden tespit edemeyeceği, devir beyanı ve teslim ile senet alacaklısının her zaman değişmesinin mümkün olduğu; olayda, hamiline yazılı senetler söz konusu olduğundan, haczin ancak senedin fiilen zaptolunması ile tamamlanabileceği, borçlu şirketin senetleri davalı idareye teminat olarak göstermiş olmasının haczin tamamlanması için yeterli olmadığı, davalı idarece ele geçirilmemiş ve ciro edilmiş olan senetlerin alacaklısı anılan şirket olmadığından, davacının bu şirkete böyle bir borcu olduğunun kabulüne olanak bulunmadığı; öte yandan, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanununun 79 uncu maddesinde, haciz bildirisini tebliği yoluyla haczedilebilecek alacaklar arasında, hamiline yazılı olmayan ve cirosu kabil senede dayanmayan alacakların sayıldığı, bu durumda, söz konusu alacağın hamiline yazılı ve cirosu mümkün bir senede dayanması nedeniyle, haciz bildirisini ile haczinin mümkün olmadığı; kaldı ki, davacının haciz bildirisine itiraz etmesi üzerine, davalı idarece itirazın aksi kanıtlanmadığından, borcun davacının zimmetinde sayılamayacağı, gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.*"Dş. VDDGK, 25.06.2004, 2004/79, 2004/61 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁶ Bkz. yuk. IV/A.

kamu kurumunun alacağına kavuşması neticesini doğurmaz; üçüncü kişi, mahkeme ilâmının gereğini rızaen yerine getirmeyebilir. Bu durumda, genel mahkemelerde verilen hükmün rızaen yerine getirilmemesi hâlinde, alacaklı kamu kurumu bu hükmün icrasını genel icra hukuku hükümleri çerçevesinde sağlayamayacak mıdır? Kanaatimizce, bunun önünde hiçbir engel yoktur. Üçüncü kişinin kamu borçlusuna borçlu olduğunu hükme bağlatan kamu kurumu, bu hükmün icrası için gerekli yollara da başvurabilecektir. Aksi hâlde, alacaklı kamu kurumunun, kamu borçlusunun üçüncü kişiden alacaklı olduğunu hükme bağlatmasının hiçbir faydası olmayabilecektir. Böyle bir durumda, kamu icra hukuku kapsamında, kamu borçlusunun alacaklı olduğu üçüncü kişiye karşı doğrudan dava veya takip yapılabilmektedir. Bu nedenle, kamu alacağı için, kamu borçlusunun alacaklılarını doğrudan takip ve dava etme imkânının, kamu alacağının tahsili süreciyle uyumsuz olması gibi bir ihtimâlden söz etmek de mümkün değildir. Zira, İcra ve İflâs Kanunu'nun 120'nci maddesinin ikinci fıkrası gibi açık bir düzenleme olmasa da, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesinin uygulanması neticesinde benzer bir sonuç ortaya çıkabilmektedir. Diğer yandan, uygulamada alacaklı kamu kurumu, kamu borçlusuna borçlu olduğu sabit olan üçüncü kişiye karşı dahi Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre cebren tahsil sürecini başlatmaktadır⁶⁷. Bildiriyi

⁶⁷ **Coşkun**, s. 810; **Candan**, s. 477; **Karakoç**, Menfi Tespit, s. 239; **Değirmenci**, s. 139; **Arslaner**, s. 381; **Yerlikaya**, s. 637.

Kanaatimizce, her ne olursa olsun, bir özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan alacağın, bir tarafın kamu borcu için bu ilişkinin diğer tarafına gönderilen haciz bildirisi neticesinde, bir kamu alacağı gibi takip edilmesi yerinde değildir. Burada cebren tahsil edilen alacağın, üçüncü kişinin kamu kurumuna gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş olması nedeniyle kamunun uğradığı zarar olduğu da düşünülebilir. Ancak, icra edilen hüküm bir genel mahkeme kararıdır. Kaldı ki, üçüncü kişi itiraz etmeyerek borcunu kabul etse ve fakat bu borcu rızaen ödemesi dahi kamu alacağının tahsili usûlü uygulanmaktadır (AATUHK m. 79/3; **Yerlikaya**, s. 636). Oysa, kanaatimizce, her iki durumda da genel icra hukuku kurallarının uygulanması daha yerinde olacaktır. Zaten, kamu kurumunun üçüncü kişiye karşı açtığı dava haksız fiil hukukî temeline dayanmaktadır (**Coşkun**, s. 809. Ayrıca karşı. **Karakoç**, Menfi Tespit, s. 237) ve haksız fiilden kaynaklanan alacaklar açıkça Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamı dışında tutulmuştur (AATUHK m. 1; İİK m. 47; **Özer**, s. 30; **Kumrulu**, s. 657; **Gerçek**, s. 7; **Öner**, s. 175; **Mutluer**, s. 322; **Çelik**, s. 9; **Yerlikaya**, s. 4; **Coşkun**, s. 34). Üçüncü kişinin,

alan üçüncü kişi süresinde itiraz etmemişse, bu kişiye karşı kamu alacağının tahsili usûlünün uygulanmasına imkân veren bir kanunî dayanak vardır (AATUHK m. 79/3)⁶⁸. Ancak, bu kanunî düzenlemenin de yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca, üçüncü kişi haciz ihbarnamesine itiraz etmişse, bu

haciz bildirisine itiraz etmemesi üzerine borç yedinde sayılmışsa, Kanun'un açık hükmü gereği -her ne kadar yerinde olmadığını düşünsek de- kamu alacağının tahsili usûlü uygulanacaktır (AATUHK m. 79/3). Bu uygulama, üçüncü kişinin, hem Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre kendisine gönderilen ödeme emrine karşı idarî yargıda dava açması, hem de genel mahkemelerde menfi tespit davası açması (AATUHK m. 79/4) hâlinde de sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Diğer yandan, üçüncü kişinin itirazı üzerinde kamu kurumu tarafından genel mahkemelerde dava açılarak alacağın varlığı ispatlanmışsa, artık bu hükmün icrası bir genel mahkeme hükmü olarak genel icra hukuku kurallarına tâbi kılınmalıdır (Benzer yönde Candan, s. 476; Yılmaz, s. 143). Doktrinde, katılmadığımız bir görüş olmakla birlikte, itirazın aksinin ispatlanması hâlinde itirazın hiç yapılmamış sayılacağı ve bu nedenle Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına kıyasen, üçüncü kişinin doğrudan Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre takip edileceği belirtilmiştir. Bu konuda bkz. Karakoç, Menfi Tespit, s. 239.

⁶⁸ Bu hükümden hareketle, üçüncü kişinin bildiriye itiraz etmesi hâlinde, üçüncü kişiye karşı artık kamu alacağının tahsili usûlünün uygulanamayacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce, üçüncü kişinin itirazının aksi genel mahkemede ispatlandığında da, bu kişiye karşı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uygulanamamalıdır. Bkz. "Kamu borçlusunun borcundan dolayı üçüncü kişiler hakkında 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi, anılan kanunun 79. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen yedi günlük sürenin bildirimsiz olarak geçmiş olması ön koşuluna bağlı olduğu; bu süre içinde bildirimde bulunulması hâlinde, üçüncü şahsın, 6183 sayılı kanunun alacaklı kamu idaresine tanımış olduğu kamu gücünün kullanılması suretiyle takibinin olanaklı olmadığı..." Dş. 7. D., 07.04.2010, 2007/4692, 2010/1643 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); "6183 Sayılı Kanunun '3.şahıslardaki menkul malların alacak ve hakların haczi' başlığını taşıyan 79. maddesi hükmüne göre; kamu borçlusunun 3. şahıslardaki anılan madde kapsamına giren menkul mal, alacak ve haklarının haczine ilişkin bildirimde (haciz ihbarnamesine) karşı 3.şahıs tarafından 7 gün içerisinde itiraz edilmediği takdirde mal elinde, borç zimmetinde kalmış sayılacak ve 3. şahıs bu Kanun hükümleri çevresinde takibata tabi tutulacaktır. 3. şahsın bu Kanun hükümleri çevresinde takibata tabi tutulması ise zimmetinde sayılan borç nedeniyle 3.şahıs hakkında 6183 Sayılı Kanununun 54. ve devamı maddelerindeki 'cebren tahsil ve takip esasları'na ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerekli kılmaktadır." 10. HD, 06.12.2005, 2005/9649, 2005/12760 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

itirazın aksi genel mahkemelerde kamu kurumunca açılan dava ile ispatlanmaktadır ve bu davada alınan ilâmın da genel icra hukuku kurallarına göre icra edilmesi, üçüncü kişiye Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre ödeme emri gönderilememesi gerekir⁶⁹. Zira, üçüncü kişinin borcu kamu borçlusuna karşıdır; kamu borçlusunun kamu alacağını ödemiş olması, onun tüm alacaklarının da kamu alacağı niteliğine dönüştüğü ve bu hükümlere göre tahsil edilebileceği anlamına gelmez⁷⁰.

Kamu icra hukukunda kamu borçlusunun dava takip yetkisinin kullanılarak üçüncü kişideki alacağının tahsil edilmesine -dolaylı da olsa- başka bir yol daha tanınmıştır. Şöyle ki, kamu alacağının tahsili için İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde kamu borçlusunun iflâsı istenebilir ya da devam eden bir iflâs sürecine katılabilir (AATUHK m. 100). Böyle bir durumda, alacaklı kamu kurumu iflâs masası alacaklılarından biri olur ve kendisine iflâs idaresi tarafından neticelendirilmesine gerek görülmeyen iddiaları takip yetkisi verilebilir (İİK m. 245). Burada da İcra ve İflâs Kanunu'nun 120'nci maddesinin ikinci fıkrasına benzer bir şekilde ilgili alacaklıya gerekli hukukî yollara başvurabileceğine dair bir yetki belgesi verilir⁷¹. Kanun'un 120'nci maddesinin ikinci fıkrasının cüz'î icrada; 245'inci maddesinin ise, küllî icraya ilişkin hükümler arasında yer alması

⁶⁹ **Candan**, s. 476; "Alacaklı Maliye Hazinesi borçlu ... İplik San. ve Tic. A.Ş. aleyhinde Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 6183 Sayılı Kanununun 79. maddesi gereğince lehine hükmettiği alacağın tahsili amacıyla ilamlı takip başlatmış, borçluya örnek 4-5 numaralı icra emri tebliğ edilmiştir..." 8. HD, 15.05.2012, 2012/3743, 2012/4256 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Ancak, 30.06.2007 tarih ve 26568 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Seri: A, Sıra No:1 sayılı Tahsilat Genel Tebliği'nin ikinci kısmının ikinci bölümünde 79'uncu maddeye göre gönderilen ihbarnameye itiraz eden üçüncü kişiye karşı açılan davanın kazanılmasıyla ilgili olarak aynen şu ifadelerle yer verilmiştir: "Üçüncü şahısların yaptığı itirazın iptali talebi ile alacaklı amme idaresince açılan davanın kabul edilmesi halinde hükmedilen tutarın, üçüncü şahıstan takip ve tahsiline 6183 sayılı Kanunun 55 inci maddesine göre düzenlenecek ödeme emrinin tebliği suretiyle başlanılacaktır."

⁷⁰ Uygulamada bu ilginç sonuçla sık sık karşılaşmakta ve bu durum aslında eleştiri konusu da yapılmaktadır. Bkz. **Kızilot**, Şükrü; "Trajikomik Bir Haciz", Hürriyet 12.11.2005; **Karakoç**, Menfi Tespit, s. 259.

⁷¹ **Kuru**, C. 4, s. 3319; **Kuru**, El Kitabı, s. 1356, dn. 22; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 585.

haricinde, bu iki düzenleme arasında önemli bir fark yoktur⁷². O hâlde, kamu icra hukukunda da küllî icra bakımından genel icra hukukuna yapılan atıf nedeniyle, borçlunun üçüncü kişideki bir alacağının tahsil yetkisinin kullanılması mümkündür. Netice itibarıyla burada da aynı sonuca varılmakta ve üçüncü kişideki alacağı tahsil yetkisinin kamu alacağının tahsilinin niteliğiyle bağdaşmadığı gibi bir genel varsayım kabul edilememektedir. Zira, yukarıda görüldüğü gibi, hem genel icra hukukuna yapılan atıflar hem de bizatihi Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenen durumlar neticesinde esasen benzer durumlar ortaya çıkabilmektedir.

3. Kamu İcra Hukukundaki Düzenlemelerin Sınırlayıcı İfadesi

Tahsil dairesinin, borçlunun bütün yetkilerini kullanma imkânı sadece intifa hakkı, taksim edilmemiş bir miras veya iştirak hâlinde tasarruf edilen bir mal hissesi **gibi mallar** bakımından söz konusudur (AATUHK m. 63). Buradaki “mal” kavramı alacak haklarını da kapsar şekilde kullanılmıştır (AATUHK m. 3). Ancak, madde metninde örnek olarak sayılan tüm haklar aynî hak niteliğindedir. Bu nedenle, her ne kadar mal ifadesiyle Kanun'un kabul ettiği kapsam alacak haklarını da içerse de, örnek olarak sayılan haklardan tamamen farklı, bu örneklere benzemeyen diğer hakları da madde kapsamında kabul etmek oldukça zordur.

Diğer yandan, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki madde başlığının değiştirilerek alınmış olması ve karşılık maddedeki diğer fıkraların ayrıca bu maddede yazılmamış olmasının üzerinde de durulmalıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi⁷³, kanun koyucuyu böyle bir değişikliğe iten sebebin, İcra ve İflâs Kanunu'nda ayrı fıkralarda yer alan ve borçlunun iktisap etmesine rağmen tapuya tescil ettirmedeği aynî haklarının tescilini isteme yetkisini alacaklıya veren hükümlerin de zaten 63'üncü maddenin mevcut düzenlemesi kapsamında yer alması olduğu kanaatindeyiz. Bu yorum, maddede örnek olarak sayılan diğer hakların da birer aynî hak olması ve bunlara benzeyen diğer bir aynî hakkın paraya çevrilmesi için de gerekli işlemlerin tahsil dairesi tarafından yapılabileceği sonucuyla bağdaşmaktadır. Ancak, kamu borçlusunun üçüncü kişilerdeki alacak haklarını bu kapsamda kabul etmek, maddenin

⁷² Bulut, s. 123 vd.

⁷³ Bkz. yuk. IV/B/2/a.

sınırlayıcı ifadesi karşısında mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, 63'üncü maddenin tahsil dairesine, İcra ve İflâs Kanunu'nun 120'nci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi bir yetkiyi bahşetmediği kanaatindeyiz. Ayrıca, bu seçimin bilinçli bir şekilde yapılmış olmadığı ve esasen tahsil dairesinin de bu yetkilere sahip olması gerektiği, bu yetkilerin kamu alacağının niteliğiyle bağdaşmayacağı gibi bir sonucun çıkarılamayacağını da tekrar belirtmek isteriz. Zira, zaten yukarıda değindiğimiz Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesi kapsamında -uygulamada ve tebliğlerde yerinde olmayarak genel mahkeme kararı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yerine getirilse de- esasen tahsil dairesinin genel icra hukuku kurallarıyla icra dairesine başvurarak üçüncü kişideki alacağı tahsil ve takip için işlemler yapması mümkündür. Diğer bir deyişle, tahsil dairesine borçlunun üçüncü kişilerdeki alacak haklarını paraya çevirme bakımından onun sahip olduğu yetkileri kullanarak, üçüncü kişilere karşı gerekli hukukî yollara başvurma imkânı açıkça düzenlenmelidir. Aksi hâlde, kamu borçlusunun birtakım haklarının tahsil dairesi tarafından paraya çevrilmesi, mevcut sınırlayıcı hükümler karşısında zorlaşacaktır. Böyle ek bir imkânın tahsil dairesine sağlayacağı kolaylıklara aşağıda değineceğiz.

Doktrinde, bu madde kapsamında tahsil dairesinin kullanabileceği yetkilerin, paraya çevirme hususunda Kanun'da özel bir hüküm olmayan tüm hakları kapsadığı belirtilmiştir⁷⁴. Bu görüşün kabulü hâlinde, tahsil dairesi yukarıda değindiğimiz genel icra hukukundaki tüm imkânlara da sahip olacaktır. Ancak, kanaatimizce, maddenin lâfzı böyle geniş bir yoruma imkân tanımamaktadır.

C. Kamu Borçlusunun Üçüncü Kişilerdeki Alacak Haklarının Paraya Çevrilmesi Bakımından Tahsil Dairesine Sağlanabilecek Muhtemel Ek Yetkiler

Buraya kadarki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, kamu icra hukukunda tahsil dairesi, genel icra hukukunda icra dairesine ve alacaklılara tanınan bazı yetkilerden -kasten ya da ihmâlen- yoksun bırakılmıştır. Bu

⁷⁴ Coşkun, s. 657.

yetkiler, İcra ve İflâs Kanunu'nun 90'ncı maddesinde düzenlenen ve icra dairesinin alacaklardan günü gelenlerden tahsili için işlemler yapabileceğini belirtilen hüküm ile 120'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve takip alacaklılarının, borçlunun alacaklı olduğu üçüncü kişiye karşı borçlu adına tahsil yetkisini kullanmasına imkân sağlayan düzenlemelerdir. Esasen, genel icra hukukundaki böyle iki farklı düzenlemenin olması, alacaklı ile alacağı tahsille görevli icra dairesinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Kamu icra hukukunda ise, alacaklı kamu kurumu haricinde bir icra dairesi takip ve tahsil sürecine dahil olmadığından, icra dairesi gibi hareket eden tahsil dairesine bu yetkinin tanınması yeterlidir. Ancak, bu düzenlemelere paralel hükümler Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer almamakta ve yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılabilirliği gibi, zorlayıcı bir yorum yoluyla dahi tahsil dairesinin bu yetkileri haiz olduğu sonucu çıkarılamamaktadır⁷⁵. Tahsil dairesinin bu yöndeki bir yetkiye sahip olduğu, İcra ve İflâs Kanunu'nun kıyasen uygulanması yoluyla da kabul edilemez⁷⁶;

⁷⁵ Karşı görüşte **Aykaç**, s. 297 (Yazar, herhangi bir gerekçe göstermemekle birlikte, tahsil dairesinin 82'nci maddeden yola çıkarak alacağın tahsili için işlemler yapabileceğini belirtmektedir).

⁷⁶ Vergi kanunlarının vergi dairelerine tanıdığı özel yetkiler haricinde, bu dairelerin özel hukukta alacaklılara tanınan tüm haklardan da ayrıca ve özellikle yararlanabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 610; "Adi Şirket'in temsiline ilişkin hükümler Borçlar Kanununun 534 üncü maddesinde yer almıştır. Anılan maddenin son fıkrasında, adi ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde, ortakların birlikte veya bir temsilci vasıtasıyla üçüncü kişilere karşı yükledikleri borçlardan müteselsilen sorumlu olacakları hükme bağlanmış olup, dosya içeriğinden, aksine bir mukavele bulunmadığı anlaşılmaktadır. Vergi Tahakkuku ve tahsili ile ilgili Kanunlarda vergi idaresine tanınan munzam yetkiler, özel hukukta düzenlenen üçüncü kişilerin hak ve yetkilerinin aynen kullanılmasına engel değildir. Diğer bir deyimle devletin özel hukukta alacaklılara tanınan tüm yetkilerden ayrıca ve öncelikle yararlanması doğaldır." Dş. 4.D., 23.10.1984, 1983/83, 1984/3782 (Dş.Der. 1985, S. 58-59, s. 138-141). Her ne kadar özellikle Danıştay kararında tahsil sürecini de kapsar ifadeler kullanılmışsa da, bu içtihatı sadece maddî hukukun kamu ve özel hukuk kişilerine tanıdığı yetkilerle sınırlı tutmak; tahsil dairelerinin İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen her yetkiye de doğal olarak sahip olacağı sonucuna varmamak gerekir. Bu sonuç, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu arasında, birbirlerine doğrudan atf olmayan hâllerde bir kıyasen uygulamanın söz konusu olamayacağına ilişkin hâkim görüşle de uyum içerisinde olacaktır. Bkz. aşa. dn. 77.

zira, kamu icra hukukunda genel icra hukukuna ilişkin kurallar, açık bir atıf mevcut değilse, doğrudan veya kıyasen uygulanamaz⁷⁷.

Bu noktada, tahsil dairesine kamu borçlusunun üçüncü kişilerdeki alacak haklarının tahsili ve paraya çevrilebilir hâle getirilmesi için açık bir yetki tanınmasının gerekliliği ve böyle bir yetkinin sonuçları üzerinde durulmalıdır. Mevcut hükümler çerçevesinde tahsil dairesinin üçüncü kişiye başvurmaya imkân tanıyan tek düzenleme Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesidir. Ancak, bu maddeyle gönderilen bildiri üçüncü kişinin borcunu artık ancak tahsil dairesine ödeyebileceği veya taşınır malı tahsil dairesine teslim etmesi gerektiği bildirilmektedir. Üçüncü kişideki alacak bir para alacağı veya taşınır bir mala ilişkin bir alacak hakkı ise, herhangi bir sorun çıkmayabilir. Ancak, örneğin bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan taşınmazın devrine ilişkin bir alacak hakkı, haciz bildirisi usûlüyle talep edilemez⁷⁸. Zira, bu alacak hakkının tahsil dairesine ödenmesi veya teslimi söz konusu olamaz. O hâlde, özellikle taşınmaz mallara ilişkin alacak haklarının dava ve takibi bakımından tahsil dairesine yetki tanınması ve gerekli hukukî yollara başvuru olarak borçlunun mülkiyetine geçirilen taşınmazın Kanun'un diğer hükümlerine göre paraya çevrilmesi gereklidir. Aksi hâlde, böyle bir alacak hakkı genel hükümler çerçevesinde haczedilebilecek (AATUHK m. 62/1); ancak, hiçbir şekilde paraya çevrilemeyecektir⁷⁹.

Böyle bir yetkinin gerekliliği, yine haciz bildirisi usûlüyle paraya çevrilmesi mümkün olmayan, bu düzenleme kapsamında yer almayan ciro su kabil bir senede dayanan alacak hakları bakımından da hissedilmektedir. Kanun, bu senetlerin tahsil dairesi tarafından korunacağını hükme bağlamış ve taşınır mallar gibi paraya çevrilmesine imkân tanımıştır (AATUHK m. 82). Ancak, böyle bir senede bağlı alacak için gerektiğinde protesto çekilmesi ve takip başlatılması, borçlunun menfaatlerine de daha uygun olacak ve

⁷⁷ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 159; **Kumrulu**, s. 653; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 625; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 128; **Öner**, s. 176; **Arslaner**, s. 290-292; **Koçak**, s. 215.

⁷⁸ Bkz. **Candan**, s. 466 vd.

⁷⁹ Zira, ciro su kabil bir senede bağlı olmayan alacak haklarının genel olarak taşınır malların tâbi olduğu hükümler çerçevesinde paraya çevrilmesi dahi, kanaatimizce, mümkün değildir. Bkz. yuk. IV/B/2/c.

muhtemelen alacaklı kamu kurumunun alacağını elde etmesine de daha fazla hizmet edecektir. Zira, taşınır malların paraya çevrilmesi bakımından ikinci artırmada hiçbir bedel sınırı öngörülmemiş; ilk artırmada aranan, malın tespit edilen değerinin en az %75'i miktarında teklif olmaması hâlinde yapılacak ikinci artırmada teklif edilen bedel ne olursa olsun satışın yapılacağı düzenlenmiştir (AATUHK m. 87/1). Senede bağlanmış, sağlam bir alacağın böylesine düşük bir bedelle satılabilmesi, hem alacaklı kamu kurumunun hem de borçlunun menfaatlerini zedeler niteliktedir. Oysa, ilgili senedi fiilen haczederek (AATUHK m. 82/1) bizzat borçlunun alacağını takip ve dava etmesine engel olan tahsil dairesinin, bu işlemleri borçlu adına yapması ve böylece söz konusu senedi taşınır mallar gibi paraya çevirmektense senedin içerdiği alacak hakkının tahsilini sağlaması daha yerinde olabilecektir.

Ayrıca bazı hâllerde, üçüncü kişilerdeki alacağı doğrudan kamu borçlusu adına takip etmek, bu alacağın tahsili sonucunu doğuracak şekilde uygulanan haciz bildirisine itiraz eden üçüncü kişiye karşı kamu kurumu tarafından açılan dava haksız fiile dayanan bir tazminat davasıdır⁸⁰ ve tazminat için gerekli koşulların kamu kurumunca ispatı gereklidir. Bu davanın müsbet tespit davası niteliğinde olduğu görüşü⁸¹ benimsenirse de üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş olduğunun ispatlanması gerekecektir. Oysa, doğrudan kamu borçlusuna ait haklar kullanılabilirse, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkiye göre alacağın ispatı ve tahsilini sağlamak daha kolay olabilecektir. Örneğin, haksız fiile dayanarak karşı tarafın kusurunu ispatlamaktansa sözleşme ilişkisine dayanmak, davacı kamu kurumunun daha lehine olacaktır.

Bu nedenlerle, tahsil dairesine borçlunun alacak haklarının takip ve dava edilebilmesine yetki veren genel bir hükmün Amme Alacaklarının

⁸⁰ **Coşkun**, s. 809. Genel icra hukukunda üçüncü kişiye gönderilen ihbarname üzerine açılan davalar bakımından da aynı görüş hâkimdir. Bkz. **Kuru**, C. 1, s. 733; **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 315; **Uyar**, İİK m. 89, s. 219; **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, C. 2, s. 2601; "İİK'nun 89/4. maddesi hükmünde öngörülen tazminat üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanından kaynaklanan ve haksız fiile dayalı bir istektir." 12. HD, 28.11.2006, 19147/22468 (**Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, C. 2, s. 2628).

⁸¹ **Karakoç**, Menfi Tespit, s. 237.

Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir hüküm, hem borçlu ile alacaklı kamu kurumunun menfaatlerine daha fazla hizmet edecek, hem de zaten kamu icra hukukunun çeşitli düzenlemelerinde dolaylı olarak tahsil dairesine tanınan bu yetkinin doğrudan ve açık bir şekilde kullanılmasına imkân tanıyacaktır. Bu değişiklik, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesinde sayılan mallardan sonra açıkça alacak haklarının da eklenmesi suretiyle yapılabileceği gibi, yukarıda değindiğimiz diğer soru işaretlerini de ortadan kaldıracak şekilde madde metninin genel olarak gözden geçirilmesi suretiyle de yapılabilir.

SONUÇ

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, genel olarak İcra ve İflâs Kanunu'na paralel hükümler içermektedir. Ancak, kasten ya da ihmâlen, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki bazı önemli hükümler Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a doğrudan alınmamıştır. Bunlar, borçlunun üçüncü kişilerdeki haklarının haczinde, bu hakları paraya çevirmek ve korumak için icra dairesine ve alacaklılara çeşitli yetkiler veren hükümlerdir. Kamu icra hukukunda, icra dairesi ve alacaklı gibi iki ayrı kavram olmadığından, bu hükümlerden sadece icra dairesine ilişkin olanlara ya da sadece alacaklılara ilişkin olanlara yer verilmemiş olması anlaşılabilirdi. Ancak, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, tahsil dairesine bu yetkilerin hiçbirini açıkça vermemiştir. Bu hükümlerin bilinçli bir şekilde dışlandığını da kabul etmek oldukça zordur. Kanun koyucu, zaten devlete ait olan cebrî icra yetkisi içerisinde, üçüncü kişilere karşı da tahsil dairesinin gerekli tüm işlemleri yapabileceği gibi bir varsayımdan hareket etmiş olabilir. Ancak, böyle bir varsayım ve buna dayalı uygulama, hukuk devleti ilkesine uygun olmayacaktır. Zira, devletin cebrî icra yetkisine sahip olması, bu yetkiyi keyfî bir şekilde, herhangi bir kanuna dayanmaksızın dilediği gibi kullanabileceği anlamına gelmez. Eğer, kamu alacağının tahsili için, kamu borçlusunun üçüncü kişilerdeki alacakların paraya çevrilmesi sağlanacaksa, bu yetkiyi tahsil dairesine veren ve bunun nasıl yapılacağını gösteren kanunî bir dayanağın varlığı şarttır.

Kamu alacağının tahsilinde üçüncü kişilerdeki alacaklara başvurulması, sadece bankalardaki mevduatın haczi olarak gelişmiş, muhtemel diğer durumlarda nasıl bir yöntemin izlenebileceği tartışılmamıştır. Bu nedenle, genel icra hukukunda olduğu gibi kamu icra hukukunda da gelişen tek yöntem üçüncü kişiye bildiri (ihbarname) gönderilmesi olmuştur. Oysa, bu yolla dahi üçüncü kişinin bir kamu borçlusu konumuna getirilerek kamu borçlusu gibi takibini anlamlandırmak oldukça güçtür. Kaldı ki, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, üçüncü kişilerdeki alacak haklarının haczi ve paraya çevrilmesi bakımından ihbarname usûlü haricinde başka hiçbir düzenlemeye yer vermemektedir. Üçüncü kişiye ihbarname gönderilmek suretiyle haczedilemeyecek haklar ile bizzat tahsil dairesi tarafından fiilen muhafaza altına alınması gereken diğer hakların, korunması ve borçlusu olan üçüncü kişilerden tahsili için işlemler yapılması konusunda tahsil dairesine açık bir yetki verilmemiştir. Kanaatimizce, genel icra hukukundan çoktan beri var olan bu hükümlerin kamu icra hukukuna alınmamış olmasının herhangi hukukî bir açıklaması yoktur. Uygulama ise, ya bu eksikliğin ortaya çıkaracağı sorunlarla hiç karşılaşmamış ya da kanuna aykırı olarak eksiklik yokmuş gibi işlemler yapmıştır. Her iki ihtimâl için de bu eksikliğin giderilerek, tahsil dairesine de zaten genel icra hukukunda icra dairelerinin sahip olduğu alacağın tahsili için gerekli işlemleri yapabilme yetkisinin açıkça verilmesi gerekir. Ayrıca, kamu borçlusuna borçlu olan üçüncü kişilerin de kamu borçlusu kabul edilerek, normalde özel bir hukukî ilişkiden kaynaklanan borçları için, sırf bu borca bir kamu alacaklısı haciz uygulattığı için kamu alacaklarının tahsili suretiyle takibi usûlünden de vazgeçilmelidir. Nitekim, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesinin altıncı fıkrasına göre, alacaklı kamu kurumu tarafından haciz bildirisine itiraz eden üçüncü kişiye karşı açılan davanın temeli -genel icra hukukunda çoğunlukla kabul edildiği üzere- üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunarak haksız fiil işlemesidir. Haksız fiile dayanan alacaklar da açıkça kamu icra hukukunun kapsamı dışında tutulmuştur (AATUHK m. 1). Bu dava müspet tespit davası olarak kabul edilse dahi, kamu alacağının sahip olduğu çeşitli ayrıcalıklar ve kamu alacaklılarına tanınan diğer yetkiler dahi günümüzde tartışılırken, kamu borcuyla hiç ilgisi olmayan üçüncü kişinin bir anda kamu borçlusu olarak takip edilmesini açıklamak oldukça zordur.

Bu çerçevede Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre borçlunun üçüncü kişilerdeki haklarının paraya çevrilmesi bakımından kullanılabilir imkânları şu şekilde özetleyebiliriz: İlk olarak alacaklı kamu kurumu, kamu borçlusunun alacaklı olduğu üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle üçüncü kişideki alacağın tahsilini sağlayabilir. Haciz ihbarnamesi gönderilemeyecek alacaklar için ise, alacaklı kamu kurumunun kamu borçlusunun üçüncü kişiye karşı sahip olduğu yetkileri onun adına kullanarak, üçüncü kişiye karşı dava veya takip yoluna başvurabilmesi gerekir. Daha doğru bir ifadeyle, bu imkânın açık bir şekilde Kanun'da düzenlenmesi gerekir. Zira, mevcut hükümler alacaklı kamu kurumuna bu yetkiyi vermeyi amaçlamış olsa da, lâfzî bir yorumla böyle bir sonuca varılması oldukça zordur. Yukarıda da belirtildiği gibi, açık atıf olmayan hâllerde genel icra hukuku kurallarının kamu icra hukukunda da uygulanamayacak olması nedeniyle, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanması da mümkün değildir. Bu nedenlerle, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 63'üncü maddesinde bu yönde bir açıklığı sağlayacak değişikliklerin yapılması, kamu borçlusunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının paraya çevrilmesi yoluyla kamu alacağının tahsilini kolaylaştıracak ve kanunî temellere kavuşturacaktır.

Yararlanılan Kaynaklar

- Amonn, Kurt/Walther, Fridolin**; Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Auflage, Bern 2008.
- Arslan, Ramazan**; “Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi”, (A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s. 81-114).
- Arslaner, Hakan**; 6183 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu İle Tahsili, (Yetkin Yayınları), Ankara 2010.
- Aykaç, Kemal**; Açıklamalı Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliği, 2. Baskı, (Seçkin Kitabevi), Ankara 1976.
- Bulut, Uğur**; İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120), (Adalet Yayınevi), Ankara 2013.
- Candan, Turgut**; Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 3. Baskı, (Mali Akademi Yayınları), Ankara 2013.
- Coşkun, Mahmut**; Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013.
- Çelik, Binnur**; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, (İmaj Yayıncılık), Ankara 2000.
- Değirmenci, İbrahim**; “Kamuya Borçlarda Alacak Haczi Uygulaması”, (Yaklaşım 2006, S. 157, s. 138-141).
- Dönmez, Recai**; Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu ile Takip, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2005.
- Fritzsche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich**; Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bnd. I, 3. Auflage, Zürich 1984.
- Gerçek, Adnan**; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, (Ekin Basım Yayın Dağıtım), Bursa 2013.
- Hunkeler, Daniel**; Kurzkommentar SchKG, Basel 2009.
- Jaeger, Carl/Walder, Hans Ulrich/Kull, Thomas M.**; Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bnd. II, 5. Auflage, Zürich 2006.
- Karakoç, Yusuf**; Genel Vergi Hukuku, 7. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel Vergi).

- Karakoç**, Yusuf; “Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku”, (VSD 2001, S. 153, s. 116-135), (Kamu İcra).
- Karakoç**, Yusuf; Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar, (Yetkin Yayıncılık), Ankara 2000, (Kamu Alacaklarının Tahsili).
- Karakoç**, Yusuf; “Kamu İcra Hukukunda Menfi Tesbit Davası”, (Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. II, Ankara 2009, s. 219-261), (Menfi Tespit).
- Kızılot**, Şükrü; “Trajikomik Bir Haciz”, (Hürriyet 12.11.2005, www.hurriyet.com.tr, Erişim: 04.01.2014).
- Koçak**, Muhsin; Vergi-İcra Hukuku, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2011.
- Kumrulu**, Ahmet G.; “Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım”, (Akif Erginay’a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1981, s. 647-668).
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 3. Baskı, İstanbul 1988, (C. 1).
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, C. II, 3. Baskı, İstanbul 1990, (C. 2).
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, 3. Baskı, İstanbul 1997, (C. 4).
- Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2013, (El Kitabı).
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2011.
- Mutluer**, M. Kâmil; Vergi Hukuku, 3. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2011.
- Oskay**, Mustafa/**Koçak**, Coşkun/**Deynekli**, Adnan/**Doğan**, Ayhan; İİK Şerhi, C. II, (Turhan Kitabevi), Ankara 2007, (C. 2).
- Oskay**, Mustafa/**Koçak**, Coşkun/**Deynekli**, Adnan/**Doğan**, Ayhan; İİK Şerhi, C. III, (Turhan Kitabevi), Ankara 2007, (C. 3).
- Öncel**, Muallâ/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 23. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Öner**, Erdoğan; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013.
- Özekes**, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, (Adalet Yayınevi), Ankara 2009.

- Özer**, İlhan; Kamu Alacaklarının Tahsili Teorisi ve Türkiye’de Uygulaması, (Doğan Basımevi), Ankara 1979.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013.
- Postacıoğlu**, İlhan E./**Altay**, Sümer; İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, (Vedat Yayınevi), İstanbul 2010.
- Stahelin**, Adrian/**Bauer**, Thomas/**Stahelin**, Daniel; Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bnd. I, 2. Auflage, Basel 2010.
- Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan; Vergi Hukuku, 3. Baskı, (Ekin Basım Yayın Dağıtım), Bursa 2012.
- Şimşek**, Edip; Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi, 2. Baskı, (Alfa Basım Yayım), İstanbul 1996.
- Tombaloğlu**, Mustafa Lütfi; Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2011.
- Uyar**, Talih; “Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki -Kıymetli Evraka Bağlanmamış Olan- Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİY. mad. 89)”, (DEÜHFD 1981, S. 2, Muhittin Alam Armağanı, s. 205-227), (İİK m. 89).
- Uyar**, Talih; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. V, 3. Baskı, Ankara 2009, (C. 5).
- Uyar**, Talih; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. VI, 3. Baskı, Ankara 2009, (C. 6).
- Yavaş**, Murat; Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89), (Arıkan Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2005.
- Yerlikaya**, Gökhan Kürşat; Açıklamalı ve İçtihatlı 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2012.
- Yılmaz**, Kazım; “Kamu Alacaklarının Tahsilinde Hamiline Yazılı Olan veya Senede Dayanan Alacakların Haczinde Sorun Var Mı?”, (Yaklaşım 2007, S. 172, s. 139-144).

^HKAMU İCRA HUKUKU'NDA MENFAAT DENGESİ*

Arş. Gör. Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT**

GİRİŞ

Vergilendirme süreci tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil aşamalarından oluşmaktadır. Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesiyle taraflar arasında ortaya çıkan vergi borcu ilişkisi tarh, tebliğ ve tahakkuk eden verginin ödemesiyle ortadan kalkmaktadır. Vergi borcunun en doğal sona erme şekli ödemedir ve ödeme ile bir ölçüde de olsa kişinin kendiliğinden yükümlülüğünü yerine getirmesi söz konusu olmaktadır. Vergi ödevlisinin kendi iradesiyle ödeme yapmayarak, kendiliğinden yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda ise vergi zorla alınmaktadır. Vergilendirmenin son bulduğu tahsil aşamasının yükümlünün kendi iradesiyle gerçekleşmemesi halinde idare, kendi alacağını kamu icra hukuku hükümlerine göre tahsil yetkisine sahiptir. Bu anlamda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun¹, kural olarak, kamu hukukundan doğan alacakların tahsiline ilişkin özel bir kanundur. Kamu alacaklarının genel icra hukukundan ayrı bir kanunla düzenlenmesi kamu alacağının niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Kamu düzeni ve kamu yararının ön plânda olduğu kamu hukukunda, kişilerle devlet arasında devletin üstünlüğü ilkesi benimsenmektedir. Kamu

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı “Kamu İcra Hukuku” dersinde sunulan seminer ödevinin, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerli görüşleri çerçevesinde geliştirilen hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ’a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

¹ RG. 28.07.1953-8449.

icra hukuku alanında ise, devletin menfaati ile bireyin menfaati karşı karşıya gelmekte, kişilerle devlet arasındaki dikey ilişkiden dolayı bu menfaatleri dengelemek daha önemli hale gelmektedir. Diğer yandan kamu alacaklısının alacağını tahsil ettikten sonra kamu borçlusunun ne durumda olduğu kamu alacaklısı için önemli olduğundan, kamu alacağının her ne pahasına olursa olsun tahsil edilmesi gibi bir anlayış da benimsenmemektedir. Bu sebeplerle Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesi tahsil dairesinin, alacaklı kamu idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etme yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bu çerçevede yapılan çalışmada öncelikle menfaat dengesi kavramı ve menfaat dengesinin Anayasal ilkelerle ilişkisi üzerinde durulacaktır. Ardından sırasıyla kamu alacaklarının güvence önlemlerinde ve haciz aşamasında menfaat dengesi kavramının ne ifade ettiği Kanun'daki düzenlemeler çerçevesinde ele alınmaya çalışılacaktır.

I. KAMU İCRA HUKUKU'NUN TANIMI VE KAPSAMI

Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesiyle birlikte ortaya çıkan vergi borcu/kamu alacağı, tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamalarından geçerek, verginin tahsili ile ortadan kalkmaktadır. Tahsil aşamasında, mükellefin vergi borcunu kendi iradesi ile vadesinde veya vadesinden sonra ödemesi ve mükellefin vadesi geçmesine rağmen kendi iradesiyle borcunu ödememesi şeklinde iki durumla karşılaşılabilir. Vergilendirmenin son bulunduğu tahsil aşamasında mükellefin kendi iradesiyle ödeme yapmaması durumunda, idare vergi alacağını kamu icra hukuku hükümlerine göre cebren tahsil yetkisine sahiptir².

Kamu icra hukuku, kural olarak vergi, resim, harç gibi kamu gücüne dayanan mali yükümlerden doğan kamu alacaklarının tahsilini ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak Devletin ve diğer kamu idare ve kurumlarının kamusal mali yüküm niteliğinde olmayan birtakım alacakları da kamu icra hukuku kurallarına göre tahsil edildiğinden kamu icra hukukunun konusunu

² Bkz. **Kumrulu**, s. 647; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 156; **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 45 vd.; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 118; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 306; **Mutluer/Dayanç**, s. 289.

sadece kamusal mali yükümlerden doğan kamu alacakları oluşturmamaktadır³. Bu anlamda kamu icra hukuku, “Devletin (ve diğer kamu kuruluşlarının, organlarının), kamu gücüne dayanan gelirlerinin (zorla) tahsilini düzenleyen bir vergi hukuku dalıdır”⁴.

Kamu alacağı vadesinde ödenmediği takdirde tahsil dairesi, mükellefe önce bir ödeme emri tebliğ etmektedir. Ödeme emrine rağmen borç ödenmezse, alacaklı idare, alacağını tahsil edebilmek için mükellefin malvarlığı unsurları üzerine haciz koymakta ve bunları paraya çevirme yoluna gitmektedir. Özel hukuk alanında, alacaklı borçludan alacağını tahsil için, icra veya iflas dairelerine başvurması gerekirken; mali hukuk alanında, özel hukuktan farklı olarak, vergi daireleri doğrudan doğruya kamu gücünü kullanarak, vadesi gelmiş kamu alacaklarını tahsile yetkilidir. Vergi dairesi, tahsil dairesi olarak kamu alacağını tahsil etmekte ve bu durum da idarenin re’sen icra yetkisinin kamu icra hukuku alanındaki yansımaları oluşturmaktadır⁵. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, kamu alacaklarının takip ve tahsilinde kamusal gücün kullanılmasının hukukî çerçevesini çizmektedir. Bu çerçevede kamu gücü keyfî bir şekilde kullanılmayacak ve temel hak ve ilkeler gözetilecektir. Alacaklı ile borçlu arasında menfaat dengesinin sağlanması ilkesi de Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da düzenlenmiş ve kamu gücünün keyfî bir şekilde kullanılmasını engelleyecek ilkelerden biridir (AATUHK m. 62/son).

³ Bkz. **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 25 vd.; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 123; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 608; **Mutluer/Dayanç**, s. 290; **Gerçek**, s. 2 vd. Kamu alacaklarının tamamının cebren tahsilini ifade etmek üzere “Kamu İcra Hukuku” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 122; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 608; **Arslaner**, s. 111. “Vergi İcra Hukuku” terimini doktrinde kullananlar için bkz. **Kumrulu**, s. 648-649; **Kaneti**, s. 427; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 156; **Mutluer/Dayanç**, s. 289; **Bayraklı**, s. 1.

⁴ **Kumrulu**, s. 650. Vergi/Kamu İcra Hukuku’na ilişkin tanımlar için bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 157; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 608; **Bayraklı**, s. 2 vd.; **Arslaner**, s. 111.

⁵ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 158; **Kaneti**, s. 427-428; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 126; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 609. Ayrıca bkz. **Kumrulu**, s. 653.

II. MENFAATLERİN DENGELENMESİ İLKESİ VE MENFAAT DENGESİNİN ANAYASAL İLKELERLE İLİŞKİSİ

A. Genel Açıklama

Toplu halde yaşamının bir sonucu olarak kişilerin düzen içerisinde uyumlu yaşayabilmeleri her zaman mümkün olamamaktadır. Toplumda iyi bir şekilde yaşamak isteyen insanların, menfaatleri çakışmakta ve daima insanlar açık veya örtülü bir çatışma halinde olmaktadır. Toplumu oluşturan kişilerin, ihtiyaç, istek ve beklentilerinin farklı olması, kişiler arasında menfaat çatışmalarının oluşmasına sebebiyet vermekte ve bu durum düzen ve uyumu bozabilmektedir⁶. Çatışmadan doğan ihtilaf, uzlaşma yoluyla halledilmediği takdirde bir menfaatler mücadelesi ortaya çıkmakta ve toplumsal hayatı tekrar düzene sokabilmek için hukuk düzeni devreye girmektedir⁷. Hukukun en temel amaçlarından birisi bir arada yaşamının, dirlik ve düzenin sağlanması, istikrarın korunmasıdır⁸. Hukuk, toplum düzenini sağlarken adaleti de gözetmelidir. Bu anlamda hukuk, toplumun ve kişilerin korunmaya değer menfaatleri arasında hassas dengeyi kurarken, çatışan menfaatler arasında en uygun çözümü de getirebilmeli ve böylelikle adaletin gerçekleştirilmesini de sağlamalıdır⁹. Görüldüğü üzere menfaat çatışmalarının azaltılması ile adaletin sağlanması arasındaki etkileşim hukukun amacının sağlanmasına de hizmet etmektedir¹⁰. Hukukun bu genel amacından hareketle özelde icra hukuku da çoğu kez bozulan menfaat dengesinin yeniden tesisini sağlamaya çalışmaktadır¹¹.

⁶ **Rehbindar**, Menfaat, s. 271; **Rehbindar**, Toplumsal, s. 462; **Bilge**, s. 2-3; **Çiftçi**, Menfaat, s. 3.

⁷ **Rehbindar**, Menfaat, s. 271. Ayrıca bkz. **Rehbindar**, Toplumsal, s. 455; **Gözübüyük**, s. 2; **Güriz**, s. 6.

⁸ Hukukun amaçlarına bakıldığında başlıca üç amacı olduğundan bahsedilebilir. Bunlar; hukukun şekli amacı olan düzeni korumak, hukukun maddi amacı olan ihtiyaçları karşılamak ve hukukun etik amacı olan adaleti gerçekleştirmektir. Bu konuda bkz. **Özekes**, Temel Hukuk, s. 48-49. Ayrıca bkz. **Rehbindar**, Toplumsal, s. 462-463; **Bilge**, s. 20-21; **Güriz**, s. 19-20; **Karayaçın/Yongalık**, s. 122; **Gözübüyük**, s. 2.

⁹ **Karayaçın/Yongalık**, s. 122; **Gözübüyük**, s. 3. Ayrıca bkz. **Bilge**, s. 21. Menfaat kelimesinin, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde karşılığı olarak çıkar kelimesine yer verilmektedir. Bkz. <http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi: 03.12.2013.

¹⁰ **Çiftçi**, Menfaat, s. 5. Ayrıca bkz. **Rehbindar**, Toplumsal, s. 466.

¹¹ Bu yönde bkz. **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 62.

Toplumu oluşturan kişiler arasında meydana gelen uyumsuzluk ve menfaat çatışmasının temelinde ise, kişilere tanınan haklar yer almaktadır¹². Hak, hukuk düzeninin tanıdığı yetki, koruduğu menfaat olarak tanımlanabilir¹³. Bir hakkın ihlâl edilmesi veya ihlâl edilmesi tehlikesi durumunda, hakkı ihlâl eden ile edilen arasında bir menfaat çatışması ortaya çıkacaktır. Görüldüğü üzere hak ve menfaat kavramı birbiri içerisinde var olan iki kavramdır¹⁴.

Hukuk, hak ve menfaat arasındaki ilişkiyi kısaca ortaya koyduktan sonra, bu başlık altında alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesi kavramına ve genel olarak menfaat dengesinin Anayasal dayanağına çalışmanın kapsamı düşünülerek genel hatlarıyla yer verilerek, Anayasal ilkelerin menfaat dengesiyle ilişkisinin kurulmasıyla yetinilecektir.

B. Kamu İcra Hukuku'nda Menfaatlerin Dengelenmesi İlkesinin Anlamı

Kamu icra hukuku, alacaklı olan Devlet ile borçlu konumda olan mükellef arasında bozulan menfaat dengesinin yeniden tesisini sağlamaya çalışmaktadır. Kamu icra hukukunda alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasının yanında alacaklı ve borçluluyla üçüncü kişiler arasında, hatta alacaklılar arasında menfaatlerin dengelenmesi de büyük önem taşımaktadır. Gerek genel icra hukukunda gerekse de kamu icra hukukunda

¹² Çiftçi, Menfaat, s. 6.

¹³ Özekes, Temel Hukuk, s. 44. Ayrıca bkz. Özekes, İhtiyati Haciz, s. 18; Bilge, s. 212; Gözler, Temel Kavramlar, s. 154; Güriz, s. 51; Umar, s. 147; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 62; Çiftçi, Menfaat, s. 6. Hak, hukukun kişilere tanıdığı yetki olarak da tanımlanmıştır. Bkz. Gözübüyük, s. 4. Ayrıca bkz. "...Hak ve menfaat arasındaki geçişe ilişkin olarak Jhering'e baktığımızda; Jhering hukuk kuralının açıklanmasında irade kuramının yeterli olabileceğini, ancak sırf iradeden yola çıkarak hak kavramının açıklanamayacağını ifade etmektedir. Bu nedenle iradeyi harekete geçiren dışsal nedenin araştırılmasında bunun menfaat diğer bir deyişle çıkar olabileceğini söylemektedir. İnsan, iradesini belli bir amaca ulaşmak için kullanmaktadır. Hukukta bu amaç hak sahibi değildir. Çünkü hak "hukuk düzenince korunan çıkar" olarak tanımlanır..." (Yücel, s. 355, <http://tbdbergisi.barobirlik.org.tr/m2010-91-663>, erişim tarihi: 07.12.2013).

¹⁴ Çiftçi, Karşılaştırma, s. 315.

menfaat çatışmasının giderilmesi ayrı bir yere sahiptir¹⁵. Kamu icra hukukunda bir yanda kamu borçlusu olan vergi mükellefi; diğer yanda ise, kamu alacaklısı olan Devletin bulunması alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesi konusunu daha önemli hale getirmektedir. Kamu icra hukukunda bir tarafta devlet alacağını tahsil etmeye çalışmakta, diğer yandan mükellef ise, malvarlığına veya şahıs varlığına mümkün olduğunca zarar verilmeden borcun tahsilini sağlamaya veya borcunun olmadığını isbatlamaya çalışmaktadır¹⁶. Kural olarak kamu borçlusunun zamanında borcunu ödemesi gerekmele birlikte, kamu alacaklısına, bu ödevini yerine getirmeyen kamu borçlusunun temel haklarına ölçüsüz müdahale hakkı tanınmayacaktır¹⁷. Kamu alacaklısı ve kamu borçlusu arasında birbirine zıt konumda olan korunmaya değer çatışan menfaatleri dengeleme yükümlülüğü kamu icra hukuku kurallarına ve kuralların uygulayıcılarına düşen oldukça zor ve hassas bir görevdir¹⁸. Bir yanda kamu alacağının olması ve alacaklısının Devlet olması bu zor görevi daha da zorlaştırmaktadır.

İcra hukukunun amacı, borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle alacaklı aleyhine bozulan menfaat dengesinin tekrar sağlanarak alacaklının alacağına kavuşmasıdır¹⁹. Aynı durum kamu icra hukuku açısından da geçerlidir. Bu noktada amaç, icra hukukunda ve özelde de kamu icra hukukunda ne olursa olsun çatışan menfaatlerin mutlak bir eşitlikle dengelenmesi değil, çatışan menfaatler arasında korunmaya değer olanları hassas bir şekilde dengelemektir²⁰. Nitekim bir taraf lehine menfaat dengesinin ölçülü ve gerekli bir şekilde bozulması denkleştirici adaletin de bir gereğidir²¹. Kamu

¹⁵ Bkz. **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 18; **Özekes**, Temel Haklar, s. 35-36; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 319.

¹⁶ Benzer yönde genel icra hukuku için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.62; **Özekes**, Temel Haklar, s. 37; **Aslan**, s. 281; **Çiftçi**, Menfaat, s. 8.

¹⁷ **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 319.

¹⁸ Genel icra hukuku açısından bkz. **Özekes**, Temel Haklar, s. 36 vd.; **Çiftçi**, Menfaat, s. 8; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 320.

¹⁹ Bkz. **Üstündağ**, s. 3 vd.; **Kuru**, s. 47; **Yıldırım**, s.110; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 62; **Aslan**, s. 272-273; **Çiftçi**, Menfaat, s. 42.

²⁰ Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 62; **Özekes**, Temel Haklar, s. 36; **Çiftçi**, Menfaat, s. 41. Benzer yönden bkz. **Yıldırım**, s. 104 vd.; **Aslan**, s. 273 vd.

²¹ Bkz. **Çiftçi**, Menfaat, s. 41.

icra hukuku açısından özellik arz eden durum ise, kamu borçlusunun ekonomik hayatta var olmaya devam etmesinin sadece kamu borçlusu için değil kamu alacaklısı için de önemli olmasıdır. Nitekim kamu borçluları, özel hukuk alanındaki borçlulardan farklıdır. Özel hukuk alanındaki bir alacaklıyı, borçlusunun, alacak tahsil edildikten sonraki ekonomik durumu kural olarak ilgilendirmemekle birlikte, kamu idareleri kamu borçlularının mevcut borç ödendikten sonraki durumlarını düşünmek ve gözetmek zorundadır. Kamu alacakları kamu idarelerinin gelir kaynağını oluşturduğundan, aksi durumda devlet kendi kaynağını kurutmuş olacaktır²². Bu sebeple kamu borçlusunun menfaatlerinin korunması genel icra hukukundan farklı bir öneme sahiptir ve tahsil dairesi alacaklı kamu idaresi ile kamu borçlusunun menfaatlerini dengelemekle yükümlüdür (AATUHK m. 62/son). Ancak devamlı ve istikrarlı bir şekilde gerçekleştirilmesi gereken kamu hizmetlerinin karşılığı olan ve ilgili yıl bütçesine gelir kaydedilmek üzere zamanında tahsili zorunlu olan kamu alacağının uzun süre mükellefler zimmetinde bırakılması da mümkün değildir²³. Görüldüğü üzere kamu alacaklarının takip ve tahsil sistemi biri diğerinin zıddı gibi görünen bu iki yaklaşımı bağdaştırmak zorundadır.

Kamu icra hukukunda, alacaklı kamu idarelerinin borçlarını takip ve alacaklarını tahsil konusunda kamu gücünü kullanmaları ve kendiliğinden harekete geçme yetkisine sahip olmaları, bir anlamda ihkak-ı hak fiili olarak değerlendirilmekte ve bu durumun hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilmektedir²⁴. Ancak kamu alacaklarının niteliği farklıdır. Kamu alacaklarının özel hukuk alacaklarından farklı usûllere tâbi tutulması, kamu yararının kişisel yarardan üstün tutulması ilkesinin de bir gereğidir. Kamu gücüne dayanılarak konulan ve kamu hizmetlerinin mali kaynağını oluşturan kamu alacaklarının zamanında ödenmemesi halinde Devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini zamanında ve gereği gibi gerçek-

²² **Kumrulu**, s. 653; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 159; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 126; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 614; **Mutluer/Dayanç**, s. 291; **Gerçek**, s. 14.

²³ **Karakoç**, Kamu İcra, s. 126; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 614; **Mutluer/Dayanç**, s. 291.

²⁴ **Üstündağ**, s. 16. Alacaklı tarafın aynı zamanda tahsil dairesi olarak takip yapmasının hukukun temel ilkelerine aykırı olduğu yönünde bkz. **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 334.

leştirebilmesi mümkün değildir²⁵. Doğrudan doğruya kamu hizmetlerinin mali kaynağını oluşturan kamu alacaklarının daha kısa sürede ve etkili bir şekilde tahsilinin sağlanması kamu alacaklısına, kamu gücünü kullanma, kendiliğinden harekete geçebilme ve bunlar gibi bazı ayrıcalıkların tanınmasına bağlıdır²⁶. Nitekim bu ayrıcalıklı ve özellikli durum sebebiyle kamu alacaklarının tahsili ayrı bir takip yolu ve kanunla düzenlenmiştir. Ancak bu noktada kamu alacaklarının tahsilinin 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu²⁷ içerisinde düzenlenmesi ve kamu alacaklarına özel bir takip yolu yaratılarak, bu alacaklara bazı imtiyazların tanınması şeklinde bir görüş de bulunmaktadır²⁸. İdarenin, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yapacağı icra takiplerinde sahip olduğu yetkiler dikkate alındığında, kişilerin keyfi davranışlarla karşılaşma tehlikesinin oldukça yüksek olduğu, borçlunun temel hak ve özgürlüklerine rahatlıkla müdahalede bulunulabileceği, keyfi davranışlara hukuken izin veren birtakım imkânlar tanındığı, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini alacaklı lehine olmak üzere ortadan kaldıracak bir tehdit yarattığı savunulmaktadır²⁹. Ancak bu çekincelerin olmasının yanında kamu alacaklarının tahsilinde ayrı bir takip yoluyla ve ayrı bir kanunla düzenlenmesi gereği konusunda tartışmalar büyük oranda son bulmuştur. Nitekim genel icra hukukundaki problemler ve uygulamadaki

²⁵ **Kumrulu**, s. 652; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 158; **Kaneti**, s. 427; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 125; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 613; **Mutluer/Dayanç**, s. 291. Ayrıca bkz. **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 328.

²⁶ **Kumrulu**, s. 652; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 158; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 125; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 613-614.

²⁷ 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, RG. 19.06.1932-2128.

²⁸ Alacaklı tarafın aynı zamanda tahsil dairesi olarak takip yapmasının hukukun temel ilkelerine, hukukî güvenliğin sağlanmasına, kuvvetler ayrılığına, Anayasaya, menfaat dengesine aykırı olduğu, bu sebeplerle kamu alacaklarının, ayrı bir kanunda değil, kamu alacaklarına ilişkin özel bir takip yolunun İcra İflas Kanunu'nun içerisinde düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. **Ansay**, s. 16; **Postacıoğlu**, s. 21; **Çiftçi**, Menfaat, s. 185-187; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 329. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un neredeyse tamamen Anayasa'ya aykırı olduğunun savunulabileceği yönünde bkz. **Özekes**, Temel Haklar, s. 28. Ayrıca Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a ilişkin doktrindeki eleştiriler için bkz. **Üstündağ**, s. 15 vd.; **Şimşek**, s. 4-5; **Özekes**, Temel Haklar, s. 195.

²⁹ **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 329.

icra dairelerinin durumu da dikkate alındığında zaten kendi içinde problemlerin olduğu bir alana kamu alacaklarını eklemenin ne kadar doğru olduğu tartışılmalıdır. Tahsil dairesinde görev alan memurun tarafsızlığının sağlanması kadar icra dairesindeki memurun tarafsızlığının sağlanması da önemlidir. Her iki takip yolunda da en nihayetinde kanunu uygulayacak olan Devlet bünyesinde çalışan memurdur. Bu kanunları uygulayacak memurlar da Anayasa ve kanunlarla bağlı olup, bu metinlerde düzenlenen hak ve ilkelerin gereğini yerine getirmek zorundadırlar. Aksi duruma yol açan icra dairesindeki memur da tahsil dairesindeki memur da hukuka aykırı davranmış olacağından sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu noktada pek tabîdir ki tahsil dairesinde çalışan memur da, bu sınırlar içinde hareket ederek, idarenin hukuka bağlı olduğunun ve her ne pahasına olursa olsun kamu alacağını tahsil etmemesi gerektiğinin bilincinde olmalıdır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinin altıncı fıkrası dışında, kanunda alacaklı ile borçlu arasında menfaatlerin dengelenmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun'un 62'nci maddesindeki hüküm ise, haciz aşamasında tahsil dairesinin alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle yükümlü olduğuna ilişkindir. Alacaklı ile borçlu arasında menfaatlerin dengelenmesi gerektiğine ilişkin haciz aşamasındaki düzenlemeden başka Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Hacze ilişkin bu hükmün takip sürecinin tamamında geçerli olması gerektiği ve tahsil organlarının ilgililerin menfaatlerini gözeterek işlem gerçekleştirmesi ve menfaat dengesinin gereklerine uygun olarak icra takibini sürdürmesi gerektiği vurgulanmıştır³⁰. Ancak var olan düzenlemeye bakıldığında kanun koyucu bu ilkeye sadece haciz aşamasında yer vermiştir. Pek tabîdir ki, olması gereken kanun koyucunun tüm tahsil sürecini içine alacak şekilde bu ilkeye yer vermesidir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da sınırlı bir şekilde bu ilkeye yer verilse de tahsil dairesinde çalışan memur kanunu uygularken Anayasayla da bağlı olduğundan menfaatlerin dengelenmesi gereğini tüm tahsil sürecinde göz önünde tutarak buna göre işlem yapmalıdır. Çünkü, bu ilke aynı zamanda hukuk devleti ve ölçülülük ilkesiyle ve Anayasa'da

³⁰ Çiftçi, Menfaat, s. 50; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 321. Ayrıca bkz. Kuru, s. 47.

düzenlenen temel hak ve özgürlüklerle doğrudan bağlantılıdır. Farklı bir anlayış ve uygulama Anayasa'ya aykırı olacaktır.

C. Menfaat Dengesinin Anayasal İlkelerle İlişkisi

Kamu icra hukukunun temelinde diğer tüm hukuk dallarında olduğu gibi Anayasa yer almaktadır. Anayasa'nın 11'inci maddesine göre Anayasa hükümleri kamu icra hukuku düzenlemeleri için de bağlayıcı niteliktedir ve bu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı bir hüküm içermemeleri gerekmektedir. Anayasa'nın bağlayıcılığı hem kamu gücünü kullananlara hem de yönetilenlere karşı olduğundan sadece yasama, yürütme ve yargı denilmekle yetinilmemiş, idarî makamlarla diğer kişi ve kuruluşları da bağladığı belirtilmiştir. Bu sebeple tahsil dairesi de cebren tahsil sürecinde Anayasa ile doğrudan bağlıdır. Cebri icra faaliyeti, devletin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin olduğundan borçların ifa edilmemesi durumunda devletin cebir yetkisi devreye girmektedir³¹. Millet adına kullanılan tüm devlet yetkileri kaynağını Anayasa'dan aldığından tahsil organı da yetkilerinin temelini Anayasa'dan almaktadır (Any. m. 6). Bu anlamda devletin egemenlik yetkisinin kullanılması hukuka ve Anayasa'ya uygun olmalıdır.

Kamu icra hukukundaki düzenlemeler hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesini sağlamalı ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına almalıdır³². Bu çerçevede icra organları alacaklı, borçlu ve diğer ilgililer arasında eşitlik ilkesini gözetmekle yükümlüdür³³. Alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesi de kamu icra hukuku uygulamasını Anayasa'ya uygun hale getirecektir. Nitekim alacaklının alacağına kavuşmasındaki menfaatiyle, borçlunun cebri icra sürecinde kendisine ve haklarına saygılı ve özenli davranılmasına ilişkin menfaati arasındaki çatışmanın bir temel hak çatışması olması sebebiyle, kamu icra hukukunda alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat çatışmasının konusunu

³¹ Çiftçi, Menfaat, s. 49; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 322.

³² Menfaat dengesi ile Anayasal ilkeler arasındaki bağlantı ve açıklama için bkz. Çiftçi, Menfaat, s. 49 vd. İcra hukukunda hâkim olan ilkeler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Özekes, s. 109 vd.

³³ Çiftçi, Menfaat, s. 50; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 322. Ayrıca bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 40; Bayraklı, s. 12.

alacaklı veya borçlunun temel hak ve özgürlükleri oluşturmaktadır³⁴. Alacaklının “hak arama özgürlüğü”, “hukukî korunma talebi” ve “mülkiyet hakkı” karşısında, borçlunun “konut dokunulmazlığı”, “kişi dokunulmazlığı” ve “insan onuru” gibi temel hakları bulunurken; alacaklı tahsil dairesinin, borçluya zamanında borcunu yerine getirmemesi sebebiyle ölçüsüz ve sınırsız bir müdahale hakkı bulunmamaktadır³⁵.

Ölçülülük ilkesi, taraflar arasında menfaatlerin dengelenmesinde gözetilecek en önemli ilkelerden biridir. Ölçülülük ilkesi ile menfaat dengesi aynı şey olmamakla birlikte, her somut olayda birlikte düşünülmesi gereken ve bu anlamda birbiriyle yakın ilişki içinde olan iki ilkedir³⁶. Menfaat dengesinin daha genel, ölçülülük ilkesinin daha özel ve somut bir etkisinin olduğundan bahsedilmektedir³⁷. Kamu icra hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulama alanı, kanunlaştırma aşamasında ortaya çıkabileceği gibi icra organları tarafından kamu icra hukuku kurallarının uygulanmasında da ortaya çıkacaktır. Alacaklı lehine başvurulacak tedbirlerin, borçlunun ve takiple ilgili üçüncü kişilerin de menfaatlerini ölçüsüz şekilde ihlal etmemesi gerekmektedir³⁸. Ancak kamu icra hukuku belirli bir hakkın cebren yerine getirilmesine hizmet ettiği için menfaat ihlalleri de ortaya çıkabilecektir. Ölçülülük ilkesi uyarınca bu menfaat ihlallerinin en aza indirilmesi ve borçlu ve takiple ilgili üçüncü kişiler üzerinde takip konusu alacağın sınırlarını aşan etkiler doğurmaması gerekmektedir³⁹. Aksi durum başka temel hakların da ihlali sonucunu doğuracaktır.

Kanunîlik ilkesi, kamu alacaklarının tarh-tebliğ-tahakkuk aşamalarında olduğu kadar tahsil aşamasında da geçerli bir ilkedir. Kanunîlik ilkesi, kamu alacağının miktar olarak belirlenmesinden tahsil edilmesine kadar tüm

³⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 63; Özekes, Temel Haklar, s. 35-36; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 319.

³⁵ Bkz. Özekes, Temel Haklar, s. 207; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 319. Aynı yönde bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 64.

³⁶ Özekes, Temel Haklar, s. 207. Ayrıca bkz. Yıldırım, s. 98 vd.

³⁷ Özekes, Temel Haklar, s. 207.

³⁸ Özekes, Temel Haklar, s. 208; Çiftçi, Menfaat, s. 127. Ayrıca bkz. Yıldırım, s. 106; Aslan, s. 275 vd.

³⁹ Çiftçi, Menfaat, s. 128. Ayrıca bkz. Özekes, Temel Haklar, s. 208 vd.; Yıldırım, s. 106.

aşamalarda ortaya çıkan hukuka aykırı işlemlere karşı kişilere bir güvence oluşturmaktadır⁴⁰. Kanunla konulan bir mali yükümlülüğün tahsili amacıyla yapılan eylem ve işlemlerin de hukuka uygun olması gerektiğinden kamu alacaklarının tahsili kanunlarla düzenlenmelidir⁴¹. Nitekim bu sebeple kamu alacağının tahsili temel olarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir.

Anayasal temel haklar ve ilkeler kamu icra hukukuna da temel teşkil etmekle birlikte, sistemlerin tercihlerine göre değişebilen, Anayasa'nın ve hukuk devletinin zorunlu bir unsuru olmayan birtakım ilkelerin kamu icra hukukunda genel icra hukukundan farklı olarak benimsenmesi mümkündür⁴². Bu ilkelerin en temel örneği ise, genel icra hukukunda alacaklının talep etmesi ilkesi yerine kamu icra hukukunda re'sen harekete geçme ilkesinin uygulanmasıdır⁴³. Kamu borçlularının, rızaen ve süresinde kamu borcunu ödememeleri halinde vergi daireleri tıpkı bir icra dairesi gibi ve fakat re'sen hareket etmek suretiyle icra takibi yapmaktadırlar. Özel hukukta re'sen icra mümkün değilken, vergi hukukunda özeldede kamu icra hukukunda idare, kendi aldığı kararı bizzat yine kendisi icra edebilir yani re'sen icra yetkisine kural olarak sahiptir⁴⁴. İdarenin kendi aldığı hukuka uygun kararları uygulayabilmek için dahi olsa, kişinin fizikî varlığı veya malvarlığı üzerinde cebir kullanmak konusunda kural olarak bir yetkisi olmamakla birlikte, bu yetkinin kanunen tanınması durumunda söz konusu yetki Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki şartlara uygun olarak kullanılabilir⁴⁵. Kamu icra hukukunda da kamu borçlusunu ödemediği takdirde hukukî cebir kullanılarak borcun yerine getirilmesi sağlanmaya çalışılmakta, bu cebir yetkisi Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'dan

⁴⁰ Karakoç, Kamu İcra, s. 116. Ayrıca bkz. Kumrulu, s. 647; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 155; Saban, s. 62.

⁴¹ Bkz. Kumrulu, s. 647; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 155; Karakoç, Kamu İcra, s. 117; Bayraklı, s. 12.

⁴² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 599.

⁴³ Bkz. Karakoç, Genel Vergi, s. 620; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 599.

⁴⁴ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 158; Karakoç, Genel Vergi, s. 609; Oktar, s. 301. Ayrıca bkz. Gözler, İdare, s. 676; Dursun, s. 251, 266.

⁴⁵ Gözler, İdare, s. 677; Dursun, s. 257 vd.

almakta ve bu yetkiyi tahsil daireleri aracılığıyla kullanmaktadır⁴⁶. Kamu alacaklarının tahsilinde de idareye tanınan ayrıcalıkların altında yatan neden, idarenin icraî karar alma ve re'sen hareket etme yetkisine sahip olmasıdır⁴⁷.

Yapılan çalışmanın kapsamı dikkate alınarak, menfaat dengesinin diğer hak ve ilkelerle bağlantısı belirtilmekle yetinilmiştir ve yeri geldikçe bu ilkelere ayrıca değinilmeye çalışılacaktır. Menfaat dengesi sağlanmaya çalışılırken bu ilkeler üzerinden hareket edilmesi ve bu ilkelere uygun düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

III. GÜVENCE ÖNLEMLERİ BAKIMINDAN MENFAAT DENGESİ

A. Genel Açıklama

Kamu hizmetlerinin ana finansman kaynağı ve bu anlamda kamu hizmetlerinin karşılığı olan kamu alacaklarının belirli süreler içinde tahsil edilmesi mecburiyeti bu tür alacakların tahsilinin, özel alacaklara kıyasla, ayrıcalıklı bir takip ve tahsil usulüne bağlanmasını zorunlu kılmaktadır⁴⁸. Nitekim kamu alacaklarının takibinde iki temel ilkedden bahsedilmektedir. Bunlar, kamu alacağını ödemekle yükümlü olanlara, ödeme bakımından her türlü kolaylığın sağlanması ve kamu idarelerinin alacaklarının birtakım güvencelere bağlayarak bunların kolay ve seri bir şekilde tahsil edilebilmelerinin mümkün kılınmasıdır⁴⁹. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun vâdesinde ödenmeyen kamu alacağı için gecikme zammı uygulamak suretiyle bir yandan devletin zararını karşılamayı amaçlarken, diğer yandan da kamu icra hukuku ilkeleri çerçevesinde cebren tahsilin konusu olan kamu alacağının ileride herhangi bir şekilde tahsilinin olanaksızlaşması tehlikesine karşı hazinenin gelecekteki durumunu sağlamlaştırmak üzere bir kısım

⁴⁶ Karakoç, Genel Vergi, s. 626.

⁴⁷ Bkz. Dursun, s. 268.

⁴⁸ Bulutoğlu, s. 16; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun gerekçesi Şimşek, s. 1-2; Karakoç, Kamu İcra, s. 122; Karakoç, Genel Vergi, s. 641; Taylar, Teminat, s. 70.

⁴⁹ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun gerekçesi Şimşek, s. 1-2; Karakoç, Kamu İcra, s. 122. Ayrıca bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 166; Mutluer/Dayanç, s. 294; Çelik, s. 47; Gerçek, s. 135; Taylar, Teminat, s. 70.

güvence önlemleri getirmektedir⁵⁰. Kamu icra hukukunda düzenlenen bu güvence önlemleri kamu borçlusunun temel haklarıyla yakından ilgilidir. Bu sebeple bu güvence önlemleri açısından kamu alacaklısı ile kamu borçlusu arasındaki menfaat dengesinin ne kadar sağlandığının ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

B. Teminat

Kamu icra hukuku açısından teminat, kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşüreceği kabul edilen bazı sebeplere dayanarak, kamu alacaklısının talebi üzerine kamu borçlusu tarafından kanunda belirtilen değerleri borcuna karşılık olmak üzere güvence olarak göstermesidir⁵¹. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesine göre teminat isteme iki durumda ortaya çıkmaktadır. İlk durum, Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesi uyarınca vergi ziyai suçu ile aynı Kanun'un 359'uncu maddesinde kaçakçılık suçu olarak kabul edilen hallerin var olması durumudur.

Vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren haller ile vergi kaçakçılığı sayılan hallere ilişkin olarak bir kamu alacağının tarh edilmesi için gerekli işlemlere başlanılmış olması durumunda, vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplamalara göre belirtilen miktar üzerinden tahmini bir büyüklükte tahsil dairelerince teminat istenecektir⁵². Bu durumda idarenin teminat istemesi zorunludur. Teminat gösterilmesinin gerekli olduğu bir durumda, tahsil dairesi hemen ihtiyatî hacizle ilgili işlemlere girişmekte ve

⁵⁰ Kamu alacağının güvence önlemlerine ilişkin bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 166 vd.; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 640 vd.; **Mutluer/Dayanç**, s. 294 vd.; **Çelik**, s. 48 vd.

⁵¹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 641. Ayrıca bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 166-167; **Şimşek**, s. 81; **Özbalcı**, s. 162; **Çelik**, s. 52-53; **Bayraklı**, s. 31; **Taylar**, Teminat, s. 71; **Arslaner**, s. 148.

⁵² Bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 642; **Mutluer/Dayanç**, s. 295; **Gerçek**, s. 136. Teminat isteme yazısının hukukî niteliğinin, idarî davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde olduğu bu işleme karşı özel bir dava açma süresi öngörülmediğinden 30 gün içinde yetkili vergi mahkemesinde dava açılacağı belirtilmektedir. Teminat istenmesine ilişkin işleme karşı açılan davada hem teminat istenmesine ilişkin şartların gerçekleşmediği hem de teminatın yaklaşık olarak belirlenen miktarının haksız ve hukuka aykırı olduğunun ileri sürülebileceği vurgulanmaktadır. Bkz. **Taylar**, Teminat, s. 77-78. Aynı yönde bkz. **Gerçek**, s. 137.

kamu borçlusu ancak teminat göstererek bu işlemleri durdurabilmektedir⁵³. Nitekim ihtiyatî haciz sebepleri arasında borçludan teminat istendiği halde göstermemiş olmasının yanında, sadece teminat vermeyi gerektiren halin olması durumu da sayılmıştır (AATUHK m. 13/1). Teminat istenmesinin zorunlu olduğu durumlar ise, oldukça geniş tutulmuştur. Bu durumda, vergi kaçakçılığı kastı olmaksızın vergi kanunu hükümlerinin hata sonucu ihlâl edilmesi durumunda da ilgililer hakkında ihtiyatî haciz uygulanabilecektir⁵⁴. Teminat istenmesinin zorunlu olduğu haller daraltılarak, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde belirtilen fiillerle vergi kaybına yol açılması durumunda teminatın zorunlu olarak istenmesi gerekmektedir⁵⁵. Aksi durumda, bilerek veya bilmeyerek vergi kaybına yol açtığı anlaşılan herkesin ihtiyatî haciz tehlikesiyle karşılaşma ihtimali doğacaktır. Bu şekilde kişilerin mülkiyet haklarına her an el atılabilmesi tehlikesiyle karşı karşıya bırakılması menfaat dengesine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca kanunda teminatın süresi bakımından da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Teminat talebinde, sürenin idarece ne kadar belirleneceğinin ve belirleyip belirlememe noktasında idarenin takdir yetkisi olduğu savunulmaktadır⁵⁶. Ancak alacaklı kamu idaresi ile kamu borçlusunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar sağlamakla yükümlü olan tahsil dairesinin, teminat istenmesinin gerekli olduğu hallerde, bu durumda doğrudan ihtiyatî haciz uygulamak yerine, belli bir süre tanımak şartıyla, kamu borçlusundan teminat istenmesi daha uygundur⁵⁷. Böylelikle öncelikle kamu borçlusuna teminat olarak hangi malvarlığı değerlerinin göstereceği konusunda seçme hakkı tanınacak, ancak göstermemesi durumunda idare ihtiyatî haciz uygulama yoluna gidecektir. Böylelikle hem kamu alacaklısı hem de kamu borçlusu korunacaktır. Nitekim Kanun'un 10'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince, borçlunun teminat göstermesi durumunda, borçluya gösterdiği teminatı kısmen veya tamamen aynı değerle başkalarıyla değiştirme imkânı getirilmiştir. Görüldüğü üzere borçlu kendisine en az zararı verecek şekilde teminatını belirle-

⁵³ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 645. Ayrıca bkz. Seri A Sıra No 1 Tahsilat Genel Tebliği (RG. 16.05.2005-25817).

⁵⁴ **Taylar**, Teminat, s. 79-80.

⁵⁵ **Taylar**, Teminat, s. 81.

⁵⁶ **Mutluer/Dayanç**, s. 296.

⁵⁷ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 645-646; **Özbalcı**, s. 210 vd.; **Taylar**, Teminat, s. 79.

yebileceksen, doğrudan ihtiyatî haciz uygulanması durumunda ihtiyaten haczedilecek malvarlığı değerleri idarece re'sen belirlenecektir. Kendi malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisi bulunan borçluya öncelikle teminat gösterme imkânının sunulması son derece önemlidir. Aksi yorum alacaklı ile borçlu arasında sağlanması gereken menfaat dengesine de aykırı olacaktır. İhtiyatî haczin uygulanmasının acil bir iş olması ve kamu icra hukukundaki sürelerin çoğunlukla yedi gün olmasından dolayı kamu borçlusunun istenilen teminatı vermesi için yedi günlük bir süre tanınması gerektiği belirtilmektedir⁵⁸. Tahsilat Genel Tebliği'nde ise, bu sürenin 15 gün olarak belirlenmesi gerektiği söylenmektedir⁵⁹. Hukukî güvenlik ilkesinin bir gereği olan belirliliğin sağlanması için de bu durumun Kanun'da süreyi de belirtecek şekilde açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Teminat istenmesini gerektiren ikinci durum ise, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan vergi borçlusunun durumunun kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu göstermesidir (AATUHK m. 9/2). Bu durumda da tahsil dairesi teminat isteyebilecektir. Ancak teminat istenilmesi zorunlu olmadığından tahsil dairesinin bu konuda takdir yetkisi bulunmaktadır ve hangi durumların kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşüreceğine tahsil dairesi karar verecektir. İkametgâhı olmayan kişinin muteber bir kişi olmaması; ülkeyi terk niyetini ortaya koyacak şekilde işlerini tasfiyeye girişmesi; gerektiğinde vergiyi karşılayacak malvarlığının olmaması gibi durumlar tehlikeli haller olarak belirtilmektedir⁶⁰. Bu halleri belirleme noktasında takdir yetkisini kullanırken tahsil dairesinin dikkatli davranması, teminat uygulamasının tahsilin tehlikede olduğu şartını göz ardı ederek sürekli bir uygulama haline dönüşmemesi menfaat dengesinin sağlanması açısından son derece önemlidir.

⁵⁸ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 646.

⁵⁹ Seri A Sıra No 1 Tahsilat Genel Tebliği (RG. 16.05.2005-25817). Kamu alacağının güvence altına alınması amacıyla kamu borçlusundan teminat istendiğinde 15 günden aşağı olmamak üzere bir süre vermesi (VUK m. 14/2 gereğince) ve bu süreyi de kamu borçlusuna tebliğ etmesi gerekliliği için bkz. **Taylar**, Teminat, s. 85. Aynı yönde bkz. **Kaneti**, s. 431; **Şimşek**, s. 82; **Dönmez**, İhtiyatî Haciz, s. 30; **Candan**, s. 88; **Özbalcı**, s. 167; **Bayraklı**, s. 35; **Gerçek**, s. 136-137; **Arslaner**, s. 151.

⁶⁰ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 642; **Mutluer/Dayanç**, s. 296. Ayrıca bkz. **Taylar**, Teminat, s. 74; **Candan**, s. 87; **Bayraklı**, s. 34; **Toktaş**, s. 32.

C. İhtiyatî Tahakkuk

Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesiyle verginin tahakkuku arasında geçen zaman içinde mükellefin hal ve hareketleri, ileride verginin alınmasını güçleştireceği izlenimini verdiği durumda, vergi alacağını güvence altına alabilmek açısından verginin tahakkukunun öne alınması yoluna ihtiyatî tahakkuk denilmektedir⁶¹. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 17'nci maddesinde ihtiyatî tahakkuk nedenleri belirtilmiş olmakla birlikte, bu hallerin varlığı halinde ihtiyatî tahakkuk uygulanması takdirdir⁶². Bu takdir yetkisini kullanırken vergi dairesi müdürü ve defterdar, durumu gerektiği gibi incelemeli, mükellefi düşünmeli, kamu alacağının tahsilinin güvenceye kavuşturulması bakımından yararlı olduğu şüpheli olan, ancak mükellefe zarar veren ihtiyatî tahakkuk uygulamalarından kaçınılmalıdır⁶³. Nitekim mükellefin temel hak ve özgürlüklerine ölçüsüz bir müdahale oluşturacak olan ihtiyatî tahakkuk menfaat dengesine de aykırı olacaktır.

İhtiyatî tahakkuk, kesin tahakkuk olmayıp, takdir yolu ile hesaplanan matrahlar üzerinden gerçekleştirilerek, ihtiyatî tahakkuk uygulanan vergiler ile bunların zam ve cezaları vadesinde tahsil edilebilecektir⁶⁴. İhtiyatî tahakkuk yapılmasının en önemli sonucu, ihtiyaten tahakkuk ettirilen vergiler ile bunların cezaları hakkında ihtiyatî haciz uygulanacak olmasıdır. Kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmayan ihtiyatî tahakkuka karşı dava açılmayacak, bu ihtiyatî tahakkuka dayanılarak uygulanan ihtiyatî hacze karşı dava açılacaktır. Bu davada sadece ihtiyatî haciz sebepleri dava konusu

⁶¹ **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 97; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 651; **Mutluer/Dayanç**, s. 297-298; **Candan**, s. 124 vd.; **Çelik**, s. 81; **Akdoğan**, s. 92; **Bayraklı**, s. 54; **Oktar**, s. 305; **Gerçek**, s. 159; **Toktaş**, s. 36.

⁶² Kanun'un 17'nci maddesi gereğince ihtiyatî tahakkuk nedenleri şunlardır; teminat istenmesini gerektiren durumların bulunması; borçlunun belli bir ikâmetgahının olmaması; borçlunun kaçması, kaçma, mallarını kaçırma veya hileli yollara sapma ihtimalinin olması; mal bildirimine çağrılan borçlunun belli bir sürede mal bildiriminde bulunmaması veya eksik bildirimde bulunması; borçlunun kamu alacağının tahsiline engel olmaya veya tahsilini zorlaştırmaya yönelik eylemlerde bulunması (AATUHK m. 110) nedeniyle hakkında koğuşturma açılması ve borçlunun işletmesinin muvazaalı olduğu ve gerçekte başkasına ait olduğu hakkında deliller elde edilmesidir.

⁶³ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 652.

⁶⁴ Bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 653; **Akdoğan**, s.92; **Oktar**, s. 306; **Gerçek**, s. 165.

yapılmayacak, aynı zamanda, ihtiyatî tahakkuk nedenleri ve miktarı da dava konusu yapılabilecektir. Bu sebeplerin de dava konusu yapılması, hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde yerine getirilmesini sağlaması açısından önemli olup, menfaat dengesine uygun bir düzenlemedir.

Ç. İhtiyatî Haciz

Kamu borçlusunun malvarlığı değerlerine gelecekte yapılacak cebren tahsil sürecinin borçlu tarafından engellenmesini veya büyük ölçüde zorlaştırılmasını önlemek amacıyla düzenlenen ihtiyatî haciz, kanunda belirtilen sebeplere dayanarak, kamu borçlusunun bazı mal, alacak ve haklarına önceden idarî bir kararla elkonulmasıdır⁶⁵. Kamu borçlusunun kamu alacağını ödemeksizin mallarını kaçırma tehlikesinin bulunması durumunda ihtiyatî haciz uygulama yoluna gidilecektir⁶⁶. İhtiyatî hacizde, borçluyu baskı altına almak amacıyla değil, mevcut veya müstakbel icra takibini güvence altına alma amacı ile hareket edilmelidir. Aksi durum tahsil dairesinin menfaatler dengesini gözetmesi gerekliliğine aykırılık teşkil edecektir⁶⁷.

İhtiyatî haciz sebepleri Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesinde sayılmıştır⁶⁸. Maddede belirtilen sebeplere

⁶⁵ **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 74-75; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 646. Ayrıca bkz. **Kaneti**, s. 432; **Şimşek**, s. 103; **Dönmez**, İhtiyati Haciz, s. 11 vd.; **Özbalcı**, s. 202; **Candan**, s. 98; **Akdoğan**, s. 91; **Çelik**, s. 66; **Bayraklı**, s. 44; **Oktar**, s. 303; **Taylar**, Teminat, s. 78; **Gerçek**, s. 148; **Arslaner**, s. 155. Genel icra hukukunda ihtiyatî haciz kavramı için bkz. **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 10 vd.

⁶⁶ **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 75; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 620; **Arslaner**, s. 156.

⁶⁷ Bu konuda bkz. **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 14.

⁶⁸ Maddeye göre; "İhtiyati haciz aşağıdaki hallerden herhangi birinin mevcudiyeti takdirinde hiçbir müddetle mukayyet olmaksızın alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla, haczin ne suretle yapılacağına dair olan hükümlere göre, derhal tatbik olunur:

1. 9'uncu madde gereğince teminat istenmesini mucip haller mevcut ise,
2. Borçlunun belli ikametgahı yoksa,
3. Borçlu kaçmışsa veya kaçması, mallarını kaçırması ve hileli yollara sapması ihtimalleri varsa,
4. Borçludan teminat gösterilmesi istendiği halde belli müddette teminat veya kefil göstermemiş yahut şahsi kefalet teklifi veya gösterdiği kefil kabul edilmemişse,

dayanarak vergi dairesi başkanı, vergi dairesi başkanlığının bulunmadığı yerlerde vergi dairesi müdürü ihtiyatî haciz kararı verecektir⁶⁹. Bu takdir yetkisini kullanırken vergi dairesi başkanının veya vergi dairesi müdürünün, keyfî olarak hareket etmemeleri ve bu sebepleri iyi değerlendirerek ihtiyatî haciz kararını mutad bir uygulamaya dönüştürmemeleri, kamu borçlusunun haklarının korunması menfaat dengesi açısından son derece önemlidir⁷⁰. Bu uygulamanın mutad bir hale gelmesi, kamu borçlusunun malvarlığına yönelik sürekli bir ihtiyatî haciz tehdidi olduğu anlamına gelecek, ölçsüz şekilde kamu borçlusunun malvarlığına yapılan bu sınırlama menfaat dengesine aykırı olacaktır. Ayrıca maddede, teminat istenmesinin gerektiği haller doğrudan ihtiyatî haciz sebebi sayılırken, dördüncü bendinde borçludan teminat gösterilmesi istendiği halde belli sürede teminat veya kefil göstermemesi veya şahsî kefalet teklifi veya gösterdiği kefil kabul edilmemesi ihtiyatî haciz sebebi sayılmaktadır. Yapılan bu düzenlemelerden biri uygulandığı takdirde diğeri uygulanamaz hale gelecektir. Teminattan bahsedilirken de belirtildiği üzere, teminat istenmesinin gerektiği bir durumun varlığında önce teminat istenmesi daha sonra ihtiyatî haciz uygulanması (veya kanunda değişiklik yapılarak teminat istenmesi hallerinin daraltılması), ihtiyatî haczin kamu borçlusunun mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi de dikkate alındığında

5. Mal bildirimine çağrılan borçlu belli müddet içinde mal bildiriminde bulunmamış veya noksan bildirimde bulunmuşsa,

6. Hüküm sadır olmuş bulunsun bulunmasın para cezasını müstelzim fiil dolayısıyla amme davası açılmış ise,

7. İptali istenen muamele ve tasarrufun mevzuunu teşkil eden mallar, bu mallar elden çıkarılmışsa elden çıkarmanın diğer malları hakkında uygulanmak üzere, bu kanunun 27, 29, 30 uncu maddelerinin tatbikini icabettiren haller varsa.”.

⁶⁹ 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun'un 33'üncü maddesine göre, diğer mevzuatta “mahallin en büyük memuru”na yapılan atflar “vergi dairesi başkanı”na, vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde ise “vergi dairesi müdürü”ne yapılmış sayılacaktır (RG. 16.05.2005-25817). Bu sebeple ihtiyatî haciz karar verme yetkisi vergi dairesi başkanına veya vergi dairesi müdürüne aittir.

⁷⁰ İhtiyatî hacze karar verilmesi için alacağın yaklaşık isbatla dahi isbat edilmesinin aranmamasının, idarenin keyfî olarak ihtiyatî haciz kararı verme olasılığının yüksek olmasının, ihtiyatî haciz sebebiyle kamu borçlusunun uğrayabileceği zararın tazminine yönelik bir düzenlemenin bulunmamasının ve sürekli olarak borçlunun ihtiyatî haciz tehlikesi altında olmasının menfaat dengesine aykırı olduğu yönünde bkz. **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 365.

menfaat dengesine daha uygun olacaktır⁷¹. Mevcut uygulamada, ihtiyatî hacze dayanak teşkil etmeleri bakımından teminat istenen haller arasında bir farklılık yaratarak, vergi kaçakçılığı olmaksızın vergi ziyama yol açılması durumunda ihtiyatî haciz uygulanabilmesi için önceden mutlaka teminat istenmesi ve/ya kamu alacağının tahsiline ilişkin diğer tehlikelerin aranması uygun bir çözüm olabilir. Böylelikle vergi kaçakçılığı kastı olmayan kişilerden önce teminat istenmesi, teminat göstermemeleri ve/veya kaçma, mallarını kaçırma veya hileli yollara sapma ihtimallerinin bulunması durumunda ihtiyatî haciz uygulanması gerekecektir⁷². Kişi hak ve özgürlükleri ile kamu alacağının tahsilini güvence altına alma arasındaki menfaat dengesini kurmak zorunda olan idare, bu şekilde ancak dengeyi sağlayabilecek, teminat-ihtiyatî haciz bağlantısından kaynaklanan sorunlar giderilebilecektir⁷³.

İhtiyatî haczin yargısal bir karar olduğu ve yargısal karar vermeye ise ancak yargısal makamların yetkili olduğu, bu sebeple, yasama organının Anayasa'ya aykırı davranarak, mahkeme niteliğinde bulunmayan bir idarî makama ancak mahkemelerin verebileceği nitelikte kararlar verme yetkisi tanındığı belirtilmektedir⁷⁴. Bu açıdan, ihtiyatî haciz kararı verme yetkisi tanınan idarenin vermiş olduğu kararların, Anayasa'ya, hukuka ve kuvvetler ayrılığı sistemine aykırı olduğu vurgulanmaktadır⁷⁵. İdareye borçlu hakkında ihtiyatî haciz kararı verme yetkisinin tanınması, tamamıyla alacaklı ile borçlu arasında korunması gereken menfaat dengesini ortadan kaldıracak nitelikte olabileceğinden, kanuna da dayansa ihtiyatî haciz kararı verme yetkisini kullanan idarenin, çok titiz davranması, mutlak ve açık bir gerekçe olmadan bu yetkilerini kullanmaması, yetkinin sınırlarını zorlamaması; yargı organlarının da bu işlemi denetlerken aslında kendi yetkisini kullanan bir idarî organın işlemini denetlediği bilinci ile hareket etmesi, bu denetimi iyi ve katı bir şekilde yerine getirmesi zorunluluğu üzerinde durulmuştur⁷⁶.

⁷¹ Aynı yönde bkz. **Dönmez**, İhtiyatî Haciz, s. 30; **Bayraklı**, s. 46; **Gerçek**, s. 150.

⁷² **Taylar**, Teminat, s. 81.

⁷³ **Taylar**, Teminat, s. 81.

⁷⁴ **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 362-363. Aynı yönde bkz. **Özekes**, Temel Haklar, s. 195.

⁷⁵ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 601; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 364.

⁷⁶ **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 364. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 602.

Kamu icra hukukunda menfaat dengesi kavramı açıklanmaya çalışılırken de belirtildiği gibi, hukuk sistemimizde özel alacaklar ve kamu alacakları iki farklı kanunla tahsil edilmektedir. Re'sen tahsil yetkisi kullanılarak, kamu alacaklarının hızlı tahsilini sağlamak için kamu alacaklarının tahsili farklı bir kanunla düzenlenmiş, bu yönde bir sistem kabul edilmiştir. Bu sistem içerisinde ihtiyatî haciz yetkisi idareye verilmiştir. İdarenin verdiği ihtiyatî haciz kararı ise, bir idarî işlemdir. İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğundan (Any. m. 125), bu idarî işlemin hukuka aykırılığı da kamu borçluları tarafından ileri sürülebilecektir. Bu açıdan kişilerin de hak arama özgürlüğü güvence altına alınmaktadır. Ancak idare bu yetkisini kullanırken, Anayasa ile bağlıdır (Any. m. 11). Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri dikkate almalı, Kanun'da yer alan tüm sınırlamalara uymalı ve verilen yetkiyi ölçülü kullanmalıdır.

Kamu icra hukukunda da ihtiyatî haciz kararının mahkemeler tarafından verilmesi gerekliliği savunulabilir. Nitekim ihtiyatî haciz kararı sonradan denetlenebilse de, kişilerin temel haklarına yoğun müdahaleler içerebilecek bu kararın, mahkeme tarafından verilmesinin menfaat dengesi açısından daha kabul edilebilir olacağı belirtilmelidir. Ancak var olan şekliyle de kişi hak ve özgürlüklerine özellikle de mülkiyet hakkına doğrudan müdahale oluşturması nedeniyle, kamu alacağının korunması gereği ile kişinin mülkiyet hakkının korunması gereği arasında bir denge kurulması zorunludur⁷⁷. İhtiyatî haciz kararı veren idare mutlaka bu temel hak ve özgürlükleri göz önünde bulundurmalıdır. Ölçüsüz verilen ihtiyatî haciz kararı, menfaat dengesine aykırı olacağı gibi Anayasa'ya da aykırı olacaktır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesinde, 5479 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Özel Tüketim Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesiyle değişiklik yapılarak Maliye Bakanlığına elektronik haciz yapma imkânı sağlanmıştır⁷⁸. Bu yöntem ile alacaklı kamu idaresine kesinleşmiş borcu olan ve

⁷⁷ **Taylar**, Teminat, s. 78-79. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 602.

⁷⁸ RG. 08.04.2006-26133.

yapılan ödeme emrine rağmen ödemeyen kamu borçluları yakından takip edilecek, banka nezdinde bulunan vadeli-vadesiz mevduatları ile diğer gelirlerine el koyarak alacakları için sanal ortamda haciz uygulanacaktır⁷⁹. Bu düzenlemeye göre e-haciz uygulanabilmesi için ödeme emrinin kamu borçlusuna gönderilmesi şarttır. Ancak banka hesabına haciz uygulanan mükellefe ödeme emri tebliğ edilmeden haciz işlemine başlanılmaktadır. Nitekim Seri A 1 Sıra No'lu Tahsilat Genel Tebliği'nde de, ödeme süresi içerisinde ödenmeyen kamu alacaklarının cebren tahsilini ya da alacağın tahsil güvenliğini sağlamak amacıyla tahsil dairelerince alınan haciz ve ihtiyatî haciz kararları üzerine, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesi hükmüne dayanılarak borçlunun bankalar nezdindeki hak ve alacaklarına e-haciz uygulanabileceği düzenlenmiştir. Kanunda sadece haciz aşamasına özgü olarak getirilen bu düzenleme, Tahsilat Genel Tebliği ile ihtiyatî haciz için de uygulanabilecek hale gelmiştir. İhtiyatî haciz için de e-haciz uygulanmak isteniyorsa, Tahsilat Genel Tebliği ile düzenleme yapmak yerine, buna ilişkin düzenleme Kanun'da ihtiyatî haciz aşamasını da içine alacak şekilde yapılmalıdır. Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, e-haciz yaparken mükellefin borcunu dikkate alarak, bu borçla uyumlu ve sınırlı olarak tek bir banka hesabına e-haciz koymalıdır⁸⁰. Genel olarak ihtiyatî haciz uygulamasında borçla sınırlı olarak ve bu anlamda ölçülü bir şekilde ihtiyatî haczi uygulamak menfaat dengesi açısından da son derece önemlidir. Kamu alacağının çok üzerindeki bir malvarlığına ölçsüz bir şekilde ihtiyatî haciz uygulamak, mülkiyet hakkını ihlâl edecek ve mülkiyet hakkına yapılan bu ölçsüz müdahale menfaat dengesine aykırı olacaktır.

⁷⁹ **Erdağ**, Vergi Borcunuzdan Dolayı E-Haciz, <http://www.nevzaterdag.com/vergi-borcunuzdan-dolayi-banka-hesaplariniz-e-haciz-gelmis-olabilir>, erişim tarihi: 16.12.2013. Ayrıca bkz. **Kuru**, s. 499; **Gerçek**, s. 239 vd.; **Alpaslan**, Vergi Borcunuzdan Dolayı E-Haciz Uygulanması ve Banka Sistemi ile İlgili Sorunlar, <http://www.ekonomik-cozum.com.tr/yazarlar/item/3182-vergi-borcunuzdan-dolay%C4%B1-e-haciz-uygulanmas%C4%B1-ve-banka-sistemi-ile-ilgili-sorunlar.html>, erişim tarihi: 16.12.2013.

⁸⁰ **Alpaslan**, Vergi Borcunuzdan Dolayı E-Haciz Uygulanması ve Banka Sistemi ile İlgili Sorunlar, <http://www.ekonomik-cozum.com.tr/yazarlar/item/3182-vergi-borcunuzdan-dolay%C4%B1-e-haciz-uygulanmas%C4%B1-ve-banka-sistemi-ile-ilgili-sorunlar.html>, erişim tarihi: 16.12.2013.

İhtiyatî haciz işlemine karşı 7 gün içinde dava açılabilir (AATUHK m. 15)⁸¹. Bu davada, ihtiyatî haciz işleminin unsurundaki sakatlıklar ve özellikle ihtiyatî haciz sebepleri dava konusu yapılabilecektir. Ancak açılan bu davada verilen kararların kesinleştikten sonra uygulanacağı hükme bağlanmıştı (İYUK m. 28). Mükellef lehine verilen bir mahkeme kararı olsa da, bu kararın uygulanması için kesinleşmesinin beklenmesi menfaat dengesine de aykırılık teşkil etmekteydi. Çünkü, ortada ihtiyatî haczin hukuka aykırılığına ilişkin bir mahkeme kararı olmasına rağmen, ihtiyatî haciz kaldırılmamakta, bunun için kararın kesinleşmesi beklenmekteydi. Bu durum ise, kamu borçlusu aleyhine menfaat dengesini bozmaktaydı. Bu cümlenin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi ise, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2, 36 ve 125'inci maddelerine aykırılığını tesbit ederek, bu kuralı iptal etmiştir⁸². İptal gerekçesi şöyledir;

“...Kişilerin, devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir... İtiraz konusu kuralla, haciz ve ihtiyatî hacze ilişkin idari işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının derhal uygulama zorun-

⁸¹ Kanun'un 15'inci maddesinde vergi itiraz komisyonuna itiraz da bulunulabileceği düzenlenmektedir. Vergi itiraz komisyonları kaldırılmış, yerine vergi mahkemeleri kurulmuştur. Buna rağmen kanunda vergi itiraz komisyonlarından bahsedilmesi ve itirazın buraya yapılacağı yazılı olması, etkin hukukî koruma hakkını ve hak arama özgürlüğünü zedelemektedir. Anayasa'nın 40'inci maddesi hükmü karşısında (Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve süresini belirtmek zorundadır), kanunların hak arama yollarını açıkça düzenlemesi gerekmektedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da birçok değişiklik yapılmasına rağmen, vergi itiraz komisyonlarının hala duruyor olması bu anlamda Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 340-341.

⁸² Any. M., 10.07.2013 gün ve E. 2012/107, K. 2013/90, RG. 22.11.2013-28829.

luluğunun ortadan kaldırılması, kişilerin telafisi imkânsız veya zor zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir durumun yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceği ve hak arama özgürlüğünü zedeleyeceği açıktır... ”.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı, kamu alacaklısı ile kamu borçlusu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması açısından da son derece yerindedir.

İhtiyatî haciz kapsamında son olarak üzerinde durulması gereken nokta, Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca borçlunun, 10'uncu maddenin 5'inci bendinde yazılı menkul mallar hariç olmak üzere, bu maddeye göre teminat gösterdiği takdirde ihtiyatî haczin, haczi koyan merci tarafından kaldırılmasıdır. Bu şekilde kamu borçlusunun, teminat göstererek ihtiyatî haczi kaldırma yetkisi verilmesi, borçlu lehine düzenleme olup, menfaat dengesinin sağlanması bakımından önemlidir. Eğer teminat istenmeden ihtiyatî haciz uygulanmışsa (ki uygulamada bu şekilde doğrudan ihtiyatî haciz uygulandığına değinilmişti), bu şekilde borçluya bu haczi kaldırma yetkisi verilmesi menfaat dengesinin sağlanmasına hizmet etmektedir.

D. Tasarrufun İptali Davası

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 24'üncü maddesi ile 31'inci maddeleri arasında belirtilen bazı tasarrufların iptali için adli yargıda iptal davası açabilme yetkisi alacaklı kamu idaresindedir. Tasarrufun iptali davasının amacı, borçlunun mal kaçırmaya yönelik yapmış olduğu hukukî işlemleri davacı kamu alacaklısı bakımından hükümsüz sayarak, borçlunun iptali istenen işlemler aracılığıyla malvarlığından çıkarmış olduğu mallar üzerinden cebren takip yoluyla kamu alacağının tahsiline imkân sağlamaktır⁸³. Böylelikle kamu alacağının tahsiline engel olacak şekilde yapılan tasarruflar iptal edilerek, kamu alacaklısı korunmaya çalışılmaktadır.

⁸³ Karakoç, Genel Vergi, s. 658; Karakoç, Tasarruf, s. 375. Ayrıca bkz. Mutluer/Dayanç, s. 303; Çelik, s. 93-94; Bayraklı, s. 68; Toktaş, s. 56-57.

Böyle bir düzenleme olmaması durumunda, kamu borçlusu mal kaçırmak için bazı tasarruflar yapacak ve kamu alacağı cebren tahsil edileceği aşamada bu tasarruflar nedeniyle haczedilecek mal bulamama durumuyla karşılaşabilecektir. Kamu alacağını güvence altına almak için kamu alacaklısı lehine getirilen bu düzenlemeler, kamu alacaklısı lehine menfaat dengesini sağlamaya yöneliktir. Bir yanda mal kaçırmaya çalışan kamu borçlusu var iken, diğer yanda bu tasarruflara karşı kamu alacaklısı korunmaya çalışılmıştır.

İptal davasının amacı, kamu alacağının tahsiline yetecek miktardaki tasarrufun kamu idaresini bağlamayacağına hükmetmek olduğundan, mahkemenin, kamu alacağının miktarı ile sınırlı olmak üzere tasarrufun iptaline karar vermesi gerekmektedir⁸⁴. Kamu borçlusunun yaptığı tüm tasarrufları iptal etmek, bu düzenlemenin amacına uygun değildir. Bu şekilde yapılan bir uygulama menfaat dengesine de aykırı olacaktır. Kamu icra hukukunda tasarrufun iptali davasının kamu borçlusu ile hukukî ilişkide bulunanlar, kamu borçlusu tarafından kendisine ödeme yapılanlar, bu kimselerin mirasçıları ve kötü niyetli üçüncü kişilere karşı açılması gerekmektedir (AATUHK m. 25). Söz konusu maddede borçlu ile hukukî ilişkide bulunan kişilerden bahsedilmesi, kamu borçlusunun davalı olarak gösterilmesi gerektiği ile ilgili tereddüde yol açsa da, kamu borçlusunun savunma hakkının kullanılabilmesi, bu anlamda da hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak kamu borçlusunun da davalı olarak gösterilmesi gerekir⁸⁵. Bu yorum, menfaat dengesine de uygun olacaktır. Ayrıca taşınmaz mal, üçüncü kişiye satılarak tapu sicilinde tescil edilmişse, tasarrufun iptali davasının kamu alacaklısı lehine sonuçlanması durumunda tapu kaydının kamu borçlusu lehine düzeltilmesine karar verilememektedir⁸⁶. Çünkü kamu borçlusu ile üçüncü kişiler arasında yapılmış ve iptale konu olan tasarruflar hukuken geçerli tasarruflardır. İptali istenen tasarruf alacak miktarı ile sınırlı olarak hükümsüz sayılacağından, tasarrufun iptali mülkiyetin kamu borçlusuna geçmesi sonucunu doğurmamakta, satış bedelinden artan kısmın taşınmazın

⁸⁴ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 661-662; **Özbalcı**, s. 309; **Candan**, s. 160; **Gerçek**, s. 183; **Toktaş**, s. 146; **Karakoç**, Tasarruf, s. 381.

⁸⁵ **Karakoç**, Tasarruf, s. 409.

⁸⁶ **Karakoç**, Tasarruf, s. 419.

maliki durumunda olan üçüncü kişiye ödenmesini gerektirmektedir⁸⁷. Aksi yorum, üçüncü kişiler aleyhine menfaat dengesini bozacaktır.

E. Limited Şirket Ortaklarının ve Kanunî Temsilcilerin Sorumluluğu

Kamu alacaklarının güvence önlemleri içerisinde limited şirket ortaklarının ve kanunî temsilcilerin sorumluluğu Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35'inci ve mükerrer 35'inci maddesinde düzenlenmiştir. Her iki maddede de “tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından” bahsedilmektedir⁸⁸. Bu durumda idare takip sürecinin başında veya ilerleyen aşamalarda kamu alacağını tahsil edemeyeceğini anlarsa, kanunî temsilciye borcun tahsili için ödeme emri gönderebilecek ve artık örneğin, şirket tüzel kişiliği ile şirketin kanunî temsilcileri eş zamanlı olarak takip ve tahsil işlemleriyle karşı karşıya kalabilecektir. Ancak kamu borçlusunun, herhangi bir malvarlığı değerinin kamu alacağını karşılayıp karşılamadığına değil, gerekli tüm araştırmalar sonucunda bulunan ve haczedilen malvarlığının kamu alacağını karşılayıp karşılamadığına bakılmalıdır⁸⁹. Görüldüğü üzere idare, mükellefe karşı başlatılan takibin herhangi bir aşamasında, kamu alacağının şirketten tahsil edilemeyeceğini düşünebilir. Bu durum ise, tamamen idarenin subjektif yaklaşımıyla ortaya çıkacaktır. Bu noktada birtakım objektif ölçütler getirilmesi gerekmektedir. Mevcut durumda böyle bir ölçütün olmaması, mülkiyet hakkının vergi idaresinin subjektif değerlendirilmesi ile sınırlandırılması anlamına gelmektedir⁹⁰. Bu durum ise, menfaat dengesine aykırıdır. Tahsil

⁸⁷ Çelik, s. 98; Karakoç, Tasarruf, s. 419.

⁸⁸ Kanun'un 35'inci maddesince, “Limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar”. Mükerrer 35'inci maddesinde ise, “Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir” denmektedir.

⁸⁹ Özbalcı, s. 373; Candan, s. 199; Saban, s. 101 dn.47; Yarıllı, s. 196.

⁹⁰ Demirbaş Aksüt, s. 140-141.

imkânsızlığı nedeniyle kanunî temsilciye veya limited şirket ortaklarına gidilmesinin idarenin subjektif değerlendirilmesine bırakılmayıp, bu konuda belli ölçütlere yer verilerek düzenlemenin belirgin olması sağlanmalıdır⁹¹.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35'inci maddesine göre, kamu alacağının doğduğu dönemde ortak olup şirketten ayrılan ortakların, bu alacağın ödenmesinden dolayı sorumluluğu devam etmekte; kamu alacağı doğduğu dönemde ortak olmadığı halde sonradan ortaklığa giren kişiler de kamu borçlarından sorumluluğa dahil edilmektedir. Kanun'un mükerrer 35'inci maddesinde de aynı şekilde kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanunî temsilci veya pay sahibinin farklı kişiler olması durumunda da kamu alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır. Görüldüğü üzere artık hem eski pay sahipleri ve kanunî temsilciler sorumlu olmaya devam edecekler hem de yeni pay sahipleri ve kanunî temsilciler sorumlu olacaklardır. Ancak bu şekilde kişileri bilmedikleri ve bilemeyecekleri bir durumdan dolayı bir kusur aramadan sorumlu tutmak, bu sorumluluğun bir süreyle sınırlı olmaması, ölçsüz bir müdahale olarak değerlendirilmekte ve sorumluya orantısız ağır bir yük getirmektedir⁹². Şöyle ki, pay devri veya temsilci değişimi sonrası devreden, devralan üzerinde kontrol, izleme, ödevlerini yerine getirmeye zorlama veya ödemeyi sağlama gibi bir yetkisi bulunmamakla birlikte, devralanın da geçmiş dönemde beyannamelerin hukuka uygun verilip verilmediğini denetlemek veya bu beyannamelerin doğru verilmesini sağlamak gibi bir görevi bulunmamaktadır⁹³. Eski temsilcinin beyanname vermek ya da imzalamak yanında şirket kasasından para çekme, bankada işlem yapma gibi yetkileri de sona ermektedir. Kamu alacaklısı hiç yetkisi kalmamış eski temsilci adına takip başlatılabilecektir. Böyle bir durumda artık kişiler, etki edemeyecekleri bir durumdan dolayı sorumlu tutulmuş olacaklardır. Mülkiyet hakkına bahsedilen sebeplerle ölçsüz bir müdahale sonucunu

⁹¹ **Demirbaş Aksüt**, s. 141.

⁹² Bu konudaki değerlendirme için bkz. **Yaltı**, s. 528 vd. Bu düzenlemelerin, mülkiyet hakkına orantısız bir müdahale oluşturduğu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu yönünde bkz. **Demirbaş Aksüt**, s. 141.

⁹³ **Yaltı**, s. 524; **Demirbaş Aksüt**, s. 142. Söz konusu düzenlemenin hukukî güvenlik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. **Yaralı**, s. 263.

doğuracak bu düzenlemeler, menfaat dengesine de aykırıdır. Burada kamu alacaklısı önce ve sonraki temsilciyi veya ortağı sorumluluğa dahil etmiş, kamu alacağının hızlı ve tam olarak tahsil edilememe ihtimalini gözönünde bulundurarak müteselsil sorumluluk düzenlemesi yoluna gitmiştir. Bu durum, şirket üzerinde yetkisi kalmamış pay sahibi veya temsilci aleyhine menfaat dengesini bozmaktadır.

F. Rüçhan Hakkı

Kamu icra hukukunda haciz ve/ya iflâsta kamu alacaklısına alacağın tahsili açısından ayrıcalık tanınmaktadır⁹⁴. Bu durum Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 21'inci maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden önce o mal üzerine kamu alacağı için de haciz konulursa bu alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur. Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için uygulanan hacizlerde İcra ve İflâs Kanunu'nun 268'inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmü uygulanmaz. Kamu alacaklısının rüçhan hakkı rehinli alacaklar karşısında geçerli değildir. Ancak gümrük ve emlak vergisi gibi malın aynından doğan vergi alacakları o eşya ve taşınmaz bedelinden tahsilinde rehinli alacaklardan önce gelir (AATUHK m. 21/2, İİK m. 206/1). Borçlunun iflası, mirasın reddi ve terekenin resmi tasfiyeye tabi tutulması hallerinde, kamu alacakları imtiyazlı alacak olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 206'ncı maddesinin üçüncü sırasında, bu sıranın önceliğini alan alacaklar da dâhil olmak üzere tüm imtiyazlı alacaklar ile birlikte işleme tabi tutulması gerekmektedir (AATUHK m. 21/3). Kamu icra hukukunda, kamu borçlusunun iflas yoluyla takibi genel icra hükümlerine göre yapılacağı bu noktada belirtilmelidir (AATUHK m. 54/3, m. 100). Kamu alacakları için de kamu borçlusunun iflâsı istenebilmekteyken, kamu alacaklısı için iflâs yoluyla takip yapmak uygun değildir. Kamu alacaklısı için kamu borçlusunun ticarî hayatta faaliyetinin devam etmesi önemli olduğundan, kamu alacaklısı borçluyu iflâsa sürüklemek yerine, örneğin, tecile yönlendirebilir. Bu yönlendirme menfaat dengesine de uygun olacaktır.

⁹⁴ Rüçhan hakkı açısından bkz. Karakoç, Genel Vergi, s. 654-655; Mutluer/Dayanç, s. 300-301; Çelik, s. 125 vd.; Bayraklı, s. 59; Oktar, s. 307-308; Gerçek, s. 167 vd.

Ancak kamu borçlusu hakkında üçüncü kişinin iflâsı istemesi durumunda, kamu alacaklısı da özel alacaklı yanında sıra cetvelinde yer alacaktır. Nitekim, bu sebeple Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 21'inci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenleme yapılmıştır.

Kamu alacağı için konulan hacze, özel hukuk alacaklılarının iştirak etmesi mümkün değildir⁹⁵. Rüçhan hakkı ile kamu alacağı, borçlunun diğer borçları karşısında üstün tutulmuş ve bazı durumlarda kamu alacağının tahsili konusunda öncelik tanınarak, diğer alacaklılara göre önemli bir avantaj sağlamıştır⁹⁶. Devletin rüçhanlı alacaklı olarak kendini korumasının, Devlet karşısında bireyin güçsüzlüğü dikkate alındığında, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilmektedir⁹⁷. Rüçhanlı alacaklı olarak kamu alacaklısı lehine hacze iştirak konusunda önemli imtiyazlar sağlanmıştır⁹⁸. Menfaat dengesinde rüçhan hakkı açısından ilk olarak belirtilmesi gereken, burada alacaklı ile borçlu arasında bir menfaat çatışmasının değil, iki alacaklı arasındaki menfaatlerin çatışmasının söz konusu olmasıdır⁹⁹. Bir yanda özel hukuk alacaklısı, ilk haczi koydurucu olarak hacizli malı satın alacağına kavuşmak isterken; diğer yanda kamu alacaklısı, özel hukuk alacaklısının koydurduğu hacze hacizli mal paraya çevrilmeden iştirak ederek kamu alacağını tahsil etmeye çalışmaktadır. Kamu alacaklısının haczedilen mal paraya çevrildikten sonra hacze iştirak etmemesi menfaat dengesinin sağlanması açısından yerindedir. Aksi takdirde özel alacaklı, haczettirip sattığı mal üzerinden alacağını alamaması gibi bir durumla karşı karşıya gelecektir ki, bunun kabulü mümkün değildir. Kamu alacaklısına ise, haczedilen mal paraya çevrilmeden önce hacze iştirak etmesine imkân vererek, kamu alacağının tahsilinin imkânsız hale gelmemesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca yine maddede rehinli alacaklara öncelik vererek (malın aynından doğan vergi alacakları hariç), rüçhan hakkının rehinli mallar karşısında geçerli

⁹⁵ Kuru, s. 538; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 607; Akkan, s. 650.

⁹⁶ Çelik, s. 127; Karakoç, Genel Vergi, s. 620; Bayraklı, s. 59; Gerçek, s. 168; Akkan, s. 650.

⁹⁷ Özekes, Temel Haklar, s. 197.

⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 607.

⁹⁹ Türk icra hukukunun benimsemiş olduğu hacze iştirak sisteminin alacaklılar arasında eşitliği sağladığını ve sistemin alacaklıların ortak menfaatlerine hizmet ettiği yönünde bkz. Çiftçi, Menfaat, s. 300.

olmadığı düzenlemesi de rehinli alacaklılar lehine menfaat dengesini sağlamaya yöneliktir.

G. Yurt Dışına Çıkış Sınırlaması

Kamu borçlusuna yurt dışına çıkış sınırlaması getirilmesi önceleri Pasaport Kanunu'nda düzenlenmiş, ancak bu düzenleme Anayasa'ya aykırı bulunarak kaldırılmıştır¹⁰⁰. Ardından bu sınırlama, Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 36/A maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme yürürlükte iken, Anayasa'nın 23'üncü maddesinin ikinci fıkrası somut, ayrıntılı ve uygulanabilir bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğü, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilecektir. Madde kapsamından vatandaşlık ödevi çıkartılmıştır. Nitekim daha sonra, Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı da 2010/1 No'lu Tahsilat İç Genelgesi'nde, Anayasa'nın 23'üncü maddesi karşısında 36/A maddesinin ilga olduğunu, 5982 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yurt dışına çıkış yasağının uygulanamayacağını, var olan yasakların da kaldırılacağını belirtmiştir¹⁰¹. Bu yöndeki düzenleme de 6111 sayılı Bazı Alacakların

¹⁰⁰ “...Yurt dışı çıkış yasağında, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünü sınırlamanın amacı, vergi borcunun tahsilinin sağlanması, araç ise yurt dışına çıkışın yasaklanmasıdır. Amaç ile araç arasında makûl bir ilişkinin bulunduğu söylenmesi için yurt dışına çıkış ile vergi alacağının tahsilinin zorluğu veya olanaksızlığı arasında bağın varlığının aranması gereği açıktır. Yasak, hiçbir koşul öngörmeksizin, hatta vergi borcunun tutarı dahi belirtilmeden, vergi borcunun ödenmemesine bağlı olarak kendiliğinden uygulandığı zaman amaç ile araç arasındaki makûl ilişki ve denge ortadan kalkar. Anayasa'nın 23. maddesinde öngörülen sınırlama nedenleri ve bunlar arasında yer alan “vatandaşlık ödevi” genel nitelikte, soyut bir kavramdır. Yasa koyucunun getireceği her sınırlayıcı düzenlemede bu nedenleri somutlaştırması gerekir. Keyfiliğe varabilecek uygulamaları önleyebilmek bakımından gerekli olan açıklık ve somutluk, sınırlamanın yasayla yapılmış olarak kabul edilmesi için zorunludur. Aksi halde hukuk devletinin gerektirdiği belirginlik karşılanmamış olur ve amaç-araç ilişkisini denetlemek güçleşir. İtiraz konusu kural, amaç ve araçları açık, belirgin ve somut bir şekilde öngörmemiş, amaç ve araç arasında makûl ve uygun bir ilişki kurmayarak ölçülülük ilkesinin gereklerini yerine getirmemiştir...” Any. M., 18.10.2007 gün ve E. 2007/4, K. 2007/81, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 18.12.2013.

¹⁰¹ 08.10.2010 tarihli Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı da 2010/1 No'lu tahsilat iç genelgesi, www.gib.gov.tr, erişim tarihi: 18.12.2013.

Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 165'inci maddesiyle yapılmış ve Anayasa değişikliği ile birlikte artık uygulanamaz hale gelmiş olan Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 36/A maddesi yürürlükten kaldırılmıştır¹⁰². Nitekim Kanun'un 36/A maddesi de borçlunun menfaatlerini ağır şekilde zedelediği, Anayasa'ya aykırılıklar barındırdığı, kabul edilen esasların borçlunun hak ve menfaatlerini ihlâl tehlikesi altında bırakması sebepleriyle eleştirilmekte ve menfaat dengesinin alacaklı lehine bozulmasına sebebiyet verdiği belirtilmekteydi¹⁰³. Yerleşme ve seyahat özgürlüğüne müdahale etmesi sebebiyle eleştirilen yurt dışına çıkış yasağının kaldırılması menfaat dengesinin sağlanması açısından da son derece yerinde olmuştur¹⁰⁴.

IV. CEBREN TAHSİL SÜRECİ BAKIMINDAN MENFAAT DENGESİ

A. Genel Açıklama

Kamu alacağının vadesi gelmesine rağmen borçlu tarafından ödenmemesi halinde, alacaklı kamu idaresi alacağını cebren tahsil etme yetkisine sahiptir. Kamu alacağının cebren tahsili, teminatın paraya çevrilmesi yoluyla takip veya kefilin takibi, haciz yolu ile takip ve iflas yoluyla takip olmak üzere üç yolla yapılabilmektedir (AATUHK m. 54). Kefil, asıl borçlunun tâbi olduğu usûllere göre takip edildiğinden cebren tahsil sürecine ilişkin yapılacak açıklamalar kefil için de geçerli olacaktır (AATUHK m. 57). Teminatın paraya çevrilmesi yolunda ise, teminat gösterilmiş borç süresinde ödenmediği takdirde, borcun yedi gün içinde ödenmesi; aksi durumda, göste-

¹⁰² RG. 13.02.2011-27857.

¹⁰³ Çiftçi, Menfaat, s. 106-107.

¹⁰⁴ Seyahat özgürlüğünün suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlemlerini önlemek amacıyla kanunla sınırlanabileceğine ilişkin anayasal düzenleme varlığını devam ettirmektedir. Bu sebeple, ceza hukuku anlamındaki vergi suç ve cezaları için (vergi kaçakçılığı, vergi mahremiyetini ihlâl ve mükellefin özel işlerini yapma suçları açısından) seyahat özgürlüğünün kanunla kısıtlanmasında bir engel bulunmamaktadır. Bkz. Demirbaş Aksüt, s. 161.

rilmiş olan teminatın paraya çevrileceği veya diğer yollarla cebren tahsile devam edileceği borçluya bildirilmektedir¹⁰⁵. Borç ödenmediği durumda ise, kanun hükümlerine göre paraya çevrilerek kamu alacağı tahsil edilmektedir (AATUHK m. 56). Menfaat dengesi çerçevesinde üzerinde durulması gereken durum, kanun koyucunun teminatın doğrudan doğruya paraya çevrilmesini kabul etmemesidir. Borçluya tebligat yapılarak yedi gün içinde borcunu ödemesi gerektiği bildiriminde bulunulacaktır. Bildirimde, borcu ödemediği takdirde teminatın paraya çevrileceği ihtarinin yer alması gerekmektedir. Görüldüğü üzere borçlu bilgilendirilerek, isterse teminat paraya çevrilmeden borçlunun daha uygun gördüğü bir kaynaktan borcunu ödeme imkânı yaratılmıştır. Kamu borçlusunun, borcunu ödemediği takdirde teminatın paraya çevrileceği konusunda bilgilendirilmesi menfaat dengesi kurulmaya çalışılırken borçlu lehine yapılan bir düzenlenmedir.

Haciz yoluyla takip, kamu borçlusunun menkul ve gayrimenkul mallar ile alacak ve haklarına kamu alacaklısı tarafından zorla el konulması ve bunların satılıp paraya çevrilmesi yoluyla kamu alacağının tahsiline imkân sağlayan bir cebren tahsil yolu olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁶. Vadesinde ödenmeyen kamu alacağı için ödeme emri düzenlenmektedir (AATUHK m. 55). Ödeme emrinde borcun yedi gün içinde ödenmesi veya mal bildiriminde bulunması gerektiği bildirilmekte, bu süre içinde ödenmez veya mal bildiriminde bulunulmazsa alacağın cebren tahsil yoluna gidilmektedir. Bu süreçte kamu borçlusunun borcuna yetecek kadar malı haczedilip paraya çevrilmek suretiyle kamu alacağı tahsil edilmektedir (AATUHK m. 62-99)¹⁰⁷. Cebren tahsil sürecinde kanundaki düzenlemelere göre bazen menfaat dengesi kamu alacaklısı lehine bazen de kamu borçlusu lehine sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu süreçte borçlunun mal veya mallarına haciz konulup, mallar satışa çıkarı-

¹⁰⁵ Teminatın paraya çevrilmesine ilişkin bkz. **Öncel/Kumulu/Çağan**, s. 162; **Şimşek**, s. 443 vd.; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 670; **Çelik**, s. 191 vd.; **Özbalcı**, s. 594 vd.; **Mutluer/Dayanç**, s. 319; **Candan**, s. 286 vd.; **Bayraklı**, s. 134; **Gerçek**, s. 207-209; **Arslaner**, s. 112 vd.

¹⁰⁶ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 671. Ayrıca bkz. **Şimşek**, s. 442; **Öncel/Kumulu/Çağan**, s. 162; **Özbalcı**, s. 550; **Mutluer/Dayanç**, s. 320.

¹⁰⁷ Cebren tahsil sürecine ilişkin bkz. **Şimşek**, s. 442 vd.; **Öncel/Kumulu/Çağan**, s. 162 vd.; **Karakoç**, Genel Vergi, 670 vd.; **Özbalcı**, s. 550 vd.; **Candan**, s. 278 vd.; **Mutluer/Dayanç**, s. 320 vd.; **Gerçek**, s. 191 vd.

lacağından menfaat dengesinin ölçülü bir şekilde sağlanıp sağlanmadığı son derece önemlidir. Bu başlık altında, ödeme emri, mal bildiriminde bulunma, haciz ve satış ve paraya çevirme aşamalarının menfaat dengesi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesine yer verilecektir. Ayrıca cebren tahsil sürecinde karşılaşılan tecil, terkin ve tahsil zamanaşımının menfaat dengesiyle ilişkisine değinilecektir.

B. Ödeme Emri

Kamu alacaklısına, alacaklının menfaatleri düşünülerek kamu borçlusuna karşı tarh-tebliğ-tahakkuk aşamalarından geçerek tahsil aşamasına gelmiş kamu borcunun tahsilinin sağlanabilmesi için cebren tahsil işlemlerini başlatabilmesi imkânı tanınmıştır. Bunun karşısında ise, borçlunun bu aşamanın başladığından haberdar olması gerekmektedir. Nitekim ödeme emrinin tebliği ile kişi haberdar olmakta ve icra takibi başlamaktadır. Ödeme emri, tahsil aşamasında mükellefe kamu borcunu ödemesi için ihtar niteliğinde gönderilen bir belgedir¹⁰⁸. Ödeme emrinde kamu alacağını vadesinde ödemeyenlere yedi gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları gereği bildirilmektedir (AATUHK m. 55/1)¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Bu konuda bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 163; **Karakoç**, Genel Vergi, 672; **Özbalcı**, s. 556; **Akdoğan**, s. 95; **Mutluer/Dayanç**, s. 315; **Candan**, s. 293; **Bayraklı**, s. 138; **Gerçek**, s. 193; **Arslaner**, s. 219; **Bozdoğan**, s. 105.

¹⁰⁹ Ödeme emrine karşı dava açma süresinin 7 gün olmasının Anayasa'nın 2'nci ve 36'ncı maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş Anayasa Mahkemesi ise yedi günlük süreyi Anayasaya aykırı görmemiştir (Any.M, 06.01.2011 gün ve E. 2008/6, K. 2011/3, RG. 14.05.2011-27934). Mahkeme'ye göre; "... Bu nedenle, diğer davalarda olduğu gibi, ödeme emrine karşı açılacak davalarda da dava açma süresini belirleme yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla yasa koyucunun takdirindedir. Öte yandan, yükümlünün ödeme emri tebliğ edilmeden önceki aşamalarda idari işlemlere karşı dava açma hakkı da bulunmaktadır. Yasakoyucu tarafından, ödeme emrinin özellik ve niteliği ile diğer idari işlemlerin özellik ve niteliklerindeki farklılıklar ve kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için kamu alacaklarının sürüncemede bırakılmamasındaki kamu yararı gözetilerek, ödeme emrine karşı açılacak davalar için dava açma süresinin 7 gün olarak öngörülmesi, Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 142. maddelerine aykırı görülmemiştir.". Ödeme emrine ilişkin dava açmak için öngörülen yedi günlük sürenin hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıracı nitelikte bir etkiye sahip olabileceği, bu sürenin yeniden

Borçlunun hak ve menfaatlerinin korunması için bu aşamada en fazla önem arz eden durum, başlatılan takip hakkında kamu borçlusunun bilgilendirilmesidir¹¹⁰. Ödeme emri ve ödeme emrinin gönderilmesiyle ilgili düzenlemelerde, borçlunun menfaatlerine özellikle borçlunun hukukî dinlenilme hakkına yönelik birtakım kurallar öngörülmüştür. Ödeme emrinin gönderilmesi borçluya tanınan savunma hakkının kullanılması için büyük öneme sahiptir¹¹¹. Alacaklı, borçluya ödeme emri göndermeden cebren tahsil işlemine başlayamayacak, borçlu da ödeme emrinin gönderilmesiyle alacaklının kendisi aleyhine başlattığı takip hakkında bilgilenecek ve böylelikle savunma hakkını kullanabilecektir¹¹². Ödeme emrinde, borcun asıl ve fer'ilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, süresinde ödemediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı bulunur. Ayrıca, borçlunun 114'üncü maddedeki ödevleri ve bu ödevleri yerine getirmedeği takdirde hakkında uygulanacak olan ceza da bu ödeme emriyle borçluya bildirilir (AATUHK m. 55/2)¹¹³. Görüldüğü üzere, bu düzenlemenin içinde borçlunun ödeme emrinin tebliğinden sonra hangi sonuçlarla karşı karşıya kalacağını içeren ihtar niteliğinde bilgilendirme de yer almaktadır. Özellikle borçlunun 114'üncü maddedeki ödevleri yerine

düzenlemeye ihtiyacı olduğu yönünde bkz. **Gök**, s. 409 ve 425. Kamu alacağının tahsil aşamasının olabildiğince kısa sürede sonuçlandırılması için özel olarak yedi günlük dava açma süresinin belirlendiği konusunda bkz. **Karakoç**, Süreler, s. 96.

¹¹⁰ **Çiftçi**, Menfaat, s. 258; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 345.

¹¹¹ **Çiftçi**, Menfaat, s. 260-261; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 345.

¹¹² **Çiftçi**, Menfaat, s. 261. Hukukî korunmanın gereği olarak, borçlu, alacaklının taleplerine karşı savunmasız bırakılmamalı, onun da haklı talepleri karşılanarak savunma imkânı verilmeli ve takip hukuku çerçevesinde menfaatleri korunmalıdır (**Özkes**, Temel Haklar, s. 128).

¹¹³ Kanun'un 114'üncü maddesine göre, "Kendisine ödeme emri tebliğ olunan ve malı olmadığı yolunda bildirimde bulunan amme borçluları bu bildirim ile birlikte veya bildirim tarihinden itibaren 15 gün içinde:

1. En son kanuni ikametgâh ve iş adreslerini,
2. Varsa devamlı mükellefiyetleri bulunan diğer tahsil dairelerini ve amme idarelerini ve bunlardaki hesap ve kayıt numaralarını bildirmek, nüfus kayıt suretini vermek mecburiyetindedirler."

getirmediginde karşılaşacağı yaptırımları içermesi borçlu açısından önemlidir. Bu ihtarların tümü kamu borçlusunun, kendisi hakkında yapılacak işlemlerin hukukî sonuç ve hükümleri hakkında bilgilendirilmesine ve bu kapsamda hukukî dinlenilme hakkının sağlanmasına hizmet eden ve borçlunun menfaatleri düşünülerek getirilmiş düzenlemelerdir¹¹⁴.

Ödeme emri tebliğ edilen kamu borçlusu, böyle bir borcu olmadığı, borcunu kısmen ödediği veya borcunun zamanaşımına uğradığından bahisle dava açabilmektedir (AATUHK m. 58/1). Tarh-tebliğ-tahakkuk aşamalarından geçerek artık tahsil aşamasına gelmiş kamu borcu için dava açma sebepleri sınırlandırılmıştır. Bunun sebebi, tahsil aşamasına gelinceye kadar kamu borcunun niteliğine ilişkin (örneğin, matrah, oran veya yükümlülüğün esasları gibi konulara) itirazlar varsa, kural olarak, bunların yapılıp sonuca bağlanmış olması gerekliliğidir. Nitekim tahsil aşamasına özgü nitelikte olan iddialar bu aşamada ileri sürülebilecektir¹¹⁵. Kamu alacaklısının, sırf davayı uzatabilmek için diğer safhalara ilişkin itirazları ileri sürememesi kamu alacaklısı lehine yapılan bir düzenlemedir. Bu şekilde bir yandan borçlunun hak arama özgürlüğü elinden alınmamış olmakta, diğer yandan kamu alacaklısı açısından da alacağına bir an önce kavuşması sağlanmaya çalışılmaktadır. Görüldüğü üzere, menfaat dengesinin bu aşamada kamu alacaklısı lehine işleminin meşrû sebepleri bulunmaktadır.

Ödeme emrine karşı açılan davanın, kendiliğinden yürütmeyi durduran bir sonucu olmadığından tahsil işlemlerine devam edilmektedir. Ancak, ilgili yargı organından yürütmeyi durdurma talebinde bulunulması, teminat göstermesi ve bu talebin kabul edilmesi halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilmektedir (İYUK m. 27). Dava açılmasının cebren tahsil işlemlerini kendiliğinden durdurmasının sebebi, bu aşamada kuvvetle muhtemel bir kamu borcunun varlığından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, tarh-tebliğ-tahakkuk aşamalarında mükellef, vergi aslı ve/ya cezası kesilmesinin doğru olmadığını düşündüğü durumlarda, bu konuyu uyuşmazlık haline getirebilecek ve bu uyuşmazlık konusu bir mahkeme kararıyla mükellef aleyhine sonuçlandırılmadığı sürece tahsil aşamasına geçilemeyecek ve ödeme emri

¹¹⁴ Çiftçi, Menfaat, s. 262. Ayrıca bkz. Özekes, Temel Haklar, s. 141 vd.

¹¹⁵ Öncel/Kumrulu/Çağın, s. 163; Karakoç, Genel Vergi, s. 674; Mutluer/Dayanç, s. 316.

gönderilemeyecektir. Görüldüğü üzere, bu örnekte bir mahkeme kararının varlığı halinde cebren tahsil işlemlerine başlandığından, alacaklı alacağının varlığında kuvvetle muhtemel haklıdır. Bu sebeple, menfaat dengesinin kamu alacaklısı lehine işletilmesinin meşrû sebepleri bulunmaktadır¹¹⁶.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki kamu alacağının % 10 zamlı tahsil edileceği düzenlenmektedir. Bu düzenlemeyle, itiraz üzerine mahkemeden kamu borçlusunun gerçekten borçlu olduğu yönünde karar çıkması durumunda, kamu borçlusu borcunu ödemenin yanı sıra haksız çıkma zammıyla da karşı karşıya kalacaktır. Kötüniyetli borçlulara karşı kamu alacaklısının menfaatinin korunmaya yönelik olan bu düzenleme kötüniyetli borçlular ile kamu alacaklısı arasında menfaat dengesini korumayı amaçlamaktadır¹¹⁷. Ancak burada uygulanan % 10 oranındaki haksız çıkma zammı açısından hâkime takdir yetkisi verilmesi düşünülebilir. Nitekim zor ve karışık bir mevzuat olan vergi kanunları karşısında iyiniyetli olarak borçlu olmadığını düşünen kamu borçluları bu şekilde korunmuş olacak ve iyiniyetli borçlu ile kamu alacaklısı arasında hâkime takdir yetkisi verilerek menfaatlerin dengelenmeye çalışılması daha yerinde olacaktır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 65'inci maddesinde gecikmiş itiraz düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre borçlu, kusuru olmaksızın bir mani sebebiyle süresi içinde itiraz edememiş ise, paraya çevirme muamelesi bitinceye kadar itiraz edebilir. Söz konusu düzenlemenin hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini sağladığı ve borçlunun menfaatlerini korumaya hizmet ettiği belirtilmektedir¹¹⁸. Kamu icra hukukunda ise, bu yönde düzenlemeye ayrıca yer verilmemiştir. Mücbir sebebin, Amme

¹¹⁶ Çiftçi, Menfaat, s. 264; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 346.

¹¹⁷ Çiftçi, Menfaat, s. 264. İcra inkâr tazminatının genel icra hukukunda en aşağı % 40 olarak kabul edildiği dikkate alındığında, kamu icra hukukunun borçlunun menfaatlerini daha fazla gözettiği konusunda bkz. Çiftçi, Karşılaştırma, s. 347. 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Erteleme Hakkında Kanun ile (RG. 05.07.2012-28344) % 40 olarak uygulanacak tazminat % 20 olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme menfaat dengesine daha uygundur.

¹¹⁸ Çiftçi, Menfaat, s. 266.

Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer alan süreler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuştur. Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinde sürelerin hesaplanması ve tebliğlerin yapılmasında Vergi Usul Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Genel görüş, Vergi Usul Kanunu'na yapılan bu atfın, sadece 18'inci maddedeki sürelerin hesaplanmasına ilişkin maddeye değil, 14-18'inci maddeleri kapsayan bölümün tamamına olduğu yönündedir¹¹⁹. Bu sebeple, örneğin, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün olan dava açma süresi içerisinde bir mücbir sebep ortaya çıkarsa, bu mücbir sebep süresince dava açma süresi duracak ve sebebin ortadan kalkmasından sonra tekrar işlemeye devam edecektir (VUK. m.15/1). Bu durum menfaat dengesinin sağlanması açısından da önemlidir. Aksi durum, kamu borçlusunun hak arama özgürlüğünün ihlâl edilmesi sonucunu doğuracaktır.

C. Mal Bildiriminde Bulunma

Kendisine ödeme emri tebliğ edilen kamu borçlusunun ödeme emrinde yazılı olan kamu alacağını ödemek veya ödeme emrine karşı kısmen veya tamamen dava açmak dışında üçüncü seçeneği mal bildiriminde bulunmaktır¹²⁰. Mal bildiriminde bulunmanın amacı, ödeme emrinden sonraki haciz aşamasını kolaylaştırarak, kamu borçlusunun borcuna yetecek malvarlığı olup olmadığını veya hangi malvarlığı unsurlarının haczedilip paraya çevrilmesi suretiyle alacağın tahsil edilebileceğini öğrenmektir¹²¹. Alacaklı kamu idaresi, sadece mal bildiriminde belirtilen malları haczetmek zorunda değildir. Fakat, haczedilecek mallar seçilirken kamu alacağının tahsili açısından

¹¹⁹ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 117; **Karakoç**, Süreler, s. 125; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 365; **Özbalcı**, s. 144 vd.; **Candan**, s. 368-369; **Demirbaş Aksüt**, s. 66.

¹²⁰ Ödeme emrinde belirtilen borcun bir kısmına dava açılması durumunda ise, mal bildiriminde bulunulması gerekmektedir ve bu süre uzamamaktadır. Bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 678.

¹²¹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 678. Ayrıca bkz. **Mutluer/Dayanç**, s. 318; **Gerçek**, s. 202. Kanun'un 59'uncu maddesine göre; "Mal bildirimini, borçlunun gerek kendisinde, gerekse üçüncü şahıslar elinde bulunan mal, alacak ve haklarından borcuna yetecek miktarın, nevini, mahiyetini, vasfını, değerini ve her türlü gelirlerini veya haczi kabil mal veya geliri bulunmadığını ve yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazılı ile veya sözlü tahsil dairesine bildirmesidir."

bir sakınca oluşturmadığı takdirde, borçlunun mal bildiriminde belirttiği malların dikkate alınması gerekmektedir¹²². Nitekim, kamu borçlusu kendisine en az zarar verecek ve borcuna yetecek mal (veya malları) bildireceğinden bu şekilde kamu borçlusu da korunmuş olacaktır. Tahsil dairesinin menfaatleri denkleştirme yükümlülüğü karşısında, kamu alacağının tahsil edilebileceği şekilde bir bildirim yapan kamu borçlusunun bildirdiği mal (veya mallar) üzerinde haciz uygulaması gerekmektedir¹²³. Aksi durum tahsil dairesinin, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaati dengeleme yükümlülüğüne aykırı olacaktır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 61'inci maddesi gereğince, mal bildiriminde, malı olmadığını gösteren veya borca yetecek kadar mal göstermemiş olan borçlu, sonradan edindiği malları ve gelirindeki artmaları, edinme ve artma tarihinden başlayarak 15 gün içinde tahsil dairesine bildirmeye mecburdur. Bu düzenlemeyle, mal bildiriminde borca yetecek kadar malı bildirememişse, kamu borçlusuna herhangi mal edinmesi durumunda sorumluluk yüklenmiştir. Mal attırmalarını veya mal edinmelerini bildirmeyen ve böylelikle kamu alacağının tahsilini engellemiş veya zorlaştırmış olan borçlu bir seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (AATUHK m. 112). Böylelikle alacaklı lehine menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

Ç. Tecil

Kamu alacaklısına tanınan kolaylıklardan biri olan tecil, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 48'inci maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, kamu borcunun vadesinde ödenmesi veya haciz uygulanması ya da haczedilmiş olan malların paraya çevrilmesi kamu borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla alacaklı kamu idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca kamu alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınmak suretiyle tecil edilebilir. Borcun ödenmesinin bir süre ertelenmesi, alacaklı kamu idaresiyle borçlunun karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesine yardımcı

¹²² Karakoç, Genel Vergi, s. 679. Ayrıca bkz. Özbacı, s. 652; Candan, s. 397; Bayraklı, s. 137; Arslaner, s. 226.

¹²³ Bkz. Şimşek, s. 578; Karakoç, Genel Vergi, s. 679; Özbacı, s. 652, 667.

olmaktadır. Bu düzenleme, kamu icra hukukunda yer alan tahsil dairesinin alacaklı kamu idaresiyle kamu borçlusu arasında olması gereken menfaat dengesini gözetmesi gerektiği ilkesinin de bir gereğidir¹²⁴. Nitekim kamu icra hukukunda her ne pahasına olursa olsun borcun tahsili anlayışının benimsenmemiş olması, vergi kaynağının sürekliliğinin sağlanması anlayışının bir sonucu olarak tecil kurumuna yer verilmiştir. Böylelikle ödemede, çok zor duruma düşecek borçlu lehine düzenleme getirilerek, menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Tecil ve taksitlendirme işleminin kabul edilip edilmemesi idarenin takdirindedir. Bu takdir yetkisini kullanırken idare, kamu borçlusunun zor durumda olup olmadığına bakmaktadır¹²⁵. Ayrıca tecil için kanunda aranan şartlar arasında yer almamasına rağmen, idare takdir yetkisini kullanırken ön şart niteliğinde borçlunun borç ödemedeki iyiniyetli olmasını da ayrıca aramaktadır¹²⁶. İdare takdir yetkisini kullanırken, borçlunun durumunu iyi değerlendirmeli, tecil kurumunun getiriliş amacını da göz önünde tutarak, menfaat dengesine uygun bir karar vermelidir. Tecil talebinin reddine karşı, kamu borçlusu 30 gün içinde dava açarak, tecil talebinin hukuka aykırı olarak reddedildiğini ileri sürebilir.

Kamu alacağının tecil edilebilmesi için teminat gösterilmesi de gereklidir. Zaten zor durumda olan kamu borçlusundan teminat istenmesi, tecil kurumunun getiriliş amacıyla ve bu çerçevede menfaat dengesiyle uyumsuz görünmektedir. Teminatın, tecil edilen borçlarının tamamının *ellibin türk lirasını* aşması durumunda istenmesi; bu tutarı aşan kamu alacakların tecilinde gösterilmesi zorunlu olan teminat tutarının ise, ellibin lirayı aşan kısmının yarısı olarak belirlenmesi menfaat dengesini sağlamaya yöneliktir (AATUHK m. 48/2). Böylelikle, yüksek miktardaki borçlar için kamu alacaklısı, borcun bir kısmını korumaya almakta, diğer yandan da teminat tutarında kamu borçlusunun zor durumu göz önünde tutulmaktadır. Tecil edilen kamu alacaklarına 21.10.2010 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık %

¹²⁴ Kaneti, s. 443; Şimşek, s. 368; Karakoç, Genel Vergi, s. 705; Özbalcı, s. 478-479; Çelik, s. 159; Bayraklı, s. 114; Gerçek, s. 86.

¹²⁵ Şimşek, s. 368-369; Karakoç, Genel Vergi, s. 705-706; Özbalcı, s. 476; Çelik, s. 163-164; Candan, s. 253; Bayraklı, s. 116; Gerçek, s. 89.

¹²⁶ Bkz. Şimşek, s. 370; Karakoç, Genel Vergi, s. 705; Gerçek, s. 94.

12 tecil faizi uygulanmaktadır¹²⁷. Gecikme zammı oranı ise, aylık % 1.40 yıllık % 16.80'dir¹²⁸. Görüldüğü üzere tecil faizi oranı daha düşük tutulmuştur. Bu düzenleme de zor durumda olan kamu borçlusunun lehinedir.

D. Terkin

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 105'inci maddesine göre, yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzeyen afetler yüzünden zarara maruz kalan varlıklarının ve mahsullerinin en az üçte birini kaybedenler adına tahakkuk ettirilmiş ve afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili kamu alacakları Bakanlar Kurulu kararıyla kısmen veya tamamen terkin edilecektir. Doğal afetin meydana geldiği tarihten itibaren altı ay içinde tahsil dairesine başvurulması gerekmektedir (AATUHK m. 105/2). Vergi Usul Kanunu kapsamına giren kamu alacakları hakkında ise, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 105'inci maddesi değil, Vergi Usul Kanunu'nun 115'inci maddesi uygulanmaktadır (AATUHK m. 105/son). Doğal afetler nedeniyle terkin düzenlemesi, bir doğal afet ile karşılaşan kamu borçlularını korumak için getirilmiştir. Kamu borçlusu lehine böyle bir düzenleme yapılması menfaat dengesi ilkesinin de bir gereğidir.

E. Zamanaşımı

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 102'nci maddesine göre, kamu alacağı, vadesini izleyen yılın başından itibaren beş yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğramaktadır. Bu düzenlemeyle hem kamu borçlularının borçlarından dolayı uzun bir zaman belirsizlik içinde kalmalarını engellemek hem de bu borçları takip eden tahsil dairelerine

¹²⁷ Maliye Bakanlığı, Seri : C, Sıra No: 2 Tahsilat Genel Tebliği (RG. 21.10.2010-27736).

¹²⁸ 2010/965 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG. 19.10.2010-27734). Gecikme zammı, bir ceza niteliği taşımaktan çok, kamu alacağının kanunda belirtilen süre içinde ödenmemesinden doğabilecek mali kaybı gidererek kamu alacağının değerini korumak ve ödemeyi çabuklaştırma amacı taşımaktadır (Bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 714-715; **Gerçek**, s. 70). Paranın değer kaybını korumak için uygulanan gecikme zammının enflasyon oranında uygulanması menfaat dengesine daha uygun görünmektedir.

işlerini belirli bir süre zarfında yapmalarını sağlayarak, alacağını takip etme konusunda mümkün olduğu kadar ihmali engellemek amaçlanmaktadır¹²⁹. Menfaat dengesi açısından zamanaşımı konusunda önem arz eden husus, zamanaşımının dolmasına kısa bir süre kala kısmî ödeme yapılarak zamanaşımının kesilmesidir. Zamanaşımının düzenlenmesinin altında yatan düşünce borcun uzun süre askıda kalmasını engellemek olduğundan, bu durum, zamanaşımı teorisine aykırı olduğu gibi hukukî güvenlik ilkesine ve geniş anlamda da hukuk devleti ilkesine de aykırıdır¹³⁰. Kamu borçlusu lehine getirilmiş bir düzenleme olan zamanaşımı, küçük meblağlarda yapılan kısmî ödemelerle tahsil dairesi tarafından sürekli kesilmesi durumu, tahsil dairesine yüklenen menfaat dengesini tesis etme yükümlülüğünün de ihlâli anlamına gelecektir. Bu çerçevede yapılan kısmî ödemelerle zamanaşımını

¹²⁹ **Demirbaş Aksüt**, s. 64. Ayrıca bkz. **Çağan**, Süreler, s. 104-105; **Çelik**, s. 229; **Gerçek**, s. 114; **Taylar**, İspat, s. 1207. “Zamanaşımı, alacak hakkının, belirli bir süre kullanıl-maması nedeniyle “dava edilebilme” niteliğinden yoksun kalınmasını ifade eder; sürüp giden eylemli durumu, kesin ve dokunulmaz hukuki duruma çeviren bir kurumdur. Yasakoyucu, zamanaşımının amacını göz önünde tutarak olayın niteliği ve önemi ile borçlu ve alacaklıların durumuna göre uygun göreceği zamanaşımı sürelerini öngörür-ken hukukun genel esaslarına ve özellikle Anayasa'nın ilkelerine bağlı kalmak zorunda-dır. Vergi alacaklısı olan devleti vergi alacağını takip etme ve harekete geçirme konu-sunda itici bir güç olan zamanaşımı, vergilendirmenin temel öğeleri arasındadır ve süre geçmesi suretiyle vergi alacağının kalkması sonucunu doğurur. Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, yaptırım gibi vergilendirmenin temel öğelerinden olan zamanaşımının da yasalarla belirlenmesi gerekir... Zamanaşımının durma süresinin belirsizliği, makûl ve âdil bir sürenin bulunmaması, vergi dairesince matrah takdiri için başvurunun sırf zamanaşımını durdurmak için keyfi olarak kullanıl-masında güvence sağlamayacağı gibi yükümlüye vergi tahsilâtının geciktiği süre kadar gecikme zammı ve faizi uygulanacak olması da yükümlünün vergi yükünü arttırarak haksız sonuçlar doğmasına sebep olabilir... Vergilemede hukuksal kararlılığın sağlan-ması amacıyla getirilen zamanaşımını durduran nedenlerle, durma süresinin ve duran zamanaşımının işlemeye başlama tarihinin de açık, belirgin, somut ve öngörülebilir olması, keyfiliğe izin vermemesi yasallık ve hukuk devleti ilkesinin gereğidir...” Any. M. 15.10.2009 gün ve E. 2006/124, K. 2009/146, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 18.12.2013.

¹³⁰ **Demirbaş Aksüt**, s. 64. Küçük ödemelerle amaç, kamu alacağının zamanaşımına uğramaması yoluyla kamu menfaatini korumak olsa da, bu korumanın hukuka uygun yollarla yapılması gerektiği yönünde bkz. **Taylar**, İspat, s. 1207.

kesme menfaat dengesine de aykırıdır. Danıştay da tahsil zamanaşımı süresinin dolmasından önce yapılan cüz'i tutardaki ödemelerin mükellefler tarafından yapıldığının kabulünün ticari icaplara uygun düşmediğine, söz konusu ödeme nedeniyle tahsil zamanaşımı süresinin kesildiğinin kabulüne olanak bulunmadığına hükmetmiştir¹³¹.

F. Haciz

1. Genel Olarak

Borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tesbit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından kamu alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince haczedilir (AATUHK m. 62/1). Haciz aşaması, gerek alacaklının alacağının tahsili açısından taşıdığı güvence, gerek borçlunun mallarına haciz uygulanması ve el konulması sebebiyle, gerekse de borçlunun yanında üçüncü kişilerin de mülkiyet haklarına birtakım müdahaleler öngörmesi

¹³¹ “...Mahkemelerince 21.01.2010 tarihinde verilen ara kararı üzerine davalı İdare tarafından dosyaya sunulan belgelerin incelenmesinden, iptal edilen ödeme emirleri içeriği kamu alacakları için daha önce şirket adına düzenlenen ödeme emirlerinin 07.07.2003 tarihinde ilan edilmiş olduğu, 22.11.2008 tarihinde ise her kamu alacağı için ayrı ayrı olmak üzere 1 kuruş ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. 22.11.2008 tarihinde yapılan 1 kuruş tutarındaki ödemenin davacı tarafından yapıldığının kabulü iktisadi icaplara uygun düşmediği gibi hayatın olağan akışına göre normal bir durum da sayılamayacağından söz konusu ödeme nedeniyle zamanaşımı süresinin kesildiğinden bahsedilmesine olanak olmayıp, ödeme emirlerinin ilan edilmesinin ardından zamanaşımını kesen herhangi bir durumun ortaya çıkmadığı da dikkate alındığında, tahsil zamanaşımı süresinin dolduğu ve 31.12.2008 tarihine kadar tebliğ edilmesi gereken vergi ve cezalara ilişkin ödeme emirlerinin, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, 14.12.2009 tarihinde davacıya tebliğ edildiği açıktır. Bu durumda, 16.04.1999 tarihinde tescil edilen ve 30.04.1999 tarihinde ticaret sicil gazetesinde yayımlanan şirket ana sözleşmesiyle ilk yirmibeş yıl için şirketi temsil ve ilzama yetkili kılınan davacının kamu alacağının ilgili olduğu döneme ilişkin vergi ödevlerinin yerine getirilmesi konusunda yetki ve sorumluluğu devam ettiği için, vergi mahkemesinin, davacının kanuni temsilciliğinin sona erdiği yolundaki yargısında hukuka uygunluk bulunmamakla birlikte, takip edilen kamu alacağının zamanaşımına uğraması karşısında ödeme emirlerinin iptaline ilişkin hüküm fıkrasında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.” (Dş.3.D., 25.09.2012 gün ve E. 2010/4350, K. 2012/3047, www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.12.2013).

sebebiyle menfaat dengesi ihlallerine karşı özel bir korumaya ihtiyaç duyulan bir aşamadır¹³². Bu sebeple de haciz aşamasında, hem kamu alacaklısının hem kamu borçlusunun hem de üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması son derece önemlidir. Bu önem sebebiyle Kanun'un 62'nci maddesinin altıncı fıkrasında, tahsil dairesine alacaklı kamu idaresi ile kamu borçlusunun mümkün olduğunca menfaatlerini dengeleme yükümlülüğü yüklenmiştir. Menfaatleri dengelemekle yükümlü olan haciz memuru, kamu alacaklısının alacağının tahsilini sağlayacak şekilde haciz işlemini gerçekleştirecek, diğer yandan da borçlunun mülkiyet hakkına haksız ve ölçüsüz bir şekilde müdahale etmemeye çalışacağından son derece hassas bir menfaat dengesini tesis etmeye çalışacaktır¹³³. Genel icra hukukunda haciz memurunun işlemi, borçlunun hak ve menfaatlerini ihlâl etmesi durumunda şikâyet yoluna başvurabilmekteyken, kamu icra hukukunda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır¹³⁴. Hak ve menfaatleri ihlâl edilen kamu borçlusu, idare hukukuna ilişkin genel hükümler çerçevesinde haciz memuruna karşı hukukî yollara başvurabilecektir¹³⁵.

Bu başlık altında sırasıyla istihkak iddiaları, hacze iştirak ve haczedilemezlik-kısmen haczedilebilirlik, taşınır malların ve taşınmaz malların haczi açısından menfaat dengesi incelenmeye çalışılacaktır.

2. İstihkak İddiaları Açısından

Haciz aşamasında, borçluyla birlikte yaşayan üçüncü kişi, borçlunun yerine kendinin mallarının haczedilme tehlikesiyle karşılaşabileceğinden, üçüncü kişilerin menfaati de doğrudan etkilenebilmektedir. Aynı şekilde borçlunun elinde bulunan malvarlığının üçüncü kişilere ait olması ve bu

¹³² Çiftçi, Menfaat, s. 311.

¹³³ Çiftçi, Menfaat, s. 312; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 349. Ayrıca bkz. Şimşek, s. 579; Aslan, s. 274-275, 281.

¹³⁴ Şikâyet yolu, takip prosedüründe hak ve menfaatleri ihlâl edilen ilgililerin gerçekleşen hukuka aykırı işlemlere karşı başvurabileceği ve genel icra hukukunda çok geniş bir uygulama alanına sahip bir yoldur. Bkz. Postacıoğlu, s. 57 vd.; Üstündağ, s. 44 vd.; Kuru, s. 103 vd.; Pekcanitez, s. 1; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 125 vd. Şikâyet kurumunun temel haklarla ilişkisi için bkz. Özekes, Temel Haklar, s. 127, 135, 148.

¹³⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 600; Çiftçi, Karşılaştırma, 354.

malların borçlunun olduğu düşünülerek haczedilmesi durumunda da üçüncü kişilerin malvarlığı haciz tehlikesi altında olacaktır. Bu durumlarda, bir yanda alacaklının, alacağını tahsil yetkisi, diğer yanda borçlunun kişisel ve malvarlığı değerlerini koruma hakkı bulunurken; diğer bir yandan da üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı bulunmaktadır¹³⁶.

Haciz aşamasında üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini koruyucu nitelikte olan araçlardan birisi istihkak davalarıdır. İstihkak davasının amacı, üçüncü kişinin, alacaklının alacak hakkından daha üstün olan mülkiyet ve/ya rehin hakkının korunmasıdır¹³⁷. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, borçlu tarafından başkasının olduğu beyan veya üçüncü şahıs tarafından ihtiyaten haciz veya istihkak iddia edilmiş bulunan malların haczinin en sonraya bırakılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme üçüncü kişilerin mülkiyet haklarını koruması ve kamu alacaklısı ve borçlusunu ile üçüncü kişilerin menfaatlerini dengelenmesi açısından önemlidir. Böylelikle haczi yapan memurun öncelikle üzerinde ihtilaf bulunmayan mallara yönelmesi zorunludur. Ancak haciz memuru üzerinde istihkak iddiasında bulunmuş mal dışında bir mal bulamaması veya diğer malların kamu borcunu karşılayamaması durumunda bu mallara da haciz koyabilecektir¹³⁸. Bu durumda Kanun'un 66 ve 67'nci maddeleri uygulama alanı bulacaktır.

Borçlu elinde bulunan mallar bakımından üçüncü kişinin, üçüncü kişilerin elinde haczedilen mallar bakımından kamu idaresinin istihkak davası açacağı düzenlenmiştir. Zilyetliğin mülkiyete karine oluşturması ilkesi gereği (TMK m. 985), ilk durumda mülkiyet karinesinden borçlu faydalanırken, ikinci durumda üçüncü şahıs faydalanmaktadır¹³⁹. İkinci durumda, üçüncü kişilerin menfaatleri korunurken, ilk durumda borçlunun menfaatleri

¹³⁶ Çiftçi, Menfaat, s. 271.

¹³⁷ Karakoç, İstihkak, s. 1622. Aynı yönde bkz. Candan, s. 408-409; Gerçek, s. 225; Bozdoğan, s. 109 vd. İstihkak davalarında amacın mülkiyet hakkının tesbiti değil, dayanılan hakkın kapsamına uygun eylemli bir durum oluşturmak ve mahcuz malın iadesini sağlamaktır (Pınar, s. 433). Bu yönde bkz. Taşdelen, s. 130; Karakoç, İstihkak, s. 1628.

¹³⁸ Bkz. Karakoç, İstihkak, s. 1622.

¹³⁹ Bkz. Deliduman/Erdem, s. 299; Taşdelen s. 130; Pınar, s. 431-432; Çiftçi, Menfaat, s. 290-291.

korunmaktadır. Borçlu elinde bulunan mallar bakımından üçüncü kişinin açacağı istihkak davası için 7 günlük bir süre öngörülürken (AATUHK m. 66/2), üçüncü kişilerin elinde haczedilen mallar bakımından kamu idaresinin açacağı istihkak davası için 15 günlük bir süre öngörülmesi (AATUHK m. 67/1) ise menfaat dengesine uygun gözükmemektedir.

Bu davaların ikisi de istihkak davası niteliğinde olup, adli yargı mercilerinde görülecektir. Bu davalar arasındaki tek fark, birinde davacı üçüncü şahıs iken, diğerinde kamu alacaklısı olan idaredir. Kamu alacaklısı olan idareye daha uzun bir süre tanınmasının kamu alacağının korunması amacıyla getirildiği ve kamu alacaklısı lehine kolaylık sağlamak olduğu belirtilmiştir¹⁴⁰.

Davacılarının farklı olması sebebiyle farklı süreler öngörülmesi ve özellikle üçüncü kişi karşısında daha kuvvetli olan idareye daha uzun bir süre tanınması menfaat dengesine aykırıdır. Nitekim alacaklı kamu idaresi ile kamu borçlusu için farklı süreler öngörülmesi taraflar arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Bu sebeple idare lehine eşitsizlik yaratan bu düzenlemenin kaldırılması, yerine sürelerin her iki taraf için eşit uygulanacak hale getirilmesi gerekmektedir¹⁴¹.

Kamu icra hukukunda üçüncü kişi tarafından davanın açılması durumunda, icra takibi kendiliğinden durmamakta, ancak davacının talebi üzerine ve mahkemenin talebi uygun bulması durumunda, mahkeme tarafından takibin geri bırakılmasına karar verilmektedir (AATUHK m. 68/2). Bunun için davalının uğrayacağı zarar dikkate alınarak uygun bir teminat alınmaktadır¹⁴². Bu şekilde kamu borçlusuna icra takibini durdurabilme imkânı tanınması borçlu lehine getirilen bir düzenlemeyken, kamu alacaklısının kamu alacağına kavuşamaması ihtimaline karşılık teminat alınması kamu alacaklısı lehine getirilen bir düzenlemedir. Bu şekilde menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmıştır. Takibin ertelenmesine mahkemece karar verilmiş; ancak, sonuçta dava reddolunmuşsa, bu durumda dava konusunu oluşturan mahcuz malın % 10'u oranında tazminata hükmedilecektir. Bu düzenle-

¹⁴⁰ Çelik, s.202; Taşdelen, s. 134.

¹⁴¹ Pınar, s. 439.

¹⁴² Bkz. Karakoç, İstihkak, s. 1650; Taşdelen, s. 135; Pınar, s. 454.

meyle, kamu alacağının istihkak iddiaları ile sürüncemede bırakılması önlenmek istenerek alacaklı korunmaya çalışılmıştır¹⁴³.

3. Hacze İştirak Açısından

Bir alacaklının, kendisinden önce bir başka alacaklının, aynı borçlunun mallarına haciz uygulatarak sattırması, sonradan haciz uygulamak isteyen alacaklı veya alacaklıların menfaatlerini ciddi şekilde zedeleyecektir. Ancak borçlunun tüm malvarlığı değeri de paraya çevrilmiş ise, diğer alacak veya alacaklıların alacaklarını tahsil etme imkânı ancak borçlunun yeni bir malvarlığı değeri kazanmasına bağlı olacaktır¹⁴⁴. Bu durumda diğer alacak/ alacaklıların menfaatleri korunmaya gerekli görülmüş; ancak, ilk haciz koyduran asıl alacaklının hak ve menfaatlerinin zarar görmemesi için hacze iştirak koşulları sıkı şartlara bağlanmıştır¹⁴⁵. Nitekim bu sebeplerle, kamu icra hukukunda da kamu idareleri arasında hacze iştirake imkânı tanınmakta ve bir kamu idaresinin diğer kamu idaresinin haczine iştirak etmesi iki şartın gerçekleşmesine bağlı tutulmaktadır¹⁴⁶. Bu şartlar, hacze iştirak edecek olan kamu idaresinin kamu alacağının haciz tarihinden önce tahakkuk etmesi ve daha önce haczi yapmış olan kamu idaresinin haczetmiş olduğu mallardan herhangi birisinin henüz paraya çevrilmemiş olmasıdır (AATUHK m. 69/1). Bu durumda hacizli malın bedelinden ilk önce haczi yapan dairenin alacağı tahsil olunacak, artanı hacze iştirak tarihi sırası ile alacaklarına mahsup edilmek üzere, hacze iştirak eden dairelere ödenecektir (AATUHK m. 69/2). Görüldüğü üzere, burada ilk haczi koyduran kamu alacaklısı diğerlerine göre öncelikli durumdadır. Genel icra hukukunda hacze iştirakin asıl amacı olarak belirtilen alacaklılar arasında menfaat eşitliğini sağlamak, kamu alacaklıları için söz konusu değildir¹⁴⁷. Kamu alacakları farklı idarelere ait olsa da kamu

¹⁴³ Pınar, s. 455; Karakoç, İstihkak, s. 1651.

¹⁴⁴ Çiftçi, Menfaat, s. 296.

¹⁴⁵ Çiftçi, Menfaat, s. 296.

¹⁴⁶ Kamu icra hukukunda hacze iştirake ilişkin bkz. Karakoç, Genel Vergi, s. 685; Özbalcı, s. 721 vd.; Mutluer/Dayanç, s. 322-323; Candan, s. 417-418; Arslaner, s. 327-328.

¹⁴⁷ Genel icra hukukundaki menfaat eşitliğinin sağlanmasının önemi için bkz. Çiftçi, Menfaat, s. 297 vd.

icra hukukunda alacaklılar arasında menfaat eşitliğini sağlamak genel icra hukukundaki kadar önem teşkil etmez. Çünkü farklı idarelerin alacağı da olsa en nihayetinde kamu alacağı Devletin alacağıdır. Ayrıca diğer bir kamu alacaklısının hacze iştiraki için aranan şartlarda da menfaat dengesini ihlâl eder bir nitelik bulunmamaktadır.

4. Haczedilemezlik-Kısmen Haczedilebilirlik Açısından

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinde haczedilmeyecek malların; 71'inci maddesinde ise, kısmen haczedilecek malların düzenlenmesi de menfaat dengesinin sağlanması açısından son derece önemlidir. Haczedilmeyecek mallar ve kısmen haczedilecek mallara yönelik düzenlemeler, borçlunun yanı sıra borçlunun birlikte yaşadığı ailesinin menfaatleri için de getirilen düzenlemelerdir. Böylelikle haciz sonucunda borçlunun ve ailesinin yaşamlarına devam edebilmeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Nitekim kamu düzenini sağlama ve kamu borçlusunun ekonomik yıkımının önüne geçmek düşüncesiyle haczedilmeyecek mallar düzenlenmiştir¹⁴⁸. Ayrıca borçlunun bütün geçim ve üretim imkânlarının elinden alınması, ileride ödeme imkânlarını da yok ederek alacaklı için daha olumsuz sonuçlara yol açabilecektir¹⁴⁹. Bu düzenlemelerle borçlunun ve ailesinin mutlak bir yoksulluğa sürüklenip, insan onurunu zedeleyecek şekilde topluma muhtaç hale gelmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır¹⁵⁰. Haciz memuru haczedilmeyecek mallara ilişkin değerlendirme yaparken, örneğin borçlunun mesleği için lüzumlu olup olmadığına karar verirken mal ile borçlunun mesleği arasındaki ilişkiyi kurmalı veya borçlunun evinin, haline münasip evi olup olmadığına karar verirken de somut olaydaki borçlunun özelliklerini dikkate almalıdır¹⁵¹. Haczedilmeyecek mallar, günümüz

¹⁴⁸ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 685-686; **Özbalcı**, s. 726; **Mutluer/Dayanç**, s. 323. Haczedilmeyecek mallar söz konusu olduğunda borçlunun menfaatlerinin alacaklının menfaatinin daha öne geçmek durumunda olduğuna ilişkin bkz. **Aslan**, s. 308.

¹⁴⁹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 686; **Mutluer/Dayanç**, s. 323.

¹⁵⁰ **Özekes**, Temel Haklar, s. 39. Ayrıca bkz. **Postacıoğlu**, s. 330; **Kuru**, s. 502; **Candan**, s. 427; **Bayraklı**, s. 156; **Oktar**, s. 329; **Arslaner**, s. 275.

¹⁵¹ **Çiftçi**, Menfaat, s. 311. Ayrıca bkz. **Üstündağ**, s. 183 vd.; **Kuru**, s. 514; **Bayraklı**, s. 157. Haciz işlemi sırasında borçlunun ve ailesinin özel durumunun da dikkate alınması son derece önemlidir. Bu çerçevede, örneğin, borçlunun hasta olması, bakıma muhtaç

ihtiyaçlarına uygun olması sebebiyle eleştirilmekteydi¹⁵². 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun ile haczedilmeyecek mallara ilişkin genel icra hukukunda düzenlemeler yapılmıştır¹⁵³. Haczedilmeyecek mallara ilişkin bu düzenlemenin kamu icra hukuku kapsamına da alınması menfaat dengesinin sağlanması açısından son derece yerinde olacaktır.

Kısmen haczedilecek mallara ilişkin olarak da haciz memuru takdir yetkisini menfaat dengesine uygun bir şekilde kullanmalıdır. Haciz memurunun, alacaklının, alacağını tahsil imkânı ortadan kaldırmayacak şekilde haciz uygulaması gerekmede, diğer yandan da borçlunun insan onuruna yaraşır bir yaşama imkân verecek mal varlığı değerlerine el koymamalıdır¹⁵⁴. Haciz neticesinde borçlu, alacaklı kamu idaresinin iznini almaksızın tasarrufta bulunamayacaktır. Aksi durumun cezayı gerektirdiğini haczi koyan tahsil dairesi borçluya bildirecektir (AATUHK m. 73/1). Bu düzenleme de, haciz gerçekleştikten sonra alacaklının alacağını teminat altına alabilmek için alacaklı lehinedir. Kamu alacaklısının lehine olan bu düzenleme menfaat dengesine uygundur.

5. Taşınır Malların Haczi Açısından

Taşınır malların haczinde rayiç bedel haciz memuru tarafından tesbit edilecek ve borçlunun başvurusu üzerine veya tahsil dairesi tarafından gerekli görüldüğü takdirde yeniden bilirkişiye değer tesbiti yaptırılabilir (AATUHK m. 81).

Taşınırın belirlenen rayiç değerine iki taraf için de itiraz hakkı tanınması yerinde olmuştur. Kanun'un 78'inci maddesinin dördüncü fıkrasında,

olması halinde, normalde haczi mümkün olan eşyanın dahi haczinden vazgeçilmelidir (Özekes, Temel Haklar, s. 155).

¹⁵² Haczedilmezliğe ilişkin düzenlemenin günümüz ihtiyaçlarını karşılamadığı, bir ev için zorunlu olan yatacak, oturacak, yiyecek ve zorunlu sosyal ihtiyaçlarını karşılayacak eşyanın haczedilmezlik kapsamında olması gerektiği yönünde bkz. Özekes, Temel Haklar, s. 156-157.

¹⁵³ RG., 05.07.2012-28344.

¹⁵⁴ Çiftçi, Menfaat, s. 311.

güneş battıktan doğuncaya kadar ve tatil günlerinde haczin yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme kamu borçlusunun özel hayatının korunması bakımından son derece önemlidir. Ayrıca gece yatağında borçluya haciz uygulanmaması ölçülülük ilkesi ve menfaat dengesine uygundur. Düzenlemenin devamında, tatil günlerinde veya geceleri çalışılan yerlerde yapılacak hâsılat haczi ile borçlunun mal kaçırdığının anlaşıldığı durumlar istisna tutulmuştur. Bu noktada önemli olan, borçlunun gerçekten mal kaçırdığına ilişkin somut emarelerin olması ve bu durumda haciz memurunun gece haczini yapmasıdır. Aksi durum ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesinde, üçüncü kişilerdeki taşınır malların, alacak ve hakların haczi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, ihtiyatî haciz ile ilgili açıklamalarda da değinildiği üzere, elektronik haciz uygulamaya izin verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre ancak Kanun'un 55'inci maddesine uygun olarak kamu borçlusuna ödeme emri gönderildikten sonra e-haciz uygulanabilecektir. Ancak uygulamada, ödeme emri gönderilmeden e-haciz uygulamasıyla kamu borçlusu karşı karşıya kalabilmekte ve e-haczi herhangi bir banka işlemi yaparken öğrenmektedir¹⁵⁵. Ayrıca haciz bildirgesi bankaya tebliğ edildiği tarihte mükellefin banka hesabında para varsa haciz işlemi uygulanması gerekmektedir. Daha sonra mükellefin hesabına yatırılacak paralar için daha önce tebliğ edilen haciz bildirisi geçerli olmamalıdır¹⁵⁶. Bu anlamda kamu borçlusunun mevcut malvarlığı hedef alınmalıdır. Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, e-haciz yaparken mükellefin borcunu dikkate alarak bu borçla uyumlu ve sınırlı olarak sadece tek bir banka e-hesabına haciz koymalıdır¹⁵⁷. E-haciz bildirisinde yer alan tutarın dikkate alınmayıp kamu

¹⁵⁵ **Alpaslan**, Vergi Borcundan Dolayı E-Haciz Uygulanması ve Banka Sistemi İle İlgili Sorunlar, <http://www.ekonomik-cozum.com.tr/yazarlar/item/3182-vergi-borcundan-dolay%C4%B1-e-haciz-uygulanmas%C4%B1-ve-banka-sistemi-ile-ilgili-sorunlar.html>, erişim tarihi: 16.12.2013.

¹⁵⁶ **Alpaslan**, Vergi Borcundan Dolayı E-Haciz Uygulanması ve Banka Sistemi İle İlgili Sorunlar, <http://www.ekonomik-cozum.com.tr/yazarlar/item/3182-vergi-borcundan-dolay%C4%B1-e-haciz-uygulanmas%C4%B1-ve-banka-sistemi-ile-ilgili-sorunlar.html>, erişim tarihi: 16.12.2013; **Arslaner**, s. 259.

¹⁵⁷ **Alpaslan**, Vergi Borcundan Dolayı E-Haciz Uygulanması ve Banka Sistemi İle İlgili Sorunlar, <http://www.ekonomik-cozum.com.tr/yazarlar/item/3182-vergi-borcundan-dolay%C4%B1-e-haciz-uygulanmas%C4%B1-ve-banka-sistemi-ile-ilgili-sorunlar.html>

borçlusunun tüm alacak ve haklarına uygulanması, tek bir hesabın bakiyesinin borç tahsilâtına yeterli olmasına rağmen kamu borçlusunun tüm hesaplarına veya borcuna yetecek miktardan fazlasına e-haciz uygulanması ve mevcut malvarlığı üzerinde değil de sürekli bir uygulama haline gelmesi menfaat dengesine aykırıdır. Bahsedilen şekilde e-haciz uygulamaları, kamu borçlusunun malvarlığına ölçsüz bir müdahale olacaktır. Tahsil dairesinin alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri sağlamakla yükümlü olduğu bilincinde olarak e-haczi uygulaması gerekmektedir.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 80'inci maddesine göre, taşınır malların haczi sırasında istendiği takdirde, kilitli ve kapalı yerlerin açılması ve her türlü eşyanın gösterilmesi zorunludur. Gerekirse bu yerler zorla açtırılır, kilit ve her türlü tertipler kırılabilir. Haczolunan malların zorla alınmasında hal ve durumun gerektirdiği her türlü zora başvurulabilir (AATUHK m. 80/2). Borçlunun üzerinde haczi kabil kıymetli mallar bulunduğu ve kendisi bunları rızasıyla teslim etmediği veya üzerinde sakladığı takdirde şahsına karşı da zor kullanılır (AATUHK m. 80/3). Bu maddeden de görüldüğü üzere haciz memuru son derece geniş yetkilerle donatılmıştır. Haciz memuruna borçlunun şahıs varlığı üzerinde zor kullanma yetkisinin verilmesi, borçlunun kişilik haklarını zedelemektedir¹⁵⁸. Haciz memuru, kamu borçlusunun kıymetli malları üzerinde sakladığını ancak kişi üzerinde arama yapma yoluyla anlayacağından, borçlu üzerinde arama yapılabileceği sonucuna varılmaktadır¹⁵⁹. Bu durumun, borçlunun Anayasal

[dolay%C4%B1-e-haciz uygulanmas%C4%B1-ve-banka- sistemi-ile-ilgili-sorunlar.html](#), erişim tarihi: 16.12.2013. Ayrıca bkz. **Gerçek**, s. 240; **Arslaner**, s. 258-259.

¹⁵⁸ **Çiftçi**, Menfaat, s. 275. Hukuk sisteminde haciz aşamasında borçlunun konutuna girilebilmesi ve yapılan müdahalenin ardından Anayasa'nın aradığı anlamda bir hâkim kararının alınmamasının Anayasa'ya aykırılık sorununu ortaya çıkardığı belirtilmektedir. Bu anlamda haczin Anayasa'nın 13, 20 ve 21'inci maddelerine, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırılık teşkil eden bir temel hak müdahalesi doğurduğu vurgulanmaktadır. Gerek genel icra hukukuna gerekse kamu icra hukukuna ilişkin düzenlemeler ilk yapıldığı zaman temel haklar bugünkü anlamıyla tam olarak gelişmemişken, günümüzdeki insan hakları konusunda gelişmeler karşısında "borçlunun mallarına el koyma işlemi"nin hukukun genel ilkelerine, insan haklarına ve Anayasa'ya uygunluğunun şüpheli olduğu yönündeki eleştiriler için bkz. **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 324-327. Aynı yönde bkz. **Özekes**, Temel Haklar, s. 163, 170.

¹⁵⁹ Bkz. **Çiftçi**, Menfaat, s. 275; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 350.

temel haklarına aykırılık oluşturacağı, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini borçlunun kişilik haklarını ihlâl etmek suretiyle zedelediği haklı olarak belirtilmektedir¹⁶⁰.

Kanun'un 80'inci maddesinin ikinci fıkrasında haciz memuruna zor kullanma yetkisinin "hal ve durumun gerektirdiği her türlü zora başvurma" şeklinde verilmesi, kamu borçlusunun malvarlığı ve kişilik haklarına ölçsüz bir şekilde müdahale riskini daha kuvvetli hale getirmektedir¹⁶¹. Bu madde-deki düzenlemeden kaynaklanan haciz memurunun takdir yetkisinin ölçü-lülük ilkesi çerçevesinde kullanılması (zor kullanmanın gerçekten gerekli olması ve amaç ile araç arasında makûl bir dengenin bulunması) özellikle menfaat dengesinin korunması için zorunludur¹⁶².

Taşınır malların haczinde menfaat dengesi açısından son olarak değini-lecek konu muhafaza tedbirlerinin uygulanmasıdır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un haczedilen menkul malların korunması başlıklı 82'nci maddesine göre, haczedilen para, kıymetli maden, mücevher, ticarî senet, hisse senedi ve tahvil gibi taşınır mallar kaybolmalarını ve değiştirilmelerini önleyecek tedbirler alınarak tahsil dairelerince muhafaza altına alınır. Diğer taşınır mallar uygun bir yerde muhafaza altına alınır veya güvenilir bir şahsa veyahut güvenilir bir şahsın kefaleti altında borçlunun veya zilyedin kendisinde bırakılır. İcra ve İflâs Kanunu'nda 88'inci madde-sinde fiilen el konulacak taşınır malların belirlenmesi konusunda sınırlayıcı bir sayım yapılmıştır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 82'nci maddesinde ise, fiilen el konularak icra dairesinde muha-faza altına alacak taşınır mallara örnekleyici bir şekilde yer verilerek, tahsil dairesine takdir yetkisi tanınmıştır¹⁶³. Borçlunun malvarlığına fiilen elkoyma şeklindeki muhafaza tedbirlerinin sınırlayıcı şekilde belirlenip uygulanma-

¹⁶⁰ Çiftçi, Menfaat, s. 276; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 350-351.

¹⁶¹ Bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmesinin kanun koyucunun ölçülülük ilkesine aykırı olarak yasama görevini yerine getirdiği ve düzenlemenin oldukça sakıncalı durumlara sebebiyet verecek nitelikte olduğu yönünde bkz. Çiftçi, Menfaat, s. 278.

¹⁶² Çiftçi, Menfaat, s. 276; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 335, 337, 352. Ayrıca bkz. Candan, s. 463; Arslaner, s. 239.

¹⁶³ Bkz. Çiftçi, Karşılaştırma, s. 353.

sının, borçlunun mülkiyet hakkına ölçüsüz ve gereksiz müdahaleleri önleyeceği belirtilmektedir¹⁶⁴.

Üçüncü kişinin elinde haczedilen mallar ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 88'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü kişinin elinde yediemin olarak bırakılacaktır¹⁶⁵. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 82'nci maddesinin ikinci fıkrası ise, üçüncü kişiler elinde haczedilen malın ancak güvenilir bir şahsın kefaleti altında zilyedin kendisinde bırakılabileceğini düzenlemektedir. Üçüncü kişiler elinde haczedilen mallar açısından güvenilir bir şahsın kefaletini aramaksızın, malın üçüncü kişi elinde bırakılmasına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'ndakine benzer bir düzenleme yapılması menfaat dengesine daha uygun gözükmemektedir.

6. Taşınmaz Malların Haczi Açısından

Kamu alacaklısı ile kamu borçlusunun menfaatlerini dengelemekle yükümlü olan haciz memuru takdir yetkisine sahiptir. Ancak haciz memurun bu takdir yetkisini ölçülü ve menfaat dengesine uygun bir şekilde kullanması gerektiğine daha önce de değinilmişti. Hacze borçlunun hangi mallarından başlayacağı konusunda takdir yetkisini kullanırken haciz memuru, öncelikle taşınır mallara haciz koymalı, bu malların borcu karşılamaya yetmemesi durumunda taşınmaz mallara yönelmelidir¹⁶⁶. Taşınır malların öncelikle haczedilme gereği Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkrasında da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*haczolunan gayrimenkul artırmaya çıkarılmadan, borçlu,*

¹⁶⁴ Çiftçi, Karşılaştırma, s. 353-354.

¹⁶⁵ 6352 sayılı Kanun'un 17'nci maddesiyle yapılan bu yeni düzenlemeyle ancak üçüncü kişi istemediği takdirde mal muhafaza altına alınacaktır. Eski düzenlemede ise, alacaklının taşınırın üçüncü kişinin elinde kalmasına muvafakat vermesi gerekmekteydi. Zilyetlik karinesine aykırılık teşkil eden eski düzenlemenin, bir muhafaza tedbiri olarak üçüncü kişi aleyhine ölçüsüz bir hak ve menfaat ihlâli tehlikesi yarattığı konusunda bkz. Çiftçi, Menfaat, s. 282.

¹⁶⁶ Kuru, s. 424-425; Aslan, s. 282; Çiftçi, Menfaat, s. 304-305; Gerçek, s. 235. Haczedilecek malların seçilmesi konusunda haciz memurunun son derece duyarlı ve özenli davranması gerektiği, bu durumun alacaklı ile borçlu arasında menfaatleri mümkün olduğu kadar telif etme yükümlülüğünden geldiği belirtilmektedir (Şimşek, s. 580).

borca yetecek menkul mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterilirse gayrimenkul üzerinde haciz baki kalmak üzere gösterilen menkul veya alacak da haczolunacaktır". Bu durumda, mahcuz kalan taşınmazın idare ve işletmesine ve hâsılat ve menfaatlerine tahsil dairesi müdahale etmeyecektir. Bu düzenleme genel olarak menfaat dengesi ve ölçülülük ilkesi açısından yerinde olmakla birlikte, haczin taşınmaz üzerinde bakî kalması yerinde değildir. Kamu borçlusunun borca yetecek kadar taşınır mal göstermesi durumunda taşınmaz üzerinden haczin kaldırılması menfaat dengesi ilkesine daha uygundur.

Kanun'un 88'inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, taşınmaz haczi bunların hâsılat ve menfaatlerine de şamildir. Ancak, borçlunun başka bir geliri yoksa kendisinin ve ailesinin geçimleri için yeterli miktarda mahsulden veya satıldıkça bedelinden münasip miktarının borçluya bırakılacağı düzenlenmiştir. Sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olan bu düzenleme, kamu borçlusunun hacizden sonra yaşamını devam ettirmesine yöneliktir. İnsan onurunun korunması gereğinden hareketle, hacizden sonra da borçlu, kendisi ve ailesinin hayatını sürdüreceği temel ihtiyaçlarını karşılayabilmeli, geçimini sağlayabilmeli ve toplum içinde yer alabilmelidir¹⁶⁷. Bu sebeple kamu borçlusunun hacizden sonra kendi kaderine terk edilmemesi insan onuru ve sosyal devlet ilkesine uygun olmakla birlikte borçlunun menfaatlerini koruyan, menfaatlerin dengelenmesi ilkesine de uygun bir düzenlemedir.

G. Satış

1. Genel Olarak

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 74'üncü maddesine göre, haczedilen her türlü mal satılarak paraya çevrilir. Satıştan elde edilen bedelden, takip masrafları ve takip edilen amme alacağı düşüldükten sonra geriye kalan kısım borçlunun ödeme zamanı gelmiş veya muaccel olmuş borçlarına mahsup edilir ve artanı, hacze iştirak etmiş başka daire yoksa borçluya verilir. Hacze iştirak etmiş başka daire varsa, artan kısımdan önce bu dairelerin alacakları ayrıldıktan sonra, kalan borçluya verilir (AATUHK m. 74/1). Satış aşamasında hem kamu borçlusu hem de kamu

¹⁶⁷ Özeks, Temel Haklar, s. 113 ve 222 vd.

alacaklısı için menfaat dengesi farklı bir boyut kazanmaktadır. Satış aşamasında artık haczedilen mal ya da malların paraya çevrilmesi kalmıştır. Bu aşamadan itibaren alacaklının ve borçlunun menfaatlerinin aynı yöne hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Şöyle ki, borçlunun, kural olarak borçlu olduğu sabittir ve borçlunun menfaatine en uygun olan şey, bir an önce ve olabildiğince en yüksek tutarda haczedilen malların paraya çevrilmesi ve borcundan kurtulmasıdır¹⁶⁸. Daha önce de belirtildiği üzere kamu icra hukukunda, kamu borçlusunun ticarî hayattaki faaliyetlerinin devamını da sağlamak önemli olduğundan, paraya çevirme sırasında bu durumun özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Malların rayicinin altında satılması durumunda kamu alacaklısı alacağını tamamen tahsil edemeyecek ve borçlunun başka malları varsa ilave hacizler yapmak zorunda kalacağından, bir an önce alacağına kavuşmak isteyen kamu alacaklısı da borcun tamamen tahsil edilmesini sağlaması için malların rayiç bedelinde satılmasını isteyecektir¹⁶⁹. Borçlunun malı olmaması durumunda ise, alacaklı, elindeki aciz vesikası ile borçlunun yeni bir mal edinmesini bekleyecektir.

2. Taşınır Malların Satışı Açısından

Satış aşamasında kamu alacaklısının bir an önce alacağına kavuşmak istemesi, kamu borçlusunun da bir an önce borcundan kurtulmak istemesi sebebiyle haczedilen malın satış işleminin gerçekleşip, paraya çevrilmesi her iki taraf için de önem arz etmektedir. Bu sebeple Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un taşınır malların satışına ilişkin 84'üncü maddesinde, taşınır malların haczedildiği tarihin üçüncü gününden itibaren üç ay içinde satışa çıkarılacağı belirtilmektedir. Böylelikle satış işleminin en geç üç ay içinde gerçekleşmesi hem alacaklının hem borçlunun menfaatine uygun olacaktır. Ancak üç ay içinde satış işleminin gerçekleşmemesi durumunda ne yapılacağına ilişkin bir düzenleme Kanun'da yer almamaktadır. Genel icra hukukunda, belirtilen süre içinde alacaklı tarafından satış talebinde bulunulmaması durumunda haczin kalkacağı düzenlenirken (İİK m. 110), üç ay içinde alacaklı kamu idaresinin satışı gerçekleştirmemesi durumunda haczin kaldırılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu noktada kamu

¹⁶⁸ Çiftçi, Menfaat, s. 313; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 358.

¹⁶⁹ Çiftçi, Menfaat, s. 314; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 358.

alacaklısı idareye, malın bu süre içinde satışa çıkarmaması durumunda haczin kaldırılacağı şeklinde bir düzenleme yapılarak, bu süreye uyma zorunluluğu getirilmesi hem kamu alacaklısı hem de kamu borçlusunun menfaatlerine daha uygun olacaktır¹⁷⁰. Nitekim bu aşamaya gelen kamu borçlusu için bir an önce malın satılması menfaatine olacakken, kamu alacağının uzun süre boyunca hazineye intikal etmemesi de kamu alacaklısının aleyhine bir durum yaratacaktır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 85'inci maddesinin beşinci fıkrasıyla bu düzenleme birlikte düşünüldüğünde kesin bir süre belirlemenin önemi daha da ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, bu maddeye göre bir kısım malların satışı ile kamu alacağının karşılanması durumunda, geriye kalan malların satışından vazgeçilmekte ve bunlar üzerindeki haciz kaldırılmaktadır. Satış süresinin uzaması ise, haczedilmiş ancak satışı gerçekleşmemiş malların borçluya geri dönmesini geciktirebilecektir. Bu sebeple haczedilen malların uzun süre satışa çıkarılmaması kamu borçlusunun menfaatlerine aykırı olacaktır.

Taşınır mallar, tahsil dairelerinin satış mahallinde açık artırma ve peşin para ile satılmaktadır (AATUHK m. 85/1). Ayrıca Kanun'un 85'inci maddesinin ilk fıkrasında, bozulma, çürüme ve benzeri sebeplerle korunması mümkün olmayan ya da beklediği zaman önemli bir değer düşüklüğüne uğrayacağı anlaşılan malların en uygun yerde pazarlıkla, borsası bulunan malların ise ilgili borsada satılabileceği düzenlenmektedir. Bu düzenlemeyle de kamu borçlusunun malının değerini kaybetmeden satılması açısından kamu borçlusunun menfaatleri korunurken; haczedtiği malı paraya çevirerek alacağına kavuşması bakımından da (özellikle kamu borçlusunun haczedilecek başka bir mal varlığının bulunmaması durumunda daha da önemlidir) kamu alacaklısı olan idarenin menfaatleri korunmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında gerekli hallerde arttırmanın yapılacağı yer, gün ve saatin, satılacak malların nev'i ve niteliklerinin önceden ilân edileceği belirtilmiştir. Taşınır malların satışı için yapılan hazırlık işlemlerinden ilânın önemi dikkate alındığında, kamu alacaklılarının tahsilinde malların satışı için ilânın zorunlu olmaması, hem alacaklı ile borçlunun hem de alıcıların menfaatlerini ihlâl edebilir¹⁷¹. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, ilanın şeklinin, arttırmanın tarzı,

¹⁷⁰ Bkz. **Arslaner**, s. 288.

¹⁷¹ **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 359.

yeri ve günü alacaklı kamu idaresinin ve borçlunun menfaatine en uygun gelen şekli göz önünde tutularak alacaklı kamu idaresi tarafından belirleneceğine yer verilmektedir. Belirtilen konularda alacaklı kamu idaresinin belirleme yaparken borçlunun menfaatlerini de düşünmesi gerekeceğinden menfaat dengesine uygun bir düzenlemedir.

Satış sırasında haczedilen taşınır mallara biçilen değer, haciz memuru tarafından biçilen değer¹⁷² % 75'inden aşağı olması durumunda veya bu mala hiç alıcı çıkmaması durumunda ilk artırma tarihinden başlayarak 15 gün içinde uygun görülen zamanlarda bu mallar tekrar satışa çıkarılacak ve bu ikinci artırmada verilen bedel ne olursa olsun satış yapılacaktır (AATUHK m. 87/1). İkinci artırmada herhangi bir aşağı sınır konulmadan alıcı çıkması durumunda satış yapılması, malın rayiç bedelinin çok altında satılması sonucunu doğurabileceğinden kamu borçlusunun mülkiyet hakkına ve dolayısıyla menfaat dengesine aykırılık teşkil etmektedir. Kamu borçlusunun menfaatlerini ihlâl tehlikesi taşıyan bu durum, kamu alacaklısının menfaatlerine de tam olarak hizmet etmemektedir¹⁷³. Bu sebeple ikinci artırmada da bir alt sınır getirilmesi (örneğin, değerinin % 60'ından aşağı satılmayacağı), hem kamu borçlusunun hem de kamu alacaklısının menfaatlerine daha uygun olacaktır.

3. Taşınmaz Malların Satışı Açısından

Haczedilen taşınmazlar satışa çıkarılırken, bilirkişinin mütalâası alınmak suretiyle satış komisyonu tarafından rayiç değer tesbit edilecek (AATUHK m. 91/1) ve satış komisyonlarınca açık arttırma ile satılacaktır (AATUHK m. 90). İhalenin yapılabilmesi için teklif edilen değer, taşınmaz için biçilen değer % 75'ini bulması gerekmektedir. Ancak kamu alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar bu taşınmaz ile temin edilmiş olması halinde, artırma bedelinin, bu suretle rüçhanı olan alacakların tutarından fazla çıkması ve yapılmış ve yapılacak masrafları da karşılaması gerekmektedir (AATUHK m. 94/2). Kamu borçlusunun haczedilen taşınmazının

¹⁷² Kanun'un 81'inci maddesine göre; "Haczedilen mallara haczi yapan memur tarafından değer biçilir, borçlunun müracaatı üzerine veya tahsil dairesince lüzum görüldüğü takdirde yeniden bilirkişiye değer biçilir."

¹⁷³ Çiftçi, Karşılaştırma, s. 360. Ayrıca bkz. Arslaner, s. 296.

satışına bir alt sınır getirilmesi ve rüçhanlı alacak olması durumunda belirtilen masrafları karşılamasının aranması borçlunun taşınmazının rayiç bedelinin çok altında ilk plânda satılmamasını kabul etmesi sebebiyle borçlu lehine getirilen bir düzenlemedir. Ancak ilk arttırmada alıcı çıkmaması veya teklif edilen değerleri malın rayiç bedelinin % 75'inden aşağı olması ve ikinci arttırma yapılması durumunda aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Çünkü bu durumda, taşınmaz en çok arttırana ihale edilecektir (AATUHK m. 95). Burada taşınmaz malın rayiç değerinin çok altında satılabilmesi mümkün kılındığından kamu borçlusu aleyhine getirilen bir düzenlemedir. Menfaat dengesinin sağlanabilmesi için bir alt sınır konulması (örneğin, % 60 gibi) gerekmektedir. İkinci arttırmada da rüçhanlı alacaklı bulunması durumunda, ihale bedelinin rüçhanlı alacakla birlikte masrafları aşmasının aranması, aşmazsa ihalenin yapılmayacak olması da ilk arttırmada olduğu gibi düzenlenmiştir (AATUHK m. 95). Ayrıca haczedilen taşınmazların ayrılması mümkün ise ve bir kısmının bedeli kamu alacağını karşılamaya yetmesi durumunda, borçlu yazı ile istemediği sürece bu artan kısmın satılmayacağına ilişkin düzenleme (AATUHK m. 94/4), kamu borçlusunun mülkiyet hakkını korumaya yönelik olup menfaat dengesinin sağlanmasına hizmet etmektedir.

Taşınmazların satışında diğer önemli durum ise, taşınmazların teferrüğüdür. İkinci arttırma tarihinden başlayarak bir yıl içinde taşınmaz en az bir kere daha satışa çıkarıldığı halde satılmasına imkân bulunmadığı durumda, taşınmaz alacaklı kamu idaresinin talebi üzerine ve satış komisyonunun kararıyla kamu idaresine teferrüğü edilebilecek ve teferrüğü bedeli taşınmazın rayiç bedelinin % 50'si olacaktır (AATUHK m. 98/1). İdarenin bu şekilde taşınmaz malı satın alması kamu borçlusunun haczedilen malının paraya çevrilerek borcunun ödenmesini sağlaması açısından yerinde bir düzenleme olmakla birlikte teferrüğü oranının % 50 olarak belirlenmesi kamu borçlusunun zararına bir düzenlemedir. Bu durum idareye, taşınmaz malı değerinin çok altında (değerinin yarısına) alma imkânının getirilmesi sebebiyle alacaklı lehine ancak borçlunun aleyhinedir. Borçlunun mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale sonucunu doğurması sebebiyle menfaat dengesine aykırıdır. Burada olması gereken, teferrüğü bedelinin en azından ilk arttırma bedeli için söz konusu olan % 75 veya bu oranın biraz altında belirlemektir. Bu şekilde

teferruğ kurumuna da işlerlik kazandırılmış olacaktır¹⁷⁴. Ayrıca kamu borçlusu, teferruğ kararı tarihinden başlayarak bir yıl içinde kamu alacağını, gecikme zamları ile birlikte ödediği takdirde taşınmaz kendisine geri verilebilecektir. Teferruğ kararı verilmeden önce biçilen rayiç bedelin % 75'i veya fazlasına alıcı çıkması durumunda ise, alacaklı kamu idaresi teferruğdan vazgeçecektir. Bu düzenlemeler ise, kamu borçlusunun menfaatlerini korumaya yöneliktir.

SONUÇ

Kamu harcamalarının finansman kaynağı olan kamu alacaklarının belirli süreler içinde tahsil edilmesi mecburiyeti bu tür alacakların tahsilinin, özel alacaklara kıyasla, ayrıcalıklı bir takip ve tahsil usulüne bağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Kamu icra hukukunda da kamu borçlusu borcunu ödemediği takdirde hukukî cebir kullanılarak borcun yerine getirilmesi sağlanmaya çalışılmakta, bu cebir yetkisi Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'dan kaynaklanmakta ve bu yetki tahsil daireleri aracılığıyla kullanılmaktadır. Kamu borçlularının rızaen ve süresinde kamu borcunu ödememeleri halinde vergi daireleri tıpkı bir icra dairesi gibi ve fakat re'sen hareket etmek suretiyle icra takibi yapmaktadırlar.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un hacze ilişkin 62'nci maddesinin altıncı fıkrasında, kanunda alacaklı ile borçlu arasında menfaatlerin dengelenmesini sağlamaya yönelik bir hüküm bulunmakla birlikte, tahsil dairesinde çalışan memur, kanunu uygularken Anayasayla bağlı olduğundan menfaatlerin dengelenmesi gereğini sadece haciz aşamasında değil tüm tahsil sürecinde göz önünde tutarak buna göre işlem yapmalıdır. Kamu icra hukukundaki düzenlemeler, Anayasal bir zorunluluk olan hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesinin gereklerini yerine getirmeye ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaya yönelik olmalıdır. Kamu alacaklısı ile kamu borçlusu arasındaki menfaatlerin dengelenmesi de kamu icra hukuku uygulamasını Anayasa'ya uygun hale getirecektir.

¹⁷⁴ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 701. Teferruğun, alacaklının borçlunun mallarına el ataması ve alacağını borçlunun malvarlığı değerlerini paraya çevirmek suretiyle elde etmesi zorunluluğuna ters düştüğü yönünde bkz. **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 361.

Kamu icra hukukunda hem güvence önlemleri açısından hem cebren tahsil sürecinde menfaat dengesine aykırı düzenlemelerin, kanunda yapılan değişikliklerle giderilmesi gerekmektedir. Diğer bir problemin ise, kanundaki düzenlemelerin uygulanması noktasında olduğu görülmektedir.

Kamu icra hukukundaki güvence önlemlerinden teminat için önce teminat istenip, daha sonra ihtiyatî haciz uygulaması yoluna gidilmesi ve teminat gösterebilmesi için kamu borçlusuna süre tanınması ve bu sürenin de kanun da gösterilmesi gerekmektedir.

Takdirî bir uygulama olan ihtiyatî tahakkukta takdir yetkisi kullanılırken menfaat dengesine uygun hareket edilmeli, kamu alacağının tahsilinin güvenceye kavuşturulması bakımından yararlı olduğu şüpheli olan, ancak mükellefe zarar veren ihtiyatî tahakkuka bağlı ihtiyatî haciz uygulamalarından kaçınılmalıdır. İhtiyatî haciz uygularken de idarenin, vergi kaçakçılığı kastı olmayan kişilerden önce teminat istemesi, kişinin teminat göstermesi ve/ya kaçma mallarını kaçırma ya da hileli yollara sapma ihtimalinin bulunması durumunda ihtiyatî haciz uygulaması yoluna gitmesi gerekmektedir. Ayrıca burada idare, borca yetecek miktar için yani borçla uyumlu ihtiyatî haciz uygulmalıdır.

Tasarrufun iptali açısından ise, kamu borçlusunun yaptığı tüm tasarrufları iptal etmek düzenlemenin amacına uygun olmadığından, mahkemenin, kamu alacağının miktarı ile sınırlı olmak üzere tasarrufun iptaline karar vermesi gerekmektedir.

Tahsil imkânsızlığı nedeniyle kanunî temsilciye veya limited şirket ortaklarına gidilmesinin idarenin subjektif değerlendirmesine bırakılmayıp, bu konuda belli ölçütlere yer verilerek düzenlemenin belirginleştirilmesi yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Cebren tahsil süreci açısından ise, menfaat dengesinin en çok zarar görebileceği aşama haciz aşamasıdır. Alacaklı kamu idaresi, sadece mal bildiriminde belirtilen malları haczetmek zorunda olmamakla birlikte, öncelikle borçlunun mal bildiriminde belirttiği malların haczine özen göstermelidir.

Tecil uygulaması ile de çok zor duruma düşecek borçlu lehine bir düzenleme getirilerek menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmakta, zor duruma

düşme noktasında takdir yetkisi kullanılırken kurumun düzenleniş amacı da göz önünde bulundurularak menfaat dengesine uygun bir karar verilmelidir.

Haciz aşamasında artık üçüncü kişinin menfaatlerinin de korunması gereği dikkate alınarak haciz işlemleri yapılmalıdır. Yine haciz aşamasında haczedilmeyecek mallara ve kısmen haczedilebilecek mallara ilişkin yapılan düzenlemeler menfaat dengesinin sağlanması açısından yerinde düzenlemeler olmakla birlikte, haczedilmeyecek malların günümüz şartlarına uyarlanarak yeniden düzenlenmesinde yarar olacaktır. Taşınır malların haczi açısından haciz memuruna verilen zor kullanma yetkisinin ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanılmasının özellikle menfaat dengesinin korunması açısından zorunlu olduğu vurgulanmalıdır.

Satış aşamasında ise, artık borçlunun ve alacaklının menfaatlerinin aynı yöne hizmet ettiği göz önünde tutularak haczedilen malların rayiç bedellerinden satılması önem teşkil etmektedir.

Son olarak şu belirtilmelidir ki kamu alacağı öncelikli ve önemlidir. Ancak onun kadar önemli olan diğer bir nokta ise, kamu alacaklarının tahsil sürecinde temel haklara bağlı kalarak idarenin işlem yapmasıdır. İnsan haklarına saygılı olmak, demokratik sosyal hukuk devletinin vazgeçilmez bir ögesidir. Tahsil dairesinde çalışan memur, Anayasal sınırlar içinde hareket ederek, idarenin hukuka bağlı olduğunun ve kamu alacağını mükellefin temel hak ve özgürlüklerini dikkate alarak tahsil etmesi gerektiğinin bilincinde olmalıdır.

Kaynakça

- Akdoğan**, Abdurrahman; Vergi Hukuku Ve Türk Vergi Sistemi, 12. Baskı, (Gazi Kitabevi), Ankara 2014.
- Akkan**, Mine; “Hacze İştirak Kapsamında Anonim Şirket Temsilcilerinin Kamu Alacaklarından Sorumluluğu ve Sıra Cetveline Karşı Korunması”, (Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, S. 11, 2008/4, s. 647-676).
- Alpaslan**, Mustafa; Vergi Borcundan Dolayı E-Haciz Uygulanması ve Banka Sistemi ile İlgili Sorunlar, <http://www.ekonomik-cozum.com.tr/yazarlar/item/3182>, erişim tarihi: 16.12.2013.
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, (İstiklal Matbaası), Ankara 1960.
- Arslaner**, Hakan; 6183 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu ile Tahsili, (Yetkin Yayınları), Ankara 2010.
- Aslan**, Kudret; “Hacizde Sıra (Tertip)”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 2, 2005, s. 269-318).
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin; Vergi İcra Hukuku, (Celepler Matbaacılık), Afyon 2012.
- Bilge**, Necip; Hukuk Başlangıcı, 28. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2010.
- Bozdoğan**, Mine Nur; “6183 Sayılı Kanun Açısından Haciz Uygulamasında İstihkak İddiasının İncelenmesi ve Değerlendirilmesi”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 168, Eylül 2002, s. 104-122).
- Candan**, Turgut; Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 3. Baskı, (Mali Akademi Yayınları), Ankara 2013.
- Çağan**, Nami; Vergi Hukukunda Süreler, (Sevinç Matbaası), Ankara 1975.
- Çelik**, Binnur; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 2. Baskı, (Kültür Yayınları), İstanbul 2002.
- Çiftçi**, Pınar; “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, (Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a

- Armağan, DEÜHFD, C. 12, Y. 2010, İzmir 2012, s. 313-379), (Karşılaştırma).
- Çiftçi**, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, (Adalet Yayınevi), Ankara 2010.
- Deliduman**, Seyithan/**Erdem**, Murat; “6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’a Göre Hacizden Doğan İstihkak İddiaları”, (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1, Y. 1999, s. 297-305).
- Demirbaş Aksüt**, Burcu; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Vergilendirme Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2012.
- Dönmez**, Recai; Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz, (Anadolu Üniversitesi Yayınları), Eskişehir 1998.
- Dursun**, Hasan; “İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re’sen İcrası”, (TBB Dergisi, S. 72, 2007, s. 247-276) .
- Erdağ**, Nevzat; Vergi Borcunuzdan Dolayı E-Haciz, <http://www.nevzaterdag.com/vergi-borcunuzdan-dolayi-banka-hesaplariniza-e-haciz-gelmisolabilir>, erişim tarihi:16.12.2013.
- Gerçek**, Adnan; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, (Ekin Basım Yayın Dağıtım), Bursa 2013.
- Gök**, Özgecan; “Kamu İcra Hukuku’nda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi Ve Anayasaya Uygunluğu: Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, (Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, DEÜHFD, C. 12, Y. 2010, İzmir 2012, s. 381-433).
- Gözler**, Kemal; Hukukun Temel Kavramları, 8. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2011, (Temel Kavramlar).
- Gözler**, Kemal; İdare Hukuku, C. 1, 2. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2009, (İdare).
- Gözübüyük**, Şeref; Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 26. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2007.
- Güriz**, Adnan; Hukuk Başlangıcı, 12. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2009.

- Kaneti**, Selim; Vergi Hukuku, 2. Bası, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1989.
- Karakoç**, Yusuf; “Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 153, Haziran 2001, s. 116-135), (Kamu İcra).
- Karakoç**, Yusuf; “Kamu İcra Hukukunda İstihkak Davası”, (Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD, C. 11, Y. 2009, Basım Yılı: 2010, s. 1621-1656), (İstihkak).
- Karakoç**, Yusuf; “Kamu İcra Hukukunda Tasarrufun İptali Davası”, (Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Ankara Üniversitesi Basımevi, C. I, Ankara 2009, s. 375-426), (Tasarruf).
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf; Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Kamu Alacakları).
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Süreler).
- Karayalçın**, Yaşar/**Yongalık**, Aynur; Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, 7. Baskı, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü), Ankara 2008.
- Kumrulu**, Ahmet G.; “Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım”, (Prof. Dr. Akif Erginay’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1981, s. 647-668).
- Kuru**, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2013.
- Mutluer**, M. Kâmil/**Dayanç**, N. Nilay; Vergi Hukuku, 4. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Oktar**, S. Ateş; Vergi Hukuku, 9. Baskı, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2013.
- Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 23. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Özbalcı**, Yılmaz; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, (Oluş Yayıncılık), Ankara 2012.

- Özekes**, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, (Adalet Yayınevi), Ankara 2009, (Temel Haklar).
- Özekes**, Muhammet; İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, (Seçkin Yayınevi), Ankara 1999), (İhtiyati Haciz).
- Özekes**, Muhammet; Temel Hukuk Bilgisi, 4. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013, (Temel Hukuk).
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammed; İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan; İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları), Ankara 1986.
- Pınar**, Burak; “Kamu İcra Hukukunda (Hacizden Doğan) İstihkak Davaları”, (Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 415-462).
- Postacıoğlu**, İlhan E.; İcra Hukuku Esasları, (Fakülteler Matbaası), İstanbul 1982.
- Rehbindar**, Manfred; “Hukukun Toplumsal Fonksiyonları”, (Çev. Doç. Dr. Ülker Gürkan), (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVIII, S. 1-4, 1971, s. 455-475), (Toplumsal).
- Rehbindar**, Manfred; “Menfaatler Takdirinin Prensibleri”, (Çev. Prof. Dr. Turgut Kalpsüz), (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVI, S. 3-4, 1969, s. 271-287), (Menfaat).
- Saban**, Nihal; Vergi Hukuku, 6. Baskı, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2014.
- Şimşek**, Edip; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi, 2. Baskı, (Alfa Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 1996.
- Taşdelen**, Aziz; “Genel İcra Hukuku ile Karşılaştırmalı Kamu İcra Hukukunda İstihkak İddiaları ve Davaları”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 2, 2004, s. 121-140).
- Taylar**, Yıldırım; “Kamu Alacakları İçin Güvence Önlemi Olarak Teminat ve Teminat-İhtiyati Haciz İlişkisinden Kaynaklanan Sorunlar”, (Mali Pusula, Y. 4, S. 48, Aralık 2008, s. 68-87), (Teminat).

- Taylor**, Yıldırım; “Vergi Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Genel Esaslar ve Bu Bağlamda Bir Danıştay Kararının Değerlendirilmesi”, (Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Ankara Üniversitesi Basımevi, C. II, Ankara 2009, s. 1189-1222), (İspat).
- Toktaş**, Mine; Kamu Alacağıının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları Peçeleme ve Muvazaalı İşlemler, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2009.
- Umar**, Bilge; Hukuk Başlangıcı, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları), İzmir 1997.
- Üstündağ**, Saim; İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Yaltı**, Billur; “Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı, Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35”, (Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Ankara Üniversitesi Basımevi, C. I, Ankara 2009, s. 507-536).
- Yaralı**, Levent; Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2010.
- Yıldırım**, M. Kamil; “İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi Ve Ölçülülük İlkesi”, (Hukuk Araştırmaları, C. 4, s. 1-3, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ocak-Aralık 1989, s. 98-115).
- Yücel**, Yonca; “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, (TBB Dergisi, Y. 2010, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-91-663>, erişim tarihi: 07.12.2013, s. 335-357).

^HKAMU İCRA HUKUKUNDA SOSYAL DEVLET İLKESİ*

Arş. Gör. Türker ERTAŞ**

GİRİŞ

Kamu hizmetleri, başta vergiler olmak üzere, kamu gelirleri ile finanse edilmektedir. Kamu giderlerinin kaynağını oluşturan kamu gelirlerinin toplanmasında aksaklıklar meydana gelmesi, kamu hizmetlerinin kesintisiz ve gecikmesiz olarak yürütülmesinde birtakım sıkıntıları da beraberinde getirebilir. Bu hususta vatandaşlara düşen yükümlülük kamu borçlarını vadesinde ve eksiksiz olarak ödemeleridir. Vergi borcu da bu şekilde sona ermiş olur. Bununla birlikte çeşitli sebeplerle kamu borcunu vadesinde ödeyemeyen ya da ödemeyen kişiler açısından cebren tahsil yoluyla kamu alacağının zorla alınması söz konusudur. Bu husustaki usûl ve kurallar genel icra hukuku usûl ve kurallarından farklı olarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir.

Kişilere uygulanan cebren tahsil işleminin kişi hak ve özgürlükleri veya negatif statü haklarına müdahale ettiğini düşünmemiz gayet doğaldır. Gerçekten de kamu alacağının temin edilmesi için kişilerin konutuna girilebilir; malları haczedilebilir ve mallarının tasarruf yetkisi ellerinden alınabilir. Bu durumlar ise, konut dokunulmazlığı, mülkiyet, özel hayatın gizliliği gibi haklara müdahale edilmesi anlamına gelmektedir. Bununla birlikte uygula-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı "Kamu İcra Hukuku" dersinde sunulan seminer ödevinin, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerli görüşleri çerçevesinde geliştirilen hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ'a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

nan cebren tahsil işlemi sonucunda kişilerin malvarlığında oluşan azalmanın onların hayat standartlarına olumsuz etki yapması da kaçınılmazdır. Başka bir ifadeyle, kişinin esas olarak mülkiyet hakkına yapılan müdahale, onun asgari hayat standartları içerisinde hayatını idame ettirmesini tehlikeye düşürebilir. Burada önemli olan husus, cebren tahsil işleminin sonucunda kişinin sosyal ve ekonomik hayatına yapılan olumsuz etkinin derecesidir. Sosyal devletin kamu icra hukuku ile ilişkisi bu noktada devreye girmektedir. Şöyle ki, devletin kamu alacağının tahsilini sağlarken kişilerin hayat standartlarını ölçüsüz şekilde etkilememesi ve borçlu ile ailesini topluma muhtaç hale getirmemesi sosyal devlet ilkesinin gerçekleşmesi açısından hayati önem taşımaktadır. Bu çerçevede hazırlanan ve sosyal devlet - kamu icra hukuku ilişkisinin inceleneceği bu çalışmada ilk olarak sosyal devlet ilkesine yer verilecek; daha sonra Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un sosyal devlet ile bağlantılı hükümleri irdelenmeye çalışılacaktır.

I. SOSYAL DEVLET İLKESİ

A. Genel Açıklama

Sosyal devlet ya da refah devleti; devletin sosyal barış ve sosyal adaleti tesis etmek için sosyal ve ekonomik hayata müdahale etmesini haklı gören bir ilke olarak ifade edilmektedir¹. Sosyal devlet ilkesi sanayi devriminin bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır². Yine sosyal devlet, güçlü sermaye sınıfı ile kalabalık ama zayıf işçi sınıfı arasındaki mücadeleye seyirci kalmayı prensip edinen³ geleneksel liberal devlete tepki olarak doğmuştur. Ondokuzuncu yüzyılda batı toplumlarında uygulanan piyasa ekonomisi, sanayileşmeyi büyük ölçüde gerçekleştirmekle birlikte ağır sosyal sorunları, gelir ve servet adaletsizliklerini ve sınıf çatışmalarını da beraberinde getirmiştir⁴. Gerçekten de hukuk devleti ilkesi aracılığıyla kişi özgürlüğünün korunması ve devletin hukuka bağlı kalmasında önemli rol oynayan geleneksel liberal devlet, sanayi devriminin getirmiş olduğu toplumsal gerçekliği

¹ Özbudun, s. 135.

² Bulut, s. 55.

³ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 101.

⁴ Özbudun, s. 135.

göz ardı etmiştir⁵. Bu hususa paralel olarak da tek başına hukuk devletinin kişilere insan onuruna yaraşır bir yaşam seviyesi sunmakta yeterli olmadığı anlaşılabilir olarak sosyal devlet ilkesi ortaya çıkmıştır.

B. Genel Olarak

İnsan hakları kavramının ortaya çıkmasının altında yatan temel sebep, insan onurunu korumaktır⁶. İnsan onuru, bireyin kendisine atfettiği değer veya toplumun o bireye verdiği öneme bakılmaksızın soyut olarak insanın Dünya üzerindeki en değerli varlık olduğu anlayışına dayanır⁷. Pozitif hukuk metinlerinde kabul edilsin ya da edilmesin, bireylerin sırf insan olmalarından dolayı sahip oldukları haklar olarak nitelendirilen insan hakları da esas olarak insanoğluna verilen bu değer sonucunda ona bahşedilen haklar olarak nitelendirilmektedir⁸. Buna göre, yalnızca insan olmak, insan haklarına ve insan onuruna sahip olmak için yeterlidir⁹.

İnsan onurunun korunması, esas itibariyle özgürlükçü bir hukuk devleti yapısının varlığıyla mümkündür¹⁰. Hukuk devleti olmanın ana şartı ise, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak ile devlet içerisindeki güçlerin bir elde toplanmasını önleyerek bu güçlerin işlemlerini karşılıklı denetim yollarına bağlı kılmaktır. Ancak bu şekilde bireyler vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devlete güven besleyerek kişiliklerini korusuzca geliştirebilirler¹¹. Buna göre, her ne kadar birer anayasaya sahip olsalar da

⁵ **Bulut**, s. 56.

⁶ **Şimşek**, İnsan Onuru, s. 3-4, 5; **Bulut**, s. 11.

⁷ **Akılhoğlu**, s. 5.

⁸ **Akılhoğlu**, s. 5.

⁹ **Şimşek**, İnsan Onuru, s. 5. İnsan onuru; bireyin düşünce ve değerler dünyasının dayanak noktası olarak karşımıza çıkan, esas olarak insanın kişiliğine, öz değerine ve doğasına ilişkin bir kavramdır. İnsanoğlunun özerkliğini, varlık nedeninin özünü ve temelini oluşturan insan onuru; insanın insan olmasının anlamı ve amacını açıklamaktadır. İnsan onurunun hukuk metinleri tarafından tanınıp korunması ise, insanın öz değerinin ve tabiatının hukuk düzeninin tepesine yerleştirilmesi anlamına gelmektedir. İnsan onurunun bu özelliğinden olsa gerekir ki, tüm insan hakları insan onuru kavramının bir parçası olarak ortaya çıkmaktadır. **Şimşek**, İnsan Onuru, s. 7-8.

¹⁰ **Şimşek**, İnsan Onuru, s. 6.

¹¹ **Özbudun**, s. 123.

uygulamada insan haklarını koruma hususunda isteksiz ya da başarısız olan devletlerin hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirdiğini ve insan onuruna saygı göstererek onu koruduğunu söylemek güçtür¹².

İnsan onurunun korunmasının, devlet gücünün sınırlandırıldığı özgürlükçü bir hukuk devletinde mümkün olabileceği yadsınamaz bir gerçektir. Mamafih, zamanla sanayi devriminin getirdiği sosyolojik ve politik ortamla birlikte insanları sırf devlet gücüne karşı korumanın insan onurunun dokunulmazlığı açısından çok da yeterli olmadığı anlaşılmıştır. Buna göre, insan onurunun korunması için kişilerin devlet karşısında korunmaları kadar, içerisinde buldukları ekonomik güçlüklerden kurtarılmaları ve bu şekilde sosyal adaletin sağlanması da gereklidir¹³. Bu hususta birinci kuşak hakların tanınmasını yeterli gören, devletin görevini sadece millî savunma, adalet ve kolluk hizmetleri ile sınırlayan klâsik liberal anlayışta bireyin içerisinde bulunduğu sosyal durum ve şartlar devletin ilgi alanından uzaktadır¹⁴. Nitekim, bu anlayış tarihsel süreçte devlet tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin birçoğunun toplumda ayrıcalıklı konumda bulunan kişiler tarafından kullanılabilmesine; ekonomik sömürü ve sosyal eşitsizliklerin baş göstermesine ve toplumdaki sınıflar arası ekonomik uçurumların daha da büyümesine sebebiyet vermiştir¹⁵. Yine her ne kadar hukuk devleti ilkesini uygulayan ve kişilere klâsik hak ve özgürlükleri tanıyan geleneksel anlamda devlet, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasına hizmet etmiş olsa da sanayi devrimi sonucu oluşan toplumsal gerçekliği de bir o kadar göz ardı etmiştir. Başka bir ifade ile, hukuk devleti ilkesinin çıkış noktası insan onuru kavramı

¹² **Şimşek**, İnsan Onuru, s. 6.

¹³ **Bulut**, s. 15.

¹⁴ **Gören**, Anayasa s. 114; **Özbudun**, s. 135; **Gözler**, s. 74; **Kaboğlu**, Anayasa Dersleri s. 94; **Şimşek**, İnsan Onuru, s. 215. Devletin görevlerini esas olarak bu dar kalıplara sığdıran ve devletin ekonomik hayata müdahalesine karşı çıkan bu anlayış esas olarak 19. yüzyılda geçerli olan *Jandarma Devlet* anlayışıdır. Devletin varoluş nedenini liberal perspektif uyarınca tanımlayan jandarma devlet düzeninde, devletin faaliyetleri vatandaşların güvenliğini sağlamak, kolluk güçlerini ve orduyu yönetmek, dış ilişkileri yürütmek ve adalet hizmetini yerine getirmek ile sınırlıdır. Bkz. **Kaboğlu**, Anayasa Dersleri, s. 94.

¹⁵ **Kaboğlu**, Anayasa Dersleri, s. 99; **Özbudun**, s. 135; Bu konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. **Göze**, s. 19 vd.

olsa da liberal devlet, insan onurunun sadece kişiyi devlete karşı korumak ile sağlanamayacağı gerçeğini görmezden gelmiştir¹⁶. Bu hususa paralel olarak, klâsik liberalizm anlayışının her birey için insan onuruna yaraşır asgari düzeyde bir yaşam garantisini sağlayamadığı anlaşılmış ve bu duruma tepki olarak sosyal devlet ilkesi ortaya çıkmıştır¹⁷. Diğer bir deyişle sosyal devlet; klâsik adalet anlayışının sosyal adalet anlayışına dönüşmesiyle klâsik eşitlik anlayışının yetersiz kalması sonucunda ortaya çıkan sosyal eşitlik kavramının devlet düzenine yansımalarıdır¹⁸.

Sosyal devlet, vatandaşlarının sosyal durumlarıyla ilgilenen ve bu hususta onlara asgari bir hayat standardı sağlamayı kendisine görev edinen devlettir¹⁹. Sosyal devlet ilkesine göre, devletten sadece kişilerin özgürlük alanlarına müdahale etmemesi beklenmez; aynı zamanda kişilere asgari bir hayat standardı sağlamak için birtakım olumlu edimleri yerine getirmesi de istenir²⁰. Gerçekten de sosyal devlette devlet programlarında güdülen temel amaçlardan birisi kişilerin hayat standartlarının yükseltilmesidir²¹. Bu yönüyle sosyal devlet, devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalesi yoluyla sınıf çatışmalarını engelleyen ve millî bütünleşmeyi sağlayan bir devlet anlayışıdır²².

Sosyal devlet ilkesinin izleri, 1793 tarihli II. İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi'ne kadar uzanmaktadır. 1793 Fransız Anayasası'nın başına da

¹⁶ **Bulut**, s. 56.

¹⁷ **Şimşek**, İnsan Onuru, s. 215-216; **Bulut**, s. 56.

¹⁸ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 102. Nitekim sosyal devlette liberal devletin getirmiş olduğu hukukî ve siyasal eşitlik anlayışlarının fırsatta, şartlarda ve sonuçlarda eşitlik anlayışlarıyla tamamlanması söz konusudur. Bkz. **Ateş**, s. 112 vd. Buna göre devlet, anayasal düzlemde garanti altına aldığı hak ve özgürlüklerin maddi anlamda ve asgari düzeyde gerçekleştirilmesini sağlamalıdır. Nitekim devletin sosyal adalet bağlamında maddi eşitsizliğe müdahale ederek herkese insan onuruna yaraşır asgari bir hayat standardı sağlaması, kişilerin asgari ekonomik varlıklarının güvence altına alınması açısından zarurîdir. Bkz. **Şimşek**, İnsan Onuru, s. 220.

¹⁹ **Soysal**, 154; **Gözler**, s. 75; **Bulut**, s. 56.

²⁰ **Kaboğlu**, Anayasa Dersleri, s. 99.

²¹ **Gören**, Sorumluluk, s. 233; **Gören**, Yaşam Kalitesi, s. 148.

²² **Özbudun**, s. 135.

eklenen bu bildirme, devletin toplumda ihtiyacı olanlara yardım yapması, öğrenim imkânının bütün vatandaşlara sağlanması gibi hükümler ihtiva etmekteydi²³. Yine 1848 Fransız Anayasası da sosyal hak ve sosyal hukuk anlayışlarını büyük ölçüde yansıtmaya açıktır²⁴. 19. yüzyılda ilk defa klâsik hakların yanında sosyal ve ekonomik hakları da içeren bu anayasal belge²⁵; devletin vatandaşların refahını arttırmakla, işsizlere iş sağlamakla, çalışmayacak durumdaki yoksulları korumakla görevli olduğunun altını çizmiş; parasız ilköğretim, işçi-işveren ilişkilerinde eşitlik, kimsesiz çocuklara, engellilere, yaşlılara yardım edilmesi gibi hükümlere yer vermiştir²⁶.

Modern anlamda sosyal devletin kökenleri konusunda 1871 yılında kurulan Alman İmparatorluğu'nun hayatî bir yeri vardır. Nitekim, modern birleşik Almanya'nın kurucusu ve aynı zamanda ilk şansölyesi olan Otto Von Bismarck, 1880'li yılların başında sosyal devleti gerçekleştirmeye yönelik ilk yasal düzenlemelerin Kayzer I. Wilhelm'e sunularak onaylanmasını sağlamıştır. Sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmeye yönelik bu düzenlemeler; milli sağlık sigortası, konut ve asgari ücret hakkı, çalışma şartlarının iyileştirilmesi ile işsizlik sigortasına ilişkin hükümlerdir²⁷. Yine İsveç'te 1891 yılında hastalık sigortası; 1901 yılında iş kazası sigortası; 1913 yılında ise, zorunlu emeklilik sistemi ile ilgili düzenlemeler hayata geçirilmiştir²⁸. Birleşik Krallık'ta ise, Herbert Henry Asquit başbakanlığındaki liberal hükümet (1906-1914) 1908 tarihli emekli Aylığı Kanunu (Old Age Pension Act); 1911 tarihli Kamu Sigortası Kanunu (National Insurance Act) gibi sosyal devleti gerçekleştirmeye yönelik düzenlemelerin yürürlüğe girmesine öncülük etmiştir. Bu ülkede devletin ekonomiye müdahale etmesi hususu özellikle iki Dünya Savaşı arasındaki dönemde (1914-1945) daha da belirginleşmiş ve hükümet II. Dünya Savaşı sırasında okullarda ücretsiz yemek ve süt

²³ **Kapani**, s. 53.

²⁴ **Kapani**, s. 53.

²⁵ **Bulut**, s. 51.

²⁶ **Kapani**, s. 53-54.

²⁷ **Ebeling**, s. 4.

²⁸ Bkz. **Bergh**, s. 13; **Tepe**, s. 264.

verilmesi, millî sağlık hizmetinin kurulması gibi uygulamalara imza atmıştır²⁹.

Sosyal devlet ilkesi, esas olarak iki temel strateji ya da yöntem üzerinden hayata geçirilir. Bunlar düzenleme ve yeniden tahsis etme olarak adlandırılmaktadır. Düzenleme kavramından kasıt, sosyal devletin iş gücü piyasasındaki kaynakların toplumdaki dağılımını kontrol altında bulundurması ve kişilerin sosyo-ekonomik açıdan refahlarının sağlanarak sosyal eşitsizliğin kaldırılması amacıyla yasal düzenlemeler yapmasıdır. Sosyal devletin diğer bir strateji türü olarak karşımıza çıkan yeniden tahsis etme kavramı ise, devletin vergiler, transfer harcamaları ve sübvansiyonlar aracılığıyla ekonomiye müdahalede bulunması ve sosyal yardımları ve hizmetleri tahsis etmesi anlamına gelmektedir³⁰.

Sosyal devlet sistemleri, devletlerin ekonomiye olan müdahalelerinin ve sosyal politikalarının mahiyetlerine göre değişiklik göstermektedir. Danimarkalı sosyolog *Gøsta Esping-Andersen*, bu hususta üç çeşit sosyal devlet sisteminin varlığına dikkat çekmektedir³¹. Bunlardan ilki kaynakların ve sosyal yardımların dağıtımında piyasa odaklı uygulamalara yer veren *liberal sosyal devlet sistemidir*. Bu sistemi kabul eden devletler özel nitelikteki refâh planları aracılığıyla piyasa odaklı düzenlemeleri benimserler. Bu sistemin tipik örnekleri ABD, Kanada ve Avustralya olmakla birlikte Birleşik Krallık'ta da bu tip sosyal devlet sistemine kayan uygulamalar görülmektedir. Diğer bir sosyal devlet sistemi, aile ve anneliğin maddi olarak desteklediği; geçimini tek fert tarafından sağlayan ailelere vergi indirimleri ve sosyal yardımların yapıldığı; korporatif ve katolik sosyal politika eksenli *konservatif sosyal devlet sistemidir*. Bu sistem Almanya, Fransa, İtalya, Belçika ve Avusturya'da uygulama alanı bulmuştur. Son sosyal devlet sistemi ise, sosyal politikaların herkesi kapsadığı; devletin vatandaşlara yüksek düzeyde hayat standardı sunmasının garanti edildiği; transfer harcamalarının fazla miktarda, kamu hizmetlerinin ise, bedelsiz olduğu; bununla birlikte vergi oranlarının yüksek tutulduğu *sosyal demokrat sosyal devlet*

²⁹ Bkz. Welfare State, The National Archives, http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/brave_new_world/welfare.htm, Erişim Tarihi: 16.01.2014.

³⁰ Bkz. *Vogel*, s. 374.

³¹ Bkz. *Esping-Andersen*, s. 26 vd.

sistemidir. Bu sistemin ilk çıktığı ülke İsveç olmakla birlikte Finlandiya, Norveç ve Danimarka'da da uygulanmaktadır³².

Sosyal devletin gerçekleşmesi için birtakım hukukî yöntemler bulunmaktadır. Bunlar vergi adaletini sağlamak; sosyal amaçlı kamulaştırmalar; toprak reformu; devletleştirme ve planlama faaliyetleri ile sosyal hakları tanımak ve gerçekleştirmektir³³. Sosyal hakların tanınması ve gerçekleştirilmesi sosyal devletin belki de en belirgin ve fonksiyonel unsuru olarak karşımıza çıkmakta olup sosyal hakların tam olarak tanınmadığı ve korunmadığı ülkelerde sosyal devletin gerçek anlamda var olduğunu söylememiz oldukça güçtür³⁴. Sosyal haklar, toplumsal eşitliği sağlamaya yönelik haklar olarak tanımlanmaktadır³⁵. Sosyal hakların önemi, kişisel ve siyasi hakların tam olarak kullanılabilmelerinin ön şartı ve bu hakların tamamlayıcıları olmalarında yatar³⁶. Bu hususa paralel olarak sosyal hakların tanınmadığı ülkelerde kişilerin klâsik hak ve özgürlüklerden tam olarak faydalandıklarından ve içinde buldukları sosyo-ekonomik nitelikteki olumsuz şartlardan ötürü tam anlamıyla özgür olduklarından bahsetmek mümkün değildir³⁷.

Sosyal devletin hayata geçirilmesinde sosyal adaletin, gelirin ve servetin yeniden dağılımının gerçekleştirilmesi ile planlı kalkınma için gerekli özendirici tedbirlerin alınması hayati öneme sahip olup bu hususları gerçekleştirmek için vergilendirme araç olarak kullanılmaktadır³⁸. Nasıl insan onurunu koruyan ve insan hak ve özgürlüklerini gerçekleştiren devletin işlevi ve niteliği zamanla hukuk devletinden sosyal hukuk devletine doğru

³² Vogel, s. 374-375.

³³ Özbudun, s. 141 vd.; Gözler, s. 75 vd.; Bulut, s. 56-57.

³⁴ Bkz. Şimşek, İnsan Onuru, s. 215-217; Gören, Yaşam Kalitesi, s. 131-132; Bulut, s. 57; Özbudun, s. 147-148; Karagülmez, s. 184.

³⁵ Kaboğlu, Kurultay s. 112.

³⁶ Gerçekten kişinin, hastalandığında tedavi olma imkânından yoksun olduğunda veya sağlıksız hayat şartlarıyla karşı karşıya bırakıldığında yaşama hakkından; içinde yaşayabileceği bir meskeni olmadığında konut dokunulmazlığı hakkından; çocukluk döneminde eğitim ve öğretiminden mahrum bırakıldığında da düşünce özgürlüğünden gerektiği gibi faydalandığını söylemek oldukça güçtür. Kapani, s. 51.

³⁷ Gözler, s. 75; Bulut, s. 57.

³⁸ Çağan, Vergilendirme, s. 191; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 52; Üstün, s. 257; Tekbaş, s. 203.

evrime uğradıysa; vergilendirmenin toplum ve devlet nezdindeki klâsik işlevinin yanına vergilendirmenin sosyal işlevi eklenmiştir. Devlete ihtiyaç duyduğu finansman kaynağını sağlamak olan vergilendirmenin geleneksel işlevi, zamanla ekonomik ve sosyal hayatta meydana gelen değişimler sonucunda sosyal devletin gerektirdiği birtakım ekonomik ve sosyal hedeflere ulaşmanın aracı olmaya kadar genişlemiştir³⁹.

C. Türkiye Cumhuriyeti'nin Sosyal Devlet Niteliği

1982 Anayasası'nın 2'inci maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin "*sosyal bir hukuk devleti*" olduğunu vurgulamıştır. Bu hususa paralel olarak 1982 Anayasası "*Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde birçok sosyal hakkı düzenlemiştir. Sosyal devlet ilkesini devletin temel niteliklerinden birisi olarak belirten ve sosyal haklara yer veren ilk anayasamız 1961 Anayasası'dır. Gerçekten de sosyal devlet anlayışı ve bu anlayışın beraberinde getirdiği müesseselerin hukukumuzda girmesi 1961 Anayasası ile gelen en önemli yeniliklerden birisi olmuştur⁴⁰. Hatta doktrinde bu hususta 1982 Anayasası'nın, sosyal hakları kısıtlayıcı ve sınırlayıcı bir şekilde düzenlediği ve sosyal haklar - sosyal devlet bağlamında 1961 Anayasası'na oranla geri kaldığı dahi belirtilmektedir⁴¹.

³⁹ Nitekim günümüzde vergilerin mali, iktisadî ve sosyal olmak üzere üç temel amacı veya fonksiyonundan bahsedilmektedir. Verginin mali amacı, kamu hizmetlerinin finansmanı için hazineye gerekli parasal kaynağın sağlanmasıdır. Bu aynı zamanda verginin geleneksel fonksiyonudur. Vergilemenin iktisadî amacı ise, vergileme ile bireyler arasında mevcut olan ekonomik dengenin bozulmaması ile milli gelirin dağılımının daha az gelirli bireyler lehine yeniden düzenlenmesidir. Yine ekonomik hayatta, korunması ve geliştirilmesi arzu edilen alanlar için vergi teşviki; önlenmesi istenilen alanlar içinse, vergi ağırlaştırılması yollarına başvurmak suretiyle vergilemeyi iktisat politikasının bir aracı olarak kullanmak da verginin iktisadi fonksiyonunu yansıtır. Verginin sosyal amacı ise, vergi yoluyla sosyal adaletin sağlanması, bireylerden ödeme güçleri oranında vergi alınması ve servetlerin, belirli ellerde toplanmasının önlenerek toplumun mümkün olduğunca geniş kesimine tahsisinin sağlanmasıdır. Nitekim her ne kadar gelir elde etme açısından çok da önem taşımaları da servet vergilerinin üzerinde durulmasının nedeni sosyal gayelerdir. **Karakoç**, Sosyal, s. 64 vd.; **Nadaroğlu**, s. 217-220; **Edizdoğan/Çetinkaya/Gümüş**, s. 150 vd.

⁴⁰ **Güzel**, s. 282.

⁴¹ **Talas**, s. 229-233; **Güzel**, s. 283.

Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal devlet olma niteliği Anayasa Mahkemesi kararlarında da sık sık zikredilmektedir. Yüksek Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir karar uyarınca sosyal devleti;

- İnsan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren;
- Ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan;
- Kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen;
- Özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan;
- Çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler alarak çalışanları koruyan;
- İşsizliği önleyici ve millî gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan devlet olarak tanımlamıştır⁴².

Konuyla ilgili göze çarpan önemli bir husus gerek 1961 Anayasası'nda gerekse de 1982 Anayasası'nda *sosyal bir hukuk devleti* ibaresine yer verilerek bu iki kavramın birlikte ele alınmasıdır⁴³. Amacı kişinin özgürlüğü olan hukuk devleti ilkesi ile amacı bireylerin ve toplumun refahı ve mutluluğu olan sosyal devlet ilkesi ilk bakışta birbirleriyle pek de ilişkili görünmeyebilir⁴⁴. Burada bu iki ilkenin neden 1961 ve 1982 Anayasaları'nda birlikte formüle edilmiş olabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bulut'a göre nasıl sosyal hakların tanınmadığı bir toplumda kişisel hakların tam olarak kullanılamayacağı ve kişilerin tam olarak özgür olamayacakları gerçeği söz konusuysa benzer şekilde sosyal devlet ve hukuk devleti kavramları da birbirlerini tamamlamakta olup, öngörmüş oldukları şartların gerçekleşmesine karşılıklı olarak katkıda bulunmaktadır⁴⁵. *Gören*

⁴² Karagülmez, s. 177-178; Özbudun, s. 137. Bkz. Any M., 26 - 27.09.1967 gün ve E:1963/336, K: 1967/29, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=210&content=, Erişim Tarihi: 12.07.2012.

⁴³ Gören, Yaşam Kalitesi, s. 118; Karagülmez, s. 182; Bulut, s. 57.

⁴⁴ Gören, Sorumluluk, s. 201; Gören, Yaşam Kalitesi, s. 118.

⁴⁵ Bulut, s. 57. Karar için bkz. Any M., 26.10.1988 gün ve E:1988/19, K: 1988/33, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/33a2b3b0-c8c1-4014-90bf-c0bf2208e40e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 31.12.2014.

ise, Anayasa'nın meydana getirdiği bu birleşmenin, kavramların salt bir araya getirilmesinden öte bir anlamının olduğunu belirtmektedir. Yazara göre Anayasa, sosyal bir hukuk devleti ibaresini kullanmakla hukuk devleti ve sosyal devlet ile ilgili öğelerin bir bütünün parçaları olmalarını şart koşmaktadır. Bundan dolayı sosyal devlet ile hukuk devleti ilkelerini ayrı değil birlikte düşünmek gerekir⁴⁶.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında “*Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.*” ifadelerine yer vererek hukuk devleti ile sosyal devlet arasındaki kuvvetli bağın altını çizmiştir⁴⁷.

II. SOSYAL DEVLET İLKESİ AÇISINDAN KAMU İCRA HUKUKU

A. Genel Açıklama

Borç ilişkilerinde borçludan beklenen, alacaklı karşısında üstlendiği edimi kanunda ya da kararlaştırılan süre içerisinde ifa etmesidir. Bu aynı zamanda ahlakî bir görevdir. Bununla birlikte borcun zamanında ödenmesi, alacağın niteliği gözetilmeksizin kamu gücünün kullanılarak cebri icra yoluyla borcun tahsil edilmesini zorunlu kılar⁴⁸. Özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan borç veya diğer edimlerin kamu gücü aracılığıyla yerine getirilmesi genel icra hukukunun alanına girmekte ve bu husustaki usûl ve esaslar 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda⁴⁹ düzenlenmektedir⁵⁰. Yine devletin bir özel hukuk kişisi gibi davrandığı işlemleri sonucunda ortaya çıkan alacakları da bu usûlle tahsil edilmektedir⁵¹.

⁴⁶ Gören, Sorumluluk, s. 201-202; Gören, Yaşam Kalitesi, s. 118.

⁴⁷ Bulut, s. 57.

⁴⁸ Karakoç, Genel Vergi, s. 606; Arslaner, s. 25; Candan, s. 3.

⁴⁹ R.G. 19.06.1932, S. 2128

⁵⁰ Karakoç, Genel Vergi, s. 606-607; Arslaner, s. 25.

⁵¹ Mutluer/Dayanç, s. 290; Candan, s. 3; Yılmaz, s. 29.

Söz konusu borç bir vergiye ilişkin olduğunda vergi borcu yükümlü tarafından iradî olarak vadesinde ya da vadesi geçtikten sonra gecikme zammı ile birlikte ödenir. Bu hususun gerçekleşmemesi durumunda da vergi borcu cebren tahsil edilir⁵². Bununla birlikte, burada söz konusu hukukî ilişkinin kamusal bir nitelik arz etmesinden ve alacağın da kamu alacağı vasfına bürünmesinden dolayı bu tahsil süreci, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan borçların cebren tahsilinden farklı usûllere tâbidir. Yine vergi alacaklarında Devlet, hukukî ilişkinin başından beri taraf olarak bulunmakta ve alacağını tahsil etmek için kamu gücünü bizzat kendisi re'sen kullanmaktadır⁵³. İşte başta geniş ve dar anlamda vergiler olmak üzere devletin ve diğer kamu idare ve kurumlarının kamu alacağı sayılan alacaklarının güvence önlemlerini, ödenmesini ve kamu gücü kullanarak hukukî cebir aracılığıyla tahsil edilmesini düzenleyen mali hukuk dalına kamu icra hukuku denilmektedir⁵⁴. Kamu alacaklarının cebren tahsili 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun⁵⁵'de düzenlenmektedir. Hemen belirtelim kamu icra hukukunun konusunu kamu alacaklarının cebren tahsili yanında kendiliğinden ve süresi içerisinde yapılan ödemeler de oluşturmakta ve bu hususlar da Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer almaktadır⁵⁶. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un devreye girmesi kamu alacağının mahiyet ve miktar itibarıyla kesinleşerek tahakkuk etmiş olmasına bağlıdır⁵⁷. Buna göre vadesinde borcunu ödemeyen yükümlüye vergi dairesi tarafından ödeme emri çıkartılmakta; ödeme emrine rağmen borç ödenmez ise, alacağın cebren tahsili yoluna gidilmektedir. Yine

⁵² **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 155-156; **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 45 - 47; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 118; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 307; **Akdoğan**, Vergi, s. 88; **Bayraklı**, s. 131; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 305.

⁵³ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 156; **Kumrulu**, s. 651; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 609; **Karakoç**, Kamu İcra, s. 122. **Candan**, s. 3; **Arslaner**, s. 25; **Serim**, s. 8

⁵⁴ **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 24; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 608; Kamu icra hukuku - vergi icra hukuku kavramlarına ilişkin diğer tanımlamalar için bkz. **Kumrulu**, s. 650; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 157; **Mutluer/Dayanç**, s. 289; **Bayraklı**, s. 1; **Arslaner**, s. 111.

⁵⁵ R.G. 28.07.1953, S. 8469.

⁵⁶ **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 24.

⁵⁷ **Özbalcı**, s. 46.

vergi dairesi alacağı güvence altına almak için haciz, ihtiyatî haciz veya ihtiyatî tahakkuk gibi birtakım önlemleri uygulayabilmektedir⁵⁸.

Kamu alacaklarının devletin aslî gelirleri olması karşısında bunların tahsil ve takibinde özel alacaklardan farklı olarak birtakım idarî usûller ve hukuki imtiyazlar öngörülmüştür. Devlete kamu alacağının takibi ve tahsilinde bazı ayrıcalıklar tanınması ise, “toplumsal çıkarların özel çıkarlara üstün tutulması” ilkesi ile açıklanmaktadır. Buna göre, devletin kamu gücü ve egemenliğine dayanarak kamu alacaklarının tahsil ve takibinde özel alacaklarda uygulanan takip sisteminden ayrı, daha seri ve etkin işleyen araç ve yöntemlere sahip olması gayet doğaldır⁵⁹.

Görüldüğü üzere kamu icra hukuku genel icra hukukundan farklı usûllere bağlanmış bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun altında yatan sebep söz konusu alacağın kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılacak kamu gelirlerinden oluşmasıdır. Kamu hizmetlerinin görülmesi için yapılan giderler veya harcamalar olarak tanımlanan kamu giderleri⁶⁰ genel olarak vergilerle finanse edilmektedir. Kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesi ve toplumsal ihtiyaçların karşılanması, gerekli kaynakların riske atılmadan, düzenli ve zamanında temin edilmesiyle mümkün olabilir. Bu husus ise, kamu alacaklarının tahsil rejiminin belirli, özel ve etkili usuller aracılığıyla yapılması sonucunu doğurmuştur⁶¹. Gerçekten de devletin başlıca faaliyetleri arasında yer alan kamu hizmetlerinde meydana gelen artış kamu giderlerinin de artmasına yol açmış ve bunları finanse eden vergilere olan ihtiyaç artmıştır. Yine kamu giderlerinde oluşan bu artış kamu alacaklarının tahsil ve takibi üzerinde daha titiz bir şekilde durulmasına ve bunların farklı usullere bağlanmasına zemin hazırlamıştır⁶².

B. Kamu İcra Hukuku – Sosyal Devlet İlişkisi

Yukarıda sosyal devleti vatandaşlarının sosyal durumlarıyla ilgilenen ve onlara asgarî bir hayat standardı sağlamayı kendisine bir görev olarak

⁵⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 156.

⁵⁹ Gerçek, s. 14.

⁶⁰ Erginay, s. 60; Üstün, s. 260; Gündüz, s. 108; Erkin, s. 245.

⁶¹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 158; Karakoç, Kamu İcra, s. 125.

⁶² Çelik, s. 23; Arslaner, s. 25-26.

yükleyen devlet olarak tanımlamıştık. Sosyal devletin kişilere asgari bir hayat standardı sağlaması ise, esas olarak ekonomik ve sosyal hayata müdahale etmesi ile olur. Başka bir deyişle, sosyal devlet vatandaşlarının refahını sağlamak ve onlara insan onuruna yaraşır bir hayat standardı sunmak için pozitif edimlerde bulunmalıdır. Kamu icra hukukunun konusu ise, zamanında ödenmeyen bir kamu alacağının yine devlet tarafından cebren tahsil edilmesidir. Kamu icra hukukunun cebri icra niteliği, vergi dairesinin kamu alacağını tahsil ederken pek tâbi borçlu konumundaki kişinin esas olarak negatif statü ve kişi hakkı niteliğinde olan mülkiyet, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, vücut dokunulmazlığı gibi haklarına müdahale etmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu haklara yönelik müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı ise, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırları ve 2'inci maddesinde kaleme alınan hukuk devleti ilkesinin gerekleri bağlamında çözümlenecek bir husustur. Görüldüğü üzere, kamu icra hukuku ile kişi hak ve hürriyetleri ve hukuk devleti arasında sıkı bir bağ vardır⁶³.

Konuya kamu icra hukuku - sosyal devlet ilişkisi düzleminde bakacak olursak, burada, akıllara kamu icra hukuku ile sosyal devlet arasında bir bağ olup olmadığı ve eğer böyle bir bağ varsa bunun niteliğinin ne olduğu sorusu gelmektedir. Kanımızca bu bağın devletin pozitif nitelikteki bir edimi aracılığıyla oluşması imkânsızdır. Bir tarafını devlet diğer tarafını kamu borçlunun oluşturduğu kamu icra hukuku yoluyla kişilerin hayat standartlarının yükseltilmesi söz konusu olamaz. Keza kamu icra hukuku uygulamasının nihai amacı borçlunun malvarlığından vergi borcu kadar olan miktarı tahsil etmek; başka bir ifadeyle, vergi borcunun miktarı tamamlanana kadar borçlunun malvarlığını azaltmaktır. Bundan dolayı devletin bir yandan kişinin mülkiyet hakkına müdahale ederek malvarlığının azalması sonucunu doğuracak işlemi yerine getirirken diğer yandan onun ekonomik durumunu düzeltici olumlu edimlerde bulunması beklenemez. Bununla birlikte sosyal devlet ilkesi borçlunun malvarlığındaki azalmanın onun asgari bir hayat standardına sahip olmasını engelleyip engellemediği hususunda ortaya çıkabilir. Şöyle ki, nasıl sosyal devlet kural olarak kişilere insan onuruna yaraşır asgari

⁶³ Bu hususta bkz. Özekes, s. 119 vd; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 66 vd; Çiftçi, Menfaat, s. 49 vd.

bir hayat standardı sunmakla yükümlü ise, var olan asgari hayat standardını bozmamakla da yükümlü olmalıdır. Bu noktada sosyal devletin kamu icra hukukuyla olan bağlantısından bahsedilebilir. Buna göre kamu icra hukukunda sosyal devlet ilkesini “*kamu icra hukuku araçlarıyla kişilerin var olan hayat standartlarını asgari seviyenin altına çekerek onların insan onuruna yaraşmayan bir hayat sürmelerine sebebiyet vermeyen devlet*” olarak tanımlayabiliriz. Görüldüğü üzere buradaki sosyal devletin edimi pozitif değil negatif bir nitelik göstermekte olup kamu icra hukukunda sosyal devletin rolü yapmama, yapmaktan kaçınma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, sosyal devlet vergi dairesinin kamu alacağını tahsil ederken yapmakla yükümlü olduğu aktif faaliyetin sınırını ya da negatif kısmını oluşturmaktadır. Yine kamu icra hukukunda sosyal devlet ilkesi işin mahiyeti gereği kendisini borçlu açısından göstermektedir⁶⁴. Buna göre, borçlu, sırf kamu alacağının tahsil edilmesi sebebiyle her şeyi elinden alınarak topluma muhtaç hale getirilmemelidir⁶⁵. 1982 Anayasası’nın “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” ibareli 11’inci maddesinin ilk fıkrası hükmü karşısında kamu icra organları yapmış oldukları işlemler ile faaliyetlerde sosyal devlet ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar.

C. Kamu İcra Hukuku Uygulamasında Sosyal Devlet İlkesi

1. Kamu Alacağı İçin Güvence Önlemleri Açısından Sosyal Devlet İlkesi

a. Teminat ve Sosyal Devlet İlkesi

Kamu icra hukukunda teminat, kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşüreceği varsayılan birtakım sebeplerin varlığı halinde kamu alacaklısının talebi ile kamu borçlusunun kanunda belirtilen değerleri borcuna karşılık gelecek şekilde güvence olarak göstermesidir⁶⁶. Kamu alacağını güvence

⁶⁴ Özkes, s. 223.

⁶⁵ Pekcantez/Atalay/Özkan/Özkes, s. 68; Özkes, s. 222; Çiftçi, Menfaat, s. 77.

⁶⁶ Karakoç, Genel Vergi, s. 641. Bu hususta bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 166-167; Şimşek, (Şerh) s. 81; Akdoğan, Vergi, s. 90; Özbacı, s. 162; Şenyüz/Yüce/Gerçek, s.

altına almak için öngörülen yöntemlerden birisi olan bu müessesede, kamu borçlusu teminat altına alınacak malvarlığı değerlerini kendisi belirlediği için teminat, idarenin re'sen harekete geçerek borçlu üzerindeki bir kısım malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf ve zilyetlik hakkını cebren kaldırdığı ihtiyatî haciz müessesesine oranla daha hafif bir tedbirdir⁶⁷. Yine kamu alacağının tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamalarından geçerek bu işlemlerin kanunda belirtilen sürelerde yapılmasının beklenmesi ile kamu alacağının tehlikeye düşebileceği durumlarda teminatın önemi artmaktadır⁶⁸.

Teminat, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesinde düzenlenmektedir⁶⁹. Hüküm uyarınca yükümlüden teminat istenmesi iki durumda ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisi, Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesi uyarınca vergi ziyai suçu ile 359'uncu maddesinde belirtilen kaçakçılık suçu hallerinin var olması; ikincisi ise, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan vergi borçlusunun durumunun kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu göstermesidir. Hükümün lafzından ilk durum için teminat istenmesinin zorunlu; ikinci durum içinse ihtiyatî olduğu sonucu çıkmaktadır⁷⁰. Vergi ziyai cezası kesilmesi gerektiren haller ile vergi kaçakçılığı kapsamına giren hallere ilişkin olarak vergi incelemesine yetkili memurlar tarafından yapılan hesaplara göre belirlenen miktar üzerinden teminat istenebilir. Buna göre tahsil dairesi tarafından teminat istenmesi için bu iki suça ilişkin olarak vergi salınması işlemlerine başlan-

313; Çelik, s. 51; Gerçek, s. 136; Bayraklı, s. 31; Taylar, s. 71; Arslaner, s. 148; Serim, s. 15.

⁶⁷ Özbalcı, s. 162.

⁶⁸ Taylar, s. 71.

⁶⁹ Hüküm tam olarak şu şekildedir:

"213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesi uyarınca vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359 uncu maddesinde sayılan hallere temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenir.

Türkiye'de ikametgahı bulunmayan amme borçlusunun durumu amme alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesi kendisinden teminat isteyebilir."

⁷⁰ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 166-167; Karakoç, Genel Vergi, s. 643; Şenyüz/Yüce/ Gerçek, s. 313; Mutluer/Dayanç, s. 296; Taylar, s. 71.

malıdır. Yine teminatın istenmesi için kamu alacağının geçici de olsa tarh edilmiş olması gerekmele birlikte, tebliğ ve tahakkuk etmesi şart değildir⁷¹. Türkiye’de ikametgâhı bulunmayan kamu borçlusundan teminat istenmesi için gerekli olan kamu alacağının tahsilinin tehlikede olması unsurunun gerçekleşmesi hususunda ise, ikametgâhı olmayan bireyin muteber birisi olmaması, ülkeyi terk etme niyeti olduğunun izlenimini verecek şekilde işlerini tasfiyeye yönelmesi, vergiyi karşılayacak seviyede malvarlığının bulunmaması gibi durumlar örnek verilmektedir⁷².

Görüldüğü üzere Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 9’uncu maddesi ve devamında düzenlenen teminat müessesesi ile bir yandan kamu alacağı güvence altına alınmakta; diğer yandan da borçluya kamu alacağını karşılayacak teminatı belirleme konusunda bir inisiyatif verilerek mali durumunu en az etkileyecek malvarlığı değerlerini belirlenmesi için fırsat tanınmaktadır. Bu husus borçlu açısından bir avantajdır⁷³. Yine Kanun’un 10’uncu maddesinin son fıkrasında borçlunun, verdiği teminatı kısmen veya tamamen aynı değerdeki başkalarıyla değiştirebileceği hükme bağlanarak menfaati gözetilmeye çalışılmıştır. Nitekim teminat verildikten sonra dahi kamu borçlusu uygun gördüğü malvarlığı değerlerini teminat gösterdikleriyle değiştirebilmektedir. Görüldüğü üzere, hüküm kamu borçlusunun ekonomik durumunu ve hayat standardını olabildiğince korumaya yöneliktir ve sosyal devlet ilkesiyle uyum içerisindedir.

b. İhtiyatî Haciz ve Sosyal Devlet İlkesi

İhtiyatî haciz, ileride tahakkuk ederek ödeme vadesi gelecek ya da ödeme emri gönderilecek bir kamu alacağının tahsilini güvence altına almak amacıyla kanunda belirtilen sebeplere dayanarak kamu borçlusunun bir takım mal, alacak veya haklarına idarî bir kararla el konulmasıdır⁷⁴. İhtiyatî

⁷¹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 642; **Mutluer/Dayanç**, s. 295; **Özbalcı**, s. 162; **Gerçek**, s. 125.

⁷² **Mutluer/Dayanç**, s. 296.

⁷³ **Özbalcı**, s. 162.

⁷⁴ **Dönmez**, s. 12-13; **Özbalcı**, s. 202; **Kaneti**, s. 432; **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 74-75; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 646; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 315; **Gerçek**, s. 147; **Şimşek**, Şerh, s. 103; **Çelik**, s. 66; **Oktar**, s. 303; **Bayraklı**, s. 44; **Serim**, s. 39.

hacze konu olan mallar üzerinde kamu borçlusunun tasarrufta bulunması alacaklı idarenin izni olmadan mümkün değildir⁷⁵. İhtiyatî haczin kesin hacizden farkı, geçici bir hukukî önlem olmasına paralel olarak malın paraya çevrilmesi sonucunu doğurmamasıdır⁷⁶. Kesin haciz kararı verilebilmesi için alacağın tahakkuk etmesi ve ödeme emri çıkarılması gerekirken, ihtiyatî haciz, ihtiyatî tahakkuk yapılması şartıyla henüz tahakkuk etmemiş kamu alacakları ile kesin haciz aşamasına gelmemiş tahsili kabil kamu alacakları için yapılabilir. Yine ödeme emri gönderildikten sonra yedi günlük ödeme veya dava açma süresinin dolmasından önce de kesin haciz aşamasını gerektiren aşamaya gelinmediğinden ihtiyatî haciz yapılabilir⁷⁷.

İhtiyatî haciz kamu alacağının korunması için en etkili yollardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁸. İhtiyatî haciz müessesesinin kabul edilmesinin altında yatan temel sebep ise, kamu borçlusunun borcunu ödememek için mallarını kaçırmaya tehlikesine karşı kamu alacağının güvence altına alınmasıdır⁷⁹. İhtiyatî haciz, bir idarî kararla kamu borçlusunun bir kısım malvarlığı üzerinde zilyetliğinin sonlandırılması şeklinde uygulandığı için, kamu borçlusunun malvarlığına dâhil veya malvarlığı dışındaki bir kıymeti kendisi takdir edip borcuna karşılık olarak gösterdiği teminat müessesesinden daha ağır bir koruma tedbiridir⁸⁰. Genel icra hukukundaki ihtiyatî haciz kararı mahkeme tarafından verilirken kamu icra hukukunda ihtiyatî haciz kararı alacaklı kamu idaresinin mahalli en büyük memuru tarafından herhangi bir süre sınırına bağlı olmaksızın verilmektedir⁸¹.

İhtiyatî haciz, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13'üncü ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Yine aynı maddenin

⁷⁵ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 649; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 316; **Gerçek**, s. 156.

⁷⁶ **Candan**, s. 98.

⁷⁷ **Candan**, s. 98.

⁷⁸ **Yılmaz**, s. 164.

⁷⁹ **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 74.

⁸⁰ **Özbalcı**, s. 202; **Kaneti**, s. 432; **Çelik**, s. 67.

⁸¹ **Karakoç**, s. Kamu Alacakları, s. 75. Bu hususun bir tür fonksiyon gaspı oluşturduğu ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu görüşü için bkz. **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 362-364.

ikinci fıkrası ihtiyatî haciz sebeplerini ihtiva etmektedir.⁸² Bunlar arasında teminat istenmesi gerektiren durumların belirtilmesi dikkat çekicidir. Bununla birlikte teminat gösterilmesi gerekli hallerin başlı başına varlığı ihtiyatî haciz için yeterli iken fıkranın 4'üncü bendinde borçlunun istenildiği halde teminat göstermemesi de ihtiyatî haciz sebebi olarak sayılmıştır. Bu durum karşısında bu iki bent arasında mantıki bir bağ olduğunu söylemek güçleşmektedir.⁸³ Gerçekten, hükümdeki ibarelerden ortada teminat istenilmesi gereken bir durum varsa, idarenin teminat istemek ya da ihtiyatî haczi uygulamak seçeneklerinden birisini tercih etmede takdir yetkisinin olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kamu borçlusu açısından ihtiyatî haciz, teminata kıyasla çok daha ağır bir tedbirdir. Nitekim teminatta borçlu kendi ihtiyaçları açısından bir önem sırası belirleyerek ekonomik olarak kendisini en az zor duruma düşürecek ve hayat standardını etkileyecek varlıklarını teminat olarak gösterebilirken ihtiyatî hacizde ise, kamu idaresi borçlunun herhangi bir malvarlığı değerine el koyabilir. Bundan dolayı borçlunun malvarlığını kaçırma ya da hileli yollara sapma yönünde bir hareketi olmadığı sürece teminat istenen hallerin varlığı durumunda derhal ihtiyatî haciz istenmeyerek öncelikle teminat istenmesi borç-

⁸² Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesi uyarınca: "İhtiyatî haciz aşağıdaki hallerden herhangi birinin mevcudiyeti takdirinde hiçbir müddetle mukayyet olmaksızın alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla, haczin ne suretle yapılacağına dair olan hükümlere göre, derhal tatbik olunur:

1. 9 uncu madde gereğince teminat istenmesini mucip haller mevcut ise,
2. Borçlunun belli ikametgahı yoksa,
3. Borçlu kaçmışsa veya kaçması, mallarını kaçırması ve hileli yollara sapması ihtimalleri varsa,
4. Borçludan teminat gösterilmesi istendiği halde belli müddette teminat veya kefil göstermemiş yahut şahsi kefalet teklifi veya gösterdiği kefil kabul edilmemişse,
5. Mal bildirimine çağrılan borçlu belli müddet içinde mal bildiriminde bulunmamış veya noksan bildirimde bulunmuşsa,
6. Hüküm sadır olmuş bulunsun bulunmasın para cezasını müstelzim fiil dolayısıyla amme davası açılmış ise,
7. İptali istenen muamele ve tasarrufların mevzuunu teşkil eden mallar, bu mallar elden çıkarılmışsa elden çıkarılan diğer malları hakkında uygulanmak üzere, bu kanunun 27, 29, 30 uncu maddelerinin tatbikini icabettiren haller varsa."

⁸³ **Özbalcı**, s. 209-210. Benzer yönde **Çelik**, s. 68.

lunun menfaati ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un ruhu açısından daha uygun olacaktır⁸⁴. Bu şekilde bir uygulama aynı zamanda sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir.

İhtiyati haciz konusunda sosyal devlet ilkesi ile ilgili diğer bir husus ihtiyaten haczedilecek malvarlığı değerinin miktarıdır. Öncelikle ihtiyatî haciz kararının sebebini teşkil eden kamu alacağının miktarı ihtiyatî haciz kararında belirtilmelidir⁸⁵. Ayrıca ihtiyatî hacze konu olacak malvarlığının kamu alacağının miktarından fazla olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle ihtiyatî hacizde borçlunun mal, alacak ve haklarından kamu alacağını karşılayacak kısmına el konulmalıdır⁸⁶. Aksi durum mülkiyet hakkı borcunun miktarına göre ölçsüz bir şekilde sınırlanan kamu borçlusunun ekonomik durumunun daha da çok zarar görmesi anlamına gelir ki bu husus açıkça sosyal devlet ilkesine aykırı olur.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca ihtiyatî haciz kararının uygulanması sonrasında kamu borçlusunun isteği ve teminat göstermesi üzerine ihtiyatî haciz kararının kaldırılacağı belirtilmiştir⁸⁷. Bu konuda ihtiyatî haczi kaldırmaya yine haczi koyan merci yetkilidir. Yine ihtiyatî haczi koyan merci, Kanun'da belirtilen teminatlardan birisinin kamu alacağını karşılamaya yetecek miktarda gösterildiğinin tespit edilmesi durumunda ihtiyatî haczi kaldırmak zorundadır⁸⁸. Görüldüğü üzere

⁸⁴ **Dönmez**, s. 21; **Gerçek**, s. 150; **Yılmaz**, s. 165-166; **Taylar**, s. 79. Bu konuda çözüm olarak teminat istenilen bir durum olan vergi kaçakçılığına dayalı vergi aslı ve vergi ziyayı cezası gerektiren hâller için doğrudan ihtiyatî hacze başvurulması kabul edilerek vergi kaçakçılığı olmaksızın vergi ziyasına yol açılması durumunda ise ihtiyatî haczin uygulanabilmesi için öncelikle kamu borçlusundan teminat istenebileceği belirtilmektedir. **Taylar**, s. 81.

⁸⁵ **Arslaner**, s. 157.

⁸⁶ **Gerçek**, s. 155; Benzer yönde **Bayraklı**, s. 51.

⁸⁷ Hüküm tam olarak şöyledir: "*Borçlu, 10 uncu maddenin 5 inci bendinde yazılı menkul mallar hariç olmak üzere, mezkûr maddeye göre teminat gösterdiği takdirde ihtiyati haciz, haczi koyan merci tarafından kaldırılır.*" Görüldüğü üzere Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 10. maddesinin 5. bendi kapsamındaki menkul mallar teminat olarak gösterilebilecek değerler kapsamında kabul edilmemiştir.

⁸⁸ **Candan**, s. 118. Esasen ihtiyatî haciz herhangi bir süreye bağlı olmaksızın uygulandığı için tahsil dairesi tarafından kesin hacze çevrildiğinde kalkmaktadır. Bunun içinse kamu alacağının vadesinin gelmesi gerekir. Bu şekilde ihtiyatî hacze konu olan kamu alacağı, sanki teminatsız bir alacakmış gibi takip edilebilir. Bkz. **Gerçek**, s. 157.

bu hususta idareye takdir yetkisi tanınmayarak malvarlığına ihtiyatî haciz konulan kamu borçlusunun hükümde belirtilen teminatları göstermesi halinde ihtiyatî haczi kaldırılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, borçluya ihtiyatî hacze konu olan malvarlığı değerlerinin yerine, üzerinde tasarrufta bulunmaması ekonomik durumunu daha az etkileyecek malvarlığı değerlerini teminat olarak göstererek ekonomik durumunu bir nebze de olsa iyileştirme fırsatı verilmiştir. Bu yönüyle düzenleme sosyal devlet ilkesi ile uyum içerisindedir.

2. Kamu Alacağıın Cebren Tahsili Süreci Açısından Sosyal Devlet İlkesi

a. Genel Olarak

Kamu alacağıın cebren tahsili, kamu borçlusu tarafından kanunlarda belirtilen usûllere uygun olarak vadesinde ödenmeyen kamu alacağıın kamu idaresi tarafından hukukî cebre dayanarak tahsil edilmesidir⁸⁹. Kamu alacaklarının cebren tahsiline gidilmesi için öncelikle usûlüne uygun olarak tarh ve tahakkuk eden kamu alacağıın tahsil aşamasına gelmesi ve borçlunun kamu borcunu vadesinde ödememiş olması gerekir. Bununla birlikte kamu alacaklarının cebren tahsil aşamasından önce borçluya bir ödeme emri gönderilerek vadesi gelen borcunu ödemesi hususunda son bir şans tanınarak davet yapılması gerekir⁹⁰. Nitekim, borçluya usûlüne uygun olarak gönderilmesi gereken ödeme emri cebren tahsil sürecinin ilk basamağını ve temelini oluşturmaktadır⁹¹. Ödeme emri kamu borcunu, borcun nedenini, aslının ve

⁸⁹ Karakoç, s. 643; Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 305; Mutluer/Dayanç, s. 315; Gerçek, s. 191; Candan, s. 278.

⁹⁰ Gerçek, s. 192-193.

⁹¹ Kaneti, s. 447; Özbacı, s. 556; Candan, s. 280; Güzel/Özdemir, s. 127. Nitekim Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 55. maddesinin ilk fıkrası uyarınca "Amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir "ödeme emri" ile tebliğ olunur." Cebren tahsil sürecinin ödeme emri aşaması hakkında geniş bilgi için bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 162-165; Karakoç, s. 645-651; Özbacı, s. 555 vd.; Mutluer/Dayanç, s. 315-318; Çelik, s. 183 vd.; Akdoğan, Vergi, s. 95-96; Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 305 vd.; Candan, s. 280 vd.; Gerçek, s. 193 vd.; Tombaloğlu, s. 212 vd.; Yılmaz, s. 652 vd.; Güzel/Özdemir, s. 127 vd.

ferilerinin mahiyetini, miktarlarını, nereye ödeneceğini, vadesinde ödenmediği takdirde cebren tahsil aşamasına geçileceğini ve diğer yaptırımları borçluya ihtar eden bir belgedir⁹². Görüldüğü üzere ödeme emrinin işlevi ve önemi, borçlunun kendisi hakkında başlatılan takip hakkında haberdar edilerek bu suretle ona gerekli savunmalarını sunabilme fırsatı verilmesinde yatmaktadır⁹³.

Kamu alacağının vadesinin gelmesine rağmen borçlu tarafından ödenmemesi halinde kamu gücü yoluyla zorla tahsil edileceğini yukarıda belirtmiştik. Bu hususta Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 54'üncü maddesi kamu alacaklarının tahsili açısından üç yol öngörmekte olup bunlar borçludan teminat alınmışsa teminatın paraya çevrilmesi yahut kefil gösterilmişse kefilin takibi; haciz yoluyla takip ve şartların gerçekleşmesi halinde borçlunun iflâsının istenmesi yoluyla takiptir. Buna göre borçlu teminat göstermiş ise, teminat paraya çevrilerek; kefil göstermişse kefil takip edilerek idare tarafından kamu alacağının tahsili yoluna gidilebilecektir. Yine borçlunun kamu alacağını karşılayacak ölçüdeki malvarlığı haczedilerek ya da borçlunun iflâsının istenmesi suretiyle de kamu alacağı tahsil edilebilecektir. Her ne kadar Kanun'un 54'üncü maddesi cebri icra yollarını teminatın paraya çevrilmesi yoluyla takip, haciz yoluyla takip ve iflâs yoluyla takip sırası ile ifade etmişse de idarenin bu sıraya uyma zorunluluğu bulunmamaktadır⁹⁴. Bununla birlikte, cebri icra sırasında idare, kamu alacağının en kısa ve zahmetsiz usûlle tahsil edilmesini amaçlayacağı için teminat varsa bunun paraya çevrilmesi yoluyla takibin; yoksa haciz yoluyla takibin, borçlunun iflâsının istenmesi suretiyle takip edilerek alacağın tahsil edilmesinden daha etkin bir yol olduğunu belirtelim⁹⁵. Bunun sebebi, ilk iki cebren tahsil usûlünün kamusal imtiyazlar dâhilinde Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında; diğerinin ise, İcra ve İflas Kanunu kapsamında yapılmasıdır⁹⁶.

⁹² **Yılmaz**, s. 652.

⁹³ **Çiftçi**, Menfaat, s. 260-261; **Çiftçi**, Karşılaştırma, s. 345.

⁹⁴ **Arslaner**, s. 111-112.

⁹⁵ **Arslaner**, s. 112.

⁹⁶ **Arslaner**, s. 112. Nitekim Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 100'üncü maddesi uyarınca, "Amme alacaklarının tahsili için İcra ve İflas Kanunu hükümleri dairesinde amme borçlusunun iflâsı istenebilir."

b. Teminatın Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip ve Sosyal Devlet İlkesi

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 56'ncı maddesi, teminatın paraya çevrilmesi yoluyla kamu alacağının tahsil edilmesini düzenlemektedir. Hüküm uyarınca "Karşılığında teminat gösterilmiş bulunan amme alacağı vadesinde ödenmediği takdirde, borcun 7 gün içinde ödenmesi, aksi halde teminatın paraya çevrileceği veya diğer şekillerle cebren tahsile devam olunacağı borçluya bildirilir. 7 gün içinde borç ödenmediği takdirde teminat bu kanun hükümlerine göre paraya çevrilerek amme alacağı tahsil edilir." Görüldüğü üzere, vadesinde ödenmemiş teminata bağlı alacaklar için borcun yedi gün içerisinde ödenmesi için borçluya tebligat yapılmakta, aksi halde teminat paraya çevrilerek kamu alacağı tahsil edilmektedir. Borçluya yapılan bu bildirim ödemeye emri hükmünde olduğu belirtilmektedir⁹⁷. Yine teminatın paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takibin haciz yoluyla yapılan takibin bir görünümü olduğunu söyleyebiliriz⁹⁸.

Hükümden anlaşılacağı üzere vadesinde ödenmemiş kamu alacağının teminata bağlanmış olması halinde teminatın derhal paraya çevrilerek kamu alacağının tahsil edilmesi kabul edilmemiştir⁹⁹. Buna göre, öncelikle borçluya tebligat yapılarak yedi gün içerisinde borcunu ödeyebileceği bildirilmelidir. Bu hükmün sosyal devlet ilkesi ile bağlantısı ise, borçluya teminatı oluşturan değere oranla, kaybı hayat standardını veya ekonomik durumunu daha az etkileyebilecek varlıklarını kullanarak borcunu ödeme imkânının tanınmasıdır. Bundan dolayı teminatın doğrudan paraya çevrilmeyerek borç-

⁹⁷ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 162. Bununla birlikte öğretilerde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 56'ncı maddesinde öngörülen uyarı yazısı ya da ödemeye çağrı mektubunun ortada bir teminat olmasına paralel olarak kamu alacağının hâlihazırda güvencede olmasından dolayı, esas olarak borçlunun çıkarını korumak için düzenlendiği; çünkü, borçlu tarafından gösterilen teminatların paraya çevrilmesinin borçlu açısından büyük bir itibar kaybı oluşturacağı belirtilmektedir. Buna göre, bu yönüyle Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 56'ncı maddesindeki bildirim yazısı esas olarak cebren tahsilata başvurulması için düzenlenen ödeme emrinden farklıdır. **Gerçek**, s. 208.

⁹⁸ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 670. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Yılmaz**, s. 670 vd.; **Özbalcı**, s. 593 vd.; **Şimşek**, Şerh, s. 443 vd.; **Tombaloğlu**, s. 221 vd.; **Candan**, s. 286-289; **Bayraklı**, s. 134-136; **Arslaner**, s. 112-115.

⁹⁹ **Mutluer/Dayanç**, s. 319.

luya borcunu ödemesi için yedi günlük süre tanınmasını öngören hüküm sosyal devlet ilkesini yansıtan bir düzenlemedir.

c. Mal Bildiriminde Bulunma ve Sosyal Devlet İlkesi

Kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlunun izleyebileceği üç yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ödeme emrinde yazılı olan meblağı ödemek; ikincisi, ödeme emrine kısmen ya da tamamen itiraz etme suretiyle vergi mahkemesinde dava açmak; üçüncüsü ise, mal bildiriminde bulunmaktır¹⁰⁰. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesi mal bildirimini, "*borçlunun gerek kendisinde, gerekse üçüncü şahıslar elinde bulunan mal, alacak ve haklarından borcuna yetecek miktarın, nevini, mahiyetini, vasfını, değerini ve her türlü gelirlerini veya haczi kabil mal veya geliri bulunmadığını ve yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya sözle tahsil dairesine bildirmesi*" olarak tanımlamıştır. Mal bildirimi müessesesinin kanunda düzenlenmesinin amacı borçlunun kamu borcunu ödeyebilecek kadar malvarlığına sahip olup olmadığı hakkında bilgi sahibi olunmasıdır¹⁰¹. Nitekim borçlunun mal bildiriminde bulunması tatbik edilecek haciz aşamasını kolaylaştırıcı bir etki yapmaktadır¹⁰². Mal bildirimi niteliği itibariyle bir tür servet bildirimi olmadığı için borçlunun tüm mallarını bildirmesi gerekmediği gibi borcuna yetecek kadar malı bildirmesi yeterlidir. Bununla birlikte, malın borcu karşılayıp karşılamayacağını takdir etme yetkisi tahsil dairesine ait olduğu için tahsil dairesi, bildirilen malların borcu tam olarak karşılamadığı ya da haciz veya satışının güç olacağı kanısına varırsa borçludan ek mal bildiriminde bulunmasını isteyebilir. Yine bildirim konu olabilecek mallar hacze kabil mallar olup borçlunun malının bulunmadığı ya da hacze kabil malının olmadığı yönündeki irade beyanı da mal bildirimi sayılır¹⁰³. Nitekim hacze uygun malı, alacağı ya da hakkı olmayan borçlu da

¹⁰⁰ Karakoç, Genel Vergi, s. 678.

¹⁰¹ Yılmaz, s. 712.

¹⁰² Karakoç, Genel Vergi, s. 678; Gerçek, s. 202.

¹⁰³ Karakoç, Genel Vergi, s. 679; Özbalcı, s. 651; Yılmaz, s. 712-713; Candan, s. 378-379.

mal bildiriminde bulunmak zorundadır¹⁰⁴. Mal bildiriminde bulunan borçlu, bildirdiği mallar üzerinde haciz işlemi tesis edilmedikçe bu mallar üzerinde tasarrufta bulunabilir¹⁰⁵. Bununla birlikte yapılan tasarruf sonucunda bildirilen malların borcu karşılayamayacak hale düşmesi durumunda borçlu en kısa sürede borcunu karşılayacak düzeyde yeni bir bildirimde bulunmalıdır¹⁰⁶.

Alacaklı tahsil dairesi borçlunun mallarını haciz ve satış yoluyla iktisap etmeye kalktığı zaman sadece mal bildiriminde bulunan malları haczetmesi yönünde kanunî bir sınırlama bulunmamaktadır. Hatta Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "*Borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince haczolunur.*" ifadeli 62'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmü karşısında tahsil dairesinin borçlunun mal bildiriminde belirtilen malları dışındakileri de haczedebileceği gibi bir mana çıkmaktadır. Bununla birlikte aynı maddenin son fıkrası hükmü¹⁰⁷ karşısında kamu alacağının tahsili açısından bir sıkıntı meydana getirmediği sürece tahsil dairesinin mal bildiriminde bulunan malları haczetmesi, borçlunun menfaatlerinin olabildiğince sağlanması açısından daha uygun olacaktır¹⁰⁸. Bu aynı zamanda sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Çünkü, borçlu mal bildiriminde bulunurken pek tabii öncelikle haczi durumunda ekonomik durumunun en az etkileneceği veya kendisi için daha az zarurî nitelikte olan malları belirtecektir. Bundan ötürü tahsil dairesi haciz işlemi gerçekleştirirken mal bildiriminde gösterilmeyen mallardan olabildiğince kaçınmalı; yokluğu borçlunun hayat standardını asgari seviyenin altına çekebilecek veya onu ekonomik anlamda çok zor duruma sokabilecek malların haczinden mümkün olduğunca imtina etmelidir.

¹⁰⁴ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 680; **Candan**, s. 378.

¹⁰⁵ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 680.

¹⁰⁶ **Mutluer/Dayanç**, s. 318; **Gerçek**, s. 204.

¹⁰⁷ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'inci maddesinin son fıkrası uyarınca "*Tahsil dairesi alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir.*"

¹⁰⁸ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 679; **Özbalcı**, s. 652; **Arslaner**, s. 226.

ç. Kamu Alacağı'nın Tecili ve Sosyal Devlet İlkesi

Kamu borçlusunun borcunu vadesinde ödemesi, kendisine haciz uygulanması ya da haczedilen mallarının paraya çevrilmesi aşamalarında ekonomik olarak çok zor duruma düşebilmesi mümkündür. Böyle hallerde borcun ödenmesinin bir süre ertelenmesinin alacaklı kamu idaresiyle borçlunun menfaatlerinin dengelenmesi açısından önemli olduğu belirtilmektedir. Bilhassa vergi borçları açısından iyiniyetli borçlunun vergiyi ödeyebilme yeteneğini koruyabilmesi ve kamu alacağı'nın kaynağının sürekliliğinin sağlanması için birtakım durumlarda borcun ertelenmesi gerekli olabilmektedir¹⁰⁹. Bu hususta Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 48'inci maddesinde kamu alacağı'nın tecilini düzenlemiştir. Hükümün ilk fıkrası uyarınca “*Amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haczolunmuş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla, alacaklı amme idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca; amme alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir.*” Hükümden anlaşılacağı üzere tecil kararı vermek tahsil dairesi için bir mecburiyeti ifade etmemektedir. Başka bir ifadeyle, idare tecil talebine olumlu yanıt verip vermeme hususunda takdir yetkisine sahiptir¹¹⁰. Tecil müessesesi ile borçlu tarafından kamu alacağı'nın ödenmesi, borçluya haciz uygulanması veya haczolunan malların paraya çevrilmesi aşamalarında borçlunun ekonomik olarak çok zor duruma düşmesinin söz konusu olacağı durumlarda kamu alacağı'nın ertelenmesine olanak tanınarak borçlunun menfaatinin korunmaya çalışılması kamu icra hukukunda sosyal devlet ilkesinin yansımalarından birisidir. Buradaki çok zor duruma düşme tâbirinin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmek için gerekli olan asgari geçim standartlarının altına düşmek olarak anlaşılması gerekir. İdare bu hususu takdir ederken mümkün olduğunca borçlu lehine yorum yapmalıdır¹¹¹. Yine kamu alacağı'nın tecili için

¹⁰⁹ Kaneti, s. 443; Karakoç, Genel Vergi, s. 705; Şimşek, Şerh, s. 368; Şenyüz/Yüce/ Gerçek, s. 300; Çelik, s. 159; Gerçek, s. 86; Bayraklı, s. 114.

¹¹⁰ Karakoç, Genel Vergi, s. 705; Özbacı, s. 476; Mutluer/Dayanç, s. 308; Gerçek, s. 87.

¹¹¹ Seri A 1 No'lu Tahsilat Genel Tebliği (R.G. 30.06.2007, S. 26568) uyarınca “*Tecilin yapılması sırasında amme alacağı'nın tecil dolayısıyla tehlikeye girmemesi, teminat altına alınması şartları göz önünde bulundurulacağı gibi, “çok zor” durumun takdirinde*

Kanun'da yer almamasına rağmen borçlunun kamu borcunu ödeme sürecinde iyi niyetli davranması da aranmaktadır¹¹².

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, kamu alacağının tecil edilmesi için borçlunun teminat göstermesini zorunlu tutmaktadır. Bununla birlikte Kanun'un 48'inci maddesinin ikinci fıkrası "*Şu kadar ki, amme borçlusunun alacaklı tahsil daireleri itibarıyla tecil edilen borçlarının toplamı ellibin Yeni Türk Lirasını (bu tutar dâhil) aşmadığı takdirde teminat şartı aranılmaz. Bu tutarın üzerindeki amme alacaklarının tecilinde, gösterilmesi zorunlu teminat tutarı ellibin Yeni Türk Lirasını aşan kısmın yarısıdır...*" hükmüne yer vermektedir. Bu hususta elli bin lirayı aşmayan alacaklar için teminat istenmemesi sosyal devlet ilkesi ile uyumludur. Nitekim borçlu zaten çok zor duruma düşeceği için tecil talebinde bulunduğundan bu hususta teminat istenmesinin hükme bağlanması tecil müessesesi aracılığıyla borçlu açısından ulaşılmak istenen sonuç ile çelişki oluştururdu. Yine elli bin lirayı aşan borçlar için de aşan kısmın yarısı kadar teminat istenmesi, borçlunun ekonomik durumu ve hayat standardına olabildiğince az müdahale etmeye yönelik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tecil ile ilgili bahsetmek istediğimiz son husus tecil edilen kamu alacaklarına uygulanan faizdir. Maliye Bakanlığı'nın Seri: C Sıra No: 2 Tahsilat Tebliği¹¹³ uyarınca 21.10.2010 tarihinden itibaren yıllık % 12 tecil faizi uygulanmaktadır. Görüldüğü üzere tecil için uygulanacak faiz oranı, yıllık %16,80 olan kamu alacakları için uygulanan gecikme zammı oranın-

de icra takibine başlanması ya da takibin devamı halinde borçlunun gelir kaynaklarının ortadan kalkmasına ya da faaliyetlerinin devamının engellenmesine sebebiyet verilip verilmediğinin de bir ölçü olarak göz önünde bulundurulması icap etmektedir." Tebliğe göre borçlunun çok zor duruma düşmesinin belirlenmesinde gelir kaynaklarının ortadan kalkmasına ya da faaliyetlerinin devamının engellenmesine sebebiyet verilip verilmediği hususları kıstas olarak kullanılmaktadır.

¹¹² **Karakoç**, Genel Vergi, s. 705; **Özbalcı**, s. 478; **Gerçek**, s. 94-95. Nitekim Seri A 1 No'lu Tahsilat Tebliği uyarınca "*Kanunun tecil için öngördüğü şartlardan borç ödemedeki iyi niyet sahibi olma şartına da tecil taleplerinin değerlendirilmesi sırasında dikkat edilecek, öteden beri borç ödeme alışkanlığı bulunmayan borçluların önerdikleri ödeme planlarının gerçekçi olmadığı kanaatine ulaşılan hallerde tecil talepleri, çok zor durumda olmaları halinde dahi, kabul edilmeyecektir."*

¹¹³ R.G. 21.10.2010, S. 27736.

dan¹¹⁴ daha düşük olacak şekilde belirlenmiştir. Bu düzenleme borçlunun lehine gibi görünse de, tecil müessesesinin aslî amacını borçlunun çok zor duruma düşmesinin engellenmesi hususu oluşturduğu için sürenin bitiminde faiziyle birlikte oluşacak borcun da kişinin ekonomik durumunu temelden sarsacak nitelikte olmaması gerekir. Bundan ötürü, her ne kadar tecil faizi oranı kamu alacakları için uygulanan gecikme zammı oranından daha az miktarda belirlenmiş olsa da kanımızca bu durum sosyal devlet ilkesi açısından yeterli değildir. Burada tecilin uygulanması için borçlunun iyiniyetli olması şartının da arandığını göz önüne aldığımızda bu oranın sadece kamu borcunun tecil süresi içinde değer kaybetmesini önleyici bir niteliğe sahip olması yeterlidir. Bu hususta tecil için özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklar için öngörülen %9 kanunî faiz oranının¹¹⁵ aranması sosyal devlet ilkesi açısından daha uygun bir düzenleme olacaktır.

d. Kamu Alacağının Doğal Afetler Sebebiyle Terkini ve Sosyal Devlet İlkesi

Terkin, tahakkuk etmiş olan bir kamu alacağının kanunun öngörmesi veya idari işlemler sonucunda tahakkuktan düşürülmesi, alacağın kayıtlardan silinmesidir¹¹⁶. Terkin sonucunda tahsil dairesinin kamu alacağını isteme hakkı ortadan kalkmaktadır¹¹⁷. Terkin müessesesi *Tabii Afetler Sebebiyle Terkin ve Tahsil İmkânsızlığı Nedeniyle Terkin* başlıkları altında Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 105 ve 106'ncı maddelerde düzenlenmiştir. Konumuz açısından önemli olan terkin türü ise 105'inci maddede düzenlenen tabii afetler sebebiyle terkindir. Hükmün ilk fıkrası uyarınca "*Yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzeyen afetler yüzünden zarara maruz kalan varlıklarının ve mahsullerinin en az üçte birini kaybedenler adına tahakkuk ettirilmiş ve afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili amme alacakları İcra Vekilleri Heyeti kararıyla kısmen veya*

¹¹⁴ Bkz. 2010/965 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, R.G. 19.10.2010, S. 27734.

¹¹⁵ Bkz. 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, R.G. 30.12.2005, S. 26039.

¹¹⁶ **Yılmaz**, s. 1039.

¹¹⁷ **Güzel/Özdemir**, s. 237.

*tamamen terkin olunur*¹¹⁸.” Kanun’un 105’inci maddesinin ikinci fıkrasında terkin müessesesinden faydalanmak için afetin gerçekleştiği tarihten itibaren 6 ay içinde ilgili kamu idaresine yazılı müracaat edilmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir. Bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir¹¹⁹. Görüldüğü üzere kamu borçlusu doğal afetler sebebiyle malvarlığının veya mahsullerinin üçte birini yitirirse, afetin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili kamu alacakları bakanlar kurulu kararı ile terkin olunmaktadır¹²⁰. Yine hüküm *bunlara benzeyen afetler* ibaresine yer vererek kişinin malvarlığında veya ürünlerinde azalma meydana getirebilecek her türlü doğal afeti terkin kapsamına almıştır¹²¹. Terkin için gerekli şartların sağlanması halinde Bakanlar Kurulu’nun terkinde karar verme açısından bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim hükümdeki *terkin olunur* ibaresinden böyle bir sonuç çıkmaktadır. Bununla birlikte, terkin edilecek kamu alacağının miktarı; yani terkinin tamamen mi kısmen mi yapılacağı hususunda Bakanlar Kurulu’nun takdir yetkisi vardır¹²².

¹¹⁸ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 105’inci maddesinin son fıkrası uyarınca Vergi Usul Kanunu’na giren kamu alacakları hakkında da ilgili kanunun 105’inci maddesi hükümleri tatbik olunacaktır.

¹¹⁹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 710.

¹²⁰ 24.04.1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu’nun ilk halinde iki başlı yürütme organının sorumlu ve yetkili tarafı için icra vekilleri heyeti tabirine yer verilmiştir. Anayasa’da 10.1.1945 tarih ve 4695 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda icra vekilleri heyeti tabiri metinden çıkartılarak yerine bakanlar kurulu ibaresi getirilmiştir. Bununla birlikte, Anayasa’nın metni 24.12.1952 tarih ve 5997 sayılı Kanun ile tekrar ilk şekline döndürülmüş ve bakanlar kurulu yerine tekrardan icra vekilleri heyeti ibaresi getirilmiştir. **Gözler**, s. 34. 21.07.1953 tarihli Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da da 1924 Anayasası’nda meydana gelen bu son değişikliğe paralel olarak icra vekilleri heyeti ibaresine yer verilmiştir.

¹²¹ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 105/3 hükmü “*Bu madde şümulüne giren bir zararın mevcut olup olmadığı mahalli il veya ilçe idare kurullarınca, zararın derecesi, Maliye Vekâletince genel olarak belirtilecek esaslar dâhilinde ilgili amme idarelerince tespit olunur.*” ibaresine yer vererek doğal afetler sebebiyle terkin kapsamına girecek bir zararın olup olmadığının belirlenmesi konusunda mahalli il veya ilçe idare kurullarını; zararın derecesi bakımından ise Maliye Bakanlığı’na belirtilecek esaslar dâhilinde ilgili kamu idarelerini yetkilendirmiştir.

¹²² Aynı yönde bkz. **Candan**, s. 609.

Görüldüğü üzere doğal afetler yüzünden malvarlığında veya mahsullerinde azımsanmayacak ölçüde azalma meydana gelen kamu borçlusunun borcunun kısmen ya da tamamen terkinini kabul edilerek zaten ekonomik açıdan büyük bir kayıp yaşayan kişinin bir de cebri icra yollarının kullanılması suretiyle hayat standardının ölçüsüz şekilde zarar görmesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Bu sebeple kamu alacağının terkin edilmesi müessesesi kamu icra hukukunda sosyal devletin yansımalarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta kamu borçlusunun varlık ve mahsullerinin en az üçte birini kaybetmesinin yeterli görülmesi ise olumlu bir düzenlemedir. Terkin edilecek miktarın ise kişinin uğramış olduğu zararlar orantılı olması gerektiği; her hâlükârda kamu alacağının tamamının terkin edilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir¹²³. Bununla birlikte konuya sosyal devlet ilkesi açısından baktığımızda, terkin edilecek kamu alacağının miktarı belirlenirken borçlu lehine yorum yapılmalı; her ne kadar borçlu, malvarlığının veya mahsullerinin tamamını kaybetmemiş olsa da borcun bir kısmının terkinini halinde ekonomik durumu ve hayat standardı bakımından ağır sonuçlar ortaya çıkacaksa kamu alacağının tamamının ya da afet sonucunda kaybedilen malvarlığı değerinin miktarından fazlasının terkinine karar verilmelidir.

e. Haciz ve Sosyal Devlet İlkesi

aa. Genel Olarak

Haciz yolu ile takip, kamu borçlusunun menkul ve gayrimenkul malları ile alacak ve haklarına kamu alacaklısı tarafından zorla el konulması ve bunların satılarak paraya çevrilmesi suretiyle kamu alacağının tahsil edilmesine imkân sağlayan bir cebren tahsil yolu olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁴. Cebren tahsil yöntemlerinin en önemlisi ve en çok uygulanan türü olarak karşımıza çıkan hacizde kamu borçlarının ödenmesinin sağlanması için borçluya ait mal, alacak veya haklara tahsil dairesi tarafından hukuken veya fiilen el konulması söz konusudur¹²⁵. Haciz müessesesi Amme Alacaklarının Tahsil

¹²³ Candan, s. 611-612.

¹²⁴ Karakoç, Genel Vergi, s. 671; Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 306; Gerçek, s. 209; Bayraklı, s. 137.

¹²⁵ Gerçek, s. 209.

Usulü Hakkında Kanun'un 62 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir¹²⁶. Buna göre haciz, kendisine usulüne uygun olarak tebliğ edilen ödeme emrine rağmen kamu borcunu yedi gün içerisinde ödemeyen, bu süre içerisinde ödeme emrinin iptali istemiyle idarî yargıda dava açmayan veya açmış olduğu davada idarî yargı mercii tarafından verilmiş bir yürütmenin durdurulması kararı bulunmayan kamu borçlusunun, mal bildiriminde gösterilen veya başka suretle tespit olunan mal, hak ve alacaklarının kamu alacağını karşılamaya elverişli miktarı üzerine, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri kapsamında tahsil dairesince el konulmasıdır¹²⁷. Yukarıda da belirttiğimiz gibi tahsil dairesinin borçlunun mal bildiriminde belirttiği malvarlığı değerlerinden başka varlıklarını haczetmesinde herhangi bir kanunî engel bulunmamasına karşılık¹²⁸ tahsil dairesinin mümkün olduğu kadar mal bildiriminde belirtilen değerleri haczetmesinin sosyal devlet ilkesi açısından doğru bir uygulamaya olacağı aşikârdır.

Haciz işlemi kamu borçlusunun malı üzerinde tasarruf hakkının sınırlandırılması anlamına geleceği için¹²⁹ pek tabii borçlunun ekonomik, sosyal ve

¹²⁶ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'inci maddesi hükmü şu şekildedir:

“Borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tesbit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince haczolunur.

(Ek fıkra: 16/7/2004-5228/12 md.) Maliye Bakanlığı amme alacaklarının takibinde haczolunacak malların tespiti amacıyla yapılacak mal varlığı araştırmasının şekli, alanı ve kapsamı ile araştırma yapılacak amme alacaklarının türü ve tutarını belirlemeye yetkilidir. Bu yetki alacaklı amme idaresi itibarıyla da kullanılabilir.

Borçlu tarafından başkasının olduğu beyan veya üçüncü şahıs tarafından ihtiyaten haciz veya istihkak iddia edilmiş bulunan malların haczi en sonraya bırakılır.

Ancak haczolunan gayrimenkul artırmaya çıkarılmadan, borçlu, borcun ifasına yetecek menkul mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse gayrimenkul üzerinde haciz baki kalmak üzere gösterilen menkul veya alacak da haczolunur.

Şu kadar ki, bu suretle mahcuz kalan gayrimenkulün idare ve işletmesine ve hasılat ve menfaatlerine tahsil dairesi müdahale etmez.

Tahsil dairesi alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir.”

¹²⁷ Candan, s. 388.

¹²⁸ Mutluer/Dayanç, s. 320; Özbacı, s. 663-664.

¹²⁹ Yılmaz, s. 733.

ailevi durumunda az ya da çok olumsuz bir etki yapacaktır. Konuya sosyal devlet ilkesi açısından baktığımızda ise bu olumsuz etkinin mümkün olabil-
diğince küçük seviyelerde kalmasının sağlanması gerekmektedir. Nitekim,
Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun da bu hususta haczedil-
mesi borçluyu gerek mali gerekse toplumsal açıdan kötü duruma sokabilecek
ve borçlunun hayat standardında derin tahribatlar meydana getirebilecek
birtakım değerlerin haczini yasaklamış, bazılarının haczine ise, sınırlı olarak
cevaz vermiştir. Aşağıda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında
Kanun'daki haciz müessesesinin sosyal devlet ilkesi ile ilişkili görülen
hükümleri ele alınmaya çalışılacaktır.

bb. Haczedilemeyen Mallar ve Sosyal Devlet İlkesi

Kamu icra hukukunda kural olarak borçlunun malvarlığına dâhil olan
değerler haczin konusunu oluşturmaktadır¹³⁰. Bununla birlikte, kişinin mali
değeri olan birtakım mal veya haklardan tasarruf etme hakkının sınırlandırıl-
ması onun ekonomik, sosyal ve ailevi açıdan zor duruma düşmesine yol
açabilir. Nitekim borçlu sırf kamu alacağının tam olarak karşılanması için
topluma muhtaç edilmemeli, insan onuruna yaraşmayan bir seviyede geçim
sıkıntısı ile baş başa bırakılmamalıdır. Yine kamu alacağını karşılamak için
yapılan bir takibin olumsuz sonuçlarının borçlu yanında borçlunun eşi,
çocukları, anne-babası gibi bakmakla yükümlü olduğu kişiler açısından da
ortaya çıkacağı göz ardı edilmemelidir. Aksi bir uygulama sosyal devlet
olmanın gerekleriyle açık şekilde çelişecektir¹³¹. Bununla birlikte bireyin
tüm geçim ve üretim araçlarının elinden alınması, kamu borcunu ileride
ödeme imkânını ortadan kaldıracak ve alacaklı kamu idaresi için daha
olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Yine kamu alacağını karşılamak adına
sahip olduğu tüm malvarlığı elinden alınarak topluma muhtaç hale getirile-
cek bireyin kanun dışı yollara saparak kamu düzeni açısından tehlikeli bir
hale gelebileceği de göz ardı edilmemelidir¹³².

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 70'inci madde-
sinde birtakım haczedilemeyecek mallara yer vererek borçlunun ve ailesinin

¹³⁰ Arslaner, s. 274.

¹³¹ Bkz. ve karşı. Karakoç, Genel Vergi, s. 685-686; Yılmaz, s. 806-807.

¹³² Mutluer/Dayanç, s. 323; Karakoç, Genel Vergi, s. 685-686.

asgari geçim şartlarının korunmasını amaçlamıştır¹³³. Bu malvarlığı değerleri şu şekildedir:

- 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahalli idarelerin malları hariç olmak üzere Devlet malları ile hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar.
- Borçlunun şahsı ve mesleği için gerekli elbise ve eşyası ile borçlu ve ailesine gerekli olan yatak takımları ve ibadete mahsus kitap ve eşyası,
- Vazgeçilmesi kabil olmayan mutfak takımı ve pek lüzumlu ev eşyası,
- Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve taşıtları ve diğer teferruat ve tarım aletleri; çiftçi değilse sanat ve mesleği için gerekli olan alet ve edevatı ve kitapları; arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük taşıt sahiplerinin ancak geçimlerini sağlayan taşıt vasıtaları,
- Borçlu veya ailesinin geçimleri için gerekli ise, borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları,
- Borçlu ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları,
- Borçlu çiftçi ise ayrıca gelecek mahsul için gerekli olan tohumluğu,
- Borçlu bağ, bahçe veya meyve ve sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan bağ, bahçe ve bu işler için gerekli bulunan alet ve edevatı, malzemesi ve fide ve tohumluğu,
- Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan miktarda hayvan ile bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları,
- Memleketin ordu ve zabıta hizmetlerinde malul olanlara bağlanan emekli aylıkları ile bu kabil kimselerin dul ve yetimlerine bağlanan

¹³³ **Kaneti**, s. 451; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 687.

aylıklar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış ikramiyeleri,

- Bir yardım sandığı veya derneği tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan aylıklar,
- Vücut ve sağlık üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak zarar görenin kendisi veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi gereken paralar,
- Askerlik malullerine, şehit yetimlerine verilen harp malullüğü zammı ile 1485 sayılı Kanun¹³⁴ gereğince verilen tekel beyiyeleri,
- Borçlunun haline münasip evi (Bununla birlikte evin değeri fazla ise bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılabileceği saklı tutulmuştur.),
- Harcırah Kanununa göre yapılan ödemeler,
- 2022 sayılı Kanun¹³⁵ uyarınca bağlanan aylıklar

Görüldüğü üzere Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun haczedilemeyecek mal ve hakları geniş bir yelpazede belirtmiştir. Bu hususta ilk grup malların diğerlerinden farklı bir nitelik arz ettiği dikkatlerden kaçmamaktadır. Nitekim bu bentte düzenlenen mallar devlet malları olup bunların haczedilmemesinin altında sosyal bir saikten çok kamusal faaliyetlere özgülenen bu malların haczinin kamu hizmetlerinin görülmesini aksatabileceği düşüncesi yatmaktadır¹³⁶. Yine bu hüküm kamu mallarının devredilemezliği ilkesinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁷. Kişinin kendi alacağı için kendi malını haczetmesi ne kadar anlamsız bir durum olarak görülmekte ise kamu mallarının haczedilmelerinin de aynı şekilde anlamsız olduğu belirtilmektedir¹³⁸. Kamu mallarının haczedilmemesinin altında yatan başka bir sebebin ise “Devlet borcunu öder” anlayışı olduğu

¹³⁴ 30.05.1929 tarih ve 1485 sayılı İnhisar Beyiyeleri Üçte Birlerinin Harp Malûllerine ve Şehit Yetimlerine Tahsis ve Tevziine Dair Kanun

¹³⁵ 01.07.1976 tarih ve 2022 sayılı Altmış Beş Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun

¹³⁶ **Yılmaz**, s. 807.

¹³⁷ **Gözler/Kaplan**, s. 695.

¹³⁸ **Candan**, s. 421.

belirtilmektedir¹³⁹. Hemen belirtelim, Kanun haczedilmeyecek kamu malları açısından bir sınırlama getirerek 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tâbi iktisadî devlet teşekkülleri, kamu iktisadî kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahallî idarelerin mallarını kapsam dışında bırakmıştır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin diğer bentlerinde belirtilen haczedilemeyen mallara baktığımızda ise, esas olarak borçluya ve ailesine ait üç tür malvarlığı değerinin korunmaya çalışıldığını görmekteyiz. Bunlardan ilki, kişinin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmesi için elzem nitelikteki malvarlığı değerleridir. Bunların güvence altına alınmasıyla yaşama hakkı ile de sıkı bir bağlantı içerisinde olan sosyal güvenlik, sağlık, konut, beslenme gibi sosyal haklardan yararlanılması da güvence altına alınmaktadır. Haczedilmesi kesin olarak yasaklanarak güvence altına alınan diğer bir malvarlığı değeri, esas olarak borçlunun mesleğini icra etmesi için gereklilik arz eden mallardır. Bu güvencenin getirilmesi ise, yine sosyal bir hak olarak karşımıza çıkan çalışma hakkının korunması sonucunu doğurmaktadır. Bu hususta son grupta ise, devletin, sahip oldukları özel konum veya durumlarından ötürü birtakım kişilere karşılıksız olarak sunduğu erdemli hizmet olarak da anılan hizmetler sonucunda tahsis ettiği malvarlığı değerleri yer almaktadır. Erdemli hizmetler sonucunda sunulan mallar, toplumda sosyal adaleti gerçekleştirme ve sosyal açıdan güçsüz olanları koruma amacı güttüğü ve bu sebeple insan onuru kavramı ile yakın bir ilişki içerisinde olduğu için bunların haczedilmelerinin yasaklanması, sosyal devlet anlayışının kamu icra hukukunda haciz aşamasına yansımaları açısından büyük önem arz etmektedir¹⁴⁰.

Görüldüğü üzere ilk bendi saymazsak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin sosyal devlet ilkesinin gereklerini yansıttığını söyleyebiliriz. Bununla birlikte zamanla değişen sosyal ihtiyaçlar ve insan onuru kavramının kapsamının genişlemesi karşısında hükmün kamu borçlusu lehine ve modern zamanın gereklerine uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Söz gelimi sadece sağlık, konut, çalışma gibi haklarla değil; sosyal hak niteliğinin yanında aynı zamanda bir kültürel hak

¹³⁹ Sancakdar, s. 655.

¹⁴⁰ Erdemli mal ve hizmetler için bkz. Akdoğan, Maliye s. 50.

olan eğitim hakkı veya kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için hayatî nitelikte olan bilim ve sanat özgürlüğü gibi hak ve özgürlüklerle ilgili malvarlığı değerlerinin de (örneğin bilgisayar) mümkün olduğunca haczinden imtina edilmelidir¹⁴¹. Yine haczi yapan görevlinin borçlu veya ailesinin özel bir durumu olduğunu anladığında bu konuda hassas davranması ve mümkünse o şartlar altında yokluğu kişileri çok zor duruma düşürebilecek nitelikteki malların da haczini yapmaması gerekir¹⁴².

cc. Kısmen Haczedilebilen Gelirler ve Sosyal Devlet İlkesi

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 71'inci maddesinde tamamen haczedilemeyecek birtakım değerlere yer verilmiştir. Hüküm aylıklar, ödenekler, her çeşit ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilâma bağlı olmayan nafakalar, emeklilik aylıkları, sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından bağlanan gelirlerin kısmen haczedilebileceğini; bununla birlikte haczedilecek miktarın bunların üçte birinden çok dörtte birinden az olamayacağını düzenlemektedir. Görüldüğü üzere, hükümlerle borçlu ve alacaklı kamunun menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Yine maddenin ikinci fıkrası ise, asgari ücreti aşmayan aylık gelirlerin onda birinden fazlasının haczedilemeyeceğini belirtmektedir. Hükümün amacı, kamu borçlusunun ve aile fertlerinin tümüyle açlığa sevk edilmelerine engel olunarak hayatlarını sürdürebilmelerine imkân tanınmasıdır¹⁴³. Gerçekten de hüküm özellikle nafaka, ücret gelirleri ile aylıkların tamamen hazinece cevaz vererek kişinin çalışması sonucunda hak ettiği ve geçiminin kaynağını oluşturan gelirleri kısmen de olsa güvence altına almıştır. Bu yönüyle Kanun'un 71'inci maddesi çalışma hakkı ve ücret hakkını da güvence altına almaktadır.

¹⁴¹ Örneğin 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunla 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan değişikliklerle para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan birinin haczolunamayacağı hükme bağlanmıştır. Benzer bir düzenlemenin Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da da yapılması kanımızca yerinde olacaktır.

¹⁴² **Çiftçi**, Menfaat, s. 311.

¹⁴³ **Candan**, s. 434.

Yine hüküm asgari ücreti aşmayan aylık gelirlerin onda birinden fazlasının haczedilemeyeceğini düzenleyerek asgari ücret açısından birinci fıkrada belirtilen ücret ve aylık gelirlerinden daha güvenceli bir düzenleme öngörmüştür. Bu hükümle hem kamu alacağı tahsil edilebilecek; hem de kişinin asgari ücreti aşmayan aylık gelirinin onda birine kadar olan küçük bir miktarı hacze konu olabilecektir. Bununla birlikte ülkemizde 2015 yılının ilk altı ayı için uygulanan net asgari ücret miktarının 949,07 TL olduğunu göz önüne aldığımızda¹⁴⁴; asgari ücreti aşmayan aylık gelirin onda bir miktarının haczedilmesi sonucunda, kamu alacağının muhtemelen cüzi bir kısmı karşılanabilecek; bunun yanında, kamu borçlusu, belki de günlerce hayatını idame ettirdiği ekonomik değerden mahrum kalacaktır.

çç. Taşınmaz Malların Haczi ve Sosyal Devlet İlkesi

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları uyarınca haczedilen gayrimenkullerin satış için artırmaya çıkarılmadan önce, borçlu, borcun karşılanmasına yetecek menkul mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse gayrimenkul üzerinde haciz baki kalmak üzere gösterilen menkul veya alacağın da haczedileceği; bununla birlikte tahsil dairesinin gayrimenkulün idare ve işletmesi ile hasılat ve menfaatlerine müdahale edemeyeceği düzenlenmiştir¹⁴⁵. Görüldüğü üzere, hüküm, kamu borçlusuna haczedilen gayrimenkul malının yanında borcuna yetecek miktarda menkul mal veya vadesi gelmiş alacak göstermesi şartıyla, gayrimenkulünü işletme, hasılat ve menfaatlerinden yararlanma imkânı sağlayarak hayat standardını ve ekonomik durumunu iyileştirmek için bir alternatif sunmaktadır. Bu yönüyle düzenleme sosyal devlet ilkesi ile uyum içerisindedir.

¹⁴⁴ Bkz. Asgari Ücret Tespit Komisyonu Kararı, No. 2014/1, T. 30.12.2014. R.G. 31.12.2014 - 29222.

¹⁴⁵ İlgili fıkralar şu şekildedir:

"... haczolunan gayrimenkul artırmaya çıkarılmadan, borçlu, borcun ifasına yetecek menkul mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse gayrimenkul üzerinde haciz baki kalmak üzere gösterilen menkul veya alacak da haczolunur.

Şu kadar ki, bu suretle mahcuz kalan gayrimenkulün idare ve işletmesine ve hasılat ve menfaatlerine tahsil dairesi müdahale etmez."

Yine Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 88'inci maddesinin ikinci fıkrasında, gayrimenkul haczinin gayrimenkulün hasılat ve menfaatlerini de kapsadığı; bununla birlikte borçlunun başkaca bir geliri yoksa kendisinin ve ailesinin geçimleri için yeterli miktarda mahsulden veya satıldıkça bedelinden uygun miktarının borçluya bırakılacağı belirtilmektedir¹⁴⁶. Kamu borçlusunun hacizli malı üzerinde tasarrufta bulunamamasına ilişkin kural, başkaca bir geliri olmaması durumunda kendisinin ve ailesinin geçimlerinin sağlanması için yumuşatılmıştır. Bu yönüyle hüküm, doğrudan borçlunun insan onuruna yaraşmayan bir hayat sürmesini engellemeyi amaçlamakta ve sosyal devlet ilkesinin kamu icra hukukundaki bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

dd. Aciz Hali ve Sosyal Devlet İlkesi

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 75'inci maddesi "*Yapılan takip sonunda, borçlunun haczi caiz malı olmadığı veya bulunan malların satış bedeli borcunu karşılamadığı takdirde borçlu aciz halinde sayılır.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre kamu borçlusunun, yapılan takip sonucunda hacze kabil hiçbir malının olmadığı anlaşılırsa ya da hacze konu olabilecek malları haczedilip satılmasına rağmen satış bedelinin borcu tam olarak karşılayamaması durumunda kamu borçlusu aciz halinde sayılmaktadır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 76'uncu maddesi ise "*Aciz halindeki borçlu hakkında teminat ve faiz aranmadan 48 inci madde hükmü tatbik olunabilir. Alacaklı tahsil dairesi aciz halindeki borçlunun mali durumunu zamanaşımı süresi içinde devamlı olarak takip eder.*" ibaresine yer vermektedir. Görüldüğü üzere aciz halindeki kişiye teminat gösterme şartı aranmadan ve faiz uygulanmadan borcunu tecil edebilme imkânı getirilmiştir. Bununla birlikte, tecil için borçlunun talepte bulunması şarttır. Yine maddenin yazılış şekli idarenin bu hususta bir takdir yetkisi olduğu sonucu çıkmaktadır¹⁴⁷. Görüldüğü üzere, hüküm hâliha-

¹⁴⁶ Hüküm uyarınca,

"Gayrimenkul haczi, bunların hasılat ve menfaatlerine de şamildir. Ancak borçlunun başkaca bir geliri yoksa kendisinin ve ailesinin geçimleri için کافی miktarda mahsulden veya satıldıkça bedelinden münasip miktarı borçluya bırakılır."

¹⁴⁷ Aynı yönde Candan, s. 446; Özbacı, s. 747.

zırda ekonomik açıdan çok zor durumda bulunan kamu borçlusuna¹⁴⁸ tecil uygulanması bakımından bir ayrıcalık tanımış ve hâlihazırda olumsuz halde bulunan mali durumunun daha da kötüye gitmemesini amaçlamıştır. Bu hususta düzenleme sosyal devlet ilkesi ile uyum göstermektedir.

f. Satış ve Paraya Çevirme Aşamasında Sosyal Devlet İlkesi

Takibin kesinleşerek borçlunun mallarına haciz konulması sonrasında kamu alacaklısının alacağını tahsil etmek için atacağı son adımı satış aşaması oluşturur. Bu aşamadan sonra borçlunun dileği haczedilen mallarının mümkün olduğunca en yüksek tutarlarda paraya çevrilmesi suretiyle kamu borcundan tamamen kurtulmaktır. Alacaklı idare de bir an önce alacağına kavuşmak için haczedilen malların kamu alacağını karşılayacak şekilde paraya çevrilmesini ister. Nitekim satış işlemi sonucunda haczedilen malların rayiç bedelinin altında satılması durumunda alacaklı tamamen karşılanmadığı takdirde tahsil dairesi ilâve hacizler yapmak zorunda kalacaktır. Borçlunun malı olmaması durumunda ise, alacaklı idare aciz vesikası ile borçlunun yeni mallar iktisap etmesini bekleyecektir¹⁴⁹.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 74'üncü maddesi haczedilen malların satılarak paraya çevrileceğini, satıştan elde edilen bedelden takip masrafları ve kamu alacağı düşüldükten sonra geriye kalan kısmının borçlunun ödeme zamanı gelmiş veya muaccel olmuş borçlarına mahsup edileceğini; artan miktarın ise, hacze iştirak etmiş başka bir daire yoksa borçluya verileceğini hükme bağlamıştır. Eğer hacze iştirak etmiş başka daireler mevcut ise, artan kısımdan bu dairelerin alacakları ayrıldıktan sonra kalanı borçluya verilecektir.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 84'üncü maddesi uyarınca taşınır mallar tahsil dairelerince, köylerde ihtiyar kurullarınca haciz yapıldığı tarihin üçüncü gününden itibaren üç ay içinde satışa çıkarılır. Kanun'un 87'inci maddesi uyarınca taşınır mallara biçilen bedel haciz memuru tarafından tespit olunan değer % 75 inden aşağı olursa ya da hiç alıcı çıkmazsa, ilk arttırma tarihinden başlayarak 15 gün içinde uygun görü-

¹⁴⁸ Özbalcı, s. 747.

¹⁴⁹ Çiftçi, Menfaat, s. 313-314; Çiftçi, Karşılaştırma, s. 358.

len zamanlarda bu mallar tekrar satışa çıkarılır. Bununla birlikte ikinci arttırmada verilen bedel ne olursa olsun satış yapılır. Taşınmaz mallarda ise, Kanun'un 91'inci maddesi uyarınca satışa çıkarılacak gayrimenkullere bilirkişinin mütalâası alınmak suretiyle satış komisyonu tarafından değeri biçildikten sonra, bu gayrimenkuller açık artırma usûlüyle yine satış komisyonlarınca satılacaktır. Kanun'un 94'üncü maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca taşınmaz, açık artırma sonunda artırma bedelinin, gayrimenkul için biçilmiş olan değer % 75'ini karşılması şartıyla üç defa bağırıldıktan sonra en çok arttırana ihale olunacaktır. Bununla birlikte Kanun'un 95'inci maddesi bu açık arttırmada satılamayan hacizli taşınmazların, yedi gün sonra yapılacak ikinci arttırmada en çok parayı ödeyene satılacağını hükme bağlamaktadır. Görüldüğü üzere, gerek taşınır gerekse de taşınmaz mallar için ikinci arttırmada satışın gerçekleşmesi için teklifin miktarının herhangi bir düzeyde olması aranmamaktadır. Bu durum kamu borçlusu açısından oldukça aleyhededir. Şöyle ki, hâlihazırda kendisi aleyhine yapılan takip sonucunda bir kısım malvarlığını kaybeden ve ekonomik açıdan olumsuz etkilenen kişi, bunun üzerine bir de ilâve hacizlere maruz kalabilecektir. Bunun sonucunda borçlunun ekonomik ve sosyal durumunun daha da kötüye gitmesi kaçınılmazdır. Bu sebeple sosyal devlet ilkesine de aykırı görünen bu düzenlemeler değiştirilmeli; ikinci açık arttırmada satışın gerçekleşmesi için %75 gibi bir oran olmasa da malların rayiç bedelinin sözgelimi %60'ı gibi bir tutarın sağlanması şartı getirilmelidir. İkinci arttırmada da belirlenen asgari orana ulaşan alıcı çıkmaz ise, bu oran kademeli olarak düşürülerek açık arttırma safhasına yeni aşamalar eklenebilir. Bu hususta Kanun'un 98'inci maddesinde, ikinci arttırma tarihinden başlayarak bir yıl içinde taşınmaz en az bir kere daha satışa çıkarıldığı halde satılmasına imkân bulunmadığı durumda, taşınmazın, alacaklı kamu idaresinin talebi üzerine ve satış komisyonunun kararıyla rayiç değerinin % 50'si karşılığında kamu idaresine teferruğ edilebileceğinin kaleme alınmış olması da kamu borçlusu açısından yeterli bir güvence sağlamamaktadır. Şöyle ki hükümde yer alan "*alacaklı amme idaresinin talebi üzerine ve satış komisyonu kararıyla amme idaresince teferruğ edilebilir.*" ibaresinden teferruğ işleminin zorunlu olmadığı sonucu çıkmaktadır¹⁵⁰. Yine teferruğ bedelinin taşınmazın rayiç bedelinin % 50'si olarak

¹⁵⁰ Aynı yönde, Mutluer/Dayanç, s. 332; Karakoç, Genel Vergi, s. 700; Şenyüz/Yüce/ Gerçek, s. 310.

belirtilmesinin kamu borçlusu aleyhine olduğu ve bu oranın yeniden kaleme alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁵¹. Buna göre, borçlunun hayat standardının asgari seviyenin altına düşmesi tehlikesi söz konusu olduğunda alacaklı idarenin her ne pahasına olursa olsun alacağını kısmen de olsa bir an önce tahsil etmesi usûlünün benimsenmesi, sosyal devlet ilkesinin gereklerine açıkça aykırılık oluşturacaktır.

SONUÇ

1982 Anayasası'nın 2'inci maddesinde garanti altına alınan sosyal devlet ilkesi, kamusal makamların işlem ve faaliyetlerini bireylerin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmelerine engel olmayacak şekilde gerçekleştirmelerini de gerekli kılmaktadır. Kişilerin ekonomik, sosyal ve ailevi durumlarını doğrudan etkiler nitelikteki kamu icra hukuku araçları kullanılırken bu ilkenin gözetilmesi hayati önem arz etmektedir. Sosyal devlet esas olarak kişilerin hayat standardını yükseltmek ve sosyal adaleti sağlamak için ekonomiye müdahale ederek birtakım pozitif edimlerde bulunan devlet olmakla birlikte sosyal devletin kamu icra hukukunda görünümü daha çok negatif bir konuyla açıklanabilmektedir. Devlet kamu hizmetlerinin ana finansman kaynağı olan vergilerin vadesinde ödenmemesi durumunda pek tabii bunları cebren tahsil yoluyla almalıdır. Ancak kamu makamları bunu yaparken kişilerin ekonomik yönden mahvına yol açacak hareketlerden kaçınmalı; onları topluma muhtaç hale getirmemeli, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'inci maddesinde de belirtildiği gibi alacaklı idare ile kamu borçlusunun menfaatleri arasında bir denge gözetmelidir.

Yukarıda da incelemeye çalıştığımız üzere Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da sosyal devlet ilkesi ile uyum gösteren hükümler yer aldığı gibi bu ilke ile çelişen düzenlemeler de bulunmaktadır. Nitekim Kanun'da haczedilemez mallar ile kısmen haczedilebilir mallara yer verilmesi; teminat, tecil ve terkin müesseselerinin varlığı; borçluya, menkul mal veya vadesi gelmiş alacak göstermesi şartıyla, üzerinde haciz konulan gayrimenkulünü işletme, hasılat ve menfaatlerinden yararlanma imkânı sağlan-

¹⁵¹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 701.

ması gibi hususlar borçlunun hayat standardının asgari ölçünün altına düşmesini engellemeye yönelik düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, taşınır ve taşınmaz malların ikinci kez ihaleye çıkararak satılmasında herhangi bir asgari sınır aranmaması; teminat gerektiren hallerin başlı başına ihtiyatî haciz sebebi olması; tecil faizinin yıllık %12 olarak uygulanması; borçlunun mal bildiriminde belirtilen malları dışındaki mallarının da haczedebilmesinin önünde kanunî bir engel bulunmaması gibi hususlar ise borçlunun mali, sosyal ve ailevi durumunu olumsuz etkileyebilecek ve hayat standardını asgari seviyenin altına çekebilecek düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili hükümlerin sosyal devlet ilkesiyle uyumlu olarak yeniden düzenlenmesinde fayda vardır. Sonuç olarak, şu husus unutulmamalıdır ki, her ne kadar hukuk devleti ilkesinin gerekleri yerine getirilse de sosyal devlet ilkesinin herkese gerektiği gibi uygulanmadığı ülkelerde kişilerin klâsik hak ve özgürlüklerini tam anlamıyla kullanmadıklarından; başka bir ifadeyle, gerçek anlamda özgür olduklarından söz edemeyiz.

Kaynakça

- Akdoğan**, Abdurrahman; Kamu Maliyesi, 14. Bası, (Gazi Kitabevi), Ankara 2011, (Maliye).
- Akdoğan**, Abdurrahman; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 12. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2014, (Vergi).
- Akılhoğlu**, Tekin; İnsan Hakları - Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 2. Baskı, (İmaj Yayınevi), Ankara 2012.
- Arslaner**, Hakan; 6183 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu İle Tahsili, (Yetkin Yayınları), Ankara 2010.
- Ateş**, Leyla; Vergilendirmede Eşitlik, (Derin Yayınları), İstanbul 2006.
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin; Vergi İcra Hukuku, (Celepler Matbaacılık), Afyon 2012.
- Bergh**, Andreas; The Rise, Fall and Revival of the Swedish Welfare State: What are the Policy Lessons from Sweden?, (IFN Working Paper No. 873, 2011), <http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp873.pdf>, Erişim Tarihi: 08.10.2014.
- Bulut**, Nihat; Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2009.
- Candan**, Turgut; Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 3. Bası, (Mali Akademi Yayınları), Ankara 2013.
- Çağan**, Nami, Vergilendirme Yetkisi, (Kazancı Hukuk Yayınları), İstanbul 1982, (Vergilendirme).
- Çelik**, Binnur; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2002.
- Çiftçi**, Pınar; “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, (Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Y. 2010, İzmir 2012, s. 313-379), (Karşılaştırma).
- Çiftçi**, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, (Adalet Yayınevi), Ankara 2010, (Menfaat).

- Dönmez**, Recai; Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz, (Anadolu Üniversitesi Yayınları), Eskişehir 1998.
- Ebeling**, Richard M.; “Marching to Bismarck’s Drummer: The Origins of the Modern Welfare State”, (Freeman, Dec. 2007, Vol. 57, s. 4-5) <http://fee.org/files/docLib/0712Ebeling.pdf> , Erişim Tarihi: 16.01.2014.
- Edizdoğan**, Nihat/**Çetinkaya**, Özhan/**Gümüş**, Erhan; Kamu Maliyesi, 2. Bası, (Ekin Yayıncılık), Bursa 2011.
- Erginay**, Akif, “Yeni Anayasamızın Mali Hükümleri”, (Prof Dr. Fadıl H. Sur Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 57-67).
- Erkin**, Gözde, “Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, (Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 237-249).
- Esping-Andersen**, Gøsta; The Three Worlds of Welfare Capitalism, (Princeton University Press), New Jersey 1990, <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1134169.files/Readings%20on%20Social%20Democracy/Esping%20Anderson%20%20The%20Three%20Worlds%20of%20Welfare%20Capitalism.pdf>, Erişim Tarihi: 16.01.2014.
- Gerçek**, Adnan; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, (Ekin Basım Yayın Dağıtım), Bursa 2013.
- Gören**, Zafer; Anayasa Hukuku, (Yetkin Yayınları), Ankara 2011, (Anayasa).
- Gören**, Zafer; Anayasa ve Sorumluluk, II. Cilt, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını), İzmir 1999, (Sorumluluk).
- Gören**, Zafer; “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, (Anayasa Yargısı Dergisi, C.14, Ankara, 1997, s. 93-153), (Yaşam Kalitesi).
- Göze**, Ayferi; Sosyal Devlet Sistemi, (Fakülteler Matbaası), İstanbul 1976.
- Gözler**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 12. Baskı, (Ekin Basım Yayın Dağıtım), Bursa 2011.
- Gözler**, Kemal/**Kaplan**; Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 12. Bası, (Ekin Yayıncılık), Bursa 2012.

- Gündüz**, Kemal; “Verginin Anayasal Çerçevesi”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 78, Mart 1995, s. 101-111).
- Güzel**, Ahmet/**Özdemir**, Muharrem; Amme Alacakları Tahsil Usul ve Esasları, (Nobel Kitabevi), Adana 2007.
- Güzel**, Ali; “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”, Anayasal Sosyal Haklar [(Avrupa Sosyal Şartı - Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye), (Ed: İbrahim Ö. Kaboğlu), (Legal Yayıncılık), İstanbul 2012, s. 279-288.]
- Kaboğlu**, İbrahim; Anayasa Hukuku Dersleri, 7. Baskı, (Legal Yayınevi), İstanbul, 2011, (Anayasa Dersleri).
- Kaboğlu**, İbrahim; “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, (Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2001, s. 102-139), (Kurultay).
- Kaneti**, Selim; Vergi Hukuku, 2. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1989.
- Kapani**, Münici; Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, (Yetkin Yayıncılık), Ankara 1993.
- Karagülmez**, Ali “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”, Anayasal Sosyal Haklar [(Avrupa Sosyal Şartı - Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye), (Ed: İbrahim Ö. Kaboğlu), (Legal Yayıncılık), İstanbul 2012, s. 177-202.]
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf; “Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 153, Haziran 2001, s. 117-135), (Kamu İcra).
- Karakoç**, Yusuf; Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Kamu Alacakları).
- Karakoç**, Yusuf; Sosyal Maliye, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları), İzmir 1995, (Sosyal).
- Kumrulu**, Ahmet G.; “Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım”, (Prof. Dr. Akif Erginay’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1981, s. 647-668).

- Mutluer, M. Kâmil/Dayanç, N. Nilay;** Vergi Hukuku, 4. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Nadaroğlu, Halil;** Kamu Maliyesi Teorisi, 11. Bası, (Beta Yayınları), İstanbul 2000.
- Oktar, S. Ateş;** Vergi Hukuku, 9. Baskı, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2013.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami;** Vergi Hukuku, 23. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Özbalcı, Yılmaz;** Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, (Oluş Yayıncılık), Ankara 2002.
- Özbudun, Ergun;** Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, (Yetkin Yayıncılık), Ankara 2011.
- Özekes, Muhammet;** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, (Adalet Yayınevi), Ankara 2009.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet;** İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013.
- Sancakdar, Oğuz;** İdare Hukuku, 3. Bası (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013.
- Serim, Nilgün;** 6183 Sayılı Kanunda Amme Alacaklarının Korunması, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2007.
- Soysal, Mümtaz;** 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, 11. Baskı, (Gerçek Yayınevi), İstanbul 1997.
- Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan;** Vergi Hukuku, 4. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2013.
- Şimşek, Edip;** Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi, 2. Baskı, (Alfa Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 1996, (Şerh).
- Şimşek, Oğuz;** Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1999, (İnsan Onuru).
- Talas, Cahit;** Türkiye'nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi, (Bilgi Yayınevi), Ankara 1992.

- Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2012.
- Taylar**, Yıldırım; “Kamu Alacakları İçin Güvence Önlemi Olarak Teminat ve Teminat-İhtiyati Haciz İlişkisinden Kaynaklanan Sorunlar”, (Mali Pusula Dergisi, Y. 4, S. 48, Aralık 2008, s. 68-87).
- Tekbaş**, Abdullah; Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirilmesi, (Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını), Ankara 2009.
- Tepe**, F. Fulya; “An Introduction to the Swedish Welfare State”, (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.7, Y. 4, 2005/1, s. 261-274), <http://www.iticu.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s7/M00094.pdf>, Erişim Tarihi: 08.10.2014.
- Tombaloğlu**, Mustafa Lütfi; Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2011.
- Üstün**, Ümit Süleyman; “Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler”, (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, Y. 2003, s. 252-273).
- Vogel**, Joachim; “Welfare State”, (Social Indicators Research, Vol. 64, 2003, s. 373-391), <http://link.springer.com/article/10.1023%2FA%3A1025923113099>, Erişim Tarihi: 16.01.2014.
- Welfare State**, The National Archives, http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/brave_new_world/welfare.htm, Erişim Tarihi: 16.01.2014.
- Yılmaz**, Kazım; Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa, (Ce-Ka Yayınları), Ankara 2006.

^HVERGİ CEZA HUKUKUNDA KANUNİLİK İLKESİNE İLİŞKİN BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER*

*Arş. Gör. Gözde KAZAKER***

GİRİŞ

Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin sonucu olarak, 2005 yılında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu yürürlüğe girmiştir. Genel kanun niteliğinde olan bu kanun, idarî yaptırım (idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi) gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı düzenlemesini içermektedir. Bu da, söz konusu kanunun Vergi Usul Kanunu'nda yer alan idarî yaptırım gerektiren fiiller hakkında da uygulama bulacağı anlamına gelmektedir.

Vergi Usul Kanunu'nda yer alan idarî yaptırım gerektiren fiillerin, Kabahatler Kanunu anlamında “kabahat” sayılmasının bir zorunluluk halini almasıyla, vergi ceza hukukunda da kişilerin vergi kanunlarına aykırılık teşkil eden fiillerinin “*vergi kabahatleri*” ve “*vergi suçları*” olarak ikili bir ayrıma tutulması bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır.

Kabahatler Kanunu'nun genel ilke ve kuralları belirlenirken, kabahatlerin nitelikleri göz önünde bulundurularak bazı özel düzenlemeler getiril-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı “Vergi Hukukunun Anayasal Temelleri” dersinde sunulan seminer ödevinin, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerli görüşleri çerçevesinde geliştirilen hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ'a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

miştir. Kabahatler Kanunu'yla getirilen bu düzenlemelerden biri de, uluslararası metinlerin çoğunda yer verilen ve Anayasal dayanağı olan kanunîlik ilkesine ilişkindir. Getirilen bu düzenlemeyle birlikte, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunan vergi ceza hukukunda, Kabahatler Kanunu'nun kapsamına dâhil olan vergi kabahatleri açısından kanunîlik ilkesinin nasıl değerlendirileceğinin irdelenmesi gerekmektedir. Çerçeve kanun hükümlerinin idarece doldurulup doldurulamayacağı, başka bir ifadeyle idarenin düzenleyici işlemleriyle kabahat oluşturulup oluşturulamayacağı noktasında yoğunlaşan tartışmalar, vergi kabahatleri açısından da büyük önem arz etmektedir.

Çalışmamıza kaynaklık eden karar, Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 2'nci bendinde yer alan "*Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen*" ibaresine ilişkindir. Hüküm, kanunîlik ilkesini yürütmeye verilecek düzenleme yetkisinin belirli olması noktasında ihlâl ettiği gerekçeyle, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, belgelerin vergi kayıp ve kaçacağını önleme amacını gözeterek, Maliye Bakanlığı'nın Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 2'nci bendinde sayılan belgelere ilave olarak belge düzenlenmesini belirleme yetkisini, günlük olayların izlenmesi, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konuların düzenlenmesine yönelik önlem niteliğinde olduğunu ifade etmiş ve düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu çerçevede çalışmamız, üç ana bölümden oluşmaktadır: İlk bölümde; inceleme konusu kararın esası (karşı oylarla birlikte), ikinci bölümde karara esas olayın özeti verilmiştir. Kararın değerlendirilmesinin yapıldığı üçüncü bölümde ise, öncelikle karardaki hukukî sorun tesbit edilmiş, ardından vergi kabahatleri ve cezaları genel olarak ifade edilmiş ve incelediğimiz karara da konu olan özel usulsüzlük kabahati unsurlarına ayrılarak ele alınmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünün devamında, vergi ceza hukukunda kanunîlik ilkesi, öncelikle genel olarak, ardından kabahatler ile yaptırımları boyutuyla ifade edilmiştir. Son olarak üçüncü bölümde, vergi ceza hukukunda kanunîlik ilkesini tamamlayıcı işlev gören, hukukî güvenlik ilkesi irdelenmiştir. Yapılan tüm bu açıklamaların altında karar ilgili yönleriyle değerlendirilmiş, çalışmanın son kısmında ise, konuya ilişkin genel değerlendirmemize ve çıkardığımız sonuçlara yer verilmiştir.

I. İNCELEME KONUSU KARARIN ESASI

İncelememize konu karar, Anayasa Mahkemesi'nin 3.2.2011 tarih ve E. 2009/5, K. 2011/31 sayılı kararıdır¹. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun² 25.5.1995 gün ve 4108 sayılı Kanun'un 8'inci maddesiyle değiştirilen 353'üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "...*Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin...*" ibaresinin, Anayasa'nın 2'nci, 7'nci, 38'inci ve 73'üncü maddelerine aykırı olup olmadığının değerlendirildiği kararın esasa ilişkin kısmının önem arz eden kısımları şöyle özetlenebilir:

İtiraz yoluna başvuran Bursa İkinci Vergi Mahkemesi, "Anayasa'da yer alan "hukuk devleti" ile "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkeleri bir arada düşünüldüğünde, hukuk devletlerinde ceza ve ceza yerine geçen tedbirlerin ancak kanunla konulabileceğini, idarenin kendi tasarrufları ile kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağını, ayrıca yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait bulunduğunu, bu yetkinin devredilemeyeceğini, kanunilik ilkesinin vergi ve benzeri sorumluluklar için de geçerli olan bir anayasal ilke olduğu dikkate alındığında itiraz konusu kuralın bu haliyle Anayasa'nın 2'nci, 7'nci, 38'inci ve 73'üncü maddelerine aykırı olduğu"nu ileri sürmüştür. Başvuran Mahkeme, Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "...*Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin...*" ibaresinin iptalini istemiştir.

Başvuran mahkemece iptali istenen kural, vergi idaresince, perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihazla verilen fiş, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiğinin veya gerçeğe aykırı

¹ (RG. 14.05.2011 - 27934).

² 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, (RG. 10.1.1961 - 10703-10705).

olarak düzenlendiğinin tespiti halinde, her bir belge için 10.000.000 (149 YTL)³ lira özel usulsüzlük cezası kesilebilmesine ilişkindir.

Esasa ilişkin değerlendirmesinde öncelikle kuralın anlam ve kapsamına değinen Anayasa Mahkemesi, vergi yükümlülerinin belirlenen yer, zaman ve şekilde ödevlerini yapmamaları durumunda, Vergi Usul Kanunu'nda "ceza hukuku kapsamında kalan yaptırımlar" ve "vergi idarelerinin uyguladıkları idarî nitelikteki cezalar" şeklinde iki tür yaptırım öngörüldüğünü ifade etmiştir. Bunlardan, Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen idarî nitelikteki vergi cezalarından biri olan usulsüzlük cezasını, aynı Kanun'un 351'inci maddesinde vergi kanunlarının şekil ve usûle ilişkin hükümlerine riayet edilmemesi şeklinde tanımlandığını, usulsüzlük cezalarının, 352'nci maddede yer alan "genel usulsüzlük" ve 353'üncü, 355'inci ve mükerrer 355'inci maddesinde yer alan "özel usulsüzlük" şeklinde iki ana gruba ayrılarak düzenlendiğini ve genel usulsüzlük cezalarından daha ağır yaptırımlar içeren özel usulsüzlük cezalarının ağırlıklı olarak "Vergi Usul Kanunu'nda yer alan belgelerin verilmesi ve alınması yükümlülüklerine aykırı davranılması halinde" ortaya çıktığını belirtmiştir.

Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesi ile Maliye Bakanlığı'nın, vergi kayıp ve kaçığı önlemek amacıyla, tutulmakta olan defter ve belgelere ilâve olarak tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter veya belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva edeceği hususları belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya yetkili kılındığının ifade edildiği kararda; anılan maddenin Maliye Bakanlığı'na verdiği bu yetkiye dayanılarak gerçek usûlde vergilendirilen hizmet işletmelerinde adisyon kullanılması mecburiyeti getirildiği ve adisyon kullanımına ilişkin usûl ve esasların 185 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde düzenlendiği (genel tebliğde ayrıca adisyon kullanmayanlar hakkında itiraz konusu kuralın değişiklik öncesi haline gönderme yapılarak özel usulsüzlük cezasının uygulanacağı) hususu üzerinde durulmuştur.

³ 22.7.1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanununun 19'uncu maddesiyle değiştirilen mükerrer madde 414 hükmüne istinaden 1.1.1998 tarihi itibarıyla geçerli olan had ve tutarlarına (9.12.1997 tarihli ve 97/10345 sayılı Kararname ile getirilen miktarlar) yükseltilmiş, 30.12.2013 tarihli ve 28867 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Maliye Bakanlığının 432 Sıra No.'lu Tebliği ile 1.1.2014 tarihinden geçerli olmak üzere tespit edilen miktar, **190 Türk Lirasıdır.**

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2'nci ve 73'üncü maddeleri ile ilgisini görmemiş; kuralı Anayasa'nın 7'nci ve 38'inci maddeleri yönünden incelemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin incelemeye ilişkin değerlendirmeleri aşağıdaki gibidir:

Anayasa'nın 7'nci maddesi yönünden:

“Anayasanın 7'nci maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Vergi Usul Kanunu'nun, yükümlülerin vergilendirmeye ilgili belirli olgu ve işlemleri belirli belgelere bağlamalarını ve bu belgelerle ispat etmelerini öngörmüş bulunması, yükümlünün beyanına dayalı olan Türk vergi sisteminin bir gereğidir. Türk vergi sisteminde verginin salınması, yükümlünün beyanına; yükümlünün beyanı, defter kayıtlarına; defter kayıtları ise yasal koşulları içeren belgelere uygun olması ve belgelerin biçimsel koşulları taşımaları zorunluluğunun yanında, gerçek durumu yansıtmaları gerekmektedir.

Ek belge düzenleme zorunluluğu getirme yetkisi, vergi yükümlülerinin ekonomik ve teknik gereklere uymayan ya da normal ve alışılmış sayılmayacak bir sav ile karşılaşmalarını için önceden alınmış bir önlem niteliğinde olup, vergi kayıp ve kaçacağını önlemek amacıyla taşımaktadır. Maliye Bakanlığı'na verilen tutulmakta olan defter ve belgelere ilaveten defter tutulmasını ve belge düzenlenmesini belirleme yetkisi, amacının ve sonuçlarının Kanun'da belirlenmiş olması, günlük olayların izlenmesine, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konuların düzenlenmesine yönelik bulunması karşısında yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir. Bu ölçüler ve amacı aşan idarî düzenlemeler idarî yargı tarafından iptal edilecektir.

Belgelendirmede güdülen amaç, ödenmesi gereken vergilerin, vergi incelemesi yoluyla doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğuna ve gerçek usûlde vergilendirilenlere de adisyon düzenlemeleri sureti ile ücret karşılığında verilen bir hizmete açıklık getirildiğine göre, kanundan alınan yetkiyle Bakanlıkça düzenlenmesi gereken bir belge olarak belirlenmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır”.

Anayasa'nın 38'inci maddesi yönünden:

“Anayasa'nın 38'inci maddesinin 11'inci fıkrası ile idarenin, hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasına olanak tanınmamış ise de para cezası vermesi engellenmemiştir.

Kanun koyucu, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlâl derecesi ve cezaların caydırıcılığı gibi nedenleri gözeterek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaların tür ve miktarını saptayabileceği gibi toplumsal sonuçları bakımından doğurduğu tehlikenin ağırlığına göre, kimi eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, idarî yaptırımlar uygulanmasını da öngörebilir.

Diğer yandan, suçun kanunla saptanması, maddi olay olarak bir eylemin, ne zaman suç niteliğini alacağını belirlemek demektir. Öğretide suçun kanunda tanımlanmış ve karşılığında bir cezanın gösterilmiş olması, kanunla saptama olarak kabul edilmektedir. Suç sayılan eylem ve cezası kanunda açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesi idarî kararlarla suç ihdası anlamına gelmez.

Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesi ile özel usulsüzlüklerin hangi eylemlerden oluştuğu ve karşılığında ne tür bir ceza verileceği açık bir şekilde ortaya konulmaktadır. İtiraz konusu kuralın yer aldığı 353'üncü maddenin 2 numaralı fıkrasında sayılan ve düzenlenmemeleri özel usulsüzlük cezasını gerektiren belgelerin neler olduğu ve taşınması gereken bilgilerin içeriği anılan Kanun'un 227 ile 242'nci maddelerinde ayrıntılı biçimde sayılmıştır. Bu fıkroda sayılan belgelerin niteliği ve amacı gözetildiğinde; vergi kayıp ve kaçağını önlemek amacıyla Maliye Bakanlığına verilen, sayılan belgelere ilaveten belge düzenlenmesini belirleme yetkisinin, günlük olayların izlenmesine, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konuların düzenlenmesine yönelik önlem niteliğinde olduğunun kabulü gerektiğinden Anayasanın 38'inci maddesine aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, vergi kayıp ve kaçığına yol açabilecek eylemleri önlemek, verginin zamanında ve eksiksiz ödenmesini sağlamak amacıyla Maliye Bakanlığı'nca getirilen belge düzenleme zorunluluğunun yerine getirilmemesini idarî para cezası yaptırımına bağlayan itiraz konusu kural, Anayasa'nın 7'nci ve 38'inci maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

Çoğunluk görüşüne katılmayan karşı oyların gerekçeleri ise özetle şu şekildedir:

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyelerinden biri; itiraz konusu bölüm uyarınca, Maliye Bakanlığı'nca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerle ilgili fıkrada belirtilen hususlara uyulmaması özel usulsüzlük cezası uygulanmasına neden olacağından, bu konuda vergi suçunun ne olduğunu belirleme yetkisinin idareye bırakılmış olduğunu ifade etmiştir. Anayasa'nın 38'inci maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin benimsendiğini belirtmiş, bu ilke uyarınca, suç oluşturan eylemlerin ve bunların cezalarının kuşku ve duraksamaya yol açmayacak, açık, net ve anlaşılabilir biçimde kanun ile düzenlenmesinin gerektiğini, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı, kişi güvenliğinin sağlanmasındaki üstün hukukî yararın da böyle bir düzenlemeyi zorunlu kıldığını belirtmiştir. İtiraz konusu bölümde öngörülen “düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin” neler olduğunu belirleyecek olan Maliye Bakanlığı'nın, bu konuya ilişkin kuralları ne zaman getireceği, değiştireceği veya kaldıracağı belli olmadığından, suç oluşturan eylemin, kanuna bakılarak saptanmasının imkânsız olduğunu da ifade eden üye, idare tarafından suçun, tebliğ gibi düzenleyici tasarruflarla belirlenmesinin kanunilik ilkesinin içerdiği temel güvenceleri sağlayamayacağını vurgulayarak görüşünü tamamlamıştır.

Çoğunluk görüşüne katılmayan diğer iki Genel Kurul Üyesi de, benzer düşüncelerle düzenlemenin Anayasa'nın 38'inci maddesinde yer alan kanunilik ilkesinin ihlâl edildiğini ifade etmiştir. Bu düşünceye ek olarak üyelere den biri görüşünde, Anayasa'nın 2'nci maddesi gereğince demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde, Devlet'in tüm organlarının Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı olduğunu, organların görev ve yetkilerinin bu çerçevede konulan kanunlarla belirlenmesi, yürütme organına bırakılan yetkilerin sınırlarının açıkça gösterilmesi ve yürütme organının

faaliyetlerinin hukukî güvenlik ilkesi gereğince belirli ve öngörülebilir olması gerekliliğini vurgulamıştır.

II. KARARA ESAS OLAYIN ÖZETİ

Kararda; kamu borçlusu, adisyon fişi düzenlenmediğinden bahisle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin ikinci bendine dayanılarak kesilen özel usulsüzlük cezasının iptali istemiyle dava açmıştır. Bu davanın görülmesi sırasında itiraz konusu özel usulsüzlük cezasına dayanak teşkil eden kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Bursa İkinci Vergi Mahkemesi, Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin ikinci bendinde yer alan "...Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin..." ibaresinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hukukî Sorun

Kararda çözümlenmesi gereken hukukî uyuşmazlık, Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin ikinci bendinde yer alan Maliye Bakanlığı'nca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin (bu ibare kapsamında değerlendirilmesi gereken karara konu olan adisyon fişinin) düzenlenmemesi, kullanılmaması, bulundurulmaması, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verilmesi veya gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi hallerinin tespiti halinde öngörülen özel usulsüzlük cezasının kanunilik ve hukukî güvenlik ilkelerine aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir.

B. Vergi Kabahatleri ve Cezaları

1. Genel Olarak

Vergi kabahatleri, vergi geliri kaybına neden olan ve/veya vergi sisteminin işleyişinde aksaklıklara neden olan ve kanun koyucu tarafından ağır olmayan hukuka aykırılıklar olarak görülen durumlardır. Başka bir

tanımlamaya göre ise, vergi kanunlarında öngörülen maddî ve/veya biçimsel yükümlülükleri ihlâl eden, idarî yaptırım gerektiren fiillerdir⁴.

Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, tespiti ve cezalandırılmasında idarî organların yetkili olduğu bu eylemlerin, genel ceza hukuku anlamında suç oluşturup oluşturmadığı tartışmalara neden olmaktadır. Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğünün ardından, 2'nci maddesiyle "idarî para cezası veya idarî tedbir gerektiren bütün fiillerin kabahat sayılması" ve 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının b bendiyle "idarî tedbirler yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında kanunun uygulanacağını ifade edilmesi" karşısında, söz konusu eylemlerin Kabahatler Kanunu anlamında kabahat oluşturduğu noktasında şüphe kalmamıştır⁵.

Devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik nitelik taşıyan vergi kabahatleriyle korunan hukuksal değer, "hazine yararı"dır. Zamanında ve eksiksiz olarak ödenen vergi borçları sayesinde Hazinesinin vergi kaybı önlenirken, kamu hizmetlerinin karşılığını oluşturan kamu gelirlerinin toplanmasıyla da kamusal yarar gerçekleşmektedir⁶. Burada, hazine yararının kamu yararı kavramıyla özdeşleştiği söylenebilecektir.

⁴ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 211; **Taşdelen**, Kabahatler, s. 16; **Şenyüz**, s. 30.

⁵ **Candan**, s. 56-57; **Şenyüz**, s. 29; **Tosuner/Arıkan**, s. 256-257; **Kaplan**, Uygulama, s. 100; **Torunoğlu**, s. 485; **Başaran Yavaşlar**, İdarî Nitelikli, s. 162; **Üstün**, Yetki, s. 26; **Sağlam**, s. 147. Kabahatler Kanunu'nun ek 1'inci maddesiyle getirilen özel düzenlemeyle Vergi Usul Kanunu'nun vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümleri saklı tutularak, Kabahatler Kanunu'nun yargısal sürece ilişkin genel hükümlerinin uygulanması engellenmiştir. Bu, kanunkoyucunun Kabahatler Kanunu'nun, vergi kabahatleri üzerinde de etkili olacağını bilincinde olduğunu göstermektedir (**Başaran Yavaşlar**, Değişim Süreci, s. 74). Doktrinde, vergi hukukunun teknik bir hukuk dalı olmasına ve vergi kabahatlerinin diğer kabahatlerden farklılık arz eden noktalarının bulunmasına bağlı olarak, Kabahatler Kanunu'nun vergi kabahatleri açısından uygulanmasında, vergi hukukunun özelliklerinin dikkate alınarak düzenleme yapılması gerekliliği ifade edilmektedir (**Üstün**, Yetki, s. 27-28).

⁶ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 209; **Akkaya**, s. 29; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 475; **Şenyüz**, s. 31; **Öner**, s. 147; **Altundiş**, Etki, s. 168; **Torunoğlu**, s. 477. Doktrinde; hazine (kamu) yararına ek olarak, dürüst mükelleflerin hukukî menfaatlerinin de korunduğu ifade edilmektedir (**Başaran Yavaşlar**, Değişim Süreci, s. 72).

Vergi kabahatlerinin sonucu olarak, idarî yaptırımlarla karşılaşacak olanlar, vergi yükümlüsü ve vergi sorumluları ile bunlarla hukukî ilişki içerisinde olan üçüncü kişiler⁷ ve kanunda belirtilen diğer kişilerdir⁸.

Bir eylemin vergi kabahati oluşturabilmesi için, kastın varlığı şart değildir; kanunda öngörülen fiilin yapılması yeterlidir. Bu nedenle taksirli bir davranış da kabahatlerin işlenmiş sayılması için yeterli olacaktır⁹. Uygulanacak yaptırım açısından, fiilin kasten veya taksirle (örneğin; muhasebecinin eksik matrahlı beyannameyi kontrol etmeksizin vermesi, yerleşim yeri adresini değiştiren kişinin bunu bildirmemesi) işlenmesinin önemi olmasa da, kabahatler hukuku da kusur ilkesine dayandığı için¹⁰ kusuru ortadan kaldıran hata ve mücbir sebepler göz önünde bulundurulmalıdır¹¹.

Kabahatin ne şekilde işleneceğine ilişkin bir düzenleme, Vergi Usul Kanunu'nda mevcut değildir. Ancak Kabahatler Kanunu'nun 7'nci maddesi gereğince, kabahatlerin hem icraî hem de ihmalî hareketlerle işlenebilmesi mümkündür¹². İhmalî davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunması hususunda hukukî yükümlülüğün

⁷ Vergi yükümlüsü ve vergi sorumlusu veya bunlarla ilişki içerisinde olmamakla birlikte, vergi kabahati işleyenler arasında değerlendirmesi gereken kişiler olabilecektir. Bu kişilere örnek olarak, VUK. m. 86, 148, 149, 150, 257/2 uyarınca bilgi vermek durumunda olanlar veya VUK. m. 353/10 uyarınca nakil vasıtasını durdurmayan araç sahipleri gösterilebilir (Şenyüz, s. 30; Akkaya, s. 29).

⁸ Candan, s. 56; Şenyüz, s. 30.

⁹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 211; Karakoç, Genel Vergi, s. 481; Şenyüz, s. 46; Başaran Yavaşlar, İdarî Nitelikli, s. 164-165; Altundiş, Etki, s. 171. Vergi Usul Kanunu'nda kabahatlerin, kasten veya taksirle işlenebileceği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır (Taşdelen, Kabahatler, s. 68).

¹⁰ Kabahatler Kanunu ile vergi kabahat ve yaptırımları açısından getirilen önemli düzenlemelerden biri, kusur sorumluluğunun kabul edilmiş olmasıdır (Başaran Yavaşlar, Değişim Süreci, s. 78). Kabahatler Kanunu'nun kast ve taksir kenar başlıklı 9'uncu maddesi gereğince, "Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir."

¹¹ Taşdelen, Kabahatler, s. 68. Vergi Usul Kanunu'nda yer alan mücbir sebepler (m. 13) ile hata halleri (m. 369), kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerdir (Şenyüz, s. 47-48).

¹² Karakoç, Genel Vergi, s. 481; Akkaya, s. 30; Candan, s. 58; Başaran Yavaşlar, Değişim Süreci, s. 79; Başaran Yavaşlar, İdarî Nitelikli, s. 152.

varlığı gereklidir. Keza vergi kabahatleri de genellikle, vergi kanunlarıyla kişilere getirilen ödevlerin ihmalî suretiyle işlenmektedir¹³.

Vergi kabahatleri eylemin ağırlığı doğrultusunda *vergi ziyai kabahatleri* ile *usulsüzlük kabahatleri (genel ve özel usulsüzlükler¹⁴)* olarak ikiye ayrılmaktadır. Vergi ziyai kabahatleri, yükümlü veya sorumlunun vergi kaybına yol açtığı hallerde söz konusu olacağından; vergi kaybına neden olmanın şart olarak aranmadığı, vergi kanunlarının usûl ve şekle ilişkin hükümlerine aykırı davranılmasının yeterli olduğu usulsüzlük kabahatlerine göre daha ağır bir niceliğe sahiptir¹⁵.

Vergi kabahatleri için öngörülen yaptırımlar¹⁶, oranlılık ilkesinin de bir sonucu olarak, kabahatlerin niteliğine göre değişiklik arz etmektedir. Bunlar, *vergi ziyai cezası, usulsüzlük cezası ve özel usulsüzlük cezalarıdır*.

İdarî para cezası niteliğinde olan vergi cezaları, kamu kurumları da dâhil olmak üzere tüm yükümlü ve sorumlulara uygulanır.

Kanunun hangi hükümleri ihlâl edilmişse, bu aykırılığa uygun vergi cezası, vergi idaresince kesilir. Vergi idaresince kesilmiş cezaya karşı açılan

¹³ **Başaran Yavaşlar**, İdarî Nitelikli, s. 164; **Taşdelen**, Kabahatler, s. 127.

¹⁴ Vergi Usul Kanunu'nda usulsüzlük kabahatlerine ilişkin yapılan bu ayrımın hangi kural ve ölçüler doğrultusunda yapıldığı belirli değildir. Kanunda “genel usulsüzlük” kavramına yer verilmiş değildir. Söz konusu usulsüzlüklerin doktrinde genel usulsüzlük olarak adlandırılması, kanun koyucu tarafından birtakım usulsüzlük fiillerinin özel usulsüzlük olarak adlandırılmasından kaynaklanmaktadır (**Şenyüz**, s. 136; **Bilici**, s. 86).

¹⁵ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 481.

¹⁶ Vergi kabahatlerinin karşılığını oluşturan vergi cezalarının (idarî vergi cezalarının) temelde cezaî veya idarî yaptırım mı olduğuna ilişkin doktrinde tartışmalar mevcuttur. Her ne kadar vergi kabahatleri karşılığında öngörülen cezalar, cezaî yaptırımlarla bazı ortak noktalara (kanunilik, kıyas ve aleyhe geçmişe yürümezlik) sahip olsa da, büyük farklılıklara (tüzel kişilerin cezaî sorumluluğu, pişmanlık ve ıslah, uzlaşma kurumlarının varlığı, çevirmenin mümkün olmaması gibi) sahiptir (**Karakoç**, Genel Vergi, s. 479; **Kartal**, s. 122; **Torunoğlu**, s. 480). İdarî usûllerle belirlenen, vergi idarelerince verilip yargısal karar gerektirmeksizin uygulanan vergi cezaları, bizim de katıldığımız görüşe göre, idarî yaptırım niteliği taşımaktadır (**Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 210; **Akkaya**, s. 30; **Mutluer**, Vergi, s. 177; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 480; **Bayraklı**, s. 183; **Şenyüz**, s. 66; **Taşdelen**, Kabahatler, s. 71; **Altundiş**, Etki, s. 170; **Tezcan**, s. 1; **Kartal**, s. 122; **Waline**, s. 81; **Demirbaş**, s. 956; **Sağlam**, s. 147; **Bağdımlı**, s. 37; **Kaplan**, Uygulama, s. 100; **Çiçek/Herek**, s. 317; **Torunoğlu**, s. 481).

davada, yargı yeri cezayı olayın niteliğine uygun görmezse, başka bir vergi cezasına çevirebilir¹⁷.

Vergi kabahatleri ile vergi cezalarının genel çerçevesinin bu şekilde çizilmesinin ardından, inceleme konumuz olan karar açısından önem arz etmesi nedeniyle, özel usulsüzlük kabahati ve cezasına ilişkin detaylı açıklamalarda bulunulacaktır:

2. Özel Usulsüzlük Kabahati ve Cezası

a. Genel Olarak

Usulsüzlük kabahatlerine konu olan fiiller, vergi kanunlarınca öngörülen şekli ve usûlî ödevlerin yerine getirilmemesine dayanmaktadır (VUK m. 351). Genel olarak usulsüzlük kabahatlerinde henüz bir vergi kaybı gerçekleşmemekle birlikte; vergi yükümlüsü veya sorumlusu, vergi kanunlarının şekli ve usûlî hükümlerini ihlâl ederek vergi kaybı için elverişli ortam yaratılmaya çalışıldığından, bu kabahatler “tehlike kabahatleri” olarak nitelendirilmektedirler¹⁸.

Özel usulsüzlük kabahatlerine ilişkin düzenlemelerle, Devlet’in vergileme işlevinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve vergi güvenliğinin sağlanması amaçlanır¹⁹. Özel usulsüzlük kabahatleri, vergileme sürecinin düzenli işleyişinin sağlanmasında önem taşıyan; *fatura, serbest meslek makbuzu, perakende satış fişi gibi belgelerin verilmemesi, alınmaması, düzenlenmemesi veya bulundurulmamasına* ilişkindir. Bu fiillere ek olarak, defter kaydı ve defterin yoklama ve incelemeye yetkili olanlara istendiğinde ibraz edilmesi halleri gibi bazı şekli ödevlerin ihlâli de özel usulsüzlük kabahatinin kapsamına dâhil edilmiştir²⁰.

Vergilendirme ilişkisinde taşıdığı bu öneme paralel olarak, daha ağır usûl ihlallerini konu alan özel usulsüzlük kabahatleri için, kanun koyucu

¹⁷ Karakoç, Genel Vergi, s. 482.

¹⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 211; Karakoç, Genel Vergi, s. 491; Saban, s. 227; Bayraklı, s. 187; Bilici, s. 87; Öner, s. 154-155.

¹⁹ Kelecioğlu, s. 1; Bayraklı, s. 190.

²⁰ Bilici, s. 89.

tarafından genel usulsüzlük kabahatlerinin yaptırımlarından daha ağır yaptırımlar öngörülmüştür²¹.

b. Özel Usulsüzlük Kabahatinin Unsurları

aa. Maddî Unsur

aaa. Hareket Unsuru

Vergi Usul Kanunu'yla şekle veya usûle ilişkin öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranılması, özel usulsüzlük kabahatinin hareket unsurunu oluşturmaktadır²².

Vergi Usul Kanunu'nda yer alan özel usulsüzlük kabahatleri; *fatura ve benzeri belgelerin verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usûl hükümlerine uyulmaması* (VUK m. 353), *noterlerin Damga Vergisi ödenmemiş veya noksan ödenmiş kâğıtları, vergi ve cezasını tahsil etmeden tasdik etmesi veya örneklerini çıkarıp vermesi* (VUK m. 355), *bilgi vermekten çekinme ile Vergi Usul Kanunu'nun muhafaza ve ibraz ödevlerine* (VUK m. 256, 257 ve mük. m. 257) *aykırı davranılması* (VUK mük. m. 355) şeklindeki fiillerdir. Bu anlamda, özel usulsüzlük kabahati olarak düzenlenen fiillerin, genellikle Vergi Usul Kanunu'nda yer alan belgelerin verilmesi ve alınması yükümlülüklerine aykırılık içerdiği söylenebilir²³.

bbb. Netice Unsuru

Dış dünyada meydana gelen değişiklik olarak ifade edilebilecek netice, vergi kabahatleri ile vergi suçlarında farklılık arz eder. Vergi suçları açısından vergi kaybının meydana gelmesi, netice unsurunu oluştururken; daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi kabahatlerde henüz bir vergi kaybı meydana gelmemiştir, ancak vergi sorumluları ve yükümlülerince vergi kaybı için elverişli bir ortam yaratılmıştır.

²¹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 493; **Öner**, s. 157; **Taşdelen**, Kabahatler, s. 125; **Kelecioğlu**, s. 1. Genel usulsüzlüklere oranla kamu düzenini daha fazla tehdit eden özel usulsüzlük halleri, bu özellikleri nedeniyle doktrinde “*yakın tehlike kabahati*” olarak da adlandırılmaktadır (**Bilici**, s 89).

²² **Taşdelen**, Kabahatler, s. 127.

²³ **Kelecioğlu**, s. 1.

Özel usulsüzlük kabahati açısından netice, vergi kaybı meydana gelmeksizin kanunun yapılmasını emrettiği işlerin yapılmaması veya yapılmasını emrettiği işlerin yapılması şeklinde ifade edilebilir. Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü, 355'inci ve mükerrer 353'üncü maddelerinde düzenlenmiş özel usulsüzlük kabahatlerinin vergi kaybına yol açması da mümkün olabilmektedir. Aynı zamanda vergi kaybına yol açan özel usulsüzlüklerin varlığı halinde, tek fiil söz konusu olsa da, özel usulsüzlük cezası ile vergi cezasının ayrı ayrı kesilmesi gerekir (VUK m. 353)²⁴.

Özel usulsüzlük kabahatinde, netice unsuru açısından vergi kaybının gerçekleşmesi önemli değildir. Önemli olan, kanunla öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesidir. Bu nedenle, özel usulsüzlük kabahatinde hareket unsuru ile netice unsurunun adeta aynı görünüşe sahip ve iç içe geçmiş şekilde olduğu söylenebilir²⁵.

bb. Manevî Unsur

Özel usulsüzlük kabahati, kast mevcut olmasa bile herkesin kendi fiil ve ihmâlinde sorumlu olması gerektiği anlayışıyla oluşturulmuştur²⁶. Bu nedenle, özel usulsüzlük kabahatinin işlenmesi için, kanunda öngörülen fiilin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Başka bir ifadeyle, maddî fiilin işlendiği objektif olarak ortadaysa, failin söz konusu fiili gerçekleştirirken, hangi kusur şekli ile hareket ettiği önem taşımaz²⁷.

c. Özel Usulsüzlük Kabahatinin Cezası

Genel usulsüzlük kabahatlerinin, Vergi Usul Kanunu'na bağlı cetvele göre cezalandırılacağı Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 1'inci bendinde ifade edilmişken, özel usulsüzlük kabahati için uygulanacak olan cezalar, kanunun özel usulsüzlük kabahatinin düzenlendiği ilgili maddesinde nisbî veya maktû olarak ayrıntılı şekilde belirlenmiştir. Ancak öngörülen cezalar, Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 414'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, her yıl bir yıl önceki yıla ilişkin olarak bu Kanun uyarınca

²⁴ Mutluer, Vergi, s. 220; Karakoç, Genel Vergi, s. 499-500.

²⁵ Mutluer, Vergi, s. 220; Karakoç, Genel Vergi, s. 500.

²⁶ Mutluer, Vergi, s. 220.

²⁷ Mutluer, Vergi, s. 221; Karakoç, Genel Vergi, s. 500.

belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanmaktadır. Bu şekilde hesaplanan maktû had ve miktarların yüzde beşini aşmayan kesirler dikkate alınmaz. Bakanlar Kurulu, bu şekilde tesbit edilen had ve miktarları yarısına kadar artırmaya veya indirmeye; nisbî hadleri ise, iki katına kadar artırmaya veya yarısına kadar indirmeye veya tekrar kanunî seviyesine getirmeye yetkilidir. Söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın 38'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı" hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmektedir²⁸.

Yapmış olduğumuz tüm bu açıklamalardan hareketle inceleme konumuz olan karara ilişkin olaya baktığımızda; Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 2'nci bendindeki özel usulsüzlük kabahatine konu olan bir fiilin varlığından söz edilecektir. Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 2'nci bendi, "*perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihazla verilen fiş, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi ile Maliye Bakanlığı'nca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiğinin veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin tesbiti halinde, her bir belge için (432 Sıra No.'lu Tebliği ile 1.1.2014 tarihinden itibaren) 190.- Türk Lirası özel usulsüzlük cezası kesilir*" düzenlemesini içermektedir.

Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesi ile Maliye Bakanlığı'na sınırları ve türleri Kanun tarafından çizilen konularda genel düzenleyici işlemlerle (yönetmelik, genel tebliğ vb.) belge düzenleme konusunda yükümlülük getirme yetkisi verilmiştir. Maliye Bakanlığı'nca genel düzenleyici işlemlerle getirilen yükümlülüklerle aykırı davranışlar, özel usulsüzlük kabahati işlemiş olmaktadır²⁹.

Çalışmamıza kaynaklık eden karara konu olan **adisyon fişi** de, Türk vergi sisteminde Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesinin Maliye Bakanlığı'na vermiş olduğu yetki uyarınca, gerçek usûlde vergilendirilen hizmet işletmelerinde kullanılma mecburiyeti getirilmiş bir belgedir. Adisyon kullanımına ilişkin usûl ve esaslar, 185 sıra numaralı Vergi Usul

²⁸ Bkz. **Kaneti**, s. 235.

²⁹ **Şenyüz**, s. 200-201.

Kanunu Genel Tebliği'nde düzenlenmiştir. Genel tebliğde ayrıca adisyon kullanmayanlar hakkında itiraz konusu kuralın değişiklik öncesi haline gönderme yapılarak özel usulsüzlük cezasının uygulanacağı hususu üzerinde durulmuştur.

C. Vergi Ceza Hukukunda Kanunîlik İlkesi

1. Genel Açıklama

Vergi hukukunda kanunîlik ilkesinin bir alt ilkesi olan vergi ceza hukukunda kanunîlik ilkesi³⁰, vergi kabahatleri ve suçlarının ve bunlara uygulanacak ceza ve yaptırımların kanunla düzenlenmesi gerekliliğini ifade etmektedir³¹. İlke, başka bir tanımlamayla, ceza sorumluluğuna neden olacak her etkenin mutlaka kanunda yer alması zorunluluğu anlamına gelmektedir³².

Ceza hukukunda “suçta ve cezada kanunîlik ilkesi” ve “kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi” olarak da ifade edilen ilke, pek çok uluslararası metinde yer almaktadır³³. İlke ayrıca, Anayasa'nın 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, kimsenin, işlediği zaman yürürlükte bulunan bir kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı (suçların kanunîliği ilkesi); 3'üncü fıkrasında ise, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin *ancak kanunla konulacağı*³⁴ ve Türk Ceza Kanunu'nun³⁵ 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için

³⁰ İlkeyi doktrinde, “cezaların yasallığı” (Güneş, s. 24), “vergi ceza hukukunda yasallık” (Akkaya, s. 31), “suçta ve cezada yasallık” (Saban, s. 214) şeklinde ifade edenler olsa da, bizim de katıldığımız görüş uyarınca kanunîlik (kanuna uygun olma) ve yasallık (meşruluk) aynı anlamı karşılayan kavramlar olmadığı için bu nitelendirme yerinde değildir (Karakoç, Ceza, s. 20-21).

³¹ Karakoç, Vergilendirme, s. 1273.

³² Akkaya, s. 31.

³³ İlke; 1215 tarihli Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlükler Sözleşmesi)'da, 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Beyanamesi'nde, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 11'inci maddesinin 2'nci paragrafında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer almaktadır.

³⁴ Doktrinde, bu vurgunun yapılması nedeniyle, cezaların ve güvenlik tedbirlerinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğunun, suçların kanunla düzenlenmesi zorunluluğundan daha güçlü olduğu ifade edilmektedir (Karakoç, Vergilendirme, s. 1277).

³⁵ 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (RG. 12.10.2004-25611).

kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı şeklinde düzenlenmektedir.

Kanunilik ilkesiyle bireyler, hangi eylemlerinin suç/kabahat oluşturduğunu önceden öğrenme ve buna uygun davranma imkânına kavuşacaklar, böylelikle keyfilik önlenecektir. Bu anlamda söz konusu ilkenin, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasında garanti işlevi gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır³⁶.

Örf ve âdet kurallarıyla, idarî işlemlerle ve kıyas yoluyla vergi suç ve cezaları ile kabahat ve idarî yaptırım yaratılamayacağı, kanunların belirli ve açık olması gerekliliği, aleyhe düzenlemenin geçmişe yürütülmemesi kanunilik ilkesinin zorunlu sonuçları olarak ifade edilebilecektir³⁷.

Vergi ceza hukuku açısından kanunilik ilkesi ise, **vergi suç ile cezalarının kanuniliği ilkesi** ve **vergi kabahat ile yaptırımlarının kanuniliği ilkesi** olmak üzere ikili bir ayrımla ele alınmaktadır. Vergi suç ve cezalarında katı bir şekilde uygulanan kanunilik ilkesi, vergi kabahatleri açısından esnetilerek kabul edilmiştir. Çalışmamızda; inceleme konumuzu oluşturan kararın kapsamı doğrultusunda, zaten bir sorun da teşkil etmeyen vergi suç ile cezalarının kanuniliğine değinilmeksizin, vergi kabahat ile yaptırımlarının kanuniliği incelenecektir:

2. Kabahatler ile Yaptırımlarının Kanuniliği İlkesi

Kabahatler ile yaptırımlarının kanuniliği ilkesi³⁸, kabahat oluşturan fiillerin ve bu fiillere ilişkin yaptırımların kanunla düzenlenmesi, idarenin düzenleyici işlemleriyle kabahat ve ceza getirilememesi anlamına gelmektedir³⁹. Bu ilkenin kabahat ile yaptırımları açısından geçerli olması, öncelikle Anayasa'nın 38'inci maddesine dayanmaktadır. Danıştay da söz konusu

³⁶ Heinrich, s. 15-17; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 74; Hafizoğulları/Özen, s. 27; Koca/Üzülmez, s. 44; Aygün Eşitli, s. 226; Baykara, s. 1.

³⁷ Karakoç, Vergilendirme, s. 1280; Eroğlu, s. 167-172; Torunoğlu, s. 498; Heinrich, s. 17; Hafizoğulları/Özen, s. 79-80; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 75; Baykara, s. 3; Aygün Eşitli, s. 234.

³⁸ Bir kabahatin "kanunilik ilkesi" ile "kanunilik unsuru" ifadeleri, aynı anlamı karşılama maktadır (Şenyüz, s. 38; Baykara, s. 1). Aksi yönde görüş için bkz. Tezcan, s. 3.

³⁹ Şenyüz, s. 38, Taşdelen, Kabahatler, s. 72-73; Kaplan, Kanunilik, s. 159.

hususu Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvuruda⁴⁰, “Anayasa'nın 38'inci maddesinde yer alan kuralın idarî nitelikte suç ve cezalar için de geçerli olduğu tartışmaya neden olmayacak ölçüde açık bulunduğundan, ayrıca tartışılmayacaktır” şeklinde ifade etmiştir⁴¹. İlkenin kabahatler hukukundaki ikinci dayanağını ise, Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesi oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemenin 1'inci fıkrası uyarınca; kabahat oluşturan fiiller kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabilecektir.

Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasındaki bu düzenleme uyarınca kabahat sayılan fiillerin, mutlaka kanunla düzenlenmesi zorunlu olmayıp, kapsam ve koşulları kanunla belirlenmek şartıyla idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de kabahat düzenlemeleri oluşturulabilecektir. İdarenin düzenleyici işlemleriyle kabahat oluşturulmasında önem arz eden husus, çerçeve kanunun düzenleme yapılacak konunun kapsam ve koşullarını açıkça belirlemesidir⁴². Başka bir ifadeyle; idarece kabahatlerin belirlenebilmesi için, öncelikle çerçeve bir kanunun çıkarılması, bu çerçeve kanunda kabahatin kapsam ve koşullarına yer verilmesi ve idarenin kaba-

⁴⁰ Dış 4. D.'nin Vergi Usul Kanunu'nun 3239 sayılı Kanunla değişiklik mükerrer 257'nci maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 6, 7, 8, 38 ve 124'üncü maddelerine aykırılığı dolayısıyla, Anayasa'nın 152'inci maddesi gereğince yaptığı başvurunun gerekçesi, Anayasa Mahkemesi'nin 05.02.1991 tarih ve E.1990/29, K.1991/37 sayılı kararı (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T. 01.06.2014).

⁴¹ Anayasa Mahkemesi ise, söz konusu hususu, Anayasa'nın 73'üncü maddesi ile ilişkilendirerek; “Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının, yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usûllerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin kanunla belirlenmesi gerekir” şeklinde ifade etmiştir. AnyM. 10.4.2013 gün ve E. 2012/158, K. 2013/55 (RG. 18.01.2014 - 28886).

⁴² **Karakoç**, Vergilendirme, s. 1278. Doktrinde; kanunda yer alan çerçeve hükmü yeterli olarak, kabahatlerin idare tarafından çerçeve içinde dahi olsa belirlenmesine izin vermenin Anayasa'nın 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasına ve 73'üncü maddesine aykırı olduğunu, bu anlamda idarenin vergisel kabahat oluşturacak hareketi belirlenmesinin mümkün olmadığı yönünde görüş de mevcuttur (**Başaran Yavaşlar**, İdarî Nitelikli, s. 163).

hatleri belirleme konusunda yetkilendirilmesi gerekmektedir⁴³. Çerçeve kanunla sınırları iyi bir şekilde çizilmeksizin idarece kabahat düzenlenmesi, Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilmezliğini düzenleyen 7'nci maddesi ile 38'inci maddesine aykırılık oluşturacağından mümkün değildir⁴⁴.

Genel kanun olarak Kabahatler Kanunu'nun söz konusu hükümleri, vergi kabahatleri açısından da geçerlidir⁴⁵. Başka bir ifadeyle, vergi kabahatleri, doğrudan kanunlarla veya kanunla yetkilendirilmesi durumunda kanunda öngörülen sınırlamalar dâhilinde vergi idaresince getirilebilecektir⁴⁶. Bu çerçevede, birçok konuda Maliye Bakanlığı'na düzenleme yetkisi verilmektedir (örneğin; VUK m. 160/2, 175/2, 177/5, 190/son; mük. m. 227, 241/son, 242, 257). Genellikle verilen bu yetkiler, idarenin işin uzmanı görüldüğü, günlük olayların izlenmesine yönelik, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konulardır⁴⁷. Ancak kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının gerekli olduğu vergi ceza hukukunda⁴⁸, idareye vergi kabahatlerini belirleme noktasında verilen yetkinin çok yerinde olmadığı ifade edilmelidir⁴⁹.

⁴³ Şenyüz, s. 39.

⁴⁴ Karakoç, Vergilendirme, s. 1277-1278; Altundiş, Etki, s. 171; Kaplan, Kanunilik, s. 160.

⁴⁵ Anayasal ilkeler kapsamında, vergi kabahatlerinin “verginin kanuniliği” veya “suç ve cezanın kanuniliği ilkesi” içinde değil, “idarenin kanuniliği ilkesi” kapsamında kaldığı ifade edilmektedir (Taşdelen, Anayasal, s. 773).

⁴⁶ Belirli koşullarla idareye tanınan vergi kabahatlerine ilişkin belirleme yapma yetkisi, ekonomik hayatın hızlı değişip gelişmesi karşısında, yasama organının ağır işlemesine dayandırılmaktadır (Şenyüz, s. 39).

⁴⁷ Taşdelen, Anayasal, s. 783; Eroğlu, s. 166. İdarenin aslî şekli yükümlülüklerle ilişkin olarak sahip olduğu takdir yetkisini, yalnızca kanunda açık bir şekilde sayılan yükümlülükleri getirip getirmeme veya getirilecek bir yükümlülükten hangisinin getirileceğini ve bunun getirilme zamanını belirlemeyle sınırlı olarak kullanması, kanunilik ilkesinin ihlali noktasında doğabilecek sorunların önlenmesini sağlayacaktır (Üstün, Takdir, s. 278).

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi de 7.11.1989 gün, E. 1989/6, K. 1989/42 sayılı kararında vergi düzenlemelerini, “*hemen hemen tüm hak ve özgürlükleri ilgilendirip etkileyen yasama işlemleri*” olarak ifade etmiştir (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T. 20.07.2014).

⁴⁹ Karakoç, Vergilendirme, s. 1278. Evrensel bir kamu hukuku ilkesi olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, dünyadaki genel eğilim uyarınca, idarî cezaların ve idarî ceza gerektiren fiillerin kanunla konulmasını kapsar şekilde algılanması gerekmektedir

Kabahat karşılığı olan yaptırımlarda da kanunîlik ilkesi geçerlidir. Keza, Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, bu yaptırımların, türü, süresi ve miktarının *ancak kanunla belirlenebileceği* ifade edilmiştir⁵⁰. Bu düzenleme gereğince, 4'üncü maddenin 1'inci fıkrasıyla kabahatlere ilişkin kabul edilen esnekliğin, kabahatler hakkında uygulanan yaptırımlar açısından söz konusu olmadığı sonucuna varılmalıdır. Kabahatlere ilişkin yaptırımların (dolayısıyla vergi kabahatlerine ilişkin yaptırımların) türü, süresi ve miktarının, mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir⁵¹.

İnceleme konumuz olan karara konu olan Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 2'nci bendinde yer alan özel usulsüzlük kabahatine konu olacak belgelere ilişkin olarak Maliye Bakanlığı'na düzenleme zorun-

(Saban, s. 219-220; Akkaya, s. 32; Demirbaş, s. 961-962). Danıştay da, Maliye Bakanlığı'nın idarî düzenlemelerle kabahat oluşturup ceza tayin edemeyeceği görüşüne sahiptir (Akkaya, s. 33; Şenyüz, s. 41; Demirbaş, s. 962). Adisyon fişi düzenlenmemeden dolayı 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesine göre özel usulsüzlük cezasının kesilemeyeceğine ilişkin örnek karar için bkz. Dş. 4. D. 5.4.2005 gün ve E. 2004/1969; K. 2005/539. Bununla birlikte kararda, "*Dava konusu olayda, yükümlünün işyerinde yapılan yoklama sonucu düzenlenen tutanakta verilen hizmet karşılığı adisyon fişi düzenlenmediği tespit edilerek, özel usulsüzlük cezası kesilmiştir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesi ile verilen yetkiye dayanılarak aynı Kanunun yukarıda belirtilen 353'üncü maddesinin 2'nci bendinde sözü edilen nitelikte olan ve Maliye Bakanlığınca yayımlanan 298 ve 299 sıra no'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğleriyle adisyon fişi, düzenlenmesi zorunlu belgeler arasında sayılmış, bu belgenin düzenlenmemesi halinde 213 sayılı Kanun'un 353'üncü maddesinde sayılan diğer belgelerin düzenlenmemesi durumunda olduğu gibi, özel usulsüzlük cezası tatbik edileceği öngörülmüştür. Davalı idarece yapılan tespite göre, verdiği hizmet karşılığı, yukarıda belirtilen yetki çerçevesinde Maliye Bakanlığınca düzenlenme zorunluluğu getirilen adisyon fişi kullanmadığı saptanan ve bu suretle 213 sayılı Kanun'un 353'üncü maddesinde belirtilen belge düzenine ilişkin hükümlere uymadığı anlaşılan davacı hakkında bu madde hükümlerine göre ceza kesilmesinde hukuka aykırılık görülmektedir*" şeklindeki karşı oy dikkat çekmektedir (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T. 28.05.2014).

⁵⁰ "*Bir eyleme idarî yaptırım uygulanması için kanunda öngörülmüş olması zorunludur...*" AnyM. 11.6.2009 gün ve E. 2007/115, K. 2009/80 (RG. 26.11.2009 - 27418).

⁵¹ Şenyüz, s. 38-39; Karakoç, Vergilendirme, s. 1278; Başaran Yavaşlar, İdarî Nitelikli, s. 162-163; Taşdelen, Kabahatler, s. 73; Eroğlu, s. 164; Demirbaş, s. 962; Kaplan, Kanunilik, s. 159-160; Torunoğlu, s. 500.

luluğu getirme yetkisi veren düzenleme, Kabahatler Kanunu'nda kabahatler açısından geçerli olan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Keza düzenlemeye göre, kapsam ve koşulları kanunla belirlenmek şartıyla idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de kabahat düzenlemeleri oluşturulabilecektir. Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 2'nci bendinde yer alan yetkinin kanunî dayanağını, yetkinin kapsam ve koşullarını da belirten, Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesi oluşturmaktadır. Kanunilik ilkesi, vergi kabahatlerinde de sıkı bir şekilde uygulanması gerekli olan ilkelerden olmakla birlikte, kanuna ve getiriliş amacına uygun olarak, sınırları dâhilinde ve usûlünce kullanılan günlük olayların izlenmesine yönelik, teknik ya da ayrıntıya ilişkin yetkilerin, çok sıklıkla karşılaşılan vergi kayıp ve kaçaklarını önlemede önemli olduğu, kanunların her şeyi detaylı olarak düzenlemesinin beklenemeyeceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu anlamda kanunilik ilkesini bir engel olarak görmekten ziyade, vergi idaresine tanınan yetkinin usûlünce kullanılmasının, mağduriyetlerin önlenmesinde asıl önem arz eden nokta olduğu ortadadır.

Ç. Vergi Ceza Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğünü sağlama amacıyla olan, tüm faaliyetlerinde hukuk kurallarıyla bağlı, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlet olarak tanımlanabilir⁵². Bu anlamda, hukuk devletinin gereklerinden olan hukukî güvenlik ilkesi⁵³, öncelikle devletin kendi koyduğu kurallarla bağlı olmasını⁵⁴ ve herkesin tâbi olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını güven duygusuyla düzenleyebilmesini gerektirmektedir⁵⁵. Hukuk devletinin bireye bakan yönünü oluşturan ilke, temelinde kişileri devlete karşı korumayı amaçlamaktadır⁵⁶.

⁵² **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 73; **Altundiş**, Hukukî Güvenlik, s. 61.

⁵³ Anayasa Mahkemesi, kararlarının çoğunda hukukî güvenlik ilkesine, hukuk devletinin unsurlarından biri olarak değinmektedir. Örnek karar için bkz. AnyM. 17.01.2008 gün ve E. 2007/21, K. 2008/40, (RG. 23.02.2008 - 26796).

⁵⁴ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 45; **Çağan**, Vergilendirme, s. 141; **Karakoç**, Uygunluk, s. 311; **Taylar**, s. 198; **Tekbaş**, s. 133; **Demirbaş**, s. 973.

⁵⁵ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 45; **Karakoç**, Uygunluk, s. 311; **Taylar**, s. 199; **Demirbaş**, s. 973; **Tekbaş**, s. 133.

⁵⁶ **Çağan**, Vergilendirme, s. 148; **Tekbaş**, s. 133.

Hukukî güvenlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan alanlardan biri olan vergi ceza hukukunda, önem taşıyan ilkelerden biridir. Bu ilke sayesinde kişiler, hangi davranışının vergi kabahati veya suçu oluşturacağını ve davranışının sonucu olarak karşılaşılabileceği yaptırımın veya cezanın ne olduğunu, ağırlığını bilebilecek ve buna göre hareket edebilme imkânına kavuşacaktır.

Hukukî güvenlik ilkesi, belirlilik, kıyas yasağı, vergi kanunlarının aleyhe düzenlemelerinin geçmişe yürümezliği ilkesini kapsamına alan⁵⁷, çatı ilke görünümündedir:

Hukuk kurallarının *belirlenebilir* olması, hukukî güvenlik ilkesinin en önemli gereklerinden biridir⁵⁸. Belirliliğin sağlanabilmesi için, vergi kanunlarına aykırılık teşkil eden davranışlar ile yaptırımlarını düzenleyen kurallar; kesin, açık, yalın ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmelidir. Belirsiz, soyut ve kıyasa ve yoruma elverişli kavramlar, düzenlemelerde tercih edilmemelidir⁵⁹.

Vergi kanunlarının *aleyhe düzenlemelerinin geçmişte meydana gelen olaylara uygulanmaması*, yürürlüğe giren aleyhe yeni hukuk kuralının yürürlük tarihinden sonraki olaylarda uygulanmasını ifade eden, zaman bakımından uygulamaya ilişkin bir ilkedir⁶⁰. Kazanılmış hakların korunması da bu ilke aracılığıyla sağlanmaktadır⁶¹. Bu anlamda, önceden vergi suç veya kabahati oluşturmayan bir eylemin, daha sonra suç/kabahat haline getirilip

⁵⁷ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 46; **Karakoç**, Uygunluk, s. 311; **Tekbaş**, s. 134; **Demirbaş**, s. 974; **Mutlu**, s. 142; **Taylar**, s. 200.

⁵⁸ **Çağan**, Vergilendirme, s. 142; **Karakoç**, Uygunluk, s. 311; **Karakoç**, Vergilendirme, s. 1289; **Taylar**, s. 199; **Altundiş**, Hukukî Güvenlik, s. 61.

⁵⁹ **Çağan**, Yetki, s. 176; **Çağan**, Vergilendirme, s. 141; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 46; **Tekbaş**, s. 136, 144, 145; **Mutlu**, s. 145; **Taylar**, s. 200.

⁶⁰ **Tekbaş**, s. 137; **Altundiş**, Hukukî Güvenlik, s. 62-63. Vergi kanunlarının geçmişe yürümezliğine ilişkin olarak bkz. AnyM. 22.12.2011 gün ve E. 2010/7, K. 2011/172, (RG. 14.02.2012 - 28204), (www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/02/20120214-20.htm, E.T. 20.07.2014).

⁶¹ **Karakoç**, Vergilendirme, s. 1289. 1982 Anayasası'nda kanunların geçmişe yürümemesine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla, vergi kanunlarının geçmişe yürütülmemesi de Anayasa'da hüküm olarak bulunmamakta, hukuk devleti ve hukukî güvenlik ilkesi içinde değerlendirilmektedir (**Taylar**, s. 205).

ceza/yaptırıma bağlanması halinde, geçmişte işlenen fiiller hakkında söz konusu cezanın/yaptırımın uygulanması mümkün olmamalıdır⁶².

Kıyas yasağı ise, kanunlarda düzenlenen belli bir hukukî durum ve ilişki için konulmuş hükümlerden yararlanarak, o durum ve ilişkiye benzeyen ve fakat kanunlarda düzenlenmemiş bir durum ve ilişkiyi çözümlenme yönteminin vergi hukukunda kullanılamamasını ifade eder. Hukuk devletinde hukukî güvenlik ilkesi ve kanunilik ilkesi vergi hukukunda kıyas yoluna başvurulmasını engeller⁶³.

Kanunilik ilkesi de; belirlilik, açıklık, kıyas yapılamaması ve aleyhe vergi kanunlarının geçmişe yürümezliği noktalarında hukukî güvenlik ilkesi ile örtüşmektedir. Bu anlamıyla hukukî güvenlik ilkesi, kanunilik ilkesini tamamlayıcı bir işlev görmektedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan kararda Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen Vergi Usul Kanunu'nun 353/2'nci maddesi hukukî güvenlik ilkesi yönünden irdelenecek olursa, söz konusu düzenlemeyle Maliye Bakanlığı'na düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin neler olduğunu belirleme yetkisi tanıyan hükmün, konuya ilişkin kuralların Maliye Bakanlığı'nca ne zaman getirileceği, değiştirileceği veya kaldırılacağı yönünde düzenleme içermediği görülür. Düzenleme, yürütmenin faaliyetlerinin belirli ve öngörülebilir olması gerektiren hukukî güvenlik ilkesine bu anlamda aykırılık oluşturmakta, vergi idaresinin keyfî uygulamalarına karşı yeterli korumayı sağlamamaktadır. Maliye Bakanlığı kendisine tanınan bu yetkiyi, getiriliş amacına ve usûlüne uygun şekilde kullanma yönünde çaba sarf etmeli ve böylelikle mağduriyetler önlenmelidir.

⁶² Ancak Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından "derhal uygulama kuralı"nın kabul etmiş bulunmaktadır. Bu düzenleme uyarınca; eski kanun zamanında işlenmiş ve cezası verilmiş, ancak henüz infaz edilmemiş kabahatlere yeni düzenlemeye göre yaptırım uygulanmasına imkân verilmekte, lehte hüküm uygulanması yasaklanmış olmaktadır. Ancak Anayasa'nın 38'inci maddesinin 1'inci fıkrası, "karar verilmeden önce-karar verdikten sonra, fakat infazdan önce" şeklinde bir ayırım yapmadan lehte hüküm uygulamasını emrettiğinden Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan bu düzenleme, Anayasa'ya aykırıdır (**Başaran Yavaşlar**, İdarî Nitelikli, s. 163).

⁶³ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 46; **Taylar**, s. 200; **Demirbaş**, s. 977.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ve kapsamına vergi kanunlarına aykırılık teşkil eden idarî yaptırım öngören fiilleri de almasıyla, vergi hukukunda vergi kabahatleri ve vergi suçları ayırımının sağlam dayanaklara oturtulduğu ifade edilmelidir. Bu nedenle, vergi kanunlarına aykırılık teşkil eden eylemler, “vergi kabahatleri” ve “vergi suçları” ayrımı yapılarak incelenmelidir.

Vergi kabahatleri ve suçları ayrımı, vergi ceza hukukunda geçerli olan, çalışmamıza kaynaklık eden kararın da konusunu oluşturan, kanunilik ilkesiyle yakından ilişkilidir. Keza bu ayrıma dayanılarak, vergi ceza hukukunda kanunilik ilkesi de, “vergi suç ve cezalarının kanuniliği ilkesi” ile “vergi kabahatleri ve yaptırımlarının kanuniliği ilkesi” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Evrensel hukukun temel ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesi, vergi ceza hukukunda da geçerlidir. Temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan bir alan olarak vergi ceza hukukunda, Anayasal bir ilke olan kanunilik ilkesi katı şekilde uygulanmaktadır. Bununla birlikte, Kabahatler Kanunu'yla kanunilik ilkesine ilişkin olarak getirilen düzenleme, vergi kabahatleri açısından bir esneklik öngörmektedir. Vergi suçları ve cezalarının mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekirken, vergi kabahatleri, kanunla açıkça düzenlenebileceği gibi, kapsam ve koşulları çerçeve kanunla belirlenmek koşuluyla, çerçeve hükmün içeriği, vergi idaresinin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabilecektir. Burada önem arz eden, vergi idaresine düzenleme yapma yetkisi veren çerçeve kanunun, bu yetkinin kapsam ve koşullarını iyi bir şekilde belirlemesidir. Aksi durum, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini de ihlâl edeceğinden Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır.

İnceleme konumuzu oluşturan karara konu olan Vergi Usul Kanunu'nun usulsüzlük kabahatine ilişkin olan 353'üncü maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen” ibaresi, vergi idaresine, kanunda düzenlenmiş olan usulsüzlük kabahatine konu olacak belgelerin takdiri konusunda yetki vermektedir. Söz konusu düzenlemeyle Maliye Bakanlığı, yeni bir kabahat türü oluşturma konusunda yetkilendirilmiş değildir. Düzenlenmesi gerekli tüm belgelerin tek tek kanunda

sayılması beklenemeyeceğinden, vergi idaresine genel ve düzenleyici işlemleriyle var olan kabahat türünün içeriğini doldurmaya ilişkin takdir yetkisi verilmiştir. Vergi kayıp ve kaçacağını önlemek amacıyla, tutulmakta olan defter ve belgelere ilâve olarak tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter veya belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva edeceği hususları belirleme, bunlarda değişiklik yapma yetkisi, Maliye Bakanlığı'na Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesi ile tanınmıştır. Bu anlamda kanunî dayanağa da sahip olan söz konusu yetki, Kabahatler Kanunu'nda yer alan kabahatlerin doğrudan kanunlarla veya kanunla yetkilendirilmesi durumunda kanunda öngörülen sınırlamalar dâhilinde vergi idaresince getirilebilmeleri düzenlemesine bir aykırılık oluşturmamaktadır. Bununla birlikte, hak ve özgürlüklerle olan yakın ilişkisine bağlı olarak kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının gerekli olduğu vergi ceza hukukunda, idareye vergi kabahatlerini belirleme noktasında verilen yetkinin çok da yerinde olmadığı belirtilmesi gereklidir.

Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesi ile Maliye Bakanlığı'na tanınan yetkinin somutlaşmış hali olan Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 2'nci fıkrasındaki düzenleme açısından eleştirilmesi gereken nokta, düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin neler olduğunu belirleyecek olan Maliye Bakanlığı'nın, bu konuya ilişkin kuralları ne zaman getireceği, değiştireceği veya kaldıracağını hükümden açıkça anlaşılır olmamasıdır. Bu haliyle düzenleme, kamu otoritesinin keyfi uygulamalarına karşı yeterince koruyucu önlem içermemektedir. Anayasa'nın 2'nci maddesi gereğince demokratik hukuk devletinde geçerli temel ilkelerden olan, kanunilik ilkesini tamamlayıcı işlev gören, yürütme organının faaliyetlerinin "öngörülebilir" ve "belirli" olmasını ifade eden hukukî güvenlik ilkesinin gerekleri düzenlemede yeterince sağlanmış değildir. Bu yönüyle eleştirebileceğimiz Maliye Bakanlığı'na Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 2'nci bendinde sayılan belgelere ilave olarak belge düzenleme yetkisi veren düzenleme, vergi kayıp ve kaçacağını önlemek amacıyla, günlük olayların izlenmesi, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konuların belirlenmesine yönelik önlem niteliğindedir ve aslında kabahatin esasına ilişkin olarak bir düzenleme getirmemektedir. Söz konusu düzenlemenin uygulamaya yansıdığı aşamada önemli olan, tanınan bu yetkinin vergi idaresince getiriliş amacına ve usulüne uygun şekilde kullanılması, bu şekilde mağduriyetlerin önüne geçilmesinin sağlanmasıdır.

Kaynakça

Kitaplar :

- Arslan**, Mehmet; Vergi Hukuku, 3. Baskı, (Alfa Basım Yayım), İstanbul 2002.
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin; Genel Vergi Hukuku, (Derya Kitabevi), Afyon 2005.
- Bilici**, Nurettin; Vergi Hukuku, 30. Bası, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2012.
- Çağan**, Nami; Vergilendirme Yetkisi, (Kazancı Hukuk Yayınları), İstanbul 1982, (Yetki).
- Güçlü**, Yaşar; İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2008.
- Güneş**, Gülsen; Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2011.
- Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, (U-S-A Yayıncılık), Ankara 2010.
- Heinrich**, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım- I, (Ed. Yener Ünver), (Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, (Adalet Yayınevi), Ankara 2014.
- Kaneti**, Selim; Vergi Hukuku, 2. Bası, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1989.
- Kangal**, Zeynel; Kabahatler Hukuku, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2011.
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 6. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2012, (Genel Vergi).
- Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2011.
- Mutluer**, M. Kâmil; Vergi Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 3. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2011, (Vergi).

- Oktar**, S. Ateş, Vergi Hukuku, 9. Baskı, (Türkmen Kitabevi), Ankara 2013, (Vergi).
- Öncel**, Muallâ/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 22. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2013.
- Öner**, Erdoğan; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013.
- Öz**, Ersan, Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi, (Gazi Kitabevi), Ankara 2004.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013.
- Saban**, Nihal; Vergi Hukuku, 5. Baskı, (Beta Basım), İstanbul 2009.
- Taşdelen**, Aziz; Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri, (Turhan Kitabevi), Ankara 2010, (Kabahatler).
- Tosuner**, Mehmet/**Arıkan**, Zeynep; Vergi Usul Hukuku, (Kanyılmaz Matbaacılık), İzmir 2009.
- Üstün**, Ümit Süleyman; Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, (Turhan Kitabevi), Ankara 2007, (Takdir).
- Şenyüz**, Doğan; Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 6. Baskı, (Ekin Basım Yayın Dağıtım), Bursa 2012.

Makaleler :

- Akkaya**, Mustafa; “İdarî ve Adlî Vergi Ceza Sistemine Eleştirel Bir Bakış”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 233, Özel Sayı, Şubat 2008, s. 29-35).
- Altundiş**, Mehmet; “Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Vergi Suç ve Cezaları ile Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bu Suçlara Etkisi”, (Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, S. 1, 2007, s. 168-179), (Etki).
- Altundiş**, Mehmet; “Hukukî Güvenlik İlkesi”, (Yasama Dergisi, S. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 60-94), (Hukukî Güvenlik).
- Aslan**, M. Yasin; “İdarî Yaptırımlar”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 85, 2009, s. 173-188).

- Aygün Eşitli**, Ezgi; “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 104, 2013, s. 225-246).
- Bağdınlı**, İ. Halil; “Vergi Usul Kanununa Göre Vergi Ceza Sisteminin Uygulama Esasları”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 233, Özel Sayı, Şubat 2008, s. 36-51).
- Başaran Yavaşlar**, Funda; “Vergi Ceza Hukukundaki Değişim Süreci ve Bu Sürecin Ceza Sistemine Etkileri”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 233, Özel Sayı, Şubat 2008, s. 72-94), (Değişim Süreci).
- Başaran Yavaşlar**, Funda; “ İdarî Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, (Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:76, Sempozyum, Danıştay ve İdarî Yargı Günü, 138. Yıl, 11-12 Mayıs 2006, Danıştay Matbaası 2008, s. 131-178), (İdarî Nitelikli).
- Başaran Yavaşlar**, Funda; “Vergi Suç ve Kabahatleri Hukukunda Son Durum”, (İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 82, S. 6, 2008, s. 2839-2858), (Son Durum).
- Baykara**, Bekir; “İdarî Vergi Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesi”, (Vergi Dünyası, S.285, Mayıs 2005, <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=3610>), (E. T. 01.06.2014).
- Candan**, Turgut; “Danıştay Kararlarında Vergi Suçu Algılaması”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 233, Özel Sayı, Şubat 2008, s. 52-71).
- Çağan**, Nami; “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, S. 1-4, 1980, s. 129-151), (Vergilendirme).
- Çiçek**, Hüseyin Güçlü/**Herek**, Hatice; “Türkiye’de Vergi Suç ve Cezalarının Değerlendirilmesi: Antalya İli Örneği”, (Marmara Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: XXXII, S. I, s. 311-342).
- Çomaklı**, Şafak Ertan; “Suç Unsurları Açısından Vergi Suçlarının Değerlendirilmesi”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 180, Eylül 2003, s. 174-186).
- Demirbaş**, Burcu; “Vergi Ceza Hukuku’nun Anayasal Temelleri”, (Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Cilt: II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 243, Ankara 2009, s. 953-985).

- Eroğlu**, Onur; “Vergi Ceza Hukuku Açısından Kanunilik İlkesi”, (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Aralık 2013, s. 157-179).
- Kaplan**, Recep; “Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu ile Vergi Usul Kanunundaki Bazı Düzenlemelerin Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, (Maliye Dergisi, S. 164, Ocak-Haziran 2013, s. 150-165), (Kanunilik).
- Kaplan**, Recep; “Vergi Kabahatlerinde Yer ve Kişi Bakımından Uygulama Kuralları”, (Vergi Dünyası, S. 377, Ocak 2013, s. 99-107), (Uygulama).
- Karakoç**, Yusuf; “Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı, 2010, Burhan Ceyhan’a Armağan, Cilt: I, İzmir 2012, s. 3-26), (Ceza).
- Karakoç**, Yusuf; “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 1259-1308), (Vergilendirme).
- Karakoç**, Yusuf; “Türk Hukuku’nda Vergi Kanunlarının Anayasa’ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, (Anayasa Yargısı 13, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1996, s. 249-373), (Uygunluk).
- Kartal**, Zihni; “İdari Vergi Cezalarına Yargı Organlarının Yaklaşımı”, (Vergi Dünyası, Yıl: 18, S. 207, Kasım 1998, s. 119-126).
- Kelecioğlu**, Aykut; “Özel Usulsüzlük Cezalarında Karşılaşılan Sorunlar”, (Vergi Dünyası, S. 138, Mart 2000, <http://makelecioglu.com/sitebuilder/MAK/v10.pdf>), (E. T. 10.5.2014).
- Mutlu**, Aysel Ceren; “Dünü Bugünü ve Yarınıyla Vergilendirme Yetkisinin Hukuksal Perspektifi”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012(98), s. 123-154).
- Mutluer**, Kamil; “Vergi Suç ve Cezalarına İlişkin Görüşler ve Vergi Suç ve Cezalarında Yapılması Düşünölen Değişiklikler”, (Yaklaşım Dergisi, Yıl: 2, S. 14, Şubat 1994, s. 12-25), (Değerşiklik).
- Oktar**, S. Ateş; “Vergi Suçunun Niteliği Üzerine Bazı Düşünceler”, (İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, <http://journals.istanbul.edu.tr/iuifm/article/viewfile/1023007300/1023006808>, s. 165-174, E. T. 7.4.2014), (Düşünceler).

- Sağlam**, Meltem; “Kabahatler Hukukunun Vergi Ceza Hukukuna Etkisi”, (Vergi Dünyası, S. 294, Şubat 2006, s. 146-153).
- Şentürk**, Akın Gencer; “Vergi ve İlişkili Olarak Ceza Hukuku Yönünden Suç ve Cezalar ile Muhataplarına Yönelik Genel Bir Değerlendirme”, (Dayanışma Dergisi, S. 110, s. 63-75).
- Taşdelen**, Aziz; “Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 59, S. 4, 2010, s. 767-795), (Anayasal).
- Taylar**, Yıldırım; “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi”, (Vergi Dünyası, S. 307, Mart 2007, s. 196-213).
- Tekbaş**, Abdullah; “Vergi Kanunlarının Tâbi Olduğu Anayasal İlkeler”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, s. 132-191).
- Tezcan**, Keramet; “Vergi Suç ve Cezalarının Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, (Adana 1. Muhasebe Uygulamaları Sempozyumu, http://adanasmmmo.org/govde_detay.php?id=206&baslik=ADANA%201.MUHASEBE%20UYGULAMALARI%20SEMPOZYUMU), (E. T. 10.5.2014).
- Torunoğlu**, Tahsin; “Vergi Ziyat Kabahati”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, s. 477-544).
- Üstün**, Ümit Süleyman; “Maliye Bakanlığının Vergi Kabahatlerini Belirleme Yetkisi”, (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, S. 1-2, 2011, s. 25-57), (Yetki).
- Waline**, Marcel; “Vergi Cezalarının Hukukî Niteliği”, (Çev. Tahsin Yağmurlu) (Danıştay Dergisi, Yıl: 8, S. 28-29, s. 76-81).

^HVERGİLERİN KANUNÎLİĞİ İLKESİNİN TARİHÎ GELİŞİMİ*

Arş. Gör. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK**

GİRİŞ

Devlet, kamusal sorumluluklarını yerine getirmek için yapmakla yükümlü olduğu kamu harcamalarının finansmanını, topladığı vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler ile karşılamaktadır. Bu karşılamayı yaparken de, zaman zaman kişilerin temel hak ve özgürlüklerine (örneğin, özel hayatın gizliliği, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, mülkiyet ve miras hakkı, çalışma hakkı gibi) müdahale etmektedir. Bu yüzden, vergilerin anayasal çerçevede konulması ve kanunlara uygun bir şekilde uygulanması zorunludur. İşte vergilerin kanunîliği ilkesi de, bunu gerçekleştirmek amacıyla vergilerin kanunla konulması, değiştirilmesi veya kaldırılması demektir.

Kanunîlik ilkesinin iki kökeni vardır. Bunlardan ilki, güçler ayrımı yani «temsilsiz vergi olmaz» ilkesine dayanır. Vergi yükümlülerinin yasama organında temsil edildikleri, dolayısıyla kendi haklarında getirilen vergilere rıza gösterdikleri varsayımı geçerlidir. İkincisi ise, hukuk güvenliğine dayanır. Buna göre yükümlü, vergi idaresinin keyfî uygulamalarına karşı korunmuş olur.

Vergilerin kanunîliği ilkesi, demokratik mücadelelerin sonucu olarak uzun bir tarihî süreç içinde bugünkü anayasal yerini almıştır. Tarihte birçok

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı “Vergi Hukukunun Anayasal Temelleri” dersinde sunulan seminer ödevinin, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerli görüşleri çerçevesinde geliştirilen hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ’a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim..

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

ayaklanma maddî ya da siyasî zorla alınmak istenen vergiler yüzünden meydana gelmiştir. Bu ayaklanmalar sonucunda kabul edilen belgeler, bildiriler ve anayasalarla, vergilerde keyfîlik, adaletsizlik önlenmeye başlanmıştır. Herhangi bir verginin alınabilmesi için öncelikle kanuna dayalı olması gerektiği; yani, kanunsuz vergi olmaz ilkesi ve temsilsiz vergi olmaz ilkesi, vergi hukukundaki tarihî gelişim sürecine paralel olarak kanunlarda düzenlenmeye başlamıştır. Bugün vergilerin kanunîliği ilkesinin anayasalarda yer alması, anayasa hukukunun ve vergi hukukunun birlikte gelişmelerinin sonucudur.

Vergilerin kanunîliği ilkesi, vergi hukukunda oldukça önemli bir yere sahiptir. Bu sebeple, biz de çalışmamızda vergilerin kanunîliği ilkesinin tarihçesini, batı devletlerinin hukuk tarihinde ve Türk hukuk tarihinde olmak üzere ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

I. İLK ÇAĞLARDA VERGİLENDİRME YETKİSİ VE VERGİLERİN KANUNÎLİĞİ İLKESİ

Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukukî ve fiili gücüdür. Devletin vergilendirme yetkisinin kaynağı devlet egemenliğidir. Devlet, kamu hizmetlerinin görülmesinde ihtiyaç duyduğu malî kaynakları, vergilendirme yetkisini kullanarak karşılamaktadır. Ancak ilk çağlarda, devletin egemenliğinden kaynaklanan bu yetkisini sınırsız ve keyfi bir şekilde kullandığı bilinmektedir¹.

Devletlerin çeşitli isimler altında vergi alması neredeyse toplumsal örgütlenmeyle birlikte doğmuştur. İlk insan topluluklarında sınırlı biçimler altında ortaya çıkan vergilendirme geçen yüzyıllarda yaygınlaşmış, çeşitlenmiş ve örgütlenmiştir. Eski Mısır'da, Babil'de, Hititler'de, Eski Yunan'da devlet tarafından çeşitli vergilerin toplandığı bilinmektedir. Ancak tarihte vergiye hukukî açıklık kazandıran ilk devlet Roma İmparatorluğu'dur. Diğer topluluklardan farklı olarak Roma İmparatorluğu, dolaysız ve dolaylı vergileri devlet egemenliğinin bir gereği olarak toplamaya başlamıştır. Roma İmparatorluğu'nda İlk İmparatorluk devrinden itibaren vergilerin hukukî temelini İmparator Emirnameleri oluşturuyordu (M.Ö. 27-M.S. 284). Dolaylı

¹ Çağan, Vergilendirme, s. 13-15; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 6-7.

vergileri toplayabilmek için bile İmparator Emirnamesi'nde yer alması gerekiyordu. Roma'da vergilerin tahsili de, resmî görevliler (tahsildarlar) tarafından gerçekleştiriliyordu². Roma'daki bu düzen, yani vergilerin İmparator Emirnameleri'ne göre toplanması, bize ilk çağlarda bile vergilerin kanunîliği ilkesinin (kanunsuz vergi olmaz ilkesi) izlerine rastlanılabileceğini göstermektedir.

Roma İmparatorluğu'nun çökmesinden sonra ortaya çıkan krallıklar ve derebeylikleriyle, yoğun bir keyfi vergilendirme dönemi başlamıştır. Bu dönem, kanunîlik ilkesinin demokrasinin gelişim sürecine paralel olarak anayasalarda yer almasıyla son bulmuştur.

II. VERGİLERİN KANUNÎLİĞİ İLKESİNİN BATI DEMOKRASİLERİNDEKİ GELİŞİMİ

Vergilendirmeye ilgili tarihî sürece baktığımızda, demokrasi mücadelelerinden önce, devletlerin vergilendirme yetkilerini sınırsız ve keyfi bir biçimde kullandıkları bilinmektedir. Vergilerin kanunîliği ilkesi de, devletlerin bu keyfi uygulamalarına karşı vatandaşı; yani, yükümlüyü korumak amacıyla getirilmiş olan bir ilkedir. Yöneticilerin sınırlanan ilk yetkisi vergilendirme yetkisidir; bu sınırlama aynı zamanda vergilerin kanunîliği ilkesinin doğmasına zemin hazırlamıştır. İktidarın vergilendirme gücünün sınırlandırılması parlamentoların yasama yetkilerinin de kaynağı olmuştur. Parlamentoların onayı olmaksızın vergi alınamayacağı (Temsilsiz vergi olmaz) kuralı, batı demokrasilerinin temel anayasal ilkelerinden biri olarak kabul edilmiştir³.

Devletin vergilendirme yetkisinin bir kamu hukuku yetkisi olarak ortaya çıkışı ve siyasal iktidarın vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması İngiltere'de 17'inci yüzyılda; Kıta Avrupa'sında ise, 18'inci ve 19'uncu yüzyıllarda gerçekleşmiştir. Batı devletlerinde vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması demokrasinin gelişimiyle paralellik gösterir. İlk demokrasi mücadelesi keyfi vergilendirmeye karşı verilmiştir⁴.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Laufenburger**, s. 15, 16; **Somer**, s. 697 vd.; **Sarıtaş**, s. 95 vd.; **Uluatam/Methibay**, s. 18, 19.

³ **Çağan**, Vergilendirme, s. 14, 15; **Çağan**, Demokratik, s. 131.

⁴ **Çağan**, Vergilendirme, s. 13.

Hükümdarlara karşı ilk ayaklanmalar, kralın keyfi davranışlarını önleme ve vergileme yetkisini hukuksal sınırlar içinde tutma amacıyla başlamıştır. Yüz Yıl Savaşları'ndan sonra vergilerin artması, rahip ve asiller sınıfının toplumdaki eğitici ve askerlik görevleri dolayısıyla vergiden muaf tutulmaları, burjuva ve köylü sınıfının üzerinde büyük baskılara yol açmıştır. İngiltere'de Magna Carta Libertatum'dan (1215) başlayarak, Haklar Bildirgesi (1688) biçiminde devam eden gelişmeler, kralın bazı vergileme yetkilerinin parlamentoya devredilmesiyle sonuçlanmıştır⁵.

Kanunîlik ilkesi ilk defa Magna Carta Libertatum'da yazılı olarak ortaya konmuştur. Magna Carta Libertatum, günümüzdeki anayasal düzene ulaşana kadar yaşanan tarihi sürecin en önemli basamaklarından birisidir. Magna Carta Libertatum ile kralın vergilendirme yetkisi soylular ve din adamları yararına sınırlandırılmıştır. İngiliz kralı, Kral I. John tarafından 1215'te imzalanan Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı) 63 maddelik bir fermanın ibarettir. Bu fermanın en önemli üç maddesi şunlardır: 1. Hiçbir hür insan, yürürlükteki kanunlara başvurulmaksızın tutuklanamaz, hapsedilemez, mülkü elinden alınamaz, sürülemez veya herhangi bir şekilde yok edilemez. (Burada sözü edilen hür insanlar sadece senyörler, kilise adamları, vasatlar ve vasatların vasatları ile hür köylüler denen topluluklardı). 2. Adalet satılamaz, geciktirilemez, hiçbir hür yurttaş ondan yoksun bırakılamaz. 3. Kanunlar dışında hiçbir vergi, yüksek rütbeli kilise adamları ile baronlardan meydana gelen bir kurula danışılmadan, haciz yoluyla veya zor kullanılarak toplanamaz⁶. Bu ferman dolaylı da olsa, "temsilsiz vergi olmaz" ilkesi yönünden atılan ilk adımdır⁷.

Ancak bu ferman bir halk hareketine dayanmamıştır. Daha sonra, Kral I. Charles döneminde izlenen sömürgeci politika nedeniyle İngiltere'de yeni vergiler konmuş ve borçlanma için kararname çıkartılmıştır. Sürekli yeni vergi konulması halkın tepkisine yol açmış, bunun sonucunda Kral tarafından vergi ve bütçe hakları parlamentoya geri verilmiştir. Bunun üzerine

⁵ Çağan, Vergilendirme, s. 13, 14; Güneş, s. 30-35.

⁶ Magna Carta, <http://www.bl.uk/magna-carta>; Magna Carta Libertatum, <http://gizlilikler.tr.gg/Magna-Carta-Libertatum--k1-B.ue.y.ue.k--Oe-zg.ue.rl.ue.kler-S.oe.zle%26%23351%3Bmesi-k2-.htm>.

⁷ Çağan, Vergilendirme, s. 15, 16.

çıkartılan, 1628 tarihli “Haklar Dilekçesi” ve 1689 tarihli “Haklar Beyannamesi” ile krallık imtiyazlarına sınırlamalar getirilmiştir. İngiltere’de kralın vergilendirme gücünü sınırlandıran gerçek anlamda anayasal belgeler 1628 tarihli Haklar Dilekçesi (Petition of Rights) ve 1689 tarihli Haklar Beyannamesi (Bill of Rights)’dir. Haklar Beyannamesi, kralın parlamentonun onayı olmaksızın vergi koymasını kesin olarak yasaklıyordu⁸.

Fransız İhtilâli’nin de önde gelen nedenlerinden biri, kralın vergilendirme gücünü sınırsız ve keyfi kullanması olmuştur. Fransa’da, 1789 Fransız İhtilâli öncesinde krallar vergilendirme yetkilerini sınırsız olarak kullanıyorlardı. Soylular ve din adamları dışında kalan halk ağır bir vergi yükü altında idi. Bu yüzden, Fransız İhtilâli sonrasında ilân edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde (1789) vergilendirmeye ilgili iki maddeye yer verildi: 13’üncü maddede “vergide genellik ve eşitlik”, 14’üncü maddede ise “verginin belirliliği ve kanunîliği” ilkeleri yer aldı. Kanunîlik ilkesi 14’üncü maddede, “Bütün vatandaşların bizzat ya da temsilcileri aracılığıyla, ortak verginin gereklerini belirlemek, buna özgürce rıza göstermek, kullanımını izlemek, miktarını, matrahını, tahakkuk biçimini ve süresini belirlemek hakları vardır” şeklinde düzenlenmiştir. Bu ilke, daha sonra tüm Fransız anayasalarında da düzenlenmiştir. İnsan Hakları Bildirisi, vergilendirmenin eşit ve temsilciler vasıtasıyla (temsilsiz vergi olmaz ilkesi) yapılması durumunda, vergilendirmenin meşruiyeti yanında mülkiyete müdahalenin de meşruiyetini kabul eder⁹.

Amerika Birleşik Devletleri’nde de bağımsızlığın kazanılması ve demokratik rejimin kurulmasında hareket noktası, anavatan İngiltere’nin uyguladığı vergilere gösterilen tepkilerdir. Bağımsızlığın kazanılması ile 1776 yılında ilân edilen Bağımsızlık Bildirisi’nde (Virginia Haklar Bildirgesi) temsilsiz vergi olmaz ilkesine yer verilmiştir¹⁰. 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın 1’inci maddesinin 8’inci fıkrasında, vergilendirme yetkisinin münhasıran Kongre’ye ait olduğu ifade edilmektedir. Maddede, ülkenin her yerinde vergi koymak, tahsil etmek, gümrük resmi, harç ve istihsal vergisi koymak, dış borçları ödemek ve Amerika Birleşik

⁸ Çağan, Vergilendirme, s. 17-19; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 7; Kumrulu, s. 148.

⁹ Çağan, Vergilendirme, s. 24-26; Saban, s. 47.

¹⁰ Çağan, Demokratik, s. 131.

Devletleri'nin ortak savunmasını sağlamak yetkileri Kongre'ye aittir denilmektedir. Bu hükümle kanunîlik ilkesi ve vergilendirme yetkisi çok net bir şekilde ifade edilmiştir¹¹.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 17'inci maddesinde "Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülklerinden yoksun bırakılamaz" demek suretiyle vergi hukuku bakımından temel hak ve özgürlüklerin anayasa, kanun ve yargı yollarıyla güvence altına alınması gerektiği belirtilmiştir¹².

Temel hak ve özgürlük bildireleri ve bunların sonuçlarıyla batıda demokrasinin gelişmesi, vergilerin ancak yasama organı tarafından kanunla konulabileceği düşüncesi bir ilke haline gelmiştir. Bu ilke sayesinde öncelikle keyfi vergilendirme önlenmiştir. Bu gelişmeler sonucunda vergilendirme ilkeleri ve kanunîlik ilkesi, batılı ülkelerin anayasalarının hemen hemen hepsinde düzenlenmiştir¹³.

Vergilerin kanunîliği ilkesinin batı demokrasilerindeki gelişimini kısaca şöyle özetleyebiliriz: Özellikle Avrupa devletlerinde birçok ayaklanma maddî ya da siyasî zorla alınmak istenen vergiler yüzünden meydana gelmiştir. Bu ayaklanmalar sonucunda kabul edilen belgeler, bildirimlerle vergilerde keyfilik, adaletsizlik önlenmeye başlanmış ve vergilerin kanunîliği ilkesi de, batılı devletlerin vergi hukukundaki tarihî gelişim sürecine paralel olarak kanunlarda ve anayasalarda yerini almıştır.

III. İSLÂM HUKUKU'NDA VERGİLERİN KANUNÎLİĞİ İLKESİ

İslâm hukukunda temel hak ve özgürlüklerin kaynağını, Kurân-ı Kerim, sünnet, icma, kıyas, içtihatlar, örf ve âdet oluşturur. Kurân'da bazı mali yükümlere yer verilmiştir. Bunlar zekât, ihsan, infak, sadaka, malının fazlasını verme, Allah yolunda can ve malla cihad gibi kavramlarla belirtilmiştir. Ancak bu mali yükümler genellikle "zekât" ve "sadaka" kavramlarında toplanmışlar ve bu bütün içerisinde irdelenmişlerdir¹⁴.

¹¹ Çağan, Vergilendirme, s. 20-24; Tosuner/Öz, s. 27-28.

¹² Çağan, Vergilendirme, s. 27; Öz, Kanunîlik, s. 25.

¹³ Çağan, Vergilendirme, s. 15-27; Öz, Kanunîlik, s. 26.

¹⁴ Kazıcı, s. 27 vd.; Yeniçeri, s. 29 vd.; Tuğ, s. 24; Sıddıki, s. 38, 39; Güneş, s. 69.

İslâm hukukunda vergilerin kanunîliği ilkesine açıkça yer verilmiştir. Çünkü, böyle bir ilkeye ihtiyaç duyulmamıştır. İslâm hukukunun uygulanmaya başladığı ilk dönemlerde sadece bireyin gönüllü olarak vergi vermesi söz konusuydu. Bunun dışında devlete vergi toplama yetkisi verilmemiştir. Başka bir deyişle, devlet vergi vermeyenlerden vergi isteyemez ve zora başvuramaz. Kurân'da mali yükümlerin gönüllü verilmesi gerektiği, verilmezse bireyin uhrevi yaptırımlara maruz kalacağı öngörülmüştür. Kurân, vergi bilincinin aşılması gerektiği ilkesiyle yetinse de, İslâm'ın ileri dönemlerinde verginin zor kullanılarak alınması söz konusu olmuştur¹⁵.

İslâm hukukunda vergilerin kanunîliği ilkesine açıkça yer verilmemiş olması, onun bazı boyutlarının ve izlerinin İslâm devletinin anayasası konumunda olan Kurân'da görünmesine engel değildir. Vergilerin belirli olması boyutundan baktığımızda, belirlilik ilkesinin Kurân'da yer aldığını anlamaktayız. Çünkü bazı mali yükümler sistemsiz bir şekilde kişisel olarak ele alınmış ve bazı detaylarıyla düzenlenmiştir. Kurân'da çeşitli âyetlerle vergilerin konusu düzenlenmiştir; vergiye tâbi tüm malların hemen hemen hepsi Kurân'da belirtilmiştir¹⁶. Verginin konusu açısından âyetlerde verginin diğer özelliklerine göre daha çok yer verildiği, toprak ürünleri, hayvan sürüleri, emval, ziraat ve ticaret yoldan elde edilen mallar gibi kavramlarla ana hatlarıyla da olsa konular belirlenmektedir¹⁷. Ancak verginin matrahı, oranı, vergiyi doğuran olay düzenlenmemiştir; yükümlü ise, geniş bir şekilde Müslümanlar, inananlar olarak ifade edilmiştir¹⁸. Verginin oranı Kurân'da "fazla" terimiyle ifade edilmektedir¹⁹, ancak bu kavram yeteri kadar açık değildir²⁰.

Kanunîlik ilkesi "temsilsiz vergi olmaz" boyutu bakımından da, Kurân'da yer almıştır. Kurân, "Onların mallarından sadaka al ki..."²¹ ifade-

¹⁵ Kazıcı, s. 29 vd.; Tuğ, s. 65 vd.; Yeniçeri, s. 29 vd.; Güneş, s. 69.

¹⁶ Tevbe Suresi 9, 60. ve 103. Ayetler; Bakara Suresi, 43, 83, 219. Ayetler; Araf Suresi, 199. Ayet; Nahl Suresi 71. Ayet; Müminun Suresi 4, 23. Ayetler.

¹⁷ Tuğ, s. 32-33; Yeniçeri, s. 32; Cin/Akgündüz; s. 343 vd.; Ekinci, s. 287 vd.; Güneş, s. 69, 70.

¹⁸ Tuğ, s. 32-33; Yeniçeri, s. 32; Güneş, s. 71.

¹⁹ Araf Suresi, 199. Ayet; Bakara Suresi, 219. Ayet.

²⁰ Tuğ, s. 33; Yeniçeri, s. 32; Güneş, s. 71.

²¹ Tevbe Suresi 103. Ayet.

siyle vergi alma yetkisini Hz. Peygamber'e vermiştir. Peygamber Allah'ın elçisidir, Müslümanlar da Allah'a inandıkları ve onun rızası için vergi verdiklerinden, Peygamber'in Müslümanların temsilcisi olduğunu belirtmek mümkündür. Zekâtı alınacak malların belirlenmesi (verginin konusu), alınacak miktarların belirlenmesi (matrah ve oran) ve şeklinin belirlenmesi bizzat Peygamber tarafından yapılırdı. Ayrıca peygambere 'fazlasını al' denerek vergi toplama yetkisi de verilmiştir²². Zaten peygamber döneminde zekât bizzat peygamberin emriyle toplatılırdı²³.

İslâm devletlerinde vergi toplama yetkisi peygambere ve sonraki devirlerde halifelere veya sultanlara aittir. Peygamberimizden sonra halife olan Hz. Ebu Bekir kurulan sistemi devam ettirmiştir. İslâm Devleti'nde halifenin görevlerinden biri, korkutmadan, eziyet etmeden, nass ve içtihat yoluyla konulmuş vergileri toplamaktır. Halife veya sultan, mali hukuk hükümlerinin icrasını kamu adına yapmakla mükelleftir. Bu yetkisine 'velayat-ı sadakat' adı verilirdi²⁴.

Halife, kendiliğinden vergi koyamaz; devletin zorunlu giderleri için vergi, ancak Şûra kararıyla konabilir. Ayrıca halife mali yükümleri toplarken keyfi davranamaz veya halka ödeyemeyecekleri miktarlar yükleyemez. Çünkü, bu İslâm adaletine aykırıdır. İslâm hukukunda vergilendirme yetkisinin sınırlarını çizen kavramlar danışma ve adalettir. Şûra Suresinin 38'inci Ayetinde Müslümanların işlerinin aralarında istişare (danışma) suretiyle yapılarak, bu şekilde ileride İslâmî hükümetin danışma organının temeli atılarak bir egemenlik sınırlamasına gidilmiş olduğu söylenebilir. Şûra, danışma meclisi demektir ve bu mecliste yapılacak istişarenin, yani danışmanın halkın rızasını temsil ettiğini düşünürsek, Şûra'nın kararı alınarak yapılacak vergilendirmede kanunilik ilkesinin temsilsiz vergi olmaz boyutuyla karşılaşırız. Bu bize İslâm hukukunda, günümüzdeki anlamıyla olmasa da, o zamanın şartlarında temsilsiz vergi olmaz ilkesinin var olduğunu gösterir²⁵.

²² Araf Suresi, 199. Ayet.

²³ Kazıcı, s. 40; Güneş, s. 71.

²⁴ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 81; Özçelik, s. 7; Cin/Akgündüz, s. 214; Ekinci, s. 219; Güneş, s. 71.

²⁵ Karaman, s. 80, 101, 107; En-Nebhan, s. 461; Güneş, s. 72-73.

Verginin Şûra kararına dayanması, halifenin kendi başına keyfi vergi koyamaması ve toplayamaması kanunîlik ilkesinin en basit haliyle uygulandığını bize göstermektedir. Ancak bunlar İslâm adaletinin sağlanması için uygulanan örf ve âdet kurallarıdır, herhangi bir yazılı kaynakta Hz. Peygamber'in veya halifelerin vergilendirme yetkileri sınırlandırılmamıştır. Bu sebeple sonraki yıllarda halifelere sınırsız bir vergilendirme yetkisi tanındığı görülmektedir²⁶.

Kanunîlik ilkesinin İslâm hukukunda “kanunsuz vergi olmaz” boyutuyla yer alıp almadığına baktığımızda, İslâm hukukunda vergilerin kanuna dayanmadığını görüyoruz. Ancak “nass²⁷ ve içtihat yoluyla konulmuş vergiler” bize İslâm hukukunda vergilerin yazılı olmasa da birtakım kurallara dayanılarak alındığını anlatmaktadır²⁸.

İslâmiyet'in sonraki dönemlerinde, İslâm hukuku kurallarını uygulayan devletlerde örfi vergilerin toplandığı görülmektedir. Bu devletlerin çoğunda Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk dönemlerinde uygulanan vergi sistemine benzer uygulamalar vardı. Bu devirlerde, İslâm hukukçularının vergiyle ilgili bazı temel ilkelere eserlerinde yer verdiği bilinmektedir. Örneğin İbn-i Haldun 1377 yılında yazmış olduğu Mukaddime adlı eserinde vergilemenin temel kurallarından söz etmiştir. İbn-i Haldun, devletin vergileri, harcamalarını karşılamak için, kişilerden bütünüyle politik güce dayalı olarak aldığı, vergilerin devletin en önemli geliri olduğunu ve vergi gelirlerinin devletin yaşamına paralel bir gelişim gösterdiğini belirtmiştir. İbn-i Haldun bir hükümdara yazdığı mektupta “Toplanan malları hak edenler arasında doğruluk ve eşitlikle böl; şerefinden dolayı şeref sahibine ve zenginliğinden dolayı zengine ayrı muamelede bulunma; hizmetinde bulunanları vergi ödemekten muaf tutma; kudret ve takatleri dışında ödenekler ödemeğe kimseyi zorlama, adalet haricinde tekliflerde bulunma...” şeklinde önerilerde bulunmuştur. İbn-i Haldun'a göre, vergi bütün mükellefler arasında, dürüstlük, adalet ve eşitlik kurallarına göre, hiç kimseyi asil ve zengin olduğu veya yönetici yakınlığı nedeniyle vergi dışı bırakmadan ve en önemlisi herkesin

²⁶ **Cin/Akgündüz**, s. 214-222; **Ekinci**, s. 219-222; **Güneş**, s. 72, 73.

²⁷ **Nass**: Anlamında sarıhlik, kat'ilik bulunan Kur'an âyetinin delil olarak gösterilenine denir (**Devellioğlu**, s. 967).

²⁸ **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 81; **Cin/Akgündüz**, s. 214; **Güneş**, s. 73.

ödeme güçlerini aşmayacak şekilde alınmalıdır. Burada vergilemenin adalet ve eşitlik, genellik ve ödeme iktidarı gibi temel ilkeleri ile karşılaşılmaktadır²⁹.

IV. TÜRK HUKUKU'NDA VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

A. Genel Açıklama

Vergilerin kanunîliği ilkesinin Türk hukukunda yer alması Osmanlı İmparatorluğu dönemine rastlar. Tam anlamıyla kanunîlik ilkesine yer verilmiş olsa da, Senedi İttifak, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı ve Adalet Fermanı gibi anayasal nitelikteki belgelerde, ilk kez vergi ve bazı yükümlülüklerle ilişkin ilkeler yer almıştır. Osmanlı Devleti'nde vergilerin kanunîliği ilkesine 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de açıkça yer verilmiştir³⁰.

Cumhuriyet döneminde ise, 1924 Anayasası'yla bu ilke açıkça benimsenmiştir. 1961 ve 1982 Anayasa'larında da kanunîlik ilkesi daha kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve 1961 Anayasası'nın öngördüğü şekilde bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasıyla da ilkenin korunması güvence altına alınmıştır³¹.

B. Osmanlı Devleti'nde Vergilerin Kanunîliği İlkesi

1. Genel Olarak

Osmanlı Devleti'nde vergilerin kanunîliği ilkesini Tanzimat öncesi ve sonrası olmak üzere iki döneme ayırarak inceleyeceğiz.

2. Tanzimat Dönemi Öncesi Vergilerin Kanunîliği İlkesi

a. Genel Olarak

Hız. Peygamber devrinden 1839 yılına, yani Tanzimat'ın ilanına kadar, bütün Müslüman devletlerinde; dolayısıyla, Osmanlı Devleti'nde esas kabul

²⁹ İbni Haldun, s. 28 vd.; Gökbnar, s. 4; Candan, s. 244.

³⁰ Çağan, Vergilendirme, s. 35-38; Gözler, s. 9-16.

³¹ Gözler, s. 23-46.

edilen vergi sistemi aynıdır ve temelde İslâm hukukunun fıkıh kitaplarında ifadesini bulan mali hükümlerden oluşur. Ancak İslâm hukukunun sultanlara tanıdığı bazı yetkiler sebebiyle, örf ve âdete dayanan vergilerde bazı isim ve miktar farklılıkları vardır³².

Osmanlı Devleti'nde özel bir kanunname olan 'Kanunnâme-i Osman' askerî, cezaî ve malî hükümlerle, tımar kurumu ve reaya ile ilgili hükümlerden oluşur. Osmanlı devleti örfî hukuk alanında bu kanunu temel kanun kabul etmiştir ve tüm bunları içeren bir anayasa düzenlemeye ihtiyaç duymamıştır³³.

Osmanlı Devleti'nde mali hukukla ilgili hükümler Kur'ân, fıkıh kitapları ve Osmanlı kanunnamelerinden kaynaklanır. Osmanlı padişahlarının görev ve yetkileri, diğer İslâm devletlerindeki devlet başkanlarının sahip oldukları görev ve yetkilerden farklı değildir. İslâm hukuku, devlet başkanlarına kendisinin düzenlemediği alanlarda yasama, yürütme ve yargı yetkisi tanımıştır. Bu sebeple, yasama, yürütme ve yargı yetkisi Osmanlı padişahlarında toplanmıştır³⁴. Ancak onlar bu yetkilerini temsilcileri aracılığıyla kullanırlar ve bu yetkileri sınırsız değildir. Vergi toplama ve mali hukukla ilgili hükümleri yürütme, padişahın görevidir. Osmanlı padişahları İslâm hukukunun açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlememiş olduğu veya düzenlemesini devlet başkanına bıraktığı alanlarda İslâm hukukunun temel kurallarına aykırı olmayacak birçok düzenleme yapmışlardır³⁵. Osmanlı padişahları özellikle vergi hukuku alanında çok sayıda düzenleme yapmışlardır. Padişahın iradesiyle düzenlenen Osmanlı Kanunnâmeleri, Osmanlı vergi hukuku açısından oldukça önemli bir kaynaktır. Osmanlı Devletinde her bölgenin özelliğine göre yapılmış, vergilerle ilgili hükümler içeren kanunnâmeler vardı. Vergilerin matrahı ve oranı bu kanunnâmelerde ana hatlarıyla belirlenirdi. Bu kanunnâmeler, vergilerin yükümlülerin gücüyle orantılı olması ve vergi adaleti göz önüne alınarak hazırlanırdı. Vergi salmaları da kadıların ve merkezin denetimine bağlıydı³⁶.

³² Cin/Akgündüz, s. 344.

³³ Akgündüz, s. 47, 48.

³⁴ Aydın, s. 135; Barkan, s. 713; Güneş, s. 75.

³⁵ Aydın, s. 135.

³⁶ Velay, s. 11; Balta, s. 39; Güneş, s. 75.

Verginin kanunîliği ilkesi açısından bakıldığında Tanzimat dönemine kadar herhangi bir anayasal düzenleme olmadığı için vergilendirme yetkisi ya da verginin temel özellikleri bakımından padişahı sınırlandıran bir hükme yer verilmemiştir. Kısaca bu dönemde, hukukî düzenlemelerde vergilerin kanunîliği ilkesi ana bir ilke olarak mevcut olmamıştır. Osmanlı Devleti'nde vergilerin bölgesel veya topluluklara yönelik olarak farklı miktar ve şekillerde alınması genel bir ilkenin yerleşmesini engellemiştir³⁷.

Osmanlı devletinde Tanzimat öncesinde mevcut olan vergiler; Şer'î vergiler (tekâlif-i şeriye) ve Örfî vergiler (tekâlif-i örfîye) olmak üzere iki kısımda toplanır. Osmanlı Devleti'nde Kurân'dan ve İslâm hukukundan kaynaklanan şer'î vergiler (zekât, öşür, haraç, cizye) yanında, padişahın kamu ihtiyaçlarını karşılamak için kendi iradesiyle koyduğu örfî vergiler de toplanıyordu³⁸. Osmanlı Devleti'nde vergiler, çeşitli emir, ferman ve kanunnamelerle toplanıyordu. Bu kanunnamelerde şer'î ve örfî vergilerin mükellefleri, matrahları, oranları ve miktarları ayrıntılı olarak düzenleniyordu³⁹.

b. Şer'î Vergiler

Osmanlı devletinde başlıca şer'î vergiler, zekât, ganimet, öşür, haraç ve cizyedir⁴⁰. İslâm'ın beş şartından biri olan zekât, bazı mallardan alınarak belirli 8 grup kişiye verilmesi gereken bir vergidir. Zekât belirlilik ilkesini karşılayan bir vergidir. Zekât vergisine tâbi olan mallar:

- 1) İnsanların ekip biçtikleri tarlaların ürünlerinden saklanabilen ve besin olarak kullanılabilen mallar,
- 2) üzüm ve hurma ürünü,
- 3) Deve, sığır, koyun, keçi,

³⁷ İnalçık, s. 124; Barkan, s. 724; Güneş, s. 76.

³⁸ Örfî vergiler hem yöreler arasında başka şekilde uygulanabiliyordu hem de başka adlar taşıyabiliyordu. "İmdadiye-i seferiye", "İmdadiye-i hazariye", "iane-i cihadiye" bu adlardan birkaçıdır. İstanbul'da örfî vergiler hiç uygulanmazdı, ancak ihtisap resimleri (belediye vergileri) oldukça önemliydi (Cin/Akgündüz, s. 358-359; Ekinci, s. 295); Üçok/Mumcu/ Bozkurt, s. 86-90.

³⁹ Ekinci, s. 288; Balta, s. 39; Güneş, s. 74, 75.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kazıcı, s. 57 vd.

- 4) Altın ve gümüş,
- 5) Ticaret mallarıdır.

Ayrıca bu malların her birinden ne kadar vergi alınacağı da belirtilmiştir⁴¹.

Verginin dağıtılacağı kişiler de,

- yoksullar,
- muhtaçlar,
- zekât tahsildarları,
- müellefe-i kulüb (kalpleri Müslümanlığa ısındırılacak kimseler),
- köleler, borçlular,
- Allah yolunda harcama yapanlar
- yolda kalanlar

olmak üzere 8 grup olarak düzenlenmiştir. Ancak sosyal bir yardım niteliğinde olan bu vergi, halifeler dönemiyle birlikte tam bir vergi biçimine sokulmuş ve İslâm devlet hazinesinin başlıca gelir kaynaklarından biri olmuştur⁴².

Cihatta yenilen gayrimüslimlerden elde edilen silah, binek hayvan, köle ve diğer taşınır mallara ganimet denir. Bu malların 4/5'ü askerler arasında paylaştırılırken, 1/5'i Allah'a aittir. Yani bu 1/5'lik kısım peygamber, peygamber ailesi, yetimler, muhtaçlar ve yolcular arasında bölüştürülür. Ancak uygulamada bu kısım hep devlete kalmış ve devlet hazinesinin bir diğer geliri olmuştur. Öşür ise, kamu yararı için, Müslüman halkın yetiştirdiği ürünlerden alınan 1/10 oranındaki vergidir. Zimmîlerin vermekle kendileri, aileleri ve malları için güvenlik ve koruma sağladıkları vergiye ise, cizye denir. Cizye verenler, bu vergiye karşılık İslâm devletinin koruyuculuğunu isteme hakkını kazanırlar. Bu vergiyi sadece eli silah tutanlar ödemekle mükelleftir. Cizye, esas bakımından her yıl nakit olarak ödenir;

⁴¹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 87; Cin/Akgündüz, s. 345, 346; Ekinci, s. 292; Kazıcı, s. 57 vd.

⁴² Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 87; Cin/Akgündüz, s. 345, 346; Ekinci, s. 292; Kazıcı, s. 57 vd.

ancak, bazı durumlarda aynî olarak verilmesi de kabul edilmiştir. Haraç ise, zimmî toprak sahiplerinden alınan vergidir. Hem toprak (harac-ı muvazzafa) hem de ürün (harac-ı mukaseme) üzerinden ve ayn olarak alınan vergidir⁴³.

c. Örfî Vergiler

Örfî vergiler, devletin devamlı veya olağanüstü giderlerini karşılamak için sultanın iradesiyle çıkarılan vergilerdir. Ancak bu vergilerin meşrû ve makûl sınırlar içinde kalması gerekir. Reayanın gücünü aşan vergiler koymak caiz değildir (vergilerin ölçülü olması ilkesi). Osmanlı devletinde örfî vergiler; avarız-ı divaniye ve rüsum-ı örfiye adıyla alınan vergilerden oluşur⁴⁴.

Olağanüstü kamu geliri gereksinimi için “Avarız-ı Divaniye” adlı vergiler toplanıyordu. Başta savaş harcamaları olmak üzere devletin aniden çıkan ve büyük masrafları gerektiren bazı kamu hizmetlerini ifa edebilmek için topladığı vergilerdir. Osmanlı devleti, ‘mallarınız ve canlarınız ile cihad ediniz’ emirlerine dayanarak bu çeşit vergileri kabul etmiştir. Bu vergi, savaş sırasında emlak sahibi olan erkek yükümlü grubundan ihtiyaca göre alındığı için matrahı ve miktarı kanunnamelerle belirtilemiyor, padişah fermarıyla açıklanıyordu⁴⁵. Başlangıçta savaş harcamalarını finanse etmek için konmuş olan bu vergiler, 17. Yüzyılın sonlarından itibaren olağan vergiler haline gelmiştir. Her sene vali, voyvoda ve kadılar tarafından senede iki taksit olarak alınacak şekilde tevzi defterleri düzenlenmiştir⁴⁶.

Rüsum-ı örfiye, devletin idare ve yargı organlarının yerine getirdikleri icra ve yargı görevleri karşılığında devlet görevlilerinin ve kadıların halktan aldıkları vergilerdir. Genel olarak beylerbeyi, sancakbeyi, subaşı ve sipahi arasında taksim edilir. Yargı görevi karşılığında alınan resimler de kadılara aittir. En önemli rüsum-ı örfiye vergileri bad-ı heva vergileridir. Bad-ı heva, tapu tahrir defterlerine kaydolunan resm-i arus⁴⁷, resm-i cürm-ü cinayet⁴⁸,

⁴³ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 88, 89; Cin/Akgündüz, s. 352-357; Ekinci, s. 293-295.

⁴⁴ Kazıcı, s. 156 vd.; Cin/Akgündüz, s. 357.

⁴⁵ Cin/Akgündüz, s. 344-361; Ekinci, s. 287-296.

⁴⁶ Kazıcı, Örfî, s. 287-292; Kazıcı, s. 170; Cin/Akgündüz, s. 358-361.

⁴⁷ Gerdek resmi de denir. Kocaya varan kızlar ile kadınların kocalarından maktu olarak alınan vergidir (Cin/Akgündüz, s. 361).

çiftlik tapusu⁴⁹, ev yeri tapusu ve tımar arazisine dışarıdan gelip kışlayanlardan alınan tütün resmine denir. Bad-ı heva dışındaki rüsum-ı örfiye vergileri ise, yaylak, kışlak resimleri; belediye hizmeti karşılığında alınan ihtisab resmi, kadıların aldığı tereke taksim resmi; evlendirme resmi ve hüccet resmi gibi örf ve âdete göre değişen resimlerdir⁵⁰.

3. Tanzimat Döneminde Vergilerin Kanunîliği İlkesi

a. Genel Olarak

Tanzimat döneminden sonra Osmanlı Devleti'nde vergi sisteminde değişiklikler olmuştur ve yeni vergi çeşitleri gelmiştir. Tanzimat döneminde vergiler iki ana gruba ayrıldı; vasıtasız vergiler ve vasıtalı vergiler. Vasıtasız vergiler (bila-vasıta alınan tekâlif), devletin doğrudan doğruya vasıtasız olarak mükelleflerden tahsil ettiği vergilerdir. Bunlar, vergiler (emlâk vergisi, kazanç vergisi gibi), bedeller (bedel-i askeri gibi), resimler (keçi, koyun, deve resmi), öşürler ve iane hisseleri (eğitim hizmetlerini finanse etmek için maarif hisse-i ianesi, bayındırlık hizmetlerini finanse etmek için menafî hisse-i ianesi, askerlik hizmetlerini finanse etmek için teçhizat-ı askeriye ianesi)dir⁵¹.

Vasıtalı vergiler (bil-vasıta alınan tekâlif); devletin vergiye ait olduğu maldan peşin olarak tahsil ettiği vergilerdir. Bu çeşit vergileri devlet doğrudan mükelleften almaktadır. Vergi maldan tahsil edilmekte ve üreticilere yansımaktadır. Bunlar, müskirat resimleri (içkilerden alınan vergiler), gümrük resimleri (ihracat tarifesi yüzde 12, ithalat tarifesi yüzde 5) ve benzeri bazı resimlerdir⁵².

⁴⁸ Ehli örfün dirlik içinde cezaları infaz görevi karşılığında aldıkları resimlerdir (Cin/Akgündüz, s. 361).

⁴⁹ Sipahinin, raiyyetin üç yıl üst üste işlemediği toprağı "sâhib-i arz" sıfatıyla belli bir ücret karşılığında, "hakk-ı karâr ve tasarruf"unu tapu vererek başka bir raiyyete vermesi durumunda veya erkek oğul bırakmadan ölen raiyyetin toprağıni işleyecek başka raiyyete tapu ile verdiğinde tahsil ettiği resimdir (TDV İslâm Ansiklopedisi, <http://www.tdvia.org/dia/ayrmetin.php?idno=d040417>, E.T. 05/01/2015).

⁵⁰ Kazıcı, Örfi, s. 292 vd.; Cin/Akgündüz, s. 361; Ekinci, s. 295, 296.

⁵¹ Cin/Akgündüz, s. 375-380.

⁵² Cin/Akgündüz, s. 380, 381.

Osmanlı Devleti düzenli vergi toplayan bir devlet olamamıştır. Çünkü Osmanlı Devleti merkeziyetçi bir vergi idaresi kuramamış ve gelirleri düzenli ve para olarak ödenen vergilere dayanmamıştır. Bunun nedeni de Osmanlı vergi sisteminin, toprak düzeni ve askeri düzenle iç içe geçmesidir⁵³. Osmanlı Devleti'nin malî teşkilatı merkez maliyesi, tımar sistemi ve vakıflar üzerine kurulmuştur⁵⁴.

Osmanlı Devleti tarım ekonomisine dayalı bir yapıya sahip olan ve gelirleri temel olarak tarımdan kaynaklanan bir devlettir. Toprakların işlenmesi ve artık ürünün devlete geçmesi dirlik sistemi (tımar) aracılığıyla gerçekleşmiştir. Osmanlı Devletinde, vergilerin bir bölümü, dirlik sistemi uyarınca, devlete gördükleri hizmet karşılığında bazı kamu görevlilerine (vali, sipahi, kadı, subaşı vb.) tahsis edilmiş olup, bunlar tarafından halktan toplanıyordu. Tımar Sistemi dışındaki vergiler ise, arttırma ile mültezimlere devrediliyor ve onlar tarafından toplanıyordu. 17'inci yüzyılın sonlarına doğru gelirlerin azalması, iltizam (mukataa) yönteminin de uygulanmasıyla tımar sistemi bozulmaya başlamış ve tımarlı sipahiler yerlerini mültezimlere bırakmıştır. 18'inci yüzyılın ikinci yarısında, halka çok fazla baskı uygulayan mültezimlere karşı halkı koruyabilmek için, halk tarafından seçilen ve ayân adı verilen kişiler vergi tahsiline aracılık etmeye başladılar. Ancak devlet zayıfladıkça, ayânlar da halkı istismar etmeye ve kendileri mültezim olarak vergi toplamaya başladılar. Bu yozlaşma döneminde köylüler, ayân denilen bu derebeylerinin buyruğu altına girmeye zorlanmışlardır⁵⁵.

b. Sened-i İttifak'ta Vergilerin Kanunîliği İlkesi

Ayânların giderek güçlenmesi sonucunda 1808'de, Sadrazam ile Anadolu ve Rumeli ayânları arasında Sened-i İttifak adıyla bir anlaşma imzalandı. Padişah II. Mahmut, bir Hatt-ı Hümayun'la Sened-i İttifak'ı onayladı. Osmanlı Devleti'nde padişahın vergilendirme gücünü sınırlandıran ilk belge 1808 tarihli Sened-i İttifak'tır. Bu anlaşma ile padişahların vergilendirme yetkisi ayânların denetimine bırakıldı. Senedi İttifak'ın 7'inci mad-

⁵³ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 8; Çağan, Vergilendirme, s. 29-31.

⁵⁴ Öz, Kanunîlik, s. 27.

⁵⁵ Çağan, Vergilendirme, s. 31-33; Tanilli, s. 80; Yücekök, s. 67; Özbudun, s. 25 vd.; Güneş, s. 77.

desine (7'inci Şart) göre, "...ayân ve hanedan ...fakirlerin ve halkın vergilendirilmesinde aşırılığa gitmeme hususunda gerekli özeni göstereceklerdir, vergilemeye ilişkin olarak hanedan arasındaki görüşmelerle ulaşılan kararlara göre uygulamaya devam olunacaktır". Bu maddeyle ahaliden, fakirlerden ve köylüden alınacak vergilerde adalete uyma ilkesine uygun davranılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Senedi İttifak 3'üncü maddesiyle de vergilerin padişahın iradesi çerçevesinde ayânların korumasıyla telef ve hasara uğramadan toplanmasını hedeflemiştir. İktidarı kurumsal da olsa sınırlayan 'adalete uyma' olgusunu, vergilerin kanunîliği ilkesine geçişin ilk adımı olarak nitelerek yanlış olmaz. Ayrıca zulmeden, fazlasına el atıp saldıran, adaletsiz vergilerin ayânlarca kaldırılabilir olması, iktidarın vergileme yetkisini sınırlandırmıştır⁵⁶. Ayânlar halkın temsilcisi olmasa da, onların bir bakıma verginin onaylayıcısı gibi davranmaları, kanunîlik ilkesinin "temsilsiz vergi olmaz" boyutuna atılan bir adım olarak değerlendirilebilir⁵⁷.

Senedi İttifak, merkezî otoritenin zayıfladığını gösteren bir belgedir, fakat hükümleri hiç uygulanmamıştır. Bu belge, vergilendirme yetkisinin sınırlandırılış biçimi yönünden Magna Carta Libertatum'a benzerlik gösterir⁵⁸.

c. Tanzimat Fermanı'nda Vergilerin Kanunîliği İlkesi

Osmanlı Devleti'nde, vergilendirme yetkisi açısından bir sonraki düzenleme, 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'yla yapılmıştır. Tanzimat Fermanı, tek taraflı olarak padişah tarafından çıkartılan, şekil bakımından ferman, berat niteliğinde olan bir hukuksal belgedir. Belirttiği ve ilân ettiği esasların gerçekleşmesini sağlayacak kanunların yapılması için bir program, bir yasama direktifi niteliğindedir. Anayasal açıdan Tanzimat Fermanı devletin egemenliğinin göstergesi olan yasama iktidarını belirleyen ve vergilerin kanunla alınmasını öngören ilk belgedir⁵⁹.

Tanzimat Fermanı, vergilerin kanunlara dayanarak alınması gerektiğini belirtilmiştir. Bu belgede ödeme gücüne göre vergi konulması, vergi toplama-

⁵⁶ İnalçık, Sened-i İttifak, s. 603 vd; Özçelik, s. 1 vd.

⁵⁷ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 9; Gözler, s. 10-11; Güneş, s. 78-79.

⁵⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 9; Gözler, s. 10-11; Tanör, s. 59-60.

⁵⁹ Güneş, s. 79-80.

mada eşitlik olması ve kanunla belirlenen vergiler dışında keyfi vergi alınmaması hükümleri yer alıyordu. Fermanında ‘kimseden ziyade şey alınmaması’ ölçütüyle keyfi vergilendirmenin yanı sıra ağır vergilendirme de önlenmiş olmaktadır⁶⁰. Ancak bu belge, padişahın tek taraflı iradesine dayandığı için, onu hükümlere uymaya zorlayıcı bir yaptırımı yoktu. Tanzimat Fermanı ile ilk olarak kanunilik ilkesine yaklaşan bazı esasların kabul edildiği görülmektedir. Ancak bu Fermanında da açıkça kanunilik ilkesine yer verilmemiştir⁶¹.

1839 tarihli Tanzimat Fermanı’ndan sonra, Osmanlı maliyesinde esaslı değişiklikler yapıldı. Tek hazineli sisteme geçildi; her çeşit araziden alınan vergiler, aşar adıyla birleştirilerek tek kalemde toplandı. Her çeşit kamu geliri hazineye doğrudan girmeye ve giderler de doğrudan karşılanmaya başlandı. Örfi vergiler, ihtisab resmi, timar ve müsadere usûlü kaldırıldı. Herkesin mali gücüyle orantılı olarak miktarı tespit edilecek bir vergi çeşidi kabul edildi. Memurlara maaş usûlü getirildi. Kamu hizmetleri tek kaynaktan finanse edilmeye başlandı⁶². Tüm bunlar bize gösteriyor ki, bu Ferman mali hukuk alanında birçok yeniliğin başlangıcı olmuştur ve artık kanunilik ilkesine adım adım yaklaşılmaya başlanmıştır.

ç. Islahat Fermanı’nda Vergilerin Kanuniliği İlkesi

1856’da çıkarılan Islahat Fermanı ile müslim ve gayrimüslim halk arasındaki vergi farklılığına son verilmiş; gayrimüslimlerden alınan Cizye kaldırılmış, bunun yerine, askerlik yapmamalarına karşılık olarak, “askerlik bedeli” alınmaya başlanmıştır. Mali sorunlar, Islahat Fermanı’nın üzerinde önemle durduğu konulardan biridir. Ferman, paranın ıslahı, vergi tahsil yöntemlerinin düzeltilmesi gereğine işaret ediyordu⁶³.

⁶⁰ Güneş, s. 80.

⁶¹ Tanzimat Fermanı’nda vergilerle ilgili bir kısım ilkelerden şöyle söz edilmektedir: “İslâm esaslarına uymak ve kötü gidişi durdurmak için çareler aradık. Yurdun daha iyi yönetilebilmesi için yeni bazı kanunların çıkartılmasını uygun bulduk. Bu kanunlarla gerçekleştirilecek en önemli ilkeler arasında da vergi toplama yöntemlerinin düzeltilmesi de var” (Kumrulu, s. 148); Çağan, Vergilendirme, s. 35; Gözler, s. 11-12; Tanör, s. 112.

⁶² Ekinci, s. 300; Cin/Akgündüz, s. 374-375.

⁶³ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 9; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 334-335; Gözler, s. 14.

d. Adalet Fermanı'nda Vergilerin Kanunîliği İlkesi

Tanzimat döneminin önemli anayasal metinlerinden biri de 1875 yılında çıkartılan Adalet Fermanı'dır. Bu belgede, vergilerde eşitlik, adalet ilkeleri üzerinde durulmuş, vergi tahsil usûllerinin geliştirilmesi gereği belirtilmiştir⁶⁴.

Senedi İttifak, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı ve Adalet Fermanı'nda vergi ve bazı yükümlülüklerle ilişkin ilkeler yer almıştır. Ancak Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu şartlar nedeniyle bu hükümler o dönemde uygulanma imkânı bulamamıştır. Zaten bu belgeleri de anayasa olarak kabul etmek mümkün değildir; bunlar anayasal nitelikte belgelerdir. Fakat bu belgeler sayesinde devletin üstün bir hukuk kuralıyla sınırlandırılması gerektiği anlayışı yerleşmiştir. Osmanlı Devleti'nde vergilerle ilgili ilkeler ilk kez bir anayasa olan Kanun-i Esasi'de derli toplu olarak düzenlenmiştir⁶⁵.

e. Kanun-i Esasî'de Vergilerin Kanunîliği İlkesi

Türk toplumunun ilk yazılı anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasî, hukuk devleti anlayışı doğrultusunda kişi hak ve özgürlüklerinin geniş bir listesini ve ilkelerini kapsamaktadır. Bu anayasada, yasama organı iki meclisten oluşmuştur. Kanun koymak için Padişahın onayının şart olması, yasama organının Padişahın görüşüne göre kanun koymasına yol açmıştır. Bu sebeple Kanun-i Esasî, Padişahın iktidarına gerçek bir sınırlama getirmemiştir. Ancak kanunların, en azından kısmen temsilî nitelik taşıyan bir mecliste tartışma konusu olabilmesi de önemli bir yeniliktir⁶⁶. Yaptırım yokluğu ve herhangi bir denetim mekanizmasının öngörülmemesi düzenlenen kişi hak ve özgürlükleri bakımından önemli bir eksiklik⁶⁷.

Osmanlı Devleti'nde vergilerin kanunîliği ilkesine ilk kez Kanun-i Esasî'de açıkça yer verilmiştir. Kanunîlik ilkesi, 1876 Kanun-i Esasî'de iki ayrı maddede düzenlenmiştir. 25'inci maddeye göre, "Bir kanuna müstenit olmadıkça vergi ve rüsumat namı ile ve namı aherle hiç kimseden bir akçe

⁶⁴ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 9; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 334-335; Gözler, s. 14.

⁶⁵ Karakoç, Uygunluk, s. 297; Karakoç, Anayasal, s. 1261.

⁶⁶ Teziç, s. 26; Gözler, s. 18, 19.

⁶⁷ Kapani, s. 103; Tanör, 147-149; Yücekök, s. 73.

alınmaz”. Bu hükümde ‘bir kanuna müstenit olmadıkça... hiç kimseden bir akçe almamaz’ şeklinde olumsuz bir ifade kullanılarak, vergi alınması konusunda kanun dışındaki tüm düzenlemeler için adeta bir yasaklama getirmekte ve verginin yalnızca kanunlara dayalı olarak alınması gerektiğini belirtmektedir. Vergilerin kanunîliği ilkesi ilk kez bir anayasa hükmü olarak karşımıza “kanunsuz vergi olmaz” boyutuyla çıkmaktadır. 96’ncı maddeye göre de, “Tekâlifî devletin hiçbiri bir kanun ile tayin olunmadıkça vaz ve tevzi ve istihsal olunamaz”. Bu hüküm de 25’inci maddeyi pekiştirmektedir. Ayrıca bir yasama organının varlığı ve bunun kısmen de olsa temsilî nitelik taşıması, vergilerin kanunîliği ilkesinin “temsilsiz vergi olmaz” boyutuna bu anayasayla yer verilmiş olduğunu gösterir. Ancak 1876 Anayasası’nın da 1909 yılına kadar uygulanmaması nedeniyle vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması, kâğıt üzerinde kalmıştır⁶⁸.

II. Meşrutiyet döneminde de aynı yol izlenmiş, benzer düzenlemeler yer almıştır. Fakat burada verginin kanunîliği ilkesini geliştiren olgu, “temsilsiz vergi olmaz” boyutunun gerçekleşmesini sağlayacak olan şartların değişmesidir; artık parlamento yasama işlevinde daha fazla ağırlık kazanmıştır⁶⁹.

1876 Anayasası’nın özgürlükçü bir rejimin kurulabilmesi için yeterli olmayışı 1909 yılında, Padişahın yetkilerinin sınırlandırılması; parlamentonun yetkilerinin ise, genişletilmesi yönünde esaslı değişikliklerin yapılmasına yol açmıştır. 1909 değişiklikleri sonucu, Anayasanın birçok ilkesi değiştirilmiş ve anayasa tekniği açısından eskisinden çok üstün bir Anayasa oluşturulmuştur. Kanun yine padişahın onayıyla kabul edilse de, artık yasama işlevinin hareket noktası büyük ölçüde parlamentonun eline geçmiştir. Bu değişikliklerle vergilerin kanunîliği ilkesinin “temsilsiz vergi olmaz” boyutu gerçek anlamını kazanmaya başlamıştır. 1876 Anayasası’nda verginin kanunla alınacağı ilkesini belirleyen madde 1909 Anayasası’nda da aynen korunmuştur⁷⁰. Tek fark, uygulanabilirliğinin artmasıdır.

⁶⁸ Kumrulu, s. 149; Güneş, s. 83, Uluatam/Methibay, s. 25; Gözler, s. 16; Tanör, s. 161.

⁶⁹ Güneş, s. 84.

⁷⁰ Gözler, s. 19-22; Kapani, s. 104, 105; Tanör, s. 192-194; Çağan, Vergilendirme, s. 38; Güneş, s. 84.

C. Cumhuriyet Döneminde Vergilerin Kanunîliği İlkesi

1921 Anayasası'nda vergilerin kanunîliği ilkesine yer verilmemekle beraber⁷¹, 1924 Anayasası'yla bu ilke açıkça benimsenmiştir. Vergilerin kanunîliği ilkesinin, gerçek anlamda ilk kez ülkemizde 1924 Anayasası'nda yer aldığını söyleyebiliriz. 1924 Anayasası'nın 85'inci maddesinin 1'inci fıkrasıyla vergilerin ancak kanunla salınıp alınabileceği belirtilirken, 2'inci fıkrası ile devlet, il özel idareleri ve belediyelerin geleneksel olarak topladıkları vergilerin, kanunları çıkıncaya kadar, tahsiline izin verilmiştir. Bu yüzden 1924 Anayasası döneminde kanunîlik ilkesine aykırı sayılabilecek çok sayıda kanun çıkarılmıştır. Ancak 1924 Anayasası kanunların anayasaya aykırılığını denetleyecek bir organ öngörmediğinden, vergi kanunlarının Anayasaya uygunluğu da yargı denetimi dışında kalıyordu. Bu durumu Osmanlı Devleti'nden Cumhuriyete geçiş döneminin bir gereği olarak değerlendirmek gerekir⁷².

1961 Anayasası'nın 61'inci maddesinin 2'inci fıkrasıyla "vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ancak kanunla konulur" hükmü getirilmiştir. Anılan madde Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevler" ile ilgili ikinci kısmının "Siyasî Haklar ve Ödevler" bölümünde yer almıştır. Ayrıca vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümler konusunda "Kanun Hükmünde Kararname" çıkarılması da söz konusu değildir. 1961 Anayasası'nın 61'inci maddesine, 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğiyle ek bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme ile vergilendirme konusunda Bakanlar Kurulu'na belli şartlara ve sınırlamalara bağlı olarak yetki verilmiştir. 1961 Anayasası'na eklenen bu düzenlemenin gerekçesinde, Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin iktisadî hayatın ve Kalkınma Plânı'nın gereklerine göre değişiklik yapma yetkisi olduğu belirtilmiştir⁷³. Ayrıca, 1961 Anayasası'nda kanunîlik ilkesi, anayasa mahkemesinin kurulmasıyla bir denetim mekanizmasına da kavuşmuştur⁷⁴.

⁷¹ 1921 Anayasası 23 maddeden oluşan kısa bir anayasadır ve içinde vergiyle ilgili hiçbir hüküm yer almamıştır (Uluatam/Methibay, s. 27).

⁷² Kumrulu, s. 150; Uluatam/Methibay, s. 28; Çağan, Vergilendirme, s. 51.

⁷³ Çağan, Demokratik, s. 121; Yürekli, s. 3; Tosuner/Öz, s. 29.

⁷⁴ Gözler, s. 40.

1982 Anayasası'yla da vergilerin kanunîliği ilkesi benimsenmiş ve 73'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında şu hüküm yer almıştır: "Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır". Görüldüğü üzere bu düzenleme, 1961 Anayasası'ndaki düzenlemeyle, bazı küçük farklılıklar dışında, birbirine benzemektedir. 1961 Anayasası'ndan farklı olarak 1982 Anayasası'nda vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlerinin yine kanunla değiştirileceği veya kaldırılacağı açık bir hükümle düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da, belli şartlara ve sınırlamalara bağlı olarak, vergilendirme alanında Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiştir. 1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında da, bu ilkenin bir istisnası düzenlenmiştir: "Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir"⁷⁵.

SONUÇ

Vergilerin kanunîliği ilkesi, incelediğimiz üzere demokratik mücadelelerin sonucu olarak uzun bir tarihî süreç içinde bugünkü anayasal yerini almıştır. Zaman içinde kabul edilen belgeler, bildirimler ve anayasalarla, vergilerde keyfilik, adaletsizlik önlenmeye başlanmıştır. Herhangi bir verginin alınabilmesi için öncelikle kanuna dayalı olması gerektiği, yani kanunsuz vergi olmaz ilkesi ve temsilsiz vergi olmaz ilkesi, vergi hukukundaki tarihî gelişim sürecine paralel olarak anayasalarda düzenlenmeye başlamıştır. Günümüz anayasalarında tam anlamıyla yerini alan bu ilkenin uygulamadaki durumu ise, ayrı bir çalışma konusudur.

Tarihî gelişim sürecini incelediğimiz vergilerin kanunîliği ilkesi günümüzdeki anlamıyla, devletin vergilendirme yetkisinin genel, soyut, kişisel olmayan, vergiye ilişkin esaslı unsurları içeren ve yasama organı tarafından anayasal usûllere uygun olarak çıkartılan kanunlarla kullanılması demektir.

⁷⁵ Cumhuriyet döneminde vergilerin kanunîliği ilkesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Çağan**, Vergilendirme s. 30 vd.; **Çağan**, Demokratik, s. 121 vd.; **Karakoç**, Anayasal, s. 1264-1280; **Karakoç**, Uygunluk, 249 vd.; **Kaneti**, s. 34 vd.; **Kumrulu**, s. 151 vd.; **Gerek/Aydın**, s. 134 vd.; **Saban**, s. 50 vd.; **Yürekli**, s. 281 vd.; **Yılmaz**, s. 194 vd.; **Uçar**, s. 114 vd.; **Oflaz**, s. 270 vd.; **Ayaz**, s. 60 vd.

Vergilerin kanunîliği ilkesi kapsamında kanun koyucunun yalnız malî yükümlülüğün konusunu belirlemekle yetinmesi ve geri kalan unsurların idare tarafından tüzük veya benzeri hukukî metinlerle düzenlenmesi mümkün değildir. Çünkü, malî yükümler mükellefleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir malî yükümlünün buna benzer bütün teknik yönleriyle kanunda çerçevelenmiş olması gerekir.

Tek partinin iktidarda olduğu dönemlerde, bu parti meclis çoğunluğu da kullanılmak suretiyle vergi kanunları birer “genel tebliğ” hızı ve rahatlığı ile kabul edilmektedir. Bu durumda, verginin kanunîliği ilkesi, beklenen ve hedeflenen hukuksal güvenceleri sağlamaktan uzaktır. Bu ilkenin değerini koruyabilmesi ancak, kanunların Anayasa’ya uygunluğunun yargısal denetimini yapan Anayasa Mahkemesi’nin çok etkin çalışması ile mümkün olur.

Hukuk devletinin varlığında önemli bir yere sahip olan kanunîlik ilkesi, kişi karşısında üstünlüğe sahip olan Devletin, bu yönüyle kişilerin temel hak ve özgürlüklerine kolayca müdahale etmesini de önlemektedir. Demokratik bir toplumda, düzenlemelerin daha hızlı yapılması, ekonomik değişime ayak uydurulması için vergilendirme yetkisinin yürütme organına devredilmesi gerekse bile, bu yetki devrinin sınırları ve şartları Anayasa’da çizilmiş olmalıdır. Ayrıca bu yetki devri kanunîlik ilkesine aykırı bir şekilde olmamalı ve yasama ile yürütme organı arasında bir denge sağlanmalıdır. Takdirî uygulamaların ve keyfiliğin olduğu bir vergi sisteminde kişilerin temel hak ve özgürlükleri yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. Bu yüzden kanunîlik ilkesinden vazgeçilmemesi ve etkin bir şekilde işletilmesi gerekmektedir.

Bir hukuk devletinde olması gereken asıl şey, kanunîlik ilkesinin vergi mevzuatında yer alması kadar, bu ilkenin uygulamada göz ardı edilmemesi ve herkesin bu ilkeye uygun olarak vergi ilişkisini sürdürmesidir. Çünkü önemli olan, sırf bir vergi kanununun var olması değil, var olan kanunun doğru uygulanmasıdır. Bu sayede tarihsel süreçte verilen uzun mücadeleler sonucunda kazanılan bu haklar kâğıt üzerinde kalmamış olur.

Kaynakça

- Akgündüz**, Ahmet; Eski Anayasa Hukukumuz ve İslâm Anayasası, 2. Bası, İstanbul 1989.
- Ayaz**, Garip; “Vergilerin Yasallığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, (Vergi Dünyası Dergisi, S. 181, Eylül-1996, s. 60-68).
- Aydın**, M. Âkif; Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- Balta**, Tahsin Bekir; İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1972.
- Barkan**, Ömer Lütfi; “Türkiye’de Sultanların Teşrii Sıfat ve Selâhiyetleri ve Kanunnameler”, (İHFM, İstanbul 1945, C. 12, S. 2/3, s. 713-733).
- Candan**, Nesrin; “İbni Haldun’un Gözüyle Kamu Maliyesi Yaklaşımı”, (Yönetim ve Ekonomi Dergisi, Celal Bayar Üniversitesi İİBF, C.14, S. 2, Manisa 2007, s. 235-245).
- Cin**, Halil/**Akgündüz**, Ahmed; Türk Hukuk Tarihi 1. Cilt Kamu Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1995.
- Çağan**, Nami; “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, (AÜHFD, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 129-151), (Demokratik).
- Çağan**, Nami; Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982, (Vergilendirme).
- Devellioğlu**, Ferit; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 1962.
- Ekinci**, Ekrem Buğra; Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul 2008.
- En-Nebhan**, Muhammed Faruk; İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, (çev. Servet Armağan), İstanbul 1980.
- Gerek**, Şahnaz/**Aydın**, Ali Rıza; Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Ankara 2005.
- Gökbunar**, Ali Rıza, “Vergileme İlkeleri ve Küreselleşme”, (Celal Bayar Üniversitesi İİBF Yönetim ve Ekonomi Dergisi, S. 4, 1998, s. 1-23).
- Gözler**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Bursa 2011.
- Güneş**, Gülsen; Verginin Yasallığı İlkesi, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- İbni Haldun**; Mukaddime 1, (Çev. Turan Dursun, Onur Yayınları), <http://www.google.com.tr/friendfeed-media.com>, E. T. 11/12/2014.

- İnalçık**, Halil; “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, (ASBFD, C. XIII, S. 2, S. 102-126, Ankara 1985).
- İnalçık**, Halil; “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu”, (Belleten, C. XXXVIII, S. 112, 1962, 604-636), (Sened-i İttifak).
- Kaneti**, Selim; Vergi Hukuku, İstanbul 1986.
- Kapani**, Münci; Kamu Hürriyetleri, 7. Bası, Ankara 2013.
- Karakoç**, Yusuf; “Türk Hukuku’nda Vergi Kanunlarının Anayasa’ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, (Anayasa Yargısı Dergisi, C. 13, 1996, s. 249-373), (Uygunluk).
- Karakoç**, Yusuf; “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, C. II, Özel Sayı, 2013, s. 1259-1308), (Anayasal).
- Karaman**, Hayreddin; Mukayeseli İslam Hukuku, C. 1, 5. Baskı, İstanbul 2009.
- Kazıcı**, Ziya; Osmanlılarda Vergi Sistemi, İstanbul 1977.
- Kazıcı**, Ziya; “Osmanlılarda Örfi Vergiler Ve Bu Vergilerin Kaynağı Olan Örfî Hukuk”, (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 4, 1986, s. 286-310), (Örfi).
- Kumrulu**, Ahmet; “Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri”, (AÜHFD, C. 36, S. 1-4, 1981, s. 147-162).
- Laufenburger**, Henry; Vergiler ve Tarihi, Çev. Ragıp Hanyal, Ankara 1964.
- Magna Carta**, <http://www.bl.uk/magna-carta>, (E. T. 11/12/2014).
- Magna Carta Libertatum**, <http://gizliilimler.tr.gg/Magna-Carta-Libertatum--k1-B.ue.y.ue.k--Oe-zg.ue.rl.ue.kler-S.oe.zle%26%23351%3Bmesi-k2-.htm>, (E. T. 11/12/2014).
- Oflaz**, Mehmet; “Hukuk Devletin Bir Gereği Olarak Kanunilik İlkesi ve Bu İlkenin Vergi Hukukunda İfade Ettiği Anlam”, (Yaklaşım, S. 151, Y. 13, Temmuz-2005, s. 270-272).
- Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 23. Bası, Ankara 2014.
- Öz**, Ersan; Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi, Ankara 2004.

- Özbudun**, Ergun; Türkiye’de Sosyal Değişme ve Siyasal Katılma, Ankara 1975.
- Özçelik**, Selçuk; “Sened-i İttifak”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXIV, S. 1-4, 1958, s. 1-12).
- Saban**, Nihal; Vergi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2009.
- Sarıtaş**, Duygu Özer; Cumhuriyet Dönemi Roma Vergi Sistemi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, E. T. 11/12/2014.
- Sıddıki**, S. A.; İslam Devletinde Mali Yapı, (çev. Rasim Özdenören), 2. Bası, İstanbul 1980.
- Somer**, Pervin; “Roma Hukuku’nda Vergilendirme”, (Prof. Dr. Ergun Öner’e Armağan, Alkım, İstanbul 2003, s. 697-716).
- Tanilli**, Server; Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1981.
- Tanör**, Bülent; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 17. Baskı, İstanbul 2008.
- TDV İslâm Ansiklopedisi**, (<http://www.tdvia.org/dia/ayrmetin.php?idno=d040417>, E.T. 05/01/2015).
- Teziç**, Erdoğan; Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972.
- Tosuner**, Mehmet/Öz, Ersan; “Vergilendirmede Kanunîlik İlkesinin Uluslararası Konumu”, (Vergi Dünyası Dergisi, S. 272, Y. 23, Nisan-2004, s. 23-30).
- Tuğ**, Salih; İslam Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı, İstanbul 1984.
- Uçar**, Serkan; “Verginin Kanunîliği İlkesi ve Vergi Hukukunda Yorum”, (Vergi Dünyası Dergisi, S. 318, Y. 27, Şubat-2008, s. 114-119).
- Uluatam**, Özhan/Methibay, Yaşar; Vergi Hukuku, 4. Bası, Ankara 2000.
- Üçok**, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, 12. Bası, Ankara 2007.
- Velay**, A. Du; Türkiye Maliye Tarihi, Ankara 1980.

Yeniçeri, Celal; İslam'da Devlet Bütçesi, İstanbul 1984.

Yılmaz, Güneş; "Verginin Yasallığı İlkesi ve Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", (Vergi Sorunları Dergisi, S. 177, Haziran-2003, s. 194-206).

Yücekök, Ahmet N.; Siyaset Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Parlatentonun Evrimi, Ankara 1983.

Yürekli, Sabahattin; "Bakanlar Kurulu'nun Vergilendirme Yetkisi", (Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 1, S. 2, Aralık-1997, s. 281-292).

^HKAMU İCRA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ*

*Arş. Gör. Dilara YÜZER***

GİRİŞ

Cebrî icra işlemi, borçlunun mülkiyet hakkına, vücut dokunulmazlığına, konut dokunulmazlığına, kişilik hakkına, özgürlüklerine, şeref ve haysiyetine müdahale teşkil edebilecek nitelikte olduğundan Anayasa'da düzenlenen ve korunan bazı temel haklar ile çatışmaktadır. Kamu alacaklarının kamu gücüne dayanarak cebren tahsilinin söz konusu olduğu bu durumlarda, temel hak ve özgürlükleri sınırlamada başvurulacak aracın sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlandırma aracının amaç için gerekli olması, araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunması gerekmektedir.

Devlet alacağını tahsil ederken, kişilerin genellikle mülkiyet hakkına ve konut dokunulmazlığına müdahalede bulunmaktadır. Ölçülülük ilkesi, kamu hukukuna egemen bir ilke olarak, Devletin ve kamu borçlusunun hukuken çatışan menfaatlerinin dengelenmesinde önemli ve etkili bir rol oynamaktadır. Bu bağlamda kamu icra hukukunda ölçülülük ilkesi, devletin kamu borçlusunun bazı temel hak ve hürriyetlerine yaptığı cebri müdahalenin meşruiyet ölçütü olarak, müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığı noktasında önem arz etmektedir.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı "Kamu İcra Hukuku" dersinde sunulan seminer ödevinin, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerli görüşleri çerçevesinde geliştirilen hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ'a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim.

** Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Kamu icra hukukunun en önemli kaynağını oluşturan 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca tahsil edilmesi gereken alacağın niteliğinin farklı olması sonucu, kamu alacağının tahsili özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklardan farklı bir usûle tâbi tutulmuştur. Kamu hizmetlerinin finansmanını sağlayan kamu alacaklarının kısa sürede ve etkin şekilde tahsil edilmesi gerekliliği, Devlete bu hususta kamu gücünü kullanma, resen harekete geçme gibi bazı imtiyazlar tanınmasına sebebiyet vermiştir. Nitekim kamu yararının kişisel yarardan üstün tutulduğu bu imtiyazlar karşısında kamu borçlularının temel hak ve özgürlükleri ölçülülük ilkesi ile korunmuştur.

Çalışmamızın ilk kısmında, ölçülülük ilkesinin tanımından ve unsurlarından yola çıkılarak hukukî dayanağı açıklanacak ve menfaat dengesi ile ilişkisi ortaya konulacaktır. İkinci kısımda ise, kamu icra hukukunda uygulanan ve bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan ihtiyatî haciz, ihtiyatî tahakkuk gibi kamu alacağı için öngörülen güvence önlemleri ve kamu alacaklarının cebren tahsiline ilişkin olarak haciz uygulaması ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilecektir. Sonrasında, ödeme emrine karşı dava açma süresinin ve yurt dışına çıkış yasağının ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı tartışılacaktır.

I. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. Ölçülülük İlkesinin Tanımı ve Kapsamı

Bir hukuk sistemi ancak ilkeler sayesinde korunur, yaşar ve gelişir¹. İcra hukukunda anayasal ilkeler bakımından gözetilmesi gereken en önemli ilkelerin başında ölçülülük ilkesi gelmektedir. Çünkü cebri icra tedbirlerinin birçoğu temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucu doğurmaya elverişlidir. Bu nedenle tedbir ve işlemlerin uygulanması aşamasında ulaşılmak istenen amaca yönelik kullanılan aracın ölçülülüğü önem arz etmektedir².

Ölçülülük³ ilkesi⁴, Anayasa'da belirtilen sınırlama nedenlerine dayanılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında öngörülen amaç ile sınır-

¹ Yıldırım, s. 100.

² Özkes, s. 205.

³ Ölçülülük kavramının kökeni Latince'de iki ya da daha fazla öge arasında uygun oranı ifade eden "proportio" kavramından gelmiştir. (Panomariovas/Losis, s. 263); Ölçülü-

lanan hak arasındaki dengeye ilişkindir. Vergilendirme yoluyla temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında 73'üncü madde özel sınırlandırma maddesidir. Çünkü Anayasa'nın 73'üncü maddesiyle mali yükümlülüklerin kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması düzenlenirken ölçüsüz uygulamalara sebebiyet verecek takdirî ve keyfî uygulamaların önlenmesi amaçlanmaktadır⁵. Bu ilke demokratik ülkelerde temel hak ve özgürlüğün kural, sınırlandırmanın istisna olma anlayışından ileri gelmekle birlikte öğretide farklı şekilde yapılan tanımlamalarla ifade edilmiştir⁶. Ölçülülük ilkesinin unsurlarına bakış açısının farklılıklarından kaynaklanan bu tanımlamalar öz bakımından aynıdır, fakat ölçülülük ilkesinin farklı unsurlarını ön plana çıkarmaktadır⁷. Kapsayıcı ve kuşatıcı nitelikte yapılan bir tanımda ölçülülük ilkesi "*bir*

lük, sözlük anlamıyla ölçülü, dengeli olma durumu, ılımlı ve itidal (aşırı olmama durumu, ılımlılık)³ ifadelerini karşılamaktadır., www.tdk.gov.tr, Erişim: 20.04.2012.

⁴ Ölçülülük ilkesi için Alman Hukukunda, "*Verhältnismaessigkeitsprinzip*" veya "*Übermassverbot*" terimleri kullanılmaktadır. (Sağlam, s. 112); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma sisteminde ise, "*Proportionality*" terimi kullanılmaktadır. Ölçülülük ilkesi, Batı Avrupa mahkemeleri ve özellikle de Avrupa Adalet Divanı'nca da kullanılmaktadır. Tekbaş, s. 160.

⁵ Karakoç, Vergilendirme İlkeleri, s. 1282.

⁶ Sağlam'a göre ölçülülük ilkesi; "*somut bir temel hak sınırlandırmasının amacı ile sınırlama önlemi arasında ilişkinin denetlenmesini, hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlayarak, keyfî sınırlamaları önleyici bir fonksiyon yerine getirmektedir.*" (Sağlam, s.128); Karakoç'a göre ölçülülük ilkesi "*sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacını gerçekleştirme bakımından gerekli olmasını ve amaçla aracın birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir.*" (Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 24); Taner/Yüzbaşıoğlu'na göre "*Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kıstaslarından biri, amaç ile araç arasında ölçülü bir bağlantının kurulmuş olmasıdır. Ölçülülük ilkesi denen bu ölçüt de özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisna olması mantığına dayanır.*" (Taner/Yüzbaşıoğlu, s. 144); Gemalmaz'a göre de ölçülülük ilkesi "*...bir sınırlamanın öngörüldüğü amacı aşmaması, hak ve özgürlüğün varlığını zedeleyecek yahut ortadan kaldıracak dereceye varmaması, böylece etki doğurmamasıdır*" (Gemalmaz, s. 29); Günday'a göre ölçülülük ilkesi "*bir temel hak ve özgürlüğü sınırlama ile ulaşılmak istenen amacın zorunlu kıldığından ve gereğinden fazla sınırlanmayacağı anlamına geldiğini*" ifade etmektedir. (Günday, s. 312); Atar, ölçülülük ilkesini "*vur dediysek öldür demedik*" deyişi ile açıklamıştır. (Atar, s. 128).

⁷ Ceylan, , s. 20.

özgürlük ya da hakkı sınırlamada başvuru alan aracın sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlandırma aracının amaç için gerekli olması, araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunması"⁸ şeklinde ifade edilmiştir. Ölçülülük ilkesi Danıştay kararlarında ise, "adil denge", "gerekli denge", "adil bir oran", "fiil ile ceza arasında uyum" gibi kavramlarla ifade edilmiştir⁹.

Ölçülülük, tüm kamu hukukuna egemen olan bir ilkedir¹⁰. Bu nedenle ölçülülük ilkesi mali yükümlülükler bakımından Anayasada açıkça düzenlenmelidir¹¹. Vergi hukukunda ölçülülük ilkesi, vergi politikası kapsamında alınan tedbirlerle, bu politikalarla ulaşılmak istenen amaçlar arasında makul bir ilişkinin bulunmasını ifade etmektedir¹². Ölçülülük ilkesi, vergilendirme yetkisinin aşırı ölçüde kullanılmasını önlemeye yönelik sınırlama aracı olarak da değerlendirilebilir¹³. Kamu icra hukukunda ölçülülük ilkesi, kamu alacağının, devlet tarafından kamu gücüne ve re'sen hareket etme yetkisine dayanılarak tahsili sürecinde, devletin kamu borçlusunun bazı temel hak ve hürriyetlerine yaptığı cebri müdahalenin meşruiyet ölçütüdür. *Özekes* ise, cebri icrada ölçülülüğü insaf ölçüsü olarak ifade etmiş ve makul veya mantıklı olmayan, insafa sığmayan cebri icra tedbir ve işlemlerinin ölçülülüğe uygun olmadığını belirtmiştir¹⁴.

Ölçülülük ilkesinin özü tanımlanmak istenirse adaletin temel prensibi olduğunu söylemek mümkündür¹⁵. Adaletin temel prensibi olan ölçülülük ilkesi hukuk devleti olmanın bir gerekliliği olarak idarenin takdir yetkisine yön vermektedir. İdareye bir hareket serbestisi sağlayan takdir yetkisi, kişiye hukuksal koruma sağlayan diğer düzenlemelerle sınırlandırılabilir. Takdir yetkisine sahip olan idarenin kanunlarla belirlenen sınırlar içinde dilediği gibi davranma hakkı varmış gibi görünse de, yapılan işlemin gerekçesini de

⁸ **Özbudun**, s. 114.

⁹ **Kaya**, s. 71.

¹⁰ **Yıldırım**, s. 103.

¹¹ **Karakoç**, Vergilendirme İlkeleri, s. 1283.

¹² **Karakoç**, Vergilendirme İlkeleri, s. 1282; **Şimşek**, s. 337.

¹³ **Tekbaş**, s. 160.

¹⁴ **Özekes**, s. 208.

¹⁵ **Panomariovas/Losis**, s. 263.

belirterek esasında işlemin ölçülü bir şekilde yapması gerekmektedir¹⁶. Hukukta ölçülülüğün matematiksel ya da somut parametrelere bağlı olarak ifade edilmesi mümkün olmadığından ölçülülük belirli bir değerlendirme kriteri olarak kabul edilir¹⁷. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir sınırlama sınırı olmanın ötesinde aynı zamanda yorum ölçütü olarak da işlev görmektedir¹⁸. Dolayısıyla uygulamaların belirli konulardaki subjektif görüşlerine göre de şekillenmektedir¹⁹.

B. Ölçülülük İlkesinin Unsurları

Alman Anayasa Mahkemesi uygulamasına, Türk hukuk öğretisine ve Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç unsuru vardır²⁰. Bir sınırlamanın ölçülülük ilkesi açısından geçerli olabilmesi için; başvuru araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmalıdır; yine aynı araç, sınırlama amacı açısından *gerekli* (zorunlu) olmalıdır; araç ve amaç ölçsüz bir *oran* içinde bulunmamalıdır²¹.

Elverişlilik ilkesi²² sınırlamada başvuru aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir²³. Temel hak ve özgür-

¹⁶ **Oğurlu**, s. 107; **Gerçek**, s. 27-28.

¹⁷ **Panomariovas/Losis**, s. 263.

¹⁸ **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s. 25.

¹⁹ **Panomariovas/Losis**, s. 263.

²⁰ **Taner/Yüzbaşıoğlu**, s. 155; **Atar**, s. 128; **Gözler**, s. 421; **Gerçek**, s. 27; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s. 24; **Oğurlu**, s. 36; **Metin**, s. 26; **Yaltı**, s. 522; **Gunn**, s. 467-468. Bu üç unsuru açıklayan karar için bkz. Any. M. 23.6.1989 gün ve E. 1988/50, K. 1989/27 (RG. 04.10.1989-20302).

²¹ **Sağlam**, s. 113; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s. 24.

²² Anayasa mahkemesi, bir kararında elverişlilik ilkesini; "*Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik*" bir ilke olarak tanımlamıştır (Any. M. 18.10.2007 gün ve E. 2007/4, K. 2007/81, RG. 08.12.2007-26724).

²³ **Gözler**, s. 421; **Atar**, s. 128; **Hakyemez**, s. 1319; **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, **Gümüşkaya**, s. 97; **Yaltı**, s. 522; **Sungurtekin Özkan**, s. 179.

lüklerin sınırlanmasında alınan bir tedbir yoluyla istenilen neticeye ulaşılmıyorsa araç elverişli; buna karşın kullanılan araç güdülen amacı gerçekleştirmeyi zorlaştırıyor veya bu amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa araç elverişsizdir²⁴. Anlaşıldığı üzere elverişlilik ilkesinde amaç ve araç ilişkisinin değerlendirilmesi söz konusudur²⁵. Bu değerlendirmede aracın amaca uygunluğu sorgulanmakta şayet aralarında uygunluk ilişkisi yoksa aracın amaç bakımından elverişli olmadığı ortadadır. Bununla birlikte aracın amacı tam olarak gerçekleştirmesi gerekmez, kısmen gerçekleştirmesi de yeterlidir²⁶. Kamu icra hukuku işlem ve eylemlerinde amaç unsuru, kamu hizmetlerinin devamlılığını ve devlete kamu giderlerini karşılamak için ihtiyaç duyulan finansmanı sağlamaktır²⁷. Buna göre borçluya ait bir malın haczi şeklen ölçülü olmakla beraber, bu malın maddî değeri yoksa; ya da satışından sonra satış giderlerini dahi karşılamak mümkün olmayacak ise, bu haczin amaca uygun olmadığı yani elverişlilik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılabacaktır²⁸.

Gereklilik unsuru, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirebilmek için ilgili temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması açısından en yumuşak aracın seçilmesi gerektiğine işaret etmektedir²⁹. Bu da birçok mümkün ve elverişli araç arasından, kişilere ve kamuya en az zarar verecek aracın seçilmesini gerektirmektedir³⁰. Bu itibarla, gereklilik ilkesi şayet daha az sınırlayıcı bir alternatif mevcut ise onun seçilmesi şeklinde formüle edilebilir³¹. İcra hukukunda kullanılan araç temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması açısından en yumuşak olan ise, müdahalenin sonucu ağır olsa da hukuka

²⁴ **Metin**, s. 26.

²⁵ **Ceylan**, s. 38.

²⁶ **Sağlam**, s. 114; Federal Anayasa Mahkemesi de temel hakları sınırlayan kanunların amaca ulaşmak için tamamıyla elverişli olmasını aramamaktadır. Mahkeme, daha çok kanunî sınırlamanın tamamen elverişsiz olup olmadığını sorgulamaktadır (**Metin**, s. 27). Bu açıdan bakıldığında aksini ispat yoluyla elverişliliği ortaya koymak daha kolay olacaktır.

²⁷ **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 122; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 251; **Gök**, s. 422.

²⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özkan Sungurtekin/Özekes**, s. 75.

²⁹ **Sağlam**, s. 115; **Gözler**, s. 421; **Atar**, s. 129; **Sungurtekin Özkan**, s. 179.

³⁰ **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, s. 24.

³¹ **Gunn**, s. 467.

aykırı sayılmayacaktır³². Buna ilişkin olarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinin dördüncü fıkrası verilebilir. Hükme göre, haczi mümkün ve elverişli mal ve alacaklar arasından borçluya en az zarar verecek, en yumuşak aracın seçilmesi imkanı tanınması gereklilik unsurunun gözetildiğine işaret etmektedir.

Gereklilik, ikincil bir denetimi gerektirir. Çünkü amacı gerçekleştirmeye uygun araçlar belirlendikten sonra bunlar arasında kıyasa gidilerek hak ve özgürlüğü sınırlandırma hususunda en az sınırlama getiren aracın tespit edilir. Elverişli araçların sınırlama için en gerekli olanı ölçülülük ilkesine en uygun olanıdır³³. Bu denetim de, aracın amacı gerçekleştirmeye en uygun olma niteliğini de pekiştirmektedir.

Orantılılık unsuru en yaygın şekilde “*bir aracın, ulaşılmak istenen amaç ile açık bir orantısızlık içinde bulunmaması*” şeklinde tanımlanmaktadır³⁴. Bu itibarla orantılılık ilkesi iki değişkenin karşılıklı durumlarını yorumlamayı gerektirir³⁵. Orantılılık ilkesi, korunmak istenen meşru amaç için kişi hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırma arasında âdil bir denge bulunması gerekliliğini ifade etmektedir³⁶. Başka bir ifadeyle, orantılılık unsurunu sağlamak için amaç ile araç arasında dengeli bir oran ilişkisinin varlığı gerekmektedir³⁷. Ölçülülük denetiminin en son aşamasında orantılılık denetimine geçilir³⁸.

Ölçülülüğün üç unsurundan en zor tespit edileni orantılılıktır. Çünkü, araç ile amaç arasındaki makûl dengeyi arayan hâkimin, makûliyeti objektif ölçütlerle tespit etmesi mümkün değildir³⁹. Vergilendirmenin gelir elde etme

³² Yıldırım, s. 106.

³³ Gereklilik denetiminin sonucu olumlu değil ise, salt elverişlilik denetiminin sonucunun olumlu olması ölçülülük bakımından yeterli olmayacaktır. Bu bakımdan elverişlilik denetimi, gereklilik denetiminin gerisine itilmektedir. Sungurtekin Özkan, s. 179.

³⁴ Metin, s. 37; Gözler, s. 422; Atar, s. 129.

³⁵ Metin, s. 37.

³⁶ Oğurlu, s. 166; Gümüşkaya, s. 97.

³⁷ Yaltı, s. 522.

³⁸ Oğurlu, s. 38.

³⁹ “Ölçülülük ilkesinin işlevi normların yorumuna dayanan bir kararı en iyi sonuca vardır. Bu sınırlar, kanun koyucuya ve

amacındaki sınırsızlık, orantılılık alt ilkesinin uygulanmasını güçleştirmektedir⁴⁰.

C. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Dayanağı ve Temeli

Ölçülülük ilkesinin hukuki dayanağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Sağlam*'a göre hukuk devleti ilkesi, ölçülülük ilkesinin yaygın geçerliliğini açıklayan en uygun pozitif temeldir. Bu görüşe göre, ölçülülük ilkesi, hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirici bir fonksiyon yerine getirmekte, öte yandan temel hak ve özgürlükleri koruyarak yine hukuk devletinin önemli bir unsuru olan “devlete karşı temel hak ve özgürlükler” düşüncesinin somutlaşmasına hizmet etmektedir⁴¹. *Rumpf* ise, ölçülülük ilkesinin demokratik hukuk devletinde bulunması gereken bir prensip olduğunu fakat, hukuk devleti diye bir normun parçası olmadığını belirtmiştir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre hukuk devleti ilkesi hukuküstü bir takım temel prensiplerin hukuksal platformda yaşatılmasına çerçeve oluşturduğundan, ölçülülük ilkesi kaynağını adalet ve insan haysiyeti ilkelerine dayandırmaktadır. Nitekim, bu ilkeler hukuk devleti ilkesinin maddî içeriğini oluşturmaktadır⁴².

Ölçülülük ilkesinin anayasal temelini inceleyecek olursak, 1924 ve 1961 Anayasalarında düzenlenmediğini görürüz. Fakat bu ilke 1961 Anayasası'nda yer almamasına rağmen, sık olmasa da Anayasa Mahkemesi tarafından denetim ölçütü olarak kullanılmıştır. Bu dönemde ölçülülük ilkesinin

idareye bazı bağlamlarda “elverişlilik” ve “gereklilik” ile ilgili bırakılan değerlendirme serbestliği tarafından çizilmektedir. İlk iki aşamada, mahkemenin denetiminin gene sıkı olduğu söylenebilirse de, oranlılık aşamasında özel sorunlarla karşılaşırız. Çünkü artık -kullanılışları yanlış da olsa- hukukun dışında bulunan “akıl veya “makuliyet” kavramları önümüze çıkar: oranlılık, araç ile amaç arasındaki “makul” dengeyi ifade eder. İşte yargıç makulün ne olduğunu normatif ve ampirik ölçütlerle tespit etmez. Burada yargıcın toplumsal ve fikri konumu, adalet duygusu, kararın son aşamasına esas olur. Bu son dengeleşmenin aslında akıl, mantık, ratio ile ilgisi yoktur. Yargıcın akli aslında duygudur. Oranlılık aşamasında, ölçülülük ilkesinin ölçüt olarak işlevi bitmiştir.” (Rumpf, s. 189).

⁴⁰ BaşaranYavaşlar, s. 189; Üstün, Anayasal İlkeler, s. 260.

⁴¹ Sağlam, s. 118.

⁴² Rumpf, s. 44.

uygulanmasının sebebi ise, hukuk devleti⁴³ ve adalet anlayışının bir uzantısı olarak⁴⁴ yargı tarafından kabul edilmesi olmuştur⁴⁵.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen 1982 Anayasası'nın 13'ncü maddesi 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun⁴⁶ ile yeniden düzenlenmiştir. 2001 Anayasa değişikliğinden önce⁴⁷, ölçülülük ilkesi pozitif temelden yoksundu. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de vergilendirmeye ilişkin pek çok kararında ölçülülük kavramına yer vermiş, fakat 2001 Anayasa değişikliğine kadar ölçülülük ilkesini herhangi bir kararında kullanmamıştır⁴⁸. 2001 Anayasa değişikliğiyle birlikte ölçülülük kriterinin Anayasal bir norm haline getirilmesi, bu husustaki tartışmaları sona erdirmiştir⁴⁹. Nitekim Anayasa'nın 13'ncü maddesinin yeni şekli ile ölçülülük ilkesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında temel bir ilke olarak belirtilmiştir⁵⁰. Ölçülülük ölçütünün, pozitif bir temele kavuşturulması, olumlu bir düzenleme olmuştur.

Günümüzde ölçülülük ilkesi uluslararası hukukî düzenlemelerde de tanınmakta ve uygulanmaktadır. Tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları

⁴³ Sağlam'a göre 1961 Anayasası'nda ölçülülük ilkesinin pozitif temeli hukuk devleti ilkesidir. (Sağlam, s. 118.); **Taner/Yüzbaşıoğlu**, s. 144.

⁴⁴ **Fendoğlu**, s. 131

⁴⁵ **Ceylan**, s. 43.

⁴⁶ (RG. 17.10.2001-24556, Mükerrer)

⁴⁷ 1982 Anayasası'nın 13. Maddesi 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile değiştirilmeden önceki 13. maddesi şöyledir. "*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.*"

⁴⁸ **Başaran Yavaşlar**, s. 189.

⁴⁹ **Metin**, s. 209; **Fendoğlu**, s. 132.

⁵⁰ **Atasoy**, s. 128.

Sözleşmesi⁵¹ ve Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi⁵² çerçevesinde de bu ilke tanınmaktadır⁵³. Aynı zamanda ölçülülük ilkesi bugün başta Almanya⁵⁴ ve İsviçre olmak üzere Avrupa ülkelerinin birçoğunda tanınan ve uygulanan bir ilkedir⁵⁵. Bu ilke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hakların ve özgürlüklerin uygulamasında tanınan merkez ilkelerden biridir⁵⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ölçülülük ilkesi, kişilerin hakları ve genel kamu yararı arasındaki adil denge olarak vurgulanmıştır⁵⁷. Bu bağlamda, ölçülülük ilkesi karşılıklı iki menfaatin arasında adil ve kanıtlanabilir bir denge kurulmasını ifade etmektedir⁵⁸.

D. Ölçülülük İlkesi ile Menfaat Dengesi İlişkisi

Ölçülülük ilkesi çatışan ve hukuken korunan menfaatlerin norm unsurlarının somutlaştırılmasında kilit rolü oynamaktadır. Örneğin kişinin ve kamunun menfaatlerinin çatıştığı durumlarda bir dengenin kurulmasını sağlamaktadır⁵⁹. İcra hukukunda menfaat dengesi ve ölçülülük ilkesi birbirleriyle

⁵¹ AİHS madde 15/1 - “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.”

⁵² BMMSHS madde 4/1 “Ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan olağanüstü bir durumun ortaya çıkması halinde, bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu Sözleşme’den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler.”

⁵³ Arai Takahashi, s. 186.

⁵⁴ Almanya’da bu ilke genelde tüm idari faaliyetlerde yoğun bir şekilde uygulanmakta ve idarî yargı alanında yaygın bir şekilde kullanılmakta; özelde ise, kolluk yetkileri alanında uygulanmaktadır. (Sağlam s. 117). Ayrıca Almanya’da vergi sisteminin anayasal temelleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: İsmail, Can., “Almanya’da Devletin Yapısı ve Vergi Sisteminin Anayasal Temelleri”, Malîye Dergisi, S. 145, 2004, s. 1 vd.

⁵⁵ Uygun, s. 316; Rumpf, s. 33; Metin, s. 19; Gök, s. 420, dp.120.

⁵⁶ Gunn, s. 465.

⁵⁷ Arai Takahashi, s. 189.

⁵⁸ Panomariovas/Losis, s. 264.

⁵⁹ Rumpf, s. 45.

yakın etkileşim içindedir. Taraflar arasında menfaat dengesi kurulurken ölçülülük ilkesi gözetildiğinden⁶⁰, bu ilkenin menfaat dengesinden bağımsız şekilde değerlendirilmesi doğru değildir⁶¹. Bu nedenle, ölçülülük ilkesi uygulanırken menfaat dengesi de gözetilmelidir⁶².

Ölçülülük ilkesinin somut olayda uygulanmasında öncelikle taraf menfaatlerinin tespiti gerekmektedir⁶³. Ölçülülük ilkesi ve menfaat dengesi bakımından Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesi önemlidir. 62'nci maddenin son fıkrası uyarınca "*Tahsil dairesi alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir*". Menfaat dengesinin sağlanması yükümlülüğünü düzenleyen bu hükme göre kamu idareleri kamu borçlularının mevcut borç ödedikten sonraki durumlarını gözetmelidir⁶⁴. Kamu idaresinin, borçlunun menfaatlerine aykırı ve ölçsüz bir şekilde alacağını tahsil etmesi kendisinin de menfaatlerine aykırı olacaktır. Bu sebeple de, kamu icra hukukunda borçlunun malvarlığı değerlerinin korunması ve ölçülü bir şekilde paraya çevrilmesi, kamu borçlusu kadar kamu alacaklısının da menfaatlerini ilgilendirmektedir⁶⁵. Çünkü aksi durumda devlet kendi gelir kaynağını tüketmiş olacaktır⁶⁶. Örneğin, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun 70'nci maddesinin 11'nci fıkrasına göre, borçlunun haline münasip evi, ancak evin değeri fazla ise, bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılabilecektir. Bu hükümde de borçlunun menfaati gözetilmiş ve muhtaç duruma düşmemesi için alacağın ölçülü şekilde tahsil edilmesi yolu öngörülmüştür. Borçlunun hâline

⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Özkan Sungurtekin/Özekes, s. 64; Özekes, s. 205 vd.; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 126.

⁶¹ Özekes, s. 207.

⁶² Pekcanitez/Atalay/Özkan Sungurtekin/Özekes, s. 72.

⁶³ Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 128; Söz konusu menfaatler sadece malvarlığına ilişkin olmayıp kişi varlığına ilişkin menfaatlerin de ölçülülük ilkesi uyarınca dikkate alınması gerekmektedir. Bu hususa ilişkin bir örnek olarak, Alman Hukuku'nda, icra hukuku uygulamalarının borçlunun intihar etme sonucunu doğurup doğurmayacağına göre ölçülülük ilkesinin uygulandığı belirtilmektedir. Sungurtekin Özkan, s. 185; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 128.

⁶⁴ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 158; Karakoç, Kamu İcra Hukuku, s. 126.

⁶⁵ Çiftçi, s. 333; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 190.

⁶⁶ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 159; Karakoç, Kamu İcra Hukuku, s. 126.

münasip evinin haczin dışına çıkarılması aslında ölçülülük ilkesinin cebrî icra hukukundaki görünüm biçimlerinden biridir⁶⁷.

Borçlunun ağır bir zarara uğraması ile hukuk düzeninin kısmen felç olması durumu karşı karşıya geldiğinde, kamu yararının üstün tutulacağı şeklinde genel bir kural koymak doğru değildir. Çünkü, cebrî icrayı nihaî olarak ortadan kaldırmadığı sürece ölçülülük ilkesi her durumda uygulanmalı ve korunmalıdır⁶⁸. Kamu yararı, kişisel yararın üstünde olmasına rağmen, kişisel yarar ile toplumsal yararın çelişmesi olasılığını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak, her durumda kayıtsız şartsız kamu yararına öncelik tanıyıp kişisel yarar yok saymak ölçülülük ilkesini zedeler ve hukuka aykırı olur⁶⁹. Bu nedenle ölçülülük ilkesi uyarınca kişilerin taşıyamayacağı malî yükümlülüklerin getirilmesine, taraf menfaati dengesinin bozulması sonucuna yol açacak ve kamu yararına aykırı hükümlerin verilmesine engel olunmalıdır⁷⁰.

Kamu icra hukukunda sadece kamunun ya da borçlunun değil, borçlunun aile üyelerinin ve icra tedbirlerinden etkilenecek üçüncü kişilerin de menfaatlerinin korunması söz konusudur. Çünkü yapılan takibin insan haklarına ve anayasal ilkelerden olan ölçülülük ilkesine uygun şekilde sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu itibarla borçlunun malvarlığı ile sorumluluğu kuralı istisnasız uygulanmaz⁷¹. Keza haciz borçlunun ve ailesinin topluma muhtaç hale gelmesine, aşırı ölçüde fakirleşmesine sebebiyet vermemelidir. Bu doğrultuda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da borçlunun bazı malları haczedilmez olarak kabul edilmiştir. Örneğin, borçlu çiftçi ise, kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve taşıtları ve diğer teferruat ve tarım aletleri; çiftçi değilse sanat ve mesleği için gerekli olan alet ve edevatı ve kitapları; arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük taşıt sahiplerinin ancak geçimlerini sağlayan taşıt vasıtaları (70/IV); borçlu veya ailesinin geçimleri için gerekli ise, borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve

⁶⁷ **Sungurtekin Özkan**, s. 198; **Akil**, s. 778, dp. 8.

⁶⁸ **Yıldırım**, s. 104.

⁶⁹ **Özgüven**, Geriye Yürümezlik İlkesi, s. 151-152.

⁷⁰ **Karakoç**, Vergi Ödevi, s. 94.

⁷¹ **Pekcantez/Atalay/Özkan Sungurtekin/Özkes**, s. 65.

bunların üç aylık yem ve yataklıkları (m. 70/V); borçlu ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ile(70/VI); borçlu çiftçi ise, ayrıca gelecek mahsul için gerekli olan tohumluğu (70/VI-a); borçlu bağ, bahçe veya meyva ve sebze yetiştiricisi ise, kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan bağ, bahçe ve bu işler için gerekli bulunan alet ve edevatı, malzemesi ve fide ve tohumluğu (70/VI-b); geçimi hayvan yetiştirmeye munhasır olan borçlunun kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan miktarda hayvan ile bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları (70/VI-c).

Kamu icra hukukunda menfaat dengesi bağlamında tartışılan bir diğer konu, alacaklı kamu idaresinin aynı zamanda tahsil organı olarak icra takibini yürütmesidir⁷². Aynı zamanda bu husus öğretide kamu icra hukuku sistemine ağır eleştirilerin yöneltilmesine sebebiyet vermektedir⁷³. Çünkü alacaklı kamu idaresinin aynı zamanda tahsil organı olarak icra takibini yürütmesi icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesini, borçlu aleyhine ölçüsüz bir şekilde ortadan kaldıracak bir niteliktedir⁷⁴.

II. KAMU İCRA HUKUKU UYGULAMALARININ ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Açıklama

Duguit'e göre objektif hukuk, belirli bir toplulukta uygulanan hukuk kurallarının tümünü⁷⁵, subjektif hukuk ise, bazı kimselere has bir vasıf, bir imkân, bir davranış yetkisi, bir iradenin başka iradeye üstün gelmek kudretidir⁷⁶. Bu ifadelerden yola çıkıldığında subjektif hukukun uygulanmasının

⁷² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, Kredi Kurumları, s. 105 vd.

⁷³ **Özekes**, Kredi Kurumları, s. 105 vd; **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 187; **Çiftçi**, s.333.

⁷⁴ "...asıl dikkat çeken husus, kamu idaresinin hem alacaklı hem de aynı anda cebrî icra organı olmasıdır. Yani, alacaklı, aynı zamanda her iki tarafa eşit durması ve tarafsız davranması gereken icra organı konumundadır. Bunun temel hukuk ilkeleri bakımından ne kadar yerinde olduğu en hafif deyimle tartışmaya açıktır. Bu, şairin 'kadı ola davacı, mübaşir dahi şahit, ol mahkemenin hükmüne denir mi adalet' sözünün icra hukukuna uyan bir haldir" (**Özekes**, Kredi Kurumları, s. 105); **Çiftçi**, s. 333; **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s 188.

⁷⁵ **Duguit**, s. 17.

⁷⁶ **Duguit**, s. 22.

alacaklının tatminini, objektif hukukun uygulanmasının ise icra hukukunda temel ilkelere, Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlüklere riayet edilmesini mümkün kıldığı anlaşılır⁷⁷. Bu açıklamadan yola çıkılarak, ölçülülük ilkesinin objektif hukukun uygulanmasının bir ürünü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kamu alacağının⁷⁸ tahsilinin ve borçlunun haklarına müdahalenin temas alanında ölçülülük ilkesi emniyet sibobu şeklinde devreye girmektedir. Subjektif ve objektif hukukun eş zamanlı olarak karşılıklı uygulanma alanı bulunduğu kamu icra hukukunda⁷⁹ ölçülülük ilkesi esasında kamu gücü karşısında kamu borçlusunun bazı temel haklarının korunmasına hizmet etmektedir.

Kamu icra hukuku hükümlerine göre tahsil edilmesi gereken alacağın niteliği farklılık arz etmektedir. Çünkü kamu borçlusunun ödemediği kamu alacağı, devlet tarafından kamu gücüne ve resen harekete geçme yetkisine dayanılarak cebren tahsil edilmektedir⁸⁰. Bu farklılık, kamu idaresinin ve

⁷⁷ Yıldırım, s. 100.

⁷⁸ Kamu alacağının tahsili Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile düzenlenmektedir. Kamu alacağı özetle, kamu hizmetinin karşılanması amacıyla devletin kamu gücüne göre koyduğu mali yükümlerden doğan alacaklardır. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 628; **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 15. Bir başka tanıma göre ise, kamu alacağı devletin yüküm ya da borç ilişkisi sonucu vergi hukuku ilkelerine uygun şekilde idari işlemlerle sağladığı gelirdir. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 159; **Şenyüz/Yüce/ Gerçek**, s. 251. Kamu alacaklarının tanımlanmasında gerekli unsurlar asli, fer'i ve diğer kamu alacakları şeklinde sınıflandırılmıştır (AATUHK. m. 1). Bu unsurlardan yararlanarak kamu alacağı; "Devlete, il özel idarelerine ve belediyelere ait asli (vergi, resim, harç, ceza soruşturmasına ait yargılama giderleri, vergi cezası ve para cezası), fer'i (gecikme zammı ve gecikme faizi) ve diğer alacaklar (sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar dışında kalan ve kamu hizmetinin görülmesinden kaynaklanan alacaklar ile Tahsili Emval Kanunu'na göre tahsil edilmesi gereken alacaklar)" şeklinde tanımlanabilecektir. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 629; **Taşdelen**, s. 121; **Şenyüz/Yüce/ Gerçek**, s. 252.

⁷⁹ Kamu icra hukuku, devletin ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, mali yükümlülüklerden doğan veya kamu alacağı sayılan alacaklarının güvence önlemlerini, ödenmesini ve tahsilini düzenleyen mali hukuk dalı olarak tanımlanabilir. **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 123; **Karakoç**, Kamu Alacaklarının Tahsili, s. 24; Bir başka tanıma göre ise, kamu icra hukukunu, usulüne uygun ödenmemiş kamu alacağının zor kullanılarak tahsilini düzenleyen hukuk dalı şeklinde tanımlamak mümkündür. **Taşdelen**, s. 122.

⁸⁰ **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 122.

hizmetlerinin finansmanını sağlayan kamu maliyesinin niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Kamu alacaklarının özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklardan farklı usullere tabi tutulması da kamu yararının kişisel yarardan üstün tutulması ilkesinin gereğidir. Aksi halde kamu alacağını elde edemeyen ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin finansmanını sağlayamayan devlet bu hizmetleri gereği gibi gerçekleştiremeyecek⁸¹ ve kendi gelir kaynağını tüketmiş olacaktır⁸². Dolayısıyla hem genel icra hukukunda hem de kamu icra hukukunda kamu alacağına üstünlük ve ayrıcalık tanınmakla birlikte (AATUHK. m.21, İİK. m. 206)⁸³, kamu alacağına ilişkin güvence önlemleri ve cebren tahsili Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a tâbidir⁸⁴.

Genel olarak gelir elde etme amacı, kamu alacakları aracılığı ile sağlanmaktadır. Bu itibarla, ölçülülük ilkesinin unsurları uyarınca bir değerlendirilmede bulunacak olursak, kamu icra hukuku açısından amaç unsuru, kamu hizmetlerinin devamlılığını ve devlete kamu giderlerini karşılamak için ihtiyaç duyulan finansmanı sağlamaktır⁸⁵. Her cebri icra faaliyetinde, takiple borçlunun mülkiyet hakkına el uzatılmaktadır⁸⁶. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin kamu icra hukuku işlemleri ile sınırlandırılması ölçülülük ilkesi ile denetlenirken, kullanılan tahsil aracının da, gelir elde etme amacına elverişli, bu amaç için gerekli ve amaçla orantılı olup olmadığı önem taşımaktadır. Buna göre, tahsilatı sağlamak için kamu icra hukukunun uygun mekanizmalarının devreye sokulması gerekli ve yeterli olacaktır⁸⁷.

⁸¹ **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 125.

⁸² **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 159.

⁸³ **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku s. 127.

⁸⁴ Türk hukukunda kamu alacaklarının güvence önlemleri ve cebren tahsili için ayrı bir kanun düzenlenmiştir 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunumuzun mehzazı olan İsviçre hukukunda ise, hem kamu alacakları hem de özel hukuk alacakları İsviçre Federal İcra-İflas Kanunu içerisinde düzenlenmektedir. **Taşpınar**, s. 611; **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 186, dp. 126.

⁸⁵ **Gök**, s. 422.

⁸⁶ **Sungurtekin Özkan**, s. 184.

⁸⁷ "...ancak hangi tür verginin ne şekilde düzenlenmesi halinde, gelir elde etme amacına ulaşmak için gerekli hale geleceği ve bilhassa vergi oranı ya da miktarı ne olursa gelir elde etme amacıyla orantılı olacağını saptamak son derece zordur. Vergilendirmenin gelir elde etme amacındaki sınırsızlık, genellik ve bilhassa orantılılık alt ilkelerinin

B. Kamu Alacağı İçin Öngörülen Bazı Güvence Önlemlerinde Ölçülülük

1. İhtiyatî Haciz Müessesesi ve Ölçülülük İlkesi

a. Genel Olarak

İhtiyatî haciz kamu alacaklarının tahsili hukukunda öngörülen güvence önlemlerinden biri olarak, kamu borçlusunun taşınır ve taşınmaz malları ile alacak ve haklarına, gelecekte yapılacak cebren tahsil sürecinin borçlu tarafından engellenmesini ya da önemli ölçüde güçleştirilmesini önlemek amacıyla, düzenlenmiş bir müessesedir⁸⁸. Bir başka tanımlamayla, alacağın zamanında ödenmesini sağlamak üzere borçlunun mallarına geçici olarak el konulmasıdır⁸⁹. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenen⁹⁰ ihtiyatî haciz; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen ihtiyatî hacizden⁹¹ farklı olarak, idarî kararla gerçekleştirildiğinden⁹², kamu borçlusunun mülkiyet hakkının, idarî işlem ile sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hukuksal rejimi bakımından sorgulanmalıdır⁹³.

uygulanmasını güçleştirmektedir.” **Başaran Yavaşlar**, s. 189; **Üstün**, Anayasal İlkeler, s. 260.

⁸⁸ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 646; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 12 vd; **Yılmaz**, s. 1445; **Coşkun Karadağ**, s. 241; **Candan**, s. 98.

⁸⁹ **Oktar**, s. 303.

⁹⁰ AATUHK'nun “ihtiyatî haciz” başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasına göre; “*İhtiyati haciz aşağıdaki hallerden herhangi birinin mevcudiyeti takdirinde hiçbir müddetle mukayyet olmaksızın alacaklı amme idaresinin mahallî en büyük memurunun kararıyla, haczin ne suretle yapılacağına dair olan hükümlere göre, derhal tatbik olunur.*”

⁹¹ İİK.'nin 258. maddesine göre ihtiyatî hacze yetkili mahkeme tarafından karar verilir.

⁹² Özel hukuktan doğan alacağın tahsili için, doğrudan harekete geçilememekte, icra ve iflas dairelerine başvurulması gerekmektedir. Buna karşın malî hukuk alanında, tahsil daireleri icra dairesi gibi doğrudan doğruya kamu gücünü kullanarak kamu alacağını tahsile yetkilidir. **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 125. **Candan**, s. 386; Devlete ait kamu alacakları bakımından ihtiyatî haciz kararı verme yetkisi, vergi dairesi başkanı veya vergi dairesi müdürüne; Belediyelere ait kamu alacaklarında bu yetki belediye başkanına; il özel idarelerine ait kamu alacaklarında ise, bu yetki valilere aittir. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 648; **Yerlikaya**, s. 86.

⁹³ **Yılmaz**, s. 1438.

Kamu alacakları için uygulanan ihtiyatî haciz uygulamasının ilk koşulu bir kamu alacağının varlığıdır. Dolayısıyla ödenmiş, zamanaşımına ya da affa uğramış, terkin edilmiş vergi borçlarından ötürü ihtiyatî haciz uygulanmaz. Kamu alacakları için ihtiyatî haciz uygulanmasında alacağın muacceliyeti zorunlu değildir. Yani muaccel olmayan kamu alacakları için de ihtiyatî hacze gidilebilir⁹⁴.

Kamu alacaklarının güvence altına alınmasında ihtiyatî haciz, kamu alacağının vadesinin beklenmesi alacağın tahsilini tehlikeye düşürecekse ödeme süresi beklenmeden vadesinden önce uygulanan bir güvenlik müessesesidir. Kamu alacaklarının tahsilinin tehlikeye düşmemesi için getirilmiş olan ihtiyatî hacizde⁹⁵, vadesi gelmemiş alacaklar söz konusu olduğunda alacaklının menfaatinin öne geçtiğini söylemek mümkündür⁹⁶.

İhtiyatî haciz Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13'ncü ve 16'ncı maddeleri arasında düzenlenmiştir. 13'ncü maddede sayılan sebeplerin varlığı halinde hiçbir süre ile bağlı kalımsızın alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer alan "haciz" uygulamasına ilişkin hükümlere göre derhal ihtiyatî hacze gidileceği belirtilmiştir.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13'ncü maddesi ile⁹⁷ İcra ve İflas Kanunu'nun 257.'nci maddesi⁹⁸ karşılaştırıldığında kanun

⁹⁴ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 647; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 143; **Aslaner**, s. 156.

⁹⁵ **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s.143; **Aktan**, s. 12; **Aslaner**, s. 156.

⁹⁶ **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 21.

⁹⁷ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13'ncü maddesinde öngörülen ihtiyatî haciz sebepleri şunlardır; 1-Teminat istenmesini gerektiren hallerin varlığı (213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344. maddesi uyarınca vergi ziyat cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359. maddesinde sayılan hallerle temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olması, mükellefin Türkiye'de ikametgâhının bulunmaması ve bu durumun amme alacağının tahsilini tehlikeye sokması) 2-Borçlunun belli bir ikametgâhının olmaması, 3-Borçlu kaçmışsa veya kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması ihtimallerinin bulunması, 4. Borçludan teminat gösterilmesi istendiği halde belli müddette teminat veya kefil göstermemiş yahut şahsî kefalet teklifi veya gösterdiği kefil kabul edilmemişse, 5. Mal bildirimine çağrılan borçlu belli müddet içinde mal bildiriminde bulunmamış veya noksan bildirimde bulunmuşsa, 6. Hüküm sadır olmuş bulunsun bulunmasın para cezasını müstelzim fiil dolayısıyla amme davası açılmış ise, 7. İptali istenen muamele ve tasarrufun mevzuunu

koyucunun kamu alacaklarının önemini göz önüne alarak ihtiyatî haciz sebeplerini daha geniş tuttuğu anlaşılmaktadır⁹⁹. Ayrıca ihtiyatî haciz nedeninin varlığının kabulü için, kamu borçlusunun kamu alacağını zorlaştırmaya yönelik bir kastının ya da ceza yaptırımını gerektirecek bir fiilin bulunması şart değildir. Tahsilin zorlaşacağı ya da gecikeceği ihtimali varsa ihtiyatî haciz nedeni var demektir¹⁰⁰.

b. İhtiyatî Haciz Müessesesinin Ölçülülük İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

İhtiyatî haczin, bir mahkeme kararı ile değil de, idari bir kararla gerçekleştirilmesi; kamu borçlusunun mülkiyet hakkının, idari işlem ile sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. İhtiyatî haczin bir idari işlemle tesis edilmesinin, ilk planda temel hak ve özgürlüklerin yalnızca “kanunla” sınırlandırılması ilkesine aykırılık taşıdığı düşünülebilirse de; ihtiyatî haciz müessesesinin usul ve esaslarının Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun öngörülmesi nedeniyle, bu açıdan bir aykırılık bulunmadığı belirtilmelidir¹⁰¹.

İhtiyatî hacizle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın, Anayasa'nın 13'ncü maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesine aykırılık taşıyıp taşımadığı genel olarak incelenirse ihtiyatî haciz sebeplerinin, sınırlama amacı açı-

teşkil eden mallar, bu mallar elden çıkarılmışsa elden çıkarmanın diğer malları hakkında uygulanmak üzere, bu kanunun 27, 29, 30 uncu maddelerinin uygulanmasını gerektiren haller varsa.

⁹⁸ İcra ve İflas Kanunu'nun 257'nci maddesinde öngörülen ihtiyatî haciz şartları şunlardır; Rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklarıyla diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir. Vadesi gelmemiş borçtan dolayı yalnız aşağıdaki hallerde ihtiyatî haciz istenebilir:

1-Borçlunun muayyen yerleşim yeri yoksa;

2-Borçlu taahhütlerinden kurtulmak maksadiyle mallarını gizlemeğe, kaçırmağa veya kendisi kaçmağa hazırlanır yahut kaçar ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunursa;

Bu suretle ihtiyatî haciz konulursa borç yalnız borçlu hakkında muacceliyet kesbeder.

⁹⁹ **Aslaner**, s. 156.

¹⁰⁰ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 648.

¹⁰¹ **Yılmaz**, s. 1448.

sından “gerekli”, amacı gerçekleştirmeye “elverişli” ve amaçla “orantılı” olduğu söylenebilir¹⁰². İhtiyatî haciz kurumunun, soyut ve kuramsal olarak, ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı söylenebilirse de, ölçülülük ilkesi her somut olay açısından ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Ayrıca ihtiyatî haciz işleminin diğer idarî işlemler gibi yargısal denetime tâbi bulunduğu da unutulmamalıdır¹⁰³.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da düzenlenen ve idareyi, borçlu kişi karşısında “ayrıcalıklı, avantajlı ve güçlü” kılan müesseselerden biri olan ihtiyatî hacizde,¹⁰⁴ alacaklı taraf olan kamu idaresinin aynı zamanda tahsil dairesi olarak takip yapmasının hukukun temel ilkelerine, hukukî güvenliğin sağlanmasına, kuvvetler ayrılığına, Anayasa’ya, menfaat dengesine aykırı olduğu söylenebilir. Çünkü, tahsili gerçekleştirecek kamu idaresinin aynı zamanda alacaklı olması, borçlu ile menfaat çatışması içerisinde olan alacaklının takip prosedüründe tarafsız ve objektif davranacağı konusunda oldukça ciddi şüpheler uyandırmaktadır¹⁰⁵.

Kamu alacaklarının tahsilinde, alacaklı taraf olan devlet, aynı zamanda tahsil dairesi sıfatıyla takip başlamadan önce borçlu hakkında ihtiyatî haciz kararı verebilecek (AATUHK.m. 13); borçlusuna karşı ödeme emri düzenleyerek gönderecek (AATUHK.m. 55); borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarı haczedebilecek (AATUHK.m. 62); üçüncü kişiler elindeki borçlunun olduğu düşünülen mallara koruma tedbiri olarak fiilen el koyabilecek (AATUHK.m. 82); borçlunun kilitli ve kapalı mahalleri zorla açtırılabilecek, haczolunan malların zorla alınmasında hal ve durumun gerektirdiği her türlü zora başvurulabilecek, borçlunun üzerinde haczi kabil kıymetli mallar bulunduğu ve sakladığı takdirde şahsına karşı da zor kullanılabilir (AATUHK.m. 80); haczedilen mallar üzerinde değer takdiri yapacak (AATUHK.m. 81); borçlunun mallarının alacağı karşılama durumu “aciz fişi” düzenleyecek (AATUHK.m. 75); satışı gerçekleştir-

¹⁰² **Yılmaz**, s. 1450.

¹⁰³ **Yılmaz**, s. 1450, dp. 38

¹⁰⁴ **Yılmaz**, s. 1142.

¹⁰⁵ **Çiftçi**, Menfaat Dengesi, s. 184 vd.; **Çiftçi**, s. 334.

recek (AATUHK.m. 84); satış sırasında satılamayan gayrimenkulleri üzerine alabilecektir (AATUHK. m. 98). Görüldüğü üzere, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da, alacaklı tahsil dairesine, İcra ve İflas Kanunu'nun icra dairelerine vermiş olduğu tüm yetkiler ve hatta, bu yetkileri de aşan birtakım yetkiler (ihtiyatî hazce karar verme, satılamayan malı üstüne alma) verilmiştir¹⁰⁶.

Her düzeydeki anayasal ve idarî organ, makam ve kişiler görevlerini ifa ederken ölçülülük ilkesine uygun hareket etmek durumundadırlar¹⁰⁷. Çünkü Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır (AY. m. 11). Tahsil dairesi, alacaklı âmme idaresinin bu kanunu tatbik etmekle vazifeli dairesini, servisini, memur veya memurlarını ifade etmektedir (AATUHK. m. 3). Bu bağlamda tahsil dairesi de idari bir organ olduğundan yaptığı işlem ve eylemlerde ölçülülük ilkesini gözetmek zorundadır¹⁰⁸.

Devlet'e ve adı geçen Kanun kapsamına dâhil olan diğer kamu tüzel kişilerine, tahsili kolaylaştırmaya yönelik birtakım ayrıcalıklar tanınması imtiyazlı rejime yol açmaktadır. Çünkü, bu durum kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış bulunan idareyi, kamu borçlusunu olan kişiler karşısında daha da üstün bir konuma getirmekte; böylece, kişilerin korumasız kalmasına sebep olmaktadır¹⁰⁹.

Kamu yararına hizmet eden tahsil dairesi, kamu görevini ifa ederken borçlunun ya da üçüncü kişilerin temel haklarına sınırlama getiren tüm müdahalelerde ölçülülük ilkesine riayet etmelidir. Tahsil dairesinin alacaklının alacağına kavuşması yani mülkiyet hakkının sağlanması için bir kanun uygulayıcısı olarak borçlunun mallarına haciz uygularken, bu müdahalesinin borçlunun temel haklarından olan kişi dokunulmazlığına, maddî ve manevî bütünlüğüne, kişi güvenliğine ve konut dokunulmazlığına aykırılığını ortadan kaldırmak için ölçülü olup olmadığını tartmalıdır¹¹⁰. Yapılan müdahale ölçüsüz ise, hukuka aykırı olduğu da ortadadır.

¹⁰⁶ Çiftçi, s.334.

¹⁰⁷ Sağlam, s. 116; Atasoy, s. 128; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 189; Çiftçi, s. 336.

¹⁰⁸ Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 190; Çiftçi, s. 336.

¹⁰⁹ Yılmaz, s. 1442.

¹¹⁰ Çiftçi, s. 337.

İhtiyatî haciz, kamu borçlusunun haczedilen mallar üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmakta¹¹¹, mülkiyet hakkını doğrudan sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla kamu alacağını teminat altına almak için uygulanan ancak kamu borçlusunun malî durumunu temelden sarsan ihtiyatî haciz uygulamaları ve kamu alacağına göre oldukça yüksek miktarda uygulanan ihtiyatî haciz uygulamaları ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuruna açıkça aykırılık teşkil etmektedir¹¹².

2. İhtiyatî Tahakkuk Müessesesi ve Ölçülülük İlkesi

a. Genel Açıklama

İhtiyatî tahakkuk¹¹³, kamu alacağının güvenliğinin sağlanması amacıyla, borçluların henüz tahakkuk etmemiş vergilerinin olağan süreç izlenmesizin tahakkuk ettirilmesini ifade etmektedir¹¹⁴. Tahakkuk olağan vergilendirme sürecinin bir aşaması iken, ihtiyatî tahakkuk vergilendirme sürecinin belli aşamalarından geçmeye gerek kalmaksızın idari bir kararla vergi borcunun önceden tahakkuk ettirilmesini sağlamaktadır¹¹⁵.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda düzenlenen ihtiyatî tahakkuk nedenlerinin¹¹⁶ tespiti, tahsil dairesince muhakkak ihtiyatî

¹¹¹ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 649.

¹¹² **Gümüşkaya**, s. 165-166; **Şimşek**, s. 341-342.

¹¹³ Bu güvence önlemi diğerlerinden farklı olarak sadece vergiler için uygulanmaktadır. Kanun hangi vergi ve resimlerde ihtiyatî tahakkuk uygulanacağını saptanması yetkisini Maliye Bakanlığı'na vermiştir. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.167; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 624; **Oktar**, s. 305; **Candan**, s. 123.

¹¹⁴ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 651; **Oktar**, s. 305.

¹¹⁵ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 651.

¹¹⁶ İhtiyatî tahakkuk nedenleri 6183 Sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilmiştir. Bunlar; -Teminat istenmesini gerektiren hallerin mevcudiyeti, Borçlunun belli ikametgahının olmaması, -Borçlu kaçmışsa veya kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması ihtimallerinin mevcudiyeti, -Mal bildirimine çağrılan borçlunun belli müddet içinde mal bildiriminde bulunmaması veya eksik bildirimde bulunması, -Amme alacağının tahsili için hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak maksadıyla eylemlerde bulunması, Borçlunun işletmesinin muvazaalı olduğu ve gerçekte başkasına aidiyeti hakkında deliller elde edilmesi,

haczin yapılmasını gerektirmemektedir. Bu yönüyle takdiri olan ihtiyatî tahakkuk işleminde vergi dairesi müdürü ve defterdar yetkisini kullanırken yükümlünün haklarını gözetmeli, kamu alacağının tahsilinin güvenceye bağlanması açısından yararlı olduğu şüpheli olan, fakat yükümlüyü zor duruma sokacak ihtiyatî tahakkuk uygulamalarından kaçınmalıdır¹¹⁷.

b. İhtiyatî Tahakkuk Müessesesinin Ölçülülük İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Kamu alacağının güvence altına alınmasına yönelik önlemler ve bunların yargısal denetimi açısından öngörülen düzenlemeler ve kısıtlamalar, idareyi kişi karşısında daha avantajlı konuma getirirken, bazı durumlarda kamu borçlusunun temel hak ve özgürlüklerini zedeleyerek, kanun koyucunun devleti koruyan yaklaşımını ortaya koymaktadır¹¹⁸. İhtiyatî tahakkuk, başlı başına yükümlülerin menfaatlerini ihlal eden ve ihtiyatî haciz olmaksızın sonuç doğurabilen nitelikte bir işlem değildir¹¹⁹. Fakat idareyi, borçlu kişi karşısında avantajlı kılan müesseselerden biri olarak ihtiyatî tahakkukta mülkiyet hakkı ve ölçülülük ilkesi açısından değerlendirilebilir.

İhtiyatî tahakkuk uygulaması takdiridir¹²⁰. Bu nedenle idarenin takdir yetkisini kullandığı her işlemde olduğu bu işlemde de ölçülülük ilkesi önem arz etmektedir. Çünkü, ölçülülük ilkesi idarenin takdir yetkisine yön vermektedir¹²¹. İdare bu takdir yetkisini kullanırken mülkiyet hakkına ağır müdahale niteliği taşıyan bir ihtiyatî tahakkuk uygulamasına başvurmamalıdır. Zira ihtiyatî tahakkuka dayanılarak vergilerin ve bunların zam ve cezalarının derhal ihtiyatî haczi yoluna gidilmektedir.

İhtiyatî tahakkukun kesin tahakkuk olmaması sebebiyle bu işlem Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 19'uncu maddesin-

durumunda vergi dairesi müdürü/ilgili grup müdürü tarafından vergi dairesi başkanından/defterdardan ihtiyatî tahakkuk uygulaması istenebilmektedir.

¹¹⁷ **Karakoç**, Genel Vergi, s.652.

¹¹⁸ **Yılmaz**, s. 1142.

¹¹⁹ **Gerçek**, s. Tahsil Hukuku, s. 164.

¹²⁰ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.167; **Karakoç**, s. Genel Vergi, 652; **Gerçek**, Tahsil Hukuku, s. 163.

¹²¹ **Oğurlu**, s. 102.

deki esaslara göre düzeltilmektedir. Vergi dairesi tarafından gerçekleştirilmiş olan ihtiyatî tahakkuk hakkında dava yoluna gidilememektedir. Ancak haklarında ihtiyatî tahakkuk dolayısıyla ihtiyatî haciz uygulananlar, ihtiyatî hacze karşı dava yoluna gidebilir. Bu durumda ihtiyatî tahakkuk nedenleri ve tahakkuk miktarı dava konusu yapılabilir (AATUHK. m. 20)¹²².

İhtiyatî tahakkukun düzeltilmesine ilişkin 19'uncu maddenin ilk fıkrasına göre, alacağın özel kanununa göre tahakkukundan sonra, ihtiyatî tahakkukla özel kanununa dayanan tahakkuk arasındaki fark, özel kanununa dayanan tahakkuka göre düzeltilir. İkinci fıkraya göre ise, bu düzeltmenin yapılabilmesi için beyannameye dayanan tarhiyatta verilen beyannamenin tetkik edilerek kabul edilmiş olması, itirazlı tarhiyatta kesinleşmenin vukûu, Danıştay'a müracaat edilmiş olan hallerde Danıştay'dan nihaî bir kararın çıkmış olması gerekmektedir. Vergi uyuşmazlıklarında vergi mahkemesinin kararı ile tarhiyat kaldırıldığı halde itirazlı tarhiyatta kesinleşmenin gerçekleşmesi için Danıştay'ın nihaî kararının beklenmesi ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamakta idi¹²³. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararı ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'nci maddesinin son cümlesinin iptali ile ölçülülük ve hukuk devletine aykırı bu durum giderilmiştir¹²⁴.

Nihayetinde, ihtiyatî tahakkuka dayanılarak ihtiyatî haciz yoluna gidildiği de göz önünde bulundurulduğunda, bu durumun mülkiyet haklarının korunması açısından yükümlülerin üzerlerinde baskı yaratacağı şüphe götürmemektedir.

c. Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağının Ölçülülük İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

2007 yılına kadar, vergi borcu olan vatandaşların yurtdışına çıkışı, Pasaport Kanunu'nun 22'nci maddesi uyarınca, pasaportun veya seyahat

¹²² Mutluer, s. 329.

¹²³ Şeker, s. 3.

¹²⁴ Any. M. 10.07.2013 gün ve E. 2012/107, K. 2012/90 (RG. 22.11.2013-28829). İlgili Anayasa Mahkemesi kararına ve konuya ile ilgili ayrıntılı açıklamalar "Haciz veya İhtiyatî Haciz Uygulamaları ile İlgili Davalarda Verilen Kararların Sonuçlarının Ölçülülük İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi" başlığı altında yapıldığından burada sadece konuya değinmekle yetinilmiştir.

vesikasının kendilerine verilmemesi, verilmişse geri alınması yolu ile engellenebiliyordu. Ancak Anayasa Mahkemesi iptal istemiyle önüne gelen Pasaport Kanunu'nun söz konusu hükmünü iptal ederek¹²⁵ seyahat özgürlüğünün önündeki önemli bir engeli bir ölçüde de olsa kaldırmıştır. Bunun üzerine yurtdışına çıkış yasağı, daha farklı bir düzenleme ile 2008 yılında Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamına dahil edilmiştir. 2011 yılında ise, yurt dışına çıkış yasağının düzenlendiği bu madde yürürlükten kalkmıştır¹²⁶.

Kamu icra hukuku ilkeleri çerçevesinde cebren tahsil konusu kamu alacağının gelecekte herhangi bir nedenle tahsilinin mümkün olmaması ihtimaline karşı devlet hazinesinin gelecekteki durumunu sağlamlaştırmak üzere Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile diğer kanunlarla bir kısım güvenceler getirilmiştir¹²⁷. Söz konusu güvencelerden biri de

¹²⁵ Any. M. 18.10.2007 gün ve E. 2007/4, K. 2007/81(RG. 08.12.2007-26724).

¹²⁶ Mülga madde hükmü: madde 36/A- “Devlete ait olup 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamına giren amme alacakları ile bunlara ait zam ve cezalarını ödeme emrinin tebliğ tarihini takip eden yedi gün içerisinde ödemeyen ya da bu Kanun hükümleri uyarınca hakkında bu alacaklar nedeniyle ihtiyatî haciz kararı alınan amme borçlusunun yurt dışına çıkışı, alacaklı tahsil dairesinin talebi halinde ilgili makamlarca engellenir.

Yurt dışı çıkış tahdidi, yüzbin Yeni Türk Lirası ve üzerinde olan teminat altına alınmamış amme alacağı için uygulanır. Bakanlar Kurulu, bu tutarı on katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye ve yeniden kanuni tutarına getirmeye yetkilidir.

Amme alacağına karşılık teminat alınması, alacağın tecil edilmesi, borçlunun aciz halinin tespit edilmesi, yargı mercilerince amme alacağının takibinin durdurulmasına karar verilmesi veya takibin kanunen durdurulması gereken diğer hallerde yurt dışı çıkış tahdidi, alacaklı tahsil dairesinin talebi üzerine ilgili makamlarca kaldırılır.

Amme borçlusu hakkında uygulanan yurt dışı çıkış tahdidi, hastalık, iş bağlantısı gibi hallerde alacaklı tahsil dairesinin uygun görmesi ve bildirim üzerine ilgili makamlar tarafından kaldırılır. Bu fıkraya göre yurt dışı çıkış tahdidinin kaldırılmış olması yeniden tatbikine mani değildir.

Amme borçlusuyla birlikte amme alacağının ödenmesinden sorumlu olan ve bu Kanuna göre amme borçlusu sayılan kişiler hakkında da bu maddede yer alan esaslara göre yurt dışı çıkış tahdidi uygulanır.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

¹²⁷ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 165; Özgüven, Yurt Dışına Çıkış Yasağı, s. 459

5682 sayılı Pasaport Kanunu ile düzenlenen vergi borcundan dolayı yurt dışına çıkış yasağıdır.

Vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı uygulamasının Anayasa’da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde belirlenen temel hak ve özgürlüklerle bağdaşıp bağdaşmadığı ve hukukî standartlara uygunluğu tartışmalıdır¹²⁸. 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nda yer alan vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağının incelenerek Anayasa Mahkemesi’nde iptal edildiği kararda vergi tutarının yüksekliği ve yurt dışına çıkış yasağı ölçülülük ilkesi açısından değerlendirilmiştir¹²⁹.

5682 sayılı Pasaport Kanunu’nun 28.05.1988 tarih ve 3463 sayılı Kanun ile değiştirilen 22’nci maddesinin¹³⁰ ilk fıkrasının “...vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere...” bölümünün Anayasa’ya aykırılık iddiası Anayasa’nın seyahat özgürlüğü ve sınırlandırılmasına ilişkin 13’üncü ve 23’üncü maddeleri yönlerinden incelenerek Anayasa’ya aykırı bulunurken hukuk devleti yönünden de incelenmiştir. Kararda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, ölçülülük ilkesi

¹²⁸ **Özgüven**, Yurt Dışına Çıkış Yasağı, s. 459; Vergi borcundan dolayı yurt dışına çıkış yasağı uygulaması hakkında örnek eleştirel çalışmalar için bkz. Erdoğan, **Sağlam**; “Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağı Konulması”, (Vergi Dünyası Dergisi, Y. 21, S. 248, Nisan 2002, s. 31-36); Billur, **Yaltı**; “Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağı (ABD Yüksek Mahkemesi’nin Lipper Kararı’ndan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Riener Kararına: Hukuk Standartları)”, TBB Dergisi, S. 66, 2006, s. 95-120; Gülsen **Güneş**; “Vergi İdaresinin Yurt Dışı Seyahat Özgürlüğüne Müdahalesine Eleştirel Bakış”, Prof. Dr. Adnan Tezel Günleri ‘*Vergi Hukuku*’, (Yayına hazırlayanlar: Güneş, G., Yenisey, F.) 14-15, Ocak 2005, Bahçeşehir Üniversitesi Beşiktaş Kampüsü, Arıkan, Mart 2006, s. 65-88; B., **Doğrusöz**; “Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağı ve 5 Milyarlık Sınır”, Yaklaşım, Y. 6, S. 72, Aralık 1998, s. 34-38.

¹²⁹ **Gerek/Aydın**, s. 214.

¹³⁰ 15.7.1950 tarih ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nun, 28.5.1988 tarih ve 3463 sayılı Kanun ile değiştirilen 22’nci maddesinin iptali istenilen sözcükleri de içeren birinci fıkrası şu şekildedir: “Yurt dışına çıkmaları; mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez. Ancak, yabancı memleketlere gitmeleri mahkemelerce yasaklananlar dışında kalanlara, zarurî hallerde İçişleri Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile pasaport veya pasaport yerine geçen seyahat vesikası verilebilir.”

yönünden incelenirken, kanun hükmünün ölçülülük ilkesi yönünden denetlemeye elverişli olup olmadığı üzerinde de durulmuştur¹³¹.

Anayasa'nın seyahat hürriyetini düzenleyen 23'ncü maddesinde vatandaşların yurt dışına çıkma hürriyetinin, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Vergi de Anayasa'nın 73'üncü maddesine göre bir vatandaşlık ödevi olduğuna göre, Pasaport Kanunu uyarınca vergi borcu olana yurt dışına çıkma yasağı konulması uygulamasının anayasal çerçevede geçerli bir önlem olduğu görülmektedir¹³².

Yurt dışına çıkış yasağının amacı, *“mükelleflerin yükümlülüklerini zamanında yerine getirmelerinin sağlanması, Amme alacağının tahsilinin güvence altına alınması ve bu şekilde tahsilâtın hızlandırılması”*dır¹³³. Anayasa Mahkemesi'nin kararında da aynı hususlara işaret edilerek *“Vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı uygulamasının, yükümlülerin yükümlülüklerini yerine getirmesi, vergi gelirlerinin düzenli ve sürekli bir biçimde tahsili, kamu alacağının güvence altına alınması ve tahsilâtın hızlandırılması amacıyla getirildiği”* şeklinde vergi borcu uygulaması ile ulaşılmak istenen amaçlara işaret edilmiştir. Buna paralel olarak yasağın uygulanmasında genel olarak kamu yararının gözetildiğini söylemek yanlış olmayacaktır¹³⁴.

Vergi mevzuatına göre vergi yükümlüsü olan kişinin vergisini ödemesi kamu giderlerinin karşılanması ve kamu hizmetinin finansmanı için gerek-

¹³¹ **Gerek/Aydın**, s. 250.

¹³² **Sağlam**, Yurt Dışına Çıkış Yasağı, s. 32; **Töralp**, s.173; Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı gerekçesi ile açılan bir iptal davasında Anayasa Mahkemesi hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına şu gerekçeyle karar vermiştir: *“Bir vergi borçlusunun yurt dışına çıkması, devlet alacağını tahsilsiz hale getirebilir. Devlet gelirleri ile başarılabacak kamu hizmetlerini ilgilendiren bu konuda kanun koyucunun, kamu yararına tedbirler almasında Anayasa'ya aykırılık düşünülemez. Borcunu ödemesi halinde seyahatine engel kalmayacak olan bir kimsenin borçlu olduğu sürece, yurt dışına çıkmasının yasak edilmesiyle seyahat hürriyetinin özüne dokunulmuş olamaz”* (Any. M. 29.04.1963 gün ve E. 1963/90, K. 1963/100, **Sağlam**, Yurt Dışına Çıkış Yasağı, s. 32)

¹³³ 395 Seri No. lu Tahsilat Genel Tebliği (RG: 11.06.1996, 22663).

¹³⁴ **Özgüven**, Yurt Dışına Çıkış Yasağı, s. 465.

lidir. Vergi yükümlülüklerini yerine getirmede kamu yararı bulunmaktadır. Ancak bunun yanında devletin de hukukun üstünlüğünü sağlamak gibi kutsal bir görevi vardır. Amaç kamu yararını sağlamaya yönelik de olsa devlet buna ulaşmaya çalışırken hukuk devletine yakışır araçları kullanmakla yükümlüdür. Devlet kendine kaynak sağlama amacıyla da olsa hukuk dışına çıkmamalıdır¹³⁵. Çünkü kamu yararı, kişisel yarar gözetilmeksizin korunamaz. Nihayet, kamu yararını oluşturan da kişisel yararların kümülatif toplamıdır. Çünkü, “*Hukuk devleti her istediğini yapamayan, yapmaktan kaçınan devlettir. Bu niteliği taşıyan bir devlet, parasal çıkardan önce hukuksal uygunluğu arar. Devletin bu konuda göstereceği özen saygınlığının temel koşuludur*”¹³⁶

Pasaport Kanunu’nun 22’nci maddesinin iptaliyle birlikte yurt dışına seyahat yasağı hukuk devleti ilkesine daha uygun olan bir düzenlemeyle 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 36/A maddesinde düzenlenmiştir¹³⁷. Ancak bu hükümde de yurt dışına çıkış yasağı

¹³⁵ Özgüven, Geriye Yürümezlik İlkesi, s. 229.

¹³⁶ Any. M. 25.05.1993 gün ve E. 1993/3, K. 1993/20, (Yekta Güngör Özden, Servet Tüzün, Yalçın Acargün’ün Karşı Oy Gerekçesi),(RG. 28.11.1995-22477)

¹³⁷ Söz konusu kanunun 36/A maddesine göre “*Devlete ait olup 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamına giren âmme alacakları ile bunlara ait zam ve cezalarını ödeme emrinin tebliğ tarihini takip eden yedi gün içerisinde ödemeyen ya da bu Kanun hükümleri uyarınca hakkında bu alacaklar nedeniyle ihtiyatî haciz kararı alınan âmme borçlusunun yurt dışına çıkışı, alacaklı tahsil dairesinin talebi halinde ilgili makamlarca engellenir. Yurt dışı çıkış tahdidi, yüz bin Yeni Türk Lirası ve üzerinde olan teminat altına alınmamış âmme alacağı için uygulanır. Bakanlar Kurulu, bu tutarı on katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye ve yeniden kanunî tutarına getirmeye yetkilidir. Âmme alacağına karşılık teminat alınması, alacağın tecil edilmesi, borçlunun aciz halinin tespit edilmesi, yargı mercilerince âmme alacağının takibinin durdurulmasına karar verilmesi veya takibin kanunen durdurulması gereken diğer hallerde yurt dışı çıkış tahdidi, alacaklı tahsil dairesinin talebi üzerine ilgili makamlarca kaldırılır. Âmme borçlusuna hakkında uygulanan yurt dışı çıkış tahdidi, hastalık, iş bağlantısı gibi hallerde alacaklı tahsil dairesinin uygun görmesi ve bildirim üzerine ilgili makamlar tarafından kaldırılır. Bu fıkraya göre yurt dışı çıkış tahdidinin kaldırılmış olması yeniden tatbikine mani değildir. Âmme borçlusuyla birlikte âmme alacağının ödenmesinden sorumlu olan ve bu Kanuna göre âmme borçlusuna sayılan kişiler hakkında da bu maddede yer alan esaslara göre yurt dışı çıkış tahdidi uygulanır. Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.*”

için hâkim kararı aranmaması kişilerin seyahat hürriyetlerinin ölçsüz şekilde sınırlandırılmasına elverişli olup, büyük bir eksikliklerdir. Yapılan Anayasa değişikliği ile ise, hem vatandaşlık ödevi kavramı Anayasa metninden çıkarılmış hem de yasağın uygulanabilmesi için hâkim kararının aranıyor olması ile bu eksikliğin önüne geçilmeye çalışılmıştır. 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 165'inci maddesiyle Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 36/A maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda vergi aslı ve vergi aslına uygulanan idarî yaptırımlar açısından yurt dışına çıkış yasağı uygulanamayacak ve buna bağlı olarak seyahat özgürlüğü kısıtlanamayacaktır. Vergi cezaları bakımından ise (vergi kaçakçılığı, vergi mahremiyetinin ihlali ve yükümlülerin özel işlerini yapma suçları için), bu suçların soruşturulması ve kovuşturulabilmesi veya bu suçların işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılmaya devam edilebilecektir¹³⁸.

C. Kamu Alacaklarının Cebren Tahsilinde Ölçülülük

1. Genel Olarak

Cebrî icra faaliyeti, devletin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkindir. Nitekim devletin egemenlik yetkisini kullanırken bazı yükümlülükleri mevcuttur. Öncelikli yükümlülüğü bu yetkilerini hukuka ve Anayasa'ya uygun kullanmaktır. Çünkü millet adına kullanılan bütün devlet yetkileri, kaynağını Anayasa'dan almalıdır (bkz. AY m. 6/II-III)¹³⁹. Bu itibarla devletin yetkilerini kullanırken öncelikli yükümlülüğü kamu borçlusunun anayasada güvence altına alınan özel hayatını¹⁴⁰, mülkiyet hakkını¹⁴¹ ve konut dokunulmazlığını¹⁴² korumaktır.

¹³⁸ Demirbaş Aksüt, s. 285.

¹³⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 119; Çiftçi, s. 322.

¹⁴⁰ AY. madde 20- Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)

(Değişik: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin

Haciz¹⁴³, usûlüne uygun şekilde kendine ödeme emri tebliğ edilmiş kimsenin, borcunu yedi gün içinde ödemediği gibi, aynı zamanda ödeme emrinin iptali istemiyle idarî dava açmayan ya da açtığı davada idarî yargı tarafından verilmiş yürütmenin durdurulması kararı da bulunmayan kamu borçlusunun, mal bildiriminde belirttiği ya da başka şekilde tespit edilen mal, hak ve alacaklarının kamu alacağına yetecek miktarının, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine uygun olarak tahsil dairesince el konulmasıdır¹⁴⁴. Bu bağlamda cebri icra işlemi olarak başta mülkiyet hakkı olmak üzere kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, eşitliği ve yaşama hakkı gibi bazı temel hak ve hürriyetlere müdahale edebilmektedir. Nitekim devletin alacağının tahsilini etkin şekilde yapması, borçlunun yine devletten etkin hukukî korunma; yani, temel haklarının somutlaştırılmasını isteme hakkı ile çelişmektedir. Bu çelişki ise, ölçülülük ilkesinin hangi ölçekte uygulanacağını belirlemektedir¹⁴⁵. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlere müdahale sonucu doğurabilecek haciz işlemi bakımından ölçülülük ilkesinin önemi artmaktadır.

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; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

¹⁴¹ AY. madde 35- Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

¹⁴² AY. madde 21- (Değişik: 3/10/2001-4709/6 md.) Kimsenin konutuna dokunulamaz. 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; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar

¹⁴³ Kamu icra hukukunda haciz işlemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Taş, Metin**; Vergi İcra Hukukunda Haciz, (Ekin Basım Yayın), Bursa 2013.

¹⁴⁴ **Candan**, s. 386.

¹⁴⁵ **Yıldırım**, s. 105.

Anayasa’da güvence altına alınan konut dokunulmazlığı ceza hukuku açısından ancak hâkim kararı ile kaldırılabilir iken, böyle bir karara gerek olmaksızın kamu icra hukuku açısından tahsil dairesi tarafından konut dokunulmazlığı ihlâl edilerek haciz işlemi yapılabilmektedir¹⁴⁶. İcra hukukunda bu şekilde hakim kararına gerek duyulmaksızın borçlunun konut dokunulmazlığının ihlâl edilebilmesi temel hakka ölçsüz müdahale niteliği taşıdığından¹⁴⁷ Anayasa’ya aykırı olduğu söylenebilir. Çünkü, Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında hakim kararına öncelik tanımaktadır. Dolayısıyla ancak istisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin kararıyla temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesini kabul etmiştir¹⁴⁸. 1982 Anayasası’na göre özel hayatın gizliliğine (AY. m. 20) ve konut dokunulmazlığına (AY. m. 21) gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle müdahale mümkün olsa da, yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır¹⁴⁹.

Haciz konusundaki bu Anayasa’ya aykırılığı gidermek için üç yola başvurmak mümkündür. Bunlardan ilki; İcra ve İflas Kanunu’nda ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un ilgili hükümlerinde hakim kararı aranmasını gerekli kılacak şekilde değişikliğe gitmektedir¹⁵⁰. İkinci yol, ilgili hükümlerin Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülerek iptalini sağlamaktır¹⁵¹. Sayılan bu her iki yolun da temel hakların korunması açısından daha lehte olacağı açıktır¹⁵². Bu itibarla, hukuk devletinde yürütmenin temel

¹⁴⁶ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 78; **Üzeltürk**, s. 62; Almanya’da bu konu uzun süre tartışıldıktan sonra Alman Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin olarak; 1979 yılında borçlunun konut dokunulmazlığının ihlali anlamına gelen müdahalenin hakim kararıyla olması gerektiğine karar vermiştir (BVerfGE 51, 97). **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 78, dp. 12.

¹⁴⁷ **Sungurtekin Özkan**, s. 188.

¹⁴⁸ **Aliefendioğlu**, s. 151; **Çiftçi**, *Menfaat Dengesi*, s. 110.

¹⁴⁹ **Çiftçi**, *Menfaat Dengesi*, s. 110-11.

¹⁵⁰ **Sungurtekin Özkan**, s. 188.

¹⁵¹ **Sungurtekin Özkan**, s. 188.

¹⁵² Aynı yönde; **Özekes**, s. 170-171; **Sungurtekin Özkan**, s. 188; **Aliefendioğlu**, s. 151; **Çiftçi**, *Menfaat Dengesi*, s. 111

hak ve özgürlükleri sınırlayan yetkileri en kısa zamanda ve en seri şekilde Anayasa'ya ve kanuna uygunluk yönünden yargı denetimi kapsamına alınması gerekmektedir¹⁵³.

Üçüncü yol ise, mevcut durumun Anayasa'ya aykırılığını gidermek amacıyla, Anayasa değişikliğine gidilerek özel hayata ve konut dokunulmazlığına müdahale için haciz işlemine özgü olarak hâkim kararının ya da onayının aranmayacağı istisnasını getirmektir. Kanımızca bu yol hâkim kararı olmaksızın yapılan haciz işleminin ve buna dayanak oluşturan ilgili kanunların Anayasa'ya aykırılığını ortadan kaldırırsa da hakim kararını ya da yetkili merciin kararına ilişkin olarak hâkim onayını ortadan kaldırdığından hukukî güvenliği sarsacaktır. Zira hukukî güvenlik ilkesinin bir yönü, yasama organı ve idarenin vergi ile ilgili işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tâbi tutulmasıdır¹⁵⁴.

2. Haciz ve Ölçülülük İlkesi

a. Hacizde Zor Kullanma

Günümüzde hakların hukuki cebir kullanılmaksızın korunması pek mümkün değildir¹⁵⁵. Lakin modern icra hukukunda cebri icranın konusu, borçlunun şahsına değil, malvarlığına yönelmelidir. Bu ilke, borçlunun borcunu ödememesi gerekçesiyle, şahsı üzerinde zor kullanılmasını engellemektedir. Nitekim hukuk düzeninde ihtiyaç duyulduğunda hak ve yükümlülükleri zorla icra ettirme imkanı tanınmalıdır¹⁵⁶. Nitekim, cebri icranın borçlunun malvarlığı üzerinde gerçekleşmesi gerekir. Cebri icra işlemlerinin uygulanmasını zorlaştıranlara veya engellemeye çalışanlara karşı zor kullanılmaktadır. Zor kullanma cebri icranın doğasında olan bir yetkidir¹⁵⁷. Bu yetki kamu alacağı özel alacak ayrımı yapmamaktadır. Zira zor kullanma yetkisi kamu alacaklarının özel alacaklardan daha önemli olduğu için tanınan

¹⁵³ Aliefendioğlu, s. 151; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 111.

¹⁵⁴ Tekbaş, s. 134.

¹⁵⁵ Gaul/Deren-Yıldırım, s. 25

¹⁵⁶ Gaul/Deren-Yıldırım, s. 25

¹⁵⁷ Dönmez, s. 151; Arslaner, s. 238.

bir ayrıcalık değildir¹⁵⁸. Özel alacaklar için de zor kullanım yetkisi kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁵⁹.

Cebri icra hukukunun niteliği gereği uygulanmasında zor kullanma ya da müdahale gerekebilir. Devlet müdahalesinin ortaya çıktığı ve bu müdahalenin kişilerin temel hak ve özgürlük alanına yöneldiği bu durumlarda doğal olarak ölçülülük ilkesinin gözetilmesinin önemi daha da artmaktadır¹⁶⁰. Çünkü kişilerin mülkiyet, konut dokunulmazlığı, maddi ve manevi bütünlüğünün korunması gibi temel haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıyan bu işlemlerin sınırlamaya tabi tutulması gerekliliktir.

Temel haklar Anayasa'da korunmakla birlikte, Anayasa hükümleri, bütün hukuk normları ve dolayısıyla icra hukuku normları için de bağlayıcıdır (AY.m. 11/I). Bu nedenle devletin zor kullanma ya da müdahale etme yetkisine sahip tüm organlarının da temel hakların korunmasına öncelik verecek şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Nitekim temel haklara müdahale sonucu doğuracak bir işlem söz konusu olduğunda bu işlemin hukuk devleti, eşitlik, ölçülülük ilkelerine uygun olup olmadığı incelenmelidir¹⁶¹.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 80'inci maddesine göre haciz tatbikinde istendiği takdirde, kilitli ve kapalı mahallerin açılması ve her türlü eşyanın gösterilmesi mecburidir. Tahsil dairesi görevlilerinin sahip olduğu zor kullanma yetkisi, ölçülülük ilkesine uygun şekilde gerçekleştirildiği takdirde hukuka uygundur. Çünkü, 80'inci maddeye göre, gerektiği takdirde kilitli ve kapalı mahaller zorla açtırılır, kilit ve her türlü tertipler kırılabilir. Haczolunan malların zorla alınmasında hal ve durumun gerektirdiği her türlü zora başvurulabilir (AATUHK. m.80/II). Hal ve durumun gerektirdiği kıstası muğlak bir ifadedir. Bununla birlikte her türlü zora ifadesi ise, oldukça geniştir. Dolayısıyla durumun gerektirdiği halde her türlü zora başvurmaya yetkili kişinin eylemi ancak başvuru zor kullanma, haczolunan malların elde edilmesine elverişli, borçluya en az zarar verecek şekilde gerekli ve orantılı ise meşru olacaktır. Aksi halde ölçülülük ilkesine

¹⁵⁸ Arslaner, s. 238.

¹⁵⁹ Özel alacaklar için öngörülen zor kullanma yetkisi İcra ve İflas Kanunu'nun 80. ve 81. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹⁶⁰ Özekes, s. 207.

¹⁶¹ Yıldırım, s. 106.

uygun şekilde zor kullanmadığından eylem hukuka aykırı sayılmalıdır. Bu durumda en zor tespit edilecek unsur orantılılıktır. Çünkü elverişlilik unsuru haczin ya da haczolunan malların alınmasının sebebidir. Zira burada söz konusu amaç kamu alacağının tahsilidir. Gereklilik unsuru açısından hükümde “zorla açtırma”, “her türlü tertibin kırılması”, “her türlü zora başvurma” şeklinde farklı ama ağırlık itibarıyla birbirine yakın zor kullanma davranışlarından en yumuşağının seçilip seçilmediği tespit edilebilir. Örneğin kilitli ve kapalı mahallerin zorla açtırılması imkanı varken doğrudan kırılması yoluna gidilmesi hem gereklilik hem de orantılılık ilkesine uygun değildir. Benzer şekilde haczolunan malların zorla alınmasında borçluya karşı cebirin ötesinde kasten yaralamaya varacak ağırlıkta zor kullanılması orantılılığa doğrudan aykırı olacaktır. Çünkü bu durumda zor kullanma konusu kamu alacağı değil, şahsın kendisi olmuş olacaktır.

Borçlunun üzerinde haczi kabil kıymetli mallar bulunduğu ve kendisi bunları rızasıyla teslim etmediği veya üzerinde sakladığı takdirde şahsına karşı da zor kullanılır (AATUHK. m.80/III). Bu açıdan zor kullanma yetkisine sahip olan tahsil dairesi memurlarının, borçlunun temel haklarına müdahale teşkil eden (AY. m. 20, m. 21) bu haciz işlemini gerçekleştirirken, anayasal bir zorunluluk olan ölçülülük ilkesine uymak zorundadır¹⁶².

Anayasal açıdan borçlu yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Aynı zamanda insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulmama güvencesi altındadır (AY. m. 17). Bu nedenle borçlunun borcunu zamanında ya da eksiksiz olarak yerine getirmemesi, alacaklı kamu idaresinin borçlunun temel hak ve özgürlüklerine ölçüsüz hiçbir müdahalesini meşru hale getirmeyecektir¹⁶³. Dolayısıyla borçluya karşı zor kullanma yetkisine haiz organların, bu yetkiyi kullanırken ölçülülük ilkesine bağlı kalması gerekmektedir¹⁶⁴.

Ölçülülük ilkesinin dayandığı esaslar ve nasıl uygulanacağı “Yasa Uygulayıcıların Davranış Kurallarına Dair Uluslararası Sözleşme”¹⁶⁵ çerçes-

¹⁶² Karakoç, Vergilendirme İlkeleri, s. 1284; Çiftçi, s. 336-337.

¹⁶³ Çiftçi, s. 319.

¹⁶⁴ Özkes, s. 208.

¹⁶⁵ Yasa Uygulayıcıların Davranış Kuralları Birleşmiş Milletler tarafından 1979 tarihli uluslararası anlaşma ile tespit edilmiştir (Atasoy, s. 128).

vesinde düzenlenmiştir¹⁶⁶. Sözleşmenin ikinci maddesi uyarınca kanunu uygulayan görevliler, görevleri yerine getirirken, herkesin insan onuruna saygı gösterir ve insan haklarını korur ve gözetir. Üçüncü madde uyarınca ise kanunu uygulayan görevliler, ancak kesinlikle zorunlu olduğunda ve görevini yerine getirmesi için gerektiği ölçüde güce başvurur. Ancak özel durumlarda zora başvurabilirler. Kanun uygulayıcılar hiçbir durumda, ulaşılabilecek yasal hedefle orantılı olmayan güç kullanımına yetki verir biçimde emir veremez, önlem alamaz ve davranışta bulunamazlar¹⁶⁷.

b. Hacizde Tertip

aa. Hacizde Tertip Müessesesinin Ölçülülük İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Kamu alacaklarının takip ve tahsilinde iki temel ilke gözetilmektedir. Bu ilkelerden ilki kamu alacağını ödeme yükümlülerine ödeme bakımından her kolaylığın sağlanması¹⁶⁸, diğeri ise, kamu alacaklarının kolay ve hızlı şekilde tahsilinin sağlanmasını mümkün kılmak için kamu idarelerinin alacaklarını güvencelere bağlamaktır¹⁶⁹. Hacizde tertip de kamu borçlusuna ödeme bakımından kolaylık sağlayan; buna bağlı olarak da, kamu alacağının tahsilini kolaylaştıran niteliğe sahip bir müessesedir.

Hacizde tertip ölçülülük ilkesinin cebrî icra hukukundaki sonuçlarından biridir¹⁷⁰. Bu bağlamda, kamu alacaklarının haczi bakımından ölçülülük ilkesinin gözetildiği en önemli hükümlerden biri Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesidir. Hükümde borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya

¹⁶⁶ Atasoy, s. 128.

¹⁶⁷ Atasoy, s. 130.

¹⁶⁸ Borçluya kolaylık sağlama ilkesi, aslında borçlulara tanınan hakları ifade etmektedir. Bu ilkeye göre borçluya tecil ve terkin imkanlarından yararlanma, bazı durumlarda tahsilatı geri bırakma gibi müesseselere yer verilmiştir. Ayrıca kamu alacaklarının borçlu tarafından ödenmesinde yer, şekil ve zaman bakımından sağlanan kolaylıklar da bu ilkenin gereğidir. Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 255.

¹⁶⁹ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Tasarısı, Karakoç, Kamu İcra Hukuku, s. 122.

¹⁷⁰ Pekcantez/Atalay/Özkan Sungurtekin/Özekes, s. 73; Özekes, s. 212.

üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarının tahsil dairesince haczolunacağı düzenlenmiştir.

Ölçülülük ilkesi idarenin takdir yetkisini yönlendiren bir işleve sahip olup, uygulanacak normun somutlaştırılmasında, norm alanının belirlenmesinde bir yorum ölçütü olarak kullanılmaktadır¹⁷¹. Bu bağlamda, hükmü yorumlayacak olursak, alacak tutarından fazla değerinde haciz yapılmaması ve borçlunun haczi kabil malvarlığının haczinde daha kolay paraya çevirme imkânı bulunan malların haczine öncelik verilmesi gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Alacak tutarından fazla değerinde yapılan hacizlerin ise, kaldırılması gerekmektedir.¹⁷²

Kanımızca hükümde belirtilen “*yetecek miktar*” deyimini ile haczedilecek malın, ulaşılmak istenen amaç ile açık bir orantısızlık içinde bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu sayede yapılan haciz işlemi ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuruna da uygun olacaktır. Oğurlu’ya göre de, borçlunun malvarlığı değerleri haczedilirken, ancak borca yetecek kadar malının haczedilebileceği, daha fazlasına müdahale edilmemesi gerektiği şeklindeki kural “orantılılık” ve “gereklilik” unsuru yönüyle ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilebilir¹⁷³.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 62’nci maddesinin dördüncü fıkrasına göre haczolunan gayrimenkul artırmaya çıkarılmadan, borçlu, borcun itfasına yetecek menkul mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse gayrimenkul üzerinde haciz baki kalmak üzere gösterilen menkul veya alacak da haczolunur. Anlaşıldığı üzere hükümde borçluya, kendisini daha az zor duruma düşüreceği öngörülen taşınır mal veya alacağının haczedilmesi imkânı tanınarak, taşınmazının paraya çevrilmesine engel olma hakkı sağlanmıştır. Kanımızca, hükmün ölçülülük ilkesini gerçekleştirmeye yönelik olduğu sonucuna ulaşılabilir. Haczi mümkün ve elverişli mal ve alacaklar arasından borçluya en az zarar verecek, en yumuşak aracın seçilmesi imkânı tanınması ölçülülük ilkesinin gereklik unsurunun gözetildiğine işaret etmektedir.

¹⁷¹ Rumpf, s. 45.

¹⁷² Yerlikaya, s. 564.

¹⁷³ Oğurlu, s. 28.

İdarenin takdir yetkisine dayandığı kamu icra hukuku işlemlerinde ölçülülük ilkesinin önemi artmaktadır. Bu nedenle cebri icra işlemleri dolayısıyla kamu borçlularının bazı haklarında meydana gelen sınırlandırmalarda ölçülülük ilkesi dikkate alınmaktadır. Bu itibarla, haczedilen ya da paraya çevrilen değerlerin alacağı karşılamaya yetecek kadar ve aynı zamanda borçluyu en az zarar uğratacak şekilde olmalıdır. Aksi durumda cebri icranın bir yaptırım gibi kullanılması sonucu doğacaktır¹⁷⁴.

Sonuç olarak, Devletin vergi alacaklarının tahsilini sağlamak amacıyla mekanizma yaratması meşrû olmakla birlikte, amacın gerçekleştirilmesinin ötesinde, fazlasına itibar etmesi ya da mutlak ve koşulsuz bir sorumluluk yaratması durumunda borçluların mülkiyet hakkına yapılan müdahale oranlı olmayacaktır¹⁷⁵.

bb. Hacizde Tertip Müessesesinin Konkordanz Prensibi Bağlamında Değerlendirilmesi

Alman hukukunda çatışma halindeki alacaklı ve borçlu temel hakları, Anayasa'nın birliği ve bütünlüğü çerçevesinde her ikisine de en az zarar verecek şekilde dengeye oturtulması amacıyla konkordanz (uyum) prensibi benimsenmiştir. Bu ilkenin hedefi, birbiriyle çatışan temel hakların her birini etki doğurması bakımından en üst düzeyde gerçekleştirmek; yani, en üst düzeyde yürürlük gücü vermektir. Bu ilke içerik itibarıyla ölçülülük ilkesiyle de örtüşmektedir. Nitekim, ölçülülük ilkesi, temel haklara gerekliliklerle sınırlı bir müdahaleyi ifade ederken, konkordanz ilkesi bunu aşarak birbiriyle yarışan iki temel hakkın optimal düzeyde etkisini temine yaramaktadır¹⁷⁶.

Kanımızca Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'nci maddesinin dördüncü fıkrası ile borçlunun haczolunan gayrimenkulünün artırmaya çıkarılmadan borçluya, kendisini daha az zor duruma düşüreceği öngörülen taşınır mal veya alacağının haczedilmesi imkânı tanınması bu bağlamda konkordanz prensibine örnek teşkil edebilecek niteliktedir. Zira, hem kamunun hem de borçlunun temel haklarına en az zarar verecek

¹⁷⁴ Oğurlu, Ölçülülük İlkesinin Rolü, s. 172.

¹⁷⁵ Yaltı, s. 525.

¹⁷⁶ Sungurtekin Özkan, s. 194.

şekilde alternatif bir yol öngörülmüştür. Bu durumda gayrimenkul yerine menkul ya da alacağı haczolunan borçlunun zararı azaltılmış, öte yandan alacaklıya, borcun itfasına yetecek kadar menkul ve alacağı haczetme imkanı tanınarak alacak hakkına kavuşması sağlanmıştır. Netice olarak, her iki tarafın menfaatlerinin optimal düzeyde temin edilmesi yoluyla taraflar arasında menfaat dengesi kurulmaya çalışılmıştır. Aynı zamanda temel hakka müdahale niteliği taşıyan araçlardan en az zarar verecek aracın seçilmesi yoluna gidilerek ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuru sağlanmıştır.

cc. Haciz Yasağı

Kamu düzenini sağlama ve kamu borçlusunun ekonomik açıdan zor duruma düşmesini önlemek amacıyla kamu borçlusunun bazı mallarına haciz yasağı getirilmiştir. Bunun sebebi, haciz yoluyla tüm malvarlığı elinden alınan kişinin içine düşeceği imkansızlık dolayısıyla topluma yük olacağı ve kanun dışı yollara başvurabileceğinin düşünülmesidir¹⁷⁷. Bu düşünceden hareketle öngörülen haciz yasağı, hem borçlunun borcunu ödeme imkânlarını ortadan kaldırmamak hem de toplumsal düzeni bozmamak amacıyla öngörülmüştür.

İcra hukuku ailenin korunması ve sosyal devlet ilkesini de korumak zorundadır. Bu sebeple borçlunun kendisi ve ailesinin geçimi için gereken bazı malları için Kanun'da haciz yasağı öngörülmüştür (AATUHK. m.70)¹⁷⁸. Bu itibarla haciz yasağı sadece borçluyu değil ailesini de korumaya yöneliktir¹⁷⁹.

Borçlunun haczedilemeyecek malları¹⁸⁰, kısmen haczedilebilen gelirleri¹⁸¹ ve yetişmemiş mahsülleri¹⁸² dışındaki tüm malvarlığı cebri icraya

¹⁷⁷ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 685.

¹⁷⁸ **Yıldırım**, s. 103.

¹⁷⁹ **Sungurtekin Özkan**, s. 188.

¹⁸⁰ AATUHK. madde 70 - Aşağıda gösterilen mallar haczedilemez:

1. (Değişik: 4/5/1994 - 3986/16 md.) 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahalli idarelerin malları hariç olmak üzere Devlet malları ile hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar.

2. Borçlunun şahsı ve mesleği için gerekli elbise ve eşyası ile, borçlu ve ailesine gerekli olan yatak takımları ve ibadete mahsus kitap ve eşyası,
 3. Vazgeçilmesi kabil olmıyan mutfak takımı ve pek lüzumlu ev eşyası,
 4. Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve taşıtları ve diğer teferruat ve tarım aletleri; çiftçi değilse sanat ve mesleği için gerekli olan alet ve edevatı ve kitapları; arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük taşıt sahiplerinin ancak geçimlerini sağlıyan taşıt vasıtaları,
 5. Borçlu veya ailesinin geçimleri için gerekli ise, borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları,
 6. Borçlu ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ile;
 - a) Borçlu çiftçi ise ayrıca gelecek mahsul için gerekli olan tohumluğu,
 - b) Borçlu bağ, bahçe veya meyva ve sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan bağ, bahçe ve bu işler için gerekli bulunan alat ve edevatı, malzemesi ve fide ve tohumluğu,
 - c) Geçimi hayvan yetiştirmeye munhasır olan borçlunun kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan miktarda hayvan ile bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları,
 7. Memleketin ordu ve zabıta hizmetlerinde malül olanlara bağlanan emekli aylıkları ile, bu kabil kimselerin dul ve yetimlerine bağlanan aylıklar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış ikramiyeleri,
 8. Bir yardım sandığı veya derneği tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan aylıklar,
 9. Vücut ve sağlık üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak zarar görenin kendisi veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi gereken paralar,
 10. Askerlik malüllerine, şehit yetimlerine verilen harb malüllüğü zammı ile, 1485 sayılı kanun gereğince verilen tekel beyiyeleri,
 11. Borçlunun haline münasip evi “ancak evin değeri fazla ise bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılabilir”,
 12. (Değişik: 26/11/1980 - 2347/8 md.) Harcırah Kanununa göre yapılan ödemeler,
 13. (Ek: 26/11/1980-2347/8 md.) 2022 sayılı Kanun uyarınca bağlanan aylıklar.
- ¹⁸¹ AATUHK. madde 71 - (Değişik: 26/11/1980 - 2347/9 md.) Aylıklar, ödenekler, her çeşit ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama bağlı olmayan nafakalar, emeklilik aylıkları, sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından bağlanan gelirler kısmen haczolunabilir. Ancak haczolunacak miktar bunların üçte birinden çok dörtte birinden az olamaz. Asgari ücreti aşmayan aylık gelirlerin onda birinden fazlası haczolunamaz.
- ¹⁸² AATUHK. madde 72 - Yetişmemiş her nevi toprak ve ağaç mahsulleri, yetişmeleri zamanından geriye doğru iki ay içinde haczolunabilir. Bu suretle haczedilmiş olan mahsullerin borçlu tarafından başkasına devri, haczi yapan tahsil dairesine karşı hükümsüz olup takibatın devamına engel olmaz.
- Bu hüküm alacağı gayrimenkul rehni ile sağlanmış olan alacaklının, mütemmim cüz'ü olarak gayrimenkulün yetişmemiş mahsulleri üzerinde haiz olduğu hakkı kaldırmaz. Şu

konu edilebilmektedir. Bu durumda cebri icranın Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı ile çatıştığı ortadadır.

Haciz, mülkiyet hakkına doğrudan müdahale niteliği taşıyan bir cebri icra işlemidir. Nitekim, mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir (AY. m.35/II). Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile de mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla sınırlandırılmıştır. Anayasa'ya göre mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz¹⁸³. Bu durumda mülkiyet hakkının kullanımında toplum yararının ön planda tutulduğu, şayet toplum yararına aykırı bir durum yok ise, mülkiyet hakkının kullanımının söz konusu olabileceği düşünülebilir.

Haciz yasağına uyulmadığı takdirde borçlu tamamen fakirleşip muhtaç duruma düşecek, bu durumun karşısında alacaklı devletin menfaati, her ne pahasına olursa olsun korunmuş olacaktır. Bu itibarla, haciz yasağının getirilmesinin temelinde de ölçülülük ve menfaat dengesi ilkesinin yattığını söylemek yanlış olmayacaktır. Buna ilişkin olarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin 11'incifikrasına göre, borçlunun haline münasip evi¹⁸⁴ ancak evin değeri fazla ise, bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılabilecektir. Hükümde evin satış bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılacak şekilde öngörülen haciz işlemi ölçülülük ilkesinin gereklilik unsurunu sağlamaktadır. Fakat oranlılık unsurunun sağlanıp sağlanmadığının tespiti açısından "haline münasip bir yer alınabilecek miktarı" ifadesi muğlaktır. Dolayısıyla her somut olayda hükmün uygulamasına bakılarak yapılan haciz işleminin ölçülü olup olmadığının tespiti yoluna gidilebilir.

Kamu borçlusunun haline münasip evinin yaşam standartlarına uygun olup olmamasının tek ölçütü parasal değeri değildir. Bununla birlikte

kadar ki, alacaklı rehlin paraya çevrilmesi için mahsullerin yetişmesinden önce takip isteğinde bulunmuş olmalıdır.

¹⁸³ "...kamu yararı ve kamu hizmetleri gereğine dayanılarak, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına hakkın özüne dokunmamak, demokratik ve çağdaş hukuk devleti olmanın gereklerinden olduğunda şüphe bulunmamaktadır." Any. M. 13.09.1994 gün ve E. 1993/53, K. 1994/67 (RG. 01.05.1998-23329).

¹⁸⁴ "Haline münasip ev" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akil**, s. 778 vd.

borçlunun ailevi durumu, hanede yaşayan kişi sayısı, evin özellikleri, borçlunun sosyal statüsü gibi faktörlerin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu yönde inceleme yapılmadan verilen kararda hukuka uygunluk yoktur¹⁸⁵.

3. Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresinin Ölçülülük İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Kamu icra hukukunda vadesinde ödenmeyen kamu alacağı için ödeme emri çıkartılmaktadır. Yazılı şekle tâbi olan ödeme emrinde borcun yedi gün içinde ödenmesi ya da mal bildiriminde bulunulması gerektiği tebliğ edilir (AATUHK. m. 55). Borcun yedi gün içinde ödenmediği ya da mal bildiriminde bulunulmadığı takdirde alacağın cebren tahsili yoluna gidilmektedir¹⁸⁶. Bu durumda 6183 sayılı Kanunun “ödeme emrine itiraz” başlıklı 58. maddesine göre ise, kendisine ödeme emri tebliğ olunan yükümlü; böyle bir borcun olmadığı¹⁸⁷, borcun kısmen ödendiği¹⁸⁸, borcun zamanaşımına uğradığı¹⁸⁹ gerekçeleriyle tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde vergi mahke-

¹⁸⁵ **Akil**, s. 779; Aynı yönde; “6183 sayılı Yasanın 70. maddesinin 11. bendine göre borçlunun sahibi olduğu evin, haline münasip olup olmadığı hususu alacaklı âmme idaresince açıklığa kavuşturulmadan haczedilmesinde hukuka uygunluk bulunmamakta ise de; vergi mahkemesince bilirkişinin hacizli gayrimenkulun özelliklerine ilişkin tespitleri ile borçlunun aile yapısı, sosyal konumu, evde ikamet eden birey sayısı gibi faktörler birlikte değerlendirilerek haczedilen evin borçlunun haline münasip olup olmadığı yönünde inceleme yapılmadan verilen kararda yasal uygunluk yoktur. Dş. 3. D. 10.02.2004 gün ve E. 2002/2790, K. 2004/268 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Programı).

¹⁸⁶ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 162.

¹⁸⁷ Kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlunun böyle bir borcunun olmadığını iddia edebilmesi için, borcun hukuken hiç doğmaması ya da borç doğduktan sonra tamamen ödenmesi veya başka bir nedenle ortadan kalkması gerekmektedir. **Gınalı**, s. 277. Böyle bir borcun olmadığı iddiasının kapsamına borcun tecil, terkin ya da af nedeniyle ortadan kalkmış olması iddiaları girmektedir. Ayrıca borcun olmadığı iddiası genel olarak vergi hatalarına da dayandırılmaktadır. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 675.

¹⁸⁸ Bu kısmen ödendiği gerekçesi ile borçlu borcun varlığını kabul etmekte ancak borcun ödeme emri ile talep edilen tutarla bağdaşmadığını ileri sürerek dava açma hakkını kullanma yoluna gitmesine hak tanınmıştır. **Gınalı**, s. 277.

¹⁸⁹ AATUHK’nun 102. maddesi uyarınca âmme alacağı, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar. Para cezalarına ait hususi kanunlarındaki zamanaşımı hükümleri mahfuzdur. 103. maddede tahsil zamanaşımının kesilmesi ve 104. maddede ise işlememesi durumları

mesinde dava açabilir¹⁹⁰. Süreyi geçiren borçlunun aynı konuda dava açma hakkı bulunmamaktadır¹⁹¹. Anlaşıldığı üzere, ödeme emrine dava açma gerekçeleri ve süresi madde hükmü ile sınırlandırılmıştır¹⁹². Ödeme emrine karşı dava açma hakkının tanınması kesinleşmiş kamu alacağının tahsili aşamasında kamu borçlusuna son bir güvence sağlama amacı taşımaktadır¹⁹³. Buna karşın kamu hizmetlerinin yürütülmesinin gereği olarak, idarede istikrar ve kamu yararının kişisel yarardan üstün tutulması ilkesi doğrultusunda kamusal ihtiyaçların güvenli, düzenli ve zamanında sağlanması gerekmektedir¹⁹⁴. Ödeme emrine karşı dava açma süresinin genel dava açma sürelerinden daha kısa tutulmuş olmasının ve dava açma nedenlerinin kanunda sınırlandırılmış olmasının en önemli amacı tahsil aşamasına gelen alacağın sürüncemede bırakılmadan en kısa sürede tahsil edilerek¹⁹⁵. Hazine'ye intikalinin sağlanmasıdır¹⁹⁶. Bunun bir göstergesi de dava açma süresinin yedi gün gibi kısa bir süre olarak düzenlenmesidir¹⁹⁷.

Kamu icra hukukunda dava açma süreleri¹⁹⁸ bakımından özel düzenlemelere yer verilmesi ve genel olarak bu sürelerin vergi mahkemelerinde

açıklanmıştır. İlgili hükümlerde belirtilen nedenlere dayanılarak borcun zamanaşımına uğradığı iddiası ile dava açılabilir.

¹⁹⁰ Ödeme emrinin iptaline talebiyle açılan dava menfi tespit niteliğinde olup, hükümde belirtilen; “böyle bir borcu olmadığı”, “kısmen ödendiği” veya “zamanaşımına uğradığı” yönündeki iddialar dışında yeni ve ayrı bir itiraz nedeni ileri sürülemez. İcra ve İflas Kanunu'nun 72'nci maddesine koşut bir düzenlemeye 6183 sayılı Kanun'da yer verilmemiş olması karşısında 7 günlük hak düşürücü süreyi geçiren borçlunun aynı konuda yeni bir menfi tespit davası açma imkanı bulunmamaktadır. **Coşkun**, s. 547.

¹⁹¹ Y. HGK. 03.10.2007 gün ve E. 2007/21-623, K.2007/717 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁹² Buna göre yükümlü tarh sırasındaki bir hatayı, kanunun yanlış uygulanmış olmasını tahsil aşamasında ileri süremeyecektir. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 164.

¹⁹³ **Karakoç**, Kamu Alacaklarının Tahsili, s. 145.

¹⁹⁴ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 158.

¹⁹⁵ **Karakoç**, Kamu Alacaklarının Tahsili, s. 145; **Mutluer**, s. 324; **Gımalı**, s. 276; **Coşkun**, s. 549.

¹⁹⁶ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 676.

¹⁹⁷ **Karakoç**, Kamu Alacaklarının Tahsili, s. 145; **Gımalı**, s. 276.

¹⁹⁸ Vergi yargılaması hukukunda dava açma süreleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, Süreler, İkinci Bölüm, I. B.

genel dava açma sürelerinden daha kısa tutulmuş olması, uygulamada hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı sebebiyle eleştirilmektedir¹⁹⁹. Aydın Bölge İdare Mahkemesi Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan " ... 7 gün içinde..." ibaresinin Anayasa'nın 2'nci ve 36'ncı maddelerine aykırılığı iddiası ve iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi ise, kanun koyucu tarafından, ödeme emrinin özellik ve niteliği ile diğer idarî işlemlerin özellik ve niteliklerindeki farklılıklar ve kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için kamu alacaklarının sürüncemede bırakılmamasındaki kamu yararı gözetilerek, ödeme emrine karşı açılacak davalar için dava açma süresinin yedi gün olarak öngörülmesi, Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 142. maddelerine aykırı görmeyerek itirazın reddine karar vermiştir²⁰⁰.

İnceleme konumuz açısından Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin olarak tartışmamız gereken, kendisine ödeme emri tebliğ edilmiş borçlunun hak arama süresinin hükümde yedi gün ile sınırlanmasının ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır. Zira, ölçülülük ilkesine aykırı surette sınırlanan bir temel hak söz konusu ise, zaten bu durumun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ortadadır. Nitekim ölçülülük ilkesi hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi olarak temel hakların sınırlanmasında göz önünde tutulan ilkelerin başında gelmektedir²⁰¹. Bu nedenle de vergi, resim, harç ve benzeri kamusal gelirler hukuk devletinin niteliklerine uygun şekilde tahsil edilmelidir²⁰².

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dava Açma Süresi" başlıklı 7'nci maddesinde "*Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.*" Bu hükmün göndermesi ile Amme Alacakla-

¹⁹⁹ Gök, s. 383.

²⁰⁰ Any. M. 06.01.2011 gün ve E. 2008/96, K. 2011/3 K. (RG. 14.05.2011-27934)

²⁰¹ Sağlam, s. 112.

²⁰² Any. M. 07.11.1989 gün ve E. 1989/6, K. 1989/42 "*Yetkilerle güçlendirilen devlet, vergilendirme konusunda gerekli düzenlemeleri gerçekleştirirken de hak ve özgürlükleri özenle koruyacak, devlete kaynak sağlamak amacıyla hukuksal ilkelerin yıpranıp yıkılmasına duyarlı kalmayacaktır. Gelir elde edilmesi amacıyla hukuk devleti niteliklerinden vazgeçilemez.*" (RG. 06.04.1990-20484).

rının Tahsil Usulü Hakkında Kanun özel bir kanun olarak yedi gün şeklinde ayrı bir süre öngörmüştür (m. 58)²⁰³.

Ödeme emrine karşı yedi günlük dava açma süresi²⁰⁴ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7'nci maddesinin 1'inci bendinde belirtilen özel dava açma sürelerindedir²⁰⁵. Bu sürenin tanınmasının amacı, kamu borçlusuna son bir güvence tanımak ve kesinleşmiş kamu alacağının tahsilinin kısa sürede sonuçlandırılmasını sağlamaktır²⁰⁶.

İdarî yargıya başvurunun süreye bağlanmasının temelde iki amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kişilere haklarında verilen kararların hukuka uygun olup olmadığını, dava konusu yapıp yapmamayı değerlendirme ve

²⁰³ Ödeme emrine karşı açılacak davada süresinin AATUHK'un 68'inci maddesi uyarınca yedi gün mü yoksa İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7'nci maddesi uyarınca otuz gün olarak mı kabul edileceği doktrinde tartışılmıştır. Mevzuatın tümü göz önünde bulundurularak yedi günlük sürenin benimsenmesi doğru bulunmuştur (İYUK m. 7/I, 63; AATUHK. m. 58; BİVMKK. m. 13, 15) **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 164.

²⁰⁴ Vergi yargılaması hukukunda kabul edilen dava açma süreleri hak düşürücü sürelerle benzetmekle birlikte, bu sürelerin özel hukuk anlamında hak düşürücü süre olmadığını belirtmek gerekir. Çünkü dava açma sürelerinin durması ya da dava açma süresi için ek süre verilmesi mümkündür. Bu özellikler özel hukuk anlamında hak düşürücü süreler için mümkün değildir. **Karakoç**, Vergi Yargılaması Hukuku, s. 196; **Karakoç**, Süreler, s. 46.

²⁰⁵ **Karakoç**, Süreler, s. 95; Danıştay da bu yedi günlük süreyi özel dava açma süresi olarak nitelendirmektedir: Dş. 10. D. 31.12. 2007 gün ve E. 2006/2232, K. 2007/6691 "...idari işlemlerin nitelikleri gereği özel yasalarda, genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma sürelerinin öngörülmüş olması halinde, idare tarafından idari işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri gösterilmedikçe özel dava açma sürelerinin işletilmesine olanak olmayıp; aksine bir yorum, Anayasanın 40. maddesinin gözardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır."; Dş. 14. D. 23.01.2012 gün ve E. 2011/292, K. 2012/10 "Ancak, idari işlemlerin nitelikleri gereği özel yasalarda, genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma sürelerinin öngörülmüş olması halinde, idare tarafından idari işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri gösterilmedikçe özel dava açma sürelerinin işletilmesine olanak bulunmadığından, Anayasa'nın 40.madde hükmü uyarınca, özel dava açma süresine tabi olmasına rağmen, bu hususun idari işlemlerde açıklanmaması halinde, dava konusu idari işlemin tebliği tarihinden itibaren, özel dava açma süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır."(Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Programı).

²⁰⁶ **Karakoç**, Süreler, s. 95.

inceleme imkanı vermektir. Bir diğer amaç ise, idarenin işlemlerinde istikrarı sağlamaktır²⁰⁷. Başvuru süresinin kısa ya da uzun olarak öngörülmesi idari işlemin yeknesaklığına etki etmeyecektir. Fakat kısa öngörülen başvuru süresi, kişilerin haklarında verilen kararların hukuka uygun olup olmadığını tahlil etme ve bu kararı dava konusu yapıp yapmamayı değerlendirme açısından sıkıntı doğurabilecektir. Bu nedenle, ödeme emrine muhatap olan birçok kamu borçlusu, ödeme emrinin içeriği hakkında bilgi alıp haklarını nasıl kullanacaklarına vakıf olana kadar dava açma süresini kaçırabilmektedirler.

Ölçülülük ilkesi, sınırlama amacı ile sınırlama aracı arasında adaletli ve kabul edilebilir bir dengeyi sağlanmasını; makûl ölçüyü aşmayan, hakkaniyete uygun bir sınırlamanın yapılmasını hedeflemektedir²⁰⁸. Buna göre sürelerin belirlenmesi, ilişkin olduğu hak, işlem veya ödevin nitelik ve özellikleri dikkate alınarak ölçülü bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Neticede hukukta süreler hakların kazanılması, kaybedilmesi ve kullanılması açısından büyük önem taşımaktadır²⁰⁹. Buna bağlı olarak bir davanın esas yönünden incelenebilmesi dava açma süresi içinde açılmış olmasına bağlıdır²¹⁰. Dolayısıyla belirlenen kanunî sürenin yargı denetimini kısıtlayıcı ya da etkisizleştirici bir sonuç doğurmaması gerekmektedir²¹¹. Kaldı ki ölçülülük ilkesi icra takibinin gecikmesine neden olan bir ilke değildir. Çünkü, icra hukuku sıkı şekil kurallarına bağlıdır. Bu kurallar göz ardı edilerek takibi sonuçlandırmak, ölçülülük ilkesi ile beraber başka temel hakların da ihlali sonucuna yol açacaktır²¹². Örneğin, ölçülülük ilkesine aykırı surette sınırlandırılmış bir dava açma süresi hak arama özgürlüğünün de ihlaline yol açacağından hukuka uygun değildir²¹³.

Ölçülülük ilkesinde gözetilen amaç ve araç arasındaki makul denge açısından bir değerlendirme yapacak olursak, Amme Alacaklarının Tahsil

²⁰⁷ Gözübüyük, s. 3.

²⁰⁸ Yaltı, s. 522.

²⁰⁹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 109; Karakoç, Süreler, s. 23.

²¹⁰ Karakoç, Kamu Alacaklarının Tahsili, s. 145.

²¹¹ Gök, s. 426.

²¹² Pekcanitez/Atalay/Özkan Sungurtekin/Özekes, s. 73.

²¹³ Gök, s. 426.

Usulü Hakkında Kanun'da ayrı bir düzenlemeye gidilerek ödeme emrine karşı dava açma süresinin tebliğden itibaren yedi gün olarak belirlenmesinin amacı, kamu alacağını hızlıca tahsil etmektir. Kullanılan araç ise, dava açma süresinin kısa bir süre olarak öngörülmesidir. Genel dava açma süreleri ile kıyaslandığında yedi günlük sürenin orantılı olmadığı düşünülebilir. Önemli olan dava açma sürelerinin ilişkin olduğu hak, işlem veya ödevin nitelikleri göz önünde bulundurularak ölçülü bir şekilde belirlenmesidir²¹⁴. Bu nedenle de dava açma süresinin tespitinde kamunun menfaati ile yükümlülerin menfaati arasında dengeyi sağlayacak bir sürenin belirlenmesi gerekmektedir²¹⁵.

Anayasa'nın 73'üncü maddesi gereğince vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır (AY. m.73/III). Yine 142'nci maddesine göre mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Bu hükümlere göre kanuni süreleri belirlemeye yasama organı yetkilidir²¹⁶. Bu nedenle de ölçülülük ilkesine öncelikle kanun koyucunun uyması gerekmektedir²¹⁷. Sonuç olarak, kanun koyucu süre belirlerken hak arama özgürlüğünü ölçüsüz şekilde sınırlandırmamaya özen göstermelidir.

D. Haciz veya İhtiyatî Haciz Uygulamaları ile İlgili Davalarda Verilen Kararların Sonuçlarının Ölçülülük İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin ilk fıkrasında Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak, ilgili hükmün "*haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*" şeklindeki son cümlesinin Anayasa Mahkemesi tarafından 10.07.2013 tarihli karar ile

²¹⁴ Gök, s. 425.

²¹⁵ Gözübüyük, s. 3.

²¹⁶ Gök, s. 425.

²¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özkan Sungurtekin/Özekes, s. 73.

Anayasa'nın 2'nci, 36'ncı ve 125'inci maddelerine aykırılığı tespit edilerek iptal edilmiştir²¹⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirtildiği üzere; hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren 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 hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir. Haciz ve ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda vergi mahkemesi tarafından karar verilmesine rağmen, haczin ya da ihtiyatî haczin etkisini sürdürmesi bu müessesenin, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını²¹⁹ ölçüsüzce sınırladığı ve buna bağlı olarak da hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiğine işaret eder. Çünkü ihtiyatî haciz işlemi vergi mahkemesince kaldırılmış olsa dahi, davalı idarece bu iptal kararına karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde, karar kesinleşmemiş olacağından, ihtiyatî haciz kaldırılmayacak; bu durum ise, kamu borçlusunun mülkiyet hakkının, vergi mahkemesinin iptal kararına rağmen, temyiz süresince de sınırlanmasına sebep olacaktır. Danıştay tarafından kararın kesinleştirilmesi süresinin de uygulamada uzun sürdüğünü göz önünde bulundurursak, bu sonucun ölçülülük ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir²²⁰.

Vergi inceleme elemanı tarafından düzenlenen rapora göre tahakkuk ettirilen vergi ve cezaya ilişkin teminatın, teminatın alınmasına sebep olan vergi/ceza ortadan kaldırıldığı halde teminat üzerindeki haczin kaldırılmayıp Danıştay'ın nihaî kararının beklenmesi yükümlü hakkının ağır şekilde ihlâli olarak değerlendirilebilir. Çünkü kamu borçlusunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin hukuka aykırı bir haciz veya ihtiyatî haciz işlemiyle sınırlandırılması nedeniyle mahkemelerce işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması kararı verildiğinde, bu karar uygulanmayacak ve kararın kesinleşmesine kadar idarenin tek yanlı iradesiyle tesis ettiği hukuka aykırı işlem

²¹⁸ Any. M. 10.07.2013 gün ve E. 2012/107, K. 2012/90 (RG. 22.11.2013-28829).

²¹⁹ Mülkiyet hakkının koruma alanına cebri icradaki tüm malvarlıksal değerlere ilişkin alacaklı talepleri dahildir. **Sungurtekin Özkan**, s. 183.

²²⁰ **Yılmaz**, s. 1450-1451.

varlığını sürdürecektir²²¹. Bu durum ihtiyatî haciz uygulanan kamu borçlusunun hem maddi kaybına hem de ticari itibarının sarsılmasına sebep olabilecektir²²². İlk derece mahkemelerinin kararı ile vergi tarhiyatı kaldırıldığı halde, teminata yönelik bir işlemde Danıştay'ın nihai kararının beklenmesi bu açıdan ölçülülüğe aykırıdır²²³.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararında itiraz konusu hükmün ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu ayrıca belirtilmemişse de tüm bu gerekçelerle, haciz veya ihtiyatî haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilmesinin hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren ve bunların ancak ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlanmasına imkan veren hukuk devleti ile bağdaşmadığı ortadadır. Çünkü, haczin ve ihtiyatî haczin kaldırılmasına ilişkin her durumda Danıştay'ın nihai kararının beklenmesi yükümlünün mülkiyet hakkını aşırı derecede sınırlandırdığından ölçülülük ilkesine aykırı bulunmaktadır. Ölçülülük ilkesinin korunması bakımından düşünüldüğünde Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı yerindedir.

SONUÇ

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre tahsil edilmesi gereken kamu alacağı, devlet tarafından kamu gücüne ve resen harekete geçme yetkisine dayanılarak cebren tahsil edilmektedir. Bu şekilde kamu alacaklarının özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklardan farklı usullere tâbi tutulması da kamu yararının kişisel yarardan üstün tutulması ilkesinin bir sonucudur. Zira, kamu hizmetlerinin finansmanının sağlanması için gereken kamu alacağının tahsil edilemediği durumlarda devlet bu hizmetleri yeterince ve gereğince icra edemeyecektir.

Kamu gücüne ve resen hareket etme yetkisine dayanılarak uygulanan kamu icra hukuku işlem ve eylemleriyle borçlunun temel hak ve özgürlüklerine müdahale söz konusu olduğunda bu müdahaleyi hukuka uygun kılmak için ölçülülük ilkesine riayet edilmesi en önemli gerekliliktir. Bu itibarla,

²²¹ Any. M. 10.07.2013 gün ve E. 2012/107, K. 2012/90 (RG. 22.11.2013-28829).

²²² **Gerçek**, Tahsil Hukuku, s. 156.

²²³ **Şeker**, s. 3.

kamu icra hukuku işlem ve eylemlerinde temel hak ve özgürlükleri sınırlama amacı, kamu hizmetlerinin devamlılığını sağlamak için ihtiyaç duyulan finansmanı elde etmektir. Kamu icra hukukunda araç ise, kamu alacağının tahsilini sağlamak ya da kolaylaştırmak üzere kabul edilen güvence önlemleri ve cebren tahsildir. Nitekim, kamu icra hukuku iş ve eylemlerinde ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi için, kamu alacağının tahsilinde başvuru araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır; yine aynı araç, sınırlama amacı açısından gerekli zorunlu olmalıdır; araç ve amaç dengesi orantılı şekilde kurulmalıdır.

Borçluya ait bir malın maddî değeri çok düşükse ya da bu malın değerinin satışından sonra satış giderlerini dahi karşılaması mümkün değil ise, bu haczin amaca uygun olmadığı; yani, elverişlilik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılabacaktır. Kamu icra hukukunda kullanılan araç, temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması açısından en yumuşak olan ise, ölçülülük ilkesine riayet edildiğinden müdahale hukuka aykırı sayılmayacaktır.

Kamu alacağı için kabul edilen güvence önlemi olarak, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tahakkuk uygulamaları ölçülülük ilkesine uygun şekilde yürütülmelidir. Kamu borçlusunun haczedilen malları üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldıran ihtiyatî haciz, yükümlünün malî durumunu temelden sarsmamalıdır. Keza vergi aslına göre oldukça yüksek miktarda uygulanan ihtiyatî haciz uygulamaları ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuruna aykırı nitelikte olduğundan hukuka aykırı sayılmalıdır. İhtiyatî tahakkuka dayanılarak ihtiyatî haciz yoluna gidildiği de göz önünde bulundurulduğunda, kamu borçlusunun mülkiyet hakkının korunması açısından bu güvence önlemi de ölçülülük ilkesine uygun şekilde yürütülmelidir.

Kamu alacaklarının cebren tahsiline ilişkin olarak ise, temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliği taşıyan haciz işlemi bakımından hacizde zor kullanma, haciz yasağı ve hacizde tertibin ölçülülüğü önem taşımaktadır. Bu bağlamda hacizde zor kullanma yetkisi, kamu borçlusunun şahsına yönelmemelidir. Haciz yasağının getirilmesinin temelinde ölçülülük ve menfaat dengesi ilkesinin yattığı gözetilerek, borçlunun ve ailesinin topluma muhtaç hale gelmesine ve aşırı ölçüde fakirleşmesine sebebiyet verilmemelidir. Ölçülülük ilkesinin kamu icra hukukundaki sonuçlarından biri olarak hacizde tertip bakımından, alacak tutarından fazla değerde haciz yapılmaması ve borçlunun haczi kabil malvarlığının haczinde daha kolay

paraya çevirme imkânı bulunan malların hazine öncelik verilmesi gerekmektedir.

Kamu alacağının tahsilini imkânsızlaştırmadığı surette ölçülülük ilkesi hem güvence önlemlerinde hem de cebren tahsil işlemlerinde uygulanmalı ve korunmalıdır. Kamu hizmetlerinin finansmanını sağlama maksadıyla, kamu alacağı tahsil edilirken kamu icra hukukunun uygun mekanizmalarının kullanılmasına özen gösterilmelidir.

Kaynakça

KİTAPLAR :

- Arslaner**, Hakan; 6183 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu ile Tahsili, (Yetkin Yayınevi), Ankara 2010.
- Atar**, Yavuz; Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, (Mimoza Yayınevi), Konya 2007.
- Candan**, Turgut; Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2. Baskı, (Maliye ve Hukuk Yayınları), Ankara 2011.
- Ceylan**, Ali; Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2008.
- Coşkun**, Mahmut; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2013.
- Çiftçi**, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, (Adalet Yayınevi), Ankara 2010, (Menfaat Dengesi).
- Dönmez**, Recai; Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2005.
- Duguit**, Leon; Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları), Ankara 1954.
- Gaul**, Hans Friedhelm/**Deren Yıldırım**, Nevhis; İcra Hukuku Analizleri, 3. Baskı, (Beta Yayınevi), İstanbul 2011.
- Gerçek**, Adnan; Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2013, (Tahsil Hukuku).
- Gerek**, Şahnaz/**Aydın**, Ali Rıza; Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, 2. Baskı, (Seçkin Kitabevi), Ankara 2010.
- Gözler**, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Esaslar, 4. Baskı, (Ekin Kitabevi), Bursa 2013.
- Gümüşkaya**, Gamze; Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru, (XII Levha Yayınları), İstanbul 2010.

- Günday**, Metin; İdare Hukuku, 10. Bası, (İmaj Yayınevi), Ankara 2011.
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara, 2014, (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılaması Hukuku), (Yetkin Yayınları), Ankara 2013, (Vergi Yargılaması Hukuku).
- Karakoç**, Yusuf; Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, (Yetkin Yayınları), Ankara 2000, (Süreler).
- Mutluer**, M. Kamil; Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 3. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2011.
- Oğurlu**, Yücel; Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2002.
- Oktar**, S. Ateş; Vergi Hukuku; 8. Baskı, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2012.
- Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 23. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Özbudun**, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2011.
- Özekes**, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, (Adalet Yayınevi) Ankara 2009.
- Özekes**, Muhammet; İhtiyati Haciz, (Seçkin Yayınevi), Ankara 1999.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özkan Sungurtekin**, Meral/**Özekes**, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013.
- Sağlam**, Fazıl; Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları), Ankara 1982.
- Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan; Vergi Hukuku, 2. Baskı, (Ekin Basın Yayın Dağıtım), Bursa 2011.
- Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi; 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2012.
- Uygun**, Oktay; Kamu Hukuku İncelemeleri-İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2011.

Üzeltürk, Sultan; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, (Beta Yayınları) , İstanbul, Mayıs 2004.

Yerlikaya, Gökhan Kürşat; Açıklamalı ve İçtihatlı 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, (On İki Levha Yayıncılık) İstanbul 2012.

MAKALELER :

Aliefendioğlu, Yılmaz; “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XIX, Ankara 2002, s. 141-176, <http://www.anayasa.gov.tr/Yayinlar/KatalogArama/>, Erişim 20.11.2014).

Akil, **Cenk**; “Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK, m. 82/12)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LX, S. 4, 2011, s. 775-808).

Aktan, Coşkun Can; “AATUHK Çerçevesinde Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Tedbirler ve Kamu Borçlusuna Sağlanan Kolaylıklar”, (Vergi Dünyası Dergisi, Y. 10, S. 112, İstanbul, 1990, s. 12-42).

Arai Takahashi, Yutaka; The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in The Jurisprudence of the ECHR, (Intersentia), Newyork 2001.

Atasoy, Ömer Adil; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu”, (Anayasa Yargısı Dergisi, C. XIX, 2002, s. 123-139, <http://www.anayasa.gov.tr/Yayinlar/KatalogArama/>Erişim 27.11.2014).

Başaran Yavaşlar, Funda; “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır” (Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 147-202).

Can, İsmail; “Almanya’da Devletin Yapısı ve Vergi Sisteminin Anayasal Temelleri”, (Maliye Dergisi, S. 145, 2004, s. 1-60).

- Coşkun Karadağ**, Neslihan; “Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar”, (Maliye Dergisi, S 162, Ocak -Haziran 2012, s. 238-255).
- Çiftçi**, Pınar; “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Özel S., 2012, s. 313-379).
- Fendoğlu**, Hasan Tahsin; “2012 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, (Anayasa Yargısı Dergisi, C. XIX, 2002, s. 178-214, <http://www.anayasa.gov.tr/Yayinlar/KatalogArama/>, Erişim 19.11.2014).
- Gerçek**, Adnan; “Vergi Hukuku Alanındaki Takdir Yetkisinin Kullanılmasında İdarenin ve Memurun Sorumluluğu”, (Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. XXIX, S. 2, 2010, s. 23-50).
- Gınalı**, Ayşe, “Ödeme Emri Tebliği Üzerine Mükelleflerin Hak ve Sorumlulukları”, (Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2011, s. 271-278).
- Gök**, Özgecan; “Kamu İcra Hukuku’nda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi ve Anayasa’ya Uygunluğu: Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 12, Y. 2010, Özel S., 2012, s.381-433).
- Gözübüyük**, Şeref; “İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, (Amme İdaresi Dergisi C. II, S. 4, 1969, s. 3-20).
- Gunn**, T. Jeremy; “Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis”, (Emory International Law Review, Vol. 19, Issue 2, 2005, s. 465-498).
- Karakoç**, Yusuf; “Anayasanın Vergi Ödevine İlişkin Hükmünün Değerlendirilmesi”, (Ed: Yenisey, Feridun/ Güneş, Gülsen/ Şirin Z. Ertunç; Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012 s. 83-98), (Vergi Ödevi).
- Karakoç**, Yusuf; “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

C. XV, Özel S. 2013, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, İzmir 2014, s. 1259-1308), (Vergilendirme İlkeleri).

Karakoç, Yusuf; "Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme", (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Özel S. 2010, Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, İzmir 2012, s. 3-26), (Vergi Ceza Hukuku).

Karakoç, Yusuf; "Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku", (Vergi Sorunları Dergisi, S.153, Haziran 2001, s. 117-135), (Kamu İcra Hukuku).

Karakoç, Yusuf; "Kamu Alacaklarının Tahsili Kamu İcra Hukuku (Kavram-Nitelik ve Genel İcra Hukuku ile İlişkisi)", (Mali Hukuk, Yıl 2001, Mayıs-Haziran, S. 93, s. 15-40), (Kamu Alacakları).

Kaya, Cemil; "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler", (Amme İdaresi Dergisi, C. XXXVIII, S. 2, 2005, s. 61-87).

Oğurlu, Yücel; "İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme", (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, CIV, S 1-2, 2000, s. 48-180).

Özekes, Muhammet; "İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları ile İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi" (Tebliğ, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 8 Haziran 2007, s. 97-122), (Kredi Kurumları).

Özgüven, A. Volkan; "Vergi Borcundan Dolayı Yabancıya Yurt Dışına Çıkış Yasağı Uygulaması (?)", (TBB Dergisi, S. 68, 2007, s. 458-465), (Yurt Dışına Çıkış Yasağı).

Özgüven, A. Volkan; Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006), (Geriye Yürümezlik İlkesi).

Panomariovas, Arturas/Losis, Egidijus; "Proportionality: From The Concept to the Procedure", (Jurisprudence 2 (120), s. 257-272).

- Rumpf**, Christian; “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, (Anayasa Yargısı Dergisi, C. X, 1993, s. 25-48, http://www.anayasa.gov.tr/Yayinlar/Katalog_Arama/, Erişim 27.11.2014).
- Sungurtekin Özkan**, Meral; “İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi”, (Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 177-203).
- Şeker**, Sakıp; “Vergi İncelemelerine Dayanan İhtiyati Haciz Uygulamalarının Mükellef Hakları Yönünden Değerlendirilmesi”, (http://www.kanitymm.com.tr/makale/2008-01_%20LEGAL-VERGI%20INC%20DAYANAN%20IHTIYATI%20HACIZ%20UYG%20MU%20K%20HAK%20YON_%20DEG..pdf, s. 1-3, Erişim 06.10.2013).
- Şimşek**, Suat; “Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, (Maliye Dergisi, S. 159, Temmuz-Aralık 2010, s. 323-345).
- Taşdelen**, Aziz; “Genel İcra Hukuku ile Karşılaştırmalı Kamu İcra Hukukunda Hacizde İstihkak İddiaları ve Davaları”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LIII, S. 2, 2004, s. 141-175).
- Taşpınar**, Sema, “İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış”, (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 599-670).
- Tekbaş**, Abdullah; “Vergi Kanunlarının Tabi olduğu Anayasal İlkeler”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2010, Özel S., 2012, s.123-191).
- Töralp**, Funda; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Vergilendirme Yetkisinin Kullanımına Etkisi”, (Ed: Yenisey, Feridun/ Güneş, Gülsen/ Şirin Z. Ertunç; Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012 s. 163-182).
- Üstün**, Süleyman Ümit, “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler”, (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2003 s. 251-271).

- Yaltı**, Billur, “Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35”, (Prof. Dr. Muallâ Öncel’e Armağan C.I, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 243, Ankara, 2009, s. 507-536).
- Yıldırım**, M. Kamil; “İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi (Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.IV, S.1-3, 1989, s.98-115)
- Yılmaz**, Serdar; “Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.LXI S. 4, 2012, s. 1437-1503).

HUKUK VE BİREY

Aşağıda okuyacağınız dört makale, 4-6 Aralık 2013 tarihinde ODTÜ’de düzenlenen 13. Sosyal Bilimler Kongresinde ve daha sonra da 5 Mayıs 2014 tarihinde Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesinde sunulan tebliğlerin, büyük ölçüde gözden geçirilerek yazıya dökülmüş halleridir. Oturum, Yrd. Doç. Dr. Pınar Bacaksız (Ceza Hukuku), Yrd. Doç. Dr. Yıldırım Taylar (Vergi Hukuku), Yrd. Doç. Dr. Şafak Evran Topuzkanamış (Anayasa Hukuku) ve Yrd. Doç. Dr. Engin Topuzkanamış (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) tarafından sunulan tebliğlerden oluşmuştur. Burada yaklaşımımıza ilişkin kısa bir bilgi vereceğiz.

Hukuk düzenini ele aldığımızda iki farklı boyut ile karşılaşırız. Bunlardan ilki, kâğıt üstündeki farazî düzen olarak hukuktur. Meslekten hukukçunun (özellikle akademisyenin) ilgisi, bu “farazî” düzeni tutarlı, mantıksal, rasyonel ve “anamlı” bir bütün haline getirebilmek ya da öyleymiş gibi yorumlayabilmektir. Öte yandan -olgusal olarak bakıldığında, bu farazî düzen ve gerçeklik arasında belli ölçüde bir fark, hatta bir gerilim olduğu görülür. Gerçek bireyler, çeşitli etkiler altında, hukukun dayattığı normlara uyma ya da uymama davranışı sergilerler. Uyma oranı ne kadar yüksekse, gerçeklik ve hukuk arasındaki gerilim o kadar düşüktür. İlk makale, modern topluma hukuk ve bireyi tasvir etmeye çalışmaktadır.

Hukuk, iki ayrı fonksiyon sergileyerek “düzen”i sağlamaya çalışır. Bunlardan ilki, “düzeni” tarif etmektir. Düzenin tarifi, esas olarak Anayasa Hukukunun alanına girer ve ayrıca hukukun siyasetle kesiştiği bir alandır. Hukuk devletinde siyaset, hukukun sınırlarına tâbi olmak durumundadır. Bu sebeple Anayasa Hukuku, hiçbir zaman sadece “hukuk” olarak kalamaz. Devlet ve toplum düzeninin siyasî yapısı, kurucuların ortaya koydukları ana fikirlerin depolitikleşip hukuka dâhil edilmesi ile hukukun meşruluk alanına katılır. Düzeni tarif eden Anayasa, o düzen içindeki bireyleri de yurttaş olarak nitelendirir. Kısacası düzeni ve düzene tâbi olanları belirleyerek, var-

sayımsal ve rasyonel bir meşruluk düzlemi üretirler. İkinci makale, yurttaşlık fikri üzerinden hukuk ve birey ilişkisini ele almaktadır.

Hukukun ikinci fonksiyonu, düzeni korumaktır. Düzenin korunması, öncelikli olarak ceza hukukun üstlendiği bir görevdir. Çünkü bir norm sistemini “hukuk” kılan “zor”, en belirgin haliyle burada görülür. İstisnaî ve telafi edici bir niteliğe sahip olan modern ceza hukukun ilk görevi, cezalandırmak değil (bu sebeple bazıları onu suç hukuku olarak adlandırır) “ıslah etmek” ya da -bütün problemlerine rağmen, “topluma yeniden kazandırmak”tır. İslah ya da yeniden kazandırma kavramlarının imâ ettiği şey, bireyin “sonradan” hukuk düzeninin onaylamadığı davranışlara *kapıldığı* ancak bu durumun düzeltilebileceğidir. Yani kişinin toplumsal düzeni benimseme süreci ya tamamlanamamıştır yahut da belli bir andan itibaren kişi, “uymama” (sapkın davranış) konusunda bilinç geliştirmiştir. Bu sebeple ceza hukuku sadece “cezalandırma” olarak kalamaz. Tıbbî ve psikolojiyi yedeğine alarak ıslah faaliyetine girer. Üçüncü makale cezalandırma ve topluma yeniden kazandırma üstünde durmaktadır.

Düzeni kurmanın ve onu korumanın maliyeti ise vergi hukukunun araçlarına teslim edilmiştir. Modern toplum karmaşık bir bürokratik düzende işler. İktidar, (geleneksel toplumun aksine) kendisinden onay beklediği toplumu ikna etmek ve aynı zamanda iktidar yönünde bir düzen sağlamak için “kamusal hizmet” sunar. Bu büyük faaliyetin finansmanı, rasyonelleşmiş bir vergilendirme sistemi ile sağlanır. Vergilendirme, liberalizmin “kutsal” hakkı mülkiyete dokunabilmenin en temel aracıdır. Son makale bireyin vergilendirme karşısındaki durumunu ele almaktadır.

Düzenin tarif edilmesi, sürdürülmesi ve korunması, “hukuk devleti” olarak adlandırılan modern devlet formunda, hukuk aracılığıyla gerçekleştirilir. Ne var ki düzene “kendiliğinden” rıza gösterecek bireyler olmaksızın, zor ve yaptırım araçları ile düzenin sürdürülebilmesi söz konusu değildir. Basit bir gözlem, bizim gibi hukuktan çokça şikâyet edilen bir toplumda bile, insanların büyük çoğunluğunun (düzenin sürdürülmesine yetecek ölçüde) hukuka kendiliğinden uyduğunu gösterir. Aksi durumda gözlemleyeceğimiz şey, kaostur. Düzenin bu işleyişini sağlayan, hukuktan çok önce ve hukuku da aşan bir biçimde toplumsal normlar aracılığıyla benlik inşasıdır.

Burada seçilen konular, hukuk ve birey ilişkisinin tüm boyutlarını tüketmekten çok uzaktır. Zaten bu tüketilebilecek bir mesele de değildir. Ancak meseleye ilişkin bu “mikro” incelemelerle, büyük resim hakkında bir fikir verilmek istenmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Engin TOPUZKANAMIŞ

HUKUK VE BİREYİ ANLAMAK ÜZERE NOTLAR*

Yrd. Doç. Dr. Engin TOPUZKANAMIŞ**

I.

Hukuk, elimize tutuşturulmuş bir haritadır. Bütün haritalar gibi yol göstermek ve konumumuzu belirlemek için yapılmıştır. Yine bütün haritalar gibi *gerçek* değildir. Gerçek olduğunda hiçbir işe yaramaz ve işe yarar olduğunda ise gerçekliği fena halde çarpıtmaktadır (Üye: 2013). Haddizatında insan gerçeği sadece temaşa edebilir; temellük edemez. Temaşa ettiğimizden zihnimizde kalanı, bir takım *göstergeler* ile (harita gibi meselâ) aktarabiliriz; ne kadar aktarılabilirse. Ama *göstergeler* sihirlidir: İşaret ettiğini dönüştürebilir.

Elimize tutuşturulmuş bir harita olan hukuka bakarak, -en azından teorik olarak- mevcut durumumuzu ve gitmek istediğimiz yere nasıl güvenli bir şekilde ulaşabileceğimizi görebiliriz. Bir harita, belli bir yere gidebilmenin *belirlenmiş* yollarını gösterir. Bu da *kâğıt üstünde* yolun niteliği, mesafesi, tehlikeleri hakkında yüksek isabetlilikte öngörülerde bulunmamızı sağlar. Yolda pek çok işaret, tabela, uyarı vardır. Hukuk, yolu gösterir; hatta o yolu inşa eden de aynı yolun yolcusu olmak durumundadır. *Belirlenmiş*

* Bu makale, 4-6 Aralık 2013 tarihleri arasında ODTÜ-Ankara'da düzenlenen "13. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi"ne sunulan tebliğin yazılı hale getirilerek gözden geçirilmesi ve güncellenmesi sonucu hazırlanmıştır.

Burada öne sürülen düşünceler, "Hukuk ve Disiplin - Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları, İkinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul 2014" adlı çalışmada temellendirilmiştir. Burada, aslında hem kitaptaki yaklaşımın temel çıktılarını hem de modern toplumda hukukun görünümünü serbest bir biçimde ifade etmeye çalıştım.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, etopuzkanamis@gmail.com

olmak, bizden önce o yolların (birilerince) tayin ve tespit edilmiş olduğu anlamına gelir. Gösterilen güzergâhlar dışında yollarla da aynı yere gitmek mümkündür. Hatta daha çabuk gitmek mümkündür. Ama bu, belirsizlik ve tehlikelerle doludur. Hukukun *rasyonel bir düzen* olmasının anlamı ya da hukukun en büyük iddiası -en azından teorik olarak, budur: Öngörülebilirlik, belirlilik, tahmin.

Haritaların amacı, gerçekliği mümkün olan en üst seviyede *aslına uygun* olarak göstermektir. Bir harita olarak hukuk, gerçekliğe işaret etmekle yetinmez: Onu yeniden inşa etmek ister. Kendini gerçekliğe uydurmaktansa, genellikle gerçekliği kendine uydurmaya çalışır. O sebeple de modern hukuk *artefacttır*. Kültürün bir parçası olarak, tabiatın karşında konumlanır.

Hukuk, bazen alternatif yollar arasında seçim yapmamıza izin verse de, genellikle mecburî istikametlerle doludur. Mecburiyet, güvenliğin diğer adıdır. Ayrıca zaten dilediği yolda her an maceraya atılmaya hazır olanların özgürlük dediği şey, daha modernitenin ilk düşünürleri tarafından *toplum dışılık* ve hatta *irrasjonalite* olarak ilân edilmişti. Toplumsallaşma diye kibarca ifade edilen süreç, *verili sınırlara tâbi olma becerisini* kazanmadır. Hukukun sınırları içindeki bireyin özgürlüğü, sahne arkasındaki ikizi disiplin ile şekillendirilmiştir. Yani hukuk denen bu cihaz, kendisinin rasyonalitesine *tâbi* olabilmeye becerisine ve inancına sahip ve bu *tâbiyeti özgürce* seçmiş bireyler olmaksızın işleyemez (Bu cümledeki her bir kelime ucu sonu gelmez tartışmaların konusudur.) Kant'ın, harfî harfine itaat edip serbestçe eleştiren¹ *ergin* bireyi (Kant: 1984), yukarıda rasyonel hukuk modelinin zorunlu bileşenidir.

Kısacası modern toplum düzeni, iki unsurun karşılıklı uyumu ile temin edilir: (1) Hem siyasî takdirin/iktidarın sınırlarını belirleyen hem de ona meşruluk temin eden *hukuk* ve (2) *self-disciplined* (veya *well-mannered*) birey.

¹ İfade aslında **Bentham**'a ait: “Bentham'ın kanunların yönetimi altındaki hayat için önerdiği genel reçete basittir: ‘*harfî harfine itaat etmek, serbestçe eleştirmek*’”. H. L. A. **Hart**, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, Feb. 1958, p. 597.

Bu anlatılanların tasavvura (teoriye) dair olduğu unutulmamalıdır. Gerçeklik, kitle ve iktidar arasında bir yerlerdedir. Birey ve hukuk arasındaki ilişki, fazlaca basitleştirilmiş olarak bu şekilde teşhis edilebilir.

II.

Hukuk hakkındaki algımızı büyük ölçüde pozitif hukukçunun bakış açısı belirler. Onun açısından hukuk, bir *gerçeklik* olmaktan ziyade, kâğıt üstündeki kurallardır. *A* ile *B* arasındaki bir ilişkidir. O, bu kuralların yasa koyucunun elinden çıktığı haliyle sistemli, tutarlı, çelişkisiz bir bütün olmadığının da farkındadır. Ama sanki *öyleymiş* gibi olması için çaba gösterir. *Olanı* (kuralları) yorumlayarak, *olması gerekeni* (normu) çıkarmaya çalışır (Gözler: 1998; Uzun: 2014). Olması gerekene (norma yani gönyeye) bakarak, olanı (*gerçekliği*) hizaya sokmak ister. Akademik hukukçu cemaati ise hukukun sistemli, tutarlı, çelişkisiz bir bütün olarak ideal formuna ulaşabilmesi yönünde, *eleştirel* ve *bilimsel* faaliyet gösterirler.

Meslekten hukukçu, bunların ne mânâyâ geldiğinin pek de farkında değildir. Çoğu şoför motorun nasıl çalıştığını bilmez; bunu bilmek onu otomatik olarak daha iyi bir şoför de yapmaz (Rauter: 2011) *Olağan* zamanlarda buna ihtiyacı da yoktur doğrusu. Ayna-mahrutî dişlileri ve istavroz yahut şarj dinamosu ile endüksiyon bobini arasındaki ilişkiyi bilmeden de iğne deliğinden araba geçirebilir. Kısacası *olağan* şartlarda (hâlihazırda devam eden bir düzen ve gündelik hayat içerisinde), *hukukçu* olmak için hukuk *felsefesini* ya da *sosyolojisini* bilmek, meslekten hukukçu için *gerek* şart değildir; *yeter* şart hiç değildir.

Hatta daha ileri giderek denilebilir ki bu faaliyet meslekten hukukçunun hızını düşürür. Otomatiklik ve rutin, sıkıcı olsa da olağan durumlarda en kestirme ve en güvenli yoldur. Düşünmek, durmaya sebebiyet verir. Hukukçudan ve hukuktan hız bekleriz; yavaş ya da geç kalmak adaletsizliktir çünkü. Hız; rutinleştirir, otomatikleştirir. Para ve zaman kazandırır. Düşünmek, durmaya sebebiyet verir. Fazlaca durmak, soru işaretlerini büyütür; gündelik olanı sekteye uğratar. Düşünmekten kasıt, *bütün* üstüne düşünmektir. Tikel problemler için çözüm aramak ise farklı türde bir düşünmedir. İkisi başka başka haritalara ihtiyaç gösterir. İlki bir dünya haritasına benzer;

ikincisi ise bir metro haritasına. Metro haritaları gerçeklik deformasyonunda bir şahikadır. Aynı sebeple en işe yarar ve en kolay haritalardır.

Diyelim ki Alsancak'ta, Kıbrıs Şehitleri caddesindeyiz. Cumhuriyet meydanına gitmek istiyorsunuz. Bir- iki kilometrelik basit bir yol. Birine soruyorsunuz. O da cebinden bir dünya haritası çıkararak veriyor ve "al" diyor "buradan bul!"

Hukuk felsefesi ile karşılaşan öğrencinin yahut avukatın kapıldığı anlamsızlık ve şaşkınlık hissi ile bu his aynıdır. Dünya haritası ile bütüne balarsınız ama orada değil Alsancak, İzmir'i bile zor görürsünüz. Bütüne bakmak, ayrıntıları görünmez kılar. Selleriyle gelinler yiyen Kızılırmak, beş milimetrelik bir çizgidir orada. Genellemeler büyür. Kavramlar ve genellemeler büyüdükçe hata payları artar. Ama başka bir şey daha olur: içinde yaşadığımız *şeye* dışarıdan bakabilmek, varlığımızı ya da *aradığımız her ne ise onu* anlamlandırabilmemize kapı açar.

Meslekten hukukçu, Cumhuriyet meydanına gitmek isteyen adam gibidir. İhtiyaç duyduğu şey, gideceği yere kendisini ulaştırabilecek en basit yol tarifini bulabilmektir. Onun için kendisine dünya haritası gösterene güler yahut kızar geçer; krokilere sevinir.

III.

Bugün artık modern hukuk sistemlerinin tamamında baskın olan unsur, hukuk kurallarının (olan hukuk veya mevzu hukukun) önceliğidir. Bu haliyle hukuk, gündelik hayatın *olağan* işleyişini ve *olağan* problemlerin çözümü kapsayacak şekilde işler. Ahlâkla arasına bir sınır çekmiş durumdadır. Sistem, bütün müstakbel sorunları kaplama ve meşruluk konusunda tekel olma iddiası taşır. Kendi dışındaki bütün sosyal düzen kuralları, ancak hukukun bıraktığı boşlukta varlık sürdürebilirler. Bütün konferanslarda ve hukuka dair konuşmalarda adalet, hukuku "hukuk" kılmanın yegâne aracı olarak anılsa da, gündelik hayatta Weberci demir kafesin rasyonalitesi, etik değerlerle fazla ilgilenmemektedir. Bunun iyi ya da kötü olması apayrı bir meseledir.

Olağana bu kadar vurgu boşuna değil elbette. Hukuk, *ortayadır*; *ortalamayadır*. *Right, recht, droit*'dir meselâ, *left* olamaz. Sağ, hak, doğru... çoğunluğa göre düşünülmüş bir şeydir. Olağanı, hâlihazırda yani *status quo*'yu

sürdürmek üzere vardır. Sürprizleri sevmez. Olağan dışılıkları, beklenmedikleri, belirsizlikleri bir an önce bünyesine dâhil edip görülür, bilinir, kontrol edilebilir kılmak ister. Sanki kerameti kendinden menkul, kendini var eden bir mekanizmadır. Bir küçük dokunuşla harekete geçtikten sonra, sonsuz devridaim makinesi gibi durmadan çalışabilirmişçesine işler. Kısa bir zamanda, iktidarı görülmez kılar.

Olağan dışı şartlar ise iki türde ele alınabilir. Birincisi sistemin kendi içinde kuralların çaresiz kaldığı *zor davalar* (Dworkin: 2007). İkincisi ise sistemin bizatihi bütün varlığına ilişkin ideolojik yahut ahlâkî sorgulamalar. İlki, tikel meselelere ilişkindir ve takdir yetkisi yahut ilkelerin işin içine katılması gibi çözüm önerileri vardır. İkincisi ise hukuk varlığını mümkün kılan temel zihniyet ve algılama biçimini hedef alan daha ciddi bir meseledir. Çünkü bu andan itibaren, hukukun *sıfır noktasına* gideriz. Hukuktan en uzak olduğumuz an, onun varlığını mümkün kılan unsurlara en yakın olduğumuz andır.

Zor davalar ve hukukun sıfır noktası; hukukî pozitivizmin yumuşak karnınıdır. *Hukukun sıfır noktasını* tayin etmek, pozitivist için bir kâbustur çünkü onu, sistemin dışına çıkmak zorunda bırakır: Meselâ Kelsen'in *grundnorm*'u böyledir. Politik tercihten hukuka geçilen nokta yani bir iktidar *tercihinin*, bireyler için *zorunluluğa* dönüştü an, hukuk felsefecisi için de kritik bir andır. Emir deyip bizi itaat döngüsüne sokan Austin'e nazaran ahir zaman felsefecisinin işi daha zordur. Çünkü sisteme ve onun rasyonalitesine atıfla meseleyi çözmek ve bir iktidar *yokmuş gibi* davranmak zorundadır.

Hukukî pozitivist, tabu oynayan oyunculara yahut lebdeğmezde atışan âşıklara benzer. Bazı kavramları ve kelimeleri kullanamaz. Sistemin tarifi, sistemin kendisindedir.

İktidarın tercihini ancak hukuk keyfilikten kurtarır; ya da belki bazen hukuk sadece *görüntüyü* kurtarır. Tabii hukukçular kurtulmayı *âdillik* ölçütüne bağlarken, pozitivistler *belirlilik* ve *öngörülebilirliğe* bağlar. Olağandışı zamanlar, belirliliğin rafa kalktığı zamanlardır; zor davalar da öyle. Teorinin sınıandığı zamanlar. İktidar, hukukun kendine çizdiği sınırları yine hukukun ona sunduğu araçları kullanarak büyük ölçüde esnetebilir ve siyasî takdir, hukukî belirliliğe ön gelebilir. Zaten bütün savaş, bu *takdir* ile ona bir *korse* giydirme derdine düşmüş hukuk arasında geçer. Kendi kendine işleyen

rasyonel bir düzen haline gelmesi hayal edilen hukuk, bu mekanizmayı harekete geçiren takdirin mütemadi tehdidine maruzdur; trajedi kendini burada gösterir.

IV.

Pozitif hukukçu açısından farazî bir düzen olan hukuka *uyma*, bir problem değildir. Hatta bu tabii hukukçu için de araştırma konusu ol(a)maz. Olmaz çünkü bu, *gerçekliğe* ilişkin yahut *olgusal* diyebileceğimiz bir alanda karşımıza çıkan bir problemdir. Pozitif hukukçunun ilgisi, *etkililik* değil *geçerlilik* problemine yoğunlaşmıştır; tabii hukukçu ise geçerlilik probleminin bir başka versiyonu olarak, adalete. İkisi de *gerçek* bireye dokunma yetisinden mahrumdurlar. Etkililik ve geçerlilik kavramları, hukuka ilişkin iki ayrı inceleme biçimine konudurlar: dogmatik hukuk temelde geçerlilik² ile ilgilenirken, hukuk sosyolojisi etkililik ile ilgilenir. Geçerlilik, gerçeklik alanına ait bir problem değildir. Tabii hukukçu da tıpkı pozitivist gibi geçerlilik için olguya bakmaz. *Geçer* olma, itibardır. O sebeple muteber bir mihenge ihtiyaç duyulur. Tartışma, mihengin ne olacağı tartışmasıdır.

Kısacası “İnsanlar neden hukuka uyar?” gibi bir soru sorduğumuzda hak, özgürlük, yetki vb. *hukukî kavramlar* bizi bir yere götürmez; fasit bir dairenin içinde bırakır. Uyma problemini algılayabilmek için farazî düzen olarak hukukun sınırlarını aşarak, gerçeklik olarak topluma ve bizzat bireye bakmak lazım gelir.

Farazî bir düzen olarak hukuk ile gerçeklik arasında belirgin bir gerilim vardır. Bireylerin normları ya da genel olarak sistemi benimsemeleri (yani onu meşru olarak algılamaları) ölçüsünde bu gerilim azalır ya da artar; ancak hiçbir zaman sıfırlanamaz. Bireyler bazen sistemin içinde kalarak tekil normlara, bazen de dışına çıkarak (daha büyük ölçüde ahlâkî ya da ideolojik gerekçelerle) bütününe yönelik itiraz geliştirebilirler. Tekil normları ihlâl etme hemen çoğu kez, normun *doğruluğuna* yönelik bir itirazdan kaynaklanmaz. Hırsızlık yapan, hırsızlığın *doğru* bir şey olduğunu nadiren düşünür. İhlâlin rasyonalitesi genellikle düşüktür. Ama uyma da genellikle rasyonaliteden ziyade *alışkanlık*la ilişkilidir.

² Amerikan realizmi meseleyi tersine çevirir ve geçerliliği, etkili olmaya bağlar.

Hukukçu gözlükleri, toplumdaki ilişkileri daima mevcut hukuk kuralları üzerinden okusa ve uymayı temin eden (ya da edemeyen) saikleri göz ardı etse de (çalışma sahası gereği böyle yapmak zorundadır), *gerçeklikte* hukuk kuralları büyük ölçüde insan davranışlarını sınırlar. Bu nedenle de her zaman kayda değer bir direniş ile karşı karşıyadırlar. Dolayısıyla sistem aslında her zaman belli bir *basınç* altında çalışır. Toplumun direnişine karşı durabilecek kuvvet, devlet *zorudur*. Devletin *zor* tekeli ya da Weber'in deyiş ile iktidar, kendisine gösterilen direnişe rağmen kendi iradesini gerçekleştirir (Weber: 2006). Bu nitelik, iktidarın zorunlu unsurudur.

Basınç altında çalışan bütün sistemlerde, basınç dengesi ve emniyet supapları hayatî önem taşır. Basıncın çok düşmesi, iktidar mekanizmasının büyük ölçüde genişlemesine ve toplumsallık bilincinin enerji kaybetmesine yol açar. Aşırı yükselen bir basınç ise bütün sistemin varlığını tehdit eder. Toplumun iktidar karşısında bir yay çeliği gibi mukavemet ve esneklik göstermesi ideal durum olarak nitelenebilir. Hukuk, sistemin basıncını dengeler ve sürdürülmesini sağlar. Yani hem iktidar hem de toplum, hukuk üstünden algılanır. Üstelik toplum ve birey, iktidarla hukuk dolayımından temasa geçmekte ve hukuk, çarpışmanın şiddetini göğüsleyerek topu yumuşatmaktadır.

V.

Bu gerilimli durumda, *rıza* büyük önem taşır. Modern toplumların uzun zamandan beri büyük ölçüde kitle toplumu olduklarını bir yana bırakıp yine *teoriye* bakarsak, bu rızanın çıkar yönünde rasyonel bir onay olduğunu hatırlarız: Sosyal sözleşme. Buna inanacak olursak, sanki toplumsallıktan çok önce, toplum içinde yaşamanın bilincine ve *rasyonalitesine* sahip *bireyler* varmış gibi yapmak zorunda kalırız. Antropoloji olmayaydı, inanabilirdik de! Ama tarih ve medeniyet denilen nesnelere için söylemek gerekli: Düşünüp de yapmış değiliz. Yaptıkça düşünmekteyiz; yaptığımızı düşünmekteyiz. Düşünmek, yaptığımızı değiştirmekte. Kısacası biz temasa ettikçe, gerçeklik değişmekte. O değiştikçe, kuramlarımız ve kelimelerimiz boşa çıkmakta.

Bütün normatif sistemler gibi hukuk da *rızaya* ihtiyaç duyar ve *zor* (ya da şiddet araçları) olmaksızın bir hukuk sistemi düşünülemezse de bir sistem

olarak hukukun devamlılığını sağlayan şey, bu rızanın varlığıdır. Zor, gürültü çıkarır. Uzun vadede hiçbir yapı, zor üstünden ayakta kalamaz. Gürültünün vibrasyonları, düzensizdir ve kısa sürede sistemin kararlılığını bozar. İdeal bir mekanizma, çalıştığını unuttuğumuz mekanizmadır. En iyi hukuk, en az görülür ve duyulur olandır. Rıza; sessizlik ve masrafsızlık anlamına gelir. Basınç düşürücü etkisi vardır. Bütün iktidarlar rıza talep eder. İktidar, muhtaçtır.

Razı olmak ilk elden *bilinçli* bir tercihi yahut akli çağrıştırıyor. Sosyal sözleşmenin *akıllı* bireyi gibi: Hepimiz, *doğamızda* mündemiç yetiler, sezgiler ve ahlâk ile bir araya gelerek kavilleştik ki tabiata ve haksızlığa karşı kavileşelim. Burada akıl ve ahlâk, toplumsallığımızı takaddüm eder. Kurallara tâbi olmamız, kültür ile tabiat arasındaki ezeli çatışmadan kaynaklanır. Akıllıyız ama akıl, nefse hâkim olma konusunda pek de başarılı değil. Bir arada yaşamaya gösterdiğimiz rıza, güvenlik endişesinin bedeli. Endişenin kaynağı ise *tabiatımız*.

Batı geleneği, insan tabiatının güvenilmezliği ve bencilliği üstüne kurulu (Supiot: 2008; Sahlins: 2012). İslam da çok farklı değil. İnsan sürekli denetim altında tutulması gereken bir varlık. Akıl, *kalb* ile dengelenmedikçe şeytana yakın. Rasyonalitenin eş anlamlısı menfaat. Zaten son tahlilde sözleşme de büyük ölçekli bir çıkarın tezahürü. Yaşamıma, özgürlüğüme ve güvenliğime dokunulmaması için sözleşmenin ve toplumsallığın *disiplinine* razıyım. Ve evet, her şey *bende* ve *benle* başlıyor. *Ben*, topluma mukaddem.

Fakat burada enteresan bir şey var. Razı olmak, tabiatımda yok; öğrenmem gerekiyor.

“Çocuklar ve eğitimsizler kuvvetleri konusunda cahildirler ve toplumun yokluğunda nelerin kaybolacağını bilmeyenler onun yararlılığından da habersizdir. Bundan dolayı, birinciler topluma katılamazlar, çünkü onun ne olduğunu bilmezler ve ikinciler ise bunu umursamaz çünkü onun yaptığı iyilikleri bilmezler. Dolayısıyla, tüm insanların (hepsi de bir bebek olarak dünyaya geldiğine göre) toplum için uygun doğmadıkları âşikârdır ve çoğu da (belki çoğunluğu) zihinsel hastalıklar veya eğitim eksikliği yüzünden hayatları boyunca öyle kalırlar. Yine de bir çocuk ve yetişkin olarak insan doğasına sahiptirler. Bu nedenle, *insan topluma tabiat yoluyla değil ama disiplin yoluyla uygun hale getirilir.*” (Hobbes: 2007) (Vurgular benim)

Toplum içinde varlık sürdürmemizin bizim tabiatımızda olduğunu söyleyen Aristoteles, *zoon politikon* (Aristotle: 1991) nitelendirmesi ile *toplumsallığı tabii* saymıştı (born to fit for society). Geleneksel düşünme biçimlerinin hemen her yanında buna benzer düşüncelere rastlanır. Tözümüz, varlığımıza takaddüm eder. Görevimiz ya da *telos*, olduğumuz her ne ise o olmaktır. Bu itibarla kişilik, bir *inşa* değil, bir *keşiftir*. Mesele, ne olduğumuzun farkına varmaktır; bir *şey* olmak değil. Olduğundan başka bir şey olma çabası günahdır. Kısacası ne olduğumuz, toplumsallığımızdan öncedir. Var olmakla sûret ediniriz. Sûret (*persona*), arızidir (Supiot: 2008) Aslımız, sûrette gizlidir. Yapılması gereken, ârazilardan berî kalmak ve sûreti parlatmak: Ta ki kâinatı gösterecek bir ayna olana dek.

Hâlbuki antropoloji bize başka şeyler anlatır. Bir kere *persona*, edinilen bir şeydir. Evrensel bir tabiatımız yoktur. Türsel varlığımız dışında, her toplumda ezel-ebed var olan bir insanlık da yoktur. Her bir başka zamanda ve mekânda başka başka olabilen, tuhaf bir karmaşıklıkta ve çoğullukta insan toplulukları vardır. Üstelik her tür toplumsal durum başka başka kişilik oluşumlarına sebebiyet verir. Kısaca sîret, sûreti belirlemez; tersi doğrudur. İnsan, sıvıdır; bulunduğu kabın şeklini alır. Toplumsallık edinilir, öğrenilir. Nasıl? Hobbes'un dediği gibi *disciplina* ile.

Disiplin, en basit formdaki toplumdan en karmaşık topluma kadar nicelik farkıyla vardır. Ancak nicelik arttıkça, niteliğe de nüfuz eder. Basit toplumdaki birey de toplumsallığa tâbidir. Kabile içi ilişkileri öğrenir ve kişilik edinir. Ancak buradaki disiplin, karmaşık topluma kıyasla çok düşük seviyelerdedir ve beden kontrolü, büyük ölçüde tabiatın tekelinde kalmaya devam eder.

Sisteme uygun bir dişli haline gelmemizi sağlayan disiplin, fizikî ve aklî yeteneklerimizi de inanılmaz boyutlara taşıyabilir. Disipline boyun eğen akıl da kas da, tekrarın kazandırdığı güce sahip olur. Kontrol, güç getirir. Disiplin, beş yaşında bir çocuğa Bach çaldırabilir; on ikisinde ondan bir virtüöz çıkarabilir. Hayatının on iki senesinden vazgeçerek egzersiz yapmasının, yani özgürlüğünden vazgeçmesinin karşılığında bu gücü edinir. Aynı disiplin fabrika işçisini bir otomata dönüştürebilir. Bir dakikada önündeki banttan geçen onlarca parçayı düzene sokabilecek göz ve el hassasiyeti kazandırır. Tek bir komutla ve saniyeler içinde yüzlerce askerin nişan alması disiplindedir.

Ama gündelik hayatta disiplin biraz daha farklıdır. Emri itaat ilişkisi burada yoktur. Gündelik hayatımızı rutin ve alışkanlık sayesinde devam ettiririz. Çok büyük bir çoğunluk, birisinin emri ile değil, edindiği eğitim ile hareket eder. *Medenî* davranış kalıpları ve görgü kuralları, sosyal disiplinin sonucudur. Tuvalet gibi en tabî ve sıradan ihtiyaç bile bin türlü görgü kuralına tâbidir. Sosyal disiplin, karmaşık bir toplumsal ilişkiler ağında hayatımızı sürdürebilmemizi sağlar.

Karmaşık ya da modern toplumlarda disiplin, bütün toplumsal düzenin merkezinde yer alır. Disiplin olmaksızın hiçbir kurum hatta gündelik hayat sürdürülemez. *Cemaat*, disiplini kişiliği baskılamak ve bastırmak üzerinden algılar. *Cemiyet* ise disiplini bireyin kişiliğini inşa etmesi, yeteneklerini ortaya çıkarması için kullanır (Foucault: 2005). *Cemaat*, kişinin/kişiliğin görülmezliğini ve mahviyetini erdem sayar. Modern toplum egoların parlatıldığı ve kişilik ibrazının erdem sayıldığı yerdir. Ama aldanmamak gerek: Bu özgürlük, sınırları çok belli bir özgürlüktür. Yani böylece başa, yukarıda yazdığımıza döneriz. Özgürlük, sosyal sözleşme öncesinin başıboşluğu, kuralsızlığı ya da mutlak hakları değildir. Tabiatımıza tâbi olmak, özgürlük değildir. Benliği yok etmekle ulaşılabilecek *fenafillâh* da değildir. İnşa ettiğimiz toplumsal düzene *tabi* olmayı becerebilmek ve *medenî* olmaktır. Onun için bu rıza, eleştiri hakkımızı ve bunun kamu önünde apaçık biçimde ifade edilmesini saklı tutan ama itaatkâr olmayı gerektiren (Kant: 1984) bir rızadır.

VI.

Hukuka uyma (ya da uymama) gerekçemiz ne olursa olsun, kural olarak hukuk bize dışsaldır (Kant: 1887). Dolayısıyla “içimdeki ahlâk yasası”ndan farklı olarak, hukuka *ahlâkî bir itaat* borcum yoktur. *Moral* yani için(d)e doğduğum *ahlâk*, bu bakımdan hukukla benzeşir; o da aslında toplumsal olarak edindiğim (dışsal) bir şeydir. Uymadığım takdirde ikisi de toplumsal tepkilere yol açar. Bana *dışsal* olan bu iki nesneye de kendi *etik* yaklaşımım muvacehesinde, *ahlâkî* bir tutum takınabilirim. Bu durum ceza hukuku gibi buyurucu alanlarda itaatle yükümlü olmadığım anlamına gelmez. Ne var ki bu yükümlülük *ahlâkî* bir nitelik taşımaz. İlgili fiilden, kendi ahlâkî değer yargılarım sebebiyle kaçınıyor olmam, bunu hukuka karşı bir ahlâkî yükümlülük kılmaz. Hukuk, bir yükümlülüğü *ahlâkî* olarak bana ödev kılmaz.

Ama aynı yükümlülüğü *ben kendime* ahlâkî olarak ödev kılabilirim. Yaptırım tehdidi yahut ödül saiki, davranışın ahlâkî olma niteliğini ortadan kaldırır. Topluma bağlılığım ve toplumsal düzene ve hukuka olan saygım, son tahlilde sözleşmesel bir ilişkinin sonucudur.

VII.

Yukarıda, farklı toplumsallıkların kişiliği/benliği inşa ettiği söylenmişti. Eğer benliğim, toplumdan sonra ise için(d)e doğduğum toplumun oyun hamuru gibi yoğurduğu bir şeyim ben. Bir eğitimin ve toplumsallaşma sürecinin sonucuyum³. Modernliğin demir kafesinde zavallı bir edilgen; bir sürü hayvanı...

Bu çıkarıma bir çırpıda yanlış diyemeyiz. Kitle toplumunun üyeleri, çoğunlukla bu yoğruluşa razı, tefekküre mecalsiz, inançlarında inatçıdır. Kalabalık, sorumlulukları gayri şahsileştirir. Yüzleri siler; bireysellik ortadan kalkar. Kitle, sürüklenmedir. Gündelik hayatta ortalama birey için genellikle verili düzeni ve normları benimsemek ya da düzenin rasyonalitesine tâbi olmak, en kestirme yoldur. Yerleşik düzeni benimseme ve itaat etme olağan ve yaygın olandır. Bu bakımdan olağan zamanlarda toplumsal normlar pek direnişle karşılaşmaz. Uyma, *normaldir*. Uyma, genellikle gerekçe gerektirmez. Deryanın içindeki balık buna misaldir.

Çünkü çok yoğun ve ağır bir toplumsal etkiye maruzuz; doğru. Ama için(d)e doğduğumuz toplumu ve kültürü algılayıp onu eleştirebilecek seviyede gelişme kabiliyetimiz de var. Yani “sözlerimizin anlamı bizi ürkütse de”⁴ etkiye cevap geliştirebiliyoruz. Toplumsallığımız ve ahlâk üstüne düşünüp eleştirebiliyoruz. Bu bizim bilişsel ve ahlâkî gelişimimiz ile ilgili. Kohlberg’in ifade ettiği çeşitli gelişim seviyelerinde, toplumsallığa karşı takındığım tutumlar var (Kağıtçıbaşı: 2004). Bu, verili normlara karşı düşünümsel bir tavır almadır.

³ “He is merely what education makes of him.” (Kant: 1900; 13).

⁴ “Sözlerimin anlamı beni ürkütüyor böylesine hazırlıklı değilim daha. Bilmek. Bu da ürkütüyor. Gene de biliyorum: Kapanmaz yağmurun açtığı yaralar çocuklarda.” (İsmet Özel, Çözölmüş Bir Sırrın Üzöntüsü)

Cumhuriyetçi yurttaşlık ideali ve erdemi ile liberal demokrasinin atomize bireyi... Modernliğin ve Kant'ın hayali bu idi aslında: Yurttaşlık erdemi ile mücehhez bireyler. Bireyi özgürleştirmek üzere eğitimden geçirip disiplin altına alma ve hukukun egemen olduğu bir toplum. Disiplin ile özgürleşen ve *erginleşen* birey. Ancak liberalizmin siyasî idealleri, kapitalizmin üretim ve satış hırsına yeniktir. Liberal demokrasinin özgürlüğü, halkla ilişkiler ve reklamcılık ile tanımlanır. Yurda yarar bir insan olmakla, AVM özgürlüğü arasında sıkışıp kalmak... Her durumda bireyselliğimizi korumak ve ama aynı zamanda toplumsal sorumluluk üstlenmek, gündelik hayatta pek de tesadüf edilir şeyler değil.

Kaynakça

- Aristotle**, (1991). "Politics", *The Complete Works of Aristotle Vol 2*, Fourth Printing, Jonatham Barnes (Ed.), Princeton University Press, USA.
- Bernays**, E. L. (1947). "The Engineering of Consent", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 250, Communication and Social Action, pp. 113-120.
- Bernays**, E. L. (1961). *Crystallizing Public Opinion*, Liveright Publishing, New York.
- Dworkin**, R. (2007). *Hakları Ciddiye Almak*, Dost, Ankara.
- Foucault**, M. (2005). *Özne ve İktidar Seçme Yazılar-2*, 2. Baskı, Çev. Işık Ergüden-Osman Akınhay, Ayrıntı Yay., İstanbul.
- Gözler**, K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, U-SA Yay., Ankara.
- Hobbes**, T. (2007). *Elementa Philosophica De Cive - Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri*, Çev. Deniz Zarakolu, Belge Yay, İstanbul,
- Kağıtçıbaşı**, Ç. (2004). *Yeni İnsan ve İnsanlar*, 10. Baskı, İstanbul,
- Kant**, I. (1887). *The Philosophy of Right: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, Translated by, W. Hastie, Edinburgh.
- Kant**, I. (1984). "Aydınlanma Nedir?", *Seçilmiş Yazılar*, Çev. Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, İstanbul, s. 211-221.
- Kant**, I. (1900). *Kant on Education*, Trans. Anette Churton, D. C. Heath & CO. Publishers, Boston, USA, <http://oll.libertyfund.org/title/356> (20.11.2010).
- Sahlins**, M. (2012). *Batı'nın İnsan Doğası Yanılması*, BGST, İstanbul.
- Supiot**, A. (2008). *Homo Juridicus*, Çev. Bilge Açımız Ünal, Dost Kitabevi, Ankara,
- Uzun**, E. (2014). *Hukuk Metodolojisi*, Adalet Akademisi, Ankara.
- Üye**, S. (2013). "Hukuku Harita Metaforu İle Anlamak", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, s. 149-165, Ankara.
- Weber**, M. (2006). *Sosyoloji Yazıları*, 8. Baskı, Çev. Taha Parla, İletişim Yay., İstanbul.

CEZALANDIRMA VE TOPLUMA YENİDEN KAZANDIRMA *

*Yrd. Doç. Dr. Pınar BACAKSIZ***

GİRİŞ

Hukuktan söz edilen hemen her metinde devletle bireyin ilişkisinden de söz edilir. Bu kapsamda devlet zaman zaman bireyle eşit konumda olsa da çoğunlukla bireye karşı çok daha kuvvetli durumdadır. Bireyin devletin bu kuvvetini en yoğun hissettiği alan da şüphesiz ceza hukukunun uygulandığı alandır.

Devlet bir yandan suç işleyenlerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırarak onları cezalandırmakta, diğer yandan da başka bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumaktadır. Bu anlamda cezanın bir koruma işlevi olduğundan söz edilse de doğurduğu ağır sonuçlar nedeniyle umulan cezanın son çare (*ultimaratio*) olmasıdır.

Klasik ceza hukuku doktrininde cezanın iki temel amacından söz edilmekteydi: genel ve özel önleme. Bu bağlamda bireylerin cezalandırılması diğerlerini suç işlemekten alıkoymalı ve özel olarak da cezalandırılan bireyin bir daha suç işlememesini sağlamalı idi. Öte yandan hukuk alanındaki gelişmelerle birlikte cezanın tek başına bu amaca ulaşmaktan uzak olduğu görüldü. Özellikle cezası sona eren bireylerin toplum içinde yer bulamamaları ve bu durumun yeniden suç işlemeye uygun hatta bazen zorunlu bir ortam yaratması karşısında konu yeniden tartışılmaya başlandı. Cezanın çekirtilmesine ilişkin kuralları düzenleyen infaz hukuku kurallarının, cezalan-

* Bu makale, 4-6 Aralık 2013 tarihleri arasında ODTÜ-Ankara'da düzenlenen "13. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi"ne sunulan tebliğin yazılı hale getirilerek gözden geçirilmesi ve güncellenmesi sonucu hazırlanmıştır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

dırılan kişiyi ıslah etmesinin yanı sıra onu toplumda yeniden yaşayabilecek ve yer edinebilecek bir birey haline getirmeye yarayacak enstrümanları da düzenlemesi gerektiği fikri üzerinde uzlaşıldı. Bu kapsamda ortaya topluma yeniden kazandırma (resosyalizasyon) kavramı çıktı. Çalışmanın ağırlık noktasını da işte bu kavram oluşturmaktadır. Kavramsal açıklamaların yanı sıra Türk, Alman ve Amerikan Hukuku'nda yer alan tartışmalar (çalışma zorunluluğu, cezaevlerinin özelleştirilmesi gibi) ve örnek uygulamalar tartışmaya açılacaktır.

I. GENEL OLARAK

A. Ceza Kavramı ve Cezanın Amacı

1. Ceza Kavramı

Suç kavramıyla birlikte akla gelen ilk kavram ceza kavramıdır. Suç adı verilen davranışın karşılıksız kalmaması düşüncesinin ürünü olan cezayı hukukçular da benzer şekilde; *suç adı verilen davranış karşılığında maruz kalınan yoksunluk* olarak tanımlanmaktadır¹. Yoksunluk ifadesi bir yandan cezanın türünü (özgürlükten veya mülkiyetten yoksunluk) belirtmekte diğer yandan da şiddetine işaret etmektedir.

Modern ceza hukukunun iki şeritli bir yaptırım sistemine sahip olduğundan söz edilir. Bu anlamda bir yanda cezalar, diğer yanda ise akıl hastaları veya çocuklar gibi kusur yetenekleri olmadığından cezalandırılmaları mümkün olmayan kişiler için düzenlenen güvenlik tedbirleri bulunur. Elbette bu sistem uzun bir geçmişe sahip değildir.

Cezalandırmanın tarihine bakıldığında ilk önce Roma Hukuku dönemine değinmek gerekecektir. Bu dönemde suçlar da tazminat gerektiren fiiller gibi algılanmaktaydı. Sınırlı bazı hallerde ise kısasa kısas uygulaması mevcuttu².

¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 593; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2012, s. 385; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 525.

² Pflieger, Gnade vor Recht?, ZRP 2008, s. 84.

Avrupa’da cezalandırma uzun süre bedeni cezalarla gerçekleştirilmiştir. Bu cezaların infazı da özellikle halka açık şekilde, törensel bir şekilde gerçekleştirilmiştir. Böylece hem topluma gözdağı vermeye çalışılmakta, hem de imparatorun kudreti pekiştirilmekte idi³.

Cezalandırmanın günümüzdeki şekline kavuşmasında Aydınlanma Dönemi düşünürlerinin önemli payı bulunmaktadır. Bu dönemde özellikle insan onuru kavramının ön plana çıkmasıyla cezaların ve infaz sisteminin insanileştiği görülmektedir.

2. Cezanın Amacı⁴

a. Kefaret Teorisi

Cezanın amacına ilişkin ilk tartışmaların kefarete kavramı etrafında şekillendiği görülür. Buna göre cezanın amacı failin verdiği zararı yahut topluma borcunu ödemesidir. Fail acı çekerek işlediği fiilin karşılığını görmelidir.

b. Önleme Teorisi

Ceza hukuku doktrininde yaşanan gelişmeler cezanın amacına dair tartışmaları da etkilemiştir. Bu teoriyi ortaya atanlar tarafından cezanın esas amacının önleme olduğu ifade edilmiştir. Cezanın önleme amacı ise iki aşamada ele alınmıştır: özel ve genel önleme. Özel önleme cezanın bireyi yeniden suç işlemekten caydırmasını, genel önleme ise cezalandırılan bireyi gören diğer fertlerin suç işlememesini ifade eder.

c. Karma Teori

Karma teori cezanın amacının ne mutlak anlamda kefarete ne de önleme olduğunu savunur. Bu görüşü ifade eden düşünürlere göre cezanın ödetme ve önleme amacı bir arada olmalıdır. Bu anlamda fail bazı yoksunluklara maruz bırakılsa da infazdan sonraki hayatına da hazırlanmalıdır.

³ Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, İstanbul, 2012, s. 105.

⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 593; Öztürk/Erdem, s. 385; Centel/Zafer/Çakmut, s. 525.

B. Cezaevlerinin Kısa Tarihi⁵

Bugün anladığımız anlamda cezaevlerinin tarihi 16.yüzyılda başlar. 1595 yılında Amsterdam'da kurulan ilk hapisane bir dönüm noktasıdır. Amsterdam'da yargılanan genç bir hırsızın idamdan başka bir cezaya çarptırılması ve iyileştirilmesi düşüncesi Klarissen Manastırı'nın cezaevine dönüştürülmesine bugünkü anlamda cezaevlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bunu 1597 yılında açılan Spinnhuis cezaevi izlemiştir.

Almanya'da da 1600'lerde çalışma evleri açılmaya başlanmış ancak 30 yıl savaşlarının yaşanmasıyla cezaevlerinde koşullar oldukça kötüleşmiş sistem neredeyse çökmüştür. Bu çöküş 19. yüzyıla kadar sürmüştür. Bugün anlaşıldığı şekliyle hükümlü haklarına ilişkin tartışmalar ve anlayış da 20. yüzyılda ortaya çıkmıştır.

Anadolu'da İslam Hukuku'nun etkilerinin egemen olduğu dönemde gerçek anlamda bir cezaevinden söz etmek mümkün değildir. Osmanlı döneminde infaz zindanlarda gerçekleştirilmekte idi. Elbette bunların cezaevi olduğunu söylemek mümkün değildir. Öte yandan Tanzimat Dönemi'nde hürriyeti bağlayıcı ceza meselesi ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Bugünkü anlamda cezaevleri ise ancak cumhuriyet döneminde kurulmuştur.

Günümüzde yetişkinler ve çocuklar için ayrı infaz kurumları bulunmaktadır. Yetişkinler için kapalı ve açık kurumlar mevcuttur. Kapalı kurumlar içinde F tipi olarak da adlandırılan yüksek güvenlikli cezaevleri de yer almaktadır.

Çocuklar için eğitimevleri kurulmuş ve çocukların buralarda barındırılarak topluma yeniden kazandırılmaları amaçlanmıştır. Öte yandan çocuklar ve gençler için de kapalı infaz kurumları bulunmaktadır.

II. TOPLUMA YENİDEN KAZANDIRMA (Resosyalizasyon) KAVRAMI VE KONUYA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. Kavram-Terim

Topluma yeniden kazandırma kavramı, hükümlünün infazdan sonra yeniden suç işlemeyerek insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi için yürü-

⁵ **Özbek**, İnfaz Hukuku, Ankara 2013, s. 28 vd.; **Demirbaş**, İnfaz Hukuku, Ankara 2013, s. 97 vd.

tülen faaliyetleri ifade eder⁶. Alman Anayasa Mahkemesi ise topluma yeniden kazandırmayı hükümlünün yeniden toplumun bir parçası olması şeklinde tanımlamaktadır⁷.

Ülkemizde bazen özellikle terör örgütü üyelerine yönelik topluma kazandırma adı altında etkin pişmanlık yasalarının da çıkarıldığı görülmektedir. İfade edilmelidir ki, etkin pişmanlık yasaları içerdikleri bazı düzenlemeler ile bu yasalardan yararlanan kişilerin infaz sonrası hayata hazırlanmaları için kolaylıklar sağlayabilir ancak her etkin pişmanlık yasasında bu tarz düzenlemeler yer almadığı gibi etkin pişmanlık ve topluma yeniden kazandırma birbirinden bağımsız iki kurumdur. Bu çerçevede 2003 yılında çıkarılan 4959 sayılı Topluma Kazandırma Kanunu incelenecek olur ise kanunun tamamen bir etkin pişmanlık kanunu olduğu, bu anlamda kanundaki koşulları sağlayacak kişilere ceza verilmemesi yahut cezada indirim yapılması sonucuna yönelik hükümler ile bu kişilerin korunmasına yönelik hükümler içerdiği görülür. Her ne kadar kanunu 5. maddesinde kanundan yararlananların topluma yeniden kazandırılması için gerekli tedbirlerin alınacağına söz edilse de bu konuda somut bir düzenleme yer almamaktadır.

Topluma yeniden kazandırma kavramı yerine resosyalizasyon, tretman, iyileştirme⁸, rehabilitasyon, yeniden sosyalleştirme⁹ terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir.

Resosyalizasyon terimi esasen topluma yeninde kazandırmanın yabancı dilde karşılığıdır. Türkçe olmaması nedeniyle bu terimi kullanmamaktayız. Benzer bir husus tretman terimi için de söz konusudur. Öte yandan treatman kelimesinin hem farklı anlamları da bulunmakta hem de topluma yeniden kazandırmanın tek bir yönünü ifade etmektedir.

İyileştirme ve rehabilitasyon terimleri de esasen tıbbi bir faaliyete işaret eder görünmektedir. Tıbbi yöntemler de topluma yeniden kazandırmanın

⁶ **Demirbaş**, s. 227; **Özbek**, s. 39; **Köhne**, Michale, Resozialisierungsunfaehige Strafgefangene, ZRP 2003, s. 207.

⁷ BVerfGe 35, 202, 235 **Leyendecker**, Natalie Andrea, Resozialisierungund Verfassungsrecht, Almanya 2002, s. 34.

⁸ Aşağıda da görüleceği üzere iyileştirme terimi CGTİHK'da kullanılmaktadır.

⁹ **Demirbaş**, s. 227.

zaman zaman parçası olabilmektedir ancak tek başlarına topluma yeniden kazandırma için yeterli değildirler.

Yeniden sosyalleştirme terimi de esasen yeterli değildir, zira hükümlünün infaz kurumunda da o kuruma özgü bir sosyal hayatı vardır¹⁰.

Buraya kadar ifade edilen hususlar çerçevesinde topluma yeniden kazandırma terimini kullanmayı tercih etmekteyiz. Zira topluma yeniden kazandırma faaliyetinin esas amacı yukarıda da belirtildiği üzere hükümlünün infazdan sonra yeniden topluma karışabilmesidir. Bu amaca yönelik terapi, meslek öğretme gibi tüm faaliyetler de topluma yeniden kazandırma içinde yer almaktadır¹¹.

Bu faaliyetlerin yürütülmesinde de başlıca iki model olduğundan söz edilir: Tıbbi ve etkileşimci model. Tıbbi model yukarıda ifade edilen tedavi yaklaşımının yansımasıdır. Hükümlüye daha ziyade tıbbi yöntemlerle yaklaşılır. Etkileşimci modelde ise terapi ve iletişim ağırlıklı bir yöntem uygulanır.

B. Tarihçe

Suç, ceza, suç işleyen kişilerin ıslah edilmesi gibi konular filozofların da ilgisini çekmiştir. Bu anlamda topluma yeniden kazandırmaya ilişkin tartışmalara da ilk defa felsefe metinlerinde rastlanır. Bu kapsamda suç işleyen kişilerin iyileştirilmesi gerektiğini ifade eden ilk kişi Platon'dur. Platon'a göre infaz sistemi kişiyi iyileştiremese bile en azından diğer kişilere ibret olmasını sağlayacaktır. Aristoteles de adalet kavramından yola çıkarak cezanın faile ve onun işlediği fiile uygun olması gerektiğini ifade etmiştir¹².

18. yüzyılda özellikle Locke'un görüşlerinin ceza adaleti sistemini etkilediği söylenmelidir. İnsanın sosyal bir varlık olduğu ve toplumdan izole edilmesinin bir fayda sağlamayacağı yönündeki fikirleri ile Locke, Beccaria'nın da bir anlamda önünü açmıştır. Beccaria da önlemenin ilk planda olduğu bir sistem önererek ceza adaletinin işleyişine yeni bir boyut kazandırmıştır. Hükümlülerin işledikleri fiilin tehlikeliliğine ve ıslah olmaya

¹⁰ Leyendecker, s. 40.

¹¹ Leyendecker, s. 40.

¹² Leyendecker, s. 43 vd.

yatkınlıklarına göre sınıflandırılması da Beccaria'nın görüşleri doğrultusunda uygulanmaya başlanmıştır¹³.

Sonraki yüzyıl Kant ve Hegel'in şekillendirdiği bir dönem olmuştur. Özel önleme amacının bir kenara bırakıldığı ve devletin bireyi şekillendirmesinin mümkün olmadığını ifade eden klasik okul 20. Yüzyılda yerini topluma yeniden kazandırmanın ve özel önlemenin yeniden ön plana çıktığı daha farklı bir anlayışa bırakmıştır. Öte yandan bu dönemde de savaşlar ve otoriter rejimlerin infaz rejimlerinin ciddi şekilde etkilediğini ve bugün kabul edilmesi mümkün olmayan uygulamaların yapıldığını ifade edelim.

Topluma yeniden kazandırmanın sadece bir iyileştirme faaliyeti olduğunun kabul edildiği, cezaevlerinde sadece ibadet ve çalışmaya dayalı bir düzenin hüküm sürdüğü yılların ardından 1960'lı yıllarda bugünkü anlamıyla topluma yeniden kazandırma fikri Amerika'da ortaya çıkmıştır. Bu fikrin ortaya çıkışı ile birlikte yukarıda sözü edilen klasik önleme ve ödetme amaçlarının da geri planda kaldığı ifade edilmelidir. Günümüzde de infazın temel amacının topluma yeniden kazandırma olduğu kabul edilmektedir¹⁴.

C. Topluma Yeniden Kazandırmanın Unsurları

1. Terapi ve Danışma

Topluma yeniden kazandırma için terapi ve danışmanın önemi muhakkaktır. Hükümlünün psikolojik durumu ne kadar sağlıklı olursa infaz sonrası hayatı o kadar kolay şekillenecektir.

2. Eğitim-Öğretim

Eğitim ve öğretim yoluyla hükümlünün topluma yeniden kazandırılması mümkündür.

Eğitim hem meslek hem de bilinç kazandırma için önemli bir basamaktır. Bu anlamda ABD'de 1700'lerde cezaevlerinde ilkökul eğitimi vermeye başlanmıştır. 1970'lerde ise hükümlülerin üniversite eğitimi almalarının önünü açacak faaliyetlere başlanmıştır.

¹³ Leyendecker, s. 45.

¹⁴ Özbek, s. 45 ve 173.

Eğitim topluma yeniden kazandırma için önemli bir basamak olsa da bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Özellikle farklı eğitim ve kültür seviyelerindeki mahkumların sisteme ne şekilde dahil olacağının belirlenmesi kolay değildir.

3. Meslek Kazandırma

Hükümlünün dışarıdaki hayatının belki de en önemli ayağını meslek oluşturmaktadır. Kendi hayatını kazanabilecek durumda olmayan bir hükümlünün dışarıda suça bulaşmadan kalabilmeleri mümkün değildir. Öte yandan meslek edindirme faaliyetinin de hükümlülerin yapısına uygun olması gerekmektedir. Hapishane öncesinde de belli bir entelektüel birikimi, eğitimi olan mahkumların eliş vb. meslek kurslarıyla meslek edinebileceklerini düşünmek çok da gerçekçi değildir. Dolayısıyla bu mahkumların da yararlanabileceği (yabancı dil-çeviri kursları gibi) projeler geliştirilmesi gerekmektedir.

D. Uluslararası Belgelerde Topluma Yeniden Kazandırma

Suçun önlenmesi ve topluma yeniden kazandırma sadece iç hukukun sorunu değildir. Uluslararası alanda da konuyla ilgili çalışmalar yapılmaktadır. Zira bu konu bir yönüyle ciddi bir insan hakları meselesidir. Öte yandan suçluluğun önlenmesindeki çabalar sınır aşan suçlulukla mücadele anlamında da önem taşımaktadır.

1955 yılından beri BM bünyesinde her 5 yılda bir Suçluluğun Önlenmesi ve Hükümlülere Muamele konulu konferanslar düzenlenmektedir. Genf'te gerçekleştirilen ilk konferansta (1957 yılında) Hükümlülere Muamelede Asgari Standartlar kabul edilmiştir. Burada doğrudan topluma yeniden kazandırma başlıklı bir hüküm yer almasa da çalışmadan cezalandırma ve ödüllendirmeye, aileyle görüşme hakkına kadar pek çok konuda standartlar belirlenmiştir.

İnfaz konusunda önemli bir başka konu olan çocuk hükümlülere ilişkin olarak ise 1985 tarihinde Beijing kuralları adı verilen BM Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar kabul edilmiştir.

Topluma yeninden kazandırmayla ilgili doğrudan hüküm içeren metin Avrupa Cezaevi Kuralları'dır.

Kurallar kapsamında ilk hüküm 65. maddede yer almakta ve özgürlüğe kavuşmanın ardından gerçekleşmesi gereken faaliyetleri düzenlemektedir. Buna göre:

“65- Toplumun görevleri, tutuklunun serbest bırakılmasıyla bitmemektedir. Bu itibarla, kendisine karşı beslenen önyargıyı azaltacak ve ona toplumdaki yerini yeniden almasını sağlayacak ve serbest kalan tutukluya “hapishane sonrası” etkili bir yardım yapacak güç ve yetkide, resmi ve özel kuruluşların bulunması gerekecektir”.

Görüldüğü üzere burada öncelikle kişinin önyargılara karşı korunması, ardından etkili bir yardım yapılması gereği vurgulanmıştır.

66. ve 67. maddelerde ise buraya kadar belirtilen hususları özetler nitelikte infazın topluma yeninden kazandırma amacının ifadesi yer almaktadır. Maddelerde uygulanacak davranışlar başlığı altında infaz sonrası hayata ilişkin şu noktalara dikkat çekilmektedir:

Uygulanacak Davranışlar

66- Bir cezaya ya da özgürlükten yoksun bırakacak bir önleme mahkum olmuş kişilere uygulanacak davranışların amacı, mahkumiyet süresinin el verdiği ölçüde serbest bırakıldıklarında onlarda, yasalara saygılı ve ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir yaşam için gerekli irade ve çalışmaya hazır olma arzusu yaratmaya yönelik olmalıdır. Tutuklulara karşı yapılacak davranışlar onların kendi kendilerine saygılı olmalarını teşvik edici ve sorumluluk duygularını geliştirici nitelikte olmalıdır.

67- 1. Bu bakımdan, manevi yardımın mümkün olduğu ülkelerde bu önleme, bunun dışında da, her tutuklunun kişisel gereksinimlerine göre eğitim, yönlendirme, mesleki eğitim, kişisel sosyal yardım yöntemleri, grup etkinlikleri, iş konseyi, fizik geliştirme ve moral eğitim gibi önlemlere başvurulmalıdır. Ayrıca, mahkumun sosyal ve adli geçmişi, bedensel ve zihinsel yeterlilik ve yeteneklerini, kişisel olanaklarını, mahkumiyet süresini ve gelecekte alabildiği toplumdaki olası yerini de göz önünde tutmak gerekir.

2. Belli bir süre için bir cezaya ya da bir önleme mahkum olmuş her tutuklu için cezaevine girişinden sonra en kısa süre içinde, yukarıdaki paragrafta belirtilen hususlar hakkında müdüre raporlar verilir. Bu raporlar arasında doktorun ve mümkünse psikiyatrin raporu da yer alır.

3. Bu raporlar ve diğer yararlı bilgiler kişisel bir dosyada toplanır. Bu dosyalar güncel halde tutulur ve gerek görüldüğünde sorumlu personelin hemen bakabileceği bir tarzda sınıflandırılır.

4. Uygulanacak davranışların programı, çeşitli kategorideki personelin görüşü alındıktan sonra hazırlanır. Tutukluların, kendilerine uygulanacak kişisel programın hazırlığına etkin olarak katılmaları gerekir. Bu programların düzenli olarak yeniden gözden geçirilmeleri öngörülmelidir.”

E. Topluma Yeniden Kazandırmanın Anayasal Temelleri

Anayasalara bakıldığında topluma yeniden kazandırmaya ilişkin bir düzenleme göze çarpmaz. Benzer bir durum Anayasamız açısından da söz konusudur. Öte yandan Anayasa’da topluma yeniden kazandırmayla ilgili bir hüküm olmaması konunun sadece infaz hukukunu ve bu anlamda ceza hukukunu ilgilendiren bir alan olduğu anlamına gelmez. Kaldı ki ceza hukukunun hiçbir kurumunun anayasa hukukundan bağımsız olması düşünülemez.

Anayasaların ceza hukukunu sınırlayan metinler olduğu herkesin malumdur. Bu anlamda cezanın ve infaz sisteminin meşruiyetinin temelini de anayasa oluşturur. Anayasamız bakımından bu sınırı öncelikle m. 38’de yer alan prensipler çizer. Hükümde kanunilik ilkesi, masumiyet karinesi, kimşenin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması, yasak delillerin yargılamada kullanılamaması, ceza sorumluluğunun şahsiliği, borç için hapis yasağı, ölüm cezası ve genel müsadere yasağı, idari işleme suç ve ceza yaratılamaması, vatandaş iade edilmez kuralı gibi temel prensipler yer almaktadır.

Cezaya adil bir yargılama sonucunda, fiile ve faile uygun olarak hükmedilmiş olması ve yukarıda sayılan anayasal ilkelerden hiçbirinin zedelenmemiş olması tek başına yeterli değildir. İnfazın da belli koşulları

sağlaması gerekir. İnfaz sisteminin belki de en önemli gereksinimi insan onuruna uygun olmasıdır. Bu anlamda AY m. 17 infaz hukuku ile Anayasa'nın belki de ilk bağlantı noktasıdır.

İnfaz sisteminin gerektiği gibi işlemesi için Anayasa devlete belli görevler de yüklemiştir. Bu anlamda AY m. 5'e bakıldığında devletin görevinin Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak olduğu görülür. Bu görevin bir istisnası yahut askıya alınmasını gerektiren hal de söz konusu değildir. Dolayısıyla infaz kurumunda bulunan kişiler için de devlet aynı koşulları sağlamak zorundadır. Özellikle kişilerin gelişmesi için ortam sağlama topluma yeniden kazandırmanın olmazsa olmaz koşuludur. Elbette devletin bu koşulları sağlama görevinin temelinde de sosyal devlet ilkesi yatmaktadır. AY m. 2 gereği sosyal bir devlet¹⁵ olan Türkiye Cumhuriyeti, infaz kurumundaki vatandaşlarını da tahliye sonrası hayata hazırlamak zorundadır.

F. Topluma Yeniden Kazandırmaya İlişkin Hukuki Düzenlemeler

İnfaz mevzuatında topluma yeniden kazandırmaya ilişkin hükümler yer almaktadır. Esasen hükümlünün dış dünya ile ilişkisinden, diğer haklarına kadar tüm hükümler topluma yeniden kazandırmanın bir vasıtası olmakla birlikte doğrudan konuya ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da konuya ilişkin şu hükümler yer almaktadır:

İyileştirme programlarının belirlenmesi

MADDE 73.- (1) Hükümlünün geçmişi, suçluluk nedenleri, suç sicili, fizik yeteneği ve ruhsal yapısı, kişisel doğası, arz edebileceği tehlike

¹⁵ Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de topluma yeniden kazandırmanın sosyal devletin bir gereği olduğunu belirtmiştir (BVerfGE, 35, 202, Leyendecker, s. 34; Demirbaş, s. 229).

halleri, hapis cezasının süresi, salıverildikten sonraki beklentisi dikkate alınarak, toplumun hukuka uygun hareket eden ve üretken bir üyesi olarak yaşamını sürdürmesini sağlayacak ve bireysel ihtiyaçlarına uygun bir biçimde iyileştirme programları uygulanır. Bu programların hazırlanması ve uygulanması amacıyla ceza infaz kurumlarında eğitim ve psiko-sosyal hizmet servisleri oluşturulur.

(2) Hükümlü, amaca uygun iyileştirme gereklerinin gerçekleştirilebileceği kurumlara veya bölümlere yerleştirilir.

Eğitim programları

MADDE 75.- (1) Ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içinde hükümlüye, kişiliğini geliştirecek, eğitimini güçlendirecek, yeni beceriler elde etmesini, suç işleme eğilimini yok etmeyi sağlayacak ve salıverilme sonrasına hazırlayacak programlar uygulanır.

(2) Hükümlünün yaş, ceza süresi ve yeteneklerine öncelik verilerek ekonomik ve kültür durumuna uygun biçimde düzenlenen eğitim programları; temel eğitim, orta ve yüksek öğretim, meslek eğitimi, din eğitimi, beden eğitimi, kütüphane ve psiko-sosyal hizmet konularını kapsar.

Öğretimden yararlanma

MADDE 76.- (1) Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitim evlerinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmaları sağlanır.

Dernekler, vakıflar, gönüllü kuruluşlar ve kamu kurum ve kuruluşları ile ilişkiler

MADDE 77.- (1) Hükümlülerin iyileştirilme çabalarında başarıya ulaşılması için dernekler, vakıflar ve gönüllü kişi ve kuruluşlar ile işbirliği yapılabilir. Kamu kurum ve kuruluşları bu maksatla olanakları ölçüsünde, gerekli yardımları yapmakla yükümlüdürler.

Görüldüğü üzere kanunda teker teker tedbirlerin sayılması yoluna gidilmemiştir. Benzer bir durum Alman İnfaz Kanunu için de söz konusudur. Orada da kanun koyucu bir çerçeve çizerek içeriğini doldurmayı uygulamaya bırakmıştır. Bu durum hükümlünün kişiliği ve ihtiyaçlarına uygun yöntemler belirlenmesini sağlamak açısından elverişlidir. Öte yandan Almanya'da bu

faaliyetlerin ekonomik gerekçelerle yeterince iyi sürdürülmediği ifade edilmektedir. Hatta bu eleştiriyi yapan yazarlar kısa vadeli maliyetlerin dikkate alındığını ve suçun topluma yüklediği uzun vadeli maliyetin hesaba katılmadığını ifade etmektedirler¹⁶.

Ülkemizde de topluma yeniden kazandırmaya ilişkin faaliyetlerin çok iyi yürütüldüğünü söylemek maalesef mümkün değildir. Özellikle cezaevi nüfusunun son derece kalabalık oluşu hükümlüleri bire bir tanıyarak onların ihtiyaçlarına uygun bir çalışma yapılmasını zorlaştırmaktadır. Keza bu kalabalık ciddi bir mekan sorununu da beraberinde getirmektedir. Ayrıca bu tür faaliyetler tamamen infaz kurumu yöneticilerinin kişisel çabaları ile yürümektedir. Bu konuda ülke çapında bir standart bulunmamaktadır. İnfaz kurumlarında meslek edindirme faaliyet olarak yürütülen faaliyetlerin de büyük oranda el becerisi öğretimi ile sınırlı kaldığı da ifade edilmelidir.

İnfaz mevzuatının önemli parçalarından birisi de Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'tür. Topluma yeniden kazandırmaya ilişkin olarak Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'te yer alan düzenleme ise şu şekildedir:

"İyileştirmenin amacı ve iyileştirme programlarının belirlenmesi

MADDE 101 - (1) İyileştirme; hükümlülerin, kuruma girişinden salıverilmesine kadar geçen süre içerisinde, bedensel ve zihinsel sağlıklarını sürdürmeleri veya bunlara yeniden kavuşmaları için gerekli önlemlerin alınması, suçluluk duygusundan arınması, kişisel ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacıyla uygulanacak, eğitim-öğretim, sağlık, psiko-sosyal hizmetler ile meslek edindirme, bireyselleştirilme, toplum yaşamıyla uyumlaşmasını ve geliştirilmesini sağlayacak programların tümüdür. Bu programlar; hükümlüde, kanunlara saygılı olarak yaşama düşünce ve duygusunun yerleşmesi, ailesine ve topluma karşı sorumluluk duygusunun gelişmesi, toplum yaşamına uyması, geçimini sağlayabilmesi konularında uygulanacak rejim, önlem ve yöntemleri kapsar.

(2) Hükümlü hakkında toplumun, hukuka uygun hareket eden ve üretken bir üyesi olarak yaşamını sürdürmesini sağlayacak ve bireysel ihtiyaçlarına uygun olacak şekilde "iyileştirme programları" hazırlanır.

¹⁶ Köhne, s. 208.

Bu programların hazırlanmasında, hükümlünün geçmişi, suçluluk nedenleri, suç sicili, fiziki ve meslekî yeteneği ve ruhsal yapısı, kişisel doğası, sebep olabileceği tehlike hâlleri, hapis cezasının süresi, salıverildikten sonraki beklentisi dikkate alınır.

(3) İyileştirme programlarının hazırlanması ve uygulanması amacı ile kurumlarda, eğitim ve psiko-sosyal hizmet servisleri oluşturulur.

(4) Hükümlü, amaca uygun iyileştirme programlarının gerçekleştirilebileceği kurumlara veya bölümlere yerleştirilir.

(5) Hükümlülerin iyileştirilme çabalarında başarıya ulaşılması için kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler, gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapılabilir. Kamu kurum ve kuruluşları bu maksatla olanakları ölçüsünde, gerekli yardımları yapmakla yükümlüdür.”

Görüldüğü üzere tüzükte de bir çerçeve çizilerek sorun çözülmeye çalışılmıştır. Yukarıdaki eleştirileri tekrarlamakla yetiniyoruz.

III. TOPLUMA YENİDEN KAZANDIRMA KAVRAMINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER VE SORUNLU ALANLAR

A. Süre

Topluma yeniden kazandırma kavramına ilişkin olarak tartışılan ve eleştirilen en temel konulardan birisi süre meselesidir¹⁷. Zira bir hükümlünün ne kadar sürede topluma uyum sağlayabilecek duruma geleceğini önceden kestirebilmek mümkün değildir. Bu anlamda topluma yeniden kazandırmaya ilişkin hukuki düzenlemelerin gerçekçi olmadığı da ifade edilmektedir. Öte yandan koşullu salıverme sistemi de ülkemizde istenen sonucu vermemektedir. Koşullu salıvermenin deyim yerindeyse otomatiğe bağlanmış şekilde uygulanması, salıverilecek kişinin dışarıdaki hayatında durumunun ne olacağına hiç dikkate alınmaması kurumu işlevsellikten uzaklaştırmaktadır. Halbuki hükümlünün sosyal ve psikolojik durumunun iyice analiz edilmesinin arkasından uygulanabilecek bir kurum halinde getirilmesi halinde koşullu

¹⁷ Demirbaş, s. 239.

salıvermenin mahkumiyet süresine ilişkin sorunu kısmen de olsa çözebileceğini düşünmekteyiz.

B. Denetimli Serbestlik

Denetimli serbestlik topluma yeniden kazandırmada oldukça etkili olacağına inanılan bir kurumdur. Bilindiği üzere koşullu salıvermeden yararlanan mahkumlar deneme süresini tamamen bağımsız geçirmemekte, denetimli serbestlik çerçevesinde kendilerine bazı yükümlülükler yüklenmekte ve bunları yerine getirmeleri beklenmektedir. Bu anlamda denetimli serbestlik kapsamında hükmedilecek yükümlülüğün topluma yeniden kazandırmada faydalı olması sağlanabilir. Özellikle cezaevi koşullarında yürütülen meslek edindirme faaliyetinin yetersiz kaldığı mahkumlar için dışarıda denetimli serbestlik kapsamında gerçekleştirilecek faaliyetler gereklidir. Denetimli serbestliğin beklenen faydası sağlanması için öncelikle koşullu salıvermeyle bir bütün olarak ele alınması yani rutin bir faaliyet yerine her bir hükümlü için onun koşullarına uygun şekilde başvurulmuş bir kurum olarak görülmesi gerekir.

Amerika'da koşullu salıverme kararını bu konuda profesyonel olarak çalışan kurullar (parole boards) yürütmektedir. Bu kurum da yeterince iyi işlemediği için eleştirilmekle¹⁸ birlikte sadece koşullu salıvermeye odaklanmış kişilerin daha isabetli değerlendirmeler yapabileceğini dolayısıyla ülkemizde de benzer bir modelin uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

Denetimli serbestlik konusu Alman Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarına konu olmuştur. Mahkeme müebbet hapis cezası alan hükümlünün dahi koşullu salıverilme umudu olması gerektiğine işaret etmiştir¹⁹. Bu anlamda müebbet hapis cezasına mahkum kişiler için bile bir topluma yeniden kazandırma planına ihtiyaç vardır.

C. Cezaevilileşme ve Topluma Yeniden Kazandırma İlişkisi

Cezaevilileşme, hükümlünün cezaevi alt kültürüne uyumunu ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır. Hükümlü cezaevi alt kültürüne ne

¹⁸ Leyendecker, s. 237 vd.

¹⁹ Pflieger, s. 86.

kadar uyum sağlarsa o kadar cezaevilileştiği kabul edilir. Öte yandan bu kültüre uyum sağlamak topluma yeniden kazandırmayı da oldukça zorlaştıran bir faktördür zira hükümlü cezaevi yaşantısına alıştıktan sonra dışarıdaki hayata uyum sağlamakta zorlanmaktadır²⁰.

Cezaevilileşmeyi mutlak anlamda engellemek mümkün olmamakla birlikte cezaevilileşmenin etkileri aza indirilebilir. Bu anlamda iki meseleye dikkat çekmek istiyoruz:

Öncelikle hükümlünün dışarıdaki yakınlarıyla bağlarının kuvvetli olması ve bu kişilerle görüşmesinin sağlanması cezaevilileşmeyi azaltacaktır. Öte yandan dışarıdaki hayatla bağları kopmayan ve bu anlamda o hayata ilişkin umutlar barındıran hükümlü dışarı çıktıktan sonra daha kolay uyum sağlayacaktır. Bu anlamda hükümlülerin yakınlarına ziyarette azami kolaylık sağlanması ve özellikle ulaşım imkanlarının iyileştirilmesi gerekmektedir.

Cezaevilileşmeyi etkileyen bir diğer faktör ise infaz kurumundaki kötü muameledir. Hükümlüler kötü muameleye maruz kaldıkça aralarındaki dayanışma artar ve bu da beraberinde dışarıyla bağlantının zayıflamasını ve hükümlünün kendisini tamamen infaz kurumundaki hayata adapte etmesini getirir.

D. Tehlikeli Suçlular

Topluma yeniden kazandırmaya ilişkin tartışmalarda, topluma yeniden kazandırmayı eleştirenlerin ileri sürdükleri en önemli argüman bazı hükümlülerin topluma yeniden kazandırılmasının imkansız olduğudur. Bu anlamda tehlikeli suçlular adı verilen bir kategoriden söz edilmektedir.

Tehlikeli suçlular kavramının içi farklı şekillerde doldurulmaktadır. Kimi yazarlar bu suçluları şiddete eğilimli, firara teşebbüs etmiş ve mükerrer suçlular olarak tanımlamakta²¹; bazı yazarlar cinsel suç işlemiş kişileri de bu gruba dahil etmektedir²². Suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlular başlığı taşıyan TCK m. 58'de itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi ve örgüt

²⁰ Özbek, s. 45.

²¹ Demirbaş, s. 238-239; Yenisey Feridun, Tehlikeli Tutuklular ve Tehlikeli Hükümlüler Sorunu, Türkiye'nin İnfaz Rejimi Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara 1997, s. 43 vd.

²² Köhne, s. 207.

mensubu suçlu tehlikeli suçlular olarak sayılmış ve bu kişiler hakkında da mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanacağı ifade edilmiştir²³. 5275 sayılı CGTİHK m.108'de 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikte bazı fıkralar eklenmiş ve cinsel suç ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu failleri de mükerrirlere özgü infaz rejimine tabi kılınmıştır. Burada kanun koyucunun yeni bir tehlikeli suçlu kategorisi ihdas ettiği söylenmelidir²⁴.

Esasen bu gruptaki kişilerin daha zor ıslah olacağı hatta bazen ıslah olmayacakları düşünülmektedir. Dolayısıyla bu kişiler koşullu salıvermeden daha geç yararlanırlar ve mutlaka haklarında denetimli serbestliğe hükmedilir. Bu Türk Hukuku'nun konuya getirdiği çözümdür.

Mukayeseli hukukta tehlikeli suçlu olarak özellikle örgüt mensupları üzerinde durulmaktadır. Özellikle de terör örgütü olarak nitelendirilen bir örgüte mensup olan faille ilişkin tartışmalar yapılmaktadır. Öncelikle bu kişileri suç işlemeye iten etkenler diğer mahkumlardan farklıdır. Örgüte katılan fail deyim yerindeyse kutsal bir amaca hizmet ettiğini düşünmekte kendisini kader mahkumu olarak görmemektedir. Hatta sıklıkla kendisini mahkum eden hukuk düzenini de tanımamakta ve bir tutsak olduğunu düşünmektedir. Cezaevlerinde bu mahkumların meslek edindirme gibi topluma yeniden kazandırma faaliyetlerine de iştirak etmedikleri görülür. Çoğunlukla üzerlerinde örgütün baskısını hissetmeye devam eden mahkumlar sistemin mümkün merteye dışında kalmaya çalışır. Öte yandan bu kişilerin özgürlüklerine kavuştuktan sonra yine örgüte dönecekleri aşıkardır. Dolayısıyla topluma yeniden kazandırmanın bu hükümlüler için bir hayal olduğu düşünülebilir. Oysa örgütten kopmuş hükümlüler bakımından durum farklıdır. İnfaz sırasında yahut öncesinde fikir anlaşmalığı veya diğer nedenlerle örgütten kopmuş hükümlüler için her zaman bir imkan olmalıdır. Elbette devletin topluma yeniden kazandırma adı altında hükümlüleri örgütten kopmaya zorlaması da bizce mümkün değildir. Bu yöndeki çabaların aksi etki yaratacağı muhakkaktır. Bizzat tanık olduğumuz bir olayda infaz kurumundaki kapalı evre sistemden örgüte yönelik operasyonları anlatan belge-

²³ Bu infaz rejiminin temel özelliği, mükerrirlerin koşullu salıvermeden daha geç sürede yararlanmaları ve haklarında denetimli serbestlik uygulanmasıdır.

²⁴ **Özbek**, s. 48.

sellerin yayınlanması hükümlüleri etkilemekten ziyade idareye karşı bilenmelerine neden olmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere infaz kurumlarında iyi muamele, itirafçılığa zorlamama çok daha etkin olacaktır.

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de hükümlünün beyninin yikanmaya çalışılmasını, belli şekilde düşünmeye zorlanmasını hukuka aykırı bulmuştur²⁵.

Örgütlü suçluluktan söz edildiğinde akla gelen bir diğer grup olan çıkar amaçlı suç örgütü mensuplarının durumu da kendi içinde oldukça sıkıntılıdır. Öncelikle bu kişilerin çoğunlukla ekonomik olarak çok iyi durumda oldukları düşünüldüğünde yeniden örgüte dönmeden çok daha az parayla yaşamalarını beklemek gerçekçi değildir. Öte yandan örgüt içindeki konumlarının bir güç ve prestij kaynağı da olduğu düşünüldüğünde bundan vazgeçmek de kolay olmayacaktır.

Buraya kadar ifade edilen örnekte topluma yeniden kazandırmaya yönelik çabalardan sonuç alınması ihtimali düşük olsa da sistem herkesin ölene kadar eğitilebilir olduğu kabulünden hareket etmelidir. Dolayısıyla bir kişiyi topluma yeniden kazandırılmayacağı düşüncesiyle bir kenara bırakmak mümkün olmadığı gibi insan onuru gereği hükümlünün zorlanması da mümkün değildir. Tıpkı cezalarda olduğu gibi burada da orantılı tedbirler benimsenmelidir²⁶.

Tehlikeli suçlular söz konusu olduğunda özellikle örgüt mensubu suçlular bakımından son yıllarda gündeme gelen düşman ceza hukuku tartışmalarına da kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Düşman ceza hukuku kavramı Almanya'da ortaya atılmış ve yakın zamanda ülkemizde de tartışılmaya başlanmıştır. Düşman ceza hukuku düşüncesinin temelini vatandaş ve düşman ceza hukuku olarak iki türlü ceza hukuku olduğu fikri oluşturur. Her hukukçunun hatta hukuk fakültesi öğrencisinin aklına gelebilecek tüm anayasal güvenceler suç işleyen vatandaşa sağlanır iken, tehlikeli suçlular yani düşmanlar bu güvencelerin neredeyse minimuma indirildiği bir yargılama ve infaz sürecine tabi kılınacaklardır²⁷.

²⁵ **Demirbaş**, s. 229.

²⁶ **Köhne**, s. 208; **Wassermann**, s. 327

²⁷ **Jakobs**, Günther, Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku, çev. Mehmet Cemil Ozansü, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Ankara 2008, s. 489 vd.

Düşman ceza hukuku kavramı Almanya'da da çok eleştirilmiştir²⁸. Bu eleştirilerin her birisini burada değerlendirmek mümkün değildir. Failin işlediği suç ne olursa olsun anayasal güvencelerden mahrum bırakılmaması gerektiğini düşünüyoruz. Aksi bir uygulamanın hukuk devleti açısından getireceği sakıncalar ortadadır. Çalışma konumuz olan topluma yeniden kazandırma bakımından da düşman ceza hukuku çerçevesinde yapılacak uygulamaların faydadan çok zarar getireceğini düşünmekteyiz. İnfaz Sistemi'nin travmatize olmuş bireyler yaratması amaçlanmamalıdır.

E. F Tipi Cezaevleri

Türk Hukuku'nun en çok tartışılan konularından birisi de F tipi cezaevleridir. Tartışmalar bu çalışmanın kapsamını aşacak nitelikte olduğu için burada konunun sadece topluma yeniden kazandırmayla ilgili yönüne değinilecektir.

F tipi cezaevleri az sayıda mahkum barındırması, yaşam alanlarında da az sayıda kişinin bulunması avantajlıdır. Öte yandan buralarda örgütten kopmak isteyen hükümlülerin baskı hissetme olasılığı daha düşüktür. Uygulamada yakinen inceleme fırsatı bulduğumuz İzmir 1 no'lu F tipi cezaevi gibi meslek edindirme faaliyetlerinin oldukça başarılı şekilde yürütüldüğü cezaevlerinde mahkumların dışarıdaki hayata hazırlanması açısından bir başarı sağlandığı göze çarpmaktadır. Hatta buradaki mahkumların iş yurtları vasıtasıyla elde ettikleri gelir ile ailelerine bile destek sağladıkları görülmüştür.

F tipi cezaevlerinin en sorunlu yanı bazı mahkumlar için tem anlamıyla bir tecrite dönüşmüş olmasıdır. Bu konuda gerekirse hukuki düzenlemeler yeniden ele alınmalı, her mahkumun diğer mahkumlarla geçireceği asgari süreler belirlenerek bunlara mutlak şekilde uyulması sağlanmalıdır.

F. Tekerrür ve Topluma Yeniden Kazandırma

Buraya kadar ifade edilen hususlardan yola çıkarak, topluma yeniden kazandırmanın esasen soyut ve belirlenmesi zor bir kavram olduğu söylenmelidir. Kişiden kişiye farklılık gösteren bu faaliyetlerin ölçülmesi de zor-

²⁸ Eleştirilerin tamamı için, Bkz. Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Ankara 2008.

dur. Hatta bazı suçları işleyen faillerin topluma yeniden kazandırılmalarının imkansız olduğunu varsayan görüşlere de yukarıda değinilmiş idi. Bu anlamda infaz sisteminin başarılı olup olmadığını belirlemede kullanılacak tek sayısal veri tekerrür istatistikleridir. Zira hükümlülerin salıverildikten sonra yeniden suça bulaşmamaları bir anlamda infaz sisteminin başarılı olduğunu ve kişinin topluma uyum sağladığını gösterir. Öte yandan tekerrür sayılarının mutlak bir veri olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. İşlenen her suçun istatistiklere yansıdığı kabul edilse bile ceza kanunlarında tekerrür süre ile sınırlandırılmıştır. Yani ilk fiilin üzerinden belli bir süre geçtikten sonra işlenen fiiller istatistiklere tekerrür olarak yansımaya- caktır.

G. Çalışma Zorunluluğu

Çalışma zorunluluğu bazı ülkelerde uygulanan bir sistemdir. Buna göre hükümlüler günün bir kısmını çalışarak geçirmek zorundadır. Örneğin Alman İnfaz Kanunu'nda (§41/1) her hükümlünün yeteneğine göre çalışmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır.

Ülkemizde bu sistemin uygulanması söz konusu değildir. Bunun en önemli nedeni ise cezaevi nüfusunun çok kalabalık olmasıdır.

Çalışma zorunluluğu çeşitli açılardan eleştirilebilir. Öncelikle angarya yasağı kapsamında konunun değerlendirilmesi mümkündür. Gerçi Anayasa m. 18'e göre:

MADDE 18- Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.

Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.

Buradaki temel meselenin çalışan hükümlülerin elde ettikleri kazancın azlığı olduğunu düşünmekteyiz. Öte yandan kişisel gözlemlerimiz çalışan hükümlülerin cezevilileşmeden daha az etkilendikleri yönündedir. Çalışma infaz sonrası hayat için de hükümlüye önemli katkılar sağlayacaktır.

Kanımızca angarya haline getirilmemek ve hükümlülerin kazançlarının iyileştirilmesi kaydıyla cezaevlerinde çalışma şu anki gibi bir istisna değil kural haline getirilmelidir. Böylece hükümlülerin bütün günü boş geçirmelerinin getireceği sakıncaların da önüne geçilmiş olacaktır.

H. Cezaevlerinin Özelleştirilmesi

Son yıllarda hukukun ekonomik analizi tartışmaları kapsamında infaz hukuku da ele alınmaya başlanmıştır. Devletin ceza adaleti sistemine çok fazla harcama yapması gerektiği fikrini başlangıç noktası yaparak varılan sonuç ise cezaevlerinin özelleştirilmesidir. Cezaevlerinin özelleştirilmesi konusunda ileri sürülen görüşleri tartışmadan önce özelleştirmeden ne anlaşıldığını kısaca ortaya koymak gerekmektedir. Buna göre cezaevleri üç şekilde özelleşebilir:

- Kurumların tamamen özel sektöre devri
- Personel istihdamında özel sektörden yararlanılması
- Hükümlülerin özel sektör tarafından istihdam edilmesi

Bu modeller bazen de birlikte uygulanır.

Dünyada başta ABD olmakla birlikte cezaevlerinin özelleştirilmesi pek çok ülkede uygulanmaktadır. Ülkemizde konuya ilişkin ilk tartışma 1998 yılında ortaya atılmıştır. O dönemde infaz kurumlarında ortaya çıkan isyanlara karşı önerilen cezaevlerinin özelleştirilmesi fikri uygulanamamıştır. Bugün de konuya ilişkin tartışma çok yoğun olmasa da sürmektedir.

Cezaevlerinin özelleştirilmesine taraftar olanların ağırlıklı olarak ileri sürdükleri gerekçe infaz kurumlarının maliyetidir. Öte yandan infaz kurumlarının çok da başarılı sonuçlar elde edememesi karşısında özel sektörün daha pratik çözümlerle hükümlülere hem daha iyi bir ortam sunabileceği hem de onları infaz sonrası hayata daha kolay hazırlayabileceği ileri sürülmektedir. Bu konudaki bir başka görüş de özelleştirilmiş cezaevlerinin devletin sorumluluğunu hafifleteceği ve devlete yöneltilen eleştirileri azaltacağı yönündedir²⁹.

²⁹ **Bıçak** Vahit, Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik, http://www.kriminoloji.com/Ceza_Adaletinde_Kalite_Yonetimi.Bicak.htm; **Şahin** Mehmet/**Görkem** Hilal, Kamusal

Cezaevlerinin özelleştirilmesine karşı olanlar ise öncelikle devletin işlevinden söz etmektedirler. Devletin öncelikli yükümlülüklerinden birisi olan adalet hizmetlerinin yürütülmesinin özel sektöre devredilmesi doğru değildir. Öte yandan özelleşmiş cezaevlerinin denetiminin ne şekilde olacağı da bir başka sorundur. Cezaevlerinin özelleştirilmesine karşı olanlar bu kurumların etkin bir biçimde denetlenemeyeceğini vurgulamaktadırlar. Son olarak özelleştirilmiş cezaevlerinde çalışan hükümlülere asgari ücretin bile altında ücret ödenecek olması hem bu kişiler açısından insan haklarına aykırı bir durum yaratmakta hem de özel sektörün maliyet düşüklüğü nedeniyle buralara yönelmesine neden olarak işsizliği arttırmaktadır³⁰.

Öncelikle cezaevlerinin özelleştirilmesi fikrini doğru bulmadığımız belirtilmelidir. Yukarıda ifade edilen aleyhte görüşlere tamamen katılmakla birlikte bu çalışmanın konusu bakımından değerlendirme yaptığımızda da cezaevlerinin özelleştirilmesinin topluma yeniden kazandırmaya katkı sağlamayacağını düşünmekteyiz. Zira temel amacı kar elde etmek olan bir ticari işletmenin önceliği hükümlünün cezaevi sonrası hayatından ziyade infaz kurumunda en az maliyetle barınması olacaktır. Öte yandan neredeyse sömürü ve angarya niteliği taşıyan bir özel sektörde çalışma zorunluluğunun da hükümlüye sağlayacağı bir katkı yoktur.

SONUÇ

Türk İnfaz Sisteminde topluma yeniden kazandırmaya ilişkin temel çıkarımlarımız şunlardan ibarettir:

- Mevzuatta teker teker yöntem sayılması yoluna gidilmemiştir. Kişisel çabalar dışında sistemin gerektiği gibi işlediğini söylemek mümkün değildir. Bunda cezaevi nüfusunun fazlalığının etkisi büyüktür.

Hizmet Olarak Cezaevlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye’de Özel Sektör Cezaevlerinin Uygulanabilirliği; Yönetim ve Ekonomi, Y. 2007, C. 14, S. 2, s. 22 vd.

³⁰ **Özdek** Yasemin, Ceza Reformunun Görünmeyen Yüzü: Hapishanelerde Zorla Çalıştırma, <http://www.sendika.org/2005/03/ceza-reformunun-gorunmeyen-yuzu-hapishanelerde-zorla-calistirma-yasemin-ozdek/>; **Gölbası** Şükran, Mahpus Toplum II: Liberalizmin Son Avlağı Olarak Hapishaneler, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 66-3, s. 424 vd.

- Denetimli serbestlik topluma yeniden kazandırmada oldukça etkili olacağına inanılan bir kurumdur. Özellikle cezaevi koşullarında yürütülen meslek edindirme faaliyetinin yetersiz kalacağı mahkumlar için dışarıda denetimli serbestlik kapsamında gerçekleştirilecek faaliyetler gereklidir.

- Dışarıdaki hayata bağları kopmayan ve bir anlamda o hayata ilişkin umutlar barındıran hükümlü dışarı çıktıktan sonra daha kolay uyum sağlayacaktır. Bu anlamda hükümlülerin yakınlarına ziyarette azami kolaylık sağlanması ve özellikle ulaşım imkanlarının iyileştirilmesi gerekmektedir.

- Hükümlüler kötü muameleye maruz kaldıkça aralarındaki dayanışma artar ve bu da beraberinde dışarıyla bağlantının zayıflamasını ve hükümlünün kendisini tamamen infaz kurumundaki hayata adapte etmesini getirir.

- Örgütün baskısını hissetmeye devam eden mahkumlar sistemin mümkün mertebe dışında kalmaya çalışır. Öte yandan bu kişilerin özgürlüklerine kavuştuktan sonra yine örgüte dönecekleri aşıkardır. Oysa örgütten kopmuş hükümlüler bakımından durum farklıdır. İnfaz sırasında yahut öncesinde fikir anlaşmalığı veya diğer nedenlerle örgütten kopmuş hükümlüler için her zaman bir imkan olmalıdır. Öte yandan devletin topluma yeniden kazandırma adı altında hükümlüleri örgütten kopmaya zorlaması da bizce mümkün değildir.

- Çıkar amaçlı suç örgütü mensuplarının durumu da kendi içinde oldukça sıkıntılıdır. Öncelikle bu kişilerin çoğunlukla ekonomik olarak çok iyi durumda oldukları düşünüldüğünde yeniden örgüte dönmeden çok daha az parayla yaşamalarını beklemek gerçekçi değildir. Öte yandan örgüt içindeki konumlarının bir güç ve prestij kaynağı da olduğu düşünüldüğünde bundan vazgeçmek de kolay olmayacaktır.

- Düşman ceza hukuk düşüncesi topluma yeniden kazandırmanın önünden ancak engel olacağı muhakkaktır. Yukarıda da ifade edildiği gibi kötü muamele gören mahkum daha da radikalleşmekte ve cezaevileşmektedir.

- F tipi cezaevleri az sayıda mahkum barındırması, yaşam alanlarında da az sayıda kişinin bulunması avantajlıdır. Ancak bu durumun tecrite dönüşmesi mutlaka engellenmelidir.

- Angarya haline getirilmemek kaydıyla cezaevlerinde çalışma şu anki gibi bir istisna değil kural haline getirilmelidir. Böylece hükümlülerin bütün günü boş geçirmelerinin getireceği sakıncaların da önüne geçilmiş olacaktır.

- Cezaevlerinin özelleştirilmesi fikrine sıcak bakmıyoruz. Öncelikle özelleştirmenin denetim ve hükümlü hakları anlamında ciddi sıkıntılar yaratacağını düşünmekteyiz. Öte yandan hükümlünün özel sektör zorla çalıştırılması kanımızca angarya olacaktır.

Kaynakça

- Bıçak** Vahit; Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik, http://www.kriminoloji.com/Ceza_Adaletinde_Kalite_Yonetimi.Bicak.htm
- Demirbaş**, Timur; İnfaz Hukuku, Ankara 2013.
- Foucault**, Michael, Hapishanenin Doğuşu, İstanbul, 2012.
- Gölbaşı**, Şükran; Mahpus Toplum II: Liberalizmin Son Avlağı Olarak Hapishaneler, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 66-3.
- Jakobs**, Günther; Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku, çev. Mehmet Cemil Ozansü, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Ankara 2008.
- Köhne**, Michale; Resozialisierungsunfaehige Strafgefängene, ZRP 2003.
- Leyendecker**, Natalie Andrea; Resozialisierung und Verfassungsrecht, Almanya 2002.
- Özbek**, Veli Özer; İnfaz Hukuku, Ankara 2013.
- Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Özdek**, Yasemin; Ceza Reformunun Görünmeyen Yüzü: Hapishanelerde Zorla Çalıştırma, <http://www.sendika.org/2005/03/ceza-reformunun-gorunmeyen-yuzu-hapishanelerde-zorla-calistirma-yasemin-ozdek/>
- Öztürk/Erdem**; Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2012.
- Centel/Zafer/Çakmut**; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2012.
- Pflieger**; Gnadevor Recht?, ZRP 2008.
- Şahin**, Mehmet/**Görkem**, Hilal; Kamusal Hizmet Olarak Cezaevlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye’de Özel Sektör Cezaevlerinin Uygulanabilirliği; Yönetim ve Ekonomi, Y. 2007, C. 14, S. 2.
- Yenisey**, Feridun; Tehlikeli Tutuklular ve Tehlikeli Hükümlüler Sorunu, Türkiye’nin İnfaz Rejimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ankara 1997.

^HVERGİ BORCU İLİŞKİSİNİN PASİF SÜJESİ OLARAK BİREY VE VERGİLENDİRME YETKİSİNİN BİREYİN HAK, ÖZGÜRLÜK VE ÖDEVLERİNE ETKİSİ*

*Yrd. Doç. Dr. Yıldırım TAYLAR***

GİRİŞ

Ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmelerin devletleri çok hızlı etkilemesi, devletin üstlendiği görevlerin de artmasına yol açmıştır. Yaşamın hemen her alanında üstlenmiş olduğu görevlerini yerine getirmek zorunda olan devletler, ciddi bir kamu kaynağına ihtiyaç duymakta ve bu ihtiyaç gün geçtikçe de artan bir grafik çizmektedir. Kamu harcamalarının artışı karşısında, daha fazla kamu geliri sağlanmasına yönelik arayışlar hız kazanmaktadır. Kamu harcamalarının finansmanı için kullanılan/kullanılabilecek çok sayıda kamu geliri olmasına rağmen, bu gelirler içinde vergi gelirlerinin çok önemli bir yeri bulunmaktadır. Günümüzde borçlanma, para basma vb. olağanüstü kamu gelirleri bir kenara bırakılacak olursa, kamu harcamaları büyük oranda vergi gelirleri ile finanse edilmekte olup, kamu gelirleri içinde verginin ağırlıkta olduğu ülkeler/devletler “vergi devleti” olarak ifade edilmektedir. Vergi gelirlerine duyulan ihtiyaç ve yüklenen misyon, varolan vergi kaynaklarının verimliliğini arttırmaya yönelik arayışlar yanında, yeni vergi kaynakları oluşturulmasına yönelik arayışları da hızlandırmıştır.

Vergi, kamu harcamalarının finansmanı için kamu kesimine yapılan karşılıksız bir aktarma olduğuna göre, vergiyi “alan” ile vergiyi “veren”

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu makale, 4-6 Aralık 2013 tarihleri arasında ODTÜ-Ankara’da düzenlenen “13. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi”ne sunulan tebliğin yazılı hale getirilerek gözden geçirilmesi ve güncellenmesi sonucu hazırlanmıştır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

arasında sahip oldukları hak ve ödevler bakımından bazı sınırların çizilmesi gerekmektedir. Bu sayede, kamu harcaması yapmak durumunda olan ve kamuyu temsil eden kurumlar ile belirli bir tutarda ödemeyi vergi adı altında yapmak zorunda olan ve bu nedenle de bazı hak ve özgürlükleri bakımından müdahaleye uğrayan bireyler/kişiler arasında bir menfaat dengesi sağlanabilecektir.

Çalışma kapsamında, devletin vergi salma ve alma yönünde sahip olduğu vergilendirme yetkisinin, vergi borcu ilişkisinin “pasif” tarafının yani vergiyi ödemek zorunda olan vergi yükümlüsünün temel hak ve özgürlükleriyle olan bağlantısı incelenmektedir. Bu çerçevede ilk olarak vergi borcu ilişkisinin niteliği ve unsurları üzerinde durulmaktadır. Sonrasında ise verginin başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ve/veya sınırlandırılmasına etkisi incelenmektedir. Vergi, doğrudan veya dolaylı olarak birçok hak ve özgürlükle ilgili olduğundan, verginin her bir hak ve özgürlük açısından ayrı bir başlık altında incelenmesi, tebliğin sınırlarını aşmaktadır. Bu nedenle, yapılacak değerlendirme ve tespitler, somut bazı hak ve özgürlük örnekleri üzerinden yapılmaktadır.

I. VERGİ BORCU İLİŞKİSİNİN NİTELİĞİ VE UNSURLARI

A. Genel Açıklama

Günümüzde en önemli kamu geliri olarak kabul edilen verginin tanımına, Türk Hukuku’nda herhangi bir pozitif hukuk metninde rastlanılmaktadır¹. Doktrinde, niteliği ve unsurlarına ışık tutacak şekilde vergi, devlet veya devletten aldığı yetkiye dayalı olarak kamu tüzel kişilerinin geniş anlamdaki kamusal faaliyetlerinin gerektirdiği harcamaları karşılamak veya kamusal görevlerinin gereklerini yerine getirmek amacıyla ve kanunî esas-

¹ 1924 Anayasası’nda verginin genel bir tanımı yapılmaktadır. Buna göre, “*Vergi Devletin umumi masarifine halkın iştiraki demektir*”. Diğer bir ifadeyle “*Vergi, Devletin genel giderleri için, halkın pay vermesi demektir*”. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm> (Erişim. 10.09.2013). 1924 Anayasası dışındaki diğer Anayasalarda ve şu an yürürlükte olan herhangi bir vergi kanununda doğrudan bir vergi tanımı yapılmamaktadır. Verginin doğrudan bir tanımı bulunmasa da verginin unsurlarını ortaya koyan ifadeleri tanım düzeyinde değerlendirmek mümkündür. Bu açıdan 1982 Anayasası’nın 73’üncü maddesinde yer alan düzenlemelere, genel bir tanım olarak bakılabilir.

lara uymak kaydıyla, hukukî cebir altında, özel bir karşılık vaadi olmaksızın, geri vermemek üzere gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan topluluklardan aldığı para tutarları olarak tanımlanmaktadır². Özellikle hukukî cebre dayalı olarak alınması ve herhangi bir karşılık vaadi içermemesi gibi özellikler, vergi gelirini diğer kamu gelirlerinden daha farklı bir şekilde değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu şekilde tanımlanan verginin hukukî yönünü inceleyen hukuk dalı ise vergi hukukudur. Vergi hukuku, vergi ödevinin niteliğine, vergi borcunun doğması ve sona ermesine ilişkin maddi ve şekli hukuk kurallarının tümü olarak tanımlanmakta³; bu çerçevede vergilere ilişkin hukuk kuralları, bu kuralların bir sistematik içinde değerlendirilmesi, uygulanması ve yorumu, kuralların uygulanmasından kaynaklanan uyumsuzlukların çözümlenmesi vergi hukukunun konusunu oluşturmaktadır⁴.

Verginin hukukî yönünü inceleyen hukuk dalı olan vergi hukukunda sözkonusu olan ilişki, vergi alacaklısı ile vergi borçlusunu arasında gerçekleşen “vergi borcu ilişkisi” dir. Bu ilişki, gerek verginin niteliğinden kaynaklanan gerekse borç ilişkilerinin niteliğinden kaynaklanan bazı nitelik ve unsurları bünyesinde barındırmaktadır.

B. Vergi Borcu İlişkisinin Niteliği

Vergi borcu ilişkisi, kanundan kaynaklanan ilişki olup, kanunla ortaya çıkmakta ve kanun tarafların iradelerinin yerine geçmektedir⁵. Bu borç ilişkisi, vergi alacaklısı ile vergi borçlusunu arasında ortaya çıkmaktadır. Kamu hukukundan kaynaklanan bu borç ilişkisinin içeriğini esas itibarıyla para borcu oluşturmakta ve bu borç ilişkisi özel hukuktaki borç ilişkilerinden farklı olarak kamu hukukuna özgü bir nitelik taşımaktadır⁶. Özel hukuk

² Bu ve benzer yönde tanımlar için bkz. Neumark, s. 61; Nadaroğlu, s. 193; Erginay, s. 18. “...Vergi, kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzel kişilere malî güçlerine göre getirilen bir yükümlülüktür...” Any.M. 28.09.1995 gün ve E.1995/24, K.1995/52, (RG. 11.06.1998 - 23369)

³ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 2.

⁴ Karakoç, Genel Vergi, s. 71.

⁵ Lang, in: Tipke/Lang, § 7, Rz. 3.

⁶ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 71; Kaneti, s. 106; Karakoç, Genel Vergi, s. 203.

ilişkilerinde taraflar eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmalarına rağmen, vergi borcu ilişkisinde bir tarafta kamu gücünü kullanan ve tek taraflı olarak mali yükümlülük yükleyebilen devlet, diğer tarafta ise kişiler bulunmaktadır. Bu nedenle vergi yükümlülüğü, kamu hukuku kurallarına göre izah edilebilecek bir yükümlülüktür.

Vergi borcu ilişkisinin kamu borcu niteliğinden ötürü, vergi borcunun doğması, sona ermesi ve vergi borcu ilişkisinin yürütülmesi konularında kanunî düzenlemeler esas alınmakta, tarafların iradelerine kural olarak herhangi bir hukukî sonuç bağlanmamaktadır. Kanunilik ilkesinin çok sıkı uygulandığı bir alan olan vergi hukukunda⁷, verginin temel unsurlarına yönelik belirlemelerin kanunlarla yapılması zorunlu olup⁸, yükümlülüğün veya vergi sorumluluğunun yönelik özel hukuk sözleşmeleri, vergi dairelerini bağlamamaktadır. Nitekim Vergi Usul Kanunu'nun 8'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "*Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz.*" hükmüyle, tarafların vergi yükümlülüğü veya sorumluluğuna ilişkin yaptıkları özel hukuk sözleşmelerinin, kanunda aksi hüküm bulunmadıkça, vergi dairesine karşı geçerli sonuçlar doğurmasının önu kapatılmıştır. Dolayısıyla tarafların eşit hal ve şartlarda yapmış oldukları özel hukuk sözleşmeleriyle, vergi kanunlarıyla belirlenmiş olan statülerini değiştirmeleri, yeniden düzenlemeleri veya kaldırmaları mümkün değildir. Vergi yükümlülüğünün taraflarına yönelik bu kısıtlamanın bir benzeri vergi alacaklısı olan devlet için de geçerli olup, devlet bu alacak

⁷ "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.*" (Any.m.73/3).

⁸ **Çağan**, Vergilendirme Yetkisi, s. 100; **Kırbaş**, s. 25; **Karakoç**, Yargısal Denetim, s. 321; **Güneş**, Verginin Yasallığı İlkesi, s. 134; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 99-100; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s.22; **Tekbaş**, 323-324; **Öner**, s. 31. "*...Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, yaptırım ve zaman aşımı gibi vergilendirmenin belli başlı temel öğelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir. Ancak, yasa ile her konuyu bütün ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda, çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir.*" Any.M. 15.07.2004 gün ve E.2003/33, K.2004/101, (RG. 02.03.2005 - 25743).

üzerinde bağlı yetkiye sahiptir⁹. Bu nedenle vergi alacaklısının da kanunlarla belirlenen çerçeve dışına çıkması, kanuna aykırı vergisel eylem veya işlemlerde bulunması mümkün olamamaktadır.

C. Vergi Borcu İlişkisinin Unsurları

Borç ve/veya sorumluluk doğuran her hukukî ilişki, geçerli olduğu hukuk dalının özelliklerine göre incelenmekte ve çeşitli unsurları içermektedir. Borç ilişkileri, genel plânda, üç unsura ayrılarak incelenmektedir. Bu unsurlar, “alacaklı”, “borçlu” ve “edim” unsurlarıdır. Borç ilişkisinin aktif tarafını oluşturan ve borç konusunu alacak olarak üstlenen kişi “alacaklı”¹⁰, bu ilişkinin pasif tarafını oluşturan ve hukukî ilişkiye konu borcu yüklenen kişi ise “borçlu” olarak kabul edilmektedir. Alacaklı ile borçlu arasında gerçekleşen borç ilişkisinde, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu ve alacaklının da yerine getirilmesini isteyebileceği, yerine getirilmemesi durumunda cebri yollarla yerine getirilmesini talep edebileceği davranış türü de “edim” olarak tanımlanmaktadır¹¹.

Bir borç ilişkisi olarak vergi borcu ilişkisini de bu unsurlar çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Vergi borcu ilişkisinin alacaklısı, lehine vergi alacağı doğan ve doğan bu vergi borcuna ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesini talep edebilecek olan devlettir¹². Vergi borcu ilişkisinin borçlusu ise vergi kanunlarıyla yüklenen maddi ve şekli yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olan vergi yükümlüsü ve/veya vergi sorumlusudur. Vergi borcu ilişkisinde edim olarak vergi kanunlarıyla maddi ve şekli bazı

⁹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 94; Kaneti, s. 80; Karakoç, Genel Vergi, s. 207.

¹⁰ Borç ve alacak kavramları, esas itibariyle hukukî ilişkinin aynı unsuruna yönelen, ancak tarafları itibariyle farklılaşan kavramlardır. Bir borç ilişkisinde bir taraf için borç teşkil eden şey, karşı taraf için alacak teşkil etmektedir.

¹¹ Kılıçoğlu, s. 1 vd.

¹² Türkiye’de yerel yönetimlerin doğrudan vergi koyma, değiştirme veya kaldırma yetkisi bulunmamaktadır. Vergi borcunun alacaklısı, kural olarak devlet olmasına rağmen, vergi kanunlarıyla kabul edilen ve yetki verilen durumlarda yerel yönetimler de dâhil kamu tüzel kişilerinin vergi alacaklısı olması mümkündür. Örneğin, emlak vergisi kanunla devlet (yasama organı) tarafından konulmuş bir mali yükümlülük olmasına rağmen, bu vergi Emlâk Vergisi Kanunu hükümleri uyarınca, ilgili belediye tüzel kişiliği tarafından tarh ve tahsil edilmektedir.

yükümlülükler öngörülmüştür. Bu ilişkide borçlunun maddi edimi, vergi borcunu ödemektir. Şekli edimler ise beyanname verme, defter tutma, belge düzenleme gibi, bir nevi maddi edimin yerine getirilmesine aracılık eden ödevlerden oluşmaktadır¹³.

D. Vergi Borcu İlişkisinin Pasif Süjesi-Borçlusu

Vergi borcu ilişkisinde alacaklı olan taraf karşısında, vergi yükümlüsü ve sorumlusu olmak üzere iki borçlu tipi bulunmakla birlikte her iki kavram vergi hukukunda birbirinden farklı hukukî statüleri ifade etmektedir. Vergi borcunun asıl borçlusu, vergi yükümlüsüdür. Vergi yükümlüsü, Vergi Usul Kanunu'nda "...*vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek veya tüzel kişi...*" (VUK.m.8/1) olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde ise vergi yükümlüsü, bir vergi kanununun kendisine vergi konusu ve bununla bağlantılı olarak vergi borcu isnad edilen hukukî süjesi¹⁴, bir vergi borcu yüklenen vergi süjesi¹⁵, vergiyi doğuran olayı şahsında gerçekleştiren ve vergilendirmenin maddi ve şekli ödevlerini yerine getirmek zorunda olan kişi¹⁶ olarak farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bu tanımlardan açıkça anlaşılacağı üzere vergi borcunun asıl borçlusu, vergiyi doğuran (tipe uygun) olayı gerçekleştiren, bu gerçekleşme nedeniyle kendisine vergi borcu isnad edilebilen, vergi borcunun yerine getirilmesi bakımından bazı temel hakları vergisel müdahaleye uğrayan vergi yükümlüsüdür.

Vergi sorumluluğu kavramı, vergi hukukunun diğer hukuk dalları karşısında bağımsızlık kazanmasını sağlayan önemli kavramlardan biridir. Vergi Usul Kanunu'nun 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, "*Vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir.*" Bu somut düzenlemeden de hareketle vergi sorumluluğu doktrinde, vergiyi doğuran olayla ilişkisi olmayan üçüncü kişilerin, vergi ödemek veya şekli ödevleri yerine getirmek; vergi yükümlüsü ile birlikte veya onun yerine

¹³ Maddi ve şekli vergi yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 71; **Saban**, Vergi Hukuku, s. 156 vd.; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 204.

¹⁴ **Lang**, in: **Tipke/Lang**, § 7, Rz. 22.

¹⁵ **Birk**, s. 30.

¹⁶ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 72; **Kaneti**, s. 79-81; **Kırbaş**, s. 64; **Saban**, Vergi Hukuku, s. 89; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 208; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 75; **Öner**, s. 57-58.

geçerek vergiyi ödemek konusunda kanunlarla vergi dairesine karşı muhatap alınmaları olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Vergi Usul Kanunu, bu düzenlemeleriyle vergi yükümlüsü ve vergi sorumlusu kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Vergi yükümlüsü, vergi hukukunda tipe uygun olayı gerçekleştiren ve bu nedenle bizzat şahsına vergi borcu düşen kişi iken; vergi sorumlusu, bir başkasının vergi borcundan dolayı yine o kişi ile vergi kanunlarıyla belirlenen ilişkisi nedeniyle vergi dairesine karşı muhatap olan kişiyi ifade etmektedir¹⁸.

Vergi hukuku açısından temel hak müdahalelerine uğrayacak olan kişi vergi borcunun asıl borçlusunu olan vergi yükümlüsü olmasına rağmen, vergi sorumlusu da kanundaki şartlar gerçekleştiğinde vergi dairesine karşı şekli ve maddi ödevleri yerine getirmek zorunda olup, yerine getirilmeyen ödevler nedeniyle bazı yaptırımlara uğrayabilmektedir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda geçerli olan anayasal sınırlar, vergi sorumlusunun hak ve özgürlüklerine yapılan vergisel müdahaleler için de geçerlidir. Bu yüzden çalışma kapsamında kural olarak vergi yükümlüsü esas alınarak açıklamalar yapılacak olmakla birlikte, bu açıklamaların niteliğine uyduğu ölçüde vergi sorumluluğuna da şamil olduğunu belirtmek gerekmektedir¹⁹.

¹⁷ Karakoç, Genel Vergi, s. 215. Ayrıca bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 75; Akkaya, s. 185; Saban, Vergi Hukuku, s. 89; Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 79; Bilici, s. 53; Öner, s. 59-60.

¹⁸ Vergi Usul Kanunu'na kaynaklık eden Alman Vergi Usul Kanunu'nda (Abgabenordnung) ise vergi yükümlüsü, kendisine vergi borcu düşen, üçüncü bir kişinin vergi borcunu hesaplayıp ödeyen, bir vergi beyannamesi veren, güvence önlemi gösteren, defter ve kayıtları yöneten ve vergi kanunlarıyla yüklenen diğer yükümlülükleri yerine getiren kişi olarak tanımlanmaktadır (AO § 33). Bu tanım, vergi sorumluluğu kapsamına giren bazı durumları da vergi yükümlülüğü kavramı kapsamında değerlendirmektedir.

¹⁹ Vergi yükümlüsü ve sorumlusuna yönelik tanımlar, Vergi Usul Kanunu'nun "Bu kanunun müteakip maddelerinde geçen "mükellef" tabiri vergi sorumlularına da şamildir." (VUK.m.8/4) hükmü ile birlikte ele alındığında, vergi sorumluluğunun kapsamının sadece maddi ödev (ödeme) ile sınırlı olmadığı, Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen şekli yükümlüklerin de bu sorumluluğun kapsamında yer aldığı sonucuna ulaşılmaktadır. (Akkaya, s. 185).

Vergi Usul Kanunu, vergi borcu ilişkisinin pasif süjesini oluşturmak bakımından sahip olunması gereken hukukî ehliyet konusunda, özel hukuktan farklı bir düzenlemeyi kabul etmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun "Vergi Ehliyeti" başlıklı 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına göre, "*Mükellefiyet ve vergi sorumluluğu için kanuni ehliyet şart değildir*". Hükümde vergi yükümlülüğü ve sorumluluğu için varlığı şart olarak aranmayan "kanuni ehliyet", fiil (eylem) ehliyetidir. Buna göre, vergi yükümlüsü olabilmek için medeni hakları kullanma ehliyeti anlamına gelen fiil ehliyeti aranmamaktadır²⁰. Vergi konusuyla kanunun belirttiği türden bir ilişkiye girmek suretiyle vergiyi doğuran olayı gerçekleştiren ve doğan vergisel sonuç kendisine isnad edilebilen kişi, medeni hukuk bakımından hak ve borçlarını bizzat yerine getiremeyecek durumda olsa bile (fiil ehliyeti olmasa bile) vergi hukuku açısından vergi yükümlüsü olarak kabul edilmektedir. Fiil ehliyetine sahip olmayan kişi, vergi hukuku alanında vergisel hak ehliyetine sahip olması kaydıyla vergi borcu ilişkisinden kaynaklanan haklara sahip olabilir, bir vergi borcunun borçlusu olabilir ve vergi borcu ilişkisinde borçlu taraf olarak yer alabilir. Fiil ehliyetine sahip olmayan bireyler ile tüzel kişiliği bulunmayan bazı topluluklar, bu hüküm nedeniyle vergi hukuku açısından "vergisel hak ehliyetine"²¹ sahip kabul edilebilmektedir.

II. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN BİREYİN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE ETKİSİ

A. Genel Açıklama

Vergi, kamu harcamalarının finansmanı için gerçek ve tüzel kişilerden ve hatta tüzel kişiliği olmayan topluluklardan alınan karşılıksız ekonomik bir değer olduğuna göre, vergilerin konulması, tahsil edilmesi ve vergilendirme sürecinin yürütülmesi aşamalarında, vergilendirme yetkisi ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin karşı karşıya gelmesi kaçınılmazdır. Anayasanın 12'nci

²⁰ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 74; Kaneti, s. 97; Kırbas, s. 84; Karakoç, Genel Vergi, s. 211; Öner, s. 58.

²¹ Belirtmelidir ki vergisel hak ehliyeti kavramı, Türk Vergi Hukuku'nda yaygın olarak kullanılan bir kavram değildir. Bu kullanım ve kavramla ilgili geniş bilgi için bkz. Taylar, Vergiyi Doğuran Olay, s. 132 vd.

maddesi, “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” hükmüyle temel hak ve özgürlükler bakımından genelliği kabul etmiş, ancak 13’üncü maddesiyle bu hakların hangi sebep ve şartlarla sınırlandırılabilirliğini göstermiştir. Madde hükmüne göre, “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 olmaz”. Anayasanın “Vergi Ödevi” başlıklı 73’üncü maddesinde de herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere vergi ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiş (Any.m.73/1), vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin kanunla konulup, değiştirilip, kaldırılabilirliği (Any.m.73/3) hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden şu sonuca ulaşılabilir: Herkes, Anayasa’da belirtilen hak ve özgürlüklere sahip olmakla birlikte, aynı zamanda kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücü oranında vergi ödemekle de yükümlüdür. Bu bakımdan kamu giderlerinin karşılanması için vergi ödenmesi noktasında bireylerin bazı temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi anayasal olarak mümkün olup, vergi hukuku bir “temel haklara müdahale” hukuku olarak nitelendirilebilir. Ancak yapılacak müdahalelerin Anayasa’da ve uluslararası hukukta öngörülen usul ve esaslara uygun olup olmadığı, gerek iç hukukta gerekse uluslararası hukukta denetime tâbi tutulabilmektedir²². Devletin son zamanlarda, malî amaç dışında bir

²² “...Devlet gelir ve giderlerinin söz konusu olduğu her alanda vergi ilişkisi doğal bir sorundur. Vergi düzenlemeleri hemen hemen tüm hak ve özgürlükleri ilgilendirip etkileyen yasama işlemleridir. Devletin, akçalı olanaklarının en önemli kaynağı olmak yönünden vergi, bu hak ve özgürlükleri kullanma ve bunlardan yararlanmayı, tümüyle ya da bir bölümüyle olanaklı ya da olanaksız kılar. Anayasa’nın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlama nedenlerini belirleyerek kendi içinde sınırlama olanağını tanıırken bunun Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasayla yapılabileceği koşulunu getirmiş, ayrıca demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacakları ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacaklarını vurgulamıştır. Hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen düzenlemeler, önleyen uygulamalar, tümüyle geçersiz kılan oluşumlar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmaz. Güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar, özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde ve ağırlıkta olamaz. Kamu yararı düşüncesine dayanan ceza yaptırımını bile Anayasa’yla belirlenen ayrık durumlar dışında bir hak ve özgürlükten tümüyle

takım sosyal ve ekonomik amaçlarla da vergileri kullanması, vergilerin temel hak ve özgürlüklere uygunluğunu daha da güncel hale getirmiştir²³.

B. Verginin Başlı Başına Bir (Siyasi Hak ve) Ödev Olarak Düzenlenmesi²⁴

Anayasa'nın doğrudan vergiye ilişkin en önemli hükmü olan "Vergi ödevi" başlıklı 73'üncü maddesi, Anayasa sistematüğinde "Siyasi Haklar ve Ödevler" kısmında düzenlenmiştir²⁵. Siyasi haklar ve ödevler, vatandaşların siyasal iktidarın oluşumuna ve kullanımına katılmasını veya siyasi süreci

ve sonsuz yoksunluğu gerektiremez. Ancak belirli bir sınırlamayı getirebilir ki, bunun da koşulları Anayasa'nın 13. maddesinde temel nedenler olarak sayılmıştır. Hakkı ortadan kaldırıcı nitelikteki aşırı, ölçüsüz sınırlama, Anayasa'ya aykırı ve geçersizdir. Kamusal gereksinimleri karşılamak için kişi ve kuruluşların mal varlıklarının bir bölümünün devlete geçirilmesi, bu yolla kamuya aktarılması anlamındaki "vergi"nin kimi koşullarla anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır. Vergi hukukunda, vergi olgusunun niteliklerini oluşturan yasal düzenlemelerde Anayasa'nın bu konudaki ilkelelerinin özenle gözönünde tutulması gerekir. Bu doğrultuda vergilendirme işleminin neden ögesini geçerli kılan vergiyi doğuran olay açıkça belirlenecek, yönetim de bu olaya bağlı kalacak, böylece belirlilik ve yasallık ilkeleri korunacaktır. Bu özellikleri gözardı eden oluşumların, vergi niteliği tartışmalı olur. Gelirle vergi arasındaki doğal bağımlılık, gelir öğelerinin benimsenmesiyle değer kazanarak vergiyi hukuksallaştırır..."

²³ **Çağan**, Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, s. 140; **Çağan**, Vergilendirme Yetkisi, s. 165.

²⁴ Temel hak ve hürriyetler, konularına, kullanılma biçimlerine ve ortaya çıkış sıralarına göre çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmalar içinde en eskisi ve en kullanışlısı Georg Jellinek tarafından yapılan sınıflandırmadır. Jellinek, devletle birey arasındaki ilişkinin durumuna göre temel hak ve hürriyetleri, negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları olarak üçe ayırmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler**, s. 507 vd.

²⁵ Vergi, 1876 Anayasasında bir kamu hakkı olarak "Tebaa Devleti Osmaniyenin Hukuku Umumiyesi" kısmında 20'nci maddede; 1924 Anayasasında "Türklerin Kamu Hakları" başlığı altında yine bir kamu hakkı olarak 84 ve 85'inci maddelerde düzenlenmiştir. 1961 Anayasası döneminde, verginin bir kamu hakkı olarak ele alındığı anlayış terk edilmiş ve vergi "Siyasi Haklar ve Ödevler" kısmında 61'inci maddede düzenlenmiştir. 1982 Anayasası da 1961 Anayasasının sistematüğünü devam ettirmektedir. Çeşitli ülkelerin anayasalarındaki vergi anlayışları için bkz. **Batrel**, s. 14-18.

etkileyebilmesini sağlayan haklardır. Kendilerini devlet karşısında aktif hale getiren bu haklar sayesinde vatandaşlar, siyasi ve idari karar alma mekanizmalarını etkileyebilmektedirler. Günümüz uygulamasında siyasi haklar büyük çoğunlukla vatandaşlara tanınmakta, vatandaş olmayanlar bu hakların bütününden veya büyük bir kısmından mahrum bırakılmaktadır²⁶.

Vergi ödevinin bu kısımda düzenlenmesi, verginin salt bir vatandaşlık bağına dayandığı²⁷, ancak bugün için geçerliliğini yitirdiği kabul edilen bir düşünceye dayanmaktadır²⁸. Günümüzde gelinen noktada vergi ödeme yükümlülüğü, vatandaşlıkla değil mali egemenlikle açıklanmakta ve demokrasinin bedeli, demokratik toplumda hak ve özgürlüklerin maliyetine anonim katılma payı olarak nitelendirilmektedir. Vergi devlete, hak ve özgürlükleri tanıdığı için değil koruduğu için ödenmektedir²⁹. Nitekim 1982 Anayasası'na göre vergi sadece vatandaşlara yüklenmemekte, vatandaş-yabancı ayırımı yapılmaksızın “herkes” 73'üncü maddeye göre vergi yükümlüsü olabilmektedir. Bu nedenle verginin siyasi haklar ve ödevler kısmında düzenlenmesinin artık pratik bir anlamının kalmadığı yönündeki görüşler taraftar bulmaktadır. Bir görüşe göre, verginin ekonomik ilişki esas alınarak açıklanması, vatandaşlık bağı dikkate alınarak açıklanmasına oranla daha isabetli olacağından vergi ile ilgili düzenlemelerin “Mali ve Ekonomik Hükümler” bölümünde yer alması daha isabetli olacaktır³⁰. Diğer bir görüşe ise³¹ vergilendirme, bireyin mülkiyet hakkına devletin müdahalesi olup,

²⁶ Erdoğan, s. 210. Ayrıca bkz. Gözler, s. 509.

²⁷ Vergi-vatandaşlık kavramlarının birbiriyle ilişkisi hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Evran-Topuzkanamış, s. 349-356.

²⁸ Çağan, Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, s. 149; Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 95.

²⁹ Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 95.

³⁰ Bkz. Çağan, Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, s. 149. Aynı yönde öneri için bkz. Batırel, s. 25. Buna karşılık, bütçe hakkını da içinde barındıran malî ve ekonomik hükümlerin, bütçe hakkına verilen önemin bir ifadesi olarak, siyasi haklar ve ödevler kısmına alınmasının daha uygun olacağı yönünde karşıt bir öneri de yer almaktadır. Öneri için bkz. Oktar, s. 195.

³¹ Bu yönde görüş için bkz. Saban, Vergi Hukuku, s. 23; Güneş, Vergisel Beklentiler, s. 269; Gülşen Gedik, “Çağdaş Anayasa Hazırlık Sürecinde Vergi Ödevinin Yeniden Tasarlanması”, <http://www.vmhk.org.tr/?p=3815> (Erişim. 10.09.2014); Mutlu Kâğıtçıoğlu,

içeriğini toplum yararı oluşturmaktadır. Temel hak ve ödevlerde kişi ve üyesi olduğu demokratik toplum kavramları bulunmakta olup, bu kavramlar vergi yükümlüsü ve demokratik toplumda kamu giderlerinin karşılanması kavramları ile karşılanmaktadır. Vergi yükümlüsü hak ve ödevleri olan bir kişidir ve bu çerçevede vergi öncelikle kişi-birey düzleminde değerlendirilmelidir. Bu nedenle verginin siyasal hak ve ödevler kısmında düzenlenerek, yükümlünün sadece ödevleri olan bir kişi olarak değerlendirilmesi doğru olmayıp, çağdaş bir yaklaşımla vergiye ilişkin düzenlemelerin kişinin hak ve ödevleri kısmında düzenlenmesi uygun olacaktır³². Bu noktadaki diğer bir görüşe göre ise, siyasal haklar, kural olarak vatandaşlara tanınmasına rağmen, ödevin vatandaş-yabancı ayırımı yapılmaksızın şartları taşıyan herkese şamil olması nedeniyle hükmün mevcut yerinde muhafaza edilmesi daha uygun olacaktır³³. Kanaatimizce temel hak ve ödevlerde maddi hukuka ilişkin birçok özelliği bünyesinde barındıran vergi gelirine ilişkin düzenlemelerin, “Yasama” veya “Mali ve Ekonomik Hükümler” gibi daha çok usule ilişkin hükümlerin yer aldığı kısımlarda düzenlenmesi uygun olmayacaktır. Vergi, Anayasa’da düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin birçoğu ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantı halinde olup; bazı temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için sebep oluştururken, bazılarının hayata geçirilebilmesi noktasında bir araç veya destek olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle verginin düzenlenmesi gereken kısım, bu derece yoğun bir ilişki içinde olduğu “Temel Haklar ve Ödevler”in bulunduğu kısım olmalıdır. Temel haklar ve ödevler içinde hangi kısımda yer alması gerektiği ayrı bir tartışma konusudur. Vergiye ilişkin düzenlemelerin kişinin hakları ve ödevleri kısmında düzenlenmesine yönelik görüşlerin haklı yanları bulunmakla birlikte, şu an düzenlendiği kısım olan “siyasal haklar ve ödevler” kısmında kalması kanaatimizce daha doğru olacaktır. Jellinek’in yapmış olduğu sınıflandırma çerçe-

“73’üncü Maddenin Yazımında Görüş ve Öneriler”, http://www.vmhk.org.tr/?page_id=3388 (Erişim. 10.09.2014).

³² **Saban**, Vergi Hukuku, s. 22-23; **Gedik**, <http://www.vmhk.org.tr/?p=3815> (Erişim. 10.09.2014). Hatta vergi ödevine ilişkin anayasa maddesinin temel hak ve hürriyetler bölümüne aktarılmasının, vergi ödevinin yücelik, kutsallık, vatandaşlık üzerine kurulu dini ve millî referanslardan arındırılması için de uygun olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Yaltı**, 1923’ten 2003’e, s. 117; **Güneş**, Vergisel Beklentiler, s. 269.

³³ **Karakoç**, Vergi Ödevi, s. 95.

vesinde siyasi haklar ve ödevler (aktif statü hakları-katılma hakları), kişilerin siyasi iktidarın oluşmasına, kullanılmasına aktif olarak katılmasını veya siyasi organ ve kurumları bu haklar nedeniyle etkileyebilmesini ifade etmektedir. Devletin bizatihi kendisi bir siyasi oluşum olup, üstlendiği yükümlülükleri yerine getirebilmek için kamusal gelir kaynaklarına ihtiyaç duymaktadır. Devletin varlığını sürdürebilmesi ve oluşturulan düzenin devamı, gelir kaynaklarına bağlıdır. En önemlisi vergi olmak üzere bu gelirleri devlete sağlayanlar ise başta vatandaşlar olmak üzere bir şekilde bu düzen içinde varlığını sürdüren kişi, kurum veya oluşumlardır. Bu şekilde kişiler, devlet tarafından oluşturulan, hukuk kurallarıyla düzenlenen ve korunan düzenin devamına ödemiş oldukları vergilerle aktif olarak katılmaktadır³⁴. Verginin sadece vatandaşlara yüklenmemesi bu nedenledir, zira demokratik düzenin devamında sadece vatandaşların değil ülkede bulunan her kişi veya oluşumun menfaati bulunmaktadır. Devlet de ödenmiş olan vergiler karşılığında düzeni sağlamayı ve sürdürmeyi, temel hak ve özgürlükleri korumayı ve bunların kullanılmasının önündeki engelleri kaldırmayı üstlenmektedir. Vergi, Anayasa’da yer alan ve başta mülkiyet hakkı olmak üzere kişinin hak ve ödevleri kısmında düzenlenen haklar için daha çok bir sınırlama sebebi oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkı açısından düşünüldüğünde “kamu yararı” olarak öngörülen sınırlama sebebinin (Any.m.35) vergi açısından “kamu giderlerinin karşılanması zorunluluğuna” (Any.m.73) karşılık geldiği rahatlıkla görülebilir. Temel haklara vergisel açıdan getirilen sınırlamaların Anayasa’ya uygun olup olmadığı ise her zaman denetim konusu yapılabilir. Bu sebeplerle verginin, kişinin hakları ve ödevleri kısmında değil, siyasal düzenin devamına katkı payı olarak “siyasi hak ve ödevler” kısmında düzenlenmesi daha uygun bir tercih olacaktır. Kaldı ki doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere bu konuda önemli olan verginin hangi kısımda düzenlendiği değil, hak eksenli bir yaklaşım çerçevesinde ele alınmasıdır³⁵.

³⁴ “...Belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayan vergi tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payıdır...” Any.M. 28.09.1995 gün ve E.1995/24, K.1995/52, (RG. 11.06.1998 - 23369).

³⁵ Nihal **Saban**, “Anayasa Tartışmalarında Vergi Ödevi”, <http://www.vmhk.org.tr/?p=3576> (Erişim. 10.09.2014).

1982 Anayasası, vergiyi bir “ödev” olarak nitelendirmesine rağmen vergi ödevi, hak-özgürlük/ödev-sorumluluk dengesi bakımından değerlendirildiğinde, bu ödevin demokratik toplum düzeninin organizasyonuna katkı payı, demokrasinin bedeli olarak nitelendirilmesi daha uygun olacaktır³⁶. Demokratik toplum düzeninin iki temel unsuru olan kamu düzeni ile birey özgürlükleri arasında denge oluşturulması zorunlu olup, ikisi arasında bir zıtlıktan ziyade bir bağın, dayanışmanın, etkileşimin bulunduğu kabul edilmelidir. Bir özgürlükler rejiminin kurulabilmesi için her şeyden önce bir toplum düzeninin bulunması gerekir. Düzensizliğin, kargaşanın ve huzursuzluğun içinde gerçek özgürlüğün varlığından söz etmek mümkün değildir³⁷. Demokratik düzeninin sağlıklı işleyebilmesi için gerekli koşullardan biri de kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için düzenli bir vergi sisteminin kurulmasıdır³⁸. Günümüzde vergiye ödev-yükümlülük vurgusu ile algılanan otoriter bir içerikle açıklanamamaktadır. Aksine vergi, yükümlülerin demokratik hak ve özgürlüklerini kullanabilmesinin, bunların hayata geçirilmesinin bedeli şeklinde demokratik organizasyonun katılım payı olarak algılanmaktadır³⁹. Dolayısıyla Anayasada doğrudan “vergi ödevi” olarak ifade edilmiş olsa da verginin sadece ödev niteliğinin bulunmadığını, hak ve özgürlükler kapsamında da değerlendirilebilecek bir içeriğe sahip olduğunu kabul etmek bir zorunluluk arz etmektedir.

C. Verginin Mülkiyet Hakkı Açısından Sınırlama Sebebi Olma Niteliği

1. Genel Olarak

Kişiye “bu benimdir, salt bana aittir” dedirten mülkiyet, tüm insanlık tarihine damgasını vurmuş bir olgudur. Gerçekten de mülkiyet, tarih boyunca toplumlar ve devletleri biçimlendirmiş, barıştan savaşa, devrimden-karşı devrime, işsizlikten yoksulluğa varıncaya dek tüm ekonomik, sosyal ve

³⁶ Bu yönde bkz. **Çağan**, Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, s. 130-131; **Yaltı**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 95-96.

³⁷ **Kapani**, s. 228-229.

³⁸ **Çağan**, Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, s. 130.

³⁹ **Yaltı**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 96.

siyasal gelişmeleri belirlemiştir. Mülkiyet, doğuştan insan doğasından gelme bir hak olmayıp, üretim yaşamının, toplumsal işbölümünün ve sosyal sınıflar arasındaki savaşın tarihsel sonucu olarak ortaya çıkmış bir haktır⁴⁰.

1982 Anayasasının 35'inci maddesine göre, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. / Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. / Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”. Maddenin ilk fıkrası, mülkiyet ve miras haklarını tanıyan ve koruyan genel ilkeyi belirlemektedir. İkinci fıkrası, mülkiyet ve miras hakkının sınırlan(dırıl)masına ilişkin genel ilkeyi belirlemektedir ki bu ilke, kamu yararadır. Buna göre mülkiyet hakkı, kamu yararı bulunması koşuluyla ve kanunla sınırlanabilir. Üçüncü ve son fıkra ise mülkiyet hakkı sahiplerine yönelen genel bir direktif içermekte ve mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı olamayacağını düzenlemektedir. Bu hüküm, maliklere, mülkiyet hakkını toplum yararına uygun bir biçimde kullanmak, mülkiyet hakkından toplum yararına faydalanmak konusunda pozitif bir yükümlülük yüklemektedir⁴¹.

Kanun koyucu tarafından vergi kanunları ihdas edilmesinden vergilerin tahsil edilmesine kadar geçen vergilendirme sürecinde vergi borçlularının mülkiyet hakkına sürekli müdahale edilmektedir. Bu müdahaleler, yasama organı ve/veya yürütme tarafından yapılan vergisel düzenlemelerle olabileceği gibi, yürütme organının vergisel işlem veya eylemleri veya yargı organları tarafından verilen kararlarla da olabilmektedir⁴². Mülkiyet hakkı açısından değerlendirildiğinde vergilendirme, mülkiyet hakkının doğrudan bir

⁴⁰ Serozan, s. 239-240.

⁴¹ Bulut, s. 24. Belirtilen bu konular, mülkiyet hakkının 1982 Anayasası'nda mutlak ve dokunulmaz bir hak olarak düzenlenmediğini, bu şekilde liberal mülkiyet anlayışından sosyal fonksiyon olarak mülkiyete geçildiğini göstermektedir. Sosyal fonksiyon olarak mülkiyet anlayışına göre mülkiyet hakkı, mutlak bir hak değildir. Malik, toplumun yararını gözetmek zorunda olup, devlet de bu hakkı düzenlerken, sosyal devlet ilkesi bağlamında mülk sahipleri kadar, toplumu ve toplumun yoksul kesimlerini de dikkate alacaktır. Çünkü sosyal devlette mülkiyet, malikin hem yetkilerini hem de topluma karşı ödevlerini içeren bir olgu niteliği taşımaktadır. Bkz. Kapani, s. 121; Tuğrul, s. 64-65; Bulut, s. 21-22; Etkü, s. 107. Mülkiyet hakkının bu niteliği, ileride açıklanacağı üzere toplum yararını sağlamak (kamu giderlerini karşılamak) üzere bu hakka yapılacak vergisel müdahaleleri meşru hale getirmektedir.

⁴² Gümüşkaya, s. 103.

sınırlamasıdır⁴³. Vergilendirme, özel mülkiyetin yarattığı hâkimiyet gücünün sınırlandırılmasını ve toplum (kamu) yararına uygun bir şekilde kullanılmasını sağlamak bakımından oldukça önemlidir⁴⁴. Mülkiyet hakkı kamu yararına yönelik olarak sınırlanabileceğine ve vergi yükümlülüğü mülkiyet hakkının bir sınırlaması olduğuna göre, bu sınırlamaların hangi usul ve esaslar çerçevesinde yapılabileceğinin ortaya konulması gerekmektedir.

2. Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalenin Sınırları

a. 1982 Anayasası Açısından

Temel hak ve özgürlükler, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sınırlama sebeplerine dayalı olarak sınırlandırılacaklarından (Any.m.13), bu konuda öncelikle mülkiyet ve miras haklarını düzenleyen 35'inci maddesindeki sınırlama sebeplerine bakmak gerekmektedir. Maddeye göre mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Sınırlama sebebi olarak gösterilen kamu yararı kavramı⁴⁵, genel ve soyut bir kavram olup içeriğinin belirlenmesi çok zor görünmektedir. Bu durumun başlıca sebebi, kamu yararının hukukun sınırlarını aşan, felsefe, ahlâk ve sosyoloji alanına giren bir kavram olmasıdır⁴⁶. Ancak bu düzenlemeyi vergi ödevini düzenleyen 73'üncü maddeyle birlikte okuduğumuzda, kamu yararı vergilendirme açısından daha somut bir hale gelmektedir. 73'üncü maddenin 1'inci fıkrasına göre, herkes "kamu giderlerini karşılamak üzere" vergi ödemekle yükümlü olduğundan, mülkiyet hakkına vergisel müdahaleyi haklı duruma getiren kamu yararı, verginin kamu giderlerinin karşılığı olarak alınmasıdır⁴⁷. Gerçekten de üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini yerine getir-

⁴³ Bu yönde bkz. **Çağan**, Vergilendirme Yetkisi, s. 169; **Yaltı-Soydan**, s. 105; **Yaltı**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 43; **Başaran-Yavaşlar**, s. 149; **Gümüşkaya**, s. 107; **Demirbaş-Aksüt**, s. 35; **Nazal/Demirci**, s. 91.

⁴⁴ **Güriz**, s. 348-349.

⁴⁵ Kamu yararı (nın korunması), Anayasanın 13'üncü maddesinin 2001 yılında değişmeden önceki şeklinde temel hak ve hürriyetler için genel bir sınırlama sebebi olarak düzenlenmekteydi.

⁴⁶ **Uygun**, s. 128.

⁴⁷ Vergilendirme-kamu yararı-kamu giderlerinin karşılanması kavramları arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başaran-Yavaşlar**, s. 158-161.

mek için kamu harcaması yapmak zorunda olan devletin, bireyin mülkiyetinden belirli bir kısmı vergi olarak alınmasında kamu yararının bulunduğu kuşkusuzdur.

Mülkiyet hakkına yapılan vergisel müdahalenin Anayasaya uygunluğu için diğer bir şart, müdahalenin kanunla yapılmasıdır. Nitekim bu husus, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin genel hüküm niteliğinde olan 13'üncü maddede ayrıca vurgulanmıştır. Burada sözü edilen kanun şekli anlamda bir kanun olup⁴⁸, temel hak ve özgürlüklere yönelik tüm müdahaleler gibi, vergilendirme yoluyla yapılacak müdahaleler de kanunî bir dayanak-yasa kaydı (Gesetzesvorbehalt) gerektirmektedir. Vergilendirme açısından yasa kaydına ilişkin zorunluluk, 73'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında "verginin kanuniliği" ilkesine dayanak oluşturan düzenlemeyle dayanak bulmuştur. Fıkraya göre, "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*". Dolayısıyla devletin mülkiyet hakkına bir sınırlama olarak vergi koyması, ancak yasama organı tarafından kanun yapma sürecine uyularak çıkarılan şekli anlamda bir kanunla mümkün olmaktadır. Verginin kanunla konulması, değiştirilmesi veya kaldırılması anlamına gelen kanunilik ilkesi, takdiri ve keyfi uygulamaları önleyerek kişi hak ve özgürlüklerini vergisel müdahalelere karşı güvence altına almaktadır⁴⁹. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bazı kararlarında kanunilik ilkesini, vergilendirme yetkisini keyfi uygulamalara karşı sınırlayan ve bu çerçevede temel hak ve özgürlükler açısından güvence oluşturan bir ilke olarak görmekte ve tanımlamaktadır⁵⁰. Normlar hiyerarşisi çerçevesinde, kanundan daha alt düzeyde bulunan tüzük, yönetmelik, tebliğ vb. idarî işlemlerle vergi kanunlarının somutlaştırılmasına yönelik düzenlemeler yapılması mümkün olmakla birlikte, bu düzenleyici işlemlerle verginin konulması, değiştirilmesi, kaldırılması veya bu yönde sonuç doğuracak düzenlemeler yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla vergiye ilişkin düzen-

⁴⁸ **Uygun**, s. 92.

⁴⁹ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 35; **Karakoç**, Yargısal Denetim, s. 322; **Güneş**, Verginin Yasallığı İlkesi, s. 14; **Saban**, Vergi Hukuku, s. 48; **Öner**, s. 30.

⁵⁰ Bu konudaki örnek Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Any.M. 27.09.2006 gün ve E. 2002/133, K. 2006/91, (RG. 09.12.2006 - 26371); Any.M. 31.03.1987 gün ve E.1986/20, K.1987/9, (Any.MKD. S. 23, s. 190).

lemeler yapmak, kural olarak yasama organına ait bir yetki olup; idare, düzenleyici işlemleriyle vergilendirme yetkisi kullanamaz. İdareye vergilendirme yetkisinin kullanılması sonucunu doğuracak şekilde yetki veren kanun hükümleri ile idarenin kanunlarla Anayasa'ya uygun verilmiş bir yetki olmasına rağmen yaptığı vergiye ilişkin düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi ve idari yargı organları tarafından hukuka uygunluk denetimine tâbi tutulacaktır. Bu denetim çerçevesinde ilgili kanun hükmü veya düzenleyici işlem iptal edilebilecektir. Özellikle Maliye Bakanlığı'nın vergi kanunlarının yorumlanması yetkisi çerçevesinde çıkardığı genel tebliğ veya sirkülerlerle, bazen kanunda yer almayan yeni bir yükümlülük yaratma sonucunu doğuracak şekilde yetki kullandığı görülmektedir⁵¹. Bu yöndeki bir yetki kullanımı, kanunun üstünlüğü ve idarenin kanuna bağlılığı, hukukî güvenlik, hukuk kurallarının belirliliği ilkelerini ihlâl etmekte ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Özel sınırlama sebebi olarak kamu yararı bulunması ve sınırlamanın kanunla yapılması durumu dışında, mülkiyet hakkına vergisel müdahalelerde ayrıca Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlama sebeplerine de titizlikle uyulması gerekmektedir. Madde hükmüne göre, temel hak ve hürriyetler "...özlerine dokunulmaksızın...sınırlanabilir. *Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*". Bu konuda dikkati çeken önemli iki sınırlama sebebi olan öze dokunma yasağı ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişki dikkat çekicidir. Hakkın özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde sözkonusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir⁵². Bu nedenle hakkın özü, her temel hak müdahalesinin son sınırını oluşturmaktadır⁵³. Ölçülülük ilkesi ise sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirme elverişli olmasını, bu aracın sınırlama amacı

⁵¹ Bu sebeple iptal edilen bir tebliğe ilişkin karar için bkz. Dş. 4. D. 6.12.2000 gün ve E.2000/1307, K.2000/5053; Aynı yönde bkz. Dş. 4. D. 16.5.2001 gün ve E.2000/3269, K.2001/2081, (www.danistay.gov.tr, Erişim. 10.02.2013). Kararda, 231 No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde kârın sermayeye eklenmeyip dağıtılması durumunun ortaklar açısından beyanı gereken bir gelir olduğu yönündeki belirleme, kanuna aykırı olarak değerlendirilmiştir.

⁵² **Özbudun**, s. 115.

⁵³ **Başaran-Yavaşlar**, s. 178.

için gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir⁵⁴. Ölçülülük ilkesi, doktrinde bazı yazarlar tarafından temel hak ve hürriyetin özünden önceki aşamayı koruyan bir ilke olarak kabul etmektedir⁵⁵. Buna göre, temel hak ve özgürlüğün özüne her müdahale aynı zamanda ölçülülük ilkesine de aykırı olmasına rağmen, ölçülülük ilkesine aykırı bir müdahale öze dokunma yasağına aykırı değildir. Çünkü ölçülülük ilkesinden farklı olarak öze dokunma yasağı, en yararlı amaç için dahi en ekonomik araçla temel hakkın çekirdeğine dokunmaya izin vermektedir⁵⁶. Kanaatimizce bu görüş bazı temel hak ve özgürlükler bakımından haklı olmakla birlikte, özellikle mülkiyet hakkına yapılan vergisel müdahaleler bakımından öze dokunma yasağı ile ölçülülük ilkesini birbirinden kesin sınırlarla ayırt ederek karar vermek ve anayasaya uygunluk denetimi yapmak mümkün değildir⁵⁷. Bu noktada Anayasada yer alan “mali güç” ölçütünün dikkate alınması mümkündür⁵⁸. Mali güç ilkesinin ölçülülük ilkesinin gerçekleştirilmesine elverişli olmadığı yönünde görüş⁵⁹ bulunmakla birlikte, kanaatimizce vergi yükü getiren normlarda ölçülülük ve öze dokunma yasağı yönünden anayasaya uygunluk denetimi yapılmasına olanak sağlayan başka bir ölçüt “şu an itibariyle” mevcut değildir. Dolayısıyla ölçülülük denetiminin mali güç dikkate alınarak yapılması ve mali gücü aşan veya dikkate almayan müdahalelerin ölçüsüz olduğunun kabulü gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, vergi yükü getiren bir kanun hükmünün (ekonomik denge vergisi), öze dokunma yasağına ve mali güç ilkesine vurgu yapıldığını düşündüren gerekçelerle denetlemiş ve bu yönden Anayasa’ya bir aykırılık tespit etmemiştir⁶⁰. Ancak Anayasa

⁵⁴ **Özbudun**, s. 114; **Uygun**, s. 161-162; **Gözler**, s. 549-550; **Başaran-Yavaşlar**, s. 187-188; **Gök**, s. 420-423. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Metin**, s. 24-39.

⁵⁵ **Metin**, s. 16; **Başaran-Yavaşlar**, s. 188.

⁵⁶ **Başaran-Yavaşlar**, s. 188.

⁵⁷ *Gözler*, hakkın özü kavramının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılacak işlevsel bir kavram olmadığı düşüncesindedir. Bu konuda bir değerlendirme için bkz. **Gözler**, s. 553.

⁵⁸ Bu yönde bkz. **Yaltı/Özgenç**, s. 84; **Saban**, Vergi Hukuku Okumaları, s. 13.

⁵⁹ **Başaran-Yavaşlar**, s. 193-194.

⁶⁰ “...İtiraz gerekçesinde, geçmiş döneme ilişkin matrah üzerinden gelir vergisi alındıktan sonra aynı matrahtan %10 oranında ekonomik denge vergisi alınmasının mükerrer bir

Mahkemesi'nin yapmış olduğu uygunluk denetimlerinde bu ilkeler arasındaki ilişkiyi net bir şekilde kurduğunu ve özellikle her ilke yönünden ayrı ayrı ve teorik tartışmalara girerek değerlendirme yaptığını söylemek de güçtür⁶¹. Özellikle Mahkeme'nin iki yönden anayasaya aykırılığı tespit ettikten sonra, başkaca bir ilke veya kural yönünden değerlendirme yapmaması ya da bunu gerekli görmemesi, kanaatimizce Mahkeme'nin net yaklaşımını tespit etmeyi güçleştirmektedir.

Vergilendirmenin klâsik amacı kamu harcamaları için gelir elde etmek olsa da günümüzde vergiler, mali amaç dışında farklı gerekçelerle de kullanılabilir. Bu amaçlar, ekonomik, sosyal ve kültürel olabilir. Mali amacı ön plânda olmayan vergilere düzenleyici ya da yönlendirici vergiler denilmektedir⁶². Tüketim alışkanlıklarının değiştirilmesi, kültürel alanın düzenlenmesi, çevre koruma alanı, nüfus plânlaması ve bağımlılık yaratan maddelerin kullanımını önlenmesi gibi amaçlarla, caydırma ve özendirme gibi yöntemlerle kullanılabilen yönlendirici vergilerin⁶³, Anayasa'da belirtilen temel hak ve özgürlüklere uygun olup olmadığı gittikçe güncel hale gelen bir konudur. Niteliği gereği yönlendirici vergilendirme ile kişilerin özgür iradeleriyle karar alabilmeleri arasında bir çatışma mevcut olup, hak ve özgürlüklerin korunmasıyla görevlendirilmiş olan devletin bu açıdan bir sınırının bulunması gerekmektedir⁶⁴. Bu açıdan Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki ölçülülük ilkesi yönlendirici vergilendirmenin sınırını teşkil etmekte, devletin ülkesi içinde çerçevesini kendisinin belirlediği özgürlük alanına yaptığı müdahalelerin sınırının yükümlülerin vergiyi doğuran olayı

vergilendirme olduğu, mükellefin ödeme gücünü aşan ölçüde yük getirdiği belirtilmektedir. / Yükümlünün ödeme gücünü aşan ölçüde yük getirildiği savını hukuk devleti ilkesi yönünden değerlendirirken, getirilen yükümlülüğün ağırlığına bakmak gerekecektir. Getirilen yükümlülüğün ağırlığı temel hak ve özgürlükleri kullanılmaz hale getiriyorsa, Anayasa'ya aykırılıktan söz edilebilir. / Ekonomik denge vergisi, vergi yükü olarak gelir vergisine ek % 10 oranında yükümlülük öngörmektedir. Bunun, temel hak ve özgürlükleri kullanılmaz ağırlıkta ve kişinin ödeme gücünü aşan ölçüde yük getirdiği söylenebilir...” Any.M. 06.07.1995 gün ve E. 1995/6, K. 1995/29, (RG. 10.02.1996 - 22550).

⁶¹ Bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararlarının geniş bir değerlendirmesi için bkz. **Başaran-Yavaşlar**, s. 178-195.

⁶² **Çağan**, Vergilendirme Yetkisi, s. 165. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Göker**, s. 33 vd.

⁶³ Bkz. **Göker**, s. 33-83.

⁶⁴ **Göker**, s. 97; **Taylar**, Özel Tüketim Vergisi, s. 451-452.

gerçekleştirmesindeki seçim hakkının ortadan kaldırılmayacak ölçüde olmasına karşılık gelmektedir⁶⁵. Bu açıdan yönlendirme isteği ile kişilerin vergiyi doğuran olayı gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusundaki özgür iradeleri arasında bir denge bulunmalıdır. Yönlendirici vergi uygulaması, kişilerin bu yöndeki seçim yapma özgürlüğünün özünü zedeliyorsa, uygulama Anayasa'ya aykırı olacaktır. Örneğin, yönlendirici vergilendirmenin bir türü özel tüketim vergisinde, gerek vergi konularının çok fazla olması gerekse vergi oranlarının çok yüksek olması gibi nedenlerle, kişilerin özel tüketim vergisine tâbi olan malları alıp almama (vergiyi doğuran olayı gerçekleştirerek mülk edinme vb.) konusundaki özgürlüğünün zedelenmesi ve gelinen son durumun ölçsüzlük oluşturduğu söylenebilir⁶⁶. Bu açıdan başta özel tüketim vergisi olmak üzere yönlendirici vergilerin, Anayasa'ya uygunlukları yönünde yeniden gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci Protokolünün 1'inci maddesi, mülkiyet hakkının kullanılmasını/korunmasını ve mülkiyet hakkının kullanımına getirilebilecek istisnaları düzenlemektedir. Buna göre, "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir./ Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez*". Bu hükmüyle Sözleşme, mülkiyet hakkının korunmasını esas olarak kabul etmekle birlikte, devletlerin vergilerin ödenmesini sağlamak amacıyla mülkiyet hakkına müdahale edebileceğini, bu hakkın istisnası olarak düzenlemektedir.

Vergilendirme-mülkiyet ilişkisi, sadece taşınır veya taşınmaz mülkiyeti üzerindeki etkiyle değil, tüm malvarlığı hakları üzerindeki sonuç bağlamında

⁶⁵ **Göker**, s. 99, dn. 294; **Taylar**, Özel Tüketim Vergisi, s. 452. Ayrıca bkz. **Nazalı/Demirci**, s. 91.

⁶⁶ **Taylar**, Özel Tüketim Vergisi, s. 452, 463.

ele alınmalıdır. Devletin bir vergi koyması demek, kişinin malvarlığının konulan vergi miktarı kadar olan kısmından yoksun kalması anlamına geldiğinden, vergilendirme, tüm ekonomik menfaatler anlamında mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturmaktadır. Ancak bu müdahalenin Sözleşme çerçevesinde meşru olup olmadığı ayrıca ölçülmektedir⁶⁷.

Protokolün 1'inci maddesine göre, mülkiyet hakkına müdahale yetkisi ancak kanun (yasa) ile kullanılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'de işaret edilen kanun kavramını şekli değil, maddi anlamda yorumlamaktadır. Buna göre, temel hakları sınırlayan düzenlemelerin (vergisel düzenlemeler dâhil) bir parlamento işlemi olması şart değildir. Sözleşme'nin işaret ettiği kanun, türü ne olursa olsun (kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, yerleşik içtihat vb.) soyut norm koyan işlemlerdir⁶⁸. Bu nedenle maddi anlamda kanun oluşturan işlemlerle de yapılan tüm müdahaleler uygunluk denetimine tâbi tutulmaktadır. Mahkeme'ye göre, vergilendirme yoluyla ve kanunla mülkiyet hakkına yapılan müdahale, ancak ulaşılabilir ve öngörülebilir, yani aleni olduğu takdirde meşrudur⁶⁹. Vergisel müdahalenin öngörülebilir ve dayandığı vergisel düzenlemelerin ulaşılabilir olması, bu düzenlemenin aleni olmasına bağlıdır. Aleniyeti sağlayan ise düzenlemenin yayımlanmasıdır⁷⁰.

Mülkiyet hakkına yapılan vergisel müdahalenin Sözleşme anlamında haklı olarak değerlendirilebilmesi için, vergisel müdahalenin genel yarara uygun meşru bir amacının bulunması⁷¹ ve ölçülü olması gerekmektedir. Bu çerçevede vergisel müdahalenin bireysel ve ağır yük oluşturmaması durumunda ölçüsüz olduğu kabul edilecektir. Vergilendirme ile ilgili başvurularda çoğunlukla, vergilerin veya vergi oranlarının makul olmaması, haksız ya da hatalı olarak alınan vergilerin iadesinin geç yapılması, iade faizinin ödenmemesi ya da faiz oranının düşük olması, vergilerin tahsil süreciyle ilgili

⁶⁷ **Yaltı-Soydan**, s. 105; **Yaltı**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 49; **Demirbaş-Aksüt**, s. 37; Ayrıca bkz. **Etgü**, s. 229-231.

⁶⁸ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 424-425; **Güneş**, Verginin Yasallığı İlkesi, s. 270; **Yaltı-Soydan**, s. 109; **Gümüşkaya**, s. 122-123; **Demirbaş-Aksüt**, s. 38; **Etgü**, s. 237.

⁶⁹ **Yaltı-Soydan**, s. 109.

⁷⁰ **Gümüşkaya**, s. 125.

⁷¹ **Yaltı**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 71 vd.

başvurularda vergilerin tahsilinin güvence altına alınması için uygulanan tasarrufların makul olmaması nedeniyle başvuruçular bakımından bireysel ve ağır bir yük oluştuğu iddia edilmiştir⁷².

D. Verginin Negatif Statü Hakları İle İlişkisi

1. Genel Olarak

Negatif statü hakları, kamu müdahalesine karşı güvence altına alınması ve siyasi iktidar karşısında korunması gereken hakları ifade etmektedir. Bu sınıflandırmaya giren haklar, ancak devletin bunlarla ilgili olarak olumsuz bir tutum takınmasıyla, diğer bir ifadeyle hareketsiz kalması, kaçınması veya karışmamasıyla gerçekleşirler. Hakların korunması için devletin pozitif bir faaliyetine gerek bulunmamaktadır. Bu haklar, kişileri siyasi baskıdan korumakta ve kişilere dokunulamaz özel alanlar sağlamaktadır⁷³. 1982 Anayasası sistematüğinde negatif statü hakları, “kişinin hakları ve ödevleri” başlığı altında 17-40’ncı maddeler arasında düzenlenmiştir. Ancak belirtilmelidir ki bu sistematik, anayasa koyucu iradenin tercihi olup, değişik değerlendirmelere göre bu haklara yenilerinin eklenmesi veya bazı hakların bu kapsamdan çıkarılması mümkündür.

Negatif statü haklarının devletin karışmamasını gerektiren ve kişilere devlet karşısında özel koruma alanı sağlayan niteliği, bu haklara vergisel amaçlarla yapılacak müdahaleler için de geçerlidir. Devletin vergilendirme yoluyla bu haklara dokunması, ölçülü olmayan bir şekilde ya da özüne dokunacak şekilde sınırlandırması, hakların niteliğine aykırı düşecek ve aynı zamanda Anayasa’ya aykırılık oluşturacaktır. Bunun tipik örneğine, yukarıda da izah edilen, mülkiyet hakkı-vergilendirme ilişkisinde rastlanmaktadır. Mülkiyet hakkı, Anayasa’nın 35’inci maddesinde “kişinin hakları ve ödevleri” kısmında negatif bir statü hakkı olarak düzenlenmiştir. Bu yüzden devletin mülkiyet hakkının kullanılmasını olanaksız hale getirecek şekilde yapacağı vergisel uygulamalar, Anayasa’ya aykırılık oluşturmaktadır.

⁷² **Gümüşkaya**, s. 151.

⁷³ **Erdoğan**, s. 210; **Gözler**, s. 508.

2. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği-Vergilendirme

Anayasa'nın 19'uncu maddesinde, "*Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.*" denilmekle birlikte, 2'nci fıkrasında mahkemelerce verilmiş hürriyeti bağlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi için kişi hürriyetinde yoksun bırakma bir sınırlama sebebi olarak düzenlenmiştir. Vergilendirme kapsamında bazı durumların da kişi hürriyeti ve güvenliğini sınırlaması mümkündür⁷⁴. Bu duruma örnek olarak, Vergi Usul Kanunu'nda bazı suçlar için kabul edilmiş bulunan hürriyeti bağlayıcı cezalar verilebilir⁷⁵. Vergi suçları bakımından kişinin hürriyetini sınırlayan cezalar verilebilmekle birlikte, bu cezaların kişi hürriyetini ölçsüz bir şekilde sınırlandıracak düzeyde olmaması gerekir. Örneğin, vergi kaçakçılığının bir maddi unsuru olan sahte belge düzenleme veya kullanma fiili için şu anda 3-5 yıl olarak düzenlenen hapis cezasının müebbet hapis cezası olarak belirlenmesi durumunda, ölçsüzlük ortaya çıkacak ve Anayasa'ya aykırılık sözkonusu olacaktır.

3. Özel Hayatın Gizliliği-Vergilendirme

Anayasa'nın 20'nci maddesinde "özel hayatın gizliliği ve korunması" düzenlenmiştir. Buna göre, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*". 2'nci fıkrasında hangi sebeplerle sınırlanabileceği açıklanan bu hak, vergilendirme sürecinde de çeşitli müdahalelere uğrayabilmektedir. Özel hayatın vergisel müdahalelerden korunabilmesi için "vergi mahremiyeti" bir hak olarak Vergi Usul Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenmiş; görevleri nedeniyle vergi yükümlüsü veya yakınlarına ait sırları veya gizli diğer hususları ifşa eden ya da kullanan bazı kimselerin cezalandırılması için vergi mahremiyetinin ihlâli bir suç olarak düzenlenmiştir (VUK.m.362). Buna karşılık özellikle kod listelerine ilişkin uygulamaların yaygınlaşmış olmasının özel hayatın gizliliğini ihlâl ettiği savunulmaktadır⁷⁶.

⁷⁴ Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, s. 51; Töralp, s. 169.

⁷⁵ Vergi kaçakçılığı (m.359), vergi mahremiyetinin ihlâli (m.362) ve yükümlünün özel işlerini yapma (m.363) şeklinde düzenlenen bu suçlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Karakoç, Genel Vergi, s. 515 vd.

⁷⁶ Töralp, s. 171.

4. Kişisel Verilerin Korunması-Vergilendirme

Anayasa'nın 20'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında 2010 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle "kişisel verilerin korunması" özel olarak düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*"⁷⁷. Vergilendirme sürecinin her aşamasında titizlikle uyulması gereken bir hak olarak değerlendirilebilecek olan kişisel verilerin korunmasını talep hakkı bakımından, vergi yükümlüleri ve sorumlularının vergi idaresi bünyesindeki kişisel verilerinin gerçeğe uygunluğunu veya usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığını denetleme hakları bulunmaktadır. Bu çerçevede örneğin, kişisel verilerin korunmasına yönelik hükümlere aykırı davranma durumunda tazminat talep hakkı⁷⁸, vergi yükümlüsü ve sorumluları tarafından da kullanılabilir.

5. Konut Dokunulmazlığı-Vergilendirme

Anayasa'nın 21'inci maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkına, gerek vergilendirmeye ilişkin kanunî düzenlemelerin yapılması gerekse vergi idaresi uygulamaları sırasında titizlikle uyulması gerekmektedir. Bu açıdan Vergi Usul Kanunu'nun 142'nci maddesinde, vergi araştırmasının yapılabilmesi için sulh (ceza) hâkiminin izninin aranıyor olması, bu hakkı oldukça güçlendiren bir uygulama olarak görülmektedir⁷⁹. Vergi yükümlülerinin denetlenmesi veya haciz uygulanması sırasında konut dokunulmazlığını ihlâl edecek uygulamalardan kaçınılması için ilgili kanun hükümlerinin vergi idaresi tarafından titizlikle uygulanması gerekmektedir⁸⁰.

⁷⁷ Kişisel verilerin korunmasına yönelik temel ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şimşek**, s. 83-109.

⁷⁸ **Şimşek**, s. 109.

⁷⁹ **Pınar/Taylar**, s. 151-152.

⁸⁰ **Güneş**, Verginin Yasallığı İlkesi, s. 56.

6. Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti-Vergilendirme

Anayasa'nın 23'üncü maddesine göre, “Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir./ Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir. / Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir”. Yerleşme ve seyahat hürriyeti bakımından, özellikle vergi borcundan ötürü uygulanan yurtdışına çıkış yasağı çok tartışılmıştır. Daha önceleri Pasaport Kanunu'nda yer alan hükümle, daha sonra ise 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 36/A maddesiyle düzenlenen ve idare tarafından uygulanan yurtdışına çıkış yasağı uygulaması, 2011 yılında yapılan düzenlemeyle tamamen kaldırılmıştır. Pasaport Kanunu'nda düzenlenen şekli, Anayasa Mahkemesi tarafından, uygulamanın ölçülülük ilkesine aykırılığı nedeniyle iptal edilmişti⁸¹.

⁸¹ “...Yasalarla getirilen vergi yükümlülüğünü kabullenmek bir vatandaşlık görevidir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve diğer vergi yasalarıyla, verginin zamanında ve eksiksiz ödenmesi amacıyla getirilen kurallar, zamanında ve tam olarak tahsil edilemeyen vergilerin tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri ve yine yasalarla getirilen gecikme faiz ve zammı uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, vergi borcunun ödenmesi, diğer bir deyişle vergi alacağının tahsili konusunda yasal kuralların bulunduğu görülmektedir. / Yurt dışı çıkış yasağında, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünü sınırlamanın amacı, vergi borcunun tahsilinin sağlanması, araç ise yurt dışına çıkışın yasaklanmasıdır. Amaç ile araç arasında makul bir ilişkinin bulunduğu söyleyebilmesi için yurt dışına çıkış ile vergi alacağının tahsilinin zorluğu veya olanaksızlığı arasında bağın varlığının aranması gereği açıktır. Yasak, hiçbir koşul öngörmeksizin, hatta vergi borcunun tutarı dahi belirtilmeden, vergi borcunun ödenmemesine bağlı olarak kendiliğinden uygulandığı zaman amaç ile araç arasındaki makul ilişki ve denge ortadan kalkar. / Anayasa'nın 23. maddesinde öngörülen sınırlama nedenleri ve bunlar arasında yer alan “vatandaşlık ödevi” genel nitelikte, soyut bir kavramdır. Yasa koyucunun getireceği her sınırlayıcı düzenlemede bu nedenleri somutlaştırması gerekir. Keyfiliğe varabilecek uygulamaları önleyebilmek bakımından gerekli olan açıklık ve somutluk, sınırlamanın yasayla yapılmış olarak kabul edilmesi için zorunludur. Aksi halde hukuk devletinin gerektirdiği belirginlik karşılanmamış olur ve amaç-arac ilişkisini denetlemek güçleşir. İtiraz konusu kural, amaç ve araçları

7. Din ve Vicdan Hürriyeti-Vergilendirme

Anayasa'nın "Din ve Vicdan Hürriyeti" başlıklı 24'üncü maddesine göre, "Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir... Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz". Devletin bütün dinlere ve inanç sahiplerine vergilendirme noktasında da eşit davranması, ayırımcılık yapmaması, farklı din veya inanç mensuplarının ya da kurumlarının vergilendirilmesinde olumlu veya olumsuz bir farklılık yaratmaması, din ve vicdan özgürlüğüyle ilgili vergisel normların laiklik ilkesi açısından sınırını teşkil etmektedir⁸².

Gelir Vergisi Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 5'inci bendine göre, "...mülki idare amirlerinin izni ve denetimine tabi olarak yaptırılacak ibadethaneler ve Diyanet İşleri Başkanlığı denetiminde yaygın din eğitimi verilen tesislerin...inşası dolayısıyla yapılan harcamalar veya bu tesislerin inşası için bu kuruluşlara yapılan her türlü bağış ve yardımlar ile mevcut tesislerin faaliyetlerini devam ettirebilmeleri için yapılan her türlü nakdî ve aynî bağış ve yardımların tamamı" gelir vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapılabilmektedir. İbadethane veya din eğitimi veren tesislerin yapımı ya da faaliyetlerinin devamı için yapılan bağış ve yardımların indirim konusu yapılabilmesi, kanaatimizce laiklik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Laiklik ilkesi, hukuk kurallarının din kurallarına dayandırılmamasını, devletin her türlü din ve inanca ve bunların mensuplarına eşit mesafede durmasını gerektirmektedir. Burada ayırım gözetilmeksizin her türlü ibadethane için bu indirimin yapılabileceğinin kabul edilmesi, atıf yapılan Diyanet İşleri Başkanlığının da anayasal bir kurum olması hususları dikkate alındığında, sözkonusu hükmün Anayasa ile çatışır bir yönü bulunmamaktadır⁸³.

açık, belirgin ve somut bir şekilde öngörmemiş, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurmayarak ölçülülük ilkesinin gereklerini yerine getirmemiştir..." Any.M. 18.10.2007 gün ve E.2007/4, K.2007/81, (RG. 08.12.2007 - 26724).

⁸² **Furtun**, s. 1003-1004; **Yaltı**, İbadethane Bağışları, s. 439-440.

⁸³ İbadethane kavramının Türk Hukuku'nda belirsiz, sınırlı ve tartışmalı olması nedeniyle, ibadethanelere yönelik bu indirimin ayırımcı ve eşitliğe uymayan bir düzenleme olduğu,

6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinde "borçlunun ibadete mahsus kitap ve eşyasının haczedilemeyeceği" (m.70/2), Belediye Gelirleri Kanunu'nun 36'ncı maddesinde "Dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık bulunan cami, mescit, kilise ve havra gibi ibadethanelerde tüketilen elektrik ve havagazının tüketim vergisinden istisna olduğu" (m.36/2), Emlak Vergisi Kanunu'nun 4'üncü maddesinde "Dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık bulunan ibadethaneler ile bunların müstemilatının bina vergisinden muaf olduğu" (m.4/g) yönündeki düzenlemeler, herhangi bir din açısından ayrıcalık oluşturmadığından, eşitlik ve laiklik ilkesine uygun düzenlemeler olarak değerlendirilmektedir⁸⁴.

E. Verginin Pozitif Statü Hakları ile İlişkisi

1. Genel Olarak

Pozitif statü hakları, devletin hareketsiz kalmasına değil, aksine olumlu edimlerde bulunmasına bağlı olup, devletin kişileri bir takım imkânlarla donatacak olumlu faaliyetlerde bulunması sayesinde varlık kazanmaktadır. Bu haklar açısından devlet, kişileri kendi haline bırakmak yerine onlarla aktif olarak ilgilenmek durumundadır⁸⁵. Bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkânı tanıyan bu haklar; isteme hakları, hizmet hakları veya sosyal haklar olarak da adlandırılmaktadır⁸⁶. 1982 Anayasası'nın 41-65'inci maddeleri arasında "Sosyal ve Ekonomik Haklar

doktrinde *Yaltı* tarafından savunulmaktadır. Bu yönde bkz. **Yaltı**, İbadethane Bağışları, s. 439 vd. Kanaatimizce burada Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilecek düzenleme, Gelir Vergisi Kanunu'nun tüm ibadethanelere ilişkin bağışlara indirim hakkı tanıyan bu düzenlemesi değil, mevzuatta farklı inançlara ait mekânlar arasında farklılık yaratan düzenlemelerdir. Eğer bir düzenleme, devletin bütün dinlere/inançlara ve bunların mensuplarına eşit davranmasını gerektiren laiklik ilkesine aykırı olacak şekilde, farklı din ve inançlara sahip kişiler ya da bu din ve inançlarca ibadethane olarak kabul edilen mekânlar arasında bir farklılık yaratıyorsa, şüphesiz ki ayırıcı ve eşitliğe aykırı bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir.

⁸⁴ **Furtun**, s. 1009-1010.

⁸⁵ **Erdoğan**, s. 210-211.

⁸⁶ **Gözler**, s. 508.

ve Ödevler” başlığı altında düzenlenen bu hakların da anayasa koyucunun tercihini yansıttığı belirtmek gerekir. Örneğin, mülkiyet hakkı 1961 Anayasası sistematığında “sosyal ve ekonomik” bir hak ve ödev olarak düzenlenmişken, 1982 Anayasasında “Kişinin Hakları ve Ödevleri” kısmına (negatif statü hakları) alınmıştır.

Sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerle vergilendirme ilişkisi incelendiğinde, vergilendirmenin bu hak ve özgürlükleri güçlendirmek amacıyla kullanılması, örneğin tanınacak bazı vergisel avantajlar nedeniyle bu hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde hayata geçirilmesi gerekmektedir. Nitekim Saban’a göre, Anayasa’da korunması gereken sosyal devlet ilkesi, tarafsız devlet yaklaşımını kabul etmemektedir. Bu nedenle sosyal amaçlı birtakım düzenlemeler vergi kanunlarında yer almak olmak zorundadır⁸⁷.

Sosyal ve ekonomik hakların kullanılması, bir ölçüde kişilerin bu yönde kullanacakları maddi imkânlarının bulunmasına bağlıdır. Mülkiyet hakkına vergisel müdahale maddi imkânları kısıtladığı için, etkin şekilde mali güç temelinde kullanılabilen hak ve özgürlüklere de dolaylı müdahale edilmesi sonucunu doğurmaktadır⁸⁸. Örneğin spor ve sanatın geliştirilmesi hakkı kapsamında, bir spor müsabakasını izlemek isteyen veya sinema ya da tiyatroya gitmek isteyen kişinin bu yöndeki hak ve özgürlüğü, ödediği vergiler nedeniyle maddi gücünün zayıflamasından dolayı olarak etkilenmektedir. Bu çerçevede devlet, sosyal hak ve hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesi için vergisel bazı tedbirleri yürürlüğe koyabilir. Devletten bu yöndeki beklentilerin sınırını yine Anayasa çizmektedir. Anayasa’nın 65’inci maddesine göre “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”. Ancak devletin mali kaynaklarının yeterliliği/yetersizliği konusunun, bu haklar nedeniyle dile getirilen bütün taleplerin önüne bir engel olarak ortaya çıkarılması da mümkün olmamalıdır.

2. Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları-Vergilendirme

Anayasa’nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41’inci maddesinin 2’nci fıkrasına göre, “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle

⁸⁷ Saban, <http://www.vmhk.org.tr/?p=3576> (Erişim. 10.09.2014).

⁸⁸ Başaran-Yavaşlar, s. 151; Töralp, s. 175.

ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar". Aile ve çocuğun korunmasına yönelik bu hüküm ile vergilendirme arasında birçok yönden bağ kurulması mümkündür. Aile ve çocuk sahibi olmak vergi matrahını etkileyen çeşitli unsurlar olarak düzenlenmesine rağmen, bu noktada aileyi bütünsel olarak ele alan bir vergi sisteminin varlığından sözedilemez. Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nda belirlenen vergi oranları, bir şahsa ana, baba, eş ve çocuklarından (evlatlık hariç) gerçekleşen intikallerde yarı oranında uygulanmaktadır (VİVK.m.16). Yarı oranında uygulanan veraset intikal vergisiyle, belirtilen kişiler arasında gerçekleşen intikaller daha az vergilendirilmekte, bu şekilde ailenin düzen ve refahı bir ölçüde korunmaktadır. Gelir Vergisi Kanunu'na göre bir binanın sahibinin altsoy veya kardeşlerinden birinin ikametine tahsis edilmesi durumunda emsal kira bedeli esası uygulanmamakta (GVK.m.73), böylece bu kişiler arasında bedelsiz (kira almadan) konut tahsisleri gelir vergisi açısından da korunmaktadır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 23-29'uncu maddeleri arasında aile açısından gelir oluşturan bazı ücretlerin vergi istisnası kapsamına alınmış olması⁸⁹, ücretlilere yönelik asgari geçim indirimini uygulaması (GVK.m.32), ailenin geçimini sağlayan bazı araç veya gelirlerin haczedilememesi⁹⁰ (AATUHK.m.70) olumlu düzenlemeler olarak göze çarpmaktadır. Ancak engelli kimselerin gerek kendileri gerekse bakmakla yükümlü oldukları engelli kimseler için yararlanabilecekleri engelli şahıs indiriminin sadece belli vergi yükümlülerine tanınmış olması⁹¹, yararlanamayan kişiler açısından ailenin korunmasına yönelik hükümlere ve ayrıca eşitlik ilkesine aykırılık oluşturan bir uygulama olarak değerlendirilmektedir.

⁸⁹ Bunlara, asker ailelerine yapılan yardımların, çocuk zamlarının, hizmet erbabına doğum veya evlenme sebebiyle yapılan yardımların gelir vergisinden istisna edilmesi örnek olarak gösterilebilir.

⁹⁰ **Gökbunar**, s. 4.

⁹¹ Ücretliler, serbest meslek erbabı ve basit usulde vergilendirilen ticari kazanç sahipleri engelli şahıs indiriminden yararlanmaktadır. Ücretliler ile serbest meslek kazancı sahibi vergi yükümlüleri, bakmakla yükümlü oldukları engelliler için de bu indirimden yararlanabilmektedir (GVK.m. 31, 89/3).

3. Eğitim ve Öğrenim Hakkı-Vergilendirme

Anayasa'nın 42'nci maddesinde belirtilen eğitim ve öğrenim hakkı da alınacak vergisel bazı tedbirlerle daha etkin hale getirilebilmektedir. Özel eğitim ve öğretim faaliyetinde bulunan gerçek kişi ve kurumlara tanınan beş yıl süreli gelir veya kurumlar vergisi istisnası (GVK.m.20; KVK.m.5/1) ile kişilerin kendileri, eşi ve küçük çocukları için yaptıkları eğitim harcamalarının bir kısmını gelir vergisinde indirim konusu yapabilmeleri (GVK.m.89/2) doğrudan eğitim ve öğrenim hakkı ile bağlantılı vergi uygulamalarıdır.

4. Çalışma, Özel Teşebbüs Kurma Hürriyeti-Vergilendirme

Anayasa'nın 48'inci maddesi çalışma ve sözleşme hürriyeti ile özel teşebbüs kurma hürriyetini düzenlemekte, 49'uncu maddesi ise çalışma hakkına yer vermektedir. Buna göre "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.*" (Any.m.49/1-2). Çalışma hakkı ile mülkiyet hakkı arasında karşılıklı olarak sürekli bir etkileşim bulunmaktadır. Çünkü psikolojik ve sosyal sebepler hariç tutulursa, çalışmanın ana amacı malidir, bireyler gelir elde etmek amacıyla çalışmakta ve elde edilen gelir üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır⁹². Bu nedenle belli çalışma konuları üzerinde yoğunlaşan vergiler, bu konulardaki çalışma hakkını sınırlandırabildiklerinden ve böylece o mesleklerin sürdürülmesini ekonomik olarak zorlaştırdıklarından Anayasa'ya aykırı olacaklardır⁹³. Ayrıca çeşitli sektörlerin teşvik

⁹² **Başaran-Yavaşlar**, s. 150.

⁹³ **Çağan**, Vergilendirme Yetkisi, s. 171; **Güneş**, Verginin Yasallığı İlkesi, s. 66; **Başaran-Yavaşlar**, s. 151; **Töralp**, s. 177. Anayasa Mahkemesi bir kararında, hayat standardı esasını düzenleyen Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 32'nci maddesini iptal ederken çalışma hak ve özgürlüğüne de dayanmıştır: "...Sistemin ortaya çıkardığı ikinci sonuç ise, kişilerin kazanmadıkları gelirler üzerinden ağır biçimde vergilendirilmeleriyle, mesleklerinden ayrılmak zorunda bırakılmalarıdır. / Oysa, Anayasa'nın 49. maddesinde öngörülen çalışma hakkı, bir temel hak ve özgürlük olarak anayasal güvenceye bağlıdır. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışına yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemekle yükümlüdür. Sözü edilen maddenin gerekçesinde "*Çalışmanın hak ve ödev olması, sadece ulusal planda Devletin çalışmak*

edilmesi için getirilen vergi muafiyet ve istisnalarına ilişkin normlar da rekabeti veya eşitliği bozabilecek nitelikleri sebebiyle anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutulabileceklerdir. Vergi denetiminin etkin bir şekilde bütün yükümlülere ve sektörlerle teşmil edilememesi, vergisini düzenli olarak ödeyen kişilerle vergisini ödemeyen, vergi kaçırın ve denetim eksikliğinden yararlanan kişiler arasındaki rekabeti aynı şekilde bozmaktadır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun "Gider Kabul Edilmeyen Ödemeler" başlıklı 41'inci maddesinin 2'nci bendine göre, kişinin eşi ve küçük çocuklarına işletmede çalışmaları durumunda ödenen ücret, aylık vs. gelirlerin vergi matrahından gider olarak indirilememesi, sözleşme özgürlüğü ve çalışma hakkını düzenleyen hükümlere aykırılık oluşturmaktadır⁹⁴. Burada aile içi muvazaalı işlemlerle vergi matrahının aşındırılmasının önlenmeye çalışılması gibi bir amaç olsa da bu tür durumların tespiti, idarenin denetim yetkisinin kapsamı içinde yer almakta ve tespiti durumunda cezalı vergi tarhiyatları yapılabilmektedir. Türkiye uygulamasında eşlerin ve küçük çocukların aile işletmelerinde çalışmasının yaygın olması karşısında bu konunun tekrar ele alınması uygun olacaktır⁹⁵.

isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle gelir temin edeceklerini ifade etmekle kalmaz; ferdî planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telâkki edilmesini gerektirir. / Çalışmak başlıbaşına ahlakî bir vazîfedir, ferdin kendisine ve topluma karşı olan saygısının bir sonucudur. Kişi, ancak çalışması ile, toplumun diğer fertlerine ve genelde topluma yük olmaktan kurtulur. Çalışmanın bir hak olduğu noktasından hareket edilerek, Devletin çalışma imkânlarının, başka deyişle iş alanlarının dengeli gelişmesi için gerekli tedbirleri alması temel ödevleri cümlesindedir ..." denilmesi bu olguyu hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açıklamaktadır. / Ağır vergi koşulları, kişileri, temel hak ve özgürlüklerden birini oluşturan çalışma hakkından yoksun kılacak bu tür bir yasal düzenleme, hukuk devleti ilkesine ters düşer ve Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaşamaz..." Any.M. 07.11.1989 gün ve E. 1989/6, K. 1989/42, (RG. 06.04.1990 - 20484).

⁹⁴ Ertuğrul Akçaoğlu, "Vergilendirme Yetkisinin Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi", <http://www.akcaoglu.com/2007/02/27/vergilendirme-yetkisinin-temel-hak-ve-ozgurluklerle-iliskisi/> (Erişim. 10.09.2014); İbrahim Kılıç, "Vergilendirme ve Çalışma, Sözleşme ve Özel Teşebbüs Kurma Hürriyeti", <http://www.vergihaber.net/?p=706> (Erişim. 10.09.2014).

⁹⁵ Aile düzenine olan etkisinden ötürü bu hükmün, Anayasa'nın ailenin ve çocukların korunmasını amaçlayan 41'inci maddesine de aykırı olduğu söylenebilir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 9'uncu maddesine göre beş yıl süre ile mahsup edilemeyen geçmiş yıl zararlarının sonraki yıllarda mahsup edilemeyeceğine yönelik hükmün Anayasa'nın 48'inci maddesine aykırı gözüktüğü yönünde bir görüş bulunmakla birlikte⁹⁶, kanaatimizce hükmün Anayasa'ya aykırı olarak nitelendirilebilecek bir yönü bulunmamaktadır. Zarar eden işletmenin bu zararı indirebilmesinin de bir sınırı bulunmalıdır. Bu açıdan zararın indirilebilmesine yönelik olarak tanınan beş yıllık süre, çalışma ve özel teşebbüs özgürlüğüne bir sınırlama getirmesine rağmen ölçülü olarak değerlendirilmelidir.

5. Sendika Kurma Hakkı-Vergilendirme

Anayasa'nın "Sendika Kurma Hakkı" başlıklı 51'inci maddesine göre, *"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz"*. Gerek çalışanların gerekse işverenlerin hak ve menfaatlerinin elde edilmesinde ve korunmasında sendikaların oynadığı rolün önemi nedeniyle, sosyal bir devlette sendikalaşmanın teşvik edilmesi ve desteklenmesi çok önemli bir konudur. Bu noktada işveren sendikalarına ödenen aidatların gelir vergisi matrahının tespitinde gider olarak yazılabilmesi (GVK.m.40/8), çalışanların sendikalarına ödedikleri aidatların da gayrisafi ücretten yapılabilecek indirimler arasında yer alması (GVK.m.63/4) vergi hukuku yönünden bu konuyu destekleyen ve kanaatimizce sosyal hukuk devletinin gereği olan uygulamalardır.

6. Ücrette Adalet Sağlanması-Vergilendirme

Anayasa'nın "Ücrette adalet sağlanması" başlıklı 55'inci maddesine göre *"Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur"*. Çalışan

⁹⁶ Kılıç, <http://www.vergihaber.net/?p=706> (Erişim. 10.09.2014).

kişilerin yaptıkları işe uygun ücret alıp almadıkları ayrıca değerlendirilmek üzere bir kenara bırakılacak olursa, asgari ücretten halen gelir vergisi alınıyor olması, Anayasa'nın bu hükmüne ve sosyal devlet ilkesini düzenleyen 2'nci maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Herkese insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlamayı amaç edinen bir sosyal devlette⁹⁷, "asgari" olarak kabul edilen bir emek gelirinden vergi alınması düşünülemez⁹⁸. Unutulmamalıdır ki Anayasaya göre, asgari ücretin tespitinde sadece devletin ve işverenlerin ekonomik durumları değil, "çalışanların geçim şartları" da dikkate alınmak zorundadır⁹⁹.

7. Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması-Vergilendirme

Anayasa'nın 56'ncı maddesine göre, "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*". İşçilerle ilgili ilaç ve tedavi giderlerinin ticari, zirai ve serbest meslek kazancının tespitinde indirim konusu yapılabilmesi (GVK. m.40/2, 57/4, 68/2), kaza, sağlık, hastalığa ilişkin sigorta primlerinin belirli kayıtlarla ücretlerde indirim olarak dikkate alınması (GVK.m.63/3), yükümlünün kendisi, eşi ve küçük çocuklarına ilişkin sağlık harcamaları ile kaza, sağlık ve hastalık sigortalarının primlerinin (belirli kayıtlarla) yıllık beyanmeden indirilebilecek harcamalar arasında yer alması, sağlık hakkının vergisel bazı düzenlemelerle de desteklendiğini göstermektedir. Çevrenin

⁹⁷ Özbudun, s. 144-146.

⁹⁸ Asgari ücretten vergi alınmamasının sosyal devletin gereği olduğu ancak bunun hayata geçirilemediği yönündeki değerlendirme için bkz. Saban, <http://www.vmhk.org.tr/?p=3576> (Erişim. 10.09.2014).

⁹⁹ Asgari ücret üzerinden gelir vergisinin kaldırılması, kamu maliyesi açısından önemli bir açık oluşturacağından bu açığın nasıl telafi edileceği de önemli bir sorun teşkil edecektir. Belirtilmelidir ki kamu açısından yeni gelir kaynakları yaratılmadığı sürece, asgari ücretten alınan verginin kaldırılmasının kamu maliyesine getireceği yükün, yine asgari ücretliler de dâhil toplumun tüm kesimine zam, dolaylı vergilerdeki artış vs. şekillerle yük olarak geri dönebilme ihtimali de bulunmaktadır.

korunması, yönlendirici vergilerin önemli bir kullanım alanı olmakla birlikte¹⁰⁰, Türkiye’de çevrenin korunması ve çevre bilincinin yerleşmesine yönelik etkin ve sistematik vergisel düzenlemeler bulunmamaktadır. Motorlu araçların, petrol ve yan ürünlerinin, kimyasal maddelerin, enerji kaynaklarının ve çevreye zararlı diğer ürünlerin kullanımının kısıtlanması, buna karşılık çevrenin korunmasına olumlu katkıda bulunabilecek ürünlerin kullanımının özendirilmesine yönelik politikalarla uyumlu bir vergi sisteminin gerekliliği tartışmasızdır. Bu çerçevede Türkiye’de sayısı 18 milyonu aşan taşıtlar¹⁰¹ üzerinden alınan motorlu taşıtlar vergisinin, yaş ve silindir hacmi dışında özellikle çevreye yaymış olduğu zararlı kimyasallar (CO2) dikkate alınarak belirlenmesi seçeneği bir an önce uygulanmaya başlanmalıdır¹⁰².

8. Konut Hakkı-Vergilendirme

Anayasa’nın “Konut hakkı” başlıklı 57’nci maddesine göre “*Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler*”. Konut ihtiyacının karşılanması amacıyla yönelik olarak kurulan Toplu Konut İdaresi’ne (TOKİ) kurumlar vergisi muafiyeti tanınmış olması (KVK.m.4/g), kurumun bu hakkın gerçekleştirilmesi yönündeki etkinliğini arttırmaktadır. Ayrıca yapı kooperatiflerine belirli kayıt ve şartlarla tanınan kurumlar vergisi muafiyeti (KVK.m.4/k) de konut hakkına katkı sağlayan bir vergi uygulaması olarak kabul edilebilir.

9. Sporun Geliştirilmesi-Vergilendirme

“Sporun geliştirilmesi” başlığını taşıyan, Anayasa’nın 59’uncu maddesine göre “*Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet*

¹⁰⁰ Göker, s. 64-70.

¹⁰¹ “Trafikte kayıtlı araç sayısı Ocak ayı (2014) sonu itibarıyla 18.052.195 oldu.” <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=15895> (Erişim: 19.07.2014).

¹⁰² Örneğin, Almanya’da 01.07.2009 tarihinde getirilen uygulamaya göre motorlu taşıt vergisi (Kraftfahrzeugsteuer), diğer vergileme ölçütleri yanında karbondioksit emisyonu da dikkate alınarak belirlenmektedir. Türkiye’de çevre koruma alanı yönünden motorlu taşıtlarla ilgili vergisel bazı öneriler için bkz. Üstün, s. 180-183.

başarılı sporcuyla korur”. Sporun geliştirilmesi ve sporcunun korunması konusunda bazı vergisel teşvikler sağlanmıştır. Örneğin, spor müsabakalarına katılan amatör sporculara ödenen ödül ve ikramiyeler gelir vergisinden istisnadır (GVK.m.29/3). Benzer şekilde, işyerindeki işçi sayısına bağlı olarak değişmekle birlikte çalıştırılan en fazla iki amatör sporcuya milli müsabakalara katıldıklarının belgelenmesi şartıyla ödenen ücretler de gelir vergisinden istisna edilmiştir (GVK.m.23/15). Spor dallarına ilişkin olarak yapılan sponsorluk harcamalarının, amatör spor dalları için tamamının, profesyonel spor dalları için % 50’sinin gelir ve kurumlar vergisi matrahından indirim konusu yapılabilmesi (GVK.m.89/8, KVK.m.10-1-b) sporun geliştirilmesi için kulüplerin ihtiyaç duydukları kaynağı temin etmelerine yardımcı olmaktadır. Spor kulüplerinin, sadece spor ve idman faaliyetinde bulunan iktisadi işletmeleri ile sadece spor ve idman faaliyetinde bulunan sportif anonim şirketlerine tanınan kurumlar vergisi muafiyeti de (KVK. m.4/j) bu kapsamda değerlendirilebilir.

10. Sosyal Güvenlik Hakkı-Vergilendirme

Anayasa’nın 60’ıncı maddesi, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” hükmünü içermekte; 61’inci maddede ise “Sosyal Güvenlik Bakımından Özel Olarak Korunması Gerekenler” gösterilmektedir. Bu madde kapsamında harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gaziler, sakatlar, yaşlılar ve korunmaya muhtaç çocuklar yer almaktadır. Devlet, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olması için gerekli önlemleri almak ve özel olarak belirtilen kimseleri korumak noktasında, vergilendirmeye ilişkin hükümleri bir araç olarak kullanabilir. İstihdam edilen hizmet erbabı için ödenen sigorta primi ve emekli aidatları (GVK.m.40/2) ile işverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı paylarının (GVK.m.40/9) ticari kazancın tespitinde gider olarak kabul edilmesi, çalışanlar adına ödenen sigorta primlerinin zirai kazanç ile serbest meslek kazancının tespitinde de gider olarak yazılabilmesi (GVK.m.57/4, GVK. m.68/2), kanunla kurulan emekli sandıkları ile sosyal güvenlik kurumuna ödenen aidat ve primlerin ücretlerin vergilendirilmesinde indirim konusu yapılabilmesi (GVK.m.63/2), serbest meslek erbabının faaliyeti dolayısıyla emekli sandıklarına ödediği giriş ve emekli aidatının (BAĞKUR Primi)

mesleki kazançtan gider olarak indirilebilmesi (GVK.m.68/8), 5510 Sayılı Kanun kapsamında ödenen sosyal güvenlik primlerinin gelir ve kurumlar vergisinde indirim konusu yapılabilmesi (5510 Sayılı Kanun, m.88), engellilere araç alımında tanınan özel tüketim vergisi istisnası (ÖTVK.m.7/2) gibi uygulamalar, sosyal güvenlik hakkı ile doğrudan bağlantılı ve bu hakları güçlendirme amaçlı uygulamalardır.

11. Sanatın ve Sanatçının Korunması-Vergilendirme

Anayasa'nın "Sanatın ve sanatçının korunması" düzenleyen 64'üncü maddesine göre "*Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır*". Telif haklarının gerek sahipleri gerekse mirasçıları tarafından satılması veya kiralanması karşılığında elde edilen gelirlerden gelir vergisi alınmamasını amaçlayan "telif hakları istisnası" (GVK.18) ile kamu idare ve kurumları tarafından fenni ve güzel sanatları öğretmek, yaymak, geliştirmek ve teşvik etmek amacıyla işletilen okullar, okul atölyeleri, konservatuvarlar, kütüphaneler, tiyatrolar, müzeler, sergilerin kurumlar vergisinden muaf olması (KVK.m.4/a), bu amaca hizmet eden uygulamalar olarak değerlendirilmektedir.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Günümüzde devlet faaliyetlerinin ve buna bağlı olarak kişilerin devletten olan beklentilerinin artması, daha fazla kamu geliri elde edilmesine yönelik arayışları beraberinde getirmiştir. Vergi gelirlerinin kamu harcamalarının karşılanmasındaki tartışmasız kaynak olma niteliği, devletin vergi geliri elde etmek yönündeki isteği ile vergi borçlularının temel hak ve özgürlüklerinin vergi nedeniyle sınırlandırılması arasında bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Kurulması gerekli olan bu dengenin kaynağını, başta Anayasa olmak üzere iç hukuk kuralları ile uluslararası hukuk kuralları oluşturmaktadır.

Vergi borcu ilişkisi, vergi alacaklısı ile vergi borçlusu arasında kanun hükümlerine dayalı olarak ortaya çıkmakta ve yine kanun hükümlerine göre yürütülmektedir. Kanun hükümlerine göre kurulan ve yürütülen bu borç ilişkisi, kamu hukukuna özgü nitelikler taşımakta ve bu ilişkinin bir tarafında

kamu gücünü kullanan devlet bulunmaktadır. Kamu gücüne dayalı ve tek taraflı olarak vergi koyabilme yetkisi anlamına gelen vergilendirme yetkisi ile kişilerin hak ve özgürlüklerinin karşı karşıya gelmesi kaçınılmazdır. Bu noktada kamunun her zaman üstün tutulması, kamunun menfaatlerinin her hâl ve şartta bireyin menfaatlerinden üstün tutulması gibi bir anlayışın kabulü mümkün olmayıp, devletin vergilendirme yetkisinin sınırlarının net olarak ortaya konulması tüm devlet organlarının aslî bir görevi olarak görülmelidir.

Verginin Anayasa’da doğrudan bir ödev olarak düzenlenmesi, günümüzde geçerliliğini kaybetmiş olan bir anlayışa dayanmaktadır. Vergi, artık “ödev” vurgusu ile algılanan otoriter bir bakış açısıyla açıklanamakta, aksine vergi borçlularının hak ve özgürlüklerini kullanabilmesi için gerekli demokratik organizasyonun finansmanına bir katılım payı olarak algılanmaktadır. Bu yüzden verginin sadece bir ödev olmadığını, hak ve özgürlükler kapsamına değerlendirilebilecek bir içeriğe sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Devlet tarafından oluşturulan demokratik düzenin işleyişine katkı payı olarak düşünülmesi gereken verginin Anayasa sisteminde katılma hakları olarak da ifade edilen “Siyasi haklar ve ödevler” kısmında muhafaza edilmesi daha uygun olacaktır. Buradaki sorun kanaatimizce sistematik bir yanlışlık değil, vergiyi salt ödev şeklinde ele almanın getirdiği bir yaklaşım yanlışlığıdır.

Vergi, mülkiyet hakkına yönelen doğrudan bir sınırlandırmadır. Vergi borçlusu, malvarlığına-mülkiyetine dâhil olan ekonomik değerlerin bir kısmını vergi olarak ödemekte, böylece vergi olarak ödediği kısım kadar mülkiyet hakkından yoksun kalmaktadır. Mülkiyet hakkının sosyal bir fonksiyon olarak mülkiyet anlayışı çerçevesinde açıklanması, bu hakkı kutsal, dokunulamaz, sınırlanamaz bir hak olmaktan çıkarmaktadır. Mülkiyet hakkına toplum yararını gerçekleştirmek üzere vergi alınması suretiyle müdahale edilmesi mümkündür ancak bu müdahalelerin sınırlarının net bir şekilde çizilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Anayasa’da belirtilen sınırlama sebeplerine uyulmaksızın yapılan vergisel müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Özellikle alınacak vergilerin veya verginin alınması için gerçekleştirilecek uygulamaların, mülkiyet hakkını ölçülü bir şekilde sınırlandırması ve hakkın özüne dokunmaması şarttır. Bu noktada kanaatimizce, vergi yükü bakımından hakkın özü ile ölçülülük kriterlerini birbirinden kesin çizgilerle ayırt

etmek mümkün olmayıp, bu iki kriterin Anayasa'nın 73'üncü maddesinde düzenlenen "mali güç" ölçütü ile birlikte değerlendirilmesinden bir sonuca ulaşılması mümkündür. Kişinin mali gücünü dikkate almayan uygulamalar, bu iki kritere ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olacaktır. Ayrıca kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunu yerine getirmesi bakımından, normlar hiyerarşisinin adeta tersine döndüğü izlenimi uyandıran uygulamalardan vazgeçilmesi gerekmektedir.

Negatif statü haklarının kişilere devlet karşısında özel koruma alanları sağlayan yönü, vergilendirme açısından da geçerli olacaktır. Bu nedenle gerek vergiye ilişkin kuralların konulması sırasında gerekse bu kurallarının uygulanması sırasında Anayasa'da açıkça düzenlenen sınırlama kriterlerine uyulması zorunludur. Buna karşılık pozitif statü hakları açısından kişilerin, bu hakların gerçekleştirilmesi için devletten vergisel olarak pozitif bir edimde bulunmasını isteme hakları bulunmaktadır. Türk Vergi Sistemini oluşturan kanunlarda bu hakların hayata geçirilmesine yönelik olumlu uygulamalar bulunmaktadır. Buna karşılık başta asgari ücretten vergi alınması olmak üzere, bu hakların gerçekleştirilmesini zorlaştıran veya kişiler arasında eşitsizlik yaratan kural ve uygulamalardan da bir an önce vazgeçilmesi gerekmektedir.

Kaynakça

- Akçaoğlu**, Ertuğrul; “Vergilendirme Yetkisinin Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, <http://www.akcaoglu.com/2007/02/27/vergilendirme-yetkisinin-temel-hak-ve-ozgurluklerle-iliskisi/> (Erişim. 10.09.2014).
- Akkaya**, Mustafa; “Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, (AÜHFD., C. 46, S. 1-4, 1997), s. 185-208.
- Başaran-Yavaşlar**, Funda; “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, (Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Editörler: İlhan ULUSAN-Bahri ÖZTÜRK, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009), s. 147-202.
- Batirel**, Ömer Faruk; “Anayasalarda Vergi Hakkı ve Ödevi, AB Uygulaması ve Türkiye”, (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:10, Sayı:20, Güz 2011), s. 13-25.
- Birk**, Dieter; Steuerrecht, 14. Auf., (C. F. Müller Verlag), Heidelberg 2011.
- Bulut**, Nihat; “Mülkiyet Hakkı Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, (EÜHFD., C. X, Sayı: 3-4, Yıl: 2006), s. 15-26.
- Çağan**, Nami; “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, (AÜHFD., C. XXXVII, Sayı: 1-4, 1980), s. 129-151, (Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme).
- Çağan**, Nami; Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982, (Vergilendirme Yetkisi).
- Demirbaş-Aksüt**, Burcu; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Vergilendirme Süreci, (Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2012.
- Erdoğan**, Mustafa; Anayasa Hukuku, 3. Baskı, (Orion Yayınevi), Ankara 2005.
- Erginay**, Akif; Kamu Maliyesi, 16. Baskı, (Savaş Yayınları), Ankara 1998.
- Evran-Topuzkanamış**, Şafak; Vatandaşlık Üstüne Bir Tez - Türk Hukukunda Anayasal Gelişmeler Işığında Vatandaşlık, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2013.

- Furtun**, İdris Hakan; “Türk Vergi Sisteminin Laiklik Açısından İrdelenmesi Türk Vergi Sistemi İçerisinde Yer Alan Çeşitli Yasalarda Farklı Din ve İnançlara Yaklaşım”, (Prof.Dr. Muallâ ÖNCEL’e Armağan, C. 2, Ankara 2009), s. 987-1014.
- Gedik**, Gülşen; “Çağdaş Anayasa Hazırlık Sürecinde Vergi Ödevinin Yeniden Tasarlanması”, <http://www.vmhk.org.tr/?p=3815> (Erişim. 10.09.2014).
- Gök**, Özgecan; “Kamu İcra Hukuku’nda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi ve Anayasaya Uygunluğu: Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, (Prof. Dr. Burhan CEYHAN’a Armağan, DEÜHFD. Özel Sayısı, Cilt 1, İzmir 2012), s. 381-433.
- Gökbunar**, Ali Rıza; “Ailenin Korunmasına Yönelik Vergi Politikaları”, (Yönetim ve Ekonomi, Yıl: 2001, C. 8, S. 2, Celal Bayar Üniversitesi İİBF), s. 1-6.
- Göker**, Cenker; Yönlendirici Vergilendirme, (Turhan Kitabevi), Ankara 2011.
- Gözler**, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, (Ekin Basın Yayın Dağıtım), Bursa 2011.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2011.
- Gümüşkaya**, Gamze; Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru, (Oniki Levha Yayınları), İstanbul 2010.
- Güneş**, Gülşen; “Anayasadan Sistemik, Kavramsal ve İlkesel Bazı Vergisel Beklentiler”, (Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler Sempozyum Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012), 267-283, (Vergisel Beklentiler).
- Güneş**, Gülşen; Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2011, (Verginin Yasallığı İlkesi).
- Güriz**, Adnan; Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, (AÜHF. Yayınları. No: 253), Ankara 1969.
- Kağıtçıoğlu**, Mutlu; “73’üncü Maddenin Yazımında Görüş ve Öneriler”, http://www.vmhk.org.tr/?page_id=3388 (Erişim. 10.09.2014).

- Kaneti**, Selim; Vergi Hukuku, 2. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1989.
- Kapani**, Münici; Kamu Hürriyetleri, 7. Tıpkı Basım, (Yetkin Yayınları), Ankara 1993.
- Karakoç**, Yusuf; “Anayasanın Vergi Ödevine İlişkin Hükmünün Değerlendirilmesi”; (Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler Sempozyum Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012), s. 83-98, (Vergi Ödevi).
- Karakoç**, Yusuf; “Türk Hukukunda Vergi Kanunlarının Anayasa’ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, (Anayasa Yargısı, C. 13, Ankara 1996), s. 249-373, (Yargısal Denetim).
- Karakoç**, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel Vergi).
- Kılıç**, İbrahim; “Vergilendirme ve Çalışma, Sözleşme ve Özel Teşebbüs Kurma Hürriyeti”, <http://www.vergihaber.net/?p=706> (Erişim. 10.09.2014).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2012.
- Kırbaş**, Sadık; Vergi Hukuku, 19. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2012.
- Metin**, Yüksel; Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2002.
- Nadaroğlu**, Halil; Kamu Maliyesi Teorisi, 11. Baskı, (Beta Basım), İstanbul 2000.
- Nazalı**, Ersin/**Demirci**, Mete; “Mülkiyet Hakkı ve Vergilendirme (I)”, (Vergi Dünyası, S.334, Haziran 2009), s. 83-93.
- Neumark**, Fritz; Maliyeye Dair Tetkikler, İstanbul 1951.
- Oktar**, S. Ateş; “Kamu Maliyesinin Bazı Anayasal İlkeleri ve Anayasanın Mali Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, (Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler Sempozyum Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012), s. 189-200.
- Öncel**, Muallâ/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami; Vergi Hukuku, 22. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2013.
- Öner**, Erdoğan; Vergi Hukuku, 4. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2014.

- Özbudun**, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2013.
- Pınar**, Burak/**Taylar**, Yıldırım; “Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması”, (Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 21, Nisan 2013), s. 139-180.
- Saban**, Nihal; “Anayasa Tartışmalarında Vergi Ödevi”, <http://www.vmhk.org.tr/?p=3576> (Erişim. 10.09.2014).
- Saban**, Nihal; “Vergi Hukuku Okumaları Gerçek: Kolektif Bellekten Pozitif Hukuk Tasarımına”; (İstanbul Barosu Dergisi Vergi Hukuku Özel Sayısı, Özel Sayı 7, Mart 2008), s. 9-16, (Vergi Hukuku Okumaları).
- Saban**, Nihal; Vergi Hukuku, 5. Bası, (Beta Basım), İstanbul 2009. (Vergi Hukuku)
- Serozan**, Rona; “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, (Prof. Dr. Ümit Yaşar DOĞANAY’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982), s. 239-254.
- Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan; Vergi Hukuku, 4. Baskı, (Ekin Basım Yayım Dağıtım), Bursa 2013.
- Şimşek**, Oğuz; Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2008.
- Taylar**, Yıldırım; “Vergi Teorisi Açısından Özel Tüketim Vergileri ve Türk Özel Tüketim Vergisi Uygulaması”, (Prof. Dr. Burhan CEYHAN’a Armağan, DEÜHFD. Özel Sayısı, Cilt 1, İzmir 2012), s. 435-467, (Özel Tüketim Vergisi).
- Taylar**, Yıldırım; Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay, (Doktora Tezi), İzmir 2013, (Vergiyi Doğuran Olay).
- Tekbaş**, Abdullah; Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi, (Maliye Bakanlığı SGB. Yayınları No: 2009/396), Ankara 2009.
- Tipke**, Klaus/**Lang**, Joachim;” Steuerrecht, 20. Auf., (Dr. Otto Schmidt Verlag), Köln 2010.
- Töralp**, Funda; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Vergilendirme Yetkisinin Kullanımına Etkisi”, (Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012), s. 163-182.

- Tuğrul**, Saim; Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, (Kazancı Kitap Ticaret), İstanbul 2004.
- Uygun**, Oktay; 1982 Anayasa'sında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, (Kazancı Kitap), İstanbul 1992.
- Üstün**, Ümit Süleyman; "Motorlu Taşıtlar Üzerinden Alınan Vergilerin Çevreyi Korumaya Yönelik ve Adil Olarak Düzenlenmesi", (GÜHFD, C. XVI, Yıl: 2012, S. 1), s. 153-190.
- Yaltı**, Billur; "1923'ten 2003'e Kazandıklarımız: Cumhuriyet Hukuku, Kazanamadıklarımız: Hukukun Cumhuriyeti, Vergi Hukukunda Geldiğimiz Yere Yakın Tarihten Bakmak: Panoramik Bir Çalışma", (Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi Sempozyum Kitabı, AÜHF. Yayını, Ankara 2003), s. 93-117, (1923'ten 2003'e).
- Yaltı**, Billur; "İbadethane Bağışlarının Vergi Matrahından İndirimi: Vergide Eşitsizlik Örneği", (Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, MÜHF. Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Yıl: 2013, C. 19, S. 2), s. 429-452, (İbadethane Bağışları).
- Yaltı**, Billur; Vergi Yükümlüsünün Hakları, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2006, (Vergi Yükümlüsünün Hakları).
- Yaltı**, Billur/Özgenç, A. Selçuk; Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, 2. Tıpkı Basım, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2007.
- Yaltı-Soydan**, Billur; "Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı", (Vergi Dünyası, S.227, Temmuz 2000), s. 103-114.

Kısaltmalar

Any.	: Anayasa
Any.M.	: Anayasa Mahkemesi
AO.	: Abgabenordnung (Alman Vergi Usul Kanunu)
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
EÜHFD.	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GVK.	: Gelir Vergisi Kanunu
K.	: Karar
KVK.	: Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	: Madde
MÜHF.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RG.	: Resmi Gazete
Rz.	: Randziffer (Kenar no)
s.	: Sayfa
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VİVK.	: Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu
VUK.	: Vergi Usul Kanunu

^HANAYASALAR YOLUYLA TOPLUM TASARIMI VE İNŞASI: ANAYASALARIN GERÇEK SAHİPLERİ VE ANAYASACILIK SÜREÇLERİNDE BİREY*

Yrd. Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ**

GİRİŞ

Dünyada her yıl, hemen hemen dört ya da beş anayasanın yerine yenileri yapılıyor ve yine her yıl, en az on veya on beş anayasa değiştiriliyor. Diğer yirmi ve daha fazla anayasa için de değişiklik önerileri veriliyor. Dünyada bir anayasanın ortalama ömrünün, yaklaşık on yedi yıl olduğu belirtiliyor¹. 1946-2012 yılları arasında yüz seksen altı devlet tarafından farklı tarihlerde toplam yedi yüz elli bir anayasanın kabul edildiği görülüyor². Bu müthiş hız ve değişim içinde hep şu soru akla geliyor: Anayasalar kime aittir? Birey/vatandaş/halk/ulus, anayasaların neresindedir? Bu soruların cevabı net olmamakla birlikte, Amerikan Anayasasının bilindik başlangıç cümlesinin aksine, anayasaların “biz” “sıradan” insanlara ait olmadığı kesin. Yuvarlak masalar etrafında, farklı meslek ve gelir gruplarından kişilerin birkaç saat veya gün, belirli konuları görüşmesi ve konuştukları başlık-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu makale, 4-6 Aralık 2013 tarihleri arasında ODTÜ-Ankara’da düzenlenen “13. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi”ne sunulan tebliğin yazılı hale getirilerek gözden geçirilmesi ve güncellenmesi sonucu hazırlanmıştır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Ginsberg/Elkins/Blount**, “Does the Process of Constitution-Making Matter?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1860392.

² **Versteeg**, s. 1149.

ları, temenniler şeklinde alt alta sonuç bildirgesi olarak sunmaları, yönetilenlerin anayasa yazım sürecine doğrudan katkı sağladığını maalesef göstermiyor. Bu, sadece anayasa yazımının müsamere kısmını oluşturuyor.

İktidar eksenlerinin ve iktidarı biçimlendiren etkenlerin değişip çeşitlendiği günümüzde, ulus-devlet anayasalarının sınırlarının zorlandığı hatta aşıldığı aşikâr. Bu nedenle anayasaların, sadece yerel ve ulusal önceliklerin ürünü olduğunu söylemek, her geçen gün güçleşiyor. Anayasalar, kalabalıklara atfediliyor ancak kalabalıklar, anayasa yapımı noktasında engel olarak görülebiliyor. Bu nedenle anayasayı biçimlendiren ve onu kaleme alan bireylerden ziyade tasarlanmış ve hazırlanmış bir anayasanın atfedildiği bireyleri görüyoruz. Makaledeki temel amacımız, anayasalar ile ulusun/halkların/kişilerin arasındaki uyumsuzluğun hatta karşıtlığın fotoğrafını çekmektir.

A. Anayasal Tasarımın/Anayasa Mühendisliğinin Amacı ve Anayasaların İdeolojik Yönünün Tasarıma Eşlik Etmesi

Anayasaların amacı, siyasi sisteme ilişkin temel ilkeleri ve kuralları koymaktır; aslında tüm bu kurallar, aynı zamanda siyasi sistemin kendisini yöneten kurallardır³. Kontrol etme amacıyla yola çıkan siyasi iktidarın, anayasacılığın yöntemleriyle kontrol edilmesi hedeflenmektedir. Anayasacılık fikri, liberal değer ve özlemlerle yakından ilişkili olsa da bu dengeyi sağlamak güçtür. Bir anayasada kusurlar, ihmaller bulunabileceği gibi bir anayasa, zamanla anti-demokratik veya otoriter bir niteliğe bürünebilir⁴.

“Eğer insanlar melek olsaydı, hiçbir hükümete ihtiyaç olmazdı. Eğer melekler, insanları yönetseydi hükümet üzerinde ne dış ne de iç bir kontrole ihtiyaç olurdu. İnsanın insan tarafından yönetildiği bir hükümetin sınırlandırılmasında yer alan büyük zorluk şudur: Öncelikle hükümete, yönetilenleri kontrol etmesini sağlayacaksınız ve sonra da hükümetin kendini kontrol etmesini zorunlu

³ Heywood, s. 374.

⁴ Heywood, s. 374. “(...) Kurulu bir yönetime sahip her devletin bir anayasası vardır. Nazi Almanyası, Franko İspanyası, Stalin Rusyasının anayasası ile herhangi bir liberal demokratik ülkenin anayasası arasında bu bakımdan hiçbir fark yoktur. Bir devletin anayasaya sahip olması onun demokratik ya da diktatöryel karakteri hakkında bir bilgi vermez.” **Dikmen Caniklioğlu**, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, s. 72.

kılacaksınız. İnsanların bağımsızlığı kuşkusuz hükümet üzerindeki ilk/öncelikli (primary) kontroldür ama tecrübe, insanoğluna ek (auxiliary) önlemler ihtiyacını öğretmiştir⁵.

Anayasaların sahip olduğu işlevler elbette bunlarla sınırlı değildir. Aslında her yeni anayasa, içinde yeni bir toplum veya birey tasarımı barındırır. Anayasal tasarım ya da anayasa mühendisliği, ifade olarak otoriter veya totaliter yapıları çağırırsa da tasarım, bizatihi modern anayasacılığın önem verdiği konulardan biridir. Zaten anayasanın (constitution), terminoloji olarak tesis etmek, kurmak, oluşturmak anlamında kullanıldığı⁶ esas alınır; inşa etmenin, anayasaların öncelikli amaçlarından biri olduğu söylenebilir. Anayasal tasarımdan anlamamız gereken anayasanın yapımı ve onun içeriğidir⁷. Ancak anayasanın ideolojik unsurlarla birleşmesi, tasarıma farklı anlamlar yükleyecektir.

Gönenç'e göre anayasa; uygulandığı toplumdaki hakim ideolojiyi yansıtan, siyasi iktidara meşruiyet kazandıran ve siyasi iktidarı organize eden üstün kurallar bütünüdür. Anayasaların üç temel işlevi bulunmaktadır ki bunlar; toplumun dayandığı temel prensip ve değerleri ifade etmek ve pekiştirmek (ideolojik manifesto), siyasi iktidarı meşru kılmak (normatif şelale) ve siyasi iktidarı organize etmektir (iktidar haritası)⁸. Heywood'un deyişiyle "(...) anayasalar, yansız olamaz; daima, az veya çok ideolojik önceliklere bulaştırılmıştır. Bu yüzden anayasa yapıcıları, bir bakıma ideolojik bir amaçla, rejimlerini birleştirici değerler dizisiyle ve siyasi davranışlarda kullanılabilen bir lügatla yetkilendirmeye çalışırlar⁹."

⁵ **Madison**, s. 288.

⁶ **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Metodoloji*, s. 131 vd.; **Şahin**, s. 6.

⁷ **Özbudun**, *Constitutional Design in Islamic Countries*, <http://northwesternlaw.comparativeconlaw.files.wordpress.com/2014/03/c3b6zbudun-constitutional-design-in-islamic-countries.pdf>, 03.09.2014. Dikmen Caniklioğlu'na göre "anayasa, devlet yapısının ve güçlerinin, yurttaş hak ve görevlerinin temel bir tasarımıdır." **Dikmen Caniklioğlu**, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, s. 72.

⁸ **Gönenç**, *Where to Start to Discuss*, s. 4; **Gönenç**, *Siyasi İktidar Kavramı*, s. 155. Anayasalar, "toplum içindeki farklılıkları bir arada yaşama kültürüne çeviren tutkal görevi"ne sahiptir. **Şahin**, s. 24.

⁹ **Heywood**, s. 381. Ancak Sartori'ye göre anayasalar, politikaların içeriğini saptarsa halk iradesinin yerine geçer. Bu nedenle anayasalar, içerik bakımından tarafsız olmalıdır. O

İdeolojik manifesto olma niteliği, anayasacılığın siyasi yönünü ortaya koyar. Sarıbay'ın da belirttiği üzere anayasanın ve anayasacılığın özündeki hukukî değil siyasi mesele öncelikle dikkate alınmalıdır. Bir halkın yeni anayasa yapmaya yönelik niyeti, o halkın içinde bulunduğu ulusal, uluslararası politika ve kültürel ortamın telkinleri doğrultusunda toplumu yeniden inşa etme arzudur¹⁰. Toplumu yeniden inşa ediş, her yerde ve her zaman siyasi bir içeriğe sahiptir. Yeni bir toplum arayışının yöntemi siyasi; dili siyaset dilidir¹¹. Gönenç'e göre de anayasalar, hukuki metinler olmalarına rağmen siyasi süreçlerden bağımsız değerlendirilemez. Anayasalar, siyasi sistemin unsurlarını dengeleme ve denetleme işlevine de sahiptir¹². Çağlar'dan alıntılırsak, anayasaların “önlenemez yükselişi”, politikanın sonu değildir; sadece politığın kavranmasında hukukun artan payına işaret eder¹³. Başka bir deyişle; “geleceğe bazı şeyler bırakmak, anayasal tasarım deponunun önemli bir parçasıdır. Sonuçta anayasal tasarımın dehası, sıradan siyasetin masasından hangi kararların alınacağını değil aynı zamanda bu masaya hangilerinin konulacağını belirlemektir¹⁴.”

Anayasalar yoluyla bireyi, toplumu ve siyasi yapıya ait unsurları tasarlama arzusu, anayasalar yoluyla meşrulaştırılmak istenen siyasi dönüşümlerin varlığına işaret etmektedir. Tasarım veya mühendislik sadece anayasa metniyle sınırlı değildir. Maddi anlamda anayasanın erişebildiği her konu, anayasal tasarımın parçasıdır. Siyasi kurumlar, seçimler veya siyasi partilere

halde anayasacılığın temel hedefinde politik içeriği saptamak yoktur. Eğer bir anayasa, politik bir içerik saptıyorsa orada anayasacılığın rotasından sapılmış mı demek olacaktır? Sartori'ye göre 18. ve 19. Yüzyıl anayasa yapımcıları anayasacılığın telosunu anlamışlardı ve onlar “doğal” mühendislerdi. **Sartori**, s. 257. Anayasa, fikirleri, arzuları, planları, siyasetleri değil, olanak olduğu ölçüde tam anlamıyla hukuk kuralları olanları belirtmekle kendini sınırlamalıdır. Kurallar; az, genel ve temel olmalıdır. Dil, müphem, coşkulu ve gayeli olmamalıdır. **Wheare**, s. 66-67.

¹⁰ **Sarıbay**, s. 385.

¹¹ **Dikmen Caniklioğlu**, Yeni Bir Anayasa İçin, s. 234.

¹² **Gönenç**, Siyasi İktidarın Denetlenmesi, s. 1.

¹³ **Çağlar**, s. 5.

¹⁴ **Dixon/Ginsburg**, s. 668.

ilişkin düzenlemeler, anayasada düzenlenmemiş olsa bile anayasa mühendisliğinin konusunu oluşturur¹⁵.

Anayasayı kaleme alan asli kurucu iktidar, kendisiyle yarışan/çarpışan diğer iktidarların karşısında zafer kazanır ve bu başarısını da yeni bir anayasa ile taçlandırır. Ancak mağlup iktidarlar, hayata geçiremedikleri anayasa önerilerini ve beklentilerini yeri geldiğinde kullanmak üzere muhafaza ederler. Tam da Çağlar'ın ifade ettiği gibi her yazılı anayasanın yanında, siyasi güçler dengesine göre yeniden şekillenen bir "yazısız anayasa" vardır ve bu anayasanın kavranmasında partizan faktörler, kurumsal faktörlerden çok daha önemlidir¹⁶. Eski ve yeni düzen/toplum/anayasa gibi tartışmalar, işte böyle zamanlarda ortaya çıkar. Toplum tasarlama isteği, yeni bir anayasayı beraberinde getirir. Anayasalar, yeni dönemlerin habercisi ve simgesidir. Eğer eskinin muhafazası isteniyorsa yani inşa edilmiş yapının sadece güçlendirilmesi ve korunması hedefleniyorsa; eski, gözden geçirilir. İngiltere'deki Restorasyon Dönemi, eskinin muhafazasına dair önemli bir örnektir.

İngiltere tarihinde kopma, 1642 yılında iç savaşla ve I. Charles'ın idam edilmesiyle ortaya çıkmıştır ve 1649-1660 yılları arasında "Protectorat" ve "Commonwealth" döneminde anayasa yapma girişimlerinde bulunulmuştur. Cromwell, İngiltere, İskoçya ve İrlanda'yı bu dönemde bir hükümet altında birleştirmiştir. Bu dönemin önemli bir anayasa yapma girişimi, 1653 tarihli Hükümet Senedi'dir (Instrument of Government). Ancak bu hayata geçirilememiştir. Sonrasında II. Charles taç dönmüş ve Restorasyon dönemi başlamıştır. Wheare'a göre 1660 yılında niye bir anayasa yapılmadığını, "Restorasyon" kelimesi özetlemektedir. Restorasyon, eski sisteme dönüş demektir; bir anlamda eskinin muhafazası hedeflenmektedir. Kopmayan tarihsel bir çizgide yazılı bir anayasaya sahip olmamak, bu ihtiyacı ortaya çıkaracak nedenlerin oluşmadığına işarettir¹⁷. Eski düzene sahip çıkılması yönünde bir kararlılık varsa, yeni bir anayasa yapımı tercih edilmemektedir.

¹⁵ **Horowitz**, s. 6, dipnot 1; **Sartori**, s. 9. Sartori'ye anayasacılığın iki temel motoru var. Mühendisliğin (engineering), motor (engine) kelimesinin türevi olduğu ele alınırsa; anayasa mühendisliğinin iki motoru cezalar ve ödüllerdir. Bu anlamda cezalar ve ödüller kullanılmazsa anayasalar tasarlandıkları gibi işleyemez. **Sartori**, s. 9.

¹⁶ **Çağlar**, s. 5.

¹⁷ **Wheare**, s. 12-13.

B. Asli Kurucu İktidar ve Anayasal Tasarım

1. Anayasal Müzakerenin Anayasa Metnine Aktarılması

Asli kurucu iktidarın, anayasa yazımını sonuçlandırması ve bu anayasanın ister halkoylamasıyla ister farklı yolla kabul edilmesi, anayasanın ve pek tabii ki asli kurucu iktidarın meşruiyetini sağlar¹⁸. Asli kurucu iktidar, kendisine yönelen tehditleri bertaraf edebilmek için kendi lehine anayasaya hükümler koyabilir. Hatta kendinden önceki anayasalara tepki niteliğinde hükümler koyarak bu tavrını netleştirir. Yine asli kurucu iktidar, özellikle anayasada çıkış güvencelerini düzenleyerek kendisini garanti altına alır¹⁹. Bir anayasa, demokratik bir usulle hazırlanmasa da halkoylamasına sunulurken “demokratik” hale getirilebilir. Asli kurucu iktidar, çoğu kez halkoylaması yoluyla kendini aklar. 1950 yılında halkoylaması yoluyla anayasaların kabul edilmesinde oran, yüzde yedi iken şimdi bu oran, yüzde otuz dörde yükselmiştir. Versteeg’e göre “ülkenin en yüksek belgesini” tasarlarken, uzmanlar genellikle çoğunluğun duyarlılığını dikkate almamakta ancak bu duyarlılıklarla, çelişebilecek değerler arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır²⁰. Bu nedenle halkoylaması, bu çelişkinin giderilmesinde ve meşruiyetin sağlanmasında önemli bir işleve sahiptir.

Lijphart makalesinde, bölünmüş toplumlar için anayasa yapım önerisini şu şekilde sunar:

¹⁸ Asli kurucu iktidarın niteliği ve sınırları hakkında bkz. **Gözler**, Kurucu İktidar, s. 55-61; **Şahin**, s. 135-146. Gözler’e göre asli kurucu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusu, hukuken cevaplandırılacak bir soru değildir. **Gözler**, Kurucu İktidar, s. 64. “Kurucu iktidarın ulusal irade bünyesinden nasıl ve kime ait bir yetki olarak çıkacağı sorunu, yapılan anayasanın meşruiyetini de doğrudan etkileyen bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.” **Dikmen Caniklioğlu**, Anayasal Devlette Meşruiyet, s. 72.

¹⁹ “Çıkış güvenceleri (exit guarantees), askeri rejimlerden demokrasiye geçerken ya da dönerken, silahlı güçlerin yeni anayasa hükümleri arasında katıştırdıkları hak, yetki, güvence ve ayrıcalıkları ifade eder.” **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 38.

²⁰ Karşılaştırma ve yorum için bkz. **Versteeg**, s. 1142, 1180. Bazı durumlarda anayasaların yapım safhasında doğrudan halk yer almaktadır. Anayasal meclise doğrudan üye seçebilmektedir. Örneğin İzlanda’da anayasayı yapacak 31 kişi, halk tarafından “sıradan” insanlar arasından seçilmiştir. **Sigmundsdottir**, http://www.boston.com/news/world/europe/articles/2010/11/26/iceland_elects_ordinary_folk_to_draft_constitution/

“Anayasayı kaleme alanların, farklı tercihleri incelemeden benim önerilerimi kabul etmelerini tartışmıyorum. Partilerin ve politikacıların gündemi ve çıkarları, diğer alternatiflerin dikkate alınmasına neden olabilir. Bir ülkenin tarihi ve gelenekleri de anayasayı kaleme alacakları etkileyecektir. Bu profesyonel tavsiye her zaman ve çok akılcıca bir şekilde birden fazla anayasa uzmanından istenecektir. Yine de burada belirttiğim öneriler benim kendi kişisel tercihlerime dayanmamaktadır. Ancak güçlü akademik konsensüs ve sağlam ampirik kanıtlara göre, en azından başlangıç noktası olarak anayasal müzakerelerden başlamaları gerekir²¹.”

“En azından başlangıç noktası olarak anayasal müzakereden başlamak”, halkın görüşlerinin, anayasalara yansıdığına göstergesi midir? Anayasal belgeler halkın değerlerine (popüler values) bağlılık gösterebilir: (1) Başlangıç bölümünde, halka ait değerleri ve ulusal karakteri ilan eder; (2) Anayasa yapım sürecinde halkın katılımı, onayı yer alabilir. (3) Halkın görüşünü yansıtan haklarla ilgili politikalara ve haklara yer verilir. Bu görüşe göre, anayasalar halkın makul müzakeresini yansıtır; ancak sıradan yasama işlemi; seçilmiş temsilcilerin öngörüsüz pazarlıklarını, korkularını ve tutku-larını ifade eder²². Ancak anayasa yapıcılarının, evrensel haklar listesini ve hazır anayasal modelleri tercih etmesi, anayasaların popüler değerlerden ayrıldığına göstermektedir²³.

Vergreed’e göre anayasa yapıcılar, halkın kendisini ifade etmesinden öte fonksiyonalizmi ve evrenselciliği tercih etmektedir. Evrenselcilik, çoğunluğun isteklerine aldırılmaksızın belli evrensel değerlerin tüm anayasalarda yer almasını savunur. Evrenselcilik, popüler söylemlere karşı anayasa yapıcılarını uyarır. Çünkü popülist anayasalar, potansiyel olarak evrensel insan haklarını ihlal edebilmektedir. Fonksiyonalizm ise popüler anayasaların teknik olarak mükemmel olmadığını çünkü genellikle geniş bir haklar listesi sunduğunu belirtir. Fonksiyonalizme göre anayasa yapıcılar, teknik uzmanlığa sahip mühendisler olarak optimal anayasal sonuçları sağlamak ve neredeyse toplum için gerekli işletim sistemini inşa etmelidirler. Anayasal tasa-

²¹ Lijphart, s. 107.

²² Versteeg, s. 1136, 1139.

²³ Versteeg, s. 1138.

rım yoluyla anayasalar ekonomik refah, hak ve özgürlüklere saygı, istikrarlı demokrasi yaratabilir²⁴.

Peki anayasalar halka ait olan değerleri ne kadar yansıtmadır? Wheare'in de belirttiği üzere, "hukuki kavramların çoğu birer hukuki fiksiyonu andırır". "Halk", İrlanda Anayasasını yapmaktadır ama gerçekte yalnızca halkın çoğunluğu anayasayı uygun bulma işleminde bulunmuştur. Yine Hindistan'da "halk", kendi "Kurucu Meclisi"nde anayasasını yapmaktadır. Ancak Kurucu Meclis, Hindistan halkının azınlığı tarafından seçilen temsilcilerden oluşturulmuştur ve anayasa hiçbir zaman doğrudan halk onayına sunulmamıştır²⁵.

2. Anayasalar Yoluyla Toplum/Vatandaş/Kimlik İnşasının Başarısı

Asli kurucu iktidar, anayasanın yürürlüğe girmesiyle kendi meşruiyetini sağlar ancak bu meşruiyetin sürdürülebilmesi ve korunması için bu meşruluğun paydaşlarını yani vatandaşların, anayasanın hedefleri doğrultusunda seferber edilmesi gerekir. Bu yönüyle anayasalar, bir ulusu tasarlama aracıdır²⁶.

Tarihte ulus-devletin, anayasacılığın ve vatandaşlığın ortaya çıkışı eşzamanlıdır. Sınırları belli bir coğrafyada yani günümüzün modern devleti ulus-devlette, homojen insan topluluğunu yaratabilmenin ve ortak hedefler, idealer peşinde bu topluluğu birleştirmenin anahtarlarından biri vatandaşlıktır. Vatandaşlık, anayasada veya ilgili kanunlarda tanımlanır ve böylece vatandaş kimliği kurgulanmış olur²⁷. Modern ulus devletler için bir anayasa

²⁴ Evrenselcilik ve fonksiyonalizm için bkz. **Versteeg**, s. 1181.

²⁵ Örnekler için bkz. **Wheare**, s. 1181.

²⁶ **Versteeg**, 1138.

²⁷ Anayasalar "biz"e ait olmadığı gibi "biz"den neyi anlamamız gerektiği de tartışmalıdır. Örneğin *United States v. Verdugo-Urquidez* (1990), kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, "halk (people)"ı ulusal topluluğun parçası olan kişiler olarak tanımlamıştır. Mahkeme'ye göre halk, ABD'yle somut bağları olan kişidir. Buradaki mihenk taşı, vatandaşlık değil ABD'yle olan bağlantısının boyutudur. *District of Columbia v. Heller* (2008) kararında ise Yüksek Mahkeme, *Verdugo-Urquidez* kararındaki tanıma yer vermiştir. Ancak Heller'da ayrıca "kişiler" (people) ifadesinin, siyasi topluluğun tüm üyelerini ifade ettiğini belirtilmiştir. Heller kararıyla "kişiler" anlam değişikliğine uğramakta ve siyasi topluluğun tüm üyeleri, "uygun/makbul seçmenler" olarak ifade edil-

sadece siyasi kurumları belirlemez ayrıca ulusal kimlikleri, değerleri, beklentileri de inşa eder. Anayasal tasarım, o halde siyasi sistemlerin özüdür. Özellikle anayasaların başlangıç bölümünde, ulusal kimliğin ve popüler değerlerin yer aldığı görülmektedir. II. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar dünya anayasalarının sadece yüzde beşinde başlangıç bölümü bulunurken II. Dünya Savaşı sonrası bu oran yüzde yirmi beşe yükselmiştir. Sıklıkla anayasa tasarımcıları başlangıç bölümlerini, insanların ve ulusun yüksek değerlerini veya uluslararası değerleri ifade etmek için kullanmaktadır²⁸.

Kurgu sağlam olduğu sürece vatandaşın, ulus-devlete olan bağı kuvvetlenecektir. Bu kurgunun inşasında izlenen metot başarısız olursa, o zaman vatandaşlık yerine kimlik problemlerinin konuşulduğu ve ulus-devletin meşruiyetinin tartışılır hale geldiği görülmektedir. Anderson'a göre millet, hayal edilmiş siyasi bir topluluktur, çünkü en küçük ulusun üyeleri bile diğer üyeleri tanımayacak, onlarla tanışmayacak, çoğu hakkında hiçbir şey işitmeyecektir ama yine de her birinin zihninde toplumların hayali yaşamaya devam edecektir²⁹. Anderson'un "Imagined Communities" kitabı, Türkçe'ye "Hayali Cemaatler" olarak çevrilmiştir. Özcan'a göre, çevirideki "hayali" sözcüğü konuyu biraz hafifletmektedir. Çünkü hayali sözcüğü, sanki ulusların rastgele oluşturulduğuna dair bir izlenim vermektedir. Oysa kitapta ifade edilen, ulusların tasarlanmış siyasi varlıklar olarak bilinçli bir inşa sürecinin ürünü oldukları ve bu inşanın, ağırlıklı olarak dil, yazılı kültür, edebiyat ve diğer estetik ürünlerle geliştirildiğidir³⁰.

Anayasalar yoluyla tasarım, her zaman başarılı olamaz. Çünkü anayasaların toplumu doğrudan biçimlendirecek olması, tüm sosyal gelişmelerin öngörülemez hareketliliğini görmezden gelmek demektir. Anayasaların

mektir. *Dred Scott v. Sandford* kararında Baş Yargıç Taney, Birleşik Devletler'in "halk"ı ile vatandaşların eş anlamlı olduğunu belirtirken; *Verdugo-Urquidez* kararında Baş Yargıç Rehnquist, "halk" ifadesinin; vatandaşları ve bu ülkeyle somut bir bağı olan vatandaş olmayanları da kapsadığını ifade etmiştir. Karşı oyda Yargıç Brennan, "halk"ın yani Birleşik Devletler kanunlarına tabi herkesin, anayasal himayeden yararlanacağını belirtmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, "halk"ın açıkça bir tanımı henüz kabul etmemiştir. **Harvard Law Review Notes**, s. 1088-1089.

²⁸ Versteeg s. 1141.

²⁹ Anderson, s. 22.

³⁰ Özcan, Hukuk Devleti, s. 71.

“ruhu”, bireylere nüfuz edebilir mi? Baskıcı anayasa-baskılanan birey veya özgürlükçü anayasa-özgür bireyler anlamına gelebilir mi? Bu sorulara yanıt vermek kolay değil çünkü bu sorular, iki önemli tuzağı barındırıyor. Bunlardan ilki, hangi dönemdeki, hangi anayasanın esas alınacağı problemidir. Anayasacılığın anlamı değişirken bireyin de anlamı, anayasal mekân bağlamında farklılık gösteriyor. İkincisi, bu soruya “evet, anayasalar bireylere nüfuz eder” dersek anayasa fetişizmine düşüp anayasacılığa aslında hiç de sahip olmadığı bir önem atfetmiş olur muyuz? Veya “hayır, nüfuz etmez” dersek, anayasacılığın gerçek anlamını ıskalamış olur muyuz?

Elster’e göre anayasal değişimlerinin sonuçlarını takip edebilmek mümkün değildir. Sartori ise Elster’in “büyük kurumsal değişimlerin uzun vadeli global net dengelerinin” tahmin edilemeyeceğini tezinin geçerli olabileceğini ancak bu muhakeme tarzının, anayasaların ne yaptığını ve ne yapması gerektiğini üzerinde bir etkisi olmadığını söyler. Sonra Fransız Anayasasının bütçeyle ilgili maddesinden hareketle önceden tahmin edilebilir etkinin olduğunu ortaya koymaya çalışır. Kitabın genelinde de Sartori, seçim sistemlerinin etkileri hakkında çıkarımlarda bulunmakta ve “anayasal reformların amaçlanan sonuçlara neden olmalarının muhtemel şartlarını belirlemeye çalışmaktadır.” Bu nedenle anayasaların bir yol olduğunu ve en önemli özelliğinin, devletin karar alma disipliniyi sağlayan biçim olduğunu belirtir. “Anayasalarda normların nasıl yaratılacağı gösterilir; normlarla neyin emredileceğini göstermezler ve göstermemeleri gerekir³¹”.

3. Anayasal Belgelerdeki Değerlerin Toplumsal Değerlerle Uyumu

Versteeg’in halkın sahip olduğu değerler ile anayasal değerler arasındaki ilişkiyi değerlendirdiği makalesi oldukça ilgi çekicidir. Versteeg, yaptığı araştırmanın sonucunda anayasada yer alan değerler ile o ülkede yaşayanların değerleri arasında ciddi farklar olduğunu tespit etmektedir. Ulusun belli anayasal tercihleri ile vatandaşların değerleri ya çok zayıf ya da uyumsuzdur. Anayasalar tam olarak temsil ettikleri kişiler tarafından desteklenmemektedir ve bu yönüyle dünya anayasacılığı, halkın görüşlerini yansıtmaktan çok uzaktır³². 1996’da Güney Afrika Anayasası kaleme alınırken;

³¹ Elster’in yaklaşımı ve bu yaklaşıma ilişkin değerlendirme için bkz. Sartori, s. 254- 257.

³² Versteeg, s. 1133.

Güney Afrika'nın %88'i eşcinselliğin ahlaken kabul edilemez olduğunu düşünmekteydi ancak yeni anayasada, buna rağmen cinsel yönelime bakılmaksızın eşit koruma düzenlemiştir. Yine Hollanda'da nüfusun sadece %22'si eşcinselliğe karşıyken anayasada eşcinsellerin hakları hiçbir zaman düzenlenmemiştir³³.

Örneğin Fas Anayasasında grev hakkı, ülkenin önemli değerlerinden biri olarak düzenlenirken; yakın zamanda yapılan kamuoyu yoklamalarında, nüfusun %95'i hiçbir durumda greve gitmeyeceğini belirtmiştir. Britanya'da ise halkın %99'u greve gitmek istediğini ortaya koysa da grev hakkı, Britanya hukukunda anayasal bir statüye sahip değildir. Fas, Macaristan, Romanya, El Salvador, Belarus/Beyaz Rusya, Venezüella, Slovakya, Kırgızistan, Filipinler Anayasasında grev hakkı yer alsa da bu ülkelerde, halkın %90'nın üzeri hiçbir koşulda yasal greve katılmayacağını belirtmektedir. Dominik Cumhuriyeti'nde halkın %86'sı, yüksek vergiler pahasına güçlü bir çevre korumasından yana olsa da anayasal belge, çevrenin korunması hususunda sessizdir. Litvanya Anayasasında ise sağlıklı çevre hakkı düzenlense de halkın sadece %24'ü çevrenin korunması için ödeme yapmaya isteklidir³⁴.

Bu ilgi çekici makalenin kamuoyu araştırmaları ve anketler üzerinden toplumun değerlerini belirlemeye çalışması ve bu değerlerin anayasal belgelerdeki izini sürmesi, yöntem açısından eleştirilebilir. Ancak anayasal belgelerin, halkın tercihleri doğrultusunda kaleme alınmadığını derinlemesine incelemesi bakımından, makale son derece orijinal ve önemli analizleri içermektedir.

C. Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku ve Anayasal Tasarım: Anayasa Yapımında Farklılaşarak Artan Aktörlerin Anayasal Tasarıma Etkileri

Tanıklık ettiğimiz çağ, anayasaların işlevlerine ve amaçlarına bakışımızı değiştirmektedir. Örneğin Lassalle, 1860'larda 19. Yüzyıl Almanya'sında "anayasanın kağıt parçası haline geldiğine" tanıklık ettiği için "Kağıt Parçası Anayasa" tezini geliştirmiştir. Kelsen ise 1920'li yıllarda, Anayasa

³³ Versteeg, s. 1133-1134.

³⁴ Örnekler için bkz. Versteeg, s. 1154, 1133-1134.

Mahkemeleri'nin Çekoslovakya, Avusturya, İrlanda, Romanya ve Yunanistan'da kurulduğu yıllara şahitlik edecek ve "Anayasanın Kazai Teminatı: Anayasa Yargısı" formülünü geliştirecek ve "politiğin hukukla düzenlenmesinde anayasa mahkemeleri rolünün erken teşhislerinden" birini yapacaktır³⁵. Günümüzde ise öne çıkan tezin/formülün adı, karşılaştırmalı anayasa hukukudur. Dünyada anayasa yapımı hız kazanırken özellikle son on yıldır karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarının büyük ölçüde arttığı görülmektedir. Bu, elbette bir tesadüf değildir. Çok geniş bir perspektifle, farklı ülkelerdeki anayasal problemler, düzenlemeler ve öneriler ele alınmakta; değişik anayasal deneyimler ışığında ortak çözümler bulabilme ve ortak değerler üretebilme hedeflenmektedir³⁶.

Karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarında özellikle anayasaların ve anayasacılığın değişen anlamları, anayasal tasarım, anayasa mühendisliği, anayasal rıza, kurucu iktidarın işlevi ve sınırları, anayasaların sürekliliği/dayanıklılığı, anayasaların meşruiyeti, anayasaların türleri, bir hukuk sisteminde anayasa hukukunun yeri, anayasalar yoluyla anayasal kimliğin inşası, karşılaştırmalı olarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin, siyasi partilerin, hükümet sistemlerinin, devlet yapılarının, anayasa mahkemelerinin ve anayasa mahkemelerinin anayasal yorumlarının değerlendirilmesi, bireyin hakları ve devletin yükümlülükleri, çoğulculuk ve demokrasi, sosyal devlet ve anayasalar gibi birçok konunun ele alındığı görülmektedir³⁷.

³⁵ Örnekler için bkz. **Çağlar**, s. 4. Örneğin Kaboğlu da Akdeniz mekanında yer alan anayasacılık hareketlerini, "Akdeniz-Anayasacılığına doğru" şeklinde ifade etmektedir. **Kaboğlu**, dipnot 27, s. 49.

³⁶ **Horowitz**, s. 1.

³⁷ Karşılaştırmalı anayasa hukuku alanındaki temel çalışmalar için bkz. **Ginsburg**, Tom/**Dixon**, Rosalind (edited by), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, USA 2011.; **Hirschl**, Ran, *Comparative Matters-The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, USA 2014; **Jackson**, Vicki/**Tushnet**, Mark, *Comparative Constitutional Law*, Second Edition, Foundation Press, USA 2006; **Jackson**, Vicki/**Tushnet**, Mark (edited by), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Praeger, USA 2002; **Zachary**, Elkins/**Ginsburg**, Tom/**Melton**, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, USA 2009; **Dixon**, Rosalind/**Ginsburg**, Tom (edited by), *Comparative Constitutional Law in Asia*, Edward Elgar Publishing, USA 2014; **Rosenfeld**, Michel/

Bu çalışmalar, bir yandan anayasa hukukunun farklı disiplinlerle kesişmesine olanak sağlarken diğer yandan dünyada anayasa yapım yöntemlerinin ve tekniğinin değiştiğinin kanıtı olmaktadır. Karşılaştırmalı anayasa hukuku, farklı anayasal tecrübelerin öğrenilmesi ve depolanması yoluyla farklı ülkelerin anayasa yapım süreçlerinde belli ülkelerin/kişilerin/akademisyenlerin ön plana çıkmasına neden olmaktadır³⁸. Anayasacılık konusunda tecrübeli devletlerdeki akademisyenler, düşünce kuruluşları ve hükümet dışı organizasyonlar başka ülkelerin anayasa yapımında etkin rol oynamaktadır³⁹. Dikmen Caniklioğlu'nun belirttiği üzere;

Sajo, Andras (edited by), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, Great Britain 2012.

³⁸ Bu deneyim ve bilgi aktarımının en önemli göstergelerinden biri de “Karşılaştırmalı Anayasalar Projesi”dir³⁸. Bu projenin içeriği sadece internet ortamında dünya anayasalarına ulaşılabilir sınırlı değildir. Özellikle bu proje bağlamında her bir anayasanın zaman içinde geçirdiği değişiklikler takip edilebilmekte ve belirli anahtar kelimelerin (örneğin hukuk devleti, vicdan özgürlüğü, anayasa mahkemesi gibi) tüm dünya anayasaları içinde taranması mümkün hale gelmektedir. Aynı konunun farklı anayasalarda nasıl düzenlendiğine tek bir tuşa basarak ulaşabilmek mümkündür. Bu bilginin herkes tarafından paylaşılabir olması elbette çok kıymetli. Ancak bu projeyi önemli kılan bu projeden yararlananlar değil elbette bu proje inşa edenler. Comparative Constitutions Project: <http://comparativeconstitutionsproject.org/>, 20.08.2014, <https://www.constituteproject.org/> da bu proje tarafından üretilmiştir. Bu proje, Teksas Üniversitesi'nden Zachary Elkin, Chicago Üniversitesi'nden Tom Ginsburg ve Londra College Üniversitesi'nden James Melton tarafından hayata geçirilmiştir. Yine Northwestern Hukuk Fakültesi'nin “Constitutional Design in the Muslim World”-Müslüman Dünyasında Anayasal Tasarım, Profesör Erin Delaney and Kristen Stilt tarafından yönetilmektedir. Bu kapsamda, İran, Mısır, Tunus, Sri Lanka, Pakistan, Hindistan, Bangladeş, Türkiye, Endonezya ve Malezya gibi ülkelerdeki anayasal deneyimler ve anayasal tasarım üzerine konferanslar düzenlenmektedir: <http://constitutionaldesign.law.northwestern.edu/>, 20.08.2014. Yine Anayasa Yapımı ve ConstitutionMaking.org, uluslararası gazetesini Blogu: <http://www.iconnectblog.com/>, 20.08.2014., mevcuttur. Blok yöneticileri de Richard Albert, Tom Ginsburg, David Landau'dur. Ayrıca New York Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasal Dönüşümler Merkezi: (Centre For Constitutional Transitions at NYU Law) <http://constitutionaltransitions.org/>, 20.08.2014 ve Melbourne Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Çalışmaları Merkezi, <http://www.law.unimelb.edu.au/cccs/>, 20.08.2014., bu alanda önemli çalışmalar yürütmektedir.

³⁹ Anayasalar çoğu kez uluslararası organizasyonlara ve ulusal veya uluslararası hükümet dışı organizasyonları gibi özel çıkar gruplarına danışan bir küçük uzman grup tarafından kaleme alınmaktadır. Versteeg, s. 1180.

“(…) Anayasalar, siyasal sistemin tüm sorunlarını çözmek gibi bir beceriye sahip olmadıklarından; toplumun, en iyi anayasayı yaparsak en iyi toplum olacağız gibi bir beklenti içine sokulmasının yanlış olduğu, anayasa hukukçularının da kendilerine en iyi anayasayı yazmak gibi bir misyon vehmetmemeleri gerektiği öncelikle belirtilmelidir⁴⁰.”

Ancak anayasacılığa atfedilen anlam, anayasa hukukçularına atfedilen anlamla bütünleşince ve anayasalar “değer” kazanınca anayasa hukukçularının rotası toplum mühendisliği inancı ve kararlılığıyla birleşebilmektedir. Horowitz’in 1999 yılında kaleme aldığı üzere, 19. yüzyıl Hıristiyan misyonerlerin yüzyılıysa; 21. Yüzyıl anayasal misyonerlerin yüzyılı olacaktır⁴¹ ki on beş yıl sonra bu tahminin, artık bir gerçeğe dönüştüğü saptamakla yetiniyoruz. Horowitz, 1978’de Lagos’da seçilmişlerden oluşan ve Anayasa Taslak Komitesi’nin kaleme aldığı metni gözden geçirip tekrar yazan Kurucu Meclis’in oturumuna katıldığını ve o dönemde Amerikan Anayasası hakkında bilgi edinme konusunda büyük bir istek olduğunu; Amerika Büyükelçiliği’nin “Federalist Yazılar”ın kopyalarını sağlarken çok mutlu olduğunu söyler. Amerikan Anayasasının ilk yazılı modern anayasa olması ve yapılan değişiklikler dışında hala varlığını koruması, Amerikan Anayasacılığını hep izlenilesi, örnek alınası ve neredeyse anayasacılık içinde bir moda akımı yaratmaktadır. Karşılaştırma merakı, Amerikan örneğini aşamamıştır; ancak günümüzde durum değişmektedir⁴². Horowitz bu durumun değiştiğini on beş yıl önce belirtmişti. Şimdi anayasa yazımı borsasında, aktörlerin artarak çeşitlendiği saptamasında bulunuyoruz.

D. Küreselleşme ve Anayasa Yazımı

“(…) Bugün 1980 sonrasında dünyanın bütün kredi kartı işlemleri VISA ve Master Card tarafından düzenleniyor; devletler bu konuda karar veremiyor. Bütün kredi piyasası, Bern Kulübü denilen bir bankacılar lobisi tarafından kararlaştırılıyor. De Beers şirketi, dünya elmas piyasasında geçerli olacak olan hukuku belirliyor; bunu yaparken de Yahudi hukukunu uygulamaya koyacak kadar engelsiz bir iktidara sahip (...). Mesela, Amerika Birleşik Devletleri’nde

⁴⁰ **Dikmen Caniklioğlu**, s. 236.

⁴¹ **Horowitz**, s. 5.

⁴² **Horowitz**, s. 1.

hükümet dışı iki kuruluş olan American Law Institute ve Uniform Law Commissioners (bunların kuruluşları 1906'ya kadar geri gidiyor) Birörnek Ticaret Kodu'nu hazırladı. Amerikan yasama organı Ticaret Kanununu hiçbir zaman hazırlamadı. Bugün Amerika'daki Ticaret Kanunu diye uygulananlar bu kuruluşların hazırladığıdır. Küresel ölçekte etkili hale gelen bu gelişmeye bir dizi milletlerarası yargı kurumu ya da yarı-yargısal uyuşmazlık çözümü mekanizmaları ilave edildi; ancak bunların hiç birisi çokuluslu şirketlerin çıkarlarını frenlemekte etkili değildir. Şundan dolayı etkili değil; bu etki gücü sistemi inşa edenlerin iktidarlarına dokunduğunda etkisiz kılınacak bir yol bulunuyor. Bütün bu özel hukuk eksenli sistemin adına international soft law ya da modern ius mercatoria, Türkçe ifadesiyle "modern ticaret hukuku" denilmektedir⁴³."

Özcan'ın belirttiği üzere artık küreselleşme, dünya genelinde kanun yapmanın kimliğini değiştirmektedir. Küreselleşme, hukuk devletinin anlamını değiştirirken elbette anayasacılık da ulusal ölçüğün dışına çıkmaktadır. Beard, 1913 yılında Amerikan Anayasasının kişisel mülkiyete sahip küçük ama etkin bir grup tarafından mülkiyet hakkını esas alan "ekonomik bir doküman"⁴⁴, olduğunu belirtmişti ve Amerikan Anayasasını ekonomik bir yaklaşımla değerlendirmişti. Günümüzün küresel pazarında ise anayasacılığı ve kanun yapma yöntemlerini ekonomik yaklaşımlardan bağımsız olarak değerlendirmek artık mümkün değildir.

Çağlar, 1989'da "anayasa bilimi, her devlet tipiyle ilgili tarihi, sosyolojiyi hesaba katmak zorundadır. Belki de bu nedenle yapılması gereken anayasa teorisi yerine kısmi anayasa teorisi üretmektir⁴⁵", derken elbette yerel sorunlara ve ihtiyaçlara çözüm bulmanın önemine dikkat çekiyordu. Ancak günümüzde sorunlar ve çözümler yerelliğini kaybederken, anayasa-

⁴³ Özcan, Neoliberalizmden Sonra Hukuk Devleti, s. 400, 401.

⁴⁴ Beard, Charles; An Economic Interpretation of The Constitution of The United States, (Macmillan Co.), New York 1913'den aktaran Wheare, s. 90; Heywood, s. 382.

⁴⁵ Çağlar, s. 11. Dünyadaki bütün topluluklar için "uygun, elverişli ve kullanışlı bir anayasanın olmadığı doğrudur. Fakat kabul edildiği ülke açısından en yararlı sonuçları derhal veya gelecekte getirebilecek, kullanılma açısından elverişli ve uygun bir Anayasa biçimi tasarlamak olasıdır. Wheare, s. 46.

ları kaleme alanların o devletin tarihinden ve sosyolojisinden çok uzak olduğu ortadadır⁴⁶.

Örneğin Jed Rubinfeld “Anayasacılığın İki Mefhumu” başlıklı makalesinde bu olgu üzerinde durur. Bu makalede, Rubinfeld, kendi mesleki tecrübelerinden yola çıkarak ulusal ve uluslar arası anayasacılığın anlamını açıklamaya çalışmaktadır. Kendisi, Venedik Komisyonu’nda, ABD adına gözlemci sıfatıyla Kosova’nın anayasa yapımında yer almıştır. Ancak anayasanın yapım sürecinde sadece Avrupalı on iki yargıcın ve anayasa hukukçusunun yer aldığını ve bu kişilerden hiçbirinin Kosovalı olmadığını anlatır. Bu on iki kurucu baba, Kosova için anayasa yazımını Kosova’da bile değil Paris’te ve Venedik’te yapılan toplantılarda gerçekleştirmiştir. Bu yapım sürecinde hiçbir Kosovalıya danışılmamıştır çünkü Komite, hangi ölçüte göre hangi Kosovalıya danışacaktır? Bu durum, Komite için sonu gelmez kavgaların doğmasına ve “gereksiz ve belirgin bir gerileme”ye neden olacaktır Rubinfeld, makalesinin satır aralarında, anayasa yapım yöntemine ilişkin bir sıkıntının olduğunu ima etmeye çalışsa da, O’na göre komite üyeleri bir yanlış yapmamıştır⁴⁷.

İnceoğlu’na göre;

“(…) Yaşayan anayasa- yazılı anayasa arasındaki fark, bizi umutsuzluğa mı sürüklemeli? “Nasil olsa bunun sonucunda uygulamada bir şey değişmeyecek” diye mi düşünmeliyiz? Hayır, elbette öyle düşünmememiz lazım. Anayasalar, -kendi başına- hayatı birden bire değiştirmiyorlar. Ama toplumun algılayışı, Anayasa’ya bakışı, bilgilenme düzeyi değişebiliyor. Bu nedenle anayasa yapım süreçleri son derece önemli. Bir anlamda, kurucu meclislerin oluşması ve anayasa yapım süreçleri bir “toplumsal bilgilenme”, “bilinç düzeyini yükseltme” sürecine dönüşüyor⁴⁸.”

⁴⁶ Örneğin Brown’a göre Arap ülkelerinde anayasalar daha çok siyasi otoriteyi arttırmak için yapılır, siyasi otoriteyi sınırlama amacını gütmek yani liberal anayasacılık, genellikle ikincil bir hedeftir. Arap anayasaları, devlet otoritesini sınırlamak istemez, ancak devlet otoritesinin daha etkin kullanımını sağlar; devlet egemenliğini vurgular ve genel ideolojik yönelimi inşa eder. **Brown**, p. XIII.’den aktaran **Özbudun**, Constitutional Design in Islamic Countries, <http://northwesternlawcomparativeconlaw.files.wordpress.com/2014/03/c3b6zbudun-constitutional-design-in-islamic-countries.pdf>.

⁴⁷ **Rubinfeld**, s. 394-396

⁴⁸ **İnceoğlu**, s. 312.

Ancak “çatışma sonrası devletler” (post-conflict states) için yapılan anayasalar, güç haritaları olarak değerlendirilmekte ve bu anayasalar, genellikle yabancı uzmanlar tarafından kaleme alınan ve seçkin işgüzar anlaşmaların (are products of elite-brokered deals) ürünü olarak görülmektedir⁴⁹. Bu tür anayasalar, seçkinlerin çıkarları doğrultusunda siyasi, sosyal ve ekonomik gücün paylaşımını öngörmektedir. Böylece seçkinlerin siyasi gücü sağlamlaştırılır; siyasi muhalefetin gelişimi ve var olan/olabilecek sorunlara işaret eden kurumsal ve şekli mekanizmalar sınırlandırılır⁵⁰.

Yine II. Dünya Savaşı sonrasında, sömürge ülkeleri yeni anayasa yapımına girişmekte ve sömürgesi oldukları devletlerin anayasalarını kopyaladıkları görülmektedir⁵¹. Birçok Afrika anayasası, Avrupa siyasi modeli üzerine inşa edilmiştir ve bu anayasalar, ekonomik özgürlüklerin ve refahın yaratılmasında, girişimcilere uygun bir yapı sağlamakta başarısızdır. Bu nedenle, yeni devletler inşa edildikten sonra çıkar grubu koalisyonları, siyasi ve kaynak tahsisatına/dağıtımına tamamen egemen olmaktadır⁵². Örneğin Kamerun Cumhuriyeti’nin ilk anayasası hazırlanırken tüm süreç; sömürge hükümeti, Fransız ticaret adamları, sömürgecinin ticaretle uğraşan sınıfı; şehirleşmiş, yerli çok az seçkin, tarafından kontrol edilmişti. Bu yerli seçkin sınıf ise Fransa’da eğitim görmüş ya da Fransız kültürünü benimsemiş kişilerden oluşmaktaydı. Seçkin olmayan yerli halkın etkin katılımı kabul edilmemiştir. Aslında Danışma Komitesi tarafından hazırlanan ve onaylanması için halka sunulan anayasa, Fransa’nın Beşinci Cumhuriyet Anayasasından farklı değildir.

21 Şubat 1960 tarihli referandum yoluyla anayasanın kabulüne karşı olanlar, Kamerunlulara bu anayasayı reddetmeleri konusunda cesaretlendirmek istemiştir. Bu anayasanın, yabancı bir belge olduğunu; Kamerunlu-

⁴⁹ **Banks**, s. 105. Toplumun dinsel, dilsel, ırki veya ideolojik olarak derinden bölündüğü, bölünmüş toplumlar için temel sorunlarda uzlaşmaya varmak güçtür. Bu nedenle kesin çözümlerden kaçınmak, anayasada müphem veya birbiriyle çelişik ifadeler kullanmak ve sorunun çözümünü erteleyerek çözümü, yasama ve yargı sürecine bırakmak olarak tanımlanmaktadır. Aksi durumda çatışmalar daha da büyüyebilir ve problemler derinleşebilir. **Özbudun**, Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem, s. 61.

⁵⁰ **Banks**, s. 105.

⁵¹ **Mbaku**, s. 504.

⁵² Kamerun Anayasasının yapım süreci için bkz. **Mbaku**, s. 504-506.

ların değerlerini büyütmesine izin vermeyeceğini belirtmiştir. Ancak halkın büyük çoğunluğu, bağımsızlığa kavuşmanın ön şartı olarak anayasayı görmüş ve bağımsızlık kazanıldıktan sonra anayasanın değiştirilebileceğini düşünmüştür. Bu süreç, etkin bir anayasa yapımı olarak değil bağımsızlığı kazanabilmek için siyasi bir zorunluluk olarak değerlendirilmiştir. Ancak yöneticiler, yeni devleti kurarken miras aldıkları tehlikeleri algılamakta başarısız olmuştur.

SONUÇ

Anayasalar, toplumu ve bireyi inşa etme amacıyla yola çıkar çünkü her asli kurucu iktidar, meşruiyetine yönelik tartışmaları bertaraf edebilmek için homojen bir toplumdan yana tercihini kullanır. Homojenlik, asli kurucu iktidara güvenli bir koruma sağlar. Özellikle anayasaların başlangıç bölümleri, asli kurucu iktidar için paha biçilmez bir ideolojik alan sunar. Ulusun ve ulus-devletin soykütüğü, kimliği anayasalardır ve hukuk-dışı iktidarın, hukuki bir niteliğe dönüşebilmesinin anahtarı da yine anayasadır. Anayasalar, güzergâhı belli bir yol sunar ancak bu yoldaki trafik işaretlerini, çevre düzenlemesini yapacak olan tali kurucu iktidar ve anayasa mahkemeleridir. Anayasalar, bir tasarım içine hapsolmuş metinlerden ziyade anayasacılığın yöntemleriyle yenilenen bir sürecin başlangıç/esas malzemesi olmalıdır.

Adını tasarım veya mühendislik koyduğumuz toplumu yeniden inşa ediş, her zaman siyasi bir içeriğe sahiptir. Anayasayı yapanlar, siyasi yapıları belirlemektedir. Başka bir anlatımla; anayasa yapım yöntemi, siyaseti yaratmanın bir öncülü haline gelmektedir. Siyaseti biçimlendirebilmek için “ehil” anayasa yapıcılarının ve yazarlarının arttığını görmekteyiz. Anayasalar yoluyla toplum ve birey tasarımıdaki sorun, anayasaların özü itibarıyla inşa etme hedefine sahip olmasından ziyade, anayasa tasarımı ve yapımında küresel ve tekel bir misyonun oluşmasıdır. “Modern anayasacılığın yöntemi, anayasada yer alacak evrensel haklar listesi ve iktidarı sınırlandırma araçları benzerdir”, şeklindeki bir öngörüyle anayasayı kaleme almak ve bu sürece ilgili devletin tarihini, sosyolojisini ve coğrafyasını dahil etmemek; anayasaları gerçek zemininden soyutlayarak yerel bilgiyi ve kişileri bu sürece katmamak; anayasa yazımında büyük bir tekel yaratmaktadır. Anayasalar ile toplumlar arasındaki uçurum böylece daha da derinleşebilmektedir.

Karşılaştırmalı anayasa hukuku, bilgi/tecrübe değişiminin sağlanmasında ve farklı devletlerin anayasal birikimlerini tanımada çok önemli bir kaynak yaratmaktadır. Anayasa hukukunun “silikon vadisi”ni, artık karşılaştırmalı anayasa hukukunun ilkelerini, veritabanlarını, derlemelerini yapanlar oluşturacaktır. Bu çalışmalar, uluslararası örgütlere danışmanlık yapan veya anayasa yapımına katkı sağlayanlar için müthiş bir arama motoru işlevi görmektedir. Dünyada anayasa yapımına ilişkin tekeli kırabilmek ancak karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarında yer alarak mümkün olacaktır. Elbette bu söz söyleme tekelini yaratan küresel ticaretin dilidir. Ancak küresel dil, yerel dillere yine de bağımlıdır. Anayasa yapımına girerken, ilgili anayasada düzenlenmek istenen kavramın, diğer anayasalardaki karşılığını aramak ve tercihleri, var olan anayasaların hükümleriyle sınırlamak anayasacılığın işlevlerini çürütmektedir. Anayasalar bir yandan süslenilip vitrine konulurken diğer yandan içleri boşaltılmaktadır.

Sartori, kitabında 1991 ve sonrasında kaleme aldığı konuları bir araya getirdiğini söyler ve ilgili dönemi, “aceleyle yürütülen bir değişen çağı”nın başlangıcı olarak nitelendirir. Kitabın önsözünde ise şu önemli tespitte bulunur:

“Yazım sırasında kendime nasıl değiştireceğimizi ve nelerin değişimi gerektirdiğini sordukça, şunu hayal kırıklığıyla fark ettim ki bu sorunun yanıtı kesin bir Hayır’dır ve “reform oluşumları” pek yeteneksiz reformcuların damgasını taşımaktadır. Öyle olsa bile soru gene de şudur: Kurumsal konularda neyin nasıl ıslah edileceğini acaba biliyor muyuz?⁵³”.

Bataklığı ıslah etme çabasına girişmek; tasarımı haklı, makul veya kabul edilebilir kılar mı? “Keşke anayasalar tasarlama aracı olmasa” ancak modern devletin billurlaştığı bir metin olan anayasaların, tasarımdan uzak kalabilmesi mümkün müdür? Tasarım olmadan modern devlet var olabilir mi? Anayasalar yoluyla toplumu/bireyi tasarlama bir amaç olarak her zaman olacaktır ancak tasarlamanın kim olduğu ve tasarım malzemesinin ne olduğu, tasarımın “gerçek” bir karşılık bulmasını sağlayacaktır. Bataklığı tanımak, bataklığın ıslahını kolaylaştıracaktır.

⁵³ Sartori, s. 12.

Kaynakça

- Anderson**, Benedict; Hayali Cemaatler-Milliyetçiliğin Kökenleri ve Yayılması, Çev. İskender Savaşır, (Metis Yayınları), İkinci Basım, İstanbul 1995.
- Banks**, Angela M.; “Challenging Political Boundaries in Post-Conflict States”, (University of Pennsylvania Journal of International Law), Volume 29, Issue 1, 2007, s. 105-168.
- Brown**, Nathan J.; Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government (Albany: State University of New York Press), USA 2002.
- Çağlar**, Bakır; Anayasa Bilimi-Bir Çalışma Taslağı, (BFS Yayınları), İstanbul 1989.
- Dikmen Caniklioğlu**, Meltem; “Yeni Bir Anayasa İçin/İçinde Haklar ve Özgürlükler”, (Anayasa Hukuku Dergisi), Cilt:1, S:1, İstanbul, 2012, s. 233-246. (Yeni Bir Anayasa İçin)
- Dikmen Caniklioğlu**, Meltem; Anayasal Devlette Meşruiyet, (Yetkin Yayınları), Ankara 2010. (Anayasal Devlette Meşruiyet)
- Dixon**, Rosalind/ **Ginsburg**, Tom; “Deciding Not To Decide: Deferral In Constitutional Design”, (I•CON) , 2011, Vol. 9 No. 3-4, s. 636-672.
- Ginsburg** Tom/**Elkins** Zachary/**Blount** Justin; “Does the Process of Constitution-Making Matter?” (Annual Review of Law and Social Science), No. 5, 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1860392, 20.08.2014.
- Gönenç**, Levent; “Where To Start To Discuss The Constitution? The Importance of Constitutional Engineering in Constitution Debates”, (TEPAV), Nisan 2011, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1304946027Where_to_Start_to_Discuss_the_Constitution.pdf, 20.07.2014, s. 1-4. (Where to Start to Discuss)
- Gönenç**, Levent; “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçinde Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), Cilt 56, Sayı: 1, Yıl 2007, s. 145-168, (Siyasi İktidar Kavramı)

- Göneç**, Levent; Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2014. (Siyasi İktidarın Denetlenmesi)
- Gözler**, Kemal. Anayasa Hukukunun Metodolojisi, (Ekin Kitabevi), Bursa 1999, (Anayasa Hukukunun Metodolojisi).
- Gözler**, Kemal; Kurucu İktidar, (Ekin Kitabevi Yayınları), Bursa 1998. (Kurucu İktidar)
- Harvard Law Review Notes**, The Meaning(s) of “The People” in The Constitution, (Harvard Law Review), Vol.126, No:4, s. 1078-1099.
- Heywood**, Andrew; Siyasi İdeolojiler, 2. Baskı, (Adres Yayınları), Ankara 2010.
- Horowitz** Donald L.; “Constitutional Design: Proposals Versus Processes”, (Prepared for Delivery at the Kellogg Institute Conference, Constitutional Design 2000: Institutional Design, Conflict Management, and Democracy in the Late Twentieth Century, University of Notre Dame), December 9-11, 1999, s. 1-38, <http://www3.nd.edu/~kellogg/faculty/research/pdfs/Horowitz.pdf>, 10.08.2014.
- İnceoğlu**, Sibel; “Yazılı Anayasa, Yaşayan Anayasa: Anayasal Süreçte Kimlikler”, (Anayasa Hukuku Dergisi), Cilt: 1, Sayı: 2, İstanbul 2012, s. 309-314.
- Kaboğlu**, İbrahim; “Akdenizde Anayasacılık Hareketleri Karşısında Türkiye”, (Anayasa Hukuku Dergisi), Cilt: 1 / Sayı: 2, İstanbul 2012, s. 37-67.
- Lijphart**, Arend; “Constitutional Design For Divided Societies”, (Journal of Democracy), Volume 15, Number 2, April 2004, pp. 96-109.
- Madison**, James; Federalist Papers, No: 51, **Hamilton**, Alexander/**Madison**, James/**Jay**, John, The Federalist, Introduction and Notes by Rober A. Ferguson, George Stade Consulting Editorial Director, (Barnes&Noble Classics), New York 2006.
- Mbaku**, John Mukum;”Constitutional Engineering and the Transition to Democracy in Post-Cold War Africa”, (The Independent Review) Volume II, Number 4, Spring 1998, s. 501-517.
- Özbudun**, Ergun; “Constitutional Design in Islamic Countries: Comparative Notes on Turkey, Egypt, and Tunisia”,

<http://northwesternlawcomparativeconlaw.files.wordpress.com/2014/03/c3b6zbudunconstitutional-design-in-islamic-countries.pdf>, 03.09.2014.
(Constitutional Design in Islamic Countries)

Özbudun, Ergun; “Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem”, Türkiye’de Demokratikleşme Süreci, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul 2014. (Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem)

Özcan, Mehmet Tevfik; “Neoliberalizmden Sonra Hukuk Devleti”, (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı), Cilt: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 394-403.

Özcan, Mehmet Tevfik; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2008.

Rubinfeld, Jed; “Two Conceptions Of Constitutionalism”, (American Society of International Law), Vol: 96, March 13-16, 2002, s. 394-396.

Sarıbay, Ali Yaşar; “Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı”, (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan), Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 383-397.

Sartori, Giovanni; Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, (Yetkin Yayınları), Çev. Ergun Özbudun, Ankara 1997.

Sigmundsdottir, Alda; “Iceland Elects Ordinary Folk to Draft Constitution”, (BOSTON.COM), November 26, 2010, http://www.boston.com/news/world/europe/articles/2010/11/26/iceland_elects_ordinary_folk_to_draft_constitution/, 10.09.2014.

Şahin, Engin; Kurucu İktidar-Politik Bir Yaklaşım, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2013.

Tanör, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (Yapı Kredi Yayınları), 2. Baskı, İstanbul 2001.

Versteeg, Mila; “Unpopular Constitutionalism”, (Indiana Law Journal), Volume 89, Issue 3, s. 1133-1190.

Wheare, K. C.; Modern Anayasalar, (Değişim Yayınları), Çev. Mehmet Turhan, Ankara 1985.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah.(ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayıter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2)(İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisata Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri. (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (Ankara-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşturma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER
20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR
22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU

25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr.Nevzat KOÇ
26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç. Dr.Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANK.-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANK.-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993)	Prof.Dr. S.EDİS-/ B.ÖZTAN/F.ÖZTAN
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANK.-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millet Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANK.-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. Ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANK.1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK. 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44-	Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANK.-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım) - (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANK.-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANK.-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım)-(ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M.Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANK.-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr.Şeref ERTAŞ
56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ-Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA -1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR -1995)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR -1995)	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU
61-	Sosyal Maliye (İZMİR - 1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ

62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR -1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN
63-	Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR -1995)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
64-	İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR -1995)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
65-	Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür.(İZMİR -1995)	Dr. Esra ATALAY
66-	İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR -1995)	Doç.Dr. Melda SUR
67-	Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR -1996)	Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY
68-	Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996)	Dr. Hanife DİRİKKAN
69-	Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR -1996)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
70-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
71-	Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
72-	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR -1996)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
73-	Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Ziya AKINCI
74-	Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR -1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
75-	İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR -1997)	Dr. Meltem KUTLU
76-	Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve İslah (İZMİR -1997)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
77-	Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR -1997)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
78-	Çevre Hukuku (İZMİR-1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
79-	Hukuk Başlangıcı (ANKARA - 1997)	Prof.Dr. Bilge UMAR
80-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım)-(İZMİR 1997)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
81-	Fakülte Der.Şükrü POSTACIOĞLU'na Armağan (İZMİR-1997)	
82-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas.(İZMİR -1997)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
83-	Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
84-	Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR - 1998)	Arş.Gör. M.Beşir ACABEY
86-	Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
87-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım)-(İZMİR 1998)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
88-	Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
89-	Genel İktisat (3.Basım) -(İZMİR-1998)	Prof.Dr. Sadık ACAR
90-	İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU Dr. Oğuz SANCAKDAR Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
91-	İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
92-	4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998)	Arş.Gör. Murat AYDOĞDU
93-	Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998)	Doç. Dr. Huriye KUBİLAY
94-	İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999)	Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK

-
- 95- 1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 96- Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 97- Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 98- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 99- Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) Prof. Dr. Melda SUR
- 100- Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR 2001) Doç. Dr. Nevzat KOÇ/
Arş. Gör. Murat AYDOĞDU
- 101- Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR 2001) Doç. Dr. Oğuz ATALAY
- 102- Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan (İZMİR 2001)
- 103- İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR 2001) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 104- 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu
- 105- Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)
- 106- İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 107- Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) Doç.Dr. Nevzat KOÇ
- 107- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 1 2002) İzmir
- 108- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 2 2002) İzmir
- 109- Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Arş.Gör. Murat ÖNOK
Arş.Gör. Behiye EKER
Arş.Gör. Sesim SOYER
Arş.Gör. Serkan EKİZ
- 110- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 1 2003) İzmir
- 111- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 2, 2003) İzmir
- 112- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir
- 113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir
- 114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir
- 115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan- DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S. 2005) İzmir
- 116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
- 117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
- 118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir

- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:9, Özel S. 2007) İzmir
121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010) Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel Sayı, 2009) (Basım Yılı 2010) İzmir
126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel Sayı, 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel Sayı, 2013) (Basım Yılı 2014) İzmir
137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir

Toptan veya Perakende İsteme Adresi

D.E.Ü. Hukuk Fakültesi

Dokuzçesmeler 35400, Buca-İZMİR

Tel : (232) 420 18 25 Fax: (232) 420 18 27

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINI

