



SAYIŞTAY DERGİSİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre
Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif
Yükümlülükleri

•
Türkiye’de Yerel Yönetimlerde Mali zerklik ve
Vergilendirme Yetkisi

•
Türkiye’de Alt İŞverenlik Uygulaması

•
Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel
Başvuru Yolu

•
Developing Role of SAIs in Sustainable Development and
Environmental Auditing

•
9. ASOSAI Araştırma Projesi IŐıġında İç Denetim ve İç
Denetim Birimleri ile Sayıştaylar Arasındaki İlişkiler

•
SAYIŞTAY KARARLARI

HAKEMLİ DERGİ
OCAK – MART 2012 / SAYI : 84



SAYIŞTAY DERGİSİ

ULUSAL HAKEMLİ DERGİ

ISSN: 1300-1981

Sahibi	: T.C. Sayıştay Başkanlığı adına Erol AKBULUT Başkan Yardımcısı
Genel Yayın Yönetmeni	: Necip TOSUN Uzman Denetçi Yayın Program Yöneticisi
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü	: Melek ŞANAL DEMİRKAN Denetçi
Yayın Kurulu	: Necip TOSUN Uzman Denetçi Ahmet Turan ADIYAMAN Uzman Denetçi Mehmet SEVEN Başdenetçi Müslüm PARLAK Başdenetçi Dr. Selami ER Başdenetçi Osman MEŞE Başdenetçi Dr. Ahmet TANER Başdenetçi Melek ŞANAL DEMİRKAN Denetçi Berna ERKAN Denetçi Mehmet BALIOĞLU Denetçi
Sorumlu Yazı İşleri Müdür Yrd.	: Seher ÖZER ÜTÜK Tercüman
Kapak Tasarımı	: Yasemin ERDAL Grafiker
Baskı	: Sayıştay Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü
Baskı Tarihi	: Haziran 2012
Yayın Türü	: Yaygın Süreli Yayın
Yönetim ve Yazışma Adresi	: Sayıştay Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü 06100 Balgat/ANKARA
e-posta	: dergi@savistav.gov.tr
İnternet Adresi	: http://dergi.savistav.gov.tr/

Sayıştay Dergisi Sayıştay Başkanlığınca üçer aylık dönemler halinde yayımlanan hakemli bir dergidir.

Derginin yayın konusu, başta denetim, yönetim ve yargı olmak üzere, sosyal bilimler alanı ile sınırlıdır.

Derginin yazım dili Türkçe'dir. Yayın Kurulunun uygun gördüğü durumlarda İngilizce yazılar da yayımlanır.

Dergiye gönderilecek yazılar daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Yayımlanmak üzere gönderilen yazılar Yayın Kurulunun ön incelemesi ve en az iki hakemin değerlendirmesi sonucunda yayımlanmaya uygun bulunması koşuluyla yayımlanır.

Telif hakları 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ödenecek Telif ve İşleme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Yayımlanmasına karar verilen yazıların tım hakları Sayıştay Başkanlığı'na aittir.

Dergide yazıların yayımlanmış olması yazara ait görüşlerin Sayıştayca paylaşıldığı anlamına gelmez. Yazıların sorumluluğu yazarlarına aittir.

Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak gösterilmek suretiyle alıntı yapılabilir.

SAYIŞTAY DERGİSİ DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Figen ALTUĞ	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Zühtü ARSLAN	Anayasa Mahkemesi
Prof. Dr. Başak ATAMAN	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa AYDIN	Kadir Has Üniversitesi
Prof. Dr. Enver AYDOĞAN	Gazi Üniversitesi
Prof. Dr. Burhan AYKAÇ	Gazi Üniversitesi
Prof. Dr. Necmiddin BAĞDADIÖĞLU	Hacettepe Üniversitesi
Prof. Dr. İdris BAL	TBMM
Prof. Dr. Mehmet BARCA	Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Ömer Faruk BATIREL	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Vahit BIÇAK	Polis Akademisi
Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN	TODAİE
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ	Çankaya Üniversitesi
Prof. Dr. Coşkun ÇAKIR	İstanbul Şehir Üniversitesi
Prof. Dr. H. Hüseyin ÇEVİK	Polis Akademisi
Prof. Dr. Adnan ÇELİK	Selçuk Üniversitesi
Prof. Dr. M. Akif ÇUKURÇAYIR	Selçuk Üniversitesi
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN	Kocaeli Üniversitesi
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ	Anadolu Üniversitesi
Prof. Dr. Ekrem ERDEM	Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Halis Yunus ERSÖZ	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Enver Alper GÜVEL	Çukurova Üniversitesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Cemal İBİŞ	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Eyüp G. İSBİR	TODAİE
Prof. Dr. Selma KARATEPE	İnönü Üniversitesi
Prof. Dr. Hikmet KAVRUK	Gazi Üniversitesi
Prof. Dr. Türksel KAYA BENSGHIR	TODAİE
Prof. Dr. Sedat MURAT	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER	Bilkent Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Rifat ORTAÇ	Gazi Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa ÖKMEN	Celal Bayar Üniversitesi

Prof. Dr. Süleyman ÖZDEMİR	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Hüseyin ÖZGEN	Çukurova Üniversitesi
Prof. Dr. M. Vedat PAZARLIOĞLU	Dokuz Eylül Üniversitesi
Prof. Dr. Münir ŞAKRAK	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Hakan TAŞDEMİR	Gazi Üniversitesi
Prof. Dr. Fazıl TEKİN	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Prof. Dr. Erdal TERCAN	Anayasa Mahkemesi
Prof. Dr. Metin TOPRAK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Prof. Dr. Zerrin TOPRAK KARAMAN	Dokuz Eylül Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Murat VURAL	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Azmi YALÇIN	Çukurova Üniversitesi
Doç. Dr. Erkan AYDIN	Marmara Üniversitesi
Doç. Dr. Asım BALCI	Selçuk Üniversitesi
Doç. Dr. Kudret BÜLBÜL	Kırıkkale Üniversitesi
Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	Kırıkkale Üniversitesi
Doç. Dr. Ali ÇELİKKAYA	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Doç. Dr. Ali DANIŞMAN	Çukurova Üniversitesi
Doç. Dr. Şenol DURGUN	Gazi Üniversitesi
Doç. Dr. M. Akif ÖZER	Gazi Üniversitesi
Doç. Dr. Nail ÖZTAŞ	Gazi Üniversitesi
Doç. Dr. Yasin SEZER	Gediz Üniversitesi
Doç. Dr. İlhami SÖYLER	Sayıştay Başkanlığı
Doç. Dr. Yusuf TEKİN	Polis Akademisi
Doç. Dr. Murat YANIK	İstanbul Üniversitesi
Doç. Dr. Binhan Elif YILMAZ	İstanbul Üniversitesi
Dr. Ahmet ÖZDEMİR	Sayıştay Başkanlığı
Dr. Zekeriya TÜYSÜZ	Sayıştay Başkanlığı



SAYIŞTAY DERGİSİ

SAYI: 84

OCAK-MART 2012

İÇİNDEKİLER

- 1 **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri**
Suat ŞİMŞEK
Maliye Bakanlığı Maliye Uzmanı

- 25 **Türkiye’de Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik ve Vergilendirme Yetkisi**
Doç.Dr. Haluk EGELİ
Dokuz Eylül Üniversitesi, İİBF, Maliye Bölümü Öğretim Üyesi
Yrd.Doç.Dr. Funda DİRİL
Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir Meslek Yüksek Okulu, İdari Programlar Bölümü Öğretim Üyesi

- 45 **Türkiye’de Alt İşverenlik Uygulaması**
Ahmet TOZLU
Kalkınma Bakanlığı Planlama Uzman Yardımcısı
Mehmet Tarık ERASLAN
Kalkınma Bakanlığı Planlama Uzmanı

- 63 Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu**
Emin GÖRGÜN
Sayıştay Uzman Denetçisi
Yakup AYDIN
Sayıştay Başdenetçisi
- 89 Developing Role of SAIs in Sustainable Development and Environmental Auditing**
Berna ERKAN
Sayıştay Denetçisi
- 113 YÜKSEK DENETİM DÜNYASINDAN HABERLER**
- 115 9. ASOSAI Araştırma Projesi Işığında İç Denetim ve İç Denetim Birimleri ile Sayıştaylar Arasındaki İlişkiler**
Mine KARACA
Sayıştay Başdenetçisi
- 123 SAYIŞTAY KARARLARI**
- 125 Temyiz Kurulu Kararları**
- 139 SAYIŞTAY DERGİSİ YAYIN İLKELERİ VE YAZIM KURALLARI**
- 141 Sayıştay Dergisi Yayın İlkeleri**
143 Sayıştay Dergisi Yazım Kuralları

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINA GÖRE MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI AÇISINDAN DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Suat ŞİMŞEK*

ÖZET

Klasik yaklaşımda devletin negatif statü hakları konusunda negatif yükümlülüklerinin, pozitif statü hakları konusunda ise pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Zaten devletin yükümlülüğünün pozitif ya da negatif olması, ilgili hakkın negatif statü hakkı ya da pozitif statü hakkı olarak nitelendirilmesinde kullanılmaktadır. Fakat AİHM son yıllarda verdiği kararlarında klasik tasnifte negatif statü hakkı olduğu kabul edilen mülkiyet hakkı açısından devletin pozitif yükümlülüklerinin de bulunabileceğine karar vermektedir. Mahkeme, mülkiyet hakkı karşısında devletin sadece müdahale etmemesini yeterli bulmamakta, bireylerin bu haktan etkin şekilde yararlanabilmeleri için devletin harekete geçmesini beklemektedir. Bu kapsamda devletler hem mülkiyet hakkının korunması için gerekli yasal ve idari çerçeveyi düzenlemek hem de uygulamanın bu çerçeveye uygun olarak cereyan etmesini sağlamakla yükümlüdürler.

Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde mülkiyet hakkının korunması açısından devletlerin pozitif yükümlülükleri, bu yükümlülüklerin kapsamı ve sınırı ile bu yükümlülüklerdeki takdir hakkı, AİHM kararları ışığında irdelenecektir.

Anahtar kelimeler: Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Pozitif Yükümlülükler, Takdir Hakkı

POSITIVE OBLIGATIONS OF STATES IN TERMS OF PROTECTION OF THE RIGHT OF PROPERTY IN ACCORDANCE WITH THE JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The classical approach assumes that negative obligations exist for negative status rights and positive obligations for positive status rights. In fact, the negative or positive status of the state's obligations is used to describe the relevant right as negative status right or positive status right. However, in its recent decisions, the ECHR has ruled that the state may also have positive obligations regarding property right for which traditional classification provides only negative status rights. The Court finds that sole intervention of the state is insufficient regarding property right and expects the state to take action to ensure that the individuals can actively benefit from this right. In this regard, the states are obliged to regulate the legal and administrative framework necessary to protect property rights as well as to ensure that implementation occurs in line with this framework.

* Maliye Bakanlığı Maliye Uzmanı

This study shall evaluate the positive obligations of states for the protection of property rights within the framework of the European Convention on Human Rights, the context and boundaries of these obligations as well as the margin of appreciation over these obligations in light of the judgments of the European Court of Human Rights.

Keywords: Right of Property, European Convention on Human Rights, Positive Obligations, Margin of Appreciation

1. GİRİŞ

Klasik yaklaşımda devletin, bir hakkın ya da özgürlüğün korunması konusunda takinabileceği başlıca iki tür yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmekte ve bir hakka ya da özgürlüğe karşı yaklaşımı, bu hakkın negatif statü hakları ya da pozitif statü hakları olarak tasnif edilmesinde kullanılmaktadır. Bunları, negatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler olarak sıralamak mümkündür.¹ Negatif yükümlülük devlete, yasaların izin verdiği haller dışında hakka müdahale etmeme görevi yüklemektedir. Buna karşılık pozitif yükümlülükler, kişilerin haklardan etkin şekilde yararlanması için devletin bazı tedbirler almasını, bir başka ifadeyle aktif bir şekilde müdahale etmesini gerektirmektedir.

Bu ayırmada, devletin negatif yükümlülüklerinin bulunduğu haklar, negatif statü hakları; pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu haklar ise pozitif statü hakları olarak sınıflandırılmıştır. Örneğin klasik yaklaşımda mülkiyet hakkı, devletin müdahale etmemesi gereken negatif statü haklarından biridir. Devlet, kişilerin/kurumların malvarlığında bulunan değerlere saygı göstermek, işlem ya da eylemleri ile bu değerlere zarar vermemek ve malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerine müdahale etmemek durumundadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün mülkiyet hakkını koruyan 1. maddesinde² yer alan "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır"

1 Elbette ki bu yükümlülükleri farklı sınıflandırmalara da tabi tutmak mümkündür. Örneğin Akandji-Kombe (2008) bu yükümlülükleri;

a) Devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlalde bulunmamasını gerektiren "saygı gösterme yükümlülüğü";
b) Devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve failerin cezalandırmasını gerektiren "koruma yükümlülüğü";
c) Hakkın tümünden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren "uygulama yükümlülüğü" Olmak üzere üçe ayırmaktadır. Üstelik, yükümlülüklerin sınıflandırılması açısından herkesin ya da çoğunluğun kabul ettiği bir sınıflandırma modeli bugüne kadar ortaya konulamamıştır. Ancak çalışmamızın esasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sınıflandırması oluşturduğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pozitif ve negatif yükümlülük şeklinde bir tasnif benimsediği için çalışmada bu sınıflandırma esas alınmıştır.

2 "Mülkiyetin Korunması" başlıklı bu maddenin 6366 sayılı Kanun'la onaylanmış metni şu şekildedir: "Her hakiki veya hükmi şahıs mallarının masuniyetine riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak âmme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dâhilinde mülkünden mahrum edilebilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, emvalin umumi menfaate uygun olarak istimalini tanzim veya vergilerin veyahut sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için zaruri gördükleri kanunları yürürlüğe koymak hususunda malik buldukları hukuka halel getirmez."

ibaresi de devletlere, kişilerin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterme ve hakka müdahale etmeme görevi yükler. Dolayısıyla, Sözleşme ile kurulan güvence sisteminde de devletin mülkiyet hakkının korunmasındaki temel rolünün negatif olması gerektiği söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM/Mahkeme) son zamanlarda verdiği kararlarında bu yaklaşımı oldukça esnetmiştir. Mahkeme, klasik anlamda negatif statü haklarından olduğu kabul edilen mülkiyet hakkının korunması açısından, devletlerin negatif yükümlülüklerinin yanı sıra, pozitif yükümlülüklerinin de bulunabileceğini ifade etmektedir. Mahkeme özellikle son dönemde verdiği bazı kararlarında, mülkiyet hakkının korunması ve kişilerin bu haktan etkin şekilde yararlanabilmesi için devletin müdahale etmemesini yeterli görmemekte, tam aksine devletin konuya müdahil olmasını beklemektedir. Mahkeme'ye göre gerek Sözleşme'nin ve gerekse Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, taraf devletlere sadece bireyin hak veya özgürlük olarak tanınmış eylemlerine müdahale etmemek mükellefiyetini değil; bunların fiilen ve gerçekten kullanılmasını sağlamaya yönelik önlemlerin alınması mecburiyetini de getirmektedir. Devlet, gerektiği durumda mülkiyet ilişkilerine müdahale ederek bireylerin mülkiyet hakkından etkin şekilde yararlanmalarını sağlamalıdır.

Bu çalışmada klasik tasnifte negatif statü hakları arasında görülen mülkiyet hakkı açısından devletin pozitif yükümlülükleri, AİHM kararları ışığında irdelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak, genel anlamda pozitif yükümlülük kavramı açıklanacaktır. Sonrasında mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülüklerin dayanağı ve kapsamı, Sözleşme'nin yatay uygulaması açısından pozitif yükümlülükler ve pozitif yükümlülüklerde takdir hakkı konuları incelenecektir.

2. GENEL OLARAK DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Devletlerin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri bulunabileceğini ifade etmesine rağmen AİHM, pozitif yükümlülük kavramının tanımını yapmamıştır (Akandji-Kombe, 2008: 7). Bu tutumun temel nedeni negatif yükümlülüklerin bizzat Sözleşme'den kaynaklanmasına karşılık, Sözleşme'de korunan hakların çoğu açısından pozitif yükümlülüklerin Mahkeme içtihatlarıyla şekillenmesi olsa gerektir. Gerçekten de Mahkeme, pozitif yükümlülük kavramını, Sözleşme'nin 1. maddesinin devletlere yüklediği "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak" görevini, Sözleşme'nin diğer maddeleriyle birlikte okuyarak geliştirmiştir.

Pozitif yükümlülük kavramı, devletin mülkiyet hakkını korumak için bir edimde bulunmasını gerektirmektedir. Bundan dolayı, pozitif yükümlülükler devletlerin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili olarak aktif tedbirler alma yükümlülüğünü

ifade etmektedir. Yargıç Martens de, Gul/İsviçre kararında yazdığı karşı oyda, pozitif yükümlülüğü, “*taraf devletlerin harekete geçmesi gereken durumlar*” olarak tanımlamıştır (Çoban, 2008: 206). Mahkeme de, İlascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya kararında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin, öncelikler ve kaynaklar dikkate alınarak bireysel yarar ile kamu yararı arasında devlet tarafından yapılacak politik tercihlerde adil dengenin sağlanması bağlamında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

AİHM tarafından Sözleşme’nin dinamik ve etkili bir biçimde yorumlanması sonucu geliştirilmiş olan bu kavramın amacı, Sözleşme’nin etkili bir şekilde uygulanmasını ve Sözleşme ile korunan hakların etkin şekilde kullanılabilmesini sağlamaktır (Akandji-Kombe, 2008: 9; Kocabaş, 2009: 2). Çünkü negatif yükümlülükler, bazı durumlarda hakkın etkin şekilde kullanılabilmesi açısından yeterli olmamaktadır. Kişilerin hak ve özgürlüklerini kullanabilmeleri, ancak devletin mülkiyet ilişkilerine müdahalesiyle olabilmektedir. Örneğin bir kimsenin mülkiyetinde bulunan mallara haksız bir saldırı olduğunda devlet, hem bu saldırıların sona erdirilmesini sağlayacak hukuki düzenlemeleri yapmak hem de bu düzenlemelerin uygulanmasında azami derecede özen göstererek saldırıyı sona erdirmek zorundadır.

Ancak AİHM’nin devletin negatif statü hakları bakımından pozitif yükümlülüklerinin de var olabileceğini kabul etmesi uzunca bir süre almıştır. Sözleşme sistemi kurulduktan sonra pozitif yükümlülük kavramının Mahkeme tarafından ifade edilmesi için 1968 tarihli Belçika Dil Davası olarak bilinen davayı beklemek gerekmiştir (Koçak, 2006: 123). O tarihten itibaren pozitif yükümlülük kavramının içi, AİHM tarafından doldurulmaktadır. Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye kararında ise mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülükler, Mahkeme tarafından esas yönünden yükümlülükler ve usul yönünden yükümlülükler olarak sınıflandırılmıştır. Bu anlamda bakıldığında, mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülüklerin kapsam ve içeriğinin Mahkeme tarafından sürekli olarak geliştirildiğini görmekteyiz.

Bugün için Mahkeme, devletin mülkiyet hakkının korunması açısından ciddi pozitif yükümlülükleri bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme’ye göre devlet, bazı durumlarda bireylerin mülkiyet hakkını kullanmalarını sağlamak üzere gerekli tedbirleri almak durumunda olabilir. Sözleşmenin temel hedefi, kişiyi kamu otoritelerinin keyfi kayıtsızlığına karşı korumaksa, mülkiyet hakkının korunmasının ayrılmaz bir gereği olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin de bulunması gerekir. Bunun doğal bir sonucu olarak; eğer kişinin otoritelerden yasal olarak bekleyebileceği tedbirler ile bu kişinin mülkiyet hakkını kullanması arasında doğrudan bir ilişki olduğu kabul edilir ise, devletin mülkiyet hakkını korumak için bazı yükümlülüklerini yerine getirmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur (AİHM’nin Blumberga/ Litvanya

kararı, Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye kararı, Bielectric S. R. L./İtalya kararı). Üstelik karşılıklılık ilkesi, mülkiyet hakkının vatandaş olmayanlara tanınması açısından devletlerin pozitif yükümlülüklerini bertaraf etmemektedir. Geleneksel uluslararası sözleşmelerin aksine Sözleşme'ye taraf devletlerin, Sözleşme'den doğan yükümlülükleri, karşılıklılık ilkesine dayanmamaktadır (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2007: 17).

3. MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI AÇISINDAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİN KAYNAĞI

Mahkeme, pozitif yükümlülükleri sistematik bir şekilde Sözleşme'nin 1. maddesi ile Sözleşme'de bu hakkı koruyan ilgili maddenin birleşimine dayandırma eğilimindedir. Bu kapsamda mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükler, Sözleşme'nin 1. maddesi ile Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin birleşiminden doğmaktadır (Akandji-Kombe, 2008: 8).

Pozitif yükümlülüklerin ilk dayanağı Sözleşme'nin genel yapısı ve özellikle de 1. maddesidir. Mahkemeye göre Sözleşme'nin 1. maddesi devletlere *"kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak"* görevini yüklemektedir (AİHM'nin Broniovski/Polonya kararı, Kostic/Sırbistan kararı, Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye kararı). Bu madde, devletlere sadece müdahale etmemek görevini değil, bundan daha fazla olarak hak ve özgürlüklerin gerçekten ve fiilen kullanılmasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir (AİHM'nin Bijelic/Sırbistan kararı, Gölcüklü ve Gözübüyük, 2007: 2). Mahkeme bu konudaki düşüncesini Airey/İrlanda kararında şu şekilde açıklamıştır (Kocabaş, 2009: 22): *"Sözleşme teorik veya göz boyayıcı hakları değil, uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına almaktadır."*

Mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülüklerin bir diğer kaynağı, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesidir. Aslında maddenin Türkçe resmi metninde geçen *"mallarının masuniyetine riayet edilmesi"* ve Fransızca metninde geçen *"respect de ses biens (malvarlığına saygı gösterme)"* ibareleri, ilk bakışta devletin sadece negatif yükümlülüklerinin söz konusu olabileceğini düşündürmektedir. Mahkeme de bu maddenin esas amacının, mülkiyet hakkından barışçıl şekilde yararlanma hakkına (*peaceful enjoyment of his or her possessions*), devlet tarafından yapılacak müdahalelere karşı bireyi korumak olduğunu vurgulamaktadır (AİHM'nin Broniovski/Polonya kararı). Bununla birlikte Mahkeme, mülkiyet hakkının korunması gerektiğinde, devletin pozitif koruma tedbirleri de alması gerekebileceğini vurgulamaktadır (AİHM'nin Sovtransavto Holding/Ukraine kararı, Mutatis Mutandis/Yunanistan kararı, Keegan/İrlanda kararı, Kroon ve Diğerleri/Hollanda kararı, Broniovski/Polonya kararı). Mahkeme'nin 1. maddenin özünden çıkardığı bu ilkeye

göre, bireylerin mülkiyet hakkından etkin şekilde yararlanabilmeleri, yetkililerin almasını bekleyeceği meşru tedbirlere bağlı ise devlet mülkiyet hakkı için pozitif koruma tedbirleri almalıdır (AİHM'nin Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı, Bielectric S. R. L./İtalya kararı, Öner Yıldız ve Diğerleri/Türkiye kararı).

Mahkeme, pozitif yükümlülük olgusunu, özellikle Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci cümlesi (üç kural analizine göre birinci kural)³ bağlamında değerlendirmek eğilimindedir (AİHM'nin Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı). Mahkeme'ye göre devletlerin pozitif yükümlülükleri, birinci cümlede (Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır) geçen genel kural kapsamında değerlendirilmelidir.

Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin devletlere pozitif yükümlülükler yüklediği kabulünün altında yatan bir diğer neden ise bu maddeye hakim olan sosyal mülkiyet yaklaşımıdır. Mahkeme, özellikle mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda sosyal devlet anlayışını benimsemektedir. Sosyal devlet, kapitalist devletin aksine, bireylerin sadece şekli (hukuki) anlamda eşit olmasını yeterli görmemektedir. Sosyal devlet anlayışının temeli, mülkiyet hakkı da dahil olmak üzere temel hak ve özgürlüklerden herkesin hukuken ve fiilen yararlanabilmesine dayanır (Gören, 1997: 96). Bu anlayışa göre, insanın doğuştan sahip olduğu onurlu bir hayat sürdürme, maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını korumak, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, sosyal hukuk devletinin temel amacı ve görevidir. Bundan dolayı devletin, temel haklara ve özgürlüklere yaklaşımında sadece tanınması yeterli olmamakta, kişilerin bu haklardan etkin şekilde yararlanabilmesi için tedbir alması beklenmektedir. Bu nedenle sosyal devlet, sosyal açıdan zayıf olan kesimleri desteklemek ve bu kesimlerin temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesini sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Örneğin hukuki olarak herkesin konut edinme hakkının olması, sosyal devlet ilkesi açısından yeterli görülmemektedir; hukuken konut edinme hakkına sahip olan kişilerin fiilen bunu gerçekleştirebilmelerinin sağlanması gerekir.

3 Mahkeme mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri değerlendirirken "üç kural analizi" olarak tabir edilen bir analiz metodu kullanmaktadır. İlk kez Sporrang-Lönnroth/İsveç davasında ana hatları ile ortaya konulan bu analiz, mülkiyet hakkını koruma altına alan Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesindeki tasnifle doğrudan bağlantılıdır ve mülkiyet hakkına yapılabilecek müdahaleleri sınıflandırmaktadır. Mahkeme tarafından yapılan analize göre mülkiyet hakkına yapılabilecek müdahaleler şunlardır:

- Mal ve mülk dokunulmazlığı ilkesinin ihlali (1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. paragrafının ilk cümlesi: "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.")
- Mülkten mahrum bırakma (1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. paragrafının 2. cümlesi: "Bir kimse, ancak kamu yararı sebebi ile ve yasadışı öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.")
- Mal ve mülkün kullanımının kontrol edilmesi (1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 2. paragrafı: "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 hakta hâlel getirmez.")

Pozitif yükümlülüklerin bir diğer kaynağı; Sözleşme'nin tamamına hakim olan, Mahkeme'nin demokratik bir toplumun en temel ilkelerinden biri olarak gördüğü ve Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde yer aldığını kabul ettiği hukukun üstünlüğü ilkesidir (Akandji-Kombe, 2008: 9). Mahkeme'nin 22.06.2004 tarihli Broniowski/Polonya kararıyla başlattığı, 31.03.2005 tarihli Matheus/Fransa kararı ile gelişen bu yaklaşımı, temel hak ve özgürlükleri (bu arada mülkiyet hakkını da) diğer unsurlara ilaveten koruyan ek bir koruma tedbiri oluşturmaktadır. Mahkeme, devletlerin esas yönünden pozitif yükümlülükleriyle ilgili olarak verdiği Broniowski /Polonya kararında, hukukun üstünlüğü ilkesinin, devletlerin sadece kabul ettikleri yasalara saygı gösterme ve bu yasaları öngörülebilir ve tutarlı bir şekilde uygulamasını değil, bu görevin bir sonucu olarak bunların uygulanmasını sağlayacak hukukî ve pratik şartları sağlamasını gerektirdiğini de vurgulamıştır.

Mahkeme'nin devlete pozitif yükümlülükler atfetmesinin altında yatan önemli bir neden de, devletin gerçek kişilere ve diğer tüzel kişilere karşı konumunda yatmaktadır. Gerçekten de devletin en üstün tüzel kişi ve gerek düzenleyici işlemler gerekse uygulama yolu ile kişiler arasındaki uyumsuzlukları çözebilecek, bu amaçla gerekli mevzuatı çıkarabilecek en üst otorite olduğu dikkate alındığında, devletin kişilerin mülkiyet hakkından en etkin şekilde yararlanabilmesini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu sonucuna varılır.

4. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİN KAPSAMI

Mahkeme, mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceği, alınması gereken tedbirlerin neler olduğu, hangi düzenlemelerin yapılacağı konusunda Sözleşme'ye taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu ifade etmektedir (AİHM'nin Procomexim S. R. L./Romanya kararı). Örneğin AİHM, Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında verdiği kararda sosyal, ekonomik ve şehirciliğe ilişkin sorunların nasıl çözüleceği konusunda kendi görüşlerini ulusal makamların görüşlerinin yerine koymak gibi bir niyetinin olmadığını hatırlatmış ve ulusal makamların öncelikleri ve kaynakların nasıl kullanılacağını belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir.⁴ Mahkeme'nin bu konudaki denetimi, alınan tedbirlerin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını denetlemekten ibarettir.

Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler konusunda devletlere bu kadar geniş bir hareket alanı tanınmasının temel nedeni, mülkiyet hakkına ilişkin problemlerin çözümü açısından kamu yararını belirlemede devletlerin geniş bir takdir hakkı

⁴ Mahkeme bu kararda şunları vurgulamıştır (İNHAÇ BB; 2012): "Elbette AİHM şehir ve ilçe planlanması politikalarının ve bunlar sonucunda oluşturulan önlemlerin seçimi ile uygulanmasında birçok yerel etkeni kapsayan bir takdir hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak söz konusu davadakine benzer bir sorunla karşılaşıldığında, bu takdir hakkının yetkilileri zamanında, uygun ve hepsinden de önemlisi tutarlı bir şekilde harekete geçme görevlerinden muaf tutması beklenemez. Söz konusu davada böyle olmamıştır, zira kaçak yapılan engellemeye yönelik yasaların uygulanmasında Türk toplumunda yaratılan belirsizliğin, başvuranın meskenine ilişkin durumun bir gece içerisinde değişebileceğini sanmasına neden olması elbette mümkün değildir."

olmasıdır. Mahkeme'ye göre ulusal makamlar, kendi toplumlari ve onun ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgiye sahip oldukları için, neyin "kamu yararına" olduğuna hükmederken, kural olarak bir uluslararası yargıca göre daha iyi konumdadırlar. Üstelik Mahkeme, Sözleşmeye taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede, uluslararası bir yargıca göre daha iyi bir konumda olduğunu vurgulu bir şekilde belirtmektedir (Çoban, 2008: 206). Bu nedenle, mülkiyet hakkına müdahaleyi gerektirecek kamuyu ilgilendiren bir sorunun varlığını ve çözüm yollarını takdir etmek, öncelikle ulusal makamların işidir (AİHM'nin James ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı). Buradaki takdir yetkisi, sadece idarenin değil, aynı zamanda yasama ve yargı organlarının takdir yetkisini de kapsamaktadır.

Belirtmek gerekir ki Mahkeme, bir hakka yapılacak müdahalelerde alınması gereken pozitif tedbirleri belirleme yetkisini ulusal makamlara bırakmakla birlikte bu tedbirlerin çerçevesini çizmekten de geri kalmamıştır. Hazine taşınmazının üzerinde yapılan gecekondunun, yakınlarda bulunan çöplüğün gaz sıkışması nedeniyle patlaması sonucu yıkılması dolayısıyla açılan Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında AİHM Büyük Dairesi tarafından verilen 30.11.2004 tarihli kararda, pozitif yükümlülükler "*esas yönünden yükümlülükler*" ve "*usul yönünden yükümlülükler*" olmak üzere iki kısımda değerlendirilmiştir. Buradaki ayırımın temeli, devletin mülkiyet hakkını korumak için alması gereken tedbirlerin niteliğinde yatmaktadır. Eğer yasal ve idari çerçevenin (gerekli mevzuatın hazırlanması ve yürürlüğe konulması) oluşturulması söz konusu ise esas yönünden yükümlülükler, buna karşılık uygulamanın yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılması söz konusu ise usul yönünden yükümlülükler söz konusu olmaktadır.

4.1. Esas Yönünden Yükümlülükler

Sözleşme'de güvence altına alınan hakları korumak için oluşturulması gereken yasal ve idari çerçeve (mevzuat), devletin esas yönünden yükümlülüğüdür. Buna göre devlet, gerek kamu idarelerinin ve gerekse özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkına haksız müdahalesini önleyecek mekanizmaları önceden kurmuş olmalıdır (Gemalmaz, 2009: 419). AİHM'ye göre her bir Sözleşmeci Devletin, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesini ve mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusu olduğunda hakkın etkin şekilde korunmasını ve kullanılmasını sağlamak için uygun ve yeterli hukukî silahlarla kendisini donatması gerekmektedir (AİHM'nin Paduraru/Romanya kararı, Plechanow/Polonya kararı, Blumberga/Litvanya kararı, Fuklev/Ukrayna kararı). Mahkeme Broniowski/Polonya kararı ile Bushati ve Diğerleri/Arnavutluk kararında Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin devletlere sadece mevzuata saygı gösterme ve bu mevzuatı öngörülebilir ve tutarlı bir şekilde uygulama görevi yüklemekle kalmadığını, bunun yanı sıra mülkiyet hakkının etkin şekilde kullanılmasını sağlamak üzere hukukî ve pratik koşulları sağlama yükümlülüğü de yüklediğini ifade etmiştir.

Hukuki çerçeve oluşturma ödevi; bir yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan hakların ilgili devletin iç hukukunda tanınmasını sağlar, bir yandan da bu hakların korunabilmesi için gereken uygulamaya kaynak teşkil eder.

Hukuki çerçeve oluştururken Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan hukuk tarafından öngörülme şartının dikkate alınması gereklidir. Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, herhangi bir kimsenin ancak kamu yararı sebebiyle ve hukuk tarafından öngörülen koşullara uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabileceğini öngörmektedir. Üstelik Sözleşmeciler devletlerin tamamında genel kabul görmüş bir ilke olan ve AIHM tarafından demokratik toplumun temel prensiplerinden biri olarak Sözleşmenin bütün maddelerinin özünde bulunduğu kabul edilen hukukun üstünlüğü ilkesi de müdahalenin hukuk tarafından öngörülmüş olmasını gerektirmektedir. Gerek Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan hukuk tarafından öngörülme şartı ve gerekse Sözleşme'nin geneline hakim olan hukukun üstünlüğü ilkesi, oluşturulacak hukuki çerçevenin ulaşılabilir, açık ve öngörülebilir (anlaşılabilir) olmasını ve keyfi uygulamalara karşı güvenceler içermesini gerektirmektedir.

Bu kriterlerden ulaşılabilirlik, konu hakkında uygulanacak olan hukuk normunun yeterince ulaşılabilir olmasını, bir başka anlatımla vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabildiğini ifade etmektedir (Ünal, 1994: 50). Bu husus ise mevzuatın kamu açısından aleni olmasını gerektirmektedir. Mülkiyet hakkını ilgilendiren mevzuatın aleniliğinin sağlanması konusunda Sözleşme'de herhangi bir hüküm bulunmadığı için bu aleniliğin sağlanma şekli (resmi gazetelerde ya da ilgili kamu otoritesinin bültenlerinde yayınlanma gibi), devletlerin takdir alanında kalmaktadır. Mahkeme de, mevzuatın aleniliğinin iç hukuka uygun olarak sağlanıp sağlanmadığı konusunda ilgililenmemektedir. Mahkeme, Spacek S.R.O./Çek Cumhuriyeti davasında vergi ve muhasebe ilkelerinin yayınlanma tarzının Çek hukukuna uygun olup olmadığı konusunda karar vermesinin, görev alanına girmediğine karar vermiştir (Yaltı, 2006: 67).

Öngörülebilirlik ise mevzuat normunun açık ve anlaşılabilir olmasını ifade etmektedir. Mahkemeye göre bir hukuk normu, vatandaşa, bu norm karşısında kendi davranışlarını ayarlama fırsatı verecek açıklıkta ve kesinlikte olmalıdır. Bu açıklık ve kesinlik oluşturulmadığı sürece normun "hukuk normu" olarak değerlendirilmesine ve müdahalenin hukuk tarafından öngörüldüğünün kabulüne imkân yoktur. Vatandaş, kendi davranışının ya da devletin davranışının muhtemel sonuçlarını önceden tahmin edebilecek durumda olmalıdır (AIHM'nin Öztürk/Türkiye kararı). Bu sonuçların tam bir kesinlikle tahmin edilmesi gerekmemektedir, zaten

tecrübeler bunun olamayacağını göstermiştir. Bir başka ifade ile hukuk tarafından öngörülme şartı, kanunların uygulanmasında bir zorunluluk olan yorumu dışta bırakacak bir kesinliği gerektirmemektedir (Grgiç vd, 2007: 13). Kanunların büyük bir çoğunluğunun şu ya da bu ölçüde belirsiz olan ve yorumlanması bir uygulama meselesi teşkil eden terimler ile ifade edilmiş olması da sonuçların tam bir kesinlikle bilinmesine engeldir. Ancak bu durum, bir hukuk normunun sonuçlarının ya da vatandaşın davranışlarının karşılığının önceden tahmin edilebilir olması gerekliliğini bertaraf etmemektedir. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin niteliğine, hukukî belgenin içeriğine, kapsadığı alana, hitap ettiği kişilerin sayı ve statülerine göre değişebilen öngörülebilirlik, belirli bir dereceye kadar gerekmektedir (Grgiç vd, 2007: 13).⁵

Mülkiyet hakkına müdahale öngören hukuk normunun keyfi uygulamalara karşı gerekli, önemli ve temel güvenlik önlemlerini de öngörmesi gerekmektedir (AİHM'nin Sierpinski/Polonya kararı, Vontas ve Diğerleri/Yunanistan kararı). Bir başka ifade ile mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin hukuk tarafından öngörülmesi yetmemekte, keyfi muamelelere karşı hakkı korumak için gerekli pratik tedbirlerin ve uygun yasal güvencelerin bulunması gerekmektedir (Grgiç vd, 2007: 13). Ayrıca bu düzenlemeler, bir faaliyetin işleyişindeki kusurları ve çeşitli düzeylerde görevliler tarafından yapılan hataları ortaya çıkarmak için gerekli usulleri de getirmelidir. Mahkeme Scollo/İtalya davasında verdiği kararında, devletin dar gelirlilerin barınma problemini çözmek amacıyla, kira konusu taşınmazların tahliyesini durdurmasında Ek 1 No'lu Protokol'e herhangi bir aykırılık bulunmadığını belirtmekle beraber bu konudaki düzenlemenin özel durumları olan kişilerin (işsiz, engelli gibi) bu durumlarının dikkate alınmasını sağlayacak ve keyfi muameleleri önleyecek herhangi bir güvence öngörmemesini mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur.

Burada karşımıza şu soru çıkacaktır: Esas yönünden yükümlülükler, sadece

5 Mahkeme Zlinsat, Spol. S. R. O./Bulgaristan davasında (Çeviren: Nilgün Tortop, Aktaran: Dinç, 2007: 258) bu konuda şu yorumu yapmıştır: "Hukuka uygunluk gereğine gelince; özellikle kullanılan içeriği belirsiz sözcükler üzerine temellendirilmiş müdahale açısından söz konusu yasa kuralları; yetkili savcıların bir suç işlendiğini düşündüklerinde, -bağımsız bir denetim olmaksızın- hangi önlemleri alacaklarını ve hangi koşullar altında dava açmayı tercih edeceklerini önceden görmeyi hemen hemen olanaksız duruma getirmiştir. Bazı yasalar kaçınılmaz biçimde, sözcüklerin anlattığından daha dar ya da geniş anlamlıdır. Sözcüklerdeki belirsizliklerin, kimi zaman yorum ve uygulamada hukuksal sorunlar oluşturduğu da bilinmektedir. Bu nedenlerle, yargısal incelemeden geçme olasılığı bulunmayan savcılık kararlarından dolayı, söz konusu yasa kurallarının kesin anlamının açıklandığı ve yorumlandığı içtihat kararlarından söz edilememektedir. Sonuç olarak, savcılığın sıklıkla uyguladığı bu geniş kapsamlı kurallar; bazı olaylarda gerçek ve tüzel kişiler hakkında ciddi ve amacını aşan sonuçlara yol açacak değerlendirmelere kaynak oluşturmaktadır. Savcılığın görev alanındaki yetkilerini çevreleyen belirsizlik ve anlaşılmazlığın sonucu olarak, söz edilen değerlendirmeye ve bağımsız bir kurumun yapacağı incelemeye ilişkin temel yöntem kuralları gibi, yeterli korumadan yoksunluk nedenlerinin bir araya geldiği zaten yerel Mahkeme tarafından bulgulanmıştır. Bu saptamanın öncülüğünde Mahkeme, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kuralına göre, hak sahibi olan gerçek ve tüzel kişilerin en alt düzeydeki yasal korumadan bile yoksun bırakıldıklarına karar vermiştir."

yeni mevzuat çıkarmayla sınırlı olarak değerlendirilebilir mi? Bir başka ifadeyle devletin pozitif yükümlülükleri, Sözleşme'ye aykırı mevzuatın değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılmasını da kapsar mı? Bu soruya verilecek cevap "evet" olmalıdır; esas yönünden pozitif yükümlülükler, Sözleşme'ye aykırı mevzuatın değiştirilmesini ya da yürürlükten kaldırılmasını da gerektirir. Mahkeme'nin Broniowski/Polonya kararında vurguladığı üzere, hukukun üstünlüğünün esası olan, vatandaşların devlete ve bu devlet tarafından yaratılan hukuka olan meşru güvenlerinin devamı zorunluluğu, resmi makamların işlevsiz ve Sözleşme'ye aykırı mevzuatı hukuk sisteminden çıkarmalarını ve hukuk dışı uygulamalarını düzeltmelerini gerektirmektedir. Mahkeme 03.11.2009 tarihli Sierpinski/Polonya kararında devletlerin, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin ulusal mekanizmalarını, Sözleşme'nin usul ve esas yönünden tedbirleriyle uyumlu hale getirmek zorunda olduklarını ifade etmiştir. Çünkü, devletler ancak Sözleşme'ye aykırı mevzuatı değiştirdiklerinde veya yürürlükten kaldırdıklarında Sözleşme ile kurulan insan hakları koruma sistemi gerçek işlevini görmüş olur. Aksi takdirde aynı konuda çok sayıda dava açılması söz konusu olabilecektir ki bu durum, AİHM'ni üçüncü derece mahkemesi haline getirdiği gibi iş yükünü de artıracaktır.

Aslında devletin pozitif yükümlülükleri açısından hukuki çerçeve oluşturma ödevini belirli bir çerçeveye sınırlı olarak düşünmemek gerekir; devlet, biraz da *şizofrenik bir yaklaşımla* (Akandji-Kombe, 2008: 15), mülkiyet hakkının ihlali oluşturabilecek konuları önceden düşünmek ve buna göre gereken yasal ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür. Fakat hukuki çerçeve oluşturma ödevini, genel olarak idari mekanizmalar ve adli mekanizmalar olmak üzere iki kısımda değerlendirmek mümkündür. İdari mekanizmaların kurulması, mülkiyet hakkının korunması açısından idarenin yapabileceği işlerin (zilyetliğin idari yoldan korunması gibi) önceden düzenlenmesi anlamına gelir. Adli mekanizmaların kurulması ise mülkiyet hakkının korunması için yargı yoluna başvurulmasını sağlar. Ayrıca mülkiyet hakkının etkin bir şekilde korunması, ceza hukuku araçlarının da devreye girmesini gerektirir (Gemalmaz, 2009: 419). Mahkeme 14.10.2008 tarihli Blumberga/Litvanya kararında, mülkiyet hakkına haksız olarak yapılan müdahalenin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda, kamu makamlarının bu suçla ilgili olarak etkin bir soruşturma ve kovuşturma mekanizmasının kurulması konusunda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu karar vermiştir.

4.2. Usul Yönünden Yükümlülükler

Yasal ve idari çerçevenin etkili şekilde uygulanmasına yönelik yükümlülükler ise usul yönünden yükümlülük kategorisine girmektedir. Bu anlamda usul yönünden yükümlülükler, esas yönünden yükümlülüklerin uygulanmasından ibarettir. Usul yönünden pozitif yükümlülükler, Mahkeme tarafından sınıflandırılmamıştır. Zaten bunları tek tek saymak oldukça zordur. Ancak AİHM kararları irdelendiğinde, mülkiyet

hakkının korunmasındaki usul yönünden belli başlı pozitif yükümlülüklerinin şunlar olduğu görülmektedir:

4.2.1. Tazminat Ödeme

AIHM tarafından keşfedilen ilk pozitif yükümlülük, kamu yararı nedeniyle kamulaştırma veya başka bir yolla mülklerinden yoksun bırakılan kişilere tazminat ödeme yükümlülüğüdür (Akandji-Kombe, 2008: 54). Mahkeme'ye göre kişilerin ellerinden alınan mülklerine karşılık olarak mülkün değeriyle orantılı olarak bir tazminat ödenmesi gerekir. Aksi takdirde Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin getirdiği korumanın bir anlamı olmaz.

Bunun yanı sıra mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahaleler sonucu ortaya çıkan zararın talep ve tazmin edilebilmesi için gerekli yasal çerçevenin oluşturulması da devletlerin pozitif bir yükümlülüğüdür. Mahkeme, 14.10.2008 tarihli Blumberga/Litvanya kararında, mülkünden barışçıl şekilde yararlanma hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan haksız müdahalelerde bir zararın söz konusu olması durumunda, devletlerin bu zararın talep ve tazmin edilebilmesi için gerekli yasal koşulları sağlama konusunda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu karar vermiştir.

4.2.2. Koruma ve Zarar Görmesini Engelleme

Devletin en önemli yükümlülüklerinden birisi de mülkün korunması ve zarar görmesinin engellenmesidir. Bu anlamda devlet, mülkün gerek kamu idarelerinin ve gerekse üçüncü kişilerin müdahalesine karşı korunması için gerekli tedbirleri almak ve işlemleri yapmakla yükümlüdür. Örneğin mülkün haksız olarak işgal edilmesi durumunda devlet, bu işgalin sona erdirilmesi için gerekli önlemleri almak zorundadır. Mahkeme, Hazine arazisi üzerinde yapılan gecekondu, yakınlardaki çöplüğün (Ümraniye çöplüğü) gaz sıkışması nedeniyle patlaması sonucu tahrip olması dolayısıyla açılan Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında devletin, başvurucunun evinin zarar görmesini engellemek için gerekli tedbirleri almamasını, pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Koruma ve zarar görmesini engelleme konusundaki pozitif yükümlülükler, sadece tedbir almakla sınırlı değildir; devlet, halkı mülkünün karşı karşıya gelebileceği riskler konusunda önceden bilgilendirmekle yükümlüdür. Mahkeme, yukarıda bahsi geçen Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında Ümraniye gecekondu bölgelerinde çöplüğe çok yakın bir mesafede yaşayan insanlara yapmış oldukları tercihler sonucunda girdikleri riskleri değerlendirmelerini sağlayacak bir bilgi verilmemesini mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur. Devlet, bireyleri, mülklerinin karşı karşıya kalabileceği riskler konusunda önceden bilgilendirmelidir.

Mülkün korunması sadece fiziki korunmayı değil, değer olarak korumayı da gerektirir. Mahkeme içtihadına göre malvarlığının özellikle enflasyona karşı korunması, mülkiyet hakkı açısından bir zorunluluktur. Bu noktada Mahkeme'nin istikrar kazanmış içtihadının, bir borcun ödenmesindeki olası gecikme sebebiyle idari makamların gecikme faizi ödemeleri gerektiği yönünde olduğunu hatırlatmak gerekir. Mahkemeye göre, kamu idarelerinin borçlarını veya ödemekle yükümlü oldukları tazminatları zamanında ödememeleri, ödenecek tutarın veya tazminatın zarar giderici etkisini azaltacaktır (AIHM'nin Angelov/Bulgaristan kararı, Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão ve Diğerleri/Portekiz kararı); ayrıca geç ödenen meblağdan uzun süre yararlanılamaması, alacaklının mali durumunda önemli ve kesin bir zarara neden olacaktır (AIHM'nin Buffalo S. R. L. en Liquidation/İtalya kararı). Bundan dolayı Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi devlete, borçlarını veya ödemekle yükümlü oldukları tazminatları zamanında ödememeleri durumunda faiz ödeme yükümlülüğü yüklemektedir (AIHM'nin Eko-Elda Avee/Yunanistan kararı, Çeviren: Candan, 2006). Mahkeme, kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi durumunda enflasyon karşısında paranın değer kaybetmesi gerekçesiyle Türkiye aleyhine aşılabilir pek çok davada⁶ mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, kamulaştırma bedellerinin ödenmesindeki normal olmayan gecikmeler, özellikle belirli ülkelerde paranın değer kaybetmesi göz önünde tutulduğunda, arsası kamulaştırılan kişiyi belirsizlik içinde bırakarak büyük oranlarda maddi kayıplara yol açmaktadır. Bundan dolayı kamulaştırma bedelinin, kesinleşmesinden çok sonra ödendiği durumlarda enflasyon nedeniyle değer kaybetmesi, AIHM tarafından mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir (Çiçekli vd, 2007: 55).

4.2.3. Kullanmayı, Yararlanmayı ve Tasarrufta Bulunmayı Sağlama

Devletlerin önemli görevlerinden biri de, malikin mülkünü etkin şekilde kullanmasının ve ondan yararlanmasının, ayrıca malikin mülkü hakkında dilediği şekilde tasarrufta bulunmasının sağlanmasıdır. Aslında bu yetkiler söz konusu olduğunda, devletin mülkiyet hakkı karşısındaki tutumunun negatif olduğu söylenebilir. Ancak günümüz toplumlarında mülkiyet ilişkilerindeki karmaşa, devletin kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinin kullanılabilmesi için zaman zaman pozitif edimlerde bulunmasını gerektirebilmektedir. Bu edimlerin zamanında ve etkin şekilde yerine getirilmemesi ise devletin sorumluluğunu doğurabilmektedir. Örneğin mülke haksız bir müdahale olduğunda devlet hem idari yoldan bu müdahaleyi sonlandırmak, hem de müdahale ile ilgili bir yargı kararı söz konusu olduğunda bunu uygulamakla mükelleftir.

⁶ Bu davaların hemen tamamına yakını benzer niteliktedir. Bu davalarda Aka/Türkiye ve Akkuş Türkiye davaları ise diğer tüm davalarda atf yapılan emsal davalardır.

4.2.4. Etkin Bir Yargı Yolu Sağlama

Ulusal makamlar, gerek özel hukuk kişileri arasında ve gerekse kişilerle devlet arasında ortaya çıkabilecek mülkiyet uyuşmazlıklarında, tarafların iddialarını ileri sürebileceği tarafsız bir yargılama sağlamakla yükümlüdürler (Poroy, 2006: 1008). AIHM içtihatlarına göre, mülkiyet hakkı ihlallerine yönelik iddiaların dile getirilebileceği yargı mekanizmaları, her durumda açık ve işler olmalıdır. Bu anlamda gerekli usuli güvenceler sunan yargısal prosedürleri uygulamak ve böylece ulusal mahkeme ve kurulların, özel kişiler arasındaki herhangi bir uyuşmazlıkta etkili ve adil bir şekilde karar vermesini sağlama yükümlülüğü, en temel pozitif yükümlülüklerdendir (Akandji-Kombe, 2008: 57). Elbette ki ulusal yargı makamlarının belirli bir malın mülkiyetinin kime ait olduğunu tespit eden kararları, mülkiyet hakkına (otomatikman) aykırılık teşkil etmez. Ancak bunun temel şartı, iç hukuktaki yargılamanın, mülkiyet hakkına müdahale edilen kişiye temel şartları (delillerini sunma, iddialarını dile getirme, tanık vs. dinletme gibi) sağlamış olmasıdır. Ayrıca ulusal yargı makamlarının kararları, açıkça dayanaktan yoksun ve keyfi olmamalıdır. AIHM, İtalyan mahkemeleri tarafından geliştirilen ve kamulaştırmasız el atılan taşınmazın malikinin tazminat hakkını beş yıla sınırlayan inşai kamulaştırma içtihadını mülkiyet hakkının ihlali olarak görmüştür. Bunda temel etken, yargı kararlarının malikin tazminat hakkını geçerli bir hukuki neden olmaksızın kısıtlamasıdır. Yabancı kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinmesi ile ilgili olarak açılan üç davada da (Apostolide ve Diğerleri/Türkiye, Fokas/Türkiye, Nacaryan ve Deryan/Türkiye) Mahkeme, Türk yargı mercilerinin karşılıklılık koşulunu yanlış uyguladıklarına ve bu uygulama neticesinde mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Etkin bir yargı yolu oluşturulmasına ilişkin bu yükümlülük kapsamında sadece medeni hukuk uyuşmazlıkları değil, idari yargıya konu olabilecek uyuşmazlıklar da değerlendirilmelidir. Zaten mülkiyet hakkı temel olarak devletin müdahalelerine karşı bir koruma sağladığına göre etkin bir yargı yolu sağlama yükümlülüğünün, idari yargıyı da kapsamı gayet doğaldır. Bu açıdan bakıldığında, imar planları ve imar uygulamaları gibi mülkiyet hakkını yakından ilgilendiren, ancak idari işlem niteliği taşıyan uygulamalara karşı da etkin yargı yolu sağlanmalıdır.

4.2.5. Soruşturma ve Yargılama

Mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelere karşı ulusal makamlar etkin bir şekilde soruşturma yapmakla ve gerektiğinde ceza davası açmakla yükümlüdürler. Mahkeme 14.10.2008 tarihli Blumberga/Litvanya kararında mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, aynı zamanda suç niteliği taşıması halinde, mülkiyet hakkının korunması ile ilgili pozitif yükümlülüklerin, aynı zamanda ceza soruşturması ve

gerektiğinde ceza davası açılması konusunda da devlete yükümlülükler yüklediğine karar vermiştir. Bu kapsamda gerek idari soruşturma ve karar mekanizmaları gerekse yargı makamları, mülkiyet hakkının korunması için etkin bir şekilde gayret göstermek durumundadırlar.

Ancak Mahkeme, mülkiyet hakkına karşı işlenen suçlar söz konusu olduğunda devlete yüklenebilecek pozitif yükümlülükler ile Sözleşme'nin 2. maddesinde korunan yaşam hakkına ya da 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağına ilişkin suçlar söz konusu olduğunda devlete yüklenebilecek pozitif yükümlülükler arasında ayırım yapmaktadır (AİHM'nin Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı). Mahkeme, devletler tarafından gösterilen tüm çabalara rağmen çözümlenememiş ya da cezalandırılmamış pek çok suç olduğunu dikkate alarak, devletlerin yaşam hakkına ya da işkence yasağına ilişkin suçlar hakkında etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğünün, mülkiyet hakkına karşı suçlara ilişkin soruşturma yapma ve ceza davası açmasına ilişkin pozitif yükümlülüğüne nazaran daha kesin olduğunu vurgulamaktadır (AİHM'nin Blumberga/Litvanya kararı, Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı). Bunu tersinden okursak mülkiyet hakkına karşı suçlara ilişkin soruşturma yapma ve ceza davası açmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerin, adam öldürme ya da işkence yapma gibi suçlara karşı soruşturma yapma ve ceza davası açma yükümlülüğüne nazaran daha az kesin olduğu sonucuna varırız. Mahkeme, devletlerin suçları soruştururken karşılaşılabilecekleri pratik zorluklara ve daha ciddi suçları soruşturmaya öncelik verebilecekleri operasyonel seçeneklere duyarlı olduğunu ifade etmiştir (AİHM'nin Blumberga/Litvanya kararı). Bu ifade, şu anlama gelmektedir: Devletler, mülkiyete karşı işlenen suçlara nazaran, daha ciddi suçlara ilişkin soruşturmalara ağırlık verme konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptir (AİHM'nin Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı).

Mahkeme içtihadına göre soruşturma; geniş, ivedi, tarafsız, etkin ve detaylı olmalıdır. Mahkeme, 14.10.2008 tarihli Blumberga/Litvanya kararında mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin etkin, uygun ve tarafsız bir soruşturma yürütülmesini gerektirdiğine karar vermiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, soruşturma yapılması ve ceza davası açılmasında, Mahkeme, mülkeyapılan haksız müdahalelerdeki soruşturma ve kovuşturmanın, Sözleşme'nin diğer maddeleri (örneğin yaşam hakkının korunması) kapsamındaki haksız müdahalelerin soruşturulmasına göre daha az titiz olabileceğini ifade etmiştir (AİHM'nin Blumberga/Litvanya kararı, Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı).

Mahkeme'nin, devletlere, mülkiyet hakkına yapılan haksız müdahalelerdeki

soruşturma ve kovuşturmalarda, Sözleşme'nin diğer maddeleri (örneğin yaşam hakkının korunması) kapsamındaki haksız müdahalelerin soruşturulmasına göre daha az titiz davranma konusunda hareket alanı bırakmasının iki temel nedeni olabilir. Bunlardan birincisi malvarlığına nazaran kişi varlığının her zaman için daha değerli olmasıdır. İkinci olarak ise, mülkiyete ilişkin sorunların medeni hukuk yargısında veya idari yargıda da çözümlenme ihtimalinin söz konusu olmasıdır. Malvarlığına ilişkin bir suç söz konusu olduğunda ceza soruşturması ve davası, tali bir sorun olarak kalmaktadır. Mahkemeye göre mülkiyet hakkına ilişkin ceza soruşturmalarının ve davalarının başarı şansı düşük olsa bile medeni hukuk ve idare hukuku yolları, mülkiyet hakkının korunması açısından mantıklı çözümler üretebilmektedir (AİHM'nin Blumberga/Litvanya kararı).

4.2.6. Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi

Mülkiyet hakkıyla ilgili önemli bir pozitif yükümlülük ise kesinleşmiş yargı kararlarının yerine getirilmesidir. Bu yükümlülük devletin, gerek kendisi ve gerekse özel hukuk kişileri aleyhine olan yargı kararlarının yerine getirilmesi konusunda özen göstermesi anlamına gelmektedir.⁷ Örneğin bir başkasının taşınmazı üzerine izinsiz yapılan yapıların yıkılması konusunda verilen kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmaması, devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmektedir. Mahkeme Mykhaylenky ve Diğerleri/Ukrayna, Kanayev/Rusya, Burdov/Rusya, Ülger/Türkiye, Pznakhırına/Rusya, Tütüncü ve Diğerleri/Türkiye davası gibi pek çok davada tazminata ilişkin yargı kararlarının yerine getirilmemesini (üstelik devlet tarafından ileri sürülen kaynak yokluğu gerekçesini kabul etmeyerek) mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir (Dinç, 2007: 246).

5. SÖZLEŞME'NİN YATAY UYGULAMASI VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, kural olarak, mülkiyet hakkına sadece devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılan müdahaleleri korumaktadır. Buna, Sözleşme'nin dikey uygulaması denilmektedir (Kocabaş, 2009: 25). Bundan dolayı kural olarak, özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar mülkiyet

⁷ Mülkiyet hakkının korunması amacıyla verilen yargı kararlarının uygulanmaması bir yandan Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali anlamına geldiği gibi, aynı zamanda Sözleşme'nin 6/1. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da ihlali anlamına gelmektedir. Mahkeme Rıvanu/Romanya davasında bir başkasının taşınmazı üzerine izinsiz yapılan yapıların yıkılması konusunda verilen kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiş, mülkiyet hakkı yönünden ayrıca inceleme yapmaya gerek görmemiştir.

hakkı kapsamında değildir. Sözleşmeler hukuku (sözleşme nedeniyle mülke el konulması ve mülkün satılması), haksız fiil veya aile hukuku (terake malları ya da evlilik yoluyla elde edilmiş mallar) ile ilgili uygulanabilecek yasalar, genel olarak Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin kapsamı dışında kalmaktadır (Grgiç vd, 2007: 7). Mahkeme, Voyager Ltd/Türkiye davasında verdiği kararında Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin bireyler arasında ortaya çıkabilecek mülkiyet uyuşmazlıklarını çözmekten ziyade, mülkiyet hakkına kamu idareleri tarafından yapılacak müdahaleleri önlemek amacıyla kabul edildiğini anımsatmıştır (Gemalmaz, 2009: 427). Mahkeme, özel hukuk kişileri arasında çıkan uyuşmazlık sonucu açılan Gustafsson/İsveç davasında; mülkiyet hakkına kamu otoriteleri tarafından yapılmış herhangi bir müdahale olmadığı durumlarda devletin serbest piyasa şartları altında özel kişilerin davranışlarına müdahale etmemesinden doğan yan etkilerin Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.⁸

Bununla birlikte bazı durumların ortaya çıkması halinde devletin özel hukuk tüzel kişileri arasındaki ilişkilere de müdahale etmesi gerekebilir. Çünkü bireylerin mülkiyet hakkını etkili şekilde kullanabilmeleri, sadece devletin mülkiyet hakkına müdahalede bulunmamasıyla sağlanamamaktadır. Devletin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenlemekte önemli görevleri olduğu dikkate alındığında özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda devletin hiçbir sorumluluğunun bulunmadığını söylemek de mümkün değildir. Mahkeme'ye göre, bireylerin mülkiyet hakkından etkili şekilde yararlanmaları, devletin görevlerini yerine getirmesine bağlı ise, devletin özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda dahi pozitif yükümlülükleri bulunabilir (AIHM'nin Plechanow/Polonya kararı). Buna Sözleşme'nin yatay uygulaması denilmektedir. Bu anlamda devlet, diğer hususların yanı sıra, özel hukuk kişilerinin arasındaki mülkiyet ilişkilerini düzenlemek amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (Grgiç, 2007: 7; Çiçekli vd, 2007: 55). Bundan dolayı özel hukuk kişileri arasındaki mülkiyetle ilgili uyuşmazlıklar, devleti belli bir yönde hareket etmeye zorluyor ya da devleti bir şeyi yapmakla yükümlü tutuyor ise bu durumu pozitif yükümlülük olarak nitelendirmek mümkündür (Poroy, 2006: 1007).

8 Bu davada başvuru işverenin, faaliyet gösterdiği işkolunda yapılan toplu sözleşmeye uymaması nedeniyle işyerindeki işçi sendikası, işyerine karşı boykotta bulunmuştur. Başvuru yürütülen boykotun kaldırılması ve karşılaştığı zararın devletçe karşılanması için iç hukukta başvuruda bulunmuş ancak sonuç alamamıştır. Bunun üzerine başvuru diğer hakların yanında mülkiyet hakkının da ihlal edildiği gerekçesiyle, AIHM'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, mülkiyet hakkına yapıldığı ileri sürülen müdahalenin resmi makamlar tarafından yapılmadığı, özel kişiler arasındaki sözleşmenin doğasından kaynaklandığı; serbest piyasa şartları altında devletin kişilerin davranışlarına müdahale etmemesinden doğan yan etkilerin; Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Mahkeme tarafından ilk olarak Young, James ve Webster/Birleşik Krallık davasında üstü kapalı olarak ele alınan (Kocabaş, 2009: 26) yatay uygulama klozu, mülkiyet hakkına ilişkin pek çok davada da kullanılmıştır. Örneğin J. A. PYE Ltd ve J. A. PYE Land Ltd/Birleşik Krallık davasında AİHM Büyük Dairesi, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların, bir mevzuat normundan kaynaklanması durumunda, devletin bu mevzuat normu dolayısıyla mülkiyet hakkına müdahale ettiğini ve bu durumun da Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin kapsamına girdiğine karar vermiştir. Mahkeme, toplu sözleşme sonucu kurulan ve özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde olan fona, toplu sözleşmeye taraf işveren şirketçe zorunlu olarak yapılan katkıların dava konusu edildiği X Company/Hollanda davasında, şirket tarafından fona yapılması zorunlu tutulan katkıların bir kanun hükmüne dayanması nedeniyle devletin burada bir sorumluluğunun bulunabileceğine karar vermiştir (Gemalmaz, 2009: 425).

Dikkat edilirse Mahkeme, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda mülkiyet hakkına haksız müdahale teşkil eden işlem ya da eylem, bir mevzuat hükmünden kaynaklanıyor ise, devletin sorumluluğuna hükmetmektedir. Ancak devletin sorumluluğunu doğurabilecek mevzuatın niteliği konusunda içtihatla bir açıklık bulunmamaktadır. Mahkemenin kanun kavramını şekli anlamda değil, maddi anlamda değerlendirdiğini ve her türlü mevzuat normunu (kanun, yönetmelik, tüzük, tebliğ, hatta yazılı olmayan hukuk) hukuk kavramı içerisinde gördüğünü dikkate alırsak, devletin sorumluluğunu doğurabilecek mevzuatın mutlaka kanun olmasının zorunlu olmadığı sonucuna varırız. Kanun dışında yönetmelik, tüzük, tebliğ gibi mevzuat normları da, devletin sorumluluğunu doğurmaya yeterli olacaktır. Önemli olan, bu mevzuatın devletin düzenleme yetkisi kapsamında ve kamu gücü kullanılarak bir kamu idaresi tarafından yürürlüğe konulmuş olmasıdır.

Mahkeme'nin mülkiyet hakkının korunması açısından Sözleşme'nin yatay uygulanmasını bu derece genişletmesinin temel nedenlerinden birisi, Sözleşme'nin 1. maddesinin tüm Sözleşmeci Devletlere kendi yetki alanları (jurisdiction) içerisinde bulunan herkesin Sözleşme'de yer alan haklardan ve özgürlüklerden etkin şekilde yararlanmalarını sağlamak konusunda yüklediği pozitif yükümlülüktür.⁹ Madem ki devlet, kendi yetki alanına giren herkesin haklardan ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamakla yükümlüdür, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların da buna dahil olması gerekir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan yükümlülük, sadece devlete atfedilebilir davranışlar sonucu ortaya çıkan hak ihlallerini değil, aynı zamanda devlet dışı kişi ve kuruluşlara atfedilebilir davranışlar sonucu ortaya çıkan hak ihlallerini de kapsar (AİHM Büyük Dairesinin Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye

⁹ Sözleşme'nin "İnsan haklarına saygı yükümlülüğü" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir: "Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar."

kararı). İkinci olarak, insan hakları hukukunun kapsam yönünden genişlemesi de bunda önemli bir paya sahiptir. Günümüzde insan hakları hukuku, sadece birey/ devlet ilişkilerini değil, aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır (Poroy, 2006: 1006). Ayrıca Mahkeme tarafından kabul edilen sosyal devlet anlayışı da Sözleşme'nin yatay uygulaması açısından devletin pozitif yükümlülüklerini gündeme getirmektedir (Poroy, 2006: 1009). Sosyal devlet, toplumun zayıf kesimlerinin güçlülere karşı devlet tarafından korunmasını gerektirmektedir.

6. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİN SINIRI

Pozitif yükümlülükler, devletin belirli bir eylemi gerçekleştirmesini gerektirdiğinden ve bunların çoğu kaynak ihtiyacı doğurduğundan diğer hakların aksine mülkiyet hakkı açısından devletin pozitif yükümlülükleri kaynaklar ile sınırlıdır. AİHM, mülkiyet hakkının korunması amacıyla alınacak tedbirlerin büyük miktarda kaynak gerektirmesi durumunda devletlere pozitif bir yükümlülük dayatlamayacağı görüşündedir. Örneğin, devletin herkesin barınma ihtiyacını karşılamak üzere konut yapması, mutlaka ekonomik kaynaklarla sınırlı olacaktır. Mahkeme, devletin pozitif yükümlülüklerinin tartışıldığı Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında Türk Hükümetinin *"bu konuda özellikle öncelikler ve kaynaklar bakımından operasyonel seçenekler göz önüne alınmadan, yetkililere imkansız veya çok ağır külfetler yüklenmemesi gerektiği"* şeklindeki savunmasını kabul etmiştir. Mahkeme bu davada, büyük kaynak ihtiyacı gerektiren tedbirlerin kaynak ihtiyacı gerektirmesinin yanı sıra bu konunun zor ve teknik bir konu olduğunu, dolayısıyla devletlerin geniş bir takdir alanından yararlanmaları gerektiğini ifade etmiştir. İlascu ve Diğerleri/ Moldova ve Rusya kararında da Mahkeme, pozitif yükümlülüklerin devlete, imkansız veya orantısız bir yük yükleyecek tarzda yorumlanamayacağına karar vermiştir.

Ancak pozitif yükümlülüklerin sınırlılığında ilişkin bu kabul, sadece geniş çaplı kaynak ihtiyacı gerektiren edimler içindir. Bir başka ifadeyle kaynak yokluğundan doğan bu sınır, daha ziyade ekonomik ya da sosyal politikaların uygulanmasıyla ilgilidir. Buna karşılık hakkın korunması için alınabilecek önlemler, büyük miktarda kaynak ihtiyacı gerektirmiyorsa ya da aşırı bir külfet yüklemiyorsa, AİHM, pozitif yükümlülüğün bulunabileceğini vurgulamaktadır. Bir başka ifadeyle bir yargı kararının yerine getirilmesi ya da mülkiyete el konulması karşılığında tazminat ödenmesi gibi hususlarda kaynak yokluğu gerekçesi, AİHM tarafından kabul görmemektedir. Bu kapsamda Mahkeme, devletlerin bireylere karşı yükümlülüklerini yerine getirmemelerini, yargı kararlarının uygulanmamasını, hak sahiplerine istihkaklarının ödenmemesini mülkiyet hakkının ihlali olarak yorumlamaktadır (Dinç, 2007: 242, AİHM'nin Burdov/Rusya kararı, Tütüncü ve Diğerleri/Türkiye kararı, Pznakhırına/ Rusya kararı). Mahkeme, Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında, çöplükte biriken metan gazının boşaltılması için kurulacak bir sistemin, aşırı bir kaynak

ihtiyacı gerektirmeksizin çöplüğün patlamasını engelleyebileceğini vurgulayarak devletin bu konuda yükümlülüğü bulunduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında şu hususları vurgulamıştır (İNHAH BB, 2012): *“Söz konusu pozitif yükümlülüğün gerektirdiği tedbirler, tam da bu makamlara tanınan yetkilerin kapsamına girmekte olup, yetkililerin dikkatleri çekilen riski ortadan kaldırmaya yönelik uygun bir vasıta olarak görülebilirler. Mahkeme, durumun ölümcül hale gelmesinden önce Ümraniye çöplüğünde kurulacak bir gaz boşaltma sisteminin, Devlet’in kaynaklarını Türk Anayasasının 65. maddesine aykırı olarak harcanmasına fırsat vermeden veya Hükümetin iddia ettiği boyutta uygulama sorunlarına neden olmadan, etkili bir tedbir oluşturacağı kanaatindedir. Böyle bir tedbir, konuya ilişkin Türk mevzuatıyla ve genel uygulamalarla uyumlu olmakla kalmayacak, ama ayrıca Hükümet tarafından Mahkeme önünde ileri sürülen insani kaygıları çok daha iyi yansıtmış olacaktır.”*

Pozitif yükümlülüklerle ilgili bir diğer sınır ise, Sözleşme’nin zaman bakımından uygulanmasıyla yakından ilgilidir. Mahkeme, özellikle Doğu Bloku ülkeleriyle ilgili olarak verdiği kararlarında, Sözleşme’nin devletlere, Sözleşme’yi imzalamalarından önce ortaya çıkan zararları giderme konusunda pozitif bir yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır (AIHM’nin Sierpinski/Polonya kararı, Pelchanow/Polonya kararı). Örneğin Doğu Bloku ülkeleri açısından konuya yaklaşırsak, bu ülkelerde komünist rejim döneminde kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınır ve taşınmazlara el konulması söz konusudur. Bu devletlerin sonradan Sözleşme sistemine dahil olmaları, onlara Sözleşme’nin imzasından önce ortaya çıkan zararları tazmin etme yükümlülüğü yüklememektedir.

Burada iki hususa dikkat çekmek gerekir. Öncelikle, Sözleşmenin zaman bakımından uygulanmasının getirdiği bu sınır, Sözleşme ile korunan tüm haklar için söz konusudur. Bir başka ifadeyle zaman bakımından ortaya çıkan bu sınır, Sözleşme’nin genel bir ilkesidir ve Sözleşme ile korunan diğer haklara paralel olarak, mülkiyet hakkının korunması açısından devletlere yüklenebilecek pozitif yükümlülükleri zaman bakımından sınırlar.

İkinci olarak, zaman bakımından Sözleşme kapsamına girmeyen konularda devletlerin bu şekilde bir pozitif yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, devlet bu konuda herhangi bir çözümü bir kez kabul ettiğinde ve uyguladığında, belirsizlik ve tutarsızlıktan kaçınmak amacıyla tüm vatandaşlar için (mümkün olduğunca) makul netlik ve tutarlılıkla uygulamaya devam edilmelidir. (AIHM’nin Sierpinski/Polonya kararı). Bu netlik ve tutarlılık, devletin faaliyetlerinin Sözleşme’ye uygunluğu değerlendirilirken, Mahkeme tarafından önemli bir faktör olarak dikkate alınmaktadır.

7. SONUÇ

Genel bir yaklaşım olarak devletin negatif statü hakları konusunda negatif yükümlülüklerinin, pozitif statü hakları konusunda ise pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Fakat AİHM, son yıllarda verdiği kararlarında, başta mülkiyet hakkı olmak üzere, klasik tasnifte negatif statü hakkı olarak kabul edilen haklar açısından da devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunabileceğini kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek protokollerle kurulan koruma sistemi, bireylerin haklardan ve özgürlüklerden etkin şekilde yararlanmasını amaçladığı için devlet, sadece mülkiyet hakkına müdahale etmemekle yetinemez. Devlet bireylerin mülkiyet haklarını etkin şekilde kullanabilmeleri için gereken tedbirleri almak zorundadır. Gerek Sözleşme'nin devletlere *"kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak"* görevini yükleyen 1. maddesi ve gerekse Ek 1 No'lu Protokol'ün mülkiyet hakkını koruma altına alan 1. maddesi, devletlere mülkiyet hakkının korunması için gereken tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Üstelik Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesine hakim olan sosyal mülkiyet anlayışı da, pozitif yükümlülük olgusunu desteklemektedir. Sosyal mülkiyet anlayışına göre, kişilerin sadece mülkiyet hakkına sahip olması yeterli değildir; kişilerin mülkiyet haklarından etkin şekilde yararlanabilmeleri için devletin gerekli tedbirleri alması gerekir.

Mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif ve negatif yükümlülükler iç içe geçmiştir. Sözleşmenin diğer maddelerinin aksine¹⁰ mülkiyet hakkı açısından devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerini birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir (AİHM'nin Broniovski/Polonya kararı). Devletin pozitif ya da negatif yükümlülüklerini ihmal etmesi durumunda, devletin işlem ya da ihmalinin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemek için AİHM tarafından uygulanabilecek kriterler, temelde aynıdır.

AİHM pozitif yükümlülükleri esas yönünden yükümlülükler ve usul yönünden yükümlülükler olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutmaktadır. Hakkın korunması için gerekli mevzuatın yürürlüğe konulması olarak tarif edilebilecek olan esas yönünden yükümlülükler, devletin mülkiyet hakkının korunması için gerekli yasal ve idari çerçeveyi hazırlamasını zorunlu kılmaktadır. Üstelik bu düzenlemeler, mülkiyet hakkının sadece devlete karşı değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı da korumak durumundadır. Devlet, kaynağı ister kamu, isterse özel hukuk kişileri olsun mülkiyet hakkına yapılan tüm haksız müdahaleleri önleyecek, sonlandıracak ve bir zararın söz konusu olduğu durumlarda tazmin edecek mevzuatı yürürlüğe koymalıdır.

¹⁰ Sözleşmenin pek çok maddesi devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bunlardan bazıları (yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı) açısından pozitif yükümlülükler daha kesindir.

Bu yasal ve idari çerçeve, medeni hukuk yargılamasını ve idari yargıyı kapsadığı gibi, mülke karşı bir suç söz konusu olduğunda soruşturma yapılmasını ve ceza davası açılmasını da kapsar. Ayrıca hukuki çerçeve oluşturulmasına ilişkin bu yükümlülük, sadece yeni mevzuat çıkarmakla sınırlı olarak değerlendirilmemelidir. Mülkiyet hakkının ihlaline yol açan ve Sözleşme sistemi ile uyuşmayan düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması da, esas yönünden pozitif bir yükümlülüktür.

Bu yasal ve idari çerçeve, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde geçen "hukuk tarafından öngörülme" şartını sağlamalıdır. Bundan dolayı bu mevzuatın herkes tarafından ulaşılabilir olması gerekir. Ayrıca mevzuatın herkes tarafından anlaşılabilir derecede açık olması ve keyfi uygulamalara karşı emniyet tedbirleri öngörmesi zorunludur.

Usul yönünden yükümlülükler ise, uygulamanın, yasal ve idari çerçeveye uygun olarak yapılmasıdır. Buna göre kamu idarelerinin uygulamaları, yasal ve idari çerçeveye ve Sözleşme'ye uygun olmak zorundadır. Mülkiyet hakkına yapılacak keyfi müdahaleler, Mahkeme tarafından mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Yükümlülüğün niteliğine göre değişmekle birlikte, genel bir kabul olarak, mülkiyet hakkının korunması açısından gerekli pozitif tedbirlerde devletlerin belirli bir takdir hakkından yararlanmaları gerektiği, AİHM içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Devlet, mülkiyet hakkının korunması ve kişilerin bu haktan etkin şekilde yararlanabilmesi için gereken tedbirleri belirleme hakkına sahiptir. Bu takdir hakkı, aynı zamanda pozitif yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceğini, hangi düzenlemelerin yapılacağı konusunu da kapsamaktadır. Mahkemenin bu konudaki denetim yetkisi oldukça sınırlı kalmaktadır. Ancak bu takdir hakkı, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Kira denetimi uygulanması, emekli maaşları gibi sosyal ve ekonomik politikaların uygulanması söz konusu olduğunda, devletin takdir hakkı oldukça genişlemektedir. Buna karşılık kamulaştırılan taşınmaz karşılığında tazminat ödenmesi ya da haksız şekilde işgal edilen taşınmazların idari ya da adli yollarla tahliyesinin sağlanması gibi münferit uygulamalar söz konusu olduğunda takdir hakkı söz konusu olmamaktadır.

Bu yükümlülükler, sadece Sözleşme'nin dikey uygulaması açısından değil, aynı zamanda yatay uygulaması açısından da söz konusudur. Bir başka ifadeyle devlet, mülkiyet hakkını sadece devlet tarafından yapılan haksız müdahalelere karşı değil, aynı zamanda devlet dışı kişi ve kurumlardan gelecek haksız müdahalelere karşı korumakla da yükümlüdür.

KAYNAKÇA

Akandji-Kombe, J. F. (2008) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No: 7, 2008

Candan, T. (2006), *“AİHM’nin Eko-Elda Avee/Yunanistan kararı”* Danıştay Dergisi, Yıl:2007, Sayı:114, Erişim Adresi: <http://www.danistay.gov.tr/dergi114.htm>, Erişim Tarihi: 11/08/2010

Çiçekli, B.; Eryılmaz, M. B.; Yılmaz, Ö. (2007) *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi”*, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Yıl: 2007, Cilt: 3, Sayı: 9

Çoban A. R. (2008) *“Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3

Dinç, G. (2007) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007

Gemalmaz, H. B. (2009) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009

Gören, Z. (1997) *“Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”*, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1997, Sayı: 14

Gözübüyük, A. Ş. ve Gölcüklü, A. F. (2007) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

Grgiç ve Diğerleri (2007) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No:10, 2007

İNHAK BB (2012) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Öneriyıldız ve Diğerleri / Türkiye Kararı, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankası, Erişim Adresi: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/oneryildiz21022008.doc>, Erişim Tarihi: 01.02.2012

Kocabaş, S. (2009) *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi

Koçak, M. (2006) *“Karşılaştırmalı Analiz, İHAM ve AB Ölçütleri”*, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 23

Poroy, M. A. (2006) *“Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük, İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”* İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 2006/3

Ünal, Ş. (1994) *“Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması”*, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1994, Sayı: 11

Yaltı, B. (2006) *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006

TÜRKİYE’DE YEREL YÖNETİMLERDE MALİ ÖZERKLİK VE VERGİLENDİRME YETKİSİ

Halûk EGELİ *
Funda DİRİL **

ÖZET

Yerel yönetimlerin gelişiminde güçlü bir mali yapının varlığı önem taşımaktadır. Mali özerklik, söz konusu mali yapıya ulaşılması bakımından gerekli görülmektedir. Mali özerkliğin sağlanabilmesi yerel yönetimlerin vergilendirme yetkisini ne ölçüde kullandığına bağlıdır. Türkiye’de yerel yönetimlerde mali özerkliğin sağlanmasında vergilendirme yetkisinin önemi ve nasıl kullanılması gerektiği incelenmiştir. Vergilendirme yetkisinin kullanımına bağlı olarak mali özerklik düzeyinin bu doğrultuda şekilleneceği hususuna vurgu yapılmıştır. Bu çalışmada öncelikle mali özerklik ve vergilendirme yetkisi kavramları incelenmiş ve birbirleriyle ilişkilendirilmiştir. Daha sonra Türkiye’de mali özerkliğin oluşumunda ortaya çıkan çeşitli mali sorunlar ele alınmıştır. Yerel yönetimlerde hizmet kalitesini geliştirmek için mali özerkliğin hangi aşamada olması gerektiği ve bu yönde ne gibi çalışmalar yapılması hususuna değinilerek bazı tespit ve değerlendirmelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yerelleşme, Yerel Yönetimler, Mali Özerklik, Vergilendirme Yetkisi

FISCAL AUTONOMY AND TAXATION AUTHORITY OF LOCAL GOVERNMENTS IN TURKEY

ABSTRACT

The presence of a strong financial structure is important in the development of local governments. Fiscal autonomy is necessary for the achievement of such financial structure. Fiscal autonomy depends on the use of taxation authority by local governments. The importance of usage of taxation authority to provide fiscal autonomy of local governments in Turkey is examined. It is emphasized that the level of fiscal autonomy is taking shape depending on the usage of taxation authority. In this study firstly, fiscal autonomy and taxation authority concepts are examined and associated with each other. Then, some fiscal problems occurring while the fiscal autonomy is being formed are examined. The required level of fiscal autonomy to improve the quality of service given by the local governments and studies required in this direction are mentioned and some findings and evaluations are given.

Key Words: Decentralization, Local Governments, Fiscal Autonomy, Taxation Authority

* Doç.Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, İİBF, Maliye Bölümü

** Yrd.Doç.Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir Meslek Yüksek Okulu, İdari Programlar Bölümü

1. GİRİŞ

Kamu yönetiminin yeniden yapılandırılmasına yönelik olarak birçok ülkede yerel yönetimler kapsamında gerek idari gerekse mali açıdan reform niteliğinde çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalar, yerel yönetimlerde hizmet etkinliğini daha da arttırmak bakımından yapılan yeni düzenlemelerden oluşmaktadır. Çünkü yerel yönetimler tarafından sunulan hizmetler daha fazla harcamayı gerektirmekte ve bu da yerel yönetimlerin kaynak yapısının güçlendirilmesi gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Bu yönde yapılan çalışmalar genelde merkezi yönetimden yerel yönetimlere çeşitli kaynakların aktarılması şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak, aktarılan kaynakların verimsiz kullanılması merkezi hükümete ilave yükler getirmekte ve yerel yönetimleri hizmet etkinliği bakımından sıkıntıya düşürmektedir. Dolayısıyla yerel yönetimlerin kendilerine kanunlarla verilen görevleri daha etkin ve verimli bir şekilde yerine getirebilmeleri için mali kaynakların kullanımı açısından daha fazla tasarruf hakkına sahip olmaları gerekmektedir.

Yerel özerklik, farklı boyutlardan incelenmesi gereken bir kavramdır. Kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesinde belirli sınırlar dahilinde merkezi yönetimin idari, ekonomik ve mali alanda yetki ve sorumluluğunu yerel yönetimlere devretmesi yerel özerklik olarak ifade edilmektedir.

Yasal düzenlemeler çerçevesinde mali konulara ilişkin kararlar alınırken, yerel yönetimlerin merkezi yönetime bağlı olmaları doğrultusunda, mali özerklik düzeyi çok düşük kalmaktadır. Yerel yönetimlerde mali gücün sağlanmasında yeterli kaynaklara sahip olmak gerekmektedir (Aydın ve Taş, 2007). Bu kaynakların başında vergi gelirleri gelmektedir. Yerel yönetimlerin mevcut vergileme kapasitesini arttırıcı yönde kullanabilmeleri için daha fazla vergilendirme yetkisine ihtiyaç duydukları açıktır. Vergilendirme kapasitesi, belli bir dönemdeki vergilenebilir ekonomik potansiyeli göstermektedir. Bir başka ifade ile bir ülkede belirli bir yer ve dönemde vergilemeye konu veya taban teşkil edecek sayısal veriler olup aynı zamanda toplumun vergiye dayanma gücünü ifade etmektedir (Akdoğan, 1997). Yerel yönetimler bir verginin oranı, matrahı ve mükellef tabanının genişliği gibi hususlarda vergilendirme yetkisini kullanırken, yerel halkın vergi ödeme gücünün boyutlarını göz önünde bulundurmalıdır.

Bu çalışma, yerel özerkliğin önemli bir unsuru olan mali özerklik çerçevesinde ele alınmıştır. Bu bağlamda öncelikle mali özerklik ile vergilendirme yetkisi kavramları ortaya konularak aralarındaki ilişkiler teorik açıdan incelenmiştir. Daha sonra yerel yönetimlerde mali özerkliğin sağlanması için gerekli mali kaynaklar ve bu kaynakların kullanılmasında karşılaşılan sorunlar ortaya konularak, çeşitli değerlendirme ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

2. MALİ ÖZERKLİK KAVRAMI VE ÖNEMİ

Mali özerkliği kavramsal açıdan ortaya koymak bakımından değişik tanımlamalara yer verildiği görülmektedir. Bir tanıma göre mali özerklik belli sınırlar dahilinde merkezi yönetimden yerel yönetimlere finansal kaynakların tahsisi konusunda karar verme ve vergi toplama yetkisinin tanınmasıdır (Boschmann, 2009). Yani yerel yönetimlerin yasal düzenlemeler çerçevesinde ayrı gelir kaynaklarına sahip olmaları ve kendi organlarının kararlarına dayanarak harcama yapabilmeleridir (Sevsay, 2012).

Bir başka tanıma göre ise mali özerklik, kurumların çeşitli yollardan gelir oluşturmaları, gelirlerini ve varlıklarını kendi amaçlarına uygun bir biçimde kullanabilmeleri ve esnek bir bütçe sistemine sahip olmaları şeklinde ifade edilmektedir (Yiğit, 2012). Bu tanımlamalara göre, mali özerklik, kendi bütçesini hazırlama, kendi mali kaynaklarını oluşturma ve kullanma olarak ortaya çıkmaktadır. Mali özerklik esasen, yerel yönetimlerin bağımsız karar alabilmeleri için gerekli koşulların varlığı halinde önem kazanmaktadır. Bu koşullar;

- Mali kaynakların ağırlıklı olarak öz gelirlerden oluşması,
- Öz gelirlerin oranlarının belirlenebilmesi,
- Belirli bir koşula bağlı kalmaksızın merkezi yönetimden yerel yönetimlere yardım yapılması,
- Yerel yönetimlerin gelirlerini serbestçe harcayabilmeleri, olarak belirtilebilir (Yiğit, 2012).

Mali açıdan karar alabilme düzeyine yeterli ölçüde ulaşamamış ve bütçelerini kaynak yönünden geliştirme özerkliğine sahip olmayan yerel yönetimler, merkezi yönetime bağımlı olan bir yapı sergilemektedir. Ancak böyle bir yapıda mali özerkliğin istenilen ölçüde sağlanması mümkün değildir. Buna göre, mali özerkliğin sağlanmasında yerel yönetimlere kendi gelirlerini belirleme yetkisi verilmelidir. Bu yetki en aşırı şekilde yerel yönetimlerin verginin konusunu, matrahını ve oranını belirlemelerinden, merkezi yönetimin belirlediği alt ve üst sınırlar içinde vergi oranlarında değişiklik yapma yetkisine kadar gidebilmektedir.

Mali özerklik kapsamlı bir sistem olarak değerlendirilmelidir. Kendi içinde kuralları barındıran bu sistem, her ülke için analize tabi tutulması gerekli çeşitli koşullara bağlıdır. Mali özerkliğin kuralları şu şekilde belirtilebilir (Bahl, 1999).

- Mali özerklik, öncelikle gelir ve harcama boyutlarıyla birlikte ele alınmalıdır. Yönetim gelirleri harcamalara göre belirlenmelidir. Harcamaların belirlenmesinde örneğin; halka açık hizmetlerin ücretlendirilmesi gibi ağırlıklı olarak hizmetlerden

yararlananlar tarafından finansmanın sağlandığı harcama kaynak ilişkisi sağlanmalıdır.

- Mali özerkliği değerlendirmede kuvvetli bir merkezi gözlem ve değerlendirme yeteneği olmalıdır,
- Yerel yönetimlere belirli ölçülerde bir şekilde vergilendirme yetkisi tanınmalıdır,
- Merkezi yönetim kendi koyduğu mali özerklik kurallarını koruyabilmelidir,
- Mali özerklik kapsamında oluşturulan sistem basit ve anlaşılır olmalıdır,
- Yönetimler arası vergilendirme yetkisinin devri mali özerkliğin amacına uygun olmalıdır.

Bu kurallar mali özerklik kapsamında amaçlanan hedeflere ulaşıp ulaşılmadığının değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Buna göre özellikle mali yapıları sorunlar içeren gelişmekte olan ülkeler bakımından mali özerkliğin sağlanması öncelikli olarak ele alınması gerekli bir husustur.

Gelişmekte olan ülkelerde mali özerkliğin sağlanmasını olumsuz yönde etkileyen faktörler;

- Mali şeffaflık düzeyinin yetersizliği,
 - Yerel yönetim vergilerinin belirlenmesinde bilgi eksikliği ve yetersiz planlamaya dayalı mevzuattan kaynaklanan karmaşıklık,
 - Yerel yönetimlerin vergi toplama konusundaki kapasite eksikliği,
 - Merkezi yönetimin gelir transferlerine aşırı bağımlılığı,
 - Yerel yönetimlerin hangi oranda ve ne tür vergileri topladığına ilişkin merkezi idare ile koordinasyon eksikliğinin ortaya çıkabilmesi
- şeklinde sıralanabilir (Bumbakare, 2009).

Yerel yönetimlerin mali açıdan zayıf olması yerel yönetimlerce yürütülen bazı girişimlerin devlet tarafından engellenmesine veya yavaşlatılmasına sebep olabilmektedir. Nitekim, mali kaynakları yetersiz olan yerel yönetimler kendi hizmet alanlarına giren bazı görevleri merkezi yönetime devretme eğilimine girebilmektedirler (Tortop, 1996: 3-13). Buna göre, yerel yönetimleri daha üretken kılabilecek gelir kaynağı olan verginin hangi makamın yetki alanına girdiği önem kazanmaktadır.

Yerel yönetimlere kendi yerel kaynaklarını yaratabilme hak ve yetkisini sağlama hususunda vergilendirme yetkisinin devri önem kazanmaktadır. Bu noktada vergilendirme yetkisi kavramı ve söz konusu yetkinin nasıl kullanılması gerektiği konusu aşağıda kısaca ele alınmaktadır.

3. VERGİLENDİRME YETKİSİ KAVRAMI

Vergilendirme yetkisi, devletin milli egemenlik gücüne dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü olarak tanımlanabilir. Vergilendirme yetkisi dar anlamda, devletin kamu gelirleri içinde sadece vergi almaya ilişkin yetkisini kullanması anlamına gelmektedir. Geniş anlamda vergilendirme yetkisi ise devletin kamu giderlerini karşılamak üzere gerçek ve tüzel kişiler üzerine koyduğu her çeşit mali yükümlülüğe ilişkin yetkiyi ifade etmektedir. Birçok ülkede yerel yönetimler, devletin kamu gelirlerinden ya da vergi gelirlerinden bir bölümünü paylaşmaktadır. Esasen vergilendirme yetkisi bir devletin egemenlik gücünün en önemli göstergelerinden biri olup, hukuk sistemi içinde korunarak devlete bağımsız vergi politikaları oluşturma ve uygulama imkânı sağlamaktadır.

3.1. Üniter Devletlerde Vergilendirme Yetkisi

Üniter devlet, yasama, yürütme ve yargı organlarını merkezi olarak bünyesinde toplayan bir devlet modelidir. Her ülkede yapısal koşullara bağlı olarak yerel yönetimlerin mali özerkliği farklı boyutlarda değerlendirilmektedir. Günümüzde özellikle üniter devletlerde, temel vergilerin (gelir vergisi, kurumlar vergisi, KDV gibi) büyük bir kısmı merkezi yönetimin elinde toplanmakta sadece vergilerin tahsil yetkisi yerel yönetimlere bırakılmaktadır (Türkoğlu, 2009)

Üniter devletlerde merkezi yönetim, yerel yönetimler tarafından yerine getirilecek görevlerde kullanılacak mali kaynakları yasa ile belirlemektedir. Üniter devletlerde vergilendirme yetkisi ağırlıklı olarak merkezi yönetimde toplanmaktadır. Bu bağlamda, yerel vergilerin ve harçların oranlarını belirlemede, yerel yönetimler çok kısıtlı yetkilere sahiptir. Vergilendirme yetkisinin ne ölçüde yerel yönetimlere bırakılması gerektiği konusu aynı zamanda söz konusu ülkenin mali özerkliğin hangi aşamasında olduğunu göstermesi bakımından önem kazanmaktadır. Üniter devlet yapısına sahip ülkeler açısından yerel yönetimlere vergilendirme yetkisinin devredilmesi bakımından, saydamlık ve hesap verilebilirlik ilkelerine bağlı kalınması ve mali gücün kullanımının merkezin kontrol ve denetimine bırakılması öncelikli koşullardan birisidir. Bu da idari yapı bozulmaksızın merkezi yapının sadece mali alanda esnekliğinin sağlanması ve üniter yapının korunmasına yönelik bir özerkliğin sağlanması ile mümkündür.

3.2. Federal Devletlerde Vergilendirme Yetkisi

Ülke uygulamalarına bakıldığında, yerel yönetimler arasında işbirliği sağlandığı ölçüde federal devletlerde mali yapı, kendine özgü bir çeşitlilik arz etmektedir. Dolayısıyla mali özerkliğe yönelik düzenlemeler de aynı şekilde yönetimler arası farklılık gösterebilmektedir. Yönetimler arası ilişkilerde bu tür düzenlemeler yerel

yönetimin kendi anayasasında belirlenmiştir. Aynı zamanda federal devletlerde kamu gelirlerinin paylaşımı yine kendi anayasalarında garanti altına alınmıştır.

Mali özerklik alanında yaşanan gelişmeler sadece federal ve üniter yapıya sahip devletlerde önemli düzeye ulaşmıştır (Acar, 2009). Mali özerkliğe ilişkin çalışmaların yoğunluk kazandığı günümüzde tam anlamıyla üniter yönetim biçimine sahip bir devlet bulmak oldukça zordur (Toksöz vd., 2009). Dolayısıyla mali bakımdan yönetim farklılığı gösteren devletler göz önüne alındığında; ABD, Kanada, Almanya ve İsviçre gibi federal devletlerle Türkiye, Fransa, İtalya, Hollanda, Danimarka ve İspanya gibi üniter devletler arasındaki temel fark, vergilendirme yetkisinin devrine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda vergilendirme yetkisinin yerel yönetimlerce devlet yapısına bağlı olarak farklı uygulanması mali özerkliğin düzeyini de etkilemektedir.

Yönetimler arası ilişkiler, ulusal-yerel, bölgesel-yerel ya da ulusal-bölgesel-yerel olmak üzere değişik düzeylerde karmaşık bir nitelik kazanabilmektedir. Bu nedenle gelir dağılımının üniter bir devletle, federal bir devlette aynı esaslara göre düzenlenmesi hemen hemen imkânsızdır. Federatif yapıyı incelerken ülkelerarası kıyaslama yapmak yanılığlara yol açabilir. Şöyle ki, Avrupa Birliği ülkelerinde yerel yönetimlerin yapısı, fonksiyonları ve sorumlulukları çok geniş bir yelpaze oluşturmaktadır. Bu durum, başta ülkelerin idari yapılarının farklılığı olmak üzere, ekonomik, sosyal, kültürel, tarihi, coğrafi nedenlerle yerel yönetimlere verilen önemin ve bu yönetimlerden kişilerin hizmet beklentilerinin farklılığından kaynaklanmaktadır (Türkoğlu, 2009).

3.3.Mali Özerklik- Vergilendirme Yetkisi İlişkisi

Mali özerkliğin sağlanması ve geliştirilmesinde yerel yönetimlerin vergilendirme yetkisini ne ölçüde kullandıkları önemli hususlardan biridir. Vergilendirme yetkisinin merkezi yönetimden yerel yönetime devri ve bunun düzeyi yerel yönetimlerin daha geniş gelir kaynaklarına sahip olmasını sağlamaktadır (Güner, 2006: 62).

Vergilendirme yetkisini egemenlik gücüne dayanarak kullanan devlet bu yetkiyi yerel idarelere devrettiği ölçüde mali özerkliğin boyutları değişebilmektedir. Esasen vergilendirme yetkisi-mali özerklik ilişkisi bu noktada önem kazanmaktadır. Çünkü yerel yönetimler kendilerine devredilen vergilendirme yetkisi çerçevesinde mali özerkliğe sahip olabilirler. Öte yandan vergilendirme yetkisinin kullanımı bakımından merkezin idari ve örgüt yapısının da birlikte dikkate alınması gerekmektedir.

TABLO - 1: Mali Özerkleşme ve Yönetimler Arası Vergilendirme Yetkisinin Kullanımı

Mali Özerkliğin Aşamaları	Vergilendirme Yetkisinin Aşamaları
Geniş Mali Özerklik	Yerel yönetimlere belirli vergi alanları tanınmakta ve bırakılmaktadır. Yerel yönetimlerin ilgili organları bu vergilerin konularını, yükümlülerini, matrahlarını, oranlarını ve diğer koşullarını belirleme yetkisine sahiptir. Vergilendirme yetkisinin en geniş şekliyle yerel yönetimler tarafından kullanıldığı bir aşama olarak görülebilir.
Sınırlı Mali Özerklik	Vergilendirme yetkisi sınırlı ölçüde yerel yönetimlere devredilmektedir. Yasama yetkisinin yerel yönetimlere devrinin olmadığı sadece yerel yönetimlere tahsisi uygun görülen bir kısım vergilerin tarh, tahakkuk ve tahsil yetkisinin devrini ifade eden bir yöntemdir. Ayrıca, merkezin belirlediği belirli sınırlar dâhilinde vergi oranlarının belirlenmesi şeklinde devri tanınabilmektedir.
Merkezi Bağlılık	Tarh ve tahsil yetkisinin tamamen merkezi devlet tarafından kullanıldığı yerel yönetimlere ancak, elde edilen vergilerden, çeşitli ölçütlere göre pay aktarılan bir aşamadır.

Kaynakça: GÜNER, 2006: 62.

Bir ülkede mali özerkliğin hangi düzeyde olduğu ve vergilendirme yetkisinin kullanımının hangi düzeyde olduğu Tablo 1’de gösterilmiştir. Buna göre vergi paylaşımı, yönetimler arası mali serbestleşme paralelinde farklılaşarak sınıflandırılmaktadır.

Geniş mali özerklik, yerel yönetimlere vergilerin konuları, yükümlülükleri, matrahlarını, oranları ve diğer koşulları belirleme yetkisinin bırakılmasıdır. Yani, yerel yönetimlere bağımsız bir vergileme yetkisi alanı bırakılmasıdır. Bu yöntemde yerel yönetimler hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmaksızın tam bir vergileme yetkisine sahiptirler. Bağımsız bir vergi yetkisinden anlaşılması gereken, yerel yönetimin kendi başına vergi takdir edebilmesi, takdir ettiği bu verginin oranını belirleyebilmesi ve nihayet vergiyi tahsil edebilmesidir. Böylece, yerel yönetimler mali ihtiyaçlarına uygun olarak vergi kaynağı bulabilmekte ve sunulan hizmetlerin yerel halkın tercihlerine uygunluğu sağlanmaktadır. Ancak, geniş mali özerklik avantajları olduğu kadar dezavantajları da olan bir konudur. Şöyle ki, geniş mali özerklik, vergi sisteminde birliği bozması, farklı gelişmişlik düzeylerine sahip yerel yönetimler arasında gelir eşitsizliğini giderici ek kaynaklara ihtiyaç duyulması gibi nedenlerden dolayı bazı sakıncalara da yol açabilmektedir.

Sınırlı mali özerklik, devletin vergilendirme konusundaki yasama yetkisini yerel yönetimlere devretmemekle birlikte sadece bazı vergilerin tarh, tahakkuk ve tahsil yetkisini yerel yönetimlere bırakmasıdır. Böyle bir durumda yerel yönetimlerin merkeze olan bağımlılıkları artmaktadır. Böylece, vergi gelirleri ağırlıklı olarak merkezi yönetimin elinde toplanmakta yerel yönetimlere ise sınırlı ölçüde bazı yerel vergiler ve harçların tahsil yetkisi bırakılmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir sistemde mali özerklik zayıf düzeydedir ve yerel yönetimlerin merkezi idarenin müdahalesinden uzak faaliyette bulunmaları oldukça güçtür. Ayrıca sınırlı mali özerklik yerel yönetimlerin etkin kaynak kullanımı bakımından yetersiz kalmasına yol açmaktadır. Çünkü yerel hizmetlerin finansmanı ağırlıklı olarak merkezden sağlandığından, vergi mükelleflerinin bölgesel olarak yararlandığı hizmetler farklılaşabilmektedir (Sevsay, 2012). Yerel yönetimlerin bölgesel ihtiyaçlara göre mali kaynakları kullanamaması mali alanda sorunlara neden olmakta ve kamu hizmetlerinin kalitesini düşürmektedir. Dolayısıyla kaynakların etkin ve verimli kullanılmaması sonucuna yol açmaktadır.

Merkeze bağlılık yönteminde, vergilendirme yetkisi merkezi yönetime aittir. Vergi koyma ve vergilemeye ilişkin diğer hususların merkezi yönetim tarafından belirlendiği bu yöntemde çeşitli kriterlere göre (nüfus, ulusal gelirden aldıkları pay vb.) yerel yönetimlere pay verilmektedir (Yayman, 2009). Tamamen merkeze bağlı bir kaynak kullanımı söz konusu olduğundan mali özerklik sağlanamamaktadır.

Vergilendirme yetkisinin yerel yönetimlere devri konusunda uygulamada en çok karşılaşılan yöntem, vergi matrahının merkezi yönetim tarafından belirlenmesine karşın, vergi oranını belirleme yetkisinin yerel yönetimlere bırakılmasıdır. Türkiye’nin de dahil olduğu Belçika, Danimarka, Hollanda, İngiltere, İsveç, İsviçre gibi ülkelerde de uygulanan sınırlı mali özerklik yönteminde, yerel yönetimler genellikle merkezi yönetimin belirlediği sınırlar çerçevesinde vergi oranlarını belirlemekte ve bu oranların dışına çıkamamaktadır. Geniş mali özerklik yönteminin uygulama alanı bulunduğu ABD, Kanada, Almanya gibi federal yapıya sahip ülkelerde ise her eyalet vergilendirme yetkisini yasaların verdiği yetkiler dahilinde kullanabilmektedir (Ulusoy ve Tekin, 2009).

Bir ülkenin mali özerlik-vergilendirme yetkisi ilişkisinde hangi aşamada olduğu, o ülkenin gelir idaresinin yapısı ile ülkede uygulanan vergi mevzuatı ve sosyo-ekonomik koşullara da bağlıdır. Bu koşullara göre devletlerin merkezden yerel idarelere bıraktığı yetkiler farklı boyutlar kazanabilmektedir. Devlet, yerine getirmek zorunda olduğu makro ekonomik fonksiyonların bir gereği olarak belirli vergilerin yönetimini üstlenmektedir. Buna karşın bazı mikro fonksiyonların yürütülmesinde de yerel yönetimlerden yararlanmaktadır. Buna göre genellikle ülkenin sosyo-ekonomik dengeleri açısından önem taşıyan gelir, kurumlar, katma değer, dış ticaret

(gümrük vergileri) gibi vergiler merkezi otoritenin kullanımına bırakılmakta, yerel ve bölgesel nitelikteki hizmetlerin finansmanı için ise emlak, motorlu taşıtlar ve çevre vb vergilerin yerel yönetimlere devri uygun görülmektedir.

Yerel yönetimlere tüm vergi çeşitleri için yetki devri sağlanması doğru değildir. Şöyle ki, vergilendirme maliyetlerinin farklılığı ve ülkelerin ekonomik koşullarını etkileyen çeşitli faktörlerden dolayı bazı vergilerin yerel yönetimlere yetki devri sakıncalar doğurabilmektedir. Örneğin, katma değer vergisinin yerel yönetimlere bırakılması durumunda yerel yönetimlerin vergi kaçacağını önlemek adına geliştirebileceği yöntemler merkezin kontrolü dışında kalıp vergi adaletini bozucu sonuçlara yol açabilecektir.

4. MALİ ÖZERKLİĞİN OLUŞUMUNDA YEREL YÖNETİMLERİN FİNANSAL KAYNAKLARI

Yerel yönetimlerin finansman kaynakları ülkelerin bağlı oldukları yönetim yapısına göre değişiklik gösterebilmektedir. Yerel yönetimlere gerek kuruluş kanunlarıyla gerekse diğer mevzuatlarla birçok görevler verilmiştir. Yerel yönetimlerin bu görevleri yerine getirebilmeleri için yeterli öz kaynaklara sahip olmaları gerekmektedir. Bu kaynaklar vergi payları, emlak gelirleri yönetimler arası transferler, borçlanma, harçlar, şerefiyeler, iktisadi teşebbüs gelirleri, mülk gelirleri, mali yardım ve bağışlar, harcamalara katılma payları, para cezaları, gibi çeşitli gelirlerden sağlanmaktadır (Ulusoy ve Akdemir, 2007 :87-108).

Genel bir eğilim olarak, yerelleşme düzeyi yükseldikçe merkezden yerel yönetimlere vergilendirme yetkisi genişlemektedir. Yerel vergiler, mali özerkliğin temelini oluşturmakta hesap verilebilirliği sağlamak suretiyle kamu hizmet sunumunda verimliliği artırmaktadır. Avrupa Birliği’ne dahil ülkelerde, mali kaynakların paylaşımında merkezi hükümetle yerel yönetim arasındaki gelir dağılımına uzlaşma yoluyla karar verilir. Avrupa’daki belediyeler kendi öz kaynaklarını kullanma ve bunları geliştirme bakımından gelişmekte olan ülkelere göre daha ileri aşamadadırlar. Ayrıca, merkezin elinde toplanan vergilerin dışında kalan yerel nitelikte vergilerin oranlarının belirlenmesi, muafiyet ve istisnaların uygulanması gibi konularda yerel yönetimler tam takdir yetkisine sahiptir (Şen, 2004).

Türkiye’de ise yerel yönetimler, merkezi yönetim bütçesinden yapılan vergi transferlerine büyük ölçüde ihtiyaç duymaktadır. Ancak kaynak yapısının geliştirilmesi ve özellikle yerel vergilerin kullanımı bakımından sınırlı olanaklara sahip olmaları yüzünden Avrupa ile kıyaslandığında mevzuattan kaynaklanan bir takım sorunlardan dolayı mali özerklik boyutları son derece düşük kalmaktadır.

Anglo-Sakson geleneğine sahip ülkelerde yerel yönetim gelirleri ağırlıklı olarak emlak vergilerinden oluşmakta iken kıta Avrupa’sında özellikle İskandinav ülkelerinde gelir vergisi öncelikli bir yer tutmaktadır. Örneğin, ABD’ de vergi gelirleri içinde ilk sırayı emlak vergileri, ikinci sırayı ise satış vergileri almaktadır. Ayrıca mali yardımlar da önemli bir yer tutmaktadır. Diğer gelir kaynakları ise, teşebbüs gelirleri, çeşitli resim, harç ve borçlanmalardır. Ancak çoğu Avrupa ülkesinde vergi tabanı daha da çeşitlenmiş, yerel işletme vergilerinde ve motorlu taşıt vergilerinde artış olmuştur.

5. YEREL YÖNETİMLERİN MALİ ÖZERKLİĞE İLİŞKİN SORUNLARI

Yerel yönetimlerin karşılaştığı bir takım finansal sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunların çözümünde yerel özerkliğe bağlı olarak öncelikle mali özerkliğin sağlanması gerekmektedir. Yerel yönetimlerin mali özerklik çerçevesinde, her türlü eylem ve işlemlerinde karar alabilme gücüne sahip olabilmeleri bakımından ortaya çıkan çeşitli sorunları asgariye indirmeleri gerekmektedir. Bu sorunlar:

- Mali kaynakların yetersizliği,
 - Öz kaynak gelirlerinin matrah ve oran belirlenmesi hususlarında yarattığı kısıtlar,
 - Bir takım yasal düzenlemelerde gelir oluşumunu sağlayan faaliyetlerin bulunmaması,
 - Öz kaynakların tahsiline ilişkin uyumsuzlukların giderilmesinde belirleyicilikten uzak olması,
 - Yerel yönetimlerin bölgesel ve sektörel yapılarından kaynaklanan finansman kaynaklarındaki farklılıklar,
- şeklinde sıralanabilir.

Söz konusu sorunların giderilmesinde yerel yönetimlere yönelik alınması gerekli önlemlere ilişkin temel düzenlemeler ise;

- Mali kaynakları oluşturmada yüksek getiriye öz kaynak gücü elde etmiş olmak,
- Öz kaynak gücü içinde yer alan gelirlerin matrah ve oran belirlenmesi hususlarında yerel yönetimlerin kararlara katılma derecesini arttırmak,
- Gelir yaratıcı ve arttırıcı çalışmaların yasal düzenlemelerinde söz sahibi olmak,
- Öz gelirlerin tahsiline ilişkin yönetimler arası uyumsuzlukların giderilmesinde yerel yönetimlere daha fazla söz hakkı tanımak,
- Yerel yönetimlere tahsis edilen gelirlerin (vergi, resim harç vb.) yerel ihtiyaçlar ölçüsünde kapsamını genişletmek,
- Yönetimler arası ekonomik dengesizliklerden kaynaklanan vergi

kapasitesindeki farklılaşmayı gidermek,
olarak belirtilebilir.

Mali özerkliğin zayıflamasına sebep olan bazı hususlar da söz konusudur. Bunlar; mali açıdan yerel özerkliğin yeterli ölçüde sağlanamaması, yerel yönetim organları üzerinde merkezi yönetimin idari vesayetinin olması, yerel yöneticilerin atama ile göreve getirilmesi ve yerel yöneticilere ilişkin yetersizlik kararlarının yerel meclislerin takdir yetkisine bırakılmasıdır. Yukarıda sayılan önlemler çerçevesinde bu hususların da mali özerkliği arttırmak bakımından ele alınması gerekmektedir (Aydın ve Taş, 2007).

6. TÜRKİYE’DE YEREL YÖNETİMLERDE VERGİLENDİRME YETKİSİNİN KULLANILMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Türkiye’de yerel yönetimlerin geçmişten günümüze değin yaşadığı en önemli sorunlarından biri finansman konusudur. Yeterli mali kaynaklardan yoksun olarak hizmet üretmek zorunda olan bu kurumlar aynı zamanda vergilendirme yetkisinin kullanımı açısından da tamamen merkeze bağımlı bir konumdadırlar. Ancak yerel yönetimlerin merkezi bütçeden aldığı paylar son derece kısıtlıdır. Buna göre ülkemizde merkezi yönetimle yerel yönetimler arasında mali tevzin olarak ifade edilen gelir ve hizmet paylaşımı da belli bir sisteme oturmamıştır (Türkoğlu, 2011).

1961 ve 1982 Anayasalarında “mahalli idarelere görevleriyle orantılı gelir kaynakları sağlanır” hükmüne yer verilmiştir (madde 127). Ancak merkezi yönetimin mali bakımdan sıkıntı içinde olması yerel nitelikli kaynakların merkezileşmesi sonucunu doğurmuş ve böylece, Anayasa’nın sözü geçen hükmü fiilen işlemez duruma gelmiştir. Çünkü merkezi yönetimin yerel yönetimler üzerinde yoğun bir idari vesayeti söz konusu olup, bu durum mali özerkliğin geliştirilmesinde önemli bir engel oluşturmaktadır. Ayrıca yerel kaynakları merkezden bağımsız ve daha güçlü kılan düzenlemelerin olmaması, yerel yönetimleri büyük kaynak sıkıntısı ile karşı karşıya bırakmaktadır. Nitekim hızlı kentleşme, çeşitli kentsel hizmetlere olan ihtiyaç yerel yönetimlerde kaynak talebini arttırırken, ekonomik krizlerin merkezde oluşturduğu genel bütçe dengesizliği yerel yönetimlere kaynak aktarımını kısmaktadır. Dolayısıyla yerel yönetimler “öz kaynakların arttırılması” yoluyla elde edilen finansman gücüne daha fazla ihtiyaç duymaktadır (Topal, 2004: 120).

Yerel yönetimlerde mali özerkliğin oluşturulması açısından 2000’li yılların başlarında kamu yönetiminin yeniden yapılandırılması kapsamında reform niteliğinde düzenlemelere yer verilmiştir. 2004 yılında 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 2005 yılında 5393 sayılı Belediye Kanunu idari ve mali özerklik alanında yapılan ilk yasal düzenlemelerdir. 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 68. maddesiyle belediyelerin görev ve hizmetlerinin gerektirdiği giderleri karşılamak amacıyla belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde borçlanabilmesi ve tahvil ihraç edebilmesi sağlanmış, 2005 yılında 5302 sayılı Kanun’la getirilen diğer bir yasal düzenleme ile de il özel idareleri mali açıdan daha özerk bir yapıya kavuşmuştur. Ancak bu yasa sadece mali denetim alanında yapılan düzenlemeleri içermektedir.

Avrupa yerel özerklik şartnamesi esas alınarak yerel yönetimler konusunda yapılan söz konusu yasal düzenlemeler, süratle hayata geçirilerek uygulamaya konulmuştur. Ancak, yapılan düzenlemeler yerel özerklik şartnamesinin 9. maddesinde belirtilen gelir kaynaklarının kullanımına ilişkin mali özerkliği sağlamaya yönelik kaynakların yerel yönetimlere devri ve böylece merkezi yönetime bağıllılığın azaltılması hükmünü karşılamaktan uzaktır. Nitekim, 5393 sayılı yasaya bakıldığında söz konusu 9. madde hükmünün aksine mali özerkliğin sağlanmasına yönelik yeni bir gelir kaynağının sağlanmadığı görülmektedir. Sadece yerel yönetimlere genel bütçe vergi gelirlerinden pay verilmesi hakkında kısmi iyileştirmeler yapılmıştır. Ayrıca yine 9. madde hükmü gereği yerel yönetimlerin mali kaynaklarının en azından bir bölümünün oranlarını kendilerinin yasal sınırlar dahilinde belirleyebilecekleri ifade edilirken 5393 sayılı yasa da yerel yönetimlerin herhangi bir şekilde kendi organlarının kararları ile vergi vb. yükümlülükler koyamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla yapılan yeni yasal düzenlemelerin mali özerkliğe yönelik reform niteliğinde ciddi düzenlemeler olmadığı görülmektedir (Alodalı vd., 2007)

Yerel yönetimlerde mali kaynakların oluşturulmasına ilişkin yapılan bir diğer yasal düzenleme merkezi yönetim genel bütçe vergi gelirlerinden yerel yönetimlere pay verilmesini düzenleyen 5779 sayılı yasadır¹. İlgili yasa, vergisel payların kendi içindeki oransal dağılımının dengesiz olması açısından eleştirilmektedir. Örneğin belediyelerde, söz konusu dağılım % 80 nüfus, % 20 ise gelişmişlik endeksi kriterlerine göre belirlenmiştir. Yerel yönetimlerin mali sorunları içinde diğer önemli nedenler;

- Siyasi oluşumların kaynak kullanımına yansıyan olumsuz etkileri,
- Yeterli düzeyde kurumsal yapının oluşmamış olması, denetim mekanizmalarının tam olarak işlememesi gibi nedenlere bağlı olarak kaynakların hizmet önceliklerine göre rasyonel kullanılmayarak israf edilmesi,

1 5779 sayılı il Özel İdareleri ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkındaki Kanuna göre normal belediyelere %2,85, büyükşehir sınırlarına dahil belediyelere ise %2,50 oranında genel bütçe vergi gelirlerinden pay verilmektedir. Bu oranları iki katına çıkarmaya veya aynı düzeyde tutmaya Bakanlar kurulu yetkilidir.

• Genel bütçeden yerel yönetimlere aktarılan vergisel payların oranlarının belirlenmesinde Anayasal düzenlemeler gereği yetkinin tamamen Bakanlar Kurulu kararları çerçevesinde kullanılması,

şeklinde belirtilebilir.

Vergilendirme ve mali özerklik ilişkisi bakımından Türkiye’nin mevcut durumu dikkate alındığında; Türkiye’de yerel yönetimler çerçevesinde yapılan yasal düzenlemelere rağmen yerellik ilkesinin uygulanmadığı görülmektedir. Çünkü yerellik ilkesi, yerel yönetimlere vergi koyma yetkisinin de ötesinde daha geniş yetkiler verilmesini ifade etmektedir. Ancak, Türkiye’de yerel yönetimler Anayasanın 73. maddesinde hüküm altına alınan vergi ödevi ile yetki bakımından sınırlandırılmaktadır. Nitekim söz konusu madde “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.” (Anayasa, Madde 73) şeklinde düzenlenmiştir.

Türkiye’de yerel yönetimlerin gelir paylaşımı konusunda çok sınırlı imkanlara sahip olduğu, merkezi yönetimden bu idarelere aktarılan payların çok düşük olması nedeniyle gelir kaynakları bakımından yetersiz kaldığı görülmektedir. Örneğin, tahsil yetkisi doğrudan belediyelere bırakılmış emlak vergisinin belediye toplam geliri içindeki payının ancak % 4-5 arasında olduğu görülmektedir. Buna göre esasen ülkemizdeki uygulamanın pay dağıtım ilkesi olduğu, Avrupa yerel özerklik şartında belirtilen yerellik ilkesine yeterince uyulmadığı anlaşılmaktadır (Güler, 2005:39-40). Türkiye’de yerel yönetimlerin sahip oldukları gelir kalemlerinin 2010- 2011 Ocak-Mart dönemlerine ilişkin gelir büyüklüklerine bakıldığında, en büyük payın merkezi yönetim genel bütçe vergi gelirlerinden alınan paylar olduğu görülmektedir. Bu dönemde yerel yönetimlerin aldığı pay % 25 oranında bir artış göstermektedir. Bunun dışında, vergi gelirleri içinde en büyük kısmı emlak vergileri almaktadır. Emlak vergisinin dağılımına bakıldığında ise ağırlığın bina ve arsa vergisinde olduğu, ancak bu vergilerin artış yönünde beklenen seviyeden uzak kaldığı, diğer vergi gelirlerinden elde edilen payların ise son derece düşük kaldığı görülmektedir. Vergi gelirleri dışında kalan kaynaklar açısından bakıldığında; faiz ve cezalardan elde edilen gelirler ile mülk ve teşebbüslerden sağlanan gelirlerin önemli paylara sahip olduğu görülmektedir. Dolayısıyla sahip olunan mevcut kaynaklar çerçevesinde yerel yönetimler kendi öz kaynakları olan vergi vb. gelirleri yönünden son derece sınırlı olanaklara sahip olup önemli ölçüde merkezi yönetimden aktarılan paylara ihtiyaç duymaktadır.

Tablo 2: Yerel Yönetimlerin Gelir Kalemlerindeki Değişim (Milyon TL)

	2010	2011	Değişim Oranı (%)
	Ocak-Mart	Ocak-Mart	
Gelirler	10.621	13.545	28
Vergi Gelirleri	1.022	1.109	9
Bina Vergisi	242	249	3
Arsa Vergisi	82	87	6
Arazi Vergisi	6	7	9
Çevre Temizlik Vergisi	64	62	-2
Elektrikve Havagazı Tük. Vergisi	177	191	8
Eğlence Vergisi	24	27	14
Yangın Sigortası Vergisi	6	6	-3
İlan ve Reklam Vergisi	82	91	11
Harçlar	323	371	15
Teşebbüs ve Mülkiyet Gelirleri	2.478	2.999	21
Al. Bağış ve Yar. ile Özel Gelirler	1.082	2.067	91
Faizler, Paylar ve Cezalar	5.549	6.986	26
Sermaye Gelirleri	489	339	-31
Alacaklardan Tahsilâtlar	1	46	4400
Merkezi idare Vergi	4.575	5.730	25
Gelirlerinden Alınan Paylar			

Kaynakça: (MB,www.muhasabat.gov.tr,2011).

7. MALİ ÖZERKLİK - VERGİLENDİRME YETKİSİNİN TÜRKİYE AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mali sistemin yerelleşmesi, makro ekonomik politika hedeflerine uygun düşecek bir vergileme yetkisinin merkezi yönetimde kalması şartıyla yerel yönetimlerin yeterli vergisel kaynaklara sahip olması ile mümkündür. Türkiye’de vergilendirme yetkisinin kullanımı, yerel yönetimlerin vergi oranlarını ve vergi tabanını belirleme serbestliğine kavuşturulmasını gerektirir. Mali özerkliğe ilişkin olarak vergilendirme yetkisinin artırılmasının en önemli koşullarından biri bu konuda gerekli yasal düzenlemelerin süratle hayata geçirilmesidir. Bilhassa yerel yönetimlerde kaynak kullanımının etkinliğinin sağlanması açısından bu konu daha da önem kazanmaktadır. Ancak öncelikle vergi matrah ve oranlarının belirlenme yetkisinin yerel yönetimlere bırakılmasına ilişkin ilgili mali özerkliği sağlayıcı yönde bağlayıcı hükümler konulması hususunun ivedilikle ele alınması gerekmektedir. Bu çerçevede yerel yönetimlerde vergilendirme yetkisine ilişkin finansal yöntemlerin geliştirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bunun yolu yerel yönetimler arasında oluşabilecek farklılaşmanın önüne geçilmesi ile mümkün olabilir. Bu bağlamda

yerel yönetimlerin öz gelirlerinin artırılması ve mali özerkliklerinin güçlendirilmesi gerekmektedir. Öz gelirlerin arttırılmasındaki en etkili yol ise yerel vergilerin oranları, vergi tabanı, istisna ve muafiyetler konusunda yerel yönetimlerin kontrolünü geliştirmektir. Bu yolla yerele özgü hizmetler bu hizmetler için toplanan vergilerle finanse edilecek ve bu da vatandaş ile yerel yönetim arasındaki hesap verebilirlik ilişkisini güçlendirecektir. İstikrarlı ve güvenilir tahminlere dayalı öz gelirlerin varlığı yerel yönetimlerin merkezi yönetime bağımlılığını da azaltacaktır (Sertesin, 2011).

Türkiye’de merkezi yönetim genel bütçe vergi gelirlerinden yerel yönetimlere pay dağıtılırken ağırlıklı olarak esas alınan ölçünün nüfus kriteri olduğu bilinmektedir. Ancak bunun yerel yönetimlerin gerçek finansman ihtiyacını tam olarak karşıladığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle nüfus kriteri ile birlikte bölgeler arası gelişmişlik farklarının da dikkate alınması suretiyle gelişmişlik endeksi oransal payının artırılması gerekmektedir. Böylece hem ihtiyaç duyulan yatırım kaynağı daha doğru belirlenmiş hem de merkezden yerel yönetimlere aktarılıp yerinde kullanılmayan kaynakların israfı önlenmiş olacaktır. Diğer yandan, göç veren ve çarpık kentleşmeye sebep olan yerel yönetimler için ilave yatırımlara ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bağlamda, bölgeler arası ekonomik, sosyal farklılıklar ve gelir dengesizliğinin giderilmesi amacıyla gelişmişlik endeksi kriteri oldukça önemlidir. Buna göre yerel yönetimlere gelişmişlik endeksi ağırlıklı pay verilerek göç veren konumundan göç alan konumuna geçmesi sağlanmalıdır (İçişleri Bakanlığı, 2011).

Türkiye’de üniter yapıdan mali özerkliğe geçiş aşamalarına yönelik araştırma ve değerlendirmeler yapan kuruluşlardan TUSİAD ve SDE’nin hazırladığı raporlar bulunmaktadır. TUSİAD’ın hazırladığı rapora göre mali özerklik bölgesel yapıda ele alınmaktadır. Söz konusu rapor, mali özerklik çerçevesinde bölgelerin vergi koymak ve toplamak konusunda yetkilerinin arttırılmasını önermektedir. Bu bağlamda bölgesel devlet² modeli oluşturularak, üniter devlet yapısının biraz daha esnetilmesi ve bölgenin vergilendirilmesiyle elde edilen gelirin yine o bölge için harcanması amaçlanmaktadır. Bölgesel devlet ile anlaşılması gereken, üniter devlet sistemi ile federal devlet sisteminin bir arada değerlendirildiği devlet modelidir. Böylece, harcamaların yönetimler arasındaki paylaşım oranı, valilerin il özel yönetimlerindeki etkisi, kalkınma ajanslarının özerkliği gibi hususlar anayasal değişiklik olmadan da gerçekleştirilebilecektir (TUSİAD, 2011:22-28). Esasen, yerel yönetim reformu kapsamında yerel birimler, nüfusun sosyolojik ve coğrafi dağılımı göz önünde bulundurularak birkaç ilin birleşmesinden meydana gelecek bölgeler şeklinde düzenlenebilir. “Bölgelerin gelirleri, bölgenin vergilendirilmesiyle karşılanabilir ve birçok hizmet belirli ölçülerde bölge idaresine bırakılabilir” temeline dayandırılmaktadır (Fendoğlu, 2011).

2 Bölgesel devlet ile üniter yapı içerisinde belli konularda bölgelere tanınmış özerklikten bahsedilmiştir.

SDE’nin hazırladığı raporda ise yerel yönetimlere idari özerklikten ziyade mali özerkliğin tanınarak, vergilendirme yetkisinin yerel yönetimlere devri hususuna yer verilmektedir. Bu iki rapor değerlendirildiğinde, üniter devlet modelinin korunmasının yanı sıra bölgesel devlet modeli oluşturulmak suretiyle mali özerkliğin sınırlarının daha da genişletilmesi önerilmektedir. Ancak üniter yapıya sahip olan ülkemiz açısından mali özerkliğin esnetilerek uygulanmak istenmesi yerel yönetimler açısından bazı olumsuzluklara yol açabilir. Çünkü bölgelerarası ekonomik ve sosyo kültürel gelişme düzeylerinin farklılığı ve gelir dağılımının bozukluğu gibi faktörlere bağlı olarak yerel yönetimler merkezin hukuksal bütünlüğü içinde destek ve denetime ihtiyaç duymaktadırlar. Bu nedenle mali özerkliğin devri aşamasında yerel yönetimlere bırakılacak vergilendirme

in denetim mekanizmalarının merkezde toplanması gerekmektedir (Sertesene, 2011).

Yerel yönetimler, yerel nitelikli bazı vergileri vergi yükümlüsünün tercihlerine uydurabilme ve onların vergiye olan direncini kırabilme konularında merkezi yönetime kıyasla daha avantajlı durumdadır. Ancak, Türkiye’de böyle bir uygulamayı olanaksız kılan hukuki engeller mevcuttur. 1982 Anayasası’nda vergilendirme yetkisi prensip olarak yasama organının tekeline verilmiştir. Gelişen ekonomik ve teknik şartlara çabuk ayak uydurabilmek amacıyla Anayasa’nın 73. maddesinin son fıkrasıyla 167. maddenin ikinci fıkrası olağanüstü hallerle sınırlı kalmak kaydıyla yürütme organına bu yetkinin devredilebileceğini hüküm altına almıştır. Aynı şekilde fayda ilkesi gereğince yerel yönetimlere vermiş oldukları hizmetlerin bir karşılığı olarak, sınırları yasama organınca belirlenmek üzere vergilendirme yetkisi yerel yönetimlere devredilebilmelidir.

8. SONUÇ VE ÖNERİLER

Üniter devlet yapısına sahip olan Türkiye’de, yerel yönetimlerin yeterli gelir kaynaklarına sahip olması bakımından mevcut yasal düzenlemeler yetersiz kalmakta ve bu durum yerel yönetimlerin mali sorunlarını daha da arttırmaktadır. Türkiye’de mali özerkliğin geliştirilmesi ve vergilendirme yetkisinin yerel yönetimlere devrine ilişkin olarak yapılması gerekli düzenlemelere ilişkin tespit ve önerilerimiz aşağıda belirtilmiştir:

- Mali özerklik kapsamında hesap verilebilirlik ve mali şeffaflık ilkelerine bağlı kalınmasıyla birlikte yerel yönetimlere vergilerin matrahını ve oranını belirleme yetkisi tanınmalıdır.
- Bakanlar Kurulunun vergilerin matrah ve oranlarının belirlenmesi hususunda sahip olduğu yetkinin kullanılmasında yerel yönetimlerin alınan kararlara katılımının

sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, mali özerkliğin sağlanmasına ilişkin vergilendirme yetkisinin kullanımında, yerel yöneticilerin karar alma mekanizmaları içinde daha fazla etkin olması sağlanmış olacaktır.

- Yerel yönetimler vergi yükünün tespitine ilişkin çalışmalar yaparken bürokrasinin azaltılması, kırtasiyeciliğin önlenmesi ve çifte vergilemenin önlenmesi gibi konularda yeterli mali güce kavuşturulmalıdır.

- Yerel yönetimlerin tabi olduğu mevzuat hükümleri, mali özerkliği güçlendirici yönde ele alınmalı ve bu yönde yeni düzenlemelere yer verilmelidir.

- Mali özerkliğin gelişiminde bölgeler arası farklılıkların getirebileceği dezavantajlar dikkate alınarak düzenlemeler yapılmalıdır. Şöyle ki, ekonomik katma değeri üretime olan katkısından fazlasını tüketen bölgelerle, ekonomik katma değeri tükettiğinden fazlasını üreten yerel yönetimler arasında koordinasyon oluşturulmalıdır. Böylece vergilendirme yetkisinin kullanımı bölgeler arası gelişmişlik farklılığına paralel bir şekilde düzenlenmelidir.

- Yerel yönetimler yetkilerini kullanmada vergilendirme ilkelerine uygun donanımına kavuşturulmalıdır. Böylece, yerel halkın ödeme gücüne sahip olduğu yerel vergi oranını tespite yetkili olmalı, ayrıca vergi yükümlülerini verdikleri vergiler hakkında bilgilendiren sorumluluğu taşımalıdır. Diğer yandan, yerel vergiler ekonomik büyümeye desteklenmeli, vergilerden elde edilen kaynaklar istikrarlı ve toplumun artan ihtiyaçlarına cevap verecek ölçüde olmalıdır.

- Türkiye’de yerel öz gelirleri artırmak için farklı bölge yapılarına uygun alternatifler geliştirmek mümkündür. Yapılan hukuksal düzenlemeler çerçevesinde vergilendirme yetkisinin yerel yönetimlere devri üniter yapıya aykırı bir durum arz etmeyecektir.

- Avrupa ülkelerindeki yerel gelir oluşturma deneyimlerinden yararlanarak, yerel yönetimlere daha fazla mali özerklik verilmelidir (örneğin, vergi tabanının tespiti, vergi oranının belirlenmesi, vb.).

- 1982 Anayasası üzerinde yapılan çalışmalar doğrultusunda, yerel yönetimlere sağlanmak istenen mali özerkliğe ilişkin iyileştirmelere yönelik mevcut yasadaki ilgili maddelerin tekrar gözden geçirilerek gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Yerel yönetimlerde, mali özerkliğin sağlanması gelirlerin tahsili, mükellef uyumu, şeffaflığın sağlanması, gelirlerin analizi ve tahmini, bütçenin hazırlanması konularında beklenen etkinliği daha da arttıracaktır.

Türkiye’de yerel yönetimlerin mali özerklik kapsamında sahip oldukları gelir kaynakları kendilerinden beklenen hizmetleri karşılayacak mali yeterlilikten uzaktır. Dolayısıyla belirtilen öneriler ışığında yeni düzenlemelere gidilmesi, yerel yönetimlerin daha çağdaş bir yapıya kavuşması açısından önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Acar, İbrahim Atilla, Kitapçı İsmail, (2009), “Bir Mali Yerelleşme Deneyimi Olarak İsveç”, Maliye Dergisi, Sayı 157, Temmuz, [http://212.174.133.188/calismalar/maliye_dergisi /yayinlar/md/157/05.ibrahim.Atilla.ACAR_ismail.KITAPCI.pdf](http://212.174.133.188/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/157/05.ibrahim.Atilla.ACAR_ismail.KITAPCI.pdf), (20.01.2012).

Alodalı, Fatih Bilal, Özcan Lütfi, vd.,(2007) “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türkiye’de Belediyelerde Özerklik”, Karaman İİBF Dergisi, [http://iibfdergi.kmu.edu.tr /userfiles/file/mayıs2007](http://iibfdergi.kmu.edu.tr/userfiles/file/mayıs2007).

Akdoğan, Abdurrahman, (1997), Kamu Maliyesi, Gazi Kitabevi, Ankara.

Aydın, Ahmet H, Taş İ. Ethem, (2007), “Türkiye’de Yeni Yerel Yönetim Yasalarında Yerel Özerklik”, yerel.blogcu.com/turkiye-de-yeni-yerel-yonetim-yasalarinda-yerel.../2386689, (12.12.2011)

Bahl Roy, (1999), “Implementation Rules for Fiscal Decentralization” Land Reform Training Institute, International Studies Program School of Policy Studies Georgia State University,

International Seminar on Land Policy and Economic Development, Taiwan, January, Georgia, Atlanta <http://siteresources.worldbank.org/INTDSRE/Resources/3p.pdf>,(03.02.2012)

Boschmann, Nina, Local Governance & Decentralization, (2009), “Fiscal Decentralization and Options for Donor Harmonisation”, Development Partners Working Group on Local Governance and Decentralization Dpwg- Lgd,Paulstr . 2310557, December, Berlin, http://www.dpwg-igd.org/cms/upload/pdf/Fiscal_Decentralisation.pdf, (1.12.2012)

Bumbakare P.Célestiri, Itdweb, (2009), “Local Taxes As Impediment For Some, Formalization: What is Being Done”, International Tax Dialogue, Commissioner for Domestic Taxes Rwanda Revenue Authority, Kigali-Rwanda, [http://www.itdweb.org /Pages/Home.aspx](http://www.itdweb.org/Pages/Home.aspx), (11.02.2012)

Decentralization & Subnational Regional Economics, Worldbank “Different Forms of Decentralization”, <http://worldbank.org/publicsector/decenr>, (23.01.2012).

Fendoğlu, Hasan Tahsin, “Yeni Anayasada Üniter Devlet ve Yerel Yönetimlerin Güçlendirilmesi” [http://www.tbdd.org/index.php?option=com_content&view=article &id=258:yen-anayasada-uenterevlet-ve-yerel-yoenetmlern-gueclendrlmes](http://www.tbdd.org/index.php?option=com_content&view=article&id=258:yen-anayasada-uenterevlet-ve-yerel-yoenetmlern-gueclendrlmes), (31.12.2011).

Güler, A. Birgül, ,(2005), Genel- İş Emek Araştırma Dergisi “Avrupa ve Yerel Yönetimlerin Anayasal Konumu Avrupa Bölgesel ve Yerel Kongresinin Anayasa

Değişikliği İstekleri”, Sayı:1, Ankara.

Güner, Ayşe, (2005), “Mali Özerklik Çerçevesinde Yerel Yönetimlerin Gelirleri Üzerine Bir Değerlendirme”, 20. Türkiye Maliye Sempozyumu, Türkiye’de Yeniden Mali Yapılanma, 23 – 27, Pamukkale, Denizli.

Güner, Ayşe, (2006), Yönetimler Arası Gelir Bölüşümü: Temel İlke ve Uygulamalar, Mali Yerleşme Teori ve Uygulama Üzerine Yazılar, Güncel Yayıncılık, İstanbul.

İçişleri Bakanlığı, (2011), “Türkiye ve Seçilen Bazı AB Ülkelerinde Belediye Gelir ve Giderleri: Karşılaştırmalı Değerlendirme ve Öneriler”, Türkiye’de Yerel Yönetim Reformu Uygulamasının Devamına Destek Projesi, LAR II. Aşama, Ankara.

<http://www.lar.org.tr/uploaded/dosyalar/9ce38e3abc764ebd38625aaa6e6e2cc3.pdf> (1.12.2012)

MB, (2011), Mahalli İdareler Bütçe Gerçekleşmeleri Raporu, Ocak-Mart, Muhasebat Genel Müdürlüğü, www.muhasabat.gov.tr, (20.02.2012).

Sevsay, Haktan, “İdari Vesayet Mali Özerklik İlişkisi ve Belediyeler”Yerel Siyaset, <http://www.yerelsiyaset.com/v4/sayfalar.php?goster=ayrinti&id=659>, (2.12.2011).

Serteser Selçuk, (2011), “Yerel Yönetim Reformu Kapsamında Yerel Yönetimlerin İdari Özerkliği Nasıl Tartışılmalı?”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, <http://www.tepav.org.tr/tr/haberler/s/2409>, (03.01.2012).

Şen, Zela, (2004), “Türkiye’nin Avrupa Birliği Adaylığı ve Katılım Öncesi Stratejisi Çerçevesinde Bölgesel Politika Alanında Uyum Durumunun Değerlendirilmesi”, Ekonomik ve Mali Konular Dairesi Başkanlığı, Ankara,

http://www.abgs.gov.tr/files/Uzmanl%C4%B1k%20Tezleri/zela_sen.pdf, (01.10.2012).

Toksöz, Fikret, Özgür, Ali Ercan, vd. (2009) “Yerel Yönetim Sistemleri:Türkiye, Fransa, İspanya, İtalya, Polonya, Çek Cumhuriyeti”, TESEV YAYINLARI, Sena ofset, http://sabanciuniv.academia.edu/%C3%96yk%C3%BCUlu%C3%A7ay/Papers/842201/Yerel_yonetim_sistemleri_Turkiye_Fransa_Ispanya_Italya_Polonya_Cek_Cumhuriyeti <http://www.yerelsiyaset.com/v4/sayfalar.php?goster=ayrinti&id=1187>, (5.1.2012).

Topal A.Kadir, (2004) ,“ Belediyelerin Öz Gelirlerinin Arttırılmasında Vergilendirme Yetkisi: Ülkelerarası Bir Karşılaştırma”, Karadeniz Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı:3-4, Cilt:18.

Tortop Nuri, (1996), “Yerel Yönetimler ve Mali Özerklik” ,Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt :5, Sayı:5.

Türkoglu İrfan, “Yerel Yönetimlerin Mali Özerkliği”,<http://www.yerelsiyaset.com>.

com/v4/sayfalar.php?goster=ayrinti&id=1187,(26.12.2011).

Türkoğlu, İrfan, (2009),“Yerel Yönetimlerde Mali Reform Arayışları: Türkiye’de Belediyelerde Mali Özerklik ve Belediye Başkanlarının Mali Özerklik Algılaması, BM, Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yayın No:2009/ 389, Ankara.

TÜSİAD Rapor, (2011) “Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu”, İstanbul.

Ulusoy Ahmet, Akdemir Tekin, (2007), Mahalli İdareler, 5.Baskı, Ankara.

Ulusoy, Ahmet, Akdemir, Tekin (2009), “Yerel Yönetimler ve Mali Özerklik: Türkiye ve OECD Ülkelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 12, Sayı:21.

Üniter Devlet Nedir?, Siyasal Bilim, <http://www.mainboard.eu/siyasetbilimi/253781-uniter-devlet-nedir-siyasal-bilim.html>, (2.10.2011).

Yayman, Derya, (2009), “Yerel Yönetimlerde Vergilendirme Yetkisi”, E- Yaklaşım Sayı: 196, Nisan.

Yiğit Uğur, “Mali Özerklik ve Yargı Bağımsızlığı ile 5018 Sayılı Kanun Açısından Yargı Bütçesi ve Mali Hükümlerin Değerlendirilmesi”, <http://www.idarehukuku.net/hukukiaciklama/Hkim-ve-Cumhuriyet-savcilari/Mal-Ozerklik-ve-Yargi-Bagimsizligi-Ile-5018-Sayili-Kanun-Acisindan-Yargi-Butcesi-ve-Mali-Hukumlerin-Degerlendirilmesi.html>, (03.02.2012).

TÜRKİYE'DE ALT İŞVERENLİK UYGULAMASI

Ahmet TOZLU *
Mehmet Tarık ERASLAN **

ÖZET

1980'lerden itibaren gerek dünya ekonomisinde gerekse Türkiye ekonomisinde yaşanan hızlı ve teknolojiye dayalı değişim alt işverenliği yeni iş ilişkilerinin önemli bir parçası haline getirmiştir. Alt işverenlik hem uzmanlık gerektiren işlerin görülmesinde kolaylıklar sağlamakta hem de üretim maliyetlerinin azaltılmasına etki etmektedir. Bununla birlikte esnek bir çalışma biçimi olması alt işverenliği günümüz ekonomisinin vazgeçilmez uygulamaları arasına koymuş ancak asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki sebebiyle işçi haklarının zarar görmesi bu uygulamanın sorunlu bir alan haline gelmesine yol açmıştır.

Bu çalışmada alt işverenliğin Türkiye'de geldiği nokta ve uygulamadaki aksaklıklar üzerinde durulacaktır. Bu doğrultuda öncelikle kanuni bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin sahip olması gereken özellikler anlatılacak ardından Türkiye'de alt işverenliğin yasal gelişim süreci son değişiklikleri de içerecek şekilde aktarılacaktır. Son olarak asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişki muvazaa boyutuyla ele alındıktan sonra muhtelif Yargıtay kararları ışığında alt işverenlik uygulamasındaki sorunlu alanlara değinilecek ve bu paralelde çözüm önerileri getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Alt İşverenlik, Muvazaa, Esneklik, Maliyet, Yargıtay Kararları.

THE SUBCONTRACTING PRACTICE IN TURKEY

ABSTRACT

The rapid and technology based evolution both in the world economy and in the Turkish economy as of 1980s have rendered the practice of subcontracting an essential part of the new business relations. The practice of subcontracting not only facilitates performance of works that require specialization, but also has an impact on reducing the production costs. However, although it is proved to be one of the indispensable implementations of modern economy due to its flexible nature as a working method, it has turned into a problematic area since the labor rights are damaged by the relationship between the primary employer and the subcontractor.

* Kalkınma Bakanlığı Planlama Uzman Yardımcısı

** Kalkınma Bakanlığı Planlama Uzmanı

This study deals with the status of the subcontracting practice in Turkey as well as the problems in its implementation. Accordingly, the required nature of the lawful relationship between the primary employer and the subcontractor will first be explained and subsequently, the legal development process of the subcontracting practice will be described. Lastly, contractor-subcontractor relationship will be discussed in terms of collusion and in the light of various decisions of the Supreme Court, the problematic aspects of subcontracting will be handled and solutions to these will be presented.

Key Words: Subcontracting, Collusion, Flexibility, Cost, Supreme Court Decisions.

1. GİRİŞ

Teknoloji ve uzmanlaşmanın ağır bastığı yeni üretim sistemlerinin benimsenmesi küreselleşmenin dünya ekonomisi üzerindeki görünen etkileri arasındadır. Bu değişim Türkiye ekonomisinde de aynı şekilde görülmekle birlikte 1980’ler Türkiye için belirleyici yıllar olmuştur. Alt işverenlik ise uzmanlığın, teknolojinin ve maliyetlerin ön plana çıktığı bu ekonomik ortamda elverişli bir araç olarak görülmüştür. Tarihsel süreç bakımından Türkiye’de ve dünyada alt işverenlik ilişkisi, önceleri daha çok inşaat sektöründe görülmüş, sonrasında ise diğer sektörlerde de oldukça yaygın hale gelmiştir (Aykaç, 2011: 1).

Bilindiği üzere alt işverenlik, gerek kamu gerek özel kesim işyerlerinde sıkça kullanılan ve personel istihdamında esneklik sağlayan bir iş hukuku kurumudur (Akyiğit, 2011:1). Çalışma hayatında esneklik sadece personelin çalışma saatleriyle ilgili değil personelin çalıştırılma biçimiyle ve hizmet gördürme şekliyle de ilgilidir. Bu açıdan düşünüldüğünde bir işverenin diğer bir işverene iş gördürmesi üretimin dışsallaştırılmasının, dolayısıyla da esnekliğin bir örneğidir. Alt işverenliğin yaygınlaşması zamanla sendika ve toplu pazarlık hukuku alanında doğrudan işçilerin hak ve özgürlüklerinin ortadan kaldırılması amacına yönelmiş ve bu alanda sorunları da beraberinde getirmiştir (Şafak, 2004: 112). Uygulamada yaşanan aksaklıklar ve özellikle yargı sürecinde edinilen tecrübeler, zamanla karşılaşılan sorunlara ilişkin düzenlemeler yapılmasına temel teşkil etmiştir. Nitekim, Türkiye’de yasal geçmişi 1930’lara dayanan alt işverenlik uygulaması geçen süre zarfında isimden içeriğe kadar her açıdan değişmiş, ayrıntılı bir hal almış bu da ilgili yasal düzenlemelere yansımıştır. 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanununda (İK) (R.G. T.10.06.2003, S.25134) yer alan hükümler ve 2008 yılında bu hükümlerin daha ayrıntılı ve somut hale getirilmesi amacını taşıyan Alt İşverenlik Yönetmeliği (AİY) (R.G., T.27.09.2008,S.27010) asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkiyi birçok açıdan ele almış, bu alanda yaşanan sıkıntıların engellenmesi doğrultusunda önemli adımlar olmuştur. Ancak bu düzenlemelerden sonra da suistimaller zaman zaman biçim

değiştirerek devam etmiştir. Çünkü asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki her olayda o olaya özgü sorunlar barındırabilmiştir. Karmaşık olan bu yapı birçok Yargıtay kararına da kendine özgü bir şekilde yansımıştır.

Bu çerçevede çalışmada öncelikle alt işverenlik uygulamasının ne anlama geldiği çeşitli alt başlıklar altında incelenmiştir. Yasal bir alt işverenlik ilişkisinde bulunması gereken unsurları, Türk iş hukukunda bu alandaki tartışmaların odak noktalarından biri olan asıl iş yardımcı iş ayrımını, alt işverenliğin hangi konular açısından sınırlandırılmış olduğunu açıklamak suretiyle asıl işveren alt işveren ilişkisi geniş bir perspektifle ele alınmıştır. İkinci bölüm alt işverenlik müessesesinin tarihsel süreç içinde Türkiye’deki gelişimini aktarmaktadır. Bu gelişim sürecinin son ve en önemli parçası 4857 sayılı İş Kanunu ve selefi olan 1475 sayılı eski İş Kanunu’na ayrıca değinilmiş ve geçiş süreci karşılaştırmalı olarak sunulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın son bölümü ise asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin uygulamadaki en kritik noktalarından biri olan muvazaayı ele almaktadır. Bu bölümde muvazaa, borçlar hukukundaki ve iş hukukundaki düzenlemeler ışığında açıklanmış, çalışma hayatında idari ve yargısal açılardan inceleme aşamalarına yer verilmiştir.

Çalışma boyunca ilgili konular altında, asıl işveren alt işveren ilişkisinin uygulamadaki tartışmalı hususlarına yönelik çeşitli Yargıtay karar ve görüşlerine yer verilerek meselenin daha açık ve anlaşılır bir hale getirilmesi amaçlanmıştır.

2. ALT İŞVERENLİĞİN UYGULAMASI VE İÇERDİĞİ UNSURLAR

2.1. Alt İşverenlik Kavramının Unsurları

İş Kanunu’nda bir alt işveren tanımı bulunmamasıyla birlikte asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımlanmış olmasından hareketle alt işverenliğin ve alt işverenin sahip olması gereken unsurlar belirlenebilmektedir. İK m. 2/VI’ya göre *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi”*denir.

Yasadaki tanıma göre meşru bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için ilk koşul işin bir *“işveren”*den alınmış olmasıdır. Yani alt işveren asıl işverene ait bir işi üstlenmiş olmalıdır. Bu doğrultuda kimlere işveren denilebileceği sorusu önem kazanmaktadır. Gerek İK’da gerek başka kanunlarda çeşitli işveren tanımları yapılmış olmakla birlikte alt işverenlik uygulaması açısından belirleyici olan işi veren işverenin yani asıl işverenin konumudur. Zira asıl işveren-alt işveren

ilişkinin kurulabilmesi için kişinin verdiği işin diğer kısımlarında çalışan işçilerinin bulunması gerekmektedir. Ayrıca alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır (Aktay vd, 2011:66). Yine bu şart sebebiyle alt işveren de almış olduğu işi kendisi işçi çalıştırmadan başka birine devredemeyecektir. Asıl işveren işin tümünü bir başkasına yaptırıyorsa müteahhitlik, işin bir kısmını kendisi yapıyor ve bir kısmını başkasına yaptırıyorsa alt işverenlik söz konusudur (Şen, 2002:29). Aynı şekilde asıl işveren alt işverene gördürdüğü işte kendisi de işçi çalıştırmazsa bu durum *“anahtar teslim iş”* olarak nitelendirilmekte ve asıl işveren ikili ilişkideki işverenlik özelliğini kaybetmektedir.

Birçok Yargıtay kararı da anahtar teslim biçiminde iş gördürmeye ilişkin hükümler içermekte olup bir kararda *“iş bölerek ihale suretiyle muhtelif kişilere işveren iş sahibinin İş Kanunu anlamında asıl işveren olmadığına”* hükmedilmiştir (Yargıtay HGK, 24.05.1995, E.1995/9-273, K.1995/548). Başka bir sınırlamaya göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için, alınan işin asıl işe *“bağımlı”* ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden *“süreklili”* bir iş olması gerekmektedir (Şafak, 2004: 122).

Yüksek mahkeme bazı kararlarında birbirinden bağımsız iş yapıyor olmayı asıl işveren alt işveren ilişkisindeki birlikte sorumluluğu ortadan kaldıran bir durum olarak nitelendirmiştir (Yargıtay 9. HD. 13.09.2001, 4151/3844). Nitekim Yargıtay bir kararında *“...Asıl işveren taşeron ilişkisinin varlığı için öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile, asıl işverenin işverenlik sıfatına sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir. İşin belirli bir bölümünde değil de, tamamının bir bütün halinde, ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatının haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenler de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Aracı sıfatının kazanılmasında, diğer koşullar ise, asıl işverenden istenilen işin, asıl iş ya da işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinde alınmış olması ve bu işte işi alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır...”* şeklindeki açıklamasıyla asıl işveren ve alt işveren sıfatlarının kazanılabilmesi için gerekli hususları ayrıntılandırmıştır (Yargıtay 10. HD. 04.12.2006, 9448/15892).

Alt işverenlik uygulamasındaki ikinci unsur ise alınan işin asıl işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı bir iş olması veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmasıdır. Yardımcı işlere örnek olarak yemek, temizlik, güvenlik, personel taşıma, depoculuk,

hazır yemek ve yükleme ve boşaltma faaliyetleri gösterilebilir (Süzek, 2011:143). Asıl iş ve yardımcı iş ayrımı alt işverenlik ilişkisinde önemli bir yer tutmaktadır. Bir işletmenin veya bir işyerinin teknik amacını gerçekleştirmeye yönelik olan olmazsa olmaz faaliyetine asıl iş denir (Mollamahmutoğlu, 2004b: 7).

Alt işverenlik tanımında yer alan *“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme”* unsurlarının birlikte mi ayrı ayrı mı aranacağı literatürde önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bu konuda Yargıtay’ın görüşü açıktır. Buna göre Yüksek Mahkeme; *“...4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır...”* şeklindeki açıklamasıyla bir alt işverenlik uygulamasında iki unsurun da aynı anda bulunması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak burada kesin olan husus yardımcı işler için uzmanlık ya da teknoloji gerektirme gibi bir şart aranmaması ve bu anlamda bir sınır olmaksızın yardımcı işlerin alt işverenlik sözleşmesine konu edilebileceğidir.

Başka bir unsur işi alan işverenin çalıştırdığı işçilerin sadece bu işyerinde aldığı işte çalışmasının gerekliliğidir. Esasen bu unsur 1475 sayılı İş Kanununda *“münhasıran”* çalıştırma olarak ifade edilmiş ve asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı sorumluluğunun şartı olarak düzenlenmişken, 4857 sayılı İK’da bu sorumluluğa ek olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin şartı olarak düzenlenmiştir (Baybora, 2010:20).

Yasadaki ilgili hükümlerin dışında 2008 yılında çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği’nden yola çıkarak alt işverenin daha önce işyerinde çalıştırılan bir kimse olmaması ve alt işverenlik sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması da asıl işveren alt işveren ilişkisinde bulunması gereken unsurlar olarak gösterilebilir. Ancak alt işverenlik uygulamasında daha önce işyerinde çalışmış işçiye yönelik bulunan bu sınırlama, emeklilik ya da herhangi bir sebeple işten ayrıldıktan sonra ustalığı alanında bir girişimci olarak çalışan kişinin iyi niyetli olarak eski işvereni ile alt işverenlik ilişkisi kurması halinde bu ilişkinin muvazaalı sayılmasına yol açabilmektedir. (Şahlanan, 2003:34; Arıcı, 2006:496). Aynı durum işverenin işten ayrılan ancak güvenilir bulunduğu eski işçisiyle uzun bir müddet sonra alt işverenlik ilişkisi kurmak istediği zaman da görülebilecektir (Çelik, 2011:55). Bu görüşe göre, mahkemenin dürüstlük kuralını ve olayın özelliklerini birlikte göz önüne alarak, daha önce o işyerinde çalışan kişinin bağımsız bir işveren olup olmadığını ve eski

çalışmanın üzerinden ne kadar zaman geçtiğini belirlemesi İK’daki hükmün mutlak emredici şekilde yorumlanmayarak olası mağduriyetlerin önlenmesini sağlayacaktır (Süzek, 2008:157; Eyrenci vd., 2006: 44).

2.2. Asıl İşveren Alt İşveren Arasındaki Sorumluluk İlişkisi

4857 sayılı İK’ya göre asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İK’dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Yasa koyucu alt işverenin işçilerini yeterli derecede güvencede görmemesi nedeniyle alt işverenin işçilerinin yasal haklarından dolayı asıl işvereni de sorumlu tutmuştur (Tan, 2006:5). Eğer kanuna uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusuysa müteselsil sorumluluk gereği borçlulardan her biri borcun tamamından sorumludur ve alacaklının istediği borçluya veya ikisine birden başvurma hakkı bulunmaktadır (Çankaya ve Çil, 2009:53). Yargıtay birçok kararında asıl işverenin, işçinin ücret ve diğer işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumlu tutulabilmesi için “işçinin münhasıran asıl işverenin işyerinde çalışması gerekliliği” unsurunu kullanmaktadır.

Asıl işverenin söz konusu bu sorumluluğunun cezaların kişiselliği ilkesi gereği cezai değil hukuki bir sorumluluk niteliği taşıdığı unutulmamalıdır. Bunun yanı sıra asıl işverenin birlikte sorumluluğu idari sorumluluğu da içermez. Buna göre idari para cezaları da her işverenin şahsına yönelik olup asıl işverenin de bu cezalardan sorumlu olduğu söylenemez (Aykaç, 2011:290).

İK madde 6’nın gerekçesinde açıkça ifade edilen ve asıl işverenin birlikte sorumluluk ilkesi çerçevesindeki konumunu belirleyen kısım, asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin işçisinin o işyeriyle ve orada çalıştığı süreyle sınırlı olduğudur. Buradan hareketle de asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin işçisinin asıl işverenin işyerinde fiilen işe başlamasıyla başladığı söylenebilir (Mollamahmutoğlu, 2004a:7).

Asıl işveren ile alt işveren arasında birlikte sorumluluğun ortadan kaldırılması yönünde bir hüküm üzerinde anlaşılmaz. Zira Yargıtay da müteselsil sorumluluğu düzenleyen hükmü kamu düzenine ilişkin bir hüküm olarak değerlendirmekte ve işçinin aleyhine değiştirilmesinin de mümkün olmadığını ifade etmektedir (Yargıtay 9. HD. 18.03.1988, 517/3080; Demir, 2003:42).

Son olarak muvazaa ve bunun sonucunda doğacak işçilik alacaklarından asıl işveren ve alt işverenin hangi oranda, ne şekilde sorumlu olduğu uyuşmazlığın içeriğine bağlı olduğunu ve durumun yargı sürecinde kesinleştiğini belirtmekte fayda vardır. Bunun yanı sıra muvazaa iddiasıyla açılmış bir davada mahkemenin muvazaa olmadığı yönünde bir kararı ile muhatap tamamen değişebilir. Örneğin bir işe iade

davasında, davalının sadece asıl işveren olarak gösterilmesi ancak muvazaa iddiasına rağmen mahkemenin ilişkide muvazaa olmamasına kanaat getirmesi durumunda da husumet yokluğu sebebiyle dava reddedilebilecektir (Aykaç, 2011:298) .

3. TÜRKİYE’DE ALT İŞVERENLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ

3.1. Türkiye’de Alt İşverenliğin Yasal Gelişim Süreci

Alt işverenliğin hukukumuzdaki ilk uygulaması 1936 yılında kabul edilen ancak 15.6.1937’de tarihinde yürürlüğe giren 3008 sayılı yasadaki görülmektedir (R.G., T.08.06.1936, S.3330). 3008 sayılı yasayı yürürlükten kaldıran 1967 tarihli 931 sayılı yasa da alt işverenliğe ve buradaki müteselsil sorumluluğa kısmen yer vermiş olmakla birlikte yasanın ömrü uzun olmamış ve 1970 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından esas yönünden iptal edilmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 14.05.1970 Tarih, 1970/40 E. 1970/26 K. sayılı Kararı.). İptal edilen yasanın 1. maddesinin son fıkrasında *“Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur”* hükmüne yer verilmiştir. Ancak yerine kabul edilen 1971 tarihli 1475 sayılı İş Kanunu birçok hükümde olduğu gibi alt işverenlikle ilgili hükümde de 931 sayılı yasanın metnine aynen sadık kalmıştır (R.G., T.01.09.1971, S.13943).

1475 sayılı yasanın alt işverenlik uygulaması konusundaki hükümleri mevcut İK’nın hükümlerine göre daha ayrıntısız ve sınırlıdır. Öncelikle 1475 sayılı yasanın 1. maddesinde yer alan hükümden de anlaşılacağı üzere asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için *“belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alma”* yeterli görülmüştür. Eski yasanın alt işverenlik uygulaması için öngörmüş olduğu bu *“kriterler”* durum 1980’lerle birlikte birçok suiistimali beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla bu yasa döneminde kamuya ait işyerleri de dahil olmak üzere pek çok işyerinde alt işveren uygulamasına gidilmiş ve bazı işyerlerinde asıl işveren işçisinden daha çok alt işveren işçisinin çalıştığı görülmüştür (Çankaya ve Çil,2006:54).

1475 sayılı kanunun da kendinden önceki iki iş kanunu gibi alt işverenlik ve unsurlarına dair düzenleme yapmaktansa müteselsil sorumluluk kavramı ile olası sıkıntıları bertaraf etme amacına yöneldiği söylenebilir. Öyle ki yakın geçmişte yürürlükte olan 1475 sayılı iş kanunu bile alt işveren kelimesini telaffuz etmemiş bu durumu karşılamak üzere 3008 sayılı kanundaki *“üçüncü bir şahıs aracılığıyla”* ifadesine karşılık *“diğer bir işveren”* ifadesini kullanmıştır.

Yürürlükten kaldırılan 1475 sayılı İş Kanunu’nun alt işverenlik ilişkisini de kapsayan idari para cezası hükümleri bulunmaktaydı. Kanun 97. maddesinde işyeri

bildirimini işaret ederek, bu konuyla ilgili usulsüzlük yapan işverene çalıştırdığı işçi sayısına göre bir ayırım yaparak idari para cezası vereceğini belirtmişti. Ayrıca 107. madde, çalışma hayatındaki yasal olmayan ve özel cezası belirtilmeyen her türlü faaliyete karşı torba bir yaptırım hükmü niteliğindedir. Buna göre “*Bu bölümde cezası özel olarak gösterilmemiş olan yasaklara aykırı hareket eden veya zorunluluklara uymayan işveren veya işveren vekillerine ikiyüzbin lira para cezası verilir.*” denilerek bir sonraki maddede de idari para cezalarının gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verileceği ifade edilmiştir. 4857 sayılı İK’da da iş yeri bildirim ve diğer işlemler için genel nitelikte idari para cezası hükümleri getirilmiş, bunun yanı sıra AİY’de de muvazaanın tespiti halinde para cezasının söz konusu olacağı ifade edilmiştir.

4857 sayılı İK, 1475 sayılı eski yasa döneminde ortaya çıkan ve birçoğu yargısal süreç içerisinde çözülmek zorunda kalan sorunların önlenmesi amacıyla daha kesin ve ayrıntılı ifadeler içeren bir yasa olabilme amacı taşımıştır. Bu doğrultuda, yasa koyucu İK madde 2’nin gerekçesini “*...Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür.*” şeklinde belirterek asıl işveren alt işveren ilişkisinde o güne dek görülen suiistimalleri önlemeyi hedeflemiştir.

İK’nın madde 2’nin alt işverenlikle ilgili hükümlerine son şekli ise 2006 yılında getirilen iki ek fıkra vermiştir. 2006 yılında 5538 sayılı yasa ile ilgili maddeye eklenen 9. ve 10. fıkralarla kamu kurum ve kuruluşlarına alt işverenlik uygulamasında muvazaa ve sonuçları çerçevesinde özel sektördeki işverene kıyasla bir takım farklılıklar ve avantajlar sağladığı tartışmaları başlamıştır (Ekmekçi, 2006:1176). Hatta tartışmada bu görüşü savunanlar düzenlemenin Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık taşıdığını da belirtmişlerdir (Süzek, 2008: 164). Zira, “*...yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;*

a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,

hak kazanamazlar” düzenlemesiyle muvazaanın tespiti halinde alt işverenin işçilerinin başından beri asıl işverenin işçisi gibi sayılacağı ve hak kaybının bu şekilde giderileceği yönündeki kesin kuralın kamu kurumları için uygulanmayacağı düşüncesi gündeme gelmiştir. Ancak, Yargıtay çeşitli kararlarında kamudaki işverenlerle özel

sektördeki işverenler arasında bu açıdan bir farklılık olmadığını değerlendirmiştir. Bu kararlardan birinde Yargıtay “...5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayırık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekleri 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu içtihatlar bu doğrultudadır...” açıklamasını yapmıştır. (Yargıtay 9. HD. 21.01.2010, 41520/669). Nitekim söz konusu iki fıkranın kamu kurumlarına ayrıcalık getirmediğini ve bir değişiklik yapılmasının gerekmediğini ifade eden yazarların bir bölümü de bu konuda muvazaalı ilişkilerin asıl işverenin işçisi sayılacağını belirtmişlerdir (Göktaş, 2008:104; Çankaya ve Çil, 2009:48).

Ayrıca 5763 sayılı yasa ile İK m.3’e getirilen ek düzenleme ile eski iş kanunundan farklı olarak alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunlu kılınmış ve alt işverenlik uygulamasına dair usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir (Centel, 2008:6).

İK’nın asıl işveren alt işveren ilişkisi içinde kendinden önceki yasa döneminde gerçekleşmiş sorunların göz önüne alarak bu konuda düzenleme yapma niyeti de alanda yaşanan sorunları tam olarak sona erdirememiştir. Gerek İK’nın bu hedefi doğrultusunda gerekse yasanın ilgili hükümlerinin uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla 2008 yılında daha somut düzenlemeler içeren AİY çıkarılmıştır.

Alt işverenlik uygulamasına yer veren bir diğer düzenleme ise 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun Gelecek Yıllara Yaygın Hizmet Yüklenmeleri başlığını taşıyan 67. maddesinde yer alan “Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, ..., temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri;... sağlıkla ilgili destek hizmetleri;...toplulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir.” hükmüdür. Bu düzenleme ile birlikte belediyelere asıl işlerini de İK m.2/VII’deki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere gördürülebilme imkanı getirilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme bir kararında “...Keza Belediyeler Kanunu’nun 67’nci maddesi uyarınca bir işin belediye

tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır (Dairemizin 21.04.2008 gün ve 13500-9243 sayılı kararı)...” diyerek, belediyelerin girmiş olduğu alt işverenlik ilişkisinin muvazaa açısından denetlenebileceğini ifade etmiştir. (9. HD 21.02.2011-1929/20008; 9.HD 21.02.2011- 1483/20008).

4. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA VE SONUÇLARI

4.1. Türk Hukukunda Muvazaa

Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olmasının yanı sıra kendine has özellikleri sebebiyle iş hukukunda da düzenlenmiştir. Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini istemedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatma amacı söz konusudur ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir (Çankaya ve Çil, 2006:60).

Bu anlamda muvazaaya ilişkin önce borçlar hukuku çerçevesinde genel bilgi verildikten sonra iş hukuku alanına ilişkin olarak özel olarak inceleme daha uygun olacaktır.

4.1.1. Borçlar Hukuku Kapsamında Muvazaalı İlişki

Muvazaa durumu, 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ancak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilen 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 19. maddesinde “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” şeklinde açıklanmıştır. Borçlar hukuku mutlak muvazaa ve nispi muvazaa olmak üzere ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre mutlak muvazaa, işlemin taraflarının gerçekte bir işlem yapmayı düşünmedikleri, istemedikleri halde 3. kişileri aldatma amacıyla onlara bir işlem yapmış izlenimi uyandırarak görünüşte (zahiri) bir işlem yapmaları hali olarak tanımlanırken nispi muvazaa, tarafların aralarında yaptıkları işlemi (gizli işlemi), kendi iç iradelerine uymayan ve dışa yansıyan başka bir işlemle (görünürdeki işlemle) saklamaları şeklinde tanımlanmaktadır (Oğuzman ve Öz, 2009:109). Bu tanımlardan hareketle bir ilişkide muvazaa olduğunu söyleyebilmek için üç unsurun varlığının şart olduğu söylenebilir;

- Görünürdeki işlem
- Muvazaa anlaşması
- Aldatma kastı

(Ancak nispi muvazaanın varlığı halinde yukarıdaki üç unsura ek olarak bir de “gizli işlem” in bulunması gerekmektedir. Gizli işlem, içeriği ve işlevi gereği gerçek işlem olarak da adlandırılır.)

Muvazaalı işlemleri taraflar ve zarar gören 3. kişileri ileri sürebilir. Taraflar muvazaa iddialarını yazılı olarak ispat etmek zorundayken 3. kişiler tarafından ileri sürülen muvazaanın yazılı olarak ispat edilmesine gerek yoktur.

4.1.2. İş Hukuku Kapsamında Muvazaalı İlişki

Muvazaanın Borçlar Kanunundan ayrı bir şekilde düzenlenme ihtiyacı eski iş kanunlarından mevcut İK’ya gelene dek giderek artmış ve 4857 sayılı İK’ya ek olarak gerek asıl işveren alt işveren ilişkisi gerek muvazaa konusu Alt İşverenlik Yönetmeliği ile sınırları daha belirgin hale getirilmeye çalışılmıştır. 4857 sayılı İK bir muvazaa tanımı yapılmamakla birlikte, madde 2 ve madde 3/II’de muvazaaya ilişkin bir takım bilgilere yer verilmiştir. 2003 tarihli İK’da muvazaaya ilişkin yer alan düzenlemelerin ardından işçi işveren ve alt işveren arasında yaşanan sorunların önüne istenilen ölçüde geçilemediği görülmüş ve 2008 yılında çıkarılan AİY ile bu üçlü ilişki gerekse muvazaa halleri netleştirilmeye çalışılmıştır. Yönetmeliğin madde 3/g fıkrasında ise muvazaa olarak kabul edilen sözleşmeler şu şekilde sıralanmıştır:

- *İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,*
- *Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,*
- *Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,*
- *Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri*

içeren sözleşmeler muvazaalı kabul edilmiş ve aynı zamanda bu koşullardan hareketle de geniş bir muvazaa tanımı yapılmıştır.

4.2. Çalışma Hayatında Muvazaanın İdari ve Adli İnceleme Süreci

Asıl işveren alt işveren arasında muvazaaya dayalı bir ilişkinin olup olmadığının incelenmesi idari ve yargısal iki farklı şekilde yapılabilmektedir. Literatürde tartışmalı olan nokta ise idari incelemede bulunan müfettişlerin vermiş oldukları kararların zaman zaman sonuçları itibarıyla yargının yetki alanına girdiği ve bunun da kuvvetler ayrılığına aykırı biçimde fonksiyon gaspı niteliği taşıdığıdır.

4.2.1. İdari İnceleme

Alt işverenlik uygulamasına ilişkin yapılan idari denetimin sözleşmenin tescil edilmesi aşamasında başladığı görülmektedir. Zira İK madde 3/II’ye göre alt işveren kendi işyerinin tescili için bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirim yapmakla yükümlü tutulmuştur. Buna göre alt işverenin bildirmiş olduğu sözleşme ve belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenecektir. Yaptığı inceleme sonunda muvazaalı bir işlem tespit eden müfettişin hazırlamış olduğu gerekçeli rapor ilgili işverenlere tebliğ edilecektir. İşverenler tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz etmezlerse muvazaanın varlığına ilişkin yapılan tespit kesinleşecek ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır. AİY madde 7’ye göre alt işverenin işyerinin tescil edilerek işyeri için bir sicil numarası verileceği, bilgi ve belgelerin eksik veya gerçeğe aykırı olması hâlinde ise işyerinin tescilinin yapılmayacağı ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesi ise bir işyerinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasını yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirmektedir.

İdari işlemlerin gerekçeli olması kuralına paralel şekilde iş müfettişlerinin muvazaaya dair hazırladıkları raporun gerekçeli olduğunun özellikle belirtilmesi yerinde bir uygulamadır. Ancak muvazaa tespiti yargısal bir incelemeyi gerekli kılarken, İK m.3/II ve yönetmelik ile yargısal bir yetkinin idari bir makama tanınması yerinde olmamıştır (Centel, 2008:8; Yılmaz, 2009:8). Bu durumların varlığına dair incelemeyi yapacak müfettişin muvazaanın tespitine ilişkin hazırlamış olduğu rapora, sonuçları itibarıyla yargısal bir karar niteliği verilmiştir (Süzek, 2008:161). Rapora itiraz edilmesi halinde ise muvazaaya yönelik yargısal inceleme safhası başlamış olacaktır.

4.2.2. Yargısal İnceleme

İK madde 3’e göre asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa olduğu yönünde bir tespit içeren gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edildikten sonra altı işgünü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilir. Yetkili iş mahkemesi ise 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu madde 5’e göre davanın açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesi veya işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Bir asıl işveren alt işveren ilişkisi İK madde 3 hükümleri doğrultusunda muvazaa konusuyla yargı önüne gelebileceği gibi İK madde 2 hükümleri doğrultusunda da muvazaayla ilgili olarak yargı önüne gelebilir. İlk durumda işçinin davaya müdahil

olması gibi bir durum söz konusu değildir, zaten davanın işverenlerce açılabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca bu durumda idarenin müfettişler vasıtasıyla karar verme yetkisi olabilmektedir. İkinci durumda ise idari bir inceleme söz konusu olmayıp doğrudan işçi-işveren ilişkisi sebebiyle konu yargıya taşınmış olacaktır ve işçiler de davanın tarafı olabilecektir.

Alt işverenlikte yargısal incelemeye dair belirtilmesi gereken başka önemli bir nokta ise Yargıtay’ın önüne gelen davalarda izlenmiş olduğu yöntemdir. Zira asıl işveren alt işveren ilişkisi her özel durum için ayrı ayrı farklılıklar içerebilmekte kimi zaman husumet kimi zaman asıl işe dair yapılan tespit kimi zaman ise diğer açılardan her olay diğerinden farklılaşabilmektedir. Bu da Yargıtay’ı konuyu kendi sınırları içinde değerlendirmeye yöneltmektedir. Bu sebeple Yargıtay, sağlıklı bir sonuca varabilmek için gerekirse işyerinde bilirkişi aracılığıyla tespit yapılmasını da isteyebilmektedir (Çankaya ve Çil, 2009: 172-173).

4.3. Muvazaanın Sonuçları

Muvazaanın ilk ve en önemli sonucu hem İK’da hem AİY’de belirtilen alt işverenin yanında çalışan işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmasıdır. Bunun yanı sıra İK madde 98’deki düzenlemeye göre işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verilecektir. Aynı maddeye göre işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası idari para cezası öngörülmüştür. Ayrıca para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanacaktır. İK madde 108 tüm bu idari para cezalarının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü tarafından gerekçesi belirtilerek verileceğini belirtmiştir.

5. SONUÇ

Çalışma boyunca asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki, mevzuatta düzenlenen tüm ayrıntılarıyla ele alınmış ve çizilmiş olan bu çerçeve içerisinde bugüne dek yaşanmış sorunlara dikkat çekilmiştir. Bahsi geçen aksaklıkların giderilmesinde öncelik birincil ve ikincil mevzuatta yapılan değişiklikler olmalıdır. Mesele, birincil mevzuat açısından ele alındığında alt işverenliğe ait hükümlerin yer aldığı İK madde 2 ve madde 3’ün uygulamada yetersiz kaldığı görülmektedir. Her ne kadar kendinden önceki yasal düzenlemelere göre nispeten kapsamlı hükümler içermiş olsa da İK’nın da bazı açılardan sorunları bulunmaktadır.

Asli işlerin alt işverene gördürülmesinde hangi şartların birlikte aranacağına belirsiz olması, muvazaa halleri konusunda yeterince ayrıntıya yer verilmemiş olması ve benzeri açılardan yasada sıkıntılar bulunmaktadır. Bu gibi sorunlara

çözüm getirmek açısından 2008 yılında çıkarılan alt işverenlik yönetmeliği daha ayrıntılı hükümler içermiştir. Hem kanunun hem yönetmeliğin düzenlenmesinde Yargıtay kararları yol gösterici olmuştur. Örneğin, muvazaa hallerinin belirlenmesine bakıldığında AİY’nin İK’ya göre Yargıtay kararlarının ise AİY’ye göre daha somut ve ayrıntılı hükümler içerdiği görülmektedir. Bu sebeple, yapılacak yeni düzenlemelerde de Yargıtay kararlarının takip edilmesi rasyonel bir karar olacaktır. Hatta alt işverenliğin bu kararlar ve diğer tecrübelerden de yararlanarak kendine ait bir yasasının olması daha ciddi bir adım olacaktır.

Mevcut mevzuatta yer alan ve ele alınması gereken ilk husus İK madde 2’de yer alan *“İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez”* hükmünün özellikle Yargıtay kararları dikkate alınarak netleştirilmesi olmalıdır.

Mevzuata dair önerilerden devam edilecek olursa başka kanunlarda alt işverenliğe dair yer alan düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması gerekecektir. Zira diğer kanunlarda da konuyla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkisi olan hükümlerin İK’daki düzenlemelerle ya da ayrıca çıkarılacak bir alt işverenlik yasasıyla paralel hale getirilmesi gereklidir. Örneğin, daha önce değinilen, 5393 sayılı Belediyeler Kanununun 67. maddesinde ve İK madde 2/IX-X’da yer alan hükümler standart dışı birer alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında bilindiği üzere alt işverenlik ilişkisi kamudaki ihaleler sebebiyle Türkiye’deki ihale mevzuatıyla yakından ilgilidir. Başta 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu olmak üzere diğer ilgili kanunların da alt işverenliğe dair mevcut ya da getirilecek düzenlemelerle, özellikle *“sınırlamalar”* açısından benzerlik göstermesi önemli bir husustur. Bu şekilde bir yol izlenmesi hem kamu kurumlarına karşı açılan davalarda maddi açıdan külfet getirecek kararlarla karşılaşılmasını engelleyecek hem de işçinin, alt işverenin ve bir asıl işveren olarak kamu kurumlarının hak ve yükümlülüklerine karşı daha duyarlı olmasını sağlayacaktır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işverenin işçisi olarak çalışan işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan haklarının zarara uğratıldığı belirtilmişti. Bu mağduriyetlerden birine örnek olarak sendikal haklara erişim konusunda alt işverenin işçilerinin yaşadığı sıkıntılar verilebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 60. maddesinde sendika kurulabilecek 28 adet iş kolu sayılmış ve *“Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır.”* ifadesi eklenmiştir. Bu düzenleme, 22. maddede yer alan *“Bir işyerindeki işçiler yardımcı işte çalışsalar bile ancak işyerinin bağlı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olabilirler.”* hükmüyle birlikte düşünüldüğünde alt işveren işçileri için bir kısıtlamaya yol açmaktadır.

Çalışma hayatında önemli ve temel bir hak olan sendika üyeliğinin bu şekilde

kısıtlanması, alt işverene iş gördürmenin önemli olduğu ülkemizde düzeltilmesi gereken bir durum olup bu vesileyle alt işverenlik uygulamasının olumsuz yanlarından biri daha bertaraf edilerek daha uygulanabilir kılınacaktır. Nitekim İK da kendinden önce Yargıtay tarafından tavsiye edilen *“asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işveren işçisinin de yararlanacağı”* hükmüne yer vererek bu konuda öngördüğü durumu ifade etmiştir. Ancak yine bu aksaklık özelinde de ilgili kanuna paralellik kazandırılması yararlı olacaktır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi içerisinde çalıştırılan işçilerin çalışma düzenlerine ilişkin olup yine öncelikli olarak yasal düzenleme ardından etkin bir denetim gerektiren sorunlar da vardır. Bunların başında sıkça dile getirilen kıdem tazminatı sorunu sayılabilir Uygulamada bir işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için öngörülmüş *“en az 1 yıl çalışmış olma”* koşulu iş hukukunun genelinde sorunlara yol açabilmekle birlikte özellikle alt işveren işçileri için önde gelen bireysel mağduriyetlerdendir. Zira alt işverenlerin, işçilerin sözleşmelerini bir yıl dolmadan yenilemeleri işçilerinse bunun amacını kavrayamamaları veya kavrasa dahi denetim eksikliğinden ötürü bu durumun kontrol edilememesi işçilerin kıdem tazminatı hakkını elinden almaktadır. Bu doğrultuda, eğer kıdem tazminatına hak kazanabilmek için öngörülen bir yıl şartına dair bir değişiklik yapılmayacaksa, sözleşme yapma koşullarının sıkılaştırılması (süre ve diğer yönlerden), konuya ilişkin somut muvazaa kriterleri getirilmesi veya kamu kurumları için ihalelere ve ihaleleri alan işverenlerin işçileriyle yapacakları sözleşmelere ihale süresiyle orantılı süre sınırlarının konulması bazı aksaklıkları giderebilecektir.

Daha önce işyerinde çalışmış bir işçinin bu işten ayrıldıktan sonra ilerleyen zamanlarda eski işvereninden iş alarak alt işverenlik ilişkisi kurmasının belirli şartlar dahilinde yasal hale getirilmesi de çalışmada daha önce belirtilen iyi niyetli bir takım girişimlerin önünün açılmasına yardımcı olacaktır.

Muvazaanın incelenmesi aşamasında iş müfettişlerinin rolünün, müfettiş raporlarına atfedilen sonuçlar açısından düzeltilmesi veya sürecin değiştirilerek yeniden ele alınması hukukun genel ilkelerinin hakim kılınması açısından yararlı olacaktır. Yine, rapora itiraz halinde mahkemenin vermiş olduğu kararın temyize götürülememesi de bu çerçevede düşünülmelidir. Zira, işi işveren arasındaki uyumsuzluklarda mahkemenin verdiği karara karşı temyiz yolu açıkken alt işveren ve asıl işveren arasındaki ilişkiye dair mahkemenin verdiği karara temyiz yolunun açık olmaması bir çelişkidir.

Mevzuatın iyileştirilmesi ve alt işverenliğin bu şekilde daha işler hale getirilmesinin dışında getirilebilecek öneriler de bulunmaktadır. Bunların başında alt işverenlik uygulamaları üzerindeki denetimin etkin hale getirilmesidir. Elbette idari denetimin nicelik ve nitelik olarak geliştirilmesi salt alt işverenliği değil tüm çalışma

hayatını ilgilendiren bir konudur. Ancak alt işverenliğin kayıt dışı istihdamla olan güçlü ilişkisi düşünüldüğünde denetimlerin artırılmasının en etkili sonuçlarının alt işverenlik ve kayıt dışı alanlarındaki sorunlar üzerinde alınacağı söylenebilir. Bunun yanı sıra asıl işveren alt işveren ilişkisindeki muvazaa ve diğer kanuna aykırı durumlar için öngörölmüş idari para cezalarının uygulanabilir gerçeklikte ama caydırıcı olması da önemlidir.

Özel sektördeki alt işverenlik uygulamalarını kapsamasa da en azından kamu sektöründeki usulsüzlöklere çözüm getirmek amacıyla kamu kurum ve kuruluşlarından ihale alan alt işverenlerin işçi haklarını kısıtlaması durumunda belirli bir süre ihalelere girmesinin men edilmesi ayrı bir seçenek olarak değerlendirilebilir.

Günümüzde mal ve hizmet üretiminde uzmanlaşmanın bir gereği olan alt işverenlik müessesesinin, maliyetlerin azaltılmasındaki etkisi sebebiyle verimliliği artırmanın önemli bir aracı olduğu ve işverenler için rekabet edebilirliğin getirdiği bir zorunluluk haline geldiği unutulmamalıdır. Sağlamış olduğu esneklik ve verimlilik artışından ötürü kamu sektöründe de kendine önemli ölçüde yer bulan bu uygulamanın yasal düzlemde daha açık hatta mümkünse ayrı bir kanunla düzenlenmesi önemlidir. Alt işverenliğin Türk iş hukukunda daha somut ve anlaşılır hale getirilmesi çalışmaları bu uygulamanın bir esnek üretim aracı olduğu gerçeğini göz ardı etmeden dengeli bir şekilde yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Aktay, A. Nizamettin&Arıcı, Kadir&Kaplan/Senyen, E. Tuncay (2011), “İş Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Akyiğit, Ercan (2011),” Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhide İş Verme Özeldekinden Farklı Mıdır?”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 23, Sayı 4, s. 1-33.

Aykaç, Hande B. (2011), “ İş Hukukunda Alt İşveren”, Beta Yayınları, İstanbul.

Arıcı, Kadir (2006), “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkinin Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1,s. 485-509.

Baybora, Dilek (2010), “İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, s. 19-26.

Centel, Tankut (2008), “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 10, s. 5-12.

Çankaya, O. Güven&Çil, Şahin (2006), “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”,Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 3, s. 54-80.

Çankaya, O. Güven&Çil, Şahin (2009), “ İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, Yetkin Yayınları, Ankara.

Çelik, Nuri (2011), İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul.

Demir, Fevzi (2003), “İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri”, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara.

Göktaş, Seracettin (2008), “ Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12, s. 97-105.

Ekmekçi, Ömer (2006), “ Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa’nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,Sayı:12,s.1173-1180.

Eyrenci, Öner&Taşkent, Savaş& Ulucan, Devrim (2006), “ Bireysel İş Hukuku”, Legal T-Yayıncılık, İstanbul.

Mollamahmutoğlu, Hamdi (2004a), İş Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara.

Mollamahmutoğlu, Hamdi (2004b), “ 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 7, Sayı 4, s. 1-37.

Oğuzman, M. Kemal & Öz, M. Turgut (2009), “ Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık”,

Süzek, Sarper (2008), “İş Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul.

Süzek, Sarper (2011), “İş Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul.

Şafak, Can (2004), “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 51, s. 111-132.

Şahlanan, Fevzi (2003), “Yeni İş Kanununun Getirdikleri, Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri”, TİSK Yayını, No:235, s. 29-43.

Şen, S. (2002), “ Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkisi”, Selülöz İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul.

Yılmaz, Ejder (2009), “Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası”, Çimento İşveren Dergisi. Sayı 1, s. 4-21.

<http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/csgb.portal?page=mevzuat&id=2>
(Erişim Tarihi:03.01.201)

<http://www.lutfiinciroglu.com/> (Erişim Tarihi: 05.01.2012)

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=311&content= (Erişim Tarihi: 10.01.2012)

<http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx> (Erişim Tarihi: 11.01.2012)

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr> (Erişim Tarihi: 12.01.2012)

www.tisk.org.tr/hukuk/yasalar.asp (Erişim Tarihi: 12.01.2012)

<http://www.calismatoplum.org/arama.htm> (Erişim Tarihi: 13.01.2012)

<http://oktaytan.net/makale.htm> (Asıl İşveren İle Alt İşveren Arasındaki Hukuki İlişki, (Erişim Tarihi: 18.01.2012)

SAYIŞTAY KARARLARINA KARŞI ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

Emin GÖRGÜN *
Yakup AYDIN **

ÖZET

Sayıştayın anayasal konumu ve kararlarının niteliği, bu kararlara karşı Anayasa'da tanınan bireysel başvuru hakkının kullanılıp kullanılmayacağına tespiti açısından oldukça önemlidir. Sayıştaya 1961 Anayasası ile sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama yetkisi verilmiş, 1982 Anayasasında ise Sayıştay Anayasasının yargı bölümünde düzenlenmiş, Sayıştayın kesin hükümlerine karşı idari yargı yolu kapatılmış, vergi ve benzeri mali yükümlülükler konusunda ise uyumsuzluk halinde Danıştay kararlarının esas alınacağı hükmü getirilmiştir. Ancak Sayıştay yüksek mahkemeler arasında sayılmamıştır. Sayıştayın anayasal konumu ve kesin hükümlerinin niteliği ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi kararlarında da yerleşik bir içtihat oluşmadığı görülmektedir. 12 Eylül 2010 Referandumu ile kabul edilen Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının Sayıştay kararlarına karşı da kullanılıp kullanılmayacağı bu yazının konusunu oluşturmaktadır. Sayıştayın kesin hükümlerine karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması halinde, bu konunun açıklığa kavuşturulması zorunlu hale gelecektir.

Anahtar Kelimeler: Sayıştay, Hesap Yargısı, Mahkeme Kararı, Bireysel Başvuru

AN INDIVIDUAL APPLICATION TO CONSTITUTIONAL COURT AGAINST THE JUDGMENTS OF TURKISH COURT OF ACCOUNTS

ABSTRACT

The constitutional status of Turkish Court of Accounts (TCA) and the judicial essence of its judgments are of higher significance in respect of determining whether the right to individual application vested by the Constitution can be exercised against these decisions. The TCA was vested with the authority to take final decision on the accounts and transactions of those responsible by the Constitution of 1961. As for the Constitution of 1982, the TCA is embodied under the part of judicial power, judicial review of its final decisions in administrative courts is precluded and in case of a contradiction regarding taxes or similar financial obligations and duties, it is prescribed that the decisions of the Council of State is taken as a basis. However, the TCA is not included among the supreme courts. It is also

* Sayıştay Uzman Denetçisi

** Sayıştay Başdenetçisi, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

observed that there is not an established jurisprudence in decisions of the Constitutional Court with regard to the constitutional status of the TCA and the judicial essence of its final decisions. This article addresses the issue of whether the right to individual application to the Constitutional Court introduced with the referendum on September 12, 2010 can be used against the decision of the TCA. In case of an individual application to the Constitutional Court against the final decisions of the TCA, it will become urgent for this matter to be elucidated.

Key Words: Turkish Court of Accounts, Trial of Accounts, Judgment, Individual Application

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin korunması egemenlik yetkisi kullanan tüm devlet organlarının görevi olmakla birlikte, yargı erkine de bunun denetlenmesi görevi verilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında birincil görev olağan yetki sahibi idare birimlerinde olmakla birlikte idarelerin denetlenmesi gereği de modern kamu yönetimi anlayışının önemli bir unsurudur. Ancak dünyada insan haklarına verilen önemin de artmasıyla sadece bireylerin ilk derece mahkemelerinin kararları yoluyla hak aramasının yeterli olmadığı görülmüştür.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin bireyler için ceza yargılaması yapma yetkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) devletler için verdiği tazminat kararları karşısında, insan haklarının tanınması ve korunmasının ülkelerin iç hukuk sorunu olmaktan çıkıp uluslararası hukuk alanında yaptırımlara bağlanmaya başlanması, uzun süredir gündemde olan insan hakları kriterlerinin modern dünya için itici güç olmasına, buna ayak uyduramayan ülkeler için ise uluslararası toplumun hukuki, maddi, bazen de askeri yaptırımlarına maruz kalmalarına neden olmuştur.

Esasında hak ve özgürlüklerin eğer uygulamaya geçirilemiyorsa, yasalarda yazılı olmasının fazla bir anlamı olmayacaktır. Bu konuda sorunların çözümü için bir takım yöntemlere ve sistemlere ihtiyaç duyulacağı açıktır. Her ülkenin kendine uygun çözüm yolları araması sonucu, hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi, onların etkin bir korumaya kavuşturulabilmesi adına bireysel başvuru sistemi Türkiye’de de tartışılmış ve uygulanmaya başlanmıştır (AİHM ve Türkiye II, 2010:5).

Bireysel başvuru mekanizmasının kullanımı açısından, TBMM adına denetim yapan ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlayan Sayıştayın kararlarının değerlendirilmesi, bu kararlardan etkilenen bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına oldukça önemlidir.

1. BİREYSEL BAŞVURU

Anayasanın 5. maddesinde ifade edilen “*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*” temel amaç ve görevlerinin yerine getirilebilmesi, başta devlet olmak üzere hak ihlallerinin ortadan kaldırılması, her şeyden önce hakkı ihlal edilen bireylere adil ve hızlı bir hak arama imkânının tanınması ile mümkün olabilecektir.

Özellikle son dönemde vatandaşların hakları ihlal edildiğinde başvurabilecekleri yolların genişletilmesi yönünde olumlu gelişmeler gözlenmektedir. İşkence ve kötü muameleyle mücadele etmek amacıyla İnsan Hakları Kurumunun kurulması kişilerin bilgi edinme haklarının kullanımı için Bilgi Edinme Kanunu’nun yürürlüğe girmesi, kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturulması amacıyla Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun kurulması, ve son olarak anayasal şikâyet olarak da ifade edilen Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru imkânının getirilmiş olması hak arama yollarının genişletilmesi anlamında modern ülkelerle arayı kapatmaya yönelik olumlu gelişmelerdir.

Anayasa Mahkemesi de özellikle AİHM’in ülkemiz aleyhine verdiği olumsuz kararlar sonucu Türkiye’nin imajının bozulmasına engel olabilmek için kendi görev ve işleyişinde önemli değişiklikler içeren Reform Raporunu¹ hazırlayıp kamuoyu ile paylaşarak süre giden olumsuz duruma seyirci kalmamıştır. Bu raporda yer alan konulardan birisi de birçok kişi ve kurum tarafından dile getirilen bireysel başvuru olarak gündemdeki yerini almıştır².

Anayasa’daki temel hak ve özgürlüklerin değerlendirilmesinde yorum gerektiren konularda bu sorumluluk Anayasa yargısına düşmektedir. Dinamik toplum içinde, ülkemizde defalarca yapıldığı gibi her yeni durum için Anayasanın değiştirilmesinden ziyade AYM’nin topluma bağlarının kopuk olmamasına ve Anayasayı Dünyanın ve Türkiye’nin ilerlediği doğrultuda ve bireysel özgürlüklerin olabildiğince genişletildiği bir değişim içinde, hem bir yetki hem de bir sorumluluk olarak yorumlamasına ihtiyaç duyulmaktadır.

1.1. Dünya’da Bireysel Başvuru Mekanizması

Bireysel başvuru sadece mahkeme kararının içeriği yönünden temel hakların

1 Anayasa Mahkemesince hazırlanan Rapor 2004 yılında TBMM Anayasa Komisyonuna sunulmuştur.

2 Bireysel başvuru konusu 2000 yılında hazırlanan TOBB anayasa taslağında ve 2001 ile 2007 yıllarında hazırlanan Türkiye Barolar Birliği anayasa taslağında yer almışken, 2007 yılında Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında hazırlanan sivil anayasa taslağında yer almamış bu konuda Anayasa Mahkemesine kanunların temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası anlaşmalara uygunluğunu somut norm denetimi vasıtasıyla denetleme ve iptal etme imkânı verilmiştir.

uygulanmaması, yani yargıcın temel hakların etkisini tespit etmeyi ihmal etmiş olması ya da temel hakların koruma alanlarını veyahut sınırlarını Anayasaya aykırı olarak değerlendirmiş bulunması halinde söz konusu olmayıp aynı zamanda yargılama usulüne karşı da yapılabilir. Bu çerçevede tabii hâkim ilkesi, savunma hakkı, adil yargılanma, etkili başvurma hakkı, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı, adli hata halinde tazminat hakkı gibi “yargısal temel haklar” önemli rol oynar (Aydın, 2011:159).

Dünyadaki genel uygulamada Anayasa şikayetine yer veren her ülke kurumun kapsamını kendi hukuk sisteminin bütünlüğünü ve iç tutarlılığını gözeterek değişik işlemlere karşı kabul etmekte ve kurumun yapısı temel siyasal tercih doğrultusunda belirlenmektedir (Göztepe, 2011:16-17). Ayrıca hemen bütün ülkelerde AYM’lerin iş yükünün önemli bir kısmını insan haklarına ilişkin ihlaller oluşturmaktadır.

Örneğin Avusturya’da kabul edilen bireysel başvuru yönteminde mahkemeye başvuru öncesinde idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekmemektedir. Bu yöntem önemsiz ve sayıca fazla başvuruyla mahkemenin iş yükünü gereğinden fazla artırmaktadır (Holzinger, 2009:73).

İspanyada *recurso de amparo* adıyla uygulanan, kamu gücünün temel hak ve özgürlüklere uymasını amaçlayan sisteme sadece İspanya Anayasasındaki bazı temel hak ve özgürlükler için meşru menfaat bağlantısı olan gerçek ve tüzel kişiler, Kamu Denetçisi ve Savcılık makamı başvurabilmektedir. Kanunlara karşı bireysel başvuru hakkı tanınmamıştır (Baamonde, 2009:104).

Almanya’da bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesinin iş yükünün %97’sini oluşturmaktadır. Almanya’da İspanya’dan farklı olarak kanunların anayasaya aykırılığına karşı da bireysel başvuru yolu açık tutulmuştur. Kanunların Anayasaya aykırılığına yönelik yapılan norm denetimi ise sadece %2 oranındadır. Alman Anayasa Mahkemesine her yıl yaklaşık üç bin bireysel başvuru yapılmakta ancak bu yapılan başvuruların %90’dan fazlası temelden yoksun bulunarak değerlendirmeye alınmadan reddedilmektedir (Kunig, 2011:46-48).

Almanya’da yasama, yürütme ve yargı olmak üzere bütün kamu gücü işlemleri bireysel başvuruya konu edilebilmektedir. 1949 Anayasasında yer bulamayan bireysel başvuru, 1951 yılında yapılan bir kanunla uygulanmaya başlanmış ve kurumun başarılı sonuçlar üretmesi üzerine 1969 yılında Anayasada düzenlenmiştir. Almanya’da tartışılan pek çok konu bireysel başvuru yoluyla çözüme kavuşturulmuştur. Bu konuların başında kürtaj, vicdani red, ortam dinleme, eşcinsel evlilik gibi sosyal politika konuları gelmektedir (Mellinghof, 2009: 32).

Bireysel başvurunun anayasa mahkemelerine yapılmasının genel olarak benimsendiği söylenebilir. Ancak temel hakların korunması anlamında yapılacak

bireysel başvurunun diğer yargı mercileri ile anayasa mahkemeleri arasındaki ilişkileri nasıl ve ne derece etkileyeceği veya etkilemesi gerektiği konularında farklı uygulamalar mevcuttur.

Türkiye AİHM'deki mevcut davalarını ve yeni başvuruları azaltmayı hedeflerken; AİHM'de yılda 140.000'ne ulaşan dava sayısı ve 5 ila 6 yıla ulaşan yargılama süresini azaltmak için bireysel başvuru uygulamasını teşvik ederek kendi yükünü azaltmak istemektedir (Pimentel, 2011:67).

Yasalara karşı bireysel başvuru yolunun açık olmasının gerekli olup olmadığı konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Ancak Almanya'da yaşanan bir olay bu konuda bireylere de hak verilmesi gerektiği yönündeki kanaati güçlendirmiştir. ABD'deki 11 Eylül saldırılarından sonra, Alman hükümeti sivil uçakların insanların yaşamlarını tehdit edecek biçimde silah olarak kullanılmalarda durdurulmuş savaş uçaklarına bu uçakları düşürme yetkisi verilmesini içeren bir yasal düzenleme öngörmüştür. Suçsuz pek çok insanın da ölümüne sebep olabilecek bu kanun aleyhine bireysel başvuruda bulunulmuş ve Alman AYM'si Anayasa ile korunan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü, temel hakların özüne dokunma yasağı gibi hakların ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruyu kabul etmiş ve yasayı iptal etmiştir (Göztepe, 2011:18-19).

1.2. Türkiye'de Bireysel Başvuru

Türkiye AİHM'de 14.000 dosyalı Rusya'nın ardından 6.000 dosya ile ikinci sıradadır. Ödenen tazminat miktarından daha fazla ülkemiz aleyhine açılan dava sayısının fazlalığının imajımıza verdiği zarar düşünüldüğünde ülke içinde hak arama yollarının genişletilmesi gerekliliği ortaya çıkmış, daha önce başarılı örnekleri olan bireysel başvuru sisteminin Türkiye'de de uygulanmasına karar verilmiştir.

7 Mayıs 2010 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 5982 sayılı Anayasa Değişikliği, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu yürürlüğe girmiştir. 12 Eylül referandumu ile özellikle yargıya yönelik çok kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden bazıları sistemin işleyişini değiştirirken (HSYK'nın yapısı ve işleyişi gibi) bazıları ise hiç uygulaması olmayan konuları (Kamu Denetçiliği gibi) gündeme getirmiştir. Anayasanın 148. maddesine yapılan eklemelerle Anayasa Mahkemesine "bireysel başvuruları" inceleme yetkisi verilmesi de bu önemli değişikliklerdendir.

Yargıtay ve Danıştayda kesinleşmiş yargı kararları üzerine yapılan bir analizde Anayasa Mahkemesine ilk yıllarda ortalama 45-50 bin civarında başvuru olacağı tahmin edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin şu anki iş yükünün kat kat fazlası bir iş yükü ile karşılaşacağı ve idari yapısının da buna göre organize edilmesi gerekliliği üzerinde durulurken mahkemenin de buna karşılık yaptığı hazırlıklardan bahsedilmektedir (Çoban, 2011:161-177).

1.2.1. Bireysel Başvuruyu Düzenleyen Hukuki Normlar

12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması ile kabul edilen Anayasa değişiklikleri içerisinde yer alan bireysel başvuru hakkı, Anayasa'nın 148. maddesinde ifade edilen AYM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen maddede yer almaktadır. Referandum sonucu yapısı ve görevleri değişen AYM'nin, 6216 sayılı yeni teşkilat kanunu³ ile bireysel başvuruya da özel bir bölüm ayrılmıştır.

Anayasanın 148. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlayacağı belirtilmiş, üçüncü fıkrasında *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”* denilerek bireysel başvurunun kapsamı çizilmiş ve müteakip fıkrada *“Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.”* hükmüne yer verilmiştir. Son olarak bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Kanununun 45-51. maddelerinde bireysel başvuru düzenlenmiş ve geçici 1. maddesinin 8 numaralı bendi ile de AYM'nin 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları incelemeye başlayacağı hükme bağlanarak bir geçiş ve hazırlık süreci öngörülmüştür.

Temel hak ve özgürlükleri kamu otoritesi tarafından ihlal edilen ya da en azından ihlal edildiğini düşünen bireylerin mevcut tüm idari ve yargısal yollar tüketildikten sonra başvurabilecekleri bireysel başvuruyu olağanüstü bir kanun yolu olarak da görmek mümkündür (Kılınc, 2008:23).

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular komisyonlarda değerlendirildikten sonra kabul edilebilir bulunanlar bölümlere havale edilerek esastan incelemeye alınacak ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerine aykırı işlem olup olmadığına karar verilecektir.

Anayasa Mahkemesinin incelemenin sonuçlandırılacağı ana kadar bireyin temel haklarının ciddi şekilde zarar göreceğine yönelik bir kanaati oluşursa ilgili kamu gücü işlemi ya da eylemi hakkında tedbir kararı olarak geçici koruma fonksiyonu ifa etmesiyle de telafisi imkânsız veya zor zararlara engel olunmaya çalışılmıştır. Tedbir kararını esas hakkında karar verme yetkisi olan bölümler verebilecektir.

Kanun tasarısının ilk şeklinde AYM'nin asıl işlevi olan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin anayasal denetiminin yanı sıra bireysel başvuruda incelenen

³ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanununun 3 Nisan 2011 tarih ve 27894 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

hukuki normun anayasal denetiminin anayasanın 152. maddesindeki somut norm denetiminde olduğu gibi incelenmesi ve bireysel başvuru hakkında bu inceleme sonucu karar verilmesi istenmekteydi. Tasarının 49. maddesinde “Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar” düzenlemesi yer almaktaydı. Ancak bu hüküm meclis alt komisyonunda tasarıdan çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bir yargı organının kararı sonrası önüne gelen bireysel başvuruda bir ihlal tespit ederse, Kanununun 49. maddesi gereği ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderecektir. İlgili mahkemece yapılacak yeniden yargılama; 50. madde gereğince ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak ve söz konusu kararı Anayasa Mahkemesinin kararı ile uyumlu hale getirecektir.

1.2.2. Bireysel Başvuruya Konu Haklar

Bireysel başvurunun konusu, bir eylem ya da işlem gibi icrai bir davranış olabileceği gibi, yapılması gereken bir işlem ya da eylemin yapılmaması biçiminde ihmali bir davranış da olabilecektir. Kanunda ifade edilen kamu gücünün “ihmal”inden yapılması gerekenlerin yapılmamasını da anlamak gerekir.

Anayasa’nın 148. maddesinin 3. fıkrası herkesin, anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile AYM’ye başvurabileceğini öngörmektedir. Aynı şekilde 6216 sayılı Kanununun 45. maddesinin 1. fıkrası da herkesin, anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS ve buna ek olarak Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin güvence altına alınan haklarının kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini öngörmüştür⁴. Söz konusu Kanun Anayasal hükmü daha da somutlaştırmış ve temel hak ve özgürlüklerin salt AİHS kapsamındakileri değil, Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındakileri de bireysel başvuru konusu olarak kabul etmiştir (Aydın, 2011:127).

Bireysel başvuruya konu olabilecek işlemlerin bireyler bakımından bağlayıcı ve emredici kamu gücü işlemleri olması gerekir. Bağlayıcı olmayan işlemler, genel direktifler, kurum içi görüş bildirimleri, bilirkişi raporları, öneri ya da tavsiyeler bireysel başvuru konusu edilemez.

Bireysel başvuruya konu edilen hakların daha geniş olan anayasadaki temel haklar ve özgürlükler değil de AİHS ve Anayasada birlikte yer alan haklar olarak

⁴ Türkiye 14 adet ek protokole taraf olmuş, bu protokollerden 9 adedi Türkiye tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiş, 4 adedi imzalanmış fakat yürürlüğe girmemiş olup 1 adedi ise hiç imzalanmamıştır.

sınırlanmış olması anayasa koyucunun öncelikli amacının ülke içinde bireysel hak ve özgürlükleri genişletmekten ziyade AİHM nezdinde açılan davaların sayısını azaltmak olduğu izlenimini vermektedir.

Bir hak başvuruya direk konu olamamasına rağmen başka bir hakkın koruma alanı içinde ise, bireysel başvuru yolu ilgili hak için geçerli olacaktır. AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde yer alıp aynı zamanda Anayasada korunan temel hak ve özgürlükleri toplu şekilde görebilmek için aşağıdaki tablo açıklayıcı olacaktır⁵.

AİHS ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokoller	1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Yaşam Hakkı (AİHS, md. 2)	Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (Anayasa md. 17)
İşkence Yasağı ve Kötü Muamele Yasağı (AİHS, md. 3)	Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (Anayasa md. 17)
Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AİHS md. 4)	Zorla çalıştırma yasağı (Anayasa md. 18)
Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS md. 5)	Kişinin hürriyeti ve güvenliği (Anayasa md. 19)
Adil yargılanma hakkı, Masumiyet karinesi, Sanık hakları (AİHS md. 6)	Hak arama hürriyeti, Kanuni hâkim güvencesi, Mahkemelerin bağımsızlığı, Mahkemelerin kuruluşu (Anayasa md. 36, 37, 38,138, 142)
Suç ve Cezaların Kanuniliği (AİHS md. 7)	Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar (Anayasa md. 38)
Özel yaşama ve Aile hayatına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (AİHS md. 8)	Özel hayatın gizliliği, Konut dokunulmazlığı, Haberleşme hürriyeti (Anayasa md. 20,21 ve 22)
Düşünce, Din ve Vicdan Din Özgürlüğü (AİHS md 9)	Düşünce ve Kanaat hürriyeti, Din ve Vicdan hürriyeti (Anayasa md. 24 ve 25)

5 Bu tablo, **SABUNCU Yavuz ve ESEN, Selin** "Türkiye için Anayasa Şikayeti Model. Türkiye'de bireysel başvuru yolu" Anayasa Yargısı, Cilt 21,2004, **AYDIN, Öykü Didem**, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, Y.2011, Sa.4 s.138'den, **Çoban, Ali Rıza**, Bireysel Başvuru: Türk Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu, AİHM ve Türkiye II, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2010 **GÖZTEPE, Ece**, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S.95, s.35'ten faydalanılarak bu makalenin yazarları tarafından hazırlanmıştır.

İfade özgürlüğü (AİHS md. 10)	Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, Bilim ve Sanat Hürriyeti (Anayasa md. 26 ve 27)
Toplantı ve dernek Kurma Özgürlüğü (AİHS md. 11)	Dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (Anayasa md. 33 ve 34)
Etkili Başvuru Hakkı (AİHS md. 13)	Hak arama hürriyeti ve Temel hak ve hürriyetlerin korunması (Anayasa md. 36 ve 40)
Ayrımcılık Yasağı (AİHS md. 14)	Kanun önünde eşitlik (Anayasa md. 10)
Mülkiyet hakkı (1.Ek protokol md.1)	Mülkiyet hakkı (Anayasa md. 35)
Eğitim ve Öğretim hakkı (1.Ek protokol md.2)	Eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi (Anayasa md.42)
Serbest seçim hakkı (1. ek protokol md.3)	Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı (Anayasa md.67)

23.09.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olan bireysel başvuru Anayasada yer almayan bazı düzenlemelerle kısıtlanmış olmakla birlikte bu düzenlemelerin bireysel başvurunun uygulanacağı ilk yıllardaki yığılmaların önüne geçmek amacıyla yapılmış makul düzenlemeler olduğu intibai uyanmaktadır. Ancak Anayasa hükmüyle çelişen yasa hükümlerinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi durumunda inceleme makamının AYM olması durumu biraz daha ilginç hale getirmiştir.

1.2.3. Güncel ve Kişisel Hakkın Kamu Gücü Tarafından İhmal Edilmesi Gerekliliği

Anayasanın 148. maddesine göre herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

Bireysel başvuru, 6216 sayılı Kanun gereği, ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen herkes tarafından yapılabilir. Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilirler.

Bireysel başvuruya konu olabilecek bir temel hak ve özgürlüğün kamu gücü tarafından “ihlal” edilmesi veya ihlal edildiğinin iddia edilmesi gereklidir. Başvuru sahibinin temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından önemli ölçüde engelleniyor veya olanaksız kılınıyor olmasından dolayı bunu belirten dilekçesi ile AYM’ye başvurması gerekmektedir.

İhlal kavramı ile anlatılmak istenilen durum bir temel hak ve özgürlüğün koruma alanına yapılan hukuka aykırı bir müdahaledir. Bu müdahale, bir işlem, eylem ya da ihmal biçiminde ortaya çıkabilir. İhlal, temel hak ve özgürlük olarak güvence altına alınmış bulunan belirli davranışın herhangi bir hukuka uygunluk sebebine dayanmadan veyahut geçersiz bir hukuka uygunluk sebebine dayalı olarak zorlaştırılmasıdır (Aydın, 2011:135).

Bireysel başvuruya konu olan işlem, eylem ya da ihmal kişilerin güncel ve kişisel haklarını etkilemelidir. İhmale sebep olan müdahalenin başvuru sırasında mevcut veya yürürlükte veyahut başvuru açısından hüküm ve sonuçları devam ediyor olmalıdır.

Kişinin temel hak ve özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin ihlal boyutuna varıp varmadığına AYM karar verecektir. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına imkân vermeyecek derecede kamu gücünün yükümlü olduğu davranışta bulunmaması da yine bireysel başvuruya konu olabilecek bir müdahale sayılabilecektir.

Bireysel başvuruya konu olup korunması istenilen temel hak ve özgürlüğün, kamu gücü olarak tabir edilen kurum, kuruluş ve organlar tarafından ihlal edilmesi en azından ihlal edildiğinin iddia edilmesi gereklidir. Kamu gücünden ne anlaşılması gerektiği konusunda ortak kanaat devlet otoritesini kullanan organların ifade edildiğidir. Kamu gücünden kasıt, en başta yasama, yürütme ve yargı organları ve bu organlara tabi olan mercilerdir.

Herhangi bir mahkeme kararı, kamu gücünün uygulanması anlamına geldiğinden iki özel hukuk kişinin karşı karşıya olduğu özel hukuk yargılamasında verilen mahkeme kararına karşı da bireysel başvuru geçerlidir (Hassemer, 2004:164-178).

Alman “anayasa şikâyeti” sisteminden farklı olarak Türk bireysel başvuru sisteminde, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru imkanı yoktur.

Düzenleyici idari işlemlerin, başta yönetmelik olmak üzere, bireylere uygulanması halinde idari yargı yoluna başvurularak idari yargıdan alınacak kararın bireysel başvuru yoluyla tekrar AYM’ye götürülmesi mümkündür. Yasama işlemi

olan kanunların bireysel başvuruya konu olduğu ülke uygulamaları olmasına rağmen kanun koyucu anayasa ile verilen yetkiyi kanunla sınırlamış ve kendi çıkardığı kanunların bireysel başvuru yoluyla AYM' ye taşınmasına izin vermemiştir.

AYM'de bireysel başvuruyu değerlendiren bölümlerde temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin bir kanun veya KHK'dan kaynaklandığı kanaatine varılırsa iptali istemi ile AYM Genel Kuruluna başvuru yapma yetkisi meclis görüşmeleri esnasında metinden çıkarılmıştır. Bu durumda Kanunlar açısından çok ilginç bir durum ortaya çıkmış olmaktadır. Bireysel başvuruyu değerlendiren bölümler temel hakkı ihlal eden düzenleme olarak kanunu veya KHK'yı görürse bunun iptali Genel Kurula gidemeyecek, bu konuda karar veren mahkemeden bu kararı temel hakları ihlal etmeyecek şekilde yeniden görüşmesini isteyebilecektir. Mahkeme de eğer kanunun temel hakları ihlal ettiği kanısına varırsa, Anayasanın 152. maddesi gereği somut norm denetimi yoluyla ilgili kanun hükmünün iptali için tekrar AYM'ye başvurmak zorunda kalacaktır. AYM bölümlerine verilmeyen bir yetkinin uygulamada karar alma sürecini ne kadar uzattığını ve zaman içinde bu konuda nasıl bir yasal düzenleme yapılacağını veya mahkemenin kendi içtihadıyla bunun ne şekilde telafi edileceğini zaman gösterecektir.

Anayasanın yargı denetimi dışında bırakılan işlemler aleyhine de bireysel başvuru yoluna başvurulamayacağını belirten hükmü karşısında 12 Eylül 2010 anayasa referandumu ile son halini alan hükümleri çerçevesinde;

- Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler,
- Yüksek Askeri şuranın ilişik kesme kararları dışındaki kararları,
- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olmayan kararları,
- Yüksek Seçim Kurulunun kararları,

aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamadığı için bu kararlarla ilgili olarak bireysel başvuruda bulunulamayacaktır.

Sayıştay kararları üzerine idari yargı yoluna başvurulamayacağını ifade eden Anayasanın 160. maddesi hükmü karşısında Sayıştay kararlarının da yargı denetimi dışındaki idari işlemlerden olup olmadığının tartışılması gereklidir. Sayıştay kararları denetim yapılan kamu kurumları ve haklarında rapor düzenlenen sorumluların mali sorumluluğunu karara bağlamaktadır. Adli yargıdaki savcıların iddianamesine benzer işlevde rapor düzenleyen denetçilerin raporları yine adli ve idari yargıda görülen usullere benzer şekilde değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Tüm bu işlemler idari işlem kabul edilip bir de Anayasa gereği idari yargı denetimi kapsamından çıkarıldığında hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkmış olacaktır.

Sayıştayın dairelerinden ve Temyiz Kurulundan geçmiş olan kararlarının idari yargıya başvurulamayacak idari işlemler olduğuna ilişkin ne Anayasada, ne yasalarda ne de doktrinde herhangi bir ifade geçmemiştir. Bunun yanında 12 Eylül 2010 Referandum sürecinde yargı denetimine açılan pek çok idari işlem arasında Sayıştay kararları hiç gündeme gelmemiştir.

1.2.4. Kanunda Öngörülen İdari ve Yargısal Başvuru Yollarının Tamamının Tüketilmiş Olması

6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin ikinci fıkrası, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için bireysel başvuru yapılmadan önce, kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Başvuru yollarının tüketilmesi, özellikle yargı kararları söz konusu olduğunda başvuru konusu yargı kararının kesinleşmesi anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesinin “ikincil yetki” sahibi olduğu göz önüne alınırsa, ilk derece mahkemelerinde ve temyiz aşamasında ileri sürülmeyen iddia, kanıt ve delillerin bireysel başvuru esnasında ileri sürülebilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesine ilk derece yetkili mahkemeleri önünde yapılmadıkça, yapılamayacak olan itirazlar sadece esasa değil usule ilişkin de olabilir. Bu anlamda ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararların temyiz edilmemesi sonucu kesinleşmesi halinde bireysel başvuru hakkından faydalanılamayacağı düşünülmektedir. Zira ilk derece mahkemesinin kararından zarar gören şahıs, bu mahkemenin kararını temyize yetkili mahkemeye giderek bu mağduriyetini giderme imkânına sahiptir ve var olan hakkını kullanmayarak verilen kararın doğru olduğunu kabul etmiş olacaktır.

1.2.5. Anayasa Mahkemesince Verilebilecek Kararlar

Anayasa Mahkemesinin, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermesi durumunda, yargı kararı sonrası yapılan bir başvuru ise yargılamanın yenilenmesi suretiyle bireyin hakkının tesisi, idari işlem sonrası bir başvuru ise idarenin işlemi bireyin hakkını ihlal etmeyecek şekilde yeniden işlem tesis etmesi veya tesis edilen işlemi iptal etmesi gerekecektir.

Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği kararı sonrası ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı sorusu akla gelebilir. Kanun tasarısının 50/III maddesinde *“İhlal bir kamu gücünün kanunen yapması gereken bir işlemi yapmamasından kaynaklanmışsa, Mahkeme, kararının hangi makam tarafından yerine getirileceğini ve özel durumlarda kararını yerine getiriliş şeklini belirleyebilir.”* denmekteydi. Meclis görüşmeleri esnasında metinden çıkarılan bu hükmün yokluğu bir boşluk oluşturmuştur. Anayasa Mahkemesinin bu boşluğu içtihat yoluyla doldurması soruna çözüm olarak değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuruya bakmakla yetkili bölümün esas hakkındaki incelemeleri neticesinde yargılamanın yenilenmesinde hukuksal açıdan bir fayda görmemesi durumunda şikâyetçi lehine tazminata direkt hükmetme yetkisi vardır. Anayasa Mahkemesi tazminat miktarını belirleme yetkisini kullanabileceği gibi şikâyetçiyi hakkını araması için genel mahkemelere de yönlendirebilir.

Dava konusu kamusal veya kamu gücü tarafından gerçekleştirilen işlem ya da eylem, temel haklar rejimine uygunluk yönünden ama sadece Anayasadaki temel haklar açısından değerlendirilecektir. Anayasa Mahkemesi kendinden önceki yargı mercileri tarafından uygulanan muhakeme usulü, özellikle çeşitli delillerin değerlendirilmesi, yasaların uygulanışı, hatta temel hak ve özgürlüklerin dışındaki kurallar açısından Anayasanın uygulanışı, anayasal normlar arasında bulunmayan normların olaya uygulanışını denetlemeyecektir.

2. BİREYSEL BAŞVURU VE SAYIŞTAY KARARLARI

Yukarıda belirtilen kanuni düzenlemelere göre, Sayıştayın kesin hükümlerine karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı sorunu, Sayıştayın kesin hükümlerinin yargısal niteliği bulunup bulunmadığının tespitini zorunlu hale getirmektedir.

Bilindiği üzere Anayasa'nın 160 ncı maddesine göre, Sayıştayın kesin hükümlerine karşı idari yargı yoluna başvurulamamaktadır. Bu hükümlerin Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden mi sayılacağı yoksa yargısal nitelikli kararlar mı olduğu, Sayıştayın anayasal ve yasal konumu ve görevleri dikkate alınarak değerlendirilecektir.

Sayıştay denetimleri sırasında, mali iş ve işlemler üzerinde yasalara aykırı bir takım uygulamalar saptanmakta ve denetçiler tarafından hazırlanan raporlar yine Sayıştay içinde bulunan yargılama daireleri ve Temyiz Kurulunca hükme bağlanmaktadır. Bu yönüyle yargısal fonksiyonu olan Sayıştay, bir denetim kurumu olma yanında bir de hesap mahkemesi kimliği kazanmaktadır.

2.1. Sayıştayın Anayasal Konumu

Sayıştayın bir mahkeme olarak kabul edilip edilemeyeceği konusundaki tartışmaların 1924 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarına kadar uzandığı söylenebilir . Sayıştay; Cumhuriyet döneminde 24 Kasım 1923 tarihli ve 374 sayılı Yasa ile yeniden kurulmuş, 1924 Anayasasında da yer almıştır. Bu şekilde Cumhuriyet döneminde de anayasal bir kurum haline gelen Sayıştayın kuruluşu, işleyişi, görev ve yetkileri ise 16.6.1934 tarih ve 2514 sayılı Divanı Muhasebat Kanunu ile yeniden düzenlenmiştir. Gerek 1876 Kanun-u Esasi gerekse 1924 Anayasası'nda Sayıştaya yargı yetkisi verilmediği halde Sayıştay, kuruluş yasasıyla verilen yargı yetkisini kullanmıştır (Uz, 2005: 363).

1961 Anayasası'nda Sayıştaya "İktisadi ve Mali Hükümler" bölümünde yer verilmiştir. 1961 Anayasası'nın 127. maddesinde "Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. ..." hükmüne yer verilmiştir.

21.2.1967 tarihinde 2514 sayılı Divan-ı Muhasebat Kanunu yürürlükten kaldırılmış, 832 sayılı Sayıştay Kanunu kabul edilmiştir. Gerek 1961 Anayasasının gerekse Divanı Muhasebat Kanununun Sayıştayın görevlerini idari ve yargısal olmak üzere iki ana grupta topladığı görülmektedir. Sayıştayın yargısal fonksiyonu bir uyuşmazlık ve dava şeklinde görünmemektedir. Yargısal tasarruflarda yargı organı ancak bir iddia ve karşılıklı bir uyuşmazlık halinde harekete geçtiği halde Sayıştay böyle bir durum olmaksızın yargısal fonksiyonunu icra etmektedir (Onar, 1966:1921).

Sayıştay kararlarına karşı Danıştaya gidilemeyeceğine dair bir kanun hükmü olmamasına rağmen Danıştaya "Divanı Umumi Heyetinin zati zamana ait kararlarının Devlet Şurasında tetkik mevzuu olamayacağı" şeklinde bir hüküm verilerek Sayıştay kararlarının yargısal niteliği bir nevi kabul edilmiştir.⁶

Ancak 1961 Anayasasından sonra Danıştay Dava Daireleri Kurulu 07.05.1965 tarihli kararı ile "Muhasebat ve diğer ilgililer hakkında zimmet hükmü veren Sayıştayın sui generis bir mahkeme olduğu"nu gerekçe göstererek Sayıştay ilamlarının Danıştayda temyizden incelenmesi gerektiği kararına varmıştır. Danıştay bu kararı verirken şu gerekçelere dayanmıştır:

- 127. maddedeki düzenleme yeri idare yani yürütme içinde yer alması
- Meclisteki Sayıştaya ilişkin görüşmelerde Sayıştayın yerinin yargı olması gerektiği yönündeki önerilerin red edilmiş olması.
- Anayasanın 7. maddesinde yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş olması

1961 Anayasası döneminde özellikle "*kesin hükme bağlama*" fonksiyonunun Sayıştayı yargı organı yapıp yapmayacağı üzerinde bir hayli derin ve çelişkili kararlara imza atılmıştır. Meclis Anayasa Komisyonu, Anayasadaki yüksek mahkemelerden olmamakla birlikte, Sayıştayın nevi şahsına münhasır bir yargı organı olduğu görüşünü benimsemiştir (Bilgen, 1994: 37 vd).

1961 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra ise, Sayıştayın yargı kararlarına karşı açılan davalara Danıştayda bakılmıştır. Danıştayın bir kararında Sayıştay sui

⁶ DDDK 28.4.1939 gün ve E: 39/82, K: 39/98 sayılı kararı,

generis bir alt idare mahkemesi olarak değerlendirilerek ilamlarının temyiz yolu ile Danıştayda incelenmesi gerektiği kararına varılmıştır.⁷ Sayıştay kararlarının Danıştayda tekrar incelenmesini istemeyen kanun koyucu bu duruma son vermek için 832 sayılı Sayıştay Kanunu'na açık hüküm koyarak Sayıştayın yargı kararlarına karşı Danıştaya başvuru yolunu kapatmıştır.

1961 Anayasası döneminde Danıştay, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 45. maddesindeki "Sayıştayca verilen ilâmlar aleyhine Danıştaya başvurulamaz." hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla beş kez Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi ilk dört kararında anılan hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Danıştay, aynı konuyu beşinci kez Anayasa Mahkemesine götürmüş, Anayasada ve yasalarda konuyla ilgili herhangi bir değişiklik olmadığı halde, Yüksek Mahkeme söz konusu yasa hükmünü bu kez Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁸

Anayasa Mahkemesinin 1973 yılında dörde karşı onbir oyla alınan iptal kararında, Sayıştayın Anayasa'nın "Yargı" bölümünde yer almadığı, Sayıştay Başkan ve üyelerine Anayasa'da yargıçlık güvencesi tanınmadığı, Sayıştayın uyuşmazlıkları çözmekle görevli bir yargı mercii olmadığı ve yaptığı denetimin hukuki açıdan idari bir nitelik taşıdığı, dolayısıyla Sayıştayın mahkeme olamayacağı gerekçelerine yer verilmiştir. Aynı kararda Anayasada Sayıştayla ilgili maddede kanunla düzenlenecek konular arasında yargılama usullerinin bulunmaması, bu organın bir yargı yeri olmadığı savını güçlendiren bir gösterge olarak görülmektedir. Bu noktada yüksek mahkemenin işleyiş ve yöntem arasında ayrıma gittiği görülmektedir ki bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira 1961 Anayasasının Yargıtayı düzenleyen 139 uncu maddesinde de yalnızca işleyişten bahsedilmekte, yargılama yönteminden bahsedilmemektedir. Oysa Yargıtayın yargı yetkisine sahip bir yüksek mahkeme olduğu tartışmasızdır (Gürcan, 2004:33,34).

1982 Anayasasının Sayıştayı düzenleyen hükümlerinin ise özellikle 1961 Anayasası döneminde Sayıştayın yargı yetkisine ilişkin yukarıda kısaca anlatılmaya çalışılan tartışmaların ve birbirine zıt mahkeme kararlarına karşı tepkinin bir ürünü olduğu söylenebilir.

1982 Anayasasının hazırlanma sürecinde Sayıştay Genel Kurulunca kabul edilen rapora (Anayasa ve Sayıştay, 1982) göre hazırlanan taslakta Sayıştay, "genel ve katma bütçeli dairelerle, sermayesinin yarısı veya yarısından fazlası bu daireler tarafından verilmek üzere kurulan sabit veya döner sermayeli ya da fon şeklindeki idarelerin gelir, gider ve mallarını TBMM adına denetlemekle görevli, ilk ve son derece hesap mahkemesi" olarak tanımlanmaktaydı.

7 Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 07.05.1965 gün ve E:64/1007, K: 65/89, sayılı kararı.

8 AYM'nin 06.03.1973 tarih ve E. 1972/56, K. 1973/11 sayılı kararı

Milli Güvenlik Konseyi kendisine gelen tasarının üzerinde çok önemli değişikliklere gitmiş ve Sayıştaya yargı bölümünde yer vermesine rağmen yüksek mahkemeler arasından çıkartmıştır. Anayasada “ilk ve son derece hesap mahkemesidir” ibaresi ile mahalli idarelerin denetimini düzenleyen fıkraya da yer verilmemiştir. “Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır” ve “... bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz” hükmü yeni bir düzenleme olarak metne girmiştir.

Anayasa'nın, yüksek mahkemeler arasında saymamakla birlikte, Sayıştaya yargı bölümünde yer vermesinin nedeni ise ağırlığını mali denetimin oluşturduğu çalışmalarının yargısal yönlerinin de bulunmasıdır (Sabuncu, 1997:206).

Sayıştay 1982 Anayasasında yüksek mahkemeler arasında sayılmamış olsa da Sayıştayın yargı görevlerini yerine getirerek verdiği kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağından Sayıştay adeta bir yüksek hesap mahkemesi statüsüne sokulmuştur (Günday, 2002:373).

Anayasa'nın “Kesin hesap” başlıklı 164. maddesinin son fıkrası ise Sayıştayın yargısal görevleri bulunduğu şeklindeki görüşleri doğrular niteliktedir. Buna göre, kesin hesap kanunu tasarısı ve genel uygunluk bildiriminin Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştayca sonuçlandırılmamış denetim ve hesap yargılamasını önlemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez⁹.

Anayasa, Sayıştayın görevlerini, TBMM adına denetim yapmak, kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak olarak üçe ayırmakta, kesin hükme bağlama görevini yargısal bir görev olarak nitelendirmektedir¹⁰.

Anayasa koyucunun Sayıştaya verdiği yer açısından, onu yargı işlevi içinde düşündüğünde kuşku bulunmamaktadır. Sayıştayın sorumluların hesap ve işlemlerini yargılayarak kesin hükme bağlama yolundaki yargılama işlevi yanında ayrıca inceleme ve denetleme işlevleri de bulunmaktadır. Bu nedenle Sayıştay; hem bir hesap mahkemesi, hem de bir anayasal denetleme ve inceleme kuruluştur (Kaneti, 1990: 7). Sayıştay “özel görevli” yönetsel yargı olmakla birlikte, yönetsel yargı düzeninin dışında kalmaktadır (Akıllıoğlu, 1990: 3).

Diğer taraftan bir yargı mercii olan Danıştay ile arasında bazı konularda hüküm uyumsuzluğunun olabilmesi için de Sayıştayın bir yargı mercii olarak kabulü gerekir (Bilgen, aktaran Uz, 2005: 370). Sayıştayı idari bir makam olarak kabul etmiş olsak

9 1961 Anayasasının “Kesin Hesaplar” başlıklı 128 inci maddesinde bu hüküm bulunmamaktaydı.

10 Sayıştay Genel Kurulunun 22.10.2004 tarih ve 5105/1 nolu, Sayıştay Kararları Dizisi 10

Sayıştay kararları ile Danıştay kararları arasındaki uyumsuzlukta Danıştay kararının üstün olduğunu vurgulayan Anayasa hükmü son derece anlamsız olur ki Anayasa vergi konularında Danıştayın daha fazla ihtisas sahibi olmasından ve oluşabilecek belirsizlik ortamını önlemek amacıyla daha baştan ikisi de yargı organı olan bu iki kurum arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararına uyulmasını emretmiştir.

Sayıştayın kesin hükme bağlama yani tazmin veya beraat kararlarına karşı da bir başka mercie başvurulamaz. Yargı fonksiyonunun en önemli ayırıcı özelliği olan hukuka aykırılık iddialarını kesin olarak çözmeye, yani kesin hükme bağlama özelliği dolayısıyla da Sayıştayı bir mahkeme olarak görmek gerekir (Gözler, 2000:843)¹¹.

2.2. Sayıştay Tarafından Verilen Kesin Hükümlerin Niteliği

Anayasa koyucunun, bir yargı mercii kararının başka bir yargı merciiinde tetkik edilemeyeceğini göstermek istediği zaman kesin karar, kesin hüküm ibarelerini kullandığı görülmektedir. Örneğin yüksek seçim kurulu kararları açısından Anayasanın 75. maddesi; uyumsuzluk mahkemesi kararları açısından 142. maddesi ve Anayasa Mahkemesi kararları açısından Anayasanın 152. maddesinde aynı terim kullanılmıştır (Altun, 2006:36).

Sayıştay, gerek konu gerekse şahıs bakımından sınırlı olarak ancak muayyen ve mahdut şahıslar üzerinde yargı yetkisine sahiptir (Onar,1966: 1919). Adli yargıda, durum kanuni unsurları ile tanımlandıktan sonra fiil-fail bağlantısı, hazırlık tahkikatı ve son tahkikat (yargılama) suretiyle yargıç tarafından saptanırken; hesap yargısında sorumlular, önceden kanunda belirlenmiş olan; kamu fonlarının korunması, yönetilmesi ve kullanılması ile görevli kimselerdir (Bayar, 2010: 50)

Hesap mahkemesi olarak Sayıştay sorumluların mali sorumluluğunu saptarken, bir başka deyişle hesaplarını yargılarken işleri üç aşamada yürütmektedir. Bunlardan biri “ön inceleme”, ikincisi “yargılama”, üçüncüsü “temyiz” aşamasıdır (Gözübüyük, 1982:47)

Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 11.07.1991 tarihli kararına göre; Sayıştay incelemelerinin son ve kesin nitelikte olduğunu göstermek üzere “kesin hüküm” terimi kullanılmıştır. Bu kararlar yargı yerlerince verilmiş ya da yargısal nitelikte hükümlerden değildir. Buradaki “kesinlik” yargısal anlamda değil, başka bir organca yeniden incelenememe ve değiştirilememe anlamındadır ¹².

Aynı kararda, “Anayasa’nın 125. maddesinin ikinci fıkrası ile Yüksek Askeri Şûra kararları, 159. maddesinin dördüncü fıkrası ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları yargı denetimi dışında tutulmuşlardır. Yüksek Askeri Şûra ve Hâkimler ve

11 Ergün ÖZBÜDÜN, Bülent TANÖR, Nemci YÜZBAŞIOĞLU, Selin ESEN, Şeref GÖZÜBÜYÜK, Tekin AKILLIOĞLU, Metin GÜNDAY gibi pek çok yazar da aynı görüştedir.

12 E.1990/39,K. 1991/21,RG. 23.05.1992-RG. 21236

Savcılar Yüksek Kurulu kararları aleyhine yargı yoluna başvurulmaması bu kurullara mahkeme niteliğini kazandırmayacağı gibi, Anayasa'nın 160. maddesine göre Sayıştayca verilen kesin hükümler aleyhine idari yargı yoluna başvurulmaması da Sayıştaya yargı organı niteliğini kazandırmaz." denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararında Sayıştayın kesin hükümlerini Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden saydığı açıktır.

Anayasa Mahkemesi, 20.11.1996 tarihli kararında ise, Sayıştay Yasasında diğer yüksek yargı organlarındaki düzenlemelere benzer kurallara yer verildiği, nitekim 832 sayılı Yasa'da diğer yüksek yargı organlarında olduğu gibi "yargılama", "hüküm", "teyiz", "içtihadı birleştirme" ve "ilâm" gibi terimler kullanıldığı, bu terimlerin kullanılmış olmasına karşın Sayıştayca yapılan denetimin diğer yüksek yargı organlarının denetiminden farklı olduğu ifade edilmiş, Sayıştayın kendine özgü denetim yaptığı ve yargısal sonuçlu kararlar verdiği, gördüğü hizmetin niteliği ve çalışma yönteminin yakınlığı nedeniyle Anayasa'nın yargı bölümünde yer aldığı belirtilmiştir¹³. Bu kararda da Anayasa Mahkemesinin, Sayıştayı "mahkeme" olarak adlandırmaktan özenle kaçındığı görülmektedir .

Anayasanın 152. maddesinde geçen "bir davaya bakmakta olan mahkeme" ifadesi açısından da konu irdelenmeye muhtaçtır. İlgili maddede mahkemelerin Anayasaya aykırı gördükleri kanun ya da kanun hükmünde kararname hükümleri konusunda Anayasa Mahkemesine başvuru yolları düzenlenmektedir. Bu maddede geçen mahkeme kavramının içerisine hangi mercilerin girdiği tanımlanmadığından belirleyici faktör Anayasa Mahkemesinin içtihatları olmuş, bu konu Anayasa Mahkemesinin yetkisi içinde görülmüştür.

Anayasa Mahkemesi geliştirdiği ölçütler çerçevesinde Anayasanın 152. maddesi anlamında kendisinin de bir mahkeme olup olmadığını sorgulamış, sonuç olarak iptal ve itiraz yoluyla gelen ve denetim mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda kendisini "davaya bakmakta olan mahkeme" konumunda görmemiştir. Bu nedenle Anayasaya aykırı gördüğü bir kuralı re'sen inceleme konusu yapmaktan kaçınmıştır. Anayasa Mahkemesi kendisini sadece siyasi parti kapatma davaları ile Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda "mahkeme" olarak kabul etmiştir (Başlar, 2005:2).

Anayasa Mahkemesinin konuya bakış açısı ile yapılacak bir değerlendirmede yine Anayasa Mahkemesinin Sayıştayla ilgili yukarıda bahsedilen 20.11.1996 tarihli kararında Sayıştayın yargısal nitelikli kararlar verdiği kabul edildiği düşünülürse, Sayıştayın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyetleri sırasında "mahkeme" sıfatını taşıdığı kabul edilmelidir. Anayasanın 152. maddesi uyarınca "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun

13 E.1996/58, K.1996/43, R.G. 06/11/1997-23162

hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Sayıştayın somut norm denetiminde Anayasa Mahkemesine hiç başvurmamış olması kendisinin davaya bakmakta olan mahkeme olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu şimdilik cevapsız bırakmış olsa da bizce Sayıştay somut norm denetimine başvurabilme yeterliliğine sahip bir “mahkeme”dir.

2.3. Sayıştay Yargısında Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Hususlar

Bireysel başvuruya konu olan başlıca konular adil yargılama hakkı üzerinedir. İspanya Anayasa Mahkemesi'nin önüne 2009 yılında gelen 10.700 başvurudan 9.300 civarındaki başvuruda adil yargılama hakkının ihlali iddiası söz konusu, yani % 86'sında, AİHM'nin verdiği kararlarında bugüne kadar bulduğu ihlal kararlarının yaklaşık %50'si AİHS'nin 6.maddesi ile ilgili olup bir kısmı makul sürede yargılama, bir kısmı da 6. maddenin diğer hükümleri ile ilgilidir (Çoban, 2010:23).

Kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru hakkı bulunmaması nedeniyle (6216/46) Sayıştay tarafından verilen hesap ve işlemlerin yasal düzenlemelere uygunluğuna ilişkin kararlar bireysel başvurunun konusu olamazlar. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabildiğinden sorumluların lehine olması yönüyle de bu kararların bireysel başvurunun konusu olmaması gerekir.

Sayıştayın sorumlular hakkında verdiği ve kesin hüküm niteliğinde bulunan kararlardan sadece tazmin kararlarına karşı, güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler olarak kabul edilebilecek “sorumlular” tarafından, bireysel başvuru yolunun kullanılabileceği düşünülmektedir.

Yargı yetkisiyle donatılmış bir organın düzgün yargı hakkı çerçevesinde mahkeme olarak nitelenebilmesi için yargılamayı açık duruşmalı bir şekilde gerçekleştirmesi genel ilkedir. AİHM bir çok kararında alt derece mahkemeleri ile üst derece mahkemeleri arasında ilkenin uygulanması bakımından bir ayırım yaptığı gibi, duruşma yapılmamış olsa da davanın konusu, başvuruçunun yeteri kadar savunma yapmış olması, suçun ağırlığı gibi meseleleri göz önünde bulundurarak her olay için ayrı ayrı değerlendirmede bulunmuş ve ondan sonra bir sonuca ulaşmıştır (Gürcan, 2004:238).

Örneğin “Schuler-Zraggen” davasında ilk derece mahkemesinde açık duruşma yapılmamasının ilkeyi zedeleyip zedelediği araştırılmış, ihlal bulunmadığına karar verilmiştir. Olayda sosyal sağlık sigortası ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusudur ve bu uyuşmazlık ilgili mahkemede açık duruşma yapılmaksızın, dosya üzerinden

görülmüştür. İlgili düzenlemelere göre bu organ önünde açık duruşma yapılması ancak başvurucunun ya da mahkeme başkanının talebine bağlıdır. Olayda ne başvurucu ne de mahkeme böyle bir istekte bulunmuş, dava dosya üzerinden incelenmiştir. Olayı inceleyen AİHM, önce açıklık hakkından vazgeçme olabileceğini kabul etmiş, ancak bu vazgeçmenin açık ve anlaşılabilir bir şekilde yapılmış olmasının ve kamunun davanın açık görülmesinde bir yararının bulunmaması gerektiğini belirtmiştir (Schuler-Zraggen, 1993:58 ve aynı yönde iki karar Fontaine and Bertin, 2003:53; Ernst and others, 2003:66) (Gürcan, 2004:248-248).

Sayıştayda yapılan yargılamalar esnasında yargılamaya esas raporu yargılayacak üyenin heyet öncesi görüş vermesinin ihsası rey olup olmadığı konusu da adil yargılama kapsamında gündeme gelebilecektir. Zira yargılama usulü yönünden benzerlik olan Danıştayda herhangi bir üyenin görüş bildirmesi usulü olmadığı gibi tetkik hâkimleri konuyu anlatıncaya kadar üyeler konudan haberdar değildirler. Anayasa Mahkemesinde de raporun heyet önünde raportör tarafından açıklanmasından önce herhangi bir üyenin görüş bildirmesi usulü yoktur. Yargılama öncesi üyenin görüş vermesi usulü hem diğer üyeler üzerinde etki yapması hem de hâkim sıfatına sahip üyelerin yargılama öncesi tam tarafsız olması esaslarına aykırı olabilecektir. AİHM, hakkında tarafsızlığından korku duyulması için meşru neden bulunan tüm yargıçların davadan çekilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir (Piersack Belçika'ya karşı, 30. paragraf, Nortier 33. Paragraf, Hauschildt, 48. paragraf.) (Mole ve Harby, 2001:61,62).

Ancak yargılamadan önce görüş açıklamanın AİMH kararları karşısında adil yargılanma hakkına uygun düşmediği de açıktır.

Adil yargılanma dolayısıyla adil duruşma hakkı için de “silahların eşitliği” ilkesi de bulunmaktadır. Bunun anlamı bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesidir. Bu anlamda denetçinin yargılanmaya esas hazırladığı son raporunu sorumlular göremedikleri gibi verilecek karar sonrası ekonomik olarak bundan etkilenecek ahizler de görememektedirler. Denetçiye iki defa sağlanan imkan savunma makamına sadece bir defa sağlanmaktadır

Sayıştay yargılamasında sorumluların ilişkili belgelerin içeriklerine ulaşımına ilişkin yollar gösterilmemiştir. Sorumlu denetlenen kurumdan başka bir kuruma geçmiş, görevinden alınmış ya da emekliye ayrılmış olabilir. Bu durumda sorumlunun kendisine tebliğ edilen sorguda ilişkili tutulan ödeme emirlerini görmeksizin 30 gün içinde savunma yapmak zorunda bırakılması AİHS'nin Adil Yargılanma Hakkı ilkelerine aykırılığı ileri sürülebilecektir.

Sayıştay yargılamasında bilirkişilik müessesesinin de tek taraflı düzenlendiği görülmektedir. Sayıştayca Bilirkişi Ve Uzman Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmelik¹⁴ hükümleri sadece denetçinin yani taraflardan birinin bilirkişi ya da uzman görevlendirilmesi hakkındaki taleplerini düzenlemekte, sorumluların bilirkişi ya da uzman görevlendirilmesi talebinde bulunmaları halinde izlenecek yönetime dair herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Bu konuda Yönetmelikte 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine atf yapıldığı görülmekte ise de bu sui generis bir yargılamanın taraflarının ihtiyaçlarına cevap verici nitelikte değildir. Doğru olan ise sorumluların da bu konudaki taleplerinin olabileceğini varsayarak düzenlemeler yapılmasıdır.

Sayıştay ilamlarının infazı konusunda İcra İflas Kanunu hükümlerine göre sorumlulardan tahsilat yapılması gerekmektedir. Sayıştay ilamlarının sorumlular tarafından İcra İflas Kanunu hükümleri uygulanmaksızın ahizlerden direk kesinti yoluyla infaz edilmek istenmesi kanuna ve hukuka uygun olmayan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Kendilerini savunma hakkından yoksun bırakılan ahiz sıfatlı üçüncü kişilerin kesintiye uğrayan maddi gelirlerinden herhangi bir yargılama yapılmaksızın alıkonulmaları Sayıştayın kararlarının idari yargıya taşınmasına sebep olmaktadır.

Sayıştayın tazmin kararlarına karşı, 6085 sayılı Kanunda öngörölmüş olağan kanun yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması şarttır. Sayıştay Kanunu'nda temyiz, yargılamanın iadesi ve karar düzeltme olağan kanun yolu olarak ifade edilmiş olsa da hukukun genel prensipleri ve doktrinde yargılamanın iadesi bir olağanüstü kanun yoludur. Olağan kanun yollarından anlaşılması gereken adli ve idari yargıda temyiz ile sonuçlanan süreç iken Sayıştay Kanunu'nda yargılamanın iadesinin de olağan bir süreç olup olmadığı tartışılmalıdır. AYM'nin temyiz üzerine yapılan başvuruyu kabul ederek Sayıştay Kanunu'nda ifade edilen yargılamanın iadesi usulünü olağanüstü kanun yolu olarak değerlendirebilecektir.

3. SONUÇ

Anayasa koyucunun, Sayıştayın kesin hükümleri ile ilgili ortaya çıkan sorunlara çözüm niteliğinde hükümler getirdiği ancak konumu ve yargısal yetkileri konusunda net bir irade ortaya koymadığı görülmektedir. 1924 Anayasası döneminde başlayan ve Sayıştay ve Danıştayı karşı karşıya getiren tartışmalar, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin verdiği farklı kararlarla bugüne kadar gelmiştir. 1982 Anayasası,

¹⁴ 17.12.2011 Tarih ve 28145 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

Sayıştayın kesin hükümlerine karşı idari yargı yolunu kapatmışsa da, Sayıştayın yüksek mahkeme sayılıp sayılamayacağı ve kesin hüküm ifade eden kararlarının niteliği ile ilgili yeni tartışmalar başlatmıştır.

Sayıştay tarafından yürütülen hesap yargılaması ve sonucunda verilen kesin hükümler dayanağını Anayasa ve yasa hükümlerinden almaktadır. Sayıştayın kullandığı yargı yetkisinin anayasal dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürebilmek için bununla ilgili düzenlemelerin ya hiç bulunmaması ya da Anayasa Mahkemesince iptali gerekir. Anayasa'nın 160. maddesindeki "kesin hükme bağlama", 164. maddesindeki "hesap yargılaması" ifadeleri ve mülga 832 sayılı Kanun ile 6085 sayılı Kanun'un Sayıştayın yargı yetkisine ilişkin düzenlemeleri değerlendirildiğinde, Sayıştayın yargısal yetkiler kullandığı ve yargısal nitelikli kararlar verdiği kanaati ağır basmaktadır.

Diğer taraftan muhataplarının temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından da Sayıştayın kesin hükümlerinin yargısal nitelikli olduğunun kabulü gerekir. Aksi takdirde bu kararların Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı idari işlemlerden sayılması gerekir ki, böyle bir değerlendirme yukarıda bahsedilen mevcut ve geçerli düzenlemeler karşısında Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılmaz.

Anayasa'nın 160. maddesinde yer alan "Vergi, benzeri malî yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır", hükmü, Sayıştay ve Danıştayın birbirine eşit güçte kararlar verdiğini, zaman zaman bu kararlar arasında uyumsuzluk çıkabileceğini, ancak kamu düzeni adına bu uyumsuzlukların çıkma potansiyeli en fazla olan vergi ve benzeri yükümlülükler hakkında Danıştayın kararının esas alınması gerektiğini vurgulayarak Sayıştayın yargı organı olduğunu bir nevi tescillemiş olmaktadır. Sayıştayın yargı organı olmayıp idari bir birim olduğunu düşündüğümüzde Sayıştay ve Danıştay kararları arasında uyumsuzluğun nasıl çıkabileceği sorusuna cevap aramak gerekecektir.

Milli irade 12 Eylül 2010 referandumu ile yargı denetimine kapalı idari işlemlerin çoğuna yargı yolunu açmıştır. Ne bu süreçten önce ne de daha sonra Sayıştay kararlarının yargı denetimine açılması tartışılmamıştır. Yargı kurumu olarak görülen Sayıştayın kararlarının yargı denetimine açılmasına gerek duyulmamıştır. Bunun sebebi de Sayıştay'ın zaten yargı organı olarak görülmüş olmasıdır.

Türkiye'de bireysel başvuru hakkında en çok tartışılan konu AYM'nin diğer yüksek mahkemeler üstünde süper yetkili bir temyiz mercii olacaktır. Bu elbette ki kurumların anayasal ve yasal sınırlarına sadık kalmayarak yetki alanlarını bir diğerinin aleyhine genişletme isteğinde olmaları halinde mümkündür. Ancak Almanya başta olmak üzere bireysel başvurunun başarı ile uygulandığı ülkelerde kurumların sınırlarından ziyade insan haklarının sınırları ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlarının

genişletilmesi yönünde görüşler ileri sürülerek bireysel başvuru tartışmaları yürütülmüştür.

AYM'ye bireysel başvuru ile amaçlanan öncelikli hedef olan Strasburg AİHM önüne giden dava sayısında bir azalmanın sağlanması yolunun sadece iç hukuktaki hak arama yollarına bir yenisinin ilave edilmesiyle sağlanamayacağını bu günden söylemek kehanet olmayacaktır. Bireyler önlerine sunulan hak arama yollarını haklarını elde ettiklerini düşündükleri sürece sonlandıracak ve bir üst merciye gitmeye gerek duymayacaklardır. Unutmamak gerekir ki Anayasa Mahkemesi AİHM önüne gitmeye engel bir kurum olmayacaktır ve verdiği kararlarla temel hak ve özgürlükleri genişletici ve insanları tatmin edici kararlar veremezse kısa sürede kendisine olan inancı da boşa çıkaracak ve bu tarihi fırsat heba edilmiş olacaktır. Ancak olaya umutla bakılmasını gerektirecek gelişmeler de yaşanmıyor değildir. Zira Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükler konusunda gerek Mahkemenin iç işleyişinde komisyonlar, bölümler ve genel kurul şeklindeki yapılanmasıyla gerekse üye ve raportörlerin bu konulara uluslararası standartlar açısından bakmasını kolaylaştıracak eğitim programlarıyla sıkı hazırlandığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesi üye ve raportörlerini gruplar halinde AİHM, Almanya, İspanya ve Kore'de uygulanmakta olan bireysel başvuru sistemini incelemek üzere görevlendirmiş ve kanun hazırlanırken bu inceleme neticeleri değerlendirilmiştir (AİHM ve Türkiye II, 2010:6).

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla kendi yetkisini gasp ettiğini, süper temyiz merci haline geldiğini iddia eden Danıştay ve Yargıtayın kendileri gibi yüksek yargı olduğunda doktrinde tam bir uyum olan Sayıştayın yetki ve görevlerine saygı duyması ve Sayıştayın Türkiye için ifade ettiği anlamı onun kararlarını yok sayarak değil, varsa eksikliklerini ortaya koyarak konum almaları ülkemizin ihtiyaç duyduğu kurumlar arası uyuma da yardımcı olacaktır.

Sayıştayın yargı olarak kabul edilip edilmemesi tartışmalı bir konu olarak görülürse bu konuda, dünyanın önde gelen hukukçularından Ronald Dworkinin zor davalarda yargıcın benimsemesi gereken role ilişkin düşüncelerinden ilham almak gerekir. Dworkin'in teorisi Anayasa hukukuyla ilgili yani Anayasa yargıcının tutumuyla ilgili olmakla birlikte bu kolaylıkla tüm davalara teşmil edilebilir. Dworkin uygulanacak açık bir hükmün bulunmadığı zor davalarda (ki Sayıştay konusu yarım asırdır zor dava örneğidir) yargıcın takınması gereken tutumu, yarattığı hayali bir yargıç yoluyla ortaya koymaktadır. Bu hayali yargıç Herkül, insanüstü sezgi, kavrayış ve bilgiye sahip bir hukukçudur. Acaba Herkül uygulanacak açık bir kuralın bulunmadığı bir dava ile karşı karşıya kaldığında nasıl karar verecektir? (Çoban, 2008:196) Anayasa yargıçları ve anayasa yapıcıları; Sayıştayı yargılamayı başlatan

denetçileri ve yazdıkları raporlarıyla birlikte bu raporları değerlendiren üyeleri ile yargı organı kabul ettiğinde sorunun çözümüne yardımcı olacaklardır. Aksi halde “Sayıştay yargı değildir” denilirse sorunun çözümünü yapısal, kurumsal ve hukuksal başka sorunlarla birlikte yeni baştan değerlendirmek gerekecektir. Dworkinin Herkül’ü üstün sezgi ve kavrayışı ile bu sorunu nasıl çözecektir, bunu ilerleyen zamanlar gösterecektir.

KAYNAKÇA

- AİHM ve Türkiye II (2010), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, No: 8.
- Altun, Hasan Halis, (2006), "Sayıştay" (Yayımlanmamış Y. Lisans Tezi), Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Bolu.
- Anayasa Mahkemesi (1973), "06.03.1973 tarih ve E.1972/56 K.1973/11 sayılı Karar", Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.11, Ankara.
- Anayasa Mahkemesi (1991), "11.07.1991 tarih ve E.1990/39 K.1991/21 sayılı Karar", Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.27, Ankara.
- Anayasa Mahkemesi (1996), "20.11.1996 tarih ve E.1996/58 K.1996/43 sayılı Karar", Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.33, Ankara.
- Aydın, Öykü Didem,(2011) "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, Y.2011, Sa.4.
- Baamonde, Maria Emilia Casas, (2009) Amparo Başvurusu, Anayasa Yargısı,Sayı:26.
- Başlar, Kemal, (2005), "Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı", Roma Yayınları, Ankara.
- Bayar, Doğan, (2010), Hesap Yargısı, Hesap, Sorumluluk, Dış Denetim Dergisi, S.1.
- Çoban, Ali Rıza, (2008), Strasbourgda Herküllere İhtiyacımız Var mı? AÜHFD,C.57,Sa.3.
- Çoban, Ali Rıza, AİHM ve Türkiye II, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, No: 8.
- Duran, Lütfi, "Sayıştay, Yüksek Mahkeme Değil ama, Bir İdari Yargı Merciidir.", Amme İdaresi Dergisi,Cilt 7, Sayı 1.
- Göztepe, Ece,(1998) Anayasa Şikayeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Göztepe, Ece, (2011) Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkınının 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.95.
- Gözübüyük, Şeref, (1982), "Yönetmel Yargı", S Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5 İnci Basım, Ankara.
- Günday, Metin, (2002), "İdare Hukuku", İmaj Yayınevi, Ankara.
- Gürcan, Ertuğrul Cenk, (2004), "Düzgün Yargı Hakkı Çerçevesinde 'Mahkeme' Kavramı", (Yayımlanmamış Y. Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Bölümü, Ankara.
- Holzinger, Gerhart, (2009) Avusturya Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru,

Anayasa Yargısı,Sayı:26.

İnan, Atilla, (1992) Bütün Yönleriyle Türk Sayıştayı, Ankara.

Kaneti, Selim, (1990), "Sayıştayın Anayasal Konumu", Sayıştay Dergisi, S.1.

Kılınç Bahadır, (2008) Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 25.

Kunig, Philip,(2011) Türkiye İçin Bir Örnek: Federal Almanya'da Bireysel Başvuru, Bireysel Başvuru, Anayasa Şikayeti, HUKAB Yayınları, 2011.

Mellinghof, Rudolf, (2009) "Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti" Anayasa Yargısı, Sayı:26.

Nuala Mole ve Catharina Harby, (2001), Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan hakları kitapçıkları", No.3, Directorate General of Human Rights Council of Europe F-67075 Strasbourg Cedex, 1. Baskı, Almanya.

Onar, Sıddık Sami, (1966), "İdare Hukukunun Umumi Esasları", Cilt:3, Üçüncü Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.

Pimentel, David,(2011) Türkiye İçin Bir Örnek: Federal Almanya'da Bireysel Başvuru, Bireysel Başvuru, Anayasa Şikayeti, HUKAB Yayınları.

Sabuncu, Yavuz, (1997), "Anayasaya Giriş", İmaj Yayınevi, Ankara.

Sayıştay Genel Kurulunun "Yeni Anayasa ve Sayıştay", isimli raporu, Sayıştay Yayınları 15/1, Mayıs 1982.

Sayıştay, (1973), "Cumhuriyetin 50 nci Yılında Sayıştay", Sayıştay Yayınları No:8, Başbakanlık Basımevi, Ankara.

Sayıştay, (2005), "Sayıştay Genel Kurulunun 22.10.2004 tarih ve 5105/1 nolu Kararı", Sayıştay Kararları Dizisi 10, Ankara.

Taylan, Muhittin, (1979), "Anayasa Ve Sayıştay", Kuruluşunun 117 inci Yılında Sayıştay, Sayıştay Yayınları, Yayın No:12, Ankara.

Uz, Abdullah, (2005), "Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştayın Yargısal Kimliği", Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:54, S.4.

DEVELOPING ROLE OF SAIs IN SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND ENVIRONMENTAL AUDITING

Berna ERKAN *

ABSTRACT

Changing expectations of citizens who are getting more aware of the environment due to the worsening global state of it have brought along a need for an independent and objective oversighting mechanism. This increased awareness about environmental protection has made the assessment of environmental performance essential as well. SAIs, taking this unique responsibility and developing a new approach to auditing, have launched environmental audit programmes both at national and international levels and begun to assist governments in internalizing the sustainability context in their policies. Because well functioning environmental management systems and resulting positive effects on the environmental performance can only be attained through strengthened governmental institutions with high transparency and accountability as well as rigid implementation of the related regulations. In this respect, within the scope of this article, important role of SAIs and their environmental audit reports for improving the environmental management systems of the countries through enhancing transparency and accountability especially on environmental governance is aimed to be explained.

Keywords: Supreme Audit Institution, Environmental Audit, Sustainable Development, Environmental Performance, Working Group on Environmental Auditing (WGEA)

SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMADA YÜKSEK DENETİM KURUMLARININ GELİŞEN ROLÜ VE ÇEVRE DENETİMİ

ÖZET

Küresel çevrenin gittikçe kötüleşen durumuna bağlı olarak çevresel duyarlılığı artan vatandaşların değişen beklentileri, çevre üzerinde bağımsız ve tarafsız bir denetim mekanizmasına yönelik ihtiyacı da beraberinde getirmiştir. Çevrenin korunmasında artan bu duyarlılık, çevresel performans değerlendirmesini de gerekli kılmıştır. Yüksek Denetim Kurumları bu özel sorumluluğu üstlenerek ve denetime yeni bir bakış açısı getirerek ulusal ve uluslararası düzeyde çevre denetim programları başlatmış ve devlet politikalarında sürdürülebilirlik kavramının içselleştirilmesi için destek vermeye başlamıştır. Çünkü iyi

* Sayıştay Denetçisi

işleyen bir çevre yönetim sisteminin ve bunun çevresel performans üzerindeki olumlu etkileri ancak şeffaf ve hesap verebilir güçlü kurumsal yapıların ve ilgili düzenlemelerin sıkı bir şekilde uygulanmasıyla elde edilebilir. Bu açıdan makale kapsamında, Yüksek Denetim Kurumları ve çevre denetim raporlarının, özellikle çevresel yönetimde saydamlık ve hesap verebilirliğin artırılarak ülkelerin çevre yönetim sistemlerinin geliştirilmesindeki önemli rolünün anlatılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yüksek Denetim Kurumu, Çevre Denetimi, Sürdürülebilir Kalkınma, Çevresel Performans, Çevre Denetimi Çalışma Grubu (WGEA)

1. INTRODUCTION

The cause-effect relationship between the level of economic development and the extent of environmental degradation has always been a controversial issue at global level, especially since the 1970s, the decade in which the 1972 Stockholm Conference was held. The fact that the earth has been going under dramatic changes due to the adverse effects of rising environmental challenges such as climate change, biodiversity loss or unsustainable management of natural resources has put great pressure on humanity and specifically on governments to concern about the sustainability of the development. Because the level of seriousness of these adverse effects is closely related to the success of environmental management systems of the governments such that development of policies with an environmentally irresponsible manner and the lack of effective supervision on these policies would cause consequences to the detriment of the environmental outlook and therefore of the sustainability of the next generations.

With the emergence of sustainable development theory following the Brundtland Report (1987), 1980s witnessed that many governments had increased their environmental activities by committing themselves to sustainable development policies and by improving and expanding their environmental departments, agencies, laws, and regulations (INTOSAI WGEA, 2007a). The responsibility of the governments for environmental management has broadened along with the raised public awareness. This broadened responsibility has led to increasing government expenditures on environmental protection and correspondingly to the need for an independent and objective assessment of the performance of environmental policies. This raising awareness about environmental protection has also broadened the audit field of the Supreme Audit Institutions (SAIs), as independent oversighting mechanisms of the countries and therefore they have increased their audit coverage to assess the efficiency and effectiveness of their governments' environmental activities within the new field of audit work, "environmental auditing".

Since environment is perceived as a means of global public funds, integration

of the environmental audits on the agenda of SAIs has been a common act since the early 1990s for both developed and developing countries. The efforts in order to strengthen their human capacity and other capacities in environmental auditing such as budget, training, methodology have been accelerated and most SAIs around the world have begun to conduct environmental audits both at national and international levels. Under the umbrella of the Working Group on Environmental Auditing of the International Organisation of Supreme Audit Institutions (INTOSAI WGEA), member SAIs, since 1992, have made great contributions to the development of the environmental auditing and used it as a major tool to enhance the environmental performance in line with their commitment *“..to use the power of public sector audit to leave a positive legacy for future generations, by improving the quality of the environment, the management of natural resources, and the health and prosperity of peoples around the world”*(INTOSAI WGEA, 2011).

In this article, the concept of sustainable development and developing role of SAIs in enhancing it will be elaborated with certain aspects. In this framework, a general outlook of the global environment and emergence of sustainable development theory will be explained at first instance. Then, the evolution of environmental auditing by SAIs due to the rising need for enhanced transparency and accountability in environmental policies, and main contributions of this kind of audit in the improvement of environmental performance will be dealt with. Focusing also on the importance of the international collaboration among SAIs through conducting environmental audits, the article ends with main concluding remarks.

2. SUSTAINABLE DEVELOPMENT APPROACH AS A TOOL TO FIGHT AGAINST ENVIRONMENTAL CHALLENGES

2.1. Growing Challenges on Global Environment

The earth has been going under dramatic changes, some of which are directly human related disasters while some occur within the nature’s own movements. It is possible that different regions of the world have been experiencing more or less the similar environmental problems as well as there may be specific challenges with respect to the diverse geographical, economic and social features. However, no matter the environmental challenges are global or regional, it is a real fact that when nature’s resources such as trees, habitat, earth, water and air are consumed faster than nature can replenish them, environmental degradation becomes unavoidable (ASOSAI, 2009).

Rapid economic development along with the bursting industrialization and urbanization levels has been paving the way for the adverse effects of rising environmental degradation which may occur in many forms such as overexploitation

of natural resources which leads eventually to environmental issues such as water scarcity, deforestation, desertification and loss in biological diversity (ASOSAI, 2009). In the summary of the Report "Environmental Outlook to 2030" (OECD, 2008a), the most urgent environmental challenges which are complex and mainly global in nature and the impacts of which are expected to be more apparent in the long run are stated as "climate change, biodiversity loss, the unsustainable management of water resources and the health impacts of pollution and hazardous chemicals". These environmental issues are referred in the Report as "red light issues" meaning that they are not well managed, are in a bad or worsening state, and require urgent attention (OECD, 2008a). One of the most important threat to humanity is the water scarcity that will worsen due to unsustainable use and management of the resource as well as due to climate change; the threat gets more clear when the projection that "the number of people living in areas affected by severe water stress is expected to increase by another 1 billion to over 3.9 billion by 2030" is considered. Global emissions of greenhouse gases, as an another global threat, are projected to grow by a further 37% by 2030, and 52% by 2050 which will result in an increase in global temperature over pre-industrial levels in the range of 1.7-2.4° Celsius by 2050, leading to increased heat waves, droughts, storms and floods, resulting in severe damage to key infrastructure and crops. Growing urbanization and uncontrolled increase in world population will require a 10% increase in farmland worldwide with a further loss of wildlife habitat due to expanding infrastructure and agriculture, as well as climate change¹. This means that in the near future, a considerable number of today's known animal and plant species are likely to be extinct, deteriorating at the same time the improvements of the economic growth and human well-being. As an important red light issue, health impacts of air pollution are also projected to increase worldwide, with the number of premature deaths linked to ground-level ozone quadrupling (OECD, 2008a).

These projections on the future status of the environment reveal that the environmental degradation will be increasingly irreversible within the next few decades. Without any new policy actions, pressures imposed on nature will result in gradually worsening living standards and in the long run, such degradation on a global scale, if not addressed, would mean extinction for humanity (ASOSAI, 2009).

2.2. The Concept of Sustainable Development

Sustainable development is rather a new concept that has gained global acceptance and understanding due to extensive discussions about the need for enhancing the harmony between the environment, society and economy. environment and development. In fact it is known that most of the degradation facing the world is not a result of sudden and catastrophic events; rather, it is the result

¹ See "Summary of Environmental Outlook to 2030" (OECD,2008a) for further details.

of an accumulation of less sudden events. However, global progress on developing the concept of sustainable development has been rapid since the 1980s². Having no unique definition, the term “sustainable development” was first popularized by the Report of the World Commission on Environment and Development (in short Brundtland Commission), entitled “Our Common Future (1987)” which is also known as the “Brundtland Report”. The Report defines sustainable development as “the development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs” (WCED, 1987). The respective report also points to the following two key concepts of sustainable development:

- The concept of ‘needs’, in particular the essential needs of the world’s poor, to which overriding priority should be given; and
- The idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment’s ability to meet present and future needs (WCED, 1987).

“1972 Stockholm Conference on the Human Environment” and “1980 World Conservation Strategy of the International Union for the Conservation of Nature” constituted the roots of the Brundtland Commission whose work was committed to the unity of environment and development (Adams, 1990). 1972 Stockholm Conference focused for the first time on the conflicts between environment and development and 1980 World Conservation Strategy put forward arguments for environmental conservation to assist specifically the sustainable development and utilization of species, ecosystems, and resources. Following them, the Brundtland Commission made its note in history that human economic actions should be in harmony with the environmental development rather than achieving development at the expense of environmental degradation through exhausting natural resources and polluting the environment.

The Brundtland Report was followed by Declarations signed as a result of the World Environment Summits such as the “United Nations Conference on Environment and Development” (UNCED, 1992) held in Rio de Janeiro in 1992 (the so-called “Earth Summit”) and “World Summit on Sustainable Development Conference” held in Johannesburg, South Africa in 2002 (TCA, 2007: 96). The Earth Summit in 1992 issued certain resulting documents such as Agenda 21, the Rio Declaration on Environment and Development, the Statement of Forest Principles, the United Nations Framework Convention on Climate Change and the United Nations Convention on Biological Diversity³. Among them, “Agenda 21” called for all countries to develop national sustainable development strategies as mechanisms

2 Retrieved from http://www.iisd.org/pdf/2011/intro_to_sd.pdf

3 Retrieved from <http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html>

for translating a country's goals of sustainable development into concrete policies and actions (UN DESA, 2002a). This is also one of the targets stated in the United Nations Millennium Declaration (2000) by reaffirming the support for the principles of sustainable development including those set out in Agenda 21. Ten years later than the Rio Declaration, in 2002, at the World Summit in Johannesburg, commitment to working towards sustainable development was reaffirmed by more than 180 leaders, and three key outcomes were issued (INTOSAI WGEA, 2007b):

- The Declaration describes the essential requirements for sustainable development such as poverty eradication, changing consumption and production patterns, and protecting and managing the natural resource base for economic and social development.

- The Plan of Implementation describes the steps of achievement in sustainable development at international, national, and local levels.

- The partnerships bring together governments, businesses, and other non-governmental stakeholders (INTOSAI WGEA, 2007b: 3).

The Johannesburg Declaration (2002) emphasized on "a collective responsibility to advance and strengthen the interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development—economic development, social development and environmental protection—at local, national, regional and global levels." So that the well-known definition of sustainable development was expanded with the widely used three pillars: economy, society, and environment. As stated by Chai (2009: 47), this observed change over time in focus of sustainable development approach from just environmental dimension to three-dimensional sustainability, integrating three pillars of development, has brought along the need for environmentally responsible use of all of society's scarce resources – natural, human, and capital. Since natural capital as distinct from man made capital is a scarce factor limiting the extent of economic growth, it deserves value assignment and fresh investment for its preservation, restoration and productivity (Awasthi, 1999). That is why sustainable development is perceived as a development model based on the modification of the traditional economic development model and is an inevitable choice by the history (ASOSAI, 2002).

3. ENVIRONMENTAL PERSPECTIVE OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS IN AUDITING

SAIs carry out audits as independent, external public sector audit institutions on behalf of the parliaments and are entitled to hold governments accountable for the public resources spent on all governmental policies as well as policies on

environmental protection. With the evaluation of sustainable development as a multi-objective theory (Roberts, 2006: 515) related to economic, environmental and social issues, governmental policies have begun to be built upon searching the paths of how to maintain the quality of the environment, human well-being and economic security at the same time. Because it has been realized that only with this manner, current and future generations will have equal opportunities without leaving behind a damaged environment due to unsustainable development policies. Correspondingly, it has become inevitable for SAIs to undertake new responsibilities about the environmental protection along with the growing governmental expenditures and increasing interest of public opinion on the status of environmental issues.

3.1. The Need for Enhanced Transparency and Accountability in the Implementation of Environmental Policies

SAIs, as autonomous, independent, and non-political organizations, audit governments to help them improve performance, enhance transparency, ensure accountability and foster the efficient and effective receipt and use of public resources for the benefit of their populations (INTOSAI WGEA, 2007a). As stated in the Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, adopted at the IXth INCOSAI, held in Lima (Peru) in 1977;

Audit is not an end in itself but an indispensable part of a regulatory system whose aim is to reveal deviations from accepted standards and violations of the principles of legality, efficiency, effectiveness and economy of financial management early enough to make it possible to take corrective action in individual cases, to make those accountable accept responsibility, to obtain compensation, or to take steps to prevent-or at least render more difficult-such breaches⁴.

The developments in the public management, reforms in the budgetary and financial systems, and perception of the need for more democratic and transparent management have been accelerated especially in the second half of the 20th century and constituted the basic dynamics of the developments in public audit (Köse, 2007: 2). In the framework of these developments, traditional audit approach has been left behind and performance audit approach has gained a common acceptance. The disclosure of compliance of government policies with the legislation, and conventions at both national and international level as well as the measurement and promotion of the economic, efficient, and effective use of public funds for environment stand out as the main objectives of this audit approach which is commonly preferred in environmental auditing.

Addressing environmental matters in auditing activities falls within the

4 Retrieved from <http://www.intosai.org/blueline/upload/limadeklaren.pdf>

mandate of SAIs and this view has gained increasing support for some sound reasons (Carisse et al., 2004: 12). First of all, governments have to be held accountable for the public resources spent on environmental protection in terms of the prudence of their both financial and effective management. SAIs also need to hold governments accountable for compliance to signed international agreements and enacted domestic laws and regulations. In this sense, enhancing accountability in the environmental governance necessitates making appropriate regulations in both national and international legislation, overseeing commitments made with diversified conventions, setting down standards with respect to the activities that are to affect the environment and following best governance practices (Efendi, 2005: 157). Furthermore, since financial responsibility also covers environmental responsibility in the public sector stemming from “the right to environment”, SAIs, serving for the responsibility relations between executive and legislature, help fulfilment of the said responsibility in the best possible way through their environmental audits (TCA, 2007).

Auditors in SAIs should ensure that the actions of public agencies responsible for environmental goods and services and environmental protection are well coordinated. In fact, auditors are responsible in their environmental audit reports basically for strategic evaluation of:

- legislation establishing national environmental management systems,
- government agendas that include actions needed to promote sustainable development, and
- government environmental policies, plans, and programs (Campelo, 2004:1).

As Rongbing (2011:6) puts forward, beside traditional regulatory tools such as imposing taxes, directions etc., carrying out environmental audits which has been an important part of government auditing has a unique role to overcome “government failure” in the field of environmental management. In many countries there are parliamentary committees or commissions linked to the SAIs (TCA, 2007). The main purpose of those committees’ is to review the audit reports in detail by taking the observations, findings and suggestions of SAIs into consideration and to present their own comments and suggestions to the parliamentarians on the audited management activities. Parliament committees are seen as important means for strengthening the role of SAIs and improving public accountability. For instance, the existence of a Commissioner of the Environment and Sustainable Development within the Office of the Auditor General of Canada makes it necessary for each of the administrative departments to submit a ‘Green Report’ on the environmental performance of their activities (Rubenstein, 2001 cited in Lima and Magrini, 2010: 111) while in Colombia, the local SAI must report annually

to Congress on the situation of the country's natural resources and environment (Colombia, 2007 cited in Lima and Magrini, 2010: 111). In this sense, through the enhanced transparency and accountability in the environmental policies, SAIs could contribute significantly to the environmental regulation and therefore to the effective implementation of sustainable development strategy.

3.2. Evolution of Environmental Auditing and Its Interaction with Sustainable Development Approach

Environmental auditing, having not a unique definition, has different implications for the public and private sectors. The first mandatory compliance audits were introduced in the U.S. chemical and steel industries in the late 1970s as a major tool for the management of their environmental resources and checking compliance of their business activities with environmental legislation as well as defining the extent of their liabilities toward the environment (Desgagn'e and Gabel, 1997: 331). The need for the corporations and governments to be responsible for the impacts of their activities, processes and products on the environment and subsequently on human health paved the way for environmental audits to be perceived as a popular means of assessing environmental performance and remains it as an evolving discipline (Desgagn'e and Gabel, 1997: 331).

For the private sector, environmental auditing refers to an internal audit, for example, to assure corporate executives and investors that all relevant regulatory requirements are being satisfied (Quevedo, 1995 cited in Leeuwen, 2004: 163). The United States Environmental Protection Agency (EPA) defined environmental audit as "a systematic, documented, periodic, and objective review by regulated entities of facility operations and practices related to meeting environmental requirements"⁵. With the introduction of Eco-Management and Audit Scheme (EMAS) in 1993, which is a European Standard designed to help an organization manage and improve its environmental performance through voluntary participation, and the publication of ISO 14001 in 1996 which is an international Standard for environmental management systems (EMS), the importance of environmental audits for more and more companies has increased dramatically.

On the other hand, within the context of SAIs' work, environmental auditing has a different understanding which extends the evaluation of environmental performance from the organizational level to the governmental level and eventually at national and global level. The increasing concern that organisations affecting the environment should be accountable for their actions has led to growing expectations that the representations made in these environmental reports should be subject to independent audit (INTOSAI WGEA, 2001: 5). As a result of the implications of this expectation for SAIs, the subject was taken up by INTOSAI and INTOSAI established

⁵ Retrieved from <http://www.epa.gov/compliance/resources/policies/incentives/auditing/auditpolicy51100.pdf>

the Working Group on Environmental Auditing (WGEA) in 1992, the same year with the UN Earth Summit that was held in Rio de Janeiro.

In 1995, at the Fifteenth INTOSAI Congress, held in Cairo, whose one of the main themes was environmental auditing, a framework definition of environmental auditing was established reflecting the consensus among SAIs. According to this definition:

- Environmental auditing is not significantly different from normal auditing as practised by SAIs;
- Environmental auditing may be included in financial, compliance, or performance audits. Performance audits normally cover the three Es of Economy, Effectiveness, and Efficiency. The adoption of a fourth E - Environment – depends very much on an SAI's mandate and its government's environmental policy;
- The concept of sustainable development may be part of the definition, provided that it is part of government policy and/or the programme to be audited (INTOSAI WGEA, 1997: 1).

Based on these underlying principles, environmental auditing of SAIs is widely accepted as a methodological, objective, impartial and technical process to evaluate the use, administration, protection and preservation of the environment and natural resources, considering the fundamentals of sustainable development and observance of the principles on oversight by government institutions, as well as the activities of private parties that manage or exploit natural resources (OLACEFS, 2002 cited in Lima and Magrini, 2010: 111).

In conducting environmental audits, the extent of the mandate of SAIs is also a debatable issue that leads to different opinions. However, official statement of the WGEA is that a specific mandate is not needed (INTOSAI WGEA, 2007c) although specific mandate, being not a common issue for SAIs, is regarded by several groups as a mechanism that enhances SAIs' initiatives to conduct environmental audits. As the tasks and mandate of SAIs are defined in the Constitutions or Audit Law, their legislative mandate can, but does not necessarily need to refer specifically to environmental auditing (INTOSAI WGEA, 2007a). SAIs, differing in type of their mandate on environmental auditing, may conduct environmental audits through a general mandate that can be applied to all sectors of the government including the environmental sector or may have a specific mandate for environmental auditing, which gives them an extra responsibility (Leeuwen, 2004: 166). So it can be concluded that no matter what the scope of the mandate is, all SAIs can build suitable audit approaches and methodologies in order to conduct audits of the implementation of environmental commitments (INTOSAI WGEA, 2007b: ix).

It is a common expectation that there must be a close relationship between the environmental audit works of SAIs and the level of environmental performance of the countries. This expectation highly depends on the fact that the work of environmental auditors provides an invaluable source of independent, legitimate, and credible information that assesses the efficiency and effectiveness of environmental policy at the national level. Because existence of regulatory systems does not count for much without the effective oversight of the implementation of these systems. As one of the main oversight institutions of a country, the SAI provides various potential benefits to the audited entities such as the detection of compliance problems before the problems can pose serious threats, cost savings through increases in operating efficiency and reduced environmental risks (Stafford, 2006: 173). As Dr. Toepfer, former Executive Director of the UNEP, declares, recommendations and information provided by the SAIs can make an important contribution to UNEP's overall mandate of keeping the global environmental situation under review. In his own words:

Simply put, sustainable development can not be achieved without good governance, and good governance, in turn, is greatly furthered by the valuable work of SAIs. Therefore, SAIs can play a vital role in informing and supporting efforts to achieve sustainable development (Toepfer, 2004: 1).

Approaching from a different standpoint, auditors in SAIs, being aware of the main environmental problems threatening the world, can also understand the complexities in international and domestic environmental governance and develop a great insight for tackling with the problems and weaknesses in the implementation process by proposing concrete recommendations. In this respect, auditors' competence and interest in the field of environment is of vital importance for the developments in environmental auditing.

3.3. Selection of Topics in Environmental Auditing and Main Audit Objectives

The concept of sustainable development is differently interpreted by each country, depending on the national and regional circumstances and priorities of that country. Therefore, the strategies and priorities identified are expectedly unique in national levels (INTOSAI WGEA, 2007a). By assessing the capacity of the country to create a strategy and adequacy of the existing sustainable development strategy in terms of its clarity and expected benefits, SAIs have an important role in enhancing the implementation of sustainable development initiatives.

SAIs differ in terms of their audit subjects as well as audit objectives since the scope of their environmental audit mandate as well as main environmental challenges are different from each other. There are many factors that may affect the choice of topics for environmental audits of each individual SAI which can be stated as follows:

- the natural geography of the country;
- influences of neighbouring countries;
- other national interests (for example, security, poverty eradication, economic development);
- the strong presence of specific industries, including natural resource extraction;
- urgent environmental problems, which may vary from basic needs such as sanitation and water supply to climate-change mitigation;
- the need in smaller developed and lower income countries to involve more external support to build governance and accountability;
- varying levels of capacity of the national government, including the role of an independent audit institution;
- a perception that environmental protection and management can only occur after a country becomes more prosperous; and,
- the various states of security or political stability (INTOSAI WGEA, 2007a).

The steps that need great attention is not only choosing the appropriate topic based on these diversified factors, but also defining the appropriate audit objectives related to the field. Audit objectives, determined by SAIs in the design of audit, more or less define the framework of the possible audit conclusions and recommendations that are proposed for the audited entities. The task of SAIs, in a sense, is to offer as good as possible a basis for decision making so that the government and other decision makers would be able to achieve the governance targets (Pollitt and Summa, 1997: 328). Although SAIs may have differentiated orientations while they conduct environmental audits, followings depicted in Table 1 below are the main audit objectives that are mostly followed and aimed to be evaluated as stated in the 6th Survey with 106 respondent SAIs:

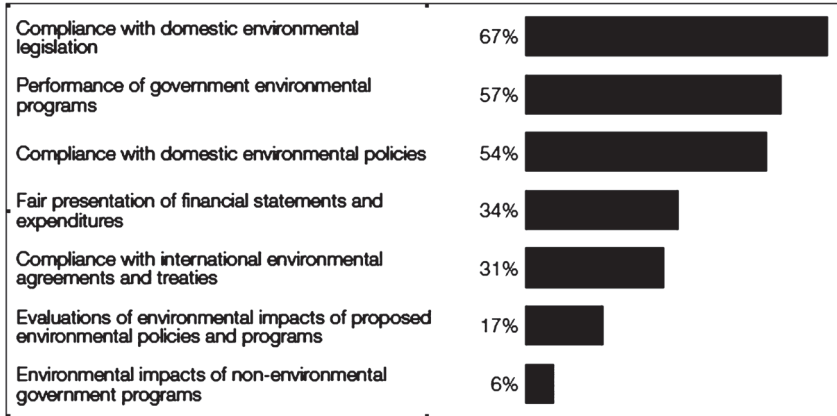


Table 1: Main Audit Objectives Defined in Environmental Audits

Source: INTOSAI WGEA (2009), “The Sixth Survey on Environmental Auditing”.

The values in Table 1 shows the % of SAIs that consider the corresponding audit objective to be in top three in their audits. As these values reveal, compliance with domestic environmental legislation, performance of government environmental programs and compliance with domestic environmental policies stand out as the most commonly considered audit objectives in the audits conducted by the respondent SAIs. In fact, an SAI may determine only one or a group of them as its audit objective, or it may follow all of these audit objectives during the conduction of the audit. This choice totally depends on the mandate of the SAI and the nature of the environmental issue that will be focused on.

3.4. A Brief Overview of Environmental Audit Process

Audit process is more or less the same for all audit projects in terms of the steps followed, being independent of the audit topic, either environmental issues or any other topic, and audit type, whether it is a financial, compliance or performance audit. Auditors should define an audit strategy prior to the audit to implement during the whole process since the success of this strategy will affect to a large extent the audit efficiency and effectiveness (Wanga et al., 2011: 2110).

Following the determination of the audit topic and respective assignment to the auditors, an audit process normally consists of four steps (ASOSAI, 2009) which are:

- Planning for the audit
- Conducting audit

- Audit reporting
- Follow up review

In the planning step, auditors should make necessary preparations for the next implementation stage of the audit. These preparations consist of, in the first instance, collecting the background information about the topic and setting the audit scope in terms of the aspects of the subject matter and responsible bodies. Then audit objectives and audit criteria as well as the audit methodology are decided. The decisions on these issues depend to a large extent on the possible approaches followed in environmental auditing which are shown in Figure 1 below:

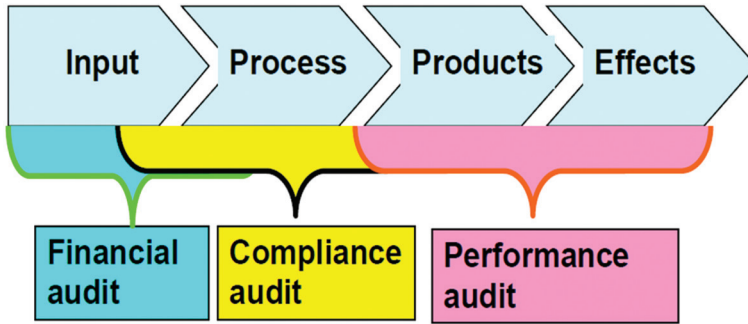


Figure 1: Possible approaches in environmental auditing

Source: Retrieved from the presentation titled as “Introduction to best practice in auditing and the ISSAIs”, in EUROSAI WGEA Seminar (2011), available at www.eurosaiwgea.org

Financial audit dealing with environmental issues generally focus on the “Input” stage by correcting the financial statements prepared for environmental purposes while compliance audit stresses on the “Process” stage and aims to reveal the compliance of policy implementation with environmental requirements and all related national or international legislations and conventions. On the other hand, performance audit rather deals with the products and effects of environmental measures in place. In environmental audits, three pillars of the sustainable development may be looked for in the policies to declare that whether they are:

• **economic;** meaning that all the resources are used in appropriate time, in right quantity and quality and at the most convenient prices;

• **efficient;** meaning that the best ratio between inputs used and outputs achieved is attained and

• **effective;** meaning that set goals and expected results are achieved⁶.

⁶ The definitions are retrieved from the presentation titled as “Examples of evaluating the 3Es in waste and water management audits in Slovenia” in EUROSAI WGEA Seminar (2011), available at www.eurosaiwgea.org

In the framework of these principles, evaluation of programmes to see whether they worked as intended, of outcomes to examine whether the goals are attained and of impacts to realize the contribution of the policies to intended goals may constitute the main objectives of the audit.

Audit criteria, which are also to be defined in the planning phase, are the benchmarks against which the subject matter will be compared⁷. Narrowing down the scope of the audit to define the best related criteria without deviating from the essence of the subject matter is one of the important rules of the planning step. For the environmental audits, existence of the environmental policies of the government is of vital importance since SAIs derive audit criteria from policy documents of the government, such as laws and regulations, action plans, strategies, programmes, international agreements that are ratified by their country, or any other formal government documents (TCA, 2007).

Defining audit methodology comprising the procedures to obtain audit evidence is another important aspect of the planning phase. Among these procedures, some are perceived as traditional while some emerge as new auditing methods (INTOSAI WGEA, 2001; INTOSAI WGEA, 2007b). Inspection in terms of examining records or documents in paper or electronic form, reviewing the activities of related executive bodies such as committees, working groups, task forces, or similar groups, interviews with the representatives of the auditees and other stakeholders and field visits can be stated as examples for traditional methods. In addition to these, using questionnaires to seek information from knowledgeable people within and outside the entity, using external consultants, receiving external confirmation from a third party, such as a bank or debtor, comparative analysis to establish benchmarks and best practice and carrying out analytical procedures have been recently used commonly by the auditors in defining their audit methodology.

Following the planning step, *implementation phase of the audit* begins during which the auditors collect sufficient, competent and reliable audit evidence in order to form audit opinion. This is in line with the essence of auditing⁸ that corresponds to the measurement of a subject matter against a set of criteria by obtaining sufficient, appropriate audit evidence.

In the third "*Audit reporting*" step, a draft report is prepared in first place and audit findings along with the proposed recommendations are elaborated on with the representatives of audited entities. Regarding the results of these meetings

7 Retrieved from the presentation titled as "Introduction to audit criteria in environmental auditing: Audit approaches based on ISSAIs" in EUROSAI WGEA Seminar (2011), available at www.eurosaiwgea.org

8 Retrieved from the presentation titled as "Introduction to best practice in auditing and the ISSAIs", in EUROSAI WGEA Seminar (2011), available at www.eurosaiwgea.org

and incorporating the replies received from the auditees, audit report is finalized, approved by the senior management of SAIs and sent to the senior management of the audited entities with the recommendations.

In the *follow-up review phase*, it is examined whether the proposed recommendations are regarded by the auditees in their subsequent policies and necessary measures are taken in response to the audit opinion. This is an effective way for SAIs to measure the impacts of their environmental audits on the government policies and programmes.

3.5. International Aspect of Environmental Auditing

Most environmental problems are perceived as transboundary in nature. That is why it is very usual for countries to come together and put their efforts collectively on the emerging environmental problems through many international agreements and conventions. This transboundary nature of the environmental problems and initiatives for collective efforts bring along with the necessity of a strong coordination and cooperation among the SAIs from different regions (Köse, 2007: 275).

The International Organisation of Supreme Audit Institutions (INTOSAI) was founded in 1953 with 34 original member countries as a result of the need for stimulating the coordination and cooperation among SAIs in all areas related to the public policies as well as the environmental governance. INTOSAI is today perceived as the leader of the external government audit community with 189 full members and 4 associated members all around the world. As an autonomous, independent and non-political organisation, it has provided an institutionalised framework for SAIs to apply internationally accepted audit standards, improve public sector auditing within the framework of these standards, promote development and transfer of knowledge and experience among SAIs and enhance professional capacities and influence of them in their countries (INTOSAI, 2010). INTOSAI achieves this mission through several mechanisms such as *committees*, *task forces* or *working groups* to encourage SAIs to share the experience, results from participation in national and international environmental audits and ideas on harmonization of methodology, audit documents, enhancement of qualification in performing sustainable development audits. INTOSAI has also established collaboration mechanisms such as meetings, training workshops and knowledge sharing through case studies and detailed audit reports for perpetuating best practices.

Within INTOSAI, there are seven Regional Working Groups, one of which is Working Group on Environmental Auditing (WGEA), created in 1992. The WGEA aims to improve the use of audit mandate and audit instruments in the field of environmental protection policies by;

- Assisting SAIs in acquiring a better understanding of the specific issues involved in environmental auditing,
- Facilitating exchange of information and experience among SAIs and
- Publishing guidelines and other informative material for their use⁹.

The WGEA has developed numerous guidance documents to support auditing specific environmental topics and to improve audit methodology. These audit guidances, with other tools developed by WGEA such as meetings and workshops, provide a unique opportunity to improve audit practices and share audit findings, challenges and best practices experienced by different countries on different environmental topics. They also set a reference for all SAIs and thereby enhance the harmonization in the international cooperative audit projects carried out by different SAIs. At this point, it is worth noting that international conventions and agreements on diversified issues especially such as climate change, biodiversity, waste and water managements are regarded as the top issues on the agendas of SAIs for cooperative audits. Since environment is perceived as a global public fund and all countries have significant responsibilities to protect it, launching these kind of international initiatives is of vital importance for the sustainability of the government.

4. THE ROLE OF ENVIRONMENTAL AUDITING IN ENHANCING ENVIRONMENTAL GOVERNANCE

SAIs play an outstanding role in providing environmental policy assessments and assisting the parliaments about pursuit of public interest and questioning the accountability related to the use of public resources on environment. What makes SAIs' environmental audits more valuable is moving beyond compliance and begin auditing Environmental Management Systems (Rika, 2009: 316). In fact, environmental auditing has a guiding role for decision makers in enhancement of the environmental management systems and development of sound environmental policies. By providing public with accurate and reliable information on the performance of environmental policies, SAIs are supposed to pave the way for conscious decisions to be taken by especially the policymakers.

Independent audit, providing assurance on the reliability of environmental matters, also has a significant role in making corporations and governments sensitive to the environmental results of their actions (Sylph, 2005, p.1 as cited in Chiang, 2010: 914). Policymakers need to define policy targets clearly and shift toward more

9 Retrieved from <http://www.environmental-auditing.org/Home/AboutWGEA/MissionandMandate/tabid/102/Default.aspx>

rigorous environmental protection efforts at the global, regional, national, state/provincial, local, and corporate scales (Emerson et al., 2010: 6).

Environmental audit reports of SAIs are perceived as a kind of guidelines by the governmental side since SAIs may make both technical and political contributions in their reports. Recommendations such as the adoption of related regulations, plans and programs as well as more effective monitoring of projects can be given as the examples of these significant contributions. In this respect, it will not be wrong to state that environmental auditing initiatives are considered as a relatively inexpensive environmental protection tool by which severe consequences of environmental deterioration can be competed with cooperatively through the assessments and recommendations of SAIs on the environmental management systems.

However, the impacts of environmental audits, especially those carried out with performance audit approach, can not be measured in general in monetary terms. Since the main aim is to help audited bodies to improve their performance, impacts of reports are generally measured by assessing the “reaction rate” of the governmental agencies (Pollitt and Summa, 1997: 321). In other words, the impacts of environmental audit results may be observed as improvements in environmental performance indicators as well as government programmes and strategies. Followings are some of the expected impacts of audits on the environmental management systems:

- Laws, legislation, and regulations are revised or new ones are introduced to protect the environment.
- The environmental impact assessment process is strengthened.
- Changes are made to funding environmental plans, programs, and projects.
- Improvements are made to disaster management and preparedness.
- Improvements are made for more environmentally sound program delivery.
- Compliance with national laws, regulations, and international agreements is strengthened.
- Systems of accountability related to governing the environment are installed or increased.
- Increased emphasis is placed on performance measurement and reporting on environmental objectives.
- More environment-related training for public servants is made available.
- Improvements are made to gathering and monitoring of environmental data (INTOSAI WGEA, 2007a: 8).

Measures of these expected impacts and therefore environmental audit quality have different aspects in a sense that quality is not only reflected in detecting violations of laws and regulations but also in rapid implementation of the audit

decisions and recommendations by the responsible agencies. Because the higher the acceptance level of the auditees of those proposed recommendations is, the more effective the environmental reports are. This is the most important factor that enhances the credibility of environmental auditing by turning environmental auditing accountability into legal accountability, personal accountability and consequences accountability (Rongbing, 2011: 12).

The results of the 6th Survey on Environmental Auditing reveal that governmental agencies mostly make use of SAIs' outputs on environmental auditing;

to evaluate their capacity to develop and implement environmental policies or programs (67% of SAIs claim that their conducted audits had such impact, either partial or full),

- to develop environmental management systems (63% of SAIs claim that their conducted audits had such impact, either partial or full) and
- to formulate environmental legislation or environmental policy and/or programs (62% of SAIs claim that their conducted audits had such impact, either partial or full) (INTOSAI WGEA, 2009).

To conclude, legitimately and credibly evaluating the efficiency and effectiveness of government policy and obligations, environmental auditors help exploring the general situation of the environment and reducing the deficiencies in the environmental protection measures to a minimum level. Common goal of SAIs that conduct environmental audits is to ensure that audit findings have an impact since audit is not an end; it is rather the path to attain the end.¹⁰ That is why the regarding of audit findings and implementation of recommendations in an effective manner by the related agencies are the most important outputs of the audit process. This is expectedly an effective way to promote the effectiveness of the audited bodies and welfare of the society to higher levels.

5. CONCLUSION

It is today well accepted that main environmental challenges have been increasingly becoming more threatening for the environmental outlook making it an urgent issue for almost all countries to take necessary measures and set effective oversight mechanisms over the environment. There are many economic, social and institutional factors affecting the environmental performance of the countries such as income, population, social awareness, corruption, functioning of the government and so on. Among these factors, the role of the SAIs matters significantly in detecting the deficiencies in the environmental management systems and in

¹⁰ Retrieved from <http://www.intosai.org/blueline/upload/limadeklaren.pdf>

developing concrete and constructive recommendations to continuously improve the competence of responsible units. The tool that SAIs use to attain these goals is carrying out environmental audits and through creating consciousness about the sustainability of the development, assisting governments in developing more environmental-sensitive policies.

Since environmental auditing moves beyond compliance and more specifically focuses on assessing the effectiveness of the environmental management systems, it contributes to the enhancement of transparency and accountability in the functioning of governmental institutions as well as of integration of the sustainability context into the governmental plans, programs and strategies. SAIs, through providing public with accurate and reliable information on the environmental governance, could support the decision-making mechanisms at governmental level leading to conscious decisions to be taken.

Environmental auditing is also provides a common ground for cooperation among SAIs all around the world since most environmental challenges are transboundary in nature and countries have been facing with almost same threats. Therefore, capacity-building in environmental auditing in terms of human, financial and technical capacities, and enhancement of international cooperation activities are of vital importance for SAIs. Conducting environmental audits at international level will not only contribute to the qualification of the audits but also will facilitate the experience sharing among SAIs, making best practices more common in environmental auditing.

To conclude, as independent regulatory authorities, SAIs' environmental audit reports are worthy to be focused on at governmental as well as citizen level to reverse the worsening state of the environmental outlook and to contribute to its rehabilitation. And this is only possible by the improvements of SAIs' capacities in environmental auditing to pave the way for their dealing with environmental challenges in a constructive manner. Only with this manner, collaboration between the governmental agencies and SAIs, through the reasonable solutions and recommendations put forward in the environmental audit reports and corresponding measures taken by the responsible units, could be enhanced to higher levels which will contribute to the sustainability of the development ultimately.

REFERENCES

- Adams, W.M. (1990), *Green Development: Environment and Sustainability in the Third World*, London: Routledge.
- ASOSAI (2002), "The Importance of Environmental Audit in China" by SAI CNAO, *Asian Journal of Government Audit*,
http://www.asosai.org/journal2002/articles_2.htm#h1 (Access date: 05.03.2012)
- ASOSAI (2009), "8th ASOSAI Research Project: Guidance on Conducting Environmental Audit", http://www.asosai.org/activities/research_project_detail.jsp?idix=52 (Access date: 25.08.2011)
- Awasthi, A. K. (1999), "Environment Issues in Audit", *Asian Journal of Government Audit*, http://www.asosai.org/asosai_old/journal1999/enviroment_issues_in_audit.htm (Access date: 05.03.2012)
- Campelo, V. (2004), "Getting Started: A Brazilian Perspective on Environmental Auditing", *International Journal of Auditing*, April 2004. <http://www.intosaijournal.org/technicalarticles/technicalapr04e.html> (Access date: 01.07.2011)
- Carisse, N., Cotnoir, L., Mathieu, C. and Reed, J. (2004), "Making the world a better place to live one audit at a time: improving governance and accountability in environmental protection", *International Journal of Government Auditing*, 31 (2), p. 10-16.
- Chai, N. (2009), *Sustainability Performance Evaluation System in Government*, Springer Science+Business Media B.V., 2009.
- Chiang, C. (2010), "Insights into current practices in auditing environmental matters", *Managerial Auditing Journal*, 25 (9), p. 912-933.
- Desgagné, B. S. and Gabel, H. L. (1997), "Environmental Auditing in Management Systems and Public Policy", *Journal of Environmental Economics And Management*, 33, p.331-346.
- Efendi, M. (2005), Thesis titled "Çevre ve Sayıştay", Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Kent ve Çevre Bilimleri, Ankara Üniversitesi.
- Emerson, J., Esty, D. C., Levy, M.A., Kim, C.H., Mara, V., De Sherbinin, A. and Srebotnjak, T. (2010), *2010 Environmental Performance Index*, New Haven: Yale Center for Environmental Law and Policy.
- INTOSAI (2010), "INTOSAI Strategic Plan 2011-2016", <http://www.intosai.org/uploads/intosaispenglishv9web.pdf> (Access date: 06.09.2011)

INTOSAI WGEA (1997), "Results of the second questionnaire on environmental auditing", <http://www.environmental-auditing.org/LinkClick.aspx?fileticket=aEDEPKTapug%3d&tabid=129&mid=569> (Access date: 05.09.2011)

INTOSAI WGEA (2001), "Guidance on Conducting Audits of Activities with an Environmental Perspective", <http://www.environmental-auditing.org/LinkClick.aspx?fileticket=tuoNw1oAs%2fQ%3d&tabid=128&mid=568> (Access date: 05.08.2011)

INTOSAI WGEA (2007a), "Evolution and Trends in Environmental Auditing", <http://www.environmental-auditing.org/LinkClick.aspx?fileticket=91RsG1vxtGs%3d&tabid=128&mid=568> (Access date: 01.07.2011)

INTOSAI WGEA (2007b), "The World Summit on Sustainable Development: An Audit Guide for Supreme Audit Institutions", <http://www.environmental-auditing.org/Home/WGEAPublications/StudiesGuidelines/tabid/128/Default.aspx> (Access date: 20.08.2011)

INTOSAI WGEA (2007c), "The Fifth Survey on Environmental Auditing: Detailed Results", <http://www.environmental-auditing.org/LinkClick.aspx?fileticket=6fEVZA6HV%2fg%3d&tabid=129&mid=569> (Access date: 05.09.2011)

INTOSAI WGEA (2009), "The Sixth Survey on Environmental Auditing", <http://www.environmental-auditing.org/LinkClick.aspx?fileticket=X19ppkMSpIE%3d&tabid=129&mid=569> (Access date: 05.09.2011)

INTOSAI WGEA (2011), "2011-2013 Work Plan", <http://www.environmental-auditing.org/LinkClick.aspx?fileticket=XYy23eyNDqw%3d&tabid=112> (Access date: 05.09.2011)

Köse, H. Ö. (2007), "Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Denetim", T.C. Sayıştay Başkanlığı 145. Kuruluş Yıldönümü Yayınları, Mayıs 2007.

Leeuwen, S. V. (2004), "Developments in Environmental Auditing by Supreme Audit Institutions", *Environmental Management*, 33 (2), p. 163–172, Springer-Verlag New York, LLC.

Lima, L. H. and Magrini, A. (2010), "The Brazilian Audit Tribunal’s role in improving the federal environmental licensing process", *Environmental Impact Assessment Review*, 30, p.108–115.

OECD (2008a), *Summary of Environmental Outlook to 2030*.

Pollitt, C. and Summa, H. (1997), "Reflexive Watchdogs? How Supreme Audit Institutions Account for Themselves", *Public Administration*, 75 (2), p. 313-336.

Rika, N. (2009), "What motivates environmental auditing? A public sector perspective", *Pacific Accounting Review*, 21 (3), p. 304-318.

Roberts, P. (2006), "Evaluating Regional Sustainable Development: Approaches, Methods and the Politics of Analysis", *Journal of Environmental Planning and Management*, 49(4), p.515 – 532.

Rongbing, H. (2011), "Environmental Auditing: An Informationized Regulatory Tool of Carbon Emission Reduction", *Energy Procedia*, 5, p.6–14, Published by Elsevier Ltd.

Stafford, S. L. (2006), "State Adoption of Environmental Audit Initiatives", *Contemporary Economic Policy*, 24 (1), January 2006, p. 172-187.

TCA (2007), *International Symposium on Environmental Auditing and Supreme Audit Institutions*, Turkish Court of Accounts.

Toepfer, K. (2004), "Environmental Auditing and Sustainable Development: SAIs Matter", *INTOSAI Journal of Government Auditing*, 32 (2), April. <http://www.intosaijournal.org/pdf/april2004.pdf> (Access date: 13.09.2011)

UNCED (1992), "United Nations Conference on Environment and Development", <http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html> (Access date: 20.08.2011)

UN DESA (2002a), "Guidance in preparing a national sustainable development strategy: Managing sustainable development in the new millenium", United Nations Department of Economic and Social Affairs, http://www.un.org/esa/sustdev/publications/nsds_guidance.pdf (Access date: 20.08.2011)

Wanga, J., Zhangb, B. and Chenc, T. (2011), "The case study of China's environmental audit: taking the Taihu Lake as an example", *Energy Procedia*, 5, p. 2108–2113, Published by Elsevier Ltd.

WCED (1987), *Our Common Future*. World Commission on Environment and Development, <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I> (Access date: 20.08.2011)

YÜKSEK DENETİM DÜNYASINDAN HABERLER

**9. ASOSAI ARAŞTIRMA PROJESİ İŞİĞİNDA
İÇ DENETİM VE İÇ DENETİM BİRİMLERİ İLE
SAYIŞTAYLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER**

9. ASOSAI ARAŞTIRMA PROJESİ İŞİĞİNDA İÇ DENETİM VE İÇ DENETİM BİRİMLERİ İLE SAYIŞTAYLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Mine KARACA *

GİRİŞ

Asya Ülkeleri Sayıştayları Birliği (ASOSAI) bugüne değin kamu sektörü denetimine ilişkin çeşitli konuları ele alan, bu alanda karşılaşılan sorunları irdeleyen, bu sorunlara yönelik çözüm önerileri sunan ve iyi uygulama örneklerinin paylaşılmasına aracılık ederek diğer ülkelere rehberlik sağlayan dokuz adet araştırma projesini tamamlamıştır. Bu projelerden sonuncusu olan “9. ASOSAI Araştırma Projesi”, “İç Denetim Sistemlerinin Değerlendirilmesi ve Geliştirilmesi ve İç Denetim Birimleri ile Sayıştaylar Arasındaki İlişkiler” başlığını taşımaktadır.

Söz konusu projenin teması, Ekim 2009’da Pakistan’ın başkenti İslamabad’da yapılan 41. ASOSAI Yönetim Kurulu toplantısı sırasında belirlenmiştir. Proje ekibi, 12 üye Sayıştayıdan katılan 19 delegeden oluşmaktadır.¹ Proje kapsamında, iki adet anket hazırlanmış ve bu anketler cevaplanmak üzere 45 üye ülke Sayıştayı ve Maliye Bakanlıklarına gönderilmiştir. Anketlere toplamda 26 ülkenin Sayıştayı ve 18 ülkenin Maliye Bakanlığı tarafından cevap verilmiştir. Araştırma sonuçlarına istinaden yazılan son taslak rapor, 29 şubat - 3 Mart 2012 tarihlerinde Hindistan’ın Jaipur kentinde gerçekleştirilen 12. ASOSAI Genel Kurulunda onaylanmıştır.

Bu çalışmada, 9. Araştırma Projesi kapsamında hazırlanan anketler ve ulaşılan sonuçlar hakkında genel nitelikte bilgi verilmesi amaçlanmaktadır. Aynı zamanda, proje raporunda bahsi geçen sorunlar ve çözüm önerilerine de yer verilmektedir.

Anılan proje kapsamında hazırlanan anketlerden ilki, üye ülkelerin iç denetim sistemlerinin değerlendirilmesine; ikincisi ise iç denetim birimleri ile Sayıştaylar arasındaki ilişkilerin mevcut durumunun saptanmasına yöneliktir.

1. İÇ DENETİM SİSTEMLERİNİN DEğerLENDİRİLMESİ

Üye ülkelerin iç denetim sistemlerinin değerlendirilmesine yönelik hazırlanan ankette, katılımcılara iç denetim sisteminin beş unsuru ile ilgili sorular sorulmuştur. Bu beş unsur; yönetim, örgütsel yapı, standartlar, insan kaynakları, hizmetler ve iç denetimin rolü şeklinde sıralanmaktadır.

* Sayıştay Başdenetçisi

1 Çin (1), Hindistan (2), Endonezya (2), İnan (1), Irak (4), Kore (1), Kuveyt (2), Malezya (1), Pakistan (1), Rusya (1), Suudi Arabistan (1), Vietnam (2).

Ankette, yönetim unsuruna ilişkin sorulara verilen cevaplar sonucunda;

Katılımcı ülkelerden sadece 10'unda, iç denetimin parlamento tarafından çıkarılan yasa ile kurulduğu, diğerlerinde ise hükümet tasarrufu, Maliye Bakanlığı düzenlemesi ya da idari karar gibi diğer yollarla oluşturulduğu,

14 ülkede iç denetimle ilgili resmi nitelikte yazılı bir kaynak olduğu, ancak sadece 8 ülkede iç denetim birimlerinin rol, yetki ve sorumluluklarının ilgili düzenlemede açık biçimde ortaya konulduğu,

Katılımcı ülkelerin yarısından fazlasında, iç denetim raporlarının sadece birim amirlerine sunulduğu, 10 ülkede ise bu raporların bakana ya da bakan yardımcısına sunulduğu, bu itibarla ülkelerin %50'sinden daha azının iyi uygulamaya sahip olduğu,

Ülkelerin çoğunda, yönetime riskler, kontroller ve yönetim süreçleriyle ilgili tavsiyelerde bulunmak üzere merkezi yönetim düzeyinde kurulmuş bir denetim komitesinin bulunmadığı,

Ülkelerin büyük çoğunluğunda, iç denetim biriminin finansal bağımsızlığının olmadığı ve iç denetime ayrılan kaynaklar açısından katılımcı ülkelerin hiçbirinin iyi uygulamaya sahip olmadığı,

Çoğu iç denetim biriminin yönetimden yeterli derecede bağımsız olmadığı,

Bununla birlikte, birçok üye ülkede iç denetim birimlerinin çalışma ortamına ilişkin etik ilkelerin ortaya konduğu yazılı bir belgenin bulunduğu ya da böyle bir düzenlemenin kabul edilmesi sürecinde buldukları,

anlaşılmıştır.

Ankette, örgütsel yapıya ilişkin olarak, kurumun yönetsel yapısı içerisinde iç denetim biriminin konumu ve iç denetim birimi başkanının üst yöneticiyle ilişkileri hakkında sorular sorulmuştur. Bunun sonucunda;

Ankete katılan ülkelerin yarısından çoğunda iç denetim birimleri için merkezi bir politika geliştirme ve koordinasyon biriminin olmadığı ve iç denetime ilişkin politikaların Maliye Bakanlığı, Sayıştay gibi kurumlar ya da iç denetim birimi başkanı, bölüm başkanı ve üst yönetici gibi kişilerce belirlendiği,

Ülkelerin çoğunda, iç denetim biriminin, kurumların içerisinde ayrı bir birim olarak kurulduğu,

Çoğu katılımcı ülkede, iç denetim birimi başkanlarının orta seviyede yönetici pozisyonunda olduğu ve bunun iç denetimin bağımsızlığını zayıflatan bir unsur olduğu,

Ankete katılan 26 ülkeden 16'sında iç denetim birimi çalışmalarının, kurumların tüm faaliyetlerini kapsadığı, 6'sında ise kurumun sadece mali faaliyetlerini kapsadığı,

Çoğu ülkede, iç denetim görevinin kurumların iç denetçileri tarafından yerine getirildiği ve bu hizmetin dışarıdan temin edilmesinin yaygın bir yöntem olmadığı, tespit edilmiştir.

Standartlar ve gözden geçirme sistemiyle ilgili olarak;

Ülkelerin yarısından çoğunda, iç denetçilerin görevlerini genel kabul görmüş standartlara göre yerine getirdiği, bu standartların Maliye Bakanlığı, Sayıştay, iç denetim birimi başkanlığı ya da denetim komitelerini de içeren diğer yetkili birimler tarafından oluşturulduğu; diğer ülkelerde ise genel kabul görmüş standartların olmadığı, bununla birlikte, standartlara uymayan bazı ülkelerde, iç denetim rehberleri olduğu,

Katılımcıların yarısından fazlasında, iç denetimin, uluslararası kabul görmüş IIA² standartlarına tamamen uyumlu olduğu,

İç denetim işlevinin kalite kontrolü bağlamında, anketi cevaplayanların hemen hemen yarısının kaliteye yönelik gözden geçirme faaliyetleri yürüttüğü,

6 ülkede iç denetim biriminin performansını ölçecek herhangi bir ölçüm aracı olmadığı, 8 ülkede verimliliğe yönelik bazı ölçümler yapıldığı, 6 ülkede verimlilik ve etkinliğe yönelik bazı temel ölçümler yapıldığı, 3'ünde çıktı ve sonuçların ölçülerek izleme raporları yazıldığı, sadece 1'inde kapsamlı performans ölçümlerinin yapılarak raporlandığı,

belirtilmiştir.

İnsan kaynakları bakımından;

Ülkelerin çoğunda iç denetçi olarak görev yapacak kişilerde (eğitim, mezuniyet, sertifika gibi) çeşitli şartlar arandığı,

Ülkelerin hemen hemen tamamının iç denetçilere bilgisayar sağladığı ve bunların çoğunun mesleki yazılım imkanları sunduğu,

Bununla birlikte, anketi cevaplayanların yarıdan fazlasında personelin nitelik ve nicelik yönünden yetersiz olduğu,

görülmüştür.

2 The Institute of Internal Auditors (İç Denetim Enstitüsü)

Hizmetler ve iç denetimin rolü açısından ise;

Genel olarak üye ülke iç denetim birimlerince, yalnızca uygunluk denetimi ve mali denetim yapıldığı, katılımcı ülkelerin sadece %50'sinde diğer denetim türlerinin yanı sıra performans denetimi de yürütüldüğü,

Planlanan denetimlerin, tamamen ya da çok büyük oranda yerine getirildiği, anlaşılmıştır.

Ayrıca, risk yönetim sürecinde, yolsuzlukla mücadelede ve denetim sonuçlarının etkililiğinde iç denetimin rolüyle ilgili anket sorularını cevaplayan ülkelerin yaklaşık yarısı, bu sorulara olumlu yanıtlar vermiştir.

Yukarıda özetlenen anket sonuçlarına istinaden, iç denetim birimlerinin etkin biçimde işlemesi önündeki engeller tespit edilmiş ve bu engellerin aşılması için çeşitli öneriler getirilmiştir. Araştırma projesi raporunda yer alan bu engel ve öneriler şöyle sıralanabilir:

Engeller

1. İç denetim biriminin yeterli derecede bağımsız olmaması,
2. Personelin nitelik ve nicelik olarak yetersizliği,
3. Yönetim tarafından destek sağlanmaması, iç denetim birimin sahiplenilmemesi,
4. Sınırlı bütçe olanakları,
5. Yönetim tarafından denetim bulgu ve önerileriyle ilgili işlem yapılmaması,
6. İç denetim birim başkanlığının düşük bir pozisyonda bulunması,
7. Daha üst birimlerin etkisi,
8. Denetlenen idarelerle işbirliği yapılamaması,
9. Denetlenen idarelerin denetimle ilgili negatif algısı.

Çözüm Önerileri

1. İç denetim biriminin yasal olarak düzenlenmesi,
2. İç denetim birimin bağımsızlığının sağlanması,
3. Uluslararası alanda kabul görmüş iç denetim standartlarının fiilen uygulanması,
4. Yeterli bütçenin sağlanması,
5. Personel sayısının artırılması,
6. Eğitim programları düzenlenmesi,

7. İç denetçiler için teşvik edici araçlar sağlanması,
8. Denetim kalitesinin yükseltilmesi,
9. Bilgisayar destekli teknolojilerin ve denetim yazılımlarının kullanımının artırılması.

2. İÇ DENETİM BİRİMLERİ İLE SAYIŞTAYLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Araştırma projesi kapsamında, üye ülkelerin iç denetim birimleri ve Sayıştaylar arasındaki ilişkilerin mevcut durumunun saptanmasına yönelik hazırlanan ankette, katılımcılara Sayıştayların yapısı, iç ve dış denetim arasında işbirliği ve koordinasyon alanları ve yöntemleri, iç denetimin Sayıştay tarafından değerlendirilmesine ilişkin sorular sorulmuştur.

Ankette, iç denetim birimi ve Sayıştaylar arasındaki işbirliği ve koordinasyonla ilgili olarak, bu birimler arasındaki ilişkileri düzenleyen kanun ya da diğer türden düzenlemelerin bulunup bulunmadığı, tarafların belli aralıklarla resmi toplantılar düzenleyip düzenlemedikleri ve hangi alanlarda işbirliği yapıldığı araştırılmıştır.

Ankete katılan ülkelerden %60'ı iç denetim birimi ile Sayıştayın bir araya geldiği toplantıların yapılmasını öngören yasal ya da diğer türden resmi düzenlemelerin olduğunu bildirmiştir. Katılımcı 8 ülke, iç ve dış denetim birimleri arasında belirli aralıklarla resmi toplantılar yapıldığını belirtirken, 5 ülke ise bu toplantıların informal biçimde yapıldığını ifade etmiştir.

İç denetimin Sayıştaylar tarafından değerlendirilmesi konusunda ise ankete katılan ülkelerin %80'inden fazlası, iç denetim raporlarının, dış denetim sırasında gözden geçirildiğini ya da dış denetçiler tarafından iç denetimin değerlendirildiğini belirtmişlerdir. Sayıştaylar, iç denetimi değerlendirirken, özellikle iç denetim biriminin kurumsal yapısı, personelin yeterliliği, denetim planı ve uygulaması, denetim faaliyetlerinin kalitesi ve denetim önerilerinin yerine getirilmesi hususları üzerinde durmaktadırlar.

Yine, anket sonuçlarına göre, iç ve dış denetim arasındaki işbirliği alanları, denetimin planlanması ve kapsamı, denetim metodolojisi ve prosedürleri, mevcut denetim bulgularının ve raporların paylaşımı, programlara ve çalışma kağıtlarına erişim, personelin diğer kurumda geçici olarak görevlendirilmesi şeklinde sıralanmaktadır.

Araştırma sonuçları, iç ve dış denetim birimleri arasındaki ilişkileri koordine eden yasalara ya da diğer türden düzenlemelere veya bu birimlerin resmi olarak belirli aralıklarla toplanma zeminine sahip olan ülkelerde, söz konusu taraflar arasındaki işbirliği düzeyinin daha yüksek olduğunu göstermektedir.

Yukarıda özetlenen anket sonuçlarına dayanılarak, iç denetim birimleri ile

Sayıştaylar arasında işbirliği yapılması önündeki engeller tespit edilmiş ve bu engellerin aşılması için çeşitli öneriler sunulmuştur. Araştırma projesi raporunda yer alan bu engel ve öneriler aşağıda sıralanmıştır:

Engeller

1. İç denetim birimi ile Sayıştay arasında işbirliği yapılmasını öngören kanuni bir düzenlemenin olmaması,
2. İşbirliği konusunda isteksizlik,
3. Sayıştayın daha yüksek düzeyde bir kurum olduğu algısı,
4. Taraflarca birbirlerinin rollerinin anlaşılabilmesi,
5. İç ve dış denetçilerin farklı niteliklere sahip olması,
6. Tarafların bağımsızlık düzeylerinin farklı olması,
7. Diğer engeller.

Çözüm Önerileri

1. İç denetim birimi ile Sayıştay arasında işbirliği yapılması için yasal zemin oluşturulması,
2. Roller ve sorumlulukların açıklığa kavuşturulması,
3. Sayıştay ve iç denetim birimi arasında daha iyi iletişim kurulması,
4. Resmi toplantılar düzenlenmesi,
5. Ortak eğitim faaliyetleri düzenlenmesi,
6. Ortak bir veri bankası oluşturulması,
7. Raporların ve belgelerin paylaşılması.

3. ÖNERİLER VE İYİ UYGULAMALAR

Araştırma projesi raporunda, iç denetim sistemi ve Sayıştaylar ile iç denetim birimleri arasındaki ilişkilerin mevcut yapısı değerlendirildikten sonra, iç denetimin her bir unsuru için öneriler ve iyi uygulama örnekleri sunulmuştur.

Raporda, iç denetim sisteminin geliştirilmesi için;

- İç denetim biriminin bağımsızlığının sağlanması; buna yönelik olarak yasal ya da diğer türden bir düzenleme getirilmesi, bir raporlama mekanizması oluşturulması, yönetime riskler, kontroller ve yönetim süreçleriyle ilgili tavsiyelerde bulunmak üzere bir denetim komitesi kurulması ve iç denetim için yeterli kaynağın ayrılması,
- Uygun bir mesleki çalışma ortamının oluşturulması; bunun için iç denetim standartlarının, rehberlerin, etik ve uygulama ilkelerinin kabul edilmesi ve kalite güvence sisteminin oluşturulması,

- İnsan kaynaklarının geliştirilmesi; bu bağlamda, denetim personelinin mesleki yönden geliştirilerek yeterliğinin artırılması, teşvik edilmesi ve ödüllendirilmesi,
- Kamu sektörü iç denetim hizmetlerinin modernleştirilmesi, önerilmiştir.

Diğer taraftan, raporda, iç denetim birimleri ile Sayıştaylar arasındaki işbirliği ve koordinasyonun geliştirilmesi için aşağıdaki öneriler yapılmıştır:

- İç denetim biriminin görevlerini, yetkilerini ve bağımsızlığını açıkça belirten standartlar oluşturulması,
- Aynı işin tekrar yapılmasının önüne geçmek amacıyla çeşitli yöntemler belirlenmesi; örneğin bu amaçla Sayıştaylar ve iç denetim birimleri arasında daha iyi iletişim kurulması ve her bir denetim organının kendi rolünün açıklığa kavuşturulması amacıyla toplantılar düzenlenmesi, Sayıştayın kendi denetim planını tamamlamasından önce göz önünde bulundurması amacıyla iç denetim birimine ait denetim planının Sayıştaya sunulması,
- Ortak eğitim programları düzenlenmesi,
- İç denetim biriminin rolünün ve Sayıştay ile işbirliği ve koordinasyon sağlayan resmi bir yapının yasal olarak kabul edilmesi.

4. SONUÇ

Sonuç olarak, 9. ASOSAI Araştırma Projesi kapsamında hazırlanan iki anket aracılığıyla, üye ülkelerde kamu sektöründeki iç denetim sisteminin mevcut durumunun ve iç denetim birimleri ile Sayıştaylar arasındaki ilişkilerin objektif bir değerlendirmesi yapılmıştır. Proje çıktısı raporda ise bu alanlarda karşılaşılan sorunlara yönelik çözüm önerileri sunulmuş ve iyi uygulama örnekleri paylaşılmıştır. Söz konusu çözüm önerilerinde özellikle Sayıştayların rolünün önemine vurgu yapılmıştır. ASOSAI, bundan sonraki dönemde de üye ülkeler arasındaki deneyimlerin paylaşılması, denetim yöntemiyle ilgili fikir teatisi yapılması ve eğitim programları düzenlenmesi amacıyla toplantılar ve konferanslar düzenlemeye devam edecektir.

SAYIŞTAY KARARLARI

- Temyiz Kurulu Kararları

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 10.01.2012

No : 34208

Muhasebe yetkilisinin, ödeme aşamasında ödeme emri belgesi ve eki belgeler üzerinde yetkililerin imzasını arama yükümlülüğü bulunduğu ve gerçekleştirme görevlisinin imzasının bulunmadığı durumda harcama yetkilisiyle birlikte muhasebe yetkilisinin de sorumlu olduğu hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü;

1172 sayılı ilamın 1, 2, 5 ve 6 ncı maddelerine ilişkin olarak gerçekleştirme görevlisinin imzası bulunmaması nedeniyle muhasebe yetkilisinin de sorumlu olması gerektiği yönünde karar verilmiştir.

Dilekçi dilekçesinde özetle:

Görülebileceği üzere ilamın tazmin (zimmet) kararı verilen 1, 2 ,5 ve 6 nolu madde hükümleri şahsını (muhasebe yetkilisi olarak) sorumlular arasında değerlendirildiğini, Kararın kamu zararı ve sorumluluk yönünden iki açıdan ele alınması gerekmekte olduğunu, Birincisi söz konusu işlemlerde kamu zararının oluşması ikincisi ise şahsın muhasebe yetkilisi olarak sorumludur. Mali ya da idari işlemlerde netice itibariyle bir kamu zararının oluşup oluşmadığını belirleyen temel kaynak hüküm 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunudur. Hakikaten mezkur kanunun Kamu Zararı başlıklı 71'inci maddesi kanun kapsamına giren uygulamalarda kamu zararının tanım ve şekillerine yer vermiştir. Mezkur madde hükmü; "Kamu zararı

Madde 71- Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır. Kamu zararının belirlenmesinde;

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
- f) (Mülga: 22/12/2005-5436/10 md.)
- g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, Esas alınır.

(Değişik üçüncü fıkra: 22/12/2005-5436/10 md.) Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.”şeklinde bir düzenleme içermektedir. Madde hükmü kamu zararının varlığında ön şart olarak ; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasını kabul etmiş, akabinde ; Kamu zararının belirlenmesinde;

- İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
- Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, Esas alınacağını hüküm altına alındığını, Şu halde ilamın tazmin (zimmet) kararı verilen 1, 2 ,5 ve 6 nolu madde hükümlerinde bu şartların varlığını irdelemenin önem arz ettiği; zira kamu zararının oluştuğuna hükmedebilmenin temel kıstasının bu noktada düğümlendiği açıkça görüldüğünü, Nitekim belirtilen madde hükümlerinde neticede bir kamu zararının oluşup oluşmadığını bir an için bir tarafa bıraksak bile karar verilen işlemlere ilişkin takip ve tahsil süreci zaten başlatılmıştır. Lakin burada şahsı muhasebe yetkilisi olarak sorumlu kabul edildiği için asıl olan konunun yukarıda da bahsettiğimiz ikinci boyutu önem kazanmakta ve sonucu tayin edici bir nitelik taşımadığını, Şöyle ki; kamu zararını var olduğuna ve bu kamu zararına yol açanların sorumluluğuna hükmedebilmenin temel kriteri yukarıda da ifade ettiği üzere 5018 sayılı kanunun 71 inci madde hükmü olduğu, Madde hükmünün aramış olduğu kamu zararının varlığındaki ön şart, Yani;

“kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması” unsuru 1,2,5 ve 6’ ncı madde hükümlerinde bulunmadığını, Çünkü bahsi geçen madde hükümlerinde şahsının ; “kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması” vaki olmadığı gibi kararda da zaten böyle bir saptama ya da hüküm bulunmamakta; salt imza eksikliği gerekçesine dayanılarak bir mütalaya varılmakta olduğuna, Oysaki bu yaklaşım usulünün, şahsı açısından sorumlu tutulmamam gereken bir kamu zararından dolayı sorumluluk kapsamına alınmama yol açmaktadır ki bunu hukuken kabul etmenin mümkün olmadığı, 5018 sayılı kamu mali yönetimi ve kontrol kanununun muhasebe hizmeti ve muhasebe yetkilisinin yetki ve sorumlulukları başlıklı 61 inci maddesi;

“Muhasebe yetkilileri ödeme aşamasında, ödeme emri belgesi ve eki belgeler üzerinde;

- a) Yetkililerin imzasını,
- b) Ödemeye ilişkin ilgili mevzuatında sayılan belgelerin tamam olmasını,
- c) Maddi hata bulunup bulunmadığını,
- d) Hak sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri,

kontrol etmekle yükümlüdür. Muhasebe yetkilileri, ilgili mevzuatında düzenlenmiş belgeler dışında belge arayamaz. Yukarıda sayılan konulara ilişkin hata veya eksiklik bulunması halinde ödeme yapamaz. Belgesi eksik veya hatalı olan ödeme emri belgeleri, düzeltilmek veya tamamlanmak üzere en geç bir iş günü içinde gerekçeleriyle birlikte harcama yetkilisine yazılı olarak gönderilir. Hataların düzeltilmesi veya eksikliklerin giderilmesi halinde ödeme işlemi gerçekleştirilir. “ hükmünü içermektedir, madde hükmü muhasebe yetkililerinin muhasebe yetkililerinin ödeme aşamasında, ödeme emri belgesi ve eki belgeler üzerinde yapacağı incelemeyi kapsamakta ;dolayısıyla de bu noktadaki bir eksik ya da hatanın ise kamu zararı ile ilişkilendirilmemesi gerekmektedir.zaten kamu zararını düzenleyen ve yukarıda da izah etmeye çalıştığımız hüküm başka bir madde (madde 71) içerisinde düzenlenmiş;yani kanun koyucunun iradesi aslında farklı bir kapsamda tecelli etmiştir.bu durumda kamu zararı doğrudan ya da dolaylı irtibatı olmayan bir şekli hatanın (yetkililerin imzasının eksik oluşu), kamu zararının bir sebebi kabul edilmesinin kanun nezdinde geçerli olmadığı anlaşılmaktadır, bu konudaki bir diğer ilgili mevzuat hükmünde 5018 sayılı kanuna istinaden çıkarılmış olan “muhasebe yetkililerinin eğitimi, sertifika verilmesi ile çalışma usul ve esasları hakkında yönetmeliğin “ Muhasebe yetkilisinin sorumlulukları başlıklı 24 üncü madde hükmü ;

Madde 24 — Muhasebe yetkilileri;

a) Bu Yönetmeliğin 23 üncü maddesinde sayılan hizmetlerin zamanında yapılmasından ve muhasebe kayıtlarının usulüne uygun, saydam ve erişilebilir şekilde tutulmasından,

b) Mutemetleri aracılığıyla aldıkları ve elden çıkardıkları para ve parayla ifade edilen değerler ile bunlarda meydana gelen kayıplardan,

c) Ön ödeme ile kesin ödemelerin yapılması ve ön ödemelerin mahsubu aşamalarında ödeme emri belgesi ve eki belgelerin usulünce incelenmesi ve kontrolünden,

d) Yersiz ve fazla tahsil edilen tutarların ilgililerine geri verilmesinde, geri verilecek tutarın, düzenlenen belgelerde öngörülen tutara uygun olmasından,

e) Ödemelerin, ilgili mevzuatın öngördüğü öncelik sırası da göz önünde bulundurularak, muhasebe kayıtlarına alınma sırasına göre yapılmasından,

f) Rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla, kendinden önceki muhasebe yetkilisinden hesabı devralırken göstermediği noksanlıklardan,

g) Muhasebe yetkilisi mutemetlerinin hesap, belge ve işlemlerini ilgili mevzuata göre kontrol etmekten,

h) Yetkili mercilere hesap vermekten, sorumludurlar. Muhasebe yetkililerinin Kanuna göre yapacakları kontrollere ilişkin sorumlulukları, görevleri gereği incelemeleri gereken belgelerle sınırlıdır. Muhasebe yetkililerinin ret ve iadeler ile ayrılıp gönderilmesi gereken paylara ilişkin fazla ve yersiz ödemelerde sorumluluğu, bu Yönetmeliğin 29 uncu maddesi uyarınca yapması gereken kontrollerle sınırlıdır.” Hükmünü içermekte ve görüleceği üzere “Yetkililerin imzasının eksik oluşu” bir tazmin (zimmet)sorumluluğu kapsamında değerlendirilmemelidir. Karara konu edilen işlemler özü itibariyle 5018 SAYILI KAMU MALİ YÖNETİMİ VE KONTROL KANUNU’nun 3’ üncü maddesinde tanımlanan ; “ h) Kamu gideri: Kanunlarına dayanılarak yaptırılan iş, alınan mal ve hizmet bedelleri, sosyal güvenlik katkı payları, iç ve dış borç faizleri, borçlanma genel giderleri, borçlanma araçlarının iskontolu satışından doğan farklar, ekonomik, malî ve sosyal transferler, verilen bağış ve yardımlar ile diğer giderleri,” kapsamında bir kamu gideri olduğuna göre bu açıdan da alınmış bir kamu gideri mevcut olduğuna göre bu yönüyle de şahsının sorumlu tutulmaması gerekmekte olduğunu, Nitekim benzeri bir konuda; yani kamu giderine yol açılan bir durumda Sayıştay 6 ıncı Dairesinin 10983 numaralı ve 19.04.2005 tarihli kararında da; “1982 Anayasasının 18’inci maddesinde hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı ve angaryanın yasak olduğu hükme bağlandığından, Belediye bünyesinde vizesiz

çalıştırılan geçici işçilere iş akitlerinde öngörülen ücretin ödenmesi zorunludur. Ayrıca, bu işçilerin çalışmaları karşılığı olan ödeme tutarına tazmin denilmesi halinde sayman ve tahakkuk memurunun, yaptıkları hizmetin karşılığını alan söz konusu çalışanlara rücu hakkını kullanma imkânı da bulunmamaktadır. Bu gerekçelerle, yapılan söz konusu ödeme nedeniyle sayman ve tahakkuk memuruna sorumluluk yüklenemeyeceğinden ilişilecek bir husus bulunmadığına” karar verildiğini,

Sonuç itibarıyla muhasebe yetkilisi olarak şahsına bir sorumluluk yüklenmemesi gerektiği gerekçesiyle ilgili ilamın kaldırılarak beraat kararı verilmesini talep etmektedir.

Savcılık daire kararının onanması yönünde karar vermiştir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun muhasebe hizmeti ve muhasebe yetkilisinin yetki ve sorumlulukları başlıklı 61 inci maddesi;

“Muhasebe yetkilileri ödeme aşamasında, ödeme emri belgesi ve eki belgeler üzerinde;

- a) Yetkililerin imzasını,
 - b) Ödemeye ilişkin ilgili mevzuatında sayılan belgelerin tamam olmasını,
 - c) Maddi hata bulunup bulunmadığını,
 - d) Hak sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri,
- kontrol etmekle yükümlüdür.

Sayıştay Genel Kurulunun 14.06.2007 tarih ve 5189/1 sayılı kararında da aynen:

“5- Muhasebe Yetkilisinin Görev ve Sorumlulukları

Muhasebe yetkilisinin harcama sürecindeki rolü belge kontrolü ve ödeme olarak görülmekte ise de, kuruluş muhasebesinin genel düzenlemesi ve yönetim dönemi hesabının verilmesi bakımından bu görevlinin özel bir yeri ve işlevi vardır. Bu itibarla Sayıştay’a karşı sorumluluk noktasında muhasebe yetkilisinin sorumluluğunun ayrıntılı olarak ele alınması gerekmektedir.

a) Muhasebe Yetkilisinin İmza Kontrol Görev ve Sorumluluğu

5018 sayılı Kanununun 61’inci maddesi uyarınca muhasebe yetkilisinin, ödeme aşamasında, ödeme emri belgesi ve eki belgeler üzerinde yetkililerin imzasını arama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle;

- Ödeme aşamasında, ödeme emri belgesi üzerinde harcama yetkilisi ve gerçekleştirme görevlisinin imzaları olmakla birlikte, ödeme emri belgesi eki belgeler üzerinde herhangi bir imza eksiği varsa muhasebe yetkilisinin, ödeme emri belgesi

Temyiz Kurulu Kararı

üzerinde imzası bulunan harcama yetkilisi ve gerçekleştirme görevlisiyle birlikte sorumlu tutulması gerektiğine,

- Ödeme emri belgesi üzerinde harcama yetkilisi veya gerçekleştirme görevlisinden sadece birinin imzası varsa, muhasebe yetkilisinin, imzası bulunan görevliyle birlikte sorumlu tutulması gerektiğine,

- Ödeme emri belgesi üzerinde harcama yetkilisi ve gerçekleştirme görevlisinin imzaları yoksa muhasebe yetkilisinin tek başına sorumlu tutulması gerektiğine, Çoğunlukla," karar verilmiştir.

Gerek 5018 sayılı Kanun gerekse bahse konu genel kurul kararında yetkililerin imzasının tamlığından muhasebe yetkilisinin sorumlu olduğu esasının getirildiği, ilama konu 1, 2, 5, 6 ncı maddelerinde gerçekleştirme görevlisinin imzasının olmadığı dolayısıyla imzası bulunan harcama yetkilisi ile birlikte muhasebe yetkilisinin de sorumlu olacağı açık olduğu,

Bu itibarla dilekçenin 1172 sayılı ilamın 1, 2, 5, 6 ncı maddelerine ilişkin olarak sorumluluk bulunmadığı yönündeki itirazının REDDİNE;

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 10.01.2012

No : 34205

Harcama yetkililerinin harcama talimatlarının ve buna konu olan harcamaların bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile diğer mevzuata uygunluğundan sorumlu oldukları ve bu sebeple asilde aranan şartları taşımadığı halde vekaleten üstlenilen görevin özel hizmet tazminatının ödenmesinde harcama yetkilisinin sorumluluğu bulunduğu hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü;

1065 sayılı ilamın 4 üncü maddesiyle; Cumhuriyet Başsavcılığı Yazı İşleri Müdürlüğü görevini vekaleten yürüten'ye, asilde aranan şartları taşımadığı halde, Yazı İşleri Müdürlüğü için öngörülen özel hizmet tazminatının ödenmesi sonucu TL.'ye tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçi dilekçesinde özetle:

“Yazı İşleri Müdürü vekili’nin harcama yetkilisi olduğunun, asilde aranan şartları taşımadığı halde kendisine ödenen özel hizmet tazminatları nedeniyle uğranılan kamu zararının harcama yetkililerinden tahsiline dair karar verildiğini, Yazı İşleri Müdürü vekili, Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığının kararı ile Cumhuriyet Başsavcılığı Yazı İşleri Müdürü vekili olarak görevlendirildiği mezkur karara dayanarak özel hizmet tazminatı ödendiğini, Asilde aranan şartları taşıyıp taşımayacağını irdeleyecek merci Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığı olduğunu, Atanan göreve kişinin asilde aranan şartları taşıyıp taşımadığını, harcama yetkilisi olarak bilecek ve takdir edecek kişi olmadığını, Arz edilen gerekçelerle, mezkur kararın temyizden incelenerek BOZULMASINA karar verilmesini istemiştir.

Savcılık daire kararının onanması yönünde karar vermiştir.

Harcama yetkilisi olarak sorumlu olmaması gerektiği, sorumluluğun Adalet Komisyonu Başkanlığında olması çünkü bu komisyon kararına istinaden özel hizmet tazminatının ödendiğini ifade etmiştir. 5018 sayılı Kanununun 31 ve 32 nci maddesinde Harcama yetkisinin yetki, görev ve sorumlulukları açıkça ortaya konulmuştur.

“Madde 31- (Değişik: 22/12/2005-5436/1 md.) Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir.

Ancak, teşkilât yapısı ve personel durumu gibi nedenlerle harcama yetkililerinin belirlenmesinde güçlük bulunan idareler ile bütçelerinde harcama birimleri

sınıflandırılmayan idarelerde harcama yetkisi, üst yönetici veya üst yöneticinin belirleyeceği kişiler tarafından; mahallî idarelerde İçişleri Bakanlığının, diğer idarelerde ise Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine yürütülebilir.

Kanunların verdiği yetkiye istinaden yönetim kurulu, icra komitesi, komisyon ve benzeri kurul veya komite kararıyla yapılan harcamalarda, harcama yetkisinden doğan sorumluluk kurul, komite veya komisyona ait olur.

Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde; idareler, merkez ve merkez dışı birimler ve görev unvanları itibarıyla harcama yetkililerinin belirlenmesine, harcama yetkisinin bir üst yönetim kademesinde birleştirilmesine ve devredilmesine ilişkin usûl ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir. Harcama yetkisinin devredilmesi, yetkiyi devreden idarî sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Harcama yetkilileri bütçede öngörülen ödenekleri kadar, ödenek gönderme belgesiyle kendisine ödenek verilen harcama yetkilileri ise tahsis edilen ödenek tutarında harcama yapabilir.

Madde 32- Bütçelerden harcama yapılabilmesi, harcama yetkilisinin harcama talimatı vermesiyle mümkündür. Harcama talimatlarında hizmet gerekçesi, yapılacak işin konusu ve tutarı, süresi, kullanılabilir ödeneği, gerçekleştirme usulü ile gerçekleştirmeyle görevli olanlara ilişkin bilgiler yer alır.

Harcama yetkilileri, harcama talimatlarının bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile diğer mevzuata uygun olmasından, ödeneklerin etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasından ve bu Kanun çerçevesinde yapmaları gereken diğer işlemlerden sorumludur.”denilmiştir.

14.06.2007 tarih ve 5189/1 sayılı Sayıştay Genel Kurulu Kararında harcama yetkilisinin sorumluluğuna ilişkin aynen: “5018 sayılı Kanunda harcama yetkilisi ifadesiyle bir program sorumlusuna ve statü hukukunda tanımlanan daire/birim amirine işaret edilmektedir. Bu konumda olan yöneticilerin, 657 sayılı Kanunun 10’uncu maddesinde belirtildiği gibi, amiri oldukları kuruluş ve hizmet biriminde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurları takip ve kontrol etmekten görevli ve sorumlu tutulacakları da tabiidir.

Bu hükümler karşısında, bütçeden yapılacak harcamalar konusunda 5018 sayılı Kanunda öngörülen harcama sürecinde tek ve tam yetkili olan, giderin yapılmasına karar vermekten ödeme aşamasına kadar tüm işlemleri emir ve talimatı çerçevesinde yürüten ve maiyetindekileri ve onların eylem ve işlemlerini gözetmek ve denetlemekle yükümlü olan harcama yetkilisinin, Sayıştay’a karşı hesap verme konusunda tam ve doğrudan sorumlu olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, harcama yetkililerinin, harcama talimatlarının ve buna konu olan

Temyiz Kurulu Kararı

harcamaların bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile diğer mevzuata uygunluğundan sorumlu olduklarına oybirliğiyle," denilerek sorumlu olarak harcama yetkilisi belirlenmiştir.

Bu hükümler muvacehesinde ödeme emrini harcama yetkilisi olarak imza atanlar 5018 sayılı Kanuna göre imza altına aldığı ödemelerin mevzuata uygunluğundan ve tüm işlemlerden sorumluluğu esastır.

Bu itibarla dilekçenin 1065 sayılı ilamın 4 üncü maddelerine ilişkin olarak sorumluluk bulunmadığı yönündeki itirazının REDDİNE;

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : **03.01.2012**

No : **34175**

Zabita hizmetinin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun "Belediyenin Görev ve Sorumlulukları" başlıklı 14 üncü maddesi gereği belediyelerin yapacağı veya yapacağı hizmetler arasında olduğu ve bu itibarla hizmet satın alımı yoluyla ihale edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü;

1101 sayılı İlam'ın 23. maddesi ile, Belediyenin asli ve sürekli görevi olan zabita hizmetinin, hizmet alım ihalesi kapsamında yüklenici firma eliyle gördürülmesi nedeniyle-TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçi dilekçesinde özetle, Kamu hizmeti ifadesi kullanıldığında halkın ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sunulan düzenli faaliyetlerin anlaşıldığını; ancak bu düzenli faaliyetlerin illaki kamu görevlileri eliyle görülmesinin bir zorunluluk olarak görülmediğini, kamunun gözetim veya denetimi altında bulunmanın da kamu hizmetinin halka sunulması için yeterli kabul edildiğini,

Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarihli E.94/71, K.95/23 sayılı kararında kamu hizmeti kavramına getirdiği yorumun; "Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir." Şeklinde olduğunu,

Neticede, Anayasanın 128 inci maddesinde yer alan kamu hizmeti kamu görevlileri eliyle gördürülür ifadesinin, yukarıda belirtilen yaklaşımlar çerçevesinde ele alınması ve kamunun gözetim ve denetimi altında yapılan kamu hizmetlerinin de bu mahiyette olduğunun kabul edilmesinin kararlar ve içtihatlar gereği olduğunu;

Ayrıca, Anayasanın 47'nci maddesinde "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir." hükmünün yer aldığını, maddede kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen hizmetlerin gerçek veya tüzel kişiler tarafından da yaptırılabilmesine imkân tanındığını ve bunun kanunlar vesilesiyle gerçekleştirileceğinin ifade edildiğini,

Anayasa Mahkemesinin 2004/114 Esas, 2007/85 Karar nolu Kararında, 657 sayılı

Devlet Memurları Kanunu'nun 36. Maddesinin "III- Sağlık Hizmetleri Ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı" başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa'nın 11. Maddesi ile eklenen paragrafın, Anayasa'nın 2. ve 128. Maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemiyle açılmış olan davada Anayasa Mahkemesi Kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesine ve bu kamu hizmetlerinin neler olacağına karar verme yetkisinin Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra ile Yasama Organının yetkisinde olduğuna karar verildiğini,

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14 üncü maddesinde belediyenin zabıta hizmetlerini üçüncü kişilere yaptırılabilmesinin şu şekilde ele alındığını;

"İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı, coğrafi ve kent bilgi sistemleri, çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık, ZABITA, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans, şehir içi trafik, defin ve mezarlıklar, ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar, konut, kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor, sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma, ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır"

Burada yer alan yaptırır ifadesinin kararda belirtildiği şekliyle kamu hizmetinin özel kişilere devri şeklinde değil, yine belediyenin gözetim veya denetimi altında zabıta hizmetlerinin üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini,

Kamu İhale Genel Tebliğinin 85. maddesinde 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan hizmet tanımında ismen sayılmayan ve mal alımı veya yapım işi niteliği taşımayan işlerin "benzeri diğer hizmetler" kapsamında ihale yoluyla alınıp alınamayacağını; ilgili mevzuatında, alım konusunun idarenin görev alanında olup olmadığı, söz konusu işin ihale yoluyla yaptırılmasına engel olan bir düzenleme bulunup bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesi gerektiğinin belirtildiği;

Buna göre, belediyelerin zabıta hizmetleri ihalesine çıkabilmesi için, tebliğ gereği kendi özel mevzuatlarında bunu yasaklayan bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi gerektiğini; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14'üncü maddesinde ise zabıta hizmetlerinin üçüncü kişilere yaptırılabilmesi belirtildiğinden dolayı, zabıta hizmetlerinin ihale edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığını; ayrıca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesine göre, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabileceğini;

İhale konusu işe ilişkin ihale dokümanlarına bakıldığında ihale konusu işin kamunun gözetim ve denetimi altında gerçekleştirilmiş bir hizmet alımı olduğunun görüleceğini; İhale ilanında “zabıta personel destek hizmeti” ifadesinden, üçüncü kişilere yaptırılacak olan zabıta alım işinin belediyenin kontrolü altında gerçekleştirileceği sonucunun ortaya çıktığını;

Ayrıca işin teknik şartnamesinde veya ihale dokümanlarında, yüklenicinin çalıştırdığı personelin üçüncü kişilere doğrudan ceza keseceğine, üçüncü kişilerle doğrudan yazışma yapabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme de bulunmadığını; bu kişilerin belediye zabıta personeline yardımcı olmak üzere çalıştıklarını; Teknik şartnamede de bu durumun net olarak ortaya konulduğunu belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

Savcılık, Daire kararının onanması yönünde görüş bildirmiştir.

Anayasanın “Genel İlkeler” başlıklı 128. maddesinde; “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli kamu hizmetleri memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” denilmektedir.

Anayasanın 47. maddesinde ise; “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir” hükmü bulunmaktadır.

Buna göre, Belediye tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin özel kişilere yaptırılabilmesi, buna izin veren yasal bir düzenlemeyi gerektirmekte olup; 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun “Belediyenin Görev ve Sorumlulukları” başlıklı 14. maddesinde; mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla belediyenin, imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı, coğrafi ve kent bilgi sistemleri, çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık, zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans, şehir içi trafik, defin ve mezarlıklar, ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar, konut, kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor, sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma, ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapacağı veya yaptıracığı hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4’ncü maddesi, 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, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri, “hizmet” kapsamında değerlendirmiş, ayrıca aynı Kanunun 62 nci maddesinin “e” bendinde “İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli

nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir” denilerek personel çalıştırma esaslı ihalelere çıkılabileceği belirtilmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin “4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan hizmet tanımında ismen sayılmayan işler” başlıklı 85'inci maddesinde;

“ 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde “Hizmet: 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, sergileme, 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 ... ifade eder” hükmüne yer verilmiştir. Anılan maddede ismen sayılmayan ve mal alımı veya yapım işi niteliği taşımayan işlerin “benzeri diğer hizmetler” kapsamında ihale yoluyla alınıp alınamayacağı; ilgili mevzuatında, alım konusunun idarenin görev alanında olup olmadığı, söz konusu işin ihale yoluyla yaptırılmasına engel olan bir düzenleme bulunup bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesi gerekmektedir.” Denilmektedir.

Bununla birlikte, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin “III- Sağlık Hizmetleri Ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı” başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile eklenen “Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir” hükmünün, idarenin dolaylı bir özelleştirme yöntemini benimsediği ve Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülmeleyen bir istihdam şeklinin düzenlendiği gerekçesiyle Anayasa aykırılık itirazında bulunulması üzerine, konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 2004/114 Esas, 2007/85 Karar nolu Kararında da; “Anayasa'nın 128. maddesi ile açıkça memur ve kamu görevlisi tanımının yapılmadığını ve onlara gördürülecek işi belirlenme yoluna gidilmediğini; en geniş tanımı ile kamu hizmetinin, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olduğunu; toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmetinin de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirildiğini;

Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliği veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organının yetkili kılınmış olduğunu;

Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi mümkün olmadığından, sağlık

Temyiz Kurulu Kararı

hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceğini ve 47. maddede öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilceğini belirterek bu kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilen kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek, 56. maddesinde öngörülen sağlık hizmetlerini tam ve dengeli biçimde yerine getirebilmek amacıyla düzenlendiği anlaşıldığından Anayasa'nın 2, 47, 56 ve 128. maddelerine aykırı olmadığı yönünde kararı bulunmaktadır.

Bu itibarla, Kamu hizmetlerinin özel kişilere yaptırılabilmesi buna izin veren yasal bir düzenlemeyi gerektirdiğinden ve Belediyesi Zabıta Hizmet Satın Alımı İhalesi kapsamında yaptırılan işler de 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesi kapsamında değerlendirilerek yaptırılabilcek nitelikte işlerden olduğundan; dileki iddialarının kabul edilerek, 1101 sayılı İlam'ın 23. maddesiyle verilen tazmin hükmünün KALDIRILMASINA;

Karar verildi.

SAYIŞTAY DERGİSİ YAYIN İLKELERİ VE YAZIM KURALLARI

- **Sayıştay Dergisi Yayın İlkeleri**
- **Sayıştay Dergisi Yazım Kuralları**

SAYIŞTAY DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- Sayıştay Dergisi üçer aylık dönemler halinde yayımlanan hakemli bir dergidir.
- Derginin yayın konusu denetim, yönetim ve hukuk başta olmak üzere sosyal bilimler alanı ile sınırlıdır.
- Derginin yazım dili Türkçe'dir. Yayın Kurulunun uygun gördüğü durumlarda İngilizce yazılar da yayımlanır.
- Dergiye gönderilecek yazılarda Sayıştay Dergisi Yazım Kuralları'na ve Türk Dil Kurumu Yazım Kılavuzu'na uyulması esastır.
- Dergide yayımlanması istenen yazılar MS Word formatında, dergi@sayistay.gov.tr adresine e-posta yoluyla ya da CD'ye kaydedilmiş olarak aşağıdaki adrese posta yoluyla gönderilir:
 - Sayıştay Dergisi
 - Sayıştay Başkanlığı
 - Balgat/ANKARA
- Dergiye gönderilecek yazılar daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- Yayımlanmak üzere gönderilen çalışmalar Yayın Kurulunun ön incelemesine tabidir. Ön incelemede konu, şekil ve içerik açısından uygun bulunan yazılar değerlendirilmek üzere iki ayrı hakeme gönderilir.
- Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda yazı üçüncü bir hakeme gönderilir. Yazının yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir.
- Yayın Kurulu hakem değerlendirmeleri doğrultusunda yazıların aynen yayımlanmasına, yazarından düzeltme talep edilmesine ya da yayımlanmamasına karar verir ve bu karar yazarlara bildirilir. Yayımlanmasına karar verilen yazılara hangi sayıda yer verileceğine de Yayın Kurulu karar verir. Gönderilen yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın iade edilmez.
- Yayımlanmak üzere gönderilen çeviriler için 5/12/1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre gerekli iznin alınmış olması ve belgelendirilmesi şarttır. Çeviriler, orijinal metni ile birlikte gönderilir.
- Yayımlanmasına karar verilen yazıların tüm hakları Sayıştay Başkanlığı'na aittir.

Sayıştay Dergisi Yayın İlkeleri

- Dergide yazıların yayımlanmış olması, yazara ait görüşlerin Sayıştay tarafından paylaşıldığı anlamına gelmez. Yazıların sorumluluğu yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak gösterilmek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Yazıları yayımlanan yazarlara 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre telif ücreti ödenir ve beşer adet dergi ücretsiz olarak gönderilir.

SAYIŞTAY DERGİSİ YAZIM KURALLARI

- Dergiye gönderilecek yazılar MS Word formatında, A4 boyutunda, üst, alt ve her iki kenardan 2,5 cm boşluk bırakılacak ve her iki yana yaslı olacak şekilde tek satır aralığıyla, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto olarak yazılmalı ve 8000 kelimeyi geçmemelidir.
- Yazı için hazırlanacak kapak sayfasında yazının başlığı, yazar veya yazarların adı, soyadı, ünvanı, bağlı olduğu kurumun adı, kısa bir özgeçmişi ve iletişim bilgileri yer almalıdır.
- Gönderilen yazıların (çeviriler hariç) ilk sayfasına Türkçe ve İngilizce dillerinde yazılmış başlık, özet (abstract) ve anahtar kelimeler (key words) eklenmelidir.
- Özet, yazının amaç ve kapsamını en iyi şekilde ifade edecek ve 200 kelimeyi geçmeyecek şekilde 10 punto ile yazılmalıdır. Anahtar kelimeler, en çok beş adet olmalı ve 10 punto ile yazılmalıdır.
- Yazının başlığı büyük harflerle 15 punto ve koyu olarak yazılmalıdır. Yazının giriş ve sonuç bölümleri dahil tüm ana başlıkları büyük harflerle koyu ve 12 punto ile; alt başlıklar ise küçük harflerle koyu ve 12 punto olarak yazılmalıdır.
- Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.
- Atıflar metinde ve parantez içine alınarak, (yazarın soyadı, yayın tarihi: sayfa numarası) şeklinde yapılmalıdır. Atıflar için dipnot kullanılmayacaktır. Dipnotlar sadece açıklama yapmak için kullanılacak ve 10 punto ile yazılacaktır.
- Metin içi atıflar şu şekilde yapılmalıdır:
Tek yazarlı eserler: (Akgündüz, 1997: 45) veya yazarın ismi metinde geçmiş ise; Akgündüz (1997: 45).....
İki yazarlı eserler: (Akdoğan ve Tekner, 2007: 175-182) veya yazarın ismi metinde geçmiş ise; Akdoğan ve Tekner (2007: 175-182)
Üç ve daha çok yazar: (Tortop vd, 1999: 22) veya yazarın ismi metinde geçmiş ise; Tortop ve diğerleri (1999).....
Aynı yıl içinde birden çok eseri olan yazar: (İnan, 2007a: 42) ve (İnan, 2007b: 56)
Bir kuruma ait eser: (TÜİK, 2006)
İnternette yapılan alıntılarda: (Sayıştay Başkanlığı, 2009)
- Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kaynaklar yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralanmalı ve aşağıdaki şekilde yazılmalıdır:

Kitap: Yazar veya yazarların soyadı, adı (yayın tarihi), eserin adı, çeviren varsa (çev. ad soyad), yayınlayan, yayın yeri.

Akgündüz, Ahmet (1997), Arşiv Belgeleri Işığında Sayıştay Tarihi, Sayıştay Yayınları, Ankara.

Luecke, Richard (2008), Kriz Yönetimi, (çev. Önder Sarıkaya), İş Bankası Yayınları, İstanbul.

Tortop, Nuri, Eyüp G. İsbir, Burhan Aykaç (1999), Yönetim Bilimi, Yargı Yayınları, Ankara.

Kitaptaki Makale: Yazar veya yazarların soyadı, adı (yayın tarihi), “makalenin adı” eserin adı, derleyen adı soyadı (der.), yayınlayan, yayın yeri.

Dimitrow, Valeriy (2007), “Çevre Denetiminde Bulgaristan Sayıştayının Tecrübesi”, Çevre Denetimi ve Sayıştaylar, Sayıştay Başkanlığı, Sayıştay 145. Yıl Yayınları, Ankara.

Dergi Makaleleri: Yazar veya yazarların soyadı, adı (yayın tarihi), “makalenin adı”, derginin adı, cilt numarası, sayısı.

Feyzioğlu, Bedii (1997), “Sayıştay ve Saydamlık”, Sayıştay Dergisi, Sayı 25 (Nisan-Haziran).

Kurum Yayınları: Kurum adı (yılı), eserin adı, yayınlayan, yayın yeri.

IFAC (2009), Handbook of International Standards on Auditing and Quality Control, International Federation of Accountants, New York.

İnternet: Yazarın soyadı, adı, yazar yok ise internet sitenin ait olduğu kurum (yılı), “eserin adı”, <internet adresi>, (erişim tarihi).

Sayıştay Başkanlığı (2009), “2008 Yılı Hazine İşlemleri Raporu”, <http://www.sayistay.gov.tr/rapor/rapor4.asp?id=82> (Erişim Tarihi: 18.11.2009)



T.C.
SAYIŞTAY BAŞKANLIĞI
Yayın İşleri Müdürlüğü
06100 Balgat / ANKARA

www.sayistay.gov.tr

ISSN : 1300 - 1981