

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 14

Sayı: 1

Yıl : 2006



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Sahibi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mehmet AYAN (DEKAN)

Editör (Editor)

Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM: ryildirim@selcuk.edu.tr

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Arş. Gör. Mustafa ARIKAN
Arş. Gör. Ali Tarık GÜMÜŞ

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Prof. Dr. Şahin AKINCI

Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM

Doç. Dr. M. Fatih UŞAN

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)

Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)

Prof. Dr. Hamdi

MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)

Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05

<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

e-mail: suhfdergisi@selcuk.edu.tr

ISSN: 1306-8075

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ AKADEMİK HAKEM HEYETİ LİSTESİ*

ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Prof. Dr. Şahin Akıncı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gökhan Antalya	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fahrettin Aral	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ayan	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fikret Eren	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kudret Güven	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Çiğdem Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilge Öztan	(Çankaya Üniversitesi. Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ünal	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat Doğan	(Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Kürşat Turanboy	(Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Sabih Arkan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy	(Osmangazi Üniv. İİBF, Eskişehir)
Prof. Dr. Rıza Ayhan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yadigar İzmirli	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Sami Karahan	(İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İsmail Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fırat Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Asuman Turanboy	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Vahit Doğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cemal Şanlı	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turgut Turhan	(Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Roma Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Özcan Çelebican	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Arzu Oğuz	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nadi Günel	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Hakemler, soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ramazan Arslan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Atalay	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süha Tanrıver	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal Tercan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Ulukapı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ejder Yılmaz	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Kadir Arıcı	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoglu	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Adnan Tuğ	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ömer Ekmekçi	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Fatih Uşan	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Enver Bozkurt	(Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
-------------------------	--

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doç. Dr. İlyas Doğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Yıldız	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yavuz Atar	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan	(Hacettepe Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Hayati Hazır	(Gazi Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Erdal Onar	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Atilla Özer	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan Tunç	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İdare Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Tayfun Akgüner	(İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Atay	(Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yıldızhan Yayla	(İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turan Yıldırım	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aydın Gülan	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Halil Kalabalık	(Sakarya Üniversitesi İİBF.)
Doç. Dr. Cemil Kaya	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ramazan Yıldırım	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Türk Hukuk Tarihi

Prof. Dr. S. Gül Akyılmaz	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gülnihal Bozkurt	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Halil Cin	(Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ahmet Mumcu	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Avcı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı	
Prof. Dr. Kayıhan İçel	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İzzet Özgenç	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahri Öztürk	(İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Doğan Soyaslan	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cumhuri Şahin	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Durmuş Tezcan	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Hakan Hakeri	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Adem Sözüer	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı	
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz	(Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Niyazi Öktem	(Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Şafak Balı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ	(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Vergi Hukuku Anabilim Dalı	
Doç. Dr. Mustafa Akkaya	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

EKONOMİ – MALİYE BÖLÜMÜ

Prof. Dr. Serdar Altınok	(Selçuk Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. F. Rifat Ortaç	(Gazi Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Selahattin Sarı	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hilmi Zengin	(Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF.)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000 yılından itibaren hakemli dergi olarak yayınlanmaktadır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

ÖZEL HUKUK

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİNİN ÇELİŞİK KARARLARI VE “35’LİKZEDELER”	11
Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM / Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN	

KAMU HUKUKU

STATE SECRET AS AN INSTRUMENT TO MAINTAIN STATE SECURITY	33
Associate Professor Dr. Cemil KAYA	
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜRKİYE	57
Yrd. Doç. Dr. Hasan DURAN	
FRANZ OPPENHEİMER’İN DEVLET KURAMI.....	83
Arş. Gör. İrfan TÜRKÖĞLU / Arş. Gör. İbrahim Erdem SEÇİLMİŞ	

TÜRKİYE'DE HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE DEMOKRASİ .. 97
Arş. Gör. Dadaşhan Celaleddin KAVAS

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA YAKALAMA VE
GÖZALTINA ALMA..... 131
Yrd. Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ

TEZ ÖZETLERİ

TÜRK VERGİ HUKUKUNDA İDARENİN TAKDİR YETKİSİ..... 217
Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

ÇEVİRİLER

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI, ULUSLARARASI İNSAN
HAKLARI HUKUKU VE ÇEVRE GÜVENLİĞİ: ULUSLARARASI
CEZA MAHKEMESİ BU ALANLARDAKİ BOŞLUĞU
DOLDURABİLİR Mİ? 289
Arş. Gör. Mustafa ÖZEN

İSRAİL-ARAP UYUŞMAZLIĞINDA OSMANLI TESCİL
HUKUKUNUN PAYI 305
Rabbi Jon-Jay TILSEN / Çev. Arş. Gör. Ahmet KILINÇ

Makaleler

Özel Hukuk

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİNİN ÇELİŞİK KARARLARI VE “35’LİKZEDELER”¹

Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM*
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN**

Özet

Yeni kurulan ya da az gelişmiş üniversitelerde, öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir (daha çok gelişmiş) üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilebilmekte; bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, eğitimlerinin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönmeleri hedeflenmektedir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 35. maddesine göre yapılan bu tür bir geçici görevlendirmenin süjesi olan araştırma görevlisi, genel hükümlere göre bağlı olduğu yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorundadır. Yine aynı Kanunun 35. maddesine göre, “bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez”. Açık kanuni düzenlemeye rağmen, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine dayanılarak çıkartılan “Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin” 4. maddesine göre, ilgili araştırma görevlisinden “taahhüt ve kefalet senedi” alınmakta; bunu yerine getirmeyenlerin işlemleri yapılmamakta ve herhangi bir nedenle mecburi hizmet yükümünü yerine getirmeyen araştırma görevlileri hakkında işleme konulmaktadır. Bu çalışma, Kanunun açık hükmüne aykırı olarak bir yönetmelikle araştırma görevlisine ve kefillere imzalatılan taahhüt ve kefalet senedinin geçerliliği noktasında, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin mevzuat değişikliği olmaksızın yakın zamanlarda vermiş olduğu çelişik kararlarının

¹ Değişik çevrelerde, “**35. maddelikler**”, “**misafir asistanlar**” gibi kavramlar kullanılsa da, yaşam deneyimlerimizden elde ettiğimiz izlenimlere göre, en fazla rağbet gören, “**35’likler**” kavramıdır. Ancak, Yargıtay’ın aşağıda bahsi geçen kararlarından sonra, belki de, (1402’likler, İmarzedeler, Bankazedelere benzer tarzda) yüzlerce 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine göre mağdur olmuş araştırma görevlileri; yani, bizim deyimimizle “**35’likzedeler**” türeceyektir. O nedenle, çalışmamızın başlığına bu ibareyi koymayı uygun gördük.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

incelenmesine ve mevcut hukuki durumun yargılama hukukları bakımından değerlendirilmesine yöneliktir.

Anahtar Kelimeler; Yükseköğrenim, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 35. Maddesi, Geçici görevlendirme, Mecburi hizmet, Yagıtay 15. Hukuk Dairesi.

Abstract

There is system in Turkish High Education which is designed for improving the quality of less developed universities’ academic stuff. In the frame of this system fellows from those universities are being sent to the relatively more developed and successful universities for post-graduate education. The legal basis of this system is the Turkish Higher Education Act’s (Numbered 2547) article 35. According to this article, after completing the education in their temporarily assigned universities research assistants have to do an obligatory work, if they refuse to complete this obligaton the won’t be allowed to work at high education instutitions. Last but not least the important point is that the instutional violation of this law through signed debting papers on this issue of violation Turkish Court of Appeal’s 15th Chamber decided to different judgements. In this article we tried to elaborate this contradiction between different judgements.

Keywords; High Education, Turkish Higher Education Act’s (Numbered 2547) article 35; temporarily assigned, obligatory work, Turkish Court of Appeal’s 15th Chamber.

GİRİŞ

Hukukun ilk ortaya çıktığı günden bugüne kadar, belki de, en önemli sorunu, bir uyumsuzluğun içinde yer alan, tarafı olan ve uyumsuzluğu çözenlerin, bu uyumsuzluk süreci içerisinde ortaya koydukları davranışların ahlakiliği sorunudur. Bir hukuk kuralını koyarken ve bu kuralı uygularken bunun toplum vicdanında da kabul görebilir olması, sorunun çözümünde, kuralların içerisinde kalınıyor görünse dahi, ahlaka aykırı davranılmaması gerekir². Her ne kadar, Anayasanın 138. maddesinin birinci fıkrasında, “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” kuralı yer alsa da, bu vicdani kanaat oluşturulurken, kanun ve hukuk, kararın temel yapı taşlarını oluşturur. Bu anlamda, hakimlerin karar verirken sahip oldukları vicdani kanaat, yargı organlarını tartışır hale koyan etik sorun haline gelmemeli; karardan doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenenlerin hukuka (yargı organlarına) güvensizliği sonucuna yol açmamalıdır.

² **Özekes, Muhammet:** “Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu”, Eskişehir Barosu Dergisi, Ayrı Bası, 2005/6, s.2.

Bu kısa açıklamalar, aşağıda izaha çalışılacak olan, yüzlerce mağdur durumda akademik personel ile; bu personele yönelik Yargıtay'ın kısa aralıklarla vermiş olduğu iki farklı türde (birbirine çelişik) karara ve bu iki karara temel teşkil eden gerekçelere yöneliktir.

I. YASAL PROSEDÜR VE VARLIK NEDENİ/ 35'LİKZEDELERİN SERÜVENİ

Şu anda, yükseköğretim kamu hizmeti sunan üniversitelerimizin çoğu gelişmekte olan üniversitelerdendir. Bu itibarla, üniversite öğrencisi olan gençlerimizin büyük bir bölümü, bu üniversitelerde öğrenim görmektedir. Halbuki, gelişmekte olan üniversitelerimiz, araç-gereç ve akademik personel azlığından dolayı, yeterli bilimsel faaliyetlerini sürdürmekte büyük güçlükler içerisindeyler. Hatta, kimi gelişmekte olan üniversiteler, bazı dersleri verdirecek öğretim elemanı dahi bulamamaktadırlar. Ayrıca, bu olumsuzluklar yetmiyormuş gibi, mevcut akademik personelin askere gitmesi gibi bir takım nedenlerle de, bu üniversitelerin sunmuş olduğu bilimsel kamu hizmetinin verimli yürütülmesine engel olmakta hatta zaman zaman kesintiye uğramasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, bu durum, bilgi çağını yakalamada ve bilimsel kamu hizmetinin verimli, kesintisiz ve istikrarlı sunulmasında gelişmiş üniversite öğrencileriyle gelişmekte olan üniversite öğrencileri arasında fırsat eşitsizliğine yol açmaktadır. Halbuki 2547 sayılı Kanunun 5. maddesinin (e) bendi, yükseköğretimde fırsat eşitliğini sağlayacak önlemlerin alınmasını emretmektedir.

Daha önceki yıllarda üniversitelerle ilgili hazırlanan bir bilimsel raporda, yeni kurulan ve gelişmekte olan üniversitelerin öğretim elemanı ihtiyaçlarını karşılamak için şu önlemlerin alınması önerilmekteydi³: 1) Gelişmiş üniversitelerin mastır (yüksek lisans) ve doktora programlarında yeni kurulan veya gelişmiş üniversitelerin araştırma görevlileri için yeterli kontenjan ayırmak, 2) Yeni kurulan veya gelişmekte olan üniversitelere öğretim üyesi akışını sağlamak için bilimsel ve maddi açılarından özendirici önlemler almak, 3) Gelişmiş üniversitelerin öğretim üyelerini yeni kurulan ve gelişmekte olan üniversitelerde geçici olarak görevlendirmek.

Uzun dönemde, yeni kurulan ve gelişmekte olan üniversitelerin, öğretim üyesi açığını, araştırma görevlileri kapatacaktır. Bu üniversiteler, aldıkları ve alacakları araştırma görevlilerini yurt dışında veya yurt içindeki gelişmiş üniversitelerde yetiştirmek suretiyle öğretim üyesi açığını gidermeye çalışmaktadırlar. Üniversitelerin bu yönde çalışmalarının yasal temelini ise, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi oluşturmaktadır.

³ "Yükseköğretim Kanununda Yer Alması Gereken Temel İlkeler Hakkında Rapor", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1993/1-4, 1993 s.13; Yıldırım, Ramazan: "Üniversite Kurumunun Dört Güncel Problemi", KHUKA, Haziran 1998, s. 46-48.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

1980’li ve 90’lı yıllarda, kendi üniversitesinde ilgili alana yönelik doktora programı bulunmadığı için, başka bir üniversite bünyesinde bir doktora programına kayıt yaptıran araştırma görevlileri, belki de idarenin iyiniyetli davranması (göz yumması) ile, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 39. maddesine göre yurt içinde kısa süreli görevlendirmelerle lisansüstü eğitimlerini yürütmekteydiler. Ancak, Yükseköğretim Kurulu tarafından, 2000’li yıllardan itibaren, çeşitli aralıklarla, üniversitelere gönderilen yazılar sonrasında, o ana kadar üniversitelerde lisansüstü eğitim bakımından 39. maddeye göre görevlendirme de tarih oldu. Bir örnek olması açısından, Yükseköğretim Kurulu’nun Dicle Üniversitesi’ne gönderdiği ve Üniversite tarafından da, tüm akademik birimlere duyurulan belgede şu izahatlar bulunmaktadır⁴:

“Bilindiği üzere, Yükseköğretim Kurumlarımızın öğretim elemanı ihtiyacını karşılamak amacıyla, araştırma görevlileri, 2547 sayılı Kanunun 33. maddesi uyarınca lisansüstü eğitim yapmak üzere yurtdışına gönderilmekte veya lisansüstü eğitimlerinin yurt içinde yapılması sağlanmaktadır.

İlgide kayıtlı yazılarımız ile araştırma görevlilerinin buldukları şehir dışında lisansüstü eğitim yapmaları halinde 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca mecburi hizmet yüklenmek şartıyla kadrolarının tahsis edilmesi, anılan Kanunun 39. maddesi uyarınca yapılan görevlendirmeler ile veya idari izin verilerek eğitimlerini tamamlamalarına göz yumulmaması, göz yumanlar hakkında soruşturma açılması istenmiştir.

Üniversitelerimizden ve kişilerden, Başkanlığımıza yapılan müracaatlarda anılan Kanun maddesinin yeni olduğu, adayların ilgi yazımızdan önce eğitime başladıkları belirtilse de, 2547 sayılı Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren uygulanması gereken Kanun maddesi (2547 sayılı K. m.35) yeni olmayıp, yönetmelikte⁵, araştırma görevlileri lehine sınavsız olarak yerleştirme yapılmasına ilişkin değişiklik yapılmıştır.

Eğitimlerine buldukları şehir dışında, anılan Kanun maddesi uygulanmadan devam edenlere ilişkin şikayetlerin yoğunlaşması üzerine Rektörlüklerimiz uyarıldıkları halde, bunlara ilişkin tekliflerin vaktinde Başkanlığımıza gönderilmemesi sebebiyle bazı araştırma görevlilerinin herhangi bir mecburi hizmet yükümlülüğü almadan eğitimlerini tamamladıkları veya anılan Kanun maddesi uygulanarak eğitimlerine devam etmeleri istenilen

⁴ Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından Dicle Üniversitesi Rektörlüğüne gönderilen ve Rektörlükçe tüm akademik birimlerde ilan edilen 19.04.2001 tarihli ve 3097-8573 sayılı ilgi ekli yazı.

⁵ 2547 sayılı Kanunun 2880 sayılı Kanunla değişik 35. maddesine göre çıkartılan “Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelik”.

araştırma görevlilerinin mecburi hizmet yükümlülüğünden kaçmak için değişik mazeretlerle vazgeçtikleri bildirilmektedir. Bu durumların önlenmesi için:

-Rektörlüklerimizce, öğretim görevlisi, okutman, uzman kadrosundaki öğretim elemanlarına buldukları şehir dışındaki üniversitelerde lisansüstü eğitim yaptırılmaması,

-Buldukları şehir dışında lisansüstü eğitim yapan araştırma görevlilerine 2547 sayılı Kanunun 35. maddesinin uygulanması,

-Kadroya atandıkları tarihten önce lisansüstü eğitime başlayan araştırma görevlilerine atandıkları tarih itibarıyla 2547 sayılı Kanunun 35. maddesinin uygulanması,

-Kanundan doğan mecburi hizmet yükümlülüklerini ödemeyenlerin (hizmet ya da parasal karşılığı) mecburi hizmet devirlerinde Başkanlığımızın görüşünün alınması,

-Lisansüstü eğitimlerini anılan Kanun maddesi uygulanmadan yapanlar ve bunlara izin veren idareciler hakkında, soruşturma açılması gerektiği konularında bilgilerinizi ve gereğini saygılarımla rica ederim”.

YÖK’ün anılan bu tür yazılarından sonra, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi dışında, bir başka üniversite bünyesinde lisansüstü eğitim yapma imkanı kalmamış; üniversite bünyesinde, ilgili akademik birimlerde aynı işi yapan araştırma görevlileri arasında, ülkemize has yeni kavramlar türemiştir: “35’likler”, “35. maddelikler” ya da “misafir asistanlar” gibi.

2547 sayılı Kanunun 35. maddesi bu konuda şu düzenlemeyi içermektedir: “Yükseköğretim kurumları; kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulunun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirirler.

Öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler.

Yurt içi veya yurt dışında yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorundadırlar. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez. Özel kanunlarla getirilen mecburi hizmet çalışmaları bu hükmün dışındadır”.

Yine, 35’lik araştırma görevlileri, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine dayanılarak çıkartılan “Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelik” kurallarına göre bir

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

diğer üniversitede lisansüstü eğitim yapmaktadırlar. Yönetmeliğin 4. maddesine göre, “Görevlendirme veya atama işleminden önce adaylardan, kendilerine kadrosu tahsis edilen üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünde 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi şartları içinde lisansüstü eğitim-öğretim süresi (tatiller dahil) kadar mecburi hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alınır. Bu senette ilgili araştırma görevlilerinin lisansüstü eğitim-öğretimlerinin tamamlanmasından ne kadar süre sonra kadroyu tahsis eden üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne döneceğini belirten bir hüküm de yer alır”. Anılan kurala istinaden, bir başka üniversite bünyesinde lisansüstü eğitim yapmak isteyen araştırma görevlileri, YÖK’ün yazıları nedeniyle, 2547 sayılı Kanunun 39. maddesine göre görevlendirilmemekte; lisansüstü eğitim yapabilmek amacıyla, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine göre geçici kadro nakli yoluyla lisansüstü eğitim yapacağı üniversite bünyesine görevlendirilmektedirler. Ancak, yine, bu görevlendirmenin yapılabilmesi için, araştırma görevlisinden, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine dayanılarak “Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelik” hükümlerine göre, bir “taahhüt ve kefaletname senedi”⁶ alınmaktadır.

II. İNCELEME KONUSU YARGITAY KARARLARI

İnceleme konumuz olan Yargıtay kararları, yukarıda kısaca özetlenen duruma ilişkindir. Bir başka deyişle, Yargıtay’ın kefalet senedi imzalatılıp bir başka üniversiteye lisansüstü eğitim yapması için kadrosu aktarılan araştırma görevlileri hakkında verdiği birbirine zıt kararları burada incelenmiştir.

A. BİRİNCİ KARAR

Bir Üniversite’yi temsil eden davacı vekili, “18.9.2000 günlü dilekçesi ile, davalılardan araştırma görevlisi A. S.’nin, kadrosunun, müvekkili üniversitesinde olduğunu; 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine göre, geçici olarak Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsüne aktarılan araştırma görevlisi kadrosunda görev yapmakta iken, 28.12.1999 tarihinde istifa ettiğini, davalının 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi gereğince 17.1.1997 tarihli taahhütnameyi imzaladığını; bu taahhüt senedinde, araştırma görevlisi A.S.’nin, lisansüstü eğitim-öğretimi tamamlamadan ayrılması halinde mali yükümlülüğünü yerine getireceğinin belirtildiğini; adı geçen mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmediği için taahhüdünü ihlal ettiğini; diğer davalıların kefil olduğunu belirterek 4.091.985.000 lira maaş tutarının ödeme tarihi olan 15.2.1997 tarihinden itibaren aylık %10 faiziyle, 2.000.000.000

⁶ Alınan taahhüt senedinde de, hem şekil hem de içerik açısından bir uyum gözükmemektedir. Her üniversite, kendine göre düzenlemiştir. İçerdikleri sorumlulukların sınırları ve çerçeveleri üniversiteler tarafından çizilmiştir. Araştırma görevlilerinin, bu sözleşmelerin şartlarını belirlemede hiçbir biçimde etkileri yoktur.

liranın istifa tarihi olan 28.12.1999 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini” talep etmiştir.

Davalı araştırma görevlisi ve kefiller, süresi içerisinde vermiş oldukları 10.10.2000 havale tarihli dilekçeleri ile, “söz konusu kadroya atanabilmek için taahhütname ve kefaletnameyi imzaladığını, 13.2.1997 tarihinde araştırma görevlisi kadrosuna atandığını, ... istifa edene kadar araştırma görevlisi olarak çalıştığını ve kamu görevlisi olarak maaş aldığını, aldığı maaş ve ödemelerin yaptığı hizmetin karşılığı olduğunu, kamu görevlisine yaptığı hizmete karşılık yapılan ödemelerin geri alınamayacağını, taahhütnamenin 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine de aykırı olarak alındığını, talep edilen faiz oranının çok yüksek olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini” talep etmiştir.

Davayı gören, Ankara 27. Asliye Hukuk Mahkemesi, davalı araştırma görevlisi lehine 27.02.2002 tarihinde şu kararı vermiştir⁷; “2547 sayılı Kanunun 35. maddesinde ‘.. yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere Yükseköğretim Kurumlarında görev verilemeyeceği’ belirtilmiştir. Bu maddelerin amacı, her ne kadar üniversitelerin öğretim elemanı ihtiyacının karşılanması için eleman yetiştirmek ise de, davalı (araştırma görevlisi), davacı üniversitede araştırma görevlisi olarak çalışmakta iken kadrosu ile birlikte geçici olarak Ankara Üniversitesi’ne atanmış, istifa edene kadar Ankara Üniversitesi’nde araştırma görevlisi olarak çalışmış ve çalışmasının karşılığı maaş ve diğer ödemeleri almıştır. 2547 sayılı Kanunun 35. maddesinde yapılan ödemelerin geri alınabileceğine dair hüküm yoktur. Yükümlülüğünü yerine getirmeyene yüksek öğretim kurumlarında görev verilemeyeceği belirtilmiştir. Davalının Ankara Üniversitesi’nde görev yaptığı süre içinde aldığı maaş ve ücretlerin faizi ile birlikte tahsilinin talep edilmesi doğru değildir. Bu konudaki taahhütname de geçerli değildir. Bu süre içinde yapılan ödemelerin geri istenmesi mümkün olmadığından bu konudaki tek taraflı olarak konulan cezai şart da geçerli değildir; o halde, davalı ve kefiller tarafından imzalanan taahhütname ve kefaletname geçerli olmadığından, bilirkişi raporuna itibar edilmemiş ve kefaletnamede azami miktar da belirtilmediğinden davanın reddine karar vermek gerekmiştir”.

Ankara 27. Asliye Hukuk Mahkemesinin, davalı araştırma görevlisi lehine vermiş olduğu karar, süresi içerisinde davacı Üniversite vekili tarafından temyiz edilmiş; temyiz incelemesi, Yargıtay’ın 15. Hukuk Dairesi’nce yapılmış ve davacı Üniversitenin temyiz talepleri davalı araştırma görevlisi lehine

⁷ Ankara 27. Asliye Hukuk Mahkemesi; dava tarihi, 18.09.2000; karar tarihi, 27.02.2002, E.2000/583, K. 2002/122 (<http://www.memurlar.net/haber/4131/>).

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

reddedilmiştir; yani, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar 16.01.2003 tarihinde onanmıştır⁸.

B. İKİNCİ GRUP KARARLAR

Yargıtay’ın aynı dairesi (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi), kısa bir zaman sonrasında, yukarıda bahsedilen kararı ile çelişen başka kararlara imza atmıştır. Olayı incelemeye değer kılan husus ise, kısa aralıklarla Yargıtay’ı iki farklı tarzda karar veremeye iten temel nedenin ne olduğu noktasında, hukukçu olarak, hukuk için geçerli bir açıklamanın bulunmasında güçlüklerle sahip olmamızdır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 15.12.2004 tarihinde, yerel mahkemece, davalı araştırma görevlisi lehine verilen karara yönelik bozma kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir⁹: “Davacı Üniversiteye bağlı, Fen-Edebiyat Fakültesi Batı Dilleri ve Edebiyatı Bölümü İngiliz Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak görev yapan, davalı araştırma görevlisi, doktora öğrenimi yapmak üzere, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 35. maddesi uyarınca H. Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne kadro tahsisi yapılarak atanmış; bu atama sırasında, davalılardan 2547 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılmış olan Yönetmelik gereği noterlikçe düzenlenen 14.6.1999 tarih ve 17291 yevmiye nolu taahhüt ve kefalet senedi alınmıştır.

Davalı Araştırma Görevlisi'nin, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ndeki doktora derslerinden **başarısız olması** sebebiyle, Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 25/c maddesi uyarınca, doktora öğrenciliği ile ilişkisi kesilmiş ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın yazısı ile **taahhüt ve kefalet senedi uyarınca işlem yapılması şartıyla kadrosu davacı üniversiteye iade edilmiş**, davalının 28.1.2002 tarihinde **görevi ile ilişkisi kesilmiştir**.

Davalı yükümlüden (araştırma görevlisi) ve kefillerden, doktora eğitimi yapmak üzere H. Üniversitesi'ne atanması sırasında alınan 14.6.1999 tarihli **kefalet ve taahhüt senedinde** 2547 Sayılı Kanunun 2880 Sayılı Kanun ile değişik 35. maddesinde yer alan hükümlerin kabul edildiği, hizmet yerine getirilmediği takdirde hiçbir adli yada idari karara gerek kalmadan öğrenim süresi içinde alınan maaş ve diğer gelirlerin toplamına tekabül eden ve 30 milyar TL'den az olmamak kaydı ile kurumca yıllık artışlar sonucu ödenecek ve bu miktarı geçecek meblağın da 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 225. maddesi hükümlerine göre % 50 fazlası ile birlikte tazminat olarak ödeneceği, masrafların her biri için sarf tarihinden itibaren yasal faiz yürütüleceği kabul ve taahhüt edilmiştir.

⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin, 16.01.2003 tarihli, E. 2002/5025 ve K. 2003/203 sayılı kararı (<http://www.memurlar.net/haber/4131/>).

⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin, 15.12.2004 tarihli, E. 2004/2386 ve K. 2004/6529 sayılı kararı (<http://www.memurlar.net/haber/24005/>).

Yerel mahkemece, **2547 sayılı Kanunun 35. maddesinde yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere yükseköğretim kurumlarında görev verilemeyeceği öngörülmüş olup yapılan ödemelerin geri alınacağına dair yasal bir düzenlemeye yer verilmediği, alınan taahhünamenin bu nedenle geçersiz olduğu kabul edilerek dava reddedilmiş ise de, 14.6.1999 tarihli Kefalet ve Taahhüt Senedinde açıkça taahhüdün ihlali halinde alınan maaş ve diğer gelirlerin % 50 fazlası ile ve sarf tarihinden itibaren tahakkuk ettirilecek yasal faizi ile ödeneceği taahhüt edildiğinden alınan bilirkişi raporu doğrultusunda asıl alacak ve işlemler faizin hüküm altına alınması gerekirken, **Dairemizin (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi) yerleşik uygulamasını vansıtmayan bir kararı emsal gösterilerek ve taahhütname geçersiz sayılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.****

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davacı Üniversite yararına bozulmasına, 15.12.2004 gününde **oybirliğiyle karar verilmiştir**".

Yine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 03.03.2005 tarihinde, aynı yönde, diğer bir karara imza atmıştır¹⁰. 15. Hukuk Dairesi, yerel mahkemece, davalı araştırma görevlisi lehine verilen karara yönelik bozma kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: "Davacı Üniversiteye bağlı B. Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Bölümünde araştırma görevlisi olan davalı araştırma görevlisi, doktora öğrenimi yapmak üzere 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 35. maddesi uyarınca, O. Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsüne kadro tahsisi yapılarak atanmış, bu atama sırasında davalılardan 2547 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılmış olan Yönetmelik gereği noterlikçe düzenlenen 8.10.1999 tarih ve 11108 yevmiye nolu **taahhüt ve kefalet** senedi alınmıştır.

Davalı araştırma görevlisinin O. Teknik Üniversitesi'ndeki **doktora derslerinden başarısız olması sebebiyle** doktora öğrenciliği ile ilişkisi kesilmiş ve YÖK Başkanlığının yazısı ile taahhüt ve kefalet senedi uyarınca işlem yapılması şartıyla kadrosu davacı üniversiteye iade edilmiş, davalının 11.3.2002 tarihinde **görevi ile ilişkisi kesilmiştir**.

Davalı yükümlüden ve kefillerden doktora eğitimi yapmak üzere O. Teknik Üniversitesi'ne atanması sırasında alınan 8.10.1999 tarihli Kefalet ve Taahhüt Senedinde 2547 sayılı Kanunun 2880 sayılı Kanun ile değişik 35. maddesinde yer alan hükümlerin kabul edildiği, hizmet yerine getirilmediği takdirde hiçbir adli ya da idari karara gerek kalmadan öğrenim süresi içinde alınan maaş ve diğer gelirlerin toplamına tekabül eden ve 30 milyar liradan az olmamak kaydı ile kurumca yıllık artışlar sonucu ödenecek ve bu miktarı

¹⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin, 03.03.2005 tarihli, E.2004/4237, K.2005/1211 sayılı kararı (<http://www.memurlar.net/haber/24005/>).

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

geçecek meblağın da, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 225. maddesi hükümlerine göre % 50 fazlası ile birlikte tazminat olarak ödeneceği, masrafların her biri için sarf tarihinden itibaren yasal faiz yürütüleceği kabul ve taahhüt edilmiştir.

Yerel mahkemece, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesinde yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere yüksek öğretim kurumlarında görev verilemeyeceği öngörülmüş olup yapılan ödemelerin geri alınacağına dair yasal bir düzenlemeye yer verilmediği, alınan taahhütnamenin bu nedenle geçersiz olduğu kabul edilerek dava reddedilmiş ise de, 8.10.1999 tarihli kefalet ve taahhüt senesinde açıkça taahhüdün ihlali halinde alınan maaş ve ücret ödemelerinin % 50 fazlası ile birlikte ödeneceği taahhüt edildiğinden, alınan bu taahhütname geçerli olup davalılar buna göre sorumludurlar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.4.1997 gün, 1996/15-961 E, 1997/309 K. sayılı kararı ile Dairemizin verleşik uygulaması da bu volda olduğu halde tüm bu yönler gözetilmeden ve Dairemizin verleşik uygulamasını vansıtmayan bir kararı emsal gösterilmek ve taahhütname geçersiz sayılmak suretiyle yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davacı yararına bozulmasına, 3.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

III. DEĞERLENDİRME

A. ESAS BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Araştırma görevliliğine giriş, Anayasanın 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetlerine girme hakkının kullanılmasından başka bir şey değildir ve siyasi hak ve ödevlerdendir. **Anayasamıza göre, siyasi haklar ve ödevler ancak ve ancak kanunla düzenlenebilirler.** Yönetmelikle getirilen düzenlemeler, asla ve asla kanunlara aykırı olamazlar¹¹. Bir başka deyişle yönetmelikler, hem siyasi haklar ve ödevlerin bu anayasal güvencesi, hem de idarenin kanuniliği ilkesi gereğince, kanunların öngörmediği bir yükümlülük getiremezler.

Kamu hizmetlerine girmek, kamu görevlisi olmakla eş anlamlıdır. Kamu görevlisi olmak ise, özel hukuk işlemleriyle değil, **statüler hukuku**¹² olan idare hukukuna özgü idari işlemlerle veya sözleşmelerle olur. Nitekim 2547 sayılı Kanun, bu durumu gözetmiş, araştırma görevlilerinin hizmete alınmalarını idari sözleşme olarak öngörmüştür.

¹¹ Gözübüyük, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 2005, s.62.

¹² Özay, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.301-302.

Anayasanın 70. maddesinin sağladığı “kanunla düzenleme güvencesi”, sadece hizmete giriş anını değil hizmetin yürütülmesi esnasında, kamu görevlisinin statüsündeki değişiklikleri de kapsamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi¹³, 4.7.1934 günlü, 2556 sayılı Hâkimler Kanununun 20.3.1975 günlü, 1871 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinin altıncı bendinde yer alan “yabancı ile evli olmamak” ve “görevi esnasında evlenenler istifa etmiş sayılır” hükümlerini 1961 Anayasasının 58. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu iptal kararında konumuzu ilgilendiren husus, sadece hakim adaylarına yabancı ile evli olmama yükümlülüğü getiren hükmün değil, görev esnasında evlenen hakimlerin istifa edilmiş sayılacağına ilişkin hükmü de iptal edilmiş olmasıdır. Bu karara göre kişi, kamu görevlisi olduğu sürece, Anayasanın 70. maddesinin sağladığı anayasaya uygun yasa ile düzenleme güvencesinin kapsamındadır.

2547 sayılı Kanunun 35. maddesine göre, özellikle gelişmekte olan üniversitelerde bazı birimler açısından lisansüstü eğitim yapma olanağı olmadığı durumlarda, daha gelişmiş üniversitelerde görevlendirmeler yapılması ve araştırma görevlilerinin kadrolarının geçici olarak tahsis edilmesi Anayasal yetkilerle donatılmış olan Yükseköğretim Kurulunun görevlerindedir. “Yükseköğretim kurumları; kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulu’nun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirirler”. Bu amaca ulaşma anlamında, lisansüstü eğitimini diğer üniversitede tamamlayan araştırma görevlisi, eğitimini takiben asıl kadrosunun bulunduğu üniversite bünyesinde görev ifa etmek durumundadır. Buna aykırı davranılması (yani, lisansüstü eğitimini tamamladıktan sonra, asıl kadrosunun bulunduğu birime dönmemesi) durumunda, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesinin üçüncü fıkrasında bir yaptırım düzenlenmiştir. Buna göre, “yurt içi veya yurt dışında yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorundadırlar. **Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez**”. 2547 sayılı Kanunda ve bu Kanunun 35. maddesinde anılan yaptırımın dışında, araştırma görevlilerinin mecburi hizmet yükümlülüklerine yönelik başka bir düzenleme bulunmamaktadır. İnceleme konusu kararlarda, ilk derece mahkemelerinin bu konu üzerinde açıklıkla durdukları görülmektedir. Yani, mecburi hizmet yükümünün yerine getirilmemesinin yaptırımı, yükseköğretim kurumlarında görev yapamama şeklinde belirlenmiştir¹⁴.

¹³ Anayasa Mahkemesi, E. 79/19, K.79/39; **Resmî Gazete**, T. 16.1.1980, S.16871.

¹⁴ Ancak bu yaptırım yeterli değildir. Onun için üniversiteler bu tür sözleşme yoluna gitmektedirler. Kanun koyucunun amacına ulaşabilmesi, 35. maddenin son fıkrasındaki “...Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

Peki üniversiteler, kefalet senetleri ile araştırma görevlilerine ek yükümlülük getirebilir mi? Danıştay 5. Dairesi¹⁵, bu soruyu, “...yasanın ve yasanın öngördüğü düzenleyici metinlerin dışına çıkarak yeni haklar tanınması ya da yeni yükümlülükler getirmesi mümkün değildir. ...” diye yanıtlamaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da, bir kararında¹⁶, “...Diğer taraftan, davacı ve kefilleri tarafından imzalanmış olan yüklenme senedinin incelenmesinden, idarenin, yüklenme senedi ile yasaya aykırı olarak yasada yer almayan yükümlülükler ihdas ettiği, davacıya, taahhüdünü ihlal ettiği takdirde, eğitim sebebiyle kendisi için yapılan masrafların tamamını iki katı ve faizi ile birlikte ödeme yükümlülüğü getirdiği görülmektedir. ... Bu durumda, davacı için fiilen döviz olarak yapılan masrafların döviz cinsinden ve tahsil tarihindeki T.C. Merkez Bankasınca belirlenen efektif satış kuru üzerinden hesaplanarak istenmesi gerekirken, gerçekleşen masrafların iki katı tutarın faizi ile birlikte tahsil edileceği yolunda Yasaya aykırı olarak düzenlenmiş olan yüklenme senedine dayanılarak masrafın iki katının faizi ile birlikte tahsil edileceğine ilişkin olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık (yoktur) ...” demektedir. Yani Danıştaya göre, kefalet senediyle diğer kamu görevlisi statüsündeki araştırma görevlisine ek yükümlülük getirilemez.

Ancak, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine göre çıkarılan, Bir Üniversite Adına Diğer Bir Üniversitede Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin son fıkrasında ise, “görevlendirme veya atama işleminden önce adaylardan, kendilerine kadrosu tahsis edilen üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünde 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi şartları içinde lisansüstü eğitim-öğretim süresi (tatiller dahil) kadar mecburi hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alınır” hükmü bulunmaktadır. Çoğunlukla görüldüğü üzere, taahhüt ve kefalet senedi, noterliklerce hazırlanmakta; içeriğini ise, tek taraflı olarak ilgili üniversiteler belirlemektedir. Söz konusu metnin içeriğine karşı çıkılma durumunda ise, görevlendirmeye yönelik işlemler yapılmamakta; bu husus, bir baskı, zorlama aracı olarak kullanılmaktadır.

Kanaatimize göre, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine göre çıkarılan, Bir Üniversite Adına Diğer Bir Üniversitede Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin son fıkrası, üniversitelere, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesinde olmayan fazladan yetkiler vermekte; bu yönüyle Kanuna aykırılık taşımaktadır. Öncelikle, Kanun, mecburi hizmet yükümlülüğüne uymamanın yaptırımını, sadece, yükseköğretim kurumlarında

verilmez...” hükmünün, “...Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, hiçbir kamu kurum ve kuruluşunda görev verilmez...” biçiminde değiştirilmesine bağlıdır.

¹⁵ Danıştay 5. Dairesi, E. 97/3704, K.99/262 (www.danistay.gov.tr, 5.4.2006).

¹⁶ DİDDGK, E. 2002/769, K.2004/41 (www.danistay.gov.tr, 5.4.2006).

görev yapamama şeklinde belirlemiştir. Buna karşılık, Yönetmeliğin 4. maddesinin son fıkrası ise, mecburi hizmet yükümlülüğüne ilişkin alınacak taahhüt ve kefalet senedinden bahsetmektedir. Çoğu kez görüldüğü üzere, bir başka üniversitede lisansüstü eğitim yapmak isteyen araştırma görevlileri, altından kalkamayacakları yükümlülüklerle karşı karşıya bırakılmaktadır. Kimi üniversitelerce alınan taahhüt ve kefalet senetlerinde, ilgili araştırma görevlileri, sadece, lisansüstü eğitim sürelerince almış oldukları ücretleri faizi ile birlikte geri ödemekle kalmayıp; ayrıca, bu miktarların on katına varan cezai şartlarla da yükümlendirilmektedir. Ayrıca, bu senetlerde, taahhüt ve kefalet senetlerinin hangi hallerde işleme konulacağı ve mecburi hizmet yükümlülüklerinin yerine getirilmemiş sayılacağına yönelik şartlar da, tek taraflı olarak, üniversitelerce belirlenmektedir. Yine, çoğunlukla görüldüğü üzere, ilgili araştırma görevlisinin, istifası yanında, lisansüstü eğitim programlarından her ne ad altında olursa olsun ilişkisinin kesilmesi de, mecburi hizmet yükümünün yerine getirilmemesi olarak algılanmakta; taahhüt ve kefalet senedi işleme konulmaktadır. İnceleme konumuz olan ilk kararda, lehine karar verilen **araştırma görevlisi istifa ederken**; diğer, aleyhe verilen iki kararda ise, araştırma görevlilerinin, **doktora derslerinden başarısız olması sebebiyle** doktora öğrenciliği ile ilişkisi kesilmiş ve YÖK Başkanlığının yazısı ile taahhüt ve kefalet senedi uyarınca işlem yapılması şartıyla kadrosu davacı üniversiteye iade edilmiş, bunun üzerine, davalı araştırma görevlilerinin görevi ile ilişkisi kesilmiştir. Araştırma görevlisinin başarısız sayılması durumunda dahi, mevcut durumu itibarıyla mecburi hizmet yükümünü tamamlamasına imkan verilmemekte; görevi ile ilişkisi kesilmektedir. Anılan Yönetmelik, bu anlamda, 2547 sayılı Kanunun sınırlarını aşmaktadır. Alınan taahhüt ve kefalet senetleri ise, kanunda olmayan yetkileri, tek taraflı olarak üniversitelere vermektedir. Bu hususu göz önüne alan ilk derece mahkemesi (ve ilk karar bakımından Yargıtay 15. Hukuk Dairesi), inceleme konumuz olan kararlarda, ilk alınan taahhüt ve kefalet senetlerinin ve burada kararlaştırılan cezai şartın geçerli olmadığını haklı olarak belirlemiştir. Çünkü, idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin sadece idare hukuku alanındaki işlem ve sözleşmeleri açısından değil, özel hukuka ilişkin işlem ve eylemleri için de geçerlidir.

2547 sayılı Kanunun 35. maddesine göre bir başka üniversite bünyesinde lisansüstü eğitim amacıyla kadro devri yapılan araştırma görevlileri, kanaatimize göre, salt lisansüstü eğitim ve öğretimi alan bir öğrenci olmaktan ziyade, bunun yanında, kamu görevi de ifa etmektedir. Bu sonuç, 2547 sayılı Kanun'un 35. maddesinden ve bu maddeye göre çıkarılan, Bir Üniversite Adına Diğer Bir Üniversitede Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4. ve 5. maddelerinden kaynaklanmaktadır. Anılan Yönetmeliğin 4. maddesinde, araştırma görevlilerinin lisansüstü öğrenim görmek üzere gidecekleri üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünde görevlendirilecekleri;

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

5. maddesinde ise, atanan veya görevlendirilen araştırma görevlilerinin, kadrosunun tahsis edildiği üniversitenin ilgili enstitüsünün düzenleyeceği eğitim-öğretim programına göre eğitimlerini sürdürecekleri ve ilgili anabilim dalında hizmet görecekları açıkça belirtilmiştir. Çoğu kez görüldüğü üzere, ilgili enstitüler de bu kişileri, fakültelerin ilgili anabilim dallarına görevlendirmektedirler. Bu şekilde geçici kadro tahsisi yoluyla görevlendirilen araştırma görevlileri de, ilgili birimdeki diğer araştırma görevlilerinin sahip olduğu hak ve yetkiler çerçevesinde kamu hizmeti görmekte; ilgili birimin tüm faaliyetlerinde görev almakta, mesai yapmaktadırlar. Lisansüstü eğitimleri süresince, diğer araştırma görevlileri gibi, ilgili enstitü müdürlükleri ve fakülte dekanlıklarınca veya ilgili anabilim dalı başkanlıklarınca verilen görevleri yerine getiren araştırma görevlilerinin, Yükseköğretim Personel Kanununun 4. maddesine göre, görev (kamu hizmeti) karşılığı almış oldukları ücretin (maaşın, aylığın) yüzde elli fazlasıyla ödenmesinin izahı mümkün değildir.

Aksi halde, başka birtakım sorunlarla karşı karşıya kalınır. Örnek olarak, araştırma görevlisine yapılan ücretler, yüzde elli fazlasıyla geri talep edildiğinde, lisansüstü eğitimi süresince ilgili araştırma görevlisinin aylık ücreti karşılığında yapmış olduğu kamu hizmetinin karşılığı ne olacaktır? Bu karşılık neye göre hesaplanacaktır? Devlet, bu halde sebepsiz zenginleşmiş olmayacak mıdır? Ayrıca, aynı birimde, 2547 sayılı Kanun çerçevesinde kamu hizmeti gören araştırma görevlilerinin, bir kısmından 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine göre çalışması nedeniyle, görevden herhangi bir nedenle ayrılması durumunda aldığı aylıkların yüzde elli fazlasıyla geri istenmesi; buna karşılık, aynı birimde çalışan diğer araştırma görevlilerinden herhangi bir nedenle ayrılmaları durumunda istenmemesi Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin açıkça ihlalini de oluşturmaktadır. Bu nedenle, kanaatimize göre, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere Yükseköğretim kurumlarında görev verilemeyeceği öngörülmüş olup, yapılan ödemelerin geri alınacağına yönelik olarak ilgili maddede yasal bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle alınan taahhütname de geçersizdir. Eğer, genel hükümlere göre bir iade söz konusu olabilecekse, araştırma görevlilerinden ancak, görmüş oldukları hizmetin karşılığı olarak aldıkları ek harcamalar (örnek olarak, aylık dışında araştırma görevlisine tahsis edilen bilgisayar vb. araçlar ve kırtasiye masrafları gibi) yüzde elli fazlasıyla geri istenebilmelidir. Nitekim, yerel mahkemeler de, benzer gerekçelerle, araştırma görevlilerinin lehine karar vermişlerdir.

B. VİCDANİ KANAAT / HUKUK ETİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Üniversitelerin hukuk fakültelerinde, hukukçu olarak yetişecek genç nesillere, Anayasa, idare ve medeni usul hukuku; hatta, hukuka giriş ve yargı örgütü gibi derslerde verilmeye çalışılan en temel bilgilerin başında;

Yargıtay'ın, adli yargı alanında yüksek mahkeme olduğu (AY m.154; Yargıtay K. m.1); adliye mahkemelerince verilen nihai kararları ve hükümleri son merci olarak inceleyip karara bağladığı, belli türdeki davalara da, ilk ve son derece mahkemesi olarak bakan (AY m.154,I; Yargıtay K. m.13); **ülkede (adli yargı alanında) içtihat birliğini gerçekleştirmekle görevli yüksek mahkeme** olduğu hususları gelmektedir.

Gerçekten'de, Yargıtay'ın en önemli işlevlerinin başında, yurt düzeyinde hukuk kurallarının adliye mahkemeleri tarafından aynı şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Yani, ülkede adli yargı alanında içtihat birliğini gerçekleştirmektir. Benzer konularda, yurdun her yerindeki mahkemeler aynı şekilde karar vermelidir. Başka bir deyişle, mahkemelerin içtihatları (görüşleri, kararları) arasında ayrılık (çelişki) olmamalıdır.

Bu yazıya temel teşkil eden kararlara baktığımızda, ilk bakışta, ilginç bulunan nokta şudur: Her üç kararda da, ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamalarda, yerel mahkemeler, aynı yönde karar vermişlerdir. Yani, birbirine çelişkili karar verme bakımından, ilk derece mahkemeleri arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ne ilginçtir ki, ülkede adli yargı alanında içtihat birliğini gerçekleştirmekle görevli adli yargı alanında üst derece mahkemesi olan Yargıtay, ilk derece mahkemelerinin aksine, kendi içinde içtihat birliğini, somut olaylarda farklı yönde kararlar verilmesini gerektirecek hiçbir neden olmadığı durumda bile yakalayamamıştır¹⁷. Hatta, "35'lik araştırma görevlileri" bakımından benzer olaylara dayanan kararlar arasında içtihat farklılığını daha da ilginç kılan, bu kararların Yargıtay'ın aynı Hukuk Dairesince verilmiş olmasıdır. Halbuki, mevzuatta şu ana kadar bu konuda farklı karar verilmesini gerektiren bir değişiklik yoktur. O halde, şu sorunun sorulması ve buna bir yanıt aranması, kafalardaki karışıklığın giderilebilmesi ve hukuka (yargıya) güven bakımından zorunludur:

Acaba, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin sayın Başkan ve Üyelerinin, aynı yöndeki somut olaylara dayanarak, herhangi bir mevzuat değişikliği olmaksızın, birbirine yakın zamanlarda, tamamen zıt tarzda karar vermeyi gerektirecek gerekçeleri ne olabilir?

Bu sorunun yanıtını vermek için, kararların gerekçelerinden bir sonuca ulaşmak, itiraf etmek gerekirse, pek de mümkün gözükmemektedir. Ancak, tüm bu zorluklara rağmen, yukarıda kısaca özetlenen son iki kararda geçen bazı ibareler dikkate değerdir: **"Dairemizin yerleşik uygulamasını yansıtmayan bir kararı emsal gösterilerek ve taahhütname geçersiz sayılarak yazılı**

¹⁷ "Gerçekten Yargıtay bir prensip mahkemesidir. Asıl görevi hukuk yaratmak, kanunların yurdun her yerinde aynı biçimde uygulanmasını saptamak ve yarattığı içtihatlar ile hukuka yön vermektir..." (Yargıtay Başkanının 1983-1984 Adalet Yılına Açış Konuşmasından, YD, 1983/4, s.422).

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir”. Bu gerekçeden anlaşılabilirdiği kadarıyla, farklı şekilde verilen ilk özetlenen karar, “15. Hukuk Dairesinin yerleşik içtihatlarını yansıtmamaktadır”. O nedenle de, “emsal karar olarak gösterilemez”.

Şimdi ise, yeni bir sorunun çözümlenmesi gerekmektedir. Bu ise, aynı Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin, 16.01.2003 tarihli, E.2002/5025; K. 2003/203 sayılı, araştırma görevlisinin lehine vermiş olduğu onama kararını, eğer, “yerleşik uygulamayı yansıtmıyorsa”, “emsal kararlara aykırılık teşkil etmekteyse” niçin verdiğidir. Yine itiraf etmek gerekirse, gerekçeli kararın dışında dosyanın tamamını inceleme olanağı bulamadığımız için, bunun temeline yönelik bir bilgi bizim elimizde mevcut değildir. Ancak dosya bir bütün olarak incelendiğinde (kefiller bakımından), bu hususu aydınlatmaya yarayacak bilgi veya belgelerin ya da sosyal gerçekliğin ortaya çıkabileceği düşüncesini taşımaktayız¹⁸.

Gelinen bu noktada, aynı Yargıtay Hukuk Dairesi’nin kararları çelişmektedir. Mahkemelerin benzer (veya aynı nitelikteki) olaylar hakkında verdikleri kararlar arasında çelişki bulunması, kanun önünde eşitlik ilkesini (AY. m.10) zedeleyeceği gibi, adalet duygusunu incitici ve yerine göre temelden sarsıcı bir etki de yapabilir¹⁹. Yargıtay ise, bunun önlenmesi için orada

¹⁸ Yargıtay’ın 15. Hukuk Dairesinin sayın Başkan ve Üyelerinin, bir an için, yanıldıklarını düşünmek de somut gerçekliğe uygun düşmemektedir. Çünkü, aynı daire, son kararında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 9.4.1997 gün, E.1996/15961, K.1997/309 sayılı, ikinci grup kararlarla aynı yönde olan kararına atıf yapmaktadır. Söz konusu kararda da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, özetle, davalı araştırma görevlisinin, bu sıfatla çalışmayı kabul ettiği; mesleği itibarıyla mecburi hizmet yapacağını bildiği ve bu durumu başından beri bilerek sınava girip kazandığı, sonrasında da kendi isteği üzerine atandığı; yüklenme senedini de, kendi iradesi ile imzaladığı; Erciyes Üniversitesinden maaş almak suretiyle, Ankara Ü. Tıp Fakültesinde 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmeliğe göre uzmanlığını yaptığını, 35. maddede, mecburi hizmetin genel hükümlere göre yerine getirileceğinden Devlet Memurları Kanununun 225. maddesinin bu olay bakımından da uygulanması gerekeceği; davalıya, maaşın, Erciyes Üniversitesi bütçesinden herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın ödendiği gibi ikinci grup kararlarda belirtildiği üzere hüküm kurulmuş, ilk derece mahkemesinin araştırma görevlisi lehine verilen direnme kararı bozulmuştur (Yayımlanmamıştır).

Şimdi burada sorulması gereken şudur: Somut olay bakımından benzer bir olayda (uyuşmazlıkta), Hukuk Genel Kurulunun açık bir emsal kararı varsa; bu emsal karar “15. Hukuk Dairesinin yerleşik içtihatlarına da uygun”sa; o halde, aynı konuda ve birbirine yakın zamanlarda çelişik kararlar veren 15. Daire, Başkan ve Üyelerinin yanıldıklarının ya da emsal kararları unuttuklarının ileri sürülmesi, onların buldukları makamın ve Türk Milleti adına kullandıkları yargısal yetkilerinin hafife alınması değil midir?

¹⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 12.06.1969, 38/34 (RG, 29.01.1970, S.13412, s.11-13); **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder**: Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2005, s.805-805; **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet**: Medenî Usul

bulunmakta; Anayasal yetkiler kullanmaktadır²⁰. Mahkemelerin benzer konulardaki kararları arasında çelişki olmaması, öncelikle, Yargıtay dairelerinin (veya kurullarının) somut olaylar bakımından verdikleri kararlarla sağlanır²¹. Bir Yargıtay dairesinin kararları arasında uyum (ahenk) bulunmaması, kanunların bütün yurttta ve Anayasal anlamda eşit haklara sahip olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları arasında aynı şekilde uygulanmadığı sonucuna bizi götürebilir.

Benzer olaylar bakımından farklı türlerde kararların çıktığı (Yargıtay'ın kararları arasında belirtilen tarzda ahenk olmadığı) durumlarda, kanunların tüm yurttta aynı şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla, Yargıtay kararları arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi gerekir. Bu ise, içtihatların birleştirilmesi yoluyla olur²². Belirtmek gerekir ki, içtihatların birleştirilmesi, bu aşamadan sonraya etkili sonuçlar doğuracaktır. Başka bir ifadeyle, bu aşamadan sonra yapılan bir içtihat birleştirme, etkisini bundan sonra verilecek kararlar bakımından gösterecektir²³. Eğer, içtihadı birleştirme kararı, yukarıda özetlenen

Hukuku, Ankara 2005, s.76-79; **Üstündağ, Saim**: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s.54-65; **Kuru, Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, İstanbul 2001, s.4942.

²⁰ Yargıtay'ın bu görevi Anayasa Mahkemesinin bir kararına şu şekilde yansımıştır: "Anayasanın 134. maddesi (1982/154) gereğince Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme yeridir. Hakimler de her insan gibi yanılabilir, usul ve yasaya aykırı kararlar verebilir veya hakimlerin verdikleri kararlar taraflar için doyurucu olmayabilir. Bu durum, mahkeme kararlarına karşı mahkemenin kendisine veya başka bir mahkemeye başvurarak bu kararların yeniden incelettilmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Yargıtay, bu zorunluluğu karşılamak gereği ile ve özel yasa ile kurulmuştur. Anayasa da bu niteliğini belirterek Yargıtay'ı, Anayasa kurumları arasına almıştır. Bundan başka Yargıtay, ülkede içtihat birliğini gerçekleştirmekle de görevlidir. Çünkü, hakimlerin belli olaylarda uyguladıkları yasaları ve öbür hukuk kurallarını kendi kanılarına göre başka başka biçimde yorumlama olanağı bulunduğundan, mahkemelerin benzer olayda verdikleri kararlar arasında çelişmeler doğabilmekte ve bu çelişmeler Anayasanın 12. maddesinde (1982/10) tanınan yasa önünde eşitlik ilkesini zedelemekte ve bundan dolayı içtihatlar arasında birlik sağlama zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Anayasanın 139. maddesi hükmü ile 12. maddesi hükmü bir arada düşünülünce, Yargıtay'ın anayasal görevleri arasında içtihat birliğini sağlama görevinin bulunduğu da açıkça görülmektedir". Anayasa Mahkemesi Kararı, 12.06.1969, 38/34 (RG, 29.01.1970, S.13412, s.11-13).

²¹ Geniş bilgi için bkz. **Kuru, Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, İstanbul 2001, s.4942-4980; **Kuru, Baki**: İctihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977; **Yılmaz, Ejder**: "İctihadı Birleştirme" veya "Adalettteki Çelişkiye Son Verme" İhtiyacı, (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII 9-10 Haziran 2000, Ankara 2000, s.1-19); **Üstündağ**, s.54-65.

²² **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.805; **Üstündağ**, s.54-65; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s.78.

²³ "...İctihadı birleştirme kararlarının kesin hükme bağlanmamış ve henüz mahkemelerde bulunan davalara uygulanma zorunluluğu vardır. Böylece, içtihadı birleştirme kararları ile kesin hükmün hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaya olanak yoktur..." Y. 5. HD,

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

birinci karar lehinde olursa, diğer iki karar aleyhine olan kişilerin hiçbir mantıklı temel olmaksızın ödemek durumunda kaldıkları miktarlar ne olacaktır? Bilinmelidir ki, halk dilinde bir ata sözü bulunmaktadır; “ateş düştüğü yeri yakar”. Buna karşılık, içtihadı birleştirme kararı, yukarıda özetlenen birinci karar aleyhinde olursa, sonraki iki kararda, aleyhine belli bir meblağın ödenmesi kararı verilen kararların haklılığı ortaya çıkacak; bundan sonraki uygulama da, aynı yönde sürecektir. Ancak, bu halde de, aynı durumda olmalarına karşın, belirlenen meblağı ödemek durumunda kalan kişilerin (bundan sonra da ödemek durumunda kalacak onlarca 35’likzedelerin) yerine göre farklı tarzda karar verebilen yüksek yargıya karşı nasıl güven duygusu içinde olacaklarını sağlamak açısından çözümler üretmek gerekir.

SONUÇ YERİNE

Burada son olarak, başta söylediğimiz sözü tekrar etmek gerekirse; her ne kadar, Anayasanın 138. maddesinin birinci fıkrasında, “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” kuralı yer alsın da, bu vicdani kanaat oluşturulurken, kanun ve hukuk, kararın temel yapı taşlarını oluşturur. Bu anlamda, hakimlerin karar verirken sahip oldukları vicdani kanaat, yargı organlarını tartışır bir duruma sokan etik sorun haline gelmemeli; karardan doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenenlerin hukuka (yargı organlarına) güvensizliği sonucuna yol açmamalıdır²⁴.

11.02.1983; (YKD, 1984/7, s.1030). “...İçtihadı birleştirme kararı, yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yenilik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir...” Anayasa Mahkemesi Kararı, 12.06.1969, 38/34 (RG, 29.01.1970, S. 13412, s.11-13).

²⁴ Aynı Yargıtay Dairesinin, benzer olaylar hakkında mevzuatta bir değişiklik olmaksızın kısa aralıklarla farklı (birbirine zıt) kararlar vermesi, bu yöndeki kararın yanlışlıkla ya da dikkatsizlik, özensizlik sonucu verildiği noktasında kuvvetli emarelerin de bulunmaması sonucuna bağlı olarak, ister istemez, “şeriatın (yargının) kestiği parmak acımaz” özlü sözü ile, şu meşhur hikayeyi akla getirmektedir: Rivayete göre, Nesimi, sivri dilli biri imiş. Bundan dolayı, yörenin müftüsü tarafından derisinin yüzülerek cezalandırılmasına karar verilmiş. Nesimi’nin yüzülmesine fetva veren müftü, Nesimi yüzülürken sağ elinin şahadet parmağını sallayarak, “bunun kanı da pistir. Bir uzva damlasa, o uzvun kesilmesi gerekir” demiş. Tam bu sırada, Nesimi’nin bir damla kanı müftünün işaret parmağına sıçramış. Meydanda bulunan hal ehli bir can; “müftü efendi! fetvanıza göre, parmağınızın kesilmesi lazım” demiş. Şeriatın (yargının) kestiği parmak kendi parmağı olunca acıyacağının farkına varan müftü; “kesmek gerekmez, biraz suyla temizlenir” demiş. Bunu duyan Nesimi, kanlar içinde, şu beyiti içeren gazelini okumuştur:

“Zahidin bir parmağın kessen dönüp Hak’dan kaçır.

KISALTMALAR

D.	:Danıştay
DİDDGK	:Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
E.	:Esas
HD.	:Hukuk Dairesi
K.	:Karar
KHukA	:Kamu Hukuku Arşivi
RG.	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa
Ü	: Üniversite
YD	:Yargıtay Dergisi
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
YÖK	:Yükseköğretim Kurulu

KAYNAKÇA

- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref** :Yönetim Hukuku, Ankara, 2005.
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/**
- YILMAZ, Ejder** :Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2005.
- KURU, Baki** :Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, İstanbul 2001.
- KURU, Baki** :İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977.
- ÖZAY, İl Han** :Günüşiğinde Yönetim, İstanbul, 1996.
- ÖZEKES, Muhammet** :“Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu”, Eskişehir Barosu Dergisi, Ayrı Bası, 2005/6.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/**
- ÖZEKES, Muhammet** :Medenî Usul Hukuku, Ankara 2005.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim** :Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

Gör bu miskin âşıkı serpa soyarlar ağlamaz” (Rivayet için bkz. **Yıldırım, Ramazan:** “İptal Davalarının Objektifliği ve İdarenin Takdir Yetkisine İlişkin Danıştay 8. Dairesinin Bir Kararının Değerlendirilmesi”, KHukA 2005/2, s.25, 28)

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”

YILDIRIM, Ramazan :“İptal Davalarının Objektifliği ve İdarenin Takdir Yetkisine İlişkin Danıştay 8. Dairesinin Bir Kararının Değerlendirilmesi”, KHukA 2005/2.

YILDIRIM, Ramazan :“Üniversite Kurumunun Dört Güncel Problemi”, KHukA, 1998/1, s. 46-48.

YILMAZ, Ejder :“İçtihadı Birleştirme” veya “Adaletteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı, (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII 9-10 Haziran 2000, Ankara 2000, s.1-19)

"Yükseköğretim Kanununda Yer Alması Gereken Temel İlkeler Hakkında Rapor", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1993/1-4, 1993.

Makaleler

Kamu Hukuku

STATE SECRET AS AN INSTRUMENT TO MAINTAIN STATE SECURITY

Associate Professor Dr. Cemil KAYA*

Özet

Devlet sırrı, açıklandığında, devletin birliğini, bağımsızlığını, anayasal düzenini, iç ve dış güvenliğini ve uluslararası ilişkilerini tehlikeye düşürecek bilgi ve belgeler olarak tanımlanır. Bu kavram devletin güvenliğine ve nihayetinde toplumun ve bireylerin güvenliğine hizmet eder. Her devlet bir şekilde bu çeşit gizliliğe sahiptir. Modern demokratik devlet, aynı zamanda, devlet sırrı istisnası hariç, idarenin sahip olduğu bilgi ve belgelere erişim sağlama yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, bilgiye erişim hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için devlet sırrı kavramı açık bir şekilde tanımlanmalıdır. Bilgi edinme hakkı ve devlet sırrları arasında gerçek bir denge sağlanmalıdır.

Bu makale devlet güvenliğini sağlamanın bir aracı olarak, devlet sırrı kavramını, unsurlarıyla içeriğini tanımlamaya çalışmaktadır. Makalede, konuyla ilgili olarak yürürlükteki Türk mevzuatı ve karşılaştırmalı hukukun iki önemli örneği olarak İngiltere ve Amerika uygulaması incelenmektedir. Makale, devlet sırrı konusunun özel bir kanunla düzenlenmesi gerektiği, ancak Türkiye’de bu konuda bir kanun tasarısı hazırlanmasına rağmen henüz kanunlaşmadığı sonucuna varmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Devlet Sırrı, Devlet Güvenliği, Ulusal Güvenlik, Casusluk, Terörizm

Abstract

State secret is defined as information and documents which endanger a state’s unity, sovereignty, constitutional order, internal and external security and international relations when disclosed. This serves for the security of the state and ultimately of the society and individuals. Every state has this kind of secrets in one way or another. Modern democratic state is also under an obligation to give access to information held by state organs (freedom of information), with the exception of state secrets. Therefore for right to access to information to be effective state secret must be defined clearly. A right balance must be struck between freedom of information and state secrets.

* Selcuk University Law Faculty.

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

This article attempts to define the term state secret and its contents with its elements as an instrument to maintain state security. It examines the current Turkish legislation on the matter and the US and UK experiences as two important examples of the comparative law. It concludes that state secrets have to be regulated by a specific law on the subject and this is not the case in Turkey where a draft bill is introduced but not enacted as law yet.

Keywords: State Secret, State Security, National Security, Espionage, Terrorism

INTRODUCTION

In today's world people demand to be aware of the activities of their governments and participate in the administrative process in one way or another. Democratic state tradition acknowledges their right to access information on state activities. Governments are forced to share information with their citizens as a result of dramatic advancements in the information technologies of the 21st century. Information technologies not only make it easier to compile, produce, classify and store information but also provide easy and cheap access to information which became publicly available.

People prefer to live in a "democratic" state where information on its activities is available. At the same time, as a result of human nature they are in need of living in a "secure" state. Unlimited access to all information held by a government sometimes might cause harm to an individual by making public his privacy of individual life and sometimes might cause harm to state security and public order. 11 September 2001 terror events in the US have led the whole world to redefine terrorism, to develop new tactics in combat against terrorism and to accept that the prime threat to the world which is in the age of information and technology is terrorism. For this respect, states do not allow their legislation to be used against themselves and take all the measures necessary to this end. Measures include the essential legislation in penal, state civil servant, procedure, freedom of information acts to maintain state security. The legislation maintaining state security is often formulized in the "state secret" term.

In fact state secret is an information which belongs to society but, for a variety of reasons, the society should not have access to it. Public interest in keeping this kind of information unaccessible is higher than making it available. On the other hand, there is a threat that governments might avoid providing information to their citizens in the name of state secret. In short, state security approach should not endanger democratic society and its development. For this reason it is very important to find out what makes state secret, who decides this, how it is held and how long it is regarded as state secret.

I. STATE SECRET

A. In General

State secret is a secrecy field which is accepted almost by all countries and referred sometimes as state's security, state's high interests and official secret. Information and documents which are state secret are kept unavailable because of risking the security of state. Some information and documents are regarded state secret because this protects state's national security, its defense policy, international interests and relations¹. It could be stated that the information which endanger state's security and interests when become available must be kept secret. It is also obvious that a free exchange of informations is vital for democracies. But this should not make state secrets available².

Governments in democratic societies are accountable both in their foreign affairs and national security issues to the electorate³. Foreign affairs and

¹ **Akılloğlu**, Tekin, Yönetimde Açıklık – Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı (Openness – Secrecy in Administration and Freedom of Information), I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990, p. 808.

² **White**, Laura A., The Need for Governmental Secrecy: Why the U.S. Government Must Be Able to Withhold Information in the Interest of National Security, *VJIL*, vol. 43, no. 4, 2003, pp. 1084-1085, 1089.

³ The term national security is many sided political, economical and legal term. **Akgüner**, Tayfun, 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu (National Security and National Security Council Under 1961 Constitution), İstanbul University Publishing, İstanbul 1983, pp. 9, 43, 231; **Akgüner**, Tayfun, Some Thoughts on National Security Concept, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Vakur Versan'a Armağan Özel Sayısı, Year 6, Dec. 1985, no. 1-3, p. 6. **Akgüner** defines national security as protecting and securing state independence and unity as well as national sovereignty when they are under a real or imminent threat at international or national arena by the authorized organ or organs in accordance with the constitution. **Akgüner**, Milli Güvenlik (National Security), pp. 96, 231. National security is also defined by **Yayla** as protecting the state and country from internal and external dangers at peace and war. **Yayla**, Yıldızhan, *İdare Hukuku I (Administrative Law I)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, pp. 37-38. According to **Duran**, national security also includes the protection not only from external but also from internal threats. **Duran**, Lûtfî, *İdare Hukuku Ders Notları (Course Notes on Administrative Law)*,

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

national security are especially vital for a state's survival. This is historical as well as a rational fact⁴. It is reasonable that there should be a difference between a state's relations with its citizens and a state's relations with other states⁵.

Despite the democratic advancements in international community, governments still advance four arguments for keeping secret their international relations and security issues⁶: 1) There is not a general acceptance of open diplomacy in international relations, 2) Every government is responsible for the national security of its country. This includes secrecy of defence forces, defence plans and espionage, 3) An information made available to a citizen might be accessible by other governments and might endanger the national security for which a state is responsible, 4) Only a government can reasonably decide whether the information in its possession is state secret or not. Because it is the only one with adequate experience.

B. Problem of Definition

A secret is something that is known to only a small number of people and is not disclosed⁷. State secret, to some, cannot be defined easily⁸ or sometimes at all⁹. State secret is a means to mark the boundaries of two fields: a field an individual is "allowed to know" and a field an individual is "banned from knowing"¹⁰. *Akilloğlu* argues for the exceptionality of state secrets and that it should be defined in a single legislation on freedom of information¹¹.

İstanbul 1982, p. 129. For national security challenges of openness see **Mendel, Toby**, *National Security v. Openness*, in Campbell Public Affairs Institute, *National Security and Open Government: Striking the Right Balance*, New York 2003, pp. 1-30.

⁴ James I stated in the 17th century that "No-one shall presume henceforth to meddle with anything concerning our government or deep matters of State". **Bok**, p. 172. Mentioned in **Marsh**, Norman S., *Access to Government-Held Information: An Introduction*, in Ed. Norman S. Marsh, *Public Access to Government-Held Information: A Comparative Symposium*, Steven & Son Ltd. London 1987, p. 8, fn. 20.

⁵ **Marsh**, *An Introduction*, p. 8.

⁶ **Marsh**, *An Introduction*, p. 9.

⁷ **Collins Cobuild Dictionary**, Oxford 1990, p. 715.

⁸ **Akilloğlu**, p. 808.

⁹ **Savaş**, Vural – **Mollamahmutoğlu**, S., *Türk Ceza Kanunu Yorumu (Interpretation of Turkish Penal Code)*, v. II, Ankara 1995, p. 1439.

¹⁰ **Özek**, Çetin, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına (From Freedom of Press to Right to Information)*, İstanbul 1999, p. 70.

¹¹ **Akilloğlu**, p. 814, fn. 13.

Yıldırım, too, points out that state secret should be defined in a way to cover all of its elements and to exclude everything which is not connected to it and also, according to him, an exhaustive list of what information and documents make state secret should be given in the legislation¹².

German Penal Code (Strafgesetzbuch – StGB) defines state secret in its Article 93 as¹³: “(1) State secrets are facts, objects or knowledge which are only accessible to a limited category of persons and must be kept secret from foreign powers in order to avert a danger of serious prejudice to the external security of the Federal Republic of Germany. (2) Facts which constitute violations of the independent, democratic constitutional order or of international arms control agreements by virtue of having been kept secret from the treaty partners of the Federal Republic of Germany, are not state secrets”.

It could be put forward that state secret is information and documents which endanger a state’s unity, sovereignty, constitutional order, internal and external security and international relations when disclosed.

C. Problem of Content

Another problem associated the definition is the content of state secret. Because a most effective means to maintain state security is state secret and it might involve almost everything. Therefore, first of all its content must be clarified. In so doing, due to democratic rules it seems useful that a number of things included by state secret must be reduced¹⁴ and they must be regarded as state secrets only for a limited time.

Özek lists criteria and limitations with regard to the clarification of the nature and content of the state secret as: a. state secret is an information which must be kept secret due to its nature. Information on national defence, international relations, protection of democratic order are examples as such. b. State secret as determined by the administrative power is acceptable only if it aims to protect democratic constitutional order and if it is necessary to be kept secret. c. “Power” and “procedure” must be clarified before an information is regarded secret, for both due to its nature and administrative authority. It should not be possible to make an information secret by means of personal power. d. Clarification of power and procedure in determining state secrets is not enough

¹² **Yıldırım**, Ramazan, *İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü* (Right to and Freedom of Access to Information in Administrative Law), T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, (17-18 Jan. 1998), pp. 236-237.

¹³ Available at <http://www.iuscomp.org/gla/index.html>

¹⁴ **Özek**, p. 62.

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

for freedom of information and transparent administration. Power to determine should be limited. Its reason must be made clear. e. There must be a correlation between national defence and state secret. Disclosure of a secret must result in a breach of national defence¹⁵.

Akilliođlu points out that the most important point in state secret is substance: as a matter of substance it is state secret¹⁶. He argues that it cannot be acceptable if the administration in using its discretionary power extends the limits of state secrets by including some other information in state secret form¹⁷.

In general, most of the information regarding armed forces and intelligence activities that are responsible for the security of a country and information on policies towards foreign governments are regarded within the meaning of state secret¹⁸. The extend of the meaning of state secret are rather wide in some countries like Italy and narrow in some other countries like Germany and Spain¹⁹. In Spain, issues that may harm security and defence of the state are regarded as state secrets under a law of 7 October 1978²⁰.

Bayraktar, whose point of departure is comparative law, is of the opinion that only information regarding national defence could be considered state secret²¹. It may be argued that all the information and documents regarding a state's unity, sovereignty, constitutional order, internal and external security and international relations must be accepted as state secrets. These terms themselves are also vague but it must be acknowledged that the term state secret cannot be defined in absolute terms and it is always subject to doubt. A reasonable way is the enactment of a state secrets law and enumerate all state

¹⁵ **Özek**, pp. 66-67.

¹⁶ **Akilliođlu**, p. 809. Otherwise, it would be possible for administration to regard whatever information it deems necessary as state secret. **Özek**, p. 215.

¹⁷ **Akilliođlu**, p. 808.

¹⁸ **Eken**, Musa, Kamu Yönetiminde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkı (Openness and Freedom of Information in Public Administration), Unpublished PhD Thesis, İzmir 1993, p. 16; **Eken**, Musa, Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı (The Tradition of Secrecy and Need for Openness in Public Administration), *Amme İdaresi Dergisi*, v. 27, June 1994, no. 2, p. 29.

¹⁹ **Bayraktar**, Köksal, İdare ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı (Freedom of Information in Administrative and Criminal Law), Bilgi Edinme Hakkı Paneli (5 Mayıs 2004), *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, No: 63, Ankara 2004, p. 114.

²⁰ **Bayraktar**, p. 114.

²¹ **Bayraktar**, pp. 115, 117.

secrets. Depending on the importance of interests protected state secrets law must determine maximum durations for the information to be kept secret.

II. STATE SECRETS IN TURKISH LAW

A. Law in Force

There are a great number of provisions with regard to state security and secrets in Turkish law. No doubt it is not possible to examine all of them here. Only the most important ones that characterize the Turkish law on the subject will be touched upon. In article 26 of the Constitution which deals with freedom of expression and dissemination of thought there is a reference to state secrets. Under this provision one exception, among others, to this freedom is “withholding information duly classified as a state secret”. Similarly article 28 of the Constitution states with regard to freedom of the press that “Anyone who writes or prints any news or articles which threaten the internal or external security of the state or the indivisible integrity of the state with its territory and nation, which tend to incite offence, riot or insurrection, or which refer to classified state secrets and anyone who prints or transmits such news or articles to others for the above purposes, shall be held responsible under the law relevant to these offences”.

Apart from these articles of the Constitution there are also various acts and statutory instruments containing provisions on state secrets. Turkish Penal Code (No. 5237)²² prevails among others. Its Chapter Four Part Seven (articles 326-339) is entitled as “Crimes against State Secrets and Espionage”. Anyone who terminates, harms, frauds or uses, even temporarily, for purposes other than prescribed, or steals in part or whole, documents regarding state’s security or internal and external interests (Art. 326), who obtains the information which is supposed to be kept secret as a matter of its nature for state’s security and internal and external interests (Art. 327), who obtains for the purposes of political and military espionage (Art. 328), who discloses (Art. 329), who discloses for the purposes of political and military espionage (Art. 330) is sentenced to prison. Similarly a Turkish citizens or a foreigner in Turkey who obtains the information which is supposed to be kept secret as a matter of its nature for a foreign state’s security and internal and external interests for the purposes of political and military espionage for another foreign state is sentenced to prison (Art. 331). Under Turkish criminal law, anyone who uses or allows to be used for his or others interest scientific or industrial innovations or inventions which are supposed to be kept secrets for the security of the state is sentenced both to prison and monetary sentence (Art. 333). Anyone who obtains the information whose disclosure is forbidden by the authorized administration

²² Official Gazette, 12.10.2004, No. 25611.

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

in accordance with acts and statutory instruments and which is supposed to be kept secret as a matter of its nature (Art. 334), who obtains for the purposes of political and military espionage (Art. 335), who discloses (Art 336) or obtains for the purposes of political and military espionage (Art 337) is subject to prison sentence. Anyone who holds, without a reasonable explanation, the information which is supposed to be kept secret for state's security and internal and external interests or the information whose disclosure is forbidden by the authorized administration and which is supposed to be kept secret as a matter of its nature might face prison sentence (Art. 339). When the above mentioned crimes are committed in time of war there is a heavier sentences.

State secret carries an importance in procedure of justice acts as well. Code of Criminal Procedure (No: 5271)²³ in its Article 47 which is entitled "Witnessship with regard to information on state secrets" in principle acknowledges that when the information is relevant to a crime it cannot be kept secret in a court of law. The same article defines state secret as the information whose disclosure may harm state's foreign relations, national defence and national security, or constitutional order. Second paragraph of the article provides that if the information concerning witnessship is state secret, the witness is questioned by only the judge or the judges board. Judge or the president of the court allows only the information which is necessary for the relevant crime to be solved to be recorded in memorandum. This provision is applicable only for crimes which are sentenced by a minimum 5 year or more prison. (Art. 47 (3). In cases where the witness is the President of the Republic the nature of the secret will be determined by his discretion. (Art. 47 (4).

The Code of Civil Procedure (No: 1086)²⁴, by its article 249, regulated the witnesship on information which is of the nature of state secrets. It sets forth by the article that the persons who worked for the state cannot be called to testimony before a court of law as witnesses provided that there is a permission of official authorities. The official authorities are the Turkish Grand National Assembly for the members of parliament, the President of the Republic for the Members of the Council of Ministers and the relevant minister for other public employees. The official authorities cannot abstain from giving their permission with the exception of state interests. The permission can be asked in written form upon a court decision. Only after these procedural requirements are met the witness can testimony in a court of law.

²³ Official Gazette, 17.12.2004, No. 25673.

²⁴ Official Gazette, 1.7.1927, No. 622.

Article 20 of the Procedure of Administrative Justice Act (No: 2577)²⁵ states that the Council of State, administrative and tax courts carry out all examinations about the actions before them, of their own motion and they may ask the parties and other persons and authorities to send documents they deem necessary and to present all kind of information within a determined period. The fulfillment of this is compulsory. However, if the information and documents asked for concern the State's security or high interests or concern a foreign government along with the State's security and high interests, the Prime Minister or the Minister concerned may refuse to give the information and documents to the courts. But it is under an obligation to notify the reasons.

The Rules of Procedure of the Turkish Grand National Assembly contain provisions on state secrets, too²⁶. Its article 70 (4) entitled "closed sessions" provides that no one who has a right to participate in the closed sessions of the Assembly can make a public comment and the sessions are kept as state secrets. Article 105, its title reads "Parliamentary Inquiry Commission and its Powers", of the rules of procedure exempts state secrets and trade secrets from parliamentary inquiries. This exception gives the government in power to block a parliamentary inquiry by classifying the information which could be essential for inquiry as state secrets. Therefore diminishes the power of the parliament to make inquiry.

It is provided by article 16 of the Freedom of Information Act (No: 4982)²⁷ state secrets are the exceptions to access to information and documents. The article's title is "the Information and Documents Pertaining the State Secrets" and it is as follows: "The information and documents which qualify as state secrets which their disclosure clearly cause harm to the security of the state or foreign affairs²⁸ or national defence²⁹ and national security are out of the

²⁵ Official Gazette, 20.1.1982, No. 17580.

²⁶ Official Gazette, 13.4.1973, No. 14506.

²⁷ Official Gazette, 24.10.2003, No. 25269.

²⁸ 'Causing harm to state's foreign relations' criterion must be noted. The criteria like 'security', 'national defence' and 'national security' mentioned in the same article are defined by the constitution. But there no criterion of 'Causing harm to state's foreign relations' in the constitution. There is a problem of the consistency with the constitution since the new criterion is based on the act but has not a constitutional basis. Furthermore its vagueness is also open to discussion. **Gemalmaz**, Mehmet Semih – **Gemalmaz**, Haydar Burak, Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı (In the Light of Supra-National Human Rights Standarts Freedom of Information, Thought – Expression and

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

scope of the right to information provided herein". It could be argued on the basis of the words "clearly cause harm" contained in the text of the article 16 the information and documents with a "potential" to cause harm to the national security of the state are exempted. Besides, it is obvious that the administration has a very broad discretionary power in telling what qualifies as the security of the state, its foreign affairs and national defence and security.

In Turkish law there is a special procedure for the trial of public employees. This procedure makes the trial of public employees for offences relating their jobs more difficult. The Act on the Trial of Public Servants and other Public Employees (No: 4483)³⁰ regulates the procedure. The Declaration of Assesses and Fight against Bribery Act (No: 3628)³¹, by its article 17, provides that the procedure for the trial of public employees, with the exception of undersecretaries, province and district governors, is not applicable to offences regarding to disclosure of state secrets and to participation in disclosure.

There are also some specific sanctions introduced to those who endanger the security of the state by disclosing state secrets in Turkish law. For instance, anyone who is sentenced for the disclosure of state secrets cannot be admitted to civil service³², cannot become a member of political parties³³, cannot carry goods and persons by air transport³⁴, cannot be free accountants and financial counsels³⁵, cannot open private employment agencies³⁶. Sometimes under certain circumstances state pardons cannot be applied to the public employees who, as a result of disciplinary action, were sent away from their jobs³⁷.

Communication Legislation in Turkey, Yazihane Yayınları, İstanbul 2004, p. 256.

²⁹ Information on national defence is regarded as state secrets, too. CE 2 Octobre 1963, Coulon, Rec. p. 468. Mentioned in **Akilloğlu**, p. 815.

³⁰ Official Gazette, 4.12.1999, No. 23896.

³¹ Official Gazette, 4.5.1990, No. 20508.

³² State Servants Act (No: 657). Art. 48/A-5.

³³ Political Parties Act (No: 2820). Art. 11/2.

³⁴ Turkish Civil Aviation Act (No: 2920). Art. 18.

³⁵ Free Accountants, Free Accountant Financial Advisor and Oathed Financial Advisors Act (No: 3568). Art. 4/d.

³⁶ Turkish Labour Council Act (No: 4904). Art. 17.

³⁷ Civil Servants and Other Public Employees Pardon Act (No: 4455) Art. 1.

B. Draft Bill on State Secrets

As could be seen there is no an official or state secrets act in Turkey today. It seems necessary to have such an act to make it clear what kinds of documents and information are state secrets especially after the Freedom of Information Act came to in force. This is because if Turkey would not have such an act a state employee can abstain from providing an information in the name of state secrets due to heavy penalties imposed on those who discloses state secrets as mentioned in the previous section, thereby Freedom of Information Act could not be made useful, or, on the other hand, if all the information would be released the information to which access is granted could risk the security of the state. This is an extremely important and fragile issue. Furthermore, the current legislation contains inadequate and sometimes contradictory provisions on state secrets.

For all the reasons explained, the Ministry of Justice prepared a draft on the subject in May 2004. The draft attracted fierce criticism and a 13 article new draft was prepared on consultations with civil society organizations and academics. Then the new draft was submitted to the Prime Ministry on 24 November 2005. Its official title is the “Draft Bill on State Secret”. Article 1 of the bill sets forth its aim as to regulate how secret information and documents on state secrets will be protected, disclosed and to regulate the obligations with this respect. Under its article 2 the bill would be applicable to all public establishments, councils and institutions as well as natural and legal persons who are related to documents and information on state secrets. It could be said that only official secrets are within the scope of the bill.

Article 3 defines the general characteristics of documents which are considered state secrets. Under this article state secret is documents and information which access to or disclosure of might harm the state’s foreign relations, national defence or national security; might imperil constitutional order or foreign relations and therefore they are to be kept secrets as a matter of their nature. Article 3(2) prohibits the interpretation of this provision in a manner against the requirements of the democratic order of the society and the rule of law.

Apart from state secrets there is also another category of information covered by the bill, namely “other secret information and documents” which contains documents and information to which access can imperil the economical interests of the State, the State intelligence, military services, administrative investigation and judicial investigation and prosecution and the information and documents regarding the activities of authorized administrations prescribed as

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

such³⁸. In addition the bill is subject to provisions on secrecy of the bilateral and multilateral international treaties to which Turkey is a party³⁹. A State Secret Council whose function is to determine state secret would be established in accordance with the draft bill⁴⁰. The bill also sets the time limits for state secrets⁴¹. It is accepted by the bill that the procedure and principles with regard to its application would be set forward by a by-law to be enacted by the Prime Ministry⁴².

III. STATE SECRETS IN COMPARATIVE LAW

Apart from Turkish law, maintaining state security is an agenda item which is among the ones at the top in comparative law. Especially international terrorism led many states particularly the USA and EU countries to take serious measures with regard to national security. These measures are closely linked to the notion of state secret. The USA and UK will be examined with that regard as examples.

A. United States

The need for secrecy of certain information goes back to the Founding Fathers⁴³. The Founders kept secret the diplomatic, military and intelligence sensitive information, not only from enemy states but also from the American people if that information was to maintain its vitality⁴⁴.

In the aftermath of the 11 September 2001 terrorist attacks the secrecy debate took on a new importance in the USA. The USA has a tradition of openness. The terror attacks have compelled a reappraisal of the balance between openness and national security in the USA like in many countries all over the world.

Currently, there is no Official Secrets Act in the USA. A proposal to create a criminal violation for the unauthorized release of classified information

³⁸ Art. 4.

³⁹ Art. 5.

⁴⁰ Art. 6.

⁴¹ Art. 7.

⁴² Art. 11.

⁴³ In contrast T. Jefferson wrote that: "If a nation expects to be ignorant and free, in a state of civilization, it expects what never was and never will be." Mentioned in **Dycus**, Stephen, et. al., National Security Law, Aspen Publishers, Third ed., New York 2002, p. 911.

⁴⁴ **Turner**, Robert F, War and the Forgotten Executive Power Clause of the Constitution: A Review Essay of John Hart Ely's War and Responsibility, 34 VA. J. Int'l L. 903, 922 (1994). Mentioned by **White**, p. 1073.

was vetoed by President Clinton in 2000. The then President stated “There is a serious risk that this legislation would tend to have a chilling effect on those who engage in legitimate activities”⁴⁵.

The Espionage Act of 1917 was a United States federal law passed shortly after entering World War I. It was made a crime for a person to convey information with intent to interfere with the operation or success of the armed forces of the United States or to promote the success of its enemies. The crime was punishable by a maximum \$10,000 fine and 20 years in prison. At the moment, two former employees of the American Israel Public Affairs Committee are being prosecuted under the Espionage Act for receiving classified information. The prosecution has generated considerable controversy and interest in the USA⁴⁶.

The Espionage Act and the Sedition Act were used in some prosecutions during and after World War I that would be considered constitutionally unacceptable in the USA. While many of the laws were repealed in 1921, major portions of the Espionage Act remain part of United States law⁴⁷. The United States Congress has also enacted other acts to protect specific types of information.

Standards for the classification and declassification of information are set by the Executive Order on Classified National Security Information which is issued by President Clinton in 20 April 1995 and amended by President Bush in 2003 to further restrict release⁴⁸. Under the Order there are three sets of categories of classification; namely: Top secret, secret and confidential. The Order also requires that all information 25 years and older that has permanent historical value must be automatically declassified within five years unless it is exempted. Decisions to retain classification are subject to the Interagency Security Classification Appeals Panel⁴⁹.

⁴⁵ See Statement by the President to the House of Representatives. 4 November 2000.

⁴⁶ <http://www.irc-online.org/rightweb/profile/1432>

⁴⁷ 18 USC 793, 794.

⁴⁸ Executive Order 12958, as amended by Executive Order 13292, 68 Federal Register 15315 (28 March 2003). See **Hammitt**, Harry A. – **Zaid**, Mark S., National Security Information, in Eds. Harry A. Hammitt – David L. Sobel – Mark S. Zaid, *Litigation Under the Federal Open Government Laws 2002*, EPIC Publications, Twenty-first Edition 2002, p. 35.

⁴⁹ Executive Order 12958.

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

The state secrets doctrine and the closely related Totten doctrine goes back to the American Civil War. *Totten v. United States* is an infamous case in this respect⁵⁰. It was a case brought by the heir of a spy for President Lincoln. The action was brought to recover compensation for services alleged to have been rendered by the claimant's intestate, William A. Lloyd, under a contract with President Lincoln, made in July, 1861, by which he was to proceed South and ascertain the number of troops stationed at different points in the insurrectionary States, procure plans of forts and fortifications, and gain such other information as might be beneficial to the government of the United States, and report the facts to the President. He was to be paid \$200 a month for these services. The Court of Claims found that Lloyd proceeded, under the contract, within the rebel lines, and remained there during the entire period of the war, collecting, and from time to time transmitting, information to the President; and that, upon the close of the war, he was only reimbursed his expenses, not the \$200 per month that President Lincoln allegedly promised him. The Supreme Court dismissed Totten's claim to preserve national security interests.

The President was undoubtedly authorized during the war, as commander-in-chief of the armies of the United States, to employ secret agents to enter the rebel lines and obtain information respecting the strength, resources, and movements of the enemy; and contracts to compensate such agents are so far binding upon the government as to render it lawful for the President to direct payment of the amount stipulated out of the contingent fund under his control.

The Court held that it was against public policy for a court to hear a case in which the trial would inevitably lead to the disclosure of confidential information. The Court also noted: "Both employer and agent must have understood that the lips of other were to be for ever (*sic*) sealed respecting the relation of either to the matter". The Totten doctrine did not provide for in camera review of allegedly secret evidence and thus has been a useful tool for the government to dismiss litigation brought by contractors for the development of military technology, as well as in other types of cases involving classified information⁵¹.

It may be stated as a general principle, that public policy forbids the maintenance of any suit in a court of justice, the trial of which would inevitably lead to the disclosure of matters which the law itself regards as confidential, and

⁵⁰ 92 U.S. 105 (1875). **Silverman**, Matthew, National Security and the First Amendment: A Judicial Role in Maximizing Public Access to Information, ILJ, vol. 78, 2003, p. 1103.

⁵¹ See **Flynn**, Sean C., The Totten Doctrine and Its Poisoned Progeny, 25 VT. L. REV. 793, 797 (2001). Mention in **Silverman**, p. 1103.

respecting which it will not allow the confidence to be violated. On this principle, suits cannot be maintained which would require a disclosure of the confidences.

The Totten doctrine was used to dismiss lawsuits brought by South Vietnamese commandos hired by the CIA during the Vietnam War. In a case called *Guong v. United States*, one of these commandos eventually escaped from a Vietnamese prison in 1980 and arrived in the United States to sue the government for nearly half a million dollars in back-pay. The case was dismissed by the Federal Circuit, which relied on Totten's rationale that no case can be brought to enforce a contract that was secret or covert at the time of its creation⁵².

The state secrets privilege was more fully developed in the landmark case of *United States v. Reynolds*⁵³. In *Reynolds*, a military aircraft on a secret surveillance mission crashed, killing civilian observers who were on board. Certain widows of the victims sued the government for compensation under the Federal Tort Claims Act and moved for discovery of Air Force accident investigation reports. The Secretary of the Air Force lodged a formal claim of privilege against revealing military secrets. The Court held that courts must determine whether the "circumstances are appropriate for the claim of privilege, and yet do so without forcing a disclosure of the (information that) the privilege is designed to protect".

The US Freedom of Information Act specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and are in fact properly classified pursuant to such Executive order. The current US Administration has engaged in a general policy of restricting access to information. The Bush Administration has also refused to release information about the secret meetings of the energy policy task force; ordered federal websites to remove much of the information that they had that could be sensitive; issued a controversial memo limiting access to records under the Presidential Records Act in November 2001 which allows former Presidents and Vice-Presidents to prevent Access to records⁵⁴; and refused to disclose information on the Patriot Act and the names of those arrested September 11. For these reasons, the Bush administration and especially

⁵² **Silverman**, p. 1103.

⁵³ 345 U.S. 1 (1953). **Silverman**, p. 1104.

⁵⁴ Executive Order 13233 of 1 November 2001.

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

its Executive Order created in the name of national security is criticized⁵⁵. In the USA state secrecy is viewed from the point of view of countering terrorism⁵⁶.

B. United Kingdom

Legal regulation of state security matters in the UK is relatively recent. Although the original Official Secrets Act dates back to 1889, it has only been in the past two decades that statute has regulated the interception of communications⁵⁷, and the security and intelligence services, MI5 and MI6, and the government's signals intelligence organization, Government Communication Headquarters (GCHQ)⁵⁸. Incorporation of Convention rights under the Human Rights Act 1998 necessitated further clarity in the law, provided by the Regulation of Investigatory Powers Act 2000, the main purpose of which is to ensure that relevant investigatory powers are used in accordance with human rights.

The first Official Secrets Act arrived on the statute book in 1889. The latest Act is that of 1989. The 1911 Act was passed through Parliament with one hour's debate and within 24 hours. Motivation for the 1911 Act lay in alleged enemy agent activities in the country.

The UK has a strong tradition of state secrets culture⁵⁹. The state secrets culture⁶⁰ in the UK administration is supported by the criminal sanctions of the

⁵⁵ **Barker**, Anne, Executive Order No: 13233: A Threat to Government Accountability, *Government Information Quarterly*, vol. 22, 2005, pp. 5-15.

⁵⁶ See **Blanton**, Thomas, *National Security and Open Government in the United States: Beyond the Balancing Test*, in Campbell Public Affairs Institute, *National Security and Open Government: Striking the Right Balance*, New York 2003, pp. 33-45.

⁵⁷ *Interception of Communication Act 1985, State Security Act 1989, Intelligence Services Act 1994.*

⁵⁸ See **Kaya**, İbrahim, *İngiltere'de Silahlı Kuvvetlerin Anayasal Konumu ve Askeri Hukuk (Constitutional Status of Armed Forces in Britain and Military Law)*, *AYİM Dergisi*, 2000, no. 14, p. 139.

⁵⁹ **Mason**, Anthony, *The Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Information*, in Eds. Jack Beatson – Yvonne Cripps, *Freedom of Expression and Freedom of Information, Essays in Honour of Sir David Williams*, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 233.

⁶⁰ Preface to the White Paper on Freedom of Information by Prime Minister Tony Blair reads that: "The traditional culture of secrecy will only be broken down by giving people in the United Kingdom the legal right to know." Mentioned in **Wadham**, John and **Modi**, Kavita, *National Security and Open Government in*

Official Secrets Act 1911. The Bill that became the Official Secrets Act 1911 was introduced into the House of Lords after the Agadir crisis almost with no debate⁶¹. The Act is the main basis of state secrets in the UK administration.

The Act protects all official information without taking into account their importance and the public interest. Section 2 of the Act was written to include more than 2000 different categories of crime with regard to the misuse of official information⁶².

Section 1 of the 1911 Act provides penalties for spies. It is an offence to enter into top secret establishments or to collect, publish or communicate any official document or information, which might be useful to an enemy, if the actions are carried out “for any purpose prejudicial to the safety or interest of the state”. The accused has no “right to silence” and a trial may be held in secret, or partly in secret. Section 2 of the Act reverses the normal burden of proofs from the prosecution to the defence. It is not necessary for the prosecution to prove that the accused is guilty of any particular act “tending to show a purpose prejudicial to the safety or interest of the state”. Guilt may be established if “from the circumstances of the case, or his conduct, or his known character as proved, it appears that his purpose was a purpose prejudicial to the safety or interest of the state”. Moreover, any information or document handed over to another person, without lawful authority, shall “be deemed to have been made, obtained, collected, recorded or communicated for a purpose prejudicial to the safety or interests of the state unless the contrary is proved”⁶³. Penalties for espionage are extremely heavy. George Blake, a former MI6 officer convicted of espionage, was sentenced to 42 years’ imprisonment. In 1985, Michael Bettany, a former MI5 officer, was convicted of attempting to pass official information to the Russians and sentenced to 23 years’ imprisonment. Geoffrey

the United Kingdom in in Campbell Public Affairs Institute, National Security and Open Government: Striking the Right Balance, New York 2003, p. 75.

⁶¹ Germany’s action in sending a gunboat to the port of Agadir, with a promise to assist the Moroccans against France, nearly precipitated a European war. **Jackson**, Paul, – **Leopold**, Patricia, O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional and Administrative Law, Sweet & Maxwell, Eighth Edition, London 2001, p. 599, fn. 2.

⁶² For the act see **Thompson**, Donald, The Committee of 100 and The Official Secrets Act, 1911, Public Law, Summer 1963, pp. 201-226; **Palmer**, Stephanie, Tightening Secrecy Law: The Official Secrets Act 1989, Public Law, Summer 1990, p. 243.

⁶³ **Barnett**, p. 814.

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

Prime was sentenced to 35 years for disclosing material whilst employed at GCHQ⁶⁴.

The main features of the criminal liability arising under section 2 of the Official Secrets Act 1911 may be summarized as follows⁶⁵:

1) Those who may be liable: persons who hold or have held Office under the Crown; those who have received information in confidence from such persons; past or present government contractors and those in their employ; and the willing recipients of information passed to them in contravention of the Act.

2) Information in respect of which liability may arise: information obtained, or to which a person has had access, owing to his position as one holding, or who has held, office under the Crown or who is or has been a government contractor or someone in his employ.

3) Circumstances giving rise to liability: communication of information to anyone other than someone authorized to receive it or someone “to whom it is in the interest of the State his duty to communicate it”; and the willing receipt of information by anyone which he knows or has reasonable grounds for believing was passed to him in contravention Act.

4) Penalties: The maximum penalty for a breach of section 2 is on indictment two years imprisonment with the alternative or addition of a fine of unlimited amount. In summary proceedings the maximum sentence of imprisonment which can be imposed is three months and the maximum permissible fine, as an alternative or as an addition, is £ 2000.

In 1988 a Member of Parliament, Richard Shepherd taking into account the cases of Tisdall⁶⁶ and Ponting⁶⁷ prepared a bill to reform section 2 of the

⁶⁴ **Barnett**, pp. 814-815. For British secret services and law see **Kaya**, İbrahim, Devlet Güvenliği ve İngiliz Gizli Servisleri: Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Yaklaşım (State Security and British Secret Services: A Constitutional and Administrative Law Approach), Eds. Laçiner, Sedat, Bir Başka Açından İngiltere, ASAM, Ankara 2001, p. 323.

⁶⁵ **Marsh**, Norman S., Public Access to Government – Held Information in the United Kingdom: Attempts at Reform, in Public Access to Government – Held Information: A Comparative Symposium, Stevens & Son Ltd., London 1987, p. 250.

⁶⁶ The young Foreign Office clerk Sarah Tisdall leaked to The Guardian newspaper details of when controversial American cruise missiles would be arriving on British soil. She was found guilty and sentenced to six months, although she only served three. Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd [1985] AC 339.

Official Secrets Act 1911. However, this was not welcomed by the Conservative government. But, a year later in 1989 section 2 was annulled by the Official Secrets Act 1989. Its title is: An Act to replace section 2 of the Official Secrets Act 1911 by provisions protecting more limited classes of official information.

The motives behind the 1989 Act were formed largely from the failure of the earlier Act. The catch-all nature of section 2 of the Official Secrets Act 1911 has thus been reformed. Section 2 of the Official Secrets Act 1911 is repealed and replaced by the 1989 Act⁶⁸. Rather than the catch-all section 2 of the 1911 Act, the 1989 Act creates offences directed to specific groups of people and information⁶⁹. In relation to most areas, the prosecution must prove both that the information has been unlawfully transmitted and the disclosure or the information is “damaging”⁷⁰. However, the concept of “damaging disclosure” has not been incorporated into section 1 which relates to security and intelligence matters. With the exception, there is a presumption of harm built into the Act. A further exception relates to those who are not Crown servants or government contractors in relation to whom the prosecution will have to prove – in addition to the harm test – that the defendant knew or had good reasons to know that the specific harm was likely to have been caused. In relation to such information, the disclosure in itself is an offence. There is no longer a defence of “public good” which applied under section 2 of the 1911 Act⁷¹.

Penalties in the 1989 Act: are as follows A person convicted of an offence under the Act, other than under section 8(1), (4), (5), shall, on indictment, be liable to imprisonment for a two year term, or a fine, or both. On summary conviction, a person is liable to up to a six month’s term of imprisonment, or a fine, or both. A person convicted under section 8(1), (4) or

⁶⁷ The 1985 Ponting case was in some ways the landmark Official Secrets case. Clive Ponting, who had worked at the Ministry of Defence, walked free from court after a jury cleared him of breaking the Official Secrets Act. It was hailed as a victory for the jury system. The judge had indicated that the jury should convict him. Ponting had been charged with leaking an internal MoD document concerning the General Belgrano, the Argentinian cruiser which British forces sank during the 1982 Falklands War, killing 360 people. The government line had been that the Belgrano was threatening British lives when it was sunk. But the document leaked by Ponting indicated it was sailing out of the exclusion zone. *R. v. Ponting* [1985] Crim. LR. 318.

⁶⁸ For the criticism of this act see. **Palmer**, p. 243.

⁶⁹ **Barnett**, p. 815.

⁷⁰ **Barnett**, pp. 815-816.

⁷¹ **Barnett**, p. 816.

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

(5) is liable, on summary conviction, to a term of imprisonment up to the three months or a fine, or both.

The Official Secrets Act, which still includes provisions originally adopted in 1911, criminalizes the unauthorized release of government information relating to national security⁷². It has been frequently used against government whistleblowers and the media for printing information relating to the security services.

Under Section 24 of the Freedom of Information Act national security is an exemption, among others. Under the Act disclosure of an information which is not supplied by, or relating to, bodies dealing with security matters are exempted.

CONCLUSION

States take measures to provide a secure and safe environment for individuals to live in. State activities to this end are sometimes “preventive” like police patrolling on the streets. Some activities are “punititive” like catching the criminals and sending them in prison. In short, state maintains and restores order. For this respect states regard some documents and information as “official secrets”. Because disclosure of them may endanger public order and state security. Therefore, states take necessary measures to prevent them from being made public (preventive measures) and, on the other hand, if they are disclosed states take measures to prosecute the criminals (punititive measures). By maintaining state security states provide a secure and free environment for individuals and society.

Even it is referred to by different notions, state secret is a universal term applied in every country in the world. The term state secret is also vague and there is no consensus on its definition. State secret has to be treated in a modern and new way in accordance with recent understandings in the era we live in. For this purpose, a state secrets law is a must. The law must put forward the elements of state secrets and list documents and information to be considered as state secrets at least. In doing so a balance between fundamental rights and freedoms of individuals and state security must be struck. This could be the basis for legality and also for legitimacy.

Currently there is no single law with regard to state secrets in Turkey. Yet Turkey has a bill which is a step forward even it has some shortcomings. A possible enactment of the bill would help the implementation of the Freedom of Information Act and people would have a chance to know when they have right

⁷² Official Secrets Act, 1911 (Section 1); OSA 1920; OSA 1939; OSA 1989 (c. 6).

to use it adequately. The bill makes the content of the state secrets clearer whereby not only men on the street but also public officials would know whether a certain information is state secret.

It must be stated that even in a democracy, the government must be able to control the flow of information within certain limits which must be made clear to the public.

BIBLIOGRAPHY

- Akgüner**, Tayfun, 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu (National Security and National Security Council Under 1961 Constitution), İstanbul University Publishing, İstanbul 1983
- Akgüner**, Tayfun, Some Thoughts on National Security Concept, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Vakur Versan'a Armağan Özel Sayısı, Year 6, Dec. 1985, no. 1-3.
- Akılhoğlu**, Tekin, Yönetimde Açıklık – Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı (Openness – Secrecy in Administration and Freedom of Information), I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990.
- Barker**, Anne, Executive Order No: 13233: A Threat to Government Accountability, Government Information Quarterly, vol. 22, 2005.
- Bayraktar**, Köksal, İdare ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı (Freedom of Information in Administrative and Criminal Law), Bilgi Edinme Hakkı Paneli (5 Mayıs 2004), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 63, Ankara 2004.
- Blanton**, Thomas, National Security and Open Government in the United States: Beyond the Balancing Test, in Campbell Public Affairs Institute, National Security and Open Government: Striking the Right Balance, New York 2003.
- Collins Cobuild Dictionary**, Oxford 1990, p. 715.
- Duran**, Lûtfi, İdare Hukuku Ders Notları (Course Notes on Administrative Law), İstanbul 1982.
- Dycus**, Stephen, et. al., National Security Law, Aspen Publishers, Third ed., New York 2002.
- Eken**, Musa, Kamu Yönetiminde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkı (Openness and Freedom of Information in Public Administration), Unpublished PhD Thesis, İzmir 1993.

State Secret As An Instrument To Maintain State Security

- Eken**, Musa, Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı (The Tradition of Secrecy and Need for Openness in Public Administration), Amme İdaresi Dergisi, v. 27, June 1994, no. 2.
- Gemalmaz**, Mehmet Semih – **Gemalmaz**, Haydar Burak, Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı (In the Light of Supra-National Human Rights Standarts Freedom of Information, Thought – Expression and Communication Legislation in Turkey, Yazıhane Yayınları, İstanbul 2004.
- Hammitt**, Harry A. – **Zaid**, Mark S., National Security Information, in Eds. Harry A. Hammitt – David L. Sobel – Mark S. Zaid, Litigation Under the Federal Open Government Laws 2002, EPIC Publications, Twenty-first Edition 2002.
- Jackson**, Paul, – **Leopold**, Patricia, O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional and Administrative Law, Sweet & Maxwell, Eighth Edition, London 2001.
- Kaya**, İbrahim, Devlet Güvenliği ve İngiliz Gizli Servisleri: Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Yaklaşım (State Security and British Secret Services: A Constitutional and Administrative Law Approach), Eds. Laçiner, Sedat, Bir Başka Açıdan İngiltere, ASAM, Ankara 2001.
- Kaya**, İbrahim, İngiltere’de Silahlı Kuvvetlerin Anayasal Konumu ve Askeri Hukuk (Constitutional Status of Armed Forces in Britain and Military Law), AYİM Dergisi, 2000, no. 14,.
- Marsh**, Norman S., Access to Government-Held Information: An Introduction, in Ed. Norman S. Marsh, Public Access to Government-Held Information: A Comparative Symposium, Steven & Son Ltd. London 1987.
- Marsh**, Norman S., Public Access to Government – Held Information in the United Kingdom: Attempts at Reform, in Public Access to Government – Held Information: A Comparative Symposium, Stevens & Son Ltd., London 1987.
- Mason**, Anthony, The Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Information, in Eds. Jack Beatson – Yvonne Cripps, Freedom of Expression and Freedom of Information, Essays in Honour of Sir David Williams, Oxford University Press, Oxford 2000.
- Mendel**, Toby, National Security v. Openness, in Campbell Public Affairs Institute, National Security and Open Government: Striking the Right Balance, New York 2003.

- Özek**, Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına (From Freedom of Press to Right to Information), İstanbul 1999.
- Palmer**, Stephanie, Tightening Secrecy Law: The Official Secrets Act 1989, Public Law, Summer 1990.
- Savaş**, Vural – **Mollamahmutoğlu**, S., Türk Ceza Kanunu Yorumu (Interpretation of Turkish Penal Code), v. II, Ankara 1995.
- Silverman**, Matthew, National Security and the First Amendment: A Judicial Role in Maximizing Public Access to Information, ILJ, vol. 78, 2003.
- Thompson**, Donald, The Committee of 100 and The Official Secrets Act, 1911, Public Law, Summer 1963.
- Wadham**, John and **Modi**, Kavita, National Security and Open Government in the United Kingdom in in Campbell Public Affairs Institute, National Security and Open Government: Striking the Right Balance, New York 2003.
- White**, Laura A., The Need for Governmental Secrecy: Why the U.S. Government Must Be Able to Withhold Information in the Interest of National Security, VJIL, vol. 43, no. 4, 2003.
- Yayla**, Yıldızhan, İdare Hukuku I (Administrative Law I), Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- Yıldırım**, Ramazan, İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü (Right to and Freedom of Access to Information in Administrative Law), T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, (17-18 Jan. 1998)

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜRKİYE

Yrd. Doç. Dr. Hasan DURAN*

Özet

Temel hak ve özgürlükler arasında ifade özgürlüğünün öncelikli bir yeri vardır çünkü bu özgürlük olmadan diğerlerini kullanmak olanaksız hale gelmektedir. Düşünce ve ifade özgürlüğü toplumda daha iyi ve yeni fikirlerin ortaya çıkmasına ortam hazırlayarak bunlar arasında bir seçim yapma imkanı sağlar. Temel bir hak olan ifade hürriyeti, tarihi süreç içerisinde demokratik toplumların anayasalarında ve insan haklarına ilişkin evrensel belgelerde yer almıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda hukuk devleti ilkesi temel ilkeler arasında yer almış ve hukuk devletinin ilkelerine de yer verilmiştir. Fakat, Türkiye'de ifade özgürlüğü ve genel olarak diğer temel insan hakları ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi için öncelikle iç hukukta bazı düzenleme ve yenileştirmelerin yapılması gereklidir.

Anahtar kelimeler: Temel haklar- ifade özgürlüğü- hukuk devleti- ifade özgürlüğü ve Türkiye

Abstract

The freedom of speech is very prominent among the fundamental rights and freedoms because of its being compulsory component in order to use the others. The freedom of thought and speech provides the base for the new ideas and novelties and opportunity to choose the best one for any society. The freedom of thought and speech as the fundamental right has been placed within the constitutions of the democratic societies during the historical process and the universal documents pertaining with the human rights. The principal of supremacy of law has been considered as the fundamental right in the Constitution of Turkish Republic. Nevertheless, the new reforms and regulations in internal law are necessarily required in order to preserve and develop the fundamental human rights and freedoms.

Keywords: Fundamental rights- freedom of speech- state of law- freedom of speech and Turkey

GİRİŞ

İnsanı diğer canlı türlerinde ayıran en büyük özelliği düşünmesi ve düşündüklerini değişik şekillerde ifade edebilmesidir. Düşünce ve ifade kavramları birbirlerine sıkı sıkıya bağlı kavramlardır. Düşünce olmadan ifade

* Dumlupınar Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

olamayacağı gibi ifade edilmeyen düşüncelerin de anlam kazanamayacağı açıktır.

Temel hak ve özgürlükler arasında ifade özgürlüğünün öncelikli bir yeri vardır çünkü bu özgürlük olmadan diğerlerini kullanmak olanaksız hale gelmektedir. İnsanların herhangi bir konuda kanaat sahibi olabilmeleri için serbestçe bilgi alabilmeleri ve kendi kanaatlerini çevrelerine aktarabilmeleri ancak ifade özgürlüğünün sağlandığı bir ortamda söz konusu olur. İfade özgürlüğü, kişilerin sosyal ihtiyaçlarını gidermelerini ve toplumda kendilerine bir yer edinmelerini sağlayan bir olgudur.

Düşünce ve ifade özgürlüğü toplumda daha iyi ve yeni fikirlerin ortaya çıkmasına ortam hazırlayarak bunlar arasında bir seçim yapma imkanı sağlar. İfade özgürlüğünün, demokratik toplumun açısından önemi kuşku götürmez. Demokrasinin en önemli ilkesi çoğulculuk olduğuna göre, gerçek demokrasi ancak halkın her kesiminin düşüncelerini açıkça dışa yansıtılabildiği ve karşılıklı fikirlerini tartışılabildiği bir ortamda gerçekleşebilir.

Çalışmada ilk olarak, ifade özgürlüğünün anlamı, kapsamı ve gerekliliği üzerinde durulmuş, daha sonra ifade özgürlüğünün uluslararası insan hakları belgelerinde ne şekilde düzenlendiği incelenmiştir. Diğer bölümlerde Türkiye’de ifade özgürlüğü ile ilgili yasal düzenlemeler ve mevcut durum üzerinde durulmuş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ifade özgürlüğü ihlali gerekçesiyle götürülen davalardan bazıları olan, Şener, Polat ve Ceylan davalarının gerekçe ve sonuçları incelenmiştir.

1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ANLAMI VE KAPSAMI

1.1. İfade Özgürlüğünün Anlamı

İfade özgürlüğünün ne anlama geldiğini kavrayabilmemiz için öncelikle onu meydana getiren ifade ve özgürlük kavramları üzerinde durulması gereklidir. İfade kavramı ile tam olarak ne kastedilmektedir? Bu soruya verilecek cevap konusunda bilim adamları arasında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kavramın çok farklı tanımları yapılmıştır. Bunun nedeni ifade kavramının (felsefi, siyasal, yargısal, sanatsal ve bilimsel) açıdan çok geniş bir anlama sahip olmasıdır.

İfade, kaynağını düşünmekten alır. İnsanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliği düşünmesidir.¹ Kişi öncelikle soyut olarak kafasında bazı düşünceler oluşturur sonra bu düşünceleri çeşitli sembol ve formlarla dış dünyaya yansıtarak kendisini ifade etmeye çalışır. Günlük kullanımında ifade

¹ Trager, Robert/Dickerson, Donna L. (2003), **21. Yüzyıl’da İfade Hürriyeti**, (Çev: A. Nuri Yurdusev), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 16.

kelimesi ile bir taraftan haberleşme ima edilirken, diğer taraftan bireyin iç duygularının bir şekilde dışa vurumu da ima edilebilir.²

Haberleşme anlamında ifade söz konusu ise, haberi veren, yani bir iletici ile haberi alan alıcı veya alıcı grubunun bulunması gereklidir. Örneğin, satıcının telkini ve övgüsüne uyarak aldığınız bilgisayar söylendiği gibi çalışmıyor ve istenen sonuca varmanızı sağlayamıyorsa, bilgisayarı satın aldığınız mağazanın sahibine giderek memnuniyetsizliğinizi ifade etmeniz yani içinde bulunduğunuz durum hakkındaki düşüncelerinizi satıcıya iletmeniz son derece normaldir. İfade kavramı, haberleşme konusu içerisinde incelendiğinde, sadece sözlü konuşma biçiminde değil, yazılı olarak da gerçekleştiği görülür. Bu durumda da haberleşmenin temel unsurları olan iletici ve alıcı bulunur. Ancak iletişimin biçim değiştirmesi söz konusudur. Eğer kişi duygu ve düşüncelerini dil bilgisi kurallarına uygun, düzenli ve tam olarak yazıya dökabiliyorsa o kişinin kendisini yazılı olarak başarılı bir şekilde ifade ettiği söylenebilir.

İkinci olarak ifade kelimesi, iletişimin unsurlarını kapsamaksızın yani haberleşme olarak nitelendiremeyeceğimiz bazı hareketleri açıklamak için kullanılır. Bu, “kendi kendini ifade” tarzını ortaya çıkaran anlamında “ifade etme” veya “birini ifade etme” anlamlarındadır.³ Kişiler iç duygularını çeşitli davranışlarla dışa vurarak kendilerini ifade edebilirler. Örneğin, televizyonda izlediği bir futbol maçı esnasında taraftarı olduğu takımın mağlup duruma düşmesine öfkelenen kişi tepkisini terliğini televizyona fırlatarak ifade edebilir. Yani haberleşme olmasa da davranışına bakarak kişinin öfkeli olduğunu anlayabilmemiz mümkündür.

Bazen kişinin susması bile, bir düşüncenin dışarıya yansımaları şeklinde değerlendirilerek hukukun ilgi ve düzenleme alanına girebilmektedir. Yani kişi, hiçbir sözlü veya yazılı açıklama yapmadan sessiz kalarak da belli konulardaki bazı düşüncelerini dış aleme yansıtabilir ki ifade kavramı bu tür tavırları da kapsamaktadır.⁴ Olumsuz durumlarla karşılaşan kişiler ya da gruplar negatif tepkilerini susarak ifade etme yolunu seçebilirler.

Düşünceyi ifade etmenin başka bir yolu da farklı semboller kullanmak vasıtasıyla olabilir. Özellikle sanat alanında resimler, heykeller, oymalar, besteler sanatçıların duygu ve düşüncelerini topluma yansıtılmalarını, yani kendilerini ifade etmelerini sağlayan araçlar olarak görülebilirler. Ayrıca bir

² Schauer, Frederick (2002), **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, (Çev: M. Bahattin Seçilmişoğlu), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002, s.74.

³ Beydoğan, T. Ayhan (2003), **Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s.11.

⁴ Küçük, Adnan (2003), **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003, s. 11.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

kişinin diğer insanlara düşünce ve duygularını iletme girişimlerinden bazıları kelime ve resim içermez. “Sözlü ve yazılı olmayan bazı semboller bazı fikirleri ifade ederler ve toplum da bunları bilir.”⁵ Örneğin, bizim ülkemizde yakaya takılan siyah kurdele topluma zarar veren eylemleri kınama ve protesto etme anlamına gelmektedir.

Düşüncelerin ifadesini kişiler tek başlarına gerçekleştirebilecekleri gibi başkalarıyla bir araya gelerek de gerçekleştirebilirler. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri, dernek, sendika ve siyasi partiler şeklindeki örgütlü faaliyetler de düşüncenin toplu ifade şekilleridir.⁶

Özgürlük ise en yalın tanımıyla, bireyin başkalarının etkisine maruz kalmadan, kendi inisiyatifi doğrultusunda yaşamına yön verebilmesi ve sahip olduğu hakları kullanabilmesidir. Kişi kendi özgürlük alanı içerisinde serbesttir, ancak bir kişinin özgürlük alanı diğer bir kişinin özgürlük alanının başladığı yerde biter.⁷

Bu açıklamalar doğrultusunda ifade özgürlüğünü, kişinin herhangi bir konuda, başkalarının özgürlük alanına girmeksizin, kendi duygu ve düşüncelerini serbest şekilde başkalarına aktarabilmesi olarak tanımlayabiliriz. İfade özgürlüğünden söz edebilmek için kişinin, dile getirdiği düşünce ve kanaat, toplumda genel kabul gören düşünce ve kanaatlere karşıt olsa bile, o kişinin bundan dolayı herhangi bir yaptırımla karşılaşmaması gerekir.

İfade özgürlüğü, “düşünce özgürlüğü”, “kanaat özgürlüğü”, “açıklama”, “konuşma”, şeklinde ifade edilmektedir. Bu nitelendirmelerden her biri, ifade özgürlüğünün bir yönünü yansıtmaktadır. İfade özgürlüğü bazen düşünce özgürlüğünü ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğünü, belli bir düşünce etrafında örgütlenme özgürlüğünü ve düşüncüyü yayma özgürlüğünü içerir. İfade hürriyetinin söz konusu olabilmesi için kişinin öncelikle bir düşünceye sahip olması gerekir. Yani ifade hürriyeti düşünce hürriyetinin bir uzantısıdır. Düşünce ancak dış dünya aktarılınca değer kazanır.⁸ İfade özgürlüğü demokratik toplumlarda sadece kendi başına önemli bir hak olarak yer almaz, ayrıca diğer hakların ve özgürlüklerin korunması bakımından da son derece belirleyici bir role sahiptir.⁹ İfade özgürlüğü çoğulculuğu içinde barındırmaktadır.

⁵ Trager/Dickerson (2003), s. 24-25.

⁶ Küçük (2003), s. 73.

⁷ Beydoğan (2003), s. 14.

⁸ Toraman, Cüneyt, “İfade Özgürlüğü (Sorunlar-Sebepler-Çözüm Önerileri)”, <http://www.hukukcularder.org/raporlar/cuneytt.htm>, (03.02.2006).

⁹ Gemalmaz, M. Semih (1980), “Avrupa İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü”, *İnsan Hakları Yılı*, TODAİE Yayınları, Yıl: 2, 1980, s. 299.

İfade özgürlüğünün üç temel amacı olduğunu söylemek mümkündür. İlk olarak demokrasi ile olan ilişkisinden söz edilebilir. İfade özgürlüğü demokrasiye işlerlik kazandırmak ister, diğer bir deyişle ifade özgürlüğü ve demokrasi birbirini tamamlayan kavramlardır. İkinci amaç ise gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır. Çok farklı düşünceler içerisinden gerçeğin ortaya çıkması oldukça önemlidir. Sonuncusu da bireylerin özellikle kültür ve sanat alanlarında gelişimlerini sağlamaktır.¹⁰

1.2. İfade Özgürlüğünün Kapsamı

Bütün demokratik toplumlarda, temel hak ve özgürlüklerin başında gelen düşünce ve ifade özgürlüğü, kamunun bilgilenme hak ve özgürlüğüne işlerlik kazandırılması işlevinde kullanılır.

İfade özgürlüğü bilgilenme sonucu elde edilen kişisel düşünce, kanaat ve değer yargılarını diğerlerine açıklamayı kapsadığı gibi ifadenin diğer şekil ve araçlarını da içeren geniş bir anlamda ele alınmalıdır. Çünkü düşünceyi ifade, bir çok şekilde gerçekleşebileceği gibi bunun geniş halk kitlelerine yayılması da çeşitli araçları gerekli kılmaktadır. Günümüzde toplumlar daha karmaşık ve kalabalık bir hale gelmiş, bireysel söz özgürlüğü önemini geniş ölçüde yitirmiş ve bunun yerini kitle haberleşmesi almıştır¹¹

İfade özgürlüğü ile ilgili olarak kitle haberleşmesi kavramı içerisinde, “Basın ve Yayın Özgürlüğü” ile “Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğü” vardır. Basının ana görevi, süreli ve süresiz yayınlar yoluyla kamuoyunu ilgilendiren konular hakkında haberler yaymaktır. Bu kategori içerisine gazete, dergi ve kitap gibi yazılı basın araçları girmektedir. İkinci kategori öncelikle radyo ve televizyon yoluyla yapılan iletişim etkinlikleri yer alır. Ancak, sinema, VCD, DVD, video gibi araçlarla yapılan düşünce aktarımları da bu kategori içerisinde incelemek gereklidir.¹² Bunlara ek olarak artık hayatın her alanına giren internet ve bilişim teknolojileri de kişilerin duygu ve düşüncelerini kitlelere yaymasında önemli role sahiptir ve bu kategori içerisinde incelenmelidir.

Bilgi verme ve eleştiri sınırları aşılmaksızın görüş açıklamalarında bulunarak bir fikre taraftar kazanmayı, bireylerin tutum ve davranışları üzerinde kontrol kurmayı fikirleri sistemli bir şekilde başkalarına benimsetmeye

¹⁰ “İfade Özgürlüğü”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:6, 2006. s. 101-102.

¹¹ Gölcüklü, A.Feyyaz/Gözübüyük, Şeref (2002), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara 2002, s. 360.

¹² Tanör, Bülent (1994), **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, Ankara 1994, s. 77.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

çalışmayı amaçlayan her türlü propaganda faaliyetleri de ifade hürriyetinin kapsamı içerisinde yer almaktadır.¹³

Düşünceyi ifade özgürlüğü kapsamı içerisine bilim ve sanatları serbestçe öğrenme, araştırma, yayma ve öğretme hakları da girer. Ancak bazı anayasalar düşünce özgürlüğünün yanında bilim ve sanat özgürlüğüne yer vermişlerdir. Düşünce özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğü birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Düşünce özgürlüğü olmadan bilim sanat özgürlüğü eksik kalmaktadır.¹⁴ Gerçi bilim ve sanat özgürlüğü de, düşünce özgürlüğü gibi herkesin sahip olduğu bir özgürlüktür ama buradaki herkes içinde belli bir kesim ön plana çıkar. Bunlar bilim adamları, sanatçılar, eğitim ve öğretim işleriyle uğraşanlar ve kamu kurumlarından yararlanan öğrencilerdir.¹⁵ Ayrıca ifade özgürlüğü konusu içerisinde toplu hürriyetler kapsamında yer alan siyasi parti, dernek, sendika vb. sivil toplum örgütlenmeleri, toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleme hak ve özgürlükleri de vardır.

2. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCE ALTINA ALINMASININ GEREKLİLİĞİ

İnsan doğası gereği toplum halinde yaşar ve siyasi açıdan toplumun en üstün örgütlenme biçimi olan devletin otoritesine tabidir. İnsanın sırf insan olduğu için sahip olduğu, devredilemez nitelikte bazı temel hak ve özgürlükleri vardır ve bu hak ve özgürlüklerin devlete ve diğer bireylere karşı korunması gereklidir. Temel hak ve özgürlükleri öncelik sırasına göre sınıflandıranlar, inceleme konumuz olan ifade özgürlüğünü de en önemli insan haklarından bir tanesi olarak saymaktadırlar. “Çünkü bu hürriyet olmaksızın diğer bazı hürriyetleri kullanmak olanaksız hale gelmektedir.”¹⁶

İnsanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliği, düşünmesi, içinde bulunduğu durumu sorgulayarak, siyasi, dini, bilimsel ve sosyal gerçeklere ulaşma isteğidir.¹⁷ İfade özgürlüğünün sağlanmasıyla, toplumun körü körüne bazı düşünce ve inançlara bağlanması engellenir. Var olduğu söylenen gerçeklerle mevcut durum arasında karşılaştırma yapılmasıyla, belki de toplum hayatını derinden etkileyecek sonuçlara ulaşılabilir. Eleştiri ve serbest tartışmanın yapılabilmesi doğru değerlere ulaşmayı sağlar. Ayrıca ifade hürriyeti sayesinde kişiler devletin beğenmedikleri uygulamalarını eleştirebilmekte ve çözüm önerileri sunabilmektedirler.

¹³ Küçük (2003), s. 71.

¹⁴ Kaboğlu, İbrahim Özden (2000), “Bilim ve Sanat Özgürlüğü”, **İnsan Hakları**, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 121.

¹⁵ Tanör (1994), s. 91.

¹⁶ Beydoğan (2003), s. 27.

¹⁷ Trager/ Dickerson (2003), s.127.

İfade özgürlüğü, insanın kendini gerçekleştirmesini ve kendi kimliğini topluma kabul ettirmesini sağlar. İnsan sosyal bir varlıktır ve duygu ve düşüncelerini diğerleriyle paylaşmak ister. Düşüncelerini topluma aktaramayan kişi sosyal ihtiyaçlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan kendini gerçekleştirme ihtiyacını tatmin edemez.¹⁸

Avrupa Konseyi Statüsü, insan haklarını en iyi koruyacak rejimin hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan demokratik rejim olduğunu belirtmiştir.¹⁹ Demokrasi, halkın yönetimi kendi iradesiyle belirlemesine olanak tanıyan bir yönetim biçimidir. Halkın düşüncelerini serbestçe açığa vurma özgürlüğü, kamuoyunun oluşması ve gelişmesinin bir aracı olarak demokratik süreçte çok önemli bir yer tutar. Düşünce ve ifade özgürlüğü toplumda daha iyi ve yeni fikirlerin ortaya çıkmasına ortam hazırlayarak bunlar arasında bir seçim yapma imkanı sağlar. Demokrasilerin çoğulculuk esasının temeli serbest tartışmadır. Yeni ve daha iyi fikirlerin ortaya çıkmasının zeminini, serbest tartışma esasına dayanan düşünce hürriyeti oluşturur. Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğü, yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, her türlü düşüncüyü serbestçe açıklama özgürlüğüdür. Birbirlerinden farklı çeşitli fikirlerin olması ve bunların serbestçe tartışılması, bireylere farklı düşünceler arasında tercihte bulunabilme imkanı sunmaktadır. Demokratik serbest tartışma ortamında, herkes kendi görüş ve düşüncelerini ifade eder.²⁰

3. ULUSLARARASI METİNLERDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Batıda insan hakları kavramının ortaya çıkışının en önemli nedenlerinden birisi Aydınlanma çağı felsefesidir.²¹ Sanayi Devrimi, Rönesans ve Reform hareketleri ve özellikle Kıta Avrupası'nda ulus devletlerin ortaya çıkışının etkisiyle oluşturulan aydınlanma felsefesi, hümanizmi destekleyen yani insanı her şeyin merkezine yerleştiren bir anlayışa sahiptir.²² Aydınlanma çağı beraberinde özgürlük hareketlerini, insan haklarını, demokratik değerleri ve insanlar arası eşitlik olgusunu da getirmiştir.

¹⁸ Küçük (2003), s. 69.

¹⁹ Ünal, Şeref (2001), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 2001, s. 2.

²⁰ Bıçak, Vahit (2002), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, Temmuz 2002, s. 19.

²¹ Morange, Jean (1998), **“İfade Hürriyetinin Hukuki Esasları”**, (Çev:Tuğba Ballıgil), **Düşünce Özgürlüğü**, Hayrettin Ökçesiz, AFA Yayınları İstanbul 1998, s. 87

²² Ateş, Hamza (2003), **“Postmodern Toplum, Devlet ve Kamu Yönetimi”**, **Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar**, (Editörler:Asım Balcı, Ahmet Nohutçu, Namık Kemal Öztürk, Bayram Coşkun), Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.304.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

Temel bir hak olan ifade hürriyeti, tarihi süreç içerisinde demokratik toplumların anayasalarında ve insan haklarına ilişkin evrensel belgelerde yer almıştır. İnsan haklarıyla ilgili en önemli belgelerden biri sayılan, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 11. maddesinde, ifade özgürlüğü, “düşünce ve fikirlerin serbest biçimde açıklanması insanın en değerli haklarından birisidir. Bundan dolayı her vatandaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve bunları yayımlayabilir. Ancak kişiler, kanunda belirtilen hallerde bu hürriyetin kötüye kullanılmasından sorumludur” şeklinde yer almaktadır.²³ “Bu bildirinin 10. ve 11. maddeleri düşünce hürriyeti yanında inanç ve yayım hürriyetini de korumaktadır.”²⁴

3.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Doğal hukuk öğretisinin çağdaş temsilcileri, İkinci Dünya Savaşı'ndan hemen sonra devredilemez, devletten önce de var olduğu kabul edilen insan hakları anlayışını uluslararası düzeye çıkararak bu hakları uluslararası sözleşmelerle güvence altına alma girişiminde bulunmuşlardır. Bu çabalar 10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel bildirisinin yayımlanmasıyla ilk olumlu sonucunu vermiştir. Bildirinin 1-21. maddeleri arasında bireyin klasik temel hak ve özgürlükleri düzenlenmiştir. Bunlar: Kölelik yasağı, işkence, insanı alçaltıcı yada küçük düşürücü veya zalimane muamele veya ceza verme yasağı, keyfi yakalama veya tutuklama yasağı, bağımsız mahkemelerde adil yargılanma hakkı, özel hayat, aile hayatı ve haberleşmenin gizliliği, iltica hakkı, vatandaşlık hakkı, evlenme ve aile kurma hakkı, mülkiyet hakkı, fikir ve ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerdir.²⁵

Bildirinin, ifade özgürlüğüyle ilgili 19. maddesi şu şekildedir: “Her ferdin fikir ve ifade hürriyetine hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden dolayı rahatsız edilmemek, memleket sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve fikirleri her vasıta ile aramak elde etmek ve yaymak hakkını gerektirir.”²⁶

3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa konseyi, Avrupalı devletlerin sahip oldukları kültürel, sosyal ve tarihsel mirası hayata geçirmek ve geliştirmek için kurdukları, Avrupa'da İkinci

²³ Güriz, Adnan (1998), “İfade Hürriyetinin Sınırları”, **Düşünce Özgürlüğü**, (Derleyen: Hayrettin Ökçesiz), AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 82.

²⁴ Beydoğan (2003), s. 15.

²⁵ Ünal (2001), s. 38-39. bildirinin tam metni için bakınız: Bozkurt, Enver (1999), **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 1999, s. 309-312. ve <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html>, 03.02.2006

²⁶ Güriz (1998), s. 82.

Dünya Savaşı gibi bir yıkımın bir daha yaşanmaması amacıyla barışı sürekli kılmak ve her alanda işbirliğini geliştirmek için oluşturdukları bir kurumdur.²⁷

1950'de Roma'da Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler tarafından imzalanarak, 1953 yılında yürürlüğe giren Sözleşme Soğuk Savaş ortamında Batı Avrupa'nın birleştirilmesi düşüncesi ve çabalarının bir yansımasıdır. Sözleşmeyle insan hakları, bir taraftan ulusal düzeyde varolan demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı gereği siyasal kurumlar ve ulusal yargı organları tarafından korunurken, diğer taraftan da kurulan Avrupa Denetim Sistemi ile taraf devletlerin neden olacakları olası ihlaller ve kötüye kullanmalar önlenmeye çalışılmaktadır.²⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi, 9. maddesinde düzenlenen düşünce özgürlüğünü tamamlayarak, düşüncelerin serbestçe açığa vurulması hakkını güvence altına almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi aşağıdaki gibidir:

10/1. *Herkes, görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon veya sinema işletmelerini bir izin sistemine bağlı tutmalarına bir engel değildir.*²⁹

10/2. *Kullanılması ödev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler; demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması, veya yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı usullere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.*³⁰ Yani sınırlamalar demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde yapılmalıdır.

Sözleşme ile koruma altına alınan temel hak ve hürriyetlerin taraf devletlerce ihlal edilmesi durumunda iki tür başvuru yolu öngörülmüştür. 24.

²⁷ Bozkurt Enver, Kütükçü, M. Akif, Poyraz Yasin (2004), **Devletler Hukuku**, 4. baskı, Asil Yayınları, Ankara, 2004, s. 174.

²⁸ Bozkurt Enver, Kütükçü, M. Akif, Poyraz Yasin (2004), a.g.e., s. 175.

²⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde herkese ifade özgürlüğü tanındıktan sonra, özgürlüğün kapsamı da şu şekilde belirtilmektedir: "Bu hak, kanaat özgürlüğü ve resmi makamlarla karışılmaksızın ve ülke sınırlarına bakılmadan, haber veya fikirleri almak ya da iletme özgürlüğünü içerir" denilmektedir. Kaboğlu, İbrahim Özden (2000), "Düşünce Özgürlüğü", **İnsan Hakları**, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 109.

³⁰ Bıçak (2002), s. 20-21. sözleşmenin tam metni için bkz: Bozkurt, (1999), s.324-338., <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs.html>, 03.02.2006. Konuyla ilgili örnek için bkz: Öktem, Akif Emre (2002), **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, 1. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2002, s. 293-294.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

madde de devletlerarası başvurular, 25. madde de kişisel başvurular düzenlenmiştir.³¹

3.3. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilerek imzaya açılmış ve 35 devletin onay işleminin tamamlanmasıyla, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 53 maddeden oluşan sözleşme, bireyin devlete karşı ileri sürebileceği klasik nitelikteki medeni ve siyasi hakları güvence altına almıştır. Sözleşmenin getirdiği bir yenilik, sözleşmenin uygulanmasını izlemekle görevli bir İnsan Hakları Komisyonu'nun kurulması olmuştur. Sözleşmenin ifade hürriyetiyle ilgili 19. maddesi şu şekildedir:

19/1. Herkesin müdahalesiz görüş edinme hakkı vardır.

19/2. Herkesin ifade özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak ister sözlü, yazılı yada basılı sanat biçiminde, ister seçilen başka iletişim yoluyla olsun, sınır tanımaksızın, her türlü bilgi ve düşünceyi araştırma, alma ve verme özgürlüğünü de içerir.

19/3. Bu maddenin ikinci fıkrasında öngörülen hakların kullanılmasında, ödev ve sorumlulukları da içerir. Bu nedenle belli kısıtlamalara bağlı olabilir. Bunlar yasayla öngörülen, ve

a. Başkalarının haklarına ve adına saygı göstermek;

b. Ulusal güvenliği yada kamu düzenini yada kamu sağlığını yada genel ahlaki korumak; için gerekli olan kısıtlamalar olabilir.

3.4. Diğer Düzenlemeler

Taraf olduğumuz, AGİT süreci içinde yer alan 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedi'nin ifade özgürlüğünü de kapsayan 1/VII. maddesi şu şekildedir: "Katılan devletler, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gösterecek; ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı yapmaksızın herkese düşünce, din ve vicdan özgürlüğü tanıyacaklardır. Devletler insan haysiyetinden kaynaklanan ve insanın kendisini özgürce ve tam olarak geliştirmesi için zaruri olan, medeni, siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer hakların etkin bir şekilde kullanılmasını teşvik edip cesaretlendireceklerdir."³²

Yine AGİT, süreci içerisinde yer alan, 1990 tarihli Paris Şartında ifade özgürlüğü, "Demokratik yönetim düzenli olarak yapılan hür ve adil seçimlerle ifadesini bulan halk iradesine dayalıdır. Demokrasinin temelinde insana saygı ve hukukun üstünlüğü yatar. Demokrasi, ifade özgürlüğünün, toplumun her

³¹ Çavuşoğlu, Naz (1994), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Toplum Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, İmaj Yayınevi, Ankara, 1994, s. 56.

³² Ünal (2001), s. 50, senedin tam metni için bkz: Bozkurt (1999), s. 682-733.

kesimine karşı hoşgörünün ve herkes için fırsat eşitliğinin en iyi güvencesidir.” şeklinde yer almaktadır.³³

Ayrıca AGİT süreci içerisinde yer alan Moskova Belgesi, Kopenhag İnsani Boyut Toplantısı Belgesi gibi tüm belgelerde ifade hürriyeti demokrasinin temel unsurlarından biri olarak düzenlenmiştir. Şekil ve içerik açısından bir Avrupa Anayasası olarak nitelendirilen 2000 tarihli Avrupa Temel Haklar Şartı'nın Özgürlük ve Güvenlik Hakkı adı altındaki II. bölümünde ifade özgürlüğü de yer almaktadır.

4. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

İnsan hakları belgelerinde sınırlandırmalar açıkça belirtilebileceği gibi, devletler de olağanüstü hal ve savaş durumunda hak ve özgürlükleri kısıtlayabilirler.³⁴ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesinde sınırlandırmaların hangi koşullarda yapılacağı belirtilmiştir. Buna göre: “Kullanılması ödev ve sorumlulukları da getiren bu hürriyetler, demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğinde olarak ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin, düzenin korunmasının, suçların önlenmesinin, genel sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli haberlerin açıklanmasının engellenmesi veya yargı erkinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla belirli merasim, koşul ve müeyyidelere bağlanabilir.”³⁵

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi kararları, sınırlamanın kapsamına ve uygulanma koşullarına açıklık getirmiştir. Bu kararlara göre ifade hürriyetinin sınırları olarak haysiyet, onur, özel yaşamın gizliliğinin korunması, suçluluğun önlenmesi, güvenliğin ve benzeri değerlerin himaye edilmesi olabilir. Propaganda fiili, cebri veya şiddeti gerektirdiği zamanda bu fiilin sınırları belirlenebilir.³⁶

İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, bir denge arayışını da beraberinde getirmektedir. İfade özgürlüğü, düzenin korunduğu, suçun önlediği veya genel olarak güvenliğin sağlandığı bir ortamda gelişebilir. Bu gerekliliklerin ifade özgürlüğü ile uzlaştırılması önemli sorunlar yaratmaz. Avrupa'da ifade özgürlüğü adına basın terörizmin sözcülüğüne dönüşmeyeceği kolayca kabul edilmektedir. Demokratik bir rejimde, birey özgürlüklerinin güvencesi olan devletin, ifade özgürlüğü ihlallerine karşı

³³ Ünal (2001), s. 54, Paris şartı'nın tam metni için bkz: Bozkurt (1999), s. 734-744

³⁴ Beydoğan (2003), s. 83.

³⁵ Ünal (2001), s. 261.

³⁶ Güriz (1998), s. 83.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

mücadele verirken insan haklarının ufulanmamalarını kollayıp gözetmekle yükümlüdür.³⁷

İfade özgürlüğü sınırlamalardan muaf değildir. Ancak bu sınırlamalar çok sıkı denetime tabidir; yani sınırlamanın da sınırları vardır. Sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ihlaline yol açmaması için şu üç koşulu taşıması gerekmektedir:

İlk olarak; öncelikle müdahale demokratik toplum bakımından zorunlu olmalıdır. Bir siyaset etiği kuralı olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ile sınırlandırma uyumlu olmalıdır.

İkinci olarak; sınırlama kanun ile belirlenmiş olmalıdır. Kanunla belirlenmiş olma, kanunların öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliği ile ilgilidir. Kanunların kalitesi denetim konusu yapılmaktadır. İnceleme konusu yapılan olayda uygulanan kurallarla ilgili olarak vatandaşın yeterli bilgi sahibi olması ulaşılabilirlik açısından gereklidir. Öngörülebilirlik ise, vatandaşların davranışlarını ona göre ayarlamalarına imkan sağlayacak ölçüde kuralların açıklıkla formüle edilmesidir. Davranışlarının sonuçlarını vatandaşlar öngörebilmelidir.

Son olarak; sınırlama meşru bir amaca yönelmelidir. Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrası meşru amaçları saymıştır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını meşru amaçların haklı kıldığını gösterme yükümlülüğü devlete aittir. Meşru amaç ikna edici olarak ortaya konmalı, “acil toplumsal ihtiyaç” söz konusu olmalıdır. Faydalı, istenen, kabul edilebilir, sıradan durumlar sınırlamanın gerekli olduğu anlamına gelmez.³⁸

Türkiye’de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlandırılma nedenleri Anayasanın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Bu nedenler: milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir.³⁹

³⁷ Kaboğlu, İbrahim (1998), “Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları”, **Düşünce Özgürlüğü**, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), AFA Yayınları, İstanbul 1998, s. 228.

³⁸ Bıçak (2002), s. 20-21.

³⁹ Gözler, Kemal (2005), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2005. <http://www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm>, 11.04.2006

1982 Anayasası aynı maddenin devamında ifade özgürlüğünün hangi nedenlerle sınırlandırılacağı konusunda da genişletilmiş şekilde düzenlemiştir. “Bu hürriyetin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”⁴⁰

5. TÜRKİYE’DE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

5.1. Anayasal Düzenlemeler

Türk Anayasalarını tarihi bir perspektif içerisinde ele alacak olursak: 1876 da Kanun-i Esasi’ de sadece basınla ilgili bir hüküm görmekteyiz. “Matbuat kanun dairesinde serbesttir.” (m.12). Kanun-i Esasi’de 1909 yılında yapılan değişiklikle, adı geçen hüküm genişletilmiş ve “matbuat kanun dairesinde serbesttir. Hiçbir veçhile kablettab teftiş ve muayeneye tabi tutulamaz” şeklinde düzenlenmiştir.⁴¹ Tarihimizde ilk kez düşünce özgürlüğü 1924 Anayasası’nda açıkça tanınmıştır. 70. maddeye göre “Vicdan, düşünme, söz, yayım, toplanma, dernek kurma... hürriyetleri Türklerin tabii haklarındanndır.” Ayrıca 77. maddeye göre “basın kanun çerçevesinde serbesttir ve yayımlanmadan önce denetlenemez, muayene edilemez.”⁴² şeklinde iki hüküm vardır.

1961 Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları içerisinde en özgürlükçü anayasa olarak kabul edilir. 1982 Anayasası’yla karşılaştırıldığında her ne kadar, insan haklarına devletin temel dayanaklarından ve varlık nedenlerinden biri olarak yer veren ve hürriyetçi demokrasi ilkelerini benimseyen bir Anayasa olduğu ileri sürülebilirse de,⁴³ mevzuatta ifadeyi sınırlayan hükümler devam ettiği için 1961 Anayasası’nda da “düşünce suçu” yürürlükten kaldırılamamıştır. Ancak 1982 Anayasası 1961’den oldukça, hatta

⁴⁰ Atar (2002), s. 12-13.

⁴¹ Kuzu, Burhan (1988), **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s. 262.

⁴² Kapani, Münci (1993), **Kamu Hürriyetleri**, 7. bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 110, Kaboğlu (1998), s. 228.

⁴³ Sunay, Reyhan (2003), **Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003, s. 3.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

büyük ölçüde farklı düzenlemeler öngörmek suretiyle, sınırlayıcı, kayıtlayıcı ve bazı alanlarda yasaklayıcı bir sistem getirmiştir.⁴⁴

1961 Anayasası'nın 20. maddesinde düşünce ve düşüncüyü açıklama hürriyeti yer almıştır: "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir. Kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz."⁴⁵ 11. madde de ise "Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz" ibaresi yer almaktadır.⁴⁶ Her iki özgürlüğün aynı madde içerisinde yer alması sınırlamalar konusunda tartışma yaratmıştır. 1961 Anayasası'nın 21. maddesinde bilim ve sanat hürriyeti, 22. maddesinde basın hürriyeti, 23. maddesinde basınla ilgili haklar, 28. maddesinde de toplantı hak ve hürriyetleri düzenlenmiştir.

1982 Anayasası ise düşünce ve ifade hürriyetleri farklı maddelerde düzenlenmiştir. İfade hürriyeti 26. maddede şu şekilde yer almaktadır: "*Herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber ve fikir almak yada vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema ve benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*"

1982 Anayasası'nda ifade hürriyetiyle ilgili olarak; düşünce ve kanaat hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, basın ve yayımla ilgili hükümler ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile ilgili hükümler 25-34. maddelerde düzenlenmiştir.⁴⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düşünce özgürlüğünün 9. madde de sınırsız olarak ve düşüncüyü açıklama özgürlüğünün de 10. madde de, ancak ikinci fıkrasında belirlenen sınırlama nedenlerine paralel olarak düzenlenmesi biçiminde kendini göstermektedir. Aynı yaklaşımı 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Paktının 19. maddesinde de görmek mümkündür. Maddenin 1. fıkrası düşünce özgürlüğünü ikinci fıkrası ise düşüncüyü kapsayacak biçimde ifade özgürlüğünü düzenlemektedir. Bu yaklaşım Türk Anayasasında da benimsenmiş; düşünce ve kanaat özgürlüğü 25. madde de herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Düşüncüyü açıklama özgürlüğü, haberleşme ve kitle iletişim özgürlüğünü de içine alacak biçimde düzenlenmiş

⁴⁴ Kaboğlu (1998), s. 229.

⁴⁵ Atar, Yavuz (2002), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar**, Mimoza Yayınları, Konya, 2002, s. 112.

⁴⁶ Kuzu, (1988), s. 312., Kaboğlu (1998), s. 229., Atar (2002), s. 109

⁴⁷ Söz konusu maddeler için bakınız: Atar (2002), s. 12-18.

ve sınırları belirtilmiştir. Bu açıdan anayasanın düzenlenmesi biçimsel de olsa çağdaş bir çizgi izlemektedir.⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ve 1982 Anayasasının 26. maddesi, “resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini” güvence altına almaktadır. A.İ.H.S.nin 10. maddesi, haber alma hakkı ve özgürlüğünü, ülke sınırları söz konusu olmaksızın geçerli olacağını da öngörmektedir.⁴⁹

5.2. Ceza Kanunu

1991 yılında 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu* nun 140, 141, 142 ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılması düşünce suçlarının hukuk düzeninden ayıklanması bakımından çok ileri bir adım olmuştur. Bununla birlikte Ceza Kanununda hala düşünce suçu öngören ya da mahkemelerce bu anlamda yorumlanan başka hükümler varlığını sürdürmektedir. Bu çerçevede özellikle Türk Ceza Kanunu'nun 159. maddesinde düzenlenen “devlet organları ve kuruluşlarını tahkir ve tezyif suçu” ile 312. maddesinde düzenlenen “halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçu”, mahkemelerce çoğu defa düşünce açıklamalarının cezalandırması şeklinde uygulanabilmekteydi.⁵⁰

Devletin bazı kuvvetlerinin milli ve manevi şahsiyetine hakaret suçunu düzenleyen TCK'nın 159. maddesi: “Türklüğü, Cumhuriyeti, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri ve emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen takrir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılırlar.”⁵¹ Şeklinde düzenlenmişti. Yeni kanunda bu konuyla ilgili düzenleme şu şekildedir: T.C.K. 301. madde: 1. Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 3. Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek

⁴⁸ Can, Osman (2003), “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, (Editör: Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 371-372.

⁴⁹ Bozkurt (1999), s. 328.

1 Mart 1926 tarihinde 765 sayılı ile kabul edilen Türk Ceza Kanunu, 1 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁰ Atar, Yavuz (2003),” Türkiye'nin Hukuk Devleti Sorunu:Hukukun Evrensel Üstünlüğüne Karşı Devletin Anayasal Üstünlüğü”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, (Editör: Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003, s. 329.

⁵¹ Beydoğan (2003), s. 146.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

ceza üçte bir oranında artırılır. 4. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.⁵² İki düzenlemeyi karşılaştırdığımızda; 159. md'de tanımlanan suçlar 301. md'de iki ayrı suça dönüştürülmesine ve müeyyideleri azaltılmasına rağmen diğer taraftan da söz konusu suç yurtdışında Türk vatandaşları tarafından işlendiği takdirde cezası arttırılma yoluna gidilmiştir.

İfade hürriyetinin sınırları bakımından oldukça büyük tartışmalara neden olan T.C.K.'nın 312. maddesi şu şekildedir: *“Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve iki bin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur. Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin liradan on iki bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.”*

6 Şubat 2002 tarihli ve 4744 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TCK'nın 312. maddesinde de değişiklik yapılmıştır. Buna göre halkı birbirine karşı sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak düşmanlığa ve kin beslemeye alenen tahrik olabilmesi için bu fiilin “kamu düzeni için tehlikeli olabilecek” bir şekilde olması gerekmektedir. “Kamu düzeni için tehlikeli olabilecek” bir şekilde değilse bu fiil cezalandırılmayacaktır. Bu değişiklik ile 312. maddedeki belirsizlik bir ölçüde giderilerek, Avrupa İnsan Hakları mahkemesince Türkiye aleyhine açılan davalarda ortaya konulan esaslara uyulmaya çalışılmıştır.⁵³

5237 sayılı yeni T.C.K.'da, -eski kanunda 312. maddede yapılan düzenleme- 215-218. maddelerde düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemelerle suç soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılarak somut tehlike suçu haline getirilmiştir.⁵⁴ Genel anlamda önceki kanundaki cezalar korunmakla birlikte yeni kanunda 215-217. maddelerde tanımlanan suçların basın yayın yoluyla işlenmesi halinde verilecek cezaların yarı oranına kadar arttırılabileceği hükme bağlanmıştır. 218. madde “Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.” şeklindedir.

TCK'daki 141, 142 ve 163. maddelerin kaldırılmasından sonra terörle mücadeleyle devam ettirmek için çıkarılan Terörle Mücadele kanununda bazı

⁵² Özgenç, İzzet (2006), **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 3. bası, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2006. s. 1073.

⁵³ Beydoğan (2003), s. 168.

⁵⁴ Özgenç (2006), s. 948-952.

düzenlemelere yer verilmiştir. Bu tür düzenlemelerden biriside başlığı "Açıklama ve Yayınlama" olan 6. maddedir. Bu madde ile terörizmle mücadele eden kamu kuruluş ve görevlilerinin güvence altına alınması öngörülmektedir. Madde şu şekildedir: "*İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.*"⁵⁵

29 Haziran 2006 tarihinde kabul edilen 5532 sayılı Yeni Terörle Mücadele Kanunu'nda ise yapılan değişiklikler şu şekildedir; 3713 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında geçen "beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para" ibaresi "bir yıldan üç yıla kadar hapis" olarak, dördüncü fıkrası ise aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da bin günden on bin güne kadar adli para cezasına hüküm olunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beş bin gündür."

*"Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak on beş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmi dört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırk sekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır."*⁵⁶

Yeni kanunla birlikte cezalarda önemli oranda bir artırıma gidildiği görülmektedir.

5.3. Genel Durum

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda hukuk devleti ilkesi temel ilkeler arasında yer almış ve hukuk devletinin ilkelerine de yer verilmiş olmasına rağmen, anayasanın temel felsefesi ve genel yaklaşımına büyük ölçüde devletin üstünlüğü düşüncesi egemendir. Devlet adeta halktan bağımsız bir aygıt haline gelmiştir.⁵⁷

⁵⁵ Beydoğan (2003), s. 169.

⁵⁶ Kanun metni için bakınız: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5532.html>, 10.08.2006.

⁵⁷ Atar (2003), s. 329.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

Oysa demokratik hukuk devletinde hükümetler halkın arzularına hizmet etmek üzere seçilirler. İfade özgürlüğü halkın bu arzuları hükümete iletmesinin bir yoludur ve halkın, isteklerini ifade etmesinin yasaklanması, iktidarın halkın taleplerine cevap vermek şeklindeki kesin varoluş amacıyla bağdaşmaz. Halkın memnun olmadığı için hükümetlerin politikalarını eleştirmesi, yönetim hakkındaki düşüncelerini açıklaması veya isteklerini ifade etmesi demokrasinin gereğidir.⁵⁸

Ülkemizde ifade özgürlüğünün önündeki en önemli ve temel sorun, devletin belli bir ideolojiyi resmileştirmesidir. Devletin belli bir ideolojiye sahip olması, devletin (tüm vatandaşlarına karşı eşit mesafede durmasını gerektiren) tarafsızlığı önündeki en büyük engeldir.⁵⁹

Yakın zamana kadar devletin vatandaşı katılımcı olarak değil de tebaa olarak gören bir anlayışa sahip olması nedeniyle kişilerin idarenin karar ve uygulamalarına katılması pek uygun görülmemekteydi. Fakat son dönemde kabul edilen bazı yasal düzenlemelerle söz konusu anlayışta değişiklikler olmuştur. Bunun en somut örneğini 2004 yılında yürürlüğe giren Bilgi Edinme Hakkı Kanunu oluşturmaktadır. Kanuna göre; herkes bilgi edinme hakkına sahiptir, kamu kurum ve kuruluşlarının tamamı kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır.⁶⁰ Diğer bir düzenlemede de Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'dur. Amacı; gerçek ve tüzel kişilerin idarenin işleyişi ile ilgili şikâyetlerini, Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak olarak tanımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmak istenmektedir. Fakat kanunun bazı maddeleri cumhurbaşkanı tarafından veto edilerek TBMM'ye geri gönderilmiştir.⁶¹ Yerleşik anlayışı birden bire

⁵⁸ Schauer (2002), s. 56.

⁵⁹ TORAMAN, Cüneyt, "İfade Özgürlüğü (Sorunlar-Sebeup-Çözüm Önerileri)", www.hukukçularder.org/index.htm (11.04.2006).

⁶⁰ Kanun metni için bakınız: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4982.html>, Erişim tarihi: 15.08.2006

⁶¹ Kanun veto edildiği için yürürlüğe girmemiştir (15.08.2006). Kanun metni için bakınız: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5521.html>, Erişim tarihi: 15.08.2006, Cumhurbaşkanının veto gerekçesi için bakınız: http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/01.07.2006-3512.html, Erişim tarihi: 15.08.2006

değiştirmek çok kolay olmamakta, ifade özgürlüğü için daha fazla adımların atılması gerekmektedir.

Eğitim, düşüncenin oluşumunda birinci derece önemli bir kavramdır. Ancak Türkiye’de eğitim seviyesi gelişmiş ülkelerin çok gerisinde bulunmaktadır. Doğru düşünebilmenin asgari ölçülerini kazanamayan, yeterli eğitim alamayan, sınamadan, kuşku duymadan doğruluğunu kabul ettiği doğmalara bağlı, ön yargılarının tutsağı olan kişilerde düşünebilme yeteneği sınırlıdır.⁶²

6. TÜRKİYE ALEYHİNE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE AÇILAN DAVA ÖRNEKLERİ VE ALINAN KARARLAR

6.1. Ceylan Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapan, Petrol-İş Sendikası Başkanı Münir Ceylan’ın haftalık olarak yayın yapan “Yeni Ülke” gazetesinde “Söz işçinin yarın çok geç olacaktır” başlıklı bir makalesi yayınlanmıştır. Söz konusu gazetede yayınlanan bu yazı üzerine başvuru sahibi hakkında. TCK’nın 312. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına göre, “din, dil, ırk ayrımı gözeterek halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmekten” dolayı dava açılır. Başvuru sahibi DGM önünde, yazdığı makalenin Güney Doğudaki insan hakları ihlalleri hakkında olduğunu, ayrımcılık tohumları ekmek veya karışıklık yaratmak amacıyla olmadığını ileri sürer. Münir Ceylan’a göre, demokratik bir toplumda her konunun serbestçe tartışılabilmesi gerekir. Sendika lideri olarak Güney Doğudaki demokrasi problemi hakkında fikir açıklamasının görevi olduğunu belirtir.⁶³

3 Mayıs 1993 tarihli kararında DGM, başvurunu T.C.K’nın 312/2 ve 3. maddesi gereğince suçlu bulmuş, 1 yıl 8 ay hapis cezasına ve 100.000 TL para cezasına çarptırmıştır. Mahkeme başvuranın makalesinde Türkiye’de Kürt halkına zulüm edildiğini, katledildiğini ve susturulduğunu iddia ettiğini ileri sürmüştür. Özellikle de mahkeme makalenin 4. ve 13. cümlelerini; “Türkiye’de Kürtlere karşı soykırım uygulanmakta...” ve “ Kürt halkını susturmayı ve sindirmeyi...” biçiminde yorumlamıştır. Ceylan Yargıtay’a başvurarak, DGM’nin makalesi hakkında yaptığı yoruma itiraz etmiş, yorumlanabilmesi için bir uzman gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemenin, cezasını tecil etme kararı vermesi gerektiğini de belirtmiştir. 14 Aralık 1993 tarihinde Yargıtay, DGM’nin delillerle ilgili değerlendirmesini ve başvuranın savunmasının kabul

⁶² Tezcan, Durmuş (2002), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 308.

⁶³ Eren, Abdurrahman (2004), **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 251., Beydoğan (2003), s. 214.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

edilmesinin gerekçelerini onaylayarak başvuruyu reddetmiştir. Ceylan, cezasını tamamlamıştır. Mahkumiyetinin sonucu olarak siyasi ve medeni haklarını kaybetmesinin yanı sıra, Petrol-İş Sendikasındaki başkanlık görevini de kaybetmiştir.⁶⁴

M. Ceylan 10 Şubat 1994 tarihinde Komisyona başvurmuştur. Mahkum edilmesinin, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkını güvence altına alan sözleşmenin 9. ve 10. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Aynı zamanda 10. madde ile birlikte 14. maddeye aykırı olarak, siyasi görüşü nedeniyle fark gözetildiğini de iddia etmiştir. Komisyon, 15 Nisan 1996 tarihinde başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. 11 Aralık 1997 tarihli raporunda sadece ilk şikayeti 10. madde bağlamında incelemiştir. Bu maddeyle ilgili bir ihlalin söz konusu olduğunu ve 14. madde ile bağlantılı olarak farklı bir konunun ortaya çıkmadığını ifade etmiştir.⁶⁵

AİHM’ye göre, siyasi konuşmalar ve kamuoyunu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünü sınırlama açısından devletin yetki alanı daralmaktadır.⁶⁶ Başvuran makalesinde, Güneydoğu Anadolu’da geçen yıllarda vuku bulan şiddet olayını marksist bir üslupla tasvir etmektedir. Yazara göre Kürt hareketi, “Türk işçi sınıfı ile ekonomik ve demokratik örgütlerin” demokrasi ve özgürlük mücadelesinin bir parçasıdır. Makalede, demokratik kitle örgütleri, siyasi partiler ve her fert ve kuruluş, hukuki alandaki bütün engellere rağmen, “kanlı katliamlar” ve “devlet terörizmine” karşı koymak amacıyla güçlerini birleştirme ve işbirliğine davet edilmektedir. Üslup olarak Türk makamları ağır bir şekilde eleştirilmiştir ve “devlet terörizmi” ve “soykırım” gibi aşırı terimler kullanılmış olmakla beraber, bunlar sonuç olarak, sözleşmenin 10. maddesi ile korunan kamunun ilgilendiği, tartışmalı konulara ilişkin ifadelerdir. Dolayısıyla sözleşme, ihlal edilmiştir.⁶⁷

6.2. Şener Kararı

Başvuru sahibi Pelin Şener dava tarihinde, İstanbul da basılan haftalık “Haberde Yorumda Gerçek” adlı derginin sahibi ve editörüdür. 5 Eylül 1993 yılında söz konusu derginin yayınlanan bir sayısında “Aydın İtirafı” adlı bir makaleden dolayı İstanbul DGM Savcısı, devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda yapılmasından dolayı, TMK’nın 8. maddesine dayanarak dava açar.⁶⁸

⁶⁴ Bıçak (2002), s. 216.

⁶⁵ Bıçak (2002), s. 218.

⁶⁶ Eren (2004), s. 252.

⁶⁷ Ünal (2001), s. 271.

⁶⁸ Eren (2004), s. 266.

Başvuru sahibi, davada suçlamayı reddeder ve makalenin yazarı ve kendisi hakkında açılan davanın gayesinin dergiyi cezalandırmak olduğunu belirtir. Sözleşmenin 10. maddesine atıfta bulunarak; TMK'nın 8. maddesinin sözleşmede korunan ifade hürriyetini sınırlayıcı bir nitelik taşıdığını mezkur maddenin bu hali ile hem Anayasaya hem de Sözleşmeye aykırı olduğunu iddia eder. DGM yaptığı yargılama sonucunda başvuru sahibini TMK'nın 8. maddesinde düzenlenen hükümlerden dolayı suçlu bulur ve 6 ay hapis 50 milyon lira para cezasına mahkum eder. DGM kararının gerekçesine göre, makale Türkiye'nin belirli bir kısmını Kürdistan olarak nitelermekte, bu bölgede yaşayan insanların Kürt insanı olduğunu belirtmektedir. Makaleye göre bu bölge bombalanarak ve kişilere karşı kimyasal silah kullanılarak Kürt halkının soyu yok edilmek istenmekte ve bu insanlar soykırımı tabi tutulmaktadır. DGM'ye göre adı geçen dergide yayınlanan makalede, bu şekilde, bir bütün olarak, devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapılmaktadır.

Başvuru sahibi kararı temyiz eder ve talep Yargıtay tarafından reddedilir. 27 Ekim 1995'te TMK'da 4126 sayılı kanun ile yapılan değişiklik üzerine, karar yeniden gözden geçirilirse de aynı karar verilir. Karar temyiz edilir. Fakat, bu sefer, hapis cezasının para cezasına çevrilmiş olması gerektiği belirtilerek karar Yargıtay tarafında bozulur. Bunun üzerine DGM hapis cezasını para cezasına çevirir. 17 Kasım 1995 yılında, aynı mahkeme, yayımlanan makalenin yazarını da aynı suçtan dolayı 1 yıl 1 ay 10 gün hapis ve 111.111.110 TL para cezasına çarptırmıştır. Fakat, verilen ceza yazarın iyi niyetine ve davranışına dayanılarak tecil edilir⁶⁹

AİHM, Türkiye'nin güneydoğusundaki hassas durumun varlığını ve hükümetin milli güvenlik ve kamu düzenini sağlamak için bölgedeki şiddet olaylarını daha da arttıracak nitelikteki eylemleri önlemek üzere gereken tedbirleri almakta haklı olduğunu kabul etmekle beraber : Bir entelektüelin Kürt sorununa ilişkin görüşlerinin açıklandığı, aydınların olaylar karşısındaki seyirci ve iki yüzlü tutumlarının kınandığı ve hükümetin bölgedeki uygulamalarının ağır şekilde eleştirildiği makalede, halkı kine, intikam almaya ve silahlı başkaldırıya tahrik edici ifadelerle yer verilmediği, tam aksine Kürt sorununun barışçı yollarla çözülmesinin önerildiği ifadeyle, sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁷⁰

6.3. Polat Kararı

Başvuru sahibi Edip Polat bir yazardır. 1991 yılında "Nevruzladık Şafakları" adlı Türkiye'deki Kürt isyan hareketleri ile ilgili tarihi olayları

⁶⁹ Beydoğan (2003), s. 287.

⁷⁰ Ünal (2001), s. 274., Eren (2004), s. 267. Kararla ilgili ayrıntılar için bakınız: Bıçak (2002), s. 499-516.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

destanvari şekilde anlatan bir kitap yayınlamıştır. Kitapta, ayrıca yazar kendi yorumunu da ekleyerek, Diyarbakır Hapishanesi'ndeki mahkumların hayatı ile ilgili gerçeklere ve uygulandığı iddia edilen kötü muamelelere de yer vermiştir.⁷¹

Aynı yıl olan 1991 yılında ikinci baskısını yapan kitap hakkında Ankara DGM toplattırma kararının çıkartılmasının yanı sıra , yazar hakkında. TMK'nın 8. maddesine dayanarak, ülkenin toprak bütünlüğü ve devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda yapmaktan dolayı Ankara DGM Savcılığınca dava açılır. DGM savcısına göre kitap, Türk Devletine kin ve nefret duymayı telkin etmekte ve Kürt ayrıkçılığını övmektedir. Savcıya göre, kitap, ayrıca, ayrılıkçı PKK teröristlerini ve Şeyh Sait'in isyan ordusunu Kürt vatanseverleri olarak nitelemekte ve 1925 Ayaklanmasını bastıran yönetimi fundamentalist burjuva diktatörlüğü olarak tanımlamaktadır. Kitap, şu anki yönetimin genişleme politikası sonucu, Kürtlerin temel haklarının çiğnendiğini ve Kürt topraklarının Türk topraklarına ilave edildiğini iddia etmektedir.

Başvuru sahibi DGM önünde iddiaları reddederek, Kürt kökenli insanların, medyada ve diğer yayınlarda tartışılan ve gerçek olaylara dayanan problemlerini dile getirmekten başka bir şey yapmadığını belirtir. Yazar, savunmasında, tarihi olayların yorumlanmasının suç olmaması gerektiğini, savcının iddianamesine kitabından alındığı bazı cümlelerde yer alan ifadelerle devletin bölünmez bütünlüğünün nasıl tehdit edildiğini anlayamadığını, okuyucuların bu ifadeleri okuduktan sonra ülkenin birliğini bozma noktasına geleceklere inanmadığını belirtir. Ankara DGM başvuru sahibini bölücülük propagandası yapmaktan mahkum eder. DGM kitabın altı bölümünde de bölücülük propagandası yapıldığını belirtir ve kararlarına özellikle ilk iki bölümden alıntılar yapar. DGM'ye göre kitapta verilen bilgiler eksiktir ve gerçeği yansıtmamaktadır.⁷² Başvuru sahibi Ankara DGM tarafından, TMK'nun 8. maddesi uyarınca iki yıl hapis ve 50 milyon TL para cezasına mahkum edilmiştir.

AİHM, Türkiye'nin son 15 yıldır karşı karşıya kaldığı terörün daha da artmasını önlemek için gösterdiği hassasiyeti göz önüne almaktadır. Ancak, Mahkemeye göre, başvuru sahibi, özel bir şahıs olup fikirlerini devlet güvenliği, kamu düzeni, ve toprak bütünlüğü üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde, kitle iletişim yolu yerine bir kitapla açıkladığını göz önünde bulundurmaktadır.⁷³ Kitle iletişim araçları ile fikirlerin açıklanmamış olması fikirlerin, ülkenin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü

⁷¹ Beydoğan (2003), s. 267., Eren (2004), s. 256.

⁷² Beydoğan (2003), s. 268.

⁷³ Eren (2004), s. 257.

üzerindeki etkisini ciddi olarak azaltmaktadır. Kitaptaki bazı bölümlerde Türk yetkililere ciddi eleştiriler getirilmekte ve kitap onlara karşı düşmanca bir üslup ile kaleme alınmış olmakla birlikte, kişilere, şiddet, silahlı karşı koyma ve isyan çağrısı yapılmamaktadır. Söz konusu olayların çok uzun bir süre önce gerçekleştirildiği de düşünülürse, olayda böyle bir şiddet çağrısının olmaması önemlidir. Mahkeme netice olarak, sözleşme ile korunan ifade hürriyetine yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığına hükmetmiştir. Sözleşmenin 10. maddesi ile korunan ifade hürriyetinin ihlali söz konusudur.⁷⁴

SONUÇ

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun oluşturulması açısından çok ayrı bir öneme sahiptir. Demokrasilerde yönetim, halkın isteklerini yerine getirecek bir araç olarak vardır. Temeli çoğulculuk ilkesine dayanan demokrasilerde, halkın yönetime katılması da sadece seçim esnasında olmaz. Halkın yönetimin, olumlu veya olumsuz uygulamalarına karşı düşüncelerini serbestçe açıklayabilmesi ve farklı düşüncelerin tartışılmasına uygun ortamın sağlanması gereklidir. Demokraside birey yönetilen değil yönlendirendir.

Türkiye'deki duruma baktığımızda, kutsal bir devlet anlayışıyla karşılaşmaktayız. Yani devlet bireyden önce gelmektedir ve halkı tebaa olarak gören bir devlet anlayışı hakimdir. Hükümetlerin icraatları, yasama ve yürütme organlarının yakın denetimine tabidir. Halka hesap verebilirlik yolları oldukça azdır.

Türkiye, birey karşısında devlete öncelik veren ceza politikası ve ceza kanunlarında yer alan düşünce suçları nedeniyle uluslararası platformda prestij kaybetmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde ifade özgürlüğüne ilişkin davaların tamamında Türkiye'nin sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği kararı verilmiştir. Bu gibi nedenler AB yolundaki Türkiye'nin önünü tıkamaktadır.

Türkiye'de ifade özgürlüğü ve genel olarak diğer temel insan hakları ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi için öncelikle iç hukukta bazı düzenleme ve yenileştirmelerin yapılması gereklidir. Ayrıca eğitim seviyesi yükseltilmeli, insanların başkalarını takip eden değil kendi hak ve yükümlülüklerini bilen kendi inisiyatifini doğrultusunda davranabilen bireyler haline getirilmesi sağlanmalıdır.

⁷⁴ Beydoğan (2003), s. 275-276.

İfade Özgürlüğü ve Türkiye

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Atar, Yavuz, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar**, Mimoza Yayınları, Konya, 2002.

Beydoğan, T. Ayhan, **Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Bıçak, Vahit, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, 1.baskı, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002.

Bozkurt, Enver/ Kütükçü, M. Akif/ Poyraz, Yasin, **Devletler Hukuku**, 4. Baskı, Asil Yayınları, Ankara, 2004.

Çavuşoğlu, Naz, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topuluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, İmaj Yayınevi, Ankara, 1994.

Gölcüklü, A.Feyyaz/ Gözübüyük, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, 2002.

Kapanı, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993

Kuzu, Burhan, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.

Küçük, Adnan, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Öktem, Akif Emre (2002), **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, 1. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2002.

Schauer, Frederick, **İfade Özgürlüğü**, (Çev: M.Bahattin Seçilmişoğlu), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002.

Sunay, Reyhan, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Tanör, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, Ankara, 1994.

Trager, Robert/ Dickerson, Donna L., **Yirmibirinci Yüzyılda İfade Özgürlüğü**, (Çev: A. Nuri Yurdusev), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Tezcan, Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

Ünal, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, T.B.M.M. Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001.

MAKALELER

Atar, Yavuz, “Türkiye’nin Hukuk Devleti Sorunu:Hukukun Evrensel Üstünlüğüne Karşı

Devletin Anayasal Üstünlüğü”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, (Editör:Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Ateş, Hamza, “Postmodern Toplum, Devlet ve Kamu Yönetimi”, **Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar**, (Editörler: Asım Balcı, Ahmet Nohutçu, Namık Kemal Öztürk,Bayram Coşkun), Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

Can, Osman, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, (Editör: Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Güriz, Adnan, “İfade Hürriyetinin Sınırları”, **Düşünce Özgürlüğü**, (Derleyen: Hayrettin Ökçesiz), Afa Yayınları, İstanbul, 1998.

Kaboğlu, İbrahim, “Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları”, **Düşünce Özgürlüğü**, (Derleyen: Hayrettin Ökçesiz), Afa Yayınları, İstanbul, 1998.

Kaboğlu, İbrahim Özden “Bilim ve Sanat Özgürlüğü”, **İnsan Hakları**, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.

Kaboğlu, İbrahim Özden, “Düşünce Özgürlüğü”, **İnsan Hakları**, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.

Morange, Jean, “İfade Hürriyetinin Hukuki Esasları”, (Çev:Tuğba Ballıgil), **Düşünce Özgürlüğü**, (Derleyen: Hayrettin Ökçesiz), Afa Yayınları, İstanbul, 1998.

İfade Özgürlüğü”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:6, 2006.

İNTERNET ADRESLERİ

Toraman, Cüneyt, “İfade Özgürlüğü (Sorunlar-Sebeup-Çözüm Önerileri)”,

<http://www.hukukcularder.org/raporlar/cuneytt.htm>,

www.belgenet.com

www.cankaya.gov.tr

www.TBMM.gov.tr

FRANZ OPPENHEIMER'İN DEVLET KURAMI

Arş. Gör. İrfan TÜRKOĞLU*
Arş. Gör. İbrahim Erdem SEÇİLMİŞ**

Özet

Bu çalışmanın amacı Franz Oppenheimer'in devlet kuramının önemini; devletin gelişiminde yaşadığı evrelere değinerek incelemektir. Birinci bölümde Oppenheimer'in iktisat anlayışı üzerinde karşılaştırmalı olarak durulacaktır. İkinci bölümde düşünürün devlet kuramını inşa ettiği tarzı araştırılacaktır. Üçüncü bölümde teoride önemli bir yer işgal eden ve teorinin asıl iktisadi boyutunu yaratan toprak mülkiyeti kavramı tartışılacaktır. Son olarak da Oppenheimer'in görüşlerindeki liberal eğilimli noktalar vurgulanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Devlet, toprak mülkiyeti, tekel

Abstract

The aim of this paper is to examine the significance of Franz Oppenheimer's theory of state by touching on the steps which were experienced during the development of the state. In the first section, economical understanding of Oppenheimer is considered comparatively. In the second section of this article, Oppenheimer's style which was used during the construction of the theory is evaluated. The third section of the article discusses the concept of land property which lies at the core of the theory related with the economical dimension. In the last section, some ideas of Oppenheimer which are parallel with liberal thinking are mentioned.

Keywords: State, land property, monopoly

I.GİRİŞ

1864-1943 yılları arasında yaşayan Alman düşünür Franz Oppenheimer, 1890'ların başlarında sosyopolitik sorunlara ve toplumsal ekonomi alanına ilgi duymaya başlamıştır. 1919 yılında Frankfurt Goethe Üniversitesi'nde sosyoloji ve teorik politik ekonomi dalında dersler vermeye başladı. 1936'da Amerikan Sosyoloji Derneği onur üyeliğine seçilen ve "American Journal of Economics and Sociology" adlı dergiyi kuran düşünürün en önemli eseri "Devlet" in de

* Arş. Gör, Hacettepe Üniversitesi, Maliye Bölümü, 06800, Beytepe-ANKARA, irfan@dicle.edu.tr

** Arş. Gör, Hacettepe Üniversitesi, Maliye Bölümü, 06800, Beytepe-ANKARA, ies@hacettepe.edu.tr .Çalışmadaki değerli katkılarından dolayı Dr. Özlem SEÇİLMİŞ KERİMOĞLU'na teşekkür ederiz.

içinde yer aldığı dört ciltlik “Sosyoloji Sistemi” dir. Bu çalışmada düşünürün çok ilgi uyandırmış olan “Devlet” adlı eserinden hareketle devlet kuramı analiz edilmeye çalışılacaktır.

Franz Oppenheimer başyapıtı “Devlet” ’in girişinde; yapacağı analizin sadece sosyolojik bir perspektiften değerlendirmelere yer verdiğini belirtse de¹; kendisinin tarih felsefesi ve ekonomi kuramını kapsayan sosyoloji anlayışından ötürü² incelemesi salt sosyoloji biliminin hatlarını oldukça aşmış disiplinler arası bir platforma oturmuştur. Hatta bu disiplinler arası platform kendisinin aldığı tıp eğitimi nedeni ile olsa gerek zaman zaman sosyal bilimlerden ibaret kalmayıp biyoloji gibi fen bilimleri alanlarına da taşmıştır³. Düşünürün; bu kapsamlı fikir maratonu sırasında; Karl Marx ’ı irdelerken kullandığı yasak elma hikâyesinden başlayıp⁴; çağdaş anayasal devlete gelene kadar çok çeşitli metotları kullanması ve farklı bilim dallarına başvurması doğal gözükmetedir.

Bu çalışmada Oppenheimer’ın zihinsel faaliyetlerinin ve devlet anlayışının özünde tuttuğu toprak mülkiyeti kavramı detaylı olarak incelenmeden önce; kendisinin sıklıkla toplumsal gelişimin bir göstergesi olarak yansıttığı iktisadi yapının evrimi üzerine yaptığı değerlendirmelerin daha rahat anlaşılabilmesi için düşünürün iktisat anlayışı tartışılacaktır.

Kitaptaki genel seyir takip edilerek devlet oluşumunun altı basamağı sıralanırken; toprak mülkiyeti konusu anti-tezleriyle birlikte kapsamlı olarak irdelenecek; devletin evrimine eş zamanlı olarak siyasi yollar-ekonomik yollar ayrımı yapılacak; kölelikten kurtulan bireyin faydacı-menfaatçi olma yolundaki mücadelesi bu analizin özü haline getirilecektir.

Son olarak; günümüze kadar defalarca çeşitli düşünce grupları içerisinde sınıflandırılmaya çalışılsa da hala hiçbir ekole dâhil edilemeyerek nevi şahsına münhasır bir düşünce yapısı olduğunu ispatlayan Oppenheimer’ın liberalizme yakın görüşleri vurgulanıp; sosyalist bakış açısıyla karşılaştırmalı olarak incelenecek ve ulaştığımız modern devlet kuramının üst basamaklarına gelirken geçirdiğimiz serüvende düşünürün payı tartışılacaktır.

¹ OPPENHEIMER Franz, (1984), **Devlet**, Çeviren ŞENEL Alaeddin. ve SABUNCU Yavuz, İstanbul, 35

² OPPENHEIMER (1984), 35

³ OPPENHEIMER (1984), 91

⁴ OPPENHEIMER (1927),”The Idolatry of The State”, **Review of Nations**, 2, 13-26

Franz Oppenheimer'in Devlet Kuramı

II.OPPENHEIMER'İN İKTİSAT ANLAYIŞI

Oppenheimer'in iktisat tanımı şöyledir: “Ekonomi; ekonomik bir toplumun sosyal-ekonomisinin bilimidir.”⁵

Bu tanım düşünürün sosyoloji ve iktisat arasındaki ilişkinin önemine yaptığı vurguların yenisinden öte bir şey değildir. Bu tanımda yazarın özellikle Neoklasiklerce yapılan iktisat tanımlarını geniş kapsamları nedeni ile niçin eleştirildiği açıkça görülebilir ⁶.

Düşünür iktisadi faaliyetleri diğer tüm faaliyetlerden ayıran özellikleri şöyle sıralamıştır:

1. Bu faaliyetler bir şeye sahip olma (ya da başka bir şeye sahip olmak için sahip olunanı elden çıkarma gücüne muktedir olma) arzusu ile güdülenir fakat bir şey yapma arzusu tarafından motive edilmezler.

2. Bu faaliyetler içgüdüsel ya da düşünülmeden yapılmış değildir; tasarlanmış, rasyonel hareketlerdir; özellikle minimum araç prensibine uygun faaliyetlerdir.

3. Arzulanan şeyler değeri olan şeylerdir; bu onların bedava mallar olmadığını gösterir; ama kıtılar; işgücünün ya da değeri olan başka şeylerin zilyetliğinin elde edilmesinin bedeli vardır ⁷.

Bu özellikler Oppenheimer'in iktisadı karışıklıktan uzak, yalın bir bilim haline getirme çabalarının bir işaretidir.

Avusturya ekolünün⁸ analiz tekniklerini beğenmesinin ötesinde eserinde marjinal devrimden sıklıkla esinlendiği de görülmektedir. Taşınır-taşınmaz mallar farklılaşmasında marjinal yarardan sıklıkla dem vurmuş ⁹; mülkiyet tarzının değişim aşamalarını incelediği bölümlerde savlarını doğrulamak için azalan marjinal faydalar yasasından istifade etmiştir.

⁵ OPPENHEIMER (1942/1943), “A Post Mortem on Cambridge Economics”, **The American Journal of Economics and Sociology**, 2 (3), 371

⁶ OPPENHEIMER (1942/1943), 369-371

⁷ OPPENHEIMER (1942/1943), 372

⁸ Carl MENGGER'in 1871 yılında yayımlanan “Ekonomi Biliminin Temelleri (Grundsätze Der Volkswirtschaftslehre)” adlı eserinin manifesto olarak kabul edildiği iktisadi okuldur. Temsilcileri arasında ilk etapta Menger, Böhm-Bawerk, Wieser ve çağdaş olarak da Mises ve Hayek sayılabilir. Okulun düşünce yapısını şekillendiren temel ilkeler metodolojik bireycilik, metodolojik subjektivizm ve marjinalizm olarak sıralanabilir.

⁹ OPPENHEIMER (1984), **Devlet**, Çeviren ŞENEL Alaeddin. ve SABUNCU Yavuz, İstanbul, 112

Oppenheimer iktisadi analizlerini yaparken; özellikle arazi tekeli ile ilgili çalışmalarını; sıklıkla Alfred Marshall'ın ve Neoklasik iktisatçıların eserlerini inceleyerek; onlara karşı anti-tezler üreterek zenginleşmiştir.

Oppenheimer'ın iktisadi düşünce tarzı yukarıdaki ipuçlarıyla ana hatlarıyla da olsa şekillenmiştir. Düşünür esas olarak sosyoloji ve devlet teorisi alanında çalışmaktadır; iktisadi metotları ise ihtiyaç duyduğunda tali olarak kullanmaktadır. Bu nedenle kendisinin tutarlı iktisat teorileri yarattığından söz edilemez. Ancak eserlerinin kimi kısımlarında bazı iktisadi rasyonelleri ustalıkla içselleştirdiği de bir gerçektir¹⁰.

III.DEVLETİN OLUŞUMU: SİYASETTEN EKONOMİYE BİR YOL

Oppenheimer'ın çalışmalarında fark edilebileceği gibi ekonomik motivasyon tüm analizlerin çıkış noktasıdır. Devletin oluşumu konusunda fikirleri yaşamı fetheden gücü arayışla başlamıştır ve düşünürün ulaştığı nokta bu gücün ekonomik güdü olduğu savıdır¹¹.

Arayışın orijininde ve alt basamaklarında toplumlar tarafından kişisel tatmin seviyesinin yükseltilmesi için yalnızca iktisadi yollar tabii ki yoktur. İktisadi güdünün ana faktör haline gelmesi teorinin olgunluk döneminin meyvesi ve devletin evriminin son basamaklarıdır. İktisadi güdünün; teori içerisinde baskın hale gelmesi uzun bir sürecin sonucudur.

Toplumların tarihi ve kalkınma mücadelesi; Oppenheimer tarafından refah seviyesinin yükseltilmesi için başvurulabilecek çeşitli yolların denenmesi ile başlatılır. Bu yollar siyasal yollar ve ekonomik yollardır. İnsanlar ihtiyacı olan malları üretim ve mübadele (ekonomik yollar) ile ya da başkalarına güç uygulayıp onların ürünlerini alarak (siyasal yollar) elde edebilirler¹².

Bu yolların tercihindeki karar mekanizmasını referans alan Oppenheimer devletin oluşumu kuramını inşa etmeye başlamıştır. Kendi süzgecinden toplumsal gelişimin tarihini yeniden inceler. İki tür topluluk, analizlerinin başlıca kaynaklarını oluşturur ve onlar üzerinden siyasal-ekonomik yollar farklılaşmasını açıklamaya çalışır. Bunlar; çobanlar ve köylülerdir. Köylüler üretimin temsilcisi olmaları ve mal rejimindeki farklılaşmanın bu tip cemaatlerde minimum olmasından dolayı iktisadi araçları kullanırlar; çobanlarda ise, ilkel devletin en önemli özelliği olan gelişmemiş siyasal yollar ve yüksek ijmeli sınıf farklılaşması mevcuttur.

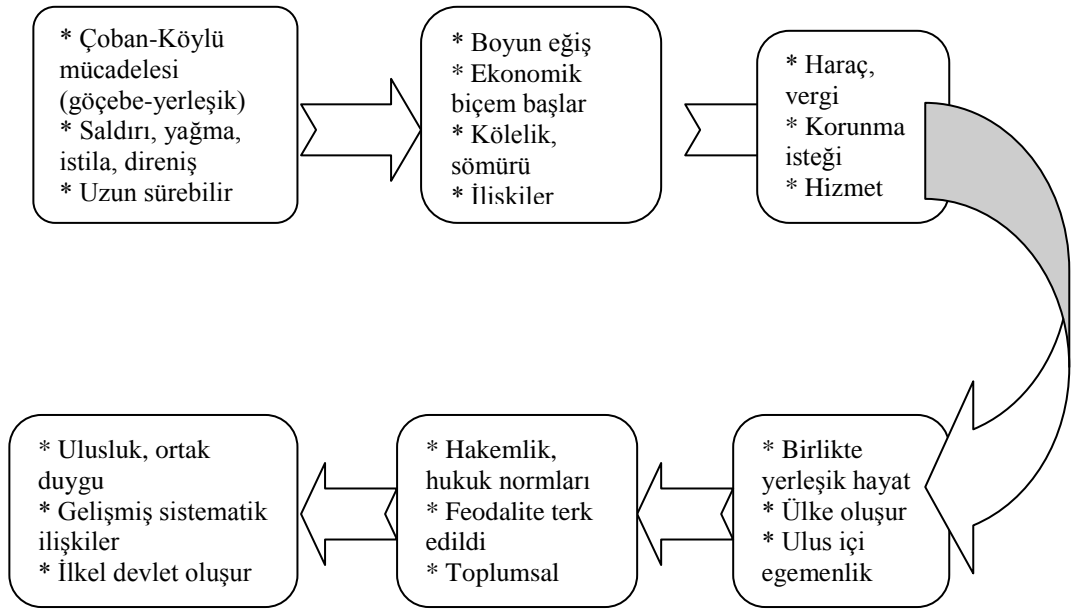
¹⁰ OPPENHEIMER (1984)180

¹¹ OPPENHEIMER (1984) 52

¹² HEİMANN Eduard (1944), "Franz Oppenheimer's Economic Ideas", **Social Research**, 11(1), 27-39

Franz Oppenheimer'in Devlet Kuramı

Düşünürün kuramına göre devlet oluşum sürecinde altı aşamadan geçmektedir. Bunları sıralamak gerekirse şu şekilde özetlenebilir: tahrip süreci, boyun eğiş süreci, vergilendirme süreci, yerleşik hayata geçiş süreci, hukuksal yapının ortaya çıkış süreci ve ulus kavramının oluşum süreci. Aşağıdaki şekilde aşamaların özellikleri şematize edilmeye çalışılmıştır.



Şekil-1: Devletin Oluşumu

Kaynak: Oppenheimer (1984) den faydalanılarak oluşturulmuştur.

III.1.Tahrip

İlk aşama için Oppenheimer tarafından özellikli bir tahrip yorumu yapılmamıştır. Yazdıkları değerlendirildiğinde ise bu sonuca kolaylıkla ulaşılmaktadır. Bu aşamada kavimler nedenli-nedensiz sürekli bir savaş halindedir. Kavga, yağma, soygun ve tecavüz gibi şiddet içerikli olaylar oldukça yaygındır.

Bu şartlar altında köylülerin uzun zaman alsa da göçebe kavimlere karşı direnci kırılmaktadır. Göçebelerin kolay hareket eden yapısı büyük de olsa toplulaştırılmamış köylüler karşısında zaferin kapısını açan kilit olmuştur ¹³. Yakın tarihimizdeki S.S.C.B-Afganistan Savaşı da bu savı destekler niteliktedir.

Taşınmaz mülkiyetin çiftçileri yenilgiye mahkûm ettiğinin zikredilmesi hiç yanlış değildir. Toprağından ayrılmak istemeyen köylüler bu tip saldırıları bertaraf edip; topraklarının bakırlığını korumak amacıyla güçleri nispetinde mücadele ederler. Fakat er ya da geç kendi mülkleri üzerinde gezen yabancılara tahammül etmeye alışır; mücadeleyi bırakıp benimsedikleri bu durumun devamına göz yumarlar. Bu göz ardı ediş ikinci aşamanın sinyallerini verir.

III. 2. Boyun Eğiş

Siyasal metotların hat safhada kullanıldığı birinci aşama tamamlanmış; insanların birlikte yaşamayı öğrendiği ve doğal olarak ekonomik araçlara terfi ettiği ikinci aşama başlamıştır. Daha modern bir toplum yapısı oluşmaya başlar. Her ne kadar sömürü ve kölelik gibi kulağa hoş gelmeyen kavramlar bu aşamaya damgasını vursa da; bunların sonucu olarak bedelsiz iş gücüne atfedilen önem ortaya çıkmakta ve iktisadi organizasyon filizlenmektedir. İstilacı kavimler artık egemenliklerini baki kılacak yöntemler aramakta ve ellerindeki gücü kaybetmek istememektedirler. Onlar savaşmışlardır ve kazanmışlardır. Galip taraf diğer kavmin iş gücünü karşılıksız kullanmak hakkına sahiptir. En güçlü gücünü hak, boyun eğmeyi de ödev biçimine sokmadıkça hep egemen kalacak kadar güçlü değildir ¹⁴.

Çoban kapitalin ve kapitalin üstünlüklerinin farkına varmıştır ¹⁵. Siyasal bir devrim yaşanmış; sınıfların filizlenmeye başlaması daha üst organizasyonların müjdecisi olmuştur. Artık ihtiyacı kadar üreten köylü toplumu; daha fazla ürün elde etmek için verimlilik analizine başlamıştır. Çapadan sabana geçişle devletin ihtiyaç duyduğu yüksek iktisadi örgütlenmenin temeli atılmıştır ¹⁶.

III. 3. Vergi/Haraç

Günümüzün en çok tartışılan konularından biri olan vergilendirme ve vergilendirenlerin meşruiyeti de tartışılmaya değerdir. Hali hazırda kutsal bir görev olarak nitelendirilir hale gelmiş olan verginin doğuşu da teoride önemli

¹³ OPPENHEIMER (1984), **Devlet**, Çeviren ŞENEL Alaeddin ve SABUNCU Yavuz, İstanbul, 71

¹⁴ ROUSSEAU Jean Jacques, (1993), **Toplum Sözleşmesi**, Çeviren GÜNYOL Vedat, İstanbul, 17

¹⁵ OPPENHEIMER (1984), **Devlet**, Çeviren ŞENEL Alaeddin. ve SABUNCU Yavuz, İstanbul, 76

¹⁶ OPPENHEIMER (1984), 55

Franz Oppenheimer'in Devlet Kuramı

bir yer işgal etmektedir. Galiplerin mağluplardan kendilerine nedensiz yere yaptıkları bu transfer zamanla kalıcı hale getirilmek için ödev adı altında alınan haraçlardan ibarettir. Karşılıksız transferin getirdiği töhmetten kurtulmak için işgalci kavimler diğer işgalcileri köylülerin topraklarına sokmadıkları için bu kazancı hak ettiklerine köylüleri ikna etmeye çalışmışlardır. Modern devlette de bu ikna çabaları sürmekte; her geçen gün artan bu payı meşrulaştırmak adına çok çeşitli ve afakî yeni misyonlar yaratılmaktadır.

F. Bastiat gibi liberal yazarlar mülkiyetin/servetin piyasa dışı yollardan; örneğin vergi/transfer aracılığı ile edinilmesine yasal soygun adı vermektedirler¹⁷.

Yukarıdaki paragraftan anlaşılabilceği gibi işgalci kavimler kan dökmektense soygun için daha basit ve daha kazançlı bir yol bulmuşlardır. Ancak daha hukuksal yapılaşma başlamadığından (beşinci aşamada gelişmeye başlar) bu soygun Oppenheimer'in teorisinde yasallığını kaybeder. Yasadışı bir soygundur; bu yüzden haraç kelimesi anlam bakımından bu durumu karşılamak için vergiden daha uygun düşecektir.

İlkel tip üretim yapan toprağa bağlı bir toplum için savaşmak hiçbir zaman cazip değildir. Bu yüzden korunmak vaadi onlar için çok etkileyici bir vaattir. Aslında onları sadece kendi rantlarını kaybetmemek için koruyacak olan gruplara (ki bu gruplarla bir süre öncesinde amansız mücadeleler içindeydiler) ödeme yapmak bir süre sonra rutin hale gelir. İşgalciler artık yağmacı sıfatından kurtulmuş; himayeci bir kimliğe bürünmüşlerdir.

Bu himayeci özellik aslında yazarın "Devlet" kitabında yaptığı benzetmeler daha da irdelenerek genişletilebilir. Oppenheimer tarafından devletin cinsel üremeyle doğacağı savı işlenmektedir¹⁸.

Küçük, son derece aktif, hareketli titreşen öge, spermatazoon, hareket edemeyen, büyük, aktif olmayan uzak hücreyi, ovümü, yani dişilik ögesini arayıp bulur; onun içine girer, içinde eriyerek onunla birleşir. Bu sosyolojik döllenme eyleminde, doğaları gereği tarlalarına bağlı, edilgen köylüler ovümdür; çobanların hareketli kabilesi ise spermatazoon; döllenmenin sonucunda, organları bakımından daha tam bir farklılaşmaya uğramış, bütünleşmeleri çok daha eksiksiz olan, daha yüksek bir toplumsal organizmanın olgunlaştığı görülür¹⁹.

¹⁷ AKALIN Güneri (2003), "Ek Vergilerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu", **Asomedy**, Haziran-Dosya

¹⁸ OPPENHEIMER (1984), **Devlet**, Çeviren ŞENEL Alaeddin. ve SABUNCU Yavuz, İstanbul, 91

¹⁹ OPPENHEIMER (1984) 91

Spermatazoon ovüme ulaşmayı başardıktan sonra; ovüm çevresindeki koruyucu zarı eriterek içeriye girer; ardından ovüm etrafındaki zona pellucida ismi verilen bu koruyucu tabaka daha güçlenip zırh halini alarak başka bir spermatazoonun içeriye girmesine yani polispermiye müsaade etmez²⁰. Böylece toplumsal döllenmenin eril kişisi olan aktif kavim; aidiyet hissi içerisinde oluşan yeni organizmanın koruyuculuk görevini otomatik olarak üstlenir hale gelir.

III. 4.Yerleşik Hayat

Yerleşik hayata geçiş, evrimin çok kritik bir basamağıdır. Devletin vazgeçilmez, olmazsa olmaz öğeleri arasında onun toprak öğesi bulunmaktadır²¹. Toprak ile ifade edilen tabii ki yağma aşamasındaki gibi sınırları belli bir toprakta eşkıyalık yapmak demek değildir. Bu noktadan sonra toprak yerleşik hayat geçip; daha üst bir organizma haline gelmiş topluluğun yerleşim ve faaliyet alanıdır. Oppenheimer gibi kuvvet kuramcı bir yaklaşım içerisinde olan İbn Haldun da tarihi süreçte her toplumun asabiye yapıcı gücü ile göçebelikten (bedavet) yerleşikliğe (hadaret) doğru hareket halinde olduğunu vurgulamaktadır. Ona göre devlet denen süreç boyunca bedevilikten hadariliğe sürekli bir akış mevcuttur²².

Yerleşik hayatın içselleştirilmeye başlanması ile birlikte mülkiyet kavramı-hakkı da önem kazanmıştır. Sivil toplum kavramının yaratıcısı ve bir anlamda Oppenheimer'in esin kaynaklarından biri olarak kabul edilebilecek olan Adam Ferguson'un da belirttiği üzere üç aşamalı insanlık tarihinde (vahşilik, barbarlık, uygarlık) vahşilikten barbarlık basamağına geçiş mülkiyet kavramına sosyal statü yaratacak derecede önem atfedilmesi ile gerçekleşmiştir²³. Elbette ki mülkiyet-sosyal statü kavramlarının önem kazanması ve yerleşik olarak belirli topraklar üstünde yaşanması devleti tanımlamak için yeterli değildir. Fakat unutulmaması gereken nokta topraksız bir devletin var olmayacağıdır.

Yeni oluşmuş ve hala tam olarak eklemleşmemiş bu toplumsal yapının eril tarafı tüm dinamizm ve baskınlığını kullanarak devletin gideceği yönü tayin eder. Bu faaliyetleri sırasında ise köylüler tarafından hoş karşılanmayan noktaları kendi metotlarıyla ortadan kaldırırlar. Modern devlet, bütün siyasal

²⁰ SPEROFF Leon and FRITZ Marc A., 2005, **Clinical Gynecologic Endocrinology and Infertility**, Philadelphia, 246

²¹ DOEHRING Karl, (2002), **Genel Devlet Kuramı**, Çeviren MUMCU Ahmet, İstanbul, 33-42

²² ŞULUL Kasım, 2002, "İbn Haldun'un (1332-1406) Tarih Görüşü", **D.E.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı 15, 160

²³ DOĞAN İlyas, (2003), "Sivil Toplumun Ortaya Çıkışı: Adam Ferguson", **Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, Cilt 1, Sayı 1, 193

Franz Oppenheimer'in Devlet Kuramı

birlikler gibi, sosyolojik olarak ancak kendine özgü somut araçları açısından tanımlanabilir. O da fiziksel güç ve şiddet kullanımıdır²⁴.

III.5.Hukuksal Yapı

Toplum yapısını şekillendiren güç kullanımı ve baskı, hala odakta olmakla birlikte bu aşamadan itibaren farklı bir amaç için kullanılmaya başlar. Egemen güç bu metotları uyruklarının toplumsal huzuru bozmaması ve yaşam alanının iç dinamiklerine zarar verilmemesi için kullanır. Rasyonel bireyin düşünce yapısına kavuşmak yolunda önemli gelişmeler gösteren çoban orijinli yöneticiler; köylülerin kendi aralarındaki mücadele ve savaşlarının onları üretici yönünü öldürdüğünü ve savaşçı bir topluma dönüştürdüğünü fark ettiklerinde; düşük verimlilik ve üretim sonucu azalacak olan hasattan alabilecekleri haracın da azalacağını hesaplayarak bazı normlar çerçevesinde yaşayan ve sorunlarını kavga ile değil de bir kurallar bütünü içerisinde çözen bir köylü birliği tahayyül ettiler. Böylece köylü toplulukları arasında tahkimi esas görerek kendilerini düzeni muhafaza edici bir rol seçtiler (savaşçı ve koruyucu sınıfın organize bir yapıya yakınsamak adına evrimi hızlanmıştır²⁵). Bu babacan tavır hem kavgaları önleyecek ve ekonomik istikrarı sağlayacaktı hem de bir müeyyideler sisteminin gelişmesini sağlayacaktı.

III.6.Ulus

Egemenin yönetimi altındaki insanları disiplin içinde; üretimin iktisadi verimliliğini düşürmeyecek şekilde muhafaza etme isteği toplu yaşama gereksinimini doğurmuştur. Böylece ulus olmaya giden yolun önu açılmıştır.

Uluslar, coğrafi açıdan, yerleşim ve komşuluklarla; kültürel açıdan, ortak dil, töre ve ananelerle devlete ilişkin örgütlenme biçimi çerçevesinde kaynaşmış soy topluluklarıdır. Bir ulusa ait olmak düşüncesiyle, o ana kadar birbirlerine yabancı olan kişiler arasında dayanışmacı bir ilişki kurulur.²⁶

Bu noktada teorinin iktisadi ayağının önemi çok net bir şekilde gözlemlenebilir. Habermas'ın yukarıdaki ulus tanımında örgütlenme biçimi yazarın kendi vurgusu üzerine siyasi olmayan bir örgütlenme biçimine referans verir. İktisadi örgütlenme işaret edilmektedir. Bu ilkel devlet namzedinin iktisadi örgütlenme biçimi ilkel bir tarım toplumunun faaliyetlerinden ibarettir. Devlet olmak için insanlar bu basit tarımsal üretim yapısının çevresinde kaynaşmışlardır. Tarım ve üretim toprak demektir. Yukarıdaki tümceler geçişlilik özelliği çerçevesinde incelendiğinde bu devletin yapısını belirleyen

²⁴ WEBER Max, (2000), **Sosyoloji Yazıları**, Çeviren PARLA Taha, İstanbul

²⁵ DOĞAN, (2003), "Sivil Toplumun Ortaya Çıkışı: Adam Ferguson", **Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, Cilt 1, Sayı 1, 193

²⁶ HABERMAS Jürgen, (2005), **Öteki Olmak Ötekiyle Yaşamak**, Çeviren AKA İlknur, İstanbul, 3.Baskı, 18-19

toprağın mülkiyetidir. Toprak mülkiyeti rejimi; bir yerde ulusa devlete giden farklı yolları göstermiştir.

IV. TEORİNİN ÖZÜ: TOPRAK MÜLKİYETİ

Teoride siyasi gelişim ile ekonomik gelişimin çakıştığı nokta, toprak mülkiyetidir. İkinci bölümde siyasi evrim sonucunda toprak rejimi anlayışının değişiminden bahsedilmiştir. Bu bölümde öncelikli olarak toprak mülkiyeti rejiminin iktisadi boyutları incelenecektir.

Devletin ilk aşamalarında toprağa insanlar tarafından fazlaca değer biçilmemekteydi. Kıt bir kaynak olmayan toprağın, marjinal faydası yok denecek kadar azdı. Atmosferdeki hava kaynakları bölüşülemeyeceği gibi toprağın da bölüşümü söz konusu değildi²⁷.

Bu noktaların ışığında toprak mülkiyetinin neden gittikçe daha az insanın elinde bulunduğu konusu Oppenheimer zihnini oldukça fazla meşgul etmiştir. Alfred Marshall ve takipçilerinin öne sürdüğü; toprak üzerindeki marjinal maliyetin devamlı azalan olduğu açıklamaları Oppenheimer'ı tatmin etmemiştir. Oppenheimer onları başlangıçtaki üretim faktörleri dağılımını önemsememekle suçlamıştır²⁸. Üretim faktörlerinin ilk paylaşımında devlet kuramındaki tahrip, işgal ve el koyma gibi metotların payı açıktır. Feodaliteye giden yolda topraklar hızla toplulaşmıştır. Sosyolojik evrim ilerledikçe bireyler kölelik boyunduruğundan kurtulup özgür bireyler olarak adlandırılmaya başlandı. Fakat mülkiyetsiz özgürlük bir alaydan ibarettir²⁹. Bireysel özgürlüklerin çekirdeğinde mülkiyet yatar. Mülkiyetin olmadığı bir platformda insanların temel özgürlükleri en hayati basamakta kısıtlanmış demektir.

Büyük toprak mülkiyeti iktisadi ve sosyal gelişme önünde fiili bir engeldir. Oppenheimer arazi kiralardaki artışla devletin mali krizleri arasındaki ilişkiyi açıklamıştır³⁰. Ekilebilen arazilerin belli kimselerin mülkiyetinde birleşmesi toplulaştıkça; kiralarda yükselmekte ve yeni bir denge oluşmaktadır. Arazi sahipleri bir süre sonra nerdeyse bir tekel gücüne sahip olmakta ve pazar, tekel motivasyonu ile şekillenmektedir. Arazi piyasası bir tekel piyasası haline gelmiştir. İlkel devletlerde ekonomik yapıyı belirleyen ana sektör tarımdır. Ülkenin mali yapısının belirlenmesinde tarım çok önemli bir rol

²⁷ OPPENHEIMER, (1984), **Devlet**, Çeviren ŞENEL Alaeddin. ve SABUNCU Yavuz, İstanbul, 142

²⁸ OPPENHEIMER, (1943), "A Post Mortem on Cambridge Economics", **The American Journal of Economics and Sociology**, 2 (4), 533

²⁹ OPPENHEIMER, (1943), 535

³⁰ BACKHAUS Jürgen. G. (2004), "Joseph A. Schumpeter's Contributions In The Area of Fiscal Sociology : A First Approximation", **Journal of Evolutionary Economics**, 14 (2), 145-146

Franz Oppenheimer'in Devlet Kuramı

oynar. Tekelci için toplumun hiçbir üyesi ondan önemli değildir ³¹. Bu nedenle arazi sahiplerinin tekel güdüsü çok büyük sosyal maliyetler yaratmaktadır.

Tekel niteliğindeki arazi piyasasının ekonomide baskın olduğu yapılarda bu maliyetler son derece büyük olabilir. Zincir şeklinde işleyen iktisadi yapılarda yeni sektörler oluştuğça bu menfi sonuçlar katlanarak artacaktır. Tarımdan sanayi sektörüne doğru kayan gelişmekte olan ülkelerde arazilerin aşırı değerliliği; sanayi sektöründe işgücü arzını son derece arttıracaktır; geçimlik düzeyde ücrete razı çok sayıda topraksız köylünün varlığı reel ücretleri taban seviyelere kadar indirecektir.

Bu değerlendirmeler ışığında Oppenheimer'in neden tekel piyasasının karşısında olduğu açıktır. Arazinin tek elde toplanması yalnızca cari durum için büyük sosyal problemler yaratmamaktadır. Bu tip bir düzenden çıkan ekonomi tarım toplumundan sanayi toplumuna geçerken görece olarak çok daha büyük zorluklar yaşayacaktır. Sosyal maliyetler halk tarafından karşılanacak ve bireysel özgürlüklerin koşulsuz edinimi bir özlem olarak kalacaktır.

V. BİR LİBERAL OLARAK OPPENHEIMER

Franz Oppenheimer günümüze kadar pek çok kişi tarafından farklı düşünce gruplarına ve ekollere dâhil edilmeye çalışılmıştır. Ancak teorisinin çok özel olarak bir kalıba sokulması ya da tutarlı olarak bir disipline dâhil edilmesi mümkün değildir. Bu bölümde Oppenheimer'in liberalizme yakınsadığı noktalar aksi görüşlerle karşılaştırmalı olarak verilecektir.

Devletin oluşumunu dışsal gelişmelerle açıklaması zaten başlangıç aşamasında sosyalistlerle arasında büyük bir farkın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Devletin gelişimini içsel dinamiklerle açıklamaya çalışan görüşleri kabul etmemiş; kanıt olarak ta ikinci bölümde tartışılan evrim savını ortaya sürmüştür.

Başlangıçtaki bu farklılaşma gitgide büyümüş, Marksist teoride refah toplumuna giden yolda Oppenheimer'in ısrarla vurguladığı evrimi önemsemeyen özgür emek; ancak devrim yoluyla isteklerini elde edebileceğini zannetmiştir ³². Devrim ise bir süre sonra araç olmaktan çıkmıştır. Hayati bir yanlış vardır. İşte Oppenheimer'in Marx'a getirdiği en büyük eleştirilerden biri bu noktadadır.

Marx'ın görkemli kuramının, sonunda gerçeklerden böylesine uzaklaşmasına yol açan yanlışların tümü, ekonomik gereksinimlerin

³¹ MARSHALL Alfred, (1961), **Principles of Economics**, London, 447

³² MARX Karl ve ENGELS Friedrich, (2002), **The Communist Manifesto**, London, 219-235

sağlanmasının araçları ile gereksinimlerin sağlanması amacının arasında açık bir ayrımın yapılmamış olmasından kaynaklanır³³.

Bu farklılaşma iktisadi örgütlenme irdelendiğinde daha da ortaya çıkacaktır. Marx sosyalisttir rekabetin sömürü yarattığına inanır; Oppenheimer ise liberaldir ve kapitalizmin eksikliğinin arazi tekelinde yattığına inanır; ona göre refahı sağlayacak olan tekellerden arınmış tam-rekabet piyasasıdır³⁴. İşgücü piyasasındaki dengeyi de arz-talep yönlü incelemesi de bunun bir göstergesidir. Modern kentin özünde mübadele yatar.

İşçinin sermayenin çemberinden çıkamayacağı savını reddeder; işçi arzı konusundaki proletarya kuramı hayalidir. Emegın verimliliği arttıkça işçinin de kendi sermayesini yaratabileceğini düşünür³⁵. Böylece işçi serbest değişimin olduğu bir pazarda müteşebbis haline gelir. Önemli olan çalışma güdüsü ve marjinal verimlilikteki artıştır. Sermaye hareketli ve akışkandır; sermaye sahipleri çalışkanlıkları ölçüsünde devamlı değişebilir. Rekabet pastadaki payları değiştirirken pastayı da büyütmektedir. Sermayedarlar değişirken iktidar sahiplerinin yeri çok sağlam değildir. Bu ise bir anlamda liberalizme açılan yoldur. Oppenheimer'ın tekel karşıtlığı bu nedenle çok kritik bir noktada durur.

Daha önce vurguladığımız üzere Oppenheimer özgürlüklerin özüne mülkiyeti koyar. Azat edilmiş ama mülk edinememiş bireyin köleden farkı yoktur. Bu ise özel mülkiyetin kaldırılmasını içeren komünizm manifestosuna aykırıdır³⁶.

Mülkiyet, tam rekabet ve mübadele gibi kavramlara verdiği önem Oppenheimer'ın devlet kuramında liberalizmin önemli bir yer tuttuğunun göstergesidir.

VI. SONUÇ

Platon'dan günümüze devlet hakkında çok çeşitli kuramlar oluşturulmuş; birçok düşünür devleti tanımlamak ihtiyacı hissetmiştir. Maalesef bu çalışmalardan çoğu ortaya kondukları dönemde devletin yaşadığı problemlerin çözümüne yönelik öneriler getirmemiş ya da böyle bir gereksinme duymamıştır.

³³ OPPENHEIMER, (1984), **Devlet**, Çeviren ŞENEL Alaeddin. ve SABUNCU Yavuz, İstanbul, 54

³⁴ HEIMANN, (1944), "Franz Oppenheimer's Economic Ideas", **Social Research**, 11(1), 33

³⁵ HEIMANN, (1944), 31-32

³⁶ MARX Karl ve ENGELS Friedrich, (2002), **The Communist Manifesto**, London, 235

Franz Oppenheimer'in Devlet Kuramı

Ütopyalar peşinde koşan pek çok teorisyen herkesin refah içinde yaşayacağı gelecekteki devleti tasarlarlarken yanı başlarında olup bitenlerden haberdar değillerdir. Oysaki bu afakî çabaların sonuçsuz kaldığı açıktır. Günümüz modern devleti kimi zaman en ilkel devlet yapılarında rastlanan aksamaların hemen hemen aynılarıyla karşı karşıya kalmaktadır. İçinde yaşanılan topluma bir yön göstermektense; hayali ülkeler için refah senaryoları üretmenin elbette ki çok büyük bir fırsat maliyeti vardır. Gerçekte olanı yadsıyıp olması gerekeni düşlemleyenler onu öğrenmekten ziyade mahvına neden olurlar³⁷.

Devlet kuramlarında üretilen çözüm önerilerinin çoğunlukla etkili olmaması kimi zaman ise düşünürlerin zihinlerini sadece belirli disiplinlerle sınırlamalarından dolayıdır. Salt siyaset bilimi, iktisat, toplum bilim ya da hukuk kullanarak oluşturulan teoriler; problemlerin büyüklüğü ve karmaşıklığı karşısında yetersiz kalmaktadır.

Franz Oppenheimer yakın tarihimizdeki devlet irdelemelerinin belki de en tutarlısını yapmıştır. Metodoloji olarak yer yer boşluklar bulunsa da kendi devlet görüşünü sistematize edebilmiştir. Ancak Oppenheimer da yukarıda belirtilen yanılığın kurtulamamış; devletin evrimini incelerken ilk basamaklarda yerinde tahliller yapmasına rağmen evrimin sonlarına doğru bir hayal devletini anlatmıştır.

Oppenheimer'in takdir edilecek bir yönü ise kuramını disiplinler arası bir platforma oturtma çabasıdır. Sosyoloji üzerine temellendirdiği düşüncesini felsefeyle beslemiştir. Anayasal devlete giden köprüyü iktisadi yaşamdaki yeniliklerle eşgüdümlü olarak incelemiştir. İktisadi örgütlenmedeki değişimin devleti gidişatı üzerindeki etkilerini analiz etmiştir. Bunu yaparken yaşanmış tecrübelerden sıklıkla bahsetmiş ve tarihi göndermelerde bulunmuştur. Zaman zaman ispat uğraşları içerisinde fen bilimlerine dahi başvurmuştur.

Düşünürün yapıtlarının ve dünya görüşünün belli bir tasnifin içine sokulması oldukça zordur. Özgür düşünüş tarzı düşünürün orijinalliğini korumasını sağlamıştır. Belki de Oppenheimer'a belli bir görüş mensupluğu payesi verilmeye çalışılmasından vazgeçilip; kendisinin bağımsız bir fikir adamı olarak algılanması daha doğru olacaktır.

KAYNAKÇA

AKALIN Güneri, (2003), "Ek Vergilerin Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu", **Asomedy**a, Haziran-Dosya

³⁷ MACHIAVELLI Niccolo, (1992), **Hükümdar**, Çeviren BAĞDATLI Selahattin, İstanbul, 77

- BACKHAUS Jürgen G. (2004), “Joseph A. Schumpeter’s Contributions In The Area of Fiscal Sociology: A first Approximation”, **Journal of Evolutionary Economics**,14 (2), 143-151
- DOĞAN İlyas, (2003), “Sivil Toplumun Ortaya Çıkışı: Adam Ferguson”, **Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, Cilt 1, Sayı 1, 191-199
- DOEHRING Karl, (2002), **Genel Devlet Kuramı**, Çeviren MUMCU Ahmet, İstanbul
- HABERMAS Jürgen, (2005), **Öteki Olmak Ötekiyle Yaşamak**, Çeviren AKA İlknur, İstanbul, 3.Baskı
- HEIMANN Eduard, (1944), “Franz Oppenheimer’s Economic Ideas”, **Social Research**,11 (1), 27-39
- MACHIAVELLI Niccolo, (1992), **Hükümdar**, Çeviren BAĞDATLI Selahattin, İstanbul
- MARSHALL Alfred, (1961), **Principles of Economics**, London
- MARX Karl and ENGELS Friedrich, (2002), **The Communist Manifesto**, London
- OPPENHEIMER Franz, (1984), **Devlet**, Çeviren ŞENEL Alaeddin ve SABUNCU Yavuz, İstanbul, Kaynak Yayınları
- OPPENHEIMER Franz, (1927), “The Idolatry of The State”, **Review of Nations**, (2), 13-26
- OPPENHEIMER Franz, (1942/1943), “A Post Mortem on Cambridge Economics”, **The American Journal of Economics and Sociology**, 2 (3), 369-376
- OPPENHEIMER Franz (1943), “A Post Mortem on Cambridge Economics”, **The American Journal of Economics and Sociology**, 2 (4), 533-541
- OPPENHEIMER Franz, (1944), “A Post Mortem on Cambridge Economics”, **The American Journal of Economics and Sociology**, 3 (1), 115-124
- ROUSSEAU Jean Jacques, (1993), **Toplum Sözleşmesi**, Çeviren Vedat Günyol, İstanbul
- SPEROFF Leon and FRITZ Marc A., 2005, **Clinical Gynecologic Endocrinology and Infertility**, Philadelphia
- ŞULUL Kasım (2002), “İbn Haldun’un (1332-1406) Tarih Görüşü”, **D.E.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı 15, 145-175
- WEBER Max, (2000), **Sosyoloji Yazıları**, Çeviren PARLA Taha, İstanbul

TÜRKİYE'DE HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE DEMOKRASİ

Arş. Gör. Dadaşhan Celeleddin KAVAS*

Özet

Hukukun nasıl meydana geldiği sadece yasama faaliyeti ile ilgili bir konu değildir. Yasama faaliyetine etki eden siyasi, sosyal ve ekonomik unsurlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle demokratik bir rejimde yasamaya hangi unsurların etki ettiği büyük bir önem arz etmektedir. İşte, bu makalede, hukukun yapılış süreçleri ve buna etki eden siyasi, sosyal, ekonomik faktörlere değinilerek özellikle demokratik düzen içerisinde bu faktörlerin konumu tespit edilmektedir. Ardından, Türkiye'de hukukun nasıl yapıldığı ve hangi faktörlerin etkinliğinin mevcut olduğu incelenmektedir. Son olarak demokrasi teorileri ve demokrasiyle yakından ilgili siyasal katılım, sivil toplum gibi kavramlar çerçevesinde Türkiye'de hukukun yapılışı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yasama, demokrasi, siyasal katılım.

Abstract

The process of law-making is not a simple matter of legislation activity. The political, social and economical features which influence the legislation activity should also be taken into consideration. What really have effects on the legislation especially in a democratic system is very important. Thus, in this article, the process of law-making and the political, social and economical factors which influence this process are examined and the situation of these features in a democratic system is determined. Afterwards, law-making process in Turkey and those features which have effects on this process are examined. Finally the law-making in Turkey is evaluated in its relation with the theories of democracy and with the concepts such as political participation, civil society, closely concerned with democracy.

Keywords: Legislation, democracy, political participation.

Giriş

Ülkemizde hukukun meydana getirilmesi üzerine yapılacak bir inceleme, özellikle Tanzimat döneminden bu yana gerçekleşen siyasi, sosyal, iktisadi ve nihayet hukuki gelişmeler çerçevesinde sürekli değişim gösteren bir sürecin ele alınmasını gerektirmektedir. Çünkü her gelişme hukukun meydana getirilmesinde etkin olan faktörlerin rolünü önemli hale sokmakta ya da önemsizleştirebilmektedir. Daha açık bir ifadeyle Türkiye'de hukukun ve

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

özellikle pozitif hukuk sisteminin nasıl meydana getirildiğini incelemek, her kısa, spesifik dönem için ayrı bir araştırma alanını zorunlu kılmaktadır.

Bu söylenenlerden yola çıkarak Türkiye’de bir hukuk meydana getirme “geleneği” veya “standartı” denilebilecek ve sadece çeşitli tarihsel sapmalarının ilaveten ele alınışıyla da rahatça ortaya konulabilecek bir yapı olmadığını ifade etmek mümkündür. Bunun en bariz delili ise Türkiye’de sürekli olarak *hukuk reformu* ve *demokratikleşme* üzerine yapılan siyasi söylemlerin, tartışmaların güncelliğini yitirmemiş olmasıdır.

İşte bu sebeple Türkiye’de hukukun nasıl meydana getirildiği ve bunda demokrasinin etkinliği üzerine yapılacak bir inceleme, tarihsel olarak yaşanan süreç paralelindeki gelişimleri ayrıntılı olarak, farklı dönemsel özellikleri ele alan kronolojik bir araştırmayı zorunlu kılmaktadır. Bu bir anlamda hukuk tarihi araştırmacılarının çalışma sahası içerisinde kabul edilebilecek bir konudur.

Bizim ele almaya çalıştığımız kapsam içerisinde hukukun meydana getirilişinin incelenmesinde mümkün olduğunca güncel olan ve hâlihazırda uygulanan yöntemlerin üzerinde durulması, hukukun siyasi ve sosyal alanlarda ne gibi bir perspektifle ele alınabileceğini ve mevcut yöntemlerde sağlıklı olarak nitelendirilebilecek yönlerin neler olduğuna dair tespitler yapabilmeyi mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla hukuk tarihinin çalışma alanlarına fazlaca girmeksizin mevcut, pozitif hukuk içerisinde kullanılan yöntemlerin ele alınması bizim çalışmamızın temel perspektifi olarak kabul edilebilir.

Burada güncellikten bahsedilirken, yürürlükteki kurallar çerçevesinde hukuk meydana getirme sürecinin ne olduğuna dair bir inceleme yapılmakla birlikte, büyük ölçüde ele alınacak olan *yasama* faaliyetinin demokrasi karşısındaki konumunun değerlendirilmesine de girilmek suretiyle dogmatik hukukun dışına da çıkılacaktır. Öte yandan hukukun yasama faaliyeti içerisinde meydana getirilmesi dışında bu sürece ivme kazandıran çeşitli siyasi, hukuki ve sosyal dinamikler de ele alınarak yine bu dinamiklerin demokrasi kavramı karşısındaki konumu ele alınacaktır.

1. Hukukun Oluşturulmasının Aşamaları

Hukukun oluşturulma sürecini ele alırken öncelikle hangi faaliyetlerin bu kapsamda incelenebileceğini tespit etmek gerekmektedir. Hukukun oluşturulması yasama faaliyeti kapsamında sınırlandırılabilir mi? Bu soruya olumlu cevap veremiyoruz çünkü hukuk olarak tanımladığımız yapı sadece kanunların meydana getirilmesi ile sınırlı değildir. Normlar hiyerarşisi içerisinde kanunlardan daha alt kademedede yer alan bazı hukuk normları zaman zaman toplumda en az kanunlar kadar etkin hukuki sonuçlar doğurabilmekte ve hukuk yapısının şekillenmesinde önemli rol oynayabilmektedir. Dolayısıyla yasama

dışında yürütme organının da hukuku oluşturmada rol oynadığını rahatlıkla söylemek mümkündür.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı anayasal denetim, hukuk sistemi üzerinde belli bir etki doğurabilmektedir. Her ne kadar anayasal denetim sürecinde, yasamanın gerçekleştirdiği anayasa ve kanun düzenlemeleri gibi yeni bir hukukî durum meydana getirilmiyorsa da, bu yargısal süreçte yasamanın gerçekleştirdiği düzenlemeleri durdurmak veya iptal etmek gibi bir hukukî etki meydana gelmektedir. Bu aynı zamanda dolaylı da olsa hukuka ilişkin olumlu veya olumsuz talepleri etkileyebilen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek iptal istemini reddetmiş olduğu kanunlar hakkında kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından on yıl geçmedikçe Anayasaya aykırılık iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamamaktadır. (Anayasa m.152)

Yasama, yürütme ve yargı organlarının belirli prosedürler içerisinde meydana getirmesi dışında hukukun oluşumuna katkıda bulunan, pozitif hukukun doğumunda etken olan çeşitli sosyoekonomik dinamikleri de göz önünde bulundurmamak zorunluluğu mevcuttur. Bir pozitif hukuk normunun oluşturulmasına yönelik toplumsal beklentinin kamuoyu şeklinde ortaya çıkması; siyasi partiler, çeşitli sivil toplum örgütleri ya da medyanın bu beklentileri yasama organına taşıması da hukukun oluşturulması sürecinde göz önünde bulundurmanız gereken unsurlardır.

Bu açıklamalardan da yola çıkarak hukukun oluşturulmasında rol oynayan etkenleri iki ana grupta ele alıyoruz. Bunlardan birincisi, hukukun meydana gelişinin sosyoekonomik dinamiklerinin açığa çıktığı aşamalar, ikincisi ise yasama yasama organının bu dinamikleri pozitif hukuka yansıtması aşamalarıdır. Birinci aşamayı genel olarak *sosyal talep aşaması*; ikinci aşamayı ise *hukuklaşma aşaması* şeklinde ele almayı uygun gördük.

A. Sosyal Talep Aşaması

Hukukun oluşturulmasında öncelikle sosyal bir olgu olarak hukukun, sosyal talepler doğrultusunda ortaya çıktığı düşüncesinden hareketle bu sosyal taleplerin şekillenişini inceliyoruz. Bilindiği gibi hukuk sadece kanun koyucunun keyfî iradesiyle meydana gelen bir yapı değildir. Hukukun meydana geliş, toplum ve çeşitli toplumsal koşulların karşılıklı ilişkileriyle yakından ilgilidir.¹ Özellikle demokratik sistemlerde bu etkileşimin gerekliliği bir meşruiyet zemini olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada temel siyasi, sosyal merkezleri ve kavramları hukukun oluşumuna etki etmeleri kapsamında değerlendirebiliriz.

¹ Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 2. Baskı, Ankara, 1994, s. 22.

1. Hukuk Taleplerinin Ortaya Konulduğu Sosyal ve Siyasi Müesseseler

a. Demokrasi

Günümüzde hukukun meydana getirilişi çeşitli demokrasi yöntemlerinin yer aldığı süreçlere bağlanmıştır. Özellikle son yüzyılda dünyadaki en yaygın idare biçimi olarak görülen ulus-devlet yapısı, meşruiyetini, önceki dönemlerdeki gibi bir hanedana veya dini bir otoriteye bağlamadığı için meşruluk aracı olarak halkın belirleyiciliğini temel alma yoluna gitmiştir. Dolayısıyla demokrasi çağdaş bir yönetim anlayışıdır.² Bilindiği gibi devlet, *Weber*’in anlamda şiddetin meşru olarak kullanımını tekelinde bulunduran bir yapı olarak kabul edilmektedir.³ Şiddetin meşru olarak kullanımı ifadesi aynı zamanda meşruluğun da açıklanmasını gerektirmektedir. Yine *Weber*’in sınıflandırmasında yer alan geleneksel, karizmatik ve yasal meşruluk görünümleri arasında, çağdaş devletler açısından en yaygın olarak yasal meşruluk anlayışının varlığını sürdürdüğünü görüyoruz. Hukukun bu anlamda, güç kullanımını *meşrulaştıran* bir sosyal olgu özelliği taşıyor olması⁴ dolayısıyla, bir ülkedeki en büyük siyasi iktidar olan devletin meşruluk dayanağı olan karizmatik, geleneksel veya yasal otoriteyi, hukukun da kaynağı olarak gösterebilmesi gerekmektedir. İşte bu noktada modern ulus-devletler yasal meşruiyetlerini demokratik sistemler aracılığıyla sağlıyor görünmektedirler. Her ne kadar realitede, demokrasinin başarılı ve mükemmel uygulamasına rastlanmasa da devletler kendilerini demokratik görünümlü siyasal sistemleriyle ifade etmeye çalışmaktadırlar. Bu sistemi etkin kılabilmek için ise günümüzde en elverişli yol olarak temsili demokrasi uygulaması tercih edilmektedir.⁵

Temsili demokrasi, gerçek demokrasinin hayat bulabilmesi açısından elverişsiz ve yetersiz kalmaktaysa da halkın belli süreçlerde seçimlere katılarak belirli kimselerin işbaşına gelmesini sağlaması, daha sonra ise başarısız gördüğü bu yöneticileri iktidardan uzaklaştırması gibi çeşitli fonksiyonlarla, siyasi nitelikli kararlar alan bu kadroların en azından siyasi sorumluluk kapsamında yer almaları sonucunu doğurmaktadır.⁶

² **Münci Kapani**, *Politika Bilimine Giriş*, 16. Basım, Ankara, 2004, s. 141.

³ **Max Weber**, *Sosyoloji Yazıları*, İstanbul, 1986, s. 80.

⁴ **Ali Şafak Balı**, *Hukuk*, Konya, 2005, s. 222.

⁵ **Ali Öztekin**, *Siyaset Bilimine Giriş*, 3. Baskı, Ankara, 2001, s. 64–65. Modern demokrasilerin *poliarşi* kavramı ile açıklanması ayrıca Değerlendirme ve Sonuç başlığı altında incelenecektir.

⁶ **Kapani**, s. 139.

b. Kamuoyu

Demokratik toplumun günümüzdeki görünümünü incelediğimizde halkın siyasi kararların alınmasına bizzat katılmaktan daha çok dolaylı yollardan yönetenleri etkileme çabalarını gözlemleyebiliriz.⁷ Demokratik toplumlarında halkın siyasi kararlar üzerindeki belirleyiciliği sadece seçimler yoluyla değil, başka yollarla da söz konusu olmaktadır. Bu aşamada halkın siyasi veya hukukî taleplerini dile getirmesi açısından sıkça başvurulan *kamuoyu* kavramına başvurmak gerekmektedir. Kamuoyu, “kamu”nun belli konularda reyini belirtmesi, oybirliğine dayanan ortak bir kanaat ortaya koyması şeklinde düşünülemez. Zaten böyle bir durumun gerçekleşmesi de mümkün gözükmemektedir. Kamuoyu, daha çok belli bir konu üzerinde fikir sahibi olan toplum üyeleri arasında o konuyla ilgili hâkim olan kanaat olarak anlaşılmalıdır.⁸ Dolayısıyla toplum içerisinde o konu ile ilgilenmeyen, o konudan haberdar olmayan kimselerin herhangi bir şekilde kamuoyu oluşumuna katkıları yoktur. Kamuoyu genellikle *çoğunluğun* meydana getirdiği bir kanaat cephesine dayanmaktadır. Etkin oluşu bu çoğunluğu barındırıyor olmasıyla da alakalıdır. Ancak kamuoyunda belirleyici olan her zaman çoğunluk olmayabilir de. Kamuoyu, çoğunluğu sağlamadan *etkinlik* ve *yoğunluk* göstermek suretiyle de belirginleşebilir.⁹ Örneğin kitle iletişim araçlarına, özellikle medya organlarına hâkim olan kimselerin taşıdığı siyasi kanaatler, tercihler, eğilimler *etkinlik* gösteriyor olması dolayısıyla kamuoyunu belirleme imkânına sahiptir. Gerek bu kanaatlerin medyada kamuoyu görünümünde ortaya konmasıyla, gerekse medyaya muhatap olan halkın görüşlerinin yönlendirilmesiyle de kamuoyu belirlenebilmektedir. Dolayısıyla *Kapani*'nin de ifadesiyle “kamuoyu kendini etkin olarak duyuran kanaattir” denilebilir.¹⁰ Siyasal niteliği dolayısıyla daha ayrıntılı bir tanımlama olarak “hükümet dışı özel çevrelerden hükümete doğru yönelen ve hükümetçe göz önünde bulundurulması doğru bulunan kanaatler” ifadesi kullanılabilir.¹¹ Kamuoyunun belirmesinde demokratik sistemlerde birazdan üzerinde duracağımız siyasi partiler de yönlendirici

⁷ **Kapani**, s. 142.

⁸ **Kapani**, s. 146–147; **Öztekin**, s. 104. *Sezer* bu noktada ayırımı *kamu* kavramında yapmakta ve onu “belli bir sorunla karşılaşmış, bu sorun etrafında toplanmış bireylerden oluşan bir grup” olarak tanımlamaktadır. **Duygu Sezer**, *Kamu Oyu ve Dış Politika*, Ankara, 1972, s. 3.

⁹ **Kapani**, s. 147.

¹⁰ **Kapani**, s. 148.

¹¹ **V.O.Key, Jr.**, *Public Opinion and American Democracy*, New York: Alfred A Knopf, 1963, s. 14'ten aktaran **Sezer**, s. 2.

olabilmekte, siyasi talepleri, kendi iktidara ulaşma amaçlarına da uygun biçimde kanalize ederek kamuoyunun şekillenmesini sağlayabilmektedirler.¹²

c. Baskı Grupları

Kamuoyunun belirlenmesinin, onun etkin bir biçimde ortaya konuluşuyla söz konusu olduğunu ifade ettik. Bunun ortaya konuluşu açısından sosyo-politik süreçlerin belli odaklara ihtiyacı vardır. İşte bu noktada kamuoyunu ortaya koyan, dolayısıyla belirleyen odaklardan biri *baskı grupları*dır. Baskı grupları siyasi partiler dışında, siyasi hayatın akışını etkileyen ve siyasi kararların alınmasında rol oynayan merkezlerdir. *Kapani* baskı gruplarını “*ortak menfaatler etrafında birleşen ve bunları gerçekleştirmek için siyasi otoriteler üzerinde etki yapmaya çalışan örgütlenmiş topluluklar*” olarak tanımlamaktadır. Bu çerçevede baskı grupları yasama ve yürütme organlarının hukuk meydana getirmelerinde önemli bir etki oluşturmaktadırlar.¹³ Baskı gruplarını tanımlamada kullanılan *menfaat* kavramı genel anlamda anlaşılacak, bunun gerek maddi gerekse manevi nitelikli amaçlar üzerine bir araya gelmiş insanlardan oluşabileceği gözden kaçmamalıdır. Bu açıdan *maddi çıkar* anlamıyla beliren baskı gruplarını *menfaat grupları (interest groups)* ve ortak manevi amaçlarla ortaya çıkan baskı gruplarını *tutum-davranış grupları (attitude groups)* olarak belirtmek suretiyle özel bir ayrıma gidilebilir.¹⁴ Bu anlamda ortak *menfaatler* etrafında toplanmış olan baskı gruplarına işveren birliklerini, işçi kuruluşlarını, tarım sektöründeki birlik ve kooperatifleri, memur sendikalarını, esnaf odalarını, tüketici birliklerini ve meslek odalarını örnek vermek mümkündür. Ortak *amaçlar* etrafında toplanan baskı gruplarına ise fikir kulüpleri, siyasi partilerin gençlik ve kadın kolları, düşünce toplulukları, insan hakları örgütleri, çevre örgütleri, dini cemaatler örnek verilebilir.¹⁵ Ayrıca baskı gruplarını sadece örgütlü ve aktif şekilde varlığı olan topluluklar olarak görmemek gerekir. Örgütlenmemiş, aktif bir etkileme faaliyeti yürütmeyen fakat sahip olduğu oy potansiyeli dolayısıyla ağırlık ve etki oluşturan gruplar da baskı grupları içerisinde sayılabilir.¹⁶ Örneğin belli seçim bölgeleri, köyler, mahalleler bu türden baskı gruplarından sayılabilir.

Baskı grupları siyasi partilerden farklı olarak, iktidarı elde etmek ve onu kullanmak amacı gütmeyizler. Baskı grupları iktidar üzerinde çeşitli yollardan etki

¹² **Suavi Tuncay**, *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, 2. Basım, Ankara, 2000, s. 27–28.

¹³ **Kapani**, s. 193.

¹⁴ **Kapani**, s. 194.

¹⁵ **Kapani**, s. 198–199; **Ahmet Taner Kışlalı**, *Siyaset Bilimi*, 3. Baskı, Ankara, 1999, 267–268.

¹⁶ **Münci Kapani**, *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı, Ankara, 1993, s. 276; **Kışlalı**, s. 278.

yaparak, alınacak siyasi kararları etkilemeye çalışırlar. Baskı grupları, siyasi partilerle doğrudan bağlantı içerisinde olarak etki yapabilecekleri gibi, siyasi partilerle organik ilişki içerisinde olmaksızın dolaylı yollardan da etki oluşturmaya çalışabilirler.¹⁷ Örneğin siyasi partilerin gençlik ve kadın kolları siyasi partilerle doğrudan ve organik bağ içerisinde olabilmektedirler. Ancak ülkemizde bu türden *yan* kuruluşların siyasi partileri etkileme ve yönlendirmeden çok, seçim dönemlerinde kampanya faaliyetleri yapmakla sınırlı bir konumda bulduklarını görüyoruz. Bunların dışında kimi siyasi partilere sadece yakınlığıyla bilinen ve organik bağı bulunmayan veya partilere eşit mesafede tavır benimseyen çeşitli kuruluşlar da siyasi partilerin faaliyetlerini etkileme gayreti içerisinde olabilmektedir. Özellikle sendikalar bu noktada özel bir yere sahiptirler. Ülkemizde siyasi kararların alınmasında ve hukukun belirlenmesinde siyasi partileri ve hükümetleri etki altında bırakmak açısından en tipik *baskı grubu* oluşturma yeteneği sendikalarda bulunmaktadır. Örgütlenmiş işçi kitlelerinin ve memur kesiminin menfaatlerini koruma amacıyla meydana gelen bu topluluklar, siyasal katılmanın en güçlü örneği olmaları paralelinde demokratik siyasal yaşamın da gelişimine katkıda bulunmuşlardır.¹⁸ Baskı gruplarının diğer güçlü örneği ise meslek kuruluşlarıdır. Meslek kuruluşları da özellikle kendi mesleki alanlarıyla ilgili hukuki düzenlemelerin yapılması sürecinde hükümetler ve siyasi partiler üzerinde kamuoyu etkisi oluşturmaya çalışmaktadırlar. Örneğin Türkiye Barolar Birliği, ülkemizde avukatlık mevzuatıyla ilgili düzenlemelerde faal bir rol oynamaktadır.¹⁹

Baskı grubu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalı olan ancak hukuk düzeninin şekillendirilmesinde önemli etkilere sahip olduğu da görülen bir diğer odak, askeri ve sivil bürokrasi içerisinde yer almaktadır. Kamusal nitelikli bu baskı grupları da genellikle kendi yetki alanları ile ilgili konularda hukuki düzenlemelerin yapılması sürecine müdahale edebilmektedirler. Yani belli bir grubun menfaatinin gözetilmesinden çok, bir kamu hizmetinin veya bir idari tutumun önceliği ve önemi noktasında siyasi kararları yönlendirme amacı güdülebilmektedir. Örneğin askeri harcamaların, strateji politikalarının belirlenmesinde ordunun bu türden bir etkisi söz konusu olabilmektedir.²⁰ Bir yürütme organı olarak Milli Güvenlik Kurulu, icraî olmayan, istişarî bir fonksiyon yürütmek üzere düzenlenmiştir. Ancak siyasi kararların alınmasında hükümetleri yönlendirmede oldukça etkili olan ve bu

¹⁷ **Kışlalı**, 269–270; **Kapani**, s. 194–196; **Tun cay**, s. 224–225; **Öztekin**, s. 102–103.

¹⁸ **Kapani**, (*Kamu Hürriyetleri*), s. 278–279.

¹⁹ **Kapani**, s. 200.

²⁰ **Kapani**, s. 201–204. Ordunun bir baskı grubu olarak ayrıntılı incelenişi için bkz. **Kışlalı**, s. 278–292.

yönüyle de çok tartışılan bir kurum olmuştur. Bu tartışmalar üzerine ve Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde dışarıdan gelen talepler doğrultusunda önce 2001 yılında bir Anayasa değişikliğiyle kurulun sivil üye sayısı artırılmış; 2003’teki diğer bir anayasa değişikliğiyle kurulun genel sekreterinin sivil kökenli olabilme imkânı da getirilmiştir. Ancak kurulun bir baskı grubu olarak etkisinin tamamen ortadan kalktığını söylemek de mümkün değildir.²¹

d. Siyasi Partiler

Demokratik düzen içerisinde hukuk taleplerinin seslendirildiği bir diğer odak noktası ise hiç şüphesiz siyasi partilerdir. Siyasi partiler, belirli bir siyasi program çerçevesinde örgütlenen, halkın desteğiyle siyasi iktidarı ele geçirerek bu programı uygulamaya koymayı hedefleyen tüzel kişilikler olarak kabul edilmektedir.²² Siyasi partilerin fonksiyonları genellikle şu başlıklar altında değerlendirilmektedir. *Menfaatlerin Birleştirilmesi (Interest Aggregation)*: Siyasi partiler farklı menfaat gruplarının menfaatlerini ve farklı siyasi talepleri, demokratik düzen içerisinde belli noktalarda birleştirerek makul bir şekilde ortaya konulması ve kanalize edilmesi fonksiyonunu gerçekleştirir.²³ *Siyasal Devşirme (Political Recruitment)*: Partiler, siyasi sistemde rol alacak kişilerin seçimini sağlamaktadır. Böylelikle siyasi elitler belirlenir ve kararları alacak olan kadrolar meydana gelmiş olur.²⁴ *Siyasal Sosyalleşme (Political Socialization)*: Partiler tıpkı bir demokrasi okulu gibi, toplumun siyasal katılma rolünü benimsemesine yardımcı olur.²⁵

Siyasi partilerin toplumun siyasi katılımını yükselttiği bir gerçektir. Tarihi veriler de siyasi partilerin ortaya çıktığı 18. yüzyıl ABD siyasi hayatında toplumun katılımında bariz artış gözlendiğini, seçimlere katılma oranlarının kayda değer biçimde arttığını ortaya koymaktadır. Özellikle çok partili siyasi hayat toplumun siyasal katılımını açık bir şekilde artırmaktadır. Türkiye’de de çok partili hayata geçiş buna bir örnek teşkil etmektedir.²⁶

²¹ Erdoğan, s. 272–277.

²² Saim Sezen, *Seçim ve Demokrasi*, 2. Basım, Ankara, 2000, s. 54; Özbudun, s. 4; Tuncay, s. 26.

²³ Ergun Özbudun, *Siyasal Partiler*, Üçüncü Bası, Ankara, 1979, s. 92–93; Kapani, s. 165–166; Erdoğan, s. 127; Kışlalı, s. 260–263.

²⁴ Özbudun, s. 98–107; Kapani, s. 166–167; Erdoğan, s. 127.

²⁵ Özbudun, s. 108–110; Kapani, s. 166; Nermin Abadan, *Halk Efkârı*, Ankara, 1956, s. 80–81.

²⁶ Özbudun, s. 27.

e. Sivil Toplum

Siyaset biliminde, katılımın yüksek olduğu ve demokratik düşünceye paralel olarak halkın yönetimde etkin biçimde belirleyici olduğu toplumlara *sivil toplum* adı verilmektedir. Sivil toplum günümüzdeki yöneliş itibarıyla devlet karşısında *daha çok toplum* anlayışını besleyen ve tarihsel olarak burjuvazinin siyasi güç olarak ortaya çıkışıyla beliren bir kavram olmuştur. *Aristo*'nun "*politike koinonia*"sından *Cicero*'nun "*societas civilis*" Latince çevirisi sonucu günümüze gelen kavram, özellikle 18. yüzyıldan sonra toplum ile devletin farklılaşması düşüncesinin gelişimi ile birlikte siyasi literatürde yerini almıştır.²⁷

Sivil toplum ile devlet arasında *demokratik* nitelikli bir ilişkinin varlığı için toplum içerisindeki hiçbir kesimin *hâkim iktidar* olmaması, dolayısıyla da hiçbir hâkim ideolojinin iktidar olmaması gerekmektedir.²⁸ Dolayısıyla sivil toplum aynı zamanda farklılıkları yaşatan, *çoğulcu* karakterli bir anlayışa zemin oluşturur. Bu aynı zamanda tamamen *liberal* bir görüştür. Sivil toplum, farklılıkların "halk", "toplum", "sınıf", "yurttaşlık" gibi total kimliklere indirgenmemesiyle mümkün olmaktadır.²⁹ Bireyi ve azınlığı bütüncü kimlikler ve bütüleştirici yönüyle daraltan, aşındıran devlet karşısında; bunları koruyan yapısıyla sivil toplum, aynı zamanda demokrasinin güçlenmesinde de etkili olmaktadır. Devlet iktidarı karşısında güçlenen yönüyle sivil toplumun devlet iktidarını kontrol fonksiyonu gerçekleştirdiğini, siyasi sistemin ve siyasi partilerin demokratikleşmesine katkıda bulunduğunu söylemek mümkündür.

f. Seçimler

Demokratik yollarla siyasi iktidarların belirlenmesinin ve devlet erkini kullanacak olan kadroların halkın tercihiyle oluşmasının yöntemi olarak seçimlere başvurulmaktadır. Seçim aynı zamanda siyasi katılımın da şartıdır.³⁰ Günümüzde yaygın olarak benimsendiğinden bahsettiğimiz temsili demokrasi sistemi için seçimlerin yapılması zorunludur. Seçim sayesinde *consensusun* varlığı somutlaşır ve tahmini bir onay yerine kanıtlanmış bir onay siyasal katılımı ortaya çıkarır.³¹ Seçimler, hukukun oluşturulması kapsamında yasama organının oluşturulmasını sağlayarak, hukuku meydana getirecek temsilcilerin kimler olacağını belirlemektedir. Bu yönüyle seçimlerin yasama organını

²⁷ **Ali Yaşar Sarıbay**, *Postmodernite Sivil Toplum ve İslam*, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2001, s. 134.

²⁸ **Sarıbay**, s. 136.

²⁹ **Sarıbay**, s. 138.

³⁰ **Sezen**, s. 50–52.

³¹ **Giovanni Sartori**, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çevirenler: Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Ankara, 1996, s. 95.

etkileyen bir süreç olduğunu söyleyebiliriz.³² Seçimler, bir diğer devlet erki olan yürütmeyi de etkilemektedir. Zira seçim sisteminin ve anayasal düzenin özelliklerine göre seçimlerden güçlü olarak çıkan siyasi kadrolar yürütmenin merkezi konumundaki hükümetleri oluştururlar. Yürütme, hem var olan kanunları *yürütmekle* kalmaz, kendine tanınan takdir yetkisi genişliğinde hukuk meydana getirme imkânını da elde eder. Böylelikle yürütme organı hukuku belirlemede rol oynamaktadır.³³ Devlet erkinin üçüncü ayağı olan yargının da seçimlerden etkilenmediğini söylemek zordur. Bilindiği gibi yargı bağımsızdır. Yargının bağımsızlığı demokratik hukuk devleti anlayışının da bir gereğidir. Ancak yargının vereceği kararlar mutlaka, yasama ve yürütmenin şekillendirmiş olduğu hukuka göre belirlenecektir. Dolayısıyla yasama ve yürütme hukuk üzerinde dilediği tarzda değişiklikler gerçekleştirerek yargının kararlarını yönlendirme yoluna gidebilecektir. Yargının bir diğer etkilenme yolu ise; yasama ve yürütmenin hukuki düzenlemeler aracılığıyla bizzat yargının yapısında değişiklikler gerçekleştirmesi, yargının işleyişini yeniden ele alması, yargılama faaliyetinde yer alan hâkim, savcı ve diğer personelin atamaları, özlük hakları, disiplin işlemleri, sicilleri üzerinde belirleyici olması noktalarında ortaya çıkmaktadır.³⁴ Örneğin Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu bünyesinde yürütme organından Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarının yer alması yargının bu yönde etkilenmesine yol açabilecek bir durum teşkil etmektedir.³⁵

2. Hukuk Taleplerinin Ortaya Konması

Genel olarak hukukun doğumuna yol açan dinamiklerin başında sosyal ve ekonomik faktörler yer almaktadır³⁶ ki, bu faktörlerin incelenmesi çalışmamızın hacmini aşacak boyutta bir husustur. Ancak hukukun doğumunu sağlayacak olan merkezleri yukarıda incelemeye çalıştık. Şimdi bu merkezlerin hukukun doğumuna veya değişmesine yönelik talepleri hangi süreçler içerisinde ortaya koyduklarını inceleyebiliriz.

Günümüzde sivil toplumun giderek artan gücü, iletişim araçlarının da yaygınlaşmasıyla birlikte, çeşitli taleplerin daha hızlı ve etkin biçimde amaçlanan noktalara ulaştırılabilmesini sağlamaktadır. Medya ve Internet aracılığıyla toplumda sesini daha güçlü şekilde duyuran sivil toplum örgütleri, kendi sivil amaçlarıyla bağlantılı toplumsal talepleri daha kolay yollardan

³² **Sezen**, s. 287.

³³ **Sezen**, s. 297–298.

³⁴ **Sezen**, s. 295–297.

³⁵ 2461 s. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, m.2.

³⁶ **Yavuz Atar**, *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya, 2000, s. 9.

duyurabilmektedir. Pek çok sivil toplum örgütü, hukuksal nitelikli taleplerini bildiriler, basın toplantıları, kitap, dergi, broşür, Internet, televizyon gibi araçlarla duyurmakta; zaman zaman da belli konularda anayasa değişikliği, kanun önerisi gibi teklifleri metinleriyle ve ilgili raporlarla birlikte siyasi partilere, milletvekillerine ve hükümetlere ulaştırmaktadırlar.

Aynı zamanda *Hükümetlerdışı Örgütler* (non-governmental organizations=NGO) olarak da anılan sivil toplum örgütleri aynı zamanda küreselleşmenin temel aktörleri arasında da yer almakta ve hukukun belirlenmesinde diğer aktörlerle birlikte rol oynamaktadır.³⁷ Ancak sivil toplumun, yasama sürecinde ne kadar dikkate alındığı, belki bahsettiğimiz fonksiyonlarıyla henüz gelişmekte olan ve ülkemizde önemi yeni kavranan bu örgütlerin zamanla elde edeceği konuma göre değerlendirmek yerinde olacaktır. Nitekim yeni Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanması sürecinde pek çok sivil toplum örgütünün medya yoluyla çok çeşitli önerilerine ve eleştirilerine tanık olundu. Sivil toplum örgütleri haricinde kamu kuruluşlarının da tasarı ile ilgili eleştiri ve önerileri oldu. Örneğin Türk Silahlı Kuvvetleri, iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçların ertelenmesi yönündeki hükmü, Askeri Ceza Kanunu'ndaki cezaları ve askeri disiplin suçlarını kapsamamasını; Yargıtay ve Gümrük Müsteşarlığı, Paranın Değerinin Korunması ile Kaçakçılık Yasası'na ilişkin birçok hükmün, yeni TCK ile birlikte işlemez hale geleceğini ve birçok dosyanın düşeceğini savunarak bunun için iki yasaya istisna maddelerinin eklenmesini talep etti.³⁸ Bunlar zaman zaman da dikkate alınarak tasarı üzerinde değişikliklere de gidildi. Hatta tasarı üzerindeki tartışmaların yoğunlaşması sonucunda Meclisteki partiler arasında uzlaşmaya varılması mümkün olamadığı için, hükümet tarafından, kanunun yürürlüğe girmesi 1 Haziran 2005 tarihine ertelenerek tartışmaların belli bir noktaya ulaşması ve buna uygun biçimde kanunda yeniden değişiklikler yapılması kararlaştırıldı. Ancak gerek örnek verdiğimiz TCK gerekse diğer mevzuat değişikliklerine yol açan temel etken sivil toplumun talepleri olmamıştır.

Dolayısıyla hukuk talepleri kapsamında değerlendirebileceğimiz etkenleri sadece sosyal süreçler içerisinde meydana gelenlerle sınırlandıramıyoruz. Hukuka yönelik taleplerin özellikle Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik politikası doğrultusunda ve Avrupa Birliği'nin buna karşılık Türkiye'den yapmasını beklediği hukuki düzenlemelerle karşımıza çıktığını

³⁷ **Mehmet Yüksel**, *Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye*, Ankara, 2001, s. 185. *Yüksel* küreselleşmenin aktörleri olarak ulus-devletler, uluslararası örgütler, çokuluslu şirketler ve hükümetlerdışı örgütleri göstermektedir. Hukuk ise bu dört aktörün etkisi çerçevesinde belirlenmektedir. Bkz. s. 135-185.

³⁸ 01.04.2005 tarihli Sabah Gazetesi, (<http://www.sabah.com.tr/2005/04/01/siy104.html>) (26.01.2006)

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

görüyoruz. Buna karşılık olarak gerçekten de özellikle 57. Hükümet ve sonraki hükümetler döneminde çok ciddi yapısal değişiklikleri öngören düzenlemeler gerçekleştirildi. Örneğin Türk Ceza Kanunu’nun çıkarılması Avrupa Birliği tarafından üyelik müzakerelerine başlanması için ek şart olarak ileri sürülmüştü.³⁹

Özellikle hukuk çevrelerinde, bilimsel yayınlarda belli konularda Avrupa ülkelerinin mevzuatı ile Türk mevzuatının karşılaştırılmasına yönelik çalışmaların yaygınlaştığı görülmektedir. “Uyum yasaları” kapsamında Türk mevzuatının Avrupa Birliği’nin kriter olarak belirlediği yönde düzenlemeler yapıldığı da düşünülecek olursa, büyük ölçüde Avrupa ülkelerinin mevzuatlarından iktibas faaliyetinin söz konusu olduğu da söylenebilir.

Bu bağlamda küreselleşme hareketi doğrultusunda hukuk sisteminin de küreselleşmesi ve “Avrupalılılaşması” söz konusu olması dolayısıyla bu yönde hukuk taleplerinin yasama ve yürütme organlarını etki altında bıraktığını görüyoruz.⁴⁰ Küreselleşmenin getirdiği gelişmeler, özellikle ticari ilişkilerin, çok uluslu şirketlerin ülkeler arasındaki hukuk farklılıklarının aşınmasına yol açması gibi etkiler de hukukun yeni baştan şekillenmesine yönelik talepler kapsamında değerlendirilmelidir.⁴¹

Özellikle çok uluslu şirketlerle ortaklıklar yoluyla bağlantılı olan yerel sermaye çevrelerinin ülke ekonomisi üzerindeki önemli etkisi, siyasi karar alma mekanizmalarını yönlendirecek ölçüde caydırıcı bir karakter taşımaktadır. Ülkemizde buna örnek olarak hükümetlerin TUSİAD, TOBB gibi çeşitli sermaye örgütleriyle ilişkilerinin seyri, genellikle bu çevrelerin hukuka ilişkin taleplerini etkili biçimde iletebildiklerini göstermektedir.

³⁹ 26.09.2004 tarihli Sabah Gazetesi, (<http://www.sabah.com.tr/2004/09/26/siy101.html>) (26.01.2006)

⁴⁰ *Ergül*’ün *Klaus von Beyme*’dan aktardığına göre kanun gereksinimini günümüzde ortaya çıkaran etkenler şunlardır: “-Vatandaşların beklentilerinin ve buna paralel olarak parlamentonun duyarlılığının artması, -Devletin faaliyet alanlarında azalma olması (*deregulation*) beklentilerine rağmen, devletin faaliyet gösterdiği alanlarda artış olması, -Siyasal konuların hukukileşmesi ve bu nedenle yasama organı üzerinde mevcut yasaların değiştirilmesi yönünde baskı oluşması, -Belli bir süre yürürlükte kalan kısa süreli ve deneysel yasa türlerinin varlığı, -Kuralların küreselleşmesi ve Avrupalılılaşması.” **Beyme, Klaus von**, *Parliamentary Democracy*, Macmillian Press, Londra, 2000, s. 95.’ten aktaran **Ozan Ergül**, “Anayasa Mahkemesi’nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 4, 2002, s.100.

⁴¹ **Atar**, s. 18.

B. Hukuklaşma Aşaması

Bu aşamada hukukun meydana gelişi daha çok pozitif hukuk kurallarının öngördüğü süreçler ve kısmen teamüller çerçevesinde meydana gelmektedir. Yasama faaliyetleri burada temel oluşturmaktadır. Bunların dışında idarenin düzenleyici nitelikli işlemlerinden olan Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzükler ve Yönetmelikler ve de yargının, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin kararları da hukuk oluşturma kapsamında değerlendirilebilmektedir. Ancak çalışmamızın boyutunu aşacak bir şekilde bunları incelemeye girişmeyerek, hukuk oluşturma temel kaynağı olan yasama faaliyeti üzerinde durmayı tercih ediyoruz. Öncelikli olarak kamuoyunun bir şekilde yansıttığı beklentinin yasama sürecinde *hukuklaşmasını*; ardından da uluslararası andlaşmaların ve uluslararası nitelikli hukuk sistemlerinin ulusal çapta hukuku belirlemesini inceleyebiliriz.

1. Yasama Faaliyeti

Yasama, devletin en temel fonksiyonlarından biridir. Yasama, toplumun siyasal kararlarının alındığı, genel kuralların koyulduğu bir alandır.⁴² Klasik parlamenter sistemlerde belli bir alanın hukuki açıdan “ilk-el düzenleme” yetkisi yasama organındadır. Yasama organı, üst norm olan anayasal çerçeve içerisinde sosyal ilişkileri hukuki açıdan belirleyen, hukuku meydana getiren meclistir.⁴³ Bilindiği gibi yasama yetkisi ülkemizde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. (AY. m.7) TBMM'nin yetkileri de belli bir hukuk çerçevesi içerisinde belli üst normlara göre belirlenmektedir. Bu normlar genel olarak *Parlamento Hukuku* çerçevesinde incelenebilecek kaynaklara dayanmaktadır. Bunlar içerisinde Anayasa, Meclis İçtüzüğü ve ilgili kanunlar gibi yazılı kaynaklar dışında diğer bilimsel çalışmalar, Anayasa Mahkemesi kararları ve parlamento teamülleri de yer almaktadır.⁴⁴

Yasama yetkisi dediğimiz zaman, Meclis'in kanun yapma ve parlamento kararları alma yetkileri anlaşılmalıdır.⁴⁵ 1982 Anayasası'nın 87. maddesi kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak faaliyetlerini belirterek

⁴² **Mustafa Erdoğan**, *Anayasal Demokrasi*, Yedinci Baskı, Ankara, 2005, s. 349.

⁴³ **Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, 2001, s. 259–260.

⁴⁴ **Şeref İba**, “Türk Parlamento Hukuku Açısından Son Anayasa Değişiklikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 1, 2002, s. 79–80.

⁴⁵ **Mustafa Erdoğan**, *Anayasa Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2005, s. 264; **Yavuz Atar**, *Türk Anayasa Hukuku*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Konya, 2005, s. 166. **Tanör – Yüzbaşıoğlu**'na göre yasama işlemleri anayasa değişikliği, kanun yapma ve meclis kararları olarak üç başlıkta yer almaktadır. **Tanör – Yüzbaşıoğlu**, s. 269. Ancak işlemin normatif, soyut, genel nitelikleri açısından bizce anayasa değişikliği de kanun yapma (geniş anlamda yasama olarak) kapsamında ele alınmalıdır.

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

Meclis’in asli görev ve yetkilerini belirlemektedir. Savaş ilan etmek, para basılmasına karar vermek, af ilan etmek gibi diğer bazı Meclis işlemleri için ise “karar vermek” deyimini kullanılmaktadır.⁴⁶ Karar verme işlemi ile kanun yapma arasındaki farkı açıklamak gerekirse, kamu hukukunda hukukî sonuçları itibariyle iki işlem türünden bahsedilmektedir. Objektif işlemler kural koyucu, düzenleyici ve dolayısıyla normatif işlemlerdir. Bunlar genel, soyut, kişisel olmayan ve sürekli niteliktedirler. İşte Meclis’in bu türden normatif içerikli işlemleri maddi anlamda kanun kavramını karşılamaktadır.⁴⁷ Ancak her kanun genel nitelikli olmayabileceği ve zaman zaman kişilere özgü de çıkarılabileceği gibi, genel ve soyut nitelikte kararlar da söz konusu olabilmektedir.⁴⁸

Dolayısıyla kanun kavramı maddi açıdan, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında da belirttiği gibi “toplum için uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar” içeren işlemlerdir.⁴⁹ Yine Anayasa Mahkemesi başka bir kararında “Bilindiği gibi, yasalar ya da yasalarla eşdeğerdeki pozitif hukuk metinleri nesnel, soyut, genel ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da varolan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlemler bölümüne girerler” demek suretiyle maddi anlamda kanun kavramını açıklamaktadır.⁵⁰ Yani maddi anlamda kanun içerikle ilgili bir açıklama gerektirmektedir. Şekli anlamda kanun ise içerik ve kapsam önemli değildir. Şekli kanun, yasama organının “kanun” adı ile gerçekleştirdiği işlemler olarak açıklanabilir.⁵¹

⁴⁶ **Atar**, s. 171.

⁴⁷ **Tanör – Yüzbaşıoğlu**, s. 258.

⁴⁸ **Erdoğan**, s. 264

⁴⁹ <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1966/K1966-25.htm>
(26.01.2006)

⁵⁰ <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-24.htm>
(26.01.2006)

⁵¹ **İbrahim Araç – Şeref İba**, “Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Sayı 58[3], Temmuz-Eylül 2003, s. 39. Doktrinde şekli anlamda kanun açıklanırken genellikle meclis tarafından usulüne uygun biçimde çıkarılma noktasına işaret edilmektedir. **Erdoğan**, s. 264; **Atar**, s. 169–170. Ancak bizce *şekli anlamda* kanunu tarif etmek için usulüne uygunluk aranmamalıdır. Çünkü yasama organının usulüne aykırı olarak “kanun” adıyla gerçekleştirdiği işlemler, Anayasa yargısında usul yönünden denetlemeye tabi tutulup iptal edilene kadar kanun niteliğiyle yürürlüğünü sürdürmektedir. (AY. m.153/III)

Yasama yetkisi genel, aslî ve devredilemez niteliktedir.⁵² Yasama organı belli bir hukukî düzenleme oluştururken konu açısından bağımsızdır. Dilediği konuda yüzeysel veya ayrıntılı düzenlemeler getirebilir.⁵³ Ayrıca yasama organı belli bir hukuki düzenlemeyi gerçekleştirirken o konuda ilk düzenlemeyi gerçekleştirme yetkisine ve başka bir hukuk kuralına dayanmama özgürlüğüne sahiptir.⁵⁴ Burada anayasaya uygunluğun aranıyor olması ise sadece anayasaya aykırı olmama durumuyla ilgilidir. Yoksa yasama organı kanunları yaparken herhangi bir anayasal hükme dayanmak zorunda değildir.⁵⁵ Ayrıca yasama yetkisi devredilemeyen bir yetkidir. (AY. m.7) Bu aynı zamanda kuvvetler ayrılığı prensibinin de bir sonucudur. Yine Anayasanın düzenlemesiyle, hiçbir kurum veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet erki kullanamayacaktır. (AY. m.6)

Genel prensipleri itibariyle açıkladığımız yasama faaliyeti kapsamında öncelikle kanunların yapılması prosedürlerini inceleyebiliriz.

a. Metnin Yazılması:

Yukarıda incelediğimiz sosyal merkezleri ve bu merkezlerin yönlendirmesi doğrultusunda düzenlemeleri gerçekleştirenleri *hukuk politikasını kararlaştıranlar* olarak, belirlenmiş olan bu politikalar çerçevesinde düzenlemeleri yapanları ise *teknisyenler* olarak belirtmemiz mümkündür.⁵⁶

Kanunların ne şekilde yapılacağı genellikle anayasalarla belirlenir. Ancak kanunların yapılması prosedüründe öncelikle kanun metninin kim veya hangi merci tarafından yazılacağına dair anayasada herhangi bir norm mevcut değildir. Bu konuda Başbakanlığın yayımladığı “*Kanun, Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük ve Yönetmelik tasarılarının Hazırlanmasına İlişkin Esaslar*” isimli yönetmelik başbakanlık, bakanlıklar ve öteki kamu kurum ve kuruluşlarının hazırlayacağı kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi kural işlemlerin yine bu kuruluşlar bünyesindeki ilgili birimlerce, böyle bir birim yoksa hukuk müşavirliklerince hazırlanacağını öngörmektedir. Dolayısıyla bu hukuk metinleri hazırlanırken daha çok hukuk alanında uzman olan kimselere başvurulmaktadır.

TBMM bünyesinde çalışan uzman kadrolarının görevleri 1991’de düzenlenen Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Uzmanlık Yönetmeliği

⁵² Erdoğan, yasama yetkisinin aslî oluşu özelliğinin, genellik özelliği içerisinde zaten yer aldığı ifade etmektedir. Erdoğan, s. 263.

⁵³ Atar, s. 166; Tanör – Yüzbaşıoğlu, s. 260.

⁵⁴ Atar, s. 167; Tanör – Yüzbaşıoğlu, s. 260.

⁵⁵ Atar, s. 168.

⁵⁶ Atar, s. 363.

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

kapsamında ele alınmaktadır.⁵⁷ Yönetmelikte sayılan görevler incelendiğinde özellikle milletvekillerinin kanun teklifi metinlerini hazırlamaları kapsamında, uzmanların bunları kaleme alma açısından önemli rol oynadıkları görülmektedir. İşte bu yönleriyle uzmanları, yukarıda bahsettiğimiz *teknisyenler* kapsamında değerlendirmek mümkündür.

Bu hukuk metinlerini kaleme alma işini, ya da diğer ifadeyle *teknisyenlik* işini, *yasamacı mesleği* olarak isimlendiren *Araç* ve *İba*’ya göre bir yasamacı belli eğitimleri almış olmanın dışında deneyim kazanmak suretiyle de işini en iyi şekilde yapabilmektedir. Çünkü yasamacının içine düşebileceği *çatışma* ve *hata* gibi sorunların bertaraf edilebilmesi için bu işi yapan kimselerin hukuk sistemi içerisinde *çatışmaya* sebep olmamak açısından yasamanın “*başvuru veya denetim memuru (ombudsman)*” ve “*bekçi köpeği (watchdog)*” olmak durumu söz konusudur.⁵⁸ Biz bu aşırı pozitivist yoruma katılmamakla birlikte, yasamacının mevzuata hâkim olmasının gerekliliğinin önemini

⁵⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Uzmanlık Yönetmeliği 32. madde ekine göre uzmanların görevleri arasında şunlar sayılmaktadır:

“A) Kanun tasarısı, teklif ve tezkereler ile ilgili ödevleri: 1- Milletvekillerince belirlenecek bir öz çerçevesinde kanun teklifi hazırlanmasında yardımcı olur; 2- Meclis Başkanlığına intikal eden kanun tasarısı ve teklifleri ile tezkereleri, Anayasa, İçtüzük ve genel hukuk kuralları açısından ve dil, terim, kavram, biçim, kanun tekniği ve sistematigi yönlerinden inceler, görüş ve önerilerini istendiği takdirde sunar; 3- İncelemelerinde tespit ettiği eksikliklerin giderilmesi hususunu Başkanlığa sunulmak üzere Müdürlüğüne önerir, belirlenen görüş doğrultusunda gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlar; 4- Tasarı ya da teklifin Genel Kurulda görüşülmesi sırasında yapılan değişiklikleri esas metne işler; 5- Komisyon raporunun (S.Sayı) basımı sırasında esas metinle; Genel Kurulca kabul edilen metnin Cumhurbaşkanlığına gönderilen metinle; Resmi Gazetede yayımlanan metnin gönderilen esas metinle karşılaştırma ve kontrolünü yapar; varsa hatanın düzeltilmesi için gerekli işlemleri yürütür;

B) Komisyon çalışmalarına ilişkin ödevleri: 6- Komisyona havale edilen tasarı, teklif ve tezkerelerin ön incelemesi ile gerekli mevzuat araştırmasını yapar, Komisyon Başkanına dosya hakkında bilgi sunar 7- Komisyon Başkanının isteği doğrultusunda gündemi hazırlar, gündemin komisyon üyelerine, bakanlıklara ve diğer ilgililere duyurulmasını sağlar; 8- Komisyon toplantılarına katılır, İçtüzük ve mevzuat açısından komisyona danışmanlık yapar, görüşülen metni okur, toplantıyı takip eder, değişiklikleri kaydeder, gerekli notları alır; 9- Toplantı sırasında değişiklik yapılmışsa, bu değişiklikleri esas metne işler, yapılan değişikliklerin gerekçeleriyle birlikte rapor taslağını hazırlar, Komisyon Başkanının veya sözcüsünün görüş ve tetkikine sunar, raporun komisyon üyelerince imzalanmasını sağlar; 10- İşlemleri tamamlanan yasama dosyasını Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğüne gönderir; 11- Hazırlık çalışmalarına katıldığı tasarı, teklif ve tezkereleri Genel Kurulda görüşülürken istendiğinde Komisyona doküman ve teknik yönden danışmanlık yapar;” <http://www.tbmm.gov.tr/genser/m11.html> (25.01.2006)

⁵⁸ *Araç – İba*, s. 55.

belirtmekle yetinebiliriz. En azından hangi normların hangi mevzuat türünde yer alması gerektiği ve hangi merciden çıkarılması gerektiği konularında bilgi ve deneyime sahip olunması önemlidir. Ayrıca maddelerin tanziminde genel kuralların ve istisnaların hangi nüansları, hangi temel noktaları kapsaması gerektiğini iyi tespit edebilmelidir. Öte yandan yasamacının hazırladığı metni herkesin anlam kargaşasına düşmeksizin açık bir şekilde ve kanun hazırlama tekniğine uygun biçimde tanzim etmesi için iyi bir dil bilgisine sahip olması gerekmektedir.⁵⁹

Yasamacının hazırladığı metni kanun teklifi olarak üstlenecek olan milletvekilinin yasamacı ile iyi işbirliği içerisinde olması, milletvekilinin kanundan amaçladıklarını doğru biçimde aktarması, yasamacının ise gerek mevzuat bilgisi gerekse hukuka uygunluk açısından bu amaçları değerlendirmeye tabi tutarak milletvekilini objektif olarak bilgilendirmesi gerekmektedir.⁶⁰

Her şeyden önce kanun hazırlanması disiplinler arası bir enformasyon gerektirmektedir. Gerek hukuk bilgisi gerekse hazırlanan metnin içeriğinin gerektirdiği ölçüde siyaset, sosyoloji ve ekonomi disiplinlerine hâkim olmak bu açıdan şarttır. Ayrıca adalet idesine uzak düşmeyecek düzenlemeler getirilebilmesi için, metni hazırlayanların çeşitli adalet tartışmaları ve düşüncelerine aşina olması, dolayısıyla felsefe birikimine sahip olması gerekmektedir.⁶¹

⁵⁹ **Araç – İba**, s. 55. Kanun tekniği hakkında ayrıntılı bilgi için **Araç – İba**, s. 48–54. *Çağıl*, kanun koyucunun dikkat etmesi gereken noktaları şöyle belirtmektedir: “... vâzı kanunun hukuk politikası çerçevesi içindeki vazifesi veyahut yasama politikası, hukukî kültüre ihtiyaç gösteren ve hukukî kültür olmaksızın yerine getirilmesi mümkün olmayan bir husustur. Lâkin, vâzı kanunun vazifesi, aynı zamanda etik ve teknik mahiyettedir. Çıkacak yeni bir kanun hakkında bir hükme varabilmek isteyenler, şu üç şeyi mülâhaza etmek zorundadırlar: 1) Bir hukukî emir haline getirilmek istenen şeyler, mutâ haller ve şartlar altında acaba kabili tatbik ve tahkik midir, ve acaba ne gibi neticeler doğurur? ... 2) Bundan mâada, üzerinde durulacak ikinci nokta şudur: - Bu neticelerden hangileri istihdaf edilmek istenmektedir ve bunlardan hangileri iyi ve âdildir? ... 3) Nihayet, yeni bir kanun vaz’edilirken, vâzı kanunun düşüncelerine, maksad ve gayesine verilmesi gereken uygun “*hukukî şekli*” de bulmak lazımdır. Bu, ‘mantıkî veya konsekan tefekkür’ meselesidir.” **Orhan Münir Çağıl**, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Tabı’, İstanbul, 1971, s. 268–269. *Çağıl*’ın ifadelerini özetleyecek olursak, kanun koyucunun üç temel noktada çalışmasını yürütmesi gerekmektedir: Sosyoloji, felsefe ve hukuk tekniği.

⁶⁰ **Araç – İba**, s. 55–56.

⁶¹ **Araç – İba**, s. 56.

b. Tasarı/Teklif:

Yukarıdaki bahsedilen yönetmeliğe göre metnin hazırlanmasının ardından, hazırlanmış olan metinler Başbakanlığa sunulmadan önce sosyal, kültüre, ekonomik politikalarda etkili olacak veya yeni bir teşkilatlanma gerektirecek olan tasarılar konularına göre ilgili bakanlıkların, Devlet Planlama Teşkilatı’nın, Devlet Personel Başkanlığı’nın ve hukuk düzenine, kanun tekniğine uygunluğu açısından Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü’nün⁶² incelemesine sunulmaktadır.⁶³ Yönetmeliğin düzenlemesi hükümet dışında milletvekillerce yapılacak olan kanun tekliflerinin hazırlanmasını kapsamamaktadır. Bilindiği gibi Anayasa’nın 88. maddesine göre kanun teklifleri* bakanlar kurulu ve milletvekilleri tarafından yapılabilmektedir. Meclis İçtüzüğünde ise bakanlar kurulunun hazırladığı tekliflere *kanun tasarısı* milletvekillerinin hazırladıklarına ise *kanun teklifi* adı verilmektedir.

Anayasa’nın ve TBMM İçtüzüğü’nün çeşitli maddelerince hükme bağlanmış olan, kanun tasarısı ve tekliflerine yönelik şartlar şöyle sıralanabilir: (1) *İmza şartı*: İçtüzüğü’nün 73. ve 74. maddelerine göre tasarılar başbakan ve tüm bakanların, tekliflerde ise milletvekillerinin imzalarının bulunması gerekmektedir. (2) *Gerekçe şartı*: Yine İçtüzüğü’nün 73. ve 74. maddelerine göre tasarısı ve tekliflerin gerekçeli olarak meclise sunulmuş olmaları gerekmektedir. Bu gerekçeler yukarıda bahsettiğimiz yönetmelik gereğince de metnin

⁶² Adalet Bakanlığı bünyesindeki Kanunlar Genel Müdürlüğü’nün görevleri 2992 sayılı “Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değişirilerek Kabulü Hakkında Kanun” kapsamında düzenlenmektedir. Bu görevler arasında adli konulara ilişkin kanun ve tüzük tasarılarını hazırlamak da yer almaktadır. Dolayısıyla adli konulardaki mevzuatın burada yazıldığını söyleyebiliriz. Müdürlüğün görevleri kanunda şöyle sıralanmaktadır: “a) Adli konulara ilişkin kanun ve tüzük tasarılarını hazırlamak, Başbakanlıktan gönderilen kanun teklifleri hakkında görüş bildirmek, b) Görev alanına giren konularda, Bakanlık birimleri ile diğer bakanlıkların ve kamu kuruluşlarının soruları hakkında görüş bildirmek, c) Mevzuat değişiklikleri konusunda araştırma ve incelemeler yapmak, d) Bakanlıklarca hazırlanan kanun ve kanun hükmünde kararname taslaklarının Başbakanlığa gönderilmeden önce, Türk hukuk sistemine ve kanun yapım tekniğine uygunluğunu incelemek ve bu konularda görüş bildirmek, e) Kendi görev alanına giren konularda idarî yargı mercilerinde Bakanlığın temsil etmek, f) Kanunlarda gösterilen ve Bakanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.” <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/673.html> (25.01.2006)

⁶³ “Kanun, Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük ve Yönetmelik tasarılarının Hazırlanmasına İlişkin Esaslar”, *Resmî Gazete*, 8.9.1992, Sayı: 21339’dan aktaran **Araç – İba**, s. 46.

* Anayasa’da geçen *teklif* kelimesi “kanun teklifi” ve “kanun tasarısı” alt kavramlarının her ikisini de karşılayacak anlamda kullanılmıştır.

yazımından sonra eklenebilmektedir. (3) *Daha önce reddedilmemiş olma şartı*: İttüzüğün 76. maddesine göre reddedilmiş olan teklif ve tasarılar tam bir yıl geçmeden tekrar meclise getirilememektedir. (4) *Kaba ve yaralayıcı sözler içermeme şartı*: İttüzüğün 67. maddesinde yer alan önerelerde kaba ve yaralayıcı sözlerin kabul edilmeyeceğine ilişkin kural, kanun tasarısı ve tekliflerinin hazırlanmasında da göz önünde bulundurulmalıdır.⁶⁴

Kanun tasarısı ve teklifleri yukarıda belirttiğimiz gibi gerekçeli olarak Meclis Başkanlığına sunulur. Kanun tasarıları Meclis Başkanlığınca doğrudan komisyonlara havale edilerek bu durum ilan edilir. Bu havaleye itiraz etmek isteyen milletvekilleri oturum başında söz alır. (m.73) Kanun teklifleri de ilgili komisyona doğrudan havale edilir. Komisyonlar şartlara uymayan kanun tekliflerinin sahiplerine tamamlatmaya yetkilidirler. (m.74)

Tasarı ve teklifler Genel Kurula bilgi verilmek suretiyle gündeme alınmadan evvel hükümet veya milletvekilleri tarafından geri alınabilir. Şayet bunlar gündeme alınmışsa, geri alınmaları Genel Kurulun kararına bağlıdır. (m.75) Bir yasama döneminde yani iki genel seçim arasında sonuçlandırılmayan tasarısı ve teklifler “*kadük*” olmuş ve hükümsüz sayılır. (m.77)

Tasarı veya teklifler konularına göre bir veya daha çok komisyona havale edilmiş olabilir. Bunların hangi komisyonlarda görüşüleceği, işin komisyonlara havalesi sırasında Başkanlık tarafından tespit edilir. (m.23) Komisyonlar bir anlamda konuların Genel Kurula gelmeden son halini alacak şekilde olgunlaşmasını sağlamak üzere çalışırlar.⁶⁵ Komisyonlarda mecliste grubu bulunan siyasi partiler üye sayıları ile orantılı olarak temsil edilirler. (m.21) Bilindiği gibi Anayasanın 95. maddesinin 2. fıkrasına göre yirmi milletvekili ile Mecliste temsil edilen siyasi partiler, grup olarak kabul edilirler. Mecliste siyasi grubu bulunurken bir sebeple milletvekili sayısı düşen siyasi partilerin temsilcileri de komisyon dışında kalacağı gibi, temsil ettiği siyasi partiden ayrılan milletvekilinin komisyon üyeliği de düşecektir.

Meclis İttüzüğünde ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan komisyonların çalışmalarını şu esaslara bağlanmıştır. Komisyonlar üye tamsayılarının üçte biri ile toplanır. Alınan kararlar ise hazır bulunanların salt çoğunluğuna göre belirlenir. (m.27/II) Komisyonlar kendilerine havale edilen tasarısı veya tekliflerin ilk önce Anayasanın metin ve ruhuna aykırı olup olmadığını tetkik etmekle yükümlüdürler. (m.38) Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarısı veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler. (m.35) Komisyon toplantılarına Başbakan veya bir bakan katılabilir. Başbakan veya bakan, gerekli görürse kendi

⁶⁴ Araç – İba, s. 47.

⁶⁵ Atar, s. 218; Erdoğan, s. 255

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

yerine yüksek dereceli bir kamu görevlisine yazılı temsil yetkisi verebilir. (m.30) Komisyonlarda tasarı ve teklifler görüşüldükten sonra bunların reddedilmesine veya kabul edilmesine ilişkin esas komisyon raporları kendilerine havale edilmesinden en geç kırk beş gün içerisinde Genel Kurula sunulur. (m.37)

İçtüzükte ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan Genel Kurul çalışmalarını da özetleyelim. Bir kanun tasarı veya teklifinin Genel Kurul tarafından kabul edilebilmesi için, toplantı yeter sayısının bulunması gerekir. Toplantı yeter sayısı Anayasa’nın 96. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte biri, yani 184 milletvekilidir. Toplantı yeter sayısı varsa, bir kanun tasarı veya teklifinin kabul edilebilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğunun kabul oyu gerekir. Ancak bu kabul yeter sayısı, hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından, yani 139 milletvekilinden az olamaz. Komisyonlarca Genel Kurula sunulmuş olan kanun tasarı veya teklifinin tümü üzerinde parti grupları, komisyon, hükümet ve milletvekilleri konuşma yaparlar. (m.81) Bu görüşmelerde siyasi parti grupları, komisyon ve hükümet adına yapılan konuşmalar yirmişer dakika ile üyeler tarafından yapılan konuşmalar onar dakika ile sınırlıdır (m.81). Bundan sonra maddelere geçilmesi konusunda oylama yapılır. Maddelere geçilmesi kabul edilmediği takdirde tasarı veya teklif reddedilmiş sayılır. (m.81/V) Kabul edilirse, maddeler üzerinde ayrı ayrı görüşmeye geçilir. Bu görüşmelerde hükümet, komisyon veya milletvekilleri değişiklik önerileri verebilirler. Değişiklik önerileri kanun tasarı veya tekliflerinin basılıp dağıtılmasından itibaren Başkanlığa verilebilir. Ancak, tasarı veya teklifin görüşülmesine başladıktan sonra verilecek değişiklik önerilerinde en az beş milletvekilinin imzası bulunmadıkça önerge işleme konulmaz. Bu önergeler işaret oyu ile oylamaya sunulur. (m.87) Tümü kabul edilen tasarı veya teklifler Genel Kurulca kabul edilmiş olur ve bundan sonra yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanına gönderilir. Bundan sonra da Cumhurbaşkanı kanunu Resmi Gazete’de yayımlar veya yayımlanmasını uygun görmemişse gerekçeli olarak Meclise geri gönderir. TBMM, geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanır; Meclis, geri gönderilen kanunda yeni bir değişiklik yaparsa, Cumhurbaşkanı değiştirilen kanunu tekrar meclise geri gönderebilir. (AY. m.89)

Yasama faaliyeti içerisinde sayılabilecek anayasa değişiklikleri de prosedür açısından bazı farklılıklar içerse de karakteristik olarak kanunların yapılışıyla benzerlikler göstermektedir. Her şeyden önce anayasa değişiklikleri kanunların yapılışına göre daha ağır şartlara bağlanmıştır. Öte yandan anayasa değişikliği metinlerinin hazırlanması daha uzun süreçleri, daha geniş bir katılımı ve daha hararetle bir müzakere sürecini içermektedir. Çünkü yapılacak olan değişiklik, normlar hiyerarşisinde üst seviyede belirleyici ve normatif gücü

yüksek kabul edilen bir kural-işlem olmaktadır.⁶⁶ Buna bağlı olarak da yapılan değişiklik, yeniden düzenlenmesi zor şartlara bağlanmıştır. Tekrar tekrar düzenlenerek daha *mükemmel* bir hale getirilmesi oldukça zordur. Kaldı ki anayasanın kolay değiştirilememesi ayrıca hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilebilir. Anayasal düzenden ve anayasal istikrardan bahsedebilmek için anayasa değişikliklerinin kanun değişikliklerine göre daha zorlaştırılmış olması doğaldır.⁶⁷ Ancak bu zorluğun, anayasanın zaman zaman içerisinde yaşanabilecek çeşitli sosyoekonomik değişikliklere ve gelişmelere ayak uydurabilmesini tamamen engellemeyecek derecede olması gerekmektedir. Bu noktada karşımıza anayasanın *katılığı* meselesi çıkmaktadır. Anayasanın katı olması sadece anayasanın kendi güncelliğini korumasıyla değil, hukuk sisteminin de yeniliklere ayak uydurabilmesiyle yakından ilgilidir.

Anayasa değişiklikleri anayasa hukuku ve politika biliminin verilerine göre üç yolla gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi, tamamen tepeden inme, siyasi iktidarın beyanıyla gerçekleşen *hiyerarşik yöntem*dir. Bunun bizdeki bir örneği olarak 1876 Kanun-i Esasi zikredilebilir.⁶⁸ Mevcut anayasal düzen ve teamüller çerçevesinde anayasanın *tali kurucu iktidar* tarafından değiştirilmesine ise *organik yöntem* adı verilmektedir.⁶⁹ 1924 Anayasası İkinci TBMM (1923–1927) tarafından organik yöntemle yapılmıştır. 1928'deki laiklik ve 1937'deki altıok değişiklikleri de organik yöntemle yapılmıştır.⁷⁰ Üçüncü yöntem ise halkın temsilcilerinin üzerinde uzlaşmaları ile gerçekleştirilen *sözleşme yöntemidir*.⁷¹ Bu yöntemde demokratik bir anlayış ön plandadır. Genellikle istisnai bir yöntem olarak, *geçici parlamento* niteliğindeki bir meclis tarafından gerçekleştirilen bu yöntem bir örnek olarak 1921 Anayasası verilebilir. Bu anayasayı hazırlayan meclis “territoryal prensip” çerçevesinde vilayet ve liva temsilcilerinin katılımıyla meydana gelmiştir.⁷² 1961 Anayasa'sının hazırlanmasında da bu yöntem denenmiş ancak, geçici nitelikli Temsilciler Meclisi, siyasi parti temsilcileri kapsamında dönemin en güçlü partisi olan Demokrat Parti temsilcilerini kabul etmediğinden demokratik anlayışa uzak bir deneme olarak kalmıştır.⁷³ Bu durum, anayasanın halkoyundan çok da güçlü

⁶⁶ **Erdoğan** (*Anayasal Demokrasi*), s. 83.

⁶⁷ **Tanör – Yüzbaşıoğlu**, s. 269

⁶⁸ **Atar**, s. 364–365.

⁶⁹ **Atar**, s. 365–366.

⁷⁰ **Taha Parla**, *Türkiye'nin Siyasal Rejimi 1980–1989*, Üçüncü Baskı, İstanbul, 2002, s. 50.

⁷¹ **Atar**, s. 366.

⁷² **Parla**, s. 50.

⁷³ **Parla**, s. 51; **Erdoğan**, s. 158.

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

olmayan bir oranda destek alması sonucunu doğurmuştur.⁷⁴ 1999’da Anayasa’nın 143. maddesinde yapılan değişiklik, meclisteki bütün partilerin uzlaşmasıyla gerçekleştirildiği için, *sözleşme yöntemi* içerisinde değerlendirilmektedir.⁷⁵

Mevcut anayasal düzen içerisinde *organik* yöntem çerçevesinde yapılacak olan değişikliklerin çerçevesini özetlemek gerekirse, öncelikle değişiklik teklifi TBMM’nin üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yapılmak zorundadır. (AY.m.175/I) Dolayısıyla kanunlardan farklı olarak bakanlar kurulunun anayasa değişikliği teklifinde bulunması söz konusu olamamaktadır. Anayasanın 175. maddesinin ikinci fıkrasına göre anayasa değişikliklerinin görüşülmesi kanunların görüşülmesine ilişkin usule tabidir. Burada Meclis Başkanlığının teklifi ilk olarak Anayasa Komisyonu’na havale edeceğini hatırlatalım. Değiştirme teklifi Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla kabul edilir. Cumhurbaşkanına gönderilen değişiklik gerekçeli olarak geri gönderildiğinde Meclis değişiklik kanununu aynen kabul ederse, Cumhurbaşkanı bunu halkoyuna sunabilir veya Resmi Gazete’de yayımlar. Halkoyulamasında salt çoğunluk aranır. (AY.m.175)

Yasama faaliyetinin gerçekleştirilmesinde, yasama organında etraflı biçimde tartışılarak, kanunu oylayacak olan milletvekillerinin konu hakkında gerçekten yeterli bilgi sahibi olmaları da demokratik nitelikli bir katılım için önemlidir. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında da bu nokta şöyle ifade edilmektedir: “Çağdaş demokrasilerde, siyasî tercihlerin ve kararların oluşumunun mümkün olan ölçüde geniş ve açık tartışmalarla sağlanması, iktidar ve muhalefet partileri ile milletvekillerinin seçmen önündeki sorumluluklarının gereğidir. Bu bağlamda, yasama işlevi yerine getirilirken, iktidar- muhalefet diyalogu içinde Meclis iradesinin yansıtılmasında yapılan konuşmalar kadar bir aydınlanma ve bilgilendirme aracı olan soruların da önemi yadsınamaz. Özellikle teknik düzenlemeler içeren tasarı ve tekliflerin konuya yabancı üyelerce anlaşılabilmesi büyük ölçüde soru-cevap yoluyla sağlanabilir. ... Her kuralın özgürce tartışılıp, sonuca bağlanamadığı bir ortamda demokrasi ilkelerinin uygulandığından söz edilemez.”⁷⁶

⁷⁴ “Nitekim, halkoyulamasında % 61.5 oranında ‘evet’ oyu çıkmıştır; oylamaya katılma oranının % 81 olduğu düşünülürse, gerçekte halkın yaklaşık yarısının 1961 Anayasasına taraftar olmadığı söylenebilir.” **Erdoğan** (*Anayasal Demokrasi*), s. 54.

⁷⁵ **Atar**, s. 366.

⁷⁶ <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-24.htm> (26.012006) Söz konusu kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. **Ozan Ergül**, “Anayasa Mahkemesi’nin TBMM İchtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında

Yasama faaliyetinin süratli ve etkin bir şekilde yürütmesi genellikle *siyasi istikrar* ile alakalı gözükmekte, tek parti iktidarı dönemleri bu istikrarı daha mümkün kıldığı için bu dönemlerde yasama daha hızlı bir performans sergilemektedir. Örneğin 1983'te iktidara gelen I. Özal hükümetinin kanunlaşan tasarı oranı yüzde 80'i bularak yüksek bir performans oluşturmuştur. Ancak en uyumlu koalisyonlarından kabul edilen DYP-SHP koalisyonunda bu oran yüzde 47'yi bulabilmiştir.⁷⁷

Dolayısıyla yasama faaliyetinin işleyişinde etkili olan faktörlerden biri siyasi partilerin meclisteki konumu yanında hükümetin yapısıyla da ilgilidir. Bunu belirleyen etkenlerden biri de seçim sistemidir. Anayasa'nın 67. maddesine göre seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenmelidir. Temsilde adalet genellikle çoğulcu karakterdeki siyasi yapının meclise adil biçimde yansıtılmasını; yönetimde istikrar ise fazla parçalanmamış bir meclis yapısının ve hükümet biçiminin uzlaşmaya yönelik sorunları azaltacağı ve istikrarlı bir yasama ve yürütme faaliyetini sağlayacağını öngörmektedir. Bilindiği gibi parlamenter rejimlerde hükümetler parlamentonun güvenoyunu sağlayarak varlığını sürdürebildiğinden hükümetlerin parlamentodaki iktidar çoğunluğu önem arz etmektedir. Ancak bu durumdan yola çıkarak seçimlerle ve siyasi partilerle ilgili mevzuatın, tam temsili önleyecek tarzda düzenlenmesi demokrasinin yaşamasını tehdit edebilecek bir tehdit oluşturmaktadır. *Sezen*'in de belirttiği gibi “toplumsal yapının çoğulculuğu istikrarsızlık getirmiyorsa ve bu savunuluyorsa, daha dar olan parlamentoda çoğulculuğu reddetmek ve istikrarsızlık ögesi saymak demogojidir.”⁷⁸

Bu duruma tipik bir örnek olarak günümüz meclis yapısını gösterebiliriz. 3 Kasım 2002 Milletvekili seçimleri sonucunda, geçerli oyların yüzde 45.33'lük kısmı yüzde 10'luk barajın altında kalan partiler lehine

Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 4, 2002, s. 99–130.

⁷⁷ **Osman Özsoy**, *Türkiye'nin Demokrasi Arayışı*, İstanbul, 2000, s. 26. Bizce, sayıca çok fazla miktarda kanun çıkarılmasının, hukuk sisteminin başarısı açısından ne derecede ölçüt kabul edilebileceği ayrıca tartışmalı görünmektedir.

⁷⁸ **Sezen**, s. 301. Böylesi bir gelişmenin sonuçlarını *Sezen* şöyle analiz etmektedir: “parlamentoda yeterli çoğunluğa sahip bir parti, yasama ile yürütmenin ayrıcalıklarını kendinde toplar. Hükümet güçlenir. Hükümet makamları ... parti liderlerinin elindedir. Bu makamlara yakın akrabalarını atayarak hanedanlık bile kurabilir. Kanun tasarıları partinin bürolarınca hazırlanır. Hükümet ya da partili milletvekillerince meclise sunulur. Parti grubunca kabul edilir ve hükümet tarafından uygulanır. Parlamento ve hükümet aynı motora bağlı iki makinaya benzer. Bu açıdan bakılınca rejim, tek-parti sisteminden pek farklı değildir.” s. 302.

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

kullanılmıştı. Bu kesim TBMM’nde temsil edilmemektedir.⁷⁹ Geriye kalan 54.67’lik oran mecliste temsil edilmekte ve bu oranın sadece dörtte birini geçen bir temsil oranıyla kanunlar kabul edilmektedir. (AY.m.96) Dolayısıyla seçimlerde geçerli oy kullanan seçmenlerin sadece yüzde 13.66’lık kesiminin desteği şu anda Türkiye’de kanun koyucu olmak için yeterli olmaktadır. Bu da demek oluyor ki seçimlerde yüzde 13.66 oy almış olan bir milletvekili çoğunluğu, Türkiye’nin geriye kalan yaklaşık yüzde 86’lık kesiminin muhtemel itirazına rağmen bir kanunu meclisten geçirme imkânına sahip bulunmaktadır.⁸⁰

2. Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Hukuku ve Küreselleşme Etkileri

Yukarıda da değindiğimiz gibi, yaşanmakta olan küreselleşme süreci içerisinde artık ulusal hukuk sisteminin, bir ülke içerisinde hukuku belirleyen tek unsur olmadığı görülmektedir. Küresel nitelik kazanmaya başlayan hukuk sisteminin, ulusal düzeydeki hakları belirlemesi ise daha çok uluslararası anlaşmalarla sağlanmaktadır. Türk hukukunda da uluslararası anlaşmalar anayasal olarak düzenlenmiş ve belli ölçülerde bağlayıcı, belirleyici olacağı öngörülmüştür. Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrası “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” şeklindedir. Doktrindeki görüşler açısından uluslararası anlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanunlara eşit mi yoksa kanunların üstünde mi bir yere sahip olduğu tartışmalıdır. Özellikle 2004 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle 90. maddeye eklenen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır” ibaresi, insan haklarında dair sözleşmelerin, kanunların üzerinde bir yere sahip olduğu düşüncesini daha da kuvvetlendirmiştir.⁸¹ Ancak doktrindeki tartışmalara girmeksizin gözlemleyebileceğimiz husus, uluslararası hukukun, ulusal hukuk sistemlerine giderek daha fazla müdahale eden ve daha fazla belirleyici bir karaktere büründüğüdür. Özellikle Avrupa Birliği gibi uluslar üstü birliklerde ulus-devletlerin kendi iç hukuklarının aşınması ve birlik düzeyinde oluşan hukuk sisteminin etkin hale gelmesi söz konusu olmaktadır.

Bilindiği gibi bir hukuk sistemi kural koyucuların, kuralların, uygulayıcıların ve kararları uygulayacak icra makamlarının varlığını

⁷⁹ <http://www.belgenet.com/secim/3kasim.html> (27.01.2006)

⁸⁰ Elbette hayali bir mantık yürütmeye dayanan bu ihtimalin gerçekleşmesi için öncelikle o sırada genel kurulda üye tamsayısının sadece üçte birinin bulunması (en az toplantı yeter oranı) gerekmektedir. Bu şartlar altında belirttiğimiz ihtimal gerçekleşebilecektir.

⁸¹ Bkz. **Atar**, s. 348–354.

gerektirmektedir. Bu dört unsur, aynı zamanda o hukuk sisteminin sürdürüldüğü toplumun sosyal, ekonomik, siyasi ve kültürel yapısıyla yakından ilgilidir. Avrupa Birliği'ne üyelik doğrultusunda bu dört unsurun ulusal nitelikten uzaklaştığı ortadadır. Kural koyucular olarak Avrupa Birliği'nde faaliyet gösteren organlardan Avrupa Toplulukları Komisyonu, Avrupa Toplulukları Bakanlar Konseyi, Avrupa Birliği Konseyi, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı gibi merkezleri görüyoruz. Kurallar olarak öncelikle kurucu andlaşmaları ve bunlara yapılan eklemeleri ve değişiklikleri, ayrıca bu andlaşmalar uyarınca belli organların belirlediği normları görüyoruz. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) gibi yargı kuruluşları da birlik hukukunun uygulayıcıları olarak karşımıza çıkmaktadır. Kararları uygulayacak icra mekanizması Avrupa Birliği kapsamında düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla icra, üye devletler eliyle yapılmaktadır.⁸² Bu son nokta haricinde hukuk uygulamasının temel unsurlarının giderek ulusal kaynaklarından bağımsızlaştığını ve Avrupa Birliği hukukunun, henüz tam üyelik söz konusu olmadığı halde önemli ölçüde ülkemizde etkin olmaya başladığını gözlemliyoruz.

Kısacası, Avrupa Birliği'nin temel anlaşmaları ve bunlarda öngörülerek yetkili organlarca yapılan düzenlemeler ve yargı organı olan Adalet Divanı kararları, Avrupa Birliği hukuk sistemini oluşturmaktadır.⁸³ Avrupa Birliği hukuk sistemi, belli temel ilkeler çerçevesinde üye ülkeler için etkin sonuçlar doğuran bir hal almış bulunmaktadır. Özerklik, genellik, birlik, öncelik, doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki ilkelerini kısaca özetleyerek ülkemizin dâhil olması amaçlanan bu hukuk sisteminin karakterini belirlemeye çalışalım. Avrupa Birliği hukukunun *özerkliği*, birlik hukuk sisteminin, üye ülkelerin münhasıran kararlaştıramayacağı, bağımsız olarak meydana getirilebilen bir yapı olduğunu öngörmektedir. *Genellik* ilkesi ise, oy çokluğu ile kabul edilen hukuki düzenlemeleri, karşı oy vermiş olan üye ülkelerin de uygulaması gerekliliğini ifade eder. Topluluk hukukunun *birliği* ise bütün üye ülkelerde aynı standart çerçevesinde düzenlenmiş hukuk sisteminin varlığını öngören bir ilkedir. Topluluk hukukunun *önceliği* ise ulusal hukuk ile topluluk hukuku arasında bir çatışma söz konusu olduğunda topluluk hukukunun öncelikle tercih edileceğini ifade eder. *Doğrudan uygulanabilirlik* ilkesi, topluluk hukukunda belirlenmiş bir düzenleme hakkında, ulusal hukuk düzeyinde ayrıca bir tamamlayıcı düzenlemeye gerek olmamasını öngörmektedir. *Doğrudan etki* ilkesi ise topluluk hukukunun, gerçek kişiler için hak ve yükümlülükler doğurması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla hâkimler

⁸² **Yüksel**, s. 212–225.

⁸³ **Gülden Çiftçioğlu**, *Avrupa Topluluklar Hukukunun Doğrudan Etkiler Doğurması*, Mağusa, 2004, s. 3.

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

karşlarına gelen hukukî bir sorunla ilgili olarak doğrudan topluluk hukukuna göre bir hak ileri sürüldüğü takdirde buna göre hüküm verebilecektir.⁸⁴

Birbiriyle yakından alakalı bu ilkeler doğrultusunda Avrupa Birliği’nin, üye ülkelerdeki hukuku belirlemek açısından, ulusal demokratik karar mekanizmalarını aşarak, sosyal süreçler beraberinde gelişebilecek hukuk taleplerini bertaraf edebileceği ortadadır. Özellikle, yukarıda bahsettiğimiz Anayasa’nın 90. maddesi de ülkemizde bu yönde bir gelişmenin önünü açmaktadır.

Bu noktada küreselleşmenin ve özel olarak Avrupa Birliği sürecinin demokrasiyi bir değer olarak yaygınlaştıran çabaları dikkate alınmalıdır. Ancak ulus-devlet çerçevesinde bir şekilde işletilebilen demokratik yöntemlerin, ulus-devletin aşındırılmasıyla birlikte zayıfladığı da düşünülebilir.⁸⁵ Özellikle ulusötesi demokrasi olarak belirmeye başlayan küresel demokratikleşme dalgasının, olumlu görünen yönleri dışında, işlerlik noktasında doğurduğu tereddütler göz ardı edilmemelidir. Gerçekten de böyle bir demokrasi anlayışının hangi yöntemlerle pratiğe dönüştürülebileceği tartışmalı bir konudur.⁸⁶ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nin demokrasiyi ulaştırma gerekçesiyle Irak’ı işgal edişi de, bu küresel demokratikleşme dalgası kapsamında değerlendirilecek olursa, gerçekten de pratiğe dönüştürme sorunu ciddi endişelere yol açan bir konu olmaktadır. Öte yandan demokrasiyi bir değer olarak yaygınlaştırdığı gözlemlenen küreselleşmenin, ulus-devletleri hedef alıyor olması, demokrasinin ideal bir yöntem olarak sosyal devletin beraberinde yaşayabileceğini düşünenler açısından da endişe veren bir durum arz etmektedir.⁸⁷

Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıda incelediğimiz hukukun oluşum sürecinin demokrasi karşısında nasıl bir değer taşıdığı, nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulabileceği sorunlarını çözebilmek için öncelikle demokrasi kavramının içeriğini doldurmak gerekmektedir. Acaba demokrasi belli periyotlarla vatandaşların seçimlerde oy kullanmasından mı ibarettir? Bundan ibaret değilse başka ne gibi kriterler demokrasiyi belirlemektedir?

Her şeyden önce Yunanca kökenli olan *demokrasi*, “demos” ve “kratos” kelimelerinin birleşmesiyle oluşmuştur. *Demos* halk, *kratos* ise yönetme,

⁸⁴ Çiftçioğlu, s. 8–21; Yüksel, s. 225.

⁸⁵ Jürgen Habermas, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti (Siyasi Denemeler)*, Çeviri: Medeni Beyaztaş, Editör: Ali Özcan, İstanbul, 2002, s. 25.

⁸⁶ Reyhan Sunay, “Küreselleşme ve Demokrasi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı: 1-2, 2003, Konya, s. 84.

⁸⁷ Habermas, s. 58.

egemenlik anlamlarına gelmektedir.⁸⁸ Ancak bizce, bu yönetme kavramının, *belirleyicilik* (determination) anlamında geniş bir karşılığı olduğu düşünülmelidir. Çünkü yöneticilik dar bir anlama hapsedildiğinde, içerik olarak yeterince belirleyici olmamakla beraber şeklen yönetiyor görünen halkın, demokratik bir toplum oluşturduğu zannedilebilir.⁸⁹ Dolayısıyla sadece siyasi yöneticilik dışında, bütün siyasi kararların *etkin* bir şekilde halk tarafından belirleniyor olmasının demokrasiyi daha iyi karşıladığı ifade edilebilir. Bunun sağlanabilmesi için gerekli kriterleri ortaya koymak gerekirse, öncelikle etkin bir katılımın varlığı şarttır. *Dahl*'a göre bir kararın alınmasında bütün topluluk üyelerinin görüşlerini, tercihlerini eşit ve etkin bir şekilde ortaya koyabilmesi gerekmektedir. Öte yandan bu kararın alınmasında her üye eşit bir şekilde oy kullanabiliyor olmalıdır. Ancak bu söylenenlerin de sağlıklı ve rasyonel bir yönde gerçekleşebilmesi için karara katılan bireylerin bu kararın içeriği ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olabilmeleri gerekmektedir. Ayrıca kararı verecek olan topluluk, kendi gündemini kendisi belirleyebilmeli ve bu konuda herhangi bir yönlendirmeye kapılıp gidiyor olmamalıdır.⁹⁰ Bunlara ek olarak, temsilciler eliyle yürütülen bir demokratik düzende, siyasi kararları bizzat almayan halka karşı bu kararları alan temsilcilerin sorumluluk içerisinde olması halkın *belirleyiciliğini* ve kaderini tayin etme imkanını mümkün kılan temel bir unsurdur.⁹¹

Dahl bu noktada *poliarşi* (çokluğun egemenliği) kavramını ortaya atarak eski çağlarda yer yer örnekleriyle karşılaşılan demokrasilerle günümüzde

⁸⁸ **Moses İ. Finley**, *Antik ve Modern Demokrasi*, Çeviren: Deniz Türker, Ankara, 2003, s. 22; **Sezen**, s. 36.

⁸⁹ Böylesi bir durumu açıklığa kavuşturan *Finley*, *kamusal kayıtsızlık ve siyasi cehalet* kavramlarına başvurmaktadır. “Kamusal kayıtsızlık ve siyasi cehalet, herhangi olası bir tartışmanın ötesinde günümüzün temel gerçeklikleridir. Kararlar halk oyu yerine siyasi liderler tarafından alınmaktadır ve her şey olup bittikten sonra halkın elinde en fazla, ara sıra kullanabileceği bir veto hakkı vardır.” **Finley**, s. 51.

⁹⁰ **Robert A. Dahl**, *Demokrasi Üstüne*, Çeviren: Betül Kadioğlu, Ankara, 2001, s. 39–40; Ayrıca *Levent Köker*'den aktararak *radikal demokrasi* kavramı üzerinde duran Arslan bunun şartlarını sıralamaktadır: “(1) Siyasi kararların demokratik meşruluğu, ancak bu kararlardan etkilenecek olanların, karar-alma sürecine özgürce katılabilmelerine bağlıdır. (2) Siyasi karar-alma sürecine özgürce katılma imkanı, toplumu oluşturan bireylerin eşitliğini gerektirir. Bu eşitliğin ekonomik güç, siyasi iktidara yakınlık ya da uzaklık ve toplumsal sınıf ve statü konumlanmalarından etkilenmemesi zorunludur. (3) Yine bu eşitlik, siyasi sürece katılanların birbirlerini eşdeğer özneler olarak görmelerini; sürece katılmak için gereken araç ve imkanlara eşitçe sahip olmalarını ve sürecin içerdiği tartışma/konuşma (diyalog) konularının sınırlandırılmamasını zorunlu kılmaktadır. **Levent Köker**, “Radikal Demokrasi”, *Diyalog*, Sayı I (1996): 110–118, s. 113'ten aktaran **Zühtü Arslan**, *Anayasa Teorisi*, Ankara, 2005, s. 49.

⁹¹ **Sunay**, s. 71.

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

özellikle ulus-devletler bünyesinde uygulanmaya çalışılan temsili demokrasileri ayırımı tabi tutmaktadır.⁹² *Dahl* poliarşinin temel kurumları olarak şunları sıralamaktadır: Anayasal olarak seçilmiş görevliler, özgür ve âdil seçimler, kapsayıcı seçme hakkı, bütün yetişkinlerin seçilme hakkı, ifade özgürlüğü, yurttaşların bilgi edinebilmeleri ve siyasal örgütlerin özerkliği. Bu yedi unsur sağlıklı bir biçimde mevcut ise tam bir *poliarşiden* söz etmek mümkün olacaktır.⁹³ Türkiye’de ise bu unsurların tamamının mevcudiyetinden, söz etmek oldukça zordur. Dolayısıyla Türkiye için bir *poliarşiden* söz etmek mümkün değildir. *Dahl* hangi siyasi ve sosyoekonomik etkenlerin bir ülkede *poliarşiyi* mümkün kılacağını ele almış ve şu sonuçlara ulaşmıştır. Öncelikle bütün siyasal sistemlerde mutlaka varlığından bahsedeceğimiz şiddet kullanımı araçları (kolluk güçleri gibi) demokratik düzen içerisinde sivil denetimine tabi olmalı ve bu denetimi sağlayan yöneticiler de demokratik sürece tabi olmalıdır. Yine söz konusu ülkede çeşitli sosyoekonomik faktörlere bağlı gelişmişlik düzeyi yüksek olmalı ve giderek yükselmelidir.⁹⁴ Ayrıca alt-kültürel çoğulcu yapının sağlıklı işleyebiliyor olması gerekmektedir. Şayet çokkültürlü yapı sağlıklı bir şekilde uzlaştırılmamışsa bu yapı demokrasiye zarar veren süreçlere yol açabilmektedir. Öte yandan siyasal eylemcilerin demokratik süreçlere inanıyor olması, poliarşinin meşru sayılması ve siyasal kültürün bu inancı mümkün kılıyor olması gerekmektedir. Son olarak bir ülke üzerinde demokratik düzenin işlemlerini kabul etmeyen, engelleyen bir dış etkinin, bir yabancı denetiminin bulunmaması gerekmektedir.⁹⁵

Bu kriterleri Türkiye ölçeğinde sırasıyla değerlendirecek olursak her şeyden önce şiddet kullanımı araçları üzerinde tam anlamıyla demokratik bir denetimin varlığından söz edemiyoruz. Tam tersine bu araçların demokratik süreçler üzerinde denetim mekanizması olarak işlediğini, siyasal kararları yönlendirdiğini gözlemleyebiliyoruz. Buna ilişkin somut birkaç örneği yukarıda *baskı grupları* bahsinde vermiştik. Öte yandan böylesi bir durumun tartışma gündemlerinden düşmemesi bu noktada sorunlar yaşanmakta olduğunu bir göstergesidir. *Dahl* tarafından öngörülen bir diğer kriter olarak siyasal sosyal ve ekonomik altyapının demokrasiye işlerlik sağlayacak bir nitelikte olması

⁹² **Robert A. Dahl**, *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çeviren: Levent Köker, Ankara, 1996, s. 278.

⁹³ **Dahl**, (*Demokrasi ve Eleştirileri*), s. 281.

⁹⁴ Bilimsel veriler aynı zamanda bu faktörlerin siyasal katılma davranışının yaygınlaşmasına zemin hazırladığını göstermektedir. Bkz. **Ersin Kalaycıoğlu**, *Karşılaştırmalı Siyasal Katılma Siyasal Eylemin Kökenleri Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul, 1983, s. 17-37; **Deniz Baykal**, *Siyasal Katılma Bir Davranış İncelemesi*, Ankara, 1970, s. 37-84.

⁹⁵ **Dahl**, (*Demokrasi ve Eleştirileri*), s. 309-335.

noktasında da Türkiye için olumlu değerlendirmeler yapmak mümkün gözükmemektedir. Türkiye'nin çokkültürlü yapısının demokratik bir düzen içerisinde uzlaştırılmasının sağlanması açısından özellikle son yıllarda alt-kültürel dillerin kullanımına ilişkin birtakım hukuki düzenlemelerle yol kat edilmeye çalışılmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin Türkiye'nin kendi siyasi dinamikleriyle gerçekleştirilmeyip, tamamen dış çevrelerin zorlamasıyla sağlanması, bazı beklenmeyen sonuçlara yol açabilmektedir. Söz konusu hukuki düzenlemelerin siyasi kültür yapısıyla paralellik arz etmemesi ve bu siyasi kültür içerisinde çokkültürcü politikaların benimsenmemesi, bu düzenlemelerin amaçlandığı ölçüde uygulamaya sokulamamasını doğuracaktır. Zira siyasal kültür dediğimiz yapının bir boyutunu da siyasal hatıralar oluşturmaktadır.⁹⁶ Bu bağlamda alt-kültürlere yönelik çeşitli siyasal taleplerin ortaya konması veya bunların ortaya konmasına ilişkin düzenlemelerin yapılması, yakın zamana kadar Türkiye'nin gündemini yıllarca meşgul eden ayrılıkçı terör olaylarına ilişkin siyasal hatıraları canlandırmakta ve bu konuda soğukkanlı değerlendirmelerin yapılmasını zorlaştırmaktadır. Siyasal eylemcilerin demokratik süreçlere ne ölçüde inandıkları ve buna göre hareket ettikleri özellikle ülkemizde siyasi partilerin kendi içlerindeki demokratik yapıları incelenmek suretiyle tespit edilebilir. Nihayet demokratik düzenin işleyişini engelleyici nitelikteki dış etkilerin, özellikle siyasi ve ekonomik açıdan etkinliği yüksek düzeydeki uluslararası aktörlerce meydana getirilen etkilerin Türkiye yansımaları için, uluslararası hukuk, Avrupa Birliği hukuku ve küreselleşme bahsinde değinmiş olduğumuz noktalara işaret edebiliriz.

Bütün bu değerlendirmeler kapsamında özellikle üzerinde durulması gereken sorun halkın yönetime ne ölçüde katıldığı yani siyasal katılım sorunudur. Çünkü demokrasinin temel prensibi, bu katılımı zorunlu kılmaktadır. Buna zemin oluşturacak siyasi kavram ise *siyasi haklar* içerisinde değerlendirilebilecek haklardır. Siyasi haklar, devlet düzeninin, bireylere tanıdığı katılım imkânlarını düzenleyen bir alandır. Dar anlamıyla ele alındığında siyasi haklar, bireylerin siyasi iktidarı paylaşımı ile ilgili olarak sahip oldukları haklardır. Bu kapsamda dernek veya siyasi parti kurmak, bunlara üye olmak gibi faaliyetler siyasi haklar olmaktadır.⁹⁷ Ancak bir ülke hukukunda bu tür siyasi hakların sadece düzenlenmiş olması orada siyasal katılımın demokratik bir tarzda var olduğunu göstermeye yetmemektedir. Siyasal

⁹⁶ **Ahmet N. Yücekök**, *Siyasetin Toplumsal Tabanı (Siyaset Sosyolojisi)*, Ankara, 1987, s. 20.

⁹⁷ **Cem Eroğul**, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, Ankara, 1991, s. 79.

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

katılımın var olması, bu hakların tanınmış olması yanında, siyasal katılım düşüncesinin de yaygın ve etkin olmasını gerektirir.⁹⁸

Katılımı sağlayacak olan faaliyetleri veya genel olarak demokratik yöntemleri seçimlerle sınırlamak da mümkün değildir.⁹⁹ Katılmayı, genel olarak bireylerin siyasal otoriteyi etkilemeye yönelik faaliyetleriyle açıklamak daha kapsayıcı ve isabetli olacaktır.¹⁰⁰ Bu bağlamda siyasal katılma “bireylerin siyasal ya da yönetsel kurumların düzenledikleri emirleri, tüzükleri, yasaları, yaptıkları planlar ve çeşitli kararlarını etkileyebilmek amacıyla eyleme geçtikleri andan başlar.”¹⁰¹ Bunu sağlamadaki temel faktör ise bireylerin, siyasal katılımın araçlarına sahip olmasıdır. Siyasal partilerin demokratik bir yapıda faaliyet gösteriyor olması, eğitim düzeyi, sivil toplum örgütlerinin yaygınlığı ve etkinliği, kitle iletişim araçları siyasal katılımı kolaylaştıran ve artıran faktörlerdir.¹⁰²

Siyasal katılım kişiden kişiye değişebilecek düzeylerde ortaya çıkmaktadır. *Dahl* bu düzeyleri sırasıyla *merak, ilgi, bilgi, eylem* olarak sınıflandırmaktadır.¹⁰³ Bu farklı düzeylere paralel olarak siyasal katılımın farklı görünümleri söz konusudur. Siyasetçilerle çeşitli yollardan temasa girme, seçimlerde oy verme ve seçim faaliyetlerinde çalışma, siyasal literatürü izleme, siyasal tartışmalarda bulunma, siyasal örgüte üye olma ve siyasal örgüte bağlıta bulunma, farklı katılım düzeyinde bulunan bireylere göre değişebilen davranış örnekleridir.¹⁰⁴ Siyasal katılımı sağlayan yöntemler, genel olarak demokratik yöntemlerle örtüşmektedir. Bütün vatandaşların katılımına ve taleplerini yansıtmalarına imkân sağlayan seçimler, halk oylamaları ve kamuoyu yoklamaları siyasal katılıma yönelik ilgiyi canlı tutmakta; bunların sonuçları ise

⁹⁸ *Eroğul*, katılma için altı *olmazsa olmaz* koşuldan bahsetmektedir. Buna göre öncelikle katılımın yapılacağı bağımsız bir devletin varlığı, katılacak olan insanların yaşamsal varlıklarını sürdürebiliyor olmaları yani can güvenlikleri, insanların toplumsallaşmış olmaları, katılmaya imkan tanıyan hukuki çerçeve, katılmayı yadırgamayan ideolojik anlayışın etkinliği ve son olarak katılımın belli bir bilgi çerçevesinde sürdürülebilmesi açısından iletişimsel bir ortam gerekmektedir. **Eroğul**, s. 41–71.

⁹⁹ **Mehmet Ali Kılıçbay**, *Cumhuriyet Ya Da Birey Olmak*, 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 72.

¹⁰⁰ **M. Akif Çukurçayır**, *Siyasal Katılma ve Yerel Demokrasi*, İkinci Basım, Konya, 2002, s. 26–27.

¹⁰¹ **Çukurçayır**, s. 28.

¹⁰² **Çukurçayır**, s. 32.

¹⁰³ **Robert A. Dahl**, *Modern Political Analysis*, New Jersey: Prentice Hall, 1963, s. 56-57’den aktaran **Baykal**, s. 31.

¹⁰⁴ **Yücekök**, s. 29-30.

siyasi yapı açısından bağlayıcılığı yüksek olmaktadır.¹⁰⁵ Dolayısıyla bu katılım davranışlarına geniş imkan sağlayan hukuksal ve özellikle anayasal bir çerçeve aynı zamanda demokrasinin işlerliğine de imkan sağlamaktadır.

Katılımın sivil toplumu güçlendirmesinin yanında devlet açısından da olumlu sonuçları söz konusudur. Siyasi kararlara katılma imkânı tanınan halkın, belirli bir siyasi zeminde ve sistemde bütünleştikleri ve taleplerini meşru bir çerçevede ortaya koyabildikleri, otorite ile zıtlama eğilimine ihtiyaç duymadıkları düşünülebilir. Ayrıca devletin, demokratik yöntemler çerçevesinde kendisine ulaşan taleplere uygun kararlar aldığı durumlarda, gerek bu kararların gerekse devletin bizzat kendisinin meşrulaştığı söylenebilir. Katılım aynı zamanda alınan kararların hem daha doğru ve isabetli olmasını, hem de daha etkin biçimde uygulanabilirliğini sağlamaktadır.¹⁰⁶

Burada vurgulanması gereken siyasal kararların alınması temsilciler eliyle gerçekleşiyor da olsa, bu temsilin geniş bir *demos* yani halk kesimine yayılmış olmasıdır.¹⁰⁷ Türkiye’de yukarıda değindiğimiz seçim sistemine ilişkin sorunlar bu temsilin giderek daralmasına yol açmaktadır. Bir ülkenin seçmenlerinin yarısına yakın bir kısmının siyasal karar alma mekanizması dışında bırakılması siyasal katılımın kültürel boyutlarından önce, maddi açıdan imkansızlık içerisine sokulması anlamına gelmektedir. Böyle bir sistemin demokratik olarak nitelendirilmesi imkansızdır.

Her şeyden önce kabul etmek gerekir ki yasama faaliyetinin başarısı hukukun toplumsal gerçeklik karşısında gösterdiği uyumla ilgilidir.¹⁰⁸ Demokrasinin varlığı için gerekliliğinden bahsettiğimiz, halkın kendi gündemini oluşturması kriterinden başlanacak olursa; Türkiye’de toplumun, gündemi kendisinin belirlediğini söylemek oldukça zordur. Türkiye’de, adına *gündem* diyebileceğimiz sosyal olgunun, daha çok medya aracılığıyla belirlendiğini gözlemleyebiliyoruz.¹⁰⁹ Medyanın bu etkin gücü, aynı zamanda medyaya sahip

¹⁰⁵ Çukurçayır, s. 38–39.

¹⁰⁶ Çukurçayır, s. 44–47.

¹⁰⁷ Sartori, s. 35–36.

¹⁰⁸ Gürkan, s. 37.

¹⁰⁹ “Bunun böyle olduğunun en tipik örneği ‘TRT tarafından hazırlanan haberleri izlediniz’ klişesinde ortaya çıkmaktadır. Özel kanallar tarafından da istisnasız benimsenen bu formül, Türk medyasının hâkim reflekslerini açık etmektedir: ‘haber hazırlamak’ veya daha açık bir ifadeyle, neyin haber olarak halka duyurulacağına karar vermek.” Kılıçbay, s. 288. Kılıçbay bu ve benzeri tutumların sonuçlarını şöyle özetlemektedir: “Hemen hemen bütün kavramlar gibi ‘halk’ da zaman ve mekân içinde bazı değişimlerden geçmiş... Şematik olmanın yanlışlığa gebeliğine bir an için razı olarak, en kalın çizgileriyle; bir toplumun en aşağı tabakalarını işaret etmekten, bir cumhuriyetin (yani siyasal bir topluluğun, her bireyinin *homo politicus* olduğu bir *res publica*’nın) aslı

Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi

olan sermaye çevrelerinin de menfaatleri doğrultusunda kullanılabilmekte, bu menfaatlerin gerektirdiği talepler, kamuoyu olarak kabul edilebilmektedir.¹¹⁰ Yukarıda “kamuoyu kendini etkin olarak duyuran kanaattir”¹¹¹ ifadesiyle açıklamaya çalıştığımız bu olgu, giderek ekonomik ilişkiler çerçevesinde sermaye çevrelerinin kanaatleriyle özdeşleşebilmektedir.¹¹²

Medyanın bu itici gücü dışında özellikle Avrupa Birliği üyelik sürecinin, buna paralel olarak bu süreci destekleyen sivil toplum örgütlerinin etkileri de giderek hukuk üzerinde belirleyici rol oynamakta ve belirleyici olmaları gerekliliği daha çok tartışılmaktadır.

Ancak tüm bu açıklamalardan sonra gerçek anlamda demokratik bir hukuk sürecinden ve halkın geniş tabanlı bir katılımından bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Sivil toplum kuruluşlarının da halkın tüm kesimleriyle irtibatlı olduğu da tam olarak söylenemez. Bu bağlamda daha güçlü bir demokrasinin, hukukun oluşturulması sürecinde etkin olması için halkın kendi taleplerini herhangi bir baskı ve yönlendirme olmaksızın özgürce dile getirebilmesi gerekmektedir. Şu an için bunu gerçekleştirmeyi sağlayacak sosyal ve siyasi ortamın varlığından söz edilemez. Her ne kadar sivil toplumun, devlet otoritesi karşısındaki gücü son yıllarda artmış görünse de, devletin bıraktığı *etkinlik* boşluğunu, sivil toplum örgütlerini ve medya gücünü yönlendiren

unsurlarının toplamını veya daha doğrusu, şirketini belirtmeye doğru bir seyir veya... bir evrim izlemiştir. Bizim medya, büyük kitlesi itibariyle, halkı başlangıçtaki anlamına yakın bir yerlere oturtmakta ve bu nedenle onu ergenliğe ulaşmamış, mehcür bir kısım sayarak; vesayet, velayet, hamilik ve hocalığa soyunmaktadır. Böylece haberler ‘hazırlanmakta’dır. Tıpkı öğretmenin ‘ders hazırlaması’ gibi. Benzerlik bu kadarla da kalmamakta, dersin müfredata göre hazırlanması gibi, haber de bir başka müfredat olan resmi ideoloji(ler)e göre hazırlanmaktadır. ... Bu durumda, siyaset bir azınlık tekeli olarak ortaya çıkmaktadır. Siyasal toplum, her üyesinin bütün hakkında özgürce kanaat oluşturabildiği bir bir aradalık olduğuna göre, Türk siyasal toplumu Seçkinler ve Medyadan ibaret kalmakta, *Res publica*’nın sınırları bir türlü genişleyememekte, demokrasi ve onunla aynı kürede yer alan kurumlar bir türlü yeşerememekte, daha doğrusu kök salamamaktadır. Medya geniş kitlesi itibariyle; yurttaşları, halkı siyasetin aktörleri olarak değil, seyircileri olarak kabul etmekte ve genel yönelişini buna göre düzenlemektedir.” s. 289–291

¹¹⁰ Sunay, s. 57.

¹¹¹ Kapani, s. 148.

¹¹² Kitle haberleşme araçlarının kamuoyunu etkilemesi hakkında bkz. Sezer, s. 31-33. “Kamu meseleleri hakkında herkes serbestçe söz söyleyebilir, ama fiiliyatta sadece kitle iletişim araçlarının mülkiyetine sahip olanlar kamusal gündemi belirleyebilirler.” M. Warren, “Liberal Constitutionalism as Ideology”, *Political Theory*, (1989), V.17, n.4, s. 511-512’den aktaran Erdoğan (*Anayasal Demokrasi*), s. 19.

KAVAS

küresel ekonomik ilişkiler doldurmaktadır. Bu ise bizce demokrasi karşısındaki en güncel ve öncelikli tehdittir.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMA

Yrd. Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız *

Özet

Yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirleri kural olarak kişi özgürlüğünün hakim kararı olmaksızın kısıtlanmasıdır. 5271 sayılı CMK'nın 90 ve devamı maddelerinde düzenlenen yakalama, Kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi durumunda kişi özgürlüğünün herkes tarafından veya kolluk tarafından hakim kararı olmaksızın kısıtlanabilmesini ifade etmektedir. 5271 sayılı CMK yakalamayı herkes tarafından gerçekleştirilebilecek ve kolluk tarafından gerçekleştirilebilecek yakalama ayırımına göre düzenlemiş ve koşullarını belirlemiştir. Herkes tarafından yakalamanın gerçekleştirilebilmesi için, 1) kişiye suç işlerken rastlanması veya 2) suçüstü fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması durumlarından birisinin gerçekleşmesi ve eğer şikayete bağlı bir suç söz konusu ise, çocuklara, beden veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hali dışında şikayet koşulunun gerçekleşmesi gereklidir. Kolluk, herkesin yakalama yetkisinin bulunduğu durumlarda yakalama yetkisine sahip olduğu gibi; özel olarak tutuklama kararı veya yakalama emrinin düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet Savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptir. Şikayet koşulu açısından söylenenler kolluğun yakalanması açısından da geçerlidir. CMK, yurt dışında kaçak olan kimse dışındaki kaçak dışında giyabi tutuklama kararına yer vermediğinden, "yakalama emri" kurumunu ve kolluğun bu emre dayalı yakalamasını düzenlemiştir.

Gözaltına alma, yakalandıktan sonra Cumhuriyet Savcısınca serbest bırakılmayan kişinin Kanunda belirtilen koşulların varlığı durumunda, gözaltına alma bağlamında gerçekleştirilecek soruşturma işlemleri tamamlanmaya kadar ve herhalde kanunda kabul edilen sürelerin sonuna kadar özgürlüğünün Cumhuriyet Savcısının kararıyla kısıtlanmasıdır. CMK, kolluğun, yakalanan kimseyi kendiliğinden gözaltına almasını kabul etmeyip, bu konuda karar verme yetkisini Cumhuriyet Savcısına bıraktığı gibi; gözaltını, yakalanan kimsenin içinde bulunduğu hukuksal statü olarak değil, kendine özgü koşulları olan ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlemiştir. Buna göre, yakalanan kimsenin

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

gözaltına alınabilmesi için, 1) gözaltına almanın soruşturma yönünden zorunlu olması ve 2) kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı gereklidir. CMK gözaltı süresini, yakalananın yakalama yerine en yakın hakim önüne gönderilmesi için zorunlu süre hariç yakalanma anından itibaren 24 saat olarak kabul etmiştir. Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle, Cumhuriyet Savcısı gözaltı süresini her defasında bir günü geçmemek üzere üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. CMK, 141 vd. maddelerinde kanuna aykırı yakalama hallerinde tazminat talep edilmesi ve bu talebin karara bağlanması sürecini de düzenlemiş bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler; Yakalama, Gözaltına alma, Yakalamanın herkes tarafından gerçekleştirilmesi, Yakalamanın kolluk tarafından gerçekleştirilmesi, Koruma tedbiri.

Zusammenfassung

Die vorläufige Festnahme, die eine vorübergehende Freiheitsentziehung ohne schriftlichen Haftbefehl des Richters ist, wird in der neuen türkischen StPO in Art. 90 und den folgenden Artikeln geregelt. Die neuen Bestimmungen enthalten im Vergleich zum alten entscheidende Änderungen. Die türkische StPO regelt grundsätzlich zwei Arten der vorläufigen Festnahme: Festnahmerecht des Jedermanns und das Festnahmerecht der Polizei. Die Personen befügen das Recht, den Täter festzunehmen, 1) wenn der Täter auf frischer Tat betroffen wird oder 2) wegen der frischen Tat verfolgt wird und wenn er flucht verdächtig ist und seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann. Dazu braucht man auch einen Strafantrag, wenn es sich um ein Antragsdelikt handelt. Die Polizei ist befugt, festzunehmen, wenn die Voraussetzungen eines Haftbefehls oder eines Befehls zum Festnahme erfüllt sind und Gefahr im Verzuge ist sowie wenn der Polizeibeamte nicht sofort dem Staatsanwalt und seinen Aufgesetzten erreichen kann. Hierbei braucht man auch einen Strafantrag, wenn es sich um ein Antragsdelikt handelt. Nach der neuen türkischen StPO darf die Polizei selbst nicht den Festgenommenen festhalten, sondern muss er dem Staatsanwalt mitteilen, damit er über die Situation des Festgenommenen eine Entscheidung trifft. Um den Festgenommenen festzuhalten, braucht man zwei Voraussetzungen gleichzeitig: 1) Das Festhalten muss für die Ermittlungsverfahren dringend sein; 2) Es muss die Indizien geben, die veranlassen, dass man daran denken können, dass der Festgenommene den Delikt verwirklicht hat. Dauer des Festhaltens kann 24 Stunde ab dem Zeitpunkt sein, die die Person festgenommen wurde. Die Frist, die man braucht, den Festgenommenen zum Richter vorzuführen, ist nicht in sich eingeschlossen. Diese Frist kann Maximum 12 Stunde sein. Wenn es eine Straftat gibt, die von 3 oder mehrere Personen zusammen begangen worden ist, kann der Frist vom

Staatsanwalt 3 Tage verlängert werden, aber er darf jedes Mal jeweils nur ein Tag Verlängerung geben.

Keywords; Die Vorläufige Festnahme, Das Festhalten, Die Vorläufige Festnahme des Jedermanns, Die Vorläufige Festnahme der Polizei.

Giriş

Yakalama ve *gözültına* alma koruma tedbirleri kural olarak bir kişinin özgürlüğünün hakim kararı olmaksızın kısıtlanmasıdır¹. Kişi hak ve özgürlüklerinde yapılacak kısıtlamalar kural olarak hakim güvencesine bağlanmalı ve hakim kararı olmaksızın bu tür kısıtlamalara gidilmemelidir. Ancak özellikle yakalama ve gözültına alma koruma tedbirlerini uygulamak için hakim kararının beklenmesi durumunda bunlarla ulaşılmak istenen amaçlara ulaşılabilmek mümkün olmayacağı gibi, genel olarak ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmek de mümkün olmayacaktır. Örneğin suçüstü rastlanılan ve kimliği bilinmeyen kişinin ele geçirilmesi için hakkında yakalama emri çıkarılmasının beklenmesi durumunda o kişi çoktan kayıplara karışabilir ve kimliğinin bir daha saptanması olanağı bulunmayabilir². Bu nedenle yakalama ve gözültına alma kanunda öngörülen belirli koşulların varlığı halinde hakim kararı olmaksızın kolluk ve hatta kolluk görevlisi olmayan kişiler tarafından dahi gerçekleştirilmesi mümkün olan koruma tedbirleridir³.

Yakalama ve gözültına alma hakim kararı olmaksızın kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran koruma tedbirlerinden olmaları nedeniyle anayasalarda, uluslararası bildirimlerde ve sözleşmelerde ele alınmış, koşulları belirlenmiştir⁴. **1982 Anayasası**'nın 19. maddesine göre, herkes *kişi özgürlüğü ve güvenliğine*⁵ sahip olup, aynı maddede öngörülen koşullar dışında özgürlüğün

¹ **Kunter**, Nurullah / **Yenisey**, Feridun / **Nuhoğlu**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2006, s. 810.

² **Gössel**, Karl Heinz: Strafverfahrensrecht, Stuttgart 1977, s. 85.

³ **Yüce**, Turhan Tufan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968, s. 81.

⁴ **Tosun**, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. I, Genel Kısım, 4. Baskı, İstanbul 1984, s. 830. Yakalama ve gözültına almanın tarihsel gelişimiyle karşılaştırmalı hukukta düzenlenişi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Şahin**, İlyas. Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözültına Alma, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 48 vd.; Ayrıca Amerikan Hukuku açısından bkz.: **Sokulu-Akıncı**, Füsun: A.B.D. Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri ve Amerikan Uygulaması, in: Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, s. 215 vd.

⁵ Kişi güvenliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Demirbaş**, Timur: Kişi Güvenliği, in: İHFM, C. XLIII, Yıl: 1977, sy. 1-4, s. 149 vd.-172.

kısıtlanması mümkün değildir⁶. **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname**'nin 9. maddesine göre de, *hiç kimse keyfi olarak tutulamaz, alıkonulamaz veya sürülemez*. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı Karar ile kabul edilip imza ve onaya açılan “**Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi**”⁷'nin 9. maddesinde de *herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu, hiç kimsenin keyfi olarak gözaltına alınmaya ya da tutuklanmaya maruz bırakılmayacağı, hiç kimsenin kanun tarafından belirlenmiş bulunan nedenlere dayalı ve usullere uygun olması hariç, özürlüğünden yoksun bırakılmayacağı* belirtildikten sonra yakalama ve gözaltına almayla ilgili prensipler ortaya konulmuştur⁸. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04.11.1950 tarihinde Roma’da kabul edilen ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren **İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**)⁹'nin 5. maddesine göre de, her bireyin *özgürlüğe ve güvenliğe*

⁶ Anayasa m. 19: “Herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.”

⁷ Türkiye bu sözleşmeyi 15.08.2000 tarihinde imzalamış ve 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanunla onaylanmış ve 18.06.2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete de yayınlanmıştır (Bu konuda ve sözleşmenin Türkçe çevirisi ile, İngilizce orijinal metni için bkz.: **Gemalmaz**, Mehmet Semih: İnsan Hakları Belgeleri, C. IV, İstanbul 2004, s. 57 vd., 381 vd.).

⁸ Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 9: “1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınmaya ya da tutuklanmaya maruz bırakılmayacaktır. Hiç kimse, kanun tarafından belirtilmiş bulunan nedenlere dayalı ve usullere uygun olması hariç, özürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır” (Maddenin çevirisi için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. IV, s. 69 vd.).

⁹ Türkiye bu Sözleşmeyi 04.11.1950 tarihinde imzalamış 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanunla (RG: 19.3.1954, sy. 8662) onaylanarak yürürlüğe girmiştir (Bilgi

hakkı bulunup; aynı maddede belirtilen istisnalar ve kanuni usuller dışında kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz¹⁰.

Bu çalışmada önce yakalama koruma tedbiri, koşulları, yakalamanın mümkün olmadığı durumlar, bazı özel yakalama durumları ve yakalamanın gerçekleştirilmesi üzerinde durulduktan sonra, CMK'nın düzenlemesi açısından gözaltına alma koruma tedbirinin koşulları, gözaltı süreleri, gözaltına alınan kimsenin hakları, gözaltına alınan kimsenin hakim önüne çıkarılması, yakalama ve gözaltına alma ile ilgili olarak hakime başvurabilmesi gibi konular üzerinde durulacak, en son olarak yakalama ve gözaltına almanın hukuka aykırılığının sonuçları, yakalama ve gözaltına alma işleminden dolayı kişinin tazminat isteyebilmesi, gözaltı süresinin hükümlülükten indirilmesi, hukuka aykırı

için ve Sözleşmenin ve ek protokollerinin Türkçe çevirileri ile bunların orijinal metinleri için bkz.: **Gemalmaz**, Mehmet Semih: İnsan Hakları Belgeleri, C. I, İstanbul 2003, s. 3 vd.).

¹⁰ İHAS m. 5: “1. Herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir Hiç kimse, aşağıda belirtilen haller dışında ve yasayla öngörülen bir usule uygun olmaksızın, özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır.

- a) Bir kimsenin yetkili bir mahkeme tarafından verilen bir mahkumiyet kararından sonra, yasaya uygun olarak hapsedilmesi;
- b) Bir kimsenin, bir mahkemenin yasaya uygun olarak verdiği bir karara uyulmamasından ötürü ya da yasa tarafından öngörülen herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, yasaya uygun olarak yakalanması/(gözaltına alınması) ya da tutulması/(alınması);
- c) Bir kimsenin, bir suç işlemiş olduğuna dair hakkında makul bir kuşku bulunması üzerine ya da bir suç işlemesini yahut suç işledikten sonra kaçmasını önlemek bakımından makul olarak gerekli görülmesi halinde, hukukten yetkili makama önüne çıkarılması amacıyla, yasaya uygun olarak yakalanması/(gözaltına alınması) ya da tutulması/(alınması);
- d) Bir küçüğün eğitiminin idare ve denetimi amacıyla yasaya uygun olarak verilen bir kararla gözetim altında tutulması yahut hukukten yetkili makam önüne çıkarılması amacıyla yasaya uygun olarak alınması;
- e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesi amacıyla bu tür hastalık taşıyan kişilerin, akıl hastası olanların, alkoliklerin ya da uyuşturucu bağımlısı olanların serserilerin yasaya uygun olarak alınması;
- f) Bir kişinin bir ülkeye usulsüz şekilde girmesinin önlenmesi için ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme işlemi yapılan bir kişinin sınır dışı edilmesi yahut geri verilmesi amacıyla, yasaya uygun olarak yakalanması/(gözaltına alınması) ya da tutulması/(alınması)”. (Maddenin çevirisi için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. I, s. 5-6).

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

yakalama ve gözaltına alma eyleminden dolayı sorumluluk konularıyla ilgili değerlendirmeler yapılmak suretiyle çalışma tamamlanacaktır.

A. Yakalama ve Gözaltına Almanın Nitelik, Özellik ve Amaçları

Hem yakalama hem de gözaltına alma birer koruma tedbiridir¹¹. Birer koruma tedbiri olmaları nedeniyle yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerine özgü özellikleri taşırlar. Yani araç olma ve geçici olma, bütün koruma tedbirlerinde olduğu gibi bu koruma tedbirleri açısından geçerli olan özellikler olduğu gibi, gecikmede tehlike bulunması, haklı görünüş ve orantılılık¹² da yine bütün koruma tedbirlerinde olduğu gibi, yakalama ve gözaltına almada da ön koşul niteliğindedir.

Yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirleri gerçekleştirilme nedeni ve gerçekleştirilene göre birden çok amaca hizmet etmektedir¹³. *Kişiye suç işlerken rastlanması durumunda* herkes tarafından (ve bu durumlarda aynı koşullara bağlı olarak kolluğun da) yakalamanın amacı suçun işlenmesinin devamına engel olmak olduğu gibi, kişinin ele geçirilmesi, kimliğinin saptanması ve bundan sonraki koruma tedbirleriyle birlikte yapılacak diğer ceza muhakemesi işlemlerine olanak sağlamaktır denilebilir.

Suçüstü fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması durumunda yine kişinin ele geçirilmesi, kaçmasının engellenmesi ve buna bağlı olarak diğer koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi olanağının sağlanması ile diğer ceza muhakemesi işlemlerinin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. *Suçüstü bir eylemden dolayı izlenen kişinin hemen kimliğinin belirlenmesi olanağının bulunmadığı durumlarda* ise öncelikli amaç kişinin ele geçirilmek suretiyle kimliğinin belirlenmesi, bu şekilde kişinin gerçekleştirilecek olan ceza muhakemesi sırasında her zaman ulaşılabilir olmasını sağlamaktır.

Kolluk görevlilerinin tutuklama veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren durumlardaki yakalamalarının amacı ise, kişiler hakkında tutuklama koruma tedbirinin uygulanabilmesini sağlamak yani hakkında uygulanması

¹¹ Koruma tedbiri kavramı konusunda bkz.: **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 753 vd.

¹² Koruma tedbirlerinin özellikleri ve ön koşulları konusunda bkz.: **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 756.

¹³ Yakalamanın amacı konusunda öğretilerdeki görüşler için bkz.: **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 815; **Özbek**, Veli Özer:CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005, s. 315; **Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 298; **Toroslu**, Nevzat: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1999, s. 212; **Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 830; **Yurtcan**, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2005, s. 325.

gereken özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin kararın yerine getirilmesi (=infazı) olduğu gibi, bu koruma tedbirinin amacına paralel olarak yine kişilerin ele geçirilmeleri suretiyle kaçmalarının ve delillerin karartılmasının engellenmesi amaçlanır.

Gözaltına almanın amacı, esas olarak yakalama sonrasında gerçekleştirilen bir koruma tedbiri olması itibarıyla yakalamayla paralellik göstermekle birlikte; CMK'nın gözaltına alma için kendine özgü koşullar belirleyip, yakalama sonrasında gözaltına almanın uygulanabilmesi için Cumhuriyet Savcısı tarafından bu koşulların bulunup bulunmadığının denetlenmesi suretiyle karar verilmesini öngördüğü için, gözaltına almanın da kendisine özgü olarak, delillerin karartılmasının engellenmesi, bu bağlamda delillerin rahatça toplanabilmesi ve bu arada da şüpheliyi el altında tutarak koşulları oluşursa tutuklamaya olanak sağlanabilmesi amaçlanır.

B. Yakalama

I. Kavram

Yakalama, Kanunun öngördüğü koşulların varlığı durumunda herkes tarafından ya da kolluk tarafından kişinin özgürlüğünün hakim kararı bulunmaksızın kısıtlanabilmesini ifade etmektedir. “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği” (YGIY)¹⁴ tanımlara ilişkin 4 maddesinde yakalamayı şöyle tanımlamıştır: “*Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını ifade eder*”

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)¹⁵, yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerini 90 vd. maddelerinde düzenlemiştir ve söz konusu hükümler 1412 sayılı CMUK'dan önemli farklılıklar içermektedir. CMK, “gıyabi tutuklama” kurumuna yurt dışında olan “kaçak”a ilişkin istisna dışında yer vermemiş olmasının¹⁶ bir sonucu olarak, “emre dayalı yakalama” kurumuna yer vermiş ve bunun koşullarını da belirlemiştir.

¹⁴ RG: 01.06.2005, sy. 25832.

¹⁵ 04.12.2004 tarihinde kabul edilen kanun (RG: 17.12.2004, sy. 25673), 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁶ *Yurt dışında olan kaçaklar hakkında CMK'nın 100 ve sonraki maddeler gereğince, sulh ceza hakimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilir* (CMK m. 248/5 ve CMK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 5/2).

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

Kişinin herhangi bir suç şüphesi bulunmaksızın yakalanabildiği durumlara önleme (idari) yakalaması¹⁷; suç şüphesi altında bulunan kişinin yakalanması durumuna ise, adli yakalama denilmektedir. **Bu çalışmanın konusunu sadece adli yakalama oluşturmaktadır.** Bu nedenle önleme yakalaması konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmeyecektir.

CMK, yakalamayı “herkes” tarafından yapılabilecek ve “kolluk görevlileri” tarafından yapılabilecek yakalama ayırımına göre ortaya koymuş ve koşullarını belirlemiştir. Bu nedenle çalışmada yakalama koruma tedbiri bu ayırıma göre ele alınacak ve incelenecektir.

II. Yakalamanın Herkes Tarafından Gerçekleştirilmesi

1. Genel Olarak

Koruma tedbirleri genel olarak kolluk tarafından yerine getirilirken (=icra edilirken), yakalama koruma tedbiri Kanunun öngördüğü koşulların varlığı halinde istisna olarak, kolluk görevlisi olmayan bireyler tarafından da yerine getirilebilir. “Herkes” kavramı suçtan zarar gören de dahil olmak üzere, yaşı, cinsiyeti, vatandaşlığı, toplumdaki görev ve fonksiyonu, kusur yeteneği önemli olmaksızın toplumdaki bütün bireyleri kapsar¹⁸.

Toplumdaki bütün bireylere, hakim kararı olmaksızın yakalama yetkisinin tanınması bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Suçüstü durumunda harekete geçilmemesi durumunda failin bir daha ele geçirilememesi, bu şekilde ceza muhakemesinde ulaşılmak istenen maddi gerçeğe ulaşılmaması tehlikesi bulunmaktadır¹⁹. Ancak herkesin yaptığı yakalama toplumdaki bireyler tarafından kullanılan ve kanunen tanınan bir hak olup, bir görev veya yükümlülük niteliğinde değildir²⁰. Bu nedenle CMK’da öngörülen

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Yenisey**, Feridun: İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Mart Haziran 1995), Ankara 1995, s. 84 vd.

¹⁸ **Gölcüklü**, Feyyaz: Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama – Tevkif) – (Türk Hukukunda), Ankara 1956, s. 68; **Centel**, Nur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, s. 177.

¹⁹ **Gölcüklü**, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti, s. 59; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 819, dn. 17.

²⁰ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 177; **Kleinknecht**, Theodor / **Meyer-Gößner**, Lutz: Strafprozeßordnung, 43. Auflage, München 1997, s. 442; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 299. *Herkesin yakalama yetkisinin bulunduğu durumlarda, bireyin devlet hesabına ve yararına hareket ettiği ve bu yetkisinin o anda kolluk görevlilerinin bulunmaması nedenine dayandığı, kolluk görevlilerinin hazır bulunduğu*

koşullar oluşsa dahi yakalama yetkisini kullanmayan kişinin bundan dolayı bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak *herkes* kavramına kolluk görevlileri de dahil olduğundan, somut olayda herkes tarafından yakalamanın koşulları bulunsa dahi, eğer kolluk görevlileri söz konusu ise, onlar açısından bu yakalamayı yerine getirmek bir yükümlülük niteliğindedir²¹ ve yerine getirilmemesi halinde görevin ihmalinden söz edilebilecektir.

Kanımca *herkese yakalama yetkisi tanınması, toplumsal yaşamın ve kişinin sahip olduğu içgüdülerin bir gereğidir*. Her ne kadar suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma işlemleri devletin yetkili organları tarafından gerçekleştirilecek, bu yetkilerin, yetkisi olmayan kimselerce kullanılması da düşünülemeyecek ve hatta kullanılması suç oluşturabilecek olmakla birlikte, suçu işlerken rastlanması yahut da suçüstü fiilden dolayı izlenmesi durumunda kimliğinin belirlenmesi olanağı bulunmayan veya kaçması olanağı bulunan kişiyi yakalama konusunda da toplumdaki bireylerin duyarsız kalmaları ve hiçbir şey yapmamaları beklenemez.

Bu anlamda herkes tarafından yakalamanın 3. kişi lehine gerçekleştirilen haklı savunmadan bir farkının bulunmadığı düşüncesindeyim²². Kendisine karşı gerçekleştirilmediği halde, üçüncü kişi lehine yapılan haklı savunmanın kabul gerekçesinin, *hukukun temellerinden birisini oluşturan dayanışma duygusu olduğu* belirtilmektedir. Savunmada bulunmak her canlının olduğu gibi insanın da kendisini ve hemcinslerini korumak duygusunun bir sonucudur. Bu tepki, toplum yararına da uygun olup, kişi bu davranışıyla toplumsal savunmaya da hizmet etmiş olur²³. Bu anlamda herkes tarafından gerçekleştirilen yakalama da toplumsal düzene hizmet eden ve toplum içinde yaşamaktan kaynaklanan bir hak niteliğindedir.

Bu nedenle, *kolluk görevlisi olmayan kişilere tanınan yakalama yetkisinin, devletin zayıf olduğu, kolluk görevini yerine getiren kimselerin sayı*

durumlarda yakalama yetkisinin onlara ait olduğu gerekçesiyle karşı görüş için bkz.: **Kuzu**, Burhan: Türk Anayasa Hukukunda ve Muhtelif Kanunlarda Yakalama Müessesesi, in: İHFM, C. LI, sy. 1-4, Yıl: 1985, s. 154.

²¹ **Rüping**, Hinrich: Das Strafverfahren, 3. Auflage, München 1997, s. 80.

²² Aynı yönde, **Yüce**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, s. 82; Yine bu konuda bkz.: **Gölcüklü**, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti, s. 69, dn. 14.

²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 317; **Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 119; **Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995, s. 134.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

ve fonksiyon olarak yeterli olmadığı ve devlet otoritesinin bütün halk arasında dağılmış olduğu dönemlere ait bir olgu olduğu; herkese yakalama yetkisi tanınmasının kötüye de kullanılabileceği; ancak kişilerin içgüdülerini de dikkate alarak böyle bir yakalama yetkisinin en fazla suç mağduruna tanınabileceği²⁴; kaçma olanaklarının çok azaldığı ve yetkili mercilere haber verme olanak ve araçlarının çok arttığı bu nedenle de herkese tanınan yakalama yetkisinin günümüzde kabul edilemeyeceği²⁵ biçimindeki görüşlere de katılmanın mümkün olmadığı kanısındayım.

Kolluk görevlisi olmayan kişilerin yakalama yetkisi kural olarak kolluğun bulunmadığı durumlarda söz konusudur ve kolluk gelene kadar devam eder²⁶. Bununla birlikte kolluğun bir kişiyi yakalamaya çalışması sırasında özel kişilerin de kolluğa bazı yardımlarda bulunmasının mümkün ve herhangi bir hukuka aykırılık oluşturmayacağı kanısındayım. Örneğin kolluğun peşinden koştuğu kişinin önünü kesmek suretiyle kaçmasının engellenmeye çalışılması mümkündür.

2. Yakalamanın Herkes Tarafından Gerçekleştirilmesinin Koşulları

a) CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen iki durumdan birisinin varlığı

CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasında "Aşağıda belirtilen hallerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir" denildikten sonra, fıkranın (a) ve (b) bentlerinde, "kişiye suçu işlerken rastlanması" ile, "suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçma olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması" durumları ayrı ayrı ortaya konulduğundan bu iki bente belirtilen durumlarda birbirinden bağımsız olarak herkes tarafından yakalama yapılabilir. Yani CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasındaki iki bente ortaya konulan durumlar herkes tarafından yakalama yapılabilmesinin bir arada bulunması gereken koşulları olmayıp, herkes tarafından yakalama yapılabilmesinin iki ayrı durumudur. Dolayısıyla bunlardan birisinin bulunması herkes tarafından yakalama yapılabilmesi için yeterlidir²⁷.

Böylece CMK ile CMUK'nın düzenlemeleri arasında önemli bir fark ortaya çıkmıştır ve CMK'nın 90/1. maddesi CMUK'nın 127/1. maddesiyle aynı biçimde uygulanamayacaktır. 1412 sayılı CMUK'nın 127. maddesinin 1.

²⁴ Bu görüş için bkz.: **Gölcüklü**, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti, s. 69.

²⁵ **Erem**, Faruk: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara 1986, s. 655.

²⁶ **Kleinknecht/Meyer-Goßner**, Strafprozeßordnung, s. 443.

²⁷ Maddenin gerekçesinde de "fıkra da herkes tarafından yakalama yapılabilir iki hal yer almıştır" ifadesine yer verilmiştir.

fikrasında *Meşhut cürüm sırasında rastlanan veya meşhut cürümden dolayı takip olunan şahsın firarı umulur veya hemen hüviyetini tayin mümkün olmazsa tutuklama müzekkeresi olmaksızın dahi o şahsı herkes muvakkaten yakalayabilir* hükmüne yer verilmişti. Buna göre kişiye meşhut cürüm sırasında rastlanması veya meşhut cürümden dolayı takip edilmesi durumlarından birisi ile kişinin kaçması olasılığı veya kimliğini hemen belirleme olanağının bulunmaması koşullarından birisinin varlığı halinde herkes tarafından yakalama gerçekleştirilebilirdi. Buna karşı 5271 sayılı CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasında *Aşağıda belirtilen hallerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir* denildikten sonra birbirinden bağımsız iki durum belirtilmiş ve fıkranın (a) bendinde *kişiyi suç işlerken rastlanması* hali hiçbir koşula bağlanmamışken, (b) bendinde *suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin* herkes tarafından yakalanabilmesi *kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması* koşullarından birisinin gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur.

Fıkra, iki durumdan birisinin gerçekleşmesiyle herkes tarafından “geçici” olarak yakalama yapılabileceği belirtilmiş bulunmaktadır. CMK, CMUK'dan farklı olarak “geçici yakalama” deyimini sadece herkesin yakalama yetkisinin düzenlendiği fıkra, kolluk görevlilerinin yakalama yetkisini düzenleyen 2. fıkra, yakalamanın geçici olmasından söz edilmemiştir. Aslında yakalamanın nitelik olarak geçici bir işlem olduğu düşünüldüğünde, geçicilik özelliğinin vurgulanması gerekli olmamakla birlikte²⁸, böyle bir ayırımın yapılmasının nedeninin, kolluk görevlisi dışındaki bireylerin istisnai yetkisinin ancak yakalananın kolluk yetkililerine teslimi kadar olacağını vurgulanması ve bu anlamda da doğru olduğu kanısındayım. Zira özel kişilerin yakalama koruma tedbirini gerçekleştirmeleri durumunda hemen kolluğa haber vererek veya yakalanan kişiyi en yakın karakol yahut da en yakın kolluk noktasına götürerek teslim etmesi ya da bu konuda bir çaba harcaması gereklidir. Yakalanan kişiyi kolluğa teslim etmeyip özgürlüğünü kısıtlamaya devam etmek kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma (TCK m. 109) suçunu doğurabilecektir. Bu nedenle de özel kişilerin gerçekleştirdiği yakalamanın geçicilik niteliği vurgulanmaktadır. Buna karşı, kolluğun yakalaması veya özel kişilerce yakalanıp da kolluğa kişinin teslim edilmesi durumunda kolluğun gerçekleştireceği işlemler Kanunda belirtilmiş olup kolluk bu işlemleri gerçekleştirmek zorundadır.

²⁸ **Kunter**, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989, s. 704, dn. 513.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

aa) Kişiyeye suç işlerken rastlanması

CMK'nın herkesin yakalama yapılabilmesini kabul ettiği durumlardan ilki “*kişiyeye suç işlerken rastlanması*”dır. Görüldüğü üzere kanun koyucu 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak bu ilk durum bakımından “suçüstü” değil “kişiyeye suç işlerken rastlanması” durumunu esas almıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, iki bentte birbirinden bağımsız bir biçimde iki ayrı durumda herkesin yakalama yetkisi düzenlendiğinden, bu bentteki durum açısından suç işlerken rastlanan kişinin kaçması olasılığı veya hemen kimliğinin belirlenememesi olasılığının bulunması gerek yoktur. Zira burada kanun koyucu sadece kişiyeye suç işlerken rastlanması durumunu başlı başına herkes tarafından bir yakalama nedeni olarak kabul etmiştir.

Kişiyeye suç işlenirken rastlanılmasından söz edilebilmesi için en azından suçun icra hareketlerinin başlamış olması, yani teşebbüs aşamasına ulaşmış bir suçun bulunması gerekir. Henüz hazırlık hareketleri aşamasındaki bir eylemden dolayı yakalama mümkün değildir²⁹. Ancak icra hareketlerinin başlamış sayılması için mutlaka suç tipinde gösterilen hareketlerin yapılmasına gerek bulunmayıp, icra hareketlerine doğrudan doğruya bağlı hareketlerin yapılması halinde de icra hareketleri başlamış kabul edileceğinden bu durumda herkes tarafından gerçekleştirilen yakalamalar da hukuka uygun olacaktır.

Gerçekleştirilen suçun kasten ya da taksirle gerçekleştirilmiş olması yakalama açısından önemli değildir ve istisnaları dışında kovuşturulabilir nitelikte bir suçun bulunması yeterlidir³⁰.

bb) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması

Bu bentte suçüstü fiilden dolayı izlenen kişinin yakalanabilmesinin iki koşulu ortaya konulmuş bulunmaktadır. Buna göre ya kişinin kaçma olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması gereklidir.

Suçüstü durumu ile kolluk görevlisi olmayan kişilerin yakalama yetkisi iç içe kavramlar olup; kişiyeye suç işlerken ya da suçüstü durumunda rastlanması durumunda, diğer koruma tedbirlerinde tanınmayan bir yetki olarak kolluk görevlisi olmayan kişilere de yakalama yetkisi tanınmaktadır³¹.

Herkes tarafından yakalama yapılabilmesi mümkün olan bu ikinci durumun söz konusu olabilmesi için “suçüstü durumu” bulunmalıdır. CMK'nın “tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendine göre **suçüstü**, (1)

²⁹ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 178; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 263.

³⁰ **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 820.

³¹ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 325.

işlenmekte olan suç; (2) henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç; (3) fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç ifade etmektedir.

Bir önceki durumdan farklı olarak, burada kişinin suçu işlerken yakalanması söz konusu olmayıp, suçüstü durumunda rastlanan kişinin izlenerek yakalanması söz konusudur. Bu durumun söz konusu olabilmesi için, izlemenin suçüstü durumuna bağlı olması gereklidir. Suçüstüyle ilgisi olmaksızın gerçekleştirilen izlemelerde ya da suçüstü dışında suçu işlediği bilinen kişiye rastlanması durumunda herkes tarafından yakalama yetkisi bulunmamaktadır. Örneğin kapkaç yapıp kaçan kişinin izlenmek suretiyle herkes tarafından yakalanması mümkün olmakla birlikte; bu izleme sırasında yakalanamayan kişiye izleme sona erdikten ve aradan belli bir süre geçtikten rastlanması veya çalınan eşyanın bir yerde görülmesi durumunda herkes tarafından yakalama yetkisi bulunmamaktadır. Zira artık suçüstü bir eylemden dolayı izlenen kişi bulunmamaktadır³².

CMK'nın 2/1-j maddesinde yer alan bu suçüstü tanımı ile 90/1-a ve b maddesi bir arada değerlendirildiğinde, herkesin yakalama yetkisi suçüstü tanımındaki her üç durumu değil, bunlardan sadece ilk ikisini kapsadığı anlaşılmaktadır³³. Halbuki burada **suçüstü tanımında yer alan her üç durumu da içine alacak bir yakalama yetkisinin verilmesi ve herkesin yakalama yetkisinin buna göre düzenlenmesinin daha doğru olacağı kanısındayım**. Somut olaylarda da kişinin “bir eylemin işlenmesinden hemen sonra” izlenerek yakalanması ile “eylemin pek az önce işlendiğini gösteren eşya ve delille yakalanması” çok kolay ayrılamayacaktır. Kanun koyucunun suçüstü yargılamasına yer vermediği bir sistemde³⁴ niçin böyle bir farklılık yarattığı da belirsizdir.

“İzleme” kavramı, kişiyi yakalamaya, yakalamayı mümkün kılmaya ve kolaylaştırmaya yönelik bütün önlemleri kapsar. Bu nedenle yakalamaya yönelik hazırlık yapılması, sözgelimi izlemek için bir araç temin edilmesi; izleme sırasında küçük araların meydana gelmesi, sözgelimi dinlemek için

³² **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 264; **Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 831.

³³ **Centel, Nur / Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2005, s: 248.

³⁴ 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18/1-b maddesiyle 8.6.1936 tarih ve 3005 sayılı “Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu” yürürlükten kaldırılmak suretiyle, suçüstü muhakemesi ceza muhakemesi sistemimizden çıkarılmıştır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

durulması önemli değildir. Yine izleyenin kaçanı görecektir biçimde yakınında bulunması da gerekli olmayıp, izleme sırasında değişik yolların kullanılması mümkündür. Suçüstü durumunda rastlanılmış olmak koşuluyla, izlemeye üçüncü kişilerin devamı mümkün olduğu gibi; izleyen, sözgelimi izlediği kişinin yolunun kesilmesi gibi, diğer kişilerden yardım alması da mümkündür³⁵ ve hatta yakalamayı eylemi görenin yapması da şart değildir³⁶. Burada önemli olan izlemenin kesintiye uğramaması olup, eğer izleyen izlediği kişiyi kaybeder ve kontrol alanından kaçırırsa, izlenen kişinin ulaşılabilirlik ve yakalanabilirliği ortadan kalkmışsa artık yakalamanın yapılması mümkün değildir. Suçun işlendiğini gören kişinin dahi olaydan belli bir süre geçtikten, yani suçüstü eylemden dolayı izleme koşulları ortadan kalktıktan sonra, suçu işleyene bir yerde rastlaması durumunda artık onu yakalama yetkisi bulunmayıp, ancak ihbar etme hakkı bulunmaktadır.

İzlenen kişinin yakalanabilmesi için eylemle yakalama arasında zaman ve mekan açısından bir bağlantının bulunması gereklidir³⁷. İzlenen kişi tam olarak olayı gerçekleştirdiği noktada bulunmasa dahi, izleme somut verilere dayanılarak ve kişi henüz olay yerinden uzaklaşmadan hemen başlamışsa yine herkesin yakalaması mümkündür³⁸. Örneğin bir içecek otomatının parçalandığına ilişkin sesleri duyan kişi otomatı kontrol ettiğinde para kutusunun yerinde olmadığını ve bir kişinin de elindeki para kutusuyla caddenin başında olduğunu görüp, o sırada orada bulunan bir kişiye “hırsız yakala” diye bağırması üzerine, o kişinin de yakalaması durumunda suçüstü eyleminden dolayı izlenen kişinin yakalanması söz konusudur. Zira bu olayda eylemin gerçekleştirilmesi ile yakalama arasında doğrudan bağlantı bulunmaktadır³⁹.

İzlemenin süresi de önemli değildir ve sınırı yoktur. Suçüstü eylemden dolayı izlenen kişi yakalanana kadar devam edebilir⁴⁰.

Özel kişilerin burada belirtilen koşulların varlığı konusunda taksir derecesinde dahi bir kusuru olmaksızın hataya düşmesi durumunda yine de hukuka uygun bir yakalama gerçekleştirmiş olacak ve eylemi suç

³⁵ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 181.

³⁶ **Hellmann**, Uwe: Strafprozeßrecht, Berlin, Heidelberg 1998, s. 91.

³⁷ **Hellmann**, Strafprozeßrecht, s. 91.

³⁸ **Boulke**, Werner: Strafprozeßrecht, 3. Auflage, Heidelberg 1998, s. 101; **Kleinknecht/Meyer-Goßner**, Strafprozeßordnung, s. 443.

³⁹ Olay, **Hellmann**, Strafprozeßrecht, s. 91'den özetlenerek alınmıştır.

⁴⁰ **Kleinknecht/Meyer-Goßner**, Strafprozeßordnung, s. 443.

oluşturmayacaktır⁴¹. Bu durum yakalamayı yapan kişinin eyleminin suç oluşturup oluşturmaması açısından da önemli olacaktır. Gerçekten de yakalayan kişi, yakalananın özgürlüğünü kısıtladığı gibi, ona karşı olayı gerektirdiği orantı içerisinde de olsa kasten yaralama eylemini de gerçekleştirmiş olabilir. Bütün bu eylemlerinden sorumlu olmaması için esas olarak eyleminin yakalamanın koşulları içerisinde olması gereklidir. Ancak gerçekte yakalamanın koşulları bulunmama ile birlikte, somut olayın özellikleri çerçevesinde taksir derecesinde dahi bir kusuru olmaksızın (kaçınılmaz hatası sonucunda) yakalamanın koşulları içerisinde hareket ettiğini düşünerek bir yakalama gerçekleştirmiş olursa, TCK'nın 30/3. maddesinde yer alan *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır* hükmünü de dikkate almak suretiyle eyleminin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gereklidir. Örneğin, *A, gece cam kırılması sesiyle uyanarak sokağa çıktığında, T'yi evinin önüne park ettiği otomobilinin kırık camından içeriye bakarken görür ve onun eylemi yapan kişi olduğunu düşünerek "dur" diye bağıır. Bunun üzerine korkan ve kaçmaya çalışan T'ye yetişir ve kolunu kıvrarak yakalar. Bu sırada T, kurtulmak için A'nın göğsüne bir yumruk atarsa da A, T'yi bırakmaz. On dakika sonra polis geldiğinde T, Türk vatandaşı olduğunu; eve giderken tesadüfen aracın yanından geçtiğini ve zararı kontrol etmek için baktığını; A, kendisine doğru koşunca, kendisine saldıran bir "Neo-Nazi" zannettiğini, zira birkaç hafta önce saldırıya uğradığını söyler. Araçtan çalınan eşyalardan hiçbiri T'nin yanında bulunmaz ve aleyhine başka bir delil de elde edilemez. Polis, A'nın kimliğini saptadıktan sonra kendisini serbest bırakır; Savcılık yaptığı hazırlık soruşturmasında yeterli suç şüphesi elde edilemediği gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verir⁴². Burada A'nın yakalama eylemi somut olayın özellikleri çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu durumda yakalanan hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi veya beraat etmesi nedeniyle kendisine CMK'nın 141/1-e maddesi gereğince tazminat ödenebilecek olmakla birlikte, yakalananın eyleminin hukuka uygun olması nedeniyle kendisinin cezalandırılması yoluna da gidilemeyecektir.*

Maddede suçüstü durumundan dolayı izlenen kişinin yakalanabilmesi için iki koşuldun birisinin var olması aranmıştır:

⁴¹ Pfeiffer, Gerd: Strafprozeßordnung Kommentar, 5. Auflage, München 2005, s. 333; Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 262-263; Aksi görüş için bkz.: Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, s. 442.

⁴² Olay için bkz.: Hellmann, Strafprozeßrecht, s. 92

aaa) İzlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması

“kaçma olasılığı”nın varlığı, sadece tahmin ya da varsayıma değil, somut olgulara dayanmalıdır. Ancak bu somut olguların varlığı, yine somut olayın özellikleri bağlamında ve yakalamayı yapan kişinin özelliklerine sahip kişinin değerlendirmesine göre *objektif* biçimde yapılmalıdır⁴³. Yakalamayı yapan kişi bir suçüstü durumuyla karşı karşıya olup, olayları soğukkanlı bir biçimde değerlendirip her yönüyle kişinin kaçma olasılığının bulunup bulunmadığını belirlemek gibi bir olanağa sahip değildir. Gerçekleştirilen olayın etkisi altında çok hızlı bir biçimde yapacağı değerlendirme sonucunda kaçma olasılığının bulunup bulunmadığına karar vermek bu kararın sonucuna göre harekete geçmek durumundadır. Bu nedenle de somut olayın özellikleri çerçevesinde o kişinin özelliklerine sahip bir kişinin o olayda nasıl davranabileceğinin genel tecrübe kurallarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Eğer bu şekilde yapılacak bir değerlendirmede suçüstü durumunda rastlanan kişinin kaçması ve bu şekilde yakalanamaması olasılığı beliriyorsa bu durumda herkesin yakalama yetkisinin var olduğu kabul edilmelidir⁴⁴.

bbb) İzlenen kişinin hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması

Suçüstü bir eylemden dolayı izlenen kişinin herkes tarafından yakalanabilmesi için aranan alternatif koşullardan ikincisi izlenen kişinin kimliğinin hemen belirlenebilmesi olanağının bulunmamasıdır. Normal koşullarda kişinin kimliği, nüfus cüzdanını ya da kimliğini ortaya koyan bir başka belgeyle saptanabilecektir ve kişinin böyle bir belgeyi göstermesi durumunda yakalanması mümkün olmayacaktır⁴⁵. Ancak kişi yakalanmadığı takdirde bir daha kendisine ulaşılabilmesi ve yakalanması olanağının bulunmadığı durumlarda kişinin adını soyadının ve kimlik bilgilerinin bir şekilde biliniyor olması da yeterli olmayabilecektir⁴⁶.

Yine suçüstü eylemden dolayı izlenen kişinin kimliğini belirleme olanağının bulunup bulunmaması somut olay açısından ve o ana göre değerlendirilmelidir. Kimliğin daha sonra yapılacak araştırmalar sonucunda saptanabilmesi olasılığının varlığı herkesin yakalama yetkisini ortadan kaldırmayacaktır.

⁴³ Gössel, Strafverfahrensrecht, s. 89.

⁴⁴ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 248; Kühne, Hans-Heiner: Strafprozeßrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1999, s. 191.

⁴⁵ Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 262.

⁴⁶ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 249.

Buna karşı kişinin kimliği biliniyorsa ve o anda yakalanmasa dahi daha sonra kendisine ulaşılması ve yakalanması mümkünse artık herkes tarafından yakalama yetkisinin kullanılması mümkün değildir. Zira herkes tarafından yakalama yapılabilmesi istisnai bir yetki olup, kanunda belirtilen bu koşul gerçekleşmedikçe istisnai yetkinin kullanılması mümkün değildir⁴⁷.

Suçüstü eyleminden dolayı izlenen ve hemen kimliğini belirleme olanağı bulunmadığı için yakalanan kimsenin kusur yeteneğine sahip olmaması ya da küçük yaşta (12 yaşından küçük olanlar ile 15 yaşından küçük sağır ve dilsizler) olması da mümkündür. Zira kusur yeteneğine sahip olmasalar da bu kişiler hakkında güvenlik önlemi (=emniyet tedbiri) uygulanabilmesi için kimliklerinin saptanması ve eylemlerinin sabit olması gereklidir⁴⁸. Nitekim YGİY'nin 19. maddesine göre, 12 yaşından küçük olanlarla 15 yaşından küçük sağır ve dilsizler suç nedeniyle yakalanamayacak ve suç tespitinde kullanılmayacak olmakla birlikte, bunların kimlik tespiti ve suç tespiti amacıyla yakalanmaları mümkündür.

b) Soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda, şikayet koşulunun gerçekleşmiş olması

Herkes tarafından yakalama yapılabilmesi için, CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasında ortaya konulan iki durumdan birisinin varlığı yanında soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda, şikayet koşulunun da gerçekleşmiş olması gereklidir.

CMK'nın 90. maddesinin 3. fıkrasında şikayete bağlı suçlarda şikayet koşulu gerçekleşmese de yakalama yapılabilmesi hali istisnai bir durum olarak düzenlenmiş olmasından dolayı, 1. fıkra da öngörülen durumlarda yakalamanın yapılmasının şikayete bağlı olduğu sonucuna ulaşıldığı gibi; 5237 sayılı TCK'nın 73/1. maddesi de "soruşturulması ve kovuşturulması"⁴⁹ şikayete suçlar" deyimini kullanmış olup, "soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı" hükmüne yer vermiştir. Görüldüğü üzere, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında, şikayet koşulu gerçekleşmedikçe hiçbir soruşturma işlemi dahi yapılamayacağından, bu koşul gerçekleşmedikçe "yakalama" koruma tedbirinin

⁴⁷ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 248.

⁴⁸ Kühne, Strafprozeßrecht, s. 191.

⁴⁹ CMK, *tanımlar* başlığını taşıyan 2. maddesinde ceza muhakemesini ikiye ayırmış olup, yetkili merciler tarafından suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi *soruşturma* (CMK m. 2/1-e), iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi *kovuşturma* (CMK m. 2/1-f) olarak adlandırmıştır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

gerçekleştirilmesi de mümkün olmayacaktır. Maddenin gerekçesinde de açık bir biçimde, *soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda, şikayet olmadan yakalamanın mümkün olmayacağı* ifade edilmiştir.

Öğretide herkesin yakalama yetkisini kullanmasının şikayet koşulunun gerçekleşmiş olmasına bağlı kılınması, suçüstü anında özellikle vatandaşlar tarafından suçun niteliğinin ve bunun takibinin şikayete bağlı olup olmadığının değerlendirilmesinin ve o anda şikayet koşulunun gerçekleşmesinin çok zor olduğu; yakalamanın zorunluluktan kaynaklanan bir koruma tedbiri olması nedeniyle şikayete bağlı kılınmasının bu tedbirin niteliğine aykırı olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁵⁰. Gerçekten de anlık karar verilmesi gereken suçüstü durumunda, hukuk uzmanı olan kişilerin dahi her zaman hangi suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğunu değerlendirmesinin çok kolay olmadığı düşünülecek olursa, bu sığa sahip olmayan bireylerin böyle bir değerlendirmeyi yapabilmeleri çok zordur. Üstelik 5237 sayılı TCK'nın düzenlemesinde taksirle işlenen suçların bazılarının bilinçsiz taksirle işlenmiş halinin soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olmasına karşı, bilinçli taksirle işlenmiş halinin soruşturması ve kovuşturması re'sen yapılmaktadır⁵¹. Dolayısıyla somut olay bu hususun değerlendirilerek kişi eylemini bilinçsiz taksirle gerçekleştirmişse, şikayet koşulunun gerçekleşmesini beklemek ve gerçekleşmezse yakalama koruma tedbirine başvurmamak, bilinçli taksirle gerçekleştirmişse doğrudan yakalamaya başvurmak gibi bir durum ortaya çıkacaktır ki bunun somut olaylarda gerçekleşmesinin çok zor olduğu kanısındayım. Yine bazı suçlarda suçun şikayete bağlı olarak soruşturulan ve

⁵⁰ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 185; **Cihan**, Erol/**Yenisey**, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1997, s. 312; **Gölcüklü**, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti, s. 74; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 822; **Yenisey**, Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 126; **Yokuş Sevük**, Handan: 5271 Sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, in: HPD, sy. 3, Nisan 2005, s. 65; Karşı görüş için bkz.: **Kuzu**, Türk Anayasa Hukukunda ve Muhtelif Kanunlarda Yakalama Müessesesi, s. 150-151: Yazara göre, *şikayet şartının gerçekleşmeyebileceğinden, bu şekilde gereksiz olarak bir kimsenin yakalanmasının önüne geçileceği gibi, bazen şikayet hakkı sahibinin şikayete bağlı eylem hakkında yakalama öncesinde haberdar olmasının onun menfaatine daha uygun olabilir.*

⁵¹ Örneğin, taksirle yaralama suçunun bilinçsiz taksirle gerçekleştirilmiş halinin soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı iken, bilinçli taksirle gerçekleştirilmiş halinin soruşturma ve kovuşturması re'sen yapılmaktadır (TCK m. 89/5).

kovuşturulan temel şekli ile re'sen soruşturulan ve kovuşturulan nitelikli halini ayırmak da çok kolay olmayabilecektir.

CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde *kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan kişiler maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebilirler* hükmüne yer verildiğinden, soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı bir suçta, bu koşul gerçekleşmediği halde yakalama yapılması durumunda devletin tazminat sorumluluğu doğabileceği gibi, yakalama hukuka aykırı olarak kabul edildiğinde, buna bağlı olarak elde edilen delillerin de hukuka aykırılığı gündeme gelecek, Anayasa'nın 38/6. maddesi ile CMK'nın 206/2-a ve 217/2. maddeleri bağlamında kullanılması mümkün olmayacaktır.

Her ne kadar şikayete bağlı suçlarda bu koşul gerçekleşmeksizin kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasının doğru olmadığı kanaatini taşımakla birlikte, yakalama ve gözaltına alma açısından doğru çözümün, şikayete bağlı suçlarda suçu işlerken rastlanması ile suçüstü durumundan dolayı izlenen kişinin yakalanmasında şikayet koşulunun gerçekleşmesi beklenmemelidir⁵². Buna karşı CMK'nın düzenlemesi içerisinde yakalamadan bağımsız olarak kendisine özgü koşulları belirlenmiş olan gözaltına almanın gerçekleşmesi için şikayet koşulunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirlenmesi gereklidir⁵³. Yani CMK'nın 90. maddesinin 3. fıkrasında yer alan istisnai hüküm genel bir hüküm haline getirilmelidir. CMK'nın yakalama ve gözaltına alma açısından yeni sisteminin, bunları birbirinden ayrı kendine özgü koşulları olan koruma tedbirleri biçiminde düzenlemiş olması ve gözaltına almanın koşulları hukukçu olan Cumhuriyet Savcısı tarafından denetlenip, bu konuda karar verileceğinden bu çözüm hem suçüstü eylemden dolayı gerçekleştirilecek yakalama koruma tedbirinin yapısına hem kişilerin hak ve özgürlüklerinin gereksiz biçimde kısıtlanmaması gereğine uygun olacak hem de bu tür yakalamalar dolayısıyla tazminatla ilgili sorunlar yaşanmayacaktır. Ancak böyle bir düzenleme yapıldığında aşağıda açıklayacağımız üzere, şikayete bağlı suçlarda şikayet gerçekleşmeden önce yapılmış yakalama işleminin ilgililere duyurulmasını düzenleyen CMK'nın 96. maddesinin de yeniden, saptanabilen ve kendisine ulaşılabilen bütün şikayete yetkili kimselere yakalamanın duyurulması biçiminde düzenlenmesi gereklidir.

⁵² Alman CMK'nın 127/3. maddesinde kovuşturması şikayete bağlı suçlarda şikayet koşulu gerçekleşmeden yakalama koruma tedbirine başvurulabileceği kabul edilmiştir.

⁵³ Bkz. aynı yönde: **Yokuş Sevük**, 5271 Sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, s. 65.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

CMK'nın 90. maddesinin 3. fıkrasında soruşturması veya kovuşturması şikayete bağlı suçlarda yakalama öncesinde şikayet koşulunun gerçekleşmesinin bir istisnasına yer verilmiştir. Buna göre, *soruşturması veya kovuşturması şikayete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikayete bağlı değildir*. Bu şekilde **şikayet olmaksızın gerçekleştirilen yakalamalarda, yakalama işlemi, şikayete yetkili olan kimseye ve eğer bunlar birden fazla ise, hiç olmazsa bunlardan birisine bildirilecektir** (CMK m. 96). Bu durumlarda şikayet koşulu gerçekleşmezse yakalama işlemi de geçersiz kalacağından, yakalamanın şikayete yetkili kimselerden sadece birisine bildirilebilmesi olanağını tanıyan bu hükmü doğru bulmamakla birlikte, bu konu aşağıda değerlendirileceğinden, burada üzerinde durulmayacaktır.

Bu düzenlemede aslında şikayete bağlı bir suça ilişkin gerçekleştirilecek yakalamanın *şikayete bağlı olmadığı* belirtilmesi karışıklık doğurabilecektir. Gerçektende burada eylemin şikayete bağlı olması özelliğinin ortadan kalktığını düşündürecek bir ifade şekli kullanılmıştır. Halbuki eylem şikayete bağlı olarak soruşturulan ve kovuşturulan bir eylem niteliğini korumakla birlikte, burada söz konusu olan bu hükme göre gerçekleştirilecek yakalama için *şikayet koşulunun gerçekleşmiş olmasının aranmamasıdır*⁵⁴. Şayet kanun koyucunun amacı CMK'nın 90/3. maddesindeki durumlarda eylemi şikayete bağlı olmaktan çıkarmak olsaydı, 96. maddede yakalamanın şikayete yetkili kişilere bildirilmesi hükmüne yer verilmesine gerek olmazdı. Maddenin gerekçesinde de maddede belirtilen durumlarda *yakalama için şikayet aranmayacağı* belirtilmiştir.

III. Yakalamanın Kolluk Tarafından Gerçekleştirilmesi

“Herkes” tarafından yakalama yapılabildiği durumlarda kolluğun da bu koşullar bağlamında yakalama işlemini gerçekleştirme yetkisi bulunmakla birlikte, kolluğa bunun dışında da kanunda gösterilen belirli koşulların bulunması halinde yakalama yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Madde metninde Cumhuriyet Savcılarının da yakalama yetkisine sahip oldukları açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, emrinde bulunan kolluk görevlilerinin yakalama yapabildiği durumlarda Cumhuriyet Savcılarının da yakalama yetkisine sahip olduğu konusunda şüphe yoktur.

⁵⁴ **Ünver**, Yener: Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, in: TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri (10-11 Şubat 2006), Ankara 2006, s. 266.

CMK’da kolluğun yakalama yetkisi “yakalama emrine dayalı olmayan yakalama” ve “yakalama emrine dayanan yakalama” olarak ikiye ayrılmış bulunmaktadır. Aşağıda yapılacak açıklamalar da bu ayrıma göre yapılacaktır.

1) Kolluğun Yakalama Emri Olmaksızın Yakalama Yetkisi

Suç işlenirken rastlanılması veya suçüstü durumunda herkes gibi yakalama yetkisi bulunan kolluğun herkesin yakalama yetkisinden farklı olarak, yakalama emri olmaksızın yakalama işlemini gerçekleştirebilmesi mümkündür.

Burada söz konusu olan yakalamayı gerçekleştirecek kolluk görevlilerinin mutlaka “adli kolluk” olmasına gerek yoktur⁵⁵. Ceza muhakemesinin yürütülmesi sırasında Cumhuriyet Savcısı her türlü araştırma işlemini kural olarak emrindeki adli kolluk aracılığıyla yürütecek olmakla birlikte, yakalama emrine dayanmayan yakalama durumlarında kolluğun adli kolluk olup olmadığının önemli olmadığı kanısındayım. Zira CMK’nın 90. maddesinde adli kolluğa vurgu yapılmayıp sadece kolluktan söz edildiği halde, CMK’nın 160 vd. maddelerinde adli kolluk özellikle vurgulanmış ve özellikle belirtilmiştir. Diğer taraftan CMK’nın “diğer kolluk birimlerinin adli kolluk görevi” başlığını taşıyan 165. maddesinde de *gerektiğinde veya Cumhuriyet Savcısının talebi halinde diğer kolluk birimlerinin de adli kolluk görevini yerine getirmekle yükümlü oldukları* belirtilmiştir. Bu nedenle de 90. maddede öngörülen herkesin yakalama yapabileceği hallerle, yakalama emrine dayanmayan yakalama işlemlerin adli kolluk olsun olmasın bütün kolluk görevlilerinin yerine getirebilecektir.

Kolluğun yakalama emri bulunmaksızın yakalama işlemini gerçekleştirebilmesi için için şu koşulların bir arada bulunması gereklidir:

a) Tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir durumun bulunması

Burada henüz verilmiş bir tutuklama kararı veya yakalama emri bulunmadığı halde kolluğun yakalama yetkisi bulunmaktadır. Ancak bunun için tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir durumun bulunması gereklidir. Tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir durum dahi bulunmuyorsa suçüstü olmayan durumlarda kolluk tarafından da yakalama mümkün olmadığı gibi; eğer gerçekleştirilirse bu yakalama yine hukuka aykırı olacaktır.

Tutuklama kararının hangi hallerde verilebileceği⁵⁶ CMK’nın 100 vd. maddelerinde düzenlenmiş⁵⁷; CMK’nın 98. maddesi de, belirli nedenlerin ve

⁵⁵ Kantar, Baha: Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957, s. 126.

⁵⁶ Tutuklama kararı verilmesini gerektiren durumun varlığı için, (1) kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve (2) bir tutuklama nedeninin

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

koşulların varlığı halinde yakalama emri düzenlenmesini⁵⁸ hükme bağlamıştır. Dolayısıyla somut olayda kolluğun bu nedenlerin bulunup bulunmadığı konusunda bir değerlendirme yapması gerekmektedir.

b) Gecikmesinde sakınca bulunması

Genel olarak belirtmek gerekirse, bir işlem hemen gerçekleştirilmediğinde, o işlemle ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşecekse *gecikmesinde tehlike bulunan durum* var demektir. Burada kullanılacak kriter, işlem o anda yapılmadığında daha sonra aynı biçimde yapıp yapılamayacağıdır. Eğer işlem o anda yapılmadığında daha sonra aynı biçimde yapılamayacaksa gecikmesinde sakınca bulunan durum var demektir. Yakalama açısından bakıldığında *derhal yakalama yapılmadığında suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması ya da kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması* gecikmesinde sakınca bulunan durumun var olduğunu gösterecektir (YGİY m. 4).

Gecikmesinde tehlike bulunan bir durumun var olup olmadığının somut olayın özellikleri çerçevesinde, yakalama işlemini gerçekleştiren kolluk görevlisince takdir edilmesi gereklidir⁵⁹. Bu değerlendirmenin o kolluk görevlisinin içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde objektif olarak yerine getirilmesi gereklidir. Şayet sadece işlemi gerçekleştiren kolluk görevlisinin sübjektif bir değerlendirmesi esas alınacak olursa, her yakalamanın hukuka uygun olması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki, o zaman kanunun hakim kararı

bulunması ve yine (3) verilecek tutuklama kararının kişiye isnat edilen suç için öngörülen ceza veya güvenlik önlemi açısından ölçülü olması gereklidir (CMK m. 100/1). Kanun, bazı durumlarda tutuklama nedeninin var kabul edilebileceğini de öngörmüştür. Buna göre, (a) şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa; yahut ta (b) şüpheli veya sanığın davranışları (aa) delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; (bb) tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa tutuklama nedeni var kabul edilebilir (CMK m. 100/2). Son olarak belirtelim ki, CMK sayma usulüyle belirttiği belirli suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphenin varlığı halinde tutuklama nedeninin var sayılabileceğini öngörmüştür (CMK m. 100/3).

⁵⁷ **Adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği gibi (CMK m. 100/4); on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemez (ÇKK m. 21).**

⁵⁸ Bu konuda aşağıda ayrıntılı açıklama yapılacağından burada bir açıklama yapılmamaktadır.

⁵⁹ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 185.

veya Savcı emrine dayanmayan yakalama işlemini belirli koşullara bağlamasının bir anlamı kalmayacaktır. Buna göre, yakalama işlemini gerçekleştiren kolluk görevlisinin içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde objektif olarak gecikmesinde sakınca bulunan bir durum yoksa, yakalama işlemi hukuka aykırı olacak ve yakalanan açısından hem tazminat talep hakkı doğabilecek hem de bu yakalama sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir.

Yakalanmaları açısından gecikmesinde sakınca bulunmayan ve davet edildiklerinde bu davete uyacak kişilerin, doğrudan doğruya yakalanmaları hukuka uygun olmayacaktır⁶⁰ ve hatta suç oluşturabilecektir⁶¹.

⁶⁰ **Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa** Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Ankara 2006, s. 495.

⁶¹ “... *Anayasanın 19, Polis Vazife ve Selahiyet Yasasının 13, CYY'nın 127/131. maddeleri ile Türkiye Cumhuriyeti Devletince 18.5.1954 tarihinde onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi hükümleri ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 5. maddesi uyarınca; suç kovuşturmasıyla ilgili olarak yöntemince verilen yargıç kararı dışında kişilerin yakalanıp gözaltına alınmaları ancak, suçüstü durumunda veya işlendiği bilinen bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma sırasında olanaklı bulunmaktadır. Kolluk görevlileri ise bu ikinci durumda yalnızca gecikmesinde tehlike bulunan durumlarda yakalama yetkisini kullanabilirler. Diğer taraftan belirtilen hukuki düzenlemelerin gereği olarak ceza soruşturma ve kovuşturmalarında temel ilke, kişi hürriyetine müdahale edilmeden başvurulabilecek bir yöntem var iken hürriyeti daraltan yöntemlere başvurulmaması ilkesidir. /// Somut olayda herhangi bir suçla ilgili suçüstü durumu veya suç teşkil eden belirli bir olayla ilgili ceza soruşturması bulunmamasına karşın, salt kimliği belirsiz bir kişinin 16.5.2000 günü saat 13.00'de telefonla yakınlarının kimlik ve adreslerini vererek 'Şişli ilçesindeki market ve işyerlerindeki hırsızlık suçlarını bu kişileri işliyorlar' şeklindeki soyut ihbarı üzerine, kimlik ve adresleri aynı tarihli tutanakla tespit edilen bu kişiler hakkında arşiv ve benzeri araştırmalar yapılmaksızın, asayiş büro amiri olan anığın talimatı doğrultusunda harekete geçilerek üç saat sonra yakınların yakalanıp gözaltına alınması, C. Savcısına hırsızlığa karıştığı iddia edilen kişilerin yakalandığı yolunda bilgi verilip peşi sıra bu kişilerin 'herhangi bir suçla' ilgilerinin olup olmadığı yönünde araştırma yapılarak, 20 saat gözaltında kalan yakınların ertesi gün saat 13.30'da bir kanıt bulunmadığı gerekçesiyle ifadeleri dahi alınmadan ve soruşturma evrakı fezlekeye bağlanarak C.Savcılığına sunulmaksızın serbest bırakılması biçimindeki eylemin TCY.'nın 181/1. maddesine uyan suçu (765 sayılı TCK'nın bu hükmü, memurlar tarafından işlenen 'kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma' suçunu düzenlemektedir – Yazarın notu) oluşturduğu gözetilmeden, kanıtları yanlış değerlendiren yetersiz gerekçeyle beraat hükmü kurulması ... yasaya aykırıdır” (Y. 4. CD, 5.11.2003, E. 2002/28544, K.*

c) Cumhuriyet Savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmaması

Tutuklama kararı veya yakalama emri verilmesini gerektiren bir durumda kolluğun yakalama işlemini gerçekleştirebilmesinin bir diğer koşulu da Cumhuriyet Savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağının bulunmaması gereklidir. Aslında *gecikmesinde sakınca bulunan durumla* birlikte değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğüm bu koşulun var olup olmadığının da yine somut olayın özellikleri çerçevesinde ve yakalamayı yapan kolluğun içinde bulunduğu somut koşullar çerçevesinde objektif olarak değerlendirilmesi gereklidir.

d) Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda şikayet koşulunun gerçekleşmiş bulunması

Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda yakalama işleminin gerçekleştirilebilmesi için, CMK'nın 90. maddesinin 3. fıkrasında gösterilen istisna dışında şikayet koşulunun gerçekleşmiş bulunması gereklidir. Bu koşul gerçekleşmedikçe, diğer bütün koşullar gerçekleşmiş bulunsada dahi, kolluk yetkililerinin de yakalama yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin açıklamalar yukarıda (B, II, 2, b) yapıldığından burada tekrar edilmemektedir.

2) Kolluğun Yakalama Emrine Dayanan Yakalama Yetkisi

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, kişinin mevcut olmadığı durumlarda da tutuklanabilmesini ifade eden “*gıyabi tutuklama*” kurumuna yurtdışındaki kaçak dışında⁶² yer vermemiştir. Bunun yerine belirli bazı durumlarda kişiler hakkında “*yakalama emri*” düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu bağlamda CMK'nın 98. maddesi ile CGİK'nın 19. maddesinde yer alan hallerde kişiler hakkında yakalama emri düzenlenebilir ve kolluk bu emri yerine getirmek üzere kişileri yakalayabilir. Bu başlık altında önce yakalama emri düzenlenmesinin mümkün olduğu durumlar; sonra hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan kişinin hakim veya mahkeme önüne götürülmesi ve son olarak da yerine getirilen ve amacı ortadan kalkan yakalama emriyle ilgili yapılması gereken işlem üzerinde durulacaktır.

a) Yakalama emri düzenlenebilecek durumlar

aa) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine Sulh Ceza Hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Yine tutuklama

2003/10778 – Karar için bkz.: Çınar, Ali Rıza: Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi, in: Polis ve Hukuku'ndan –Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey- ayrı bası, İstanbul 2005, s: 19 vd.).

⁶² Bkz.: dipnot 11.

isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir (CMK 98/1)⁶³.

Görüldüğü CMK'nın 98. maddesinin ilk fıkrasında üç ayrı durum düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi *çağrı üzerine gelmeyen şüpheli* hakkında yakalama emri düzenlenebilmesidir. Çağrı üzerine gelmeyen kişi hakkında yakalama emri düzenlenebilmesi için gelmemenin “kasten” olması gerekli⁶⁴dir. Sözelimi hastalık ya da benzeri nedenlerle gelmeyen kişi hakkında yakalama emri düzenlenemez.

Burada düzenlenen ikinci durum ise, *çağrı yapılamayan şüpheli* hakkında yakalama emri düzenlenebilmesidir. CMK hükümleri dikkate alındığında iki durumda şüpheliye çağrı yapılamaması mümkündür. Bunlar *gaiplik* ve *kaçaklık* durumlarıdır. **Gaip**, “*bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanık*”tır (CMK m. 244/1). **Kaçak** ise, “*hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir*” (CMK m. 247/1). Bu iki halde de şüpheliye çağrı yapılamaması durumu söz konusu olup, bu durumlarda yakalama emri düzenlenmesi mümkündür. Zira kanun koyucu burada çağrı yapılamayan kişinin *gaip* veya *kaçak* olması arasında bir ayırım gözetmemiştir.

Bu fıkradaki son durum, *tutuklama isteminin reddi kararına karşı itiraz yoluna başvurulduğunda, merci itirazı haklı bulursa kişi hakkında yakalama emri düzenleyebilir*. CMK'nın kişinin hazır bulunmadığı bir durumda hakkında tutuklama kararı verilmesini kabul etmemesinin bir sonucu olarak, bu durumlarda da yakalama emri düzenlenmesini kabul etmiştir. Tutuklama istemi reddedilen Cumhuriyet Savcısı bu karara karşı itiraz yoluna başvurabilir (CMK m. 101/5). İtiraz kanun yolunda ise kural olarak duruşma yapılmaksızın dosya üzerinde karar verilir (CMK m. 271). Dolayısıyla tutuklama talebinin reddi üzerine incelemeyi yapan merci, hakkında tutuklama istenen kişi bulunmaksızın bu konuda bir karar verecektir. CMK'nın genel sistemi içerisinde de kişinin hazır bulunmadığı durumlarda hakkında tutuklama kararı verilmesi kabul edilmediğinden, eğer merci itirazı haklı bulursa kişinin tutuklanmasına karar vermeyecek, hakkında yakalama emri düzenleyecektir.

⁶³ Maddenin bu ilk fıkrası 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanununun 10. maddesiyle değişmiş olup, değişiklik öncesinde sadece kaçak hakkında yakalama emri düzenlenmesi öngörülyordu: “(1) Soruşturma evresinde şüpheli kaçak ise, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir”.

⁶⁴ **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 493.

bb) Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet Savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler (CMK 98/2).

Bu hüküm, yakalanmış olup da kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında yakalama emri düzenleme konusunda kolluğa ve Cumhuriyet Savcılarına yetki tanımaktadır. Savcı ve kolluk kendilerini de kapsar biçimde yakalama emri çıkarmaktadır. Böylece kaçan şüpheli, sanık, tutuklu veya hükümlünün diğer kolluk görevlileri tarafından da yakalanabilmesinin sağlanması amaçlanmakta ve böyle durumlarda hakimden karar alma zorunluluğu yüklenmemektedir. Bununla birlikte henüz yakalama emri düzenlenmemiş olsa dahi bu kişilerin kolluk tarafından CMK'nın 90/2. maddesi bağlamında yakalamanın gerçekleştirilmesi mümkündür. Zira bu hüküm tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, Cumhuriyet Savcısı veya amirlerine de derhal başvurma olanağı bulunmuyorsa kolluğa yakalama yetkisi tanınmaktadır.

cc) Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından düzenlenir (CMK 98/3).

Maddenin 1. fıkrasının ilk şekli soruşturma evresinde sadece "kaçak" şüpheli hakkında yakalama emri düzenlenebilmesini hükme bağlamışken, daha sonra yapılan değişiklikle "gaip" ve "kaçak" şüpheli hakkında yakalama emri düzenlenebilmesine olanak tanıyacak biçimde değiştirilmiştir. Buna karşı *kovuşturma evresinde* yakalama emri düzenlenebilecek durumu hükme bağlayan 3. fıkarda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Buna göre kovuşturma soruşturma evresinde hem gaip hem de kaçak şüpheli hakkında yakalama emri düzenlenebilecek olmakla birlikte; kovuşturma evresinde sadece kaçak sanık hakkında yakalama emri düzenlenebilecek, buna karşı gaip sanık hakkında yakalama emri düzenlenemeyecektir. Kanımca bu fıkranın da gaip sanık hakkında yakalama emri düzenlenebilecek biçimde değiştirilmesi doğru olacaktır.

dd) Hükümlü, hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için gönderilen çağrı kağıdının tebliği üzerine on gün içinde gelmez, kaçır ya da kaçacağına dair şüphe uyandırırsa, Cumhuriyet Savcısı yakalama emri

çıkartır (CGİK⁶⁵ m. 19/1). Üç yıldan fazla hapis cezalarının infazı için doğrudan yakalama emri çıkarılır (CGİK m. 19/2).

CGİK, hapis cezası veya güvenlik önleminin infazı gereken hükümlü hakkında yakalama emri çıkarılabilecek durumları düzenlemiştir. Buna göre üç yıla kadar hapis cezalarında ve güvenlik önlemlerinde hükümlü, kendisine yapılan çağrı kağıdının tebliğinden itibaren on gün içerisinde gelmez, kaçar ya da kaçacağına dair şüphe uyandırırorsa; üç yıldan fazla hapis cezasının infazı söz konusu olduğunda ise doğrudan hakkında yakalama emri çıkarılır. Cezanın infazı Cumhuriyet Savcılığı tarafından gerçekleştirileceğinden, buradaki yakalama emrini düzenleme yetkisi de Cumhuriyet Savcısına verilmiştir.

b) Yakalama emrinin içeriği

Hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emrinde *yakalanacak kişinin açık eşkali, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç* gösterileceği gibi, *yakalandığında nereye gönderileceği de* gösterilir (CMK 98/4).

c) Hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan kişinin hakim veya mahkeme önüne çıkarılması

Hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emrinde *yakalanacak kişinin açık eşkali, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç* gösterileceği gibi, *yakalandığında nereye gönderileceği de* gösterilir (CMK 98/4). Bu emri yerine getirecek olan kolluk, emirde gösterilen kişiyi yakaladığında soruşturma veya kovuşturma evresine göre en geç yirmi dört saat içerisinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkaracaktır. Yetkili hakim veya mahkeme yakalama emri üzerine getirilen kişi hakkında tutuklama kararı verilip verilmeyeceğini kişi huzurunda iken değerlendirecek ve kendisinin tutuklanmasına veya serbest bırakılmasına karar verecektir.

Ancak yakalanan kişi bu süre içerisinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa aynı süre içerisinde yani yakalanmasından itibaren yirmi dört saat içerisinde yakalanma yerine en yakın Sulh Ceza Hakimi önüne çıkarılacaktır. Bu şekilde yakalanan kişi önüne getirilen Sulh Ceza Hakimi yakalanan kişinin yakalama emrinde gösterilen kişi olmadığına karar verir ya da yakalama emrinin geri alındığını saptarsa yakalanan kişiyi derhal serbest bırakacak; yok eğer yakalanan kişinin yakalama emrinde gösterilen kişi olduğu ve yakalama emrinin de devam ettiği kanaatine ulaşırsa, yetkili hakim veya

⁶⁵ “Ceza ve Güvenlik Önlemlerinin İnfazı Hakkında Kanun”, Kanun No: 5275, Kabul Tarihi: 13.12.2004, RG: 29.12.2004, sy. 25685.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

mahkeme önüne en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanmasına karar verecektir (CMK m. 94)⁶⁶.

“Sevk tutuklaması” olarak adlandırılan bu durumda Sulh Ceza Hakimi, tutuklamaya yahut ta yakalama emrinin içeriğine ilişkin bir denetim yapmayıp sadece yakalanan kişinin, yakalama emrinde gösterilen kişi olup olmadığını veya yakalama emrinin devam edip etmediğini belirlemektedir. Yakalama emrinde gösterilen kişinin tutuklanıp tutuklanmayacağına yakalama emrini veren hakim veya mahkeme karar verecektir. Bu nedenle süresi içerisinde yakalama emrini veren hakim veya mahkeme önüne çıkarılmadığı için en yakın Sulh Ceza Hakimi önüne çıkarılarak hakkında sevk tutuklamasına karar verilen kişi tutukevine konulmayacak ve derhal yetkili hakim veya mahkemeye gönderilmesiyle ilgili işlemlere başlanacaktır. Zira burada verilen karar CMK’nın 100 vd. maddelerinde düzenlenen anlamda bir tutuklama kararı niteliğinde değildir⁶⁷. Bu nedenle de koruma tedbiri olarak tutuklamaya ilişkin koşullar burada aranmayacaktır⁶⁸.

Aynı durum tutuklama isteminin reddi kararına itiraz üzerine, itiraz merciince yakalama emri verilmesinde de geçerli olup, bu durumda yakalanan kişi eğer mümkünse yakalanma anından itibaren yirmi dört saat içerisinde itirazı inceleyerek yakalama emrini veren merci önüne çıkarılacaktır. Mümkün değilse aynı süre içerisinde en yakın Sulh Ceza Hakiminin önüne çıkarılacak ve onun tarafından yapılacak yakalanan kişinin yakalama emrindeki kişi olup olmadığına ve yakalama emrinin devam edip etmediğine ilişkin denetim sonrasında eğer serbest bırakılmazsa, hemen itirazı inceleyen mercie gönderilmek üzere tutuklanacaktır⁶⁹. Ancak bu tutuklama da doğrudan doğruya kişinin tutukevine konulmasına neden olmayacak, hakkında bu şekilde tutuklama kararı verilmiş

⁶⁶ Bu madde 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanununun 9. maddesiyle değişmiştir. Maddenin değişmeden önce “*Madde 94. – (1) Yakalanan kişi, hakkında kamu davası açılmış ise hemen yetkili mahkemeye kamu davası açılmamış ise, en yakın sulh ceza hakimliğine götürülür.*

(2) Hakim veya mahkeme aynı gün yakalananın serbest bırakılmasına veya adli kontrol altına alınmasına veya tutuklanmasına karar verir” biçimindeydi ve yetkili mahkeme önüne çıkarılmadığı takdirde ne yapılacağı belli değildi. Bu yüzden maddenin yeni biçiminin daha doğru olduğu kanısındayım.

⁶⁷ **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 501-502.

⁶⁸ **Şahin**, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 283.

⁶⁹ **Öztürk**, Bahri: Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu, Panel Konuşması (1 Nisan 2005 - Çanakkale), in: Türk Ceza Kanunu Reformu, Üçüncü Kitap, Ankara 2005, s. 107.

kişinin hemen yakalama emrini vermiş mercie gönderilmesi için gerekli işlemler yapılacaktır⁷⁰.

Süresi içerisinde yetkili hakim veya mahkeme ya da itiraz mercii huzuruna çıkarılmadığı için, yakalanan kişinin önüne çıkarıldığı Sulh Ceza Hakimi tarafından, sadece yakalanan kişinin yakalama emrinde gösterilen kişi olup olmadığına ve yakalama emrinin devam edip etmediğine ilişkin yapılan denetim sonucunda, yakalananın yetkili hakim veya mahkemeye gönderilmek üzere tutuklanması kararının gerçek anlamda bir tutuklama kararı olarak kabul edilip buna ilişkin sonuçlar bağlanması hem 94. maddenin açık ifadesine hem de kurumun niteliğine aykırı olacaktır. Zira buradaki denetimi yapan Sulh Ceza Hakiminin elinde olayla ilgili herhangi bir veri olmaksızın ve CMK 100 vd. anlamında tutuklana nedenlerini değerlendirmeksizin bir karar vermektedir. CMK'nın böyle bir yolu kabul etmesinin nedeni de hem yakalanan kişilerin yirmi dört saat içerisinde hakim önüne çıkarılmasına ilişkin genel kuralına uyulması hem de yakalama emri üzerine yakalanan kişinin, yakalama emrinde gösterilen kişi olmaması veya yakalama emrinin ortadan kalkmış olması halinde gereksiz özgürlük kısıtlamasının meydana gelmemesidir. Dolayısıyla bu işleme gerçek anlamda bir tutuklama kararının sonucunu bağlamak kanunun amacına ve hukuka uygun olmayacaktır. 1412 sayılı CMUK'nın 129/1. maddesinde "tutuklama" ifadesinin kullanılmadığı bu duruma "yetkili mahkemeye sevk kararname" adı verilmekte ve yakalanan kişinin yetkili hakim veya mahkeme önüne götürülene kadar özgürlüğünün kısıtlanmasının hukuka uygun kılınmasına hizmet ettiği kabul ediliyordu⁷¹. CMK açısından da aynı durum geçerlidir.

d) Yakalama emrinin iadesi

Bir kişiyle ilgili verilen yakalama emri, kolluk tarafından yerine getirilecek (=icra edilecek) ve yerine getirilmeyle ilgili işlemler kolluk tarafından gerçekleştirilecektir. Yakalama emirleri de kural olarak yerine getirilene kadar geçerli olacaktır. Bu konuda herhangi sınırlı bir süre de öngörülmüş değildir. Ancak bu emir yerine getirildiğinde yani kişi yakalanıp yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarıldığında yahut da emrin çıkarılma amacı ortadan kalktığında emri veren mahkeme, hakim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal iadesi istenecektir (CMK m. 90/6). Bu şekilde artık geçerliliği kalmamış bir yakalama emri nedeniyle kişilerin yakalanması ve özgürlüklerinin gereksiz yere kısıtlanması olasılığının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.

"Yakalama emrinin iadesi"nden maksadın kelime anlamıyla kolluğun kendisine gönderilen emri geriye göndermesi değil, yakalama emri üzerine

⁷⁰ Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 502.

⁷¹ Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 834.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

başlatılan işlemlerin ortadan kaldırılması olduğu kanısındayım. Yani kolluk, yakalama emrini yerine getirebilmek için başlattığı işlemleri durduracak ve ortadan kaldıracak ve bu şekilde emri yerine getirmeyecektir. Örneğin bu konuya ilişkin bir dosya söz konusuysa bu dosyaya yakalama emrinin iade edildiği kaydı düşülecek, yakalama emri bilgisayar kayıtlarından çıkarılacak ve bilgisayarla ya da diğer bir biçimde yapılacak sorgulamalarda kişi hakkında yakalama emri bulunduğu biçiminde bir bilginin çıkmaması sağlanacaktır. Bu işlemler yapılmadıkça kolluğun yakalama emrine ilişkin belgeyi, bu emri gönderen makama fiziksel olarak iade etmesi bir anlam ifade etmeyecektir.

IV. Yakalamanın Mümkün Olmadığı Durumlar

Bazı durumlarda yakalamanın gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Özet olarak bunlar üzerinde durulacak olursa,

Hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket eden kimsenin eylemi suç oluşturmayacağından, bu kişinin yakalanması da mümkün değildir.

Eylemi gerçekleştirdiği zaman *on iki yaşını doldurmamış olan çocuklar ile on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler* suç nedeniyle yakalanamaz ve hiçbir suretle suç tespitinde kullanılamazlar. Ancak bu kişilerin kimlik ve suç tespiti amacı ile yakalanması mümkün olup, kimlik tespitinden hemen sonra serbest bırakılırlar. Tespit edilen kimlik ve suç, mahkeme başkanı veya hakimi tarafından tedbir kararı alınmasına esas olmak üzere derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir (YGIY, m. 19).

Şikayet, izin, talep gibi ceza muhakemesi koşullarının arandığı durumlarda bu koşulların gerçekleşmediği durumlarda yakalama koruma tedbirine başvurulması mümkün değildir.

Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun söz konusu olduğu durumlarda yakalama yapılamaz⁷²

Milletvekilleri de yasama dokunulmazlığı⁷³ ve kovuşturma yasağı⁷⁴ bulunduğu durumlarda yakalanamazlar(Ay. m. 83/1 ve 2). Bununla birlikte

⁷² Anayasa m. 105: “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur

Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz...”

⁷³ Mutlak dokunulmazlık ya da sorumsuzluk da denilen bu duruma göre, “TBMM üyeleri, meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka

Anayasa, ağır cezayı gerektiren suçüstü durumu ile seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak koşuluyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar bu hükmün istisnası olarak kabul edildiğinden, bu durumlarda milletvekillerinin yakalanmaları mümkündür (Ay. m. 83/2). Diğer taraftan kovuşturma yasağının (geçici dokunulmazlık) bulunduğu durumlarda da milletvekillerinin kimliklerinin saptanması gerekiyorsa, suçüstü kimliklerinin saptanabilmesi için yakalanabilmeleri yakalanmaları mümkündür⁷⁵.

Diplomatik dokunulmazlığı bulunan kişilerin yakalanmaları mümkün değildir. Diplomatik dokunulmazlığı olan kişiler yakalanamaz. "Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi"⁷⁶ nin 29. maddesi *diplomatik ajanın hiçbir biçimde gözaltına alınamayacağı* hükmüne yer verdiği gibi; "Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi"⁷⁷ nin 43. maddesi de *konsolosluk memurları ve hizmetlilerinin resmi görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri eylemlerden dolayı kabul eden devletin adli ve idari makamlarının yargısına tabi olmadıkları* hükmüne yer vermiştir⁷⁸.

Türkiye'de suç işleyen yabancı asker kişilere ilişkin yargı yetkisinin kesin olarak ya da öncelikli olarak gönderen devlete ait olduğu durumlarda da bu kişilerin yakalanmaları ve gözaltına alınmaları mümkün değildir. "Kuzey Atlantik Antlaşmasına taraf olan Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme"⁷⁹ (NATO Sözleşmesi) 7. maddesinde gönderen devlete kendi

bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar" (Ay. m. 83/1).

⁷⁴ Geçici dokunulmazlık da denilen bu duruma göre, "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır..." (Ay. m. 83/2).

⁷⁵ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 177.

⁷⁶ 09.04.1984 tarih ve 3042 sayılı Kanunla onaylanmıştır.

⁷⁷ 20.05.1975 tarih ve 1901 sayılı Kanunla onaylanmıştır.

⁷⁸ Diplomatik ajanların ayrıcalığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 65 vd.; **Dönmezer**, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, C. I, 14. Bası, İstanbul 1997, s. 283 vd.; **İçel**, Kayıhan / **Donay**, Süheyl: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 156 vd.

⁷⁹ Türkiye bu sözleşmeyi 1952 yılında imzalamış ve 18.2.1952 tarih ve 5882 sayılı yasa ile (RG: 19.02.1952, sy. 8038) onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

mensubu üzerinde kesin ya da öncelikli yargı yetkisi tanımaktadır⁸⁰. Böyle durumlarda gönderen devletin mensubu olan bu kişilere karşı yakalama ve gözaltına alma koruma tedbiri uygulanamayacaktır.

Geri vermede özellik kuralı gereğince geri verilen kişi, *ancak geri verme kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya mahkum olduğu ceza infaz edilebilir* (TCK m. 18/8). Dolayısıyla geri verilen kişi geri vermeye konu suç dışındaki suçlardan dolayı yakalanamayacaktır. TCK'da bu konuda herhangi bir süre öngörülmemiş olmakla birlikte "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi"⁸¹ne bu 45 günlük bir süre öngörülmüştür. Buna göre, geri verilen kişi geri vermeye konu olan suçtan dolayı özgürlüğüne kavuştuktan sonra 45 gün içerisinde geri verildiği ülkeden olanağı bulunduğu halde ayrılmaz veya ayrıldıktan sonra geri dönerse hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı işlemlerde bulunulması mümkün olduğu gibi, geri vermeye konu olmayan suçlardan dolayı yargılanması da mümkündür⁸².

Yakalama sadece suç oluşturan eylemlerden dolayı olduğundan kural olarak *kabahat* niteliğindeki eylemlerden dolayı yakalama mümkün değildir. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun⁸³ 40. maddesi *görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişinin yakalanabileceği ve gözaltına alınabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir*. Bu konuda aşağıda özel yakalama durumları başlığı altında açıklama yapılmıştır⁸⁴.

Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda tutuklama kararı verilemeyecek olmasından dolayı, bu duruma dayanarak bir yakalama işleminin gerçekleştirilmesi (CMK m. 90/2) mümkün olmamakla birlikte, kanunda para cezalarıyla ilgili özel bir istisnaya yer verilmediğinden ve yakalama ile gözaltına alma koruma tedbirleri birbirinden ayrı düzenlendiğinden özellikle suçüstü durumlarda ve şüphelinin kimliğinin saptanabilmesi için sadece para cezasını gerektiren eylemlerde de yakalamanın mümkün olabileceği kanısındayım. Buna

⁸⁰ Ayrıntılı Bilgi için bkz.: **İçel/Donay**: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 160 vd.

⁸¹ Türkiye bu sözleşmeyi 18.11.1959 tarih ve 7376 sayılı Kanunla onaylamış ve bu Kanun 26.11.1959 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁸² Sözleşmenin metni ve bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz.: **Yenisey, Feridun**: Milletlerarası Ceza Hukuku – Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı, İstanbul 1988, s. 58 vd., s. 585 vd.

⁸³ Kabul tarihi: 30.03.2005, RG: 31.03.2005, sy. 25772 mükerrer, yürürlük tarihi: 01.06.2005.

⁸⁴ Bkz.: B/V/2.

karşı sadece para cezasını gerektiren eylemlerden dolayı gözaltına alma koruma tedbirine başvurulmasının mümkün olmadığı kanısındayım. Zira, CMK'nın 141/1-f maddesine göre, *hakkında gözaltına alma koruma tedbiri uygulanmış olup da, kanunda öngörülen cezasının sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılan kişinin maddi ve manevi her türlü zararını devletten isteyebilmesi* düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle sadece para cezasını gerektiren suçlardan dolayı kimlik ve adresinin saptanması açısından şüphelinin yakalanabilmesi mümkünse de bu saptama yapıldıktan sonra gözaltına alma koruma tedbirine başvurulmamalıdır.

V. Bazı Özel Yakalama ve Gözaltına Alma Durumları

1. Adli Kolluğun Olay Yerinde Aldığı Tedbirlere Uyulmaması Durumundaki Yetkisi (CMK 168).

CMK'nın “adli kolluğun olay yerinde aldığı tedbirlere uyulmaması halinde yetkisi” başlığını taşıyan 168. maddesi, *olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisinin, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men etme görevini* düzenlemektedir.

Maddede yer alan “*men eder*” kesin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, kolluğa bu konuda bir yükümlülük yüklemiş bulunmaktadır. Bununla birlikte bu yükümlülüğün kolluğa *doğrudan* bir yakalama yetkisi vermediği kanısındayım. Aynı konuyu düzenleyen CMUK'nın 157. maddesi⁸⁵, olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan memurun bu işlemlerin yapılmasını kasten ihlal eden veya yetkisi dahilinde aldığı tedbirlere aykırı davranan şahısları *işlemlerin sonuçlanmasına kadar gözaltına almaya yetkili olduğu ve bu sürenin yirmi dört saati geçemeyeceği* hükmüne yer vermişken, CMK bu hükümden farklı olarak gözaltına alma tedbirine yer vermemiştir. Maddenin gerekçesinde de konuyla ilgili olarak *tasarının gözaltına alma yetkisi yerine işlemleri engelleyen eylemleri zor kullanarak giderme yetkisi ikame etmiş ve böylece hem soruşturmanın etkinliği ve hem de kişi özgürlüğü ilkelerine yer verilmiştir* ifadelerine yer vermiştir. Gerçekten de CMK'nın 168. maddesinde kolluğa tanınan yetki esas olarak olay yerinde göreviyle ilgili işlemler yürüten kolluğun bu işlemlerin yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı önlemlere aykırı davranan kişileri bundan men etmektir. Yani bu hükümle güdülen amaç, kolluğun görevini rahat ve eksiksiz biçimde yapabilmesini sağlamaktır. Kolluk CMK'nın 168. maddesinin uygulanmasında öncelikle görevini

⁸⁵ Maddeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 207 vd.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

yapabilmesine yönelik önlemleri almakla yetinecektir. Örneğin bir çok durumda kişilerin olay yerinin dışına çıkarılması ve olay yerinin işaretlenmesi, çeşitli engellerle kapatılması yeterli olabilecektir. Böyle bir önlemin yeterli olduğu durumlarda kolluğun kişileri yakalaması mümkün değildir. Bazı durumlarda ise, kolluğun kişileri olay yerinden uzak tutması yönündeki önlemler yeterli olmayabilecektir. Bu durumda kişilerin yakalanmalarının bu hüküm çerçevesinde mümkün olabilmekle birlikte, bu yakalama işlemi CMK'nın 90 vd. maddeleri anlamında yakalama niteliğinde bir işlem olmayıp, kolluğun olay yerindeki işlemlerini yerine getirebilmesini sağlamaya yönelik bir yakalama işlemidir. Bu yakalama işlemi bazen kişinin olay yerinden uzak tutulmasını sağlamaya yönelik olabileceği gibi, bazen de örneğin arama, belge ve kağıtların incelenmesi, eşya veya kazancı muhafaza altına alınması, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde gerçekleştirilecek arama, kopyalama ve el koyma işlemleri sırasında da kişinin olay yerinde tutulmasına yönelik olabilir. Olay yerindeki gerçekleştirilecek işlemlerle sınırlı olacak bu yakalama işlemi, olay yerindeki işlemlerin tamamlanması ile de sona erecektir. Yoksa genel yakalamaya bağlanan sonuçların bu yakalamaya da bağlanması ve kişinin bu yakalama sonucunda CMK'nın 168. maddesi bağlamında yirmi dört saat gözaltına alınması mümkün değildir⁸⁶.

CMK'nın 168. maddesinin sadece adli kolluk açısından düzenlenmesi de uygulama açısından sorun yaratabilecek niteliktedir. Gerçekten de madde olay yeri araştırmalarının sadece adli kolluk tarafından gerçekleştirileceği mantığından hareketle düzenlenmiştir. Halbuki CMK'nın genel mantığı içerisinde soruşturma sırasında asıl yetkili olan merci Cumhuriyet Savcılığı olup, bazı soruşturma işlemlerinin de bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılması zorunludur. Örneğin, CMK'nın 85. maddesinde yer alan yer gösterme işlemi kural olarak bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından gerçekleştirilecek, ancak CMK'nın 250. maddesinin birinci fıkrasına giren suçlardan birisi söz konusu olduğunda kolluk amiri de yer gösterme işlemi gerçekleştirebilecektir. Yine suça çocuklar hakkında yürütülecek soruşturma da Cumhuriyet Savcısı tarafından bizzat yapılacak ve adli kolluğa bırakılamayacaktır (ÇKK m. 15). Maddede adli kolluğa tanınan yetki bir koruma tedbiri olduğundan bu konuda kıyasa gidilerek aynı yetkinin Cumhuriyet Savcısı tarafından da kullanılabilmesi söylenemeyeceğinden maddenin Cumhuriyet Savcılarını da kapsayacak biçimde yeniden düzenlenmesi gereklidir⁸⁷. Aksi halde Cumhuriyet Savcısının olay yerinde gerçekleştireceği soruşturma işlemlerinde, bu işlemlere

⁸⁶ Ünver, Yener / Hakeri, Hakan: Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 278-281.

⁸⁷ Aynı yönde, Ünver, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 273.

engel olan, alınan tedbirlere uymayan kişinin eyleminin yakalama ya da gözaltına almayı gerektiren bir suçu oluşturmadığı sürece hakkında zor kullanılarak yaptıklarından men edilmesi ya da daha ileri aşamalarda özgürlüğünün kısıtlanması hukuka aykırı olacaktır.

2. Kabahatler Kanunu'nun 40. Maddesi (Kimliği Bildirmeme)

Kabahatler Kanunu'nun (KabK) 40. maddesi, *görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınma veya gerçeğe aykırı beyanda bulunma eylemini* kabahat olarak düzenlediği gibi (m. 40/1), bu eylem nedeniyle kişi hakkında yakalama, gözaltına alma ve gerekirse tutuklama koruma tedbirlerinin de uygulanabileceğini kabul etmiştir (KabK m. 40/2): Buna göre açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla *kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet Savcısının haberdar edilecek, kimliği açık bir şekilde anlaşılıncaya kadar gözaltına alınacak ve gerekirse tutuklanacaktır.*

Madde metninde “tutma” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte burada bir yakalamanın söz konusu olduğu konusunda şüphe yoktur. Görevle ilgili olarak sorulduğu halde bilgi vermemesi veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması nedeniyle kimliği belirlenemediği için bir kimsenin yakalanması durumunda derhal Cumhuriyet Savcısına haberdar edilecek ve hakkında gözaltına alma, gözaltına alma süresinin sonunda da tutuklama koruma tedbirine başvurulabilecektir. Yakalama, gözaltına alma ve tutuklama koruma tedbirlerinin buradaki uygulanış amacı, kişinin kimliğini doğru biçimde beyan etmeye zorlamaktır.

Maddenin yazılışı ve gerekçesi dikkate alındığında yakalanan kişi hakkında genel kuralda olduğu gibi derhal Cumhuriyet Savcısı haberdar edilmek suretiyle gözaltına alma kararı Cumhuriyet Savcısı tarafından verilmeli, yine gözaltı süresinin dolması durumunda tutuklama koruma tedbirine başvurulmalıdır. Yakalama, gözaltına alma ve tutuklama koruma tedbirlerinin koşulları açısından ise, CMK'da yer alan koşullar aranmayacak, kişinin kimliği hakkında beyanda bulunmaması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması üzerine bu koruma tedbirlerine başvurulabilecektir.

Düzenlemeyle ilgili sorun yaratabilecek bir konu gözaltına alma veya tutuklama koruma tedbirlerinin sürelerinin üst sınırı konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiş olmasıdır. Gerçekten de maddede *kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir* hükmüne yer verilmiştir (KabK m. 40/3). Burada öncelikle belirtmek gerekir ki maddenin açık hükmünden de anlaşıldığı üzere, kişinin kimliği belirlenmesiyle birlikte bu nedenle başvuru koruma tedbirine de son verilmesi gerekli olup, bundan sonra kişinin özgürlüğünün

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

kısıtlanmaya devam edilmesi hukuka aykırı olacaktır. Buna karşı, madde kişinin kimliği belirlenemediği sürece özgürlüğünün kısıtlanmasına devam edilmesini kabul etmektedir ki bu durum koruma tedbirlerinin orantılı/ölçülü olması koşuluyla bağdaşmamakta ve çok ağır suç işlemiş kişiler hakkında dahi tutuklama koruma tedbirinin belirli süreleri aşmaması karşısında çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır⁸⁸.

3. Geri Verme Yakalaması

TCK'nın 18. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında geri verme yakalaması düzenlenmiştir. Buna göre, *geri verilmesi istenen kişi hakkında koruma tedbirlerine başvurulmasına, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verilebilir* (fıkra 6) ve *geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi halinde, ayrıca Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre tutuklama kararı verilebilir veya diğer koruma tedbirlerine başvurulabilir* (fıkra 7).

Ancak bu iki fıkra hükmünün geri vermeler açısından amaca uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira maddenin altıncı fıkrasında yer alan düzenleme, sözleşmeye taraf olmayan bir ülkeye geri verme durumunda sorun yaratabileceği gibi; bu durumdaki kişiler açısından yedinci fıkra uyarınca geri verme talebinin kabul edilmesinden sonra bir yakalamaya başvurulması mümkün olsa bile, bu fıkra geri verme talebinin kabul edilebilirliği sonrasında uygulanacağından, bu kararın verilmesi zaman alacağından koruma tedbiriyle ulaşılmak istenen amaca ulaşmak mümkün olmayabilecektir. Diğer taraftan maddenin yedinci fıkrasında geri verme talebinin kabul edilebilirliğine karar verilmesi halinde, koruma tedbirlerine başvurmayı *CMK hükümlerine atfen* düzenlemesi de yerinde değildir. Bu maddede başvurulacak koruma tedbirlerinin ve konumuz açısından yakalamanın amacı geri vermeyi sağlamak olup, geri vermenin kendi koşulları içinde hem yakalamaya hem de genel olarak koruma tedbirlerine başvurmanın koşulları özel olarak düzenlenmelidir. Bu açıdan "Avrupa İade Sözleşmesi"nde yer alan iade yakalaması iç hukuk kuralı haline getirilmelidir⁸⁹.

⁸⁸ Bkz.: **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 275; **Yıldız**, Ali Kemal: Kabahatler Kanunu – Uygulama ve Sorunlar, in: TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Seminer Tebliği, (10-11 Şubat 2006), Ankara 2006, s. 199.

⁸⁹ **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 280.

4. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 203. Maddesi Bağlamında Yakalama

Duruşma sırasında, mahkeme başkanı veya hakim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emredebilir (CMK m. 203/2). Şayet kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir ve karışıklığa neden olursa, yakalanır ve hakim veya mahkeme tarafından verilecek bir kararla, avukatlar hariç, dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz (CMK m. 203/1).

Görüldüğü üzere burada duruşma düzenini bozan kimsenin yakalanması düzenlenmiştir. Ancak burada yakalamanın amacı, mahkeme veya hakimin salon dışına çıkarılmasını emrettiği kişinin buna direnç göstermesi durumunda hakkında disiplin hapsi uygulanabilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla eğer disiplin hapsi uygulanması düşünülüyor yahut da eylemi başka bir suç oluşturmuyorsa kişinin yakalanması ve devamında da gözaltına alınması koruma tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir. Yine avukatlar ve çocuklar hakkında bu eylemleri nedeniyle disiplin hapsi uygulanması kabul edilmediğinden, bunların duruşma salonu dışına çıkarılmasıyla ve bir daha duruşma tamamlanıncaya kadar salona alınmamasıyla yetinilecektir.

VI. Yakalamanın Gerçekleştirilmesi

1. Yakalamanın Biçimi

Yakalama belli bir biçime bağlı değildir. Ancak yakalama sırasında bu durumun ve hangi eylem nedeniyle gerçekleştirildiğinin yakalanan kişiye bildirilmesi gereklidir⁹⁰. Kişinin fiziksel hareket özgürlüğünün kısıtlandığı ve fiziksel hareket özgürlüğünü istediği gibi kullanmadığı her türlü işlem yakalama niteliğindedir⁹¹. Ancak kişinin kimliğini sormak amacıyla durdurma gibi çok kısa süreli işlemler yakalama niteliğinde değildir⁹². Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği⁹³ de 27/1. maddesinde bu hususu belirtmiştir: “Bir kişiyi geçici olarak durdurmak, yakalama sayılmaz; yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir”.

⁹⁰ Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, s. 443.

⁹¹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 251; Cihan/Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 312; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 822, dn. 33; Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 264; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 298.

⁹² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 810; Yenisey, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, s. 83, dn.: 155.

⁹³ RG, 01.06.2005 – 25832.

2. Yakalanan Kişiyeye Zor Kullanılması

Yakalama sırasında ve yakalama sonrasında yakalanmak istenen ve yakalanan kişiyeye yakalama koruma tedbiri açısından orantılı bir zor kullanılması mümkündür. Yakalanan kişinin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek biçimde her türlü tedbir alınabilir (CMK 90/1; PYSK m. 13/3). Ancak bu tedbirler esas olarak yakalananın hayatını veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokma ya da yaralama yetkisi tanımayıp, yakalananın kaçması veya saldırıda bulunmasını önlemek açısından orantılı ve amaca uygun olmalıdır⁹⁴. Örneğin özel kişilerce yakalama halinde kolluğa teslim edilene kadar yakalanan kişinin bir odaya kapatılması, bir araca bindirilip karakola götürülmesi, kaçmasının engellenmesi için sağlığına zarar vermeyecek biçimde bağlanması mümkündür⁹⁵. Yakalanmak istenen kişinin direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması durumunda, bu eylemleri etkisiz hale getirmek için olayın ağırlığıyla orantılı bir zor kullanılması mümkündür⁹⁶. Zor kullanma, direnme ve saldırının nitelik ve derecesine göre, yakalananı etkisiz hale getirecek biçimde kademeli olarak artan oranda bedensel güç ve yasal koşulları oluştuğunda her çeşit silah kullanma yetkisini ifade eder (PYSK ek madde 6/1 ve 2; madde 16). Örneğin, polis aracı yakalamak için takip ettiği motosikletli kimseye yakalamak amacıyla çarpıp durdurması orantılılık ilkesine aykırıdır⁹⁷.

Zor kullanmanın orantılı olması hem yakalama anını hem de yakalama sonrasında kapsadığı gibi, yakalama sırasında kullanılacak araçları da kapsamaktadır⁹⁸. Yani hem kişi yakalanırken bu amaçla kendisine uygulanabilecek zor orantılı olmak zorundadır, hem de daha sonra kaçmasını, kendisine veya çevresine zarar vermesini engellemek açısından kullanılacak zorun orantılı olması gereklidir. Yakalama sırasında ve sonrasında kullanılan zorun orantılı olup olmadığı, somut olayın özellikleri çerçevesinde ve yakalamayı yapan kişinin özellikleri dikkate alınmak suretiyle objektif olarak belirlenecektir. Bu değerlendirmenin belirtilen biçimde hakim tarafından yapılması gerekmektedir⁹⁹.

⁹⁴ **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 264.

⁹⁵ **Kleinknecht/Meyer-Göbner**, Strafprozeßordnung, s. 444; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 299.

⁹⁶ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 192; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 815.

⁹⁷ BayObLG NSTZ 88, 518 (Bkz.: **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 265).

⁹⁸ **Gössel**, Strafverfahrensrecht, s. 89.

⁹⁹ **Hafizoğulları**, Zeki: Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi, in: İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. III, sy. 4, Kasım 1995, s.18.

Yakalama sırasında ve sonrasında gerçekleşecek zor kullanımı yakalanan kişinin kaçmasını ve saldırıda bulunmasını, kendisine veya çevresine zarar vermesini önlemeye yönelik olduğundan zor kullanan kişi aktif bir durumda değildir¹⁰⁰. Yakalama sırasında zor kullanılıp kullanılmamasını ve kullanılacak gücün ağırlığını belirleyen yakalananın davranışları olacaktır. Yakalama sırasında uygulanacak zorun, yakalanan kişi tarafından işlenen suçun ağırlığıyla da bir ilgisi olmayıp, çok ağır bir suç işlemiş bir kişi de olsa, çok güçlü ve iri cüsseli bir kimse de olsa, yakalanan kendisine söylenenleri yapıyor ve herhangi bir direnme veya kaçma teşebbüsünde bulunmuyorsa kendisi açısından ağır önlemler alınması mümkün olmayacaktır.

Yakalama anında ve sonrasında orantısız zor kullanımı, yakalananı haklı savunma durumuna sokabileceği gibi¹⁰¹, kamu görevlileri açısından TCK'nın 256. maddesinde yer alan "zor kullanma yetkisine ilişkin sınıırın aşılması" suçunu oluşturabilir¹⁰². Bu hükme göre, *zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*. Özel kişiler açısından da orantısız zor kullanımı koşulları varsa "kasten yaralama" suçunu (TCK m. 86) oluşturabilir¹⁰³.

¹⁰⁰ **Şahin**, Yakalama ve Gözaltına Alma, s. 309.

¹⁰¹ **Yüce**, Ceza Muhakemesinde Hukuk Devleti Esasları, s. 83.

¹⁰² **Ünver**, Yener: Yakalama ve Gözaltı, in: Polis ve Yeni Ceza Adaleti Sistemi Sempozyumu (Aksaray Polis Meslek Yüksekokulu - 11.03.2005), İstanbul 2005, s. 94.

¹⁰³ Yargıtayın "kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma" suçu (765 sy. TCK m. 179, 5237 sayılı TCK m. 108) açısından tartıştığı şu kararda uygulanan gücün orantılı olduğunu söylemek mümkün değildir: "*Sanıkların küçük mağduru bahçelerinden salatalık koparıktan sonra yakalayıp bunları bir mendil içinde mağdurun eline verip zincire bağladıkları, yanlarında bekçi de olduğu halde doğrudan köye getirdikleri ve orada ellerinin çözüldüğü ve bu durumu bekçi D de doğruladığı anlaşılmış olmasına göre, TCK'nun 179. maddesindeki gayri meşruluk unsuru oluşmamış ve bir başka anlatımla CMUK'nun 127. maddesinde olduğu gibi, pozitif hukuka uygunluk durumunda özgürlükten yoksun kılmak kastından da söz edilemeyeceğinden hükmün onanmasına karar verilmiştir*" (Y. 8. CD, 11.01.1978, 4417/195 – Karar için bkz.: **Malkoç**, İsmail / **Güler**, Mahmut: Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Birinci Cilt, Ankara 1998, s. 479). Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yakalanan kişiye karşı kullanılacak gücün orantılı olmadığını kabul ettiği şu kararını bu açıdan isabetli buluyorum: "*Yakalanan kişinin kolluk görevlilerine teslimi için otomobile bindirilerek şehir merkezine getirildiği ve burada sözü geçen bir kişi olduğu, sanıklara şikayetçi olmaları konusunda tavsiye ve telkinde bulunduğu*

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

Yakalan kişilerin kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının yaşam veya beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiklerine ilişkin belirtilerin varlığı halinde kendilerine **kelepçe takılması** mümkündür (CMK m. 93)¹⁰⁴. Buna karşı **çocuklara zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılamaz**. Bununla birlikte *zorunlu hallerde çocuğun kaçmasını, kendisine veya başkalarının yaşam veya beden bütünlükleri bakımından doğacak tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlemler alınabilir* (ÇKK m. 18). Belirtmek gerekir ki büyükler açısından kelepçenin ancak maddede belirtilen zorunlu durumlarda kullanılması gerekir. Bu haller dışında her yakalanan ya da gözaltında iken nakli gereken büyükler kelepçe takılması mümkün değildir¹⁰⁵. Çocuk Koruma Kanunu çocuklar açısından ise zincir, kelepçe ve benzeri aletlerin takılmasını kesinlikle kabul etmediğinden, çocukların ellerinin bağlanması mümkün değildir. Kanunun sadece “yapılamayacak” olanı belirtmekle yetinmiş olmasının buna karşı “yapılabilecek” olanın gösterilmemesinin bir eksiklik olduğu kanısındayım. Gerçekten de çocuğun kaçması ve başkalarına zarar vermesi hali bir kenara bırakılsa bile, en azından kendisine zarar verebileceği durumlarda ne yapılabileceği nasıl bir önleme başvurulabileceği belli değildir. Kanunun hali hazırdaki düzenlemesi açısından çocukların kaçmalarının veya kendileri ya da başkalarına zarar vermelerinin engellenmesi açısından kolluğun çocuğun kollarından tutması, gerektiği durumlarda bulunduğu yerle götürüleceği yer

anlaşılan tanık Mehmet'den karakolda yardımcı olmasının istendiği, tanık ile konuştukları esnada da, olaydan haberdar olan kolluk görevlilerinin sanıkları ve katılan Kenan'ı otomobil içerisinde yakaladıkları da sabittir. O halde, CYUY'nın 127. maddesinde hükme bağlanan koşullara uygun olarak katılanı yakalayan sanıkların eylemi hukuka uygun olup, olayda TCY'nın 179. maddesi uyarınca "gayrimeşru surette" özgürlüğün sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla da anılan suçun manevi unsurunun oluşmadığı açıktır. Ancak, yakalama sırasında, yasanın tanıdığı zor kullanma sınırları aşılarak, sanıklar tarafından olayın kızgınlığı ile katılana karşı etkili eylemde bulunulması yasaya aykırı olduğundan bu suçtan dolayı cezalandırılmaları isabetlidir.” (Y. CGK, 11.3.2003, E. 2002/8-331, K. 2003/35 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, <http://kazanci.com.tr/>, 13.08.2006).

¹⁰⁴ Öğretide, düzenlemenin kelepçeyi yasallaştırması nedeniyle eleştirilmiştir (Bkz.: **Bayraktar**, Köksal: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış, in: Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, sy. 32, Ağustos 2005, s: 2864.).

¹⁰⁵ Ancak Avrupa'nın birçok ülkesinde de hiçbir tehlike ve gerek yokken dahi yakalanan kişilerin bir yerden diğer yere naklinde kelepçe takıldığı belirtilmektedir (Bkz.: **Künhe**, Hans-Heiner: Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri, in: HPD, sy. 3, Nisan 2005, s. 46.).

arasında kendilerinden veya perdeleme gibi fiziksel engellerin oluşturulması yoluna gidilebilecektir.

Yakalama koruma tedbiri zorunlu durumlarda kolluğun silah kullanma yetkisini de içermektedir¹⁰⁶. Ancak bu duraksamasız ateş etme biçiminde olmamalı¹⁰⁷ ve yaralamak veya öldürmek için değil, yakalamak için derece derece uyarılarla ve ölçülü olarak kullanılmalıdır¹⁰⁸. PVSK m. 16. maddesine

¹⁰⁶ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 834.

¹⁰⁷ 13.05.1971 tarih ve 1402 sayılı "Sıkıyönetim Kanunu"nun 4/2., 25.10.1983 tarih ve 2935 sayılı "Olağanüstü Hal Kanunu"nun 23/2., 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu"nun 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Kanunla değişik Ek 2. maddelerinde *güvenlik güçlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi durumunda görevli güvenlik güçleri doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilecekleri* düzenlenmiştir. Diğer iki Kanundan farklı olarak Terörle Mücadele Kanunu'nda, silah kullanmanın *tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda olması* gereği açıkça belirtilmiştir. Buna göre, güvenlik güçlerinin hedefe doğruca ve duraksamasız ateş ederken dahi tehlikeyle orantılı davranmak zorundadırlar.

¹⁰⁸ **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 282. Yargıtay da kararlarında bu hususa değinmiştir: "... *sanığın kaçmakta olan aracı durdurmak ve şüphelileri ele geçirmek amacıyla PVSK'nın 16/E maddesinin verdiği yetkiye dayanarak silah kullandığı, ancak, havaya, otomobilin lastiklerine ve alt kısımlarına doğru ateş etme imkanı varken, doğrudan doğruya arabada bulunanlara ateş ettiği, sağ ön kapı camının kırıldığı ve maktulenin başından aldığı yara sonucunda öldüğü, bir merminin de çamurluğa isabet ettiği ve mermi yönünün mevcut beyanları doğruladığı saptanmıştır. Sanığın, kaçmakta olan şüphelileri yakalamak kastıyla silah kullanması yasa gereğidir. Ancak PVSK'nın 16. maddesi uyarınca silah kullanmaktan başka çare kalmamışsa, suçlunun öldürülmesinden ziyade yaralanarak yakalanmasına dikkat edilmelidir. Sanık tarafından bu hususa dikkat edilmeyerek otomobilde oturanların hayati bölgelerine isabet edecek şekilde ateş edilmiş, böylece yasal hükümlere uyulmamış olduğundan, zaruretin tayin ettiği sınır aşılmıştır.*" (Y. CGK, 23.3.1999, E. 1-13, K. 475 – Karar için bkz.: **Çınar**, Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi, s: 12 vd.). Buna şu kararda eylem hukuka uygun olarak görülmüştür: "... *asker firarisi olduğundan şüphelendiği ve daha önceden de asker olması nedeniyle birliğine teslim ettiği, maktulü olay günü tekrar yakalayıp ardından maktulün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce dur ihtarı yapıp onun ardından havaya ikaz atışı emri ve sonra yakalana doğru atış emri vermesi şeklinde gelişen ve başkaca bir davranışı da olmayan olayda yasaya aykırı bir davranışın gözlenmediği sanığın TCK'nın 49/1. maddesi anlamında, kanunun hükmünü icra suretiyle sonu öldürmeye varan atış emrini verdiği, emri verirken doğal*

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

göre, *ağır cezalı bir suçun bulunması, şüpheli veya sanığın kaçmaya teşebbüs etmesi, dur ihtarı yapılması, şüpheli veya sanığın bu ihtarına uymaması veya kolluğa saldırması ve başka türlü ele geçirilmesi mümkün olmaması* durumlarında silah kullanılması mümkündür¹⁰⁹. Ancak bütün bu koşullarda dahi silah kullanmanın amacının yakalanmak istenen ve kaçan kişinin durdurulması¹¹⁰ ve son çare¹¹¹ olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Yargıtay CGK da Sıkıyönetim Kanununun 4. maddesine ilişkin verdiği bir kararında *ateş etme yetkisinin öldürme yetkisi anlamına gelmediği; kolluk görevlisi sanığın kaçan kişiyi yakalamak amacıyla silah kullanmasının görevi gereği olmakla*

olarak emrin sınırlarında kalınacağını düşündüğü, emrin sınırlarının aşılması sebebiyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı, emri verenler vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arz ettiği düşünülmeden, sanık hakkında TCK'nın 49/1. maddesi gereğince ceza tertibine yer olmadığına, beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesis edilmesi ..” yasaya aykırıdır (Y. 1. CD, 12.12.2002, E. 3659, K. 4665 – Karar için bkz.: Çınar, Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi, s: 15 vd.).

¹⁰⁹ *Bir hukuk devletinde zanlı veya mahkumun silah kullanmak dışında başka türlü ele geçirilemeyeceği gibi bir olasılıktan söz edilmesi eleştirilmiş ve bu durumun ancak yakalanmak istenenin geri verme gibi devletlerarası adli yardımlaşma çarelerinin işletilemeyeceği bir ülkeye kaçması durumunda söz konusu olabileceği belirtilmiştir (Bkz.: Özgenç, İzzet: Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler, in: İstanbul Barosu Dergisi, C. 68, sy. 1-2-3, Ocak-Şubat-Mart 1994, s. 95).*

¹¹⁰ **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 252; ayrıca bkz.: **Özgenç**, Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler, s. 93 vd.; **Şahin**, Yakalama ve Gözaltına Alma, s. 315 vd.

¹¹¹ **Hafizoğulları**, Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi, s.19. Yargıtay, sanığın eylemini 765 sayılı TCK'nın 49/1. maddesinde yer alan. eylemin “kanun bir hükmünü icra suretiyle işlenmesi” hukuka uygunluk nedeni bağlamında tartıştığı kararında silah kullanmanın son çare olduğuna ve kullanılması gerektiğinde de yakalanmak istenen kişinin öldürülmeden yakalanmasına özen gösterilmesi gerektiğini vurgulayarak “... somut olayda maktulün etkisiz hale getirilip yakalanması sırasında, öldürücü gücü yüksek kalashnikof tüfeğin seri atış pozisyonuna getirilerek maktulün kafa bölgesine yöneltilip atışa hazır halde tutulması, silahın ancak ve sadece başka çare kalmadığı hallerde ateşlenebileceği kuralının göz ardı edilmesi, ateşleme zorunluluğu doğduğunda da kişinin öldürülmeden yakalanmasına özen gösterilmesi gereğine uyulmamasını ‘yasanın emrini yerine getirmede zorunluluk sınırının aşılması’ niteliğinde görüldüğüne” karar vermiştir (Y. CGK, 20.04.2004, E. 2004/1 MD-47, K. 2004/101 – Karar için bkz.: Çınar, Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi, s: 6 vd.).

*birlikte, ölmeyecek noktalara yönelerek silah kullanması gerekirken doğrudan doğruya kafasına ateş ederek öldürmesi durumunda hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşıldığına karar vermiştir*¹¹².

Anayasa'nın 17/4. maddesine göre, *yakalama nedeniyle kanunun izin verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme eylemleri Anayasa'ya aykırı değildir. İHAS'ın "yaşam hakkı"nı düzenleyen 2. maddesinde de, mutlak/(kesin) biçimde gerekli olanın ötesine geçmeyen bir güç kullanılması sonucunda ortaya çıktığında kanuna uygun bir yakalama /(gözetilme alma) kararının yerine getirilmesinde ya da kanuna uygun olarak (gözetilme-tutuklu) alıkonulan kimsenin kaçmasını önlemede yaşamdan yoksun bırakmanın bu maddeye aykırı olmadığı belirtilmiştir*¹¹³.

Uygulamada Yargıtay kolluğun silah kullanma yetkisini daha ziyade 765 sayılı TCK'nın

Özel kişilerin yakalama sırasında yakalanana bağlama, haber verilen kolluğun gelmesine kadar bir yere kapatma gibi işlemler gerçekleştirebilmeleri mümkün olmakla birlikte haklı savunma veya zorda kalış (TCK m. 25) hukuka uygunluk nedenleri dışında yakalanana yönelik ateş etmek suretiyle silah kullanma yetkileri bulunmamaktadır¹¹⁴. Buna karşı uyarı amacıyla havaya ateş etmek gibi eylemler yakalama yetkisi kapsamında kabul edilebilir¹¹⁵.

Yakalama yetkisi esas olarak arama yetkisini içermemektedir¹¹⁶. Bununla birlikte CMK'nın 90. maddesi *yakaladığı kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almasını* öngörmüştür. Madde açıkça yakalananın kendisi ve çevresine vereceği zararları önlemek açısından gerekli tedbirlerin alınmasını öngördüğünden, yakalananın üzerinde silah veya patlayıcı bulunduğu konusunda bir şüphe bulunuyorsa bunlara yönelik bir arama da yapılabilecektir. YGİY bu işlemi "kaba üst araması" olarak adlandırmış ve *yakalanana kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılarak, silah ve bunun gibi unsurlardan arındırılmasının sağlanmasını* öngörmüştür (YGİY m. 6/2).

¹¹² Y. CGK, 06.10.1986, E. 199, K. 419 (Bkz.: **Özgenç**, Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler, s. 98.).

¹¹³ Metin için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. I, s. 37.

¹¹⁴ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 823; **Roxin**, Strafverfarhersrecht, s. 264; **Rüping**, Das Strafverfahren, s. 82.

¹¹⁵ **Beulke**, Strafprozeßrecht, s. 102; **Kleinknecht/Meyer-Göbner**, Strafprozeßordnung, s. 444.

¹¹⁶ **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 264; **Volk**, Klaus. Strafprozeßrecht, 2. Auflage, München 2001, s. 69; **Peters**, Karl: Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1985, s. 438.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

Benzer bir hüküm de “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği”¹¹⁷ nin 8/2. maddesinde yer almaktadır. Öğretide gerçekleştirilen bu işlemin yakalama kapsamında bir işlem olup kavram benzerleri dışına “arama” niteliğinde bir işlem olmadığı belirtildiği¹¹⁸ gibi, “kaba üst araması” kavramının aslında kanunda olmayan ve tamamen pratik zorunluluklar nedeniyle yönetmelikte ortaya konulmuş bir kavram olduğu ; yakalanan kişinin üzerinde kendisine, yakalayan veya üçüncü kişilere zarar verebilecek nitelikte silah veya patlayıcıların bulunması olasılığı karşılığında bunlara karşı bir önlem alınması zorunluluğu karşısında gerçekleştirilen işlemin teknik anlamda bir arama olmayıp tamamen bu tür silah veya patlayıcılara yönelik önlemleri alabilmek açısından gerçekleştirilen ve arama boyutuna varmayan bir “yoklama” olduğu ve arama koruma tedbiri ile farkını ortaya koymak açısından yoklama kavramı altında bu işlemin kanunda düzenlenmesinin gerektiği de ileri sürülmüştür¹¹⁹.

Kanımca, yakalanan kişinin kendisine, yakalayan görevlilere ya da üçüncü kişilere zarar vermemesi amacıyla gerçekleştirilecek bu işlemin de teknik anlamda bir “güvenlik araması” olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Burada *iki önemli husus* bulunmaktadır ki bunlardan *birincisi*, bu aramanın hangi ölçüde olacağıdır ki, kanun bunun sınırını *yakalananın kendisine veya üçüncü kişilere zarar vermesini önleyecek tedbirin alınması* olarak öngörmüştür. Dolayısıyla yapılacak bu arama yakalananın üzerinde bulunduğu şüphelenilen silah, patlayıcı veya zarar verebilecek nitelikte maddelerden arındırılmasına yönelik olabilecek, bu türden olmayan eşyalara yönelik bir arama gerçekleştirilemeyeceği gibi, üzerinde silah, patlayıcı veya kendisine ya da çevresine zarar verebilecek bir eşyanın var olduğu şüphesini doğuracak olgular yoksa bu arama işlemi dahi yapılamamalıdır. Zira burada öngörülen doğrudan doğruya bir arama yetkisi olmayıp, yakalananın kaçmasını, kendisine veya çevresine zarar vermesini engelleyecek tedbirlerin alınması, yani güvenliğin sağlanmasıdır. Dolayısıyla koruma tedbirlerinde bulunması gereken “ölçülülük/orantılılık” koşulu bağlamında yeterli şüphe bulunmadığı durumlarda gereksiz arama işlemi gerçekleştirilmemelidir. Bu düzenlemeyle ilgili *ikinci sorun* ise, bu hükmün Anayasa’ya aykırılığıdır. Zira Anayasa’nın 20/2. maddesinde *usulüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça hiç kimsenin üstünün aranmayacağı* hükmünü yer verilmiştir. Dolayısıyla gerçekleştirilen ve esas olarak bir güvenlik araması niteliğinde olan bu işlem nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın, hakim kararı veya

¹¹⁷ RG, 01.06.2005, sy. 25832

¹¹⁸ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 832; **Şahin**, CMK Gazi Şerhi, s. 275.

¹¹⁹ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 321.

yetkili merciin yazılı emrine dayanmadığından her zaman için Anayasa'ya aykırılık itirazıyla karşılaşacaktır.

Diğer taraftan mevzuattaki düzenlemeler yakalananın kaçması, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirlere izin verdiği gibi, bunun doğal sonucu olarak öğretilerdeki tartışmalar da hep yakalananın üzerinde bulunabilecek silah veya patlayıcı madde niteliğindeki eşyalar bağlamında yapılmaktadır. Buna karşı kişinin ceplerinde veya elbisesinin içerisinde saklayıp da çok kısa bir zaman içerisinde kendiliğinden yok olabilecek veya yakalanan tarafından yok edilebilecek nitelikteki bir maddenin aranması ve bunun koruma altına alınması veyahut da ileride tanık beyanına konu olabilecek biçimde incelenmesi mümkün değildir ve bu durum gereksiz biçimde delillerin toplanmasını ve bunlara el konulmasını kısıtlamaktadır.

Belirtmek gerekir ki buradaki sorun, esas olarak yakalama sırasında kolluğa bu anlamda bir arama yetkisini tanımak değil; aramaya ilişkin olarak kolluğun yetkisini Anayasa'da bu kadar kısıtlanmış olmasıdır. Dolayısıyla yapılması gereken, Anayasa'daki bu katı kuralı değiştirip, gecikmesinde sakınca bulunan ve amirine veya Cumhuriyet Savcısına hemen ulaşmasının mümkün olmadığı hallerde kolluğa kendiliğinden arama yetkisinin tanınması olmalıdır¹²⁰. Kolluğa bu konuda hiçbir yetki tanımamak yerine, bu yetkiyi tanıdıktan sonra somut olaylarda bu yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının sıkı bir biçimde denetlenmesi gereklidir. Bu denetim konusunda bazı aksaklıklar yaşanmasının sonucu ceza muhakemesi sistemi açısından büyük sakıncalar doğurabilecek nitelikte kısıtlamalar olmamalıdır.

3. Yakalamanın Zamanı ve Yeri

Yakalamanın zamanı açısından herhangi bir kural bulunmamaktadır. Yakalama gece ya da gündüz her zaman başvurulabilen bir koruma tedbiridir¹²¹.

¹²⁰ **Öztürk/Erdem;** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 536; **Yıldız,** Ali Kemal: Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği" Çerçevesinde Arama ve Uygulaması, in: Polis Dergisi (Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan), Yıl: 9, sy. 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, s. 253; **Yıldız,** Ali Kemal: Adli Aramalarla İlgili Getirilen Yenilikler, Hakim-Savcı-Kolluk İlişkisi, in: Emniyet Genel Müdürlüğü, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliği (10-11 Şubat 2006) Ankara 2006, s. 223.

¹²¹ **Centel,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 190; **Kleinknecht/Meyer-Goßner,** Strafprozeßordnung, s. 444; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu,** Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 833.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

Yakalamanın yeri konusunda da kural olarak bir kısıtlama bulunmamakla birlikte, bazı durumlarda yakalama ile arama koruma tedbiri birbirine karışabilir. Eğer yakalama yapabilmek için arama koruma tedbirine başvurulması gerekiyorsa, bu durumda aramanın koşullarının gerçekleşmesi gereklidir. Eğer koşullarına uyulmaksızın bir arama gerçekleştirilirse bu durumda yakalama da hukuka aykırı olacaktır.

Arama, hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı durumlarda da kolluk amirinin yazılı emriyle (CMK m. 119), kolluk görevlileri tarafından yakalama veya suç delillerini elde etmek amacıyla şüphelinin, sanığın veya diğer bir kişinin üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya diğer yerlerin araştırılması işlemidir (CMK m. 116, 117)¹²². Bu bağlamda eğer bir kişinin yakalanabilmesi için konut, işyeri veya kamuya açık olmayan kapalı olanlara girilmesi ve bir arama işlemi gerçekleştirilmesi gerekiyorsa bunun için Anayasa'nın 20 ve 21. maddeleri ile CMK'nın 116 vd. maddelerine göre aramayla ilgili koşulların yerine getirilmesi ve bu anlamda hakim kararı veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emrinin¹²³ alınması gereklidir. Bununla birlikte Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin¹²⁴ 8. maddesinin d bendi *herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda* hakim kararı ve yetkili mercinin yazılı emrine gerek bulunmadığını kabul etmiştir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin bu hükmünün Anayasa'nın 20 ve 21. maddeleri ile CMK'nın 119/1. maddesine uygun olarak yorumlanıp uygulanması gereklidir. Bunun için suçüstü bir eylemden dolayı izlenen kişinin konut veya işyeri türündeki kamuya açık olmayan bir kapalı alana girmesi durumunda kolluk görevlilerinin araya kesinti girmeksizin izlenen kişinin peşinden bu yere girebilmişse artık yakalama hükümleri bağlamında ele alınması gereken bir işlem bulunduğundan söz konusu işlemin hukuka uygun olduğu ve bu işlemin gerçekleştirilebilmesi için aramayla ilgili hakim kararı

¹²² 5271 sayılı CMK'da aramanın düzenlenişi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Yıldız**, Adli Aramalarla İlgili Getirilen Yenilikler, s. 221 vd.

¹²³ CMK'nın 119/1. maddesi konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlardaki aramaların hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle yapılabilmesini kabul etmiş; bu alanlarda kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabilmesini kabul etmemiştir.

¹²⁴ RG: 01.06.2005, sy. 25832.

veya yetkili mercinin yazılı emrine gerek bulunmadığı kanısındayım. Buna karşı araya bir kesintinin girmesi ve yakalamayı gerçekleştirecek görevlilerin izlenen kişinin hemen arkasından sözü geçen kapalı alanlara girememesi ve bu alana girmesi durumunda bir araştırma yapmasının gerekmesi durumunda artık kesintisiz izlemenin bulunmadığı, yakalama değil arama hükümlerinin uygulanması gerektiği, bunun için de hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine gereksinim bulunduğu kanısındayım. Sözgelimi kolluğun yakalamak için izlediği kişinin bir konuta girmesi durumunda kolluğunda hemen peşinden girmesi ver hiçbir kesintinin bulunmaması durumunda, izlenen kişi evin odalarına girse dahi kolluk peşinde olduğu ve gözden kaybetmediği bu kişiyi odalarda yakalayabilir. Buna karşı izlenen kişinin bir konuta girmesinden sonra kapının kapanması ve kolluğun onu gözden kaçırmaması durumunda konuta bir şekilde girilse dahi izlenen kişiyi bulabilmek için evde bir araştırma faaliyeti gerçekleştirmesi gerekeceğinden artık yakalama değil arama kuralları geçerli olacak ve bunun için hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile bu işlem gerçekleştirilebilecektir¹²⁵.

CMK'nın 135/4. maddesi şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin saptanabileceği hükmüne yer vermiştir. Bu düzenleme CMK'nın "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması"nı düzenleyen 135. maddesi içerisinde yer almaktadır. Ancak şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin saptanması maddenin altıncı fıkrasında yer alan katalog suçlarla sınırlı olmayıp bütün suçlar açısından gerçekleştirilebilecektir. Zira maddenin altıncı fıkrasındaki katalog suçların madde kapsamındaki dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi açısından sınırlayıcı bir etkisi bulunduğu belirtilmiş, buna karşı mobil telefonun yerinin saptanması açısından bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin saptanması bütün suçlar açısından gerçekleştirilebilecektir¹²⁶.

Belirtmek gerekir ki burada öngörülen ve gerçekleştirilebilecek olan işlem mobil telefonun yerinin saptanması olup, bunun dışında şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla maddede öngörülen dinleme, kayda alma vb. gibi diğer iletişimin denetlenmesi koruma tedbirlerine başvurulması mümkün değildir. Eğer bu koruma tedbirlerinden birisine başvurulacaksa maddenin diğer

¹²⁵ Aynı yönde, **Ünver/Hakeri**, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 144-145; yine **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 275-276.

¹²⁶ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 567; **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 279.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

fıkralarında yer alan onlara ilişkin koşulların bulunup bulunmadığının belirlenmesi gereklidir.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin saptanması, *hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararına istinaden gerçekleştirilebilecektir*. Verilecek kararda, *yeri saptanacak mobil telefonun numarası ve tespit işleminin süresi* belirtilmek zorundadır. Tespit işlemi *en çok üç ay için* yapılabilir; bu süre, *bir defa daha* uzatılabilir. Buna göre, uzatmayla birlikte mobil telefonun yerinin saptanması tedbirine en fazla altı ay başvurulabilir. Bu tedbire sınırsız süreli olarak başvurma olanağı bulunmamaktadır¹²⁷.

4. Yakalanana Haklarının Öğretilmesi

CMK, *kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini engelleyecek önlemleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir* (CMK m. 90/4) hükmüne yer vermiştir¹²⁸. Aslında burada “hakların bildirilmesi”nden ziyade, yakalanan kişinin haklarla ilgili olarak “aydınlatılması”, haklarının “açıklanması”, hakların “öğretilmesi” gibi kavramlardan birisinin kullanılması daha doğru olurdu. Zira hakları bildirilen kişinin bu hakların hangi anlama geldiği konusunda bir bilgisi bulunmayabilir ve bu haklarını nasıl kullanacağını da bilmiyor olabilir. Bu nedenle hakların sadece söylenmesiyle yetinilmemesi ve bunların hangi anlama geldiğinin ve bu hakları hangi koşullarla ve usule göre kullanabileceğinin de açıklanması ve öğretilmesi gereklidir. Nitekim CMK’nın “yakalama tutanağı”nı düzenleyen 97. maddesinde de yakalama tutanağına yazılacak hususlardan birisini “*haklarının tam olarak anlatıldığı*” olarak belirlemiştir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 6/4. maddesinde *yakalanan kişiye suç ayırımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve*

¹²⁷ **Özen**, Muharrem: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Gizli Soruşturma Tedbirleri, in: TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Seminer Tebliğleri, (10-11 Şubat 2006), Ankara 2006, s. 313.

¹²⁸ Bu fıkra 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanunla değişmeden önce “*Kolluk, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir*” biçiminde hatalı bir düzenleme içeriyordu. Zira bu düzenleme kolluğu yakaladığı kişiye yönelik henüz herhangi bir tedbir almadan haklarını hatırlatmak zorunda bırakacak nitelikteydi ve bu durum güvenlik açısından önemli sorunlar yaratabileceği gibi, o anda hakların öğretilmemesi durumunda da yakalamanın hukuka aykırılığını gündeme getirecek olması bakımından da hatalı idi. Dolayısıyla fıkranın şu andaki düzenlemesinin amaca daha uygun olduğu kanısındayım.

hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanuni hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı herhalde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak bildirileceği öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki burada önemli olan kişinin sahip olduğu hakları anlaması ve nasıl kullanacağını öğrenmesidir. Dolayısıyla Yönetmelikte yer alan herhalde yazılı, bunun derhal mümkün olmaması halinde sözlü olarak bildirilmesi kuralı da bu şekilde uygulanmalıdır. Sanki yazılı olmasının öncelikli olduğu ve eğer yazılı olarak bildirilmişse sözlü açıklamaya gerek bulunmadığı gibi bir anlam çıkan bu ifadenin de amaca uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira okuma yazma bilmeyen kimseye haklarının yazılı olarak bildirilmesinin hiçbir anlamı olmayacağı gibi, bu kişiye haklarının öğretildiği de söylenemeyecektir ve bu durum adil yargılanma hakkına da aykırı olacaktır.

Kanun yakalanan kişiye kanuni haklarının derhal bildirileceği hükmüne yer verilmiş olmakla birlikte, burada kişiye ilk bildirilmesi gereken husus, *yakalama sebepleri* olmalıdır¹²⁹. Anayasa'nın 19/4. maddesi, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 9/2. maddesi ve İHAS'ın 5/2. maddesi bu durumu açık bir biçimde düzenlemiştir¹³⁰.

CMK, *yakalanan kişiye kanuni haklarının bildirileceği* hükmüne yer vermiş olmakla birlikte¹³¹, bu hakların ne olduğu konusunda bir açıklamaya yer

¹²⁹ **Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 832.

¹³⁰ Anayasa m. 19/4: “*Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.*”

Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 9/2: “*Gözaltına alınan bir kimse, gözaltına alınmasının nedenleri hakkında gözaltına alındığı zaman ve kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında derhal bilgilendirilecektir.*” (Maddenin çevirisi için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. IV, s. 69 vd.).

İHAS m. 5/2: “*Yakalanan/(gözaltına alınan) her kişi, yakalanmasının/(gözaltına alınmasının) nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama hakkında anlayabildiği bir dilde derhal bilgilendirilecektir.*” (Maddenin çevirisi için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. I, s. 6).

¹³¹ Yakalana bildirilmesi gereken haklar konusunda bkz.: **Cihan/Yenisey**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 317; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 835 vd. **Şahin**, Yakalama ve Gözaltına Alma, s. 172 vd.; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 494; **Yenisey**, Feridun: Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s. 130; **Yenisey**, İnsan Hakları Açısından

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

vermemiştir¹³². YGİY ise, *yakalanan kişiye suç ayırımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanuni hakları ile itiraz hakkını nasıl kullanacağı*nın bildirilmesi öngörülmüştür (YGİY m. 6/4). Belirtmek gerekir ki, yönetmelik bir kanunun uygulanmasına ilişkin ayrıntıları ortaya koyan bir düzenleme olduğuna göre “diğer kanuni hakları” gibi belirsizlikler bırakmaması gerekirdi. Zira diğer kanuni hakların ne olduğu belirli değildir. Diğer taraftan Kanunda bir düzenleme bulunmaması Yönetmelikte de bu biçimde ucu açık bir ifade kullanılmasının sonucu olarak hangi hakların bildirileceği uygulamada her kolluk görevlisine göre farklı olabilecektir. Dolayısıyla yakalama sırasında bildirilmesi gereken hakların Kanunda belirtilmesi doğru olurdu.

Yönetmelikte kullanılan *diğer kanuni haklar* kapsamına yönetmelikte belirtilmeyen *yakınlarına veya belirlediği bir kişiye haber verme hakkının bulunduğu*nun bildirilmesi girebileceği gibi, CMK'nın 147. maddesinde düzenlenen haklar da dikkate alınmak suretiyle *şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteme hakkının bulunduğu*nun bildirilmesi de girer¹³³. Bunun dışında bazen yakalanan kişinin sahip olduğu özelliklerden kaynaklanan bazı haklar da söz konusu olabilir ki bunların da mutlaka kişiye öğretilmesi

Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, s. 104 vd.; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 326.

¹³² İHAS'ın 5. maddesi'ne göre, yakalananın, 1) *yakalanma nedeni ve kendisine yöneltilen isnat en kısa zamanda bildirilmesi*, 2) *yakalananın hemen bir hakim veya adli görev yapmaya kanunun yetkili kıldığı bir memur huzuruna çıkarılması ve özgürlük kısıtlamasının makul süre devam etmesi*, 3) *yakalamanın kanuna uygunluğunun denetimini sağlamak üzere yargı yoluna başvurma* 4) *yakınlarına durumunun haber verilmesi* ve 5) *yakalanan veya gözaltına alınanın Sözleşme'ye aykırılığı nedeniyle tazminat isteme hakları* bulunmaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Doğru**, Osman: Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu, İn: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu (26-27 Eylül 2003), Ankara 2004, s. 244 vd.; **Gölcüklü**, Feyyaz / **Gözübüyük**, A. Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994, s. 190 vd.; **Tezcan**, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Sancakdar**, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s. 211 vd.). Uluslar arası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesi'nde de benzer haklar ortaya konulmuştur (Metin için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. IV, s. 68 vd.).

¹³³ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 321; ayrıca yakalanan kişinin haklarının neler olduğu konusunda bkz.: **Ünver/Hakeri**, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 101-102.

gereklidir. Örneğin, CMK'nın 95/2. maddesinde yakalanan yabancı ise, *yazılı olarak karşı çıkmaması* durumunda yakalandığının vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirileceği öngörülmüştür. Buna göre yabancı kişiye yakalandığının konsolosluğuna bildirilmemesi konusunda bir hak tanınmış bulunmaktadır. Ancak bu hakkını kullanabilmesi için bu hakkın ve nasıl kullanılacağı kendisine öğretilmesi gereklidir. Aksi takdirde söz konusu hak kağıt üzerinde kalacak ve yakalanan yabancının bu hakkını kullanması söz konusu olamayacaktır.

Yakalanana haklarının öğretilmesi anladığı dilde olmak zorundadır. Bu anlamda yakalananın vatandaşlık durumu da önemli olmayıp, Türk vatandaşı olmasına rağmen Türkçe bilmeyen kişiye haklarını tam olarak anlayabileceği dilde öğretilmesi gereklidir. Sağır ve dilsiz olanlara da yine işaret diliyle haklarının öğretilmesi gereklidir.

Hakların öğretilmesi bir zorunluluk olup, bu konuda yakalananın haklarını öğrenmeyi isteyip istememesi önemli olmadığı gibi, bu hakları zaten biliyor olup olmaması da önemli olmaksızın mutlaka hakları kendisine öğretilmelidir. Örneğin çeşitli kereler yakalandığı için bu hakların birçok kez kendisine öğretildiği gerekçesiyle hakları öğretmekten vazgeçilemeyeceği gibi, yakalananın hukukçu olması dahi ona haklarının hatırlatılmaması sonucunu doğurmamalıdır.

Yakalanana haklarının öğretilmesi, kolluğun bir yükümlülüğü olup (CMK m. 90/4), kolluk dışındaki kişilerin yakalaması durumunda böyle bir yükümlülüğün söz etmek mümkün olmayacaktır¹³⁴.

Yakalanan kişiye, yakalama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar yazıyla veya bunun hemen gerçekleştirilmesi olanağının bulunmadığı durumlarda sözle açıklanmadığı takdirde, kişiler bundan doğan her türlü maddi veya manevi zararlarını Devletten isteyebilirler (CMK m. 141/1-g).

5. Yakalanan Hakkında Yapılacak İşlem

Kolluk görevlisi olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilen yakalamalarda kişi, hiç vakit geçirmeksizin kolluğa teslim edilmelidir. Olayla ilgili haber verilen kolluğun gelmesini beklemek veya yakalanana teslim etmek için kolluğa götürmek için geçecek süreler hukuka uygun olmakla birlikte, kişinin yakalanmasından sonra kolluğa teslim etme konusunda herhangi bir girişimde bulunmaksızın özgürlüğünün kısıtlanmasına devam edilmesi hukuka aykırı olacağı gibi, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu da (TCK m. 109) oluşturabilecektir.

¹³⁴ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 253.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

Kolluk görevlisi olmayan kişiler tarafından yakalanıp da kolluğa teslim edilen veya bizzat kolluk tarafından yakalanan kişi ve olay hakkında hemen Cumhuriyet Savcısına bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır (CMK m. 90/5). CMK, yakalanan kişilerin doğrudan doğruya kolluk tarafından gözaltına alınmasını ve doğrudan doğruya olayla ilgili araştırma işlemlerinin kolluk tarafından yapılmasını kabul etmemiştir. Yakalamaya ilişkin bu hüküm yanında CMK'nın 161/2. maddesi de adli kolluk görevlilerinin el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan önlemleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet Savcısına derhal bildirmek yükümlülüğüne sahip olduğunu belirtmiştir.

CMK'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının ilk hali şu andakinden farklı bir düzenlemeye sahip olup, yakalanan kişinin düzenlenecek soruşturma belgesiyle birlikte hemen Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesi kabul edilmişti: "Birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi, düzenlenecek soruşturma belgesiyle hemen Cumhuriyet Savcılığına gönderilir". *Uygulamada sorunlar çıkarabileceği, her an için Savcıya ulaşmanın ve şüpheliyi Savcı önüne çıkarmanın özellikle kırsal kesimdeki güçlükleri göz önünde bulundurularak*¹³⁵ bu hüküm 5353 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değiştirilerek son şeklini almış ve yakalan kişinin Cumhuriyet Savcısına gönderilmesi yerine, Cumhuriyet Savcısına bilgi verilerek emri doğrultusunda işlem yapılması kabul edilmiştir. Kanımca maddenin ilk hali 5271 sayılı CMK'nın genel mantığına ve sistematığına daha uygun olduğu kanısındayım. CMK, ceza muhakemesine ilişkin karar verecek olan makam ve mercilerin kural olarak, deliller ve ilgili süjelerle yüz yüze gelmek suretiyle bu kararları vermesi sistemi üzerine kurulmuştur. Örneğin 90. maddenin 5. fıkrasının değişmeden önceki halinde yakalama üzerine gözaltına alma konusunda değerlendirme yapacak Cumhuriyet Savcısının, tutuklama kararı verecek hakimin ya da mahkemenin, olayla ilgili karar verecek mahkemenin süjelerin yüzüne karşı ve onları dinlemek, diyeceklerini bildirmelerine ve savunmalarını yapmalarına olanak sağlamak suretiyle bu değerlendirmelerini yapmalarını ve kararlarını vermelerini kabul etmiştir. Buna karşı CMK'nın 90/5. maddesinin son şekline göre, Cumhuriyet Savcısının kolluğun kendisine verdiği bilgiye dayanarak bir değerlendirme yapacak ve yakalanan kişiyi dinlemesi mümkün olmayacaktır. Halbuki yakalananın gözaltına alınmadan önce de Cumhuriyet Savcısına götürülmesinin CMK'nın genel mantığına daha uygun olduğu gibi, yakalananın "meramını anlatabilmesi", "lehine olan delillerin

¹³⁵ **Ünver/Hakeri**, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 100; **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 266.

toplanmasını isteyebilmesi” ve “adil yargılanma” gibi haklarının gerçekleşmesi açısından da gerekli olduğu kanısındayım¹³⁶.

Belirtmek gerekir ki, *yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet Savcısına hemen bilgi verilerek emri doğrultusunda yapılacağı* şeklindeki düzenleme dahi yakalananın Cumhuriyet Savcısına götürülmesi konusunda bir engel oluşturmamaktadır¹³⁷. Dolayısıyla uygulamada Cumhuriyet Savcılarının yakalananın kendisine getirilmesini isteyip, yakalananı dinleyip, o ana kadar var olan verileri de değerlendirdikten sonra gözaltına alma konusunda karar vermesi gözaltına almanın koşullarının değerlendirilmesi açısından daha doğrudur.

CMK'nın 161/3. maddesi, *Cumhuriyet Savcısı, adli kolluk görevlilerine emirlerini yazılı; acele hallerde sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir* hükmüne yer vermiştir. YGİY'nin 6/8. maddesinde de *Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen sözlü emir, en kısa zamanda yazılı hale dönüştürülerek mümkün olması halinde en seri iletişim vasıtasıyla ilgili kolluğa bildirilir; aksi halde ilgili kolluk görevlilerince alınmasına hazır edilir. Ancak, kolluk görevlisi emrin yazılı hale getirilmesini beklemeden sözlü emrin gereğini yerine getirir* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre yakalanan kişiyle ilgili olarak Cumhuriyet Savcısına bilgi veren kolluk, onun tarafından verilecek emir sözlü de olsa bu emre göre işlem yapmak durumundadır. Bu bağlamda Cumhuriyet Savcısının daha sonra yazılı hale getirilecek olan telefon aracılığıyla verdiği emirler de yeterli olup, kolluk bu tür emirleri de yerine getirmek durumundadır¹³⁸. Belirtmek gerekir ki sözlü verilen emirler üzerine yapılan işlemler üzerine doğabilecek hukuksal sorunlar karşısında ispata ilişkin zorluklar yaşanabilecektir. Bu nedenle Cumhuriyet Savcısının emirlerinin somut olaylar açısından mümkünse yazılı iletişim araçlarını kullanmak suretiyle verilmesi daha doğru olacaktır. Örneğin, e-mail aracılığıyla, cep telefonu mesajı kullanılmak suretiyle bu emirler verilebileceği gibi; Cumhuriyet Savcısıyla karakollar arasında yapılacak telefon görüşmeleri açısından kayıt sisteminin kurulması da mümkün olabilir. Yani Cumhuriyet Savcısıyla yapılan bu tür görüşmeler kayda alınmak suretiyle ileride doğabilecek ispat sorunlarının önüne geçilebilir. Aksi halde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilir verilmediği belirlenemeyen işlemler açısından her zaman hukuka aykırılık ve gerçekleştirilenler açısından sorumluluk tartışmaları yaşanabilecektir.

CMK'nın 163. maddesi, suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet Savcısının iş gücünü aşıyorsa, Sulh Ceza Hakiminin de bütün

¹³⁶ Aynı yönde, **Ünver/Hakeri**, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 101.

¹³⁷ **Şahin**, CMK Gazi Şerhi, s. 275.

¹³⁸ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 316.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

soruşturma işlemlerini yapabilmesini kabul etmiş bulunduğundan, bu hükmün uygulanmasını gerektiren durumlarda Sulh Ceza Hakimi de gözaltına alma kararını verebilecektir.

CMK, kolluğa el koyduğu ya da haber aldığı olayları kendiliğinden araştırma ve delil toplama yetkisi tanımadığından yakalama işlemi sonrasında da kendiliğinden bir araştırma işlemine girişemeyeceği gibi yakalama sonrasında yakalanan kişinin üzerinde silah, patlayıcı vb. gibi açısından yapabileceği arama işlemi¹³⁹ dışında arama, elkoyma gibi koruma tedbirlerine de başvuramayacaktır. Yakalama sonrasında kolluğun gerekli araştırma ve delil toplama işlemlerini gerçekleştirebilmesi için Cumhuriyet Savcısının emrini beklemesi; koruma tedbirlerine başvurulacaksa bunlara ilişkin koşulların yerine getirilmesi gereklidir¹⁴⁰. Ancak kolluğun yakalama sırasında olay yerinde açıkta bulunan ve kaybolması olasılığı bulunan iz, eser ve delillerin kaybolmasını engelleyecek önlemleri de alması gerektiği gibi; bunları da muhafaza altına almak suretiyle bunlar konusunda da Cumhuriyet Savcısını bilgilendirmek suretiyle onun vereceği talimatlar doğrultusunda işlem yapılmalıdır.

Yakalanan kişinin kolluk tarafından serbest bırakılması da CMK'da kabul edilmemiş ve kolluğa bu konuda bir inisiyatif kullanma yetkisi tanınmamıştır. Kolluk, yakalanan kişiyle ilgili olarak mutlaka Cumhuriyet Savcısına haber verecek ve onun emri doğrultusunda işlem yapacaktır (CMK m. 90/4). Cumhuriyet Savcısına ise yakalanan kişiyi serbest bırakma yetkisi tanınmıştır: *Yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir* (CMK m. 91/1) hükmünün açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere, Cumhuriyet Savcısı yakalanan kişinin durumuyla ilgili bir değerlendirme yapacak ve eğer yakalamanın (CMK m. 90/1 ve 2) yahut da gözaltına alınmanın (CMK m. 91/2) koşullarının bulunmadığını saptarsa yakalananın kişinin serbest bırakılmasına karar verecektir.

Yakalama emri üzerine yakalanan kişi hakkında yapılacak işlem ise Kanunun 94. maddesinde düzenlenmiştir. Bu konuya ilişkin yukarıda açıklama yapıldığından burada tekrar edilmemektedir¹⁴¹.

6. Yakalananın (veya Gözaltına Alınanın) Durumunun Yakınlarına Bildirilmesi

Yakalananın durumunun yakınlarına bildirilmesiyle ilgili olarak Anayasa ve kanunlarda farklı farklı hükümler yer almıştır. Anayasa'nın 19/6. maddesinde, PVSK'nın 13/5. maddesinde *kişinin yakalandığının yakınlarına*

¹³⁹ Bu konuda bkz.: C/V/2.

¹⁴⁰ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 316.

¹⁴¹ Bkz.: Yukarıda III/2/b/cc

derhal bildirileceği hükmüne yer verilmişken¹⁴²; CMK'nın 95/1. maddesinde ve YGİY'nin 6/6. maddesinde **Cumhuriyet Savcısının emriyle yakalananın bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verileceği** hükme bağlanmıştır. Mevzuattaki bu hükümleri Anayasa'nın 19/6. maddesi bağlamında değerlendirdiğimizde mevcut durum itibarıyla Cumhuriyet Savcısının yakalamaya ilişkin bir değerlendirme yaparak, diğer şüphelilerin kaçması, delillerin karartılması tehlikesi gibi nedenlerle yakalananın yakınlarına veya belirlediği bir kimseye haber vermemesi Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla CMK ve YGİY "*Cumhuriyet Savcısının emriyle*" Anayasa'nın açık hükmü karşısında bir anlamı bulunmamaktadır. Ancak bu hükmün amaca uygun bir düzenleme olabilmesi için, Anayasa'da yer alan ve hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın yakalananın yakınlarına derhal haber verilmesini öngören hükmünün değiştirilerek CMK'daki düzenlemeye benzer bir hale getirilmesi gereklidir¹⁴³.

Diğer taraftan en azından organize suçlarda yakalamanın, gözaltına alınmanın veya gözaltı süresinin uzatılmasının yakalananın *belirlediği kişiye* bildirilmesinin *bir yakınının bulunamaması* koşuluna bağlı kılınması daha doğru olurdu¹⁴⁴. Zira organize suçlarda yakalanan kişi belirlediği kişiye haber verilmesini sağlamak suretiyle örgütünün yakalamadan haberdar olması ve kaçmalarına veya delilleri karartmalarına olanak sağlaması mümkün olabilecektir. Söz konusu kural maddenin görüşülmesi sırasında TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda da tartışma konusu olmuş, benzer eleştiriler ileri sürülmüş ve bu eleştirilerin haklı yönü bulunduğu kabul edilmiş olmakla birlikte yakınlarla bildirme ile, belirlediği bir kişiye bildirme arasında bir farkın bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹⁴⁵. Pratik olarak bir çok olayda yakınlarla bildirmekle belirlediği bir kişiye bildirme arasında bir fark bulunmayabilir. Ancak teorik

¹⁴² Esas olarak Anayasa'nın 19. maddesinin 6. fıkrası "*Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında yakınlarına derhal bildirilir*" biçimindeyken, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesi ile soruşturmayla ilgili doğabilecek sakıncalara ilişkin istisnalara yer verilmeksizin "*kişinin yakalandığı veya tutuklandı, yakınlarına derhal bildirilir*" hükmüyle bugünkü mutlak biçimine dönüştürülmüştür.

¹⁴³ **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 265.

¹⁴⁴ Bu öneri için bkz.: Türkiye Barolar Birliği CMUK Tasarısı Komisyonu Tarafından Hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Tasarı Taslağı, Ankara 2004, s. 70.

¹⁴⁵ Bu konuda bilgi için bkz.: **Öztürk/Erdem**: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 503.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

olarak çok az sayıda olayda yakınların, yakalananın bu durumunu örgüt üyelerine bildirmemesi olasılığının dahi hükmün *yakalananın yakınının bulunamaması halinde belirlediği kişiye haber verilmesi* biçiminde düzeltilmesini gerekli kıldığı kanısındayım.

Hem CMK'nın 90/5. maddesinde *yakalanan kişi ve olayla ilgili hemen Cumhuriyet Savcısına bilgi verilerek emri doğrultusunda işlem yapılır* hükmünün bulunması, hem de 95. maddesinde *yakalama, gözaltına alma veya gözaltı süresinin uzatılmasının Cumhuriyet Savcısının emriyle, yakalananın bir yakını veya belirlediği bir kişiye haber verileceğinin* öngörülmesinin sonucu olarak özel kişilerin ya da kolluğun kendiliklerinden yakalananın durumunu yakınlarına bildirmek gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır¹⁴⁶.

Maddede *şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında* bir yakını veya belirlediği bir kişiye haber verileceğini belirtmiştir. Bu hükmün amacına uygun olarak kullanılması ve uygulamada her bir durumda şüpheli veya sanığın bir yakını veya belirlediği bir kişiye haber verilmesi gereklidir¹⁴⁷. Örneğin kişi yakalandıktan sonra bu durumun yakınlarla haber verilmemesi ve gözaltına alınmasının beklenmesi veya gözaltına alma işlemi haber verildi diye gözaltı süresinin haber verilmemesi hak ihlali oluşturacaktır. Yakalama, gözaltına alma veya gözaltı süresinin uzatılması kararına karşı yakalananın yakınları tarafından Sulh Ceza Hakimine başvuruda bulunulabilmesi hakkının kullanılabilmesi için de (CMK m. 91/4) bu işlemlerin her birisinin gerçekleştirilmesi durumunda haber verilmemesini gerektiren bir durum söz konusu değilse gecikmeksizin haber verilmelidir.

Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir (CMK m. 95/2). Yakalanana haklarının öğretilmesi başlığı altında açıklandığı üzere, burada yakalanan veya gözaltına alınan yabancıya bir hak tanınmış olup, bu hakkını kullanabilmesi için öncelikle bu hakkının ve nasıl kullanılacağına kendisine öğretilmesi, bunun yanında hakkı kullanabilmesinin fiziksel koşullarının da yaratılması yani kalem, kağıt, gerekliyse tercüman ya da yazma ile ilgili bir sorunu bulunuyorsa yerine bu yazıyı yazacak kimsenin sağlanması gereklidir¹⁴⁸.

¹⁴⁶ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 837. **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 195.

¹⁴⁷ **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 269.

¹⁴⁸ **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 269; **Ünver**, Yakalama ve Gözaltı, s: 92.

7. Yakalamanın İlgilere Bildirilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere, soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda şikayet koşulu gerçekleşmeksizin yakalamaya başvurulması mümkün olmamakla birlikte, buna bir istisna tanınmış ve çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçlarda, suçüstü halinde kişinin yakalanması şikayete bağlı tutulmamıştır (CMK m. 90/3). Bu tür durumlarda *şikayet bulunmaksızın kişi yakalanmış olursa, şikayete yetkili kesmeye veya bunlar birden fazla ise hiç olmazsa birine yakalamanın bildirilmesi* öngörülmüştür (CMK m. 96). Burada amaç şikayet hakkı sahibinin bu hakkını kullanıp kullanmayacağını öğrenmek ve yakalanan hakkında soruşturma işlemleri yapılıp yapılmayacağına karar vermek olduğuna göre, yetkili kimselerden hiç olmazsa birisine haber verilmesinin yeterli kabul edilmesi doğru olmamıştır. Burada şikayet yetkisi olup da adresi saptanabilen ve ulaşılabilir durumda olan herkese bu bildirim yapılması öngörülmeliydi¹⁴⁹. Bu durum hem şikayet hakkının kullanılması açısından önemli olduğu gibi, ceza muhakemesi sistemimize önemli bir yenilik olarak giren uzlaşma kurumunun uygulanabilmesi açısından da önemli ve gereklidir.

Maddede yakalamanın ilgilere bildirileceği öngörülmüş olmakla birlikte bunun kim tarafından yapılacağı açık biçimde öngörülmemiştir. Bildirimin Cumhuriyet Savcısı ya da kolluk tarafından yapılması mümkündür¹⁵⁰. Yapılacak bildirimde ilgili kimseye sadece yakalamayı bildirmek değil, şikayette bulunup bulunmayacağını da sorulması doğru olacaktır. Şayet ilgili kimse şikayetçi olmadığını bildirirse ya da makul bir süre içerisinde yanıt vermezse yakalananın hemen serbest bırakılması gereklidir¹⁵¹. Kendisine haber verilen ilgili kimse gözaltı süresi içerisinde herhangi bir bildirimde bulunmadığında da sürenin dolması nedeniyle yakalananın serbest bırakılması gerekecektir. Diğer taraftan TCK'nın 73/8. maddesi *soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda yetkili kimsenin şikayette bulunmaması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağını* öngördüğünden, yakalanan kimse hakkında da şikayette bulunma yetkisine sahip olanın bu yetkisini kullanana kadar herhangi bir soruşturma işleminin yapılması, araştırma yapılması, delil toplanması mümkün değildir.

¹⁴⁹ **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 269.

¹⁵⁰ **Taner**, Tahir: Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955, s. 147.

¹⁵¹ **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 656; **Erem**, Faruk: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, Ankara 1996, s. 274; **Kantar**, Baha: Ceza Muhakemeleri Usulü, s. 127-128.

8. Yakalamanın Tutanağa Bağlanması

Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalamanın hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda, yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı yazılır (CMK m. 97). Yakalama tutanağı, yakalamayla ilgili işlemlerin denetimi açısından önemlidir¹⁵². Ancak hükümde yer alan “*hangi kolluk mensubunca tespit edildiği*” ifadesinin hangi anlama geldiği belirsiz olup¹⁵³, bu ifadenin ya maddeden çıkarılması ya da netleştirilmesi gereklidir.

C. Gözaltına Alma

I. Kavram

Gözaltına alma, yakalandıktan sonra Cumhuriyet Savcısınca serbest bırakılmayan kişinin Kanunda belirtilen koşulların varlığı durumunda, gözaltına alma bağlamında gerçekleştirilecek soruşturma işlemleri tamamlanıncaya kadar ve herhalde kanunda kabul edilen sürelerin sonuna kadar özgürlüğünün Cumhuriyet Savcısının kararıyla kısıtlanmasıdır. YGIY gözaltına almayı “*kanunun verdiği yetkiye göre yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hakim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulması*” (YGIY m. 4) olarak tanımlamıştır.

1412 sayılı CMUK, gözaltına almayı yakalanan kişinin içinde bulunduğu hukuksal statü olarak düzenlemiş¹⁵⁴ ve yakalanan kişinin serbest bırakılmaması halinde belirli süreler içerisinde en yakın Sulh Hakimine gönderilmesini emretmişti. Buna karşı **5271 sayılı CMK, gözaltına almayı yakalanan kişinin hukuksal statüsü, içinde bulunduğu durum olarak düzenlememiş; kendine özgü koşulları bulunan ve yakalamadan farklı olarak Cumhuriyet Savcısınca bu koşullar değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gereken bağımsız bir koruma tedbiri olarak düzenlemiş bulunmaktadır.** Belirtmek gerekir ki, kişinin gözaltına alınabilmesi için yakalanması gerekmekte olup, bu nedenle gözaltına alınmanın tamamen yakalamadan ayrı bir koruma tedbiri olduğunu söylemek mümkün değilse de¹⁵⁵

¹⁵² Öztürk/Erdem, Uygulamalı ceza Muhakemesi Hukuku, s. 504.

¹⁵³ Ünver, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 270.

¹⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü, 13. Bası, İstanbul 2005, s. 754.

¹⁵⁵ Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 488.

gözültına almanın kendine özgü koşullarına yer verilmiş olması ve bu koşulların ayrıca değerlendirilmesi gereği karşısında her somut olayda bu koşulların bulunup bulunmadığının tartışılması, eğer bu koşullar bulunmuyorsa kişinin serbest bırakılması gerekecektir.¹⁵⁶ Bu durumun bir sonucu olarak yakalamanın hukuka uygun olması her zaman gözültına almanın da hukuka uygun olmasını sağlamayacak; hukuka uygun olarak yakalanan bir kimsenin, koşulları bulunmaksızın gözültına alınması hukuka aykırı olabilecektir.

II. Gözültına Alma Kararını Verme Yetkisi

CMK, gözültına almayı yakalanan kişinin içinde bulunduğu hukuksal statü olarak düzenlememiş olup, belirli koşulların varlığı halinde ayrıca gerçekleştirilebilecek bir koruma tedbiri olarak düzenlemiş ve **gözültına alma koruma tedbirine karar verme yetkisini de Cumhuriyet Savcısına vermiştir**. Buna göre, kolluk, yakalanan kişi ve olayla ilgili olarak hemen Cumhuriyet Savcısına bilgi verecek (CMK m. 90/5); Cumhuriyet Savcısı da kanundaki koşullar çerçevesinde gözültına alma koruma tedbirinin uygulanıp uygulanmamasına karar verecektir (CMK 91/1).

III. Koşulları

Gözültına alma koruma tedbirine başvurulabilmesi için *iki koşulun* bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlardan *birincisi* gözültına alma koruma tedbirinin soruşturma yönünden zorunlu olması; *ikincisi* de kişinin bir suç işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığıdır (CMK m. 91/2). Buna göre, CMK'nın 90. maddesinde yer alan yakalamaya ilişkin koşullar sadece *yakalama koruma tedbiri* ile ilgili olup, bu koşullar çerçevesinde yakalanan kimse doğrudan doğruya gözültına alınmayacak; o koşulların varlığı nedeniyle yakalanan kişinin gözültına alınıp alınmayacağı konusunda ayrıca 91/2. maddede yer alan koşullar açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

Bu koşulların getirilmesiyle gözültına alma objektif kriterlere bağlanmış olduğu gibi, gözültına alma kararının haksız olup olmadığı da bu kriterler bağlamında denetlenebilecektir.¹⁵⁷ Diğer taraftan her ne kadar yakalama emrine dayanmayan yakalamalarda da kanun koyucu belirli koşullar öngörmüş ve yakalamayı yapan kişi veya kolluğun somut olayda bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirme yükümlülüğü bulunmaktaysa da somut olaylarda bu koşullar her zaman gerçekleşmeyebilir ve basit suçlarda dahi yakalanması ve gözültına alınması açısından herhangi bir gereklilik bulunmayan

¹⁵⁶ **Sözüer, Adem / Tekdağ, Kenan:** Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?, in: HPD, sy. 3, Nisan 2005, s. 53.

¹⁵⁷ **Özbek,** CMK İzmir Şerhi, s. 328.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

kişilerin de yakalanması söz konusu olabilmektedir¹⁵⁸. Bu nedenle de gözaltına alınanın yakalanmanın bir sonucu olmaması ve gözaltına alma kararının Savcı tarafından, kanunda gösterilen koşulların varlığı halinde verilmiş olması kişilerin özgürlüklerinin gereksiz ve haksız olarak kısıtlanmasının önüne geçmek açısından doğru bir yöntemdir.

Gözaltına alınanın koşullarını belirtmek gerekirse,

1) Gözaltına Alma Koruma Tedbirinin Soruşturma Yönünden Zorunlu Olması

Bundan maksat, gözaltına alma koruma tedbiri uygulanmadığında soruşturmanın yapılamaması olasılığının ortaya çıkması, şüphelinin kaçması, delilleri yok etmesi veya karartması tehlikesinin bulunması gibi durumların bulunmasıdır¹⁵⁹. Eğer bu anlamda bir zorunluluk bulunmuyorsa, sadece ifadesinin alınması ve rutin bazı işlemlerin yapılması amacıyla gözaltına alınma kararının verilmesi hukuka aykırı olacaktır. Bunun doğal sonucu da hukuka aykırı olan bu işlem sonucu elde edilecek delillerin de hukuka aykırılığının söz konusu olmasıdır.

2) Kişinin Bir Suçu İşlediğini Düşündürebilecek Emarelerin Varlığı

Gözaltına alma kararı verebilmesi için Cumhuriyet Savcısının arayacağı ikinci koşul, kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin bulunmasıdır. Emare (=belirti), *bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şey, alamet* anlamında olup, ceza muhakemesi açısından, bir olayı dolaylı olarak ispat eden veriler emare olarak adlandırılmaktadır. Örneğin hırsızlığın yapıldığı konutta kişiye ait bir eşyanın bulunması, onun orada bulunması ve eylemi gerçekleştirmiş olması açısından emare yani dolaylı bir delildir. Bu nedenle yakalanan kişinin gözaltına alınabilmesi için, onun suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin değil delillerin aranması daha doğru olurdu¹⁶⁰.

¹⁵⁸ **Sokulu-Akıncı**, Polis, Bir Toplumsal Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990, s. 175.

¹⁵⁹ **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 495.

¹⁶⁰ **Yurtcan**, Erdener: CMK Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 2005, s. 236; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 327. "*Somut olayda, herhangi bir suçla ilgili suçüstü durumu veya suç teşkil eden belirli bir olayla ilgili ceza soruşturması bulunmamasına karşın, salt kimliği belirsiz bir kişinin 16.5.2000 günü saat 13.00'da telefonla yakınların kimlik ve adreslerini vererek "Şişli ilçesindeki market ve işyerlerindeki hırsızlık suçlarını bu kişiler işliyorlar" şeklindeki soyut ihbarı üzerine, kimlik ve adresleri aynı tarihli tutanakla tespit edilen bu kişiler hakkında arşiv ve benzeri araştırmalar yapılmaksızın, asayiş büro amiri olan sanığın talimatı doğrultusunda harekete geçilerek üç saat sonra yakınlarının yakalanıp gözaltına alınması, C. Savcısına hırsızlığa karıştığı iddia edilen*

İHAS'a göre yakalama koruma tedbirine başvurabilmek için "makul şüpheler"nin bulunması aranmaktadır. Bu anlamda makul şüpheden maksat ise, yakalananın suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olgu ve bilgilerin bulunması gereklidir. Ancak bu şüphenin kamu davası açmayı gerektirecek bir yoğunluğa ulaşmış olmasına gerek yoktur. Dolayısıyla bu anlamda makul bir şüphenin dahi bulunmadığı durumlarda yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerine başvurulması İHAS m. 5'in ihlali anlamını taşıyacaktır¹⁶¹.

IV. Gözaltı Süreleri

Anayasa, olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hali dışında bireysel olarak işlenen bir suçtan dolayı gözaltına alınan kişinin yakalanma yerine en yakın mahkemeye götürülmesi için gerekli yol süresi hariç en geç kırk sekiz saat içinde, toplu işlenen suçlardan dolayı gözaltına alınan kişilerin ise en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılmasını emretmiştir (Ay. m. 19/5).

CMK ise, **bireysel olarak işlenen suçlarda** gözaltı süresini kural olarak yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç yakalama anından itibaren yirmi dört olarak düzenlemiştir. Kanun yakalama yerine en yakın hakim veya mahkeme önüne gönderilmesi süresinin de en fazla on iki saat olabileceğini öngörmüştür (CMK m. 91/1). Ancak belirtmek gerekir ki gözaltı süresi ile yakalananın en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için gerekli süreler birbirinden bağımsızdır. Yani yirmi dört saatlik süre gözaltı süresi, on iki saatlik süre ise en yakın hakim veya mahkeme önüne gönderilme için zorunlu süredir. Uygulamada bu sürenin 24+12 = 36 biçiminde uygulanması mümkün olmayıp, böyle bir uygulama hukuka aykırı olacaktır. Eğer yakalananı en yakın hakim veya mahkeme önüne

kişilerin yakalandığı yolunda bilgi verilip peşi sıra bu kişilerin "herhangi bir suçla" ilgilerinin olup olmadığı yönünde araştırma yapılarak, 20 saat gözaltında kalan yakınların ertesi gün saat 13.30 da bir kanıt bulunmadığı gerekçesiyle ifadeleri dahi alınmadan ve soruşturma evrakı fezlekeye bağlanarak C.Savcılığına sunulmaksızın serbest bırakılması biçimindeki eylemin TCY. 181/1. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, kanıtları yanlış değerlendiren yetersiz gerekçeyle beraat hükmü kurulması Yasaya aykırı ... görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA" (Y. 4. CD, 05.11.2003, E. 2002/28544, K. 2003/10778 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, <http://kazanci.com.tr/>, 13.06.2006).

¹⁶¹ İHAM'ın İtalya'ya karşı 6.4.2000 tarihli *Labita* kararı, no: 155; Türkiye'ye karşı 22.10.1987 tarihli *Erdalgöz* kararı no: 51; İngiltereye karşı 30.08.1990 tarihli *Fox, Campbell ve Hartley* kararı, no: 32 (Açıklama ve kararlar için bkz.: **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 210 ve aynı sayfa dn.: 479, 480).

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

götürmek için gerekli süre daha azsa ve kişinin bu süreyi aşacak biçimde özgürlüğünün kısıtlanması hukuka aykırılık oluşturacaktır.

Kişi işlemiş olduğu birden fazla suç nedeniyle yakalanmış olsa dahi, gözaltı süresi yirmi dört saati geçemez. Buna karşı aynı kişinin farklı zamanlarda birbirinden bağımsız suçlar nedeniyle yakalanmış olursa her bir gözaltı süresi birbirinden bağımsız olarak hesaplanacaktır¹⁶².

CMK'nın düzenlemesine göre, **toplu olarak işlenen suçlarda**¹⁶³ gözaltı süresi delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle her defasında bir günü geçmemek üzere en çok üç gün süreyle uzatılabilir (CMK m. 91/3). Buna göre toplu olarak işlenen suçlarda gözaltı süresi en çok dört gün olabilecektir. Bu düzenleme İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin uygulamasın da yer alan terör suçlarında dahi gözaltı süresinin dört günü aşmaması gereğine uygundur. Örneğin, Brogan ve Arkadaşları/Birleşik Krallık Davasında dört günü bir saat aşan gözaltı süresinin İHAS'ın 5/3. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁶⁴.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, üç günlük uzatma otomatik bir uzama süresi olmayıp, gözaltı sürelerinin uzatılması için her defasında ancak bir günlük uzatmalar söz konusu olabilecektir ve bunun için hangi nedenle gözaltı süresinin uzatıldığına gösterilmesi gereklidir. Kanun bu düzenlemesiyle Cumhuriyet Savcısına her yeni uzatma durumunda gözaltına alma (bulundurulma) koşulların devam edip etmediğini denetleme olanağı getirilmiştir. Cumhuriyet Savcısı gözaltına alınanın koşullarının ortadan kalktığını belirlediğinde uzatma kararı vermeyeceği gibi, uzatma kararı verilmesine rağmen, uzatma süresi içerisinde yakalananlarla ilgili yapılacak bir işlemin kalmaması veya gözaltına alma nedenlerinin ortadan kalkması durumunda yine gözaltına alma koruma tedbirine son verilmek zorundadır.

Kanunun açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere, her toplu suçta da gözaltı süresinin uzatılması mümkün olmayıp, bunun için delillerin toplanmasında bir güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu durumunun bulunması gereklidir. Bu iki hal kanunda alternatif olarak gözaltı süresinin uzatılması nedeni olarak gösterilmiştir. Ancak **buradaki ifadenin, şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle delil toplanmasında güçlük bulunması olması daha doğru olurdu**. Eğer delil toplanmasında bir güçlük bulunmuyorsa, şüpheli

¹⁶² Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 109.

¹⁶³ Toplu suç, CMK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının k bendine göre, *aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suç* ifade eder.

¹⁶⁴ Cihan/Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 319 .

sayısının çok olması tek başına gözaltı süresinin uzatılması nedeni olmamalıydı¹⁶⁵. “*Şüpheli sayısının çokluğu*” ifadesinin taşıdığı anlam da madde metninde açık bir biçimde düzenlenmemiş olması nedeniyle suçun toplu olarak işlenmiş olması uygulamada otomatik olarak gözaltı süresinin uzatılmasına neden olacaktır ki böyle bir uygulama makul sürede yargılanma hakkına aykırı olacaktır.

CMK'nın 2. maddesi anlamında suçun toplu olarak işlenmiş olduğunu gösterir emarelerin¹⁶⁶ bulunması koşuluyla somut olayda bu suça katılanların sadece birisinin veya ikisinin yakalanmış olması yahut da sonuçta bunlardan birisi ya da ikisi hakkında dava açılmış olması gözaltı süresinin CMK'nın 91/3. maddesine göre gözaltı süresinin uzatılmasına engel değildir. Buna karşı gözaltına alma kararının uzatılması anına kadar yakalanan kişi ya da kişilerle ilgili suçun toplu işlendiğini gösterir emareler bulunmuyorsa gözaltı süresinin uzatılması mümkün olmadığı gibi, suçun toplu olup olmadığının araştırılması gibi amaçlarla gözaltı süresinin yirmi dört saati aşacak biçimde uzatılması hukuka aykırı olacaktır¹⁶⁷.

Toplu suçlarda gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhal tebliğ edilir (CMK m. 91/3). Bu hükmün amacı, gözaltındaki kişinin sürenin uzatılması kararını öğrenip, bu işleme karşı 91/4. fıkrasında öngörülmesi olan başvuru hakkını kullanabilmesi olanağının yaratılmasıdır. Dolayısıyla Kanunun çok yerinde olarak kabul ettiği gözaltı süresinin uzatılması emrinin gözaltına alınana derhal bildirilmesi zorunluluğunun, uzatma emrinin gerekçesini de içermesi doğru olurdu¹⁶⁸. Bu şekilde gözaltına alınanın veya Kanunda öngörülen kimselerden birisi de serbest bırakılmayı sağlamak üzere Sulh Ceza Hakimine yaptığı başvuruda bu gerekçenin yerinde olup olmadığına ilişkin değerlendirme olanağına da sahip olurdu. Buna karşı Kanunda gözaltına süresinin uzatılması emrinin tebliğinin, bunun gerekçesini de içermesi gibi ibareye yer verilmemiştir. Söz konusu bildirim amacına uygun bir biçimde işlev görmesi için yapılacak bildirimlerin yazılı olarak yapılması gereklidir.

¹⁶⁵ Ünver, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 267.

¹⁶⁶ Gözaltına alma kararının verilebilmesi için CMK'nın 90/2. maddesinde “*kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığının bulunması*” koşulu aranmış olup, aslında burada bulunması gereken emare değil “delil” olması gerektiği konusu üzerinde “gözaltına almanın koşulları” başlığı altında durulmuştur.

¹⁶⁷ Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 108-109.

¹⁶⁸ Ünver, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 268.

CMK, bazı durumlarda gözaltı süresinin daha uzun olabildiğini de hükme bağlamıştır. Buna göre, CMK'nın 250. maddesi kapsamına giren ve bireysel olarak işlenen suçlardan dolayı gözaltına alınanlar hakkındaki gözaltı süresi yirmi dört saat yerine kırk sekiz saat olarak uygulanacaktır (CMK 251/5). Bilindiği üzere CMK'nın 250. maddesi "özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin" görev alanını düzenlemekte olup, burada düzenlenen suçlar, *Türk Ceza Kanununda yer alan a) örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu; b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar; c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeler hariç), ki bunlar Devletin Güvenliğine¹⁶⁹, Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine¹⁷⁰, Milli Savunmaya¹⁷¹, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk¹⁷² biçimindedir.*

CMK'nın 250. maddesi kapsamına girip de toplu olarak işlenen suçlardan dolayı gözaltına alınanlar hakkındaki gözaltı sürelerinde ise bir değişiklik bulunmayıp CMK'nın 91/3. maddesinde yer alan genel kurala tabidir.

¹⁶⁹ Bunlar, Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (m. 302), düşmanla işbirliği yapmak (TCK m. 303), Devlete karşı savaşa tahrik (m. 304), yabancı devlet aleyhine asker toplama (m. 306), askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararlarına anlaşma (m. 307), düşman devlete maddi ve mali yardım (m. 308) suçlarıdır.

¹⁷⁰ Bu suçlar da Anayasayı ihlal (m. 309), Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı (m. 310), Yasama organına karşı suç (m. 311), Hükümete karşı suç (m. 312), Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan (m. 313), silahlı örgüt (m. 314), silah sağlama (m. 315), suç için anlaşma'dır (m. 316).

¹⁷¹ Milli savunmaya karşı suçlar'dan Askeri komutanlıkların gasbı (m. 317), Yabancı hizmetine asker yazma, yazılma (m. 320), savaş zamanında askeri emirlere uymama (m. 321), savaş zamanında emirlere uymama (m. 321), savaş zamanında yükümlülükler (m. 322) bu kapsamdadır.

¹⁷² Bu kapsamda da Devletin güvenliğine ilişkin belgeler (m. 326), Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme (m. 327), siyasal veya askeri casusluk (m. 328), Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama (m. 329), gizli kalması gereken bilgileri açıklama (m. 330), uluslar arası casusluk (m. 331), Devlet sırlarından yararlanma, Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik (m. 333), yasaklanan bilgileri temin (m. 334), yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini (m. 335), yasaklanan bilgileri açıklama (m. 336), yasaklanan bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıklama (m. 337), taksir sonucunda casusluk fiillerinin işlenmesi (m. 338), Devlet güvenliği ile ilgili belgeleri elinde bulundurma (m. 339) suçları yer almaktadır.

Bunun yanında Anayasa'nın 120. maddesi bağlamında *şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması* nedeniyle olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde toplu işlenen suçlar nedeniyle yakalanan kimseler açısından gözaltı süresi, dört gün yerine Cumhuriyet Savcısının talebi ve hakim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilecektir (CMK m. 251/5). Buna göre, Cumhuriyet Savcısı bu tür suçlarda gözaltı süresini yine her defasında bir günü geçmemek üzere üç gün süreyle uzatabilecek; eğer bu süre içinde de delillerin toplanması mümkün olmazsa gözaltı süresi Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine hakim tarafından üç gün daha uzatılabilecektir. Ancak hakim bu uzatmaya karar vermeden önce yakalanan kimseyi dinleyecektir (CMK m. 251/5). Dikkat edilirse burada gözaltı süreleri daha da uzun olabileceği kabul edilmiş; ancak bu uzatma kararının doğrudan doğruya hakim tarafından ve yakalanan kimsenin dinlenmesi suretiyle verilmesi koşulu getirilmiştir. Artık burada gözaltı süresinin uzatılması kararına karşı başvuru olanağının daha da ileri bir düzenleme olarak gözaltı süresinin uzatılması kararının hakim tarafından verilmesinin yerinde bir düzenleme olduğu şüphesizdir.

Belirtmek gerekir ki, kanunda öngörülen gözaltı süreleri azami süreler olup, bu süreler içerisinde hakim önüne çıkarılmayan kişi serbest bırakılmak zorundadır. Bırakılmadığı takdirde özgürlüğü kısıtlanmış kabul edilecek ve bu eylemi gerçekleştirenler açısından suç oluşturabilecektir. Diğer taraftan gözaltına alınanın amacına ve sebebine uygun olarak kişi hakkında ve olayla ilgili yapılması gereken işlemlerin mümkün olan en kısa sürede tamamlanmasıyla birlikte kişinin hakim önüne çıkarılması ve sorgusunun yapılması yahut da serbest bırakılması gereklidir¹⁷³. CMK'nın 91. maddesinin gerekçesinde de bu durum vurgulanmak suretiyle, *maddede gösterilen gözaltı sürelerinin en uzun süreler olduğu, her olayın kendi özellikleri içinde gerektiği kadar süre ile sınırlandırılarak kullanılması gerektiği* belirtilmiştir. Gözaltına alınmış olan kişiyle ya da olayla ilgili yapılacak hiçbir işlem kalmadığı halde kişinin henüz sürenin dolmamış olması nedeniyle gözaltında tutulmaya devam edilmesi hukuka aykırı olacağı gibi özgürlüğün kısıtlanması suçunu da oluşturabilecektir¹⁷⁴.

¹⁷³ Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, s. 450.

¹⁷⁴ Alman uygulamasında Savcılık ve kolluğun gözaltı süresini kötüye kullanabildiği ve gözaltı süresinin "yakalandığının ertesi gün" olarak belirtilmesi nedeniyle yakalandığının ertesi gün gece yarısından çok az öncesine kadar gözaltı süresinin kullanılabilirdiği ve bu süre içerisinde şüphenin güçlendirilmeye çalışıldığı ve yakalananın ikrarının elde edilmeye çalışıldığı eleştirisi yapılmaktadır (Bkz.: Schroeder, Friedrich Christian: Strafprozeßrecht, 2. Auflage, München 1997, s. 87).

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

Gözaltı süresi açısından belirtilmesi gereken bir nokta da Kanunun açık hükmü çerçevesinde **gözaltı süresinin yakalama anından itibaren başlamış olmasıdır**. Buna göre kolluk görevlisi olmayan kişiler tarafından ya da 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 7. maddesinde verilen yetkiye dayanarak özel güvenlik görevlilerinin gerçekleştirecekleri yakalamalarda, gözaltı süresi yakalanan kişinin kolluk görevlilerine teslimiyle değil, yakalamanın gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

V. Gözaltına Alınanın Hakları

Gözaltına alma hakim kararı olmaksızın gerçekleştirilen bir işlemdir. Ancak bu işlemin de gözaltına alınan kişi açısından tamamen güvencesiz olması kabul edilmemiştir. Bu yüzden CMK, gözaltına alma işleminin gerçekleştirilebilmesi için yukarıda açıklanan belirli koşullar öngördüğü gibi, bu koşulları denetleme ve gözaltına alma kararını verme yetkisini de kolluğa bırakmamış ve bu kararın Cumhuriyet Savcısı tarafından verilmesini kabul etmiştir.

Gözaltında bulundurulma süreleri kanunda çok sıkı bir biçimde belirlendiği gibi, yakalama, gözaltına alma, gözaltı süresinin uzatılması işlemlerine karşı Sulh Ceza Hakimine başvurabilme olanağı tanınmaktadır. Bu başvuru Anglo-Sakson hukuk sisteminde *Habeas Corpus* olarak adlandırılmaktadır¹⁷⁵. Bu güvence sayesinde özgürlüğü kısıtlanan kişi, özgürlüğünü kısıtlayan işleme karşı, bu işlemin hukuka aykırılığını ileri sürebilmek için hakime başvurabilme hakkına sahip olduğu gibi; kişinin özgürlüğünü kısıtlayan merciler tarafından da kısa bir süre içerisinde hakim karşısına çıkarılmak zorundadır¹⁷⁶.

Gözaltına alınan kişinin her zaman bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanma hakkı bulunmaktadır (CMK m. 149/1). Gözaltına alınan kişinin kendisi veya kanuni temsilcisi tarafından bir müdafii seçilebileceği gibi, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi ve istemi halinde kendisine bir müdafii görevlendirilir. Hatta CMK iki durumda zorunlu müdafilik sistemini kabul etmiş olup, (1) *on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olması durumunda ya da* (2) *üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada eğer müdafii bulunmuyorsa gözaltına alınana istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilecektir*(CMK m. 150). Gözaltına alınan *vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları*

¹⁷⁵ Bkz.: **Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 834.

¹⁷⁶ **Cihan/Yenisey**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 318; **Keskin**, Serap: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, in: İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 65.

başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir ve müdafii ile yapacağı yazışmalar denetime tabi tutulamaz (CMK m. 154).

CMK'da açık hüküm bulunmamasıyla birlikte, **yakalanan veya gözaltına alınan kişinin hekim kontrolünden yararlanması** YGİY'nin 9. maddesinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, *yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hallerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalama anındaki sağlık durumu belirlenir (CMK m. 9/1). Yine, gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir (CMK m. 9/2). Bu sağlık kontrolleri sonucunda yakalama sırasında uygulanacak gücün ve daha sonrasındaki tedbirlerin yakalananın vücudu ve sağlığı üzerinde meydana getirdiği etkiler saptanacaktır. Böylece yakalamada uygulanan güç konusunda sınırın aşılmış olmadığı ve daha sonrasında yakalananın işkence ya da kötü muameleye maruz kalıp kalmadığına ilişkin saptamalar yapılacaktır¹⁷⁷.*

Belirtmek gerekir ki hekim muayenesinden yararlanma hakkı sadece yakalama veya gözaltı uygulamalarının ortaya çıkardığı etkileri saptamak açısından değil, genel anlamda sağlık sorunu olup da hekim yardımına gereksinim duyan kişi açısından da bulunmaktadır. Bu tür gereksinimlerin bulunması durumunda hem muayenenin, hem de tedavinin de gerçekleştirilmesi sağlanacaktır (YGİY m. 9/3).

Burada dikkat edilmesi gereken nokta yakalanan veya gözaltına alınan kimsenin hekim kontrolünden geçirilmesi CMK'nın 75. maddesi anlamında vücudun muayenesi niteliğini taşıyamamalıdır. Eğer vücuttan örnek alma niteliğini taşıyacaksa 75. maddede öngörülen koşulların yerine getirilmesi gereklidir.

VI. Gözaltına Alınanın Tutulacağı Yer

Gözaltına alınan kişi hükümlü veya tutuklu olmadığından ceza infaz kurumuna ya da tutukevine gönderilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kolluğun sahip olduğu "nezarethane" adı verilen yerlerde tutulacaktır¹⁷⁸. Nezarethane, *şüpheli veya sanıkların haklarındaki işlemlerin tamamlanıp adli mercilere sevk edilinceye kadar bekletilmesi amacıyla yapılmış yerleri* ifade eder (YGİY, m. 4). Gözaltına alınan kişi serbest bırakılmadıkça nezarethane dışında bulunduğu sürelerin de gözaltı süresine ait olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır¹⁷⁹.

Gözaltına alınanın tutulacağı yer açısından çocukların durumu özel olarak düzenlenmiştir. Gözaltına alınan çocuklar büyüklerle aynı yerde

¹⁷⁷ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 330.

¹⁷⁸ **Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 834.

¹⁷⁹ **Toroslu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 214.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

bulundurulamaz. Bunlar *kolluğun çocuk biriminde* tutulurlar. Şayet çocuğun gözaltına alındığı yerde *kolluğun çocuk birimi bulunmuyorsa çocuklar, gözaltına alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulurlar* (ÇKK m. 16). Yine *çocuğun kollukta bulunduğu sırada yanında yakınlarından birinin bulunmasına da imkan sağlanacaktır* ÇKK m. 31/3). Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarih ve 44/25 sayılı Karar ile kabul edilerek imza, onay ve katılıma açılmış olan ve 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin¹⁸⁰ 37. maddesinin c bendinde de bu husus vurgulanarak "*Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, özellikle, çocuğun yüksek menfaatleri mülahazasıyla bunun yapılmaması /(yetişkinlerden ayrı tutulmaması) gerekli olmadıkça, yetişkinlerden ayrı alınacaktır ve istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla, yazışma ve ziyaretler yoluyla ailesi ile ilişkisini/(irtibatını) sürdürme hakkına sahip olacaktır* hükmüne yer verilmiştir¹⁸¹. Görüldüğü üzere ÇKK'da yer alan hükümler sözleşme hükümlerine de uygundur.

VII. Gözaltına Alınanın Hakim Önüne Çıkarılması

Gözaltına alınan kişi(ler), en geç gözaltı sürelerinin sonunda Cumhuriyet Savcısı tarafından serbest bırakılabileceği gibi, tutuklanması, adli kontrol altına alınması ya da hakim tarafından sorgulanması isteniyorsa hakim önüne çıkarılır: *Gözaltına alınan kişi serbest bırakılmazsa, en geç Kanunda yer alan gözaltı süreleri sonunda Sulh Ceza Hakimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir ve sorguda müdafii de bulunur* (CMK m. 91/6)¹⁸². Kişinin önüne çıkarılacağı Sulh Ceza Hakimi, en yakın Sulh Ceza Hakimidir. Belirtmek gerekir ki gözaltındaki kişiyi Sulh Ceza Hakimi önüne çıkarma yetkisi kollukta değil, Cumhuriyet Savcisindedir¹⁸³.

¹⁸⁰ Sözleşme, Türkiye tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanunla onaylanmıştır -RG, 11.12.1994, sy. 22138-. (Bilgi ve Sözleşmenin çevirisi için bkz.: **Gemalmaz**, Mehmet Semih: İnsan Hakları Belgeleri, C. V, İstanbul 2004, s. 176 vd.).

¹⁸¹ Metin için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. V, s. 208.

¹⁸² Anayasanın 19/5. maddesinde de *yakalanan kişinin en geç gözaltı süreleri sonunda hakim önüne çıkarılması gerektiğini* öngörüldüğü gibi, Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 9/3. ile İHAS'ın 5/3. maddeleri de *yakalanan/gözaltına alınan kişinin derhal bir hakim tarafından ya da yargı erki kullanmakla görevlendirilmiş bir görevlinin önüne çıkarılması gerektiği* hükmüne yer vermiştir (Sözleşme metinler için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. I, s. 7, C. IV, s. 69).

¹⁸³ **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 501.

Maddede **sorguda müdafinde bulunacağı öngörülerek bir “zorunlu müdafilik” hali kabul edilmiştir.** Dolayısıyla gözaltına alınanın müdafii olmaksızın sorgusunun yapılması halinde elde edilen delillerin hukuka aykırılığı söz konusu olacaktır¹⁸⁴. Maddede zorunlu müdafilik kabul edilmiş olmakla birlikte, bunun yanında örneğin tutuklama kararında olduğu gibi (CMK m. 101/3) müdafii olmayan kişiye baro tarafından müdafii görevlendirileceğinin de açık bir biçimde yazılması ve yine müdafii beklenmesi nedeniyle gözaltındaki kişinin özgürlüğünün gereksiz biçimde kısıtlanmaya devam edilmemesi için müdafiiine de makul bir süre önceden haber verileceğinin yer alması yerinde olurdu¹⁸⁵. Maddede açık bir biçimde yer almaması nedeniyle CMK'nın 150. maddesinde yer alan genel bir hüküm niteliğinde olan *şüpheli veya sanığın müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi durumunda istemi halinde kendisine bir müdafii görevlendirileceği* şeklindeki hükümden hareketle kendisine bir müdafii görevlendirilecektir.

Sulh ceza hakimi kişinin serbest bırakılmasına, tutuklanmasına ya da adli kontrole tabi tutulmasına karar verecektir¹⁸⁶.

VIII. Yakalama ve Gözaltı İşlemlerine Karşı Başvuru

Anayasa'nın 19/8. maddesinde de *herhangi bir nedenle özgürlüğü kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurmak hakkına sahip bulunduğu* hükmüne yer verildiği gibi; **İHAS**'ın 5/4. maddesinde “*Yakalanması nedeniyle özgürlüğü kısıtlanan her kişinin, özgürlük kısıtlamasının kanuna uygunluğu konusunda kısa bir süre içerisinde karar vermesi ve kısıtlama hukuka aykırı görüldüğünde bu kısıtlamanın kaldırılmasını emretmesi için bir mahkemeye itiraz etme hakkının bulunduğu*” ve **Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi** 9/4. maddesinde de “*Gözaltına alınma ya da tutuklanma suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herhangi bir kişi, alıkonulmasının hukuka/yasaya uygunluğu konusunu gecikmeksizin karara bağlayabilecek ve bu alıkonulma hukuka/yasaya uygun değil ise salıverilmesi talimatını verebilecek olan bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olacaktır.*” Hükümlerine yer verilmiştir¹⁸⁷.

¹⁸⁴ **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 503.

¹⁸⁵ **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 268.

¹⁸⁶ **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 843; **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 332.

¹⁸⁷ Sözleşme metinleri için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. I, s. 7 ve C. IV, s. 69.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

Bu düzenlemelere uygun olarak CMK da *yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine karşı* bir başvuru olanağı tanımış olup; bu işlemlere karşı, yakalanan kişi, müdafii veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısmı, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için Sulh Ceza Hakimine başvurabilir (CMK m. 91/4).

Sulh ceza hakimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak kararını derhal ve nihayet yirmi dört dolmadan verir. Burada Sulh Ceza Hakimi yirmi dört saatlik süre dolmadan kararını verecek olmakla birlikte maddede de “derhal” ifadesiyle açıkça belirtildiği üzere, herhangi bir zorunluluk bulunmadıkça karar verme süresinin yirmi dört saat içerisinde de uzatılması makul sürede yargılanma hakkına aykırılık oluşturacaktır. Diğer taraftan maddede yer alan “*yirmi dört saat dolmadan*” ifadesinden de açıkça anlaşıldığı üzere, burada kastedilenin yakalama anından yahut da gözaltına alma süresinin uzatılması emri verilmişse bu uzamaya ilişkin yirmi dört saatlik süre dolmadan Sulh Ceza Hakiminin kararını vermesi gereklidir. Aksi halde gözaltına alınmaya ya da gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin başvurunun hiç bir anlamı kalmayacak ve yine makul sürede yargılanma hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

Sulh ceza hakimi yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varırsa başvuruyu reddeder ya da yakalananın soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar verir (CMK m. 91/4). Sulh ceza hakiminin yakalananın soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar verdiğinde, Cumhuriyet Savcısı eğer koşulları varsa kişinin tutuklanmasını veya adli kontrol altına alınmasını hakim veya mahkemeden talep edebileceği gibi, serbest bırakılmasına da karar verebilecektir.

IX. Aynı Eylemden Dolayı Yeniden Yakalama

Gözaltı süresinin dolması veya *Sulh Ceza Hakiminin kararı üzerine* serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan eylemle ilgili olarak yeniden yakalama yapılabilmesi iki koşula bağlanmıştır. Buna göre, gözaltına alınıp da bu iki nedenle serbest bırakılan kişinin aynı eylemle ilgili olarak yeniden yakalanabilmesi için *yeni ve yeterli delil elde edilmesi* ve *Cumhuriyet Savcısının kararı* koşullarının bir arada bulunması gereklidir (CMK m. 91/5). Görüldüğü bu halde Cumhuriyet Savcısının kararı dahi tek başına yeterli olmamakta, eylemle ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmesi gerekmektedir.

Yeni delilden maksat, daha önce gündeme gelmemiş olan delildir. Baştan beri mevcut olmakla birlikte herhangi bir nedenle gündeme gelmemiş delinin, gözaltına alınanın serbest bırakılmasından sonra elde edilmesi ya da gündeme gelmesi durumunda yeni delilin varlığı kabul edilmelidir.

Yeterli delil ise, yakalama (ve gözaltı) işleminin gerçekleştirilebilmesi açısından gerekli olan delildir¹⁸⁸.

Kanunun düzenlemesinde aynı eylemden dolayı yeniden yakalamaya getirilen sınırlama *gözaltı süresinin dolması* veya *Sulh Ceza Hakiminin kararı üzerine* serbest bırakılan kişi açısından kabul edilmiştir. Buna karşı yakalandıktan sonra kendisine haber verilen Cumhuriyet Savcısının yakalama veya gözaltına almanın koşullarının bulunmaması nedeniyle kişiyi serbest bırakması durumunda, bu kişinin yeniden yakalanmasına ilişkin bir engel öngörülmemiştir. Bu durumun da kanunda açıkça öngörülmesi ve aynı koşullara bağlanması gerekirdi.

Yakalanıp serbest bırakıldıktan sonra yeni ve yeterli delillerin varlığı nedeniyle Cumhuriyet Savcısı tarafından yakalanmasına karar verilen kişi yakalandığında artık yeni bir yakalama söz konusu olduğundan gözaltı süreleri yeniden başlayacaktır¹⁸⁹.

X. Gözaltı İşlemlerinin Denetimi

CMK, gözaltı işlemlerinin denetimine ilişkin özel hüküm sevk etmiştir. Buna göre, Cumhuriyet Başsavcıları veya görevlendirecekleri Cumhuriyet Savcıları, adli görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, eğer varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetler ve sonucunu Nezarethaneye Alınanlar Defterine kaydederler (CMK m. 92).

Söz konusu denetim iki işleve sahip olacaktır. Bunlardan birincisi ceza muhakemesinin soruşturma evresinde asıl yetkili olan Cumhuriyet Savcısının verdiği emirler doğrultusunda kolluğun gerçekleştirdiği işlemlerin denetimi; ikincisi ve esas olanı da gözaltı işlemleri ve mekanlarının hukuka ve insan onuruna uygun bir yapıda olmasının sağlanmasıdır¹⁹⁰. Maddenin gerekçesinde de bu denetim sayesinde *yerli yersiz öne sürülen işkence iddialarının ortadan kalkacağı ve kolluğun asılsız iddialardan kurtarılmış olacağı* belirtilmiştir.

“Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi”nde düzenlenen hakların ve özgürlüklerin uygulanmasını izlemek ve değerlendirmek, tanınan hak ve özgürlüklere taraf devletlerin uymalarını sağlamak ve denetlemek üzere kurulan “İnsan Hakları Komitesi”¹⁹¹ Sözleşmenin 7. maddesine ilişkin olarak

¹⁸⁸ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 332.

¹⁸⁹ **Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 837.

¹⁹⁰ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 327.

¹⁹¹ Sözleşmenin 28. maddesine göre kurulan, uzman ve bağımsız 18 üyeli komitenin ilk üyeleri 20.09.1976’da seçilmiş ve ilk oturumunu 21.03-

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

yaptığı 3 Nisan 1992 tarih ve 20 (44) sayılı Genel Yorumu'nda, *özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere etkin koruma sağlamak üzere, bu kişilerin isimleri ve alıkonulduğu yerler ve burada görev yapan personel hakkında resmi kayıtların tutulması ve bu kayıtların, alıkonuların akrabaları ve arkadaşları da dahil ilgili tüm kişilerin ulaşmasına hazır ve bulundurulması gerektiği* belirtilmiştir¹⁹².

İHAM'da kararlarında *gözaltına alınan kimsenin kaydedilmemesinin İHAS'ın 5/3. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır*¹⁹³.

İnsan hak ve özgürlüklerinde gereksiz ve hukuka aykırı kısıtlamaların önüne geçilmesi ve gerçekleştirilen işlemlerin insan onuruna uygun olması bakımından yerinde olan¹⁹⁴ bu düzenlemede CMK'nın 92. maddesinde yapılacak denetimin hangi sıklıkta olacağına ilişkin hiçbir açıklamanın yer alamaması bir eksiklik olmuştur. Yapılacak denetimin çok uzun aralıklarla, örneğin altı ayda ya da yılda bir kez gerçekleştirilmesi bu düzenleme ile getirilen amaca uygun olmayacak ve beklenen yararı sağlamayacaktır¹⁹⁵. Dolayısıyla bu denetimin en geç bir haftalık ya da on beş günlük periyotlarla gerçekleştirilmesinin sağlanmasına yönelik bir düzenleme yapılması doğru olacaktır.

D. Hukuka Aykırı Yakalama veya Gözaltına Alma Sonucunda Elde Edilen Delillerin Durumu

Yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerine ilişkin Kanunda öngörülen koşullara uyulmaması, yakalanan ve gözaltına alınan kişinin haklarının kendisine öğretilmemesi ve öğretilmiş olsa bile bunlara aykırı davranılması bu bağlamda elde edilecek delillerin hukuka aykırılığını gündeme

01.04.1977 tarihleri arasında gerçekleştirmiştir. Komite, sözleşmenin maddelerini yorumlayarak hükmün kapsamını netleştirmektedir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Gemalmaz**, Mehmet Semih: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi – İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul 2002, s. 6 vd).

¹⁹² **Gemalmaz**, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi – İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, s. 247.

¹⁹³ 25.05.1998 tarihli *Kurt* kararı, 08.07.1999 tarihli *Çakıcı* kararı, 13.06.2000 tarihli *Timurtaş* kararı, 14.11.2000 tarihli *Taş* kararı, 27.02.2001 tarihli *Çiçek* kararı, 31.05.2001 tarihli *Akdeniz ve Diğerleri* kararı (Bu konuda ayrıntı için bkz.: **Doğru**, Kişi Özgürlüğü, s. 191 vd.).

¹⁹⁴ **Bayraktar**, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış, s: 2864.

¹⁹⁵ **Ünver**, Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, s. 268.

getirecektir¹⁹⁶. Yakalama veya gözaltına alma koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olmaları halinde, bu tedbirlerin uygulanmaya başlandığı andan itibaren sona erene kadar ele edilecek deliller de hukuka aykırı olacaktır¹⁹⁷. Anayasa'nın 38/6. maddesinde “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” hükmüne yer verildiği gibi; CMK'nın 206/2-a maddesinde de *kanuna aykırı elde edilmiş delilin duruşmada ortaya konulamayacağı* ve 217/2. maddesinde de *yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği* hükmüne bağlanmıştır. Diğer taraftan *hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması* hukuka kesin aykırılık hallerinden birisi olarak kabul edilmek suretiyle, mutlak bir bozma nedeni olarak kabul edilmiştir¹⁹⁸.

E. Hukuka Aykırı Yakalama veya Gözaltına Alma Dolayısıyla Tazminat İstenebilmesi

Anayasa'nın 19. maddesinin son fıkrasında, maddede belirtilen koşullara uyulmaksızın gerçekleştirilen yakalama ve gözaltına alma durumunda kişilerin uğradıkları zararın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, devletçe ödeneceği öngörüldüğü gibi; Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 9/5. maddesinde “*Hukuka aykırı gözaltına alma ya da tutuklamadan mağdur olan herhangi bir kişi, icrası olanaklı bir tazminat hakkına sahip olacaktır*” ve İHAS'ın 5/5. maddesinde de “*Bu maddenin hükümlerine aykırı olarak yakalama/(gözaltına alma) yada (gözaltında/tutuklu*

¹⁹⁶ Bu konuda bkz.: **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1049 vd.

¹⁹⁷ Hukuka aykırı suretle özgürlüğün kısıtlanması, hukuka aykırılığın devam ettiği süre boyunca elde edilen beyanların ceza muhakemesinde değerlendirilmesi yasağına neden olacaktır (BGH 34, 369 m. Anm. Hamm NStZ 1988, 234 - Aktaran, **Schroeder**, Strafprozeß, s. 87-).

¹⁹⁸ Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin ceza muhakemesinde kullanılması yasağına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 551 vd.; **Kaymaz**, Seydi: Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1997, s. 247 vd.; **Öztürk**, Bahri: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, in: HPD, sy. 3, Nisan 2005, s. 131 vd.; **Öztürk**, Bahri: Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995, s. 27 vd.; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 442 vd.; **Şen**, Ersan: Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998, s. 90 vd.; **Ünver**, Yener: Deliller ve Değerlendirilmesi, in: Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Yıl: 3, sy. 32, s. 2885 vd.; **Yıldız**, Ali Kemal: Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 184 vd.; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 253 vd.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

olarak) alıkonulma tasarrufunun mağduru olan her kişi icra edilebilir bir tazminat alma hakkına sahip olacaktır.” hükümlerine yer verilmiştir¹⁹⁹. CMK’da buna uygun olarak 141 vd. maddelerinde, haksız yakalanan veya gözaltına alınan kimselere tazminat hukukunun genel prensiplerine göre (CMK m. 142/6) tazminat ödenmesini düzenlemiştir²⁰⁰. Buna göre, haksız bir yakalama veya gözaltından dolayı CMK’nın 141 vd. maddeleri bağlamında tazminat talep edilmesi mümkün olabileceği gibi, bireysel başvuru yoluyla İHAM’a da gidilebilecektir²⁰¹.

CMK’nın 141 vd. maddeleri de hangi durumlarda koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istenebileceğini düzenlenmiş bulunmaktadır²⁰². Buna göre,

¹⁹⁹ Sözleşme metinleri için bkz.: **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, C. IV, s. 69 ve C. I, s. 7).

²⁰⁰ Ödenecek tazminatın *tazminat hukukunun genel prensiplerine göre* belirlenmesi ile mağdurların zararını gerçekten tazmin etmekten uzak olan düşük tazminat miktarlarına hükmedilmesini önlemek amaçlanmıştır (**Hakeri**, Hakan: Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamının Yenilenmesi Halinde Tazminat, in: HPD, sy. 3, Nisan 2005, s. 109; Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Hakeri**, Hakan: Anayasa Değişik Madde 19/son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu, in: Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C. III, İstanbul 2003, s. 767-783).

²⁰¹ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 210.

²⁰² 5271 sayılı CMK öncesi 7.5.1964 tarih ve 466 sayılı “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun” konuyu düzenlemekte iken (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Alacakaptan**, Uğur: Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti, in: AÜHFD, Yıl: 1961, C. 18, sy. 1-4, s. 185 vd.; **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 225 vd.; **Demirbaş**, Timur: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama, in: İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1996, sy. 3, s. 15 vd.; **Erem**, Faruk: Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat, Adalet Dergisi, Yıl: 1964, sy. 7-8, s. 714 vd.; **Hakeri**, Hakan: Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Ankara 1999, s. 81 vd.; **Tezcan**, Durmuş: Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama –Önleyici ve Giderici Tedbirler-, İzmir 1989, s. 73 vd.), bu Kanun, 23.03.2005 tarih ve 5320 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un 18/1-c maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bununla birlikte aynı kanunun 6. maddesine göre, CMK’nın “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” hükümlerini düzenleyen 141 ila 144. maddeleri 1 Haziran

suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, *kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan; kanuni gözaltı süresi içerisinde hakim önüne çıkarılmayan; kanuna uygun olarak yakalandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilen; mahkum olup da gözaltı süreleri, hükümlülüklerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan; yakalama nedenleri ve haklarındaki suçlamalara kendilerine yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözle açıklanmayan; yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebilirler (CMK m. 141)*

CMK'nın 323/3. maddesi *yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkumiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararların CMK'nın 141-144. maddeleri hükümlerine göre tazminini öngörmüştür*²⁰³. Bu hükümde mahkumiyet kararının kısmen veya tamamen infazından söz edilmiş olmakla birlikte, aynı kapsamda haksız bir yakalama veya gözaltı söz konusu ise, bundan kaynaklanan maddi ve manevi zararların da ödenmesi gereklidir. Burada kişinin hak ve özgürlüklerine yönelik bir kısıtlama bulunmayıp, aksine haklarını korumaya yönelik bir durum söz konusu olduğundan madde hükmü örneksime (kıyas) yoluyla haksız yakalama veya gözaltına alma durumunda da uygulanabilecektir.

Buna karşı *kanuna uygun olarak yakalanmış olup ta gözaltı süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler; tazminata hak kazanmadığı halde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hale dönüşenler; genel veya özel af, şikayetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kumu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler; kusur yeteneği bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler; adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını*

2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanacaktır. Bu tarihten önceki işlemler hakkında ise, 466 sayılı Kanun uygulanmaya devam edecektir.

²⁰³ Bu düzenlemeyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne eklenen 7 numaralı protokolün 3. maddesinin 1998 tarihli 11 Numaralı protokol ile değişik hükmünün öngördüğü gereklilik yerine getirildiği gibi; Ülkemizce onaylanan Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14/6. maddesinde yer alan *bir suçtan dolayı mahkum olup da mahkumiyetin adli hata dolayısıyla kaldırıldığı hallerde tazminat ödenmesini* öngören hükmünün de uygulanması açısından yerinde olmuştur (**Hakeri**, Hakan: Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat, in: HPD, sy. 3, Nisan 2005, s. 108).

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

bildirerek gözaltına alınmasına neden olanlar tazminat isteyemezler (CMK m. 144). Yine kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak hakkında kamu davası açılarak mahkum edilenlerle, yargılamanın aleyhe yenilenmesi sonucunda beraat kararı kaldırılıp mahkum edilmiş olanlara ödenmiş tazminatın mahkumiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet Savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararlarla kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanmak suretiyle geri alınır (CMK m. 143/1).

Başlangıçta kanuna uygun olarak yakalanmış olan kişiler hakkında sonradan kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraata ilişkin bir karar verilmesi durumunda ve yine yakalananın gözaltında geçirdiği süre hükümlülük süresinden fazla olması durumu ile işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezanın uygulanması durumunda **bu kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirmek ve bu durumu verilen karara geçirmek zorundadırlar (CMK m. 141/2)**. Anayasa'nın 40. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 Sayılı Kanun'un 16. maddesi ile 2. fıkra olarak eklenen "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*" hükmüne de uygun olan bu düzenlemenin yerinde olduğu konusunda şüphe yoktur²⁰⁴.

Kanun koyucu, tazminat istemine ilişkin başvuru süresi için bir sınır koymuş olup, bu başvurunun karar veya hükmün kesinleşmesinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilecektir (CMK m. 142/1). Beraat kararlarının tebliğ edilmemesi nedeniyle başvuru süresinin başlamadığının kabul edilmesine ve bu nedenle de başvuru süresinin uzamasına neden olan²⁰⁵ uygulamayı ortadan kaldırma amacını taşıyan bu düzenlemeye göre, kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraata ilişkin kararların kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde yapılmayan tazminat başvuruları artık süre yönünden dikkate alınmayacaktır.

Anayasa'nın 19. maddesinin son fıkrası ile getirilen hukuka aykırı yakalama ve gözaltına alma durumunda *kişilerin uğradıkları zararın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, devletçe ödeneceği* hükmü ile, hukuka aykırı olarak yakalama veya gözaltına alma işlemini gerçekleştiren kişiye devlet tarafından rücu edilmesi olanağı getirilmişti²⁰⁶. Bu olanak CMK'da da açık bir hüküm olarak yer bulmuştur: "*devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma*

²⁰⁴ **Hakeri**, Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat, s. 109.

²⁰⁵ **Hakeri**, Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat, s. 109.

²⁰⁶ **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 504.

tedbiriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder” (CMK m. 143/2). Bunun yanında iftira veya yalan tanıklık nedeniyle bir gözaltına alma söz konusu olur ve bu gözaltı nedeniyle devletin tazminat ödemesi söz konusu olursa, Devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu edecektir (CMK m. 143/3).

Kanun koruma tedbirleri nedeniyle istenecek tazminat istemimin hangi mahkemede görüleceğini ve davanın usulünü de göstermiştir²⁰⁷. Tazminat istemi konusunda karar verecek olan mahkeme kural olarak kararını duruşmalı olarak verecek, ancak istemde bulunan ve hazine temsilcisi, açıklamalı kağıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilecektir (m. 142/7)²⁰⁸.

²⁰⁷ MADDE 142.- “... (2) İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işleme ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.

(3) Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir.

(4) Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi halde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksikliği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

(5) Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.

(6) İstem ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir.

(7) Mahkeme, istemde bulunanı, Cumhuriyet Savcısını ve Hazine temsilcisini dinledikten sonra kararını verir. Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kağıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.

(8) Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet Savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır”.

²⁰⁸ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, haksız gözaltı nedeniyle Türkiye’ye karşı başvuruda bulunan Göç’ün davasında başvurucuya gözaltında tutulmasının yarattığı kaygı ve üzüntüden kaynaklanan manevi zararlarını ilk derece

F. Gözaltında Geçen Sürenin Mahkumiyet Hükümünden İndirilmesi (Mahsubu)

Kişi yapılan yargılama sonucunda hapis cezasına mahkum olacak olursa, bu eylem nedeniyle gerçekleşen gözaltı süresi bu mahkumiyet hükmünden düşülecektir. Şayet mahkumiyet hükmü para cezasına ilişkin ise, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılacaktır (TCK m. 63; m. 17).

5237 sayılı TCK'da açık bir hükümle hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşen ve kişisel özgürlüğü kısıtlayan bütün sürelerin mahkumiyet hükmünden indirileceğinin öngörülmesi sonucunda bu konuda bir tereddüt bulunmamaktadır. 765 sayılı TCK'nın 40. maddesinde genel olarak *tutuklu kalınan sürenin ceza mahkumiyetinden indirileceği* hükmü bulunmakla birlikte, o zaman da öğretideki ağırlıklı görüş²⁰⁹ ve Yargıtay'da kararlarında gözaltında geçen sürenin mahkumiyet hükmünde mahsubunun gerektiğini kabul ediyordu²¹⁰. 5237 sayılı TCK'nın düzenlemesi ile bu konuda herhangi bir tereddüde yer kalmamış, Kanun açık ifadesi ile, hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve özgürlüğü kısıtlayan bütün sürelerin mahkumiyet hükmünden indirileceği kabul edilmiştir. Gözaltında geçen sürenin sadece Türkiye'de değil, yabancı ülkede olması da indirim engel olmayıp, bir suçtan dolayı yabancı ülkede gözaltına alınma halinde, bu süre de Türkiye'de verilecek mahkumiyet hükmünden indirilecektir (TCK m. 16).

G. Hukuka Aykırı Yakalama ve Gözaltına Alma Eyleminden Dolayı Sorumluluk

Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen yakalama ve gözaltına alma eylemlerinin yukarıda açıklanan elde edilen delillerin kullanılmaması, tazminat sorumluluğu doğurması gibi sonuçları yanında bu eylemi gerçekleştirenler açısından cezai anlamda da sorumluluğu gerektirecektir.

mahkemesi önünde sözlü olarak açıklama imkanı tanınması gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre bunlar yalnızca dava dosyası incelenmek suretiyle karara bağlanabilecek teknik meseleler değildir. Mahkeme, başvurucuya kamunun denetimine tabi olan iç hukuk mahkemeleri önünde kişisel durumunu anlatabileceği bir duruşma düzenlenmesi halinde adaletin daha iyi yerine getirilebileceği kanısındadır (Hakeri, Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat, s. 109).

²⁰⁹ Bu konuda bkz.: **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 216-217; **İçel**, Kayıhan: Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkumiyetlerinden Mahsubu, in: İHFM, C. XXXIX, Yıl: 1963, sy. 3, s. 572.

²¹⁰ Bu konuda Yargıtayın örnek kararları için bkz.: **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s. 216, dn. 31.

Koşulları bulunmaksızın kişinin yakalanması ve gözaltına alınması kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu (TCK m. 109)²¹¹ oluşturabilecektir²¹². 5237 sayılı TCK kişiyi özgürlükten yoksun kılma suçunu 109. maddesinde düzenlemiş olup, suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesini de cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir.

Yakalama sırasında ve sonrasında gerçekleştirilecek orantısız zor kullanılması, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri, yani kolluk açısından TCK'nın 256. maddesinde düzenlenmiş olan "zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" suçunu²¹³ oluşturabilecektir. Zor kullanma yetkisinin bulunmadığı durumlarda kamu görevlileri tarafından ve özel kişilerce gerçekleştirilen yakalamalarda orantısız zor kullanımı durumunda ise eylem kasten yaralama suçunu (TCK m. 86)²¹⁴ oluşturabilecektir.

Bunun dışında kamu görevlilerinin yakalama ve gözaltına alma eylemleri sırasında gerçekleştirecekleri eylemler, özel bir suç tipini oluşturmadığı durumlarda TCK'nın 257. maddesinde düzenlenmiş olan "görevi kötüye kullanma" suçunu²¹⁵ oluşturabilecektir.

²¹¹ TCK m. 109/1: "*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*"

²¹² Bu konuda bkz.: Yukarıda 61. dipnotta verilen Yargıtay "Y. 4. CD, 5.11.2003, E. 2002/28544, K. 2003/10778" kararı.

²¹³ TCK m. 256: "*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*"

²¹⁴ TCK m. 86/1: "*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

²¹⁵ Kanun koyucu kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmayı ve görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermeyi görevi kötüye kullanma suçu olarak düzenlemiştir. TCK m. 257: "*(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Kaynaklar

Alacakaptan, Uğur: Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti, in: AÜHFD, Yıl: 1961, C: 18, sy: 1-4, s: 185-221.

Bayraktar, Köksal: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış, in: Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, sy. 32, Ağustos 2005, s: 2863-2869.

Beulke, Werner: Strafprozeßrecht, 3. Auflage, Heidelberg 1998.

Centel, Nur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992.

Centel, Nur / **Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2005.

Centel, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, İstanbul 2005.

Cihan, Erol/**Yenisey**, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1997.

Çınar, Ali Rıza: Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi, in: "Polis ve Hukuku"ndan –Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey- ayrı bası, İstanbul 2005.

Demirbaş, Timur: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama, in: İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1996, sy: 3, s: 15 vd.

Demirbaş, Timur: Kişi Güvenliği, in: İHFM, C: XLIII, Yıl: 1977, sy: 1-4, s: 149-172.

Doğru, Osman: Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu, İn: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu (26-27 Eylül 2003), Ankara 2004, s: 181-286.

Dönmezer, Sulhi / **Ermann**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, C: II, 12. Bası, İstanbul 1999.

Erem, Faruk: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, Ankara 1996, s: 274.

Erem, Faruk: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara 1986.

Erem, Faruk: Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat, Adalet Dergisi, Yıl: 1964, sy: 7-8, s: 714-731.

Gemalmaz, Mehmet Semih: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi – İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul 2002.

Gemalmaz, Mehmet Semih: İnsan Hakları Belgeleri, C: I, İstanbul 2003.

Gemalmaz, Mehmet Semih: İnsan Hakları Belgeleri, C: IV, İstanbul 2004.

Gemalmaz, Mehmet Semih: İnsan Hakları Belgeleri, C: V, İstanbul 2004.

Gölcüklü, Feyyaz / **Gözübüyük**, A. Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994.

Gölcüklü, Feyyaz: Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama – Tevkif) – (Türk Hukukunda), Ankara 1956.

Gössel, Karl Heinz: Strafverfahrensrecht, Stuttgart 1977.

Hafizoğulları, Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi, in: İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C: III, sy: 4, Kasım 1995, s:14-20.

Hakeri, Hakan: Anayasa Değişik Madde 19/son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu, in: Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C: III, İstanbul 2003, s: 767-783.

Hakeri, Hakan: Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Ankara 1999

Hakeri, Hakan: Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat, in: HPD, sy: 3, Nisan 2005, s: 108-109.

Hellmann, Uwe: Strafprozeßrecht, Berlin- Heidelberg 1998.

İçel, Kayıhan: Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkumiyetlerinden Mahsubu, in: İHFM, C: XXXIX, Yıl: 1963, sy: 3, s: 560-579.

Kantar, Baha: Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957.

Kaymaz, Seydi: Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1997.

Keskin, Serap: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, in: İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s: 64-97.

Kleinknecht, Theodor / **Meyer-Goßner**, Lutz: Strafprozeßordnung, 43. Auflage, München 1997.

Kunter, Nurullah / **Yenisey**, Feridun / **Nuhoğlu**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2006.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü, 13. Bası, İstanbul 2005.

Kunter, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989.

Kuzu, Burhan: Türk Anayasa Hukukunda ve Muhtelif Kanunlarda Yakalama Müessesesi, in: İHFM, C: LI, sy: 1-4, Yıl: 1985, s: 137-195.

Kühne, Hans-Heiner: Strafprozeßrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1999.

Künhe, Hans-Heiner: Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri, in: HPD, sy: 3, Nisan 2005, s: 44-47.

Malkoç, İsmail / Güler, Mahmut: Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Birinci Cilt, Ankara 1998.

Özbek, Veli Özer:CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005.

Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.

Özen, Muharrem: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Gizli Soruşturma Tedbirleri, in: TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Seminer Tebliğleri, (10-11 Şubat 2006), Ankara 2006, s. 305-324.

Özgenç, İzzet: Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler, in: İstanbul Barosu Dergisi, C: 68, sy: 1-2-3, Ocak-Şubat-Mart 1994, s: 90-101.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Ankara 2006.

Öztürk, Bahri: Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu, Panel Konuşması (1 Nisan 2005 - Çanakkale), in:Türk Ceza Kanunu Reformu, Üçüncü Kitap, Ankara 2005, s. 93 vd.

Öztürk, Bahri: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, in: HPD, sy: 3, Nisan 2005, s: 131-136.

Öztürk, Bahri: Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995

Peters, Karl: Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1985

Pfeiffer, Gerd: Strafprozeßordnung Kommentar, 5. Auflage, München 2005.

Rüping, Hinrich: Das Strafverfahren, 3. Auflage, München 1997.

Schroeder, Friedrich Christian: Strafprozeßrecht, 2. Auflage, München 1997

Sokulu-Akıncı, Polis, Bir Toplumsal Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990, s: 175.

Sokulu-Akıncı, Füsün: A.B.D. Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri ve Amerikan Uygulaması, in: Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, s. 215-229.

Soyaslan, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2006.

Sözüer, Adem / **Tekdağ**, Kenan: Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?, in: HPD, sy: 3, Nisan 2005, s: 48-62.

Şahin, Cumhur: Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005

Şahin, İlyas: Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, 2. Baskı, Ankara 2004.

Şen, Ersan: Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998.

Taner, Tahir: Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955.

Tezcan, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Sancakdar**, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002.

Tezcan, Durmuş: Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama – Önleyici ve Giderici Tedbirler-, İzmir 1989.

Toroslu, Nevzat: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1999.

Tosun, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C: I, Genel Kısım, 4. Baskı, İstanbul 1984.

Türkiye Barolar Birliği CMUK Tasarısı Komisyonu Tarafından Hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Tasarı Taslağı, Ankara 2004.

Ünver, Yener / **Hakeri**, Hakan: Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

Ünver, Yener: Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma, in: TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Seminer Tebliğleri, (10-11 Şubat 2006), Ankara 2006, s: 265-282.

Ünver, Yener: Deliller ve Değerlendirilmesi, in: Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Yıl: 3, sy: 32, s: 2885-2913.

Ünver, Yener: Yakalama ve Gözaltı, in: Polis ve Yeni Ceza Adaleti Sistemi Sempozyumu (Aksaray Polis Meslek Yüksekokulu - 11.03.2005), İstanbul 2005, s. 91-95.

Volk, Klaus: Strafprozeßrecht, 2. Auflage, München 2001.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma

Yenisey, Feridun: İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Mart Haziran 1995), Ankara 1995.

Yenisey, Feridun: Milletlerarası Ceza Hukuku – Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı, İstanbul 1988.

Yenisey, Feridun: Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987

Yıldız, Ali Kemal: Adli Aramalarla İlgili Getirilen Yenilikler, Hakim-Savcı-Kolluk İlişkisi, in: Emniyet Genel Müdürlüğü, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri (10-11 Şubat 2006) Ankara 2006, s: 221-229.

Yıldız, Ali Kemal: Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002.

Yıldız, Ali Kemal: Kabahatler Kanunu – Uygulama ve Sorunlar, in: TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Seminer Tebliğleri, (10-11 Şubat 2006), Ankara 2006, s:191-200.

Yıldız, Ali Kemal: Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” Çerçevesinde Arama ve Uygulaması, in: Polis Dergisi (Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan), Yıl: 9, sy: 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, s: 251-259.

Yokuş Sevük, Handan: 5271 Sayılı CMK’da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, in: HPD, sy: 3, Nisan 2005, s: 63-70.

Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2005.

Yurtcan, Erdener: CMK Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 2005.

Yüce, Turhan Tufan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968.

Tez Özetleri

TÜRK VERGİ HUKUKUNDA İDARENİN TAKDİR YETKİSİ*

Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN**

Özet

Vergi hukuku ile idare hukuku arasında çok sıkı bir ilişki vardır. İdare hukukuna ait birçok kavram vergi hukukunda da geçerlidir. Bu kavramlardan biri de takdir yetkisidir. Vergi hukukunun temel ilkelerinden biri vergilerin kanuniliği ilkesidir. Bu ilke vergilerin ancak kanunla konulmasını, vergilendirme yetkisine yasama organının sahip olmasını ifade eder. Bu ilke aynı zamanda vergi idaresinin vergilendirme alanında oldukça sınırlı bir takdir yetkisine sahip olabileceği anlamına da gelmektedir.

Anayasaya göre Bakanlar Kuruluna vergi oranları konusunda aşağı ve yukarı sınırları belirtmek şartıyla değişiklik yapma yetkisi verilebilir. Ayrıca Maliye Bakanlığı da çeşitli izinlerin verilmesi ve belli kararların alınmasında takdir yetkisine sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Türk Vergi Hukuku, Takdir Yetkisi, Vergi İdaresi, Vergi Hukuku.

Abstract

There is a strong relationship between administrative law and tax law. Many of the administrative law concepts are also used in tax law. One of these concepts is discretionary power. The principle of legality is one of the basic principles of tax law. It means that no tax should be taken without depending on a tax code and taxation power belongs to the parliament. This principle also means that tax administration can only have a limited discretionary power in tax law.

According to the constitution, the parliament can grant discretionary power to the Council of Ministers concerning tax rates. The Council of Ministers may be granted with the authority to amend tax rates or the amounts subject to tax. Also the Ministry of Finance has discretionary power on giving various permissions and taking certain decisions.

* Bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında hazırlanan ve 16.6.2006 tarihinde oybirliği ile başarılı bulunan aynı adlı doktora tezinin özetidir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

Keywords: Turkish Tax Law, Discretionary Power, Tax Administration, Tax Law.

I. GİRİŞ

İdarenin takdir yetkisi genel bir ifadeyle, idarenin serbest hareket edebilme, karar alabilme yetkisi olarak tanımlanabilir. İdare hukuku alanında idarenin takdir yetkisi, önemli bir fonksiyona sahiptir. Dolayısıyla idare hukukçuları tarafından bu konu üzerinde çokça durulmuş ve bu konuyla ilgili olarak detaylı incelemeler yapılmıştır. İdarenin takdir yetkisi, idare hukuku alanında çok fazla incelenmesine rağmen, vergi hukuku alanında bağımsız bir inceleme konusu yapılmamıştır. Bunun sebebi olarak vergi hukukunun kendisine özgü nitelikleri gösterilebilir.

Vergi hukukunda kanunilik ilkesinin büyük bir önemi vardır. Vergilerin kanuniliği ilkesi bir bakıma vergi hukukunun temelini oluşturmaktadır. Vergilerin kanuniliği ilkesi, vergilendirme yetkisine yasama organının sahip olmasını ifade eder. Bu ilke aynı zamanda vergilendirme konusunda idareye yetki tanınmayacağı anlamına da gelmektedir.

Vergilerin kanuniliği ilkesi dolayısıyla, bu hukuk dalında idarenin yetkisinin kural olarak bağlı olduğu ve takdir yetkisinin istisnai bir nitelik taşıdığı yönünde doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Bu durum vergi hukukunda idarenin takdir yetkisi ile ilgili olarak bağımsız bir inceleme yapılmasını da zorlaştırmıştır. Dolayısıyla, vergi idaresine vergilendirme konusunda yetki tanınıp tanınmayacağı, bu bağlamda vergi idaresinin takdir yetkisine sahip olup olamayacağı konusunun ve bunun gerekçelerinin ortaya konulması büyük bir zorunluluk arz etmektedir.

II. VERGİ İDARESİ KAVRAMI VE TÜRK VERGİ İDARESİNİN YAPISI

A. VERGİ İDARESİ KAVRAMI

Malî idare, kamu gelirlerinin toplanması, idaresi ve kamu giderlerinin idaresini, bunlarla ilgili kanunî düzenleme ve uygulamaları kapsamaktadır. Malî idarenin yalnızca vergilerin toplanması, idaresi, vergi politikalarının uygulanması ile ilgili bölümü ise gelir idaresi olarak da adlandırılan vergi idaresini oluşturmaktadır¹.

Vergi idaresi, çeşitli anlamlara gelmektedir. Bu yüzden doktrinde vergi idaresi, bazen vergi sisteminin yürütülmesi ve uygulanması ile ilgili kuralları²,

¹ AKDOĞAN Abdurrahman, **Kamu Maliyesi**, Ankara 2005, s. 490, 496; TEZCAN Keramet, **Türk Vergi İdaresinde Verimlilik ve Etkinlik**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2002, s. 33.

² ERDEM Burhan, **Vergi Yönetimi ve Örgütlenmesi**, Eskişehir 1981, s. 9-10.

bazen bir teşkilâtı³ ifade eder şekilde tanımlandığı gibi, bazen de her ikisini kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır⁴. Doktrindeki bir tanıma göre geniş anlamda vergi idaresi, vergilerin yürütülmesi ve uygulanması ile ilgili kurallar bütünü, diğer bir deyişle vergilendirme sürecine ilişkin tarh, tahakkuk, tahsil kavramlarıyla vergi denetimini yani, şekli vergi uygulamalarını ifade eder. Dar anlamda vergi idaresi ise vergi hizmetlerini yürüten birimi yani, vergi örgütünü ifade eder⁵. Görüldüğü gibi geniş anlamda vergi idaresi olarak fonksiyonel (maddî, işlevsel) vergi idaresi; dar anlamda vergi idaresi olarak ise organik (yapısal, uzvî) vergi idaresi tanımlanmıştır.

Vergi idaresini teşkilât olarak ele alan bir yazara⁶ göre vergi idaresi kısaca, vergi alacaklısı konumunda bulunan devletin vergiye ilişkin hak ve ödevlerini yerine getiren organlar olarak tanımlanabilir. Daha detaylı tanım yapan diğer bir yazara⁷ göre ise “vergi idaresi, vergi kanunları ile kendisine mükelleflerin tespiti, vergilerin tarhı, gerçekleştirilmesi ve tahsili ve genel olarak vergi kanunlarının ve usul hükümlerinin uygulaması görevi ve yetkisi verilen idaredir”. Bu tanımda vergi idaresi isabetli bir şekilde sadece belli görevleri olan değil, aynı zamanda kendisine yetki verilen bir idare olarak belirtilmiştir.

Vergi idaresini tanımlarken fonksiyonel ve organik anlamda vergi idaresini birlikte ele alıp incelemek gerekir. Vergi idaresinin vergi hukukuna ilişkin sınırlı da olsa bir düzenleme yapma yetkisi, düzenleme fonksiyonu bulunmaktadır. Bu açıklamalar doğrultusunda, vergilendirmeye ilişkin her türlü idarî işlemler, idarî faaliyetler fonksiyonel anlamda vergi idaresini oluşturmaktadır. Buna göre vergilendirmeye ilişkin genel düzenleyici işlemler; tarh, tahsil gibi bütün idarî işlemler ve tüm idarî faaliyetler fonksiyonel anlamda vergi idaresini oluşturmaktadır.

Vergi idaresi organik anlamda yani teşkilât olarak tanımlanırken, fonksiyonel anlamda vergi idaresi tanımı da dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla vergi idaresini sadece vergi hizmetlerini yürüten, verginin tarh ve tahsil işlemlerinde görev alan organ olarak görmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

³ TEZCAN, s. 33.

⁴ SEZER Cemal, **Türk Vergi Yönetiminde Örgütlenme ve Türkiye’de Vergi Yönetiminin Örgütlenmesi İçin Bir Model Önerisi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1996, s. 5.

⁵ SEZER, s. 5; Başka bir yazar ise, vergilerin yürütülmesi ile ilgili kurallar bütünü vergi idaresinin dikey kapsamı; vergi örgütünü ise vergi idaresinin yatay kapsamı olarak tanımlamaktadır. Bkz.: TEZCAN, s. 33, dn. 89.

⁶ KIRBAŞ Sadık, **Vergi Hukuku**, Ankara 2003, s. 157.

⁷ ÖZER İlhan, **Vergileme İlkeleri ve Türk Vergi Sistemi**, Ankara 1997, s. 54.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

Böyle bir yaklaşım, vergi idaresini tamamen pasif olarak görmek anlamına gelir. Halbuki bütün bunların yanı sıra vergi idaresinin sınırlı da olsa vergilendirmeye ilişkin olarak düzenleme yapma yetkisi de mevcuttur. Özellikle Bakanlar Kurulunun, Anayasanın 73/4. maddesi kapsamında vergilendirmeye ilişkin düzenleme yapma yetkisi vardır. Bu bakımdan Bakanlar Kurulu vergilendirmede müstesna bir yere sahiptir. Bakanlar Kurulu dışında Maliye Bakanlığının da vergiler konusunda genel tebliğ, genelge gibi idarî işlemler vasıtasıyla düzenleme yapma yetkisi vardır. İşte, vergilere ilişkin hak ve ödevleri, bunların usûl ve esaslarını düzenleyen ve belirten nitelikte idarî işlemler olan gerek Bakanlar Kurulu kararları ve gerekse Maliye Bakanlığının işlemleri fonksiyonel anlamda vergi idaresi kapsamı içinde yer alır. Dolayısıyla fonksiyonel anlamda vergi idaresi kapsamındaki fonksiyonları yerine getiren organlar da doğal olarak vergi idaresi kapsamında mütalâa edilmelidir.

Bu bilgiler ışığında vergi idaresini, dar ve geniş anlamda olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutarak tanımlamak mümkündür. Dar anlamda vergi idaresi, genel idare içinde vergilendirmeye ilişkin fonksiyon ifa eden organlar olarak tanımlanabilir. Diğer bir deyişle genel idare içinde vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahip olan, vergiye ilişkin hak ve ödevleri belirleyen ve yerine getiren organlar, dar anlamda vergi idaresini oluştururlar. Geniş anlamda vergi idaresi ise, yürütme organı içinde vergilendirmeye ilişkin fonksiyon ifa eden organlar olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle yürütme organı içinde vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahip olan, vergiye ilişkin hak ve ödevleri belirleyen ve yerine getiren organlar, geniş anlamda vergi idaresini teşkil eder. Bu çerçevede Maliye Bakanlığı ve taşra teşkilâtı dar anlamda vergi idaresini oluşturur. Geniş anlamda vergi idaresi ise, dar anlamda vergi idaresine ilaveten Bakanlar Kurulunu da içerir. Çalışma kapsamında vergi idaresi geniş anlamda kullanılacak ve onun takdir yetkisi inceleme konusu yapılacaktır.

B. TÜRK VERGİ İDARESİNİN YAPISI

Bir ülkedeki vergi idaresinin yapısının oluşumunda, o ülkedeki vergi politikası etkili olmaktadır. Farklı vergi sistemleri, farklı idarî düzenleri gerektirir. Vergi politikası sadece idarenin faaliyeti üzerinde değil aynı zamanda idarenin organizasyonu ve yapısı üzerinde de etkilidir⁸.

Maliye Bakanlığı, merkez ve taşra teşkilâtı olarak örgütlenmektedir. Bakanlığın merkez teşkilâtı ana hizmet birimleri, danışma ve denetim birimleriyle yardımcı birimlerden oluşur. Maliye Bakanlığı'nın taşra teşkilâtı illerde defterdarlıklardan ve ilçelerde ise defterdarlığa bağlı mal müdürlüklerinden oluşmaktadır. İllerde Maliye Bakanlığı'nın baş yetkilisi

⁸ "Tax Administration", <http://www1.worldbank.org/publicsector/tax/theme4.html>

defterdar, ilçelerde ise mal müdürüdür. 5345 sayılı Kanunla⁹ defterdarlıklara ve mal müdürlüklerine bağlı gelir birimleri kaldırılmıştır.

Vergi işlemleri ve vergi uygulamalarıyla görevli esas birim Gelir İdaresi Başkanlığıdır. 5345 sayılı Kanunla Maliye Bakanlığının merkez teşkilâtının ana hizmet birimleri içinde yer alan Gelirler Genel Müdürlüğü kaldırılmış ve yerine Maliye Bakanlığına bağlı kuruluş şeklinde Gelir İdaresi Başkanlığı kurulmuştur. Gelir İdaresi Başkanlığı, merkez ve taşra teşkilâtından ibarettir. Başkanlığın merkez teşkilâtında ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimleri bulunmaktadır. 5345 sayılı Kanunun 23. maddesine göre Gelir İdaresi Başkanlığının taşra teşkilâtı, doğrudan merkeze bağlı vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı kurulmayan yerlerde aynı görev ve yetkilere sahip vergi dairesi müdürlüklerinden oluşmaktadır.

Vergi idaresinin takdir yetkisinin ortaya konulabilmesi bakımından bazı komisyonların da ele alınması gerekmektedir. Vergi Usûl Kanunu'nun (VUK) Dördüncü Kısımında takdir, ziraî kazançlar ve özel komisyonlar düzenlenmiştir. Bunların yanı sıra uzlaşma komisyonları da bulunmaktadır. Vergi dairesi başkanlıklarının kuruluşuyla ilgili olarak çıkarılan Yönetmeliğin¹⁰ 22. maddesinde, komisyonların vergi dairesi başkanlıklarına bağlı olduklarına dair hüküm yer almaktadır. Her ne kadar bazı komisyonlar vergi idaresi dışındaki seçilmiş kişilerden de oluşmaktaysa da bunları geniş anlamda idare tanımına giren kamu kuruluşları olarak kabul etmek gerekir¹¹. Dolayısıyla bu komisyonların vergi idaresi yapısı içinde yer aldığına dair hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

⁹ 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, RG., 16.5.2005, S. 25817.

¹⁰ Vergi Dairesi Başkanlıklarının Kuruluş ve Görev Yönetmeliği, RG., 7.9.2005, S. 25929.

¹¹ CANDAN Turgut, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Ankara 2001, s. 151; "(Takdir komisyonları), maliye idaresinin organik şeması içerisinde yer almıyor olmalarına karşın, yapmakta oldukları görevler ve bu görevleri yaparken kullandıkları yetkiler (kamu gücü ayrıcalıkları) bakımından, maddi anlamda birer idari birimlerdir. Bu nedenle de, Türk İdaresinin işleyişine hakim olan "İdari Rejim"e tabidirler. Bunun anlamı; takdir komisyonlarının da, diğer idari birimler gibi, kendi görev alanlarıyla ilgili konularda, yasayla verilen kamu gücü kullanma yetkisiyle gerekli araştırma ve incelemeleri kendiliklerinden yaparak, mükellefler ve vergi idarelerini bağlayıcı nitelikte karar alabilmeleridir". DVDDGK, 7.5.2004 gün ve E. 2004/17, K. 2004/56(karşioy), <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=23151>

III. VERGİ HUKUKUNDA İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

Vergi hukukunun idare hukuku ile diğer hukuk dallarından farklı olarak daha sıkı bir ilişkisi mevcuttur¹². Vergi hukukunun bir kısım kavramları, tamamen idare hukukunun genel kavramlarına dayanmaktadır. İdarî işlem teorisi, idare hukuku alanından tümüyle vergi hukuku alanına yansımaktadır. Nitekim VUK'un 20. maddesinde tarh işlemi, bir idarî işlem olarak tanımlanmıştır. Kanunî idare ilkesi, bağlı yetki ve takdir yetkisi gibi idare hukuku kavramları tümüyle vergi hukukuna yansımış bulunmaktadır¹³.

Vergi hukukunda idarenin takdir yetkisini ve bunun niteliklerini, özelliklerini tam anlamıyla ele alıp inceleyebilmek için öncelikle vergi hukukunun özelliklerinin ve gelişim sürecinin ortaya konulması gerekir. Tarihî gelişim içinde mutlak iktidarların halk tarafından sınırlandırılmak istenen ilk yetkisi vergilendirme yetkisidir. İktidarların keyfi vergi koymalarına karşı ortaya çıkan tepki neticesinde parlamentoların kazandıkları ilk yetki vergilendirme yetkisi olmuştur¹⁴. Bu mücadeleler sonucu “temsilsiz vergi olmaz” veya “kanunsuz vergi olmaz” olarak da adlandırılan “vergilerin kanunîliği ilkesi”, vergi hukukunun temel ilkelerinden biri olarak ortaya çıkmıştır.

Vergi ve vergi ile ilgili temel konuları düzenleme, değiştirme ve kaldırma yetkisi kural olarak yasama organlarına bırakılmıştır. Yürütme organı ise kural olarak, vergi idaresinde ve tahsilinde görev almaktadır¹⁵. Vergilendirme yetkisi kural olarak yasama organı tarafından kullanılır. Vergilendirme yetkisinin yasama organı tarafından kullanılmasını ifade eden vergilerin kanunîliği ilkesi, vergilerin ancak kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasını, bu konularda yürütme ve yargı organlarının yetkisiz olmalarını ifade eder. Vergilendirme yetkisinin kanunla kullanılmasının başlıca sebebi vergilerin kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle yakından ilgili olmasıdır¹⁶. Vergilerin kanunîliği ilkesi keyfi ve takdirî uygulamaları önleyecek

¹² Hatta bu ilişki sebebiyle vergi hukuku, idare hukukunun kendine özgü konuları olan bir alt dalı olarak da kabul edilebilmektedir. Bkz.: KUMRULU Ahmet G., **Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri**, Ankara 1989, s. 39, 43; ÖNCEL Muallâ – KUMRULU Ahmet – ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, Ankara 2005, s. 4.

¹³ Bkz. KUMRULU, Yargılama, s. 39.

¹⁴ ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 7.

¹⁵ ARIKAN Zeynep, **Demokratik Gelişim Sürecinde Vergilendirme Yetkisinin Kullanımı ve Sınırları (Türkiye Analizi)**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1994, s. 219; ÇAĞAN Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, İstanbul 1982, s. 57.

¹⁶ ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 3, 100.

ilkelerin kanunda yer almasını amaçlar. Bireyin özgürlüklerini devlete karşı koruyan güvenlik sınırlarını çizer¹⁷.

Vergi hukukunda takdir yetkisi genel olarak, vergi idaresinin kanunlar çerçevesinde seçim serbestisine sahip olması olarak tanımlanabilir¹⁸. Bütün unsurları gözönünde bulundurulmak suretiyle vergi hukukunda idarenin takdir yetkisi, “vergi idaresinin, üst hukuk kuralları tarafından yetkisinin bağlanmadığı, nasıl hareket edeceğinin kesin bir şekilde belirtilmediği durumlarda; mevcut çözüm yollarından kamu yararını gerçekleştirmede kendisine en elverişli görülenlerden birini, bunun kullanılış usûlünü ve harekete geçeceği zamanı tayin hususunda veya kendisine tanınan söz konusu yetkiyi kullanıp kullanmama konusunda, yargı denetimi dışında kalmaksızın sahip olduğu serbest hareket edebilme ve karar alabilme yetkisi” olarak tanımlanabilir.

Vergi idaresine takdir yetkisi tanınmasının sebepleri, temel itibariyle idareye takdir yetkisi tanınmasını gerektiren sebeplerle aynıdır. Kanunilik ilkesi gereği vergi hukuku diğer hukuk dallarına nazaran son derece detaylı ve kapsamlı bir hukuk dalı niteliğindedir¹⁹. Ancak, yasama organının her konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenlemesinin güçlüğü, yasama organının yapısı ve çalışma usûlleri idareye takdir yetkisi verilmesini gerektirmektedir²⁰. İdarenin karşılaştığı sorunların artması ve kamu hizmetlerinin değişen nitelikleri de idareye takdir yetkisi tanınmasının sebepleri arasında yer almaktadır²¹.

¹⁷ GÜNEŞ Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, İstanbul 1998, s. 14.

¹⁸ Bkz.: ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 136.

¹⁹ ATAR Yavuz, **Vergi Hukuku**, Konya 2000, s. 22.

²⁰ KALABALIK Halil, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, GÜHFD, C. 1, S. 2, 1997, s. 205-207; AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara 2000, s. 165; GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Ankara 2002, s. 43-44; KIRBAŞ, s. 30; Anayasa Mahkemesi de bir kararında “zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında” yürütme organına takdir yetkisi tanınabileceğini belirtmiştir. Bkz.: AyM., 28.3.1963 gün ve E. 1963/4, K. 1963/71, AMKD, S. 1, s. 164; AyM., 10.12.1962 gün ve E. 1962/198, K. 1962/111, AMKD, S. 1, s. 36.

²¹ BAYRAKTAR Erman, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 260; KARATEPE Şükrü, “İdarenin Takdir Yetkisi”, TİD, yıl 63, S. 392, Eylül 1991, s. 73; ALAN Nuri, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

Ekonomiye etkin ve çabuk müdahale etme zorunluluğu, vergi idaresine takdir yetkisi tanınması nedenlerinin başında gelmektedir²². Vergilerin kısa vadeli ekonomi politikasının bir aracı olarak kullanılabilmesi ve ekonomik durumdaki değişikliklere karşı vergi ile ilgili tedbirlerinin hızlı bir şekilde alınabilmesi için idareye sınırlı da olsa yetki verilmelidir²³. Vergiler alanında idareye takdir yetkisi verilmesini gerektiren sebeplerin en önemlilerinden biri de enflasyondur. Yüksek enflasyon dönemlerinde özellikle maktu vergi ve hadler çok hızlı bir şekilde erimektedir. Ayrıca istisna ve muafiyet miktarları, vergi dilimleri, çeşitli hadler, maktu miktar ve cezalarla harçlar enflasyon sebebiyle değer kaybetmektedir. Bu aşınan miktarların her defasında kanunla yükseltilmesinin, hem yasama organının çalışma yapısı hem de mükellef psikolojisi bakımından açmazları vardır. Bu bakımdan vergi idaresine gerekli düzenlemeleri yapabilme yetkisi tanınmalıdır²⁴.

Uzmanlığa ve tekniğe ilişkin konularda, idareye gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda takdir yetkisi tanınmalıdır. Günümüzde teknolojik gelişmelere ve ekonomik yapıdaki hızlı değişimlere bağlı olarak, vergi hukuku alanında hızlı karar alma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bazı kararların gizli bir şekilde alınması da gerekebilir²⁵. Vergi uygulamasında gizliliğin gerekli olduğu özellikle dış ticarete ilişkin vergilerde vergi idaresine yetki verilmesi, bu tedbirlerin süratle amacına ulaşması bakımından zorunludur. Milletlerarası ekonomik bütünleşmeler içinde alınan kararlara hızlı uyum gösterme

Aykırılık”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 332.

²² ÇAĞAN Nami, “Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi”, Anayasa Yargısı 4, Ankara 1984, s. 174; ARIKAN, Demokratik, s. 200.

²³ Yatırım hacmini ve istihdamı kısa dönemde etkilemek için idareye vergi ödeme sürelerinde, vergi matrah ve oranlarında değişiklik yapma, vergi muafık ve istisnalarını yükseltme, azaltma yetkileri verilebilir. Bkz.: ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 109.

²⁴ ESEN Ahmet, “Maliye Bakanlığı ve Bakanlar Kurulu’na Vergi Kanunları ile Verilen Yetkinin Sınırı Nedir?”, Maliye Postası Dergisi, S. 321, 15 Ocak 1994, s. 5; ESEN Ahmet, “Bakanlar Kurulu’nun, Vergi, Resim, Harç ve Benzeri Mali Yükümlülüklerin Muafık, İstisnalar ve İndirimleriyle Oranlarına İlişkin Hükümlerinde, Kanun’un Belirttiği Yukarı ve Aşağı Sınırlar İçinde Değişiklik Yapmak Yetkisi” İle İlgili Düşünceler”, Maliye Postası Dergisi, S. 396, 1 Mart 1997, s. 6.

²⁵ DOĞRUSÖZ Bumin, “Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü”, İHİD, yıl 6, S. 1-3, Aralık 1985, s. 66; GÜNEŞ G., s. 26, 154.

mecburiyeti de idareye vergilendirme konusunda takdir yetkisi tanınmasını gerektirmektedir²⁶.

Vergi hukukunda takdir yetkisinin sınırları, genel olarak takdir yetkisinin sınırlarıyla aynıdır. İdare takdir yetkisini kullanırken her şeyden önce anayasal ilkelere uygun davranmak zorundadır. İdare yetkisini, yetki veren kanundaki sınırlar içinde kullanmalıdır²⁷. Ayrıca hukukun genel ilkelerine ve idare hukukuna özgü ilkelere de uygun davranılmalıdır. Bütün bunlara ek olarak vergi idaresi, takdir yetkisini kullanırken vergi hukukuna has ilkelere uymak zorundadır. Vergi hukukuna hâkim olan anayasal ilkeler Anayasanın 73. maddesinde düzenlenmiştir. Hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerinin vergi hukukuna yansımaları niteliğinde olan bu ilkeler, vergilerin genelliği, kamu giderlerini karşılamaya yönelik olması, malî güçle orantılı olması, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ile vergilerin kanuniliği ilkeleridir²⁸. Takdir yetkisi kullanılırken vergi adaletine ve vergide eşitlik ilkesine azamî ölçüde uyulmalıdır²⁹. Bu ilkelerin dışında verginin, mükelleflerden en uygun zaman ve biçimde alınması gerektiğini ifade eden uygunluk ve vergi ile ilgili düzenlemelerin sık sık değiştirilmemesini, düzenli olmasını belirten vergide istikrar ilkesi gibi ilkeler de bulunmaktadır³⁰. Bütün bu ilkeler birbirinin içine geçmiş, birbirinin uzantısı niteliğinde ilkelerdir. Vergi idaresi takdir yetkisini anayasal ilkeler, idare hukuku ve vergi hukukuna hâkim olan ilkeler doğrultusunda kullanmak zorundadır.

²⁶ ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 110.

²⁷ “Maliye Bakanlığının, anılan taşıtların net ağırlıklarını belirlemede tamamen serbest olmadığı, (MTVK’nın eski 2/12. maddesinde) gösterilen verilerle bağlı olduğu açık bulunmaktadır”. D.7.d., 12.3.1998 gün ve E. 1997/3872, K. 1998/998, DD, S. 97, s. 498; Sınırlar konusunda bkz.: KAYA Cemil, “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan-I”, İstanbul 2001, s. 260 vd.

²⁸ ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler”, SÜHFD, C. 11, S. 1-2, 2003, s. 257 vd.; SOYDAN Billur Yaltı, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, Vergi Sorunları, S. 119, Ağustos 1998, s. 100.

²⁹ ACAR Fatih, “Vergi Hukukunda Eşitlik Kavramının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları, S. 176, Mayıs 2003, s. 49-60; SOYDAN, Adalet, s. 101 vd.; “Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin, her şeyden önce, eşitlik ilkesine uygun olarak kullanılması” gerekir. DVDDGK., 31.1.2003 gün ve E. 2002/294, K. 2003/27, DKD, S. 1, s. 100.

³⁰ Bkz.: AKDOĞAN, s. 196-200.

IV. ANAYASA KAPSAMINDA TÜRK VERGİ İDARESİNİN TAKDİR YETKİSİ VE YETKİNİN ESASLARI

Türk vergi idaresinin sahip olduğu takdir yetkisinin kaynağı temel itibarıyla Anayasadır. Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrasının Bakanlar Kuruluna verdiği düzenleme yetkisi, vergi idaresinin takdir yetkisinin anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bunun dışında vergi kanunlarıyla da vergi idaresine takdir yetkisi tanınmaktadır. Kısaca, vergi idaresine takdir yetkisi anayasa ve vergi kanunlarıyla verilmektedir.

A. 1982 ANAYASASINDAN ÖNCEKİ DÖNEMDE VERGİ İDARESİNİN TAKDİR YETKİSİ

1876 Kanun-u Esasî’de vergilerin kanunîliği ilkesi düzenlenmiştir. Bu anayasada kanuna dayanmadıkça vergi alınmayacağı hükmünün yanı sıra vergide genellik, eşitlik, ödeme gücüne göre vergi alma ilkelerini ifade eden hükümler de yer almıştır. 1909 yılında yapılan değişikliklerde padişahın yetkileri daraltılmaya çalışılmıştır³¹.

23 Nisan 1920’de ilk Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanmasının ardından padişaha ait olan vergilendirme yetkisi bu organa geçmiştir. 20 Ocak 1921’de Teşkilât-ı Esasîye kabul edilmiştir. Dönemin olağanüstü şartları sebebiyle, 23 maddelik bu anayasada vergilendirme ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir.

Cumhuriyet döneminin ilk anayasası olan 1924 Anayasasının vergi ödeviyle ilgili 85/1. maddesinde “vergiler ancak bir kanunla tarh ve cibayet olunur” hükmü yer almıştır. Buna göre vergilendirme yetkisi yasama organına aittir. Anayasada vergilerin kanunîliği düzenlenmiş fakat idareye yetki verilip verilmeyeceği konusunda bir hüküm yer almamıştır. 1924 Anayasasında da vergilerin sadece kanunla konulacağı kuralına karşın buna aykırılığın hiçbir yaptırımı tâbi tutulmaması ve ayrı bir Anayasa Mahkemesinin bulunmaması sebebiyle, kanunsuz vergi olmaz ilkesi adeta kağıt üzerinde kalmıştır. Buna karşılık, idarenin hiçbir kanuna dayanmaksızın bir idarî işlemle vergilerin kanunîliği ilkesini ihlâl etmesi durumunda Danıştay tarafından denetlenme ve iptal mümkündür³².

³¹ Bkz.: ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 1993, s. 4-5; ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 37-38; GÜNEŞ G., s. 84-86; KUMRULU Ahmet G., “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri”, AÜHFD, C. XXXVI, S. 1-4, 1979, s. 149.

³² ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 13; SARICA Ragıp, **Türkiye’de İcra Uzmanın Tanzim Salâhiyeti**, İstanbul 1943, s. 78, 144; GÜNEŞ G., s. 90; ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 51.

1924 Anayasası idareye vergilendirme konusunda herhangi bir yetki vermemesine rağmen çeşitli kanunlarda idareye yetki tanınmıştır. Bu dönemde vergilerin kanunîliği ilkesine aykırı şekilde idareye yetki tanıyan kanunlara en bariz örnek Varlık Vergisi Kanunu'dur. Bu verginin matrah ve oranı kanunda belirtilmemiş ve vergi miktarının saptanmasında yerel takdir komisyonlarına geniş yetki verilmiştir. Ayrıca 1943 tarihli Toprak Mahsulleri Vergisi Kanununda Bakanlar Kuruluna vergi oranını % 12'den % 8'e indirme yetkisi verilmiştir. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunla, Bakanlar Kuruluna ekonomiyi düzenlemek amacıyla geniş ve olağanüstü düzenleme yetkisi verilmiştir. 1940 yılında çıkarılan Muamele Vergisinin daha sonra değiştirilen 18. maddesiyle Bakanlar Kuruluna kanunda yazılı yükümlü gruplarını genişletme yetkisi ve aynı Kanunun 89/5. maddesinde Bakanlar Kuruluna ithalatta alınacak muamele vergisinden istisna edilecek maddelerin çeşitlerini belirleme yetkisi tanınmıştır³³.

1961 Anayasasında da 1924 Anayasasında olduğu gibi vergi ödevine ilişkin hüküm yer almıştır. 1971 yılında yapılan anayasa değişikliklerinden önce vergi ödevini düzenleyen 61. madde iki fıkradan oluşmuştur. 61/1. maddede "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür" ve 61/2. maddede "Vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ancak kanunla konulur" hükümleri yer almıştır. Ayrıca bu dönemde Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.

1961 Anayasasında idareye yetki tanınmamasına rağmen, kanunlarda idareye vergilendirme konusunda yetki veren hükümler yer almıştır. Verilen bazı geniş yetkilere dayanılarak çıkarılan kararnamelerle kişilere malî yükümlülükler konulmuştur. Örneğin, 1970 yılında çıkarılan Gider Vergilerine Ek Kanun, Bakanlar Kuruluna gider vergisini bir misline kadar artırma ve yapılan artırmayı indirme yetkisi vermiştir.

1961 Anayasasında vergilendirme konusunda idareye yetki tanınmasına dair bir hüküm bulunmaması sebebiyle, kanunlarda idareye yetki tanınan durumlar konusunda yargı kararları arasında tam bir birlik bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi bir olayda, verginin artırılması ve indirilmesinin de vergi koyma kapsamında olduğunu ve kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirtmiş, bu yüzden kararname ile değişiklik yapılmasının anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir³⁴. Anayasa Mahkemesi bu kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini de gözönüne alarak, idarenin kanunlarda değişiklik yapabilecek sonuçlar doğuran veya kanunun değişmesi anlamına gelen düzenlemeler yapamayacağını

³³ SARICA, s. 78, 255; ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 53; ARIKAN, Demokratik, s. 152.

³⁴ AyM., 15.6.1971 gün ve E. 1970/55, K. 1971/57, AMKD, S. 9, s. 538.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

belirtmiştir³⁵. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında bekçi ücretlerinin belirlenmesini yerel idare meclislerinin kararlarına bırakan kanun hükmünü, sınırları belli edilmeden idareye takdir yetkisi tanınmış olması gerekçesiyle iptal etmiştir³⁶. Anayasa Mahkemesinin bu dönemde yasama yetkisinin devredilmezliği açısından yaptığı incelemeler sonucunda ulaştığı bazı ilkeler şu şekilde belirtilebilir: Anayasada sadece yasama organının düzenleyeceği belirtilen konular, yürütme organına bırakılamaz. Ekonomik zorunluluklar sebebiyle ve çabuk değişen konularda yasama organının ağır işlemesi yüzünden idareye yetki verilebilir. Kanun koyucu düzenlediği kanunun esaslı kurallarını ve temel yönlerini belirtir ve uzmanlık ve tekniğe ilişkin konularda idareye yetki bırakılabilir³⁷. Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin bu dönemdeki kararlarında tam bir istikrardan söz etmek mümkün değildir. Danıştay ise idarenin ithal edilen otomobiller üzerinden prim almasını, yetki veren kanunda malî yükümlülüğün matrah, oran gibi esaslı özelliklerinin yer almaması sebebiyle iptal etmiştir³⁸.

22 Eylül 1971'de 1488 sayılı Kanunla 1961 Anayasasında köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle Bakanlar Kuruluna vergilendirme konusunda sınırlı değişiklik yapma yetkisi verilmiştir. Yapılan değişiklikle Anayasanın vergi ödevini düzenleyen 61. maddesine şu fıkra eklenmiştir: “Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak şartıyla, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla nisbet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya, Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir”. Bu hükümle vergilendirme konusunda idareye tanınacak takdir yetkisi anayasal bir temele kavuşmuştur. Böylelikle Türk vergi sistemi içinde

³⁵ YILDIRIM Turan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürütme Organı (1982 Anayasası Döneminde)”, Hukuk Araştırmaları, C. 1, S. 3, Eylül-Aralık 1986, s. 37.

³⁶ “Malî bir yüküm olan bekçi ücretlerinin konusunun, matrahının ve nispetinin gösterilmesi veya hiç olmazsa en yüksek sınırının ve bir de bununla kimlerin yükümlü tutulacaklarının gösterilmesi gerekirken kanunda sadece konu belirtilmiş ve böylece öteki konular, idarenin takdirine bırakılmıştır. İdare bu takdir hakkına dayanarak ihtiyacı genişletmek suretiyle çok yüksek bekçi ücretleri alabileceği gibi yükümlüleri de kendisi belli edebilecek”tir. AyM., 26.10.1965 gün ve E. 1965/25, K. 1965/57, AMKD, S. 3, s. 272-273.

³⁷ Bu konuda bkz.: YILDIRIM, s. 37.

³⁸ D.8.d., 1.11.1962 gün ve E. 1962/757, K. 1962/4160, AKURAL Sami – ZİYYAN Çetin, **Danıştay Sekizinci Daire Kararları (1960-1963)**, Ankara 1964, s. 234, nakleden: ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 112, dn. 56; GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara 1965, s. 137, dn. 27.

yer alan birçok hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmekten kurtulmuştur³⁹.

1971 yılında yapılan değişiklikle Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Ancak vergi ödevinin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği anayasada belirtilmiştir. Buna rağmen, yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna vergilendirme alanında düzenleme yetkisi verilmiştir. İhracatın geliştirilmesi amacıyla tanınan yetkiler buna örnek gösterilebilir. Ayrıca Gümrük Giriş ve Tarife Cetvelinde de yetkiler tanınmıştır.

B. 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE VERGİ İDARESİNİN TAKDİR YETKİSİ

1. Anayasanın 73/4. Maddesi Kapsamında Vergi İdaresinin Takdir Yetkisi

Anayasanın 73/4. maddesinin son fıkrasında vergi idaresinin takdir yetkisine ilişkin hüküm yer almaktadır: “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir”. Bu hüküm, vergi idaresinin takdir yetkisinin anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Vergi idaresi, vergilendirme konusunda kökü anayasaya dayanan bir takdir yetkisine sahiptir. Anayasanın 73/4. maddesiyle temelde kanunilik ilkesine bağlı kalınmakla birlikte, kanun çerçevesinde Bakanlar Kuruluna bir takdir alanı bırakılmıştır⁴⁰.

Anayasanın 73/4. maddesi tarihî gelişim içinde vergi idaresinin takdir yetkisine ilişkin gelinen son noktayı ifade etmektedir. Gerçekten de Anayasanın 73/4. maddesi önceki anayasalarda yer alan hükümler ve bunların doğurdukları sonuçlar dikkate alınmak suretiyle hazırlanmıştır. 1961 Anayasasındaki hükmün dili sadeleştirilmiş ve hüküm daha düzgün bir şekilde ifade edilmiştir. Bakanlar Kurulunun yetkisi, 1961 Anayasasındakinden farklı olarak vergi, resim ve harçların yanı sıra benzeri malî yükümlülükleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ayrıca indirimler konusunda da yetki tanınmıştır⁴¹.

Anayasanın 73/4. maddesiyle Bakanlar Kuruluna tanınan değişiklik yapma yetkisi, her şeyden önce bir düzenleme yetkisidir. Takdir yetkisi,

³⁹ ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 95, 118, dn. 75; ÇAĞAN Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, AÜHFED, C. XXXVII, S. 1-4, 1980, s. 134-135; ARIKAN, Demokratik, s. 172.

⁴⁰ TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul 2001, s. 388; TAVŞANCI Aykut, “Yürütme Organının Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası”, Vergi Sorunları, S. 189, Haziran 2004, s. 149.

⁴¹ ARIKAN, Demokratik, s. 200; DOĞRUSÖZ, Vergilendirme, s. 68.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

düzenleme yetkisine nazaran bir üst kavram niteliğine sahiptir. Vergi idaresinin takdir yetkisi, esas itibariyle düzenleyici işlemlerde söz konusu olmaktadır⁴². Ancak vergi idaresinin vergiler konusundaki takdir yetkisi, sınırlı bir yetkidir. Çünkü kanunilik ilkesi gereği kanunla düzenlenmesi gereken konularda idarenin takdir yetkisi ya hiç bulunmamakta ya da anayasa ve kanunlardaki hükümler doğrultusunda sınırlı şekilde bulunmaktadır.

Doktrinde, Bakanlar Kuruluna vergilendirme konusunda sınırlı da olsa takdir yetkisi tanınmasının vergilerin kanunîliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği, vekilin vekili olmaz ilkesiyle çatıştığı ve yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir⁴³. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların başka bir organ tarafından düzenlenmesi mümkün değildir. Ancak bu durum her konunun en ince ayrıntısına kadar yasama organı tarafından düzenleneceği anlamına da gelmez⁴⁴. Takdir yetkisi birtakım zorunluluklar sebebiyle tanınan ve aynı zamanda kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir yetkidir. İdareye düzenleme yapabilmesi için belli oranda takdir yetkisi tanınabilir. Tanınan yetkinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olmaması için idareye yetki veren kanun hükmünün temel ilkeleri ortaya koyması, çerçeveyi çizmesi gerekir. İdareye sınırsız veya sınırları belirsiz bir biçimde tanınan takdir yetkisi, yasama yetkisinin devri niteliğinde olur ve anayasaya aykırılık oluşturur⁴⁵. Anayasanın 73/4. maddesinde, yetkinin ancak kanunla verileceği belirtilmiş ve verilecek yetkinin sınırları da açıkça düzenlenmiştir. Yetki, kanun koyucu tarafından belirli sınırlar dahilinde verildiği için, Bakanlar Kuruluna tanınan takdir yetkisi yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir⁴⁶.

⁴² GÜNEŞ T., s. 88-89, 91; ÖZBUDUN, s. 202; SARICA, s. 29; ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 136-137; SAYGILIOĞLU Nevzat, **Vergi Hukukunda Yorum**, Ankara 1987, s. 59, 117.

⁴³ AKTAN Coşkun Can, “Vergileme Yetkisinin Sınırlandırılması ve Anayasal Vergi Düzeni”, Vergi Sorunları, S. 118, Temmuz 1998, s. 14-15; BATIREL Ömer Faruk, “Türk Vergilemesinin Çağdaşlığına Uymayanlar”, Vergi Dünyası, S. 230, Ekim 2000, s. 5.

⁴⁴ TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, s. 266.

⁴⁵ AyM., 6.7.1993 gün ve E. 1993/5, K. 1993/25, AMKD, S. 31, C. 1, s. 226; AyM., 20.5.1997 gün ve E. 1997/36, K. 1997/52, AMKD, S. 34, C. 1, s. 131; AyM., 10.12.1962 gün ve E. 1962/198, K. 1962/111 (muhafeft şerhi), AMKD, S. 1, s. 40; Ayrıca bkz.: ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 166 vd.; TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, s. 265 vd..

⁴⁶ “Bakanlar Kurulu’na koşullu ve sınırlı olarak verilen değişiklik yapmak yetkisi dışında sınırın aşıldığını gösteren bir durum olmadığı gibi kendisine yetki

Geniş takdir yetkisine sahip vergi idareleri, bozulmanın sebebi ve kaynağı durumundadırlar. Dolayısıyla vergi idaresinde yapılacak reformlarda, idareye tanınacak takdir yetkisinin asgarî düzeyde tutulmasına dikkat edilmelidir⁴⁷. Vergilerin kanunîliği ilkesi gereğince vergi hukukunda idarenin takdir yetkisinin sınırlı olması ve belli şartlara bağlanması bir zorunluluktur. Tarihî gelişim içinde idarelerin keyfî tutumları sonucu parlamentolara verilmiş olan yetkinin, geniş takdir yetkileri doğuracak şekilde tekrar idarelere tanınması oldukça sakıncalı olacak ve vergi hukukunun özüne aykırılık teşkil edecektir.

a. Maddî Yükümlülüklerde Vergi İdaresinin Takdir Yetkisi

Anayasanın 73/4. maddesinde tanınan takdir yetkisi konusunda Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Bakanlar Kurulu kendisine tanınan yetkiyi başka makama devredemeyeceği gibi, kanunla da bu yetki başka bir makama verilemez. Bakanlar Kurulu, meclisin içinden çıktığı ve yine meclise karşı sorumlu olduğu için dolaylı da olsa vergi mükelleflerini temsil eden bir niteliğe sahiptir. Vergilendirme konusundaki takdir yetkisinin sadece Bakanlar Kuruluna tanınmış olması, yetkinin keyfî bir şekilde kullanılması ihtimalini mümkün olduğunca engellemektedir. Ancak anayasanın bu hükmüne aykırı uygulamalara rastlanabilmektedir. Örneğin Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu tarifelerinde yer alan maktu vergi miktarlarında yeniden değerlendirme oranında yapılacak artışlar, Maliye Bakanlığı tarafından en son 25 Sıra No.lu Genel Tebliğ⁴⁸ ile belirlenmiştir. Bu uygulama ile Bakanlar Kuruluna anayasa ile tanınan yetki, Maliye Bakanlığı tarafından kullanılmış olmaktadır⁴⁹.

Vergilerin kanunîliği ilkesi gereğince, vergilendirmeye ilişkin temel öğelerin mutlaka kanunla düzenlenmesi, diğer bir ifadeyle mutlaka kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması gerekir. Ancak Anayasanın 73/4. maddesinde sayılan dört temel öğede yani muafiyet, istisna, indirim ve oranlarda değişiklik yapma konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verilebilmektedir. Maddede sayılanlar dışındaki bütün temel öğelerin düzenlenmesi bakımından yasama organının münhasır yetkisi vardır. Maddede sayılan öğelerin konulması ve kaldırılmasında da yine yasama organı yetkilidir. Bakanlar Kuruluna tanınan

verilen yasama organının bu yetkisinin devri niteliğinde bir düzenleme yoktur”, AyM., 07.11.1989 gün ve E. 1989/6, K. 1989/42, AMKD, S. 25, s. 405.

⁴⁷ OTT Katarina, “Tax Administration Reform In Transition: The Case Of Croatia”, <http://www.international budget.org/cdrom/papers/tax/croatiatax.htm>

⁴⁸ RG., 16.12.2005, S. 26025. Önceki yıllarda da aynı uygulamaya rastlanmaktadır. Örneğin 1999 yılı için geçerli tutarlar 15 sıra no.lu Motorlu Taşıtlar Vergisi Genel Tebliği ile belirlenmiştir, RG., 1.12.1998, S. 23540.

⁴⁹ Bkz.: ORTAÇ F. Rifat, “Noter Senedi İle Satılan Taşıtlarda Verginin Tahsili”, Yaklaşım, S. 73, Ocak 1999, s. 60, 61.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

takdir yetkisi, çok sınırlı bir yetkidir. Bakanlar Kurulu yetkisini hiçbir şekilde kendisine tanınan sınırlar dışında kullanamaz.

Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanınacak hususların çerçevesinin, aşağı ve yukarı sınırlarının kanunda açık bir şekilde belirtilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde Bakanlar Kuruluna tanınacak yetki anayasaya aykırı olacaktır. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda bu duruma her zaman dikkat çekmektedir⁵⁰. Bakanlar Kuruluna vergilendirme konusunda tanınan yetkinin bu derece sıkı şartlara bağlanmış olması, kişilerin güvenliklerini sağlamaya yöneliktir. Bakanlar Kurulu kendisine verilen yetki dışında kanunda değişiklik yapamayacağı gibi kanuna herhangi bir ilave de yapamaz. Ancak buna aykırı uygulamalara rastlanabilmektedir. Örneğin Bakanlar Kurulu GVK'nın 94. maddesiyle kendisine tanınan stopaj oranlarını belirleme yetkisini aşarak 99/13230 sayılı Kararname⁵¹ ile GVK'nın 94/6-b/ii maddesine parantez içinde "yatırım indirimi dahil" ibaresini eklemiştir⁵².

⁵⁰ Bkz.: AyM., 26.3.1974 gün ve E. 1973/32, K. 1974/11, AMKD, S. 12, s. 124-125; AyM., 26.6.1996 gün ve E. 1996/5, K. 1996/26, AMKD, S. 37, C. 1, s. 38; AyM., 27.1.1981 gün ve E. 1980/27, K. 1981/9, AMKD, S. 19, s. 28-29; "Bütün bu yönleri ile bir malî yüküm yasada açık bir biçimde ve yeterince belirlenmemiş ise bu durum kişilerin toplumsal ve ekonomik güçlerini ve hatta temel haklarını olumsuz yönde etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilir. Bu nedenlerdir ki kişilere yüklenecek yükümlerin belli başlı öğelerinin, açık bir biçimde ve kesin çizgileriyle yasalarda gösterilmiş olması gerekir", AyM., 3.2.1977 gün ve E. 1976/54, K. 1977/8, AMKD, S. 15, s. 141.

⁵¹ RG., 25.8.1999, S. 23797 (mükerrer).

⁵² Bu konuda bkz.: KIZILOT Şükrü, **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, Ankara 2000, s. 501; "(Bu ibarenin) iptali istemiyle açılan davada, Danıştay Dördüncü Dairesi 3.5.2000 gün ve E:1999/5648, K:2000/1914 sayılı kararıyla "yatırım indirimi dahil" ibaresinin iptaline karar verilmiştir. ... Bakanlar Kurulunun vergi koyma, değiştirme veya kaldırma yetkisinin olmadığı, sadece Anayasa ve Kanunlarla tanınmış bulunan yetki çerçevesinde oranları belirleme yetkisinin bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Diğer taraftan idare, kanun hükmünün uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek sorun ve uyuşmazlıkları önlemek amacıyla bir düzenleme yapma yetkisine sahip ise de, bu yetkisini vergi kanunlarında belirlenen sınırları aşmadan kullanmak zorundadır. Bu nedenle Bakanlar Kurulunca vergi kanunlarında yer alan bir hükmün değiştirilmesi, kaldırılması veya vergi konusunda yeni bir hüküm konulması, Anayasa'ya ve vergi mevzuatına aykırılık teşkil etmektedir. D.4.d., 13.7.2005 gün ve E. 2004/209, K. 2005/1440, DD, S. 111, s. 153; Karş.: DVDDGK., 1.12.2000 gün ve E. 2000/196, K. 200/409, DD, S. 105, s. 108-109.

Vergi kanunlarında Bakanlar Kuruluna çeşitli maktu had ve miktarlarla ilgili olarak değişiklik yapma yetkisi verilmektedir. Bir görüşe göre, Anayasanın Bakanlar Kuruluna verdiği yetki sadece muafiyet, istisna, indirim ve oranlara ilişkin olduğu için vergi kanunlarının maktu had ve miktarlarda değişiklik yapma yetkisi veren hükümleri, anayasanın çizdiği sınırları aşmaktadır⁵³. Bir başka görüşte de anayasada bulunmayan bir yetkinin kanunla Bakanlar Kuruluna tanınması halinin anayasa aykırı olduğunun ileri sürülebileceği kabul edilmekte; ancak, VUK'un 177. maddesindeki tüccarların sınıflandırılmasına ilişkin maktu hadler konusundaki yetki örnek gösterilmekte ve söz konusu maktu hadlerdeki artışların vergi, resim, harç ve benzeri malî yüküm niteliğinde olmamaları ve yükümlü lehine sonuç doğurmaları gerekçe gösterilerek bu husustaki yetkinin anayasaya aykırı olmadığı ifade edilmektedir⁵⁴.

İdareye takdir yetkisi tanınmasının çok çeşitli sebepleri vardır. Ancak, vergilendirme konusunda idareye değişiklik yapma yetkisi tanınmasının en önemli sebeplerinden biri enflasyondur. Enflasyonist dönemde muafiyet, istisna, indirimler ve çeşitli bazı hadlerle vergi dilimleri ve diğer maktu miktarlar aşınmış, bunların reel tutarları azalmıştır. Enflasyon, vergi kanunlarında yer alan maktu hadlerin ve mevcut oranların yeniden gözden geçirilmesini zorunlu hale getirmektedir⁵⁵. Gerek enflasyonun miktar ve oranları aşındırması gerekse ekonomideki hızlı değişimler, özellikle vergi oran ve miktarları konusunda hızlı düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Enflasyon karşısında aşınan miktarları artırma konusunda idareye takdir yetkisi tanınmaktadır ve anayasadaki düzenleme buna uygundur. 1961 Anayasasında Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler arasında “had”ler de sayılmıştır. 1982 Anayasasında bu ibarenin yer almaması, doktrinde maktu miktarlarda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Ancak her iki anayasa döneminde de maktu miktar ve hadler konusunda vergi kanunlarıyla aşağı yukarı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna tanınmıştır. Bakanlar Kurulu takdir yetkisine en çok oran ve maktu miktarlar konusunda

⁵³ ÖZDEN T. Murat, “Gelir Vergisi Kanunu’nun Mükerrer 123. Maddesinin Yürütme Organına Tanıdığı Yetkilerin Vergilendirme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi”, GÜİİBFD, C. 6, yıl 1990, S. 1, s. 285.

⁵⁴ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Vergileme Yetkisi ve 1980 Sonrası Türk Vergi Politikası”, DD, yıl 13, S. 50-51, 1983, s. 65; Diğer bir görüşte de yine aynı örnekten yola çıkılarak VUK’taki bir kısım maktu hadleri artırma yetkisi veren hükümlerin verginin yükümlüsü, konusu, matrahı gibi temel öğelerinde değişiklik gerektirmediğinden anayasaya aykırı olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz.: ÇAĞAN, Türk Anayasası, s. 175.

⁵⁵ KARAMAN Gülser, “Vergi Kanunlarında Bakanlar Kuruluna Tanınan Yetkiler”, Maliye Dergisi, S. 66, Kasım – Aralık 1983, s. 3.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

ihtiyaç duymaktadır. Bakanlar Kuruluna tanınmış olan takdir yetkisi özü itibariyle maktu miktar ve hadlerde değişiklik yapmayı kapsamaktadır. Maktu miktar ve hadlerde değişiklik yapma yetkisini içermeyen bir takdir yetkisi eksik olacak ve vergi hukuku alanında kendinden beklenen faydayı gerçekleştiremeyecektir.

Maktu, kesin bir miktarı ifade ederken; oran, kesin miktara ulaşmak için uygulanacak ölçüleri, miktarları ifade etmektedir. Bu bakımdan her ikisi de aynı sonuca yönelmekte, her ikisi de ödenecek verginin miktarını benzer şekilde etkileme niteliğine sahip bulunmaktadır. Maktu miktar ve hadlerde değişiklik yapmak, oranlarda değişiklik yapmakla aynı sonucu içerdiğinden, bunlar aynı kapsamda değerlendirilebilirler. Bunları birbirleriyle alâkasız unsurlar olarak görmek yanlış olacaktır. Bakanlar Kuruluna maktu miktar ve hadlerle ilgili olarak vergi kanunlarıyla yetki verilmesi anayasaya aykırı olmayacaktır. Önemli olan yetki veren vergi kanunlarında maktu miktar ve hadlerde değişiklik yapılabilecek aşağı ve yukarı sınırların açıkça belirlenmiş olması gerektiğidir.

Bakanlar Kurulunun Anayasanın 73/4. maddesine göre yetkili olduğu ögelerden biri olan “oran”lar hakkında, kanunda aşağı sınır olarak sıfır oranının (% 0) belirlenip belirlenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Bakanlar Kurulunca bir vergi oranının sıfıra indirilmesi verginin kaldırılması anlamına gelir. Bu yüzden münhasıran yasama organına tanınmış olan verginin kaldırılması yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesi mümkün değildir⁵⁶. Buna benzer nitelikte diğer bir görüşe göre vergi oranının sıfıra indirilmesi teknik anlamda verginin kaldırılması değilse de verginin alınmamasına yol açmaktadır. Oysa anayasadaki aşağı sınır terimi hiçbir zaman yokluk ifadesi olan ve bir sınır oluşturmayan sıfır sayısını içine almamaktadır. Bu yüzden bu görüşe göre Bakanlar Kuruluna bir vergi oranını sıfıra indirme yetkisi veren bir kanun hükmü anayasaya aykırılık teşkil eder⁵⁷. Bu görüşler doğrultusunda Bakanlar Kuruluna vergi oranlarında değişiklik yapma yetkisinin tanınması halinde, aşağı sınır olarak % 1 oranının belirlenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁵⁸. Ancak buna rağmen sıfıra indirilen oranın tekrar eski oranına çıkarılması için yeni bir kanuna gerek olmadığı da belirtilmekte ve görüş kendi içinde çelişkili hale

⁵⁶ DOĞRUSÖZ, Vergilendirme, s. 72; TAVŞANCI, Yürütme Organı, s. 150; DOĞRUSÖZ Bumin, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, Gelirler Genel Müdürlüğü, 7-10 Ekim 1991 Marmaris, s. 99-100.

⁵⁷ GÜNEŞ G., s. 27-28, 162.

⁵⁸ DOĞRUSÖZ, Vergilendirme, s. 72; ARIKAN, Demokratik, s. 201; Kanaatimizce, oranın en az % 1 olarak belli edilmesi önerisinin geçerli bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu durumda oranın pekâlâ % 0.1 veya % 0.01 olarak belirlenmesi gerektiği de önerilebilir ki bunların pratik bir faydası bulunmamaktadır.

gelmektedir⁵⁹. Daha tutarlı olan bir başka görüşe göre ise, bir vergi oranının sifıra indirilmesi durumunda o vergi kaldırılmış olmamakta, sadece sıfır olarak belirlendiği sürece uygulanmamaktadır. Bakanlar Kurulu sifıra indirdiği oranı, tekrar kanundaki sınırlar dahilinde yükseltme yetkisine sahiptir⁶⁰. Anayasa Mahkemesi de bir kararında Bakanlar Kuruluna bir vergi oranını sifıra indirme yetkisi verilmesinin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir⁶¹.

Takdir yetkisi belli sebeplere dayanılarak tanınmaktadır. Dolayısıyla oranın sifıra indirilme yetkisinin verilmesinin gerekliliği mevcutsa, böyle bir yetki tanınabilir ve Bakanlar Kurulu da halin icaplarına göre bunu değerlendirerek yetkisini kullanabilir. Ancak, vergi oranının sifıra indirilmesi halinde malî gücün etkilenme ihtimali vardır. Bu yüzden Bakanlar Kurulu takdir yetkisini kullanırken eşitlik ve malî güce göre vergilendirme ilkelerini de gözönüne almalı, böyle bir yetkiyi kullanmanın sonuçlarını iyi hesap etmelidir.

Vergilerin kanunîliği ilkesiyle, maddî anlamda kanun olan vergi kanunları kastedilmektedir. Anayasanın 73. maddesinde belirtilen kanunların bütçe kanunları olmadığı açıktır⁶². Bütçe kanunlarıyla diğer olağan kanunlar birbirlerini ikame edecek, birbirlerini değiştirecek şekilde kullanılamaz⁶³. Bütçe kanununda bütçe ile ilgili hükümler dışında vergi kanunlarına ilişkin hükümlerin yer alması, Anayasanın 73. maddesine aykırılık oluşturacaktır⁶⁴. Ancak

⁵⁹ “Ancak oran yükseltileceğinde yeni bir kanuna ihtiyaç olmasa da yanlış yorumlara meydan vermemek için Bakanlar Kuruluna oranları en az % 1’e kadar indirebilme yetkisi tanınabilir ve % 1’in altına düşürülme ihtiyacı duyulduğunda kanun ile vergi kaldırılabilir”. Bkz.: ARIKAN, Demokratik, s. 201.

⁶⁰ ÇAĞAN, Türk Anayasası, s. 174-175.

⁶¹ AyM., 19.3.1987 gün ve E. 1986/5, K. 1987/7, AMKD, S. 23, s. 160.

⁶² AyM., 7.10.1998 gün ve E. 1998/29, K. 1998/60, AMKD, S. 34, c. 1, s. 365; SARAÇOĞLU Fatih, “Bütçe Kanunu İle Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılabilir mi?”, GÜİİBFD, yıl 1999, S. 3, s. 61.

⁶³ ERDEM Tahir, “Bütçe Dışındaki Konuların Yöntem Olarak Bütçe Kanunu Çerçevesinde Yasalaştırılması Sorunu”, Vergi Sorunları, S. 200, Mayıs 2005, s. 143.

⁶⁴ Bu şekildeki bir uygulama aynı zamanda Anayasanın 161/4. maddesine de aykırılık oluşturacaktır. Anayasanın 161/4. maddesine göre, “Bütçe Kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz”. Anayasa Mahkemesine göre, “yasa konusu olabilecek bir kuralı kapsamaması koşuluyla, “bütçe ile ilgili hükümler” ifadesi bütçeyi açıklayıcı, uygulanmasını kolaylaştırıcı nitelikte düzenlemeler olarak değerlendirilmelidir. Bir kuralın, bütçeden harcamayı ya da bütçeye gelir sağlamayı gerektirir nitelikte

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

anayasadaki düzenlemelere aykırı nitelikte bir kurala 1980 yılı Bütçe Kanununda rastlanmaktadır. Buna göre, 1980 yılında emlak vergisi mükelleflerini genel beyana çağırmaya, beyanname verme süresinin başlangıç ve bitimiyle ödeme sürelerini belirlemeye Maliye Bakanı yetkili kılınmıştır⁶⁵. 1990 yılı Bütçe Kanununda da hayat standardıyla ilgili düzenleme getirilmiş ve bu hükümler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁶⁶.

Doktrinde, Anayasanın 73/4. maddesi hükmü olmasa da her yıl bütçe vesilesiyle vergi oran ve indirimlerinin kendi organik kanunlarında enflasyona göre ayarlanmaları gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre meselâ bütçenin C cetveline konularak yıllık tasdike tâbi olan Gelir Vergisi Kanunu, aslında ilk kanunlaştığı zamandaki şartlara göre belirlenmiştir. Dolayısıyla enflasyon sebebiyle ortaya çıkan artışların giderilmesi gerekir ve bu da bütçe ile yapılabilir⁶⁷. Buna benzer nitelikteki bir başka görüşe göre ise, anayasanın bütçe ile ilgili hükümlerinin değiştirilmesi şartıyla idareye fiyatlar genel düzeyindeki artışın belli bir yüzdesi veya tamamı ölçüsünde vergi tarifelerinde, muaflik, istisna, indirim ve cezalarında artırma yapma yetkisi sağlanabilir⁶⁸. Çeşitli ülkelerde bütçe vasıtasıyla vergiler konusunda değişiklik yapılabilmektedir.

bulunması, mutlak biçimde “bütçe ile ilgili hükümlerden” sayılmasını gerektirmez. Her yasada değişik türde gidere neden olabilecek kurallar bulunabilir”, AyM., 7.10.1998 gün ve E. 1998/29, K. 1998/60, AMKD, S. 34, C. 1, s. 363-364; Ayrıca bkz.: AyM., 2.11.1978 gün ve E. 1978/38, K. 1978/49, AMKD, S. 16, s. 258-259; AyM., 15.11.1984 gün ve E. 1984/11, K. 1984/11, AMKD, S. 20, s. 321.

⁶⁵ Ancak aynı yıl Emlak Vergisi Kanununda (EVK) yapılan bir değişiklikte, Bütçe Kanunu gereğince yapılan beyana davet, EVK’ya göre yapılmış genel beyana davet hükmünde kabul edilmek suretiyle anayasaya aykırılık giderilmiştir. Bkz.: ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 105-106.

⁶⁶ Bkz.: AyM., 28.6.1990 gün ve E. 1990/6, K. 1990/17, AMKD, S. 26, s. 296-297.

⁶⁷ OCAKÇIOĞLU Bora, “Bütçe Hakkının Kapsamına ve Gerçekleşmesine İlişkin Sorunlar (Yorum)”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler (Uluslararası Seminer)**, İstanbul 5-6-7 Şubat 1982, s. 452-453, 464.

⁶⁸ Bu görüşü ileri süren yazar, 1971 yılında Hollanda’da geçilen uygulamayı örnek olarak göstermektedir. Orada Maliye Bakanına her yıl tüketici fiyat endekslerindeki artışın % 80 - % 100’lük bir kısmını gelir vergisi indirimlerine ve matrah dilimlerine yansıtma yetkisi verilmiştir. Böylece enflasyonun, artan oranlı gelir vergisini bozucu etkisi giderilmek istenmiştir. Bkz.: ÇAĞAN, Demokratik, s. 135; ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 106, 269.

Örneğin İngiltere’de bütçenin önemli bir yeri vardır ve belli vergi kanunlarında bütçe vasıtasıyla önemli değişiklikler yapılabilmektedir⁶⁹.

İleri sürülen görüşler kendi içinde tutarlıdır. Enflasyon dolayısıyla aşınan miktarların her yıl bütçe ile artırılması faydalı sonuçlar verebilir. Ancak bütçe vasıtasıyla maktu vergi ve miktarların artırılmasının Türkiye’de uygulanabilmesi için anayasada bir değişikliğin yapılması lâzımdır. Anayasadaki düzenleme karşısında böyle bir uygulamaya gidilemez. Ayrıca bu görüşler olaya sadece enflasyon açısından yaklaşmaktadır. Oysa idareye takdir yetkisi çok çeşitli sebeplerle tanınmaktadır. Yalnızca enflasyonun etkilerini giderme bakımından bütçe vasıtasıyla değişiklikler yapılması düşünülebilir. Fakat anayasada idareye vergilendirme konusunda tanınan yetki sonrası artık böyle bir düzenlemeye gerek kalmamıştır. Bakanlar Kurulu yetkisini kullanmak suretiyle gerekli tedbirleri alıp düzenlemeleri yapacaktır. Yeniden değerlendirme müessesesi de bu konuda yeterli imkân sağlamaktadır. Kısacası bütçe ile enflasyonun aşındırdığı miktarlar konusunda düzenleme yapılması mümkün değildir, buna ihtiyaç da yoktur.

Bakanlar Kuruluna vergi oranlarıyla ilgili olarak çok geniş sınırlar içinde yetki verilmesi, doktrinde eleştirilmektedir. Bakanlar Kuruluna 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 33/2. maddesi ile % 15 olan vergi oranını % 1’e (kambyo muamelelerinde % 0’a) kadar indirme ve Katma Değer Vergisi Kanununun 28. maddesi ile vergi oranını dört katına kadar artırma ve % 1’e kadar indirme yetkisi verilmesi, bu geniş sınırlara örnek gösterilebilir. Yetkinin sınırlarının bu kadar geniş bir marj içinde belirlenmesi, Bakanlar Kuruluna mevcut bir vergi kadar veya ondan çok daha fazla vergi koyma gibi bir imkân tanımaktadır. Bu yüzden çok geniş sınırlar içinde takdir yetkisi tanınmanın vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturacağı ileri sürülmektedir⁷⁰.

⁶⁹ İngiltere’de damga vergisi, veraset vergisi gibi bazı vergiler sürekli olarak uygulanmak üzere kanunla konulur ve tekrar kanunla değiştirilinceye veya kaldırılıncaya kadar yürürlükte kalırlar. Gelir, kurumlar, katma değer vergisi gibi bazı vergiler ise malî yılda (6 nisan – 5 nisan) uygulanmak üzere Bütçe Kanunu ile konulurlar. Bu yıllık vergiler bütçe izin ve yöntemleriyle yönetilip düzenlenir ve daimi kanunlarıyla (örneğin 1988 tarihli Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunu gibi) uygulanırlar. Bu vergiler her yılın bütçe kanunu ile yeniden yürürlüğe konur. Vergilerin oranlarında da gerekli durumlarda ilgili bütçe yılında uygulanmak üzere, bütçe kanunlarıyla değişiklikler yapılır. ALDER John, **Constitutional and Administrative Law**, London 1994, s. 177; ARIKAN, Demokratik, s. 37, 74; ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 79.

⁷⁰ EROL Ahmet, “Vergi İdaresi Uygulamalarının Anayasa ve Vergi Hukuku Karşısında Durumu”, Yaklaşım, S. 137, Mayıs 2004, s. 89-90; EROL Ahmet, “Vergi Yasaları ile Vergi Oranları Konusunda Bakanlar Kuruluna Tanınan

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

Bakanlar Kuruluna yetki verilen alt ve üst sınırlar arasındaki makasın da ölçülü olması gerekmektedir. Bakanlar Kurulu yetkisini kullanırken malî güce göre vergileme ilkesini gözetmelidir⁷¹.

Kanun koyucu kendisi bir vergi oranı koyar veya değiştirirken, mutlaka anayasal ilkelere uygun olarak davranmak zorundadır. Bu ilkelere uyulmadığı takdirde, yapılan düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilecektir. İşte, Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanınırken de kanun koyucu anayasayı ve anayasal ilkeleri gözönünde bulundurmak ve bunlara uygun bir şekilde yetki vermek zorundadır. Dolayısıyla kanun koyucu kendisi düzenleme yaparken nasıl ki anayasal ilkelere uymak zorunda ise, Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanınırken de aynı şekilde anayasaya uygun davranmak ve yetkinin sınırlarını ona göre belirlemek zorundadır. Aynı şekilde, Bakanlar Kurulu da takdir yetkisini gerek yetki veren kanun hükmüne gerekse anayasal ilkelere uygun olarak kullanmak zorundadır. Takdir yetkisi çok geniş marjlar içinde tanınmış olsa dahi Bakanlar Kurulu bunu ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanmalıdır. Aksi halde takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanımı söz konusu olacağı için Bakanlar Kurulu kararı Danıştay tarafından iptal edilebilecektir.

Bakanlar Kurulunun takdir yetkisini çok sık kullanması, mevzuatı takip etmenin zor olması ve mükelleflerin geleceğe yönelik planlar yapamamaları gibi gerekçelerle eleştirilmektedir⁷². Bu yüzden yetkinin kullanılmasına sınırlama getirilmesi önerilmektedir⁷³. Gerçekten de kanun değişikliklerinin bile takibinin zor olduğu bir hukuk dalında, idarenin düzenleyici işlemlerinin takip edilmesi çok daha büyük bir sorun haline gelmektedir. Bu bakımdan yetkinin sık kullanılması hukukî güvenlik ilkesine, vergilerin belirliliği ilkesine, idarî istikrar ilkesine ve vergide istikrar ilkelerine aykırılık oluşturacaktır. Ancak söz konusu sakıncaların önlenmesi için takdir yetkisinin kullanımının sınırlandırılması

Yetkilerin Anayasanın 73'üncü Maddesi Karşısındaki Durumu", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 20, Ağustos 2005, s. 30, 35-36; BATIREL, s. 5.

⁷¹ YALTI Billur, "1923'ten 2003'e 'Kazandıklarımız': 'Cumhuriyet Hukuku' 'Kazanamadıklarımız': 'Hukukun Cumhuriyeti' Vergi Hukukunda Geldiğimiz Yere Yakın Tarihten Bakmak: Panoramik Bir Çalışma", Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, Sempozyum, 30-31 Ekim 2003, s. 105.

⁷² KUMRULU, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 70-71; ESEN, Yetki Sınırı, s. 6.

⁷³ ÖZDEN, s. 286; ARIKAN, yetkinin sınırlandırılmasının daha istikrarlı bir yetki kullanımı için gerekli olduğunu kabul etmekte ve daha ileri giderek anayasaya Bakanlar Kurulunun kendine tanınan yetkiyi gerektiğinde yılda sadece bir kez kullanabileceğine ilişkin bir hükmün eklenmesini önermektedir. Bkz.: ARIKAN, Demokratik, s. 235.

doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Yetkinin kullanımının sınırlanması, ihtiyaç duyulan bir dönemde yetkinin kullanılmaması gibi bir sonuç doğurabilir. Ekonomik hayattaki değişimler hızlı cereyan ettiği için yetkinin bazı durumlarda birden çok defa kullanılması ihtiyacı hissedilebilir. Bu yüzden yetkinin kullanımının yargı tarafından denetlenmesine ağırlık verilmelidir.

Bakanlar Kurulu yetkisini kullanırken mutlaka bir sebebe dayanmak zorundadır. Re'sen araştırma ilkesi gereğince Danıştay takdir yetkisine dayanılarak yapılan işlemin gerekçesini araştırarak, işlemin geçerli ve haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını inceleyecektir. Eğer sebep bakımından hukuka aykırılık varsa işlem iptal edilecektir. Sadece ilgili kanun hükmü yeterli gerekçe olmayacaktır. Takdir yetkisinin kullanılmasının haklı ve geçerli bir sebebe dayandığı durumlarda, yetkinin sık kullanılmasının tartışılması gereksizdir, çünkü yetkinin kullanılması bir ihtiyaca dayanmaktadır.

Yukarıdaki bilgiler doğrultusunda Anayasanın 73/4. maddesinde düzenlenen takdir yetkisi, unsurları bakımından şu şekilde incelenebilir: Her şeyden önce yetki unsuru bakımından bir bağlı yetki söz konusudur. Çünkü takdir yetkisi sadece Bakanlar Kuruluna tanınmıştır ve bu yetkinin başka bir organ tarafından kullanılmasına imkân yoktur. Yetkinin hangi işlem türüyle kullanılacağı belirtilmediği için, Bakanlar Kurulu istediği işlem türüyle bu yetkisini kullanabilecektir. Ancak seçilen işlem türünün şekil şartlarına uyulması zorunludur. Sebep gösterilmediği için bu unsur bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır. Bakanlar Kurulunun konu unsuru yani sonuç bakımından da takdir yetkisi bulunmaktadır, çünkü aşağı ve yukarı sınırlar arasında istediği sonucu seçebilir. Ayrıca yetkiyi kullanma zamanını da kural olarak serbestçe takdir edebilir. Takdir yetkisi neticede kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğu için, amaç unsuru bakımından bağlı yetki söz konusudur.

b. Şekli Yükümlülüklerde Vergi İdaresinin Takdir Yetkisi

Vergi ödevi dolayısıyla meydana gelen ilişki yalnızca kamusal bir alacak-borç ilişkisi değildir. Bu ilişki aynı zamanda usûle yönelik bir kısım ödev ilişkisini de içerir. Defter tutma, bildirimde bulunma, belge düzenleme ve bunları saklama gibi şekli yükümlülükler geniş anlamda ödev ilişkisi içinde yer alır. Zaten yükümlülük hem maddî hem de şekli ödevleri içine alan geniş bir kavramdır. Vergilerin kanunîliği ilkesi sadece vergi alacağının öğelerinin kanunla konulmasını değil, aynı zamanda vergiden doğan usûl ilişkilerinin, şekli yükümlülüklerin de kanunla düzenlenmesini gerektirir⁷⁴.

⁷⁴ Bkz.: ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 100-101; DOĞRUSÖZ, Vergilendirme, s. 70; ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 72; GÜNEŞ G., s. 127; “Mali yükümlerinin, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı, yukarı ve aşağı sınırları gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yüküm bu yönleri

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

Anayasanın 73/4. maddesinde daha çok maddî vergi borcuna ilişkin konular düzenlenmektedir. Şekli yükümlülükler konusunda vergi idaresine takdir yetkisi tanınıp tanınmayacağı hakkında ilgili fıkrada bir hüküm bulunmamaktadır. Vergi mükellefleri vergi borçlarının yanı sıra bu borçlarını ödeyebilmek için muhasebeci ücreti, belge basım parası gibi çeşitli masraflar yapmaktadırlar. Doktrindeki bir görüşe göre, mükelleflerin katlanmak zorunda olduğu bu malî yükler aslında Anayasanın 73/3. maddesi kapsamında malî yük sayılmalıdır⁷⁵. Bu yüzden, doktrinde, vergi idaresince yükümlülerin giderlerini artıracak şekli yükümlülükler getirilmesinin kanunîlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği belirtilmekte ve bu konuda vergi idaresine takdir yetkisi tanınmayacağı vurgulanmaktadır⁷⁶. Mükelleflerin yapmak zorunda olduğu masraflar malî yükümlülük kapsamında değerlendirildiğinde, vergi idaresinin vergi mükelleflerinin yapacağı masrafları artıracak, onlara malî külfet yükleyecek değişiklikleri yapabilmesi mümkün değildir. Bir başka görüşte de bu yükümlülükler bakımından vergi idaresine yetki verilemeyeceği kabul edilmekte ve böyle bir yetki kabul edilecek olsa bile yetkilendirilecek organın Maliye Bakanlığı değil, Bakanlar Kurulu olması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁷. Ancak doktrinde, söz konusu yetkilerin ek malî yükümlülük getirmediği ve vergi idaresine bu şekilde yetki tanınmasının ekonomik olaylardaki gelişme ve değişmeye ayak uydurabilmek bakımından zorunlu olduğu yönünde görüş de bulunmaktadır⁷⁸.

Şekli yükümlülükleri aslî ve talî olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. “Aslî şekli yükümlülükler, esaslı unsurlarının kanunla düzenlenmesi gereken, kişilere ek malî külfet getirici nitelikteki şekli yükümlülüklerdir”. “Talî şekli yükümlülükler ise mevcut yükümlülere ek malî yük getirmeyen, verginin uygulanmasını ve işleyişini kolaylaştırıcı nitelikte olan

dolayısıyla, yasayla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta, temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan mali yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasalarla düzenlenmelidir”. AyM., 31.3.1987 gün ve E. 1986/20, K. 1987/9, AMKD, S. 23, s. 190.

⁷⁵ ARIKAN, Demokratik, s. 202; DOĞRUSÖZ Bumin, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 95.

⁷⁶ GÜNEŞ G., s. 163-164; ARIKAN, Demokratik, s. 201-202; TAVŞANCI, Yürütme Organı, s. 151; GÜNEŞ Gülsen – ŞİRİN Ertunç, “Vergi Ödevlisinin Hakları”, Vergi Sorunları, S. 197, Şubat 2005, s. 142; ÇIRAKMAN, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 74; ESEN, Yetki Sınırı, s. 8-9.

⁷⁷ DOĞRUSÖZ, Vergilendirme, s. 71.

⁷⁸ Bkz.: KILIÇDAROĞLU, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 79, 85.

ve kanunla düzenlenmeleri gerekmeyen şekli yükümlülüklerdir”. Talî şekli yükümlülükler konusunda kanunla vergi idaresine yetki verilebilir. Tutulacak defterlerin belirlenmesi, tasdik mecburiyeti getirilmesi gibi hususlara ilişkin yükümlülükler aslî nitelikteki şekli yükümlülüklerdir. Defter ve belgelerin mahiyetlerini, ihtiva edecekleri hususları belirlemeye, ibraz mecburiyeti getirmeye yönelik yükümlülükler ise talî niteliktedir.

c. Vergilendirme Usûl ve Esasları ile Bazı Vergilendirme Ölçülerinde Vergi İdaresinin Takdir Yetkisi

Vergi hukukunda her ne kadar sayma yöntemi ve detaylı düzenleme esas olsa da bu durum, kanunun her konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenlemesi anlamına gelmez. Kanun, temel öğeleri ve çerçevelerini belirledikten sonra ayrıntıya ilişkin konularda idareye pekâlâ takdir yetkisi tanıyabilir. Takdir yetkisi kanuniliğin karşısı gibi görünse de, aynı zamanda kanunilik ilkesini tamamlayıcı niteliktedir⁷⁹.

Ayrıntılar ve teknik nitelikteki konular, kanunlarda detaylı düzenlenmeleri son derece zor olan ve idarenin uzmanlık alanına giren konulardır. İdarenin uzmanlığa sahip olduğu konularda, esaslı düzenlemelerin kanunla yapıldıktan sonra idareye yetki verilmesi bir zorunluluktur ve bu durum idarenin takdir yetkisinin özünü oluşturur. Anayasa Mahkemesi, ayrıntı ve tekniğe ilişkin konularda vergi idaresine takdir yetkisi tanımının bir zorunluluk olduğunu ifade etmektedir: “Kanunlarda, bu kadar etraflı ve teknik hususlara yer verilemeyeceğinden amacın ve alınacak tedbirlerin sınırlarının belirtilmesiyle yetinilmesi ve teknik hususların düzenlenmesi konusunda, yürütme organına yetki tanınması zaruridir”⁸⁰. Yine Anayasa Mahkemesine göre, “vergi ve malî yükümlülüklerle ilişkin yasalarda uygulamaya yönelik kuralların idarî düzenleyici metinlere bırakılması yasama organının takdir alanı içindedir. Yasakoyucu bu tür kuralları vergi yasalarında ayrıntılı düzenleyebileceği gibi, çerçevesini belirleyerek idarî düzenlemelere de bırakabilir”⁸¹.

⁷⁹ BAŞPINAR Recep, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, DD, yıl 1, S. 3, s. 63-64.

⁸⁰ “Çünkü alınacak tedbirlerin, zamana ve tatbikatın gidişine göre, değiştirilmesi veya kaldırılması ihtiyacı zaman zaman duyulacak ve bu tedbirlerin tâyin ve tesbitini kanunlara bırakmak bunların vaktinde alınmaması, yeni tedbirler kanunlaşmıncaya kadar geçecek zamanda, kanun koyanın amacına uygunluğunu kaybeden veya artık yetersiz hale gelen hükümlerin devamı neticesini doğuracaktır”, AyM., 7.3.1963 gün ve E. 1962/281, K. 1963/52, AMKD, S. 1, s. 123; AyM., 28.3.1963 gün ve E. 1963/4, K. 1963/71, AMKD, S. 1, s. 164.

⁸¹ AyM., 26.6.1996 gün ve E. 1996/5, K. 1996/26, AMKD, S. 37, C. 1, s. 39; AyM., 25.5.1993 gün ve E. 1993/3, K. 1993/20, <http://www.anayasa.gov.tr/>

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

Vergi idaresine vergilendirme usûl ve esasları ile bazı vergilendirme ölçülerinde tanınan takdir yetkisi, temel itibariyle ayrıntılara, uygulamaya yönelik teknik düzenlemelerin yapılmasındaki takdir yetkisini ifade etmektedir. Teknik ve uzmanlığa ilişkin konularla uygulamaya yönelik konuların hepsini birden ayrıntıya ilişkin konular olarak tanımlamak mümkündür. Ayrıntılara ilişkin konularda yapılacak düzenlemelerin mükelleflere hiçbir masraf, malî yük getirmemesi gerekmektedir⁸². İdarenin ayrıntılara ilişkin yapacağı düzenlemeler sadece mükelleflere değil aynı zamanda idarenin iç işlerine yönelik de olabilir. Bu bakımdan ayrıntı ve teknik konular, talî şekli yükümlülükleri de kapsayan çok daha geniş bir kavramdır. Vergi idaresine bu konularda tanınacak takdir yetkisi, vergilendirmeye ilişkin temel öğelerden olmadığı için Anayasanın 73/4. maddesindeki sınırlara tâbi değildir⁸³. Dolayısıyla sadece Bakanlar Kurulu değil, aynı zamanda Maliye Bakanlığı da bu konularda takdir yetkisine sahiptir. Zaten uzmanlık ve teknik konu ölçütü, bunlar hakkında Maliye Bakanlığının yetkili olmasını gerektirmektedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda ayrıntı, teknik ve uzmanlığa ilişkin konular şu şekilde tanımlanabilir: “Ayrıntı, teknik ve uzmanlığa ilişkin konular, kanunlarla düzenlenmesi son derece zor olan, kanunları ve diğer üst hukuk normlarını açıklayıcı, mükelleflere herhangi bir malî yük getirmeyen, uygulamaya yön verici ve onu aydınlatıcı özelliğe sahip bulunan, talî nitelikteki konulardır”.

4. Anayasanın 167/2. Maddesi Kapsamında Vergi İdaresinin Takdir Yetkisi

Anayasanın vergi idaresine takdir yetkisi tanıyan bir diğer hükmü, 167/2. maddesidir: “Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir”. Teknolojik ilerleme ve ekonomik gelişmeler, hızlı düzenleme yapmayı gerektirmektedir. Ayrıca dış ticaret işlemleri gizli⁸⁴ olarak hızlı şekilde yapılması gereken, son derece teknik

KARARLAR/ IPTALITIRAZ/ K1993/ K1993-20.htm; AyM., 14.5.1997 gün ve E. 1996/75, K. 1997/50, AMKD, S. 36, C. 1, s. 111.

⁸² GÜNEŞ G., s. 134.

⁸³ KIRBAŞ, s. 47; DOĞRUSÖZ, Vergilendirme, s. 70, 76; GÜNEŞ G., s. 157, 164.

⁸⁴ “Sınır ticareti, Bakanlar Kurulu kararıyla gizli olarak yürütüldüğünden, kararın yürürlüğe girişinin valiliklere duyurulması kuralına bağlanması gizliliğin (gereğidir)”. DVDDGK., 21.3.2003 gün ve E. 2003/48, K. 2003/38, DKD, S. 1, s. 97.

bir konuyu içermektedir. Dolayısıyla Bakanlar Kuruluna bu yetki, dış ticaret işlemlerinin çabukluk, esneklik ve gizlilik gerektirmesi sebebiyle tanınmıştır⁸⁵.

Anayasanın 167/2. maddesine dayanılarak 1984 yılında 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır⁸⁶. 2976 sayılı Kanun, kısa bir kanundur. Konuyla ilgili asıl hüküm Kanunun 3. maddesinde yer almaktadır: “İthalat, ihracat veya dış ticaret işlemleri üzerine konulan ek mali yükümlülüklerin nevi, miktarı, tahsili, takibi, iadesi, gerektiğinde bütçeye irat kaydedilmesi, bir fonda toplanması ve fonun kullanım esasları Bakanlar Kurulu kararında gösterilir”. 2976 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeyle Bakanlar Kurulunun konu unsurundaki takdir yetkisi, ek malî yükümün türünü ve miktarını belirlemek, fon kurmak ve bunun kullanım esaslarını belirlemek yetkileriyle daha da genişlemiştir.

2976 sayılı Kanunun Anayasanın 167/2. maddesine aykırılığı ile ilgili olarak açılan bir iptal davasında Anayasa Mahkemesi, kanunu anayasaya uygun bularak, davayı reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu malî yükümlülüklerin türüyle miktarının önceden tespitinin mümkün olmadığını belirtmiş ve Bakanlar Kurulunun gerekli malî yükümlülüklerin türünü ve miktarını belirlemede serbest olduğuna karar vermiştir⁸⁷.

Doktrinde Anayasanın 167/2. maddesiyle ilgili çok farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu hüküm, yasama yetkisinin devredilmezliği

⁸⁵ Bkz.: DOĞRUSÖZ, Vergilendirme, s. 75; ARIKAN, Demokratik, s. 202-203; GÜNEŞ G., s. 171; YÜREKLİ Sabahattin, “Bakanlar Kurulu’nun Vergilendirme Yetkisi”, GÜHFD, C. 1, S. 2, Aralık 1997, s. 291; ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 128; “Gerçekten, her ülkede, önceden, gelecekteki ekonomik gelişmeleri anlayıp, buna göre, birtakım çerçeveler çizmenin mümkün olamaması; ithalât ve ihracatın her an değişebilen şartlara tabi bulunması, hükümetlere birtakım geniş ve esnekliği olan yetkiler verilmesini zorunlu kılmıştır. İthalat ve ihracatla, diğer ülkelerin, Türkiye için koyduğu tahditlere karşı, Hükümetin derhal mukabil tedbirleri alması veya Türkiye’ye çok ucuza gelen ya da çok yüksek fiyatla, alınan malın fiyatının ayarlanması gerekecektir. O halde, ülkemizde üretilen malların piyasa fiyatının teşekkülünde, ithali ve ihracı yapılan malların fiyat ve miktarının ayarlanmasında, ihraç veya ithal edilen malın satıldığı ya da alındığı ülkenin öngördüğü tedbirlerin bertaraf edilmesinde, ihracatta tıkanıklığın meydana gelmesinin önlenmesinde, Hükümet inisiyatifini elinde tutmalıdır”. Bkz.: AyM., 11.1.1985 gün ve E. 1984/6, K. 1985/1, AMKD, S. 21, s. 8.

⁸⁶ RG., 15.2.1984, S. 18313.

⁸⁷ Bkz.: AyM., 11.1.1985 gün ve E. 1984/6, K. 1985/1, AMKD, S. 21, s. 10.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

kuralının bir istisnasıdır⁸⁸. Doktrinde buna karşıt görüşler de bulunmaktadır. Bir görüşte, her ne kadar farklı düzenlemeler gibi görülse de Anayasanın 73/4. maddesi ile 167/2. maddesinin farklı esaslar getirdiğinin kabul edilemeyeceği, aksi takdirde, dış ticaretle ilgili de olsa malî yükümlülükler konusunda Bakanlar Kuruluna kanun koyucu gibi hareket etme yetkisinin tanınmış olacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla 167/2. maddenin 73. maddede yer alan genel hükme uygun olarak yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁹. Ek malî yükümlülüklerle ilgili temel ögeler, vergilerin kanunîliği ilkesi gereğince kanunla genel hatlarıyla düzenlenmeli ve Bakanlar Kurulu Anayasanın 73/4. maddesine uygun olarak kanunla verilen sınırlar dahilinde değişiklik yapabilmelidir⁹⁰.

Burada, “ek malî yükümlülükler” kavramı üzerinde durulmalıdır. Anayasada “vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler”den bahsedilmektedir. Dolayısıyla, ek malî yükümlülükler, vergi ve benzeri mali yükümlülükler dışında yeni bir tür olarak anlaşılmaktadır. Halbuki olaya geniş açıdan bakıldığında ek mali yükümlülükler de benzeri mali yükümlülükler kapsamında yer almaktadırlar. Çünkü cebirlik ve karşılıksız olma gibi özellikler kural olarak bütün malî yükümlülükler için geçerlidir. Vergilerin kanunîliği ilkesi ek malî yükümlülükler bakımından da geçerli bir temel ilke niteliğindedir. Ek malî yükümlülüklerle ilgili temel ögeler, vergilerin kanunîliği ilkesi gereğince kanunla düzenlenmeli ve Bakanlar Kurulu Anayasanın 73/4. maddesine uygun olarak kanunla verilen sınırlar dahilinde değişiklik yapabilmelidir. Anayasanın 167/2. maddesi, vergilerin kanunîliği ilkesine uygun olarak, bu şekilde anlaşılmalıdır.

Konuyla ilgili bir başka görüşte de, bu yetkinin malî yükümün uygulanma zamanını saptama ile sınırlı tutulması gerektiği ileri sürülmektedir⁹¹. Ancak, takdir yetkisini sadece uygulama zamanını belirleme unsuruyla sınırlı tutmak, bu konuda yetki verilmesinin özüne ters düşecektir. Böyle bir sınırlama halinde Anayasanın 73/4. maddesinden bile daha dar kapsamlı bir yetki söz konusu olacaktır. Dış ticaretin kendine has özelliğinden ötürü, bu konuda Bakanlar Kuruluna biraz daha esnek bir yetki tanınması gerekmektedir.

⁸⁸ TEZİÇ, Anayasa, s. 15-16; Aynı yönde bkz.: TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, s. 391.

⁸⁹ DOĞRUSÖZ, Vergilendirme, s. 75-76; YÜREKLİ, s. 292; Ayrıca bkz.: Yekta Güngör ÖZDEN’in karşı oy gerekçesi, AyM., 11.1.1985 gün ve E. 1984/6, K. 1985/1, AMKD, S. 21, s. 16.

⁹⁰ GÜNEŞ G., s. 171-175; TAVŞANCI, Yürütme Organı, s. 153.

⁹¹ BAŞARAN Funda, “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı” Vergi Sorunları, S. 118, Temmuz 1998, s. 118-119.

Bakanlar Kuruluna kanunîlik ilkesi uyarınca Anayasanın 73/4. maddesindeki sınırlara uygun olarak kanunla yetki verilmelidir. Bu sayede verilecek yetki hem kanunîlik ilkesine uygun olacaktır, hem de yasama yetkisinin devri söz konusu olmayacaktır. Ayrıca kanunda dış ticaretle ilgili getirilebilecek ek malî yükümlülükler ayrıntılı bir şekilde sayılmalı ve Bakanlar Kuruluna bu malî yükümlülükleri getirip getirmeme ve getirme zamanını belirleme bakımından takdir yetkisi tanınmalıdır. Bu sayede dış ticaretin taşıdığı önem dikkate alınmak suretiyle Bakanlar Kurulunun takdir yetkisinde bir esneklik sağlanmış olur. Takdir yetkisi ile ilgili bir diğer esneklik de mütakabiliyet esasına göre tanımlanabilir. Yani bir ülke dış ticaretle ilgili olarak Türkiye'yi etkileyecek tarzda bir malî yükümlülük koymuşsa, Bakanlar Kuruluna o ülkeyle ve o olayla sınırlı olmak üzere aynı ölçüde malî yükümlülük koyma veya kaldırma konusunda kanunla yetki verilebilir.

5. Olağanüstü Hallerde Vergi İdaresinin Takdir Yetkisi

Olağanüstü hallerde idarenin takdir yetkisi normal zamanlara kıyasla genişlemektedir. Hatta vergilendirme alanında Bakanlar Kurulu en geniş ölçüde takdir yetkisine olağanüstü hallerde sahip olmaktadır⁹². Olağanüstü dönemlerde vergilerin kanunîliği ilkesi işlemeyecektir. Bu dönemlerde vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin düzenlemeler kanun hükmünde kararnamele yapılabilecektir.

Anayasanın 119. maddesinde düzenlenen ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilânı, vergi hukukunu en çok ilgilendirebilecek nitelikteki olağanüstü hal sebebidir. Bu sebebe dayanarak olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda, ekonominin düzenlenmesi ve iyileştirilmesi amacıyla mal, sermaye ve hizmet piyasalarını yönlendirici vergi, para, kredi ve fiyat politikalarını belirleyici her türlü önlem ve yükümlülüklerin tespiti ve konulması konularında Bakanlar Kurulunca kanun hükmünde kararnamele çıkarılabilir⁹³.

Anayasanın 121. maddesinde ise, 119. madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilebileceği ve bunlarla ilgili düzenlemelerin kanunla yapılacağı belirtilmektedir. Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halini düzenleyen 122. maddede ise vatandaşlar için yükümlülükler getirilebileceği hükme bağlanmıştır⁹⁴.

⁹² ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 136-137.

⁹³ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara 1999, s. 283.

⁹⁴ Anayasanın verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan 2395 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ile Bakanlar Kuruluna vergileme alanında geniş yetkiler tanınmıştır. Ayrıca 2491 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununda gerekli şartların varlığı

V. TÜRK VERGİ SİSTEMİNDE YER ALAN İDARENİN TAKDİR YETKİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. DEĞERLEMEYE İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

VUK'un mükerrer 298/A. maddesinde malî tablolarda yer alan parasal olmayan kıymetlerin enflasyon düzeltmesine tâbi tutulacağı hükmü yer almaktadır. Bu fıkranın ilk bendinde enflasyon düzeltmesinin şartları düzenlenmiştir. Bendin sonunda Bakanlar Kuruluna tanınan yetki bulunmaktadır. Bakanlar Kuruluna enflasyon düzeltmesiyle ilgili olarak tanınan yetki, enflasyon düzeltmesinin uygulanıp uygulanmamasını etkileyen nitelikte bir yetkidir. Bakanlar Kuruluna % 100 olan oranı % 35'e indirme yetkisi verilmesi enflasyon düzeltmesi uygulamasına geçişi kolaylaştırmaya yöneliktir. İçinde bulunulan hesap dönemi için % 10 olması gereken oranı % 25'e çıkarma yetkisinin tanınması ise enflasyon düzeltmesi uygulamasına geçişi zorlaştırmaya yöneliktir⁹⁵.

VUK'un mükerrer 298/A maddesinin 8. bendinde enflasyon düzeltmesiyle ilgili olarak Maliye Bakanlığına geniş yetkiler verilmiştir. Enflasyon düzeltmesinin işlemesi, Maliye Bakanlığının bazı tespitler yapmasına bağlanmıştır. Dolayısıyla enflasyon düzeltmesi ile ilgili maddenin varlığını devam ettirmesi, Maliye Bakanlığının takdirine bırakılmıştır⁹⁶.

VUK'un mükerrer 298/B maddesinde yeniden değerlendirme oranının belirlenmesiyle ilgili hüküm yer almaktadır: “Yeniden değerlendirme oranı, yeniden değerlendirme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dahil) bir önceki yılın aynı dönemine göre Devlet İstatistik Enstitüsünün Toptan Eşya Fiyatları Genel Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranıdır. Bu oran Maliye Bakanlığınca Resmî Gazete ile ilan edilir”. 2005 yılı başından itibaren Toptan Eşya Fiyatları Endeksi yerine, Üretici Fiyatları Endeksine geçilmiştir. Aynı şekilde 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunuyla, Devlet İstatistik Enstitüsü (DİE) yerine Başbakanlığa bağlı Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK)

durumunda malî yükümlülükleri de içermek üzere her çeşit yükümlülüğü belirleme yetkisi Bakanlar Kuruluna tanınmıştır.

⁹⁵ İLERİ Yusuf, “Enflasyon Düzeltmesine Zorunlu Geçiş”, Dünya Gazetesi, 2.3.2004.

⁹⁶ DOĞRUSÖZ A. Bumin, “Enflasyon Düzeltmesi ve Hukuk Devleti”, Dünya Gazetesi, 19.7.2004.

kurulmuştur⁹⁷. 5479 sayılı Kanunla⁹⁸, VUK'un mükerrer 298. maddesine, bu gelişmeler doğrultusunda yeni bir fıkra eklenmiştir⁹⁹.

Yeniden değerlendirme, Türk vergi sisteminde enflasyonun etkisini azaltmaya yönelik yer verilen düzenlemelerden biridir¹⁰⁰. Artan oranlı vergi tarife yapısına sahip vergilerde yüksek enflasyon sonucu gelir dilimi sürüklenmesi yaşanmakta, tarifeler bazen anlamsız hale gelmekte ve ödevliler aleyhine etki ortaya çıkmaktadır¹⁰¹. Vergi kanunlarında yer alan maktu miktarlar da enflasyon sonucu aşınmakta ve bu aşınmalar devletin vergi gelirlerini olumsuz etkilemektedir. Bu olumsuzluğu gidermek amacıyla vergi kanunlarında, maktu vergi ve miktarların yeniden değerlendirme oranında artırılmasına yönelik hükümlere yer verilmektedir.

Vergi kanunlarındaki maktu vergilerin, maktu miktar ve hadlerin artışının yeniden değerlendirme oranına bağlanması, takdir yetkisinin sınırlandırılması bakımından oldukça önemlidir. İdarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler, vergilerin kanuniliği ilkesiyle de uyumludur. Bu sayede vergi idaresinin yetkisini kullanmayı ihmal etmesinin sakıncaları da önlenmiş olmaktadır. Ancak, vergi idaresinin takdir yetkisini sınırlandırmaya yönelik düzenlemeler ne kadar olumluysa, takdir yetkisinin tamamen ortadan kaldırılmaması da bir o kadar önemlidir. Bu yüzden vergi kanunlarında yer alan maktu miktarlar konusunda, yeniden değerlendirme oranına ek olarak Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanınmalıdır. Örneğin Bakanlar Kuruluna maktu miktarlarda yeniden değerlendirme oranında yapılan artışın % 50'si oranında artırma veya azaltma yetkisi verilebilir. Böylece ileride meydana gelebilecek ekonomik değişimlere karşı gerekli tedbirlerin alınması imkânı sağlanmış olur.

Doktrinde, yeniden değerlendirme oranının Maliye Bakanlığı tarafından ilân edilmesi gerekçe gösterilerek, bir idarî işleme bağlı olarak verilen yetkinin kanunla verildiğinin ve alt-üst sınırlarının belirli olduğunun söylenemeyeceği

⁹⁷ RG., 18.11.2005, S. 25997.

⁹⁸ RG., 8.4.2006, S. 26133.

⁹⁹ "Vergi kanunlarında yer alan "toptan eşya fiyatları genel endeksi" ibaresi "üretici fiyatları genel endeksi" ve "TEFE" ibaresi "ÜFE" olarak uygulanır".

¹⁰⁰ ORTAÇ F. Rifat, **Gelir Vergisinin Üniter Yapısı**, Ankara 2000, s. 129; ORTAÇ, Noter Senedi, s. 59.

¹⁰¹ ARIKAN, Demokratik, s. 168; KELECİOĞLU M. Aykut, "Vergi Kanunları ile Bakanlar Kurulu'na Tanınan Yetkilerin Vergilemede Kanunilik ve Belirlilik İlkeleri Çerçevesinde İrdelenmesi", Yaklaşım, S. 105, Eylül 2001, s. 165; KIRBAŞ, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 66.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

ileri sürülmektedir¹⁰². Ancak Anayasa Mahkemesi, yeniden değerlendirme oranının Resmî Gazetede ilân edilme zorunluluğu bulunduğunu belirtmiş ve bu durumda keyfi, takdirî uygulamalara yol açabilecek bir belirsizliğin bulunmadığını vurgulamıştır¹⁰³. Bu konuda öncelikle yeniden değerlendirme oranının belirlenmesi üzerinde durmak gerekir. VUK'un 298/B maddesinin lafzından, Maliye Bakanlığının bu oran üzerinde herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Maliye Bakanlığı sadece TÜİK tarafından belirlenen oranları ilan etmektedir. TÜİK de bu oranları objektif verilere dayanarak belirlemede ve bu oranlar üzerinde herhangi bir müdahalede bulunamamaktadır.

Bakanlar Kuruluna maktu miktarları sadece yeniden değerlendirme oranında artırma yetkisi verilmesi halinde, bağlı yetki söz konusudur. Böyle bir halde Bakanlar Kurulu, yeniden değerlendirme oranındaki ilgili artışı gerçekleştirmek zorundadır. Ancak, yeniden değerlendirme oranına ilave olarak yetki verilmişse takdir yetkisinden söz edilebilecektir. Bu durumda Bakanlar Kurulu, yeniden değerlendirme oranını esas almak suretiyle kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar arasında değişiklik yapabilecektir. Fakat, son dönemlerde kanunlarda yeniden değerlendirme oranında yapılan değişikliklerin Bakanlar Kurulu kararları yerine genel tebliğ hatta sirkülerlerle yapılması yoluna gidilmektedir. Bu konuda Maliye Bakanlığı yetkili değildir. Değişikliklerin, sadece Bakanlar Kurulunun yeniden değerlendirme oranına ilave takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda Bakanlar Kurulu kararıyla yapılabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Yeniden değerlendirme oranı uygulanarak vergi kanunlarında yapılacak tüm değişikliklerin mutlaka Bakanlar Kurulu kararıyla yapılmasıyla gerekir.

Yeniden değerlendirme uygulaması esasında maktu vergi ve miktarlardaki artışın bir önceki dönem enflasyon artışı oranına göre belirlenmesini ifade etmektedir. Yeniden değerlendirme oranının belirlenmesinde ortalama fiyat artış oranı yerine son oniki aylık artış oranının esas alınması, rakamların daha güncel bir şekilde artırılmasını sağlayabilir. Ancak vergi gelirlerinin ayarlanmasında önceki dönem verilerinin kullanılması doğru bir yaklaşım değildir. Nasıl ki bütçe hazırlanırken gelecek dönemin verileri tahmin edilmeye çalışılarak gelir ve giderler ona göre ayarlanıyorsa, maktu miktarların artırılmasında da buna

¹⁰² YALTI, s. 105; Benzer yöndeki görüş için bkz.: Anayasa Mahkemesi kararında Güven DİNÇER'in karşıoy gerekçesi, AyM., 14.5.1997 gün ve E. 1996/75, K. 1997/50, AMKD, S. 36, C. 1, s. 116.

¹⁰³ AyM., 14.5.1997 gün ve E. 1996/75, K. 1997/50, AMKD, S. 36, C. 1, s. 110-111; Bu karara paralel nitelikteki bir görüşte de yeniden değerlendirme oranının tamamen objektif bir tespiti yansıttığı belirtilmektedir. Bkz.: ERDEM Tahir, "Bakanlar Kurulu'na Tanınan Vergi Cezalarını Artırma Yetkisinin Cezaların Kanuniliği İlkesi Karşısındaki Durumu ve Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 414'üncü Maddesine Bakış", Vergi Sorunları, S. 209, Şubat 2006, s. 110.

benzer bir düzenlemeye gidilmelidir. Yeniden değerlendirme oranı olarak gelecek dönem için tahmin edilen enflasyon oranı esas alınabilir. Maktu miktarların hedeflenen enflasyon oranında artırılması, devletin gelirlerindeki artışın ekonomideki gelişmelere daha uygun olarak gerçekleşmesini sağlayacağı gibi, mükelleflerin malî güçlerinin gözönüne alınması bakımından da olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Türk vergi sisteminde yeniden değerlemeye göre maktu vergi, harç ve miktarların artırılmasını düzenleyen hükümler şu şekilde sayılabilir: GVK mük. md. 111 ve mük. md. 123, VUK mük. md. 414, EVK md. 29, VİVK md. 4 ve 16, BGK mük. md. 44, MTVK md. 10, DVK md. 14 ve mük. md. 30, HK mük. md. 138, GidVK md. 39. Vergi kanunları dışında da yeniden değerlendirme oranına atıf yapan kanunlar vardır. Örneğin İYUK'un ek 1. maddesinde, kanundaki parasal sınırların her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılacağına dair hüküm yer almaktadır.

B. VERGİ TARİFELERİNE, VERGİ ORANLARINA VE MAKTU VERGİ, HARÇ VE MİKTARLARA İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

Vergi tarifesi, vergilerin temel öğelerindendir. Vergi kanunlarında vergi tarifesi açık ve net bir şekilde belirtilmek zorundadır. Aksi durum, vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil eder. Vergi kanunlarında Bakanlar Kuruluna vergi tarife oran ve miktarlarında yetki verilebildiği gibi, tarife dilimlerinde de yetki verilebilmektedir.

GVK'nın 103. maddesinde yer alan gelir dilimlerinin her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılacağı, Bakanlar Kurulunun ise bu surette tespit edilen tutarları % 50'ye kadar artırma veya indirme konusunda yetkili olacağı hükme bağlanmıştır. VİVK'nın 16/3. maddesinde de Bakanlar Kuruluna benzer şekilde yetki tanınmıştır. Ancak yeniden değerlendirme oranında yapılan artışlar son zamanlarda Bakanlar Kurulu kararı yerine genel tebliğlerle yapılmaktadır¹⁰⁴. Bu durum, vergilerin kanuniliği ilkesine açıkça aykırıdır.

Çeşitli vergi kanunlarında Bakanlar Kuruluna tarife oran ve miktarlarında yetki veren hükümlere rastlanmaktadır. MTVK'nın 10. maddesinde bu yönde bir hüküm mevcuttur. Bu maddenin ilk fıkrasında, her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan vergi miktarlarının o yıl için tespit ve ilân olunan yeniden değerlendirme oranında artırılacağı belirtilmiştir. Maddenin devamında ise Bakanlar Kuruluna verilecek takdir yetkisi düzenlenmiştir.

¹⁰⁴ 1.1.2006 tarihinden itibaren geçerli olacak tutarlar 37 seri no.lu VİVK genel tebliği ile belirlenmiştir RG., 16.12.2005, S. 26025; 1.1.2005 tarihinden itibaren geçerli olacak tutarlar 36 seri no.lu VİVK genel tebliği ile belirlenmiştir, RG., 18.12.2004, S. 25674.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

ÖTVK'nın 12/2. maddesinde Bakanlar Kuruluna vergi oranları ve miktarları konusunda oldukça geniş yetkiler verilmiştir¹⁰⁵. Doktrinde ÖTVK'nın 12/2. maddesiyle tanınan, mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri, ithalât şekli, fiyat grupları, alkol dereceleri ve miktarına göre farklı vergi tutarı belirleme yetkisinin doğrudan verginin kaynağı ile ilgili olduğu vurgulanarak, bu konularda vergilerin kanunîliği ilkesi gereğince Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanınmayacağı ileri sürülmektedir¹⁰⁶. Buna aykırı görüşte ise, vergi kaçığının ve yolsuzlukların önüne geçilmesi bakımından bu yetkilendirmenin gerekli olduğu savunulmaktadır¹⁰⁷. Verilen yetkinin alt ve üst sınırları açık bir şekilde belirlenmek şartıyla, her bir malı kendi içinde cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri gibi kriterlere göre ayrı vergi tutarlarına tâbi tutmak yetkisi Bakanlar Kuruluna tanınabilir. Kanun koyucu ekonomide meydana gelebilecek değişiklikler karşısında gerekli tedbirleri alabilmek, vergide adaleti sağlamak,

¹⁰⁵ ÖTVK md. 12/2: “Bakanlar Kurulu, topluca veya ayrı ayrı olmak üzere; **a)** (I) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibarıyla en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit etmeye, **b)** (III) sayılı listedeki mallar için belirlenen oranları her bir mal itibarıyla sıfıra kadar indirmeye, (A) cetvelindeki mallar için dört katına (B) cetvelindeki mallar için yarısına kadar artırmaya, maktu vergiyi her bir mal itibarıyla sıfıra kadar indirmeye, (A) cetvelindeki mallar için iki katına (B) cetvelindeki mallar için bir katına kadar artırmaya, bu sınırlar içinde malların cinsleri, özellikleri, fiyat grupları, alkol dereceleri ve içerdiği alkol miktarına göre farklı vergi oranı ve maktu vergi tutarı belirlemeye, listedeki her bir mal itibarıyla nispî ve maktu verginin yalnızca birisini uygulatmaya, yalnızca nispî vergi uygulanması halinde hesaplanan özel tüketim vergisinin maktu vergi tutarından az olmaması şartını koymaya, **c)** (II) sayılı listedeki mallar için belirlenen oranları bir katına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye; uygulanmakta olan oranları EURO normlarını sağlayan katalitik konvertör sistemi ile teçhiz edilmiş taşıtlarda yarısına kadar indirmeye, kanunî oranına kadar çıkarmaya, **d)** (IV) sayılı listedeki mallar için belirlenen oranları sıfıra kadar indirmeye, % 25'e kadar artırmaya, **e)** Listelerde gümrük tarife pozisyonu veya tarife alt pozisyonu olarak yer alan malların her biri için belirlenmiş olan oran veya tutarların alt ve üst sınırları içinde kalmak suretiyle, bu pozisyonların altında yer alan mallar itibarıyla farklı vergi tutarları veya oranları belirlemeye, yetkilidir”.

¹⁰⁶ GERÇEK Adnan, “Vergileme Alanında Bakanlar Kurulu Kararlarının Hukuki Sınırı: ÖTV Açısından Bir İnceleme”, Vergi Sorunları, S. 205, Eylül 2005, s. 118.

¹⁰⁷ KULU M. Bahattin, “ÖTV Kanunu'nun Yetki Verdiği Konular ve Bunların Sınırı”, Yaklaşım, S. 118, Ekim 2002, s. 54.

malî güce göre vergilendirmeyi gerçekleştirmek bakımından bu şekilde takdir yetkisi tanımaktadır. Bakanlar Kuruluna tanınan ayırıştırma olarak adlandırılabilir farklı oran veya miktar belirleme yetkisini kanunîliğe aykırı olarak görmek, pek isabetli bir yaklaşım değildir. Kanunda, farklılaştırma için sayılan kriterler aslında yapılacak idarî işlemin sebebini oluşturmaktadır. Bakanlar Kuruluna işlemin sebep unsuru bakımından takdir yetkisi tanınmaktadır. Bakanlar Kurulu bu yetkisini kullanmak suretiyle, gerek ekonomide gerekse mükellefler üzerinde önemli etkiler oluşturabilecektir. Bu yetkinin belirlilik ve hukukî güvenlik ilkelerine aykırı olabileceği ileri sürülebilir. Bu bakımdan kanun koyucu böyle bir farklılaştırma öngörüyor ise kanunda bunu ana hatlarıyla açıkça düzenlemeli, verilen yetkinin sınırları ölçülü bir şekilde belirlemeli ve Bakanlar Kuruluna Anayasanın 73/4. maddesindeki sınırlar içinde takdir yetkisi tanınmalıdır.

GVK'nın mükerrer 111. maddesinde, talih oyunları salonlarından elde edilen kazançlara ilişkin asgari vergi miktarları düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında Bakanlar Kuruluna vergi miktarları konusunda yetki veren hüküm yer almaktadır¹⁰⁸. Maddenin iptali için açılan davada Anayasa Mahkemesi, verilen yetkinin Anayasanın 73. maddesine uygun olduğuna karar vermiştir¹⁰⁹. Bakanlar Kuruluna tanınan vergi miktarını on kata kadar artırma yetkisi, gerek hukukî güvenlik gerekse de vergilerin kanunîliği ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu bakımdan Bakanlar Kuruluna yeniden değerlemeye ilave olarak % 50 oranında ya da bir kat artırım yönünde yetki verilmesi halinde hem ölçülü şekilde yetki tanınmış olacak, hem de bu sınırlar takdir yetkisinin kendinden beklenen yararları gerçekleştirilmesine yetecektir.

KDVK'da vergi oranlarına ilişkin olarak Bakanlar Kuruluna geniş yetki verilmesi söz konusudur: “Katma değer vergisi oranı, vergiye tabi her bir işlem için % 10'dur. Bakanlar Kurulu bu oranı, dört katına kadar artırmaya, % 1'e kadar indirmeye, bu oranlar dahilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı

¹⁰⁸ GVK mük. md. 111/2: “Yukarıda yer alan tutarlar, Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre o yıl için belirlenen yeniden değerlendirme oranı ile çarpılmak suretiyle yeniden tespit edilir ve izleyen yılda bu tutarlar esas alınır. Bakanlar Kurulu bu tutarları 10 katına kadar artırmaya yetkilidir. Bu yetki, talih oyunları salonlarının bulunduğu turizm bölge, alan ve merkezleri itibarıyla farklı miktarlar tespit edilmek suretiyle de kullanılabilir”.

¹⁰⁹ AyM., 14.5.1997 gün ve E. 1996/75, K. 1997/50, AMKD, S. 36, C. 1, s. 110-111. Ancak aynı kararda bir karşıoy yazısında verilen yetkinin sınırsız nitelik arz ettiği için Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmektedir. AMKD, S. 36, C. 1, s. 115-116; GVK'nın mükerrer 111. maddesinin anayasaya uygun olduğu yönündeki benzer Anayasa Mahkemesi kararı için bkz.: AyM., 11.12.1996 gün ve E. 1996/49, K. 1996/46, AMKD, S. 36, C. 1, s. 49-50.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

malların perakende safhası için farklı vergi oranları tespit etmeye yetkilidir” (KDVK md. 28). Yetkinin bu şekilde geniş marj içinde verilmesinin vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁰. KDVK’nın 28. maddesiyle Bakanlar Kuruluna tanınan oranı dört kata kadar geniş bir marj içinde artırma yetkisi, bir bakıma ek vergi konulması gibi yetkinin Bakanlar Kuruluna devri anlamına gelmektedir. Burada ölçülü bir yetki devri bulunmamaktadır. Ayrıca Bakanlar Kuruluna, alt ve üst sınırlar dahilinde oranlarda farklılaştırmaya gitme yetkisi verilmiştir. Oranlarda farklılaştırma yapılırken sadece farklı türdeki mal ve hizmetler ile perakende aşaması dikkate alınacak, bunun dışındaki sebeplere dayanılarak oran farklılaştırılmasına gidilemeyecektir¹¹¹. Maddede sayılan kriterler, oran farklılaştırmasında yapılan işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır. Gidilen farklılaştırmada başta ölçülülük ve eşitlik olmak üzere diğer anayasal ilkelere uyulmalıdır.

Vergi oranları ile maktu vergi ve harçlar dışında çeşitli konulardaki oran ve miktarlarla ilgili olarak da Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanınmaktadır. Örneğin, GVK’nın mükerrer 123/2. maddesinde, bu kanunda yer alan bazı maktu miktarların artırılmasında Bakanlar Kuruluna yeniden değerlendirme oranına ek takdir yetkisi tanınmıştır¹¹². VUK’un mükerrer 414/3. maddesinde, bu kanunda yer alan maktu hadler, asgarî ve azamî miktarları belirtilmiş olan paralar ile ödenecek ceza miktarlarının her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bakanlar Kuruluna da yeniden değerlendirme oranının uygulanması sonucu belirlenen miktarlar üzerinde belli ölçüde değişiklik yapma yetkisi tanınmıştır.

C. VERGİ MATRAHINA İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

Vergi konusunun verginin hesaplanmasında esas alınan değer veya miktarı olan matrah, verginin temel öğelerindendir ve matrahın mutlaka kanunla

¹¹⁰ KELECİOĞLU, s. 164; EROL, Vergi Yasaları, s. 35; EROL, Uygulamalar, s. 89.

¹¹¹ DVDDGK., 31.1.2003 gün ve E. 2002/294, K. 2003/27, DKD, S. 1, s. 100; D.7.d., 5.11.2003 gün ve E. 2001/5196, K. 2003/4561, Yaklaşım, S. 138, Haziran 2004, s. 278-280.

¹¹² GVK mük. md. 123/2: “Bu Kanunun 19, 21, 23/8, 31, 47, 48, mükerrer 80, 82, 86 ve mükerrer 121’inci maddelerinde yer alan maktu had ve tutarlar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Bu şekilde hesaplanan maktu had ve tutarların % 5’ini aşmayan kesirler dikkate alınmaz. Bakanlar Kurulu, bu surette tespit edilen had ve tutarları % 50’sine kadar artırmaya veya indirmeye yetkilidir”.

düzenlenmesi gerekir¹¹³. Vergi idaresinin takdir yetkisi, matrahın tespiti ve uzlaşma bakımından söz konusu olabilmektedir.

1. Matrahın Tespitinde Takdir Yetkisi

Vergi idaresinin bir vergiyi tarh edip etmeme konusunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. İdarenin takdir yetkisi, matrahın idarece tespiti halleri bakımından incelenebilir. Vergi idaresi tespit edilen matrah veya matrah farkları üzerinden verginin tarhı işlemini gerçekleştirmektedir.

Matrahın tespitinde takdir komisyonları önemli fonksiyon görmektedirler. Takdir komisyonlarının matrah takdiri dışında çeşitli fiyat, ücret ve kıymetleri takdir etme yetkileri de bulunmaktadır (VUK. md. 74/a). Komisyonların matrah tespiti konusundaki yetkileri genel-objektif matrah tespiti ve bireysel-subjektif nitelikteki matrah tespiti olmak üzere ikiye ayrılabilir¹¹⁴.

Re'sen vergi tarhında, matrah tespiti takdir komisyonları veya inceleme elemanları tarafından yapılacaktır. Ancak, re'sen vergi tarhında matrah tespitinde idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, takdir komisyonlarının gerek matrah tespiti ve gerekse çeşitli değerlerin belirlenmesi konusundaki yetkileri, objektif ölçülere dayanan teknik bir düşünce ve saptama niteliğindedir. Dolayısıyla takdir komisyonlarının, takdir yetkisi bulunmamaktadır¹¹⁵. Buna benzer bir başka görüşe göre, yapılan tespit teknik takdir niteliğindedir, ancak yapılacak takdir gerçek miktarın kesin bir şekilde, kuruluşu kuruluşuna belirlenmez¹¹⁶. Diğer bir görüşe göre ise, takdir komisyonları objektif karar alma yeteneğine sahipken, inceleme elemanınca yapılan matrah tespitinde takdir yetkisi söz konusudur¹¹⁷. Matrah tespitinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu yönünde görüşler de vardır. Bu yöndeki bir görüşte, takdir komisyonlarının

¹¹³ KIRBAŞ, s. 105; ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 87-88; GÜNEŞ G., s. 122-127; AKDOĞAN, s. 137; ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 127; AyM., 26.3.1974 gün ve E. 1973/32, K. 1974/11, AMKD, S. 12, s. 124 vd.; AyM., 26.6.1996 gün ve E. 1996/5, K. 1996/26, AMKD, S. 37, C. 1, s. 38; AyM., 27.1.1981 gün ve E. 1980/27, K. 1981/9, AMKD, S. 19, s. 28-29.

¹¹⁴ Bkz.: ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 102.

¹¹⁵ ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 143.

¹¹⁶ ARAL Rüştü, “Vergi Takdir Komisyonları”, DD, yıl 2, S. 4, 1972, s. 42-43; “Takdir mefhumu gerçek kazancı katiyetle rakamı rakamına tespit etmek değildir. ... kazancın gerçeğe en yakın şekilde bulunmasını temin edebilecek her türlü vasıtalara ve menbağlara müracaat ederek mükellefin o sene zarfında kazanç miktarının neden ibaret olabileceğini takdir etmektir”. ARAL, s. 39-40.

¹¹⁷ ŞEKER H. Nezh, **Hukuksal Yapısıyla Vergi İncelemesi**, İstanbul 1994, s. 55-56.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

görevini düzenleyen VUK'un 74. maddesinin özünde takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmektedir. Bu görüşte takdir komisyonlarının görevlerini objektif ölçülere göre yaptıkları ve kararlarını teknik bir düşünce ve belirlemeyle verdikleri kabul edilmekte, ancak bu kararların benzer olaylarda ve mükelleflerde her zaman aynı olmadığı da ifade edilmektedir. Bir takdir komisyonunun benzer iki olayda farklı karar alabilmesi veya iki ayrı komisyonun bir olayda farklı kararlar verebilmesi buna örnek gösterilmektedir¹¹⁸. Bununla aynı yöndeki bir başka görüşte, takdirin subjektif olduğu vurgulanmakta ve uygulamada rastlanan objektif gerekçeli takdirler eleştirilmektedir¹¹⁹.

Re'sen tarha matrahın defter, kayıt, belge ve kanunî ölçülere göre tespitinin mümkün olmadığı hallerde gidilmektedir. Dolayısıyla matrahın tespitinde kullanılacak ölçüler bakımından bir serbestlik bulunmaktadır. Matrah tespitinde hangi ölçülerin esas alınacağı olayın özelliğine göre serbestçe takdir edilecektir. Re'sen tarhta matrah tespitinde teknik, objektif takdir söz konusu değildir, çünkü her mükellef için belli standart ölçülerin getirilmesi mümkün değildir. Bu yüzden burada objektif bir değerlendirme değil, subjektif bir değerlendirme vardır. Yapılan tespit kesin rakamı değil, yaklaşık miktarı bulmaya yönelik olduğu yönündeki bazı görüşler¹²⁰ de bunu doğrular niteliktedir. Defter, kayıt, belge ve kanunî ölçüler kullanılarak tespit yapılamayan durumlarda, ister istemez takdir yetkisi bulunacaktır. Ayrıca benzer bir olayda farklı tespitler yapılabilmesinin mümkün olması da gerek komisyonların gerekse inceleme elemanlarının takdir yetkisine sahip olduğunu göstermektedir.

¹¹⁸ SAYGILIOĞLU, s. 119; Benzer bir görüşte de yapılan tespit gerçek miktara az veya çok yaklaşmasının mümkün olduğu belirtilmekte ve tamamen gerçeğe uygun bir matrah veya matrah farkının bulunamayacağı kabul edilmektedir. Bkz.: CANDAN, s. 67; "Takdir komisyonlarınca matrah takdir edilirken gelirin gerçeğe en yakın miktarının belirlenmesi, Yasanın öngördüğü bir gerekliliktir". DVDDK., 27.5.2005 gün ve E. 2005/39, K. 2005/125, DD, S. 111, s. 88.

¹¹⁹ Bkz.: DOĞRUSÖZ, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 50; Re'sen tarhta matrahın tamamen veya kısmen defter, kayıt, belge veya kanunî ölçülere göre belirlenemediği ve hangi ölçüye göre tarhiyat yapılacağı belli olmadığı için söz konusu işlem subjektiflik içerecektir. Bkz.: ARIKAN Zeynep – ÖZ Ersan, "Re'sen Tarhiyat Şekilleri ve Hukuksal Boyutu", Yaklaşım, S. 128, Ağustos 2003, s. 185-186.

¹²⁰ ARAL, s. 39-40; CANDAN, s. 67.

Vergi beyannamesinin kanunî süresi geçtiği halde verilmemesi¹²¹, beyannamede vergi matrahına ilişkin bilgilerin gösterilmemesi¹²² veya tutulması zorunlu defterlerin vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara ibraz edilmemesi¹²³ hallerinde olduğu gibi VUK'un 30/2. maddesinde sayılan durumlarda idarenin takdir yetkisi yoktur. Ancak dördüncü bentte “defter kayıtları ve bunlarla ilgili vesikalar, vergi matrahının doğru ve kesin olarak tespitine imkân vermeyecek derecede noksan, usulsüz ve karışık olması dolayısıyla ihticaca salih bulunmazsa” hükmünde idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır.

İkmalen vergi tarhında, matrah tespitinde kullanılacak ölçüler bir kesinlik ifade etmektedir. Bu ölçülere dayanılarak yapılan tespitle kesin miktar bulunabilecektir. Dolayısıyla idarenin bu konuda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. VUK'un mükerrer 30. maddesi doğrultusunda verginin idarece tarh edileceği değerler ve durumlar kanunda belirtildiği için, verginin idarece tarhındaki matrah tespitinde vergi idaresinin takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Emlâk vergisinde arsa ve araziler için kabul edilen asgarî birim değerlerinin tespiti, genel-objektif matrah tespitidir. Komisyonlar belli kriterler dahilinde genel bir tespit yapmaktadır. Komisyonların birim değeri belirlerken belli ölçüde takdir yetkilerinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, takdir ederken komisyonların uyacakları kesin ölçüler, işin doğası gereği bulunmamaktadır. Binalar için vergi değeri hesaplanmasında, komisyonların arsalar için takdir ettikleri birim değerler esas alınmaktadır. Ayrıca Maliye Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca ortaklaşa belirlenen bina

¹²¹ “Tevkifata tabi bir ödemede bulunmayanların muhtasar beyanname verme yükümlülüğünden ve beyanname verilmemesi halinde ise re’sen takdir nedeninin bulunduğu söz edilemez”. D.4.d., 15.2.2005 gün ve E. 2004/1424, K. 2005/217, DD, S. 109, s. 152.

¹²² “Yasa koyucu tarafından, ... pişmanlıkla verilen beyannamelerin zamanında verilmiş sayılacağı amaçlandığından salt, pişmanlıkla verilen beyannamede matrah beyan edilmemesi neden gösterilerek re’sen takdire gidilmesi mümkün bulunmamaktadır”. D.3.d., 14.12.2004 gün ve E. 2004/1339, K. 2004/3158, DD, S. 109, s. 142. Ayrıca bkz.: D.7.d., 20.5.1987 gün ve E. 1987/251, K. 1987/1373, DD, S. 68-69, s. 483; D.7.d., 7.4.2004 gün ve E. 2002/3186, K. 2004/913, DKD, S. 5, s. 205.

¹²³ DVDDK., 18.2.2005 gün ve E. 2004/186, K. 2005/27, DD, S. 110, s. 91; D.3.d., 25.2.2005 gün ve E. 2000/5119, K. 2003/921, DKD, S. 1, s. 149; D.9.d., 26.5.1998 gün ve E. 1997/2792, K. 1998/2160, DD, S. 99, s. 451; D.9.d., 19.11.2002 gün ve E. 2000/2321, K. 2002/4767, DKD, S. 1, s. 379; DVDDGK., 16.5.2003 gün ve E. 2002/559, K. 2003/287, DKD, S. 2, s. 146.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

metrekare normal inşaat maliyet bedelleri de bu belirlemede kullanılmaktadır. Bina metrekare normal inşaat maliyet bedellerini, kural olarak ilgili bakanlıklarca yapılan objektif bir belirleme, teknik takdir olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, binaların vergi değerinin belirlenmesinde idarenin takdir yetkisinden, komisyonların arsalar için yaptıkları belirlemede sahip oldukları yetki ölçüsünde söz edilebilecektir.

Çeşitli vergi kanunlarında, bazı özel durumlar bakımından matrah tespitiyle ilgili hükümlere yer verilmektedir. KDVK'nın 22. maddesinde ikametgâhı, kanunî ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayanlar tarafından yabancı ülkelerle Türkiye arasında taşımacılık ile transit taşımacılıkta, şahıs ve ton başına kilometre itibarıyla yurt içi emsalleri gözönüne alınmak suretiyle matrah tespitine Maliye Bakanlığının yetkili olduğu hükmü yer almaktadır. KDVK'nın 23. maddesinde özellik gösteren bazı teslim ve hizmetler için, vergi tahsil güvenliği gibi amaçlarla özel matrah şekilleri düzenlenmiştir¹²⁴. Maddenin son bendinde ise Maliye Bakanlığının işin mahiyetini gözönünde tutmak suretiyle özel matrah şekilleri tespit etme yetkisi tanınmıştır. Maliye Bakanlığı bu yetkisini tütün mamulleri ve alkollü içecek teslimleri; çay teslimleri, gazete, dergi ve benzeri periyodik yayımlar, talih oyunları salon işletmeciliği ve özel sektör tarafından üretilen sigaralar için kullanmıştır¹²⁵.

2. Uzlaşmada Takdir Yetkisi

Uzlaşma, vergi uyumsuzluklarının idare ile mükellef arasında yapılan pazarlık sonucu, anlaşma yoluyla çözümlenmesidir¹²⁶. İdare, uzlaşma ile mükellefin isteklerini dikkate almak suretiyle kabul edebileceği vergi veya ceza miktarını tayin eder¹²⁷. İşte, idarenin kabul edebileceği, diğer bir deyişle fedakârlıkta bulunabileceği miktarı tayin etmesi, takdir yetkisinin kullanımından

¹²⁴ ARPACI Altar Ömer, "Özel Matrah Şekilleri", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 19, Temmuz 2005, s. 115 vd.; ŞENYÜZ, s. 412-414.

¹²⁵ ŞENYÜZ, s. 414; ARPACI, Özel Matrah, s. 117, 120; Alkollü içki satışlarında özel matrah şekli uygulaması 93 seri no.lu KDVK genel tebliği ile kaldırılmıştır, RG., 19.1.2005, S. 25705.

¹²⁶ KIRBAŞ, s. 200; ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 170; GÜNEŞ G., s. 178; BAŞARAN Funda, "Keyfilik Yaraticısı mı Yoksa Hukuki Barış Sağlayıcı mı? Sorgudaki Kurum: "Uzlaşma" Gerekçelendirilmesi ve Hukuki Analizi (I)", Mükellefin Dergisi, S. 90, Haziran 2000, s. 33; Diğer bir ifadeyle, tarafların uzlaşma yönünde belirttikleri serbest iradelerine dayanılarak vergi miktarının veya buna bağlı vergi cezalarının anlaşılacağı miktar üzerinden ödenmesini kabul etmeleridir. Bkz.: ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Müessesesi", DD, yıl 1, S. 1, 1971, s. 47.

¹²⁷ ALİEFENDİOĞLU, Uzlaşma, s. 47, 61.

ibarettir. Kanundaki “uzlaşabilir” ve “izin verebilir” ibareleri de idarenin takdir yetkisine sahip olduğunu göstermektedir. Vergi idaresi kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak uzlaşmakta ve uzlaşma sonuçları kesinlik arz etmektedir¹²⁸. Yani, takdir yetkisinin kullanımı sonucu ortaya çıkan durumu kabullenmek, idare bakımından bağlı yetki konusu oluşturmaktadır¹²⁹. Diğer bir ifadeyle idare, uzlaşmanın içeriğine uygun idarî işlem gerçekleştirme yükümlülüğü altına girmektedir¹³⁰. Vergi alıp almamak konusunda idarenin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Oysa uzlaşma müessesesiyle idareye alınacak vergi üzerinde takdir yetkisi tanınmaktadır. İdare takdir yetkisini kullanarak alınması gereken verginin bir kısmından vazgeçebilmektedir.

VUK’un ek 1. maddesinde takdir sonrası uzlaşmaya dört durumun varlığı halinde gidilebileceği düzenlenmiştir. Sayılan sebeplerden sadece birincisinde yani, kanun hükümlerine yeterince nüfuz edilememiş olması halinin ileri sürülmesinde idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır¹³¹. İdare olayın özellikleri ve mükellefin durumuna göre bu sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini serbestçe takdir edecektir. Ancak idare, kötüye kullanılma ihtimalini gözönüne alarak bu sebebi dar yorumlamalıdır. Örneğin aynı mükellef

¹²⁸ D.3.d., 20.5.1999 gün ve E. 1997/4969, K. 1999/1968, DD, S. 102, s. 229; D.4.d., 20.12.1999 gün ve E. 1999/653, K. 1999/4781, DD, S. 103, s. 362; D.4.d., 13.3.2003 gün ve E. 2002/3936, K. 2003/611, DKD, S. 2, s. 201; D.7.d., 25.3.1999 gün ve E. 1998/596, K. 1999/1323, DD, S. 101, s. 572; D.4.d., 25.11.1998 gün ve E. 1197/4651, K. 1998/4546, DD, S. 100, s. 219; D.4.d., 22.6.1998 gün ve E. 1998/93, K. 1998/2768, DD, S. 98, s. 291.

¹²⁹ KUMRULU, Uzlaşma, s. 21; “Uzlaşmada taraf olan idarenin de dönem vergisi üzerinde uzlaşıldıktan sonra aynı dönem hakkında inceleme yaparak matrah belirlenmesinin uzlaşma ile sağlanmak istenen amaca aykırı düşeceği, bu durumda, uzlaşma ile mükellef veya adına ceza kesilen için yasa da öngörülen kesinlik şartı aynı zamanda işlemi tesis eden idare içinde (geçerlidir)”. D.9.d., 9.10.2003 gün ve E. 2000/4207, K. 2003/4771, DKD, S. 3, s. 265.

¹³⁰ BAŞARAN Funda, “Keyfilik Yaratıcısı mı Yoksa Hukuki Barış Sağlayıcı mı? Sorgudaki Kurum: “Uzlaşma” Gereçlendirilmesi ve Hukuki Analizi (II)”, Mükellefin Dergisi, S. 91, Temmuz 2000, s. 109; “Uzlaşma başvurusu sonucu uzlaşmaya varılmışken, bu uzlaşmanın gereklerini derhal yerine getirmekle yükümlü bulunan vergi dairesi müdürlüğünce uzlaşma talebi geçersiz sayılarak, üzerinde uzlaşılan kısımlarda yeniden cezalı tarhiyata gidilmesinde isabet (bulunmamaktadır)”. D.9.d., 14.10.2004 gün ve E. 2002/805, K. 2004/4955, DKD, S. 6, s. 231-232.

¹³¹ Bu sebebin madde metninden çıkarılması istenmektedir. Bu konuda bkz.: OZANSOY Ahmet, “Uzlaşma Müessesesi ve Etkinliği”, Yaklaşım, S. 89, Mayıs 2000, s. 205.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

daha önce de benzer konuda uzlaşma yoluna gitmişse bu sebep kabul edilmemelidir.

Uzlaşma komisyonları pazarlık yaparken takdir yetkisine hâkim olan ilkelere uygun davranmak zorundadırlar. Yapacakları pazarlıkta makûl ölçüde fedakârlıkta bulunmalıdırlar¹³². Uzlaşma komisyonu takdir yetkisine dayanarak “makûl ölçüyü” belirler. Makûl ölçü takdir edilirken, inceleme rapor sonuçlarının da gözönünde bulundurulması gerekir¹³³. Yapılacak fedakârlığın az olması uzlaşmadan beklenen yararların gerçekleşmesini engelleyebileceği gibi¹³⁴, makûl düzeyden çok daha fazla indirimle gidilmesi de devletin vergi alacağını olumsuz etkileyecek ve takdir yetkisiyle ilgili önemli ilkeler zedelenebilecektir. Verginin aslından tamamen vazgeçilmesi de takdir yetkisinin kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır. Uzlaşmada ölçülülük ilkesine uyulmalı ve mükellefler arasında eşitlik gözetilmelidir.

Uzlaşma, tarhiyat sonrası olabileceği gibi tarhiyat öncesi de olabilir. Tarhiyat öncesi uzlaşmada takdir yetkisi, tarhiyat sonrası uzlaşmaya göre daha geniştir. Çünkü tarhiyat sonrası uzlaşmaya vergi tarh edildikten sonra gidilmektedir ve üzerinde pazarlık yapılacak miktar bellidir. Oysa tarhiyat öncesi uzlaşmada, vergi incelemesi olmasına rağmen henüz tarh edilmiş bir vergi söz konusu değildir. Mükellefin ödemesi gereken vergi miktarı tam olarak belli değildir. Burada sınırları çok daha geniş bir alanda pazarlık söz konusudur. İdarenin tarhiyat öncesi uzlaşmada çok daha dikkatli ve özenli olması, mükellefin önceki dönemlere ait verilerini ve mevcut incelemeyi gözönüne alması gerekir.

D. MUAFİYET, İSTİSNA VE İNDİRİMLERE İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

Bakanlar Kuruluna çeşitli vergi kanunlarıyla vergi muafiyetine ilişkin hususlarda takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Bu hükümlerin başında, vakıflara vergi muafiyeti tanınması konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi gelmektedir. Vakıflara vergi muafiyeti tanınması ile ilgili son düzenleme 4962 sayılı Kanunla yapılmıştır¹³⁵. 4962 sayılı Kanunun 20/1. maddesinde, muafiyet “tanınacağı” değil, “tanınabileceği” hükmü yer aldığından, vakıflara vergi muafiyeti tanınması konusunda Bakanlar Kurulunun

¹³² ALİEFENDİOĞLU, Uzlaşma, s. 61.

¹³³ Uygulamada, büyük emeklerle hazırlanan inceleme raporlarının dikkate alınmaması eleştirilmektedir. Bkz.: OZANSOY, s. 208-209.

¹³⁴ TUNCER Selahattin, “Vergi Uyuşmazlıklarının Uzlaşma Yoluyla Çözümlemesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 62, S. 4-6, 1988, s. 195.

¹³⁵ Bkz.: 4962 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun, RG., 7.8.2003, S. 25192.

takdir yetkisi bulunmaktadır¹³⁶. Maddenin son fıkrasında da, muafiyet şartlarını kaybettikleri anlaşılan vakıfların muafiyetlerinin kaldırılabilceği hükme bağlanmıştır. 4962 sayılı Kanun, çok genel nitelikte hükümler getirmekte ve vergi idaresine hem muafiyetin kaldırılmasına ilişkin şartların belirlenmesinde yetki vermekte, hem de şartların yerine getirilmediğinin tespiti halinde muafiyetin kaldırılmasında takdir yetkisi tanımaktadır. Bu hükümler incelendiğinde Bakanlar Kurulunun şartları taşımasına rağmen bir vakfa muafiyet tanımayabileceği veya şartlarını kaybetmesine rağmen bir vakfın muafiyetini kaldırmayabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bakanlar Kuruluna bu şekilde tanınan yetki, vergilerin kanuniliği ilkesine açıkça aykırıdır.

Bakanlar Kurulunun takdir yetkisine dayanarak muafiyet şartlarını taşıyan iki vakıftan birine muafiyet tanıyıp diğerine tanımaması, aynı zamanda eşitlik ilkesine aykırılık da oluşturur. Dolayısıyla vakıflara muafiyet tanınmasına ilişkin şartlar kanunda açıkça düzenlenmeli ve vergi idaresine bu şartların bulunup bulunmadığını tespit konusunda yetki tanınmalıdır. Kanundaki şartları taşıyan aynı durumdaki bütün vakıflar muafiyetten yararlanabilmelidir. Muafiyetin kaldırılmasında Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanınması, kanunilik ve eşitlik ilkelerine açıkça aykırı olduğu gibi muafiyet kurumunun özüne de aykırıdır. Şartların kaybedildiği anlaşılmasına rağmen muafiyetin kaldırılmaması yönündeki bir karar, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını teşkil edecektir. Dolayısıyla bu fıkradaki kaldırılabilir ibaresi “kaldırılır” şeklinde değiştirilmelidir.

4962 sayılı Kanununun 20/2. maddesinde, muafiyetten yararlanılmasına ve muafiyetin kaldırılmasına ilişkin şartların belirlenmesi bakımından Maliye Bakanlığına takdir yetkisi verilmiştir. Bu yetkiyle verginin temel öğelerine ilişkin esasların düzenlenmesi vergi idaresine bırakılmış olmaktadır. Kimlerin muaf tutulacağı, bunun esasları ve kaldırılma şartları, vergilerin kanuniliği ilkesi gereğince kanunda açık bir şekilde düzenlenmelidir¹³⁷. Bakanlar Kuruluna bile tanınmayacak olan bir yetkinin Maliye Bakanlığına tanınması Anayasanın 73. maddesine açıkça aykırıdır.

KDVK'nın 14/1. maddesinde, “transit ve Türkiye ile yabancı ülkeler arasında yapılan taşımacılık işlerinde, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek

¹³⁶ Karş. ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 140.

¹³⁷ YERELİ Ahmet Burçin, “Vakıfların Vergi Muafiyeti ve Üç Hukuki Yanlış”, Vergi Sorunları, S. 184, Ocak 2004, s. 112; Anayasa Mahkemesi kararlarında da idarenin keyfî uygulamalarını önlemek bakımından bu hususun üzerinde önemli durulmuştur.: AyM., 26.3.1974 gün ve E. 1973/32, K. 1974/11, RG., 21.6.1974, S. 14922; AyM., 26.6.1996 gün ve E. 1996/5, K. 1996/26, RG., 30.6.2001, S. 24448.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

taşıma işleri vergiden müstesnadır”, hükmüne yer verilmiştir. İkinci fıkrada ise bu istisnanın ikametgâhı, kanunî ve iş merkezi Türkiye’de bulunmayanlar için ilgili ülkeler itibariyle karşılıklı olarak tanınacağı belirtilmiştir. Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu kararıyla transit ve Türkiye ile yabancı ülkeler arasında deniz, hava, kara ve demiryolu ile yapılan yük ve yolcu taşıma işlerinin vergiden müstesna olduğu hükme bağlanmıştır¹³⁸. Vergilerin kanuniliği ilkesi gereğince vergiden istisna tutulacak unsurların kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Bu konuda vergi idaresine herhangi bir takdir yetkisi tanınmaz. İstisna kapsamına girecek işleri belirleme konusunda Bakanlar Kuruluna tanınan yetki anayasaya aykırıdır¹³⁹.

KDVK’nın 13/son, 17/2 ve geçici 19. maddelerinde Maliye Bakanlığına istisna kapsamına girecek unsurları tanımlama yetkisi verilmiştir. Maliye Bakanlığı yetkisini kullanarak bu unsurları tanımlayacaktır. Ancak bu yetki ayrıntıya ilişkin olduğu için, Maliye Bakanlığı istisna uygulamasının esasını etkileyecek düzenleme yapamaz. İstisnaya ilişkin unsurlar kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir. Maliye Bakanlığı bunları sadece açıklayabilir, tanımlayabilir. Bakanlığın kanunda sayılan unsurları genişletmesi veya daraltması mümkün değildir¹⁴⁰.

KDVK’nın 15. maddesinde Maliye Bakanlığına, istisnanın uygulanacağı asgarî haddi belirleme yetkisi de tanınmıştır. Ancak, bu hüküm sınırlı bir alanla ilgili olsa da anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Burada hem sınırlar kanunla belirlenmemiş hem de yetki Bakanlar Kuruluna değil, Maliye Bakanlığına tanınmıştır. İstisnanın alt sınırının mutlaka kanunla belirlenmesi gerekir. KDVK’nın 17/2-c ve geçici 20. maddesinde de benzer hükümler yer almaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, istisna uygulanacak miktara ilişkin alt sınır getirme konusunda Maliye Bakanlığına yetki veren KDVK’nın geçici 19. maddesinin eski halindeki ibareyi iptal etmiştir¹⁴¹.

GVK’nın 31. maddesinde, sakatlık derecelerine göre belirlenen tutarların hizmet erbabının ücretinden indirileceği düzenlenmiş ve yeniden değerlendirme oranına ilave olarak Bakanlar Kuruluna bu tutarları değiştirme yetkisi

¹³⁸ 84/8889 sayılı BKK, RG., 28.12.1984, S. 18619.

¹³⁹ Ayrıca bkz.: GÜNEŞ G., s. 162.

¹⁴⁰ “Esasları kanunda belirlenmiş bulunan istisna hükmünün kapsamının tebliğle daraltılması ya da genişletilmesi mümkün olmadığından, davacı kuruma kanunla tanınan istisnanın Maliye Bakanlığınca çıkarılan genel tebliğle daraltılması yerinde (değildir)”. D.3.d., 31.3.1998 gün ve E. 1997/828, K. 1998/1154, DD, S. 97, s. 166; D.3.d., 18.2.1998 gün ve E. 1996/2083, K. 1998/467, DD, S. 97, s. 208-209.

¹⁴¹ AyM., 15.7.2004 gün ve E. 2003/33, K. 2004/101, AMKD, S. 41, s. 244 vd.

verilmiştir. Ayrıca sakatlık derecelerinin tespit şekli ile uygulamaya ilişkin usûl ve esasların Maliye, Çalışma ve Sağlık ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca bu konuda müştereken hazırlanacak bir yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır¹⁴².

Ücretlilerde vergi indirimi GVK'nın mükerrer 121. maddesinde düzenlenmiş ve bu düzenlemeyle gerçek ücretlerin vergilendirilmesinde özel indirimin yerini almak üzere vergi mahsubu getirilmiştir¹⁴³. GVK'nın mükerrer 121. maddesinde Bakanlar Kuruluna harcama miktarlarında değişiklik yapma yetkisi tanınmıştır. Mükerrer 121. maddenin son fıkrasında, ücretlilerin harcama belgelerinin işverene ibrazı, beyanı ve verginin mahsup veya iadesine ilişkin süreleri tespit etmeye, iadeyi nakden veya mahsuben yaptırmaya ve uygulamanın usûl ve esaslarını belirlemeye Maliye Bakanlığının yetkili olduğu hükmü yer almaktadır. Bu fıkrada daha önce yer alan, vergi mahsup ve iadesine tâbi tutulacak mal ve hizmet alımlarını birinci fıkrada sayılan eğitim, sağlık, gıda, giyim ve kira harcamaları ile sınırlı olmaksızın tespit etme konusunda Maliye Bakanlığına tanınan yetki, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir¹⁴⁴. Vergilerin kanuniliği gereğince bu konuda yapılacak düzenlemenin kanunla yapılması gerekir. İptal edilen hükümle Maliye Bakanlığında bir bakıma kanunu genişletme, kanunda değişiklik yapma yetkisi verilmekteydi. Bakanlar Kuruluna bile verilmesi mümkün olmayan bir yetkinin Maliye Bakanlığında verilmesi anayasaya açıkça aykırıdır.

E. SÜRELERE VE DÖNEMLERE İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

Vergi kanunları vergileme ilişkisinin her aşamasında vergi mükellefleri ve sorumlularının tâbi olacakları süreleri göstermemiş, idareye bazen süreyi belirleme konusunda yetki vermiştir. İdare bu gibi hallerde, yetki verilen konulardaki süreleri belirlemekte ve bunlar idarî süreler olarak anılmaktadır¹⁴⁵. Bazı durumlarda ise idareye süre belirleme yetkisi yerine, kanunda düzenlenen süreleri uzatmak yetkisi tanınabilmektedir¹⁴⁶. İdarî süreler dışına idareye çok

¹⁴² “Sakatlık indiriminin tespitinde yönetmelikte belirlenen usullere uygun olarak verilen Adli Tıp Kurumu raporu esas alınabilir”. D.4.d., 25.3.1999 gün ve E. 1998/3740, K. 1999/1264, DD,S. 101, s. 305; DVDDGK., 26.1.2001 gün ve E. 2000/272, K. 2001/42.

¹⁴³ Bu konuda bkz.: ARPACI Altar Ömer, “Son Kez Uygulanacak Müessese ‘Özel Gider İndirimi’”, Vergi Sorunları, S. 184, Ocak 2004, s. 27.

¹⁴⁴ AyM., 15.7.2004 gün ve E. 2003/33, K. 2004/101, AMKD, S. 41, s. 245-246.

¹⁴⁵ Bu konuda bkz.: ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukukunda Süreler**, Ankara 1975, s. 19.

¹⁴⁶ ÇAĞAN, Süreler, s. 19-21.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

nadir de olsa vergi dönemleriyle ödeme sürelerini belirleme konusunda da takdir yetkisi verilebilmektedir.

İdareye süre konusunda takdir yetkisi tanınırken, yetkinin sınırları da kanunda belli edilmelidir. Süreler konusunda kanunda sadece aşağı veya sadece yukarı sınırların belirlenmesi suretiyle idareye yetki tanınması yeterli kabul edilebilir. Ancak, idarenin muhtemel keyfliliğinin önlenmesi bakımından yetki veren hükümlerde aşağı ve yukarı sınırların birlikte belli edilmesi çok daha isabetli olacaktır. Böyle bir düzenleme uygulamada birliğin sağlanmasında yararlı olacağı gibi, eşitliğe aykırı durumların ortaya çıkmasını da önleyecektir.

İdarî sürelerle ilgili genel hükme VUK'un 14/2. maddesinde yer verilmiştir: “Kanunda açıkça yazılı olmayan hallerde 15 günden aşağı olmamak şartıyla bu süreyi, tebliği yapacak olan idare belirler ve ilgiliye tebliğ eder”. VUK'un 14/2. maddesi doğrultusunda kanunda açıkça yazılı olmayan hallerde, idare süre belirlemek zorundadır. Ancak belirlenecek sürenin uzunluğu bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. İdarenin süre belirlenmesindeki takdir yetkisine bir alt sınır konulmuştur. Buna göre idare onbeş günden az olmamak üzere süreyi belirleyecektir. İdarî sürelerin alt sınırının bu şekilde belirlenmesinin nedeni, vergi yükümlülerinin ve sorumlularının idare tarafından bunaltılması ihtimalinin önlenmesidir¹⁴⁷. İdare, süre belirlemede ölçülülük ilkesine uymalı ve eşitlik ilkesini gözetmelidir.

VUK'un 13. maddesinde düzenlenen mücbir sebep hallerinde sürelerin uzamasında idarenin herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Ancak mücbir sebep hallerinin belirlenmesi bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. İdare meydana gelen bir kaza ve hastalığın vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır olup olmadığını takdir edecektir. Aynı şekilde meydana gelen afetlerin vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı, su basması gibi afetlerden olup olmadığını belirlenmesi bakımından da idarenin takdir yetkisi vardır. Kişinin iradesi dışında meydana gelen gaybubetler ile defter ve vesikaların kaybolması gibi hallerin de mücbir sebep oldukları belirtilmiştir. Ayrıca idare maddedeki “gibi” edatı dolayısıyla, sayılanlara benzer olayları da mücbir sebep olarak kabul edebilecektir. Esasında bütün mücbir sebep hallerinin önceden tespit edilip kanunda düzenlenmesi mümkün olmadığı için idareye bu konuda takdir yetkisi tanınması doğaldır.

VUK'un 17. maddesinde zor durum sebebiyle mühlet verme konusunda vergi idaresine takdir yetkisi tanınmıştır¹⁴⁸. Mühletin verilebilmesi için sürenin bitmesinden önce yazı ile talepte bulunulması, talebin mühlet verecek makam tarafından kabule lâyık görülmesi ve mühletin verilmesi halinde verginin

¹⁴⁷ ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 111.

¹⁴⁸ ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 139.

alınmasının tehlikeye girmemesi gerektiği kanunda belirtilmiştir. Kanunda zor durum halinde “münasip süre” verilebileceği öngörülmüştür. Verilecek sürenin alt sınırının kanunda belirtilmemiş olması, sürenin bir ya da iki gün olarak belirlenmesine yol açabileceği gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir¹⁴⁹. Bu açıdan kanunda verilecek sürenin alt sınırının da belirlenmesi daha yerinde olacaktır. Ancak her ne kadar kanunda alt sınır gösterilmemiş olsa da, idare verilecek süreyi takdir ederken başta ölçülülük olmak üzere takdir yetkisine hâkim olan ilkelere uygun davranmak zorundadır.

Vergi kanunlarında vergi dönemleri, beyanname verme süreleri ve ödeme süreleriyle ilgili olarak da vergi idaresine yetki verilmesi durumlarına rastlanabilmektedir. Beyanname verme sürelerinin değiştirilmesi halinde vergilendirme dönemleri etkilenecektir. Ödeme sürelerinin değiştirilmesi halinde ise vergi yükü ister istemez etkilenecektir. Ödeme süresinin kısaltılması, mükellefin katlanacağı vergi yükünü artıracaktır. Malî yükte artışa neden olan bir değişikliğin ise kanunla yapılması gerekir.

ÖTVK'nın 14/4. maddesinde Bakanlar Kurulunun bazı mallar için beyanname verme ve vergi ödeme süresini kısaltmaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak bu yetki, vergilendirmenin temel ögesi olan tahsil işlemi ile ilgilendirdiği ve verginin belirliliği ilkesine aykırı olduğu için eleştirilmektedir¹⁵⁰. Vergilendirme dönemlerinin ve ödeme sürelerinin kısaltılması mükelleflerin vergi yükünü artıracak, onlara ekstra malî külfet yüklemiş olacaktır. Bu bakımdan vergilendirme dönemleri ve ödeme sürelerinin kısaltılması hususunda vergi idaresine yetki verilmemeli, bu düzenlemeler kanunda yer almalıdır. Bu konularda vergi idaresine yetki verilmesi vergilerin kanuniliği ve belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturacaktır.

GVK'nın mükerrer 120. maddesinde Bakanlar Kuruluna geçici vergi dönemleriyle ilgili takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, yetkinin kullanılması halinde hangi sürelerin belirleneceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla idareye bu konularda tanınacak takdir yetkisinin, GVK'nın mükerrer 120. maddesi örneğinde olduğu gibi mümkün olduğunca daraltılması çok daha uygun olacaktır.

F. ASLÎ ŞEKLÎ YÜKÜMLÜLÜK VE SORUMLULUĞA İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

VUK'un mükerrer 227/1. maddesinin ilk bendinde Maliye Bakanlığına vergi beyannamelerinin 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış serbest muhasebeci malî müşavir veya yeminli malî müşavirler tarafından imzalanması zorunluluğu getirme ve bu zorunluluğu beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet

¹⁴⁹ GÜNEŞ – ŞİRİN, s. 139.

¹⁵⁰ GERÇEK, s. 116.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

konuları itibariyle ayrı ayrı uygulatma yetkisi verilmiştir. Maddenin ikinci bendinde ise vergi kanunlarında yer alan bazı hükümlerden yararlanılması, Maliye Bakanlığınca belirlenen şartlara uygun olarak yeminli malî müşavirlerce düzenlenmiş tasdik raporunun ibraz edilmesine bağlanmıştır¹⁵¹. Anayasa Mahkemesi bu maddenin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir¹⁵².

VUK'un mükerrer 257/1. maddesinde 6 bent halinde Maliye Bakanlığınca çeşitli yükümlülükler getirme yetkisi tanınmıştır. İlk bentte Maliye Bakanlığının “mükellef ve meslek grupları itibariyle muhasebe usul ve esaslarını tespit etmeye, bu Kanuna göre tutulmakta olan defter ve belgeler ile bunlara ilaveten tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter ve belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva etmesi zorunlu bilgilerini belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya; bedeli karşılığında basıp dağıtmaya veya üçüncü kişilere bastırıp dağıtmaya veya dağıtırmaya, bunların kayıtlarını tutturmaya, bu defter ve belgelere tasdik, muhafaza ve ibraz zorunluluğu getirmeye veya kaldırmaya, bu Kanuna göre tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi zorunluluğunu kaldırmaya” yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Her ne kadar doktrinde bu bentteki yetkilerin vergi idaresine tanınması eleştirilse de, Anayasa Mahkemesi bu yetkilerin tanınmasının zorunluluktan kaynaklandığını belirtmiş ve Maliye Bakanlığınca tanınan yetkinin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir¹⁵³. İkinci bentte mükelleflere muameleleri ile ilgili tahsilat ve ödemelerini banka, benzeri finans kurumu ve posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik etme zorunluluğu getirme konusunda ve uygulamanın usul ve esaslarını belirlemede Maliye Bakanlığınca yetki verilmiştir. Bakanlık verilen yetkiye dayanarak 320 sıra no.lu VUK genel tebliğiyle¹⁵⁴ bu zorunluluğu getirmiş ancak nihai tüketiciler ve vergiden muaf

¹⁵¹ Bu maddenin amacı, vergi matrahlarının daha gerçekçi olmasının sağlanması, vergi denetimlerinin etkinliğinin artırılması ve mükelleflerin muhasebe hatalarından dolayı mağduriyetlerinin asgariye indirilmesi olarak belirtilebilir. AyM., 26.6.1996 gün ve E. 1996/5, K. 1996/26, AMKD, S. 37, C.1, s. 38-39; D.4.d., 15.5.2000 gün ve E. 1999/5623, K. 2000/2052, S. 105, s. 213; Ayrıca bkz.: D.4.d., 20.9.2005 gün ve E. 2005/706, K. 2005/1552, DD, S. 111, s. 158.

¹⁵² AyM., 26.6.1996 gün ve E. 1996/5, K. 1996/26, AMKD, S. 37, C. 1, s. 39.

¹⁵³ “İdarenin matraha doğrudan müdahalesi söz konusu değildir, idare, belge düzeninde değişiklik yapmakla yasanın uygulanmasına açıklık getirmekte ve vergi kaçırılmasını önlemeye çalışmaktadır”. AyM., 15.10.1991 gün ve E. 1990/29, K. 1991/37, AMKD, S. 27, C. 2, s. 618 vd.

¹⁵⁴ RG., 4.7.2003, S. 25158.

esnafları da zorunluluk kapsamına almıştır. Yapılan düzenlemenin iptali için açılan davada Danıştay, genel tebliği kanuna aykırı bulmamıştır¹⁵⁵.

Bu yükümlülükler uymaması halinde mükelleflere vergi cezaları uygulanmaktadır. Bu konuda vergi idaresine yetki verildiği takdirde, vergi idaresinin yapacağı düzenlemeler vergi cezalarını etkileyecektir¹⁵⁶. Dolayısıyla aslî şekli yükümlülükler, kişilerin hukukî güvenlikleriyle yakından ilgilidir. Bu bakımdan aslî şekli yükümlülüklerdeki takdir yetkisi, talî şekli yükümlülüklerin aksine, ayrıntılara ve uzmanlığa ilişkin takdir yetkisini aşan boyuttadır. Kişilerin hukukî durumunu etkileyen bu tür şekli yükümlülüklerin kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi ve idareye bu konuda tanınacak takdir yetkisinin asgarî düzeyde tutulması, gerek kanunilik ve belirlilik, gerekse hukukî güvenlik ilkeleri açısından son derece önemlidir.

Aslî şekli yükümlülüklerde, idarenin takdir yetkisi mümkün olduğunca sınırlandırılmalıdır. Kanunda esaslı unsurlar düzenlenmeli, idareye verilecek yetkinin çerçevesi dar tutularak açıkça belirtilmelidir. Bu bağlamda idarenin getirebileceği yükümlülükler kanunda açık bir şekilde, tek tek sayılmalıdır. İdareye sadece kanunda sayılan yükümlülükleri getirip getirmeme, sayılanlar arasından getirilecek yükümlülükleri belirleme ve bunun zamanını tespit etme ile sınırlı olarak takdir yetkisi tanınmalıdır. Bu şekildeki bir düzenleme kanunilik ilkesini zedelemeyecektir.

VUK'un 8/4. maddesinde, bu kanunda geçen mükellef tabirinin, vergi sorumluları için de geçerli olduğu hükmü yer almaktadır. Bu bakımdan, vergi sorumlularının da vergi mükellefleri gibi kanunda açıkça gösterilmesi gerektiği belirtilmekte ve vergi idaresine bu konuda yetki verilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵⁷. Aynı zamanda vergi hukukunda, birden fazla kişinin aynı borcun tamamının borçlusu olmalarını ifade eden müteselsil (zincirleme) sorumluluk da bulunmaktadır.

Vergi kesenlerin sorumluluğunu düzenleyen VUK'un 11/3. maddesinde, mal alım ve satımı ve hizmet ifası dolayısıyla vergi kesintisi yapmak ve vergi dairesine yatırmak zorunda olanların bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde bazı kişilerin vergilerin ödenmesi bakımından müteselsil sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Buna göre, "alım satım taraf olanlar, hizmetten yararlananlar ve aralarında doğrudan veya hısımlık nedeniyle ya da sermaye, organizasyon veya yönetimine katılmak veya menfaat sağlamak suretiyle dolaylı olarak ilişkide bulunduğu tespit olunanlar müteselsilen

¹⁵⁵ D.4.d., 22.12.2004 gün ve E. 2003/1715, K. 2004/2587, DD, S. 109, s. 170.

¹⁵⁶ Zaten yaptırım uygulanmazsa bu düzenlemeler bir anlam ifade edemeyecektir. Bkz.: KILIÇDAROĞLU, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 81.

¹⁵⁷ Bkz.: GÜNEŞ G., s. 124.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

sorumludurlar”. İşte bu dolaylı ilişkiyi tespit etmek bakımından idarenin sınırlı bir takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir. Bu hükme benzer bir hüküm, GVK'nın 94. maddesinin son fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre “Maliye Bakanlığı, vergiye tâbi işlemlere taraf veya aracı olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir”.

VUK'un 11/6. maddesinde, Maliye Bakanlığının “zirai ürünlerin (işlenmiş olanlar dahil) alım ve satımına aracılık eden kuruluşlar ile Ticaret Borsalarını bu mahsullerin satın alınması sırasında yapılacak vergi tevkifatından müteselsilen sorumlu tutmaya, söz konusu ürünlerin satışı dolayısıyla yapılacak vergi tevkifatının hangi safhada yapılacağını her bir ürün için ayrı ayrı belirlemeye yetkili” olduğu hükmü yer almaktadır¹⁵⁸. Kanunda sorumlu tutulacaklar açıkça belirtilmiştir. Maliye Bakanlığı belirtilen kuruluşları müteselsil sorumlu tutup tutmama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi, Maliye Bakanlığına verilen yetkinin müteselsil sorumluluk oluşturma yetkisi değil, kanunları uygulama yetkisi olduğunu vurgulayarak, bu hükmün anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir¹⁵⁹.

Maliye Bakanlığına sorumlulukla ilgili yetki veren bir diğer hüküm KDVK'nın 9/1. maddesinde yer almaktadır: “Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, işyerinin, kanunî merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir”. Bu hükme benzer bir hüküm, ÖTVK'nın 4/2. maddesinde yer almaktadır¹⁶⁰. Bu hükümler her ne kadar dar mükelleflerle ilgili olarak görülse de, hükümlerde geçen “gerekli görülen diğer hallerde” ibaresiyle işlemin sebep unsuru bakımından Maliye Bakanlığına çok geniş bir takdir yetkisi tanındığı açıktır. Çıkarılan genel tebliğlerle hangi sektörlerin ve kurumların sorumlu tutulacağı ve yapılacak tevkifat oranı belirlenmiştir. Oysa bu düzenlemenin kanunla yapılması, bu oranın da kanunda belirlenmesi ve Bakanlar Kuruluna belirlenen sınırlar dahilinde oranda değişiklik yapma yetkisinin verilmesi gerekirdi.

¹⁵⁸ Bu hükmün getirilmesinin amaçları ve hükmün kabul edilmesindeki tarihî gelişim için bkz.: KILIÇDAROĞLU, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 80; Bkz.: D.3.d., 11.11.2003 gün ve E. 2001/4400, K. 2003/4925, DKD, S. 3, s. 132-133.

¹⁵⁹ AyM., 25.5.1993 gün ve E. 1993/3, K. 1993/20, <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTAL/ITIRAZ/K1993/K1993-20.htm>

¹⁶⁰ ÖTVK. Md. 4/2: “Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, işyerinin, kanunî ve iş merkezlerinin bulunmaması halleri ile gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir”.

Vergi sorumlularını ve müteselsil sorumlu tutulacakları tespit etme konusunda idareye son derece sınırlı bir şekilde takdir yetkisi tanınması, tanınacak yetkinin asgarî düzeyde tutulması gerekir. Buna göre vergi idaresinin sorumlu tutabileceği kişi ya da kişi grupları kanunda açık bir şekilde, tek tek sayılmak suretiyle belirtilmelidir. Vergi idaresine sadece, kanunda sayılan kişileri sorumlu tutup tutmama, sayılanlar arasında sorumlu tutulacakları ve bunun zamanını belirleme ile sınırlı bir takdir yetkisi tanınmalıdır. Aynı esaslar müteselsil sorumluluk için de geçerli olmalıdır. Sorumluluk müessesesi ile ilgili olarak vergi idaresinin takdir yetkisinin bu şekilde dar tutulmak suretiyle sınırlandırılması, hem kişilerin hukukî güvenliklerini zedelemeyecek, hem de belirlilik ilkesine daha uygun olacaktır.

G. VERGİ SUÇ VE CEZALARINA İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

Vergi suçları bağlandıkları yaptırıma göre, idarî yaptırıma tâbi vergi suçları ve cezaî yaptırıma tâbi vergi suçları olmak üzere ikiye ayrılabilirler¹⁶¹. İdarî yaptırıma tâbi vergi suçları vergi ziyai ve usûlsüzlük suçlarıdır. Kaçakçılık, vergi mahremiyetinin ihlâli ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçları ise cezaî yaptırım gerektiren vergi suçları arasında yer almaktadır. İdarî yaptırımlar idare tarafından uygulanır ve bunlara karşı idarî yargıya başvurulur. Bu bakımdan idarî yaptırıma tâbi vergi suçlarında idarenin yetkisinin bahsedilebilir.

Yeni Türk Ceza Kanununda, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile kastedilen, idarenin ceza hukuku anlamında suç ve cezaları belirleyemeyeceğidir. Ancak, idare yaptığı düzenlemelerle çeşitli yükümlülükler belirleyebilir. Getirilen bu yükümlülüklerle uymama durumu, kanunda suç olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla idarenin, kanunda kendisine yetki veren hükümdeki sınırlar çerçevesinde yapacağı idarî işlemlerle, idarî yaptırıma tâbi suçları belirleyebilir¹⁶². Burada suçun sınırları kanun tarafından çizilmekte, suçun içeriği ise idare tarafından doldurulmaktadır. İdarenin yetkisi, yeni bir suç meydana getirme değil, suçun konusunu oluşturan idarî düzenlemeyi gerçekleştirmektir¹⁶³. İdarî ihlalleri belirleme ve yaptırımı uygulama konusunda

¹⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: ÜSTÜN Ümit Süleyman, **Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2001, s. 7 vd., 14, 37; ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü”, SÜHFD, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 299 vd.

¹⁶² TOSUN Öztekin, “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, İÜHF, C. XXVIII, S. 2, 1962, s. 350.

¹⁶³ Ayrıca bkz.: ERDEM Tahir, “Hangi Ceza Sistemi?”, Vergi Sorunları, S. 207, Aralık 2005, s. 92.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

idare, kanunlarla çizilen sınırlar içinde bir yetkiye sahiptir¹⁶⁴. Gerek suç teşkil eden fiil, gerekse de bu fiilin yaptırımı mutlaka kanunla düzenlenmiş olmalıdır.

VUK'un 353. ve mükerrer 355. maddelerinde, Maliye Bakanlığınca getirilen zorunluluklara uymama halinde, idarî yaptırım niteliğinde özel usûlsüzlük cezası kesileceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu yetkinin kanunsuz suç oluşturma anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir¹⁶⁵. Her ne kadar kanunda suç sayılan fiiller ve karşılığında verilecek cezalar belli ise de¹⁶⁶, bu maddeler incelendiğinde Maliye Bakanlığınca dolaylı da olsa suç belirleme yetkisinin verildiği görülecektir. Maliye Bakanlığının yapacağı düzenlemelere uyulmaması durumunda ceza kesilmesi gündeme gelecektir. Ancak, idareye idarî yaptırımlara tâbi suçların belirlenmesi konusunda yetki tanınabileceği gözönünde tutulduğunda, suç sayılan fiillerin ve cezalarının kanunda açıkça düzenlenmesi şartıyla verilen yetki hukuka aykırılık oluşturmayacaktır.

VUK'ta vergi ziyayı ve usûlsüzlük suçları bakımından idareye yetki veren hükümler bulunmaktadır. VUK'un mükerrer 414/3. maddesinde bu kanunda asgarî ve azamî miktarları belirtilmiş para ile ödenecek ceza miktarlarının her yıl yeniden değerlendirilme oranında artacağı ve Bakanlar Kurulunun bu suretle tespit edilen miktarları yarısına kadar artırmaya veya indirmeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi, enflasyonun para cezalarını aşındırdığını belirtmiş ve bu yetkinin suç ve cezada kanunilik

¹⁶⁴ İdare bireylerin subjektif haklarını ve özgürlüklerini etkileyen düzenlemeler yaparken anayasa ve kanunlarla sınırlıdır. İdare, kişilerin özgürlüklerine ve diğer haklarına ancak kanunların izin verdiği ölçüde girebilir. Bkz.: OĞURLU Yücel, **İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara 2001, s. 74, 76.

¹⁶⁵ Bkz.: AyM., 15.10.1991 gün ve E. 1990/29, K. 1991/37, AMKD, S. 27, C. 2, s. 620.

¹⁶⁶ Karş.: “İdare, yetki kanununa dayanarak yükümlülük getirebilir. Ancak, bu yükümlülüğe uymama fiilinin suç niteliği kazanabilmesi, bu fiilin suç olarak kanunla düzenlenmiş olmasına ve bir cezaya bağlanmış olmasına bağlıdır”. ERDEM T., *Ceza Normları*, s. 100; ERDEM T., *Hangi Ceza*, s. 92; “149’uncu maddeye göre mükelleflere getirilen bir ödev, davacı hakkında uygulanan cezanın dayanağı olan mükerrer 355 inci maddede öngörülmediğine göre, söz konusu bildirim vermeyen veya bu konudaki yükümlülüğü süresinde yerine getirmeyen mükellefler hakkında uygulanması mümkün olmayıp, böyle bir düzenleme cezanın kanuniliği ilkesine aykırı olduğu gibi kanunda öngörülmemeyen bir cezanın idari düzenlemeyle konulması sonucunu doğurur ki idari cezalar için de geçerli olan “cezanın kanunla konulması” genel kuralının ihlali anlamındadır”. D.4.d., 17.12.1996 gün ve E. 1996/2603, K. 1996/5672, DD, S. 97, s. 175, 177.

ilkesine aykırı olmadığını vurgulamıştır¹⁶⁷. VUK'un 353. ve mükerrer 355. maddelerinde yer alan özel usûlsüzlük cezalarıyla ilgili miktarlar her yıl genel tebliğlerle artırılmaktadır. Bir görüşe göre bu şekilde yapılan artırımlar, adeta yeni bir ceza koymak gibidir¹⁶⁸. Ancak, yeniden değerlendirme oranında yapılan artışları yeni bir ceza koymak gibi görmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Anayasanın 73/4. maddesinde Bakanlar Kuruluna sadece vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler konusunda yetki tanınmıştır. Anayasada cezalar konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verilebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla Bakanlar Kuruluna cezalar konusunda yetki tanınıp tanınamayacağı konusu tartışmalıdır. Ancak cezaların enflasyon karşısında aşınmasının ve etkinliğinin azalmasının önlenmesi için, ceza miktarlarının düzenli olarak güncellenmesi de bir zorunluluktur. Anayasa Mahkemesi daha önce vermiş olduğu bir kararında VUK'un mükerrer 414. maddesinin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir¹⁶⁹. Daha sonra Anayasa Mahkemesi, vergi ziyai cezasının hesaplanmasında esas alınan gecikme faizi oranlarının Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesinin, cezalarda kanunilik ilkesiyle belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturduğunu gerekçe göstererek vergi

¹⁶⁷ AyM., 19.3.1987 gün ve E. 1986/5, K. 1987/7, AMKD, S. 23, s. 154; Ancak aynı karardaki bir karşıoyda, bu yetkinin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmektedir: "Ceza koymak gibi, ceza miktarını arttırmak veya azaltmak da münhasıran yasamaya verilmiş bir yetkidir. Bu yetkinin Bakanlar Kurulu eliyle kullanılması Anayasa'nın 7. ve 38. maddelerine uygun düşmez. Vergi cezaları, kendilerine özgü ayrılıkları bulursa da, ceza niteliğindedirler ve ceza hukuku kapsamına girerler". Yılmaz ALİEFENDİOĞLU'nun karşıoy yazısı, AMKD, S. 23, s. 170-171; Benzer nitelikteki görüş için bkz.: aynı kararda Muammer TURAN'ın karşıoy yazısı, AMKD, S. 23, s. 174; Doktrinde de bu yetkinin, vergilerin kanuniliği ilkesinin yanı sıra kanunî idare ve suç ve cezaların kanuniliği ilkelerine de ters düştüğünü ileri süren görüş bulunmaktadır. Bkz: GÜNEŞ G., s. 132.

¹⁶⁸ Bkz.: GÜNEŞ G., s. 132; Ayrıca ALİEFENDİOĞLU'nun karşıoy yazısı için bkz.: AyM., 19.3.1987 gün ve E. 1986/5, K. 1987/7, AMKD, S. 23, s. 171.

¹⁶⁹ AyM., 19.3.1987 gün ve E. 1986/5, K. 1987/7, AMKD, S. 23, s. 165-166; Doktrinde de bu yönde görüş vardır: Enflasyon oranları her ne kadar idarî bir kurum tarafından belirleniyorsa da objektif nitelikli bir değer niteliğindedir. Dolayısıyla cezanın belirlenmesine yönelik doğrudan bir idarî takdir içermemektedir. Bu yüzden cezaların kanuniliği ilkesinin zedelendiği yönünde yorum yapılması mümkün değildir. Bkz.: ERDEM T., Vergi Cezalarını Artırma Yetkisi, s. 111; "Kanunla getirilen düzenlemede, idare tarafından belirlenen ekonomik bir kritere atıf yapılıyor olması, kanaatimizce, cezanın kanuniliği kuralını ihlal eden bir idari takdire dönüşmemektedir". ERDEM T., Hangi Ceza, s. 93.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

ziyayı cezasını iptal etmiştir¹⁷⁰. Vergi ziyayı cezası ile ilgili olarak verdiği bu son karar doğrultusunda Anayasa Mahkemesinin görüşünü değiştirdiği anlaşılmaktadır. Bu son karara göre, Bakanlar Kurulunun vergi cezaları üzerinde belirleme yapması, cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

VUK'un mükerrer 414. maddesinde enflasyon karşısında erimemesi için usûlsüzlük cezalarının her yıl yeniden değerlendirilmesinde artırılması hükme bağlanmıştır. Bu hüküm doğrultusunda Bakanlar Kurulunun yetkisi bağlıdır. Bu artış her yıl gerçekleştirilmelidir. Bu artışın hukuka uygun olabilmesi için, yeniden değerlendirilmesinin tamamen teknik bir şekilde belirlenmesi ve bu oran üzerinde idarenin herhangi bir müdahalesinin olmaması gerekir. Ayrıca, yeniden değerlendirilmesinden ayrı olarak cezalar konusunda Bakanlar Kuruluna ek takdir yetkisi kesinlikle tanınmamalıdır. Aksi durum idarenin ceza belirlemede yetkili olduğu anlamına gelecek ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla VUK'un mükerrer 414/3. maddesinin Bakanlar Kuruluna ceza miktarlarının artırılmasında yeniden değerlendirilme oranı dışında ek takdir yetkisi tanıyan hükmü, kanunilik ilkesine aykırıdır.

H. DENETİME İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

Vergi idaresinin denetim yollarından vergi incelemesi, VUK'un 134. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "Vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır". İnceleme, defter ve belge üzerinde yürütüldüğü gibi lüzum görüldüğü takdirde fiili envanter yapılmasına ve beyannamede gösterilmesi gereken unsurların araştırılmasına yönelik de olabilir (VUK. md. 134/2). İnceleme, mükelleflerin durumu üzerinde etkili olan çok önemli bir müessesedir. VUK'un 364. maddesinde vergi cezalarını gerektiren olayların vergi dairelerince veya yoklama ve vergi incelemesine yetkili olanlarca tespit olunacağı belirtilmiştir. Keza VUK'un 367. maddesindeki düzenleme, kaçakçılık suçlarının tespitinde de vergi incelemesinin önemli bir yere sahip olduğunu göstermektedir.

İnceleme yapma zamanı bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁷¹. Ancak tarh zamanaşımı süresi içinde yeterli sayıda yapılmayan vergi incelemesi, bu müesseseden beklenen yararların elde edilmesini güçleştirecektir¹⁷². Burada takdir yetkisinin kullanımı aynı zamanda

¹⁷⁰ AyM., 6.1.2005 gün ve E. 2001/3, K. 2005/4, AMKD, S. 41, s. 351.

¹⁷¹ Bkz.: AKDOĞAN Abdurrahman, **Vergi İncelemesi**, Ankara 1979, s. 75.

¹⁷² ŞEKER N., s. 38; Ayrıca bkz.: ACAR, s. 51; Vergi denetimlerinin yetersizliği, mükellefler arasında haklı bir sebebe dayanmayan ayırım yapılması anlamına gelmekte ve vergilendirmede eşitlik ilkesini bozmaktadır. Bkz.: ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 43.

eşitlik ve vergilerin malî güce göre alınması ilkelerini etkiler niteliktedir. Benzer durumdaki iki mükelleften birinin incelenip diğerinin incelenmemesinde bu eşitsizlik çok daha belirgin olmaktadır. Ayrıca inceleme zamanının belirlenmesindeki takdir yetkisi de kişiler arasında eşitliğe aykırı durumlar ortaya çıkarabilir niteliktedir. Benzer durumdaki mükelleflerden birinin diğerinden çok sonra incelemeye alınması durumunda eşitlik ilkesi zedelenebilmektedir. Dolayısıyla idare gerek inceleme yapılacak mükellefleri seçerken gerekse inceleme zamanını belirlerken çok dikkatli olmalı, takdir yetkisinin kullanımıyla ilgili ilkelere uymalıdır.

İnceleme müessesesinin etkileri dikkate alındığında, vergi idaresinin inceleme yapılacak mükellefleri ve inceleme zamanını belirleme konusundaki takdir yetkisinin büyük bir öneme sahip olmasının yanı sıra, oldukça geniş bir yetki olduğu da görülmektedir. Hatta, buradaki takdir yetkisinin denetimi de son derece sınırlıdır. Çünkü A yerine B mükellefinin incelenmesi konusunda idarenin yapmış olduğu seçim, yerindelik alanına girdiği için yargı denetimi dışında kalmaktadır. Yargı organı sadece hukukilik denetimi yapabilecek, söz konusu seçimin hukuka uygun olup olmadığını denetleyecektir. Bu yüzden incelemenin mümkün olduğunca takdir alanından çıkarılması ve objektif kriterlere bağlanması gerekmektedir. Örneğin, incelenecek mükelleflerin seçiminde bilgisayar kurası gibi bir sistem getirilmeli¹⁷³ ve bu sistemle zamanaşımı süreleriyle de uygun olarak bütün mükelleflerin en azından 5 yılda bir incelemeye tâbi tutulabilmesi sağlanmalıdır. Tabii ki bunu sağlamak için de vergi idaresinin fiilî yetersizlikleri giderilmeli, örneğin inceleme elemanı sayısı artırılmalıdır. Böylece incelemede ortaya çıkabilecek muhtemel keyfiliklerin de önüne geçilmiş olacaktır.

Arama bakımından vergi idaresine belli hususlarda takdir yetkisi tanınmıştır. Mükellefin vergi kaçırdığına ilişkin emarelerin bulunup bulunmadığına vergi idaresi karar verecektir. Ancak bu yetkiyi bir nevi objektif belirleme olarak görmek daha doğru olacaktır. Bir mükellefin vergi kaçırdığına ilişkin emarelerin somut olarak mevcut olması gerekir. Arama yapılabilmesinin şartları VUK'un 142/2. maddesinde sayılmıştır. Buna göre vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların, arama yapılmasına lüzum olup olmadığına karar vermeleri bakımından takdir yetkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar mükellefin vergi kaçırdığına ilişkin emareler bulunup bulunmadığını değerlendirmek suretiyle arama yapılmasına lüzum olup olmadığına karar vereceklerdir. Maddede "arama yapılabilir" ibaresi de, buna işaret etmektedir.

¹⁷³ Karş.: ŞEKER N., s. 133.

I. VERGİ ALACAĞININ SONA ERDİRİLMESİ VE ERTELENMESİNE İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

Vergi alacağını sona erdiren hallerden terkin, vergi idaresi bakımından esas itibarıyla bir bağlı yetki halidir¹⁷⁴. VUK'un 115. maddesinde sayılan vergi borçları ve cezalarının Maliye Bakanlığınca kısmen veya tamamen terkin "olunacağı" hükme bağlanmıştır. Ancak terkin yapılacak durumun tespiti bakımından vergi idaresine sınırlı takdir yetkisi tanınmaktadır. Buna göre meydana gelen bir afetin, kanunda sayılan afetlere benzer olup olmadığını tespit etme bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Fakat bu konudaki takdir yetkisinin çok dar olduğunu, bir bakıma objektif değerlendirme niteliği taşıdığını gözardı etmemek gerekir.

Meydana gelen zararın ve terkin edilecek miktarın "zararla mütenasip olarak" tespiti bakımından idarenin yetkisi vardır (VUK. md. 115/2). Terkin edilecek miktar, zarara bağlı olarak belli edilecek ve buna göre vergi borç ve cezaları Maliye Bakanlığınca kısmen veya tamamen terkin edilecektir¹⁷⁵. Ayrıca afetin zarar verdiği gelir kaynaklarıyla ilgili bulunan vergi borç ve cezalarının tespiti bakımından da idarenin takdir yetkisinden bahsedilebilir. Mükellefin gelir kaynağı ile ilgili bulunmayan vergiler ve bunlara ilişkin cezalar terkin edilemezler¹⁷⁶. Zarar, her ne kadar objektif ölçülere göre tespit edilmeye çalışılacaksa da çoğu durumda söz konusu tespitin güçlüğü nedeniyle idarenin takdir yetkisi gündeme gelecektir.

AATUHK'un 105. maddesinde de benzer bir hüküm yer almaktadır. Zararın tespiti büyük önem taşımaktadır. Çünkü tespit edilecek zarar derecesine

¹⁷⁴ ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 138.

¹⁷⁵ "Kuraklık nedeniyle uğranılan zararın il ve ilçe idare kurullarınca saptanarak Maliye Bakanlığınca verginin uğranılan zarara göre kısmen veya tamamen terkin işleminin yapılması gerektiği ve olaydan sonra ziraat teknisyenliğince düzenlenen hasar tespit raporuna itibar edilemeyeceği", D.3.d., 25.10.1985 gün ve E. 1984/2001, K. 1985/2782, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=3620>; Ayrıca bkz.: D.3.d., 2.11.1995 gün ve E. 1994/5331, K. 1995/3422, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=4942>; "Kararları yargısal nitelikte bulunmayan yerel idare kurullarının, yalnız zarar gören gelir kaynağını ve bu kaynakla ilgili zarar derecesini saptama yetkilerinin bulunduğu; malvarlığı ve zarar gören gelir kaynağı ile ilgili verginin saptanması ve buna göre yükümlünün vergi ve ceza borçlarını terkin edip etmeme konusunda yalnız Maliye Bakanlığının yetkili olduğu", DİBK., 28.6.1979 gün ve E. 1976/1, K. 1979/10, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=ozet&dokid=15586>

¹⁷⁶ UFUK M. Tahir, "Vergi Hukukunda Terkin", Yaklaşım, S. 122, Şubat 2003, s. 73.

göre terkin yapılacaktır. Kişilerin varlık ve mahsullerinin üçte birinden daha azını kaybettiklerinin anlaşılması halinde terkin yapılamayacaktır. Dolayısıyla kişilerin hukukunu etkileyecek nitelikte olan zarar tespitinin titizlikle yapılmasının büyük önemi vardır.

Tecil müessesesi AATUHK'un 48. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre kamu borcunun vadesinde ödenmesi kamu borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmek ve teminat gösterilmek şartıyla alacaklı kamu idaresi tarafından faiz alınmak suretiyle borç tecil olunabilecektir. Kanunda "tecil olunabilir" ifadesi yer aldığından, tecilde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu şüphe yoktur¹⁷⁷. Bu bakımdan tecil müessesesi, vergi hukuku alanında birel işlemlerde ender rastlanan idarenin takdir yetkisi kullanımına güzel bir örnek oluşturmaktadır.

Tecil bakımından vergi idaresine çeşitli açılardan takdir yetkisi tanınmıştır. Öncelikle borcun vadesinde ödenmesinin borçluyu çok zor düşürüp düşürmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Çok zor durum kavramı, subjektif bir nitelik taşımaktadır¹⁷⁸. İdare takdir yetkisine dayanarak borçlunun çok zor duruma düşüp düşmeyeceğini belirleyecektir. Ancak idarenin yetkisini dikkatli kullanması ve mükellefin durumunu iyi değerlendirmesi gerekir. Çünkü kanunda zor durumdan değil "çok zor" durumdan bahsedilmektedir. Ancak kanunda "tecil olunabilir" ifadesi yer aldığı için idare şartlar gerçekleşse dahi borcun teciline karar vermeyebilecektir. İdareye böyle bir karar vermeye zorlanamaz. İdare yetkisini kullanırken, takdir yetkisine hâkim olan ilkelere uymalı¹⁷⁹, haklı bir gerekçeye dayanmalıdır. Aksi halde eşitliğe aykırı durumlar ortaya çıkabilecektir. Ayrıca tecil olunacak süre bakımından da idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak bu süreyle, kamu alacaklarının türü bakımından bir üst

¹⁷⁷ DÖNMEZ Recai, "Tecil Kurumunun Hukuki Niteliği, Unsurları ve Kamu Alacaklarının Tecilinde İdarenin Takdir Yetkisi", <http://home.anadolu.edu.tr/~rdonmez/tecil.htm>; "Tecil ve taksitlendirme isteminin kabul edilip edilmemesi bakımından idareye geniş bir takdir hakkı tanınmış olduğu anlaşılmakta...", D.13.d., 17.1.1979 gün ve E. 1978/1297, K. 1979/43, DD, S. 36-37, s. 641; Vergi borçlarının ertelenmesi konusunda idarenin geniş takdir hakkı olduğundan talebinin samimi olduğunun kanıtlanması gerektiği D.3.d., 4.6.1986 gün ve E. 1986/278, K. 1986/1495, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=3829>.

¹⁷⁸ ÇAŞKURLU Eren, "Kamu Alacağında Tecil Müessesesi ve Aksayan Yönleri", Yaklaşım, S. 109, Ocak 2002, s. 212.

¹⁷⁹ EGEMEN Ali – SEHER Talat, "414 Seri No.lu Tahsilat Genel Tebliğinin Anayasanın 73'üncü Maddesi ve İdarenin Takdir Yetkisini Kullanması Açısından Değerlendirilmesi", Vergi Dünyası, S. 239, Temmuz 2001, s. 79.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

sınır getirilmiştir¹⁸⁰. Vergi idaresi bu üst sınırı geçmemek şartıyla kamu alacağının erteleneceği süreyi belirleyecektir.

J. VERGİ ALACAĞININ KORUNMASINA İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

Kamu alacaklarının tahsilini garanti altına alan tedbirlerin başında “teminat” gelmektedir. Vergi hukuku açısından teminat, vergi alacaklısı devletin alacağını tahsil aşamasında ortaya çıkabilecek risklere karşı güvence altına alan bir müessesedir. Diğer bir deyişle, vergi alacağının tehlikeye girdiği veya tehlikeye girdiğinin kabul edildiği hallerde istenen bir karşılık, güvencedir¹⁸¹. Teminat isteme, subjektif bir idarî işlemdir, sadece kendisinden teminat istenen kişi hakkında sonuç doğurur¹⁸².

Teminat isteme sebepleri, AATUHK’un 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre esas itibarıyla iki halde teminat istenmesi söz konusudur¹⁸³. Birincisi, vergi ziyayı ve kaçakçılık suçlarının varlığıdır. Ancak bu halde idare bağlı yetki içindedir. Vergi ziyayı cezasının kesilmesini gerektiren haller ile kaçakçılık suçuyla ilgili hallerin varlığı durumunda idare teminat istemek zorundadır. Teminat istenmesini gerektiren ikinci hal ise, Türkiye’de ikametgâhı bulunmayan kamu borçlusunun durumunun kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu göstermesi halidir. Bu durumda teminatın istenmesi subjektif değerlendirmelere dayandığı için, teminat istenip istenmemesini idare takdir edecektir¹⁸⁴. Kamu borçlusunun Türkiye’de ikametgâhının bulunmaması çoğunlukla kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu göstereceği için, idarenin takdir yetkisini teminat istenmesi yönünde kullanması isabetli olacaktır¹⁸⁵.

AATUHK’un 11. maddesinde, teminat sağlayamayanların muteber bir şahsı müteselsil kefil ve müşterek borçlu gösterebilecekleri düzenlenmiştir.

¹⁸⁰ AATUHK. md. 48/1: “... vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası ve gecikme zammı alacakları iki yılı, bu alacaklar dışında kalan amme alacakları ise beş yılı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir”.

¹⁸¹ BAYRAKLI Hasan Hüseyin, **Vergi İcra Hukuku**, Afyon 2000, s. 35.

¹⁸² ÇELİK Binnur, **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, Ankara 2000, s. 36; D.4.d., 13.1.2003 gün ve E. 2002/4389, K. 2003/17, DKD, S. 2, s. 191.

¹⁸³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Teminat Kurumu”, *Vergi Sorunları*, S. 182, Kasım 2003, s. 147 vd.

¹⁸⁴ BOZBIYIK Mustafa, “Vergi Hukukunda Teminat İstenen Haller”, *Vergi Sorunları*, S. 30, 1988/I, s. 86.

¹⁸⁵ Ayrıca bkz.: ÇELİK B., s. 41.

Ancak maddenin üçüncü fıkrasında şahsî kefaleti ve gösterilen şahsî kabul edip etmemekte alacaklı tahsil dairesinin muhtar olduğu hükmü yer almaktadır¹⁸⁶. Şahsî kefaleti ve gösterilen şahsî kabul edip etmeme bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Teminat gösterecek malı olanların öncelikle bunu göstermesi gerekir. Dolayısıyla tahsil dairesinin de kamu borçlusunun bu türden malı olduğunu tespit etmesi halinde şahsî kefaleti kabul etmemesi gerekir¹⁸⁷. İdarenin takdir yetkisini kullanırken devletin menfaatiyle kamu borçlusunun menfaatini mümkün olduğu kadar uyumlaştırması gerekir. Bu bakımdan kefil olarak gösterilen kişinin durumu kamu alacağını korumaya yetecek düzeydeyse, vergi idaresi takdir yetkisini kefaleti kabul etmek yönünde kullanmalıdır.

Kamu alacağının korunmasında bir diğer yol olan ihtiyatî haciz, bir kamu alacağının tahsil güvenliğini sağlamak amacıyla kamu borçlusuna ait mallara haciz şartlarının tamamlanmasını beklemeye gerek olmaksızın el konulmasına imkân veren bir müessesedir¹⁸⁸. İhtiyatî haciz sebebe bağlı, subjektif bir idarî işlemdir¹⁸⁹. İhtiyatî hacze başvurma sebepleri, AATUHK'ın 13. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeplerin varlığı halinde ihtiyatî haciz uygulanması zorunludur. İdarenin takdir yetkisi, sadece ihtiyatî haciz sebepleri bakımından söz konusu olabilir. Teminat gösterilmesini gerektiren hallerden “Türkiye’de ikametgâhı bulunmayan kamu borçlusunun durumunun kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu göstermesi” durumundaki tehlikeyi vergi idaresi takdir edecektir. Ancak, borçlunun belli ikametgâhının olmaması durumu ayrı bir ihtiyatî haciz sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, söz konusu sebep üzerinde idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıran niteliktedir. Borçlunun belli bir ikametgâhının bulunmaması halinde artık kamu alacağının tehlikede olup olmadığı araştırılmadan ihtiyatî haciz yoluna başvurulabilecektir. Ancak maddenin ifadesinden, borçlunun ülke dışında belli ikametgâhının olması halinde, bu

¹⁸⁶ “Başkasının vergi borcuna kefil olan davacının, davalı idarece şahsî kefaleti kabul edildiğine göre, malları üzerine uygulanan teminat haczinde isabet (görülmemiştir)”. D.7.d., 14.6.1994 gün ve E. 1991/4267, K. 1994/3338, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=ozet&dokid=11178>

¹⁸⁷ ÇELİK B., s. 49.

¹⁸⁸ DÖNMEZ Recai, “Vergi Yönetiminin İşlevleri Açısından Vadesi Geldiği Halde Ödenmemiş Vergi Borçlarının Tahsiline İlişkin Bazı Sorunlar ve Öneriler”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. XIII, 1997, s. 401.

¹⁸⁹ ÇELİK B., s. 56; ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından İhtiyatî Haciz ve İhtiyatî Tahakkuk Kurumları – I”, Vergi Sorunları, S. 187, Nisan 2004, s. 155.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

sebebe dayanılarak ihtiyatî haciz uygulamasına gidilemeyeceği anlaşılmaktadır¹⁹⁰.

Borçlunun kaçmış olması veya kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması ihtimallerinin bulunması halinde de ihtiyatî haciz uygulanacaktır (AATUHK. md. 13/3). Borçlunun kaçmış olması çeşitli yollardan öğrenilebilir. Ancak vergi idaresine asıl yetki, borçlunun kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapma ihtimallerinin tespitinde verilmektedir. Burada “ihtimalin” tespiti bakımından idareye yetki verilmektedir. İdareye ihtimalin takdiri yetkisi verildiği için idarenin somut belgelere dayanması gerekmemektedir. Bu yüzden bu yetki subjektif ve dolayısıyla oldukça geniş bir yetkidir¹⁹¹. İhtiyatî haciz sebepleri arasında takdire en fazla elverişli hüküm budur. Konuya dar bir açıdan yaklaşıldığında, her olayda böyle bir ihtimalin bulunabileceği görülecektir. Dolayısıyla idare araştırma yapmak ve bazı emarelere dayanmak suretiyle borçlunun kaçması veya mallarını kaçırmaması ihtimalinin var olup olmadığını değerlendirmelidir.

Borçludan teminat istenmesini gerektiren hallerin varlığı ve borçlunun kaçması, mallarını kaçırmaması ihtimallerinin bulunması, aynı zamanda ihtiyatî tahakkuk sebepleri arasında yer almaktadır (AATUHK. md. 17). İdarenin sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki takdir yetkisi burada da söz konusudur. Maddede sayılan diğer sebeplerde idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Sayılan sebeplerden birinin bulunması halinde vergi dairesi müdürü defterdardan yazılı talepte bulunur. Defterdarın ihtiyatî tahakkuk kararı verme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. AATUHK’un 17. maddesinde “defterdar ... yazılı emir verebilir” ifadesi yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle, kanunda sayılan hallerin varlığına rağmen defterdar ihtiyatî tahakkuk kararı

¹⁹⁰ ÇELİK B., s. 59; AATUHK’un 9/2. maddesindeki düzenleme dar mükellefler için geçerlidir. ÇELİK Abdullah, “İhtiyatî Haciz Hangi Hallerde Uygulanabilecektir?”, Yaklaşım, S. 126, Haziran 2003, s. 75.

¹⁹¹ “Madde 13/3’te hangi hallerde borçlunun kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması ihtimallerinin varlığının kabul edileceği belirtilmediğinden ihtimallerin var olup olmadığının takdiri idareye bırakılmıştır. ... Somut belgelerle kanıtlanma meydana gelen olaylar için söz konusu olur. Oysa madde hükmünde kişilerin kaçması, mallarını kaçırmaması, hileli yollara sapmasından değil ihtimalinden söz edilmiştir. İhtimal kelime anlamıyla olabilirliklerdir. Bir olayın olabilme şansı varsa ihtimalin varlığını kabul zorunludur”. D.7.d., 27.1.1986 gün ve E. 1984/1530, K. 1986/246, DD, S. 64-65, s. 238; D.7.d., 13.11.1991 gün ve e. 1987/4754, K. 1991/2444, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=ozet&dokid=10799>

vermek zorunda değildir. Defterdar kamu alacağını korumayı düşündüğü kadar, kamu borçlularının çıkarlarını da gözetmelidir¹⁹².

K. VERGİLENDİRME USÛL VE ESASLARI İLE VERGİLENDİRME ÖLÇÜLERİNE İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ

İdareye gerek uzmanlık gerektiren teknik konularda, gerekse uygulamaya ilişkin konularda düzenleme yapma yetkisi tanınmaktadır. Vergi kanunlarında idareye takdir yetkisi tanıyan hükümlerin çoğunluğu, ayrıntıya ilişkin konulara aittir. Vergilerin kanunîliği ilkesi gereğince vergi hukukunda idarenin takdir yetkisinin esas itibarıyla vergilendirmeye ilişkin talî konulara özgü olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁹³. Anayasa Mahkemesi kararlarında da, kanun koyucunun temel kuralları koyup çerçeveyi çizeceği ve idareye uygulamaya, uzmanlığa ve tekniğe ilişkin konularda takdir yetkisi tanıyabileceği vurgulanmaktadır¹⁹⁴. Çeşitli ölçülerin belirlenmesi, bazı izinlerin verilmesi, birtakım belirlemelerin yapılması ile uygulamaya ilişkin usûl ve esasların belirlenmesine yönelik yetkiler, vergi kanunlarında idareye ayrıntılar konusunda tanınan takdir yetkilerine örnek gösterilebilir.

Vergi kanunlarında idareye çeşitli ölçülerin belirlenmesi bakımından yetki tanınmaktadır. Amortisman oranlarının, döviz kurlarının, yabancı ulaştırma kurumlarına uygulanacak gider emsallerinin belirlenmesi gibi konularda idarenin yaptığı tespitler bir anlamda idarenin takdir yetkisini kullanmasıdır¹⁹⁵. Ancak döviz kurlarının, bina metrekaresi normal inşaat bedellerinin tespitinde olduğu gibi bazı hallerdeki tespit çoğunlukla objektif kriterlerden yararlanılarak yapılabilmesi, idarenin takdir yetkisinin bu gibi durumlarda oldukça dar kapsamlı olduğunu göstermektedir. Ancak işletme büyüklüğü ölçüsü, emsal ücret, amortisman oranı gibi diğer tespit hallerinde yararlanılacak objektif kriterlerin yetersizliği nedeniyle subjektif değerlendirmelerin ağır bastığı durumlarda idarenin takdir yetkisi çok daha

¹⁹² ÇELİK B., s. 81.

¹⁹³ ÇAĞAN, Vergilendirme, s. 138; SAYGILIOĞLU, s. 116-117; Vergi idaresi, teknik ayrıntıya giren bazı konularda düzenlemeler yapmak sorundadır. Bunları yaparken de yetkilere sahip olması gerekir. Bkz.: KIRBAŞ, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 65.

¹⁹⁴ AyM., 14.5.1997 gün ve E. 1996/75, K. 1997/50, AMKD, S. 36, C. 1, s. 111; AyM., 25.5.1993 gün ve E. 1993/3, K. 1993/20, [http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTAL ITIRAZ/ K1993/ K1993-20.htm](http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTAL_ITIRAZ/K1993/K1993-20.htm); AyM., 15.7.2004 gün ve E. 2003/33, K. 2004/101, AMKD, S. 41, s. 245; AyM., 28.3.1963 gün ve E. 1963/4, K. 1963/71, AMKD, S. 1, s. 164.

¹⁹⁵ SAYGILIOĞLU, s. 199; Bkz.: D.7.d., 18.2.2003 gün ve E. 2000/7232, K. 2003/436, DKD, S. 2, s. 273-275.

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

belirgindir. Hatta GVK'nın 54. maddesinde Bakanlar Kuruluna işletme büyüklükleri ölçüsünü beş katına kadar artırma veya kanunî sınırdan az olmamak üzere yeniden tespit etme gibi çok geniş takdir yetkisi tanınmıştır.

Vergi idaresine uygulamanın usûl ve esasının belirlenmesi yetkisi verilmektedir. Ancak, uygulamanın usûl ve esasını belirleme konusunda vergi idaresine vergi kanunlarıyla verilen yetki sayısının çokluğu eleştirilmektedir¹⁹⁶. Doktrinde usûl ve esasını belirleme yetkisinin türevsel, tamamlayıcı, talî bir nitelikte olduğu vurgulanmakta ancak, mükelleflerin güvenliklerinin en çok zedelendiği noktaların ayrıntıya ilişkin bu hususlar olduğu da belirtilmektedir¹⁹⁷. Ayrıca usûle ilişkin olarak vergi idaresine yetki verilebileceği kabul edilmekte fakat, esasa ilişkin düzenleme yapma konusunda vergi idaresine yetki verilmesinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi doğrultusunda hukuk devleti bakımından eleştirilebileceği de vurgulanmaktadır¹⁹⁸. Vergilerin kanuniliği ilkesi gereğince vergi idaresinin vergilendirmenin esasına yönelik düzenleme yapabilmesi mümkün değildir. Vergi idaresi ancak ayrıntıya ilişkin, talî konularda düzenleme yapabilme imkânına sahiptir. Bu bakımdan vergi idaresine uygulamanın esasına yönelik yetki veren hükümler vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Vergi kanunlarıyla vergi idaresine sadece uygulamanın usûlüne yönelik yetki verilmelidir. Bu konuda vergi idaresine yetki veren hükümlerde yer alan “esaslar” hakkındaki düzenleme yetkisini, vergilerin kanuniliği ilkesi doğrultusunda, uygulamanın usûlüne veya ayrıntılara ilişkin esaslar olarak yorumlama zorunluluğu bulunmaktadır.

Uygulamanın usûlünü belirleme yetkileri incelendiğinde, idarî işlemin şekil unsurunun hazırlanış biçimini oluşturan usûl konusunda, vergi idaresinin kural olarak takdir yetkisinin bulunduğu sonucuna ulaşılır. Vergi idaresine usûl ve esasların belirlenmesi konusunda yetki veren hükümlerin çoğu, hukuka uygun olarak ayrıntıların düzenlenmesine yönelik verilen, son derece gerekli yetkiler niteliğindedir. Ancak bazen, verilen yetkinin vergilemenin esasını etkileyebilecek genişlikte olduğu durumlara rastlanmaktadır. İstisna ve muafiyet uygulamalarına yönelik verilen yetkiler bu niteliktedir. Bu yüzden vergi

¹⁹⁶ ÇIRAKMAN, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 73; Diğer bir görüşte de bu konuda vergi idaresine yetki verilmesinde dozun kaçırıldığı kabul edilmekte ancak verilen yetkiyi aşan uygulamalar yapılmadığı ileri sürülmektedir, KILIÇDAROĞLU, **Vergi Hukukundaki Gelişmeler**, s. 82.

¹⁹⁷ Bkz.: YALTI, s. 106; GÜNEŞ G., s. 134; GÜNEŞ – ŞİRİN, s. 139.

¹⁹⁸ YALTI, s. 109; “Sözkonusu fıkrada Maliye ve Gümrük Bakanlığı’na bırakılan yetkinin sadece basın ve TRT’de yapılacak açıklamanın “usul ve esaslarını belirlemek”ten ibaret olması; Anayasanın 7. maddesinde öngörülen “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesine herhangi bir aykırılık oluşturmamaktadır”. AyM., 19.3.1987 gün ve E. 1986/5, K. 1987/7, AMKD, S. 23, s. 144.

idaresine bu gibi konularda uygulamanın esasına yönelik değil, sadece uygulamanın usûlünü belirlemeye yönelik takdir yetkisi tanınmalıdır. Bunun yanı sıra bazı durumlarda vergi idaresinin, verilen yetki sınırlarını aşarak vergilemenin esasına yönelik düzenlemeler yapmasına da rastlanmaktadır. Örneğin, EVK'nın 8. maddesinde indirimli (sıfır) oranlı vergi uygulamasından yararlanmanın şartları düzenlenmiş ve Maliye Bakanlığına geliri olmadığını belgelemenin usûl ve esaslarını belirleme konusunda yetki verilmiştir. Ancak Maliye Bakanlığı çıkarmış olduğu tebliğde GVK'nın 103. maddesindeki tarifinin ikinci gelir diliminde yer alan tutarı geçmeyen her türlü menkul sermaye iradının, indirimli orandan yararlanmaya teşkil etmeyeceğine dair düzenleme yapmıştır. Vergi idaresine verilen yetki sadece geliri olmadığını belgelemenin usûl ve esaslarına ilişkindir.

VI. SONUÇ

Vergi hukukunda vergilerin kanunîliği ilkesi uyarınca vergi idaresinin kural olarak takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte yasama organının yavaş çalışması, her konunun kanunda ayrıntılı olarak düzenlenememesi, ekonomideki ani gelişme ve değişmelere karşı hızlı tedbir alma ihtiyacı, enflasyonunun maktu vergi ve miktarları aşındırması, dış ticaretle ilgili kararların gizli olarak alınmasının gerekliliği gibi nedenler, vergi idaresine takdir yetkisi tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla vergi idaresine takdir yetkisi tanınmasının vergilerin kanunîliğine aykırı bir kavram niteliğinde olmadığı, hatta vergilerin kanunîliği ilkesini tamamlayıcı bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi de kararlarında vergi idaresine takdir yetkisi tanınmasının zorunluluktan kaynaklandığı vurgulamaktadır.

Gerek Anayasanın 73/4. maddesiyle verilen yetkinin, gerekse ayrıntılara ilişkin yetkinin düzenleyici işlemlerle kullanılması, vergi hukukunda takdir yetkisinin kural olarak düzenleyici işlemlerle kullanılmaya yönelik olduğunu göstermektedir. Bazı vakıflara muafiyet tanınması, mükelleflere mühlet verilmesi, tecil ve teminat müesseseleri bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu işlemler, birel işlem niteliğindedir. Ayrıntılara ilişkin konular kapsamında bulunan izin verme gibi bazı birel işlemlerle şahsî kefalet ve ihtiyatî tahakkuk gibi müesseselerdeki takdir yetkisi gözönüne alındığında, vergi hukukunda birel işlemlerle kullanılacak takdir yetkisi hallerinin hiç de küçümsenemeyecek boyutta olduğu anlaşılır.

Takdir yetkisinin kötüye kullanılma ihtimalinin önlenmesi için bu yetkiye çeşitli sınırlar getirilmiştir. İdare, her şeyden önce yetki veren kanun hükümlerine uymak durumundadır. Bunun yanı sıra yetkinin anayasal ilkelere uygun olarak kullanılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, takdir yetkisi kullanılırken kişiler arasındaki eşitliğin sağlanmasına çalışılmalı ve eşitliği bozucu uygulamalardan kaçınılmalıdır. İdare hukuku ve vergi hukukuna hâkim olan ilkeler gözönünde bulundurulmalıdır. Buna göre takdir yetkisi ölçülü bir şekilde

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

kullanılmalı, kişilerin kazanılmış haklarını zedeleyici, geriye yürür şekilde düzenlemeler yapılmasından kaçınılmalıdır. Ayrıca vergilerin kanunîliği ve hukukî güvenlik ilkeleri doğrultusunda, vergi idaresine tanınacak takdir yetkisinin sınırları mümkün olduğunca dar tutulmalıdır. Bütün bunlara ilaveten, takdir yetkisi kullanılırken devletle bireyin menfaatleri dikkate alınmalı ve bunları mümkün olduğunca uzlaştırmaya çalışılmalıdır.

KAYNAKÇA*

ACAR Fatih, “Vergi Hukukunda Eşitlik Kavramının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları, S. 176, Mayıs 2003.

AKDOĞAN Abdurrahman, **Kamu Maliyesi**, Ankara 2005.

AKDOĞAN Abdurrahman, **Vergi İncelemesi**, Ankara 1979 (İnceleme).

AKTAN Coşkun Can, “Vergileme Yetkisinin Sınırlandırılması ve Anayasal Vergi Düzeni”, Vergi Sorunları, S. 118, Temmuz 1998.

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

ALAN Nuri, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I”, Ankara 1976.

ALDER John, **Constitutional and Administrative Law**, London 1994.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Müessesesi”, DD, yıl 1, S. 1, 1971 (Uzlaşma).

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Vergileme Yetkisi ve 1980 Sonrası Türk Vergi Politikası”, DD, yıl 13, S. 50-51, 1983 (1980 Sonrası).

ARAL Rüştü, “Vergi Takdir Komisyonları”, DD, yıl 2, S. 4, 1972.

ARIKAN Zeynep – ÖZ Ersan, “Re’sen Tarhiyat Şekilleri ve Hukuksal Boyutu”, Yaklaşım, S. 128, Ağustos 2003.

ARIKAN Zeynep, **Demokratik Gelişim Sürecinde Vergilendirme Yetkisinin Kullanımı ve Sınırları (Türkiye Analizi)**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1994 (Demokratik).

ARPACI Altar Ömer, “Özel Matrah Şekilleri”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 19, Temmuz 2005 (Özel Matrah).

ARPACI Altar Ömer, “Son Kez Uygulanacak Müessese “Özel Gider İndirimi””, Vergi Sorunları, S. 184, Ocak 2004.

* Aynı yazarın birden fazla çalışmasına yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

ATAR Yavuz, **Vergi Hukuku**, Konya 2000.

BAŞARAN Funda, “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı” Vergi Sorunları, S. 118, Temmuz 1998 (Mali Yükümlülük).

BAŞARAN Funda, “Keyfilik Yaratıcısı mı Yoksa Hukuki Barış Sağlayıcı mı? Sorgudaki Kurum: “Uzlaşma” Gerekçelendirilmesi ve Hukuki Analizi (I)”, Mükellefin Dergisi, S. 90, Haziran 2000 (Uzlaşma-I).

BAŞARAN Funda, “Keyfilik Yaratıcısı mı Yoksa Hukuki Barış Sağlayıcı mı? Sorgudaki Kurum: “Uzlaşma” Gerekçelendirilmesi ve Hukuki Analizi (II)”, Mükellefin Dergisi, S. 91, Temmuz 2000.

BAŞPINAR Recep, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, DD, yıl 1, S. 3.

BATIREL Ömer Faruk, “Türk Vergilemesinin Çağdaşlığına Uymayanlar”, Vergi Dünyası, S. 230, Ekim 2000.

BAYRAKLI Hasan Hüseyin, **Vergi İcra Hukuku**, Afyon 2000.

BAYRAKTAR Erman, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Ankara 1976.

BOZBIYIK Mustafa, “Vergi Hukukunda Teminat İstenen Haller”, Vergi Sorunları, S. 30, 1988/I.

CANDAN Turgut, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Ankara 2001.

ÇAĞAN Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4, 1980 (Demokratik).

ÇAĞAN Nami, “Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi”, Anayasa Yargısı 4, Ankara 1984 (Türk Anayasası).

ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukukunda Süreler**, Ankara 1975 (Süreler).

ÇAĞAN Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, İstanbul 1982 (Vergilendirme).

ÇAŞKURLU Eren, “Kamu Alacağında Tecil Müessesesi ve Aksayan Yönleri”, Yaklaşım, S. 109, Ocak 2002.

ÇELİK Abdullah, “İhtiyati Haciz Hangi Hallerde Uygulanabilecektir?”, Yaklaşım, S. 126, Haziran 2003, s. 75.

ÇELİK Binnur, **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, Ankara 2000.

DOĞRUSÖZ A. Bumin, “Enflasyon Düzeltmesi ve Hukuk Devleti”, Dünya Gazetesi, 19.7.2004.

DOĞRUSÖZ Bumin, “Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü”, İHİD, yıl 6, S. 1-3, Aralık 1985 (Vergilendirme).

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

DÖNMEZ Recai, “Tecil Kurumunun Hukuki Niteliği, Unsurları ve Kamu Alacaklarının Tecilinde İdarenin Takdir Yetkisi”, <http://home.anadolu.edu.tr/~rdonmez/tecil.htm>

DÖNMEZ Recai, “Vergi Yönetiminin İşlevleri Açısından Vadesi Geldiği Halde Ödenmemiş Vergi Borçlarının Tahsiline İlişkin Bazı Sorunlar ve Öneriler”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. XIII, 1997 (Tahsil).

EGEMEN Ali – SEHER Talat, “414 Seri No.lu Tahsilat Genel Tebliğinin Anayasanın 73’üncü Maddesi ve İdarenin Takdir Yetkisini Kullanması Açısından Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, S. 239, Temmuz 2001.

ERDEM Burhan, **Vergi Yönetimi ve Örgütlenmesi**, Eskişehir 1981.

ERDEM Tahir, “Bakanlar Kurulu’na Tanınan Vergi Cezalarını Artırma Yetkisinin Cezaların Kanuniliği İlkesi Karşısındaki Durumu ve Vergi Usul Kanunu’nun Mükerrer 414’üncü Maddesine Bakış”, Vergi Sorunları, S. 209, Şubat 2006 (Vergi Cezalarını Artırma Yetkisi).

ERDEM Tahir, “Bütçe Dışındaki Konuların Yöntem Olarak Bütçe Kanunu Çerçevesinde Yasalaştırılması Sorunu”, Vergi Sorunları, S. 200, Mayıs 2005 (Bütçe).

ERDEM Tahir, “Hangi Ceza Sistemi?”, Vergi Sorunları, S. 207, Aralık 2005 (Hangi Ceza).

EROL Ahmet, “Vergi İdaresi Uygulamalarının Anayasa ve Vergi Hukuku Karşısında Durumu”, Yaklaşım, S. 137, Mayıs 2004 (Uygulamalar).

EROL Ahmet, “Vergi Yasaları ile Vergi Oranları Konusunda Bakanlar Kuruluna Tanınan Yetkilerin Anayasanın 73’üncü Maddesi Karşısındaki Durumu”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 20, Ağustos 2005 (Vergi Yasaları).

ESEN Ahmet, “Bakanlar Kurulu’nun, Vergi, Resim, Harç ve Benzeri Mali Yükümlülüklerin Muaflık, İstisnalar ve İndirimleriyle Oranlarına İlişkin Hükümlerinde, Kanun’un Belirttiği Yukarı ve Aşağı Sınırlar İçinde Değişiklik Yapmak Yetkisi” ile İlgili Düşünceler”, Maliye Postası Dergisi, S. 396, 1 Mart 1997.

ESEN Ahmet, “Maliye Bakanlığı ve Bakanlar Kurulu’na Vergi Kanunları ile Verilen Yetkinin Sınırı Nedir?”, Maliye Postası Dergisi, S. 321, 15 Ocak 1994 (Yetki Sınırı).

GERÇEK Adnan, “Vergileme Alanında Bakanlar Kurulu Kararlarının Hukuki Sınırı: ÖTV Açısından Bir İnceleme”, Vergi Sorunları, S. 205, Eylül 2005.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara 1999.

- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Ankara 2002.
- GÜNEŞ Gülsen – ŞİRİN Ertunç, “Vergi Ödevlisinin Hakları”, Vergi sorunları, S. 197, Şubat 2005.
- GÜNEŞ Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, İstanbul 1998.
- GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara 1965.
- İLERİ Yusuf, “Enflasyon Düzeltmesine Zorunlu Geçiş”, Dünya Gazetesi, 2.3.2004.
- KALABALIK Halil, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, GÜHFD, C. 1, S. 2, 1997.
- KARAMAN Gülser, “Vergi Kanunlarında Bakanlar Kuruluna Tanınan Yetkiler”, Maliye Dergisi, S. 66, Kasım – Aralık 1983.
- KARATEPE Şükrü, “İdarenin Takdir Yetkisi”, TİD, yıl 63, S. 392, Eylül 1991.
- KAYA Cemil, “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan-I”, İstanbul 2001.
- KELECİOĞLU M. Aykut, “Vergi Kanunları ile Bakanlar Kurulu’na Tanınan Yetkilerin Vergilemede Kanunilik ve Belirlilik İlkeleri Çerçevesinde İrdelenmesi”, Yaklaşım, S. 105, Eylül 2001.
- KIRBAŞ Sadık, **Vergi Hukuku**, Ankara 2003.
- KIZILOĞLU Şükrü, **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, Ankara 2000.
- KULU M. Bahattin, “ÖTV Kanunu’nun Yetki Verdiği Konular ve Bunların Sınırı”, Yaklaşım, S. 118, Ekim 2002.
- KUMRULU Ahmet G., “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri”, AÜHFD, C. XXXVI, S. 1-4, 1979.
- KUMRULU Ahmet G., **Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri**, Ankara 1989.
- OCAKÇIOĞLU Bora, “Bütçe Hakkının Kapsamına ve Gerçekleşmesine İlişkin Sorunlar (Yorum)”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler (Uluslararası Seminer)**, İstanbul 5-6-7 Şubat 1982.
- OĞURLU Yücel, **İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara 2001.
- ORTAÇ F. Rifat, “Noter Senedi İle Satılan Taşıtlarda Verginin Tahsili”, Yaklaşım, S. 73, Ocak 1999 (Noter Senedi).
- ORTAÇ F. Rifat, **Gelir Vergisinin Üniter Yapısı**, Ankara 2000 (Üniter).

Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi

OTT Katarina, “Tax Administration Reform In Transition: The Case Of Croatia”, <http://www.international budget.org/cdrom/papers/tax/croatiatax.htm>

OZANSOY Ahmet, “Uzlaşma Müessesesi ve Etkinliği”, Yaklaşım, S. 89, Mayıs 2000.

ÖNCEL Muallâ – KUMRULU Ahmet – ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, Ankara 2005.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 1993.

ÖZDEN T. Murat, “Gelir Vergisi Kanunu’nun Mükerrer 123. Maddesinin Yürütme Organına Tanıdığı Yetkilerin Vergilendirme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi”, GÜİİBFD, C. 6, yıl 1990, S. 1.

ÖZER İlhan, **Vergileme İlkeleri ve Türk Vergi Sistemi**, Ankara 1997.

SARAÇOĞLU Fatih, “Bütçe Kanunu İle Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılabilir mi?”, GÜİİBFD, yıl 1999, S. 3.

SARICA Ragıp, **Türkiye’de İcra Uzunun Tanzim Salâhiyeti**, İstanbul 1943.

SAYGILIOĞLU Nevzat, **Vergi Hukukunda Yorum**, Ankara 1987.

SEZER Cemal, **Türk Vergi Yönetiminde Örgütlenme ve Türkiye’de Vergi Yönetiminin Örgütlenmesi İçin Bir Model Önerisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1996.

SOYDAN Billur Yaltı, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, Vergi Sorunları, S. 119, Ağustos 1998.

ŞEKER H. Nezih, **Hukuksal Yapısıyla Vergi İncelemesi**, İstanbul 1994.

TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul 2001.

TAVŞANCI Aykut, “Yürütme Organının Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası”, Vergi Sorunları, S. 189, Haziran 2004.

TEZCAN Keramettin, **Türk Vergi İdaresinde Verimlilik ve Etkinlik**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2002.

TOSUN Öztekin, “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, İÜHFİM, C. XXVIII, S. 2, 1962.

TUNCER Selahattin, “Vergi Uyuşmazlıklarının Uzlaşma Yoluyla Çözülmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 62, S. 4-6, 1988.

UFUK M. Tahir, “Vergi Hukukunda Terkin”, Yaklaşım, S. 122, Şubat 2003.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü”, SÜHFD, C. 9, S. 3-4, 2001.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından İhtiyatî Haciz ve İhtiyatî Tahakkuk Kurumları – I”, Vergi Sorunları, S. 187, Nisan 2004.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Teminat Kurumu”, Vergi Sorunları, S. 182, Kasım 2003.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler”, SÜHFD, C. 11, S. 1-2, 2003.

Vergi Hukukundaki Gelişmeler, Gelirler Genel Müdürlüğü, 7-10 Ekim 1991 Marmaris.

YALTI Billur, “1923’ten 2003’e “Kazandıklarımız”: “Cumhuriyet Hukuku” “Kazanamadıklarımız”: “Hukukun Cumhuriyeti” Vergi Hukukunda Geldiğimiz Yere Yakın Tarihten Bakmak: Panoramik Bir Çalışma”, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, Sempozyum, 30-31 Ekim 2003.

YERELİ Ahmet Burçin, “Vakıfların Vergi Muafiyeti ve Üç Hukuki Yanlış”, Vergi Sorunları, S. 184, Ocak 2004.

YILDIRIM Turan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürütme Organı (1982 Anayasası Döneminde)”, Hukuk Araştırmaları, C. 1, S. 3, Eylül-Aralık 1986.

YÜREKLİ Sabahattin, “Bakanlar Kurulu’nun Vergilendirme Yetkisi”, GÜHFD, C. 1, S. 2, Aralık 1997.

Çeviriler

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI, ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU VE ÇEVRE GÜVENLİĞİ: ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ BU ALANLARDAKİ BOŞLUĞU DOLDURABİLİR Mİ?

Arş. Gör. Mustafa ÖZEN*

I- GİRİŞ

İnsan hakları hukuku son yarım asrı aşkın süredir kayda değer gelişme gösterdi. Bu gelişmelerin çoğu, uluslararası düzeyde meydana geldi. Gelişim elbette büyüme ve genişleme şeklinde ya da düşme ve gerileme şeklinde olabilir. En son aşamada, son zamanlarda uluslararası insan hakları hukuku büyüme ve genişlemeye doğru eğilim göstermiştir. Büyüme, bu insan haklarını ihlal eden kişileri sorumlu tutarak temel sivil hakları kuvvetlendirmek için yeni yöntemlerin yaratılmasını gerektirebilir. Son yıllarda, sorumlu tutulabilirliği artırabilmek için yeni yöntemlerin yaratılması, uluslararası alanda avukatlık yapan avukatlar için etkili bir ilgi merkezi olmuştur. Bu etkili çalışma, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (şimdi sonra bu mahkeme için UCM kısaltmasını kullanacağım) Roma Sözleşmesi'nin benimsenmesiyle kurulması dolayısıyla (sözleşme Haziran 1998 de imzalandı) çok çabuk bir şekilde kendini gösterdi. Sözleşme hem usul hem de maddi hukuka ilişkin yenilikler getirdi. UCM'nin oluşumunda güçlü bir yargılama yönteminin yaratılmasıyla birlikte, Roma Sözleşmesi de 'tam olarak uluslararası toplumu ilgilendiren çok ciddi suçlar' şeklinde kabul edilmesi beklenebilecek şeylerin ayrıntılı bir listesini oluşturarak, daha önceki alışılmış ve gelenekleşmiş kuralları gözden geçirdi. Bu açıdan, Roma Sözleşmesi; insan hakları, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukuku arasında önemli bir bağ oluşturdu. Bu, bir ilim adamının uluslararası insancıl hukukunun 'insanlaştırılmış' şeklindeki niteliğinin ne olduğunu ortaya koyuyor.¹

Uluslararası İnsan Hakları ile uluslararası insancıl hukuk arasında kayda değer bir paralellik olmasına rağmen, En ileri aşama için bu, yaşam hakkı, ceza soruşturmasında bağışık tutulma hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması hakkı gibi klasik insan hakları bağlantısı içinde meydana geldi. Gelişim, sosyal büyüme ve politik haklar ve onların uluslararası insancıl hukukunun dünyasında

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Theodor MERON, At the Openin Session of the International Law Association International Law Weekend (November 4-6, 1999) (notes on file with the autor)

Uluslararası İnsan Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Ve Çevre

uygulanması çok yavaş olmuştur. Bu makalenin merkezinin oluşturması gereken; geleneksel sosyo – politik hakların keşfi, bazen çevre güvenliği şeklinde adlandırılan sağlıklı ve verimli bir çevrede yaşama hakkıdır.² En ileri aşama için, çevre güvenliği ve uluslararası hukuk arasında bağlantı zayıftır ve gerçekte uluslararası çevre hukuku ve insanlık sorunları arasındaki ayrılığı oldukça zor yansıtır. Uluslararası insancıl hukuk, insan merkezli yapılabirirken uluslararası çevre hukukunun çevre merkezli bir yapıya dönüştürülebileceği konusunda bir belirti yok.

Uluslararası insancıl hukuk ile çevre güvenliği arasındaki boşluk uluslararası alanda yetkin olan avukatlara güçlük çıkarabilir. Savaş halindeki karşı güçler, en ciddi insan hakları bağlamında insan haklarını kötüye kullandıklarında, çevre için aynı ve benzer şekilde ciddilikte geniş tahribat ve mantıksız zararlar meydana getiriler. Bu tahribat çok derin çevresel güvensizlik yaratır. Bu makalenin ikinci bölümü, zıt iki gücün yaptıkları tahribatın yol açtığı güvensizliği konu edinecektir. Uluslararası toplum, savaşın sonuçlarına insanlık için kayda değer ilgi göstermesine rağmen , savaşın çevresel sonuçları bakımından önemli bir şekilde çok daha umursamaz olmuştur. Bunun sebebi, gerçekleştirilen ilerlemenin çok gerçekçi bir araştırması ve çevresel koruma ile uluslararası insancıl hukukun bağdaştırılması bakış açısıyla yapılmasının hala gerekli görülmesi, uluslararası toplumun savaşın çevresel etkilerini nasıl denetleyeceğinin bir incelenmesinin yapılmasıyla çıkarılabilir. Üçüncü bölüm, bu sonuçların denetim altına alınmasında, uluslararası yasal düzenlemenin başarısını ve başarısızlığını inceler ve çevresel savaş suçlarını soruşturmak için, onun Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılamasına odaklanması sağlar. Dördüncü bölüm, Uluslararası Ceza Mahkemesi özellikle çevre açısından tahrip edici davranışları cezalandırmak için uygun olmayabileceğini tartışır. Bu, diğer politik aygıtların ayırımında sürdürülen cezai nitelikteki yaklaşımların tam anlamıyla çevresel güvenliği harekete geçirip geçiremeyeceği sorununa daha fazla girmesi durumunu ortaya çıkarır. Beşinci bölüm yasaklayıcıdır, daha etkili olabilecek çevresel güvenliğin gelişimindeki yöntemlerin taslağını çizer. Beşinci bölüm, çevresel güvenliğin etkili artırımının çok yönlü bir yaklaşımını öne sürer ve bu; ceza soruşturmasını, önlemleri genişletmeyi ve özellikle uygun çareleri içerir. Bu çok yönlü yaklaşımlara ek bir unsur Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan çevre ile ilgili yargılamadan esinlenilmiş ve bu; halihazırda yetkili olmayan kesimlere güvenli olmayan çevrenin teslim edilmesine karşı ayırım kabul etmeyen anlaşmaları korumak için daha etkili uluslar arası güç kullanımını gerektirir. Sonunda bu, hem insan haklarını koruma hem de uluslararası insancıl hukukla daha yakın bütünlüğü sağlamak için çevresel güvenliği cesaretlendirir.

² Bernard A. Weintraub, Environmental Security, Environmental Management, and Environmental Justice, 12 Pace Env'tl. L. Rev. 533, 546 (1995)

II. KARŞIT GÜÇLERİN FİİLLERİNİN SONUÇLARINA ÇEVRESEL BAKIŞ

Devletin varlığını korumak için stratejik bir aygıt (mekanizma) olarak çevrenin doğal yapısının bozulması (kirlenmesi) veya değiştirilmesi sık sık kullanılmaktaydı. İki bin yılı aşkın bir süre önce Roma askerleri Kartaca topraklarını tuzladılar. Çok daha yeni zamanlarda ABD ordusu balta girmemiş Vietnam ormanlarını ağaçların yapraklarını döken ilaç kullanarak mahvetti. Gerçekçe, 1962 ile 1971 tarihleri arasında ABD'nin o zamanlar Güney Vietnam'da olan ağaçların yüzde onundan daha fazlasına on iki milyon litre yaprak dökücü ilaç döktüğü tahmin ediliyor.³ ABD, zarara uğratılan ormanlık alanları on dört olarak tahmin ediyor. Diğer kaynaklar mevcut alanın üçte birine yakın olduğunu tahmin etmekte.⁴ Rakamlar tam olarak bilinmemekle birlikte, ağaçsız geniş toprak parçaları hala mevcuttur. Bu ağaçların yapraklarını döken ilaçlara maruz kalan siviller ve askerler bu durumlarının kendi ailelerine hastalık taşımalarına yol açtığını iddia ettiler. Şu anda Vietnam'da zihinsel ve fiziksel açıdan sakat kalmış on binlerce çocuk var ve bunların hastalıkları bu çocukların doğmasından önce ve hatta annelerinin gebe kalmasından önce ABD tarafından bölgedeki ağaçların yapraklarını dökmek için attıkları zehirlerden kaynaklandığına yönelik bir bağlantı kurulabilmektedir.

1990 – 1991 Körfez savaşı sırasında, çok miktarda petrol, Kuveyt'in su kaynaklarını kirlenmek için İran Körfezine döküldü. Kuveyt petrol kuyuları kasten Irak askerleri tarafından ateşe verildi. Kuveyt'in işgali ve Irak'ın hukuka aykırı istilasının doğrudan bir sonucu olarak kaybedilen ve zarara uğrayan şeylerin tekrar geri getirilmesi için Birleşmiş Milletler Tazminat Komisyonu (UNCC - BMTK) oluşturuldu. UNCC hukuk mahkemesi bölümü ve hakem kararıyla çözüm bölümü olarak bir ilktir ve bu komisyon Kuveyt'in halkının sağlığına ve çevresel alanlarına yönelik zararları tazmin etmek ve toplu şekilde tazminat hukukuna yönelik açılmış davaları çözüme kavuşturmayı kabul etti. Bu olaylardan sorumlu tutulan Irak, gelecekte elde edeceği petrol gelirlerinden bir bölümü de dahil olmak üzere, dondurulmuş uluslararası mal varlığı hariç tutularak, söz konusu zararları ödeyecektir. Şu ana kadar 2.6 milyon dava dosyası bulunmaktadır. Bu dava dosyalarının maddi değeri 250 milyar ABD doları değerindedir.

³ Peter J. RICHARDS and Michael N. SCHMITT, *Mars MEET Mother Nature: Protecting the Environment During Armed Conflict*, 28 *Stetson L. Rev.* 1047, 1053 (1999).

⁴ Oscar ARIAS, *Responsibility of Nations to the Environment*, in *Proceedings of the First International Conference on Addressing Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives* (June 10 – 12, 1998).

Uluslararası İnsan Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Ve Çevre

Çevrenin kendi içindeki dengesinin tahribatına ilişkin önemli raporlar da Yugoslavya Federasyonundan (YGF) meydana gelmektedir. NATO ittifak güçlerinin Yugoslavya Federasyonunu bombaladığı alanlarda NATO güçleri diğer endüstri üretimlerinin saklanması yarayan depolarla birlikte petrol arıtım tesislerinin tahrip olmasına yol açmışlardır. Bu tahribatların çoğu, ayırım gözetilmeksizin, çok yükseklerden atılan bombalar vasıtasıyla yapılmıştır. Bombalama, Pancevo'da petrokimya gübre ve arıtma tesislerinin tahribatına; petrolün, gazın ve dicloridin'in Danube ırmağına dökülmesine neden olmuştur. Pancevo bombardımanı, zehirli gazların kolaylıkla emilmesine de neden oldu.⁵Batı gözlemcilerinden birine göre sonuç; Romanya ve Bulgaristan'a giden nehirlerle yayılan ve oradan da Karadeniz'e dökülen, çevrenin dengesini bozan kirli bir felakettir. Bilim adamları, Danube ırmağında oluşabilecek bir buzlanmadan meydana gelebilecek etkili sel selinden⁶ ve akabinde NATO güçlerinin saldırısı sırasında bombalanan Novi Sad'da, üç köprünün arkasında bu buz selinin takılıp kalmasından da oldukça endişelendiler. Hırvatistan ve Macaristan'ın bir kısmını da içine alan, Sırbistan'ın alçak bölgelerinin çoğu bu tehlike altında kalmıştır.

Kısaca eski dönemlerden günümüze sayısız miktardaki savaşlarda, çevresel tahribatların örnekleri doludur.⁷ Fakat korumasız çevreyi sadece gerçek savaşlar meydana getirmemiştir. Çevre, ulusların savaş araç ve gereçlerini yenilemeleri ve yine ulusların savaş tehdidi altından kurtulması (savaş, uçak vb. savaş araçlarından ve silahlardan arındırılması yoluyla) gibi işlemler sonucu meydana gelebilecek çetin tehditlerle de karşı karşıyadır. Bu konuda son olarak, Rusya'nın kuzey bu denizinde, özellikle denize ait narin çevreyi ciddi şekilde tehdit eden ve yetersiz ekonomik insan kaynaklarıyla gerçekleştirilen Rusya'nın deniz altı nükleer çalışmalarını askıya alma girişimlerini gösterebiliriz. Rusya, özellikle çevre üzerinde tehlikeli (zehirli) etkileri de olan özel nükleer ve kimyasal silahları denemiştir. Oldukça yakın zamanlarda, uluslararası toplum, savaş zamanında çevrenin kullanılmasının kabul edilemeyeceğiyle meşgul olan kişilerin ceza soruşturmasına uğramasına engel olmaya başladılar. Bu durumda, Roma Sözleşmesi'nin dili önemlidir. Birinci olarak, çevresel suçlar bağımsız bir şekilde yaptırıma tabi tutulur ve bu suçları işleyen kişilerin cezalandırılması için bir veri oluşturur. Nuremberg Ceza mahkemesi'nde, uluslararası çevre suçlarıyla ilgili bahisler seyrek olmasına rağmen son elli yılı aşkın bir süredir çevrenin kötüye kullanımı, çevrenin kirletilmesinden ayrı düşünölmeye başlandı. Bu

⁵ Tom WALKER, *Missile Strikes Pollute Danube and Mail* (April 19, 1999) at 1.

⁶ Marlise Simons, *Hungary Says Danube's Bombed – Out Bridges May Cause Floods*, N.Y. Times (October 24, 1999).

⁷ Neil A.F.Popoviç, *Humanitarian Law, Protection of the Environment, and Human Rights*, 8 Geo. Int=Envtl.L.Rev.69 (1995)

Yugoslavya'nın dağılmadan önceki durumu için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin durumu ve Raunda için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin durumu için geçerli değildir. Uluslararası Ceza Mahkemesi, doğrudan doğruya çevresel savaş suçları komisyonunda çevre güvenliğini olumsuz yönde etkileyip yaygınlaştıran kimseleri soruşturmaya yetkili değildir. Önceki Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, doğal çevrenin güvenliği ile ilgili önemsiz bir tehlike oluşturan savaş suçlarına karşı, kısmi yargılama yetkisi vardı. Raunda açısından Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin çevre güvenliğini ihlal eden en küçük bir olay bile olsa yargılama yetkisi bulunmamaktadır. Roma Sözleşmesi'nin diline (metnine) bakıldığında, çevreyi kasıtlı bir şekilde zarara uğratma bir savaş suçu oluşturur. Sözleşmenin 8/2,(b),(iv). maddesi, 'İnsanların hayatının kaybolmasına, insanların yaralanmasına ya da malvarlıklarının zarar görmesine veya darmadağın olmasına, somut ve doğrudan doğruya tam olarak beklenen askeri faydayla ilişkilendirildiğinde, açıkça aşırı nitelik taşıyıp doğal çevreye yaygın, uzun vadeli ve şiddetli zararlar vereceği bilinciyle hareket etmek' şeklinde düzenlemiştir.

Md.8/2,(b),(iv)'in tarihsel görüşülmesine kısaca bakalım. Son görüşmeler için temel teşkil eden Roma Sözleşmesi'nin taslağı, md.8/2,(b),(iv)'de sonuç olarak benimsenen dil ile birlikte diğer üç seçeneği düzenledi. Kabul edilmeyen üç seçenek şunlardır:

1)İnsanların hayatının kaybolmasına, insanların yaralanmasına ya da malvarlıklarının zarar görmesine veya darmadağın olmasına doğal çevreye uzun vadeli ve şiddetli zararlar verilmesine neden olacak şekilde kasti olarak gerçekleştirilen bir saldırı, -askeri zorunluluktan dolayı yargılanamaz.

2)İnsanları hayatının kaybolmasına, insanların yaralanmasına ya da malvarlıklarının zarar görmesine veya darmadağın olmasına, doğal çevreye uzun vadeli ve şiddetli zararlar verilmesine bilerek neden olunması.

3)Kasti olarak çevrenin darmadağın edilmesi, doğal çevreye uzun dönemde etki edecek şiddetli zararların verilmesinin yasak olmadığı paragrafta yer almıyor.

Sonunda, kabul edilen hüküm, çevresel bir bakış açısından bir uzlaşıydı, orta bir yer işgal ediyordu. Bununla birlikte o, ulusal çıkar güvenliğinin askeri gelişimi için çevre bütünlüğünün ikinci sırada yer alacağı şeklindeki önemli sınırlamayı ilk seçenekle paylaşır. Başka önemli sınırlamalar da var. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisi, özellikle savaş suçları bir planın parçası veya politikanın parçası ya da bu tür suçların geniş ölçekli işlenmesinin bir parçası olarak işlendikleri zaman sınırlanır. Olayların Roma Sözleşmesi'nin içine girmesi için, 'özellikle' ifadesinin ayrılmasına müsaade edilip edilmeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Daha önemli bir sınırlama, tün Roma Sözleşmesi'nde doğal çevreye zarar vermeyi yasaklayan sadece tek bir

Uluslararası İnsan Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Ve Çevre

açık ifadenin kullanılmasıdır. Bu nedenden dolayı bu hüküm, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin gücünün, geniş biçimde düzenlenen diğer suçlara yöneltileceği, çevresel suçların ikincil önemde olabileceğini gösterir. Sonuç olarak, bu hükmün etkisi, gerçeğe oranla çok daha açık olarak gözükecektir. Aynı zamanda Roma Sözleşmesi'nin çevresel savaş suçları hükmü, sadece savaş halindeki üye devletlere uygulanır. Zıt güçlerin karşılıklı tahrip edici savaşları sırasında oluşan çevresel kirlilik, izahı güç sonuçlar bırakır. Bu acı verici bir boşluktur. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin sadece etkili ve eylemsel olarak düşmanlıklara katılan askeri güçler tarafından işlenen çevresel suçları engellememesi (bu suçların failini yargılayamaması) daha da acılı olan durumdur. Bunun için silahlı güçlerin seferberliğinde veya silahların denemesinde, silahlı güçler tarafından yaratılan güvenliksiz çevre için ilgili kişileri yargılama yetkisi yoktur. Her hangi bir silahsızlanma gelişimini denetleyecek yargılama yetkisi de yoktur.

8/(2) (b) (iv) maddesi daha özel nitelikte yorumlar da içerir. Kabaca bir bakış açısıyla, 8/(2) (b) (iv) maddesinin yazılış biçiminde üç tane temel yapı vardır. (1) Maddi unsur: doğal çevreyi 'geniş, uzun süreli ve şiddetli bir biçimde' etkileyecek bir saldırıdan oluşur. (2) İkinci bir maddi unsur, diğer adıyla zarar; 'somut ve doğrudan doğruya tam anlamıyla askeri bir fayda beklentisiyle ilişkilendirildiğinde 'açıkça aşırı' olmalıdır. (3) Eğer her iki maddi unsur bulunursa, doğal çevreye geniş, uzun süreli ve şiddetli bir biçimde zarar verebilecek şekilde yapılan saldırının, bilerek ve isteyerek yapıldığını kanıtlayarak manevi unsur gösterilebilir.

III - FİZİKİ HAREKET: YAYGIN, UZUN SÜRELİ VE ŞİDDETLİ ZARAR

Roma Sözleşmesi kapsamında başarılı bir kovuşturmada ilk önce ve ileriki aşamada zanlının; doğal çevreyi yaygın, uzun süreli ve şiddetli zarara uğrattığının kanıtlanması gerekecektir. Üç unsurun hepsinin birlikte ispat edilmesi büyük önem taşır. Yaygın, uzun süreli ve şiddetli' ifadesi, savaş zamanında çevrenin kullanılmasından bahseden az sayıda insancıl uluslararası diğer sözleşmelere kendi ifade tarzıyla bildirir. Örnek olarak 1977 Askeri Yasaklar konusunda Birleşmiş Milletler sözleşmesi veya diğer her hangi Çevresel Teknik Değişikliklerin Düşmanca Kullanımının Yasaklanması Sözleşmesi (ÇTDDKYS) gösterilebilir ve 1949 Cenevre Sözleşmesi'ne 1977 de eklenen bir nolu protokol gösterilebilir. Bununla birlikte, bu üç unsuru birlikte gösterme zorunluluğunu gerçekleştirerek, Roma Sözleşmesi'nin ifadesi, bu üç özellikten ayrı tutularak sadece birinin kusurunu ispat etmeye dayanan ÇTDDKYS'nin sözlerinden eski haline geri döner. Tam olarak yaygın, uzun süreli ve şiddetli ifadesi ne anlama gelir? Roma Sözleşmesi bu noktada bir açıklamada bulunmuyor. Uluslararası Ceza Komisyonu (UCK) yaygın (geniş alan yayılmış) uzun süreli ve şiddetli ifadesini, 'zararın genişliği (büyüklüğü)

veya yoğunluğu, onun zaman bakımından sürekliliği ve zarar tarafından etkilenen coğrafi alanların ölçümü' şeklinde tanımlandı. Bununla birlikte, Uluslararası Kızılhaç Örgütü (UKHÖ) çevreye karşı, yaygın, uzun süreli ve şiddetli zararları oluşturan şeyin ne olduğu konusunda meselenin daha özel yoruma açık olduğunu söylüyor. Bu noktada, silahsızlanmanın anlaşılması konusunda ÇTDDKYS'nin sözleşmesinde yer alan bu terimlerin uygulanmasıyla ilgili bazı yol gösterici yorumlar Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün Cenevre Konferansı çalışmasıyla sağlanır.

Bu ek çalışma, ÇTDDKYS sözleşmesinde bu terimler tanımlanmadığı için gereklidir. Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün (UKHÖ) silahsızlanmanın sağlanması konusundaki Cenevre çalışmasında bu terimler şöyle tanımlanmaktadır.

Yaygın (geniş alan yayılma) : Yüzlerce kilometrelik bir alanı ifade eder.

Uzun süreli : Bir aylık bir süre veya yaklaşık bir mevsimlik bir süreyi ifade eder.

Şiddetli : İnsan hayatı, doğal ve ekonomik koşullar ya da diğer mal varlıkları için zarar verici, önemli ya da zarar verici durumu ifade eder. Silahsızlanmanın anlaşılması konusunda, Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün Cenevre çalışmasında terimin yorumu, ÇTDDKYS sözleşmesi için bu yorumun kullanılmasının sınırlanmasını, Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün Cenevre çalışmasının şart koşulmasıyla azaltılır ve eğer benzer terimlerin yorumu diğer uluslar arası sözleşmelerde kullanılmışsa bu yorumlara zarar verme kastı aranmaz. ÇTDDKYS sözleşmesi, askeri amaçlar için doğal çevrenin olağanüstü değişikliğe uğratılmasıyla ilgili olduğu için sel baskınlarının meydana getirilmesi gibi, sel baskınının ağırlığının ne olduğu açık değil eğer sel baskını her hangi bir şekilde meydana gelirse fiilin cezası Uluslar arası Ceza Mahkemesi tarafından verilir. ÇTDDKYS daha geniş yol gösterici yorumu kapattığı için, 1. protokoldeki yorumlardan elde edilebilir. Özellikle ÇTDDKYS'nin dili Roma Sözleşmesi'nin diline (yazılış şekline) benzediği için. Çevresel bakış açısından bakıldığında, 1. protokoldeki yasaklar, ÇTDDKYS'deki yasaklardan çok daha sınırlıdır. Örneğin, uzun süre ifadesi, Uluslararası Kızılhaç Örgütü (UKHÖ) tarafından aylar yerine on yıllar anlamında kullanılmıştır. Yaygın ve uzun süreli terimleri, bu terimlerin içeriğini en ileri noktada tanımaz, çevresel zararları coğrafi açıdan ve süre bakımından sınırlama şeklinde tanımlamaya çalışır.

Gezegen tek bir ekosistemden oluştuğu için, yeryüzünün bir parçasının çevresel açıdan bozulması son aşamada tüm gezegeni etkiler.⁸ Gerek duyulan

⁸ Lynn Berat, Defending the Right to a Healthy Environment : Toward a Crime of Geocide in International Law, 11 B.U.Int=1 L.J. 327.347 N. 102 (1993)

Uluslararası İnsan Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Ve Çevre

şiddet, küresel finans çevreleri tarafından, henüz değerlendirilmeyen küresel doğal kaynaklardan ayrılmış bir kısma yönelik zararın cezalandırılmayacağı, (bu küresel çevrenin çok yönlü yapısı veya önemli türü olmasına rağmen) anlamına gelir. Doğal kaynakların insanlarca tüketilmesini ve insan hayatını etkileyen zarar şiddetinin insan merkezli sınırlanması, savaş zamanında çevresel korumanın daha fazla bulunmasıyla daha genel bir kusurun altını çizer. Başka bir ifadeyle, aslında bu koruma çevreyi korumayla ilişkilendirilemez. Fakat daha ziyade insanın çevreyi kullanma gereksinimi durumudur. Daha acı olanı, Roma Sözleşmesi'ne imza atan bazı devletlerde sözleşmenin uygulanması, insan merkezli sınırlamayı Roma Sözleşmesi'nin 8. (2) (b) (iv). maddesinin maddi unsurlarının tanımına atfetmiştir. Örneğin, Alman askeri el kitabı, doğal çevreye yönelik yaygın, uzun süreli ve şiddetli zararı; 'insan yaşamına ve doğal çevreye büyük bir müdahale' olarak tarif ediyor. Tanımının yapılması gereken bir diğer sözcük doğal çevredir. UCM'nin 43. oturumunda ayrıntılı olarak düzenlenen raporda mahkeme, doğal çevrenin geniş bir tanımını yaptı. Bu tanım doğal çevreyle birlikte insani çevreye de yer verdi. Böyle geniş bir tanım, tahribattan sadece insani çevrenin korunmasını (şehirler, konutlar, özel mülkiyet konusu mallar) değil aynı zamanda çevresel güvenliği de kapsayan Roma Sözleşmesi'nin 8. (2) (b) (iv) maddesi için de geçerlidir. UCM'nin doğal çevre tanımını şöyledir; 'Doğal çevre kelimesi, çevrenin korunmasında temel öneme sahip koruma alanlarının yanı sıra, insan ırkının geliştiği yer ve çevresini kapsayacak genişlikte değerlendirilmelidir. Doğal çevre kelimesi bu nedenle denizleri, atmosferi, iklimi, ormanları, diğer fauna, flora gibi bitkileri ve diğer biyolojik unsurları kapsar'. Doğal çevre konusunda, 'yaygın, uzun süreli ve şiddetli' kelimelerinin etraflıca açıklanması Roma Sözleşmesinde bir notun anlaşılmasını göstermek için önemlidir.

Devam eden hazırlık komisyonu toplantıları bu tartışma için uygun bir forum oluşturdu. Gerçekte, hazırlık komisyonu, Roma Sözleşmesi'nde düzenlenen bütün suçlar için bir bütünün parçası olarak, 8. maddedeki suçların unsurlarını, genel kabul görececek bir şekle sokmaya çalışmıştır. Maalesef böylece, çevresel savaş maddesinin özel nitelikteki tartışması çok fazla sınırlandı. Yine de, suçun unsurlarının tanımı, her hangi bir hükmün uygulamadaki etkisini geçersiz kılma konusunda böyle yüksek bir seviyeye yerleştirilmemesini gösterir. Bu, 'yaygın, uzun süreli ve şiddetli zararın' ne anlama geldiğini anlamadaki belirsizlik, şundaki uluslararası toplum tarafından sorumluluk yoluna gidilmesinde bir gevşemeye gidilmesinin nedenini oluşturabilir.

IV - ASKERİ FAYDANIN ETKİLERİNİ AKLAMAK

'Askeri fayda' askeri zorunluluğa göre çok daha düşük bir delil başlangıcına dayanabilir. Sonuç olarak, 8 (2) (b) (iv). maddedeki yasa, geleneksel uluslararası hukukun daha önceki yasaklarından daha dar olabilir. 8

(2) (b) (iv). maddedeki durumda, askeri fayda hırsı, sadece tam olarak somut ve doğrudan doğruya beklenen askeri faydanın çevresel zararları haklı çıkarabileceği gerçeğiyle sınırlanır. Yine de tam olarak beklenen somut ve doğrudan doğruya askeri fayda beklentisini askeri zorunluluğa göre ispat etmek hala daha kolay gözüküyor. Ek olarak, askeri zorunluluk savunması, gerçekte geleneksel uluslararası hukukun parçasını oluşturabilmesine rağmen I. Protokoldeki ‘yaygın, uzun süreli ve şiddetli zarar yasağı’, yanlış giden şeyi yok etmek için her hangi bir askeri fayda ya da zorunluluğun kanıtı izin vermediği kayda değer bir nottur. Sonuç olarak, 8 (2) (b) (iv). maddenin yasağı, I. Protokoldeki yasağın gevşetilmiş bir görünümüdür. 8 (2) (b) (iv). maddede askeri fayda ile ilgili olan başka durum var. İlki, bir ‘orantılık testi’ (çevresel zarar tam olarak somut ve doğrudan doğruya askeri fayda ile ilişkilendirildiğinde açıkça aşırı olmalı) yapılmasına rağmen, ‘açıkça aşırı’lığı gösteren örnek tanım veya kılavuz yok. Gerçekte, yan zararın (ek zararın) tanımında, ‘açıkça’ ek sözü, var olan her hangi bir yasal kaynakta belirtilmiyor. Son noktada, Roma Sözleşmesi’ne katılan tafraların anlamlandırması veya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin ilk kararlarında da yok. ‘Açıkça aşırılığı’nın ispatı her hangi bir kişiyi suçlu bulmak için gerekli olduğundan ve ispat yükü savcıya ait olduğundan, ne tür araştırma şekli ve veri ileri sürülmek zorunda kalacaktır? Ek olarak somut, doğrudan doğruya ve tam olarak askeri fayda gibi sıfat terimleri oldukça belirsizdir ve henüz uluslararası hukuk tarafından anlaşılır bir şekilde tanımlanmadı. Bu terimlerin anlamlarını Roma Sözleşmesi de, daha özel anlamlar (özel bir gayret sarf ederek) yükleyerek belirtmedi. ‘Tam olarak’ terimi için, Uluslararası Kızılhaç Örgütü (UKHÖ), ‘tam olarak’ teriminin özel bir amacının, önemli bir askeri faydaya sahip olabileceğini, uzun bir zaman diliminin sonunda hissedilebileceğini ve kendi amacı çevresi dışında başka alanlarda askeri faaliyeti etkileyeceğini ifade ettiğini’ öne sürdü.⁹ Sonunda, askeri faydanın etkilerini yok etme çalışması, çevresel suçları cezalandırmak için 8 (2) (b) (iv). maddenin gücünde ağırlık oluşturacaktır. Sonuçta, askeri fayda basitçe ‘beklenen’e gereksinim duyar. Bu terimin önemi nedir? Beklenenin, anlamı konusunda bazı sınıflandırma daha önceki uluslararası sözleşmelerde ‘askeri fayda’ kullanımını yapan bir düşünce açıklamalarından çıkarılabilir. Çok sayıda devlet askeri faydadan anladıklarını, tam olarak ayrılmamış bir saldırıdan beklenen askeri ya da özel parçalar halinde düşünülen saldırıdan beklenen askeri faydayı göstermek için planladıklarını açıkladılar. Ek bir not olarak, değerlendirilecek olan beklenti ölçüsünün neye göre ve kim tarafından yapılacağı açık değildir. ‘Beklentiye’ nesnel bir unsur bulmak zorunluluğu var mıdır? ya da öznel bakış açısıyla, henüz gerçekleşmemiş bir inanış oluşturulabilir mi? Eğer askeri fayda görüşü, askeri

⁹ U.N.Doc. A/CONF. 183/INF/10 (July 13 1998)

Uluslararası İnsan Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Ve Çevre

düşünce (mantık) içinde öznel kalırsa, ya da politik liderler yapılan taktik kararlara bağlı kalırlarsa, o zaman savunma alabildiği kadar gerçekleşebilir. Savunmanın kötüye kullanımını kıstak için, çevreye yönelik yaygın, uzun süreli ve şiddetli zararları, bir saldırının askeri faydasının haklı bulunabildiği zamana göre, nesnel bazı ölçütler oluşturmak önemlidir.

Askeri fayda savunmasına uygun anlamlar vermedeki zorluklar, sorunların içine daha fazla girerken ortaya çıkarlar. Bu sorunlar, uluslararası hukuk ile uluslararası insancıl hukuk arasındaki ilişkiyi askeri bakış lehine tekrar düşünmeye sevk eder. Soykırım ve işkence gibi belli uygulamalar ulusal egemenliği savunmak için temel teşkil etseler bile asla üslenilemeyeceği için, uluslararası toplum tarafından yaptırıma bağlandı. Kasten çevrenin kirletilmesi niçin benzer şekilde yasaklanmasın?

V - ZİHİNSEL UNSUR : YOĞUN KAST

8 (2) (b) (iv) . maddesine göre cezai yaptırım, sadece tam olarak beklenen askeri faydalarla ilişkilendirildiğinde, açıkça aşırı olacak şekilde çevreye yönelik kasten yaygın, uzun süreli ve şiddetli zararlara yol açacak kişilere uygulanır. Kişinin, çevresel zararlara yol açacağı tam bilinci içinde hareket ettiği ispatlanmalıdır. Roma Sözleşmesi bunun için, listelenmiş sonuçların meydana geldiğini, saldırının bilinçli olarak gerçekleştirildiğini varsayar. Uluslararası Kızılhaç örgütü (UKHÖ) 'bilinç içinde' sözünü, kişinin 'ihmallikle, tedbirsizlikle' değil fakat sözleşmede yer alan neticeleri kasten işleme şeklinde yorumlamıştır. Çevreye yönelik yaygın, uzun süreli ve şiddetli zararlara dikkatsizlik veya ihmalkarlıkla yol açan kişi sorumlu olmadığı için bu, ihmalkarlıkla harekette bulunan kişinin her hangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağı anlamına gelir. Bunun için madde, sadece kişisel suçlu için geçerlidir. Bu zor duruma cevap vermede çevresel hak (adalet) görüşü 'bütün toplumlar için ekolojik tehlikelerden eşit koruma' yaratmaya teşebbüs eder.¹⁰ Zarar gören taraflar, eşit koruma hükmünü ihlal eden yetkisiz küçük gruplar üzerindeki eşit olmayan çevresel yükümlülük dağılımını tartışırlar. Diğerleri, federal yardım sandığının masraflardaki net ayrımcılık konusunda belirli bölge ülkelerinde çevresel imkanları yerleştirmek için öneriler sundular. Uygulanabilir bir kanun sağlayan 6. başlığı tamamlamak için yürürlüğe konulan kuralları 'çevresel koruma temsilciliğinin' (ÇKT) kendi yetkisini uygulama alanında, kişilere yönelik ayrımcılık adına çevresel politik konuyu yönetmek için yetkili olması tartışması da ortaya çıktı. Çevresel hak (adalet) yasası, sadece başarıyı

¹⁰ Lincoln L. Davies, Working Towards a Common Goal? Three Studies of Brownfields Redevelopment in Environmental Justice Communities, 18 Stan. Env'tl=L.j. 285, 287 (1999)

sınırlamıştı. Mahkeme eşit koruma yasasının bir ihlali bulmadı.¹¹ Mahkeme sadece, 6. başlığın kasti ayrımcılığı yasakladığına karar verdi. Farklı gücün (etkinin) tersine olarak kasti ayrımcılığın çevresel hak (adalet) olaylarında ispatlanabilmesi çok güçtür. ÇTK'nın kurallarının ihlali iddiasına gelince, bazı mahkemeler böyle bir iddiayı güçlendirmek için özel bir kanuni hakkın mevcudiyeti konusunda şüphelerini belirttiler.¹² Bu ana kadar ki en yüksek çevresel adalet iddiası, ÇTK kurallarına göre ortaya atılmış bir istektir. Bu, kaliteli yaşamla ilgili olan Chester sakinlerinin davasıdır. Yapılması zor olan iş, bir atık arıtma tesisini yapmak için bir izin konusuydu ki bu, çok daha özel olan bir çevreyi kirleten fırın tesisi içindi. Bu tartışma için gerçek dayanak noktaları pek çok çevresel hak talepleri idi. Chester Delaware eyaletinde kurulmuş 42 bin kişilik bir şehirdir. Delaware eyaletinin 500 bin kişilik nüfusunun 0/0 91'ini beyazlar oluşturmasına rağmen Chester'in nüfusunun 3/2'sini Afrika kökenli Amerikalılar oluşturmaktadır. Şikayetçiler Delaware eyaletinin beş atık arıtma tesislerinin Chester'de yapılmış olduğunu, geriye kalan iki tesisin diğer beyazların oturmakta olduğu iki şehirde kurulmuş olduğunu söylediler. Daha önceden var olan bu orantısızlıktan dolayı kişiler, bu yerlere tesis yapılmasına yönelik izin'in 'çevresel ırkçılık' teşkil ettiği iddiası ile devlete karşı dava açmalarına rağmen devlet, Chester'de yeni arıtma tesisi kurulmasına verdi. Yerel mahkeme davayı reddetti. Üçüncü bölge idare mahkemesi bunu kaldırdı. ÇTK kuralları içinde şikayetçilerin zımni bir özel kanun hakkı olduğuna ve böylece yargılama için iddialara izin verilmesi gerektiğine hükmetti. 8 Haziran 1998'de ABD Temyiz Mahkemesi bu tartışmayı tekrar gözden geçirmek için kendine çevresel adaleti değerlendirmek üzere yapılan başvuruyu ilk uygun bir zamanda görüşmeyi kabul etti. Ne var ki, Temyiz Mahkemesi, 17 Ağustos 1998'de temyiz başvurusunu reddetti ve dosyayı Üçüncü Bölge (istinaf) Mahkemesi'ne gönderdi. Geri gönderme, tartışmalı olan konunun temeline yöneliktir. 30 Nisan 1998'de Temyiz Mahkemesi başvuruyu almadan önce çevreyi kirleten fırına ilişkin izin sona erdi ve başvurucunun başvurusunda işaret ettiği gibi Chester'de bir atık arıtma tesisi kurma planının artık olmayacağı biçiminde izin iptal edildi. Chester'deki kişileri ilgilendiren Üçüncü Bölge Mahkemesi kararının geri gönderilmesi, çevresel adalet istemini desteklemek için önemli bir emsal kararı kaldırdı. Bununla birlikte bunu geri gönderme, Üçüncü Bölge Mahkemesi'nin kararının hukuka aykırı olduğu anlamına

¹¹ Alice Kaswan, *Environmental Laws: Grist for the Equal Protection Mill*, 70 U. Colo.L.Rev.387, 432 (1999)

¹² Bradford C. Mank, *Is There a Private Cause of Action Under EPA's Title VI Regulations? The Need to Empower Environmental Justice Plaintiffs*, 24 Colum. J. Envtl= L.1, 10-13 (1999).

Uluslararası İnsan Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Ve Çevre

gelmiyor.¹³ Temyiz Mahkemesi henüz bu konuda görüş bildirmemiştir. Sonuç olarak ABD'deki çevresel adalet isteklerinin yasal geleceği hala ümit vericiliğini korumaktadır.¹⁴ Çevresel adalet istemi şeklinde mahkemeye dava açılmasının yapısındaki usulü güçlülere rağmen bir çevresel hak davasıyla yüz yüze kalma durumunun olması, ABD'deki hükümet politikalarını etkilemiştir. Davalar üzerindeki endişeler ve onların etkileri konusundaki kaygılarda, çevresel yönetim uygulamasını etkilemiştir.¹⁵ Ayrımcı karşıtlığı uluslararası görüşmenin esas verimliliği ve insan hakları sözleşmesi çevresel adalet istemi için güçlü bir neden sağlar mı? Ayrımcılığa karşı yasaklar, insan hakları evrensel bildirgesi, ve medeni ve siyasi haklar sözleşmesindeki ve her türlü ırk ayrımcılığının yasaklanması konusundaki uluslararası sözleşmede yer almaktadır. Ayrımcılığı yasaklayan önemli bölgesel anlaşmalar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ek olarak Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almaktadır. Bu sözleşmeler, uluslararası çevresel hak taleplerine izin vermesine karşın şimdiye kadar çevresel güvenliği ileri sürmek için bir aygıt olarak, uluslararası insan haklarının kullanımını açıklayan çok az yazı bulunmaktadır. Uluslararasılaştırılmış çevresel adalet; "Çevresel güvenlik bir evrensel fikir olabilir, sadece tam olarak evrenselmiş bir çevresel sorumluluğun bir parçası olarak elde edilebileceğini" önerdiği için bu bir şanslılıktır. Uluslararası avukatlar için çevresel adalet şu iki konuda çekici olabilir. (1) Aynı durumdaki kişilerin eşit muamele görmesi (2) Devletlere arasında kişilerin eşit olması. Birincisi, çevresel adalet bir ulus devlet içinde ırksal, etnik, ya da sınıf üstünlüğü politikalarını gerçekleştirme için aygıt olarak kasten doğal çevrenin kötüye kullanılmasına "çevresel temizlik" savaşımına yardım edebilir.¹⁶ Çevresel temizleme; kişileri, grupları, toplumları, ve hatta canlıların yaşamını sürdürmeye ihtiyaç duyulan en alt seviyedeki çevresel kaliteyi", yaşam biçimlerini, yeniden yerleştirilmiş bir güç, boyun eğdirme veya asimilasyon ya da içsel kolonileşme gibi daha ileri politik amaçlar olarak reddedebilir. Bu bakış açısı, çevresel güvenliğin yaratılması, hükümetin ayrımcılık konusunda güç kullanımını hakıyla yansıtabilir. Bir ulus devletin

¹³ Powel v. Ridge, 1999, U.S. App. LEXIS 20092 (3rd Cir. 1999); Burton v. City of Belle Glade, 178 F. 3d 1175 (11th Cir. 1999)

¹⁴ Goshen Road, Environmental Action Team v. United States Department of Agriculture, 1999 WL 187264 (4th Cir. 1999)

¹⁵ Paul Zielbauer, Garbage Transfer Stations Face Civil Right Injury, N.Y. Times (March 7, 1999)

¹⁶ Bill Weinberg, War on the Land: Ecology and Politics in Central America 76 (1991); Ricardo A. Navarro, Environmental Impacts of the Civil War in El Salvador, in Proceedings of the First International Conference on Addressing Environmental Consequences of War : Legal, Economic and Scientific Perspectives (June 10-12 1998); Alvaro Jose Rodriguez, Environmental Impacts of International Armed Conflict in Colombia, in Proceedings of the Perspectives (June 10-12 1998)

yasaları ve mahkemeleri meselede bir çözüm önermedikleri sürece uluslararası sözleşmeler içindeki kişisel uygulanabilir çözümler ya da uluslararası politikalar, yanlışları düzeltmek için en iyi ulaşılabilir seçenek oluşturabilir. İkincisi, çevresel adalet, gelişmekte olan ülkelerin ve fakir (ikinci sınıf) insanların orantısız bir şekilde gelişmiş ülkelerin çevresel kirlenmelerine maruz kaldıklarını gösterebilir. Önemli bir örnek, gelişmiş ülkelerde üretilen atıkların gelişmekte olan ülkelere taşınması ve oraya boşaltılmasıdır.¹⁷ Gelişmekte olan ülkelere bu atıkları kabul etmesi karşılığında ödeme yapılmasına rağmen onlar çoğu zaman güvenli bir şekilde boşaltılması bakımından teknolojik yetersizliğe sahiptirler ve alındı makbuzuna dayanılarak boşaltılması yetersizdir. Onlar aynı zamanda bu boşaltımı denetlemek için yasal ve bilimsel alt yapı eksikliğine de sahiptirler. Bu, daha sonra yerel toplumlarda çevresel güvenliğin gündeme gelmesine neden olur. Bir yazar, gelişmiş ülkelerden gelişmekte olan ülkelere tehlikeli atık naklinin uluslararası alanda çevresel ırkçılık olduğunu ileri sürmektedir.¹⁸ Son zamanlarda yapılan sözleşmeler gelişmiş ülkelere gelişmekte olana ülkelere atık naklini engelleyici hatta yasaklayıcı hükümler içermesine rağmen çevresel adaleti ihlal eden bu tür taşımacılığın özelliği ulusların benzer ölçüleri içerecek bu tür anlaşmalarına müsaade etmez. Uluslararası insan hakları söyleminde bu tür taşımacılığa karşı yasağın kaldırılması, tekrar gözden geçirilecek olunan maddelerin geniş bir biçimde ihracına da izin verebilir. Gelişmekte olan ülkelere çevresel açıdan tehlike arz eden ürünlerin tehlikeli şekilde yapılan ihracatlar sonucu yol açtığı çevresel tahribatlar örnek verilebilir. Bu ürünler ‘tehlikeli atık’ oluşturmazsa o zaman uluslararası sözleşmelerin kapsamı dışında olurlar. Bununla birlikte, bu tür gizli taşımacılık çevresel konuda uygulanan uluslararası ayrımcılık karşıtı ilke (kural) tarafından hakıyla suç muamelesi görebilir.

Çevresel adaletin uluslararası seviyeye yükseltilmesi yeni bir kurumun oluşturulmasını gerektirecektir. Mahkemeler, temsilcilikler çevresel adaletin varlığını belirleyebilirler mi? Ülke mahkemeleri veya uluslararası insan hakları komisyonu yeterli midir? Ya da yeni uluslararası insan hakları mahkemesinin kurulmasına gerek var mı? Bu bağlamda çevresel adaletin uluslararası seviyeye yükseltilmesi yeni haklarının oluşumunu da gerektirecektir. Örneğin, halk sağlığı veya kişi güvenliği şeklinde uluslararası seviyede tanınmış bir hak var mıdır? Böyle bir hak, çevresel ayrımcılığa dayalı kötü muamele veya çevresel güvensizlik yoluyla çevrenin tahrip edilmesi durumunda bir çare olması

¹⁷ Rozelia S. Park, An Examination of International Environmental Racism Through the Lens of Transboundary Movement of Hazardous Wastes, 5 Ind.J.Global Legal Stud.695 (1998); Hugh J. Marbury, Hazardous Waste Exportation: The Global Manifestation of Environmental Racism, 28 Van.J. Transnat'l L. 251 (1995)

¹⁸ Marbury a.g.e, s. 291

Uluslararası İnsan Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Ve Çevre

açısından bulunmalıdır. Bu özel boşluğun doldurulmasında çevresel adalet için avukatlar Stockholm Bildirgesi tarafından cesaretlendirilmelidir ki bu bildirme, adalet, eşitlik ve çevrenin iyi durumda olması arasında bağlantı kurmakta olup 1972 yılının ilk zamanlarında tamamlanmıştır. Bu bildirmeye göre ‘İnsan, özgürlük için temel haklara, eşitliğe, yeterli yaşam koşullarına, insan şerefiyle ve sağlığıyla bağdaşır nitelikli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir ve insan şu andaki çevreyi ve gelecek nesilleri korumak ve geliştirmek için ciddi sorumluluk altındadır’.

Ortaya çıkan ikinci bir sorun, ayrımcılığın kasten olup olmamasıdır veya ayırım gözetici etkinin ispatı bir şikayeti haklı göstermek için yeterli midir.

Özet olarak, çevresel güvenli taşımacılığın arttırılması için bir alet olarak çevresel adalet istemi teşebbüs aşamasında kalmış ve açıklanmamış bir fırsatlar olarak kalacaktır. Bu çevresel adalet istemi, devletlerarası seviyede politik açıdan kendi kendini yönetme hakkıyla önemli bir bağ kurmasına rağmen açıklanmamış olarak kalır. Bu tür istekler ‘en alt düzeyde bir çevre kalitesinin devamında medeni ve politik hakların yanı sıra kişisel haysiyetin varlığı için bir ön koşul olmasını önerir. Çevresel adalet istekleri aynı zamanda bölgesel düzeyde ve gruplar şeklinde politik sürece dahil olan vatandaşları cesaretlendirerek demokratikleşmeyi geliştirebilir.¹⁹ ‘Uluslar arası güç çalışmalarını (işlemlerini) harekete geçirmek için kişisel mağduriyetlere izin vererek’ bu tür istekler bilgi aktarımı ile birlikte politik katılımı artırabilir. Geniş ölçekte çevresel adalet istemi devletler arası seviyede hak geliştirmek gibi sosyo-ekonomik haklarla birlikte çevresel koruma hakkına bağ kurmada yardım edebilir. Gelişim için fırsatlar, gelişmiş dünyadan geliştirmekte olan dünyaya gelişmiş dünyanın kendi endüstrisini geçirdiği zaman engellenebilir. Son olarak, çevresel adalet görüşünün aktarılması menfaatler ve evrensel çevresel yönetim yükümlülüğünün paylaşımında eşitliğin arttırılması için fikrî açıdan bir adalet oluşturabilir. Bu yükümlülükler göre çevresel adalet, evrensel çevre sorunlarıyla ilgili sorumluluğun yüklenilmesi konusunda eşitlikçi dağıtım hakkıyla yapabilir. Bu noktada doğru eşit dağıtım, gelişmiş dünyanın bu çok büyük maliyetlerin ve sorumlulukların üslenilmesini kabul etmesini gerektirecektir. Bu, bir uluslararası çevresel hukuk ilkesini geliştiren geliştirmekte olan ülkeler ile gelişmiş ülkeler arasındaki ‘ortak fakat farklı sorumluluklar’ söylemini ortaya çıkaracaktır.²⁰ Sonunda, cezai yaptırım veya ön koruyucu hareket ya da çevresel adaletin, çevresel güvenliği geliştirmek için kabul gören yaklaşım oluşturup oluşturmayacağı gerçekten sorun değildir. Gerçekten bütün bu üç görüşü göz ardı eden çok merkezli bir yaklaşım, politik sonuçları en üst

¹⁹ Taibi, a.g.e, s. 491 -492

²⁰ Philippe Cullet, Differential Treatment in International Law: Towards a New Paradigm of Inter-state Relations, 10 E.J.I.L. 549, 577 (1999)

seviyeye çıkarabilir. Böyle bir çok yönlü yaklaşım, çoğu suçları cezalandırarak, özendirici planlar içinde ihmali suçluyu vazgeçirerek, havaya ilişkin şikayetler için kişileri bir çare etrafında uzlaştırarak ve evrensel toplumu endüstrileşmenin dış çevreye etkilerini eşitlikçi bir yükümlenmeye cesaretlendirerek çevresel güvenliği arttırabilir.

VI. SONUÇ

Roma Sözleşmesi'nin 8 (2) (b) (iv). maddesi, doğal çevreye yönelik 'yaygın, uzun süreli ve şiddetli' biçimde kasten zarar verici hareketleri suç kabul eder. Bu suçun UCM'nin yargı yetkisi içinde olması sınırlı sevinmenin ve biraz üzülmünün sebebidir. Düş kırıklığı, I. Protokol ve ÇTDDKYS sözleşmesi nedeniyle yasaklanan bu tür davranışlardan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, Roma Sözleşmesi bu tür yasaya aykırı davranışları cezalandırmak için önemli bir şekilde çok daha uygun imkan sağlayabilir. 'Yaygın, uzun süreli ve şiddetli zarar' terimlerinin yapısı gereği bu terimlere yönelik getirilecek delillerin ispatı gerçekten çok zor olacaktır. Ek olarak çevresel savaş suçları önemli bir şekilde bilme ve istemenin (kastı) varlığını gerektirir. Suç oluşturan davranış nesnel temelde (objektif) cezalandırılmaz sonuç olarak, hukuku bilmemek bir savunma olabilir (mazeret olabilir). Bu, daha sonra çevresel eğitim ve bilimin aktarılmasının uygun görülmemesi şeklindeki isteğe göre daha az istenir. Yaygın, uzun süreli ve şiddetli bir şekilde kasten çevreye yönelik verilen zararı, askeri faydanın elde edilmesi amacıyla şeklinde bir savunma olarak kabul etmek, Roma Sözleşmesi'nin 8 (2) (b) (iv). maddesinin uygulama etkisini yok edebilir.

Çevresel suçların Roma Sözleşmesi'ne dahil olması kayda değer düşünceyi de ortaya çıkarabilir. Düşünme noktasının ilkesi, çevresel güvenliği arttırmak için bir aygıt (kurum) olarak UCM'nin tam kullanımınıdır. Son olarak, bu tür güvenliği arttırmak için bir kurum olarak UCM'nin temel sınırlarından bazıları, sadece onun yapısından kaynaklanmaz, onun benimsediği cezalandırıcı görüşten kaynaklanır. Sonuç olarak, bu maddeler ön koruyucu hareket ve çevresel adaletin, çevresel suçlara cevap vermek için uluslar arası hukukun içine dahil edilmesini önerir. Bu birbirine karışmış (harmanlanmış) yaklaşımlarla yapılacak yargılama usulleri, uluslararası ceza hukuku, savaş hukuku, uluslararası ticaret hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ayırım karşıtlığı hukuku gibi farklı alanlarda birleştirici bir ana unsur olarak hizmet etmesi için çevresel güvenliğe izin verir. Sadece böyle bir çok merkezci yaklaşım vasıtasıyla uluslararası savaş zamanında kasten neden olunan yaygın, uzun süreli ve şiddetli zararların dar sınırlarının dışında çevresel güvenliği arttırabilir.

İSRAİL-ARAP UYUŞMAZLIĞINDA OSMANLI TESCİL HUKUKUNUN PAYI*

Rabbi Jon-Jay TILSEN*
Çev. Arş. Gör. Ahmet KILINÇ*

1858 ve 1859 Osmanlı Toprak Kanunlarının ve tescil hukukunun Filistin ve İsrail'deki Araplar ve Yahudiler arasındaki uyuşmazlıkta payı vardı. (Aşağıdaki haritaya bakınız) Bu makale anılan kanunların amaç ve şartlarının ana hatlarını şema halinde gösterecek, ardından mezkûr kanunların birtakım etkilerini açıklayacak; sonuç olarak Yahudi-Arap ilişkisindeki saklı anlamları tartışacaktır.

Toprak Hukukunun Amaç ve Şartları

21 Nisan 1858 tarihli Osmanlı Toprak Kanunu, toprak mülkiyetini beş sınıf olarak belirlemekteydi: *كلم milk*, *فقو waqf*, *ميري miri*, *ماترک matruk* ve *موات mawat*. *Milk* belirli bir hizmete mahsus olmayan özel mülkiyet toprağıdır; *raqaba*(ki en yüksek dereceli özel mülkiyet budur) bireye verilmiştir¹. Genellikle Filistin'deki *milk* mülkiyetinin çok az bir kısmı Müslüman fatihler tarafından toprak dağıtımı yapıldığı sırada inanmayanlara devredilen arsalardı². *Waqf* mülkiyeti dini amaca ithaf edilmiş toprağı –teorik olarak Allah tarafından sahiplenilmiş– içerirdi ve dini cemaat gibi güvenilirliği öngörölmüş makam tarafından elde tutulur veya yönetilirdi³.

Miri, *matruk* ve *mawat*, *raqaba* ise devletin ellerine verilmiştir. *Miri* toprak, mirasçuların ihmalinden dolayı *milk* mülkiyetinin zapt edilmek veya ceza verilmek suretiyle devlete kazandırılmış olan işlenmiş veya işlenebilir olan topraktır. Bir gerçek kişi, vergisini vermek ve işlemek suretiyle *miri* toprak üzerinde hak sahibi olabilirdi; ancak devlet onun gelişmesini ve devredilmesini kontrol altında tutmaya devam ediyordu. Kiracının *miri* mülkiyet üzerindeki hakları, toprağı işlemekteki başarısızlığının cezası olarak elinden alınırdı ve bu

* Bu yazı Sayın Rabbi Jon-Jay TILSEN'in izni ile Türkçeye çevrilmiştir. Yazının özgün hali için bk. <http://www.beki.org/landlaw.html>.

* Congregation Beth El-Keser Israel (BEKI) cemaati lideri.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

¹ GRANOTT Abraham, **The Land System in Palestine — History and Structure**, çeviren SİMON M., London, 1952, s. 87.

² GRANOTT, 1952, s. 88.

³ GRANOTT, 1952, s. 87.

İsrail-Arap Uyuşmazlığında Osmanlı Tescil Hukukunun Payı

şekilde (cezai olarak kaybedilen)* toprak *mahlul* olarak isimlendirildi. Uygulamada ne Osmanlılar ne de İngilizler *mahlulu* hiçbir zaman geri almadılar⁴. Filistin'deki kazanılmış mülkiyetlerin en büyük parçasını açık farkla *miri* içermekteydi⁵. (Şunu kaydetmek gerekir ki; sonradan gelen hukuklar aşamalı olarak *miri* mülkiyetin haklarını *milk* mülkiyet anlayışına doğru genişletmiştir.)⁶ *Miri* toprak padişahın emri ile *matruk mahmiyya* (göl ve akarsu gibi kamu kullanımına açık araziye) veya *matruk murfaqa* (mezarlıklar ve pazaryerleri gibi özel mülkiyetin kullanımı için tahsis edilmiş olan araziye) dönüştürülebiliyordu⁷.

Mawat, bireyin padişahın izniyle (1858 tarihine kadar) *milk* toprağa çevirebildiği ve (1921'e kadar) muayyen bir zaman içerisinde belirli miktar ödeyerek işlemek suretiyle *miri* toprağa çevirebildiği boş arazidir⁸.

Abraham Granott'a göre, "1858 tarihli Toprak Kanununun konusu, başta *miri*, *matruk*, *mawat* mülkiyet cinsleri olmak üzere devletin topraklar üzerindeki haklarını sürdürmekti"⁹. Aynı şekilde, Robert H. Eisenman, devlet mülkünün (topraklarının)* üzerindeki hükümet kontrolünün teyit edilmesi olduğunu iddia etmektedir¹⁰. "Toprağın mülkiyet durumu" kavramı, gerçekte İslam hukukundaki bir fikir olmakla beraber anılan hukukun kaynağı genel olarak "muğlâk ve zor anlaşılır" idi¹¹.

Buna karşılık, Justice Tute Osmanlı toprak gelir sistemindeki feodal koşulların yürürlükten kaldırılmasından sonra (1839'dan sonra), kiracılara zarar veren ve devlet gelirlerini düşüren, müsadere ve rüşveti artırıcı nitelikte olan

* Çeviren Ahmet KILINÇ tarafından eklenmiştir; bundan sonra "A. K." şeklinde ifade edilecektir.

⁴ GRANOTT, 1952, s. 90.

⁵ GRANOTT, 1952, s. 88; görünüşe bakılırsa, Granott verimli toprakların egemen çeşidini ifade ediyor.

⁶ EISENMAN Robert H. , **Islamic Law in Palastine and Israel: A History of the Survival of Tazminat and Sharia in the British Mandate and the Jewish State**, 1978, s. 56-57.

⁷ GRANOTT, 1952, s. 90-91.

⁸ GRANOTT, 1952, s. 93. Temel Suni okulda (Suni Mezhepte) *mawat*'ın kazanılma çeşitleri için bk. ABD AL-KADER Ali, "Land Property and Land Tenure in Islam", **Islamic Quarterly** 5, 1959, s. 6-7.

⁹ GRANOTT, 1952, s. 87.

* A. K.

¹⁰ EISENMAN, s. 56.

¹¹ ABD AL-KADER, s. 8. Bk. EISENMAN, s. 54 ve GRANOTT, 1952, s. 80.

çiftçiliğe dayalı vergi sisteminin meydana geldiğini iddia etmişti¹². “1858 Toprak Kanununda temel esasları belirtilmiş olan ve çiftçilerin refahını yeniden canlandırmak içindi” diyen Tute “sadece arazi tescil sisteminin kurularak, bu yasama işleminin hayata geçebileceğinin açık olduğu ” fikrindedir¹³.

Bu şekilde 1858 Toprak Kanununu, çok geçmeden tapu senedi çıkarma şartını içeren 14 Aralık 1858 tarihli Tapu Kanunu izledi. Tapu Kanunu ile sadece eski tapu kayıtları değil, onlarla beraber tescile ilişkin usul, devir teslim, miras, *mewatı* canlandırma*, *mahlulun* müzayedesini ve evvelki alım satım işlemlerine yer verildi¹⁴. 1859’da yayımlanan Tapu Senetleri Kanunu, “Hiç kimsinin gelecekte her ne nedenle olursa olsun tapu senedi olmaksızın özel mülkiyete sahip olamayacağını” hükme bağladı¹⁵.

Toprak Hukukunun Etkileri

Tüm bu anlatılanlarla beraber, tescili gerektiren koşullar “kapsamlı bir şekilde görmezlikten gelindi”¹⁶. Yarı okuryazar olan köylüler, bireyin mülkiyet iddiasını sözlü kanıt ve örf ile ispatlamasının yeterli olabildiği gelenekçi topluluğa alıştı¹⁷. Bundan dolayı* arazi sahipleri, iddialarını (topraklar üzerindeki haklarını)* kayıt altında tutmak için büyük bir zarurete gerek olmadığını düşünüyor ve çoğu kez sadece topraklarını başka birine satmak istedikleri zaman tescil ettiriyorlardı¹⁸.

Hakikaten, köylülerin topraklarını tescil ettirmemek veya eksik tescil ettirmek için önemli nedenleri vardı. Birinci neden, hükümete muhalefet veya güvensizlik geleneği -Granott bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “resmi kurallara karşı köylünün gevşeklik olarak nitelendirilebilen tutumu”- ve hükümeti gereksiz meşrulaştırmaktan kaçınma arzusu¹⁹. İkinci neden, tescil

¹² TUTE Justice, “The Law of State Lands in Paletsine”, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, 3^{ncü} seri, 1927, s. 165-166.

¹³ TUTE Justice, “The Registration of Land in Paletsine”, **Journal of Comparative Legislation and International Law II**, 1929, s. 43.

* Anılan toprağı işlenebilir hale getirme kastediliyor, A. K.

¹⁴ EISENMAN, s. 61.

¹⁵ EISENMAN, s. 61.

¹⁶ TUTE, 1929, s. 47.

¹⁷ SCHACHT Joseph, **An Introduction to Islamic Law**, London, Oxford Üniversitesi yayını, 1964, s. 82 ve bk. EISENMAN, s. 137-138.

* A. K.

* A. K.

¹⁸ TUTE, 1929, s. 48.

¹⁹ GRANOTT, 1952, s. 74 ve 76.

İsrail-Arap Uyuşmazlığında Osmanlı Tescil Hukukunun Payı

edilen mülkiyet üzerinde yürürlükte olan ve potansiyel vergilerden kurtulma idi²⁰. Tescilden kaçınmak istenilmesinin üçüncü nedeni tescil masrafı²¹ veya cezası ve geç kayıt cezası yükümlülüğünden kurtulmaydı²². Dördüncü neden ise asker alma sisteminin toprak mülkiyetine dayalı olmasıydı²³.

Arazi parçalarının sadece sahipleri tescil ettirdikleri zaman kaydedilmelerinden ötürü topraklar parça parça kayıt altına alınıyordu ve bundan dolayı meseleler daha vahim bir duruma erişmişti. Kadastro etüdü yoktu²⁴ ve “birçok davada ölçümler ve haritalar yoktu ve mülkiyetlerin sınırlarını belirlemek imkânsızdı”²⁵. Bundan dolayı tartışmalı topraklara sonradan getirilen iddiaların ispatlanması daha da zorlaşmıştı.

Bu nedenle topraklar çoğu kez “yasal sahibinin” adına tescil edilmemişti. Köylüler kendi toprakları üzerinde çalışabilmeye devam ettikleri sürece, tescil işlemi kendilerini ilgilendirmiyordu. Fakat problemler sadece toprağın tescil edilmemesinden kaynaklanmıyordu; sorunlar aynı zamanda toprakların tescilinin gerçek sahibi üzerine değil de başka kişiler üzerine yapılmasından kaynaklanıyordu. Bu durum birçok sefer meydana gelmişti.

Mushat'ın (ortak toprak mülkiyetinin) yaygın uygulaması tescil ettirmemeye vesile oldu. Çoğu kez bir topluluğun toprakları birkaç bireyin ismi üzerine kaydedildi veya sadece bir kişinin üzerine kaydedildi²⁶. Daha sonra İngiliz Mandası altında, *matruk* çoğu kez yüksek komiser adına tescil edildi²⁷.

Anılan tescil kanunlarının etkileri “felaket” olarak açıklandı²⁸. Toprakların uydurma veya ölü bir kişi üzerine tescil edilme uygulaması ve hatalı veya tamamlanmamış kayıtlar, köylülerin mülkiyet iddiasının tutarsız olmasına neden oldu. Tescil kanunlarının etkileri* arasında beklide en kötüsü, yerel tüccarların ya da şehrin önde gelenlerinin çoğu kez bütün kasabayı ya da kasabalar serisini kendi adlarına kayıt ettirmiş olmalarıydı. 1858 Osmanlı

²⁰ TUTE, 1929, s. 46; EISENMAN, s. 137; GRANOTT, 1952, s. 76.

²¹ GRANOTT, 1952, s. 76.

²² TUTE, 1929, s. 48.

²³ EISENMAN, s. 137; GRANOTT, 1952, s. 75.

²⁴ Araştırma İngiliz manda sisteminin bitimine kadar ve sadece İsrail topraklarının ¼'ünü kapsamaktadır. (JIRYIS Sabri, “The Land Question in Israel”, **Middle East Research and Information Project Reports 47**, 1976, s. 14.)

²⁵ GRANOTT, 1952, s. 107.

²⁶ TUTE, 1927, s. 180.

²⁷ JIRYIS, 1976, s. 16.

²⁸ EISENMAN, s. 61.

* A. K.

Toprak Kanununun sorumluluğu yerel yöneticilere devretmesinin yürürlüğe girmesi, yasa koyucunun niyetlerini alay konusu yaptı. Devletin *miri* topraklar üzerindeki haklarını ve toprağı işleyen haklarını kuvvetlendireceği yerde, *ayanın*(ileri gelenlerin) geniş toprak parçalarını kendi adlarına tescil etmelerine yardımcı oldular²⁹. Tüm bunlarla beraber, kanunlar mülkiyet kayıtlarının birkaç bireyin ya da devletin elinde toplanmasında önemli katkıda bulundu³⁰. Bir yazar bu kanunların “genellikle Filistin üzerindeki bütün tartışmaların kaynağı olarak görülen Balfour Deklarasyonundan uzun zaman önce, eski zamandan kalanlar hariç kendini iyi ifade edemeyen köylüleri 1948 yılında mülteci kamplarına götüren serüvenin başlangıcı” ile ilgili olan etkisine dikkat çekmiştir³¹.

Yahudi-Arap İlişkisindeki Saklı Anlamlar

Söz konusu tescil hukukunun ve tapu senetli mülklerin bir arada toplanmasının Araplar ve Yahudiler arasındaki uyuşmazlıkta çeşitli yönlerden payı vardı. Eisenman, bireylerin kendi toprakları üzerindeki haklarının onaylanmasının (nihayet böyle bir onaylamaya ihtiyaçları olduklarını keşfettikleri zaman) kazanılmasındaki sık tekrarlanan hataların “daha sonra manda sisteminde Araplar ve Yahudiler arasında patlak verecek olan düşmanca duyguların ve husumetlerin” önemli bir kaynağı olduğunu kaydetmektedir³².

Bu “düşmanca duygular ve husumetler” sadece toprak mülkiyeti³³ üzerinde mücadele edilen “pek çok ve süregelen davaların” neticesi olarak gelişmedi; toprağı işleyen yüzlerce ailelerin kendilerinin olduğunu düşündükleri arazilerinden -geniş arazi sahipleri bu arazileri Yahudilere sattıklarında- tahliye ettirilmeleri (anılan düşmanca duygu ve husumetlerin oluşumuna)* daha doğrudan etki yapmıştı. Manda sisteminin sonunda Yahudiler tarafından sahiplenen iki milyon dönüm (200,000 hektar) toprağın çoğu, satın alımlar vasıtasıyla geniş toprak sahiplerinden elde edildi. John Ruedy’in değindiği gibi “1929 Shaw Komisyonundan önceki Yahudi makamlarını temsil eden toprak uzmanları, satın alınan arazilerin %90’nının o ana kadar hazır bulunmayan

²⁹ PORATH Yehoshua, “The Political Awakening of the Palestinian Arabs and their Leadership Towards the End of the Ottoman Period”, **Studies on Palestine During the Ottoman Period**, Kudüs, Magnes Yayını, 1975, s. 365. Ayrıca bk. RUEDY John, “Dynamics of Land Alienation”, **The Transformation of Palestine**, Evanston, Northwestern Üniversitesi yayını, 1971, s. 124.

³⁰ GRANOTT, 1952, s. 54-77, özellikle s. 77.

³¹ POLK William R., STAMLER David H. ve ASFOUR Edmund, **Backdrop to Tragedy: The Struggle for Palestine**, Boston, Beacon Yayını, 1957, s. 236, RUEDY, s. 124’den naklen.

³² EISENMAN, s. 61.

³³ GRANOTT, 1952, s. 74.

* A. K.

İsrail-Arap Uyuşmazlığında Osmanlı Tescil Hukukunun Payı

toprak sahiplerinden geldiğini iddia ettiler.” 1930’larda oran %80’lere düştü. Manda sisteminin son on yılında oran yaklaşık %73’lerdeydi³⁴. İlaveten, Ürdün Nehrinin doğusunda bulunan Yahudiler tarafından arazi edinilmesine ilişkin İngiliz yasağı; Filistin’in Ürdün Nehrinin batısındaki Yahudilerin arazi satın almaya odaklanmalarına ve böylece satın alımların şiddetlenmesine hizmet etmiştir³⁵.

Filistinli Araplar arasında kendi memleketlerinin yabancılaşmasının geniş kitleler tarafından bilinmesi düşmanca duyguları ve husumetleri geliştirdi. Filistinliler arasında milliyetçilik ve milliyetçilik şuurunun gelişmesinde birçok faktörün payı varken; burada şunu kaydetmek yeterlidir ki; söz konusu toprakların yabancılaşması ve bunun meydana geliş tarzı en önemli faktördü. “Arap topraklarının Yahudilere devredilmesi yasağı” 1936 isyanından önce Filistinli Araplar “Birleşik Cephe” tarafından ileri sürülen 3 temel “Kasım Talepleri”nden biriydi³⁶.

1948’de İsrail hükümeti, Filistin’de İngilizler tarafından kontrol altında bulunan bütün hükümet toprakları üzerindeki yönetimi ele aldı³⁷. Bu devlet toprakları *mawat*, *matruk mahmiyya* ve terk edilmiş *miri* içermekteydi ve bütün İsrail kontrolündeki Filistin’in %70’ni temsil etmekteydi³⁸. Devlet topraklarının yarısından fazla olarak hesaplanan *mawat* toprakları, (1931 yılı itibariyle) 7,869 adet toprak sahibini ve 2,508 kiracıyı geçindiriyordu³⁹. Çiftçiler, önceleri zilyetliğin -mevcudiyeti ya da-* etkisi⁴⁰ vasıtasıyla kendilerini toprakların sahipleri olarak bilmelerine rağmen; tapu senetleri yoktu bu yüzden topraklar üzerinde değersiz yasal iddiaları vardı. Yukarıda da kaydedildiği gibi, *matruk* toprağı bazı zaman Manda memurunun adına kaydedilmişti ve böylece bunlar da devlet toprağı olmuştu. Nihayet, “güvenlik” kanunları belirli yerleşim yerlerini “geçici olarak” yok etmeye kullanıldı ve belirli bir süre sonra bütün tapuları devlete devrederek, bu tür topraklar işlenmemiş (*mahlul*) toprak olarak deklare

³⁴ RUEDY, s. 134.

³⁵ GRANOVSKY Abraham, **Land Policy in Palestine**, New York, Bloch yayın şirketi, 1940, s. 3 ve 17.

³⁶ KALKAS Barbara, **The Revolt of 1936: A Chronicle of Events**, RUEDY, s. 237’den naklen.

³⁷ EISENMAN, s. 235.

³⁸ AUMAN Moshe, **Land Ownership in Palestine 1880-1948**, genişletilmiş 3ncü baskı, Kudüs, Ortadoğu İsrail Akademik Komitesi, 1976, s. 22.

³⁹ GRANOTT, 1952, s. 106.

* A. K.

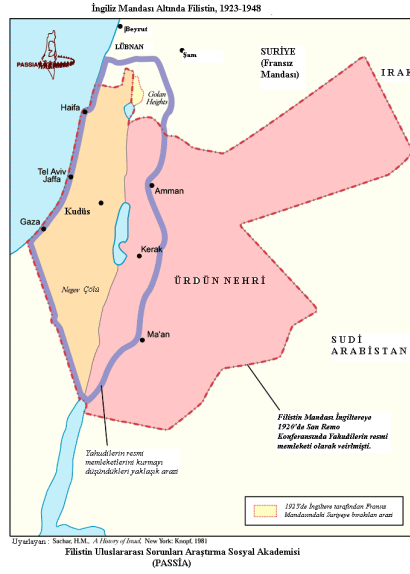
⁴⁰ GRANOTT, 1952, s. 106.

edildi⁴¹. Bu olaylar Yahudiler ve Araplar arasındaki (toprak mülkiyeti üzerindeki uyuşmazlık merkezli olan) düşmanlığı şiddetlendirdi.

1858 ve 1859 Osmanlı Toprak Kanunları Filistin toprakları üzerindeki devlet kontrolünü güvenceye almak ve anılan topraklardan elde edilen devlet gelirini artırmak için yayımlanmıştı. Çeşitli nedenlerle birçok işlenmiş ve kültürleştirilmiş topraklar ya hiç tescil edilmedi ya da toprağı işleyen bireyden veya cemaatten farklı biri adına kaydedildi. Toprak mülkiyetinin bir araya getirilmesi sonucu ve yasal tapu senedi konusundaki kargaşalık İsrail ve Filistin'deki Araplar ve Yahudiler arasındaki düşmanlığın ve husumetin gelişmesine katkıda bulunmuştu.

Harita

Harita Filistin Uluslararası Sorunları Araştırma Sosyal Akademisi tarafından çizilmiştir. Geniş harita için "http://www.passia.org/palestine_facts/MAPS/1923-1948-british-mandate.html" adresine bakınız.



⁴¹ JIRYIS, 1976, s. 10; ayrıca bk. RYAN J. L., "Refugees within Israel: The Case of the Villagers of Kafr Bir'im and Iqrit", **Journal of Palestine Studies**, 1973, s. 55-81. Osmanlı ve Manda hukukunun diğer şartları ve de diğer yöntemler, 1948'den önce ve bu tarihe kadar Filistin'deki Arap sakinlerinin gayrimenkullerine el konulmak üzere kullanıldı.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) ve rtf (zengin metin biçimi) türlerinde kaydedilmiş iki ayrı dosya halinde **bir disket** içinde gönderilmesi ve ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4** kâğıt çıktısının gönderilmesi rica olunur.

2. Metin yazıları Times New Roman karakteri ile **10,5** punto **tek satır** aralığı, 1,25 cm girintili paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. Yazılar kural olarak 25 sayfadan fazla olmamalıdır. Yazıdaki başlıklar başlık biçimleri kullanılarak yazılmalı, **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalı, metin içerisindeki diğer tüm başlıklar Başlık 2 biçiminden başlayarak ayarlanmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “adı SOYADI” biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

3. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak kitaplarda; Yazar SOYADI Adı (örn. YILDIRIM Ramazan), (yayın yılı), **Kitap Adı (koyu-bold)** , (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; makalelerde; Yazar Soyadı, Adı (yayın yılı), “Makale Adı” (tırnak içerisinde), **Yayın Adı (koyu-bold)** , (Varsa, Editör Adı Soyadı) Cilt, Sayı, Basım yeri, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir. **Dipnotlar**, Times New Roman yazı karakteri, **10** punto, **Tek** satır aralığı, **0,6 asılı** , paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır.

4. Gönderilen makalelerin başına en fazla 100 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve beş adeti geçmemek üzere anahtar kelimenin (Keywords) eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda kaynakça yer almalıdır.

