

ISSN: 1303 - 4650

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi  
*This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.*

**Cilt: XX, Sayı: 1  
Vol. XX, No. 1  
Yıl / Year: 2023**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

*YUHFD Vol. XX No.1 (2023)*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW**

**Yayın Sahibi / Publisher**

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına /  
*On Behalf of Yeditepe University*

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor**

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

**Editör Yardımcısı/ Associate Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Teknik Hazırlık / Layout and Page Design**

Ar. Gör. Ecrin Baydak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Ayşe Nur Afacan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yönetim Yeri / Place of Management**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

**İnternet Adresi / Web Address**

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

**Yayının Türü / Type of Publication**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

**Basımcının Adı / Printed by**

Armoni Nuans Görsel Sanatlar ve İletişim Hiz. San. ve Tic. A.Ş.

Yukarı Dudullu Bostancı Yolu Keyap Çarşı B-1 Blk No:24

Ümraniye / İstanbul. Tel.: (0216) 540 36 11

**Basım Yeri / Place of Publication**

İstanbul / *Istanbul*

**Basım Tarihi / Publication Date**

Mart 2023 / *March 2023*

**ISSN: 1303 - 4650**

**Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri**  
*All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to*

**E-posta / E-mail:** yuhfd@yeditepe.edu.tr

**Telefon / Phone:** (0216) 578 07 67

**Faks / Fax:** (0216) 578 07 56

**Editör / Editor :** (Oktay Uygun) [oktayuygun@yahoo.com](mailto:oktayuygun@yahoo.com)

**Editör Yardımcıları / Associate Editors :**

(Erhan Kanışlı) [erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr](mailto:erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr)

**Posta Adresi / Postal Address:**

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi  
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos  
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.  
*Articles published in this journal represent only the views of the contributors.*

*Copyright © 2023*

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.  
*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

*For citations please use the abbreviation: “YUHFD”*

## **Dergimiz Hakkında**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarımızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

## ***About Our Journal***

*Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.*

*We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.*

## **Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF

## **Danışma Kurulu / *Advisory Board***

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Halûk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Hakem Kurulu**

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi  
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Pınar Memiş Kartal, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Halûk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Emrehan İnal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Olgun Akbulut, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Nur Bolayır, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Serap Amasya, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hacı Kara, Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hamide Bağçeci, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Birden Güngören Bulgan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ali Hakan Evik, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Esra Hamamcıoğlu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi R. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Aysun Altunkaş, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Zuhale Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gülay Arslan Öncü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gözde Atasayan, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Dilek Karademir Aydemir, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Murat Ceyhan, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl Gül, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Elif Küzeci, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Ledün Akdeniz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Tekin, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Özge Yücel Dericiler, Özyeğin Üniversitesi  
Dr. Verda Neslihan Akün, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Elif Başkaracaoğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

## *PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW*

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHF) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.*

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli araştırma makaleleri, mevzuat kronikleri, karar incelemeleri ve çevirilerdir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

*The articles that are published in the journal are legal articles, legislation chronicles, case notes, and translations. Translations are also subject to referee evaluation. The Articles are written in Turkish and in other European languages are welcome.*

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

*Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı



*Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:*

*Paper size: A4*

*Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm*

*Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified*

*Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified*

**5)** Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ([yuhfd@yeditepe.edu.tr](mailto:yuhfd@yeditepe.edu.tr)) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor ([yuhfd@yeditepe.edu.tr](mailto:yuhfd@yeditepe.edu.tr)). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

**6)** Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

*The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

**7)** Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

**8)** Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

*The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.*

12) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

*In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)*

*contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.*

**13)** Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

**14)** Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

**15)** Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

**16)** Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

*Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*

**17)** Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

*The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Cilt: XX, Sayı: 1, Yıl: 2023**

**İÇİNDEKİLER**

**ARAŞTIRMA MAKALELERİ**

**AİHM KARARLARI IŞIĞINDA SİLAHLI ÇATIŞMALARDA İDARİ  
GÖZALTI**

**Arş. Gör. Ayşe Nur Afacan.....1**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim  
Dalı

e-posta: ayse.keskiner@yeditepe.edu.tr

**ANAYASA MD. 40/2'NİN UYGULANMASINA İLİŞKİN  
BELİRSİZLİKLERİN K. 2022/1 SAYILI DANIŞTAY İÇTİHADİ  
BİRLEŞTİRME KURULU KARARI IŞIĞINDA  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Dr. Öğr. Üyesi Özge Aksoylu.....23**

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı

e-posta: oaksoylu@gmail.com

**MÜCAVİR ALAN KAVRAMI VE KÖY MÜCAVİR ALANLARININ  
ANAYASANIN 127. MADDESİNE UYGUNLUK SORUNU**

**Dr. Özge Didem Boulanger.....77**

e-posta: ozgedidem@gmail.com

**TÜRK GELİR VERGİSİ TARİFE YAPISININ SOSYAL ADALET  
EKSENLİ VERGİ ADALETİ KAPSAMINDA İNCELENMESİ**

**Arş. Gör. Sude Sönmez.....115**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı

e-posta: sdsonmez@ankara.edu.tr

**HİZMET NEDENİYLE GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN  
SMMM VE YMMLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Doç. Dr. Gülden Şişman & Dr. Öğr. Üyesi Şenel Sarsıkoğlu.....165**

Mersin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Mali Hukuk Ana  
Bilim Dalı & Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi  
Devletler Hukuku Ana Bilim Dalı

e-posta: gulden\_av@hotmail.com & senels@kastamonu.edu.tr

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY**  
**FACULTY OF LAW**

**Volume: XX, No: 1, Year: 2023**

**CONTENTS**

**ARTICLES**

**INTERNMENT IN ARMED CONFLICT IN LIGHT OF THE JUDGMENTS OF THE ECtHR**

**Res. Asst. Ayşe Nur Afacan.....1**

Yeditepe University Faculty of Law, General Public Law Department

**e-mail:** ayse.keskiner@yeditepe.edu.tr

**EVALUATION OF AMBIGUITIES AROUND IMPLEMENTATION OF ARTICLE 40/2 OF CONSTITUTION IN LIGHT OF THE RULING OF GENERAL ASSEMBLY ON THE UNIFICATION OF JUDGMENTS OF COUNCIL OF STATE**

**Asst. Prof. Dr. Özge Aksoylu.....23**

Galatasaray University Faculty of Law, Administrative Law Department

**e-mail:** oaksoylu@gmail.com

**THE CONCEPT OF ADJACENT AREAS AND THE PROBLEM OF LEGAL COMPLIANCE OF ADJACENT AREAS IN VILLAGES**

**Dr. Özge Didem Boulanger.....77**

**e-mail:** ozgedidem@gmail.com

**EXAMINATION OF TURKISH INCOME TAX TARIFF STRUCTURE WITHIN THE SCOPE OF TAX JUSTICE WITH SOCIAL JUSTICE**

**Res. Asst. Sude Sönmez .....115**

Ankara University Faculty of Law, Financial Law Department

**e-mail:** sude.sonmez@ankara.edu.tr

**EVALUATION OF THE OFFENCE OF THE BREACH OF CONFIDENCE DUE TO SERVICE IN TERMS OF PAs AND CPAs**

**Doç. Dr. Gülden Şişman & Dr. Öğr. Üyesi Şenel Sarsıkoğlu.....165**

Mersin University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Financial Law Department & Kastamonu University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Public Law Department

**e-mail:** gulden\_av@hotmail.com & senels@kastamonu.edu.tr



# H AİHM KARARLARI IŞIĞINDA SİLAHLI ÇATIŞMALARDA İDARİ GÖZALTI

(INTERNMENT IN ARMED CONFLICT IN LIGHT OF THE JUDGMENTS OF THE ECtHR)

Arş. Gör. Ayşe Nur Afacan \* \*\*

## ÖZ

Silahlı çatışmalarda taraflar güvenliklerini sağlamak amacıyla bir mahkeme kararı olmaksızın kişileri özgürlüğünden yoksun bırakma yoluna başvurabilmektedir. Silahlı çatışmalarda idari gözaltı olarak ifade edilen bu uygulama barış zamanında bir yargı kararıyla gerçekleştirilen adli gözaltı tedbirinden farklıdır. 1949 Cenevre Sözleşmeleri silahlı çatışmalarda idari gözaltı uygulamasına cevaz vermekle birlikte, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere birtakım güvenceler sağlayarak dengeyi kurmayı amaçlamaktadır. Ne var ki silahlı çatışmalarda idari gözaltı konusunda insan hakları hukukunun yaklaşımı daha farklı olacaktır. İdari gözaltı 1949 Cenevre Sözleşmeleri tarafından devletlere istisnai bir yetki olarak tanınmışken; AİHS'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddesinde sayılan hukuka uygun özgürlükten yoksun bırakma halleri arasında idari gözaltına yer verilmemiştir. Buradan hareketle, AİHS'nin bir silahlı çatışmada kişilerin idari olarak gözaltına alınmasına müsaade edip etmediği tartışma konusu olmuştur. Bu konuda farklı yaklaşımlar, AİHM'nin çeşitli kararlarına da yansımıştır. Bu çalışmada öncelikle silahlı çatışmalar hukukunda idari gözaltının hukuki çerçevesi çizilecek ardından bu konudaki AİHM kararlarında ortaya konulan yaklaşımlar değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** idari gözaltı, özgürlükten yoksun bırakma, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, silahlı çatışma, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

---

H Eserin Dergimize geliş tarihi: 21.12.2022. İlk hakem raporu tarihi: 26.12.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 11.01.2023. Onaylanma Tarihi: 11.01.2023.

\* Araştırma Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6198-8014

**Eser Atf Şekli:** Ayşe Nur Afacan, "AİHM Kararları Işığında Silahlı Çatışmalarda İdari Gözaltı", YÜHFD, C.XX 2023/1, s.1-21.

## ABSTRACT

*The parties of an armed conflict may apply the measures of deprivation of liberty without an arrest warrant in order to ensure their security. This measure named as internment in armed conflict differs from the judicial measures implemented by the courts during peace time. While Geneva Conventions of 1949 permit the implementation of internment in armed conflict; they also aim to strike a balance by providing various safeguards for persons deprived of their liberty. However the approach of human rights law regarding the internment in an armed conflict would be divergent. The internment is recognized by the Geneva Conventions of 1949 as an exceptional authorization for the states; while it is not mentioned as a lawful means of deprivation of liberty by the Article 5 of the ECHR. Thus, the question of whether the ECHR permits the internment of persons in an armed conflict has been a matter of debate. Different approaches on this matter have been reflected by the ECtHR in its several judgments. In this study, the legal framework of the internment in the law of armed conflict will be analyzed first and then the approaches adopted by the ECtHR on this matter will be discussed.*

**Keywords:** *internment, deprivation of liberty, right to liberty and security, armed conflict, Geneva Conventions of 1949, European Convention on Human Rights.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Silahlı çatışmaların doğasında tarafların birbirine üstün gelme amacı mevcuttur. Bu amaç doğrultusunda karşı tarafa mensup kişilerin etkisiz hale getirilmesi gerekir. Kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması bu anlamda başvurulan bir tedbirdir. İdari gözaltı kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması uygulamalarının bir çeşidini oluşturmaktadır.<sup>1</sup> İdari gözaltı, herhangi bir suçlama veya mahkeme kararı olmaksızın kişilerin güvenlik sebebiyle idari otoriteler tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılması anlamına gelir. Bu uygulama cezalandırma amacı gütmeyen istisnai bir güvenlik tedbiri niteliğindedir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 1.

<sup>2</sup> ICRC, “Internment”, **How Does Law Protect in War? Casebook**, <https://casebook.icrc.org/glossary/internment> Son Erişim Tarihi: 14.12.2022; Fatma YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)



Silahlı çatışmalarda bir kişinin idari gözaltına alınması enterne etme olarak da ifade edilmektedir. Enterne etme ve idari gözaltı kavramları birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılabilir. <sup>3</sup> Ancak bu çalışmada, bir yargı kararı olmadan güvenlik sebebiyle özgürlüğün kısıtlanması anlamını daha çok vurgulaması bakımından çoğunlukla idari gözaltı kavramı kullanılmıştır. Bununla birlikte, kişilerin idari gözaltına alınması fiilini ifade etmek için enterne etme kavramı tercih edilmiştir.

Silahlı çatışmalarda idari gözaltı işin doğası gereği yaygın ve olası bir uygulamadır. <sup>4</sup> Taraflar kendi güvenliğini sağlamak için bu yola başvurur ve tehlike arz eden kişinin karşı tarafın çıkarlarına hizmet etmesini önlemek amacıyla kişileri enterne eder. Silahlı çatışmalar hukuku bu uygulamayı hukuki bir zemine oturtmakla birlikte, enterne edilen kişilere bazı güvenceler sağlar. Silahlı çatışmanın doğası bakımından idari gözaltı askeri bir gereklilik olarak görülür, enterne edilen kişiye sağlanan güvenceler ise insancıl olmanın bir gereğidir. Böylece silahlı çatışmalar hukukunun birbiriyle çatışan iki temel ilkesi olan askeri gereklilik ilkesi ve insancılık ilkesi <sup>5</sup> arasında bir denge tesis edilir. Oysaki, idari gözaltını insan hakları hukuku bağlamında temellendirme gayreti bazı güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Zira bu uygulama kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına bir müdahale teşkil etmektedir ve söz konusu müdahalenin hakkın hukuka uygun bir şekilde sınırlanması olarak kabulü tartışmalıdır. Bu doğrultuda, idari gözaltı konusunda silahlı çatışmalar hukukunun uygulanmasıyla insan hakları hukukunun uygulanması bizi farklı sonuçlara götürecektir. <sup>6</sup> Silahlı çatışmalar hukukunun savaşın ruhunu yansıtan gerçekçi yaklaşımına <sup>7</sup> karşılık insan hakları hukuku enterne edilen kişilere daha geniş kapsamlı bir koruma sağlayacaktır.

Silahlı çatışmalar hukuku ile insan hakları hukukunun kesişim kümesinde yer alan idari gözaltı böylece birbirinden farklı değerlendirmelere konu

---

Taşdemir, Erdiñç Özdemir, “Uluslararası İnsancıl Hukukta İdari Gözaltı ve Devlet Dışı Silahlı Aktörler”, **Akademik Hassasiyetler**, Cilt: 5, Sayı: 9, 2018, s. 55.

<sup>3</sup> Jelena Pejic, “Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence”, **International Review of the Red Cross**, Cilt:87, Sayı:858, 2005, s. 376.

<sup>4</sup> Fatma Taşdemir, Erdiñç Özdemir, *op. cit.*, s. 54.

<sup>5</sup> Robert Kolb, Richard Hyde, **An Introduction to the International Law of Armed Conflicts**, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2008, s. 43.

<sup>6</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 3.

<sup>7</sup> Silahlı çatışmalar hukukunun genel anlamda devletlerden daha mütevazı beklentileri olduğu söylenebilir. A. Emre Öktem, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İstanbul: Derin Yayınları, 2007, s. 416.

olabilmektedir. Nitekim AİHM de çeşitli kararlarında farklı yaklaşımları benimsemiştir. Bu çalışmada öncelikle idari gözaltının silahlı çatışmalar hukuku bağlamında hukuki temeli incelenecektir. Ardından silahlı çatışmalarda idari gözaltının AİHM kararlarında nasıl ele alındığı değerlendirilecektir. Böylece idari gözaltına silahlı çatışmalar hukukunun ve insan hakları hukukunun ayrı ayrı uygulanması ve bunların birlikte uygulanması ile ortaya çıkan farklı yaklaşımların belirlenmesi hedeflenmektedir.

## I. SİLAHLI ÇATIŞMALARDA İDARİ GÖZALTININ HUKUKİ TEMELİ

İdari gözaltı, uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda hatta silahlı çatışma eşiğine ulaşmamış isyan, ayaklanma gibi iç şiddet eylemlerinde dahi ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması sebebiyle sıkça başvurulmuş bir özgürlükten yoksun bırakma çeşididir.<sup>8</sup> Özellikle terörle mücadele kapsamında oldukça başvurulmuş bir yöntem haline gelmiştir.<sup>9</sup> Ancak bu çalışmanın konusu bir silahlı çatışma kapsamında gerçekleştirilen idari gözaltı ile sınırlı olduğundan, konu yalnızca bu bağlamda ele alınacaktır.

Silahlı çatışmalarda idari gözaltı “gözaltına alan otoritenin güvenliği için bir tehdit sergilediği varsayılan şahısları, yargılama olmaksızın, alıkoyma pratiği” olarak tanımlanmaktadır.<sup>10</sup> İdari gözaltı<sup>11</sup> ile güvenliğe tehdit olarak görülen kişilerin karşı tarafın menfaatleri için hareket etmesinin önüne geçilmesi hedeflenir.

Bir silahlı çatışma esnasında kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması kaçınılmaz bir uygulama telakki edilmektedir.<sup>12</sup> Hal böyle olsa da silahlı çatışmanın taraflarına idari gözaltı konusunda içkin bir hak tanınmamıştır. Tarafların güvenliğini tehdit eden kişileri enterne edebilmesi bir hak olmaktan ziyade istisnai bir yetkidir. Nitekim uluslararası insancıl teamül

<sup>8</sup> Jelena Pejić, *op. cit.*, s. 376.

<sup>9</sup> Tyler Davidson, Kathleen Gibson, “Expert Meeting on Security Detention Report”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cilt: 40, Sayı: 323, 2009, ss. 326-327.

<sup>10</sup> Marco Sassoli, “internment” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, Aktaran Fatma Taşdemir, Erdiñç Özdemir, *op. cit.*, s. 55.

<sup>11</sup> İdari gözaltı silahlı çatışmalar hukuku manzumesinde İngilizce “internment”, Fransızca “internement” olarak ifade edilmektedir ve “özgürlükten yoksun bırakma” anlamını karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. John P. Grant, J. Craig Barker, *Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 3. Basım, New York: Oxford University Press, 2009, s. 308.

<sup>12</sup> Fatma Taşdemir, Erdiñç Özdemir, *op. cit.*, s. 62.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

hukuku kişilerin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmalarını yasaklayarak<sup>13</sup> bu yetkinin sınırlarını çizmektedir.

Silahlı çatışmalarda idari gözaltı uygulamaları silahlı çatışmanın niteliğine göre farklı hukuki rejimlere tabidir. Tarafları göz önünde bulundurulduğunda bir silahlı çatışma uluslararası nitelikte olabileceği gibi uluslararası olmayan nitelikte de olabilir. Devletler arasında gerçekleşen uluslararası silahlı çatışmalar kapsamında enterne edilen kişiler için savaş esirleri hakkında III numaralı Cenevre Sözleşmesi<sup>14</sup> ile savaşta sivillerin korunması hakkında IV numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin<sup>15</sup> ilgili hükümleri devreye girmektedir. Devlet dışı aktörler arasında veya bunlarla bir devlet arasında gerçekleşen uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda enterne edilen kişiler için ise Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ile Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek II numaralı Protokol hükümleri uygulanacaktır.<sup>16</sup> Bu bilgiler ışığında silahlı çatışmalarda idari gözaltının hukuki temelleri sırayla uluslararası silahlı çatışmalarda idari gözaltı (A) ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda idari gözaltı (B) başlıkları altında incelenecektir.

### A. Uluslararası Silahlı Çatışmalarda İdari Gözaltı

Uluslararası silahlı çatışmalarda idari gözaltı iki farklı şekilde mümkündür. İlk olarak savaş esirlerinin, ikinci olarak sivillerin enterne edilmesi söz konusu olabilir. Savaş esirlerinin enterne edilmesi farklı ve kendine has bir özgürlükten yoksun bırakma rejimidir.<sup>17</sup> Zira silahlı çatışmalarda muhriplerin ele geçirilmesi ve alıkonulması bu kişilerin savaş esiri statüsünde olmalarına sebebiyet vermektedir. Savaş esirlerinin tabi olduğu hukuki rejim ile sivillerin tabi olduğu hukuki rejim birbirinden farklıdır.

Savaş esirleri silahlı çatışma esnasında gerçekleştirdikleri hukuka aykırı olmayan şiddet eylemlerinden ötürü devlet tarafından ceza yargılamasına

<sup>13</sup> Jean Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar**, ICRC, Çev. A. Emre Öktem *et al.*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2005, s. 385.

<sup>14</sup> Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

<sup>15</sup> Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

<sup>16</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/apii-1977>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

<sup>17</sup> Jelena Pejic, *op. cit.*, s. 376.

tabi tutulamaz. Zira savaş esirleri muharip ayrıcalığına sahiptir.<sup>18</sup> Bununla birlikte, savaş esnasında gerçekleştirilen şiddet eylemleri insancıl hukuk ihlali, insanlığa karşı suç veya soykırım teşkil ettiği takdirde savaş esirlerinin cezai bağışıklığı ortadan kalkmaktadır.<sup>19</sup> Her ne kadar cezai bağışıklığa sahip olsalar da savaş esirlerinin devlet tarafından enterne edilmesi III numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 21. maddesinin ilk fıkrasına göre mümkündür. Bu hükme göre:

*Savaş esirlerini ele geçiren devlet onları enterne edebilir. Onlara enterne edildikleri kampta belli sınırların ötesine geçmeme veya bu kamp çevriliyse onun sınırları dışına çıkmama yükümlülüğü yükleyebilir...*

Silahlı çatışma devam ettiği sürece savaş esirlerinin enterne edilmesinin hukuka uygunluğunun denetimi konusunda savaşan devlete herhangi bir yükümlülük yüklenmemiştir. Zira savaş esirleri enterne edilmezse tekrar çatışmaya katılabilir ve bu defa devletin güvenliği için ciddi bir tehdit oluşturur.<sup>20</sup> Ancak bu kişilerin silahlı çatışma kesildiği andan itibaren salıverilmeleri gerekir; salınmadıkları takdirde idari gözaltı keyfi ve hukuka aykırı bir niteliğe kavuşur çünkü bu durum Ek Protokol I' in ihlalidir.<sup>21</sup>

Bir uluslararası silahlı çatışmada siviller de güvenlik sebebiyle herhangi bir suçlama olmadan enterne edilebilir. Nitekim idari gözaltı bakımından tartışma yaratan asıl mesele sivillerin enterne edilmesidir.

IV numaralı Cenevre Sözleşmesi sivillerin enterne edilmesine ilişkin iki farklı düzenleme içermektedir. İlk olarak “*çatışmanın taraflarından birinin bölgesindeki yabancılar*” başlıklı ikinci kısmı altında düzenlenen 41. maddeye göre koruma gören kişileri elinde bulunduran devlet sözleşmede öngörülen diğer tedbirleri yeterli görmediği takdirde sivilleri enterne edebilir.<sup>22</sup> İkinci olarak “*işgal edilen bölgeler*” başlıklı üçüncü kısım altında düzenlenen 78. maddeye göre ise işgalci devlet korunan kişiler hakkında tedbir almayı gerekli görürse sivilleri enterne edebilir.<sup>23</sup> Her iki düzenlemede de sivillere uygulanacak idari gözaltı en ağır tedbirlerden biri kabul edilmektedir.

<sup>18</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 4.

<sup>19</sup> Fatma Taşdemir, Erdinç Özdemir, *op. cit.* s. 5.

<sup>20</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 4.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), Madde 41.

<sup>23</sup> *Idem.*, Madde 78.

Sivillerin enterne edilebilmesi için eylemlerinin devletin güvenliğine karşı ciddi tehdit oluşturması gerekir. Örneğin silahlı çatışmaya doğrudan katılan siviller<sup>24</sup> ve eylemlerinden kaynaklanacak muhtemel zarar aynı eşige ulaşmış siviller bu kapsamda değerlendirilmelidir.<sup>25</sup> Bu kişilerin enterne edilmesi cezalandırma amacıyla gerçekleştirilemez sadece bir güvenlik tedbiri niteliğindedir. Bu nedenle idari gözaltını gerektiren sebep ortadan kalktıktan hemen sonra enterne edilen kişi serbest bırakılmalıdır. Aksi takdirde idari gözaltı Ek Protokol I' in ihlalini oluşturacak, keyfi ve hukuka aykırı bir niteliğe bürünecektir.<sup>26</sup> Ayrıca enterne etmek için verilen idari karar bireysel olmalı, siviller toplu olarak enterne edilmemelidir.<sup>27</sup>

IV numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin sivillerin enterne edilmesine ilişkin yaptığı yukarıda belirtilen ikili ayırım ışığında şu tespitlerde bulunulabilir: Savaşan devlet, kendi bölgesindeki yabancılara yapacağı idari gözaltını ancak kendi güvenliği için “mutlak gerekli” olduğu takdirde gerçekleştirebilirken;<sup>28</sup> işgalci devletin işgal ettiği bölgede gerçekleştireceği idari gözaltında “güvenlik için zorlayıcı nedenler” olması koşulu aranmaktadır.<sup>29</sup> İlk durumda gereklilik, ikinci durumda ise zorunluluk koşulu getirilmiştir. Bu nedenle işgal edilen bölgede işgalci devlet tarafından sivillerin enterne edilmesinin daha istisnai nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.<sup>30</sup> Ancak bazı küçük farklar dışında her iki düzenleme ile sivillere sağlanan koruma benzer niteliktedir.

Uluslararası silahlı çatışmalarda enterne edilen siviller için, özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları hakkında idari veya adli bir makam tarafından hızla karar alınması gerekir ve sonra enterne edildikleri esnada ve sonrasında en çok her altı ayda bir olmak üzere bu idari veya adli makam

<sup>24</sup> Savaşa doğrudan katılmasına rağmen muharip statüsünde olmayan sivillere “*imtiyazsız muharipler*” de denmektedir. Nils Melzer, **Guide Interprétatif sur la Notion de Participation Directe Aux Hostilités en Droit International Humanitaire**, ICRC, Cenevre, 2010, s. 49.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 5.

<sup>27</sup> ICRC, “Civilian Internees”, **How Does Law Protect in War? Casebook** <https://casebook.icrc.org/glossary/civilian-internees> Son Erişim Tarihi: 16.12.2022.

<sup>28</sup> Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), Madde 42.

<sup>29</sup> *Idem*, Madde 78.

<sup>30</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 5.

tarafından gözaltının hukuka uygunluğuna dair denetimin yapılması gerekir.<sup>31</sup>

Yukarıda incelenen düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda Cenevre Sözleşmelerinin idari gözaltı konusunda savaş esirlerine değil yalnızca sivillere bazı usûlî güvenceler sağladığı gözlemlenmektedir. Bu anlaşılabilir bir durumdur zira savaş esiri düşman devletin askeri olduğu için yaratacağı tehlike konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte siviller kimi zaman güvenliğe tehdit oluşturduklarına dair bir istihbaratla da enterne edilebilir.<sup>32</sup> Böyle bir durumda istihbaratın güvenilirliği veya o sivilin güvenliğe gerçekten de tehdit oluşturup oluşturmadığına dair oluşabilecek ciddi tereddütlerin giderilmesi gerekir. Bu nedenle idari gözaltı kararının denetimi önem arz etmektedir. Sivillerin enterne edilmesi durumunda bu kişilere usuli güvencelerin sağlanmış olması böylece ortaya çıkabilecek keyfiliklerin önlenmesi amacına hizmet etmektedir.

## B. Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda İdari Gözaltı

Uluslararası silahlı çatışmalardan farklı olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmada iki devletin karşı karşıya gelmesinden söz edilemez. Uluslararası olmayan silahlı çatışmada devlet dışı silahlı gruplar ya kendi aralarında ya da devlete karşı savaşır.<sup>33</sup> Bir devletin kendi içinde yaşanan şiddet olayının uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak adlandırılabilmesi için çatışmanın belli bir şiddete ulaşması<sup>34</sup> ve devlet dışı silahlı grupların gerekli organizasyona sahip olmaları gerektiği kabul edilir.<sup>35</sup>

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda taraflardan en az biri devlet dışı aktör olduğu için muharip kavramından bahsedilememektedir.<sup>36</sup> Dolayısıyla savaş esiri statüsü ve muharip bağımsızlığı burada gündeme gelmeyecektir.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), Madde 43, 78.

<sup>32</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 5.

<sup>33</sup> ICRC, **Violence and the Use of Force**, Cenevre, Temmuz 2011, ([https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc\\_002\\_0943.pdf](https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0943.pdf), Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), s. 26.

<sup>34</sup> A. Emre Öktem, *op. cit.*, s. 85.

<sup>35</sup> ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, 7.05.1997, §§ 561-568.

<sup>36</sup> Fatma Taşdemir, Erdinç Özdemir, *op. cit.*, s. 58.

<sup>37</sup> Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 11. Baskı, Ankara: Turhan Yayınevi, 2012, s. 570; John P. Cerone “Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, and their *YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

Bu nedenle uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada ancak sivillerin enterne edilmesinden söz edilebilir.

Cenevre Sözleşmelerine ek uluslararası olmayan silahlı çatışma mağdurları hakkında Ek Protokol II kapsamında idari gözaltından “özgürlükleri sınırlandırılan kişiler” başlıklı 5. maddede bahsedilmektedir. Bu düzenlemede uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda enterne edilen kişiler söz konusu olduğunda saygı duyulması gereken hususlar düzenlenmiştir. Bu hususlar enterne edilen kişilere gösterilecek insancıl muameleyi tasvir etmektedir.<sup>38</sup> Buna karşılık, Ek Protokol II ne enterne etmek için gereken koşulları ne de usûlî güvenceleri düzenlemiştir. Yalnızca açıkça idari gözaltından (*internment*) bahsederek<sup>39</sup>, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bir özgürlükten yoksun bırakma çeşidi olarak varlığını kabul etmekle yetinmiştir.

Bu durumun uluslararası olmayan silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda silahlı çatışmalar hukuku ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkinin, özellikle uygulanabilirlik ve usûlî güvenceler konusunda daha karmaşık ve tartışmalı hale geldiği yönünde belirtilmiş olan görüşleri<sup>40</sup> desteklediği düşünülmektedir. Silahlı çatışmalar hukukunun yukarıda değinildiği gibi sessiz kaldığı hususlarda, insan hakları hukukunun sağladığı korumanın devreye gireceği<sup>41</sup> ifade edilmektedir. Bununla birlikte, öğretide uluslararası olmayan silahlı çatışmada sivillerin enterne edilmesinin hukuki temelini ancak ulusal hukuka dayanabileceğine dair<sup>42</sup> başka görüşler de mevcuttur.

## II. AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İDARİ GÖZALTI PRATİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Güvenlik sebebiyle kişilerin idari gözaltına alınması insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukun kesişim kümesinde yer alan en

---

Protection in the Course of Criminal Proceedings: The Case of Hamdan v. Rumsfeld”, **ASIL Insights**, Cilt: 10, Sayı: 17, 2006.

<sup>38</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/apii-1977>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022), Madde 5.

<sup>39</sup> ICRC, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014, s. 6.

<sup>40</sup> Robert Kolb, Richard Hyde, *op. cit.*, s. 272.

<sup>41</sup> *Idem*, s. 270.

<sup>42</sup> Fatma Taşdemir, Erdiñç Özdemir, *op. cit.*, s. 61.

karmaşık konulardan biridir.<sup>43</sup> Silahlı çatışmalarda kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması pratikleri söz konusu olduğunda öncelikle uluslararası hukukun iki farklı dalı olan insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukundan hangisinin uygulanacağı sorunu, ardından bu iki dal arasındaki karşılıklı etkileşim meselesi gündeme gelmektedir. Zira bu iki farklı dal aynı konuda birbirinden farklı sonuçlara götüren düzenlemeler öngörmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın *İşgal Edilmiş Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları* hakkındaki 9 Temmuz 2004 tarihli danışma görüşünde belirttiği üzere insan hakları sözleşmelerinin sağladığı koruma silahlı çatışma esnasında kesintiye uğramaz, iki hukuk beraber uygulanabilir.<sup>44</sup> Ayrıca AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sağladığı koruma esas olarak herkes için geçerlidir; gerek askerler gerek siviller bu korumadan yararlanır.<sup>45</sup> Bu durumda hem savaş esirlerinin III numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin tanıdığı yetki ile enterne edilmesinde, hem de sivillerin IV numaralı Cenevre Sözleşmesi'ne göre enterne edilmesinde, AİHS'nin 5. maddesi uygulanabilir niteliktedir. Ancak asıl mesele, bu iki ayrı uluslararası hukuk dalının silahlı çatışmalarda idari gözaltı konusunda birbirine karşıt iki ayrı sonuç vermesidir. Cenevre Sözleşmeleri ile bazı koşullara tabi olmak üzere sivilleri enterne etme yetkisi açıkça çatışmanın taraflarına tanınırken, AİHS'nin lafzında devletlere böyle bir yetki tanınmamaktadır.

AİHS 5. maddesinin 1. fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Ayrıca fıkranın devamında bazı istisnai haller tüketici olarak<sup>46</sup> sayılmak suretiyle bu haller haricinde ve yasayla öngörülen usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, AİHS bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ancak hukuka uygunluk genel şartı ve maddede sayılan istisnai haller kapsamında olma özel şartı sağlandığı takdirde izin vermektedir.<sup>47</sup> Bu şartlara uygun olmayan bir biçimde kişi özgürlüğünden yoksun bırakılırsa keyfilik söz konusu olur.

<sup>43</sup> Jonathan Horowitz, "Clarity or Confusion? General Comment 35 and Security Detention", **Just Security**, 2014, (<https://www.justsecurity.org/17702/clarity-confusion-general-comment-35-security-detention/>), Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

<sup>44</sup> UAD, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 2004, s. 136.

<sup>45</sup> Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt**, 1.Baskı, Avrupa Konseyi, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2012, s. 366.

<sup>46</sup> Masoud Zamani, **Detention Without Trial: Historical Evolution, States' Authority and International Law**, (Doktora Tezi), Nottingham, 2015, s.114.

<sup>47</sup> Osman Doğru, Atilla Nalbant, *op. cit.*, s. 366.



Zira Mahkeme'ye göre 5. maddenin amacı kişilerin keyfi olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını engellemektir.<sup>48</sup> Ne var ki, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında tüketici olarak sayılan hukuka uygun özgürlükten yoksun bırakma halleri arasında güvenlik sebebiyle idari gözaltı bulunmamaktadır. Mahkeme önceden konuyu insan hakları hukukuna öncelik tanıyarak dar bir yorumla ele almış olsa da zamanla daha gerçekçi bir yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme'nin içtihadındaki bu değişim aşağıda önce AİHS'nin 5. Maddesini dar yorumlayan yaklaşım (A), ardından *Hassan v. Birleşik Krallık* kararıyla benimsenen yaklaşım (B) başlıkları altında incelenecektir.

### A. AİHS'nin 5. Maddesini Dar Yorumlayan Yaklaşım

AİHS'nin 5. maddesinde belirtilmiş olan özgürlükten yoksun bırakmaya izin verilen haller arasında idari gözaltı bulunmamaktadır. Bir kişinin güvenliği tehdit etmesi sebebiyle hakkında herhangi bir suçlama, suç şüphesi veya mahkeme kararı olmadan tamamen idari otoritenin takdiriyle tutuklanmasının, ilk bakışta, AİHS 5/1(c) altında düzenlenen kişinin suç işlemesine engel olma durumu kapsamına girdiği düşünülebilecek olsa da fıkranın devamında “*yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere tutulma*” ifadesine yer verilmiştir. Silahlı çatışmalarda kişilerin enterne edilmesi bütünüyle güvenliği sağlama amacına hizmet etmekte olup tutulan kişinin yargılanmak üzere adli merci önüne çıkarılması gibi bir durum söz konusu değildir. Hatta çoğu zaman enterne edilen kişi bir suç işlediği için tutulmadığından yargılamaya konu olabilecek bir suç dahi gerçekleşmemiş olabilir. Bu nedenle öğretide ağırlıklı olarak AİHS'nin 5/1(c) maddesinin idari gözaltını kapsamadığı kabul edilmektedir.<sup>49</sup>

AİHS'nin idari gözaltı uygulamasına cevaz vermediği sonucuna 5. maddenin dar yorumlanması ile ulaşılmaktadır.<sup>50</sup> Aslında bu yaklaşım, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında aşırılığa kaçılmaması bakımından olumludur. Zira hakları sınırlama rejimlerinde *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* ilkesi gereği istisnalar dar yorumlanmalıdır.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> AİHM, *Kemmache v. Fransa* (No.3), Başvuru No. 17621/91, 24.11.1994, § 42; AİHM, *Wassink v. Hollanda*, Başvuru No. 12535/86, 27.09.1990, § 24.

<sup>49</sup> D. J. Harris et al., **Law of the European Convention on Human Rights**, London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995, s. 315; F.G. Jacobs, R.C.A. White, **The European Convention on Human Rights**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1996, ss. 85-87.

<sup>50</sup> Masoud Zamani, *op. cit.*, s. 118.

<sup>51</sup> Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması** Der. ERGUL Ozan, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 59.

Dar yorum yaklaşımına örnek olarak Mahkeme'nin ilk kez gördüğü dava olan<sup>52</sup> *Lawless v. İrlanda*<sup>53</sup> kararındaki değerlendirmesi gösterilebilir. Bu davada terör örgütü IRA üyesi olan başvuru güvenliğini tehdit ettiği gerekçesiyle herhangi bir adli merci önüne çıkarılmadan beş ay boyunca önleyici olarak tutulmuştur. İrlanda hükümeti bir kişinin suç işleminin önlenmesi için önleyici olarak tutulmasının AİHS'nin 5/1(c) düzenlemesi kapsamında mümkün olduğunu ve önleyici gözaltının doğası gereği kişinin adli merci önüne çıkarılamayabileceğini belirtmiş olsa da Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Aslında Mahkeme burada doğrudan idari gözaltının AİHS 5/1(c) kapsamında olup olmadığı sorusuna cevap vermemiştir. Bunun yerine, suç işleme niyeti olduğundan şüphelenilen herkesin idari bir kararla özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği gibi bir kabulün 5. maddenin amacı olan kişilerin keyfilikten korunmasıyla bağdaşmayacağını belirtmiştir.<sup>54</sup>

Diğer yandan, bir devlet olağanüstü hâl ilanı kapsamında AİHS'nin 15. maddesine uygun olarak sözleşmeden doğan bazı yükümlülüklerini belli bir süre yerine getiremeyeceğini belirttiyse, silahlı çatışmalarda kişilerin güvenlik sebebiyle enterne edilmesi ihlal teşkil etmeyecektir. Mahkeme *A. Ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* davasında suçlama olmadan gerçekleştirilen idari gözaltı ve enterne etme pratiklerinin AİHS'nin 15. maddesi anlamında geçerli bir ayırık hal rejimi söz konusu değilse AİHS'nin 5. maddesiyle bağdaşmadığını belirtmiştir.<sup>55</sup> Bu değerlendirme Mahkeme'nin eski içtihadı<sup>56</sup> ile uyumlu görünmektedir. Silahlı çatışmanın tarafı olan devlet eğer AİHS'nin 15. maddesinde belirtilen usule uygun olarak bir ayırık hal rejimi bildiriminde bulunduysa, uygulayacağı idari gözaltı AİHS'nin 5. maddesinin ihlalini oluşturmayacaktır.

Bu durumda dar yorum yaklaşımı benimsendiğinde AİHS'nin 5. maddesinin kişilerin enterne edilmesine izin vermediği dolayısıyla tüm idari gözaltı pratiklerinin keyfi olduğu sonucuna varılır.<sup>57</sup> Buna karşılık, AİHS'nin 15. maddesine uygun bir ayırık hal rejimi söz konusuysa idari gözaltı bir ihlal olarak değerlendirilmeyecektir.

Ne var ki, kendi ülke sınırları dışında askeri operasyon düzenleyen devletler kendi ülkesinde savaş sebebiyle olağanüstü hâl ilan etmemiş olabilirler. 15. madde kapsamında bir ayırık hal rejiminin söz konusu

<sup>52</sup> A. Emre Öktem, *op. cit.*, s. 308.

<sup>53</sup> AİHM, *Lawless v. İrlanda* (No.3), Başvuru No. 332/57, 01.07.1961.

<sup>54</sup> *Idem*, § 14.

<sup>55</sup> AİHM, *A. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 3455/05, 19.02.2009, § 172.

<sup>56</sup> AİHM, *Lawless v. İrlanda* (No.3), Başvuru No. 332/57, 01.07.1961, §§ 13-14; AİHM, *İrlanda v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5310/71, 18.01.1978, §§ 194-196.

<sup>57</sup> Masoud Zamani, *op. cit.*, s. 119.

olmadığı durumlarda da devlet işgal ettiği topraklarda güvenlik sebebiyle kişileri enterne edebilmektedir. Cenevre Sözleşmeleri buna açıkça izin vermektedir. Böyle bir durumda insan hakları hukukunun mu yoksa silahlı çatışmalar hukukunun mu uygulanacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Uluslararası bir silahlı çatışmanın tarafı olan devletin gerçekleştirdiği idari gözaltının ayırık hal rejimi olmaksızın AİHS'ye uygun olup olmadığı sorusu *Al-Jedda v. Birleşik Krallık* davasında Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Bu davada Mahkeme dar yorum yaklaşımını benimseyerek başvurucunun güvenlik sebebiyle enterne edilmesinin 5. maddenin 1. fıkrasındaki istisnai hallerden herhangi birine girmediğini ve 15. madde anlamında geçerli bir ayırık hal rejiminin söz konusu olmadığını belirtmiştir.<sup>58</sup>

Hükümet Birleşmiş Milletler'in çok uluslu askeri operasyonun temelini oluşturan 1546 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı'nın kendilerine "*gerekli tüm tedbirleri alma*" yetkisi verdiğini ve güvenlik sebebiyle başvurucunun enterne edilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini; Güvenlik Konseyi kararının BM Şartı'nın 25. ve 103. maddeleri gereği AİHS'nin 5. maddesi altındaki yükümlülüklerini ortadan kaldırdığını belirtmiştir.<sup>59</sup> Zira hükümete göre BM Şartı'nın 103. maddesine göre başka bir uluslararası anlaşma ile çatışması halinde BM Şartı'nın hükümlerinin uygulanacaktır.<sup>60</sup> Buna karşılık, Mahkeme BM Güvenlik Konseyi'nin insan haklarını ihlal eden yükümlülükler getirme amacı taşımadığını vurgulamış ve uluslararası anlaşmaların hükümlerinin çatışmasına ilişkin çıkacak uyuşmazlıklarda AİHS'ye uygun olan yorumu kabul edeceğini belirtmiştir.<sup>61</sup>

Mahkeme'nin uluslararası anlaşmalar arasında çatışma söz konusu olduğunda kendi statüsünü oluşturan AİHS'ye öncelik veren yorumu benimseme eğilimi ve AİHS'nin 15. maddesi anlamında geçerli bir ayırık hal rejiminin yokluğunda ihlal bulan yaklaşımı, bu konuda bazı tartışmalara yol açmıştır. Zira bu şekilde bir tutum benimsendiğinde uluslararası hukukun ayrı bir dalı olan silahlı çatışmalar hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bir silahlı çatışmanın tarafı olan devlet AİHS'nin 15. maddesine uygun olarak ayırık hal yapmadığı takdirde, her koşulda yalnızca AİHS uygulanacak, başka bir ifadeyle, silahlı çatışmalar hukuku kuralları karşısında insan hakları hukuku kurallarına öncelik tanınacaktır.

<sup>58</sup> AİHM, *Al-Jedda v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 27021/08, 07.07.2011, §§ 99-100.

<sup>59</sup> *Idem.*, § 101.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Idem.*, § 102.

## B. Hassan v. Birleşik Krallık Kararıyla Benimsenen Yaklaşım

AIHM silahlı çatışmalarda insan hakları hukukunun uygulanmasıyla ilgili pek çok dava görmüş olmasına rağmen, uzunca süre insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukuku arasındaki ilişki konusunda sessiz kalmıştır.<sup>62</sup> Ancak bir silahlı çatışmada gerçekleştirilen idari gözaltı ile ilgili, 2014 yılında vermiş olduğu *Hassan v. UK* kararı bu konuda bir dönüm noktası niteliğindedir. Bu kararda benimsenen yorum sayesinde Mahkeme, AIHS'nin 15. maddesi kapsamında geçerli olarak yapılan bir ayırık hal bildiriminin yokluğunda idari gözaltını kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalini oluşturduğu yönündeki içtihadını terk ederek, insan hakları ile silahlı çatışmalar hukukunu bağdaştıran bir tutum sergilemiştir.

Söz konusu davada Birleşik Krallık, uluslararası bir silahlı çatışmada başvuruçunun kardeşini güvenlik sebebiyle enterne etmiştir. Irak'ta gerçekleştirilen sınır ötesi operasyon sebebiyle AIHS'nin 5. maddesinden doğan yükümlülüklerin askıya alınması için savaş sebebiyle ayırık hal bildiriminde bulunulmamıştır. Buna rağmen Birleşik Krallık hükümeti, başvuruçunun kardeşinin enterne edilmesinin IV numaralı Cenevre Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve kendisine silahlı çatışmalar hukuku bağlamında tanınan yetkiyi kullanmış olduğunu ileri sürmüştür.<sup>63</sup>

Silahlı çatışmalar hukukunun insan hakları hukuku karşısında *lex specialis*<sup>64</sup> olduğu belirtilen, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "*uluslararası hukukun parçalanması*" üzerine çalışma grubu raporu<sup>65</sup> hükümetin bu argümanına temel oluşturmaktadır. Bu rapora göre, bir silahlı

<sup>62</sup> Marco Pertile, Chiara Vitucci "On the relationship between IHL and IHRL 'where it matters' once more: Assessing the position of the European Court of Human Rights after Hassan and Jaloud", **Questions of International Law Journal**, Sayı: 2, 2015, ss. 215-219; İki hukuk dalının birlikte uygulanmasına cevaz veren bir içtihat ortaya koymaktan kaçındığı düşüncesi için bkz. Christine Byron, "A Blurring of the Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies", **Virginia Journal of International Law**, Cilt: 47, ss. 839-896, s. 851, Aktaran Bahar Konuk Sommer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hassan v. Birleşik Krallık Kararı Işığında Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları İlişkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 26, Sayı: I, 2020, ss. 49-61, s. 56.

<sup>63</sup> AIHM, *Hassan v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 29750/09, 16.09.2014, § 88.

<sup>64</sup> Andlaşmalar hukukunda özel kuralın genel kuralı ilga edeceği anlamına gelen *lex specialis derogat legi generali* yorum ilkesini ifade etmektedir. Bkz. John P. Grant, J. Craig Barker, *op. cit.*, s. 346.

<sup>65</sup> International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006.

çatışma söz konusu olduğunda silahlı çatışmalar hukuku insan hakları hukukuna göre *lex specialis* olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, bu durum insan hakları hukukunun silahlı çatışma esnasında bütünüyle uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Silahlı çatışmalar hukuku olayın sadece bir kısmına, “*keyfilik*” değerlendirmesine, etki etmektedir.<sup>66</sup> *Lex specialis* olarak silahlı çatışmalar hukuku savaş esnasında insan haklarının ortadan kalktığı anlamına gelmez.<sup>67</sup>

Uluslararası Adalet Divanı, *Nükleer Silahların Hukuka Uygunluğu* danışma görüşünde<sup>68</sup> silahlı çatışmalarda insan hakları hukukunun, *lex specialis* olan silahlı çatışmalar hukuku süzgecinden geçirilmek suretiyle uygulanmaya devam edeceğini bildirmiştir. Bahsi geçen rapora göre, böylece, her iki hukuk dalını bağdaştıran “*sistemik*” bir yorum ortaya koymuştur. Zira savaşın gerçekleri karşısında silahlı çatışmalarda bütünüyle insan hakları hukukunun uygulanacağını kabulü ziyadesiyle idealist bir tutum olacaktır.<sup>69</sup>

Birleşik Krallık’ın savunmasının özünü oluşturan *lex specialis* argümanın mutlak surette kabulü bazı sıkıntılar doğurabilir. Silahlı çatışmalar hukukunun tanıdığı yetkilerin insan hakları hukukunun öngördüğü standartlara aykırı olduğu durumlarda, her koşulda *lex specialis* olarak silahlı çatışmalar hukukunun uygulanmasını kabul etmek mümkün görünmemektedir. Zira böyle bir kabul, bir silahlı çatışma söz konusu olduğunda Cenevre Sözleşmeleri karşısında AİHS’nin uygulanma kabiliyetinin olmadığı anlamına gelecektir. O halde, AİHM’nin silahlı çatışmalara ilişkin başvurularda kendini konu bakımından (*ratione materiae*) yetkisiz bulması gerekir. Böyle bir yorum, insan hakları hukukunun sağladığı korumayı barış zamanıyla sınırlandıracaktır. Kaldı ki bu durumda Mahkeme’nin taraf devletlerin kendi ülkeleri dışında gerçekleştirdikleri askeri operasyonlarda yargı yetkisini (*extra-territorial jurisdiction*) tespit ederek AİHS’den doğan yükümlülüklerinin devam ettiğini kabul eden içtihadının da bir önemi kalmayacaktır. Bu yaklaşımın kabulü kuşkusuz çok ciddi insan hakları ihlallerine yol açabilecek niteliktedir.

<sup>66</sup> *Idem*, s. 27.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> UAD, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, s. 267.

<sup>69</sup> International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 28.

Mahkeme, *Hassan v. Birleşik Krallık* davasında hükümetin salt *lex specialis* argümanını kabul etmemiştir. Bunun yerine farklı bir yaklaşım benimseyerek yine aynı sonuca ulaşmış, Birleşik Krallık'ın AİHS'nin 15. maddesine uygun olarak bir ayrık hal bildirimini bulunmamasına rağmen 5. maddeyi ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu sonuca varırken Mahkeme'nin iki temel argümanı vardır: Sözleşme'nin yorumlanması ve devletlerin birbirine uyumlu uygulamaları. Mahkeme ilk olarak, Sözleşme'nin yorumlanmasında 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 3. fıkrasının b bendini göz önünde bulundurarak, bir sözleşmenin uygulanmasında devletlerin süreklilik arz eden uygulamalarının o sözleşmenin yorumu hususunda tarafların mutabakatını yansıttığı hükmünden hareket etmiştir.<sup>70</sup> Bu doğrultuda, devletlerin uluslararası silahlı çatışmalarda bir kişiyi güvenlik sebebiyle enterne etmek için 5. maddeden doğan yükümlülüklerini askıya alma gibi bir uygulamalarının olmadığını belirtmiştir.<sup>71</sup> Bu nedenle, 15. madde kapsamında yapılan bir ayrık hal bildirimini yokluğunu doğrudan 5. maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Bunun yerine, çoğunluğun insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukunun beraber uygulanabilir olduğu yönündeki görüşünün de etkisiyle, AİHS 5. maddenin 1. fıkrasında belirtilen hukuka uygun özgürlükten yoksun bırakma hallerinin, mümkün olduğunca III ve IV numaralı Cenevre Sözleşmeleri kapsamında gerçekleştirilen savaş esirlerinin ve sivillerin enterne edilmesi uygulamasıyla bağdaştırılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>72</sup>

Mahkeme bu kararıyla ilk defa insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukuku arasındaki etkileşim hakkında değerlendirmelerde bulunmuş ve Uluslararası Adalet Divanı'nın içtihadına uygun olarak bu iki hukuk dalının beraber uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte *lex specialis* görüşünü başlı başına benimsemekten imtina etmiştir. Bunun yerine AİHS'nin 5. maddesinde bulunan hukuka uygun halleri, bir silahlı çatışmada savaş esirlerinin ve sivillerin III ve IV numaralı Cenevre Sözleşmelerine uygun olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlamayı tercih etmiştir.

Mahkeme'nin benimsediği söz konusu yaklaşım, insan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukunun kesişim alanında AİHS'nin uygulanma kabiliyetinin sürdürülmesi bakımından işlevsel görünmektedir. Yine de bu karar öğretide bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle AİHS'nin

<sup>70</sup> AİHM, *Hassan v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 29750/09, 16.09.2014, § 100.

<sup>71</sup> *Idem.*, § 101.

<sup>72</sup> *Idem.*, § 104.

yorumlanmasında devlet uygulamalarının esas alınmasının ne derece anlamlı olduğu bu eleştirilerin bel kemiğini oluşturmaktadır.<sup>73</sup> Başka bir eleştiri ise, bu kararla birlikte silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda taraf devletlerin artık 15. maddeye başvurmadan AİHS kapsamındaki yükümlülüklerini silahlı çatışmalar hukukunun daha düşük beklentileri düzeyine çekebilme imkanınıdır.<sup>74</sup> Mahkeme'nin *Hassan v. Birleşik Krallık* kararıyla her iki uluslararası hukuk dalını bağdaştıran bir çözüm araması ve “*simbiyotik bir yaklaşımı*”<sup>75</sup> benimsemesi olumlu değerlendirilmelidir. Zira her iki uluslararası hukuk dalından birinin bütünüyle uygulanmamasıyla sonuçlanacak yaklaşımlar, uygulanmayacak olanın varlığını anlamsız kılacaktır.

## SONUÇ

İnsan hakları hukuku ile silahlı çatışmalar hukukunun uygulanması bakımından her iki alanın kesişim kümesinde yer alan konulardan biri de silahlı çatışmalarda idari gözaltıdır. III ve IV numaralı Cenevre Sözleşmeleri'nin uluslararası silahlı çatışmalarda güvenliği tehdit eden savaş esirlerinin ve sivillerin enterne edilmesi hususunda çatışmanın tarafı olan devlete istisnai bir yetki tanınmasına karşılık AİHS kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının hukuka uygun olarak kısıtlanabileceği haller arasında buna yer vermemektedir. Böyle bir durumda uluslararası hukukun hangi dalının uygulanacağı tartışma konusu olmuş ve bu sorun AİHM'nin önüne de gelmiştir.

Konuyu başlarda insan haklarına uygun yoruma öncelik verip AİHS'nin 5. maddesini dar yorumlayarak ele alan ve AİHS'nin 15. maddesine uygun bir ayrık hal bildirimini yokluğunda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalini tespit eden Mahkeme, 2014 yılında vermiş olduğu *Hassan v. Birleşik Krallık* kararıyla yeni bir yaklaşım benimsemiştir. Bir silahlı çatışmada gerçekleştirilen idari gözaltı konusunda dar yorum yaklaşımı benimsendiğinde silahlı çatışmalar hukuku kurallarının bütünüyle uygulanamaz hale gelmesine karşılık, silahlı çatışmalar hukukunun insan hakları hukukuna göre *lex specialis* kabul edildiği görüş benimsendiğinde insan hakları hukuku uygulanamaz hale gelmektedir. Mahkeme *Hassan v. Birleşik Krallık* kararıyla her iki yaklaşımı da benimsememiştir. Bunun yerine iki uluslararası hukuk dalını bağdaştıran bir yol bulmaya çalışmış ve

<sup>73</sup> Lawrence Hill-Cawthorne, “The Grand Chamber Judgment in *Hassan v UK*”, *EJIL: Talk*, 16.09.2014, (<https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/>, Son Erişim Tarihi: 21.12.2022).

<sup>74</sup> Bahar Konuk Sommer, *op. cit.*, s. 59.

<sup>75</sup> *Ibid.*

ikisini de uygulayarak sonuca ulaşmıştır. Buna göre bir uluslararası silahlı çatışmanın tarafı olan devlet AİHS'nin 15. maddesine uygun olarak bir ayrık hal bildiriminde bulunmasa dahi III ve IV numaralı Cenevre Sözleşmeleri hükümlerine uygun olduğu sürece idari gözaltı gerçekleştirilebilir ve bu koşulları sağlayan idari gözaltı uygulamaları AİHS'nin 5. maddesinin ihlalini oluşturmaz. Mahkeme'nin bu kararlar bir silahlı çatışmanın koşullarını göz önünde bulundurarak daha gerçekçi bir tutumu benimsediği ve ayrık hal rejiminin yokluğunda silahlı çatışmalarda yalnızca AİHS'nin uygulanması anlamına gelebilecek dar yorum yaklaşımından vazgeçtiği görülmektedir. Zaman içinde Mahkeme'nin bu konudaki idealist bakış açısını bir kenara bıraktığı ve devlet uygulamalarına hukuki önem atfederek uluslararası mahkeme kimliğini daha ön plana çıkardığı anlaşılmaktadır.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

- BYRON, Christine, “A Blurring of the Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies”, **Virginia Journal of International Law**, Cilt: 47, ss. 839-896.
- CERONE, John P. “Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings: The Case of Hamdan v. Rumsfeld”, **ASIL Insights**, Cilt: 10 Sayı: 17, 2006.
- DAVIDSON, Tyler & GIBSON, Kathleen “Expert Meeting on Security Detention Report”, **Case Western Reserve Journal of International Law**, Cilt: 40, Sayı: 323, 2009.
- DOĞRU, Osman & NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt**, 1.Baskı, Avrupa Konseyi, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2012.
- GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması** Der. ERGUL Ozan, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013.
- GRANT, John P. & BARKER, J. Craig, **Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law**, 3. Basım, New York: Oxford University Press, 2009.
- HARRIS, D. J. et al., **Law of the European Convention on Human Rights**, London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995.
- HENCKAERTS, J. Marie & DOSWALD-BECK, Louise **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar**, ICRC, Çev. A. Emre Öktem et al., İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2005.



- JACOBS, F.G. & WHITE, R.C.A. , **The European Convention on Human Rights**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1996.
- KOLB, Robert & HYDE, Richard, **An Introduction to the International Law of Armed Conflicts**, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2008.
- KONUK SOMMER, Bahar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Hassan v. Birleşik Krallık Kararı Işığında Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları İlişkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 26, Sayı: I, 2020, ss. 49-61.
- MELZER, Nils, **Guide Interprétatif sur la Notion de Participation Directe Aux Hostilités en Droit International Humanitaire**, ICRC, Cenevre, 2010.
- ÖKTEM, A.Emre, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İstanbul: Derin Yayınları, 2007.
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 11. Baskı, Ankara: Turhan Yayınevi, 2012.
- PEJIC, Jelena “Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence”, **International Review of the Red Cross**, Cilt:87, Sayı:858, 2005.
- PERTILE, Marco & VITUCCI, Chiara , “On the relationship between IHL and IHRL ‘where it matters’ once more: Assessing the position of the European Court of Human Rights after Hassan and Jaloud”, **Questions of International Law Journal**, Sayı: 2, 2015.
- SASSOLI Marco, “*internment*” in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- TAŞDEMİR, Fatma & ÖZDEMİR, Erdiç “Uluslararası İnsancıl Hukukta İdari Gözaltı ve Devlet Dışı Silahlı Aktörler”, **Akademik Hassasiyetler**, Cilt:5, Sayı:9, 2018.
- ZAMANI, Masoud, **Detention Without Trial: Historical Evolution, States’ Authority and International Law**, (Doktora Tezi), Nottingham, 2015.
- Uluslararası Mahkeme Kararları**
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *A. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 3455/05, 19.02.2009.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Al-Jedda v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 27021/08, 07.07.2011.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Hassan v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 29750/09, 16.09.2014.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İrlanda v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5310/71, 18.01.1978.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kemmache v. Fransa (No.3)*, Başvuru No. 17621/91, 24.11.1994.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Lawless v. İrlanda (No.3)*, Başvuru No. 332/57, 01.07.1961.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Wassink v. Hollanda*, Başvuru No. 12535/86, 27.09.1990.

International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004.

International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.

International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, 7.05.1997.

### **Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporları**

International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006.

### **Uluslararası Andlaşmalar**

Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/apii-1977>, Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

### **Çevrimiçi Kaynaklar**

HILL-CAWTHORNE, Lawrence, “The Grand Chamber Judgment in *Hassan v UK*”, **EJIL: Talk**, 16.09.2014, (<https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/>, Son Erişim Tarihi: 21.12.2022).

HOROWITZ, Jonathan, “Clarity or Confusion? General Comment 35 and Security Detention”, **Just Security**, 2014 (<https://www.justsecurity.org/17702/clarity-confusion-general-comment-35-security-detention/> , Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

International Committee of the Red Cross, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, **Opinion Paper**, Kasım 2014.

International Committee of the Red Cross, “Internment”, **How Does Law Protect in War? Casebook**, (<https://casebook.icrc.org/glossary/internment> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

International Committee of the Red Cross, “Civilian Internees”, **How Does Law Protect in War? Casebook** (<https://casebook.icrc.org/glossary/civilian-internees> Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).

International Committee of the Red Cross, **Violence and the Use of Force**, Cenevre, Temmuz 2011, ([https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc\\_002\\_0943.pdf](https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0943.pdf), Son Erişim Tarihi: 20.12.2022).



**H ANAYASA MD. 40/2'NİN UYGULANMASINA İLİŞKİN  
BELİRSİZLİKLERİN K. 2022/1 SAYILI DANIŞTAY İÇTİHADİ  
BİRLEŞTİRME KURULU KARARI IŞIĞINDA  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(EVALUATION OF AMBIGUITIES AROUND IMPLEMENTATION OF ARTICLE 40/2  
OF CONSTITUTION IN LIGHT OF THE RULING OF GENERAL ASSEMBLY ON THE  
UNIFICATION OF JUDGMENTS OF COUNCIL OF STATE)*

**Dr. Öğr. Üyesi Özge Aksoylu \* \*\***

**ÖZ**

*2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 40. maddesine eklenen ikinci fıkra uyarınca Devlete, işlemlerinde ilgili kişilere hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü getirilmiştir. Aradan yirmi yılı aşkın bir zaman geçmiş olmasına rağmen bu yükümlülüğün gerek özne (süje) gerek konu (obje) bakımından kapsamı ile yaptırımı konusundaki belirsizlikler sona ermiş değildir. Hak arama hürriyetinin gerçekleştirilmesine yönelik idari ve yargısal başvuru yolları ile sürelerini öngörülebilir kalmak suretiyle, etkili başvuru hakkını güvence altına alan bu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin belirsizlikler, düzenlemenin amacının aksine bir şekilde hukuki güvenlik ilkesini zedelemektedir. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun K. 2022/1 sayılı kararıyla Anayasa md. 40/2'ye, lafzı ve amacı ile ne kadar uyumlu olduğu sorgulanabilecek bir anlam verilmiş; söz konusu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin birçok belirsizlik de giderilmemiştir.*

***Anahtar sözcükler:** Anayasa md. 40/2, K. 2022/1 sayılı Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı, Başvuru Yolları ve Süresini Gösterme Yükümlülüğü.*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 08.01.2023. İlk hakem raporu tarihi: 09.01.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 11.01.2023. Onaylanma Tarihi: 31.01.2023.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3242-4812.

**Esere Atıf Şekli:** Özge Aksoylu, “Anayasa md. 40/2'nin Uygulanmasına İlişkin Belirsizliklerin K. 2022/1 Sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XX, 2023/1, s. 23-76.

**ABSTRACT**

*In accordance with paragraph two of Article 40 of the Constitution of Turkey which was added to the Constitution with 2001 Amendments, the State is obliged to indicate in its proceedings, the legal remedies and authorities the persons concerned should apply and time limits of the applications. Although more than twenty years have passed since its entry into force, the ambiguities around the scope of this obligation by means of both subject and object as well as legal remedies have not ended. The ambiguities around the implementation of Article 40/2 harms the principle of legal certainty which is contrary to the aim of the rule, which guarantees effective due process to everyone by indicating the legal remedies and authorities the persons concerned should apply and time limits of the applications. An understanding has been brought to the Article 40/2 of the Constitution with the Ruling of the General Assembly on the Unification of Judgments of Council of State, No 2022/1, that is unconvincing by means of its compatibility with the wording and purpose of the rule, while the ambiguities around its implementation remain unresolved.*

**Keywords:** Constitution art. 40/2, No, 2022/1 of Council of State GAUJ, Obligation to Indicate Legal Remedies and Time Limits.

\*\*\*

**PLAN**

**I. ANAYASA MD. 40/2’NİN UYGULANMASINA İLİŞKİN OLARAK K. 2022/1 SAYILI İBK’NİN ORTADAN KALDIRDIĞI BELİRSİZLİKLER**

**A. Anayasa md. 40/2’nin Doğrudan Uygulanabilirliği**

**B. Anayasa md. 40/2’nin Yaptırımı**

**1. K. 2022/1 SAYILI İBK İLE BERTARAF EDİLEN YAPTIRIMLAR**

a. Şekil Unsuru Sakatlığı

b. Dava Açma Süresine İlişkin Olarak Bertaraf Edilen Yaptırımlar

i. *Dava Açma Süresinin İşlememesi*

ii. *İçtihadi Makul Süre Belirlenmesi*

**2. K. 2022/1 SAYILI İBK İLE YAZILI OLARAK BİLDİRİLEN İDARİ İŞLEMLER İÇİN BENİMSENEN “YAPTIRIM”**

## II. ANAYASA MD. 40/2'NİN UYGULANMASINA İLİŞKİN OLARAK K. 2022/1 SAYILI İBK'NİN ORTADAN KALDIRMADIĞI BELİRSİZLİKLER

### A. Anayasa md. 40/2 Kapsamındaki Başvuru Yolları Bakımından Belirsizlik

1. İDARİ BAŞVURU YOLLARININ HATALI BİLDİRİMİ
2. İDARİ BAŞVURU YOLLARININ BİLDİRİLMEMESİ
  - a. Hukuken Tabi Olunmayan İhtiyari İdari Başvuru Yapılması Halinde Dava Açma Süresinin Başlangıcı
  - b. Hukuken Tabi Olun(may)an Zorunlu İdari Başvurunun Yapılma(ma)sı Halinde Dava Açma Süresinin Başlangıcı

### B. Anayasa md. 40/2'ye Tabi Olan İdari İşlemler Bakımından Belirsizlikler

1. ANAYASA MD. 40/2 'NİN ZİMNİ İDARİ İŞLEMLERE UYGULANMASI
2. ANAYASA MD. 40/2'NİN İLAN VEYA YAYIMLANMA YOLUYLA BİLDİRİLEN İDARİ İŞLEMLERE UYGULANMASI

## GİRİŞ

Azrak'ın 1964 tarihli doktora tezinde, Hukuk Devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılabilmesi için zorunlu gördüğü Devletin işlemlerinde kanun yolları ve sürelerini gösterme yükümlülüğü<sup>1</sup>, 37 yıl sonra Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlıklı 40. maddesine 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un 16 maddesi ile eklenen ikinci fıkrada öngörülerek, mevzuatımıza en üst düzey norm olarak girmiştir<sup>2</sup>. Buna göre "Devlet,

<sup>1</sup> AZRAK A. Ülkü, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1964, s. 224.

04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Hatalı tebliğler" başlıklı 108. maddesinin ilk haline göre, "itiraz veya temyiz süresinin", 23.06.1982 tarihli ve 2686 sayılı Kanun ile değişik güncel haline göre "vergi mahkemesinde dava açma süresinin" hiç yazılmaması olması tebliğ olunan vesikayı hükümsüz kılar. 1961 tarihli bir kanunda başvuru yolu ve süresinin gösterilmesi yükümlülüğünün, üstelik hükümsüzlük yaptırımı ile birlikte öngörülmüş olması oldukça dikkat çekicidir.

<sup>2</sup> Gözler'e göre, "Genelge konusu olabilecek bir hükmün, normlar hiyerarşisinin en tepesine yerleştirilmesi bizatihi Anayasa kavramının saygınlığını lekelemektedir.". Bkz. YUHFD Vol. XX No.1 (2023)

*işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”<sup>3</sup>.*

GÖZLER Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştial Örneği", *Anayasa Yargısı*, C. 19, 2002, s. 334. İdarenin kanuniliği ilkesi kapsamında bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Buna karşın, Gözler'in önerisine uygun olarak başvuru yolları ve sürelerini gösterme yükümlülüğünü içeren çeşitli idari düzenlemeler de bulunmaktadır. Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin (RG 31.07.2009, S. 27305) 12. maddesinin üçüncü fıkrasında göre, idareye yapılan başvurunun "sonucunun olumsuz olması durumunda ilgiliye gerekçesi bildirilir, varsa itiraz mercii ve süresi gösterilir.". 2004/12 sayılı Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması ile İlgili Başbakanlık Genelgesi'nde de (RG 24.01.2004, S. 25356) İYUK md. 11 kapsamında yapılan başvurulara verilecek cevaplarda başvurulacak kanun yolu ve süresinin gösterilmesi öngörülmüştür.

Ayrıca, 2001 sonrasında çıkarılan çeşitli özel idari usul kanunlarında da Anayasa md. 40/2'deki yükümlülük öngörülmüştür. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 24.01.2001 tarihli ve 4650 sayılı Kanun ile değişik 10. maddesinin üçüncü fıkrasına göre Mahkemece malike yapılacak tebligatta "14 üncü maddede öngörülen süre içerisinde, tebligat veya ilan tarihinden itibaren kamulaştırma işlemine idari yargıda iptal veya adli yargıda maddi hatalara karşı düzeltim davası açabilecekleri" belirtilir. 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun (RG 24.10.2003, S. 25269) "Başvuruların Cevaplandırılması" başlıklı 12. maddesinin birinci fıkrasına göre, bilgi edinme başvurusunun "reddedilmesi hâlinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir.". Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 18. maddesinin yedinci fıkrasında başvuru yolunun yanı sıra sürenin de belirtileceği öngörülmüştür. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun (RG 31.03.2005, S. 25772-mükerrer) "Kararların Tebliği" başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasına göre idari yaptırım kararının "tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilir.". 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun (RG 29.06.2012, S. 28338) "İnceleme ve Araştırma" başlıklı 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Kurum, başvurana, işleme karşı başvuru yollarını, başvuru süresini ve başvurulacak makamı da gösterir."

<sup>3</sup> Eklenen ikinci fıkranın gerekçesi şu şekildedir: "Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir." Bkz. YILMAZOĞLU Yunus Emre – PERDECİOĞLU İsmail Emrah (Hazırlayanlar), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 3. Baskı, Mart 2021, s. 231.

[https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli\\_anayasa\\_2021.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf)

Bu güvence Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi'nin tavsiye niteliğindeki çeşitli kararlarında da öngörülmüştür. K. 2022/1 sayılı İBK'nın bir karşı oyunda da atf yapılan İdarenin İşlemleri Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında (1977)31 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararının V. maddesine göre, yazılı şekilde bildirilen bir idari işlemin ilgili kişinin hak, özgürlük veya menfaatlerini olumsuz etkilemesi halinde, söz konusu idari işleme karşı başvurulabilecek olağan hukuk yolları ve bunların kullanımına ilişkin süreler bahsi geçen bildirim içerisinde belirtilir

*YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)*



Anılan yükümlülüğün muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir, herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması hukuki güvenlik ve dolayısıyla Hukuk Devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biridir<sup>4</sup>. Bu kapsamda belirlilik ilkesi, öngörülebilir olması gereken idari uygulamalar ve mahkeme içtihatları ile Anayasa md. 40/2’ye tutarlı ve istikrarlı bir anlam verilmesini gerektirir<sup>5</sup>. Buna karşın, yükümlülüğün Anayasa’da öngörülmüş olması ve Anayasa’da öngörülen genelliği ile herhangi bir kanuni düzenleme yapılmaması ile Anayasa’da yaptırımının açıkça düzenlenmemiş olması, Anayasa md. 40/2’nin anlamı ve sonuçları bakımından hukuk düzeninde birçok belirsizlik yaşanmasına yol açmıştır.

**Anayasa md. 40/2’nin temel hak ve hürriyetler kapsamında yer alan bir güvence olduğu düşünüldüğünde, bu güvenceye ilişkin Anayasa Mahkemesi ve AİHM bireysel başvuru içtihadının bağlayıcılıkları itibariyle belirsizlikleri ortadan kaldırdığı düşüncesi akla getirilebilir.**

AİHM’ne göre, AİHS’nin adil yargılanma hakkını öngören 6. maddesi ile etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesi, başvuru yolu ve süreleri hakkında bilgilendirilme hakkını güvence altına almamakta; başvuru yol ve sürelerinin bildirilmesi konusunda taraf Devletlerin “yargılamanın iyi yönetimi ve hukuki güvenlik ilkeleri” gereğince bir düzenleme yapmak

---

(<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/522/dosya/2022-02-202212-39-pm.pdf>). Çok sayıda Kişiyi Etkileyen İdari Usule İlişkin (1987)16 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı’nın VI. maddesinde de normal başvuru yolları ve süresinin gösterilmesi öngörülmüştür (<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/522/dosya/622-02-202212-47-pm.pdf>). İyi Yönetim Konusunda Üye Devletlere Bakanlar Komitesi’nin (2007)7 sayılı Tavsiye Kararı’nın 18. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bireysel işlemlerin kişisel bildiriminde süre sınırları ve müracaat usulleri gösterilmelidir (KAYA Cemil (Çeviren), “İyi Yönetim Konusunda Üye Devletlere Bakanlar Komitesi’nin Tavsiye Kararı REC(2007)7”, *TBB Dergisi*, S. 77, 2017, s. 429.).

06.09.2001 tarihli Avrupa İyi İdari İşleyiş Kodununun 19. maddesinin birinci fıkrasında ise, kişilerin hak ve menfaatlerini ihlal edebilecek nitelikteki bir Avrupa Birliği müessesesi işleminde bu işleme karşı başvuru yollarının türü, yapılacağı merci ve süreleri gösterilmelidir.

([https://www.cvce.eu/obj/le\\_code\\_europeen\\_de\\_bonne\\_conduite\\_administrative\\_6\\_septem\\_bre\\_2001-fr-1b633730-1555-4b88-ac05-b868ae5cc6ac.html](https://www.cvce.eu/obj/le_code_europeen_de_bonne_conduite_administrative_6_septem_bre_2001-fr-1b633730-1555-4b88-ac05-b868ae5cc6ac.html)).

<sup>4</sup> Hukuki güvenlik ilkesine ilişkin olarak bkz. AYM, 28.02.2013, E. 2012/116, K. 2013/32, RG 13.08.2013, S. 28734. Aynı yönde bkz. AYM, 13.10.2022, E. 2021/84, K. 2022/117, RG 06.12.2022, S. 32035, § 64.

<sup>5</sup> Belirlilik ilkesine ilişkin olarak bkz. AYM, 02.05.2018, E. 2017/159, K. 2018/41, RG 31.05.2018, S.30437, § 6.

konusunda takdir yetkileri bulunmakta; AİHM ise sadece anılan düzenlemenin uygulanmasının kişileri var olan bir başvuru hakkının kullanılmasından mahrum bırakıp bırakmadığını denetlemektedir<sup>6</sup>.

AİHS md. 6'nın mahkeme kararlarında bu kararlara karşı başvuru yolları ve süresinin gösterilmesi zorunluluğunu öngörecektik kadar ileri gitmediğinin altını çizen AİHM<sup>7</sup>, iç hukukta böyle bir ek güvence öngörülmesini takdire şayan bulmakla beraber, gerekirse uzman yardımına başvurarak başvuru yolları ve süreleri konusunda bilgi edinmenin başvuruculara düştüğüne hükmetmektedir<sup>8</sup>. AİHM ancak çok istisnai durumlarda başvurucular tarafından kendilerine bildirilmeyen başvuru sürelerine uyulmamış olması sebebiyle verilen red kararlarını haksız bulmaktadır<sup>9</sup>.

Bu kapsamda somut olayın özel koşullarını dikkate alan bir değerlendirme yapan AİHM, başvuru (tutuklu olma, mahkemede bulunmama, avukatla temsil edilmeme), başvuru yolu (süresinin kısalığı veya yeni getirilmiş olması) ve uyuşmazlık konusu (karmaşık, önemli ve hassas olması) bakımından olaya özgü karar vermektedir<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> AİHM, 04.07.2000, *Société Guérin Automobile / 15 Avrupa Birliği Üyesi Ülke*, Başvuru No: 51717/99.

<sup>7</sup> AİHM, 16.03.2021, *Oškrt Bunjevčević / Hırvatistan*, Başvuru No: 1789/15, § 58.

<sup>8</sup> AİHM, 16.03.2021, *Oškrt Bunjevčević / Hırvatistan*, Başvuru No: 1789/15, § 58. Aynı yönde bkz. AİHM, 23.05.2016, *Avotiņš / Letonya*, Başvuru No: 17502/07, § 123, 124, 127.

<sup>9</sup> AİHM, 16.03.2021, *Oškrt Bunjevčević / Hırvatistan*, Başvuru No: 1789/15, § 59.

<sup>10</sup> Başvurucunun cezaevinde bulunması (AİHM, 29.04.2003, *Dankewich / Ukrayna*, Başvuru No: 40679/98, § 110, 168, 171); tutuklu kişinin gıyabında karar verilmesi veya avukatla temsil edilmeyen kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmesi (AİHM, 01.03.2011, *Faniel / Belçika*, Başvuru No: 11892/08, § 30, 34); çocuğun tehlikelerden korunması gibi karmaşık ve önemli sonuçları olan bir konuda gıyabında karar verilen ve avukatla temsil edilmeyen başvurucuya 10 gün gibi çok kısa bir istinaf süresinin bildirilmemesi (AİHM, 31.01.2012, *Assunção Chaves / Portekiz*, Başvuru No: 61226/08, § 80, 82, 85, 87), başvuru süresinin yeterince açık olmaması, bildirim eski vekile yapılmış olması ve davanın çocukların geri getirilmesine ilişkin karmaşık, çok önemli ve hassas sonuçları olan bir konuya ilişkin bulunması (AİHM, 09.09.2014, *Gajtani / İsviçre*, Başvuru No: 43730/07, § 71, 72, 75, 76) AİHM tarafından, usulü ve süresi bildirilmeyen kanun yolu başvurusunun süreden reddinin mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmesine yol açan somut olayın özel koşulları olarak kabul edilmiştir.

Buna karşılık uyuşmazlığın konusunun para olması (§ 26), başvuru süresinin avukatla temsil edilmesi ve avukatın bütüncü süreç boyunca değişmemesi (§ 24), uygulanan sürenin dava başlamadan 7 yıl önce düzenlenmiş olması (§ 25) dikkate alınarak, Mahkeme kararında hatalı olarak gösterilen süreye güvenerek yapılan temyiz başvurusunun süreden reddinin, ulaşılmak istenen yargılamanın iyi yönetimi ve hukuki güvenlik ilkeleri amaçları karşısında orantısız olmadığı sonucuna ulaşılmış (§ 27) ve mahkemeye erişim hakkının ihlali iddiası açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur (§ 30). Bkz AİHM, 12.09.2017, *Clavien / İsviçre*, *YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

Şu halde AİHM’den Anayasa md. 40/2’nin uygulanmasına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıracak bir içtihat beklenmesi mümkün değildir.

Anayasa md. 148/3’e göre, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunun hak bakımından kapsamı da “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri*”dir<sup>11</sup>. Anayasa md. 40/2’de öngörülen başvuru yol ve sürelerinin bildirilmesi yükümlülüğü, yukarıda da açıklandığı üzere AİHS’nde güvence altına alınmamıştır.

Buna rağmen Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru yolunda Anayasa md. 40/2’nin etkisi konusundaki içtihadı başlangıçta, Anayasa’nın 40. maddesinin, ikinci fıkrası ile birlikte, etkili başvuru hakkına ilişkin AİHS md. 13’ün karşılığı olduğu<sup>12</sup> ve söz konusu hükmün “*adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği[nin] açık*” bulunduğu<sup>13</sup> yolunda idi<sup>14</sup>. Özellikle yargı kararlarına karşı kanun yolu ve

---

Başvuru No: 16730/15. Bir diğer başvuruda vergi makbuzunda itiraz ve uzlaşma yollarına ilişkin herhangi bir bildirimde bulunulmamış olması iddiası AİHM’nin, AİHS’nin iç hukuktaki başvuru yollarının bildirilmesi hakkını güvence altına almadığı yolundaki yerleşik içtihadıyla karşılanmıştır. Bkz. AİHM, 06.04.2017, *Klein ve diğerleri / Almanya*, Başvuru No: 10138/11, § 98.

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru konusu olabilecek haklar bakımından getirilen bu sınırlandırmaya, özellikle AİHS’nin Sözleşme hükümlerinden hiçbirinin taraf Devlet hukuklarına göre tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamayacağı yolundaki 53. maddesi kapsamında getirilen eleştiriler için bkz. SAĞLAM Fazıl, “Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, *Demokratik Anayasa, Görüşler ve Öneriler*, Hazırlayanlar: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Nisan 2012, s. 431, 434, 435.

<sup>12</sup> AYM, 30.06.2014, *Halkevleri Derneği ve İlknur Birol Başvurusu*, Başvuru No: 2013/577, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 51, 52.

<sup>13</sup> AYM, 26.06.2014, *Aktif Elektrik Müh. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, Başvuru No: 2012/855, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 33; AYM, 12.03.2015, *Ahmet Türko Başvurusu*, Başvuru No: 2013/5949, *RG* 16.05.2015, S. 29357, § 46; AYM, 09.06.2016, *Muammer Tatar Başvurusu*, Başvuru No: 2014/819, *RG* 29.06.2016, S. 29757, § 36; AYM, 09.06.2016, *Alper Aldemir Başvurusu*, Başvuru No: 2014/4987, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 29; AYM, 22.09.2016, *Cemile Akyıldız Başvurusu*, Başvuru No: 2014/1382, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 31; AYM, 28.09.2016, *Mustafa Doğan Başvurusu*, Başvuru No: 2014/1836, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 74.

<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi Anayasa md. 40/2’yi uyguladığı bir kararında, söz konusu hükmün “*Mahkemelerce verilen yargı yolu bakımından davanın reddi kararlarında, görevli yargı yerinin ve dava açma sürelerinin gösterilmesi gerektiği şeklinde geniş yorumlanması[nin] mümkün*” olmadığını belirterek başvurunun açıkça dayanaktan olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir. Bkz. AYM, 21.01.2015, *Abdülkadir Güneşoğlu Başvurusu*, Başvuru No: 2013/6590, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 41, 42. Bu kararda Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa md. 40/2’nin kapsamı konusundaki yorumuna katılmak

sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle kanun yolu başvurusunun reddi, birçok Anayasa Mahkemesi kararında mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>15</sup>.

Anayasa Mahkemesi daha sonra içtihat değişikliğine giderek Anayasa md. 40/2'deki güvencenin AİHS ve Anayasa'nın ortak koruma alanında bulunmadığını kabul etmiş ise de, Anayasa md. 40/2'yi mutlak bir şekilde bireysel başvurunun kapsamı dışına çıkarmadan, “*bağımsız bir güvence olarak ele alınama[yacağı] [b]ununla birlikte bu durum[un], başta mahkemeye erişim hakkı olmak üzere diğer hakların ihlal edildiğine ilişkin iddialar incelenirken -Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği- anılan hükmün dikkate alınmasına engel [olmadığı]*”<sup>16</sup>nı ifade ederek Anayasa md. 40/2'yi Anayasa'nın bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği ölçüde bireysel başvuru kapsamında değerlendirmeye devam etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, “*Özellikle başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalarda mahkemelerin usul kurallarını yorumlarken mahkemeye erişim hakkını aşırı sınırlandırarak şekilde katı*

---

mümkün olmasa da, söz konusu hükmü bireysel başvuru kapsamında tereddütsüz uyguladığı görülmektedir.

<sup>15</sup> AYM, 26.06.2014, *Aktif Elektrik Müh. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, Başvuru No: 2012/855, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 49. Benzer yönde bkz. AYM, 20.01.2016, *Kommersan Kombassan Mermer Maden İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2013/7114, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 56; AYM, 09.06.2016, *Muammer Tatar Başvurusu*, Başvuru No: 2014/819, RG 29.06.2016, S. 29757, § 51; AYM, 09.06.2016, *Alper Aldemir Başvurusu*, Başvuru No: 2014/4987, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 48; AYM, 22.09.2016, *Cemile Akyıldız Başvurusu*, Başvuru No: 2014/1382, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 46. Buna karşılık daha önce aynı dava kapsamında karar düzeltme yoluna başvurmuş olan başvurucunun son onama kararında karar düzeltme yolunun açık olduğunun ve süresinin gösterilmemesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiası, karar düzeltme yolunun açık olduğunun başvuru tarafından öngörülebilir olduğu gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun bulunarak kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Bkz. AYM, 28.09.2016, *Mustafa Doğan Başvurusu*, Başvuru No: 2014/1836, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 88, 89, 96.

<sup>16</sup> AYM, 20.04.2017, *Öz bakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, Başvuru No: 2014/13156, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 32; AYM, 08.11.2017, *A.Ö. Başvurusu*, Başvuru No: 2014/5225, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 30; AYM, 10.01.2018, *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Başvuru No: 2014/17994, RG 09.02.2018, S. 30327, § 34; AYM, 10.05.2018, *Naci Beştepe Başvurusu*, Başvuru No: 2015/14665, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 21; AYM, 12.06.2018, *Mehmet Ziyat Özdemir Başvurusu*, Başvuru No: 2014/13899, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 34; AYM, 03.07.2018, *Veli Özdemir Başvurusu*, Başvuru No: 2015/15674, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 31; AYM, 08.05.2019, *Ezacıbaşı Yapı Gereçleri San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/16697, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 24.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)*

*yorumdan kaçınmaları gerekir*<sup>17</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda öngörülen 15 gün içerisinde Sulh Ceza Mahkemesi’ne başvuru yolunun “5326 sayılı Kanun’da açıkça belirtildiği, bu konudaki mevzuatın karışık ve dağınık olmadığı”ni kabul etmek suretiyle, Anayasa md. 40/2 uyarınca bildirilmeyen özel dava açma süresi aşıldığından bahisle verilen red kararıyla başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçülü olarak nitelendirmiştir<sup>18</sup>.

Buna karşılık, Anayasa md. 40/2’ye uygun olmayan bildirim üzerine 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nda öngörülen zorunlu idari başvurunun hatalı mercie yapılması, yetkili olmayan merciin de kendini yetkili kabul ederek işlem tesis etmesi üzerine açılan davanın süreden reddi ile, “*nisbeten karışık ve dağınık*” olan mevzuatın aşırı şekilci (katı) yorumu sonucu idarenin hatasının bütün külfetinin başvurucuya yüklendiği ve mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir müdahalede bulunulduğu sonucuna ulaşılmıştır<sup>19</sup>. Benzer bir uyuşmazlıkta başvurucunun yabancı uyruklu olması, Danıştay’ın Anayasa md. 40/2’ye ilişkin uygulaması ve gümrük mevzuatının “*son*

<sup>17</sup> AYM, 20.04.2017, *Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, Başvuru No: 2014/13156, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 46. Aynı yönde bkz. AYM, 10.01.2018, *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Başvuru No: 2014/17994, RG 09.02.2018, S. 30327, § 49; AYM, 12.06.2018, *Mehmet Ziyat Özdemir Başvurusu*, Başvuru No: 2014/13899, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 51. Anayasa Mahkemesi Anayasa md. 40/2’nin Sözleşme ve Anayasa’nın ortak koruma alanında olmadığını belirttiği ve anılan düzenlemenin Anayasanın bütünlüğü ilkesi kapsamında dikkate alınması gerekeceğinden söz etmediği bir kararında da bu ifadeye yer vermeye devam ettiğini görüyoruz. Bkz. AYM, 21.10.2020, *Yaşar Koşar Başvurusu*, Başvuru No: 2018/37550, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 23.

<sup>18</sup> AYM, 20.04.2017, *Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, Başvuru No: 2014/13156, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 48. Benzer şekilde Türk Havayolları personelinin özlük haklarına ilişkin olarak Anayasa md. 40/2’ye aykırı bildirim üzerine “*özlük haklarına ilişkin olarak açtığı davanın idari yargının görev alanında olduğu ve davanın görevsiz yargı yerinde açılması durumunda da idari dava süresine ilişkin kısıtlamalara tabi olduğu*” hususu da Anayasa Mahkemesi tarafından mevzuat ve içtihat uyarınca belirsiz bir durum olarak kabul edilmemiştir. Bkz. AYM, 10.01.2018, *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Başvuru No: 2014/17994, RG 09.02.2018, S. 30327, § 53, 54. Anayasa md. 40/2’ye uygun olmayan AYİM kararına karşı karar düzeltme başvurusu (AYM, 10.05.2018, *Naci Beştepe Başvurusu*, Başvuru No: 2015/14665, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 22, 24); müstafi sayılma işlemine karşı açılan davası (AYM, 03.07.2018, *Veli Özdemir Başvurusu*, Başvuru No: 2015/15674, Bkz. AYM İnternet Sitesi; § 47, 48) süreden reddedilen başvurucuların da mahkemeye erişim haklarının ihlali iddiaları açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur.

<sup>19</sup> AYM, 12.06.2018, *Mehmet Ziyat Özdemir Başvurusu*, Başvuru No: 2014/13899, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 58.

*derece karışık ve dağınık*” niteliği göz önünde bulundurularak, “somut olayın özel koşullarında” Anayasa md. 40/2’ye uygun olmayan bildirim üzerine açılan davanın süreden reddedilmesi mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>20</sup>.

Mahkeme’nin güncel içtihadına göre, “Sözleşme’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde ve etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesinde, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan (...) bir güvence öngörülmemiştir. (...) Bu itibarla Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanının dışında kalan söz konusu güvencenin bireysel başvuru kapsamında incelenemeyeceği anlaşılmaktadır.”<sup>21</sup>. Bu kapsamda Anayasa md. 40/2’ye uygun olarak bildirilmeyen özel dava açma süresinin geçirilmiş

<sup>20</sup> AYM, 23.02.2016, *Mohammed Aynosah Başvurusu*, Başvuru No: 2013/8896, RG 24.03.2016, S. 29663, § 42. 4458 sayılı Kanun’daki zorunlu başvuru yollarının Anayasa md. 40/2’ye uygun olarak bildirilmemesi sonucu davanın süreden red ile sonuçlanmasına ilişkin bir başvuruda, Anayasa Mahkemesi Anayasa md. 40/2’nin bireysel başvurudaki yerine değinmemiş; ancak başvurucunun yaptığı temyiz başvurusunda yer verdiği, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun idarece tesis edilen bir işlemde başvurulacak merci ve süresi gösterilmemiş ise yazılı bildirim süreyi başlatmayacağı yönündeki kararlarına dayalı iddiasının karşılanmamış olması sebebiyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bkz. AYM, 15.10.2015, *Denktaş Nakliyat Turizm Ltd. Şti. Başvurusu*, Başvuru No: 2013/3963, RG 25.12.2015, S. 29573, § 39, 40, 41; AYM, 10.03.2016, *Yavuzlar Nakliyat Turizm Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, Başvuru No: 2013/3914, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 41; AYM, 10.03.2016, *Denktaş Nakliyat Turizm Ltd. Şti. Başvurusu (2)*, Başvuru No: 2013/3915, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 41.

Anayasa Mahkemesi, gıyapta verilen mahkumiyet kararına karşı temyiz başvurusunun süre yönünden reddedilmesi sebebiyle “mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz sınırlandırıldığı sonucuna varma[nın] mümkün görünme[diği]”ne karar verirken, sanıkların yokluğunda verilen kararın hüküm fıkrasında temyiz yolu, mercii ve süresinin gösterilmiş olmasına ve sürenin tebliğden itibaren başlatılmasına dayanmıştır. Bkz. AYM, 08.11.2017, *A.Ö. Başvurusu*, Başvuru No: 2014/5225, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 49, 51.

<sup>21</sup> AYM, 10.01.2019, *Feramuz Bekkaya Başvurusu*, Başvuru No: 2015/1165, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 25; AYM, 10.12.2019, *Nurşah Suna Başvurusu*, Başvuru No: 2016/13347, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 30; AYM, 21.10.2020, *Yaşar Koşar Başvurusu*, Başvuru No: 2018/37550, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 27.

Bu içtihat uyarınca Anayasa md. 40/2’ye aykırı bildirim üzerine davanın süreden reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvurucu iddiası, görevsiz adli yargı yerine başvurulmasının ardından açılacak davalara ilişkin yasa hükmü sarih, anlaşılabilir ve ulaşılabilir nitelikteki bulunduğundan ve mahkemece bu yasa hükmünün uygulanmasında bariz takdir hatası ya da açık bir keyfilik bulunmadığından, açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir. Bkz. AYM, 10.01.2019, *Feramuz Bekkaya Başvurusu*, Başvuru No: 2015/1165, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 27, 29; aynı yönde bkz. AYM, 10.12.2019, *Nurşah Suna Başvurusu*, Başvuru No: 2016/13347, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 33, 35.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

olmasından dolayı davanın reddinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiası Anayasa Mahkemesi'ne göre açıkça dayanaktan yoksun bulunmaktadır<sup>22</sup>.

Görüldüğü üzere, güncel içtihadı itibariyle Anayasa Mahkemesi Anayasa md. 40/2'yi bireysel başvuru kapsamında ihlali ileri sürülebilir bir güvence olarak kabul etmemekte; özellikle idari işlemlerin bildirimlerinde, özel dava açma süreleri bakımından dahi anılan düzenlemeye aykırılık sonucunda davanın süreaşımı sebebiyle reddi bireysel başvuru yolunda herhangi bir yaptırımla karşılanmamaktadır<sup>23</sup>. Bu durumda Anayasa md. 40/2'nin uygulanmasına ilişkin belirsizlikleri giderme konusunda Anayasa Mahkemesi de doğru merci değildir.

**Anayasa md. 40/2'yi anlamı, kapsamı, yaptırımı öngörülebilir ve amacına uygun bir biçimde uygulama konusunda, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve kanunkoyucu tarafından adeta yalnız bırakılmış olan idari yargı düzeninin bu sorumluluğunu şimdiye kadar gereği gibi yerine getirdiğinden söz edilmesi ne yazık ki mümkün gözükmemektedir.**

<sup>22</sup> AYM, 21.10.2020, *Yaşar Koşar Başvurusu*, Başvuru No: 2018/37550, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 34. Mahkeme bu kararda somut olayda başvuruçunun davayı avukat marifetiyle açmış olduğuna ve ivedi yargılama usulünde dava açma süresine ilişkin farklı uygulamalar ve belirsizlik bulunmadığına dikkat çekmiştir. Bkz. § 30.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin güncel içtihadında da Anayasa md. 40/2'ye uygunluk bakımından yargı yerleri tarafından başvuru yolları ve sürelerinin hatalı gösterilmesinden kaynaklanan hak kayıplarını ihlal yaptırımıyla karşıladığı söylenebilir. Buna göre, "mahkemelerin kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülükleri kapsamındaki hatalarından kaynaklanan sorumluluk, kanun yoluna başvuran bireylere yüklenmemelidir. Bu bakımdan kişilere atfedilemeyen ve tamamen mahkemelerden kaynaklanan hatalardan sorumlu tutularak mahkemeye erişimlerinin engellenmesi bu hakka yapılan müdahaleyi ölçüsüz kılabılır". Bu nedenledir ki, başvuru müdafinin yokluğunda, hazır olan başvuruçunun yüzüne karşı verilen hükümde başvurulacak kanun yoluna ilişkin bildirimde sürenin başlangıcının "başvuruçunun yönünden tefhim", "başvuruçunun müdafii yönünden tebliğ" şeklinde gösterilmesi üzerine, kararın müdafiyeye tebliğinden itibaren süresinde yapılan istinaf başvurusunun, başvuruçuya tefhimden itibaren yapılması gerektiği gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bkz. *Aydın Öztürk Başvurusu*, Başvuru No: 2018/34309, RG 02.04.2021, S. 31442, § 42, 46, 47.

<sup>23</sup> Başvuru yolları konusunda bilgilendirilmenin, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda ortak koruma alanını aştığı alanlardan biri olduğu yolundaki değerlendirme için bkz. EGELİĞİ Ömer Emrullah, "Etkili Başvuru Hakkı Özelinde Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Usulüyle Gerçekleştirmiş Olduğu Dönüşüm", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 18, 2020, s. 577, 578. Ancak yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, içtihadın güncel haliyle bu tespite katılmak mümkün gözükmemektedir.

Hukuk düzenine yeni girmiş bir normun uygulanmasında belirsizlik yaşanması olağan olmakla beraber, belli bir zaman geçtiği halde içtihadın müstakar hale gelmemiş olması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır<sup>24</sup>. Kişiler bakımından hukuk sisteminin öngörülebilir olmasını sağlamayı amaçlayan<sup>25</sup> bu yükümlülüğün geride bıraktığı yirmi yılı aşkın süredeki uygulamasına bakıldığında, süje ve obje bakımından kapsamı ile yaptırımı konusunda büyük bir belirsizlik yaşandığını, amacının aksine hukuk sistemini daha da öngörülemez hale getirdiğini söylemek abartılı olmayacaktır.

Yayla, yıllar önce tespit ettiği bu belirsizliklerin zamanla giderileceğine dair iyimser bir öngörude bulunmuş; ancak hukuk sistemi onun bu iyimserliğine ne yazık ki cevap verememiştir<sup>26</sup>. Belirsizliklerin İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı ile çözümlenebileceği görüşü<sup>27</sup> Danıştay tarafında karşılık bulmuş ve Anayasa md. 40/2'nin yürürlüğe girmesinden 21 yıl sonra konuya ilişkin olarak K. 2022/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı verilmiştir<sup>28</sup>. İctihadı birleştirme kurumunun amacı gereği, Anayasa md. 40/2'nin uygulanmasına ilişkin bütün belirsizliklerin bu kararla kalkmış olmasının beklenmesi olağandır. Ancak bu beklenti büyük ölçüde karşılan(a)mamıştır.

Öncelikle Anayasa md. 40/2'de işlemlerinde başvuru yolları ve süresini gösterme yükümlülüğüne tabi olan "Devlet" kavramı içine yasama ve yargı organlarının yasama ve yargı faaliyetine ilişkin işlemlerinin de girip girmediği meselesi İçtihatları Birleştirme Kurulu önüne gelen içtihat aykırılığının kapsamında bulunmadığından İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı ile giderilmesi mümkün olan bir belirsizlik değildir.

Gerçi İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında değinilen birçok daire kararının genel ilkeyi ortaya koyan kısımlarında yargı organının da Devlet

<sup>24</sup> AYM, 29.06.2022, *Tevfik Ayhan Başvurusu*, Başvuru No: 2019/17968, § 49, 50, *RG* 26.08.2022, S. 31935. Aynı yönde bkz. AYM, 21.04.2021, Leyla Yücel Başvurusu, Başvuru No: 2017/31861, § 50, 51, 52, *RG* 22.06.2021, S. 31519.

<sup>25</sup> "İdari işlemlerde başvuru yollarının gösterilmesi ilkesinin önemi, idari işlemle hak ve yükümlülükleri etkilenen bireylere, hukuk sisteminin karmaşık labirentlerini aşabilme olanağını sağlamasıdır.". Bkz. ATAY ŞANLI Yeliz, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, S. 96, 2011, s. 293.

<sup>26</sup> YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, 1. Bası, Eylül 2009, s. 461, dn. 1155.

<sup>27</sup> AKBULUT Emre, "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi", *TBB Dergisi*, S. 81, 2009, s. 12.

<sup>28</sup> Dan. İBK, 15.03.2022, E. 2021/2, K. 2022/1, *RG* 19.06.2022, S. 31871.



kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiş ise de<sup>29</sup>, İctihatları Birleştirme Kurulu kararında çok açık bir şekilde “*kişinin mağduriyetinin kaynağı, başvuru yolu ve süresini işlemde belirtmeyen ilgili idare olup, (...) kişinin idareden kaynaklanan bu mağduriyetinin giderilmesi*”nin kararın konusunu oluşturduğu ortaya konulmuştur.

Oysa ki Anayasa md. 40/2’de öngörülen yükümlülüğün yargı yerlerince gereği gibi yerine getirilmemesi de, kişilerin mahkemeye erişim ve etkili başvuru haklarını ihlal edebilmektedir. Mahkeme kararlarında kanun yolu, başvuru mercii ve süresinin yer almaması ihtimali dışında<sup>30</sup>, görevsiz adli yargı yerinde açılan dava sonucunda verilen görev red kararında İYUK md. 9’da öngörülen 30 günlük sürede idari yargıya başvuru yolunun gösterilmemesi<sup>31</sup>; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca adli yargı yerince malike yapılan tebligatta 30 günlük özel dava açma süresinin bulunmaması<sup>32</sup>; İYUK md. 13’de öngörülen ön karar başvurusu yapılmadan açılan tam yargı davasında verilen merciiine tevdi

<sup>29</sup> Örneğin Dan. 2. D., 23.12.2015, E. 2015/3801, K. 2015/10789, DD, S. 141, s. 131. Yargı kararlarının da Anayasa md. 40/2 kapsamında bulunduğuna ilişkin olarak bkz. ATAY ŞANLI, s. 304, 305; KOÇ Emin, “Türk Hukuku’nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi*, S. 145, 2019, s. 326.

<sup>30</sup> 2001 Anayasa değişikliklerinden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (md. 34/2, 231/2, 232/6) ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu’nda (md. 297-1-ç, 359-1-f) mahkeme kararlarında başvuru yolları, mercii ve süresinin gösterilmesine ilişkin düzenlemeler öngörüldüğü halde İYUK’da bu yönde bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak uygulamada idari yargı kararlarında da karara karşı başvuru yolu, mercii ve süresi gösterilmektedir.

Yargıtay Mahkeme kararları bakımından Anayasa md. 40/2’yi uygulamakta; kanun yolu, mercii veya süresini eksik, hatalı veya muğlak gösteren ya da hiç göstermeyen kararlara karşı kanun yolu başvurusunun süreden reddedilemeyeceğine hükmetmektedir. Bkz. Y. CGK, 30.01.2007, E. 2007/3-9, K. 2007/18; Y. 3. CD, 11.07.2007, E. 2007/7606, K. 2007/5947; Y. CGK, 26.05.2009, E. 2009/2-50, K. 2009/130; Y. 10. CD, 08.11.2010, E. 2008/6189, K. 2010/24109; Y. 7. CD, 15.06.2011, E. 2011/6883, K. 2011/7982; Y. CGK, 25.12.2012, E. 2012/13–1300, K. 2012/1869; Y. CGK, 26.03.2013, E. 2012/11-1312, K. 2013/99; Y. 15. CD, 26.05.2014, E. 2013/20014, K. 2014/10288; Y. CGK, 13.10.2015, E. 2015/120, K. 2015/313; Y. CGK, 25.12.2018, E. 2015/98, K. 2018/692; Y. 9. HD, 31.03.2022, E. 2022/3453, K. 2022/4246. Kararlar için bkz. Legalbank.

<sup>31</sup> Bu durumda Anayasa md. 40/2 uyarınca genel dava açma süresi olan 60 günlük sürenin uygulanacağına ilişkin karar için bkz. Dan. 6. D., 10.02.2016, E. 2014/8728, K. 2016/484, DD, S. 142, s. 397.

<sup>32</sup> Bu durumda Anayasa md. 40/2 uyarınca genel dava açma süresi olan 60 günlük sürenin uygulanacağına ilişkin kararlar için bkz. Dan. İDDK, 10.11.2014, E. 2013/3570, K. 2014/392, DD, S. 140, s. 337; Dan. 6. D. 16.06.2016, E. 2015/3791, K. 2016/4333, DD, S. 143, s. 59; Dan. 6. D., 10.09.2018, E. 2018/1260, K. 2018/6582, DD, S. 149, s. 393.

kararında, açık veya zımni red kararı üzerine 60 gün içerisinde dava açılması gerektiğinin bildirilmemesi<sup>33</sup>; zorunlu bir idari başvuru yapılmadan açılan davada verilen merciine tevdi kararında yine açık veya zımni red kararı üzerine açılacak davanın süresinin belirtilmemesi<sup>34</sup> uygulamada sıklıkla yaşanan örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Devlet kavramı kapsamında bulunan yasama organının idari işlemleri dışındaki işlemlerinin Anayasa md. 40/2'ye tabi olup olmadığı sorusu da, K. 2022/1 sayılı İBK kapsamına girmediğinden, bu konudaki belirsizlik de devam etmektedir. Kanunların Anayasa'ya aykırılığını iddia hakkının doğrudan bireylere tanınmamış olması karşısında kanunların bu kapsamda bulunmadığı söylenebilir de<sup>35</sup>, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ile milletvekilliğinin düşürülmesi<sup>36</sup> kararlarının Anayasa md. 40/2 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Diğer taraftan yasama organının Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyelerinin<sup>37</sup>, Anayasa Mahkemesi üyelerinin, Sayıştay Başkan ve üyelerinin<sup>38</sup>, Kamu Başdenetçisinin seçimi gibi bireysel nitelikteki işlemlerinin fonksiyonel anlamda idari kabul edilmesi halinde Anayasa md. 40/2'ye tabi olduğunun kabulü gerekecektir.

Yasama ve yargı organının yasama ve yargı faaliyetine ilişkin işlemlerinin Anayasa md. 40/2 karşısındaki durumuna ilişkin belirsizlikler bir kenara bırakılırsa, K. 2022/1 sayılı İBK ile Anayasa md. 40/2'nin yazılı olarak bildirilen idari işlemlere uygulanmasına ilişkin birçok belirsizliği ortadan kaldırdığı söylenebilir (I). Bu kapsamda artık belirli ve öngörülebilir

<sup>33</sup> Bu durumda Anayasa md. 40/2 uyarınca davanın süreden reddedilemeyeceğine ilişkin karar için bkz. Dan. 10. D., 19.10.2020, E. 2018/3979, K. 2020/3931, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1. Aksi yöndeki karar için bkz. Dan. 15. D., 11.02.2015, E. 2013/3589, K. 2015/743, *DD*, S. 139, s. 338.

<sup>34</sup> Bu durumda Anayasa md. 40/2 uyarınca süreden red kararı verilemeyeceğine ilişkin kararlar için bkz. Dan. 7. D., 24.12.2018, E. 2016/9084, K. 2018/6223, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 7. D., 05.03.2019, E. 2016/6253, K. 2019/982, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 9. D., 23.02.2021, E. 2019/6710, K. 2021/1212, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 9. D., 22.03.2021, E. 2020/1734, K. 2021/2140, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

<sup>35</sup> Kanunlarda ilgililerin hangi usulü izleyerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmasını sağlayabileceklerinin belirtilebileceği yolundaki görüş için bkz. KOÇ, s. 318.

<sup>36</sup> KOÇ, s. 319, 320.

<sup>37</sup> Yasama organının Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na üye seçimi işleminin idari yargı görev alanına girdiğine ilişkin bkz. Dan. 5. D., 24.01.2007, E. 2005/5627, K. 2007/72, *DD*, S. 115, s. 195.

<sup>38</sup> Yasama organının Sayıştay'a üye seçimi işleminin idari yargının görev alanına girmediğine ilişkin bkz. Dan. 5. D., 16.12.1987, E. 1987/2379, K. 1987/1785, *DD*, S. 70-71, s. 271.

hale gelen uygulamanın, Anayasa md. 40/2’nin lafzına ve amacına ne kadar uygun olduğu üzerinde ayrıca durulacak olmakla beraber; K. 2022/1 sayılı İBK ortadan bilinçli olarak kaldırmadığı belirsizlikler yönünden hukuken sorgulanmaya açıktır (II).

## I. ANAYASA MD. 40/2’NİN UYGULANMASINA İLİŞKİN OLARAK K. 2022/1 SAYILI İBK’NİN ORTADAN KALDIRDIĞI BELİRSİZLİKLER

K. 2022/1 sayılı İBK ile Anayasa md. 40/2’nin doğrudan uygulanabilirliği kabul edilmiş (A); yazılı olarak bildirilen idari işlemler bakımından da “yaptırımı” öngörülebilir hale gelmiştir (B).

### A. Anayasa Md. 40/2’nin Doğrudan Uygulanabilirliği

Anayasa’nın “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” başlıklı 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin “*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları*” olduğu öngörülmüştür. Uygulanmayan bir Anayasanın bağlayıcılığından söz edilemeyeceğine göre, söz konusu düzenlemede sayılan tüm Devlet organlarının tüm eylem ve işlemlerinde Anayasayı doğrudan uygulamakla yükümlü olduğu tereddütsüz söylenebilmelidir<sup>39</sup>.

Ancak Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM İçtüzüğü’nün Anayasa’ya uygunluğunun denetimi yetkisinin Anayasa ile Anayasa Mahkemesi’ne verilmiş olması karşısında, anılan işlemlerin Anayasa’ya uygunluğunu değerlendirmek suretiyle Anayasa Mahkemesi dışındaki yargı mercileri ile idarenin Anayasa’yı doğrudan uygulayıp uygulayamayacağı haklı bir soru olarak belirmektedir. Anayasa Mahkemesine verilmiş olan yetkinin tekel niteliği dolayısıyla kural olarak olumsuz olarak cevaplandırılan bu soru, Anayasa’nın üstünlüğü ve

<sup>39</sup> GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 23. Bası, Ekim 2005, s. 45; AKYILMAZ Bahtiyar, “İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var mı?”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu*, 2016, Danıştay Yayınları No: 91, s. 213; ATAR Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 22; ULUSOY D. Ali, *Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2022, s. 66. Önceki kanunun sonraki Anayasaya uygunluğu kapsamında gündeme gelen Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği sorununu, zamandan bağımsız genel doğrudan uygulanabilirlik sorunundan ayrı tutmak gerekir. Bu kapsamda 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası (md. 177/e) yürürlüğe girdikten sonra Anayasa öncesi çıkarılmış ve yeni Anayasa’ya aykırı gelen kanunların uygulanmayıp doğrudan Anayasa hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Dan. İBK, 12.02.1970, E. 1969/2, K. 1970/1, DD, S. 1, s. 90; Dan. 5. D., 20.05.1993, E. 1993/570, DD, S. 88, s. 243.

bağlayıcılığı üzerine kurulu bir hukuk sisteminin kör noktalarına işaret etmesi bakımından büyük önem arz etmekte; perde-yasa kuramı<sup>40</sup> çerçevesinde ortaya konulan bu kör nokta kazalarının, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile Hukuk Devleti ilkeleri gereğince en aza indirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda 2001 Anayasa değişiklikleri ile getirilen Anayasa md. 40/2 düzenlemesinin de bir kör nokta kazasına kurban olması ihtimali, gerek doktrin gerek yargı kararlarında gündeme gelmiştir. Zira söz konusu anayasal düzenlemeye aykırı bir kanuni düzenleme yapılmamışsa da, kanunkoyucu Anayasa md. 40/2 karşısında adeta kayıtsız kalmıştır.

Aslında bu kayıtsızlık Anayasa md. 40/2 ile Anayasa Mahkemesi dışındaki yargı yerleri ve idare arasında perde oluşturabilecek bir kanunun yokluğu sebebiyle kör nokta kazasını büyük ölçüde engellemektedir. Zira kanunkoyucunun suskun kaldığı bir konuda Anayasa'nın somut bir düzenleme getirmesi halinde, aslında perde saydamlaşmakta<sup>41</sup>; gerçek bir Anayasa'ya aykırılık dahi söz konusu olmamakta; Anayasa doğrudan uygulanabilmektedir<sup>42</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa md. 40/2'nin uygulanması için “*her kanunda özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır.*”<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı konusunda Türk hukukuna benzer bir yapı gösteren Fransız hukukunda da Anayasa'ya aykırı idari işlemlere iptal ve ihmal yaptırımını uygulamak konusunda kural olarak idare yargıcının yetkili olduğu kabul edilse de, idari işlemlerle Anayasa arasında giren Anayasa'ya aykırı bir kanunun söz konusu yaptırımın uygulanmasına engel teşkil edebileceği ihtimaller de öngörülmektedir. Bkz. FRIER Pierre-Laurent – PETIT Jacques, *Droit Administratif*, LGDJ, 12<sup>e</sup> édition, 2018-2019, s. 61. “Loi-écran” kuramı kapsamında ortaya konulan bu ihtimallerin Türk hukukunda uygulanabilirliğine ilişkin olarak Bkz. BÜLBÜL Erdoğan, “Perde-Yasa Kuramının Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, İstanbul, 2003, s. 195-210.

<sup>41</sup> BÜLBÜL, s. 207.

<sup>42</sup> TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, Güncelleştirilmiş 19. Baskı, Eylül 2019, s. 134.

<sup>43</sup> AYM, 08.12.2004, E. 2004/84, K. 2004/124, RG 02.12.2005, S. 26011; AYM, 23.02.2016, *Mohammed Aynosah Başvurusu*, Başvuru No: 2013/8896, RG 24.03.2016, S. 29663, § 41. 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun kapsamına giren “çalışanlar”ın Anayasa'da sendika kurma hakkı tanınan çalışanlardan daha dar bir anlama sahip olmasının Anayasa'ya aykırılığı iddiasını değerlendiren Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın sendika kurma hakkını öngören düzenlemesini doğrudan uygulanabilir nitelikte kabul ederek, “274 sayılı Sendikalar Kanunu metni dışında kalıp da Anayasa'nın (Çalışanlar) deyimini kavramına giren işçiler, 274 sayılı Sendikalar Kanununa göre değil, Anayasa'nın 46. maddesi gereğince tüzükleri, yönetim ve işyerleri demokratik esaslara, Anayasa ilkelerine aykırı olmamak koşulu ile sendikalar ve sendika birlikleri kurabil[eceği]” gerekçesiyle YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)

Anayasa md. 40/2’nin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadı, idari yargı yerleri tarafından da, sınırlı sayıdaki istisnai karar<sup>44</sup> dışında kabul edilmiştir<sup>45</sup>. K. 2022/1 sayılı İBK ile de bu kabul artık bağlayıcı hale gelmiş; Anayasa md. 40/2’nin herhangi bir kanuni düzenleme olmadığı sürece doğrudan uygulanamayacağına ilişkin sınırlı sayıdaki karara ilişkin olarak “mahkemeye erişim hakkını zorlaştıran aşırı katı bir yorum” değerlendirmesinde bulunulmuştur.

Gerçekten de Anayasa md. 40/2 düzenlemesi ile getirilen yükümlülüğün, somut içeriği itibariyle doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğunun kabulü gerekmektedir<sup>46</sup>. Diğer taraftan anılan düzenlemenin yaptırım konusundaki

---

Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddetmiştir. Bkz. AYM, 26-27.09.1967, E. 1963/336, K. 1967/29, RG 19.10.1968, S. 13031.

<sup>44</sup> Dan. 7. D., 11.04.2007, E. 2006/41, K. 2007/1679, DD, S. 116, s. 228; Dan. VDDK, 20.06.2008, E. 2008/124, K. 2008/372, DD, S. 120, s. 92; Dan. 3. D., 15.06.2009, E. 2008/1635, K. 2009/2126, DD, S. 122, s. 210; Dan. VDDK, 15.05.2009, E. 2008/604, K. 2009/215, DD, S. 124, s. 141; Dan. 8. D., 11.05.2011, E. 2011/1456, K. 2011/2671, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 14. D., 14.06.2017, E. 2016/662, K. 2017/4012, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 6. D., 24.10.2019, E. 2019/10557, K. 2019/10084, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 13. D., 07.01.2020, E. 2019/2576, K. 2020/40, Bkz. Legalbank.

<sup>45</sup> “Kural olarak Anayasa hükümleri doğrudan uygulanacak hükümler olmayıp, Anayasada öngörülen düzenlemelere ilişkin olarak uygulama ile ilgili kanunların çıkarılması gerekir. Ancak Anayasanın ayrıntılı biçimde düzenlediği konularda uygulama kanunu çıkarılması gerekmediği gibi, mevcut kanunda Anayasaya uygunluğu sağlayacak değişiklik yapılması gerekiyorsa bu değişikliğin yapılması beklenilmeden ayrıntılı Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir... Anayasanın 40. maddesinin ikinci fıkrası, ayrı bir yasal düzenlemeyi gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir kural olup, öncelikle uygulanma zorunluluğu vardır.” Bkz. Dan. 14. D., 07.02.2013, E. 2012/4891, K. 2013/697, RG 20.06.2013, S. 28683. Aynı yönde bkz. Dan. 4. D., 13.11.2006, E. 2005/2134, K. 2006/2156, DD, S. 115, s. 177; Dan. 9. D., 14.03.2013, E. 2012/8105, K. 2013/1931, Bkz. Legalbank; Dan. VDDK, 30.04.2013, E. 2011/235, K. 2013/195, DD, S. 134, s. 564; Dan. 13. D., 26.11.2014, E. 2014/3745, K. 2014/3772, DD, S. 138, s. 503; Dan. 7. D, 21.01.2016, E. 2012/5968, K. 2016/321, DD, S. 143, s. 410; Dan. 13. D., 01.11.2017, E. 2014/1028, K. 2017/2778, DD, S. 147, s. 289; Dan. 13. D., 26.12.2019, E. 2019/3765, K. 2019/4683, DKD, S. 3, s. 508. Danıştay’ın idari fonksiyonlarını yürüten birinci dairesi de bir kararında, İçişleri Bakanlığı tarafından verilen şikayetin işleme konulmaması kararının, Anayasa md. 40/2’de belirtilen bilgileri içerir şekilde şikayetçiye tebliğ edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Dan. 1. D., 28.04.2015, E. 2015/706, K. 2015/653, DD, S. 141, s. 176.

<sup>46</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. BÜLBÜL, s. 196; ATAY ŞANLI, s. 311, 315; SAMADİ Volkan – Sıdar TUNCA, “Yargı Kararları Işığında Kamu İhalelerine İlişkin Tesis Edilen İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğüne Uyulmaması Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 110, Ekim 2015, s. 130; DURSUN Hasan, “İdari İşleme Karşı Dava Açma Süresinin Gösterilmemesi, İşlemi Hukuka Aykırı Hale Getirir mi?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 40, Aralık 2019, s. 88, 92; KOÇ, s. 309; BÖLÜKBAŞI Mustafa *YUHFD Vol. XX No.1 (2023)*

suskunluğu sebebiyle, uygulanması için yasama organının iradesine ihtiyaç bulunduğu da savunulabilir bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>47</sup>.

## B. Anayasa md. 40/2'nin Yaptırımı

Anayasa md. 40/2'nin uygulanmasına ilişkin öngörülemezlik hali “doğrudan uygulanabilirlik” kararıyla ortadan kalkmamakta; Anayasa md. 40/2'ye aykırılığın yaptırımının belirsizliği ve bu konudaki uygulamanın çeşitliliği anılan düzenleme ile amaçlanan öngörülebilirliğin aksine bir sonuç doğurmaktadır. K. 2022/1 sayılı İBK gerek bertaraf ettiği yaptırımlar (1) gerek benimsediği “yaptırım” (2) bakımından bu belirsizliği bir ölçüde kaldırmaktadır.

### 1. K. 2022/1 SAYILI İBK İLE BERTARAF EDİLEN YAPTIRIMLAR

Anayasa md. 40/2'nin doğrudan uygulanmasının hukuki sonucunun ne olması gerektiği, başka bir deyişle yaptırımı konusunda doktrin ve içtihatla çeşitli ihtimaller gündeme getirilmiş; K. 2022/1 sayılı İBK'da belli bir yaptırımın benimsenmesi suretiyle, diğer yaptırımlar bertaraf edilmiştir. Bertaraf edilen yaptırımlardan “şekil unsuru sakatlığı” Anayasa md. 40/2'ye

Oğuzhan, “Devlet İşlemlerinde Kanun Yolları, Merciler ve Başvuru Sürelerini Gösterme Yükümlülüğü (Anayasa'nın 40/2. Maddesi)”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 15, Haziran 2020, s. 101, 106, 119; ÇAPTUĞ Mehpere, *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2020, s. 189; ALBAYRAK SEKBAN Esengül, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri ve Genel Esasları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 113; ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 55.

<sup>47</sup> Bu kapsamda hukuki güvenlik ve kuralın uygulanabilirliğinin artırılması (ÇAPTUĞ, s.190.); anayasal hükme verilen teorik anlamın hukuken ve pratik uygulanabilirliğinin sağlanabilmesi (KOÇ, s. 310, 340.); uygulamadaki tereddütlerin kaldırılması (AKYILMAZ Bahtiyar, “Bir İdari Usul İlkesi Daha: Anayasa m.40/2 Başvuru Yollarının Gösterilmesi”, *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 2003, s. 89; AKYILMAZ Bahtiyar, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 1-2, 2003, s. 152; AKYILMAZ Bahtiyar – SEZGİNER Murat – KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ekim 2021, s. 539, dn. 59.) açısından yasal düzenleme yapılması gerektiği savunulmuş; bunun için de İYUK md. 7'de değişiklik yapılması (ALBAYRAK SEKBAN, s. 116.); her kanunda bulunan yürürlük ve yürütme maddelerine ek olarak üçüncü bir madde ilave edilerek işlemlerde genel olarak idarelere başvuru süresi ile başvuru yapılacak merciyi gösterme yükümlülüğü getirilmesi (BÖLÜKBAŞI, s. 101, 107.); idari usul kanunu çıkarılarak bu kanunda anılan yükümlülüğün yaptırımının öngörülmesi (ATİK ÇOBAN Ayşegül, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi ve İdari Yargıda Dava Açma Süresi Çerçevesinde Danıştay 13. Dairesinin 26.11.2014 Günlü ve E.2014/3745, K.2014/3772 Numaralı Kararının İncelenmesi”, 5. *İdare Hukuku Buluşması - Danıştay Kararları İncelemeleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 130.) gibi öneriler getirilmiştir. *YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

aykırı işlemi hukuka aykırı kılarken<sup>48</sup> (a); diğerleri, K. 2022/1 sayılı İBK ile benimsenen yaptırım gibi dava açma süresine ilişkindir (b).

a. Şekil Unsuru Sakatlığı

Anayasa md. 40/2’nin gereğinin yerine getirilmesi, idari işlemin metninde başvuru yolu, mercii ve süresinin belirtilmesini gerektirmekte; başka bir deyişle Anayasa md. 40/2 idari işlemin dış görünüşü ile ilgili bir kural öngörmektedir. Bu açıdan ele alındığında başvuru yolu, mercii ve süresini içermeyen bir idari işlemin şekil yönünden hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülebilmesi mümkün gözükmemektedir<sup>49</sup>.

Bu kapsamda, Anayasa’da öngörülen bu şekil kuralının tali-asli değerlendirilmesine gidilmeksizin işlemi sakatlayacağı ve iptalini gerektireceği<sup>50</sup>; işlemine karşı başvuru yolları ve süresini göstermek zorunda olan bir idarenin, işleme karşı olası başvuruları hesaba katarak

<sup>48</sup> İdari işlemin bildirimının işlemin kesinleşmesini sağlayacağı görüşü çerçevesinde, Anayasa md. 40/2’ye uygun olmayan bir bildirim idari işlemin kesinleşmesine engel olabileceği, dolayısıyla böyle bir işlemin idari davaya konu olamayacağı düşünülebilirse de, bildirim idari işlemin varlığına değil, uygulanabilirliğine ilişkin bir koşul olduğu kabul edilmelidir. Bkz. YAYLA, s. 126; FRIER – PETIT, s. 601.

Ancak Danıştay’ın Anayasa md. 40/2’ye uygun olmayan biçimde bildirilen idari para cezası ile ilgili düzenlenen ödeme emrinin konusu kamu alacağının kesinleştiğinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla ödeme emrinin esastan hukuka aykırı olduğu yolunda kararları bulunmaktadır. Bkz. Dan. 15. D., 13.06.2011, E. 2011/379, K. 2011/219, DD, S. 130, s. 252; Dan. 8. D., 12.11.2013, E. 2010/4364, K. 2013/7777, DD, S. 136, s. 216. Danıştay bir başka kararında da, Gümrük Kanunu uyarınca tesis edilen vergi tahakkuk ve para cezalarına karşı öngörülen zorunlu idari itiraz başvurularını 30 gün içerisinde karara bağlayarak karşılığında tebliğ etme görevi olan idarenin bu görevini yerine getirmemesi karşısında ek tahakkuk ile para cezalarının kesinleştiğinden bahsedilemeyeceğinden ödeme emri düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz. Dan. 7. D., 04.04.2018, E. 2016/221, K. 2018/2342, DD, S. 149, s. 346. Söz konusu Danıştay kararlarında Anayasa md. 40/2’ye aykırı olduğu için kesinleşmediği kabul edilen işlem, dava konusu olan ödeme emri değil, ödeme emrinin konusunu oluşturan kamu alacağına ilişkin idari işlemdir. Dolayısıyla bu kararlarda Danıştay’ın Anayasa md. 40/2’ye aykırılığının yaptırımı olarak “kesinleşmeme”yi uyguladığı kabul edilse dahi, bu durum davanın ilk inceleme aşamasında reddine değil, esastan iptaline yol açmıştır. “Kesinleşmeme” yaptırımının doğrudan dava konusu işleme uygulanması ve davanın kesin ve yürütülebilir idari işlem bulunmadığından bahilse ilk inceleme aşamasında reddedilmesi halinde, yaptırım anayasal yükümlülüğünü yerine getirmeyen idareye değil, bu durumun mağduru olan davacıya uygulanmış olacaktır ki; Anayasa md. 40/2’nin amacına aykırı böyle bir uygulamaya Danıştay kararlarında rastlanmamıştır.

<sup>49</sup> DURSUN, s. 92, 93; BÖLÜKBAŞI, s. 105, 106, 115.

<sup>50</sup> AKYILMAZ, “İkibinli Yıllarda...”, s. 213, 214. Yazar şekil unsuru sakatlığından iptali “ilknenin uygulanmaya başlamasına imkân sağlayacak adım” olarak nitelendirmiştir.

farklı bir işlem tesis edebileceği, bu nedenle Anayasa md. 40/2'nin her durumda esasa etkili bir şekil unsuru sakatlığı olduğu<sup>51</sup>, “şekil unsuru sakatlığı yaptırımı”nın idareleri Anayasa md. 40/2'yi uygulamaya yönlendirmek konusunda etkili olacağı savunulmuştur<sup>52</sup>.

Diğer taraftan şekil unsuru sakatlığı meselesine, başka bir deyişle dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetimine geçilebilmesi için, Anayasa md. 40/2'nin uygulanmamış olmasından dolayı davanın görülmesine engel olacak görev, yetki, idari merci tecavüzü, süre gibi ilk inceleme sebeplerine aykırılıkların söz konusu olmaması gerekmektedir<sup>53</sup>. Bu ihtimalde de Anayasa md. 40/2'ye aykırılığa rağmen davacının davasını doğru usulü uygulayarak süresinde açmış olması karşısında, işlemin iptaline sebep olabilecek esasa etkili bir şekil unsuru sakatlığının bulunmadığı sonucuna ulaşılması da makul gözükmektedir<sup>54</sup>.

Anayasa md. 40/2'yi uygulamanın idare üzerindeki adeta psikolojik etkisinden yola çıkarak, işleminde başvuru yolları ve süresini gösteren bir idarenin işlemi farklı tesis edebileceğini, dolayısıyla Anayasa md. 40/2'ye aykırılığın asli bir şekil sakatlığı olduğunun kabulü de, hiçbir halde objektif olarak sağlamasının yapılması mümkün olmayan bir varsayım olup<sup>55</sup>, aslitali şekil sakatlığı ayırımı sübjektifleştiren ve yargıcı idareyle empati yapmaya yönlendiren yönüyle eleştiriye açıktır.

Diğer taraftan yetki ve şekil idari işlemin dış unsurları olup; bu unsurlar yönünden verilen bir iptal kararı üzerine idare aynı içerikteki işlemi, iptale yol açan şekil unsuru sakatlığını ortadan kaldırarak yeniden tesis edebilecek; davacı yeniden dava açmak durumunda kalacaktır<sup>56</sup>.

İlk inceleme aşamasından geçmiş bir davada, esas amacı davaların ilk inceleme aşamasından sorunsuz geçmesini ve idarenin hukuka

<sup>51</sup> ATİK ÇOBAN, s. 124, 127. Yazar Anayasa md. 40/2'ye aykırılığın doğrudan hak arama özgürlüğünün ihlali olması sebebiyle yokluk yaptırımının düşünülebileceği görüşündedir. ATİK ÇOBAN, s. 128.

<sup>52</sup> ATİK ÇOBAN, s. 130; BÖLÜKBAŞI, s. 116, 120.

<sup>53</sup> Bölükbaşı şekil unsuru sakatlığının yaptırımı olarak dava açma süresinin sınırsız olarak kabul edildiğini ileri sürmüş ise de, idari yargılama hukukumuza süre ilk inceleme sebepleri arasında, şekil unsuru ise idari işlemin hukuka uygunluğuna ilişkin esas denetimi kapsamında yer almakta olup; esas incelemesi sonucunda tespit edilecek bir hukuka aykırılığın yaptırımının ilk inceleme sebepleri arasında bulunması hukuken mümkün gözükmemektedir. Bkz. BÖLÜKBAŞI, s. 105, 110, 116.

<sup>54</sup> KOÇ, s. 338.

<sup>55</sup> Akbulut'a göre, “işleminde başvuru yolu ve süresi gösterilse de gösterilmese de işlemin özünün değişmeyeceği tabiidir”. Bkz. AKBULUT, s. 9.

<sup>56</sup> AKBULUT, s. 9, 10.



uygunluğunun denetimini sağlamak olan Anayasa md. 40/2 düzenlemesinin, dava konusu işlemin şekil yönünden iptaline sebep olacak, başka bir deyişle iç unsurları yönünden hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasına engel olacak şekilde yorumlanması Anayasa md. 40/2’nin amacı ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa md. 40/2’nin amacının aksine davacıyı etkili başvuru hakkından mahrum edecek ve davasının esasının mahkeme önünde dinlenilmesini katı bir şekilcilikle erteletecek olan bu ihtimal K. 2022/1 sayılı İBK öncesi içtihadatta da<sup>57</sup>, söz konusu kararda da karşılık bulamamış; böyle bir yaptırım ihtimali söz konusu edilmemiştir.

K. 2022/1 sayılı İBK’nın bir karşı oyunda belirtildiği gibi AY md. 40/2’de öngörülen “zorunluluğun yerine getirilmemesinin hukuka aykırılık teşkil ettiği hususunda bir tereddüt bulunmamakta olup başvuru yolları ve süresinin işlemde belirtilmemesi, işlemi şekil yönünden hukuka aykırı kılan değil, bildirimini usulsüz hale getiren bir zorunluluk olarak değerlendirilmelidir.”<sup>58</sup>. Usulsüz bildirim dava açma süresine etkisi konusunda ise farklı ihtimaller gündeme gelebilmektedir.

#### b. Dava Açma Süresine İlişkin Olarak Kabul Edilmeyen Yaptırımlar

Anayasa md. 40/2 idari işlemin bildiriminde yer alması zorunlu hususları düzenlemekte; bu zorunluluğa uyulmamasının hukuki sonucu da,

<sup>57</sup> Ödeme emrine karşı süresinde açılan davada ödeme emrinin şekil yönünden iptaline ilişkin vergi mahkemesi kararının bozulmasına ilişkin Danıştay kararında “İlgili mevzuatta belirtilen usule uygun olarak yapılan başvuru nedeniyle idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi sırasında, söz konusu işlemin, başvuru zamanının ve yerinin bulunmadığı gerekçesiyle şekil yönünden hükümsüz kabul edilmesi Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrası ile sağlanmak istenen amacı aşan bir yorum” olarak değerlendirilmiştir. Ancak kararda “6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulu Hakkında Kanununun 55 inci maddesinde, (...) bir ödeme emrinde bulunması gereken hususlar ve ibareler sayılmakla birlikte, ödeme emri tebliği üzerine hangi yargı yerine veya makama başvurulması gerektiği ve başvurunun süresinin ne olduğu yolunda bir belirlemenin bulunmadığı”nın da belirtilmesi, Anayasa md. 40/2’ye uygun bir kanuni düzenleme bulunsaydı farklı bir sonuca mı ulaşılabirdi sorusunu da haklı olarak akla getirmektedir. Bkz. Dan. 9. D., 03.11.2010, E. 2008/559, K. 2010/5801, DD, S. 126, s. 285.

Yargıtay’ın bir kararında da Anayasa md. 40/2’de öngörülen hususları içermeyen bir borç bildirim belgesinin usulüne uygun düzenlenmediği gerekçesiyle usulüne uygun bir borç bildirim belgesi düzenlenerek yasal prosedürün yeniden işletilmesi gerektiğine karar verilmiş; iptal davası açısından değerlendirildiğinde şekil unsuru sakatlığından iptalle benzeşen bir sonuca ulaşılmıştır. Bkz. Y. HGK, 12.02.2019, E. 2015/10-3512, K. 2019/134, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası

<sup>58</sup> Aynı yönde bkz. SAMADİ – TUNCA, s. 126.

bildirilmeyen hususların yaptırımının uygulanmaması; başka bir deyişle usulüne uygun olarak yetkili merci önünde süresinde yapılmamış bir başvurunun esasının incelenmesi olarak kabul edilmektedir. Böylece, idarenin yargı denetimine karşı sahip olduğu yasal kalkanlardan yararlandırılmaması yaptırımının uygulanması suretiyle, Anayasa md. 40/2'nin hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırma amacı en kısa ve etkin yoldan gerçekleştirilmektedir.

Ancak Anayasa md. 40/2'ye aykırılık sebebiyle idarenin yargı denetimine karşı sahip olduğu yasal kalkanların mutlak olarak mı yoksa belli bir ölçüde mi kaldırılacağı, belli bir ölçüde kaldırılacaksa bu ölçünün ne olacağı sorularına farklı cevaplar verilmesi mümkündür. K. 2022/1 sayılı İBK ile bu soruya verilebilecek cevaplardan “dava açma süresinin işlememesi” (i) ve “içtihadı makul süre belirlenmesi” (ii) bertaraf edilmiştir.

#### *i. Dava Açma Süresinin İşlememesi*

Danıştay'ın bazı kararlarına göre, Anayasa md. 125/3 uyarınca dava açma süresini başlatacak olan bildirim, Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa md. 40/2'nin amir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresini başlatmayacaktır<sup>59</sup>. Anayasa md. 40/2 uyarınca kanun yolu, başvuru mercii ve süresi bildirilmeyen işlemlerin ilgisine tebliği dava açma süresini başlatmayacağından, bu tür işlemlere karşı açılan davalar süreaşımı sebebiyle reddedilemeyecektir<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Dan. 13. D., 26.11.2014, E. 2014/3745, K. 2014/3772, *DD*, S. 138, s. 503; Dan. 13. D. 29.12.2020, E. 2020/3779, K. 2020/4013, Bkz. Legalbank; Dan. İBK, 15.03.2022, E. 2021/2, K. 2022/1, *RG* 19.06.2022, S. 31871, Karşı Oy: “Anayasa'da yer alan düzenlemenin Devletin tüm işlemleri açısından geçerli bir zorunluluk içermesi ve genel veya özel dava açma süreleri bakımından herhangi bir ayırım öngörülmemesi” karşısında, Anayasa md. 40/2'ye aykırı işlemlere karşı dava açma süresinin işletilmemesi gerektiği savunulmuştur.

<sup>60</sup> Dan. 4. D., 13.11.2006, E. 2005/2134, K. 2006/2156, *DD*, S. 115, s. 177; Dan. VDDK, 25.01.2012, E. 2009/173, K. 2012/19, *DD*, S. 130, s. 403; Dan. 9. D., 14.03.2013, E. 2012/8105, K. 2013/1931, Bkz. Legalbank; Dan. VDDK, 30.04.2013, E. 2011/235, K. 2013/195, *DD*, S. 134, s. 564; Dan. VDDK, 19.02.2014, E. 2013/221, K. 2014/88, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 13. D., 18.04.2014, E. 2012/156, K. 2014/1524, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. VDDK, 30.04.2014, E. 2014/146, K. 2014/319, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 13. D., 09.05.2014, E. 2011/2928, K. 2014/1813, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. VDDK, 17.09.2014, E. 2014/613, K. 2014/791, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. VDDK, 12.11.2014, E. 2014/814, K. 2014/1153, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. VDDK, 12.11.2014, E.2014/812, K.2014/928, Bkz. AYM, 23.02.2016, *Mohammed Aynasah Başvurusu*, Başvuru No: 2013/8896, *RG* 24.03.2016, S. 29663, § 21; Dan. 13. D., *YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

Danıştay’ın bu içtihadıyla dava açma süresinin yazılı bildirim ile başlayacağını öngören Anayasa md. 125/3’i ihmal ettiği, başvuru yolları ve süresini göstermeyen bir işleme karşı dava açma süresini sınırsız hale getirerek yok hükmünde işlem muamelesi yaptığı<sup>61</sup>; Hukuk Devleti ilkesine aykırı olarak hukuki istikrarsızlık yarattığı<sup>62</sup> ileri sürülmüştür.

K. 2022/1 sayılı İBK’nın Başsavcı görüşünde de Anayasa md. 40/2’de sürelerin uygulanmamasına ilişkin bir yaptırım öngörülmemiş olmasına dikkat çekilerek “*dava açma sürelerinin başlamayacağı görüşü[nün] idari istikrar, hukuki belirlilik ve kamu düzeni ilkelerinin ve sürelerle ilgili normlarının tamamen göz ardı edilmesi sonucuna götür[eceği]*” savunulmuştur. Kararda da bu görüş doğrultusunda, yazılı bildirim tarihinden itibaren dava açma süresinin başlatılmamasının Anayasa md. 125/3 ve İYUK md. 7’ye aykırı olacağı, kişilerin kendilerine yazılı olarak bildirilen bir işleme karşı istedikleri zaman dava açabileceklerini

05.11.2015, E. 2014/498, K. 2015/3745, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 7. D., 21.01.2016, E. 2012/5968, K. 2016/321, DD, S. 143, s. 410; Dan. VDDK, 24.02.2016, E. 2016/116, K. 2016/198, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. VDDK, 28.02.2018, E. 2018/12, K. 2018/113, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 13. D., 11.06.2019, E. 2018/3874, K. 2019/1998, Bkz. Legalbank; Dan. 13. D., 17.12.2019, E. 2019/1514, K. 2019/4393, Bkz. Legalbank; Dan. 13. D., 26.12.2019, E. 2019/3765, K. 2019/4683, DKD, S. 3, s. 508; Dan. 13. D., 13.01.2020, E. 2017/2362, K. 2020/101, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 5. D., 16.06.2020, E. 2020/2704, K. 2020/2384, DKD, S. 4, s. 446; Dan. 13. D., 14.10.2020, E. 2020/533, K. 2020/2613, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 7. D., 05.11.2020, E. 2017/2085, K. 2020/4451, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 7. D., 05.11.2020, E. 2017/1397, K. 2020/4436, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 7. D., 05.11.2020, E. 2017/1398, K. 2020/4435, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 7. D., 05.11.2020, E. 2017/1037, K. 2020/4434, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 7. D., 05.11.2020, E. 2017/107, K. 2020/4446, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. VDDK, 27.01.2021, E. 2020/11, K. 2021/1, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1 (BİM kararları arasında aykırılığın giderilmesi); Dan. 9. D., 02.03.2021, E. 2019/1797, K. 2021/1340, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 5. D., 03.03.2021, E. 2019/6328, K. 2021/486, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 5. D., 04.03.2021, E. 2020/6156, K. 2021/524, Bkz. Legalbank; Dan. 4. D., 23.03.2021, E. 2021/1474, K. 2021/1782, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 9. D., 07.04.2021, E. 2019/469, K. 2021/2596, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 13. D., 20.05.2021, E. 2021/987, K. 2021/1810, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 5. D., 10.06.2021, E. 2021/1535, K. 2021/1901, Bkz. Legalbank; Dan. 5. D., 15.06.2021, E. 2021/1458, K. 2021/2031, Bkz. Legalbank; Dan. 5. D., 29.09.2021, E. 2021/4105, K. 2021/2766, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 5. D., 04.10.2021, E. 2021/7673, K. 2021/2903, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 5. D., 07.10.2021, E. 2021/7654, K. 2021/2957, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 5. D., 12.10.2021, E. 2021/3386, K. 2021/3061, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 5. D., 27.10.2021, E. 2021/7997, K. 2021/3352, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

<sup>61</sup> ATİK ÇOBAN, s. 123, 124.

<sup>62</sup> DURSUN, s. 93, dn. 20.

düşünmelerinin makul olmadığı, bu durumun hukuki güvenlik, idari istikrar ve özellikle dava konusu edilen üçüncü kişi lehine işlemler bakımından<sup>63</sup> idareye güven ilkelerine bağdaşmayacağı gerekçeleriyle Anayasa md. 40/2'nin yaptırımını olarak dava açma süresinin işlememesi yaptırımını kabul edilmemiştir.

K. 2022/1 sayılı İBK'da belirtildiğinin aksine Anayasa md. 40/2 ve 125/3 birbirlerini bertaraf etmeyecek şekilde bir bütün olarak yorumlanmalı<sup>64</sup>, Danıştay'ın yukarıda yer verilen içtihatlarında olduğu gibi Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi uyarınca Anayasa md. 125/3 uyarınca dava açma süresini başlatabilecek bir bildirim ancak Anayasa md. 40/2'ye uygun bir bildirim olarak kabul edilmelidir. Hak arama hürriyeti bakımından çok isabetli olarak nitelendirilen<sup>65</sup> ve Danıştay tarafından oldukça yaygın bir şekilde uygulanan bu çözüm, K. 2022/1 sayılı İBK ile en azından idari yargı yerleri bakımından terkedilmiştir.

#### ii. İçtihadı Makul Süre Belirlenmesi

Fransa'da 07.06.1956 tarihli ve 56-557 sayılı İdari Konularda Yargısal Başvuru Sürelerine İlişkin Kanun'un 1. maddesi ile özel dava açma sürelerinin ancak bildirilen işlem metninde gösterilmesi halinde davacıya karşı ileri sürülebilir olduğu düzenlenmiş; bu Kanun'un yerini alan 11.01.1965 tarihli ve 65-29 sayılı İdari Konularda Yargısal Başvuru Sürelerine İlişkin Kararname'nin 1. maddesinde de aynı düzenleme korunmuştur. 28.11.1983 tarihli ve 83-1025 sayılı İdare ile Kullanıcılar Arasındaki İlişkilere İlişkin Kararname'nin 9. maddesi ile yapılan değişikliklerle genel-özel dava açma süresi ayrımı kaldırılarak idari işlemin bildiriminde başvuru yolları ve süresinin yer almaması halinde dava açma süresinin ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Son olarak Fransız İdari Yargılama Kodunun R. 421-5 maddesine aktararak kodifiye edilen bu düzenleme ile, idari işlemlerde başvuru yolları ve süresinin

<sup>63</sup> Danıştay'ın üçüncü kişi lehine işlemlerin süre sınırı olmaksızın dava konusu edilebilmesinin yaratabileceği olumsuzlukları örneklendirirken “*alınan izin ve ruhsatlara dayanılarak yüksek maliyetlere katlanılmak suretiyle gerçekleştirilen yatırımlar*”dan söz ederek oldukça ekonomik bir bakış açısı sergilemiş olması dikkat çekicidir.

<sup>64</sup> SERTER Yusuf Sertaç, *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular*, Adalet Yayınevi, Kasım 2015, s. 199.

<sup>65</sup> Bkz. ULUSOY, s. 788. Benzer görüş için bkz. ATAY ŞANLI, s. 312; ODYAKMAZ Zehra – GÜZEL Oğuzhan, “İyi İdare Hakkı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2017, s. 28; AKYILMAZ Bahtiyar – SEZGİNER Murat – KAYA Cemil, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Yenilenmiş 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2021, s. 334.

gösterilmemesinin yaptırımını daha radikal bir hale getirilerek, başvuru yolları ve süresi gösterilmeyen işlemin muhatabına sınırsız dava açma süresi tanınmıştır<sup>66</sup>. Fransız Danıştay'ının, yazılı olarak tebliğ edilmeyen işlemin öğrenilmesi durumunda da dava açma süresinin başlamayacağı yolundaki içtihadı<sup>67</sup> ile, kuralın 1983 tarihli kararname yapımcıların da iradesini aşan yeni bir anlam kazandığı ifade edilmiştir<sup>68</sup>.

Fransız Danıştay'ı 13.07.2016 tarihli *Czabaj*<sup>69</sup> içtihadı ile bu hukuki duruma önemli bir değişiklik getirmiştir. Somut olayda dava konusu olan idari işlem 26.09.1991 tarihinde tebliğ edilmiş, dava açma süresini içeren ancak görevli ve yetkili mahkemeyi göstermeyen bir işlemdir (§ 7).

Kararda hukuki güvenlik ilkesinin, zamanın etkisiyle *konsolide* edilmiş durumların hiçbir süre sınırı olmaksızın tartışma konusu yapılmasını engelleyen işlevinden bahsedilmiş; bu işlevin, tebliğ edilen veya tebliğ edilmese bile öğrenilen bireysel idari işlemlerin, başvuru yolları ve süresi gösterilmediği için muhatabı tarafından makul bir sürenin ötesinde dava konusu edilebilmesine engel olduğu ifade edilmiş; söz konusu makul sürenin de, somut olayın farklı özel koşulları daha fazla bir süre uygulanmasını gerektirmediği sürece, işlemin tebliği veya öğrenilmesinden itibaren bir yıl olarak kabul edilmesine hükmedilmiştir (§ 5).

Fransız Danıştayına göre, bir yıllık makul süre sınırı getirilmesi başvuru hakkının özünü ihlal etmemekte; sadece hukuki durumların istikrarı ve yargılamanın iyi yönetimi ilkelerinin zarar görmesini engellemek amacıyla bu hakkın makul bir sürenin ötesinde kullanılmasını engellemektedir (§ 6).

*Czabaj* kararının savcısı, AİHM içtihadı uyarınca sürelerin öngörülebilir olması gerektiği için makul sürenin belli bir süre olarak belirlenmesi gerektiğini, bir yıllık bir sürenin hukuka uygunluk ve hukuki güvenlik ilkeleri arasında doğru bir uzlaşma sağlayacağı, bir yıllık sürenin karşılaştırmalı hukuktaki en uzun süre olan Alman hukukundaki süreye tekabül ettiğini<sup>70</sup>, ancak somut olayın koşullarının farklı uygulamayı

<sup>66</sup> HENRARD Olivier, « Le délai raisonnable de recours contre une décision individuelle irrégulièrement notifiée. Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 13 juillet 2016, *M. Czabaj*, n° 387763 », *RFDA* 2016, n° 5, s. 927.

<sup>67</sup> CE Sect., 13 mars 1998, *Mauline*, n° 120079, s. 80.

<sup>68</sup> HENRARD, s. 927.

<sup>69</sup> CE Ass., 13.07.2016, *M. Czabaj*, Başvuru n° 387763.

<sup>70</sup> *Czabaj* kararının savcı görüşünde karşılaştırmalı hukuktan Alman, İtalyan, Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği Hukuklarındaki duruma yer verilmiş ve hiçbirinde başvuru yolları ve süresi gösterilmeyen işlemlere karşı sınırsız bir dava açma hakkının bulunmadığı belirtilmiştir.

gerektirebileceğini ifade etmiştir<sup>71</sup>. Yine savcı görüşünde Fransız Anayasa Konseyi<sup>72</sup> ve AİHM<sup>73</sup> içtihatlarında geçen yargılamanın iyi yönetimi ilkesi de başvuru yolları ve süresi gösterilmeyen işlemlere karşı dava açma süresinin sınırsız olmaması gerektiğini doğrulayan bir hukuki dayanak olarak kabul edilmiştir.

*Czabaj* kararının savcısı, makul süre sınırının getirilmesinin başvuru hakkını ihlal etmediği, asıl sınırsız süreli başvuru hakkının dava açma süresini *paralize* ettiğini belirterek, başvuru yolu ve sürelerinin gösterilmemesinin yaptırımının etkisinin zaman bakımından bir yıl ile sınırlandırılması anlamına gelen içtihadın diğer ülkelerdeki örneklere nazaran son derece ölçülü olduğu gerekçesiyle yeni içtihadı derhal uygulamayı önermiş; Fransız Danıştay'ı da bu öneriyi benimsemiştir<sup>74</sup>.

Kuvvetleri tek elde toplayan kraliyet keyfi yönetimine karşı yapılan Fransız ihtilalinin yıldönümünün bir gün öncesinde alınan bu kararlar Fransız Danıştayının kuvvetler ayrılığı ilkesini ve koruduğunu iddia ettiği hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği ileri sürülmüş<sup>75</sup>; mevzuatta öngörülmemiş bir süre sınırının, *contra legem* bir içtihatla getirilmesi haklı olarak eleştiri konusu olmuş; böyle bir üst sınırı koymanın yargılama yetkisi kapsamında olmadığı ifade edilmiştir<sup>76</sup>.

Hukuki güvenlik ilkesine esas aykırı olan, Fransız Danıştayının kural koyucu yerine geçmesi ve koyduğu kuralı önceki tarihli idari işlemlere de etkili olacak şekilde derhal uygulaması olarak değerlendirilmiştir<sup>77</sup>. Bu nedenden dolayı ki, hukuki güvenlik ilkesi adına hukuki güvenlik ilkesinin kurban edilmesi çok büyük bir çelişki olarak nitelendirilmiştir<sup>78</sup>.

<sup>71</sup> HENRARD, s. 927.

<sup>72</sup> CC, 28.12.2006, n° 2006-545, § 24.

<sup>73</sup> AİHM, 11.10.2001, *Rodriguez Valin / İspanya*, Başvuru n° 47792/99, § 22.

<sup>74</sup> HENRARD, s. 927; FRIER – PETIT, s. 601.

<sup>75</sup> JULIEN-LAFERRIERE François, « Le juge n'est pas le législateur », *AJDA* 2016, s. 1769.

<sup>76</sup> JULIEN-LAFERRIERE, s. 1769; HAÏM Victor, « Délai raisonnable ou déni de justice ? Réflexions sur cinq ans de jurisprudence *Czabaj* », *AJDA* 2021, s. 2143. Fransız idare yargıca daha önce de içtihadı süreler geliştirmiş olsa da, bu örneklerin hepsi mutlak bir kanuni bir boşluk söz konusu olması bakımından *Czabaj* içtihadından ayrılmaktadır. Örneğin hukuka aykırı hak doğurucu bireysel idari işlemin geri alınma süresini 4 ay olarak belirleyen 26.10.2001 tarihli ve 197018 başvuru numaralı Fransız Danıştay Genel Kurul kararı *Ternon* bunlardan biridir. Bkz DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis – ODINET Guillaume, « Délai de recours : point trop n'en faut », note sous CE, 13 juillet 2016, req. n°387763, *AJDA*, 2016, s. 1629.

<sup>77</sup> JULIEN-LAFERRIERE, s. 1769; HAÏM, s. 2143.

<sup>78</sup> CONNIL Damien, « *Czabaj*, encore et toujours... ou presque », *AJDA* 2018, s. 1790. *YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

Diğer taraftan bireysel idari işlemin muhatabına uygulanan *Czabaj* içtihadı zamanla farklı durumlara da uygulanmaya başlanmış; ancak hangi durumlarda uygulanacağı konusundaki belirsizlik ve bazı durumlarda uygulanmıyor olması bakımından, temel amacı olarak gösterilen hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği vurgulanmıştır<sup>79</sup>.

Her ne kadar Fransız Danıştay Başkanı Bruno Lasserre 29.10.2021 tarihli konuşmasında, *Czabaj* içtihadıyla hukuki güvenlik ve hukuka uygunluk ilkeleri arasında denge kurma yolunda önemli bir adım atan idare yargıcını tebrik etmiş ise de<sup>80</sup>; bu kararla Fransız Danıştayının hukuki güvenlik ve hukuka uygunluk arasındaki terazinin hukuki güvenlik kesesine büyük bir ağırlık koyduğu haklı olarak ifade edilmiştir<sup>81</sup>.

Kararda gösterilen bir yıllık makul sürenin aşılabileceği somut olayın özel koşullarının ne olduğu sorusu da hukuki güvenlik ilkesini zedeleyebilecek ayrı bir belirsizliği gündeme getirmektedir. Kişinin küçük veya kısıtlı olması, davacıların mali durumları karşısında yargı yolunun fahiş maliyeti, davacının dava açmadan önce idare ile uzlaşma yolunu başlatmış ve takip etmiş olması, idarenin uyuşmazlığı çözümleneceğine dair tutum ve davranışlarıyla davacıyı oyalaması, bir yıllık makul süre geçtikten sonra açılan davaların süreaşımı sebebiyle reddedilmemesini haklı kılan özel koşullar olarak kabul edilebilirken; davanın konusunun asgari gelir hakkına veya mülkiyet hakkına ilişkin olması, davacının sağlık durumunun bozukluğu veya işvereninden çekindiği iddiası bir yıllık makul süre kuralına istisna getirilmesini gerektirecek sebepler olarak değerlendirilmemiştir<sup>82</sup>.

*Czabaj* içtihadı, K. 2022/1 sayılı İBK’nın bir karşı oyunda Türk hukuku bakımından da benimsenebilecek bir çözüm yolu olarak gösterilmiştir<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> HAİM, s. 2143.

<sup>80</sup><https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/etre-accessible-utile-et-compris-l-efficacite-du-juge-administratif-ouverture-de-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>.

<sup>81</sup> DUTHEILLET DE LAMOTHE – ODINET, s. 1629.

<sup>82</sup> DORE François, « Circonstances particulières au sens de la jurisprudence *Czabaj* », *AJDA* 2019, s. 1497. BENOIT Estelle, « Extension de la jurisprudence *Czabaj* », *Dalloz actualité* 06.10.2020.

<sup>83</sup> İçtihadı birleştirme kararında, mevcut aykırı içtihatlar dışında bir içtihat benimsenip benimsenemeyeceği sorusuna anılan karşı oyda olumlu olarak cevap verilmiştir. Benzer görüş için bkz. DURAN Lûtfi, “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, *AÜSBFD*, C. 27, S. 3, 1972, s. 432, 435. “Aksi halde hakimin bağımsız bir biçimde hukuka en uygun çözüm yolunu araştırıp bulması olanağı reddedilmiş olunacaktır.” (KIZILYEL Serkan, “Danıştay İçtihadı Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine”, *TBB Dergisi*, S. 199, 2015, s. 140).

Bir diğer karşı oyda da “*hukuki güvenlik ve idari istikrarın korunması ile kişilerin mahkemeye erişim haklarının korunması arasındaki adilane dengenin kurulmasının her bir somut uyuşmazlığın özelliğine göre yargı mercilerinin yargılama sürecindeki takdir yetkisine bırakılmasında hukuki yarar bulun[duğu]*” gerekçesiyle içtihadın birleştirilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. *Czabaj* içtihadı başvuru yolları ve süresi gösterilmeyen idari işlemlere karşı tebliğ veya öğrenme tarihinden itibaren bir yıllık makul süre içerisinde dava açılması gerektiğini öngörmekle beraber, somut olayın özel koşullarının gerektirmesi halinde bu sürenin aşılabileceğini de kabul ederek, bu karşı oyu da karşılamaktadır.

*Czabaj* içtihadına karşı Fransız doktrininde getirilen eleştirilerin temel kaynağı, Fransa’da başvuru yolları ve süresi bildirilmeyen idari işlemlere karşı dava açma süresinin ileri sürülemeyeceğinin İdari Yargılama Kodunun R. 421-5 maddesinde düzenlenmiş olması ve Fransız Danıştayının bu düzenlemeye açıkça aykırı bir kuralı içtihatla benimseyerek kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmiş olmasıdır. Türk hukukunda Anayasa md. 40/2’ye aykırılığın yaptırımını düzenleyen yazılı bir hukuk normu bulunmadığından, bu boşluğun yasayla öngörülmüş olan genel-özel hiçbir dava açma süresi ile bağlı kalmaksızın, idare yargıcı tarafından ayrı bir süre öngörülmesi suretiyle doldurulması savunulabilir bir seçenek olarak belirmektedir<sup>84</sup>. Ancak karşı oyda yerini bulan bu seçenek de K. 2022/1 sayılı İBK ile bertaraf edilmiştir.

## 2. K. 2022/1 SAYILI İBK İLE YAZILI OLARAK BİLDİRİLEN İDARİ İŞLEMLER İÇİN BENİMSENEN “YAPTIRIM”

Danıştay’ın, Anayasa md. 125/3 gereğince, yazılı olarak bildirilen işlemlerde Anayasa md. 40/2’deki yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımının dava açma süresinin ihmal edilmesi olmaması gerektiği, bu durumda da tebliğ veya öğrenmeden itibaren herkes tarafından bilindiğinin kabulü gereken genel dava açma sürelerinin işletilmesinin zorunlu

<sup>84</sup> Danıştay imar hukukunda hukuki el atma bakımından makul süreyi öngören bir kanuni düzenleme bulunmaması karşısında bu boşluğun, “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1. maddesinde yer alan “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.” kuralı gereğince, idari yargı organlarınınca doldurulmasının zorunlu” olduğu gerekçesiyle, makul süreyi beş yıl olarak belirlemiştir. Bkz. Dan. İDDK, 24.05.2012, E. 2007/2255, K. 2012/801, DD, s. 130, s. 23.



bulunduğu yolundaki içtihadı<sup>85</sup>, K. 2022/1 sayılı İBK ile idari yargı yerleri ve idare bakımından bağlayıcı hale gelmiştir<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Dan. 6. D., 10.02.2016, E. 2014/8728, K. 2016/484, DD, S. 142, s. 397. Aynı yönde bkz. Dan. İDDK, 17.10.2008, E. 2005/1558, K. 2008/1803, DD, S. 121, s. 74; Dan. 12. D., 03.04.2012, E. 2010/4217, K. 2012/1915, DD, S. 130, s. 383; Dan. İDDK, 16.04.2015, E. 2015/483, K. 2015/1447, DD, S. 139, s. 467; Dan. 14. D., 09.06.2015, E. 2015/2768, K. 2015/4957, DD, S. 140, s. 381; Dan. 8. D., 09.07.2015, E. 2015/6718, K. 2015/6686, DD, S. 140, s. 357; Dan. 2. D., 23.12.2015, E. 2015/3801, K. 2015/10789, DD, S. 141, s. 131; Dan. İDDK, 04.03.2019, E. 2017/2905, K. 2019/857, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinde öngörülen özel dava açma süresinin yer almadığı ödeme emrine karşı tebliğinden itibaren 60 günlük dava açma süresi içerisinde açılan davanın süresinde kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Dan. 14. D. 23.01.2012, E. 2011/292, K. 2012/10, DD, S. 129, s. 422; Dan. 14. D., 04.04.2012, E. 2011/11567, K. 2012/2376, Bkz. Legalbank; Dan. 14. D., 07.02.2013, E. 2012/4891, K. 2013/697, RG 20.06.2013, S. 28683; Dan. 10. D., 31.05.2017, E. 2016/15899, K. 2017/2799, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 6. D., 16.05.2019, E. 2019/7187, K. 2019/4409, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. İDDK, 11.06.2014, E. 2012/1402, K. 2014/2629, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

Davacıya tebliğ edilen ÖSYM Yönetim Kurulu kararında İYUK md. 20/B'de düzenlenen merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü kapsamındaki 10 günlük özel dava açma süresinin yer almaması sebebiyle tebliğ tarihinden itibaren 60 günlük dava açma süresi içerisinde açılan davanın süresinde olduğuna ilişkin Bkz. Dan. 12. D., 26/01/2022, E. 2021/7111, K. 2022/206, DKD, S. 10, s. 591. Aynı yönde bkz. Dan. 2. D., 23.12.2015, E. 2015/3801, K. 2015/10789, DD, S. 141, s. 131; Dan. 2. D., 09.03.2016, E. 2016/168, K. 2016/1071, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 2. D., 31.05.2016, E. 2016/1276, K. 2016/2724, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 5. D., 19.09.2018, E. 2018/3594, K. 2018/15635, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 8. D., 22.05.2019, E. 2019/4668, K. 2019/4940, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 8. D., 12.09.2018, E. 2018/4519, K. 2018/4347, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 8. D., 08.02.2019, E. 2019/320, K. 2019/838, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 12. D., 16.03.2017, E. 2017/428, K. 2017/816, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 12. D., 03.11.2016, E. 2016/9030, K. 2016/4840, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 12. D., 23.11.2016, E. 2016/8986, K. 2016/5228, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesi uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumunca verilen idari para cezalarına karşı öngörülen 30 günlük özel dava açma süresi yerine 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanmasına ilişkin bkz. Dan. İDDK, 17.11.2014, E. 2012/2620, K. 2014/4054, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 7. maddesi uyarınca düzenlenen uzlaşmazlık tutanağında dava açma süresi bitmiş veya 15 günden az kalmış ise sürenin tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün olduğuna dair özel dava açma süresinin belirtilmediği durumlarda tutanağın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde dava açılabileceği hakkında bkz. Dan. 3. D., 01.06.2017, E. 2016/14480, K. 2017/4567, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1. Aynı yönde bkz. Konya BIM 2. VDD, 14.07.2020, E. 2020/538, K. 2020/619, Bkz. Legalbank.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 25. maddesinde, bu Kanun uyarınca verilen idari yaptırım kararlarına karşı öngörülen 30 günlük dava açma süresinin Anayasa md. 40/2'ye uygun bir

Genel dava açma sürelerinin herkes tarafından bilindiği yolundaki kabul, Başsavcı görüşünde 1982 yılında yürürlüğe girmiş olan İYUK'daki genel dava açma sürelerinin bu tarihten beri değiştirilmemiş olmasına dayandırılmış, bu sebeple Türk idari yargılama usulünde genel dava açma süresi istikrarlı ve yeterli açıklıkta bir düzenleme olarak kabul edilmiştir. Kararda da karşılık bulan bu görüşe göre “*bilinirliği konusunda bir tereddüt bulunmayan*” genel dava açma süreleri “*ile ilgili olarak mevzuatta bir karışıklık yaşandığından söz etmek mümkün değildir.*”. Buna karşın, “*özel dava açma süreleri açısından mevzuatta var olan karışıklığın kişileri yanıltması olası bulunduğundan, (...) bu sürelerin ilgililerce bilinmesinin beklenemeyeceği de bir gerçektir.*”.

Bu yaklaşım karşısında, genel dava açma sürelerinin kanunkoyucu tarafından değiştirilmesi halinde, 2022/1 sayılı İBK'nın değiştirilmesi gerektiği söylenebilecek; değişiklikten ne kadar süre geçtikten sonra artık “yeni” genel dava açma sürelerinin bilindiğinin kabul edilebileceği noktaya gelineceği sorusu da haklı olarak gündeme gelecektir.

Bu olasılık bir kenara bırakılırsa, genel dava açma sürelerinin herkes tarafından bilindiği, özel dava açma sürelerinin herkesçe bilinmesinin ise beklenemeyeceği yolundaki kabulden hareket eden Danıştay'a göre, “*Anayasa'nın 40. maddesi hükmü uyarınca, özel dava açma süresine tâbi olmasına rağmen, bu hususun işlemde ya da yazılı bildirimde açıklanmaması hâlinde, dava konusu işlemin tebliğ tarihinden itibaren özel dava açma süresinin değil, genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği yorumu, hukuki güvenlik ve idari istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki hassas dengeyi sağlayan bir özellik taşı[maktadır]*”.

K. 2022/1 sayılı İBK'nın karşı oylarında, bu sonuçla kurulduğu iddia edilen hassas dengeyi Hukuk Devleti ilkesi, idarenin yargısal denetimi ve mahkemeye erişim hakkı aleyhine bozacak haklı sorular gündeme getirilmiştir.

*“Anayasa koyucununun 2577 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden yaklaşık yirmi yıl sonra 40. maddede yer alan zorunluluğu ihdas ederken*

şekilde bildirilmemesi halinde genel dava açma süresinin uygulanması hakkında bkz. Dan. 14. D., 16.02.2018, E. 2015/3092, K. 2018/717, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

İYUK md. 20/A kapsamında bulunan bir özelleştirme ihalesine karşı açılan davada, işlemde Anayasa md. 40/2'de öngörülen hususların bildirilmemiş olması sebebiyle 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması hakkında bkz. Dan. İDDK, 16.03.2020, E. 2020/351, K. 2020/725, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

<sup>86</sup> Bu yaklaşımı savunan görüşler için bkz. EROĞLU DURKAL Müzeyyen, *İdari Makamların Sükutu*, Seçkin Yayınevi, Ocak 2019, s. 153, 154; KOÇ, s. 341; BÖLÜKBAŞI, s. 119.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

*genel dava açma süresinin uzun yıllardır uygulanmakta olduğunu veya bu sürenin ulaşılabilir veya açık olduğunu öngörmediği söyleneme[yeceğine]”* göre, Anayasa md. 40/2’de genel ve özel dava açma süresi ayrımı yapılmamış olmasının anlamı, Anayasa koyucunun iradesinin genel ve özel tüm başvuru yol ve sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğünün getirilmesi yönünde olduğudur<sup>87</sup>.

Gerçekten de genel dava açma sürelerinin herkes tarafından bilindiğine ilişkin kabulün hukuki ve objektif bir dayanağı olmadığı gibi<sup>88</sup>, genel dava süresinin de, vergi mahkemelerinde 30 gün, Danıştay ve idare mahkemelerinde 60 gün olmak üzere birden çok olması karşısında yalnızca bu süreleri bilmek yeterli olmayacak, hangi durumda hangi sürenin uygulanması gerektiğini, başka bir deyişle Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinin görev alanını bilmek ve somut olaya doğru uygulamak gibi konunun uzmanlarının bile her zaman hem fikir olmadığı bir konuda doğru kararı vermek gerekecektir<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Benzer görüş için bkz. AKBULUT, s. 12, dn. 19; BÖLÜKBAŞI, s. 105.

<sup>88</sup> Genel dava açma sürelerinin herkes tarafından bilindiği kabulüne ilişkin eleştiriler için bkz. ATAY ŞANLI, s. 313; ÖZCAN Emrah, “Dava Açma Süresi Gösterilmeyen Ödeme Emirlerinde Dava Açma Süresine İlişkin “Pozitif” ve “İdeal” Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2014, s. 280, 281; KOÇ, s. 343.

<sup>89</sup> Vergi davalarının nitelik itibarıyla çoğu zaman teknik konulara ilişkin olması, idareden birtakım bilgi ve belge temin edilmesini gerektirebilmesi, vergi mahkemeleri ile Danıştay ve idare mahkemeleri arasında dava açabilmek bakımından farklı sürelerin öngörülmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle vergi mahkemelerinde 30 günlük dava açma süresi öngörülmesinin Anayasa’nın 2, 5, 10, 36 ve 125. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş ise de, konu kanunkoyucunun takdir yetkisi kapsamında değerlendirilerek itiraz reddedilmiştir. Kararın karşı oyunda idari mahkemelerin yapısal ve işlevsel bir bütünlük oluşturdukları, yargılama aşamasının tüm evreleri aynı yöntemle bağlanmışken süre konusunda bütünlükten kısmi kopmaya sebep bulunmadığı, Danıştay’da ilk derece görülecek vergi davaları 60 günlük süreye tabi iken, vergi mahkemelerinde açılacak davaları 30 günlük süreye bağlamanın belirsizlik yarattığı, idari işlemler yönünden aynı yargı sistemi içinde adil yargılama hakkı arayan davacıların farklı dava açma sürelerine bağlı tutulmasının, Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. AYM, 04.02.2010, E. 2006/23, K. 2010/27, RG 02.12.2010, S. 27773.

Danıştay 2001 Anayasa değişiklikleri öncesinde verdiği bir kararında, hukuken idare mahkemelerinin görevine girdiği halde, bu konuda oluşan içtihat sebebiyle vergi mahkemelerinde görülen ve 30 günlük süre geçtikten sonra, ancak 60 günlük süre içerisinde idare mahkemesinde açılan davanın hak ve nesafet ilkeleri gereğince süresinde kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Dan. 7. D., E. 1999/2854, K. 2000/1243, DD, S. 105, s. 414.

Ayrıca "açık, anlaşılabilir ve ulaşılabilir" olduğu ileri sürülen yalnızca İYUK md. 7'de öngörülen 30 ve 60 günlük dava açma süreleridir. Oldukça tartışmalı olan bu husus bir an için doğru kabul edilse dahi; genel dava açma süreleri, diğer özel dava açma süreleri, ihtiyari ve zorunlu idari başvuru yolları ve süreleri, adli yargının görev alanına giren konularda uygulanacak sürelerden bağımsız, bütün bu karmaşadan ayrı bir hukuk aleminde varlıklarını sürdürmemektedir. Genel dava açma süreleri de, başvuru yolları ve sürelerine ilişkin karmaşık mevzuat ve içtihadın oluşturduğu yapbozun bir parçasını oluşturmaktadır. Hak arama hürriyetini kullanmak isteyen kişi Danıştay'ın iddia ettiği gibi genel dava açma sürelerini biliyor olsa bile, yapbozun kullanması gereken parçasının genel dava açma süresi olup olmadığını bilemeyebilecektir<sup>90</sup>.

Örneğin bir kamu ihale sözleşmesinin tarafı olan özel kişi hakkında sözleşmenin tarafı olan idarece bir işlem tesis edildiğinde, bu işlemle hakkı ihlal edildiğini düşünen özel kişi, öncelikle uyuşmazlığın ihale sürecinden mi yoksa sözleşmeden mi kaynaklandığını tespit etmeli ki, görevli yargı düzeni, dolayısıyla başvuru yolu ve süresi hakkında karar verebilsin. Yargı yerlerinin bile sıklıkla farklı kararlar verdiği, çoğu zaman Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından çözülen bu hukuki sorun hakkında yanlışlıkla adli yargı tespitini yapmış olan özel kişi, adli yargıdaki süreleri esas aldığı takdirde idari yargıdaki genel dava açma süresini büyük ihtimalle kaçırmış olacaktır. Benzer ihtimal aşağıda açıklanacağı üzere ihtiyari / zorunlu idari başvurular vesilesiyle de gündeme gelebilecektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı ile, çok parçalı bir yapboz olarak bir bütün oluşturan hukuk sisteminde, yapbozun bir parçasını oluşturan genel dava açma sürelerini diğerlerinden ayırıp onlara özgü bir hukuki rejim uygulaması, Anayasa md. 40/2'nin uygulanmasına için öngörülemezliği kaldırmak bir yana, hükmün uygulanmasındaki olası bir tutarlılık ihtimalini de nispeten kalıcı bir şekilde ortadan kaldırmıştır.

---

2001 Anayasa değişiklikleri sonrası hukuken de vergi mahkemelerinin görevine giren bir dava hakkında verilen benzer yönde karar için bkz. İzmir BİM 3. VDD, 29.05.2017, E. 2017/868, K. 2017/835, Bkz. Legalbank.

<sup>90</sup> Gözler başvuru yolları ve sürelerine ilişkin mevzuatın karmaşıklığı dolayısıyla, idarenin (özellikle köy idaresi gibi ayrı hukuk müşavirliği olmayan idarelerin) dahi her işleminde bunları gösterme yükümlülüğünü yerine getirebilmesinin imkansız olduğu görüşündedir. Bkz. GÖZLER, s. 334. Akyılmaz da "idarenin dahi bu hususu bildiğinin şüpheli olduğu" nun altını çizmiştir. Bkz. AKYILMAZ, "Bir İdari Usul İlkesi...", s. 90. *YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)*

Üstelik Anayasa md. 40/2 uyarınca öngörülen anayasal yükümlülüğünü yerine getirmeyen idareye, yargısal denetim karşısında genel olarak sahip olduğu ve kısalığı sebebiyle de koruyuculuk düzeyi oldukça yüksek olan genel dava açma süresi kalkanı verilmesinin, “yaptırım” niteliğinin bulunduğu söz edilmesi hukuken mümkün gözükmemektedir. K. 2022/1 sayılı İBK Anayasa md. 40/2’yi adeta yaptırımsız hale getirmiş; Hukuk Devleti ilkesinin Anayasa’nın üstünlüğü, idarenin yargısal denetimi gibi objektif unsurlarını ihlal etmesinin yanı sıra; tüm temel hak ve hürriyetleri Anayasa md. 40/2’de tanınan güvencesinden mahrum bırakmıştır.

İdarenin işlemlerinde başvuru yolları ve süresini gösterme yükümlülüğü bakımından, Fransa’da 07.06.1956 tarihli ve 56-557 sayılı İdari Konularda Yargısal Başvuru Sürelerine İlişkin Kanun ile getirilen ve 28.11.1983 tarihli ve 83-1025 sayılı İdare ile Kullanıcılar Arasındaki İlişkilere İlişkin Kararname’nin 9. maddesi ile terkedilen genel-özel dava açma süresi ayırımının<sup>91</sup>, Türk hukukunda 2022 yılında İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı ile bağlayıcı kılınması Hukuk Devleti ilkesi adına üzücü bir gelişme olarak değerlendirilmelidir.

## **II. ANAYASA MD. 40/2’NİN UYGULANMASINA İLİŞKİN OLARAK K. 2022/1 SAYILI İBK’NİN ORTADAN KALDIRMADIĞI BELİRSİZLİKLER**

2022/1 sayılı İBK ile Anayasa md. 40/2’nin uygulanmasına ilişkin belirsizliklerden bazıları, içtihadın birleştirilmesine lüzum görülmemesi suretiyle açıkça; bazıları ise içtihadın birleştirilmesine sebep olarak gösterilen farklı Danıştay kararlarında açıkça yer almasına rağmen görmezden gelinmek suretiyle belirsizliğe bırakılmıştır. Anayasa md. 40/2’nin uygulanmasına ilişkin K. 2022/1 sayılı İBK’nin açık veya zımni olarak belirsiz bıraktığı hususlar, özellikle söz konusu düzenlemenin kapsamında bulunan başvuru yolları (A) ve idari işlemlere (B) yöneliktir.

### **A. Anayasa md. 40/2 Kapsamındaki Başvuru Yolları Bakımından Belirsizlik**

K. 2022/1 sayılı İBK’da idari işlemin Anayasa md. 40/2’ye uygun olmayan bir şekilde bildirilmesi halinde uygulanacak dava açma süresi

<sup>91</sup> *Czabaj* kararı savcısı, idarenin hukuki yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması karşısında genel dava açma süresinin uygulanmasını kabul edilemez olarak değerlendirmiştir. Bkz. HENRARD, s. 927.

belirlenirken, hukuk sistemindeki ihtiyari ve zorunlu idari başvuru yolları adeta yok sayılmıştır. Oysaki Anayasa md. 40/2’de idari veya yargısal ayrımı yapılmaksızın kanun yollarından ve mercilerden söz edilmiş olup<sup>92</sup>, anayasal düzenlemeye uygun olarak yapılabilecek veya yapılacak idari başvuruların hatalı gösterilmesi veya hiç gösterilmemesi, kişinin hukuken yapma(ma)sı gereken ihtiyari veya zorunlu bir idari başvuru yapma(ma)sı sonucu doğurabilecek ve K. 2022/1 sayılı İBK’da öngörülen sürenin aşılmasına yol açabilecektir. Bu durum kararın bir karşı oyunda da ifade edilmiş ve “*konunun salt dava açma süresinin bildirilmesine indirgenerek yorumlanması Anayasa değişikliğinin amacına aykırı*” olarak değerlendirilmiştir.

Anayasa md. 40/2 kapsamındaki belirsizlikleri karşı oyda da ifade edildiği gibi salt dava açma süresine indirgeyen 2002/1 sayılı İBK ihtiyari veya zorunlu idari başvuru yollarının hatalı bildirim (1) veya hiç bildirilmemesi (2) hallerine ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmamıştır.

### 1. İDARİ BAŞVURU YOLLARININ HATALI BİLDİRİMİ

İdareler Anayasa md. 40/2 uyarınca ilgililere bildirdikleri kanun yolu ve mercileri ile, bunlar kanuna uygun olmasa da bağlı olup, bildirilen idari itiraz yolu işletildikten ve idarece genel zımni ret süresi içerisinde bir cevap verilmemek suretiyle reddedildikten sonra 60 günlük genel dava açma süresi içerisinde açılan dava süresinde kabul edilmelidir<sup>93</sup>. Benzer şekilde, idarece aylıktan kesme cezasında, kanuna aykırı bir şekilde bu cezaya karşı 7 gün içerisinde itiraz yolunun açık olduğunun bildirilmesi halinde, söz konusu itirazın reddi üzerine 60 günlük süre içerisinde açılan davanın süresinde kabul edilmesi gerekir<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Anayasa md. 40/2’nin idari ve yargısal tüm olağan başvuru yollarını kapsadığına ilişkin olarak bkz. AKYILMAZ, “Bir İdari Usul İlkesi...”, s. 89; GÖZÜBÜYÜK, s. 320; ATAY, s. 482. Yasama organı nezdinde Anayasa md. 74 uyarınca kullanılan dilekçe hakkının siyasi başvuru olduğu ve Anayasa md. 40/2 kapsamına girmediğine ilişkin olarak bkz. ATAY ŞANLI, s. 306, 307.

Fransız Danıştayının idari işlem metninde sadece yargısal yolların değil, zorunlu idari başvuru yollarının gösterilmesi gerektiği yolundaki içtihadı (CE, 08.01.1992, *Masses*, Başvuru n° 113114, s. 1105.) Fransız İdare ile Toplum Arasındaki İlişkiler Kodunun L. 412-3 maddesi ile mevzuata da girmiştir.

<sup>93</sup> Dan. 5. D., 04.03.2015, E. 2013/9315, K. 2015/1859, *DD*, S. 139, s. 69.

<sup>94</sup> Dan. 12. D., 18.02.2013, E. 2011/3449, K. 2013/641, *DD*, S. 133, s. 245. 5326 sayılı Kanun uyarınca 15 gün içerisinde Sulh Ceza Mahkemesine itiraz edilebileceği bildirimini içeren bir para cezasına karşı açılan davayı, özel Kanun olan 4077 sayılı Kanun uyarınca 7 gün içerisinde idare mahkemesinde dava açılması gerektiği gerekçesiyle süreden reddeden idare mahkemesi kararına karşı Anayasa md. 40/2’ye dayanılarak Danıştay Başsavcısınca *YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

Gerçekten de idarenin bir işlemine karşı hangi görevli yargı düzeni önünde, hangi görevli ve yetkili mahkemede, hangi süre içerisinde, hangi usul veya usulleri izleyerek, hangi dava veya davaların açılması gerektiği konusunda mahkemelerin de benzer olaylarda farklı hukuki sonuçlara ulaşması söz konusu olabilmektedir<sup>95</sup>. Anayasa md. 40/2'nin de amacı bireylerin hukuk bilgisi eksikliği veya hukuki belirsizlikler sebebiyle hak arama hürriyetlerini kullanamamalarının önüne geçilmesidir. Şu halde idarenin Anayasa md. 40/2'de öngörülen yükümlülüğünü yerine getirdiği ve ilgilinin de idarenin bildirimine uygun bir şekilde başvuru yaptığı durumlarda, idarenin bildirimine hukuka aykırılığı sebebiyle bireylerin başvurularının değerlendirilmemesi, Anayasa md. 40/2'nin etkili başvuru hakkının sağlanması amacının tam aksine hizmet etmesine sebep olacaktır.

Diğer taraftan işlemlerine karşı idari ve yargısal yollara başvurulacak olan idareye, başvuru yolları, mercii ve süresi hakkında yanıtıcı bilgi vermek suretiyle, bu tür başvuruların incelenmesine engel olma imkanının verilmesinin de Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir.

İdarenin işlemine karşı bildirdiği başvuru yolunun hatalı olması ve hukuken doğru başvuru yolunun ilgiliye daha uzun bir başvuru süresi sağlaması ihtimalinde de, Anayasa md. 40/2'nin amacı gözönünde

---

kanun yararına bozma başvurusu yapılmış; başvuruyu inceleyen Danıştay Dairesince para cezası işlemi metninde belirtilen başvuru mercii ve süre işlem tarihi itibarıyla hukuka uygun bulunduğu ve davacı da anılan bildirimde uygun bir dava açmış olduğundan, Anayasa md. 40/2 uyarınca bir değerlendirme yapılmaksızın süre yönünden ret kararı bozulmuştur. Bkz. Dan. 15. D., 02.11.2011, E. 2011/161, K. 2011/3443, DD, S. 129, s. 429. Yargıtay da başvuru yolu olarak iş mahkemelerinde dava yerine hataen idari itiraz yolu gösterilen ödeme emrine karşı 7 gün içerisinde idari başvuruda bulunarak bu başvurunun reddedilmesi üzerine 7 gün içerisinde açılan davanın süresinde olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Y. 10. HD 01.03.2012, E. 2010/7983, K. 2012/3612; Y. 10. HD, 12.04.2012, E. 2011/2271, K. 2012/7355; Y. 10. HD, 05.06.2014, E. 2013/17254, K. 2014/13998; Y. 10. HD, 25.09.2018, E. 2016/6058, K. 2018/7015. Kararlar için bkz. Legalbank.

<sup>95</sup> Dan. 12. D., 18.02.2013, E. 2011/3449, K. 2013/641, DD, S. 133, s. 245. 5326 sayılı Kanun uyarınca 15 gün içerisinde Sulh Ceza Mahkemesine itiraz edilebileceği bildirimini içeren bir para cezasına karşı açılan davayı, özel Kanun olan 4077 sayılı Kanun uyarınca 7 gün içerisinde idare mahkemesinde dava açılması gerektiği gerekçesiyle süreden reddeden idare mahkemesi kararına karşı Anayasa md. 40/2'ye dayanılarak Danıştay Başsavcısınca kanun yararına bozma başvurusu yapılmış; başvuruyu inceleyen Danıştay Dairesince para cezası işlemi metninde belirtilen başvuru mercii ve süre işlem tarihi itibarıyla hukuka uygun bulunduğu ve davacı da anılan bildirimde uygun bir dava açmış olduğundan, Anayasa md. 40/2 uyarınca bir değerlendirme yapılmaksızın süre yönünden ret kararı bozulmuştur. Bkz. Dan. 15. D., 02.11.2011, E. 2011/161, K. 2011/3443, DD, S. 129, s. 429.

bulundurulacak hukuk kurallarının kişiye tanıdığı sürenin idarenin yanlış bildirim ile bertaraf edilemeyeceğinin kabulü gerekir. Bu nedenledir ki, ödeme emri metninde idare mahkemesi yerine hatalı olarak vergi mahkemesine dava açılabilceğinin belirtilmiş olmasına ve dava açma süresi gösterilmemiş olmasına rağmen, Danıştay, vergi mahkemelerindeki genel dava açma süresi olan 30 günü değil, idare mahkemeleri önünde açılacak davaların tabi olduğu genel dava açma süresi olan 60 günlük süreyi uygulamıştır<sup>96</sup>.

Görüldüğü üzere, Danıştay'ın genel yaklaşımı idari başvuru yollarının hatalı bildiriminden davacı aleyhine sonuç doğurmaması gerektiği yolundadır. Ancak K. 2022/1 sayılı İBK'nın gerekçesinde bu ihtimalin de en azından "evleviyet" yaklaşımı çerçevesinde öngörülmesi, bu yaklaşımın bağlayıcı etkiye kavuşturulmasını sağlayabilir.

## 2. İDARİ BAŞVURU YOLLARININ BİLDİRİLMEMESİ

Anayasa md. 40/2'de öngörülen hususlar bildirilmeden yapılan bir yazılı bildirim üzerine, ihtiyari / zorunlu idari başvuru yolunun uygulanmadığı bir idari işleme karşı bu yola başvurmak suretiyle, bu yolda öngörülen süreler uygun olarak dava açan kişi, K. 2022/1 sayılı İBK ile bağlayıcı hale getirilen yazılı bildirim üzerine genel dava açma süresini büyük bir ihtimalle geçirmiş olacaktır.

Oysa ki, K. 2022/1 sayılı İBK'da, hiçbir hukuki ve objektif dayanağı bulunmamasına rağmen kabul edilen "herkes tarafından bilinmesi gereken genel dava açma süresi – bilinmesi gerekmeyen özel dava açma süresi" ayırımına benzer şekilde, "kapsamı ve sonuçları herkes tarafından bilinmesi gereken idari başvuru – bilinmesi gerekmeyen idari başvuru" nitelendirmesi yapılmak suretiyle başvuru yolları bakımından da bir sonuca varılması ve en azından K. 2022/1 sayılı İBK'nın iç tutarlılığı korunarak belirsizliğin ortadan kaldırılması düşünülebilir.

Nitekim Danıştay bir kararında "kanun yolu ve merci"e ilişkin olarak, "idari işlemlerin nitelikleri gereği hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağını tespitinin teknik bir konu olması hali"ni, bu tespit teknik olmadığı hallerden ayırarak, birinci ihtimalde herkes tarafından bilinmesi gereken genel dava açma süresinin "davacının hangi kanun yoluna veya mercie başvuracağını öğrendiği tarihten itibaren başlatılması gerekmekte" olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu kapsamda bir öğretim üyesi hakkında disiplin ve ceza soruşturması açılmamasına ilişkin karara karşı Danıştay 1.

<sup>96</sup> Dan. 10. D., 31.12.2007, E. 2006/2232, K. 2007/6691, DD, S. 118, s. 335.  
YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)



Dairesi'ne yapılan itirazın, anılan işleme karşı iptal davası açılması gerektiği gerekçesiyle incelenmeksizin reddi üzerine, red kararının tebliğinden itibaren genel dava açma süresi içerisinde açılan davayı süresinde kabul etmiştir<sup>97</sup>.

Gerçekten de K. 2022/1 sayılı İBK öncesi Danıştay kararlarında gerek ihtiyari (a) gerek zorunlu (b) idari başvurular bakımından bu yönde bir yaklaşıma rastlamak mümkündür.

a. Hukuken Tabi Olunmayan İhtiyari İdari Başvuru Yapılması Halinde Dava Açma Süresinin Başlangıcı

İYUK md. 11'de öngörülen “genel” nitelikte ihtiyari idari başvuru dava açma süresini durdurmakta; bu başvurunun uygulanmayacağı “özel” hallerde ise üst makama yapılan başvurunun dava açma süresi üzerinde hiçbir etkisi olmamaktadır. Dolayısıyla hukuk sistemimizde genel ihtiyari başvuru yolunun uygulanacağı ve uygulanmayacağı haller ayrımı söz konusu olup, bu ayırmada yanlış yola sapmanın dava açma süresi üzerinde doğrudan etkisi bulunmaktadır. Bu nedendir ki Anayasa md. 40/2 kapsamında ihtiyari idari başvuru yolu, mercii ve süresinin de gösterilmesi gerekmekte<sup>98</sup>; Anayasa'ya aykırı olarak gösterilmemesinin sonuçları da hak arama hürriyetlerini kullanan kişilere yükletilmemelidir.

Bu kapsamda, İYUK md. 11'de öngörülen ve dava açma süresinin durması sonucunu doğuran genel ihtiyari başvuru yolunun uygulanmayacağı özel haller de Danıştay tarafından “teknik bir konu” olarak kabulü edilmeli; kanun yolu ve başvuru mercisinin gösterilmediği hallerde, İYUK md. 11'in uygulanamayacağı işlemlere karşı bu hükümde öngörülen yola başvuran kişilere de “müsamaha gösterilmesi” makul olarak beklenmelidir.

Nitekim İYUK md. 20/B'de öngörülen merkezi ve ortak sınavlar için yargılama usulüne tabi olan bir işlemde Anayasa md. 40/2 uyarınca kanun yolları, mercii ve süresinin belirtilmemiş olması sebebiyle, söz konusu işleme karşı kanunen tebliğden itibaren 10 gün içerisinde dava açılması gerektiği ve aynı Kanun'un 11. maddesi uyarınca başvuru yapılması

<sup>97</sup> Dan. 8. D., 02.02.2017, E. 2015/4796, K. 2017/437, DD, S. 147, s. 457.

<sup>98</sup> KOÇ, s. 331, 332, 333. İhtiyari idari başvuru yolunun gösterilmesi gerekmediğine ilişkin görüş için bkz. DURSUN, s. 92, dn. 17. Bölükbaşı, zorunlu idari başvuru yolunun gösterilmesi gerektiği ifade ederken, ihtiyari idari başvuru yolunun gösterilmesinde fayda bulunduğunu mülahaza etmiştir. Bkz. BÖLÜKBAŞI, s. 103. Benzer şekilde Atay Şanlı da ihtiyari idari başvuru yolunu da göstermenin hukuka bağlı bir idareden beklenilecek bir husus olarak değerlendirmiş; ancak bu yolun kapatıldığı durumların bildirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. ATAY ŞANLI, s. 308, 309.

mümkün bulunmadığı halde, 11. maddede öngörülen başvuru ve sürelerle uyularak açılan dava süresinde kabul edilmiştir<sup>99</sup>.

Buna karşın başka bir Danıştay kararında, Anayasa md. 40/2’de belirtilen bilgileri içermeyen bir ödeme emrine karşı özel dava açma süresi olan 7 gün içerisinde değil, genel dava açma süresi olan 60 gün içerisinde dava açılması gerekeceği kabul edilmekle birlikte, ödeme emrine karşı doğrudan dava açılması gerektiği yolundaki ve ödeme emrinde yer almayan bilgi “teknik bir konu” olarak nitelendirilmemiş olacak ki, genel dava açma süresi ödeme emrinin tebliğinden itibaren başlatılmış; ödeme emrine yapılan itiraz İYUK md. 11 uyarınca dava açma süresini durduran bir başvuru olarak değerlendirilmemiş ve bu nedenle davanın süreden reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>100</sup>.

Yine bir ihalenin öğrenilmesi sonrasında ihalenin iptali talebiyle yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada, ihale işleminin İYUK md. 20/A kapsamında anılan Kanun’un 11. maddesinde öngörülen idari başvuru yoluna tabi olmadığı hususu “teknik bir konu” olarak değerlendirilmemiş ve ihalenin öğrenilmesinden itibaren 60 gün içerisinde dava açılmadığından bahisle davanın süreden reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>101</sup>.

Görüldüğü üzere Anayasa md. 40/2’ye aykırı olarak başvuru yolları ve süreleri içermeyen ve genel ihtiyari başvuru yoluna tabi olmayan bir idari işleme karşı, genel ihtiyari başvuru yoluna gitmek suretiyle dava açılması halinde, her durumda uygulanacak genel dava açma süresinin başlangıcı konusundaki Danıştay içtihatları arasında aykırılık bulunmaktadır. K. 2022/1 sayılı İBK ile de bu konu belirsizliğe terkedilmiş; mahkemeye erişim hakkının kullanımı adeta kadere kalmıştır.

#### b. Hukuken Tabi Olun(may)an Zorunlu İdari Başvurunun Yapılma(ma)sı Halinde Dava Açma Süresinin Başlangıcı

İhtiyari idari başvuru yolundan farklı olarak zorunlu idari başvuru yolunun Anayasa md. 40/2 gereğince bildirilmesi gerektiği hususu mutlak olarak kabul görmektedir<sup>102</sup>.

Öncelikle zorunlu idari başvuru yoluna tabi olan idari işlemlerde, Anayasa md. 40/2’ye aykırı olarak bu yolun, başvuru mercii ve süresinin

<sup>99</sup> Dan. 12. D. 25.06.2015, E. 2015/2441, K. 2015/4304, *DD*, S. 139, s. 492.

<sup>100</sup> Dan. 14. D., 09.06.2015, E. 2015/2768, K. 2015/4957, *DD*, S. 140, s. 381

<sup>101</sup> Dan. İDDK, 13.12.2017, E. 2015/2783, K. 2017/4274, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

<sup>102</sup> ATAY ŞANLI, s. 308; BÖLÜKBAŞI, s. 103.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)*

belirtilmemesi halinde, başvuru süre yönünden reddedilmemeli<sup>103</sup>, en azından işlemin tebliği veya öğrenilmesi üzerine genel dava açma süresi içerisinde açılan davada, merciine tevdi kararı verilirken yargı yeri tarafından Anayasa md. 40/2 gereğince başvurunun süre meselesine girilmeden esastan değerlendirilmesi gerektiği bildirilmelidir.

Zorunlu idari başvuru sürelerinin çoğu zaman oldukça kısa olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa md. 40/2’ye aykırı olarak bildirilmeyen bu yol ve sürenin mahkemeye erişim hakkının kullanımına engel olmasının, bu hakka ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmelidir.

Diğer taraftan tabi olunmayan zorunlu idari başvuru yoluna gidilmesi suretiyle de işlemin tebliği veya öğrenilmesinden itibaren K. 2022/1 sayılı İBK ile her durumda uygulanması öngörülen genel dava açma süresinin kaçırılması mümkündür.

Danıştay’ın bir kararında “*dava konusu tütün fonu ve cezai faizine karşı başvurulacak kanun yolları gösterilmediğinden davacı tarafından itiraz usulü uygulanmak suretiyle 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 242. maddesindeki itiraz yolunun işletildiği, (...) dava açma süresinin [itiraz üzerine tesis edilen] işlemin tebliğ edildiği 31.3.2003 tarihinden itibaren işletilmesi gerekmekte*” olduğuna hükmedilmiş<sup>104</sup>; böylece dava konusu işlemin “Gümrük Kanunu’nda öngörülen zorunlu idari başvuru yoluna tabi olmadığı” hususu “teknik bir konu” olarak değerlendirilmiştir.

Benzer şekilde Danıştay 6183 sayılı Kanun’un 37. maddesi uyarınca gümrük, katma değer ve özel tüketim vergilerinin ödenmesine yönelik olarak tesis edilen işleme karşı hatalı olarak 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 242. maddesindeki zorunlu itiraz yolunun işletilmesi ve bu başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davada, itirazı İYUK md. 11. kapsamında değerlendirerek davayı süreden reddeden ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu reddeden mahkeme kararı bozulmuştur<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Dan. VDDK, 12.10.2011, E. 2011/40, K. 2011/594, DD, S. 129, s. 294; Dan. 13. D., 30.09.2015, E. 2015/2925, K. 2015/3258, Bkz. Legalbank; Dan. 13. D. 20.06.2017, E. 2011/103, K. 2017/2063, Bkz. Legalbank; Dan. 13. D., 28.01.2021, E. 2015/1805, K. 2021/341, Bkz. Legalbank; Dan. 13. D., 01.11.2017, E. 2014/1028, K. 2017/2778, DD, S. 147, s. 289; Dan. 13. D., 30.03.2021, E. 2016/1981, K. 2021/1114, Bkz. Legalbank.

<sup>104</sup> Dan. 10. D., 27.10.2008, E. 2006/7298, K. 2008/7138, DD, S. 120, s. 318. Aynı yönde bkz. Dan. 10. D., 09.05.2007, E. 2005/1607, K. 2007/2429, Bkz. Legalbank.

<sup>105</sup> Dan. 7. D., 05.11.2020, E. 2017/354, K. 2020/4455, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

Anayasa md. 40/2’de öngörülen hususları içermeyen ihalenin iptali kararının tebliği üzerine şikayet ve itirazın şikayet yollarına başvuran ve bu başvurularının anılan karara karşı doğrudan dava açılması gerektiği gerekçesiyle reddedilmesi üzerine idari yargı yerleri önünde ihalenin iptali kararının tebliğinden itibaren 60 günlük dava açma süresi geçtikten sonra açılan davanın da süresinde bulunduğu kabulü gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>106</sup>.

Görüldüğü üzere, Danıştay’ın genel yaklaşımı Anayasa md. 40/2’ye aykırı olarak zorunlu idari başvuru yolunun bildirilmemesi sonucunda tabi olunan bir zorunlu idari başvurunun yapılmaması veya tabi olunmayan bir zorunlu idari başvurunun yapılması hallerinde, genel dava açma süresine riayet edilmek kaydıyla davacının mahkemeye erişim hakkının korunması yolundadır. Ancak K. 2022/1 sayılı İBK’nın en azından gerekçesinde bu ihtimalin de öngörülmesi, bu yaklaşımın bağlayıcı etkiye kavuşturulmasını sağlayabilirdi.

## **B. Anayasa md. 40/2’ye Tabi Olan İdari İşlemler Bakımından Belirsizlikler**

K. 2022/1 sayılı İBK’da yazılı olarak bildirilen idari işlemin Anayasa md. 40/2’ye uygun olmaması halinde genel dava açma süresinin uygulanacağı öngörülmüş; zımni idari işlemlere uygulanacak dava açma süresi (1) ile ilan veya yayımlanma suretiyle duyurulan idari işlemde başvuru yolları ve süresinin gösterilmemesi hali (2) belirsizliğe bırakılmıştır.

### **1. ANAYASA MD. 40/2 ‘NİN ZİMNİ İDARİ İŞLEMLERE UYGULANMASI**

Anayasa md. 74/2’de kendileriyle ilgili başvuruların sonucunun gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirileceği; md. 125/3’de idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacağı; md. 40/2’de de Devletin işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Tüm bu düzenlemeler ışığında idarenin kendisine yapılan başvurulara açık ve yazılı olarak cevap vermek gibi bir anayasal yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmelidir.

Buna karşın mevzuatımızda başta genel zımni red düzenlemeleri olarak nitelendirebileceğimiz İYUK md. 10, 11 ve 13 olmak üzere zımni red

<sup>106</sup> Dan. 13. D., 07.11.2013, E. 2012/1718, K. 2013/2862, DD, S. 136, s. 488.  
YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)

öngören çeşitli kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. Yukarıda yer verilen anayasal düzenlemelere rağmen, idarenin başvurulara cevap vermemesi ihtimalini öngören ve bu ihtimale bir takım hukuki sonuçlar bağlayan zımni redde ilişkin kanuni düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülebilirse de<sup>107</sup>, Anayasa Mahkemesi genel zımni red düzenlemeleri bakımından henüz böyle bir iddiayı esastan incelememiş<sup>108</sup>; özel bir zımni red düzenlemesini de Anayasa’ya uygun bulmuştur<sup>109</sup>. Dolayısıyla zımni red müessesesi hem hukuki hem de uygulama sıklığı bakımından baskın bir fiili gerçeklik olarak hukuk sistemimizde “idari işlemlerin yazılılığı ilkesinin istisnası”<sup>110</sup> statüsünde yer almaktadır.

Gözler, Anayasa md. 40/2 ve zımni red müesseselerinin hukuk sistemimizdeki birlikteliğinin idareyi karar almamaya yönelteceği görüşündedir<sup>111</sup>. Gözler’in dikkat çektiği bu fiili sorun karşısında, birliktelikleri sorunlu bu iki hukuki müesseseden birini ortadan kaldırmak gerekiyorsa, Anayasa md. 74/2 ve md. 125/3 uyarınca kaybeden zımni red müessesesi olmalıdır. Her ne kadar Danıştay zımni red müessesesini “*bireylerin hak arama hürriyetlerinin sürüncemede bırakılmayarak bir an*

<sup>107</sup> SERTER, s. 167, 196, dn. 511, 197; BÖLÜKBAŞI, s. 105, 113.

<sup>108</sup> İYUK md. 10, 11 ve 13’de öngörülen zımni red düzenlemelerinin Anayasa’nın 2, 5, 36 ve 74. maddelerine aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş ise de, itiraz yoluna başvuran mahkemenin tarafından görülmekte olan davanın konusunu kesin ve yürütülebilir bir idari işlem oluşturmadığından bahisle, itiraz başvurusu ilk inceleme aşamasında reddedilmiştir. Bkz. AYM, 15.04.2004, E. 2004/26, K. 2004/51, RG 11.08.2004, S. 25550.

<sup>109</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen şikâyet başvurusunun 10 gün içerisinde cevaplandırılmaması halinde başvurunun reddedilmiş sayılacağına ilişkin zımni red müessesesinin Anayasa md. 40/2’ye aykırılığı ileri sürülmüş ancak Anayasa Mahkemesi çoğunluğu, Kanunun “*zımni ret halinde, ihaleyle ilgili işlemler için kanun yolu olarak itirazın şikâyet yoluna ve merci olarak Kamu İhale Kurumuna, idarenin karar vermesi için belirtilen sürenin bitiminden itibaren on günlük süre içinde, başvurulabileceğini açık bir şekilde düzenlemiş*” olduğu gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir. Kararın karşı oyunda Anayasa md. 40/2 uyarınca “*idarenin (...) cevap vermemek ya da suskun kalmak gibi bir seçeneğinin bulunmadığı, (...) suskun kalmak ya da cevap vermemek suretiyle bu Anayasal lazıme işlevsiz hale getirmek düşünülemeyeceğine göre, her halikârda bir cevap verilmesi ve bu cevapta başvuru yolları ile sürelerinin gösterilmesi[nin] Anayasal bir mecburiyet (...) olduğu, (...) hukuk devletinde idareye “cevap vermemek” suretiyle kişilerin başvurularına itibar etmemek gibi bir üstün yetki tanınması[nın] da söz konusu edilemeyeceği*” ifade edilerek zımni red müessesesinin Anayasa’nın 2. ve 40. maddelerine aykırı olduğu görüşü savunulmuştur. Bkz. AYM, 09.02.2017, E. 2016/143, K. 2017/23, RG 12.04.2017, S. 30036, § 19.

<sup>110</sup> YAYLA, s. 123.

<sup>111</sup> GÖZLER, s. 334.

önce kullanılmasının sağlanması” amaçlayan<sup>112</sup> “idarenin keyfi olarak vatandaşın başvurusunu bekletmesine karşı getirilmiş bir güvence”<sup>113</sup> olarak yorumlansa da, bu bakış açısıyla bardağın sadece dolu tarafı gözükmekte; idarenin anayasal cevap verme yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle başta başvuru yol ve süreleri olmak üzere, tesis ettiği işlemin unsurlarına ilişkin birçok bilgidен, idareye karşı son derece meşakkatli hak arama yolculuğuna çıkacak kişiyi mahrum bıraktığı gözardı edilmektedir.

Diğer taraftan Anayasa md. 40/2 ve zımni red müesseselerinin hukuken sorunlu birlikteliklerini, her ikisini de koruyarak çözebilecek bir düzenleme Fransız hukukunda yer almaktadır. 28.11.1983 tarihli ve 83-1025 sayılı İdare ile Kullanıcılar Arasındaki İlişkilere İlişkin Kararname’nin 5. maddesi ile idari bir başvuru yapan kişiye zımni red süresinin ve zımni red işlemine karşı başvuru yol ve sürelerini içeren bir alındı onayı verilmesi öngörülmüş; alındı onayının söz konusu bilgiler yönünden eksik veya hatalı olması halinde zımni red üzerine dava açma süresinin işlemeye başlamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>114</sup>. Bu düzenlemenin altında yatan fikir, iki aylık zımni red süresinin kısalığının, oyunun kurallarının olası davacıya baştan bildirilmesi suretiyle meşru kılınmasıdır<sup>115</sup>.

Türk hukukunda mevcut durum itibariyle Anayasa md. 40/2 ve zımni red müesseselerinin hukuken sorunlu birliktelikleri, kanunkoyucunun hareketsizliği sebebiyle devam etmekte olduğundan, Anayasa md. 40/2’de öngörülen yükümlülüğe uyulması imkansız olan zımni red işlemlerinde Anayasa md. 40/2’nin etkisinin ve bunlara uygulanacak dava açma süresinin belirlenmesi gerekmektedir.

Danıştay, başvurulabilecek yargı yolu veya idari yolun, başvuru mercilerinin ve sürelerinin gösterilmiş olduğu bir para cezası işleminde, idari itirazın zımnen reddi ihtimalinin öngörülmemiş olması ve olayda idari itirazın zımnen reddedilmiş olması sebebiyle, Anayasa md. 40/2 uyarınca zımni red üzerine dava açma süresinin başladığının kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Danıştay’a göre “*itiraz üzerine idari makamın sükutu halinde izlenecek yol ve süreler gösterilmediği gibi, dava yoluna başvurulması için "idari makamlarca verilecek ret kararı" üzerine denilmek*

<sup>112</sup> Dan. 7. D., 04.04.2018, E. 2016/221, K. 2018/2342, DD, S. 149, s. 346.

<sup>113</sup> Dan. 6. D., 18.03.2015, E. 2013/673, K. 2015/1617, Bkz. Legalbank

<sup>114</sup> Söz konusu Kararname düzenlemesi yürürlükteki Fransız İdare ile Toplum Arasındaki İlişkiler Kodunun L. 112-3, L. 112-6, L. 411-3 ve R. 112-5 maddeleri ile kodifiye edilmiştir.

<sup>115</sup> DUTHEILLET DE LAMOTHE – ODINET, s. 1629.

YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)

*suretiyle, kesin cevabın beklenilmesi gerektiği belirtilerek davacının eylemsiz bırakılmıştır]*"<sup>116</sup>.

Danıştay'ın benzer yönde başka kararları da bulunmaktadır<sup>117</sup>. Gerçekten de zımnî red halinde dava açma süresinin işlememesi başka bir deyişle bu sürenin sınırsız hale gelmesi yolundaki kararlar, Anayasa md. 40/2 ve zımnî red müesseselerinin sorunlu birlikteliğine getirilebilecek hukuki açıdan en doğru çözüm olarak belirlemektedir. Böylece idarelerin fiili olarak zımnî redde yönelmesi gibi bir risk ortadan kalkacak, idareler hizmetlerinin istikrarlı bir şekilde yürütülmesi için, açık ve Anayasa md. 40/2'ye uygun işlem tesis etme yolunu tercih edecekleridir. Ancak 2002/1 sayılı İBK ile bu sonuç gerçekleşmemiştir.

K. 2022/1 sayılı İBK'da, bu konuda içtihadın birleştirilmesinin koşullarından olan lüzum koşulu kapsamında bir değerlendirme yapılmış; içtihat aykırılığının hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir sürekliliğe sahip olmadığı hallerde lüzum unsurunun gerçekleştiğinden söz edilemeyeceği kabul edilerek, "zımnî ret işlemleri üzerine açılan davalarda Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden hareketle dava açma süresinin işletilmediği kararların sınırlı sayıda olduğu, (...) süregelen bir içtihat farklılığına yol açmadığı" gerekçesiyle lüzum koşulunun gerçekleşmediği ve içtihatların birleştirilmesine yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Karara yazılan karşı oylardan birinde, kararlar arasında aykırılık bulunmasının konunun esastan görüşülmesi için yeterli olduğu, uygulamada birliğin ve eşitliğin sağlanması açısından içtihadın birleştirilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu md. 39'da İctihatları Birleştirme Kurulu'nun "lüzum görürse" içtihadın birleştirilmesine karar vereceği

<sup>116</sup> Dan. VDDK, 14.11.2018, E. 2018/1049, K. 2018/940, DD, S. 150, s. 411. Aynı yönde bkz. Dan. VDDK, 23.10.2019, E. 2019/183, K. 2019/816, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

<sup>117</sup> Dan. 7. D., 24.12.2018, E. 2016/9084, K. 2018/6223, Bkz. Dan. İBK; Dan. 7. D., 05.03.2019, E. 2016/6253, K. 2019/982, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 7. D., 05.11.2020, E. 2017/354, K. 2020/4455, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 9. D., 22.03.2021, E. 2020/1734, K. 2021/2140, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

Fransız Danıştay'ı zımnî işlem tarihini, başvuru yolları ve süresini gösteren bir alındı onayı verilmeyen başvurular sonucunda oluşan zımnî işlemlere karşı, *Czabaj* içtihadı ile öngörülen bir yıllık makul süreyi, zımnî işlemin öğrenildiğini tarihten itibaren başlamakta; zımnî işleme karşı idari başvuru yapılmasını bu anlamda öğrenmenin göstergesi olarak kabul etmektedir. Bkz. BERNARD Aurélie, « La jurisprudence *Czabaj* ne résout pas tout », *AJDA* 2019, s. 2051; HAÏM, s. 2143. Bkz. CE, 18.03.2019, *Jounda Nguogoh*, n° 417270; CE 12 oct. 2020, *Ministère de l'agriculture et de l'alimentation*, n° 429185.

öngörülmüştür. Buna göre “lüzum koşulu” içtihatları birleştirme usulünde esasa geçilmeden önce değerlendirilmesi gereken ilk inceleme sebepleri arasında yer almaktadır<sup>118</sup>. Anlamı belirsiz olan lüzum koşulunun hukuki yararı ifade ettiği, bu koşulun içtihadın birleştirilmesi suretiyle sağlanan öngörülebilirlik ile hakimnin takdir yetkisinin kısıtlanması arasındaki makul dengenin sağlanmasına yönelik olduğu ifade edilmiştir<sup>119</sup>. Diğer taraftan lüzum koşulunun hukuki bir kavram olarak hukuki açıdan içeriğinin belirlenmesinin gereksiz ve imkansız olduğu; kavramın İçtihatları Birleştirme Kuruluna geniş bir takdir yetkisi veren fonksiyonel bir nitelik arzettiği<sup>120</sup> de oldukça gerçekçi gözükmektedir. Kanunkoyucu lüzum koşulu getirmek suretiyle İçtihatları Birleştirme Kuruluna bir yargılama politikası alanı tanımıştır.

Buna rağmen lüzum koşulunu hukuki bir zemine oturtma çabaları kapsamında, bu koşulun gerçekleşmediğinin kabul edilebileceği somut durumlar tespit edilmeye çalışılmıştır. K. 2022/1 sayılı İBK’nın da bu kapsamda hukuki açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir.

K. 2022/1 sayılı İBK’da lüzum koşulunun gerçekleşmeme gerekçesi, zımnî red halinde dava açma süresinin işletilmemesine ilişkin içtihadın sınırlı sayıda olması ve süregelen bir içtihat farklılığına yol açmaması olarak gösterilmiştir. İçtihatları Birleştirme Kurulu, adeta ayrıksı içtihadın zamanla genelin içinde kendiliğinden kaybolacağını öngörmüş; “içtihadı birleştirme” gibi “sert” bir yola gitmeden, zımnî red halinde dava açma süresinin işletilmemesine ilişkin içtihadın ayrıksılığını vurgulamak suretiyle “ölçülü” bir müdahalede bulunmuştur.

Şu halde lüzum koşulunun gerçekleşmediği haller arasında K. 2022/1 sayılı İBK’yı, içtihatların doğal seyrinde birleşmesi ve istikrar kazanması<sup>121</sup> gibi içtihatların birleştirilmesi talep edilen konuda bir daha içtihat uyuşmazlığı çıkmayacağı öngörülen durumlar<sup>122</sup> arasında değerlendirmek gerekir. Ancak bu ihtimalde de, içtihadı birleştirme yoluna başvurmadan içtihadın istikrar bulduğunun güvenle ve kesinlikle söylenmesinin nasıl mümkün olabileceği sorusu da haklı olarak gündeme gelmektedir<sup>123</sup>. Zımnî red halinde dava açma süresinin işletilmemesine ilişkin içtihadın, 2002/1

<sup>118</sup> KIZILYEL, s. 120.

<sup>119</sup> IŞIKLAR Celal, “İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hal ve Şartları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 14, 2013, s. 472; KIZILYEL, s. 128.

<sup>120</sup> IŞIKLAR, s. 478.

<sup>121</sup> DURAN, s. 430; KIZILYEL, s. 130.

<sup>122</sup> DURAN, s. 424.

<sup>123</sup> DURAN, s. 432.



sayılı İBK'nın "ölçülü" müdahalesi ile sona ermemesi, aksine yaygın hale gelmesi hukuken gerçekleşmesi mümkün bir ihtimaldir.

Zımnî red halinde dava açma süresinin işletilmemesine ilişkin içtihadın yaygınlaşması ve yerleşik hale gelmesi durumunda, Anayasa md. 40/2'ye aykırı bir şekilde yazılı olarak bildirilen idari işlemlere karşı genel dava açma süresi, zımnî red işlemlerine karşı sınırsız dava açma süresi uygulanacaktır. K. 2022/1 sayılı İBK'nın böyle bir hukuki garabete yol açması ihtimalinin olumlu yanı ise idareleri Anayasa md. 40/2, md. 74/2 ve md. 125/3 düzenlemelerine aykırı olarak zımnî işlem tesis etmemeye yöneltecek olmasıdır.

## 2. ANAYASA MD. 40/2'NİN İLAN VEYA YAYIMLANMA YOLUYLA BİLDİRİLEN İDARİ İŞLEMLERE UYGULANMASI

K. 2022/1 sayılı İBK'da yazılı olarak bildirilen işlemler bakımından Anayasa md. 40/2'de öngörülen yükümlülüğün gerçekleştirilmesi halinde uygulanacak dava açma süresi belirlenmiştir. İlan veya yayımlanma suretiyle bildirilen işlemlerin "yazılı olarak bildirilen" işlemler kapsamında yer alıp almadığı sorusu ile, ilan veya yayımlanma suretiyle bildirilen birel işlem, genel karar ve genel düzenleyici işlemlere Anayasa md. 40/2 kapsamında uygulanacak hukuki rejim konusu K. 2022/1 sayılı İBK'ya rağmen belirsizliğini sürdürmektedir.

K. 2022/1 sayılı İBK'da öngörülen genel dava açma süresi uygulamasının yazılı olarak bildirilen birel idari işlemleri kapsadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>124</sup>.

Ancak birel idari işlemlerden örneğin acele kamulaştırma kararları ile ihalelere katılmaktan yasaklama kararları Resmi Gazete'de yayımlanma; parselasyon planları da ilan suretiyle duyurulmaktadır. K. 2002/1 sayılı İBK'nın ilan veya yayımlanma suretiyle duyurulan birel işlemleri kapsayıp kapsamadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Birel işlem niteliğindeki ve ilgisine tebliğ edilmeyen acele kamulaştırma kararına karşı, Resmi Gazete'de yayımlanmadan itibaren 30 gün içerisinde değil, öğrenmeden itibaren 60 gün içerisinde dava açılması gerektiğine ilişkin Danıştay içtihadı örneklerine K. 2022/1 sayılı İBK'da yer verilmiş olması karşısında, ilan veya yayımlanma suretiyle bildirilen birel

<sup>124</sup> Hatta Anayasa md. 40/2'nin yalnızca yazılı olarak bildirilen birel idari işlemleri kapsadığı da ileri sürülmüştür. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 320; DURSUN, s. 88; ATAY, s. 482.

idari işlemlerin de K. 2022/1 sayılı İBK ile birleştirilen içtihadı tabii olduğu kabul edilmelidir<sup>125</sup>.

AY md. 40/2'nin genel düzenleyici işlemlere uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna ise genellikle olumsuz cevap verilmekte<sup>126</sup>; gerekçe olarak da söz konusu düzenlemede işlemin "ilgililerinden" bahsedilmekte olması, tıpkı kanunlar gibi genel, soyut, uygulanmakla tükenmeyen kurallar koyan, belirli kişi veya kişilere yönelik olmayan genel düzenleyici işlemlerin ilgililerinden sözedilmesinin mümkün bulunmaması ve genel düzenleyici işlemlerin hak doğurucu nitelikte olmamaları gösterilmektedir<sup>127</sup>. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, Anayasa md. 40/2 ile "*Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerinin belirtilmesi zorunluluğu*"dur<sup>128</sup>. Danıştay'ın da aksi yönde bir kararına, başka bir deyişle genel düzenleyici bir işlemde AY md. 40/2'de öngörülen başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğünün bulunduğu ilişkin bir içtihadına rastlanmamıştır.

K. 2002/1 sayılı İBK'ya rağmen Anayasa md. 40/2 karşısındaki durumu belirsiz olan diğer bir idari işlem kategorisi de çoğu zaman ilan veya yayımlanma suretiyle duyurulan ve genel düzenleyici işlemlerle birel işlemler arasında bir kategori olarak kabul edilen genel kararlardır<sup>129</sup>.

<sup>125</sup> Dan. 6. D., 10.09.2018, E. 2018/1260, K. 2018/6582, DD, S. 149, s. 393; Dan. İDDK, 08.11.2018, E. 2018/2553, K. 2018/4653, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 6. D., 11.11.2020, E. 2020/5946, K. 2020/10747, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. İDDK, 15.04.2021, E. 2021/396, K. 2021/783, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. İDDK, 07.07.2021, E. 2021/654, K. 2021/1420, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

<sup>126</sup> Genel düzenleyici işlemlerin de AY md. 40/2 kapsamında olduğu yolundaki görüşler için bkz. KOÇ, s. 331; BÖLÜKBAŞI, s. 105, 112.

*Czabaj* kararı savcısı bir yıllık makul süre uygulamasını mevzuattaki başvuru yolları ve süresi gösterme yükümlülüğünün kapsamına uygun olarak bireysel idari işlemlerle sınırlandırmayı önermiş; ancak bir yandan da düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılıklarını ilanihaye ileri sürebilme imkanı veren hukuka aykırılık defii ve kaldırılmaları talebinin reddi üzerine dava açılabilmesi uygulamasını eleştirmiştir. Bkz. HENRARD, s. 927.

<sup>127</sup> ATAY ŞANLI, s. 305.

<sup>128</sup> AYM, 08.12.2004, E. 2004/84, K. 2004/124, RG 02.12.2005, S. 26011.

<sup>129</sup> Genel düzenleyici işlemlerden farklı olarak somut içerikteki genel kararlar aynı durumda bulunan belirli ya da belirlenebilir sayıda kişi ya da nesneye yönelik genel işlemlerdir. Birel işlemlerle düzenleyici işlemler arasında bir kategori olduklarından "ara işlemler" olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. CHAPUS René, *Droit Administratif Général Tome 1*, Montchrestien, 15<sup>e</sup> édition, 2001, s. 524, 527; GÖZÜBÜYÜK, s. 320, 321; GÖZLER Kemal – KAPLAN Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Güncellenmiş 22. Baskı, Haziran 2020, s. 250; ATAY, s. 55; ULUSOY, s. 301.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

İYUK’da genel karar statüsü öngörülmemiş<sup>130</sup>; idari işlemlere karşı açılacak davalarda süre koşulunun tabi olduğu hukuki rejim yalnızca birel işlem – genel düzenleyici işlem ayrımı dikkate alınarak belirlenmiştir. Bu nedendir ki, merkezi ve ortak sınavlar ve kılavuzları, grev erteleme kararı<sup>131</sup>, imar planı, belli bir alanın belli bir hukuki statüye tabi kılınması (riskli alan, kesin korunacak hassas alan) gibi genel kararlar, somut içeriklerine rağmen genel nitelikleri itibariyle genel düzenleyici işlem olarak kabul edilmekte; böylece İYUK md. 7/4 uyarınca uygulanma işlemleri üzerine de söz konusu işlemlere dava açılabilmesi imkanı tanınmaktadır<sup>132</sup>.

Bu durumdan hareketle Anayasa md. 40/2’nin uygulanması bakımından da genel kararlara genel düzenleyici işlemlerin hukuki rejiminin uygulanması halinde, genel kararlarda AY md. 40/2 uyarınca başvuru yolları ve süresinin gösterilmesinin gerekmediği; K. 2022/1 sayılı İBK uyarınca örneğin özel dava açma süresine tabi bir imar planı ilanında, özel dava açma süresi gösterilmemişse de olsa özel dava açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılması gerekecektir.

Ancak K. 2022/1 sayılı İBK’da da örnekleri verilen Danıştay kararlarına göre, ivedi yargılama usulüne tabi bir imar planı askıda ilan edilirken, “söz konusu planların ivedi yargılama usulüne tabi olduğuna veya özel dava açma süresi bulunduğuna yönelik askı tutanağında herhangi bir açıklamaya yer verilmediği” takdirde, Anayasa md. 40/2 uyarınca özel dava açma süresi değil, 60 günlük genel dava açma süresi uygulanmalıdır<sup>133</sup>.

İYUK md. 20/B’de öngörülen merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne tabi olan bir sınavın bazı sorularının iptali talebiyle açılan davada, Sınav Kılavuzunda özel dava açma süresi ve usulünün gösterilmemiş olması sebebiyle, soru ve cevapların yayımlanmasından itibaren 60 günlük genel dava açma süresi içerisinde açılan dava süresinde kabul edilmiştir<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Fransız İdare ile Toplum Arasındaki İlişkiler Kodunun L. 200-1 maddesinde icrai idari işlemler, düzenleyici işlemler, bireysel işlemler ve ne düzenleyici ne bireysel olan işlemler olarak üçe ayrılmıştır.

<sup>131</sup> ATAY, s. 55

<sup>132</sup> ULUSOY, s. 300, dn. 20.

<sup>133</sup> Dan. 6. D., 12.10.2020, E. 2019/22111, K. 2020/9139, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. İDDK, 26.10.2020, E. 2020/2208, K. 2020/1974, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 6. D., 19.01.2021, E. 2020/11381, K. 2021/110, Bkz. Legalbank; Dan. 6. D., 09.02.2021, E. 2020/11146, K. 2021/1513, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1; Dan. 6. D., 04.03.2021, E. 2020/11042, K. 2021/3088, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

<sup>134</sup> Dan. 8. D., 09.07.2015, E. 2015/6718, K. 2015/6686, DD, S. 140, s. 356.

Benzer şekilde, K. 2022/1 sayılı İBK’da yer verilen bir kararda, “Sınav Uygulama Duyurusunda sınav sonuçlarına ilişkin itirazların sınav bilgilerinin internette yayımlanmasından itibaren 10 gün içerisinde yapılacağı ve itirazların 10 gün içerisinde incelenip adaylara bildirileceğinin duyurulduğu” bir sınavda, 10 günlük süre içerisinde hatalı soruların değerlendirme dışı bırakılarak sınav sonucunun yeniden değerlendirilmesi istemiyle yapılan itiraza 10 gün içerisinde cevap verilmemesi suretiyle zımni red işleminin olduğu ve Anayasa md. 40/2 uyarınca zımni reddin gerçekleştiği tarihten itibaren genel dava açma süresi olan 60 gün içerisinde davanın açılmış olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>135</sup>.

Yine K. 2022/1 sayılı İBK’da örnekleri bulunan Danıştay içtihadına göre, 6306 sayılı Kanun uyarınca verilen ve Resmi Gazete’de yayımlanan riskli alan kararına karşı, Resmi Gazete’de yayımlanmasından itibaren 6306 sayılı Kanun’da öngörülen 30 günlük dava açma süresi içerisinde değil, öğrenmeden itibaren 60 gün içerisinde dava açılması gerekmektedir<sup>136</sup>.

AY md. 40/2’ye aykırı bir şekilde yazılı olarak bildirilen idari işlemlere genel dava açma süresinin uygulanması gerektiğine ilişkin K. 2022/1 sayılı İBK’da, ilan veya yayımlanmanın yazılı bildirim kapsamında kabul edilip edilmediği konusunda bir açıklık bulunmasa da, genel dava açma süresinin uygulanmasına ilişkin içtihat örnekleri arasında genel kararlara ilişkin örneklerin de verilmiş olması karşısında, K. 2022/1 sayılı İBK uyarınca birleştirilen içtihadı genel kararların da tabi olduğu sonucuna ulaşılabilir<sup>137</sup>.

Şu halde, ilan veya yayımlanma suretiyle duyurulan bir genel kararda, özel dava açma süresinin uygulanabilmesi için, Anayasa md. 40/2’de

<sup>135</sup> Dan. İDDK, 16.12.2019, E. 2019/857, K. 2019/6576, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

<sup>136</sup> Dan. İDDK, 16.04.2015, E. 2015/483, K. 2015/1447, DD, S. 139, s. 467; Dan. İDDK, 24.04.2017, E. 2017/397, K. 2017/1818, DD, S. 146, s. 317; Dan. İDDK, 10.12.2018, E. 2018/4334, K. 2018/5459, Bkz. Dan. İBK, K. 2022/1.

<sup>137</sup> Genel kararları, İYUK md. 7/4 kapsamında genel düzenleyici işlem statüsünde kabul eden Danıştay, Anayasa md. 40/2 bakımından genel kararları birel işlem olarak değerlendirmekte, söz konusu işlemlerin, birel işlemlerle genel düzenleyici işlemler “ara”sındaki niteliğine uygun olarak fonksiyonel bir içtihat geliştirmektedir.

*Czabaj* içtihadı ne düzenleyici ne bireysel olarak nitelendirilen, genel ve soyut niteliği belli ve özel bir durumla ilgili olan ve kural olarak yayımlanma ile dava açma süresinin başladığı genel kararlara da uygulanmaktadır. Bkz. BENOIT Estelle, « Extension de la jurisprudence *Czabaj* », *Dalloz actualité* 06.10.2020.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

öngörülen hususlara ilan ve yayımda yer verilmeli, aksi halde K. 2022/1 sayılı İBK uyarınca genel dava açma süresi uygulanmalıdır<sup>138</sup>.

## SONUÇ

2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa’nın 40. maddesine eklenen ikinci fıkra uyarınca Devlete işlemlerinde ilgili kişilere hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü getirilmiştir. Aradan yirmi yılı aşkın bir zaman geçmiş olmasına rağmen bu yükümlülüğün gerek özne (süje) gerek konu (obje) bakımından kapsamı ile yaptırımı konusundaki belirsizlikler sona ermiş değildir. Hak arama hürriyetinin gerçekleştirilmesine yönelik idari ve yargısal başvuru yolları ile sürelerini öngörülebilir kılmak suretiyle, etkili başvuru hakkını güvence altına alan bu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin belirsizlikler, düzenlemenin amacının aksine bir şekilde hukuki güvenlik ilkesini zedelemektedir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun K. 2022/1 sayılı kararıyla, yazılı olarak bildirilen idari işlemlerde Anayasa md. 40/2’de öngörülen hususların yer almaması halinde genel dava açma süresin uygulanacağı yolundaki içtihat bağlayıcı hale gelmiş; böylece Anayasa’da öngörülen yükümlülüğe uygun işlem tesis etmeyen idare, işlemin genel dava açma süresine tabi olması halinde bütünüyle yaptırımsız bırakılmış; işlemin özel dava açma süresine tabi olması halinde ise, 30 veya 60 günlük genel dava açma sürelerinin uygulanması gibi oldukça insafli bir “yaptırım” ile karşı karşıya bırakılmış; Anayasa md. 40/2 adeta yaptırımdan yoksun kılınmıştır.

Diğer taraftan, Anayasa md. 40/2 kapsamındaki başvuru yolları ve idari işlemler bakımından birçok belirsizlik de K. 2022/1 sayılı İBK ile giderilmemiş; söz konusu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin, amacının tamamen aksine bir şekilde ortaya çıkan öngörülemezlikler hukuk düzenimizdeki varlıklarını korumuştur.

<sup>138</sup> Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri kapsamında gerçekleştirilecek işlemlerin DSİ ve proje idaresi internet sayfalarıyla köy ve mahalle muhtarının çalışma yerinde 30 gün süreyle ilanının ilgili kişilere şahsen tebliğ sayılacağına ilişkin kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, Anayasa md. 40/2’de yer alan hususlara ilanen tebliğ usulünde Anayasa md. 40/2’de yer alan hususlara yer verilmesine yasal bir engel bulunmadığını kabul ederek, anılan düzenlemenin Anayasa’nın 40. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. AYM, 16.07.2020, E. 2018/104, K. 2020/39, RG 27.11.2020, S. 31317, § 50. Aynı yönde bkz. AYM, 13.12.2017, E. 2016/14, K. 2017/170, RG 24.01.2018, S. 30311, § 30.

Anayasa md. 40/2'nin etkin ve öngörülebilir bir şekilde uygulanmasını sağlamak adına içtihadı birleştirme usulünün beklenen sonucu vermemesi karşısında, çözüm için kanunkoyucunun harekete geçmesi gerekecektir.

Yalnızca Anayasa md. 40/2 ile sınırlı kalmaksızın bütüncül bir idari usul kanunu çıkarmak suretiyle hukuk düzenimizdeki yılların özlemine giderebilecek olan kanunkoyucu öncelikle Anayasa md. 40/2'de öngörülen yükümlülüğün kapsamını tüm ihtiyari ve zorunlu başvuru yollarını kapsayacak şekilde açıkça düzenlemeli ve söz konusu yükümlülüğü caydırıcı bir yaptırıma bağlamalıdır. Bu noktada, *Czabaj* içtihadında öngörülen bir yıllık sürenin hukuka uygunluk ve hukuki güvenlik ilkelerini bağdaştıran bir süre olarak kabulü mümkün gözükmemekte; ilan veya yayımlanma yoluyla duyurulan birel işlemler ile genel kararlara da bu süre uygulanmalıdır.

Zımni işlemler bakımından da, yine Fransız hukukundaki başvuru üzerine, başvuruya cevap verilmemesinin sonuçlarını içeren bir alındı belgesi verilmesinin zorunlu tutulması usulünün benimsenmesi, bu belgenin verilmemesi halinde de yine zımni red işlemine karşı bir yıllık dava açma süresinin uygulanması idari işlemlerin yazılılığı ilkesini berataraf etmeyen tutarlı bir çözüm olacaktır.

Diğer taraftan, Anayasa md. 40/2'de düzenlenen yükümlülüğün yararlanıcısı olan işlemin ilgilisi üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmasa da, Anayasa md. 40/2'de öngörülen yükümlülüğü yerine getirmeyen idarenin sorumluluğunun gündeme getirilmesi; olası tazminatın ilgili kamu görevlisine rücu edilmesi; kamu görevlilerinin disiplin ve/veya ceza sorumluluğuna gidilmesi, Anayasa md. 40/2'nin hukuk düzeninde bir temenninin ötesine geçip bağlayıcı bir Anayasa hükmü haline gelmesi bakımından belki de en etkili yöntem olacaktır.

## KISALTMALAR

- AIHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi  
 AIHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi  
 AJDA : Actualité juridique, droit administratif  
 AÜSBFD : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi  
 AYM : Anayasa Mahkemesi  
 BİM : Bölge İdare Mahkemesi  
 Bkz. : Bakınız  
 C. : Cilt  
 CC : Conseil constitutionnel (Fransız Anayasa Konseyi)

CD	: Ceza Dairesi
CE	: Conseil d’Etat (Fransız Danıştayı)
CE Ass.	: Assemblée générale du Conseil d’Etat (Fransız Danıştayı Genel Kurulu)
CE Sect.	: Section du Conseil d’Etat (Fransız Danıştayı Dairesi)
CGK	: Ceza Genel Kurulu
D.	: Dairesi
Dan.	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
DKD	: Danıştay Kararlar Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas sayısı
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar sayısı
md.	: madde
No / n°	: Numara
RFDA	: Revue française de droit administratif
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
VDD	: Vergi Dava Dairesi
VDDK	: Vergi Dava Daireleri Kurulu
Y.	: Yargıtay

### KAYNAKÇA

- AKBULUT Emre, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, TBB Dergisi, S. 81, 2009, s. 1-21.
- AKYILMAZ Bahtiyar, “Bir İdari Usul İlkesi Daha: Anayasa m.40/2 Başvuru Yollarının Gösterilmesi”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 2003, s. 83-90.
- AKYILMAZ Bahtiyar, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2, 2003, s. 148-162.

- AKYILMAZ Bahtiyar, “İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var mı?”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, 2016, Danıştay Yayınları No: 91, s. 201-232.
- AKYILMAZ Bahtiyar – SEZGİNER Murat – KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2021, 861 s.
- AKYILMAZ Bahtiyar – SEZGİNER Murat – KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ekim 2021, 780 s.
- ALBAYRAK SEKBAN Esengül, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri ve Genel Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, 261 s.
- ATAR Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, 432 s.
- ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2022, 952 s.
- ATAY ŞANLI Yeliz, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S. 96, 2011, s. 293-318.
- ATİK ÇOBAN Ayşegül, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi ve İdari Yargıda Dava Açma Süresi Çerçevesinde Danıştay 13. Dairesinin 26.11.2014 Günlü ve E.2014/3745, K.2014/3772 Numaralı Kararının İncelenmesi”, 5. İdare Hukuku Buluşması - Danıştay Kararları İncelemeleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 117-130.
- AZRAK A. Ülkü, Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1964, s. 224.
- BENOIT Estelle, « Extension de la jurisprudence Czabaj », Dalloz actualité 06.10.2020
- BERNARD Aurélie, « La jurisprudence Czabaj ne résout pas tout », AJDA 2019, s. 2051.
- BÖLÜKBAŞI Mustafa Oğuzhan, “Devlet İşlemlerinde Kanun Yolları, Merciler ve Başvuru Sürelerini Gösterme Yükümlülüğü (Anayasa’nın 40/2. Maddesi)”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 15, Haziran 2020, s. 97-122.
- BÜLBÜL Erdoğan, “Perde-Yasa Kuramının Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, İstanbul, 2003, s. 195-210.
- ÇAPTUĞ Mehpere, İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2020, 292 s.
- CHAPUS René, Droit Administratif Général Tome 1, Montchrestien, 15e édition, 2001, 1427 s.



- CONNIL Damien, « Czabaj, encore et toujours... ou presque », AJDA 2018, s. 1790.
- DORE François, « Circonstances particulières au sens de la jurisprudence Czabaj », AJDA 2019, s. 1497.
- DURAN Lûtfi, “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, AÜSBFD, C. 27, S. 3, 1972, s. 419-441.
- DURŞUN Hasan, “İdari İşleme Karşı Dava Açma Süresinin Gösterilmemesi, İşlemi Hukuka Aykırı Hale Getirir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 40, Aralık 2019, s. 85-95.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis – ODINET Guillaume, « Délai de recours : point trop n’en faut », note sous CE, 13 juillet 2016, req. n°387763, AJDA, 2016, s. 1629.
- EGELİĞİ Ömer Emrullah, “Etkili Başvuru Hakkı Özelinde Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Usulüyle Gerçekleştirmiş Olduğu Dönüşüm”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 9, S. 18, 2020, s. 533-594.
- EROĞLU DURKAL Müzeyyen, İdari Makamların Sükutu, Seçkin Yayınevi, Ocak 2019, 264 s.
- FRIER Pierre-Laurent – PETIT Jacques, Droit Administratif, LGDJ, 12e édition, 2018-2019, 733 s.
- GÖZLER Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştial Örneği", Anayasa Yargısı, C. 19, 2002, s. 326-354.
- GÖZLER Kemal – KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Güncellenmiş 22. Baskı, Haziran 2020, 800 s.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 23. Bası, Ekim 2005, 527 s.
- HAİM Victor, « Délai raisonnable ou déni de justice ? Réflexions sur cinq ans de jurisprudence Czabaj », AJDA 2021, s. 2143.
- HENRARD Olivier, « Le délai raisonnable de recours contre une décision individuelle irrégulièrement notifiée. Conclusions sur Conseil d’État, assemblée, 13 juillet 2016, M. Czabaj, n° 387763 », RFDA 2016, n° 5, s. 927.
- İŞIKLAR Celal, “İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hal ve Şartları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 14, 2013, s. 467-500.
- JULIEN-LAFERRIERE François, « Le juge n’est pas le législateur », AJDA 2016, s. 1769.
- KAYA Cemil (Çeviren), “İyi Yönetim Konusunda Üye Devletlere Bakanlar Komitesi’nin Tavsiye Kararı REC(2007)7”, TBB Dergisi, S. 77, 2017, s. 420-430.

- KIZILYEL Serkan, “Danıştay İçtihadı Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine”, TBB Dergisi, S. 199, 2015, s. 115-142.
- KOÇ Emin, “Türk Hukuku’nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S. 145, 2019, s. 301-347.
- ODYAKMAZ Zehra – GÜZEL Oğuzhan, “İyi İdare Hakkı”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 11-37.
- ÖZCAN Emrah, “Dava Açma Süresi Gösterilmeyen Ödeme Emirlerinde Dava Açma Süresine İlişkin “Pozitif” ve “İdeal” Bir Değerlendirme”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2014, s. 271-286.
- SAĞLAM Fazıl, “Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Demokratik Anayasa, Görüşler ve Öneriler, Hazırlayanlar: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Nisan 2012, s. 418-466.
- SAMADİ Volkan – Sidar TUNCA, “Yargı Kararları Işığında Kamu İhalelerine İlişkin Tesis Edilen İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğüne Uyulmaması Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 110, Ekim 2015, s. 125-130.
- SERTER Yusuf Sertaç, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç olarak İdari Başvurular, Adalet Yayınevi, Kasım 2015, 575 s.
- TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, Güncelleştirilmiş 19. Baskı, Eylül 2019, 566 s.
- ULUSOY D. Ali, Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2022, 905 s.
- YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, 1. Bası, Eylül 2009, 497 s.
- YILMAZOĞLU Yunus Emre – PERDECİOĞLU İsmail Emrah (Hazırlayanlar), Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 3. Baskı, Mart 2021, 1266 s.

# II MÜCAVİR ALAN KAVRAMI ve KÖY MÜCAVİR ALANLARININ ANAYASANIN 127. MADDESİNE UYGUNLUK SORUNU

(THE CONCEPT OF ADJACENT AREAS AND THE PROBLEM OF LEGAL COMPLIANCE OF ADJACENT AREAS IN VILLAGES)

Dr. Özge Didem Boulanger \* \*\*

## ÖZ

*Hukuk sistemimize ilk olarak 1956 yılında giren mücavir alanlar bugün için pek çok mevzuatta düzenlenmiştir. Mücavir alan komşu alan anlamına gelmektedir ve bir coğrafi sınırı ifade eder. Ancak bu coğrafi sınır belediye sınırından farklıdır. Mücavir alanlar esasen belediye sınırına komşu alanlardır ve bu alanların doğa, turizm gibi çeşitli nedenlerle planlı büyümeleri ve gelişmeleri gerekir. Bir yer mücavir alan olarak belirlendiğinde o yer artık imar uygulamaları açısından belediyenin kontrol ve sorumluluğuna geçer. Mücavir alan kavramı ilk olarak belediye sınırları dışında imarla ilgili olarak belediyelere verilen sınırlı ve istisnai bir yetkiyen sonraları idari ve mali faaliyetleri kapsayacak şekilde uygulaması genişlemiştir. Mücavir alan uygulamasının idari ve mali alanları kapsayacak şekilde genişlemesiyle beraber birçok kanunda mücavir alanlarla ilgili düzenlemeler yer almaya başlamıştır. Gerçekten de mücavir alan kavramı çevre ve şehircilikten, vergi uygulamalarına kadar pek çok yönden akademik araştırma konusu olabilir ancak her nedense bugüne kadar yeterli derecede akademik çalışmaya konu olmamıştır. Hukuksal açıdan değerlendirdiğimizde yine mücavir alan kavramının Vergi Hukuku, Çevre Hukuku, Anayasa Hukuku gibi hukukun farklı alanları esas alınarak incelenmesi mümkündür. İdare hukuku perspektifindense mücavir alanların yerinden yönetim ilkesi, özerklik, mahalli idarelerin eşitliği gibi ilkelere uygunluk değerlendirmesi yapılabilir. Bu makalede mücavir alanların kavramsal olarak tanımlaması yapılarak, köylerin mücavir alan olarak*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 06.12.2022. İlk hakem raporu tarihi: 09.01.2023. İkinci hakem raporu tarihi: 04.02.2023; Onaylanma tarihi: 13.02.2023.

\* Doktor

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9474-9471.

**Esere Atıf Şekli:** Özge Didem Boulanger, “Mücavir Alan Kavramı ve Köy Mücavir Alanlarının Anayasanın 127. Maddesine Uygunluk Sorunu”, YÜHFD, C.XX, 2023/1, s.77-113.

belirlenmesinin idare hukuku açısından anayasaya uygunluk değerlendirilmesi gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Mücavir alanlar, mahalli idareler, mahalli idarelerin eşitliği ilkesi, özerklik, yerinden yönetim ilkesi.

### **ABSTRACT**

*Adjacent areas, that entered our legal system for the first time in 1956, are regulated in many legislations in our country as of today. Adjacent area means contiguous area and it represents geographical borders. However the concept of adjacent areas' borders are different than municipalities' borders. Adjacent areas are essentially the areas that are adjacent to the municipality border and these areas need planned growth and development for various reasons such as nature and tourism. When an area is determined as adjacent are, it means that that the mentioned area is under the control and under the responsibility of the municipality in terms of zoning practices. While the concept of adjacent area was initially a limited and exceptional authority given to municipalities, in relation to zoning, outside the municipal borders its application has expanded to include administrative and financial activities. With the expansion of the adjacent area application to cover administrative and financial fields, regulations regarding adjacent areas have started to take place in many legislation. Indeed, the concept of adjacent area may be the subject of academic research in many ways, from environment and urbanism to tax applications, but for some reason, it has not been the subject of sufficient academic study until today. When we evaluate it from a legal perspective, it is possible to examine the concept of adjacent area on the basis of different areas of law such as tax law and environmental law. From the perspective of administrative law, it is possible to evaluate the compatibility of adjacent areas with principles such as the principle of decentralization, autonomy, and equality of local administrations. In this article, by conceptually defining the adjacent areas, the conformity of adjacent areas (in villages) with the Constitution, in terms of administrative law, have been reviewed.*

**Keywords:** *Adjacent areas, local governments, the principle of the equality of local governments, autonomy, principle of local administration.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Komşu olan anlamına gelen mücavir alanlar hukuk sistemimize ilk olarak 16.07.1956 tarih ve 6785 sayılı İmar Kanunu ile girmiştir. Bugün için birçok mevzuat hükmünde mücavir alanlarla ilgili düzenlemeler yer almaktadır ancak halen mücavir alanlarla ilgili akademik olarak yeterli çalışma bulunmadığını söylemek mümkündür. Mücavir alanlar genel olarak belediyeler lehine bir takım hak ve yetkiler yaratır. Gerçekten de bir yer mücavir alan olarak belirlendiğinde artık o yerdeki imar uygulamalarından belediyeler sorumlu olacaklardır. Mücavir alanlar hukukun pek çok alanı açısından inceleme konusu yapılabilirse de bu çalışmada idare hukuku kapsamında mücavir alan kavramı değerlendirilmeye çalışılmış mücavir alanların mahalli idare birimleri olan köy ve belediyeler temelinde Anayasaya aykırılıkları incelenmiştir. Mücavir alanları düzenleyen mevzuat hükümlerinin sayıca fazla olması ve çalışmanın sınırlandırılması gerekliliği nedeniyle çalışmada Anayasanın mahalli idareleri düzenleyen 127. maddesi esas alınmıştır. Anayasanın 127. maddesinde mahalli idarelerle ilgili yer alan temel kavramlar, mahalli müşterek ihtiyaç, kamu tüzel kişilikleri, yerinden yönetim şeklinde belirlenebilir. Anayasanın söz konusu maddesi göz önünde bulundurularak çalışma özellikle belediye ve köy tüzel kişilikleri temelinde sınırlandırılmıştır zira köy ve belediye tüzel kişiliklerinin yetkili oldukları coğrafi alan birbirinden farklıdır. Bir başka deyişle il özel idareleri ve köylerin idari sınırları kesişmekteyken köy ve belediye idari sınırları kesişmemektedir. Bu bağlamda çalışmada Belediye Kanunu esas olarak incelenmiş ve mücavir alan kavramının yer aldığı İmar Kanunu da değerlendirilerek, düzenlemelerin Anayasa 127. maddesine uygunları kapsamında bazı sonuçlara ulaşılmıştır.

Yine çalışma 5393 sayılı Belediye Kanunu'na tabi belediyeler açısından gerçekleştirilmiş büyükşehir belediyeleri kapsam dışı bırakılmıştır zira 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1. maddesi uyarınca büyükşehir kurulan ilçelerde köylerin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalleye dönüştürülmüş, büyükşehir belediyesi sınırları il sınırlarına kadar genişletilmiştir. Bu bağlamda köy tüzel kişiliği ile büyükşehir belediyesi arasında bir çatışmadan söz etmek mümkün olmayacaktır.

Ancak yine de burada 6360 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 7/1/b maddesindeki “ve mücavir alan” ifadesi çıkarılsa da bu durumun büyükşehir belediyelerinde mücavir alan uygulamasını tam olarak ortadan kaldırmadığının altını çizelim. Ayrıca

her ne kadar, ilgili maddede büyükşehir belediyelerinin sınırları içerisinde mücavir alanlarla ilgili olarak nazım imar planı yapma hususu büyükşehir belediyelerinin yetkisinden çıkarılmış gibi görünse de 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu mücavir alanlarla ilgili başka düzenlemelere haizdir.

Örneğin 5216 sayılı Kanununun 27/3 maddesi uyarınca “*Büyükşehir belediyesi mücavir alanlarının ilçe belediyeleri arasındaki bölüşümü büyükşehir belediye meclisince yapılır*”. Söz konusu maddeye göre büyükşehir belediyesi kurulan yerlerde ilçe belediyelerinin mücavir alanı yokken, büyükşehir belediyelerinde mücavir alan bulunmaktadır. Bu alanda yetkili ilçe belediyesi konusunda büyükşehir belediye meclisi karar vermektedir<sup>1</sup>. Bu bağlamda büyükşehir belediyesi söz konusu olduğunda, mücavir alan mevcutsa, uygulama imar planı ve arazi ve arsa düzenlemesi yapma yetkisi büyükşehir belediye meclis kararına göre belirlenmeli, büyükşehir belediye meclisi, mücavir alanda hangi belediyeyi yetkilendirirse uygulama imar planı ve imar uygulamaları o idare tarafından gerçekleştirilmelidir<sup>2</sup>. Ancak yukarıda da zikrettiğimiz üzere 6360 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra köy ve büyükşehir arasında incelememize konu olabilecek şekilde bir çatışma olmayacak ve mevcut durumda mücavir alan uygulaması bazı durumlarda (orman köyleri gibi) söz konusu olacaktır.<sup>3</sup>

## **I. MÜCAVİR ALAN KAVRAMI ve MEVZUATTA MÜCAVİR ALANLAR**

### **A. Mücavir Alan Kavramı ve Mücavir Alanların Belirlenmesi**

Türk Dil Kurumu sözlüğünde mücavir yakın, komşu olan şeklinde tanımlanmıştır<sup>4</sup>. Mücavir alan ise bir coğrafi sınırı ifade eder, bu sınır belediyelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları görevlerin coğrafi sorumluluk sınırınıdır<sup>5</sup>. Mücavir alanlar belediye sınırlarına komşu olan ve doğal güzellikler açısından ya da turizm nedeniyle gelişmeleri ve büyümeleri planlı gerçekleşmesi gereken alanlardır. Bu bağlamda mücavir alan içerisinde yer alan alanlar turizm açısından ya da doğal güzellik

<sup>1</sup>Suat Şimşek / İlhami Hazar, Açıklamalı - İçtihatlı ve Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi, 4. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2021, s.83.

<sup>2</sup>Şimşek / Hazar, s.83.

<sup>3</sup>6831 sayılı 31.08.1956 tarihli Orman Kanunu bu konuda çeşitli düzenlemelere haizdir.

<sup>4</sup>TDK, (sozluk.gov.tr), s.e.t.:26.01.2022.

<sup>5</sup>Mustafa Genç, İmar Hukuku, 1. Basım, Seçkin Hukuk, Ankara, 2015, s.15.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

yönünden korunması gerekli alanlardır<sup>6</sup>. Bir yerin mücavir alan olarak belirlenmesi artık o yerin imar uygulamaları açısından belediyenin kontrol ve sorumluluğu altında olduğunu gösterir. Ancak mücavir alan sınırı ile belediye sınırı farklı kavramlardır. Belediye sınırı, kanunlar uyarınca belediyenin tespit edilen sınıryken<sup>7</sup>, mücavir alan sınırı belediye sınırlarının dışında imar mevzuatı açısından belediyenin sorumluluğuna ve denetimine bırakılmış olan sınırdır<sup>8</sup>. Bu noktada belediyenin görev alanına ilişkin iki farklı alan olduğundan söz edilebilir, birincisi 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda düzenlenen belediye sınırı ve diğeri de bu sınıra ek olarak mücavir alan sınırıdır. Ancak belediye sınırı bir idari sınırken, mücavir alan sınırı bir idari sınır değildir. Bu durumda örneğin bir tüzel kişilik olan köyün tamamının veya bir bölümünün bir belediyenin mücavir alan sınırları içerisinde alınması durumunda, köyün tüzel kişiliği ve idari sınırları devam edecek, ancak köy, imar mevzuatı açısından belediyenin sorumluluğuna alınacaktır.

Mücavir alan, belediyeler açısından söz konusudur<sup>9</sup>, diğer mahalli idarelerden il özel idareleri ve köylerin mücavir alanı söz konusu olamaz. Ayrıca bir belediyenin içinde bir başka belediyeye ait bir mücavir alan belirlenmesi de mümkün değildir. Bu şekilde herhangi bir yer mücavir alan olarak belirlendiğinde, bu yerde bir belediyenin kurulması durumunda yeni

<sup>6</sup>Halil Kalabalık, İmar Hukuku, 1. Basım, Seçkin Hukuk, Ankara 2015, s.147.

<sup>7</sup>5393 sayılı Belediye Kanunu: *Sınırların kesinleşmesi Madde 6- Belediye sınırları, belediye meclisinin kararı ve kaymakamın görüşü üzerine valinin onayı ile kesinleşir.*

<sup>8</sup>3194 sayı ve 03.05.1985 tarihli İmar Kanunu.

<sup>9</sup>Belediye sınırları ve mücavir alan sınırları dışında imar hizmetlerinin yürütümü ise 5302 sayılı yasanın yürürlük tarihi olan 04.03.2005 tarihinden itibaren il özel idaresi yetkili organları tarafından gerçekleştirilecektir. 5302 sayı ve 23.02.2005 tarihli İl Özel İdaresi Kanunu 6/1-b. 1985 yılında yürürlüğe giren İmar Kanunu ile belediye ve mücavir alan sınırları dışında imarla ilgili faaliyette bulunma görev ve yetkisi valiliklere verilmişti. Tahir Muratoğlu, (2021), *Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku*, 2. Basım, Seçkin Hukuk, Ankara, 2021, s.101. Muratoğlu İmar Kanunu madde 45'de yer alan "Mücavir alan sınırları belediye meclisi ve il idare kurulu kararına dayanarak vilayetlerce Bakanlığa gönderilir. Bakanlık bunları inceleyerek aynen veya değiştirerek tasdik etmeye veya değiştirilmek üzere iadeye yetkilidir" cümlesindeki, il idare kurulunun il genel meclisi olarak anlaşılması gerektiğine dikkat çekmektedir. Zira önceki İmar Kanunu'nda belediye ve mücavir alan dışı imar faaliyetleri valiliklere verilmişken, İl Özel İdaresi kanunu ile bu yetki il özel idarelerine geçmiştir. İmar Kanunu buna belediye ve valilik bu işlemde etkilendiği için il idare kurulu demisti. Ancak mevcut durumda yetkili idare il özel idaresiyken artık il özel idaresinin konu dışı bırakılması hukukun mantıklı olmayacağından imar kanunu 45. Maddesindeki il idare kurulu ifadesini il genel meclisi olarak anlamak gerekecektir, Muratoğlu, Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku, s.102.

kurulan belediyenin kurulduğu alan içerisindeki mücavir alan ortadan kalkar<sup>10</sup>. Özetle aynı mücavir alanın iki ayrı belediyenin mücavir alanı olması mümkün değildir, ancak bir belediyenin mücavir alanının başka bir belediyenin mücavir alanı olarak değiştirilmesi mümkündür<sup>11</sup>.

İmar Kanunu 45. maddesi uyarınca mücavir alanlarla ilgili bazı değerlendirmeler yapmak mümkündür<sup>12</sup>:

- Mücavir alanlar belediye sınırlarına bitişik olabilir ancak belediye sınırına bitişik olma zorunlulukları yoktur.
- Köyler de mücavir alan sınırı içerisine alınabilir.
- Mücavir alan söz konusu olduğunda ilgili belediye imarla ilgili verilen görevleri yerine getirir ve yine belediye mücavir alanlardaki imar uygulamalarını denetler.
- Mücavir alanda belediyeler imar mevzuatı uygulamalarından sorumludur.

Mücavir alan sınırlarının belirlenme şekli İmar Kanunu'nda düzenlenmiştir. İmar Kanunu madde 45 uyarınca mücavir alan sınırları belediye meclisi ve il idare kurulu kararına dayanarak vilayetlerce Bakanlığa<sup>13</sup> gönderilir. Bakanlık bunları inceleyerek aynen veya değiştirerek tasdik etmeye veya değiştirilmek üzere iadeye yetkilidir. Mücavir alandan çıkarılma da aynı usule tabidir. Bakanlık gerekli gördüğü hallerde mücavir alana alma ve çıkarma hususunda resen karar verebilir.

Mevcut İmar Kanunu'nun mücavir alanlarla ilgili hükmü değerlendirildiğinde mücavir alan sınırlarının belirlenmesinde idarelerin takdir yetkisine sahip oldukları görülmektedir. Zira aşağıda da aktarıldığı üzere önceki İmar Kanunu aksine 3194 sayılı İmar Kanunu'nda mücavir alan belirlenmesine ilişkin herhangi bir ölçüt yer almamaktadır. Bu bağlamda ilgili idareler takdir yetkisinin kullanım sınırları çerçevesinde gerekli gördükleri yerleri mücavir alan olarak belirleyebileceklerdir. Ancak her ne kadar kanuni bir ölçüt kalmasa da mücavir alan sınırları saptanırken, takdir yetkisinin kullanımında gözetilen kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri esas alınmalıdır. Danıştay da bir kararında mücavir alanlar belirlenirken olası gelişme alanlarını denetim ve kontrol altında tutmanın,

<sup>10</sup>Muratoğlu, s.102.

<sup>11</sup>Muratoğlu, s.102.

<sup>12</sup>Tahir Çalgüner / Cemal Kaynak, 'Belediye Sınırı ve Ankara Mücavir Alan Sorunsalına Planlama Açısından Bir Yaklaşım', Planlama, TMMOB Şehir Plancıları Odası Yayını, Yıl: 2006/4, Sayı: 38, s.154.

<sup>13</sup>Kanun'da Bayındırlık ve İskan Bakanlığı olarak geçmektedir, günümüzdeki adı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'dır.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*



bu alanlarda imar mevzuatı açısından ortaya çıkabilecek sorunları engellenen, planlama ve altyapı hizmetleri gibi belediye hizmetlerinin gerçekleştirilmesinin amaçlandığını söylemiştir<sup>14</sup>. Doğal olarak mücavir alanlar tespit edildikten sonra, bu tespit kararları aleyhine idari yargıda iptal davası açmak mümkündür.

### A. Mevzuatta Mücavir Alanlar

Mücavir alanın çıkış noktası belediyelere belediye sınırları dışında imar ile ilgili olarak verilen sınırlı ve istisnai bir yetkiyken, sonraları mücavir alan uygulaması idari ve mali faaliyetleri kapsayacak şekilde gelişmiştir, bu meyanda, birçok kanunda mücavir alanla ilgili düzenlemeler yer almaktadır<sup>15</sup>. 01.01.2022 tarihi itibarıyla, 22 kanun, 1 Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 1 Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliği, 93 yönetmelik, 207 adsız düzenleyici işlemde mücavir alanlara ilişkin düzenleme yer almaktadır<sup>16</sup>. İmar Kanunu dışında Belediye Kanunu, Belediye Gelirleri Kanunu, Yapı Denetimi Hakkında Kanun, Emlak Vergisi Kanunu, Hazineye ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun gibi kanunlarda mücavir alanlarla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Ancak çalışmada sadece İmar Kanunu ve Belediye Kanunu'nun tarafımızdan Anayasaya aykırı görülen maddelerine yer verilecektir.

#### 1. 6785 Sayı ve 16.07.1956 Tarihli İmar Kanunu ile 3194 Sayı ve 03.05.1985 Tarihli İmar Kanunlarında Yer Alan Düzenlemeler

Mücavir alan kavramı hukuk sistemimize ilk olarak, 1956 tarih ve 6785 sayılı İmar Kanunu ile girmiştir. İlgili Kanunun 47. maddesi şu hükme haizdi; *“Belediye hudutlarına mücavir bulunan ve beldenin müstakbel inkişafı bakımından lüzumlu görülen ve belediyenin teklifi üzerine vilâyet idare heyetinin kararı ve Nafia Vekâletinin tasdiki ile kabul edilen sahalarda da bu kanun hükümleri tatbik olunur”*<sup>17</sup>.

6785 sayılı İmar Kanunu'nda yapılan mücavir alan düzenlemesiyle belediyenin mücavir alanda yetkilerinin sadece imar faaliyetleriyle sınırlı

<sup>14</sup>Danıştay, 6. Daire, 25.12.2002, E:2002/5995, K:2002/6435, www.legalbank.net, (erişim tarihi 23.01.2022).

<sup>15</sup>Hüseyin Bilgin / Yasin Sezer, *Açıklamalı –İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi*, 5. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.745.

<sup>16</sup>9 Bakanlar Kurulu Kararı, 6 Bakanlar Kurulu Yönetmeliği 'de mevcuttur, ancak metin içine alınmamışlardır. www.legalbank.net, (erişim tarihi 13.01.2022).

<sup>17</sup>16 Temmuz 1956 tarih ve 9359 sayılı Resmi Gazete.

olduğu görülmektedir ve kanun maddesinde dikkat edilirse mücavir alanın söz konusu olabilmesi için iki temel ölçüt belirlenmiştir;

- Belediye sınırlarına mücavir olunması ve
- Beldenin gelecekteki gelişimi açısından gerekli görülmesi.

Bu iki temel ölçütü karşılayan yerler mücavir alan olarak kabul edilebiliyordu<sup>18</sup>. Dolayısıyla mücavir alan kavramı ilk çıkış noktasında belediye sınırına komşu yani mücavir alanlarda edilebiliyordu ve “komşuluk” kavramı da mücavir alan için yeterli değildi ayrıca bir yerin mücavir alan olarak belirlenebilmesi için geleceğe yönelik bir gelişim beklentisi gerekmektedir.

Söz konusu kanuna ilişkin olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi zabıt derecelerinde tartışmalarda, belediyeler tarafından yakındaki köylere de kanunun uygulanması sonucu köylü vatandaşların ev yapmalarına mani olunabileceği endişesi gündeme getirilmişse de, tartışmalarda şehirlerin en güzel yerine gecekonduların yapılmasının kanun sınırları dahilinde önüne geçileceği hususu üzerinde durulmuştur<sup>19</sup>. Zira 6785 sayılı İmar Kanunu'nun 1. maddesi belediye sınırları içerisindeki resmi ve özel bütün yapıların söz konusu kanun hükümlerine tabi olduğunu hüküm altına almıştı<sup>20</sup>. Dolayısıyla 6785 sayılı İmar Kanunu sadece belediye sınırları içerisinde uygulanacaktı, belediye sınırları dışındaki alanlar kanun kapsamı dışında bırakılmıştı. Ancak belediye sınırlarına komşu mücavir alanlar bu durumun istisnasıydı, bu şekilde Kanunun uygulama alanı mücavir alanlara genişletilerek, ya da başka bir deyişle mücavir alanları Kanunun uygulama alanı açısından istisna tutarak, belediyelerin çevresinde yer alan denetimsiz, düzensiz yapılaşmanın önüne geçilmek istenmiştir. Ayrıca Kanunun 47. maddesinde yer aldığı üzere, bir yerin mücavir alan sınırları içerisine alınması inşaata engel olmayacaktı, ilgili yerlerden<sup>21</sup> gerekli izinler alınarak

<sup>18</sup>Sonraki İmar Kanunu'nda mücavir alan sınırlarının belirlenmesinde herhangi bir ölçüt kalmamıştır. “*Mücavir alan ise imar mevzuatında, belediye sınırı dışında yer alan bir kısım alanların imar denetiminin koruma ve geliştirme amaçlı olarak belediyelerin denetimine verilmesi olarak ele alınmaktadır*” Danıştay, 6. Daire, 18.09.2009, E:2007/7438, K:2009/8660, www.legalbank.net, (erişim tarihi 23.01.2022).

<sup>19</sup>TBMM Zabıt Ceridesi, 25.06.1956, s.496, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar>, (erişim tarihi 08.01.2022).

<sup>20</sup>6785 sayılı İmar Kanunu madde 1: Belediye sınırları içindeki, resmi ve hususi, bütün yapılar bu kanun hükümlerine tabidir. 16 Temmuz 1956 tarih ve 9359 sayılı Resmi Gazete.

<sup>21</sup>Vilayet teklifi ve Bayındırlık Bakanlığı'nın (günümüzdeki adı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'dır) onayı gerekmektedir, orijinal metinde, Nafia Vekaleti olarak geçmektedir.

inşaat yine de devam edecekti, ancak Kanunun bu şekilde uygulanmasıyla yapılmaması gereken inşaatlar yapılmayacaktı.

Dolayısıyla bu dönemde mücavir alan kavramı düzgün kentleşme, gecekondulaşmanın önlenmesi, yapıların bazı alanlarda kontrollü yapılmasına yönelik bir tedbir olarak getirilmişti. *Tekinbaş'ta*, dönemin kentleşme ile ilgili sorunlarının ve Kanunun tamamının ve Kanunun arkasından bir yıl sonra yürürlüğe giren İmar Tüzüğü'nün ilgili maddelerinin yorumlanmasında mücavir alan düzenlemesinin bir tedbir olarak düşünüldüğünü, zira kentleşmenin hız kazandığı bir dönemde büyük kentler etrafında gecekondulaşmanın da hızlandığını ve belediye sınırları dışında yapılaşmayı planlayıp denetleyecek bir kamu otoritesinin bulunmadığını söylemektedir<sup>22</sup>. Bu bağlamda 1956 yılında İmar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği yıl İmar Kanunu kapsamının mücavir alan sınırına genişletilmesi dönemin özelliklerini de göz önüne aldığımızda şehircilik açısından önemli görülebilir ve mücavir alanların gerekliliği hususu savunulabilir.

6785 sayılı İmar Kanunu'nun ardından 17.07.1957 tarihli Resmi Gazete 'de yayımlanan İmar Tüzüğü yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Tüzük değerlendirildiğinde, İmar Kanunu'nun 47. maddesinde yer alan mücavir alanın belirlenmesi ve sınırlanmasında aşağıdaki sebeplerden bir veya birkaçına dayanılması gerektiği hususu yer almaktaydı:

- Bu yerlerin beldenin sosyal ilişkileri dolayısıyla gelecekte gelişme alanı veya sayfiye alanı olması ve bu nedenlerle ortak bir düzen altına alınması.
- İmar Kanunu'nun bu yerlerde uygulanmaması durumunda iskân ve şehircilik açısından doğabilecek sakıncaların önlenmesi.
- Bu yerlerin topografik ve jeolojik durumları nedeniyle imar şartlarının belirlenmesinde zorunluluk bulunması.
- Bu yerlerin şehircilik açısından iskân dışında tutulması zorunluluğu ile buralarda inşaata izin verilmemesinin gerekliliği.

Bu sebeplerden bir veya birkaçının varlığı halinde İl İdare Kurulu karar alacak ve bu karar Bayındırlık Bakanlığı tarafından onaylanacaktı<sup>23</sup>.

Ancak daha sonra 6785 sayılı İmar Kanunu değişikliğe uğradı<sup>24</sup> ve Kanunun 47. maddesi değişti, buna göre mücavir alanların belediye sınırına komşu olması zorunluluğu kaldırılırken köyler içinde mücavir alan oluşturulabileceği hüküm altına alındı. Kanunun diğer hükümleriyle birlikte

<sup>22</sup>Emre Tekinbaş, 'İmar Hukukunda Mücavir Alan Kavramı', ODTÜ, MFD, 1992, s.6.

<sup>23</sup>Günümüzdeki adı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'dır.

<sup>24</sup>20 Temmuz 1972 Tarih ve 14251 sayılı Resmi Gazete 'de 1605 sayılı İmar Kanununda Bazı Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun yayımlanmıştır.

yorumlandığında, getirilen değişikliklerle kanunda tanımlanan alanlarda yapılaşmanın bazı prensiplere tabi olmasının amaçlandığı ve bu durumunda denetlenmesinin öngörüldüğü söylenebilir. Söz konusu değişikliklerle mücavir alan kavramı kapsamı kanuni olarak genişletilmiş olmasına karşın, o dönem uygulamada pek bir değişiklik olmamıştır, zira mücavir alan için belirli şartlar öngören İmar Tüzüğü halen yürürlükteydi<sup>25</sup>.

Daha sonra 09.05.1985 tarih ve 3194 sayılı günümüzde halen yürürlükte olan İmar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Mücavir alanlar açısından 3194 sayılı İmar Kanunu'nun uygulama alanı 6785 sayılı İmar Kanunu'na göre farklılık arz etmiştir. Esasen mevcut İmar Kanunu'nda hem usul hem de esas açısından mücavir alanın belirlenmesine ilişkin önemli değişiklikler olmuştur<sup>26</sup>.

Öncelikle, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun uygulama alanı belediyeler ve mücavir alanlar sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlarla inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılara kadar genişletilmiştir<sup>27</sup>. Başka bir deyişle, yerleşme yerlerindeki yapıların plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenen 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 2. maddesinde, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmî ve özel bütün yapıların bu Kanun hükümlerine tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Halbuki önceki kanun belediye ve mücavir alanlar dışında uygulanmayacaktı.

Kanun ayrıca mücavir alan kavramını imar mevzuatı bakımından belediyelerin kontrol ve sorumluluğuna verilmiş alan olarak tanımlamıştır ki önceki İmar Kanunu'nda herhangi bir tanım bulunmamaktaydı<sup>28</sup>. Ayrıca Kanunda ilgili idare kavramı da tanımlanmıştır, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ilgili idare belediyelerken, bu sınırlar dışında valiliklerdir. Kanun'un 45. maddesi mücavir alan sınırlarının belediye meclisi ve il idare kurulu kararına dayanarak vilayetlerce Bakanlığa gönderileceğini hüküm altına almıştır. Buna göre Bakanlık mücavir alan sınırlarını inceleyerek aynen veya değiştirerek tasdik etmeye veya değiştirilmek üzere iadeye yetkilidir. Oysa önceki kanunda Bakanlık yetkisi onamaya ilişkindi.

<sup>25</sup>Tekinbaş, Ek 7 ve 8 maddeler ile getirilen değişikliklerin İmar Kanunu hükümlerini doğrudan belediye ve mücavir alan sınırları dışında geçerli hale getirmekten ziyade, bu maddelerde tanımlanan alanlarda yapılaşmanın belirli ilkelere bağlanmasını ve bunlara uygunluğunun denetlenmesini öngördüğünü söylemekteydi. Tekinbaş, s.7-8.

<sup>26</sup>Bilgin / Sezer, s.745.

<sup>27</sup>Tekinbaş, s.8.

<sup>28</sup>Tekinbaş, s.8.

Mücvir alandan çıkarılma da aynı usule tabidir. Bakanlık gerekli gördüğü hallerde mücvir alana alma ve çıkarma hususunda resen karar verebilir. Hâlbuki önceki Kanunda mücvir alandan çıkma ile ilgili bir düzenleme yer almamaktaydı. Ayrıca bu Kanuna göre de mücvir alanın ilgili belediye sınırına bitişik olması gerekmez. Ek olarak bu alanlar köyleri de ihtiva edebilir.

Mücvir alan sınırlarının belirlenmesinde önceki Kanun aksine artık herhangi bir ölçüt yeni Kanunda kalmamıştır. Hatırlanacak olursa önceki Kanunda belediye sınırına mücvir olmak ve beldenin gelişimi için gerekli görülen yerler ölçütü bulunmaktaydı<sup>29</sup>. Önceki Kanun döneminde çıkarılmış olan Tüzüğün de yürürlükten kalkmasıyla söz konusu Tüzük döneminde getirilen sebepler de ortadan kalkmış ve esasen İmar Kanunu değişikliği ile önceki Kanun döneminde mücvir alan belirlenmesi için öngörülen ölçütler ve sebepler yeni kanunla geçerliliğini yitirmiştir. Bu anlamda artık idarelerin mücvir alan belirlenmesinde geniş takdir yetkisi bulunduğunu söylemek mümkündür.

## 2. İmar Kanunu Dışındaki Diğer Mevzuattaki Bazı Düzenlemeler

İmar Kanunu dışında 442 sayılı 18.03.1924 tarihli Köy Kanunu'nda mücvir alanlarla ilgili hükümler yer almaktadır. Köy Kanunu Ek Madde 14 uyarınca Köy Kanunu'nun hükümleri belediye mücvir alanında bulunan köyler için valinin teklifi ve Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın onayı ile uygulanır<sup>30</sup>. Bu bağlamda ilgili idare makamlarının onayı mevcut olduğunda artık 3194 sayılı İmar Kanunu uygulanmayacak, Köy Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nda mücvir alanlarla ilgili çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Belediye Kanunu madde 18/t genel bir hüküm içermektedir. Buna göre mücvir alanlara belediye hizmetlerinin götürülmesine karar vermek, belediye meclisinin görevleri arasındadır.

Belediyeler söz konusu Kanunla mahalli müşterek nitelikteki hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla belediye sınırları içerisinde ve mücvir alanlarda taşınmaz almak, kamulaştırmak, satmak, kiralamak veya kiraya vermek, trampa etmek, tahsis etmek, taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak tesis etmeye yetkili kılınmıştır<sup>31</sup>.

<sup>29</sup>Tekinbaş, s.8.

<sup>30</sup>Günümüzdeki adı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'dır.

<sup>31</sup>5393 sayılı 03.07.2005 tarihli Belediye Kanunu madde 15/h.

Yine aynı Kanunun belediye gelirlerini düzenleyen 59. maddesinde büyükşehir belediyelerinde büyükşehir sınırları ve mücavir alanları içinde belediyelerince tahsil edilen emlak vergisi tutarının tamamı ilgili ilçe ve ilk kademe belediyeleri tarafından alınır hükmü yer almaktadır<sup>32</sup>.

Esasen vergi açısından da mücavir alanlar farklı uygulamalara sahiptir. Gerçekten de vergi hukuku açısından mücavir alanların ayrıca değerlendirilmesi gerekir kanaatindeyiz. Ancak burada Belediye Gelirleri Kanunu 81. maddesine özellikle değinmek gerekir. Zira ilgili madde uyarınca “*belediye sınırları veya mücavir alanlar içinde bir işyerinin açılması işyeri açma izni harcına tabidir*”. 14.06.1989 tarih ve 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun da bu yetkiye dair düzenlemeler içermektedir. Kanunun 3. maddesi uyarınca İş Yeri Açma ve Çalışma Ruhsatı vermeye belediye sınırları ve mücavir alan dışında kalan iş yerleri ve işletmeler için il özel idareleri yetkiliyken belediye sınırları ve mücavir alan içinde kalan iş yeri ve işletmelerde belediyeler yetkilidir. *Tekinbaş*’ın altını çizdiği üzere, bu maddenin önemli bir sonucu vardır, zira bu harç belediyelerden izin alınmasını da gerekli kılmaktadır<sup>33</sup>. Bu durumda aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere Anayasanın 127. maddesinde yer alan mahalli idarelerle ilgili düzenlemelere aykırıdır. Zira il özel idareleri sınır olarak köyleri de kapsamaktayken belediye ve köy tüzel kişilikleri sınırları ve dolayısıyla yetki alanları birbirlerinden farklıdır. Bu şekilde kanun hükmüyle belediyeleri köy tüzel kişiliği ile ilgili konularda yetkilendirmek Anayasaya aykırılık yaratmaktadır.

Yukarıda zikrettiğimiz maddelerin değerlendirilmesi sonucu Belediye Kanunu’nun imarla ilgili konularda mücavir alanlarda belediyelere önemli yetkiler verildiğini söyleyebiliriz. Örneğin belediye mücavir alanı olan bir köyde mülkiyet hakkını kısıtlar şekilde kamulaştırma yapabilecektir<sup>34</sup>. Oysa

<sup>32</sup>İlk kademe belediyeleri 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun’la kaldırılmıştır. Bu bağlamda bir belediyenin mücavir alana hizmet götürmesi için belediye meclisi kararı gerekirken, emlak vergileri mücavir alanlardan tahsil edilecektir.

<sup>33</sup>Tekinbaş, s.13.

<sup>34</sup>“*Dava, Burdur, Merkez, ... Köyü, ... pafta, ... parsel sayılı taşınmazın mevcut belediye Asfalt Şantiyesine ilave alan ihtiyacı olduğundan bahisle kamulaştırılmasına ilişkin 9.12.1999 günlü, ... sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davaya konu taşınmazın bitişiğinde mevcut asfalt şantiyesinin yer aldığı, davalı idarenin kendisine yasalar ile verilen yol yapımı görevini yerine getirebilmesi için belediye sınırları dışında kalan taşınmazları kamu yararına uygun olarak kamulaştırılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir....Dosyanın incelenmesinden, davalı YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

köy mahalli müşterek ihtiyaçları karşılayabilmek amacıyla Anayasa ile kurulmuş olan bir mahalli idaredir. Ya da belediye mücavir alan sınırları içerisinde taşınmaz satmak, kiralamak hususunda yetkili olabilecektir. Ya da mücavir alan sınırları içerisinde yaşayanlar mücavir alan dışında yaşayanlara göre farklı uygulamalara tabi olabileceklerdir. Aşağıda mücavir alanlara eleştirel bakış başlığı altında bu konulara detaylıca değinilmiştir.

## II. MÜCAVİR ALANLARA ELEŞTİREL BAKIŞ

Bu bölüm altında mücavir alanların Anayasa'ya uygunlukları değerlendirilmiş, bu değerlendirme yukarıda da belirttiğimiz üzere sadece mahalli idarelerden köy ve belediye idareleri açısından gerçekleştirilmiştir. Ancak oldukça uzun bir süredir mevzuatımızda yer alan mücavir alanlarla ilgili pek çok başka değerlendirme farklı açılardan yapılabilir<sup>35</sup>.

Belediye ve köy tüzel kişilikleri çerçevesinde değerlendirme yapmadan evvel yasa koyucunun iradesini dikkate alan amaçsal yorum temelinde genel bir değerlendirme gerçekleştirdiğimizde bazı sonuçlara ulaşmak mümkündür<sup>36</sup>. Öncelikle amaçsal yorumdan ne anlaşılması gerektiğini belirlersek, amaçsal yorum, yorum türleri arasında yer alır ve sözel yorumun yetersiz kaldığı durumlarda kullanılabilir yorum türüdür. Amaçsal yorumu *Erdoğan* şu şekilde tanımlamıştır, “*Bir hukuk kuralının sözel yorum ile uyumsuzluğunun adaletle uygun çözümü sağlanamayabilir. Böyle bir durumda başvurulacak yöntemlerden birisi de hukuk kuralının günün gereklerine ve anlayışına uygun olarak yorumlanmasıdır. İşte hukuk kuralının amacını esas olarak yapılan yoruma amaçsal (gai) yorum denir*”<sup>37</sup>. Bu yorum yönteminde ilgili kuralın amacı göz önünde bulundurulur. Bu amaç göz önünde bulundurulurken kuralın güncel duruma uygulanması

---

*idarece belediye sınırları dışında bulunan davacıya ait taşınmazın mevcut belediye asfalt şantiyesine ilave alan ihtiyacı duyulduğundan bahisle kamulaştırıldığı anlaşılmaktadır. Belediyenin, görevlerini yerine getirirken yetkilerini belediye ve mücavir alan sınırları içinde kullanabileceği açık olduğundan, belediye sınırları dışındaki taşınmazın kamulaştırılması yolundaki dava konusu işlemde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır..”* Danıştay 6. Daire, 20.05.2003, E:2002/1997, K:2003/3187, www.legalbank.net, (erişim tarihi 23.01.2022).

<sup>35</sup>Örneğin aynı köyün bir kısmı mücavir alansa vergi açısından oluşan farklılıklar vergide eşitlik ilkesine aykırı mıdır?

<sup>36</sup>Bilgin / Sezer, s.745.

<sup>37</sup>Haluk Hadi Sümer, *Hukuka Giriş Kavramlar ve Kurumlar*, 5. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara 2022, s.34.

hususı gözetilir<sup>38</sup>. Amaçsal yorumda kuralın uygulandığı zamanki mevcut durum değerlendirilir ve kuralın neden getirildiği araştırılır<sup>39</sup>.

İlk kez hukuk sistemimize giren 6785 sayılı İmar Kanunu ile 3194 sayılı meri İmar Kanunu'nun kapsamı farklıdır. Amaçsal yorum ilkesiyle yorumladığımızda Kanunun kapsamının genişlemesi karşısında mücavir alan kavramının da varlığının sorgulanması gerekir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, İmar Kanunu ilk kabul edildiğinde sadece belediye sınırları içerisinde uygulanırken ve bu anlamda kanunun uygulamasının belediye sınırı dışında mücavir alan yaratılarak genişletilmesi düzenli yapılaşma ve düzgün şehirleşme açılarından bir tedbir niteliğinde ve önemliken, mevcut 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamı belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapıları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Her ne kadar mücavir alanların ilk getirilme amacı İmar Kanunu uygulanmayacak gelişmekte olan yerlerde de düzenli yapılaşmanın sağlanması olsa da mevcut İmar Kanununun uygulama alanı genişletildiğinden sadece bu açıdan yorumlandığında mücavir alanlara ilişkin düzenlemeye gerek duyulmayabileceği tarafımızdan düşünülmektedir<sup>40</sup>.

#### a. Anayasada Mahalli idareler

Mahalli İdareler, *“bir ülkenin sınırları içinde çeşitli kırsal ya da kentsel alanlarda faaliyet gösteren, bulunduğu bölgede yaşayan halkın mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçlarını karşılayan, karar organları ve bazı durumlarda yürütme organları seçimle iş başına getirilen, yasalarla belirlenmiş görevlere ve yetkilere, özel gelire, bütçeye ve personele sahip, merkezi yönetimden bağımsız tüzel kişiliği olan yönetsel birimler”*<sup>41</sup> olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda mahalli idare kavramı, merkezi idareye ait yetki, görev ve sorumlulukların bir bölümünün merkez dışı yönetim birimlerine aktarılmasıdır<sup>42</sup>.

Mahalli idareleri diğer idarelerden ya da yönetim birimlerinden ayırmak amacıyla mahalli idareler “local government” (mahalli hükümet) olarak adlandırılmış ve bu şekilde mahalli idareler yerel bazda bir hükümet olarak

<sup>38</sup>Sümer , s.34.

<sup>39</sup>Ömer Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 22. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara 2022, s.327.

<sup>40</sup>Aynı görüşte Tekinbaş, s.12.

<sup>41</sup>Ahmet Ulusoy / Tekin Akdemir, *Mahalli İdareler*, 11. Basım, Seçkin Vergi ve Maliye, Ankara, 2019, s.22.

<sup>42</sup>Ulusoy / Akdemir, s.22.



düşünülmeye, hükümet gibi faaliyet gerçekleştirilen idari birimler olarak düzenlenmeye çalışılmıştır<sup>43</sup>. Mahalli idareler, demokrasi açısından ve ülkelerin, ekonomik, hukuksal, politik, idari yapılanmaları içerisinde oldukça önemli yere sahiptir<sup>44</sup>. Aslında mahalli idareler yalnız demokratik değerlerin yerleşmesi açısından değil, kamu hizmetlerinin etkin yerine getirilmesi açısından da büyük öneme sahiptir.

Anayasamızın 127. maddesi mahalli idarelere ilişkin şu hükmü içermektedir: “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.”

Anayasa hükümlerini göz önünde bulundurarak mahalli idarelerin özelliklerini şu şekilde sınırlandırabiliriz:

- Mahalli idareler anayasal yapılanmalardır.
- İl, belediye ve köy olmak üzere üç mahalli idare vardır<sup>45</sup>.

Gerçekten de mahalli idareler, il özel idaresi, belediye ve köy olarak Anayasa’da sınırlı sayılmış, idarelerdir. Her üç mahalli idare de Anayasal bir kurumdur ve bu mahalli idare yapılanmalarının fiilen kaldırılmaları Anayasal bir kurum olmaları nedeniyle hukuka uygun olmadığı gibi, yeni bir mahalli idarenin de kanunla yaratılması mümkün değildir<sup>46</sup>.

- Mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak amacıyla kurulmuşlardır.
- Kuruluş, görev ve yetkileri yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Bu bağlamda herhangi bir mahalli idare örgütlenmesinin yerinden yönetim ilkesine uygun gerçekleştirilmesi gerektiği gibi, bu mahalli idarelere verilen yetki ve görevlerin de yerinden yönetim ilkesiyle bağdaşması gerekir<sup>47</sup>.

- Karar organları seçmenler tarafından seçilerek oluşturulur.
- Merkezi idareden farklı bir tüzel kişilikleri olduğu için merkezi idarenin vesayet denetimine tabidirler.

<sup>43</sup>Oğuzhan Erdoğan, *Cumhurbaşkanlığı Hukuk Sisteminde Yerel Yönetimde Yerel Yönetimler*, 1. Basım, Sage Yayınevi, Ankara, 2019, s.41.

<sup>44</sup>Ulusoy / Akdemir, s.24.

<sup>45</sup>Büyükşehir Belediyelerini de bu grup altında saymak gerekir.

<sup>46</sup>Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.138.

<sup>47</sup>Kemal Görmez – Hasan Yaylı, *Yerel Yönetimler*, 2. Basım, Orion Kitapevi, Ankara, 2018, s.23.

- Kamu tüzel kişilikleri vardır ki bu kamu tüzel kişiliği de idari, mali anlamda özerkliklerinin bulunduğu anlamına gelir<sup>48</sup>. Kamu tüzel kişileri, Karakılıç tarafından “...devlet tarafından kurulan, kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan ve kamu hukukuna bağlı görev yapan kişiler...” şeklinde tanımlanmıştır<sup>49</sup>. İl özel idareleri, belediyeler gibi köylere de Anayasamız tüzel kişilik<sup>50</sup> tanımıştır.

- Mahalli idarelerin her biri hukuken birbirlerine eşit durumdadırlar ve bir mahalli idarenin bir diğeri üzerinde hiyerarşi veya vesayet yetkisi bulunmamaktadır.

Mahalli idareler söz konusu olduğunda, belirli bir coğrafi alanda yaşayanların ortak ve yerel ihtiyaçlarının, bir başka deyişle, mahalli müşterek ihtiyaçlarının karşılanması söz konusudur ve bunun için de bu idarelere, diğeri yerinden yönetim birimlerinde olduğu gibi özerklik

<sup>48</sup>Çağlayan kamu hukuku tüzel kişilerinin özelliklerini şu şekilde yazmaktadır: “(aa) Kamu tüzel kişileri, kanunla kururlar yine kanunla varlıklarına son verilirler. (bb) Kamu tüzel kişileri, kamu gücü denilen üstün yetkilere sahip kılınmıştır. (cc) Kamu tüzel kişilerinin amacı, kamu yararını gerçekleştirmektir”. Ramazan Çağlayan, ‘Hukumumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kistasları’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Volume 0, Issue 7, 2016, s.5.

<sup>49</sup>Yusuf Karakılıç, *Yeni Yerel Bölgesel Gelişmeler Işığında Yerel Yönetimler*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.24.

<sup>50</sup>“Gerek 1961 Anayasasının 116 ncı maddesi gerekse 1982 Anayasasının 127. maddesiyle de 1924 Anayasasındaki sistem aynen korunmuştur. Nitekim 1982 Anayasasının Mahalli idareler başlığını taşıyan 127 inci maddesi "Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları Kanunla belirtilen ve karar organları, gene Kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisidir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak Kanunla düzenlenir." hükmünü taşımaktadır. Bu açıklananlardan anlaşılacağı üzere, köy tüzel kişiliği haiz en küçük kamu idaresidir. Danıştay, 1. Daire, 13.11.1991, E:1991/213, K:1991/392; “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın İdarenin Bütünlüğü ve Kamu Tüzelkişiliği başlıklı 123'üncü maddesinde: İdarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği; idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiş; mahalli idarelerin düzenlendiği 127'nci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında da: Mahalli idarelerin; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu ve mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiş...” Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.12.2009, E:2009/15, K:2009/19, www.legalbank.net, (erişim tarihi 19.06.2022). YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)

tanınması gerekir<sup>51</sup>. Genel olarak özerklik, “sosyal bir topluluğun ya da tüzelkişiliğin kendilerini yöneten kuralların ve yöneticilerin tümünü ya da bir bölümünü bizzat saptayabilmeleri veya Anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde hareket edebilmeleri özgürlüğü ve yetkisi”<sup>52</sup>. 5393 sayılı Belediye Kanunu, üçüncü maddesinde belediyelerin idarî ve malî özerkliğe sahip olduklarını zikretmiştir. Aynı şekilde 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ’da üçüncü maddesinde mahalli idarelerin idari ve mali özerkliklerine vurgu yapmıştır.

Anayasanın 127/2. maddesinin şu hükmü de “Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir” mahalli idarelerin merkezi idare dışında yapılmış yerinden yönetim kuruluşları olduğunu ve Anayasanın 127. maddesinde de zikredildiği üzere, görev ve yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği hususunu belirtmektedir. Danıştay’da kararlarında yerinden yönetim ilkesine vurgu yapmaktadır<sup>53</sup>.

*Karahanoğulları*, Anayasa Mahkemesinin (AYM) Anayasa’nın kurduğu sistemi özerklik olarak nitelendirdiğini söylemektedir ve Anayasa Mahkemesine göre özerklik yerinden yönetim ilkesidir<sup>54</sup>. Her ne kadar Anayasa’da mahalli idareler için doğrudan özerklik kavramı kullanılsa da Anayasa’da “merkezî yönetim, yerel yönetim ayrımının yapılması, yerel yönetimlerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulaması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması, görevleri ile orantılı gelir kaynaklarının sağlanması gibi yetki ve ayrıcalıkların tanınmış olması”<sup>55</sup> mahallî idarelerin özerkliklerinin göstergesidir.

<sup>51</sup>Zülfü Kılıç, *Demokrasi ve Temsil İlkeleri*, 11. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.77.

<sup>52</sup>Anayasa Mahkemesi, 02.06.2011, E:2008/88, K:2011/85, Resmi Gazete Sayısı: 28091, Resmi Gazete Tarihi:21.10.2011.

<sup>53</sup>“Anayasa’nın 127. maddesine göre, kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenen mahalli idareler üzerinde, merkezi idarenin, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplumun yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisi bulunmaktadır”, .Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, 27.05.2004, E:2002/486, K:2004/599, www.legalbank.net, (erişim tarihi 10.05.2022).

<sup>54</sup>Onur Karahanoğulları, ‘Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi, Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu’, Ankara, 2013, s.65-97.

<sup>55</sup>Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 1*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s.499.

### b. Tespit Edilen Sorunlar

Bu aktarılanlar temelinde mücavir alanların Anayasa'ya aykırılıklarını şu şekilde özetleyebiliriz:

#### - Mücavir alanlar Anayasa'da düzenlenen yerinden yönetim ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere kamu tüzel kişiliği olan mahalli idarelerin özerklikleri kendi faaliyetlerinin herhangi bir dış müdahale bulunmadan düzenleyebilme, bir başka deyişle, kendi kendini yönetebilme ve kendi kararlarını verme anlamlarına gelir<sup>56</sup>. Aslında özerklik, mahalli idarelerin mahalli nitelikte olan faaliyetleri, kendi başına, kendi organları aracılığı ile gerçekleştirebilmeleri, faaliyetlerini gerçekleştirecek kaynaklara sahip olabilmeleri anlamına gelir<sup>57</sup>. Buna göre özerklik, görev ve sorumluluklarını yerine getirdikleri esnada mahalli idarelerin, merkezi idareden bağımsız hareket edebilmeleri ve yine merkezi idareye ihtiyaç duymadan mahalli idareyi yönetebilmeleri şeklinde açıklanabilir<sup>58</sup>.

Tüm bu tanımlar dikkate alındığında özerklik, mahalli idarelerin idari açıdan kendi karar organları ile karar alabilmelerini, mali özerklik kendilerine ait bir bütçeye sahip olabilmelerini ve bu bütçeye göre harcama yapabilmelerini, personel özerkliği ise kendilerine ait personellerinin olmasını ifade eder<sup>59</sup>. Aslında yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi, mali özerkliği de kapsamaktadır ve bu durum yerinden yönetimin varlık şartlarındandır<sup>60</sup>. Mali özerklik, merkezi yönetimin malvarlığından ayrı malvarlığı, bağımsız gelir kaynakları ve bütçenin olması esasına dayanır<sup>61</sup>. Anayasa'nın 127. maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesinde “*bu idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır*” hükmüne yer verilme suretiyle mahalli idarelerin mali özerkliği teminat altına almıştır.

Anayasa'da yer bulan yerinden yönetim ilkesi esasen “*özerklik*” kurumunun Anayasal bir zemine oturtulması anlamına gelmektedir.

<sup>56</sup>Anayasa Mahkemesi, 25.06.2020, E:2019/112, K:2020/35, Resmi Gazete Sayısı: 31218, Resmi Gazete Tarihi: 19.08.2008.

<sup>57</sup>Ulusoy / Akdemir, s.38.

<sup>58</sup>Başak Koyuncu, ‘*Yerel Özerklik: Modeller ve Uygulamalar*’, Muğla Üniversitesi SBE Dergisi, Güz 2000, Cilt:1, Sayı:1 s.2.

<sup>59</sup>Ramazan Çağlayan, *Idare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.116.

<sup>60</sup>Anayasa Mahkemesi, 25.06.2020, E:2019/112, K:2020/35, Resmi Gazete Sayısı: 31218, Resmi Gazete Tarihi: 19.08.2008.

<sup>61</sup>Anayasa Mahkemesi, 11.09.2014, E:2014/72, K:2014/141, Resmi Gazete Sayısı: 29232, Resmi Gazete Tarihi: 10.01.2015.

Gerçekten de Anayasa’da merkezî idare-mahallî idare ayrımının yapılması, mahallî idarelerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, mahalli idarelerin kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulatması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanması gibi yetki ve ayrıcalıkların kendilerine tanınmış olması mahallî idarelerin özerkliğinin göstergeleridir<sup>62</sup>. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği üzere, Anayasanın 127. maddesinde yer alan yerinden yönetim ilkesi yerel yönetimlerin özerkliğine vurgu niteliğindedir<sup>63</sup>. Buna göre yukarıda açıklandığı üzere, Anayasamız uyarınca, karar organları halk tarafından seçilen kamu tüzel kişileri olan mahalli idareler özerk kuruluşlardır. Tüm bunlara ek olarak ülkemiz tarafından 1988 yılında imzalanıp 1991 yılında 3723 sayılı Kanun ile TBMM tarafından onaylanması uygun görülen ve 1992 yılında da 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının 3/1 maddesi “*Özerk yönetim kavramı yerel makamların, kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkanı anlamını taşır*” hükmüne haizdir. Bu bağlamda özerklik Anayasa’da yer alan yerinden yönetim ilkesinin gereğidir.

Köy sınırları içerisinde mücavir alan belirlenmesi durumunda mücavir alanlara ilişkin belediyelere verilen yetkiler her ne kadar kanunla verilmiş olsa da yerinden yönetim ilkesine uygun olarak düzenlenmiş yetkiler değildir ve mahalli idarelerin özerkliklerine aykırıdır<sup>64</sup>. Zira mücavir alan uygulamasında köy tüzel kişiliğinin karar alması gerekli önemli yerel

<sup>62</sup>Anayasa Mahkemesi, 14.11.2019, E:2018/90, K:2019/85, Resmi Gazete Sayısı: 31038, Resmi Gazete Tarihi: 13.02.2020.

<sup>63</sup>Anayasa Mahkemesi, 26.06.2002, E:2001/377, K:2002/59, Resmi Gazete Sayısı: 24931, Resmi Gazete Tarihi: 09.11.2002.

<sup>64</sup>“*Belediyeler Anayasa’nın 127. maddesi uyarınca mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak üzere kurulmuş, kamu tüzel kişiliğine ve yönetsel özerkliğe sahip, idarî vesayete tâbi bir yerel yönetim türüdür. Yerel yönetimler açısından özerklik, anayasa ve yasaların belirlediği kamu hizmetlerinin önemli bir bölümünün yurttaşların yararına olarak, yerel yönetimlerin sorumluluğu altında yerine getirilmesi yetkisidir. Belediyeler belediye sınırları içinde, Anayasa’nın 127. maddesinin birinci fıkrasına göre “mahalli müşterek ihtiyaçları” karşılamakla görevlendirilirken, ikinci fıkrasına göre de bu görevlendirmenin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla yapılması zorunlu kılınmaktadır. Belediyeler mahalli müşterek gereksinimleri, yasalarla sınırları belirlenmiş alanlarda özerk biçimde belirleyebilir*” Anayasa Mahkemesi, 24.01.2007, E:2006/131, K:2007/4, Resmi Gazete Sayısı: 26768, Resmi Gazete Tarihi: 26.01.2008.

konularda belediyeler yetkili kılınabilmektedir. Bu durum köylerin özerkliğine aykırılık oluşturmaktadır. Buna göre örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu 15. madde uyarınca “*mahallî müşterek nitelikteki hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde taşınmaz almak, kamulaştırmak, satmak, kiralamak veya kiraya vermek, trampa etmek, tahsis etmek, bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesis etmek*” belediyelerin yetki ve imtiyazları arasında sayılmıştır.

Gerçekten de taşınmaz almak, kamulaştırmak, satmak, kiralamak gibi önemli yetki ve imtiyazlar mücavir alan uygulamasıyla köyle ilgili olarak belediyelere köyün rızası hilafına da olsa tanınmıştır, bu durum Anayasanın 127. maddesiyle bağdaşmamaktadır. 15. madde bu hizmetlerin mahalli müşterek nitelikte hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla belediyelere verileceğini söylemektedir. Oysa Anayasa mahalli müşterek ihtiyaçlar açısından köy idaresini de mahalli idare olarak tespit etmiş ve köyün kamu tüzel kişiliği olduğunu vurgulamış ve yerinden yönetime işaret etmiştir.

Bu bağlamda Anayasal sistematik açısından değerlendirdiğimizde mahalli müşterek nitelikte bu hizmetlerin kamusal ihtiyaca en yakın yönetim birimi tarafından kullanılması, ancak mutlak gereklilik varsa alt düzeyin yetkisinin üst düzeye verilmesi gerekirdi<sup>65</sup>. Bu noktada mahalli müşterek nitelikte ihtiyaçların köy idaresi tarafından karşılanması, bu durumun uygun görülmemesi durumunda kanunlarda sayılan yetkilerin köyün toprak unsurlarının keşiştiği il özel idarelerine verilmesi veya merkezi yönetimin birimi olan il genel idaresi tarafında vesayet yetkisi kapsamında bu yetkilerin kullanılmasının denetlenmesi Anayasamız sistematığı açısından anlaşılabilir olabileceken, köylerle hukuken eşit durumda olan belediyelere bu yetkilerin verilmesi Anayasanın kurmuş olduğu yerinden yönetim sistemiyle bağdaşmamaktadır. Zira Anayasa mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir hükmüne haizdir.

Yine örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 69. maddesi uyarınca belediye; “*düzenli kentleşmeyi sağlamak, beldenin konut, sanayi ve ticaret alanı ihtiyacını karşılamak amacıyla belediye ve mücavir alan sınırları içinde, özel kanunlarına göre korunması gerekli yerler ile tarım arazileri hariç imarlı ve alt yapı arsalar üretmek; konut, toplu konut yapmak, satmak, kiralamak ve bu amaçlarla arazi satın almak, kamulaştırma*

<sup>65</sup>1980 ‘li yıllardan sonra kullanılmaya başlanan yerellik ilkesi kamusal ihtiyaçları karşılamak amacıyla mevcut olan farklı yönetim düzeyleri arasında yetki bölüşümünü öngörür, bu yetki kamusal ihtiyaca en yakın yönetim tarafından kullanılır, alt düzey yetkisi ancak gerçekten gerekiyorsa üst düzeye devreder. Karakılçık, s.50.

yapmak, bu arsaları trampa etmek, bu konuda ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları ve bankalarla iş birliği yapmak ve gerektiğinde onlarla ortak projeler gerçekleştirmek yetkisine sahiptir”.

Halbuki yukarıda açıklanan yerinden yönetim ilkesi ve mahalli idarelerin özerklikleri gereği bu alanda yetkilerin köy tüzel kişiliğinde olması gerekirken mücavir alan uygulamasıyla bu konularda köyün yetkileri kaldırılmış, belediyeler yetkilendirilmiştir<sup>66</sup>.

Yukarıdaki paragrafta aktardığımız üzere, mutlak gereklilik olduğu takdirde bu yetkilerin toprak unsurlarının kesiştiği il özel idareleri veya vesayet yetkisine haiz il idaresi tarafından kullanılması anlaşılabilirken, bu yetkinin bir başka mahalli idare olan belediyelerde bulunması Anayasal sistemle bağdaşmamaktadır ve hatta kanaatimizce Belediye Kanununun ilgili maddeleri açıkça Anayasamıza aykırıdır.

Gözler bu durumu şu şekilde açıklamaktadır:

*“Bir köyün kendi iradesi hilafına bir belediyenin “mücavir alan”ı dahiline sokulması ve sonra da mücavir alanda kalıyor diye, normalde köye ait olan birtakım yetkilerin belediyeye geçmesi mümkündür. Kanaatimizce bu “mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir” diyen Anayasamızın 127. Maddesine aykırıdır. Bu fıkrada geçen “ yerinden yönetim ilkesi”, “mahalli idarelerin özerkliği” ilkesinden başka bir şey değildir<sup>67</sup>.*

#### **- Mücavir alanlar mahalli müşterek ihtiyaç kavramıyla bağdaşmamaktadır**

Anayasada mahalli müşterek ihtiyaç kavramının tanımı bulunmamaktadır. AYM mahalli müşterek ihtiyaç kavramını “...herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak ihtiyaç ve beklentiler”<sup>68</sup> şeklinde tanımlamaktadır. Buna göre ihtiyaç mahalli olmalı, müşterek

<sup>66</sup>Bu noktada ayrıca idare hukukunda yetkinin yer, kişi, zaman ve konu açısından yetki olmak üzere incelendiğini ve yer açısından yetkinin ilgili kamu idaresinin yetkili olduğu coğrafi sınırı belirttiği hatırlatmak gerekir. Belediyeler kendi sınırları dışında bir alanda yetkili kılındığında yer açısından yetki kuralı da ihlal edilmiş olmaktadır. “...bir yerel yönetimin sınırları dışında da idari, mali yetki ve sorumluluğu bulunması Anayasa’ya uygun düşmeyecektir”, Tekinbaş, s.14.

<sup>67</sup>Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku*, s.209.

<sup>68</sup>Anayasa Mahkemesi, 26.06.2002, E:2001/377, K:2002/59, Resmi Gazete Sayısı: 24931, Resmi Gazete Tarihi: 09.11.2002.

olmalı kamusal hizmet niteliğine haiz olmalıdır<sup>69</sup>. Bu açıdan değerlendirildiğinde mahalli idarelerinin yetkileri mahalli müşterek ihtiyaç kavramına göre belirlenmelidir.

Gerçekten de mahalli idarelerin kuruluş amacı mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanmasıdır<sup>70</sup> ve mahalli ibaresi her bir mahalli idarenin yetkili olduğu alanı bir başka deyişle sorumluluk sınırını ifade eder. Gözler de Anayasanın 127/1 maddesi lafzından mahalli idarelerin Anayasa ile mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak açısından yetkilendirildiğinin anlaşıldığını söylemektedir<sup>71</sup>.

Anayasal açıdan değerlendirildiğinde mahalli müşterek ihtiyaçların nelerden ibaret olduğu ve hangi mahalli müşterek ihtiyaçların hangi idarelerin yetkisine bırakılması gerektiği Anayasada yer almadığından Anayasa koyucunun bu konuyu yasama organının takdir yetkisine bıraktığını söylemek mümkündür. Doğal olarak yasama organı takdir yetkisini Anayasanın 127. maddesinde yer alan diğer ilkelere, özellikle yerinden yönetim ilkesine uygun şekilde kullanacaktır. Ayrıca bu takdir yetkisinin kullanımı esnasında kamu tüzel kişiliklerinin coğrafi sınırlarının da göz önünde bulundurulması gerekir, zira Anayasa koyucu “mahalli” ibaresiyle bu coğrafi sınıra işaret etmektedir. AYM'nin mahalli müşterek ihtiyaç tanımında da bu husus *herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan* şeklinde yer almaktadır.

Mücvir alan uygulamasıyla belediyelere köy idareleri üzerinde yukarıda zikredilen pek çok yetki tanınmıştır. Belediyeler bu yetkilerinin kaynaklarını Anayasadan almamaktadır zira Anayasa uyarınca mahalli idarelere yetkiler mahalli müşterek ihtiyaç kavramı temelinde verilir<sup>72</sup>. Her ne kadar mahalli

<sup>69</sup>Nur Kaman, ‘Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç’, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7(1), Bahar 2020, s.78.

<sup>70</sup>“2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 127’nci maddesinde, mahalli idarelerin, il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulacağı, 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinde de, belediyenin, mahalli müşterek nitelikte olmak şartıyla...”. Danıştay, İdari İşler Kurulu, 27.12.2012, E:2012/7, K:2012/10, www.legalbank.net, (erişim tarihi 19.06.2022).

<sup>71</sup>Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2018, s.122.

<sup>72</sup>“Belediyeler, belde halkının “mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere” Anayasanın 127.maddesi ve 1580 sayılı Belediye Kanunu hükümleri ne göre kurulmuş, yerel yönetim tüzel kişisidir”, Danıştay, 1. Daire, 10.07.1984, E:1984/169, K:1984/160; “Buna göre il, belediye ve köy ayrı birer kamu tüzel kişisi olup, ilin müşterek ihtiyaçlarını karşılamak için kurulan il özel idareleri de ayrı birer tüzel kişiliğe sahiptir” Danıştay, İdari YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)



müşterek ihtiyaçların belirlenmesi noktasında yasama organının takdir yetkisi olsa da köy içinde belediyenin mücavir alanı olması ve bu anlamda belediyeye bazı yetkiler tanınması Anayasal bir yetki paylaşımı oluşturan mahalli müşterek ihtiyaç kavramıyla da bağdaşmamaktadır, zira belediye ve köy coğrafi sınırları farklıdır. Bu bağlamda bir mahalli idarenin yetkilerinin mahalli idarenin coğrafi alan sınırı dışında kullanılmasına yol açacak şekilde kanun koyucunun takdir yetkisi kullanımı kanaatimizce Anayasa'ya aykırılık yaratacaktır<sup>73</sup>.

*“Her bir mahalli idare kendi sınırları çerçevesinde yetki ve sorumluluklarını kullanabilir ve bu alanlara hizmet götürebilirse de mücavir alan mahalli idarelerin yetkilerinin toprak unsurlarında geçerli olmasının istisnasıdır”* şeklinde yorum yapmak mümkün mü sorusunun yanıtının olumsuz olması gerekir. Zira ilgili Anayasa maddesinde ya da Anayasanın diğer maddelerinde bu konuyla ilgili bir istisna öngörülmemiştir. Anayasa'da yer alan bir kurala istisna getirme yetkisi de Anayasa koyucuya ait olduğundan mücavir alanlarla ilgili kanuni düzenlemeleri Anayasa hükmünün istisnası saymak mümkün değildir.

AYM çeşitli kararlarında mahalli müşterek ihtiyaç kavramına ilişkin (özellikle hangi hizmetlerin mahalli idarelerde, hangilerinin merkezi idarede kalacağını tespiti noktasında) değerlendirmeler yapmıştır. Bu hususta AYM'nin bakış açısının mahalli müşterek ihtiyaçların nelerden ibaret olduğunun Anayasada yer almamasından hareketle, mahalli müşterek ihtiyaçların saptanmasının kanun koyucunun takdirine bırakıldığı şeklinde olduğu söylenebilir. Ancak AYM kanun koyucunun bu yetkisini, kamu yararını gözeterek ve yerel yönetimleri ortadan kaldırma ya da etkisiz kılma amacına yönelik olmadan kullanması gerektiğini söylemektedir<sup>74</sup>.

---

Dava Daireleri Genel Kurulu, 31.05.2007, E:2005/2204, K:2007/1449, www.legalbank.net, (erişim tarihi 19.06.2022).

<sup>73</sup>Tekinbaş, s.14.

<sup>74</sup>AYM, 18.07.2012, E:2011/126, K:2012/110; *“...Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.1988 günlü ve E:1987/ 18; K:1988/23 sayılı kararında, ... Bu kavram, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemlerle durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir.”* şeklinde tanımlanmış; 16.7.1990 günlü, E:1990/1; K:1990/21 sayılı kararında ise, *“Anayasa, il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının, neler olduğunu belirlememiş, bunun saptanmasını yasaya bırakmıştır. Bu durumda yasa kamu yararını gözeterek Anayasa sınırları içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir.”* denilerek, mahalli müşterek ihtiyaçların neler olduğunun yasama organınca belirleneceği ifade edilmiştir. Anayasa  
YUHFD Vol. XX No.1 (2023)

Bu hususta AYM'nin bir kararına özellikle değinmek gerekir kanaatindeyiz, zira bu karar iki mahalli idare arasındaki yetki paylaşımına ilişkindir. 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun çeşitli maddelerinin iptali için AYM'ye başvurulması neticesinde AYM büyükşehir belediyeleri ve diğer belediyelerin görev alanlarına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur<sup>75</sup>. Buna göre Kanunun 5/7 maddesi "*Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve iş yeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye büyükşehir belediyeleri yetkilidir*" hükmüne haizdir. Bu cümlenin iptali talebiyle açılan davada AYM mevcut kanun hükümleri uyarınca kanunlarda belirtilen istisnalar dışında, yapı ruhsatı ile yapı kullanma izni verme yetkisinin, belediye veya mücavir alan sınırları içinde belediyelere, belediye ve mücavir alan sınırları dışında ise il özel idarelerine ait olduğunu belirlemiş ve Kanunun Anayasanın 127. maddesi hükmüne uygunluğunu değerlendirmiştir.

AYM kararında mücavir alanlarda belediyenin yetkili olmasının Anayasaya aykırılığı hususu tartışılmamış olmakla birlikte, kararda mahalli müşterek ihtiyaç ve yerinden yönetim kavramları göz önünde bulundurularak değerlendirmeler yapılmıştır. AYM kararında Anayasa'da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğunun belirlenmediğini, bu hususun kanuna bırakıldığını, kanunun, kamu yararını gözeterek, Anayasa sınırları içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebileceğini söylemiştir.

*"..büyükşehir belediyeleri ile diğer belediyelerin görev ayrımıyla ilgili olarak Anayasa'da herhangi bir hükme yer verilmemiş, bu husus kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Kanun koyucu, Anayasanın aynı maddesinde sözü edilen yerinden yönetim ilkesini gözeterek mahalli müşterek ihtiyaçlar kapsamında değerlendirdiği görev ve hizmetlerden hangilerinin büyükşehir belediyesince yerine getirileceğinin belirlenmesi hususunda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda ilçe belediyelerinin bazı görev ve yetkilerinin büyükşehir belediyelerine devri işin doğası gereğidir. ...İlçe belediyelerinin Anayasayla koruma altına alınan münhasır bir görev alanı bulunmadığından kanun koyucunun, mahalli müşterek ihtiyaçlardan*

---

Mahkemesi, 18.01.2007, E: 2005/32, K:2007/3. Resmi Gazete Tarihi: 29.12.2007, Resmi gazete Sayısı: 26741; "*Anayasal sınırlar içinde kalınmak koşuluyla yasa koyucu kamu kurum ve kuruluşlarının yetkilerini genişletebilir ve daraltabilir, kurumlar arasında yetki aktarımı yapabilir*" Anayasa Mahkemesi, 05.01.2006, E: 2005/98, K:2006/3, E:2005/98, K:2006/3, Resmi Gazete Tarihi:04.01.2008, Resmi Gazete Sayısı: 26746.

<sup>75</sup>Anayasa Mahkemesi, 13.05.2015, E:2015/34, K:2015/48, Resmi Gazete Tarihi: 23.05.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29364.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

*hangilerinin büyükşehir belediyelerinin görev alanına dâhil edileceği konusundaki takdir yetkisinin dar yorumlanmaması gerekmektedir”.*

Karar mahalli idarelerin yetkileri açısından AYM'nin bakış açısını yansıtılabilir niteliktedir. AYM kararında ilçe belediyelerinin Anayasayla koruma altına alınan münhasır bir görev alanı olmaması nedeniyle, bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisinin dar yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu noktada büyükşehir belediyeleri ile büyükşehir ilçe belediyelerinin topraklarının birbirinden ayrılamayacağı, bir başka deyişle *Gözler*'in deyimıyla büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyelerinin birbirlerinden coğrafi olarak ayrılamayacağı<sup>76</sup> hususu göz önünde bulundurulmalıdır. AYM'nin deşindiğı üzere, kanun koyucu yerinden yönetim ilkesi kapsamında mahalli müşterek ihtiyaçların hangi kamu idaresinde olması hususunun belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir ve kanun koyucunun bu yetkisi dar yorumlanmamalıdır, ancak bu yetki kararda da belirtildiğı üzere yerinden yönetim ilkesi gözetilerek kullanılmalıdır. Her iki belediye de aynı topraklarda yetkili olduğundan, AYM'nin bu kararı belediyeler açısından anlaşılabilir niteliktedir. Kanaatimizce AYM'nin söz konusu yorumunun köy ve belediye tüzel kişilikleri açısından esas alınması mümkün olmamalıdır.

12.11.2012 tarihinde 6360 sayılı Kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davada AYM, mahalli müşterek ihtiyaç kavramıyla ilgili olarak, yeni kurulan büyükşehir belediye sınırlarının il mülki sınırları olarak öngörülmesine ilişkin olarak gerçekleştirilen Anayasaya aykırılık değerlendirmesinde řu sonuçlara ulaşmıştır<sup>77</sup>:

<sup>76</sup>Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku*, s.387.

<sup>77</sup>“Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasında her yerleşim yeri için değil, sadece “büyük yerleşim merkezleri ” için özel yönetim biçimlerinin kurulmasına imkân verildiğı, merkez nüfusu 62.635 olan Muğla ili ile 88.054 olan Mardin ilinin “büyük yerleşim yeri” olduğunu iddia etmenin mümkün olmadığı, 6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediye sınırları il mülki sınır olan 27 ilin İstanbul ve Kocaeli illeriyle hiçbir benzer tarafı bulunmadığı, zira İstanbul ilinin toplam yüzölçümünün 5.300 km2, Kocaeli ilinin yüzölçümünün 3.500 km2 olduğu hâlde Konya ilinin yüzölçümünün 38.000 km2 olduğu, il mülki sınırlarının mahallî hizmetler için “optimal ölçek” sayılmasının olanaksız olduğu, Anayasa'nın 126. maddesine göre iller ve ilçelerin merkezden yönetim gerekleri çerçevesinde ülke genelinde “coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre ”, belediyelerin ise ülke genelinden bakışa göre değil yerinden bakışa göre, yerleşmeler temelinde ve “yerel hizmetler” ölçüsüyle kuruldukları, Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı dolayısıyla hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı belirtilerek kurulların, Anayasa'nın 2., 11., 126. ve 127. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür”.

*“Anayasal ilkeler çerçevesinde kanun koyucu, mahallî müşterek ihtiyaç olarak nitelediği bir hizmetin hangi tür mahallî idare birimince yerine getirileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir. Genel bir kamu hizmetinin mahallî müşterek ihtiyaç niteliği taşıyan bölümü, Anayasa’da yerel yönetimlerin görev alanı olarak belirlenen coğrafyayla sınırlıdır. Bu nedenle, dava konusu kurullarla büyükşehir belediyelerinin sınırlarının il mülki sınırlarıyla özdeşleştirilmesi sonucunda, ildeki mahallî müşterek ihtiyaçların da yine bir mahallî idare birimi olan büyükşehir belediyelerince yerine getirilecek olması karşısında kurulların. Anayasa’nın 127. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır”.*

Bu bağlamda mahalli müşterek ihtiyaçların hangi mahalli idare tarafından yerine getirileceğine kanun koyucu karar verecektir, ancak karardan da anlaşılacağı üzere, mahalli müşterek ihtiyaç kavramının sınırı coğrafi alandır. Burada da büyükşehir belediyeleri sınırları il mülki sınırlarına kadar genişletilmiştir, bundan sonra hangi mahalli müşterek ihtiyacın hangi mahalli idare tarafından karşılanacağı kanun koyucunun takdirinde olacaktır.

Özetle, coğrafi sınırları farklı olan, ayrı kamu tüzel kişiliklerine sahip mahalli idarelerden birini diğeri üzerinde mücavir alan uygulamasıyla yetkilendirmek Anayasada yer alan mahalli müşterek ihtiyaç kavramıyla bağdaşmamaktadır. Bu konuda AYM’nin farklı görüş içeren bir kararına rastlanmamıştır.

**- Mahalli idarelerin eşitliği ilkesi mücavir alan uygulamasıyla ihlal edilmektedir.**

Anayasa’da zikredilmiş her bir mahalli idare, birbirine eşit konumdadır. Mahalli idarelerin sahip olduğu yetkiler sahip oldukları yetki alanlarının (topraklarının) büyüklük ve küçüklüğü ile ilgili değildir. Ayrıca herhangi bir mahalli idarenin bir diğere karşı hiyerarşik üstünlüğü veya bir mahalli idareye diğeri lehine verilmiş herhangi bir hiyerarşik yetki söz konusu değildir. Anayasamız mahalli idareler arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki ihdas etmemektedir. Bu bağlamda köyler ile belediyeler arasında bu tür bir ilişkiyi sağlayacak bir hiyerarşi ilişkisi olmadığı gibi köyler belediyelerin vesayet denetimine de tabi tutulmamıştır. Zira idari vesayet merkezden yönetimle yerinden yönetim arasında gerçekleşir. İki yerinden yönetim (mahalli idare) arasında bir denetim ilişkisi mevcutsa olsa da *Çağlayanın* da ifade ettiği üzere, Anayasanın 127. maddesinde yer bulan idari vesayetin merkezden yönetim ile yerinden yönetim arasında olduğunun kabulü

gerekir, aksi Anayasa’da yer alan tanımla bağdaşmayacaktır<sup>78</sup>. Bu bağlamda mahalli idarelerin tamamı birbirine eşit, birbiri üzerinde hiyerarşik denetim yetkileri bulunmayan kamu idareleridir. Bu söylediklerimiz coğrafi sınırları küçük olan köy ve daha büyük coğrafi sınırlara sahip belediye arasında da geçerlidir.

Gözler, bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “...Köye ile belediye arasında bir hiyerarşi ilişkisi yoktur. Bunlar birbirinden bağımsız ve hukuken birbirleriyle eşit kamu tüzel kişisidir. Mahalli idareler hukukunda mahalli idarelerin eşitliği ilkesi geçerlidir”<sup>79</sup>.

Eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak yerel yönetimler kamu tüzel kişilerinin sahip oldukları için hak ve borçlara sahipken, birbirleri üzerinde vesayet yetkisine sahip değillerdir. Danıştay’da bir kararında “Anayasanın 127.maddesiyle hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, kamu yararına olan yerel ihtiyaçların yasal sınırlar içinde karşılanması amacıyla merkezi yönetime, yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisi tanınmıştır. Ancak yerel yönetim birimlerinin birbirleri üzerinde vesayet yetkisi” nin bulunmadığının altını çizmiştir<sup>80</sup>. Vesayet yetkisi ancak merkezi idare tarafından mahalli idareler üzerinde kanunla öngörüldüğü takdirde kullanılabilir.

Mücavir alan uygulamasında ise, köy tüzel kişiliği sınırlarında belediye lehine yetki ve imtiyazlar yaratılabilmekte ve bu hususta köyün de rızasına başvurulmamakta, köyün onayı aranmamaktadır. Belediye köy tüzel kişiliğinin yetkili olduğu sınırlar içerisinde yetki sahibi olarak birtakım kararlar vermektedir. Oysa belediyeler ve köyler birbirlerine eşit mahalli idarelerdir. Gözlerin de isabetle belirttiği üzere köyler ve belediyeler hukuksal açıdan birbiriyle eşit, birbirinden bağımsız kamu tüzel kişilikleridir ve bunların arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki bulunmamaktadır<sup>81</sup>. Ayrıca bir mahalli idare olan belediyenin köy üzerinde vesayet yetkisi kullanması da mümkün olmayacağından bu şekilde mahalli

<sup>78</sup>Çağlayan bu durumu kendine özgü kanundan doğan idari denetim olarak adlandırmaktadır. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s.125.

<sup>79</sup>Gözler, s.499.

<sup>80</sup>“Bu itibarla; 3030 sayılı Yasanın 6/b maddesi ile 14/n maddesinde sözü edilen, büyükşehir belediyelerinin, büyükşehir ilçe belediyeleri üzerindeki denetleme yetkisinin; araştırma, inceleme, bilgi ve belge isteme hakkıyla sınırlı olduğu açıktır”. Danıştay, 8. Daire, 07.05.2002, E:2001/3979, K:2002/2583, www.legalbank.net, (erişim tarihi 19.06.2022).

<sup>81</sup>Kemal Gözler, Mahalli İdareler Hukuku, s.209.

idarelerden biri üzerinde bir diğeri lehine yetkiler oluşturmak mahalli idarelerin eşitliği ilkesine aykırıdır kanaatindeyiz<sup>82</sup>.

- **Mücvir alan uygulaması Anayasa'nın 10.maddesine aykırıdır**

Mücvir alan uygulaması Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır kanaatindeyiz. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi, eşitlik kuralını herkesin her açıdan aynı kurallara bağlı olacağı şeklinde yorumlamamakta, kimi yurttaşlara haklı nedene dayanarak değişik kurallar uygulanmasının anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil nedenleri olması durumunda eşitlik ilkesinin zedelenmeyeceğini kararlarında belirtmektedir<sup>83</sup>. Mücvir alan uygulamasıyla ilgili olarak, bir köyün bir kısmı mücvir alan sınırlarına alındığında, köy içerisinde yaşayan ve mücvir alan sınırları içerisinde olan bir kısım vatandaşlar yapı inşa etmek için birçok izne tabi olabilecekken, hemen yanı başında aynı köy içerisinde mücvir alan olarak belirlenen sınırın dışında yaşayan vatandaşlar kolaylıkla inşaatlarını gerçekleştirebileceklerdir.

Örneğin 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesine göre, bu kanun kapsamına giren bütün yapılar için kural olarak belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınması zorunludur. Buna göre, 3194 sayılı Kanunda belirtilen istisnalar dışında, yerleşme yerlerindeki bütün özel ve resmî yapıların yapı ruhsatı bulunmalıdır<sup>84</sup>. Yapı ruhsatı, belediye ve mücvir alanlar içerisinde ruhsata tâbi olan herhangi bir yapının inşaatına başlanabilmesi için belediyeler tarafından, belediyeler ve mücvir alan sınırları dışında valilikler

<sup>82</sup>“İl, belediye ve köy ayrı birer kamu tüzel kişisi olup...” Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, 31.05.2007, E:2005/2204, K:2007/1449, www.legalbank.net, (erişim tarihi 10.05.2022).

<sup>83</sup>“Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen “yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve yasalarla kişiler arasında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır” Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012, E:2011/98, K:2012/24, Resmi Gazete Sayısı: 28297, Resmi Gazete Tarihi: 19.05.2012; “Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz” Anayasa Mahkemesi, 28.01.2010, E:2008/95, K:2010/18, Resmi Gazete Sayısı: 27565, Resmi Gazete Tarihi: 28.04.2010.

<sup>84</sup>Danıştay 15. Daire, 27.12.2017, E:2014/4595, K:2017/7817, www.legalbank.net, (erişim tarihi 06.01.2022).

tarafından verilen izindir<sup>85</sup>. Özetle 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamına giren bütün yapılar için yapı ruhsatı alınması zorunludur, izin almadan yapılan yapılar kaçak yapı statüsüne girer. Bu durumun istisnalarından biri aynı kanunun 27. maddesidir. Bu maddeyle belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda yapılacak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile köyde oturanların ihtiyaçlarını karşılayacak bakkal, manav, berber, köy fırını, köy kahvesi, köy lokantası, tanıtım ve teşhir büfeleri ve köy halkı tarafından kurulan ve işletilen kooperatiflerin işletme binası gibi yapılar için yapı ruhsatı aranmayacağı hükmü yer almıştır. Yine Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinin 57. maddesi uyarınca “*Köy ve mezraların yerleşik alanları ve civarı ile kırsal yerleşik alanlar ve civarında yapılacak konut, tarımsal ve hayvancılık amaçlı yapılar ile müstemilat binaları yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi değildir. Ancak, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair ilgili idare onayı alınmasından sonra, muhtarlığa bildirimde bulunulmak suretiyle yapılması şarttır*”.

Ancak Kanunun bu maddesinin uygulanabilmesi için, Kanunda yer alan şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu bağlamda köy yerleşik alanı ve civarında olmayan bir yapı ruhsata tabi olacaktır. Esasen bu noktada mücavir alan uygulamasının yapının ruhsata tabi olması açısından tek belirleyici kriter olmadığına altını çizmek gerekir.

“.. köy yerleşik alanlarında veya civarında, 3194 sayılı Kanunun 27. Maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde yapılan yapıların inşaat ruhsatına tabi olmadığı...köy yerleşik alanında ve civarında olmadığı anlaşılan yapının ruhsata tabi olduğu ve çevre düzeni planı kararına uygun olarak inşa edilmesi gerektiği...”<sup>86</sup>.

Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan köy ve mezraların yerleşik alanı ve civarı tanımını ve ne şekilde tespit edileceğini 4/4. maddede belirtmiştir, buna göre<sup>87</sup> “*bu çizgi ile*

<sup>85</sup>“*Yapı ruhsatı: Bir parselde, imar mevzuatına uygun olarak öngörülen belgeler ile projelerin onaylanması sonrasında ilgili idaresince tanzim edilen, onaylı resmi izin belgesini*” ifade eder. Ali Rıza İlgezdi / Eren Sönmez / Cem Güçlü, *İmar Planları ve Davaları*, 1.Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2020, s.100.

<sup>86</sup>Danıştay 14. Daire, 27.03.2013, E:2013/2186, K:2011/14697, s.228.

<sup>87</sup>Söz konusu Yönetmeliğe göre köy yerleşik alanı: “*Belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan köy ve mezraların yerleşik alanı ve civarı: Köy ve mezraların cami, köy konağı gibi köy ortak yapıları ile yapımı tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine uygun olarak inşa edilmiş yapıların toplu olarak bulunduğu yerlerde mevcut binaların en dışta olanlarının dış kenarlarından geçirilen çizginin içinde kalan alan köy yerleşik*”  
YUHFD Vol. XX No.1 (2023)

*en fazla 300 metre dışından geçirilecek olan, valiliklerce tespit edilerek il genel meclisince karara bağlanan sınırın içinde kalan alan köy yerleşik alanı civarını tanımlar”.*

Yine bu noktada bu maddenin uygulanabilmesi için köy yerleşim planının yapılmamış olması gerektiğinin de altını çizmek gerekir, aksi takdirde böyle bir plan mevcut olduğunda yapıların bu plana uygun yapılması gerekecektir<sup>88</sup>.

O halde kanunda yazılı şartlar gerçekleştiğinde yani köy yerleşik alanı tespit edilmişse ve yerleşim planı yapılmamışsa İmar Kanunu madde 27 uygulanacaktır. Bu durumda Kanunda belirlenen şartlar dahilinde köy sınırları içerisinde mücavir alan belirlendiğinde, belirlenen kısım için yapı ruhsatı alınacak ancak aynı köyde mücavir alan sınırları içerisinde olmayan yerler mevcutsa yapı ruhsatına tabi olmayacak ve mücavir alan bulunmayan bir köyde yapıların muhtarlığa bildirimini yeterli olacaktır. Bu durum aynı köy içerisinde bulunan hatta yan yana iki yapının tamamen birbirinden farklı usullerle yapılması gibi anlaşılmaz ve eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir.

Aynı köy içerisinde farklı uygulamalar gerçekleştirilmesini sağlayacak amaçla ilgili, makul ve adil nedenler kanaatimizce bulunmadığı için, bu durumun kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

Ek olarak Belediye Kanunu madde 18/t uyarınca belediyeler mücavir alanlara hizmet götürme konusunda, kanunda tanımlanmış bir yükümlülükleri bulunmadan, karar verebileceklerdir ancak mücavir alanlarda yaşayanlar belediyelere karşı idari ve mali pek çok yükümlülüğü yerine getirmek zorundadırlar. Bu durum benzer yükümlülükleri yerine

---

*(meskun) alanını; bu çizgi ile en fazla 300 metre dışından geçirilecek olan, ...alanı civarını tanımlar”;*

<sup>88</sup>442 sayılı Köy Kanunu madde Ek Madde 9 - Köy muhtarı, köy ihtiyar meclisinin olumlu kararını aldıktan sonra, köy yerleşme planının yapılmasını bağlı bulunduğu mülki amirinden talep edebilir. Köy yerleşme planı, köy yerleşik ve gelişme alanını ihtiva eder. Ek Madde 10 Valilikçe resen veya köy muhtarının talebi uygun bulunduğu takdirde, köy yerleşme planının yapılması için Köy Yerleşme Alanı Tespit Komisyonuna gönderilir. Köy Yerleşme Alanı Tespit Komisyonu, Vali Yardımcısı başkanlığında Maliye ve Gümrük, Bayındırlık ve İskan, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlıkları ve Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü mahalli kuruluşlarının birer teknik elemanı ile köy temsilcisinden oluşur. Gerektiğinde bu komisyona ilgili diğer kuruluşlardan da uzman eleman iştirak ettirilir. Komisyon, köyün halihazır ve gelişme durumunu dikkate alarak, konut ve genel ihtiyaçlarına göre köy yerleşme planını düzenler. Bu plan üzerinde Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı, meri İmar Kanunu ve bu konudaki yönetmelik hükümlerine tabi olmaksızın, parsellerin konumunu belirleyen işleri yapar veya yaptırır. Bu plan valilikçe onaylanarak kesinleştirilir ve yürürlüğe girer.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*



getiren kişiler arasında belediye hizmetlerinden yararlanmada eşit olmayan uygulamalar meydana gelmesi sonucunu ortaya çıkarabilecektir.

Nitekim Danıştay da bir kararında belediyelerin yürütmekle yükümlü oldukları hizmetlerin yerel nitelikte ortak ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olduğunu, bu hizmetlerden herkesin herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan eşit yararlanması gerektiğinin altını çizmiş ve bu hususunun belediyelerin sorumluluğunda olduğunu belirtmiştir<sup>89</sup>.

### c. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Mücavir alanların varlığının Anayasaya uygunluk değerlendirmesini gerçekleştirirken incelediğimiz AYM kararlarında doğrudan mücavir alanlarla ve mücavir alanların Anayasaya aykırılıkları ile ilgili AYM'nin değerlendirmesine/kararına ulaşamamıştır. AYM'nin mahalli idarelere ilişkin kararlarında da bu konuda bir değerlendirmesine rastlanmamıştır. Ancak AYM bazı kararlarında yerinden yönetim ve mahalli müşterek ihtiyaç kavramlarını değerlendirmiş, bu çalışmada bu konularla ilgili çeşitli kararlara ilgili başlıklar altında değinilmiştir.

Ancak bu konuda Büyükşehir Belediyeleri kurulan illerde gerçekleştirilen değişikliklere ilişkin olarak AYM 'nin iki kararına özellikle değinmek gerekir.

AYM bir kararında 02.7.2005 günlü, 5390 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. Maddesi ile değiştirilen 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 6. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasaya uygunluğu değerlendirilmiştir. İlgili madde şöyledir<sup>90</sup>:

*“Büyükşehir belediyesi sınırları içine katılan ilçe belediyeleri büyükşehir ilçe belediyesine, diğer belediyeler ilk kademe belediyesine dönüşür. Köylerin tüzel kişiliği kalkar ve bunların mahalle olarak katılacağı belediyeler, Bakanlar Kurulu kararında belirtilir.”*

İlgili maddenin iptali için açılan davada AYM, *“büyük yerleşim yerleri için özel bir yönetim birimi olarak tasarlanan büyükşehir belediyelerinin gerek kuruluşunda, gerekse sınırlarının genişlemesine bağlı olarak gerçekleşen katılımlarda, daha önce ilçe belediyesi, belediye veya köy biçimindeki tüzel kişiliklerin kaybı veya bu statülerin muhafazasıyla birlikte kimi yetki ve görevlerde değişiklik olması”* nın kaçınılmaz olduğunu

<sup>89</sup>Danıştay, 8. Daire, 22.05.2007, E:2007/1315, K:2007/3101, www.legalbank.net, (erişim tarihi 10.05.2022).

<sup>90</sup>Söz konusu madde 6390 sayılı Kanunla mülga olmuştur.

belirtmiştir, zira aksi durumda AYM'ye göre büyük yerleşim yerlerinin büyükşehir belediyesi olarak örgütlenmesi mümkün olmayacak, köy ya da belediye olarak eski hukuki statüleriyle görev ve yetkilerini aynen muhafaza ederek büyükşehir belediyesine katılımla, büyükşehir belediyesi kurulmasından beklenen yarar sağlanmayacaktır. AYM büyükşehir kurulmasında veya bunların sınırlarının genişletilmesinde kimi mahalli idarelerin hukuki statülerinin değişmesine veya kaybına olanak veren düzenlemenin Anayasa'nın 127. maddesine aykırı görmemiştir<sup>91</sup>.

Benzer şekilde yukarıda değindiğimiz üzere 12.11.2012 tarihinde 6360 sayılı Kanunla yerel yönetimlerde önemli bir değişiklik gerçekleşmiş ve mevcut büyükşehir belediyeleri sayıları artırılmış, büyükşehir kurulan illerde ilçe belediyeleri büyükşehir belediyeleri ilçe belediyelerine dönüştürülmüştür. Yine aynı kanunla büyükşehir belediyesi kurulan illerde köylerin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalleye dönüştürülmüştür. İl özel idareleri de yine büyükşehir belediyelerinde kaldırılmıştır, zira büyükşehir belediyelerinin toprakları il sınırına kadar genişletilmiştir.

Kanun çeşitli açılardan Anayasaya uygunluğu hususu tartışılmıştır. Ancak konumuz açısından önemli olacak şekilde, AYM Kanunun Anayasaya uygunluğu açısından şu değerlendirmelerde bulunmuştur<sup>92</sup>:

Yine Kanunda gerçekleştirilen düzenlemelerle köy ve beldelerin “yeterli tartışma yapılmadan ve köy ve beldede yaşayanlara hiç söz hakkı verilmeden kapatılmasının Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın “Yerel yönetimlerin sınırlarında, bir referandum yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan değişiklik yapılamaz.” biçimindeki ilkesine açıkça aykırı olduğu, ayrıca köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliklerine son verilmesinin Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen yerinden yönetim ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 90. ve 127. maddesine aykırı olduğu” ileri sürülmüştür.

AYM bu konuda kamusal hizmet sağlamak amacıyla, bir belediyenin ya da köyün tüzel kişiliğini kaldırabileceği, belediyenin köye, köyün belediyeye dönüştürebileceğini, bir belediyenin veya köyün bir başka belediyeye mahalle olarak katabileceği görüşündedir.

...Anayasa Mahkemesinin 25.1.2007 günlü, E.2004/79, K.2007/7 sayılı kararında da belirtildiği üzere, tüzel kişiliğin kazanılması veya kaybı konusundaki Anayasa'nın 123. maddesindeki ilke ile 127. madde uyarınca

<sup>91</sup>Anayasa Mahkemesi, 20.03.2008, E:2005/94, K:2007/7, Resmi Gazete Tarihi: 20.03.2008, Resmi Gazete Sayısı: 26822.

<sup>92</sup>Anayasa Mahkemesi, 12.09.2013, E:2013/19, K:2013/100, Resmi Gazete Tarihi: 18.09.2014, Resmi Gazete Sayısı: 29123.

*büyükşehir belediyesi kurulmasındaki amaç birlikte değerlendirildiğinde, büyükşehir belediyesi sınırları içine dâhil olan belediyelerin statülerinin büyükşehir belediyesine bağlı hâle getirilmesi, köylerin ise mahalleye dönüştürülmelerinde, bu duruma bağlı olarak tüzel kişiliklerinin sona erdirilmesinde Anayasa'nın anılan maddelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır...*

*...Bu bağlamda, kanun koyucu, Anayasalda öngörülen koşullara uymak kaydıyla, büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan belediyelerin veya köylerin tüzel kişiliğini kaldırabilir. Böyle durumlarda, tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerin veya köylerin önceki durumlara göre daha iyi hizmet alıp almayacağı hususunun değerlendirmesinin yapılması, yerindelik denetimi anlamına geleceği ve bunun Anayasa Mahkemesince yapılacak denetimin dışında kalacağı açıktır.*

Kanaatimizce AYM'nin bu görüşü Anayasaya aykırıdır. Zira Anayasa'da açıkça köy tüzel kişiliğinin kurulması öngörülmüştür, bu konuda Anayasada bir istisna yer almamaktadır, Anayasa oldukça açıktır. Anayasadaki açık hükme karşın, AYM bu konuyu kanun koyucunun yetkisi kapsamında görmüştür. Bu şekilde bir yorum temel yorum kurallarından “kanun açıksa yorum yapılmaz” kuralına da aykırıdır<sup>93</sup>.

## SONUÇ

1956 yılında hukuk sistemimize giren mücavir alanlar, hukuksal açıdan değerlendirildiğinde sorunlu bir uygulamadır. Anayasa açısından değerlendirdiğimizde öncelikle Anayasal bir kurum olan köy tüzel kişiliğinin birtakım yetkileri mücavir alan uygulamasıyla kanunla yerinden yönetim ilkesine aykırı bir şekilde kaldırılmaktadır. Ayrıca mücavir alan uygulaması mahalli idarelerin eşitliği ilkesine de aykırıdır, zira bu uygulamayla bir mahalli idare olan köy aleyhine bir başka mahalli idare olan belediye lehine bazı yetkiler yaratılmaktadır oysa belediyelerin köy üzerinde hiyerarşik ve vesayet denetimi yetkileri bulunmamaktadır. Son olarak mücavir alan uygulaması Anayasal bir yetki paylaşımına işaret eden mahalli müşterek ihtiyaç kavramına da aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca mücavir alanların kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırı olduğu düşünülmektedir.

Ek olarak amaçsal yorum ilkesi çerçevesinde değerlendirme gerçekleştirildiğinde, mücavir alanların ilk olarak ortaya çıktığı döneme

<sup>93</sup>AYM kararının daha detaylı değerlendirmesi için bkz. Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.224.

ilişkin gereksinimler ve o dönemki İmar Kanunu kapsamı ve bugün İmar Kanununun kapsamı dikkate alındığında, mücavir alan kavramının uğradığı değişikliklerle günümüz hukuk sistemimize uygun bir araç olması hususu da sorgulanabilir durumdadır.

Mücavir alanlarla ilgili olarak yukarıda zikrettiğimiz hususlar dışında başkaca hukuka aykırılıklara da değinilebilir. Örneğin anayasal bir kurum olan köyün anayasal bazı yetkilerinin anayasa da yer alan yerinden yönetim ilkesine aykırı olarak mücavir alan uygulamasıyla sınırlandırılmasının (kanunla) ya da kaldırılmasının Kelsen'in normlar hiyerarşisinden çıkan sonuçlara uygun olmadığını söylemek mümkündür. Zira bilindiği üzere normlar hiyerarşisi gereği, alt basamakta bulunan bir norm üst basamaktaki bir norma aykırı olamayacağı gibi, alt basamakta yer alan normla üst basamaktaki normun değiştirilmemesi gerekir. Ayrıca yine alt basamakta yer alan normun üst basamak normuna istisna getirme yetkisi de bulunmamaktadır. Anayasal bir kurum olan köy tüzel kişiliğine anayasa ile tanınmış yetkilerin anayasal sistematige uygun olmayacak kapsamda kanunla kaldırılması da kanaatimizce normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmektedir<sup>94</sup>. Bir başka örnek Anayasanın 127. maddesi uyarınca verilebilir. Zira Anayasa'nın 127. maddesinde hüküm bulduğu üzere mahalli idarelerin karar organları halk tarafından seçilerek oluşturulmalıdır<sup>95</sup>. Oysa mücavir alanda yaşayan kişiler yaşadıkları alanda yetki sahibi olan ve hatta gelir elde eden belediyelerin karar organlarının seçiminde söz hakkı sahibi

<sup>94</sup>“Görüldüğü gibi belediyelerin mücavir alanlarda kullandıkları yetkiler kaynağını Anayasa’da bulmamaktadır”, Tekinbaş, s.14.

<sup>95</sup>“Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında mahallî idareler, il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları yine kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olarak tarif edilmiş; ikinci fıkrasında, bunların kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiş; üçüncü fıkrasının ilk tümcesinde seçimlerinin, 67. maddedeki esaslara göre beş yılda bir yapılacağı ifade edilirken, ... Anayasanın 67. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında “Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir. Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır” denilmek suretiyle seçimlere ilişkin esaslara yer verilmiştir”. Anayasa Mahkemesi, 20.03.2008, E:2005/94, K:2007/7, Resmi Gazete Sayısı: 26822, Resmi Gazete Tarihi: 20.03.2008. “Mahalli idarelerin karar organlarının halkın iradesiyle seçilmesindeki amaç yerel özerkliğin ve yerel demokrasi ilkelerinin gereğinin sağlanmasıdır” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.03.2012, E:2011/21-788, K:2012/118, www.legalbank.net, (erişim tarihi 26.06.2022). YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)

değillerdir<sup>96</sup>. Köy sınırlarında bir mücavir alan söz konusu olduğunda, o sınırlar içerisinde yaşayanlar köy mahalli idaresi için yerel yönetimlerde seçim yapabilecekler, belediye seçimlerinde ise oy kullanmayacaklardır. Oysa Anayasa hükmünün amacı mahalli müşterek hizmetlerin o beldede yaşayan, beldeyi iyi bilen kişiler tarafından seçilenlerce yerine getirilmesi ve mahalli idarelerin karar organları üzerinde seçmen denetiminin sağlanmasıdır. Mücavir alan uygulamasıyla Anayasanın bu hükmü ihlal edilmektedir.

Tüm bu yazılanlara ek olarak yukarıda da açıklandığı üzere mücavir alan sınırlarının belirlenmesinde önceki herhangi bir ölçütün mevcut İmar Kanunda bulunmaması bir başka önemli mesele olarak zikredilebilir. Oysa bir önceki İmar Kanunu bu hususta bazı ölçütler içermekteydi. Buna göre önceki Kanunda belediye sınırına mücavir olmak ve beldenin gelişimi için gerekli görülen yerler ölçütü bulunmaktaydı<sup>97</sup>. Bu anlamda artık idarelerin mücavir alan belirlenmesinde geniş takdir yetkisi bulunduğunu söylemek mümkündür. İdarelere bu kadar geniş takdir yetkisinin verilmesi kanaatimizce eleştiriye açıktır<sup>98</sup>.

Ayrıca yine bu aşamada Anayasal bir kurum olan köy tüzel kişiliğinin yetkilerinin ikincil düzenleme niteliğinde olan belediye meclisi ve il idare kurulu kararı ve Bakanlık onayıyla belirlenmesinin de bir eksiklik olduğunun altını çizmek gerekir.

Hukuka aykırılıkları çeşitli açılardan incelenebilir durumda olan mücavir alanlarla ilgili mevzuatta bir düzenleme gerçekleştirilerek mücavir alanların aktarılan hususlarda hukuka uygun hale getirilmesi gerekliliği açıktır. Bu değişiklikler gerçekleştirilirken Anayasanın mahalli idarelerle ilgili hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır. Mücavir alanların belirlenmesinde idarelerin takdir yetkilerinin sınırlandırılması hususu da oldukça önemlidir, zira bu tespitle ilgili idarelere yönelik hiçbir kural bulunmamaktadır.

Bir diğer çözüm mücavir alanların uygulamada gerekliliği değerlendirilerek mücavir alan kavramının hukuk sistemimizden

<sup>96</sup>Tekinbaş, s.14.

<sup>97</sup>Tekinbaş, s.8.

<sup>98</sup>“Belediyelerin mücavir alanları belirlenirken belediyelerin olası gelişme alanlarını denetim ve kontrol altında tutmak, bu bölgelerde imar mevzuatı açısından ortaya çıkabilecek sorunlara önlem almak, planlama ve altyapı hizmetleri gibi belediye hizmetlerinin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, mücavir alan sınırları saptanırken, kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri esas alınmalıdır”. Danıştay, 6. Daire, 22.09.2003, E:2002/1915, K:2003/4413, www.legalbank.net, (erişim tarihi 17.01.2023).

kaldırılması olabilir. Zira bu kavramın ilk ortaya çıktığı zamandan bu yana hukuk sistemindeki değişikliklere gerekliliği de sorgulanabilir durumdadır. Ancak bu sorgulama hukuk bilimi, çevre ve şehircilik uygulamaları gibi farklı bilim dalları çerçevesinde gerçekleştirilmesi gereken bir sorgulamadır.

### KAYNAKÇA

- ATAY**, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- BİLGİN**, Hüseyin / **SEZER**, Yasin, *Açıklamalı –İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi*, 5. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, *'Hukumumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları'*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Issue 7, 2016.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- ÇALGÜNER**, Tahir / **KAYNAK**, Cemal, *'Belediye Sınırı ve Ankara Mücavir Alan Sorunsalına Planlama Açısından Bir Yaklaşım'*, Planlama, TMMOB Şehir Plancıları Odası Yayını, Yıl: 2006/4, Sayı: 38
- ERBAY**, Yusuf / **AKGÜN**, Hakan, *Türkiye'de ve Avrupa'da Yerel Yönetimler*, 2. Baskı, Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, Ankara 2017.
- ERDOĞAN**, Oğuzhan, *Cumhurbaşkanlığı Hukuk Sisteminde Yerel Yönetiminde Yerel Yönetimler*, 1. Basım, Sage Yayınevi, Ankara, 2019.
- GENÇ**, Mustafa, *İmar Hukuku*, 1. Basım, Seçkin Hukuk, Ankara, 2015.
- GÖRMEZ**, Kemal / **YAYLI**, Hasan, *Yerel Yönetimler*, 2. Basım, Orion Kitapevi, Ankara, 2018.
- GÖZLER**, Kemal, *İdare Hukuku Cilt 1*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- GÖZLER**, Kemal, *Mahalli İdareler Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2018.
- İLGEZDİ**, Ali Rıza / **SÖNMEZ**, Eren / **GÜÇLÜ**, Cem, *İmar Planları ve Davaları*, 1.Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2020.
- KALABALIK**, Halil, *İmar Hukuku*, 7. Basım, Seçkin Hukuk, Ankara 2015.
- KARAHANOGULLARI**, Onur, *'Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi'*, Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu, Ankara, 2013.
- KAMAN**, Nur, *'Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç'*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7(1), Bahar 2020.
- KILIÇ**, Zülfi, *Demokrasi ve Temsil İlkeleri*, 11. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

- KOYUNCU**, Başak, ‘*Yerel Özerklik: Modeller ve Uygulamalar*’, Muğla Üniversitesi SBE Dergisi, Güz 2000, Cilt:1, Sayı:1.
- MURATOĞLU**, Tahir, *Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku*, 2. Basım, Seçkin Hukuk, Ankara, 2021.
- SÜMER**, Haluk Hadi, *Hukuka Giriş Kavramlar ve Kurumlar*, 5. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara 2022.
- ŞİMŞEK**, Suat / **HAZAR**, İlhami, *Açıklamalı - İçtihatlı ve Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi*, 4. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2021.
- TEKİNBAŞ**, Emre, ‘*İmar Hukukunda Mücavir Alan Kavramı*’, ODTU, MFD, 1992.
- ULUSOY**, Ahmet / **AKDEMİR**, Tekin, *Mahalli İdareler*, 11. Basım, Seçkin Vergi ve Maliye, Ankara, 2019.
- ULUSOY**, Ali, D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- KARAKILÇIK**, Yusuf , *Yeni Yerel Bölgesel Gelişmeler Işığında Yerel Yönetimler*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018





# II TÜRK GELİR VERGİSİ TARİFE YAPISININ SOSYAL ADALET EKSENLİ VERGİ ADALETİ KAPSAMINDA İNCELENMESİ

(EXAMINATION OF TURKISH INCOME TAX TARIFF STRUCTURE WITHIN THE SCOPE OF TAX JUSTICE WITH SOCIAL JUSTICE)

Arş. Gör. Sude Sönmez \* \*\*

## ÖZ

*Hukuki bir değer olarak vergi adaletinin tespiti, iki farklı yolla yapılabilmektedir. Bunlar; özgürlük kavramı yoluyla vergi adaletinin tespiti ve sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaletinin tespiti olup söz konusu yollar, devletlerin kendi hukuk sistemlerinde kabul etmiş oldukları hukuki değerlere göre değişiklik göstermektedir. Sosyal devlet ise en genel anlamıyla; sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasını amaçlamaktadır. Söz konusu amaçlar içerisinde en çok önem arz eden ise sosyal adaletin gerçekleştirilmesidir. Sosyal adalet kavramı, temelde kişiler arasındaki paylaşımın adil olmasını amaçlamakta ve ulusal gelirin daha dengeli paylaşımını hedeflemektedir. Sosyal adalet ile amaçlanan adil dağılım içerisinde verginin önemi burada başlamaktadır. Vergilerin adil dağılımı denildiğinde akla gelen kavram “vergi adaleti”dir. Zira, sosyal adalet kavramının adil bir gelir dağılımını sağlama amacı, vergi adaletinde de bulunmaktadır. Bu kapsamda Türkiye’de Gelir Vergisinin tarife yapısı incelendiğinde artan oranlı tarife yapısının günümüze kadar yapılan değişiklikler ile zedelendiği ve tarife yapısının düz oranlı tarife yapısına yaklaştırıldığı, sistem onarılmaya çalışılırken daha çok yıpratıldığı görülmektedir. Bunun sonucunda ise, özellikle düşük ve orta gelirli kesimin üzerindeki vergi yükü arttırılmış, yüksek gelirli grubun ise lehine olacak şekilde düzenlemeler yapılmış, sosyal adalet dolayısıyla vergi adaleti zedelenmiş onarılamamıştır. Çalışma kapsamında öncelikle sosyal adalet kavramı ve vergi tarifelerine etkisi üzerinde durulacak, akabinde Türk Gelir Vergisi Tarife yapısı incelenerek sosyal adalete ilişkin değerlendirmeler, aksaklıklar ve önerilere yer verilecektir.*

II Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.11.2022. İlk hakem raporu tarihi: 02.12.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 15.12.2022. Onaylanma Tarihi: 06.01.2023.

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0867-0776.

**Eser Atf Şekli:** Sude Sönmez, “Türk Gelir Vergisi Tarife Yapısının Sosyal Adalet Eksenli Vergi Adaleti Kapsamında İncelenmesi”, YÜHFD, C.XX, 2023/1, s.115-163.

**Anahtar Kelimeler:** Sosyal Adalet, Vergi Adaleti, Türk Gelir Vergisi, Tarife, Oranlar.

### **ABSTRACT**

*The determination of tax justice as a legal value can be done in two different ways. These; The determination of tax justice through the concept of freedom and the determination of tax justice through the principle of social state, these ways vary according to the legal values that the states have accepted in their legal systems. The social state, in its most general sense; aims to ensure social justice, social welfare and social security. Among these purposes, the most important one is the realization of social justice. The concept of social justice basically aims to make the distribution between individuals fair and aims at a more balanced distribution of national income. The importance of tax in the fair distribution aimed with social justice starts here. If the fair distribution of taxes is mentioned, the concept that comes to mind is "tax justice". Because the aim of the concept of social justice to provide a fair distribution of income is also found in tax justice. In this context, when the tariff structure of the Income Tax in Turkey is examined, it is seen that the progressive tariff structure has been damaged by the changes made until today, the tariff structure has been brought closer to the flat rate tariff structure, and the system has been more worn out while trying to repair it. As a result of this, the tax burden on the low and middle-income groups was increased, regulations were made in favor of the high-income group, and tax justice was damaged due to social justice and could not be repaired. Within the scope of the study, first of all, the concept of social justice and its effect on tax tariffs will be emphasized, and then the Turkish Income Tax Tariff structure will*

**Keywords:** Social Justice, Tax Justice, Turkish Income Tax, Schedule, Rates.

\*\*\*

### **GİRİŞ**

Dünyada yaşanan son gelişmeler, her alanda olduğu gibi vergileme alanında da çok önemli değişimlere neden olmuştur. Yaşanan gelişmeler adil vergi yapılarının gerekliliği ve önemini de gündeme getirmiştir. Vergi adaleti ilkesi, hukukun temel değerleriyle doldurulması gereken boş bir kap niteliğine sahiptir. Bu sebeple, ancak temel hukuk değerlerin kabulüyle birlikte vergilemede adaletin somutlaştırılmış şeklini görmek mümkün olacaktır. Vergi adaleti verginin tarafsızlığı ya da düzeltici olması gerektiği

şeklindeki farklı bakış açılarına göre, farklı şekillerde inceleme konusu yapılmış olup günümüze kadar birbirinden farklı anlamlarla anılmıştır. Sosyal adalet ile ulaşılmak istenen başlıca amaç gelir dağılımında adaleti sağlamak olup bu konuda kullanılan en önemli araç ise vergi politikalarıdır. Vergi adaleti ve sosyal adaletin yolları bu noktada kesişmekte olup bu kesişmeden sonra birlikte hareket etmektedirler.

Sosyal adalete uygun bir vergileme politikası, kişilerin gelirlerindeki farkları azaltacak biçimde olmasını gerektirmekte olup vergilemenin bu şekilde kullanılması fikri John Stuart Mill'e uzanmaktadır<sup>1</sup>. Mill'e göre vergi sistemi bütün vatandaşları kapsayacak biçimde ve toplumdaki eşitsizlikleri, adaletsizlikleri giderecek biçimde düzenlenmelidir. Bu şekilde düzenlenen bir vergi sistemi topluma sosyal adaleti de getirecektir<sup>2</sup>. Buna göre, sosyal devlet ilkesi ile vergi adaletine ulaşılmaması bizi adil bir gelir dağılımına ve dolayısıyla sosyal adalet kavramına götürmektedir. Zira sosyal adaletin sağlanma yollarından biri olarak görülen gelir ve servet arasındaki farkın makul düzeye indirilmesi ve eşitliğin sağlanması düşüncesi aynı zamanda vergi adaletinin de asıl ulaşmak istediği amaçtır. Vergi yükünün adil dağılımı, toplumda gelir ve servetin adil dağılımı dolayısıyla sosyal adaletin sağlandığı bir sistemi ifade etmektedir.

Vergi yükünün adil dağılımının sağlanmasında ise kimden ne oranda vergi alınacağına belirlenmesi, sosyal adalet ile sağlanmak istenen dengenin bozulmaması açısından oldukça önemlidir. Bu kapsamda; farklı gelir düzeylerine sahip bireylerden durumlarına göre vergi alınması, kişinin asgari geçim seviyesine dikkat edilerek vergilendirilmesi, gelirin kaynağına ve kişilerin ailevi durumlarına göre vergi yükünün değişmesi, sosyal amaçlı muafiyet ve istisna düzenlemelerinin yapılması sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaletine ulaşmada kullanılan uygulamalardır.

Bu kapsamda Gelir Vergisi içerisinde adaleti sağlayıcı mekanizmalar bulunmakta olup çalışma kapsamında oran ve tarife yapısı inceleme altına alınmıştır. Tercih edilen Gelir Vergisi yapısı ise Türk Gelir Vergisidir. 193 Sayılı Gelir Vergi Kanunu'nun 103. maddesinde "Esas Tarife" başlığı altında vergi tarifesi artan oranlı olacak şekilde düzenlenmiştir. Madde metnine göre; tarife toplam 5 dilimden oluşmakta olup ilk dilime uygulanı oran %15, son dilime uygulanan oran %40 olarak belirlenmiştir. Türk gelir

<sup>1</sup> Mehmet Pamak, "Sosyal Adalet Açısından, Türk Gelir Vergisinde En Az Geçim İndirimi, Müterakkilik ve Ayırma Prensimi", *İstanbul Üniversitesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi*, S: 24, 1975, s. 187.

<sup>2</sup> Pamak, "Sosyal Adalet Açısından, Türk Gelir Vergisinde En Az Geçim İndirimi, Müterakkilik ve Ayırma Prensimi", s. 187.

vergisi tarife yapısı görünüş itibariyle artan oranlı bir tarife yapısı göstermekle birlikte her artan oranlı tarife yapısının mükemmel işleyen ve vergi adaletine uygun olduğu söylenemeyecek olup Türk gelir vergisinin de özellikle vergi adaleti konusunda birtakım sıkıntıları olduğu ifade edilebilecektir. Çalışma kapsamında öncelikle sosyal adalet kavramı incelenecek ardından Türkiye’de Gelir Vergisi Tarife yapısının sosyal adalet kapsamında tahlili yapılarak sorunları üzerinde durulacaktır.

## **I. SOSYAL ADALET EKSENLİ VERGİ ADALETİNİN SAĞLANMASINDA VERGİ TARİFELERİNİN KONUMU**

### **A. HUKUKİ DEĞER OLARAK SOSYAL ADALET EKSENLİ VERGİ ADALETİNİN TESPİTİ**

Hukuk, adaletin soyuttan somuta taşınması işlemi ile adaleti gerçekleştirmek üzere oluşturulan normlar bütünü olarak ifade edilmektedir. Adalet ise hukukun özü ve amacı niteliğinde olup nesnel ve öncel olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır<sup>3</sup>. Hukuki değer olarak adalet ise, nesnel anlamda adalet anlayışında anlam bulmaktadır. Zira hukuk, insanlar arası ilişkileri düzenleyen normlar bütünü olup bu kapsamda adaletle ulaşmak için hazırlanan hukuk kuralları kişisel değer yargılarına göre değil, toplumda var olan inanişe ve değer yargısına göre anlam kazanmaktadır<sup>4</sup>. Diğer bir yandan vergi adaleti ilkesi, hukukun temel değerleriyle birlikte somutlaşacak ve adaletin hukuken yorumlanabilir şeklini sunan bir hukuki ilkeye dönüşecektir<sup>5</sup>. O halde her şeyden önce vergi adaletini yansıtan hukuksal kriterlerin saptanması vergi adaletinin tespiti açısından gerekli olacaktır. Bu kapsamda; Lang’a göre, hukuki bir değer olarak vergi adaletinin tespiti, iki farklı yolla yapılabilmektedir. Bunlar; özgürlük kavramı yoluyla vergi adaletinin tespiti ve sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaletinin tespiti<sup>6</sup> olup söz konusu yollar, devletlerin kendi hukuk sistemlerinde kabul etmiş oldukları hukuki değerlere göre değişiklik göstermektedir.

<sup>3</sup> Nihal Saban, “Prof. Dr. Joachim Lang’in Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri Tebliğine Yorum”, XIII. Türkiye Maliye Eğitimi Sempozyumu, Antalya, 1997, s. 65.

<sup>4</sup> Ahmet Y. Ata, “Vergi Teorisi Açısından Bir Vergileme İlkesi Olarak Adalet İlkesinin İncelenmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001), s. 109.

<sup>5</sup> Joachim Lang, (Çeviren: Funda Başaran), “Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri”, XII. Maliye Eğitimi Sempozyumu, Antalya 1997, s. 3.

<sup>6</sup> Lang, “Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri”, s. 3

Vergi adaletini esas itibariyle eşitlik ilkesi ve verginin mali güçle orantılı olması ilkesi yoluyla tespit etmek yaygınken, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi Paul Kirchhof, vergi adaletini özgürlük kavramı temelinde geliştirmiştir<sup>7</sup>. Paul Kirchhof'un ortaya atmış olduğu fikir beraberinde vergi adaletinin özgürlük kavramı yoluyla tespiti ve sosyal devlet ilkesi ekseninde tespiti olarak ikili bir ayrımı ortaya çıkarmıştır<sup>8</sup>. Zira vergi adaleti ilkesinin klasik ayrımı olarak kabul edilen vergilemede fayda ilkesi ve mali güce göre vergilendirme ilkesi ayrımı özü itibariyle vergi adaletine ulaşma yöntemlerinden başka bir şey değildir. Vergi adaletini tanımlamak veya tespit etmekten ziyade tespit edilen/benimsenen vergi adaleti anlayışına ulaşmada kullanılan yöntemlerdir. Bununla birlikte vergi adaletinin hukuksal bir değer olarak tespiti ise ancak hukukun kendi içinde hukuku meydana getiren değerler ekseninde benimsenebilecektir. Bu kapsamda bir devletin vergi adaletine hukuksal açıdan nasıl baktığına ise ancak benimsemiş oldukları hukuki değerlerin tespiti ile ulaşılabilecektir<sup>9</sup>. Bu hukuki değerleri ise Lang'ın tercih etmiş olduğu şekilde devletlerin anayasalarında benimsedikleri, özgürlük kavramı veya sosyal devlet ilkeleri perspektiflerinde belirlemek mümkündür.

Vergilemenin anayasal olarak çerçevesinin belirlenmesi ve dolayısıyla bireyin özgürlüklerinin korunması gereksinimi tarih boyunca devam etmiştir. Bu kapsamda ilk anayasal metinler niteliğindeki özgürlük bildirgelerinden başlayarak günümüz modern anayasalarına kadar vergi adaleti özgürlük ile yan yana anılmış ve vergi adaleti de özgürlük temelli ifade edilmeye çalışılmıştır<sup>10</sup>. Bu kapsamda ülkemizde de vergi ile birey özgürlüklerinin kısıtlanamayacağı ama bazı durumlarda bunun istisnalarının olabileceği 1982 Anayasası'nda yer almış olup bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer almıştır<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Lang, "Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri", 129.

<sup>8</sup> Paul Kirchhof, "Steuergleichheit", *Steuer und Wirtschaft*, 1984.

<sup>9</sup> Lang, "Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri", 129.

<sup>10</sup> Saban, "Prof. Dr. Joachim Lang'ın Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri Tebliğine Yorum", s. 69.

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 07.11.1989 tarih 1989/6 E. ve 1989/42 K. sayılı kararında; "Vergi düzenlemeleri hemen hemen tüm hak ve özgürlükleri ilgilendirip etkileyen yasama işlemleridir. Devletin ancak olanaklarının en önemli kaynağı olmak yönünden vergi bu hak ve özgürlükleri kullanma ve bunlardan yararlanmayı tümüyle yada bir bölümüyle olanaklı ya da olanaksız kılar... yetkilerle güçlendirilen devlet, vergilendirme konusunda gerekli düzenlemeleri gerçekleştirirken de hak ve özgürlükleri özenle koruyacak, devlete kaynak sağlamak amacıyla hukuksal ilkelerin yıpranıp yıkılmasına duyursuz kalmayacaktır. Gelir

Vergi adaletinin özgürlük kavramı ile birlikte anlam kazanması, denkleştirici adalet anlayışı ile mümkün olmaktadır. Zira denkleştirici adalet anlayışına göre bireyin özgürlüklerinin korunması ile adalet gerçekleştirilmekte olup vergilemede adalet ise devletin vergiler yoluyla kişilerin özgürlüklerine müdahale etmemesi ile mümkündür. Vergi, siyasi iktidarların elinde ekonomiye ve bu yolla kişilerin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale aracı niteliğinde olup bu yolla temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulabilecektir<sup>12</sup>. Bu kapsamda devletin, kişilerin ekonomik ve sosyal yaşantısına en az müdahale edildiği sistem özgürlüklerin en çok dolayısıyla adaletinde en fazla sağlandığı sistem olarak tasvir edilebilecektir. Devletin iktisadi hayata olabildiğine az müdahale ettiğinde bu alanın daha sağlıklı işleyeceğine, sürecin daha verimli hale geleceğine inanmaktadırlar. Dolayısıyla iktisadi alanda devletin müdahale alanının daraltılmasının temelinde bu felsefe bulunmaktadır<sup>13</sup>. Zira, “*Ekonomik ilişkilerimizi yönetirken kontrol edilmemiz...her şeyde kontrol edilmemiz demektir.*”<sup>14</sup>

Diğer bir ifadeyle; özgürlük kavramının ekonomi içerisindeki yeri bireylerin tercih yapma ve yapmış oldukları tercihlere göre özgürlüklerini dilediği şekilde kullanmalarından ibarettir. Bu kapsamda ekonomik özgürlüğün ürünü kabul edilen “bırakınız yapsınlar” doktrini, devletin müdahalelerinin en aza düşürüldüğü ve girişimciliğin maksimize edildiği bir düzeni savunmaktadır<sup>15</sup>. Ekonomik özgürlüğün şartı olan serbest piyasa düzeni içerisinde bireyler kişisel çıkarlarını ya da diğer bir ifadeyle faydalarını en üst düzeye çıkarmaya çalışan kişilerdir. Bu sebeple; kişiler

---

*elde edilmesi amacıyla hukuk devleti niteliklerinden vazgeçilmez.*” ifadelerine yer verilerek vergi adaleti özgürlük kavramıyla birlikte göz önünde bulundurulmuştur.

<sup>12</sup> Bumin Doğrusöz, “Yargı Kararlarının Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirilmesi”, XIII. Türkiye Maliye Eğitimi Sempozyumu, Antalya 1997, s. 152.

<sup>13</sup> Karl Raimund Popper, (Çeviri: Mete Tunçay), *Açık Toplumun Düşmanları*, Liberte Yayınları, Ankara, 2013, s. 439-449.

<sup>14</sup> Nigel Ashford, (Çeviri: Can Madenci), *Özgür Toplumun Değerleri*, Liberte Yayınları, Ankara, 2012, s. 49.

<sup>15</sup> Conrad Waligorski, “Introduction”, *Anglo-American Liberalism: Readings In Normative Political Economy* (Editors: C. Waligorski and T. Hone), Nelson-Hall Publishing, Chicago, 1981, s. 14-15.

Bir başka deyişle; “bırakınız yapsınlar”cı doktrini kabul eden düşünürler için önemli olan kişilerin serbest piyasa ekonomisi içerisinde kendi zenginliklerini arttırabilmek için yarışabilme özgürlüğüne sahip olabilmeleri yani ekonomik özgürlükleridir. (J. S. Mill, *On Liberty*, (Editor: E. Rapaport), Hackett Publishing Company, Indiana, 1978, s. 18-19.)

devlet müdahalesi olmaksızın kendisi hakkında en iyiyi bilerek kendileri için en uygun olan tercihleri yapabilecekleri kabul edilmektedir<sup>16</sup>.

Sosyal devlet ise en genel anlamıyla; sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasını amaçlamaktadır<sup>17</sup>. Söz konusu amaçlar içerisinde ise en çok önem arz eden ise sosyal adaletin gerçekleştirilmesidir. Zira sosyal adalet sağlanmadığı sürece sosyal refahattan ve sosyal güvenlikden de tek başına söz edilemeyecektir.

Sosyal devlet, toplum içerisinde yaşayan insanların bir kısmının bolluk içinde yaşaması bir kısmının ise en temel ihtiyaçlarını bile karşılamayacak durumda olması halinde, sınıflar arası ekonomik ve sosyal bir denge kurarak huzur ortamını korumaktadır. Zira sosyal devletin en temel amacı sosyal adaleti sağlamak olup bunu gerçekleştirebilmek için toplum içinde dengeli ve adil bir gelir dağılımı sağlamayı ve herkesin milli gelirden adil bir pay almasını sağlamayı hedef almaktadır<sup>18</sup>.

Devlet sosyal devlet aracılığı ile kişilerin önündeki sosyal ve ekonomik engelleri kaldırmak suretiyle kişilerin toplum içinde gerçek anlamda özgür olmasını sağlayacaktır<sup>19</sup>. Başka bir ifadeyle; sosyal devlet, sosyal adaleti gerçekleştirme amacı çerçevesinde kişilerin belli bir yaşam seviyesinin altına düşmesini engellemek için herkese asgari yaşam düzeyini sağlamak suretiyle; insan onuruna yakışır hayat sağlamak ve bu durumu sosyal haklar ile desteklemektedir<sup>20</sup>.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararlarında, sosyal devletin Anayasanın 5'inci maddesiyle de bağlantısını kurmak suretiyle; sosyal

<sup>16</sup> Songül Sallan Gül, *Sosyal Devlet Bitti Yaşamın Piyasa! Yeni Liberalizm ve Muhafazakarlık Kıskaçında Refah Devleti*, 2. Baskı, eabil Yayınları, Ankara, 2006, s. 28.

<sup>17</sup> T. Bekir Balta, *İdare Hukuku*, C: I, Genel Konular, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1972, s. 113.

<sup>18</sup> Aysun Yılmaztürk, "Gelir Vergisi Kanunu'ndaki İstisna ve Muafiyetlerin Sosyal Devlet Açısından Değerlendirilmesi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, 2004), s. 17.

Ayrıca sosyal devlet anlayışı sosyal adalet amacına ulaşırken bunu yalnızca adil bir gelir dağılımı yolu ile yapmamaktadır; aynı zamanda birey düzeyinde insanlık onuruna yakışır koşulların da herkese sağlanması yoluyla bu amacına ulaşabilmektedir. Sosyal devlet, sanayi devrimi sonunda korunamayan insan onurunu korumayı da sosyal adalet bünyesinde amaçlamaktadır. (Can Aktan, *Vergi Dışı Piyasa Ekonomisi*, Türkiye Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler, Serbest Meslek Mensupları ve Yöneticiler Vakfı Yayınları, Ankara, 2000, s. 20.)

<sup>19</sup> Yılmaztürk, "Gelir Vergisi Kanunu'ndaki İstisna ve Muafiyetlerin Sosyal Devlet Açısından Değerlendirilmesi", s. 25.

<sup>20</sup> Hüseyin Gül ve Songül Sallan Gül, "Sosyal Devletten Çalışma Refahına Geçişte Sosyal Haklar ve Yoksullar", *Amme İdaresi Dergisi*, S: 40(3), s. 7-8.

adalet ve insan haysiyetine uygun bir biçimde yaşama unsurlarına büyük bir önem atfetmiştir<sup>21</sup>.

Sosyal devletin sosyal adalete ulaşma amacı yalnızca teorik ve soyut bir temelden ibaret olmayıp aksine sosyal adalet kapsamında devlete verilen görevler neticesinde somutlaşmaktadır. Sosyal devlet, görevlerini yerine getirebilmek için ekonomiye müdahale etmekte ve gelir ve servet dağılımını adil bir hale getirmek için çabalamaktadır. Bu kapsamda sosyal devletin ekonomiye müdahalesi, sosyal adaleti sağlamak amacıyla olması nedeniyle kanuni ve gerekli kabul edilmektedir<sup>22</sup>.

Sosyal devlet kavramı çok boyutlu bir kavram olup bu boyutlarından birini sosyal adalet oluşturmaktadır.<sup>23</sup> Diğer bir ifadeyle; sosyal devletin ödevi olan sosyal ve ekonomik hakların sağlanması aynı zamanda sosyal adaletin temin edilmesi olarak da görülmektedir<sup>24</sup>. Sosyal devletin sosyal ve ekonomik hakları sağlama ödevi yanında insan onuruna yaraşır yaşam

<sup>21</sup> Bu kapsamda; Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.1988 Tarih,1988/19E. ve 1988/33K. Sayılı Kararında sosyal devlet; “*Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir... hukuk devletinın amaçladığı kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir... Anayasa'nın, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinın dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeleri uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekir*” ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.1967 Tarih ve 1963/336 E. ve 1967/29 K. Sayılı Kararı'nda; “*insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimi uygulayan devlet*” olarak tanımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu ifadeler ile sosyal devletin sosyal adalet ve herkesin insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü olduğunu dile getirmiş ve bu amacı gerçekleştirebilmek için ise ekonomiye müdahalesinin gerekli olduğunu belirtmiştir. (Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 17. Basım, Ankara, 2017, s. 143.)

<sup>22</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 141.

<sup>23</sup> John Rawls, (Çeviren: Vural Fuat Savaş), “*Bölüşürücü Adalet*”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz)*, 7. Kitap, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003, s. 25.

<sup>24</sup> Ali Şafak Balı, *Çok Kültürlülük ve Sosyal Adalet*, Çizgi Kitabevi, Konya, 2001, s. 101.



standartlarını sağlama ödevinin de sosyal adalet ile ilişkisi büyüktür. Zira sosyal adalet sağlanmaksızın insan onuruna yaraşır bir yaşam standardının temini mümkün değildir<sup>25</sup>. Bu kapsamda; sosyal devletin sosyal adaleti gerçekleştirme amacı dışında diğer amaçlarını incelediğimizde diğer amaçlarının da sosyal adalet ile ilişkisinin olduğu görülmekte olup buradan sonuç olarak sosyal adaletin uygulamaya aktarma yönteminin sosyal devletin bizzat kendisi olduğu bir görüş olarak söylenebilecektir<sup>26</sup>. Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre; “*Bu ilke, bireyin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasına Devletin, sosyal adalet gereklerince olanak sağlamak yükümlülüğünün içerir. Sosyal devlet temel amaç ve görevleri, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır*”<sup>27</sup>. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında sosyal adaleti sosyal devlet ilkesi çerçevesinde incelemiş ve sosyal devleti, sosyal problemlerin çözülmesi ve adaletli bir yapı için sosyal adaleti sağlamada yükümlü tutmuştur<sup>28</sup>.

Doktrinde ise sosyal adaletin anlamı hakkında farklı görüşler bulunmakta olup sosyal adalet kavramı ilk olarak Sanayi Devrimi ile gündeme gelmiş, esas olarak ön plana çıkışı ise II. Dünya Savaşı sonrasında mümkün olmuştur<sup>29</sup>. Sosyal adalet kavramı doğal bir felsefi gelişimin ürünü olmayıp sanayileşme neticesinde ortaya çıkan fakirlikle mücadele etmeye çalışan işçi sınıfının mücadelesinden doğmuştur. Bu kapsamda sosyal devlet ile benzer bir gelişim sürecine dâhil olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu döneme ilişkin olarak sanayileşme ile ortaya çıkan karlılığın yalnızca sermaye kesiminin değil, karlılığın ortaya çıkmasında emeğini ortaya koyan işçi sınıfının da olduğunu dile getirmiştir. Bu kapsamda ortaya çıkan

<sup>25</sup> Nihat Bulut, “Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu Mu?”, *A.Ü. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 52, S: 2, Ankara, 2003, s. 174.

<sup>26</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin 17.10.1972 Karar Tarihli, 1972/16E. ve 1972/49K. Sayılı Kararında sosyal adaleti sosyal devlet ekseninde; “*sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir*” ifadeleri ile anlamlandırmıştır. Diğer taraftan, Türk Anayasa Mahkemesi sosyal devleti, hukuk devletinin ileri bir aşaması olarak ifade etmiştir. (Türk Anayasa Mahkemesi'nin 05.01.1988 Tarih, 1987/14 E. ve 1988/1 K. Sayılı Kararı, Aynı Yöndeki bir Diğer Karar İçin Bakınız: Türk Anayasa Mahkemesi'nin 07.11.1989 Tarih, 1989/6 E. ve 1989/42 K. Sayılı Kararı.)

<sup>27</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin 07.11.1989 Tarih, 1989/6 E. ve 1989/42 K. Sayılı Kararı.

<sup>28</sup> Bundesverfassungsgericht KPD Kararı, Bundesverfassungsgericht Sosyal Yardım Kararı.

<sup>29</sup> Balı, *Çok Kültürlülük ve Sosyal Adalet*, s 24.

karlılığın adil olarak paylaşılması ve çatışmanın ortadan kalkması ancak zenginlin eşit dağılımını sağlayacak kurallar ile mümkündür<sup>30</sup>.

Sanayi Devriminin ardından 1929 Ekonomik Krizi ile birlikte Katolik kilisesi yeni bir felsefi anlayışa yönelmiş olup bu anlayış sosyal adalettir<sup>31</sup>. Bu yayının neticesinde sosyal adalet kavramı gündeme daha çok gelmiş ve özellikle liberal teorinin vaat ettiği refahın toplumun tümü için söz konusu olmaması ile gündemdeki yerini korumuş ve sosyal devlet anlayışı ile zirveye ulaşmıştır. Bununla birlikte günümüzde halen toplumsal eşitsizliklerin varlığı karşısında sosyal adalet kavramı önemini korumaktadır<sup>32</sup>.

Sosyal adalet kavramının modern hali Rawls ile sağlanmıştır. Rawls'a göre adalet, toplumun en önemli parçasının oluşturmakta olup her şeyi etkileyebilme gücüne sahiptir. Bu kapsamda; farklı şartlar altında doğan insanların sosyal adalet ile birlikte eşit insani yaşam şartlarına ulaşarak eşitsizliğin giderileceği düşünülmektedir<sup>33</sup>. Rawls'a göre eşitsizliklerin giderilmesi süreci iki temel ilkeye dayanmaktadır. Bunlar; özgürlük ve adil fırsat eşitliğidir<sup>34</sup>.

Sosyal adalet kavramını açıklamaya çalışan düşünürlerden biri olan Miller'a göre sosyal adalet iyi ile kötünün kişiler arasında nasıl dağıtılması

<sup>30</sup> Arslan Topakkaya, "Sosyal Adalet Kavramı Sadece Bir İdeal Midir?", [http://www.politikadergisi.com/sites/default/files/kutuphane/sosyal\\_adalet\\_kavrami\\_sadece\\_bir\\_ideal\\_midir.pdf](http://www.politikadergisi.com/sites/default/files/kutuphane/sosyal_adalet_kavrami_sadece_bir_ideal_midir.pdf) (28.03.2021), s. 3.

<sup>31</sup> Topakkaya, "Sosyal Adalet Kavramı Sadece Bir İdeal Midir?", s. 3.

<sup>32</sup> Ferhat Arık, "Ayşe Buğra: Sosyal Adalet İçin Sosyal Politika", *Sosyal Adalet Kuramında Güncel Tartışmalar Doğu Batı Ekseninde Farklılaşan İzdüşümleri* (Editör: Mehmet Çakır), Çizgi Kitabevi, Konya, 2019, s. 282.

<sup>33</sup> Norman P. Barry, *Modern Political Theory*, Palgrave Press, New York, 2000, s. 150.

<sup>34</sup> Thomas Pogge, *Küresel Yoksulluk ve İnsan Hakları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 167.

Rawls, söz konusu bu ilkeleri toplumsal sözleşme ile kabul edilmiş olduğu kabulüyle meşrulaştırmaktadır. (John Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, s. 10.) Her iki ilkeyi birlikte düşünen Rawls, toplumun daha az yeteneğe sahip olan bireylerin daha fazla desteklenmesini düşünerek bu kişilerin doğal eşitsizlik piyangosunun bir sonucu olduğunu ifade etmektedir. Rawls bu noktada doğal piyangoğun neden olduğu olumsuz sonuçların sosyal adalet ile çözümlenebileceğini düşünmektedir. (John Rawls, *Siyasal Liberalizm*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 51.) Bu kapsamda örneğin, doğuştan yoksul olan kişilerin hayat şartları olarak bir adım geriden topluma dâhil olduklarını bununla birlikte; kişilerin bu durumunun hak ettikleri vaziyet olduğunu söylemenin mümkün olmadığıdır. (Balı, *Çok Kültürlülük ve Sosyal Adalet*, s. 158-159.)

gerektiği meselesidir<sup>35</sup>. Bu kapsamda, sosyal adaletin gerçekleştirilebilmesi Rawls'den farklı olarak üç ilkeye dayandırılmaktadır. Bu ilkeler; ihtiyaç (need), hak etmek (desert) ve eşitlik (equality) ilkeleri olup<sup>36</sup> sosyal adaletin kişilerin ihtiyaç duydukları ve hak ettikleri oranda talep edilebilecek bir kavram olarak nitelenmiştir<sup>37</sup>.

David Harvey'e göre ise sosyal adalet, toplumsal bir durumdur. Bu kapsamda eşitsizlik ve adaletsizliğin olmadığı bir toplumda, kişilerin kaynaklara eşit olarak ulaşabildikleri bir durumdur<sup>38</sup>. Sosyal adaletle ilişkin görüşleri olan Erol Güngör'e göre; sosyal adalet, “zeki olan ile olmayanı, yetenekli olan ile olmayanı eşitlemek değil, zeki olan ile olmayana aynı koşullarda eşit fırsatlar sunmak”tır<sup>39</sup>.

Sosyal adalet kavramı ile ilgili bu kadar farklı tanımlamaların olmasının nedeni, insanlar arasında yaşanan eşitsizliklerin her toplumda farklı seyretmesidir<sup>40</sup>. Sonuç olarak; sosyal adalet, kişiler arasında gelir dağılımı, yaşam standartları gibi hallerde bir dengenin varlığını, çatışmaya sebep olabilecek farklılıkların engellenmesini amaçlayan sosyal devlet ilkesi temelli bir adalet anlayışını ifade etmektedir<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> David Miller, *Principles of Social Justice*, Harward University Press, Cambridge, 1999, s. 1.

<sup>36</sup> Miller, *Principles of Social Justice*, s. 245.

<sup>37</sup> Miller aynı zamanda sosyal adalet kavramını eşitlik ilkesi ile anlamlandırmaya çalışmış ve “Equality Or Equity” tartışmasında “Equality” tarafından kaldığını göstermiştir. Miller'in adalet anlayışı temelde Rawls ile aynı olmakla beraber sosyal devlet boyutu anlamında farklılaşmaktadır.

<sup>38</sup> Levent Taş, “David Harvey: Sosyal Adaletin Mekansal Analizi”, *Sosyal Adalet Kuramında Güncel Tartışmalar Doğu Batı Ekseninde Farklılaşan İzdüşümleri*, (Editör: Mehmet Çakır), Çizgi Kitabevi, Konya, 2019, s. 117.

<sup>39</sup> Mehmet Çakır, “Erol Güngör ve Sosyal Adalet”, *Sosyal Adalet Kuramında Güncel Tartışmalar Doğu Batı Ekseninde Farklılaşan İzdüşümleri*, (Ed. Mehmet Çakır), Çizgi Kitabevi, Konya, 2019, s. 244.

<sup>40</sup> Bireysel farklılıklar beraberinde toplumsal farklılıkları ve farklı eşitsizlikleri doğurmuş; söz konusu eşitsizliklerin giderilmesi için üretilen bir çözüm niteliğinde olan sosyal adalet kavramı da toplumdan topluma düşünürden düşünöre farklılaşmıştır. Sosyal adalet kavramına ilişkin farklı tanımlamalar olmakla birlikte, sosyal adaletin kişilerin özgürlüklerini zedelemeyen toplumun bütün üyelerine fırsat eşitliği sağlama amacıyla donatılmış ve her bir kişinin insan onuruna yaraşır hayat standartlarında yaşamalarını garanti eden sosyal devletin vazgeçilmez amacı olduğunu ifade etmek mümkündür. (Sami Güven, *Sosyal Politikanın Temelleri*, Ezgi Yayınları, Bursa, 1995, s. 17-18.)

<sup>41</sup> Ziyaeddin Kırboğa, “Ahmet Cevdet Paşa'da Sosyal Adalet Anlayışı”, *Sosyal Adalet Kuramında Güncel Tartışmalar Doğu Batı Ekseninde Farklılaşan İzdüşümleri*, (Ed. Mehmet Çakır), Çizgi Kitabevi, Konya, 2019, s. 217.

Sosyal adaletin amaçladığı toplumsal eşitlik ve adil bir ortamın sağlanması aynı zamanda ulusal gelirin dengeli dağılımı ile sağlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle; sosyal adaletin amaçlarından birisinin de ulusal gelirin herkesçe adilane bir şekilde paylaşılması olduğu söylenebilecektir<sup>42</sup>. Adil bir gelir dağılımının sağlanması hedefine ulaşmada kullanılan en yaygın yol adil bir vergi yükü politikası işletmektir<sup>43</sup>.

Sosyal adalete uygun bir vergileme politikası, kişilerin gelirlerindeki farkları azaltacak biçimde olmasını gerektirmekte olup vergilemenin bu şekilde kullanılması fikri John Stuart Mill'e uzanmaktadır<sup>44</sup>. Mill'e göre vergi sistemi bütün vatandaşları kapsayacak biçimde ve toplumdaki eşitsizlikleri, adaletsizlikleri giderecek biçimde düzenlenmelidir. Bu şekilde düzenlenen bir vergi sistemi topluma sosyal adaleti de getirecektir<sup>45</sup>. Buna göre, sosyal devlet ilkesi ile vergi adaletine ulaşılması bizi adil bir gelir dağılımına ve dolayısıyla sosyal adalet kavramına götürmektedir<sup>46</sup>.

## **B. SOSYAL ADALET EKSENLİ VERGİ ADALETİNE ULAŞMADA MALİ GÜÇ İLKESİNİN ÖNEMİ**

Vergi yükünün adil dağılımının sağlanmasında ise kimden ne oranda vergi alınacağına belirlenmesi, sosyal adalet ile sağlanmak istenen dengenin bozulmaması açısından oldukça önemlidir. Bu kapsamda; farklı gelir düzeylerine sahip bireylerden durumlarına göre vergi alınması, kişinin asgari geçim seviyesine dikkat edilerek vergilendirilmesi, gelirin kaynağına ve kişilerin ailevi durumlarına göre vergi yükünün değişmesi, sosyal amaçlı muafiyet ve istisna düzenlemelerinin yapılması sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaletine ulaşmada kullanılan uygulamalardır.

Söz konusu uygulamalar içerisinde, vatandaşların mali güçlerine göre vergilemeye katılmaları sosyal adaletin bir parçası olarak vergi adaletinin

<sup>42</sup> Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 1997, s. 733.

<sup>43</sup> Güven, *Sosyal Politikanın Temelleri*, s. 18.

<sup>44</sup> Pamak, "Sosyal Adalet Açısından, Türk Gelir Vergisinde En Az Geçim İndirimi, Müterakkilik ve Ayırma Prensimi", s. 187.

<sup>45</sup> Pamak, "Sosyal Adalet Açısından, Türk Gelir Vergisinde En Az Geçim İndirimi, Müterakkilik ve Ayırma Prensimi", s. 187.

<sup>46</sup> Zira sosyal adaletin sağlanma yollarından biri olarak görülen gelir ve servet arasındaki farkın makul düzeye indirilmesi ve eşitliğin sağlanması düşüncesi aynı zamanda vergi adaletinin de asıl ulaşmak istediği amaçtır. Vergi yükünün adil dağılımı, toplumda gelir ve servetin adil dağılımı dolayısıyla sosyal adaletin sağlandığı bir sistemi ifade etmektedir.

temininde kullanılan en önemli yöntem<sup>47</sup> olup mali güce göre vergilendirmenin sosyal devletin vergi adaletine ilişkin ilkesi olduğunu söylemek yerinde olacaktır<sup>48</sup>. Sonuç olarak; sosyal devletin bir amacı olan sosyal adalete ulaşmak aynı zamanda vergi adaletine de ulaşmak anlamına gelmekte olup bu durum nihai olarak adil gelir dağılımı ile sağlanmaya çalışılmaktadır.

Mali güce göre vergilendirme ilkesi, vergi adaletini gerçekleştirme düşüncesinin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır<sup>49</sup>. Ortaya çıktığı ilk zamanlardan itibaren vergi adaletinin sağlanması için çeşitli ülke Anayasalarında yer almıştır<sup>50</sup>. Nitekim Anayasa Mahkememiz de mali güce göre vergilendirme ilkesini kabul etmekte ve mali güç ilkesinin sosyal devlet ilkesini vergilendirme alanında somut bir biçime dönüştürdüğünü düşünmektedir<sup>51</sup>. Anayasa Mahkemesi “*Mali güce göre vergilendirme ise, verginin kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, malî gücü fazla olanın, malî gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirler...Bu durumda, Anayasa'da öngörülen verginin "malî güce göre ödenmesi", "herkesin vergi ödemesi" ilkesiyle birlikte vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesine uygunluğu gösterir ve sosyal devletin en etkin uygulama aracını oluşturur. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı bu ilkelere uyularak sağlanır. Vergide eşitlik ilkesi, malî gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesidir.*” ifadeleri ile mali güce göre vergilendirme ilkesinin eşitlik ilkesi ile birlikte var olduğunu ve eşitlik ilkesine uygunluğu ile aynı zamanda sosyal devlet ilkesinin de uygulanmasını sağladığı da düşünmektedir<sup>52</sup>. Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu bu karar mali güç ilkesini sosyal devlet ilkesi

<sup>47</sup> Pamak, “Sosyal Adalet Açısından, Türk Gelir Vergisinde En Az Geçim İndirimi, Müterakkilik ve Ayırma Prensimi”, s. 187.

<sup>48</sup> Von Ludwig Mises, *Human Action*, The Scholar’s Edition, Ludwig Von Mises Institute, Auburn, Alabama, 1998, s. 738.

<sup>49</sup> K. Edgar Browning ve M. Jacqueline Browning, *Public Finance and the Price System*, Macmillan Publishing, London, 1983, s. 299-300.

<sup>50</sup> Tamer Budak, *Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.14.

<sup>51</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 07.11.1989 Tarih, 1989/6 E. ve 1989/42 K. Sayılı Kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20484.pdf> (Erişim Tarihi 12.08.2021), Aynı Yöndeki Diğer Bir Karar İçin Bakınız: Anayasa Mahkemesi’nin 07.11.1989 Tarih, 1989/6 E. ve 1989/42 K. Sayılı Kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20484.pdf> (Erişim Tarihi: 14.08.2021).

<sup>52</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 06.07.1995 Tarih, 1994/80 E. ve 1995/27 K. Sayılı Kararı. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22542.pdf> (Erişim Tarihi 12.08.2021).

ile nasıl ilişkilendirdiğini de bize göstermektedir. Anayasa Mahkemesi, mali güç ilkesini esasen “mali gücü eşit olanların aynı vergiyi ödemesi” ifadeleri ile eşitlik ilkesi ile birlikte düşünmekle beraber; “mali gücü farklı olanlardan farklı vergi alınmasını” ifadeleri ile sosyal devlet ilkesi temelli sosyal adalet anlayışı içinde ele almaktadır<sup>53</sup>.

Bu kapsamda sonuç olarak; mali güce göre vergilendirme ilkesi, vergi adaleti ve eşitlik ilkesi ile uyumu nedeniyle sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaletinin sağlanmasında kullanılan en etkili yöntemlerden biri haline gelmiş olup verginin adaletli ve dengeli dağılımı ile vergileme ile sosyal adaletin temini bu ilkenin uygulanması ise sağlanmaktadır.

Vergilendirme yoluyla adaletin sağlanması için sosyal dengenin temini önem taşımakta olup sosyal denge mali güce göre vergilendirme yoluyla sağlanmaya çalışılmaktadır. Sosyal devlet ilkesine uygun şekillenen mali güce göre vergilendirme ile sosyal dengenin sağlanması daha anlamlı hale gelmiştir<sup>54</sup>. Zira toplum içerisinde doğal dengenin kendiliğinden gerçekleşmediği düşünüldüğünde devlet müdahalesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Devletin müdahalesinin ise vergilendirme yoluyla olması halinde kişiler arasında var olan farklılıkların gözetilerek, bir denge kurulabilmesi için mali güçleri ile orantılı vergilendirilmeleri gerekmektedir. Ülkelerin mali güç ilkesine Anayasalarında yer vermeleri sosyal dengeyi korumaya verdikleri önemi göstermekle birlikte; sosyal dengenin bozulmasının ise anayasal düzen açısından ne kadar sorunlu olabileceği çıkarımının yapılmasına da neden olmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; mali güce göre vergilendirme ile sosyal adaletin gerçekleştirilmeye çalışılmış olduğu farklı durumda olanların farklılıklarına göre vergilendirilmesi yolu ile vergilemede dikey eşitliğin sağlanmasına hizmet etmesi nedeniyle de sosyal devlet ilkesinin gereklerine uygun düşmektedir<sup>55</sup>. Zira vergilemede yatay eşitlik daha çok hukuk devleti ilkesi ile ilişkili bulunurken; vergilemede dikey eşitlik ilkesi sosyal devlet ilkesi ile bağlantılıdır<sup>56</sup>. Bu kapsamda, yatay eşitlik ilkesi ile vergileme

<sup>53</sup> Funda Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 62.

<sup>54</sup> Joachim Lang (Çeviren: Funda Başaran), “Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri”, XII. Maliye Eğitimi Sempozyumu, Antalya 1997, s. 32.

<sup>55</sup> Ezgi Sevinçhan, “Sosyal Devlet İlkesini Gerçekleştirmeye Yönelik Vergi Araçları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014), s. 57.

<sup>56</sup> Nami Çağan, *1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme*, Prof. Dr. Hakkı Sur’a Armağan, Ankara 1983, s. 75,79.

alanında vergi yasalarının genel ve objektif olmaları esas alınırken, dikey eşitlik ile vergileme alanında kişilerin ödeme güçleri ile ailevi durumları gözetilerek aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara ise farklı bir vergilendirme öngörülmektedir. Bu çerçevede, dikey eşitlik sosyal devlet ile olan bağlantısı nedeniyle mali güç ilkesi ile somutlaşacaktır<sup>57</sup>.

Aynı zamanda Kirchhof'a göre de, mali güç ilkesi sosyal devlet ilkesinin gerekçelendirilmesine hizmet etmekte olup sosyal devlet ilkesinden var olmamıştır<sup>58</sup>. Şöyle ki, mali güç ilkesi ile sosyal devletin sosyo-politik uygulamaları meşrulaşmaktadır. Bu kapsamda, ihtiyaçları farklılık gösteren mükelleflerin farklı vergilendirilmesi sağlanmakta ve bu şekilde sosyal devletin sosyal adalet boyutu sayesinde mali güç ilkesi ile sosyal devlet ilkesi bir uyum yakalamıştır<sup>59</sup>. Sonuç olarak kanaatimizce, mali güç ilkesi ile sosyal devlet ilkesinin tarihsel olarak ortaya çıkış sıraları gözetildiğinde sosyal devlet ilkesinin mali güç ilkesinin var olmasını sağlamadı aksine mali güç ilkesinin sosyal devlet ilkesini vergilendirme alanında var olmasını sağladığı sonucuna ulaşılabilecektir.

## **B. ARTAN ORANLI VERGİ TARİFELERİ VE DÜZ ORANLI VERGİ TARİFESİNİN SOSYAL ADALET EKSENLİ VERGİ ADALETİ YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRILMASI**

### **a. Genel Olarak Artan Oranlı ve Düz Oranlı Vergi Tarifeleri**

Vergi tarifelerinin sosyo-ekonomik etkisi göz önüne alındığında sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaletinin temininde de mali güce ulaşmak için vergi tarifelerinden yararlanılması oldukça gereklidir. Bu kapsamda tarifelerin vergi adaletine ulaşmak için ne şekilde düzenlenmesi gerektiği ise hem öğretilerde hem de uygulamada oldukça tartışmalıdır<sup>60</sup>. Mükellefin ödeyeceği verginin miktarını belirlemek amacıyla vergi matrahına uygulanan oran veya ölçüt vergi tarifesi olarak ifade edilmektedir<sup>61</sup>.

Nitekim hangi tarife türünün mali güce göre vergilendirme ilkesi ile daha uyumlu olduğu konusunda farklı görüş ve uygulamalar bulunmakta olup artan oranlı tarife yapısını savunan görüş sahipleri dahi sabit oranlı bir tarife yapısıyla da mali güce göre vergilendirmenin yapılabileceğini ifade etmektedirler. Söz konusu görüşün sahipleri, mükelleflerden fazla kazananın sabit oranlı vergi tarifesinde de kazandığı miktar üzerinden sabit bir oranla

<sup>57</sup> Çağan, 1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme, s. 75.

<sup>58</sup> Paul Kirchhof, "Steuergleichheit", *Steuer und Wirtschaft*, 1984, s. 306.

<sup>59</sup> Paul Kirchhof, "Steuergleichheit", *Steuer und Wirtschaft*, 1984, s. 306.

<sup>60</sup> Abdurrahman Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, Gazi Kitabevi, 20. Baskı, Ankara 2019, s. 244.

<sup>61</sup> Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, s. 244.

hesaplanan verginin gelir seviyesi düşük olan bir mükellefe göre yine geliriyle orantılı şekilde fazla olacağını ifade etmektedirler<sup>62</sup>.

Bununla birlikte Tipke, artan oranlı tarifenin sosyal devlet ilkesi ile uyumunu ve uzlaşısını öne sürerek mali güce göre vergilendirmenin sosyal devleti gerçekleştirmede kullanılan teknik olması sebebiyle mali güce ulaşmada da artan oranlılığın kullanılması gerektiğini düşünmektedir. Ancak yapılan açıklamaların hiç biri sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaletine ulaşmada kullanılan teknik olan mali güce göre vergilendirmede mutlaka bir tarife yapısının zorunluluğunu bize göstermemektedir.<sup>63</sup>

Vergi adaletine ulaşmak için kullanılan mali güce göre vergilendirme yolunun kullanılmış olduğu en etkili yöntem vergi oranlarıdır. Zira vergi adaletine ulaşmak için kullandığımız yöntem olan mali güç ilkesinde, mali gücün belirlenmesi noktasında kişilerin gelirleri ön plana çıkmakta olup bu kapsamda kişilerin gelirlerini doğrudan etkileyen vergi oranlarında yaşanan değişiklikler önem arz etmektedir. Bu kapsamda vergi adaletinde böylesi bir önemi olan oranların en iyi şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Geleneksel maliyeciler artan oranlı vergileri adalet açısından tercih etmektedirler bununla birlikte; 1980 ve devamında artık artan oranlılığın vergi adaletini sağlamada yetersiz kaldığı bunun yerine düz oranlı verginin kullanılması gerektiği sesleri yükselmeye başlamıştır<sup>64</sup>. Bu kapsamda ülkelerin çoğu artan oranlı vergi tarifelerini tercih etmekte iken son yıllarda düz oranlı vergi tarifesine doğru bir yöneliş bulunmaktadır<sup>65</sup>.

Artan oranlılık terimi Arapça kökenli olup “müterakkiyet” ve “müterakkilik” olarak dilimize girmiş ardından sadeleşme akımı ile birlikte “artan oranlılık” olarak Türkçede yerini almıştır<sup>66</sup>. Artan oranlılık, geliri yüksek olan kişilerin kamusal mal ve hizmetlerin finansmanına oransal olarak daha fazla katkı sağlamalarını ifade etmektedir<sup>67</sup>. Teknik açıdan

<sup>62</sup> Düşünürlerden Becker ve Lang'da mali güce göre vergilendirmenin artan oranlılığı inkar etmemekle birlikte düz oranlı bir tarife yapısıyla mümkün olacağını ifade etmişlerdir.

<sup>63</sup> Funda Başaran, “Alman Anayasa Mahkemesinin Vergi Hukukuna Önemli Gelişmeler Getiren Varlık Vergisi Kararlarının Değerlendirilmesi ve Türk Vergi Sistemine Yansımaları”, Halil Nadaroğlu'na Armağan, Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1998, s. 97.

<sup>64</sup> Harun Özdemir, “Vergilemede Adalet Açısından Düz ve Artan Oranlılık”, *Vergi Sorunları Dergisi*, C:28, S:202, 2005, s. 168.

<sup>65</sup> Hüseyin Şen ve İsa Sağbaş, *Vergi Teorisi ve Politikası*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Barış Arıkan Yayınları, Ankara, 2017, s. 251.

<sup>66</sup> Tekin, *Artan Oranlılık ve Türk Gelir Vergisindeki Uygulaması*, s. 8.

<sup>67</sup> Joel Ernes ve Jason Clemens ve Patrick Basham ve Dexter, Samida, “Flat Tax Principles and Issues”, *Fraser Institute Critical Issues Bulletin*, 2001, s. 12.



bakıldığında ise, vergi matrahındaki artış ile vergi oranında aynı doğrultuda artması hali artan oranlılık anlamına gelmekte olup vergi matrahı yükseldikçe efektif ortalama vergi oranı da yükseldiği hala vergide artan oranlılık ismi verilmektedir<sup>68</sup>. Bu tanıma göre, mükellefin sahip olduğu gelir ile birlikte ortalama vergi oranının da artması gerekmektedir<sup>69</sup>. Artan oranlılıkta, ortalama vergi oranı ile vergiye esas olan matrahın eşit olarak artmaları halinde artan oranlılık düz bir doğru şeklini alacaktır<sup>70</sup>.

Artan oranlılık, yalnızca teorik bir oran kıyaslamasından ibaret olmayıp daha büyük işlevleri olan bir vergi tarifesidir. Bu bakımdan artan oranlılık hakkında kişilerin gelir dağılımına müdahale ederek sosyal adaletin teminini sağlamaya çalışan bir tarife olduğu tanımı da yapılabilecektir<sup>71</sup>. Sosyal adaletin temini için kullanılan bir yöntem olan mali güce göre vergilendirmenin gerçekleştirilebilmesi için vergi yükümlüsünün kişisel özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Verginin şahsileştirilmesi dolayısıyla mali gücünün tespit edilebilmesi için ise bu hale en uygun subjektif dolaysız vergilerde artan oranlı tarifelerinin kullanılması bir yol olarak kabul edilmektedir<sup>72</sup>. Bu kapsamda; vergilerin şahsileştirilmesi noktasında matematiksel eşitlik yerine fedakârlıkta eşitlik ilkesi ön plana çıkmakta olup bunu gerçekleştirmek için ise artan oranlı vergi tarifeleri ön plana çıkmaktadır<sup>73</sup>.

Artan oranlı vergi tarifelerinin kullanılması noktasında birçok tartışma mevcuttur. Birtakım yazarlar, sosyal adaletin gerçekleştirilmesi için artan oranlılığın şart olduğunu belirtmekle beraber diğer birtakım yazarlar ise artan oranlılığı “saçmalık” olarak nitelendirmişlerdir<sup>74</sup>. Ülkelerin vergileme konusundaki yaklaşımları sosyal adaletin gerçekleştirilmesi diğer bir

<sup>68</sup>Allan M. Maslove, *The Pattern of Taxation in Canada*, Economic Council of Canada, Ottawa, 1973, s. 195.

<sup>69</sup>J.A. Kay ve M.A. King, *The British Tax System*, 3. Edition, Oxford University Press, New York, 1990, s. 224.

<sup>70</sup>Horst Zimmermann ve Klaus D. Henke, Michael Broer, *Finanzwissenschaft: Eine Einführung in die Staatsfinanzen*, 12. Auflage, Vahlens Handbücher, Vahlen, 2017, s. 120-150.

<sup>71</sup>Fatih Sarioğlu, “Vergi Sisteminin Bütünselliği ve Artan Oranlılık”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, S: 1, 2002, s. 221.

<sup>72</sup>Halil Nadaroğlu, *Kamu Maliyesi Teorisi*, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 11. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000, s. 334-335.

<sup>73</sup>Aykut Hersekmen, *Genel Vergi Teorisi*, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Kalite Matbaası, Ankara 1976, s. 160.

<sup>74</sup>Orhan Dikmen, *Maliye Dersleri*, Giriş ve Genel Vergi Teorisi, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, 245.

ifadeyle vergi adaletinin sağlanması şeklinde olması halinde buna en uygun tarifenin artan oranlılık olduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>75</sup>. Gelişmiş ülkelerde gelir vergilerinde artan oranlı vergisi tarifesinin kullanılmasının en önemli sebebi olarak gelir dağılımında adaleti sağlamak olduğu söylenebilecektir. Bu kapsamda gelir dağılımında adaletin sağlanması tarife yapısında belli başlı bazı özelliklerin bulunmasını zorunlu hale getirmektedir. Bu özellikler, geliri düşük olan kişiler ile üst gelir dilimlerinde yer alan kişiler arasındaki dengenin sağlanmasına ilişkin olacak ve geliri düşük olanların vergi oranlarının düşük, üst gelir dilimlerindeki kişilerin ise yüksek vergi oranlarıyla vergilendirilmesi şeklindedir<sup>76</sup>. Bu kapsamda sonuç olarak; vergi adaletinin temini için üst gelir dilimlerinde bulunan kişilerin vergi yükünün alt gelir diliminde yer alan kişilere göre daha fazla olması gerekmekte olup kişilerin mali güçleri dikkate alınarak vergi yükünün paylaşılması gerekmektedir<sup>77</sup>.

Düz oranlı vergi tarifesi ise vergilendirilecek matrahın her düzeyine aynı vergi oranının uygulandığı tarife tipi olarak karşımıza çıkmakta olup marjinal vergi oranı ile ortalama vergi oranı bütün matrah düzeylerinde tektir. Matrahın artması ile vergi oranı değişmemekle birlikte vergi miktarında artış yaşanmaktadır<sup>78</sup>. Bu kapsamda düz oranlı vergi tarifesinde, mükelleflerin tümüne aynı vergi oranı uygulanmakla birlikte; mükellefler matrahlarına göre vergi ödemekte olup düz oranlı vergilerin sabit miktarlı vergi olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır<sup>79</sup>. Düz oranlı vergi tarifesinde artan oranlı vergi tarifesinden farklı olarak gelirlerin çeşitleri dikkate alınmaksızın, bütün gelirlerden tek bir oranda vergilendirme yapılmaktadır<sup>80</sup>.

Düz oranlı vergi reformları öncelikle geçiş ekonomisi olan ülkelerde görülmüş ardından Avrupa'daki gelişmiş ülkelerde vergi rekabeti nedeniyle bu kafeye katılmıştır. Düz oranlı vergi tarifesini kabul eden ülkeler arasında özellikle Rusya vergi gelirlerindeki ciddi artış sebebiyle dikkat

<sup>75</sup> Joseph A. Pechman, *Federal Tax Policy, Studies Of Government Finance*, The Brookings Institution, Washington, 1967, s. 5

<sup>76</sup> Şener, *Teori ve Uygulamada Kamu Ekonomisi*, s. 227.

<sup>77</sup> Şen ve Sağbaş, *Vergi Teorisi ve Politikası*, s. 242.

<sup>78</sup> Suat Hayri Şentürk, "Vergilemede Adalet İlkesi Karşısında Düz ve Artan Oranlı Vergiler", *Çimento İşveren Dergisi*, 2006, s. 19.

<sup>79</sup> C. Can Aktan, "Gelir Dağılımında Adaletsizlik ve Yoksulluk Sorunu İle Mücadelede Vergi Tarifesinin Belirlenmesi: Artan Oranlı Mı, Yoksa Düz Oranlı Vergiler Mi?", *Yoksullukla Mücadele Stratejileri, Hak-İş Konfederasyonu Yayını*, Ankara, 2002, s. 12.

<sup>80</sup> Robert Hall ve Alvin Rabushka, "The Flat Tax", *Stanford University Hoover Institution Press*, California, 1995, s. 55.

çekmekte olup kendisinden sonra düz oranlı vergi tarifesini kabul eden ülkeler açısından da ilham kaynağı olmuştur. Günümüzde düz oranlı vergi tarifesini kabul eden ülkelerin sayısı her geçen gün artmakta olup halen popüler bir tarife yapısı olarak yerini korumaktadır.

Günümüzde kullanılan düz oranlı vergi tarife yapısında, artan oranlı gelir vergisi tarifesinde olduğu gibi her bir gelir çeşidi için farklı uygulamalar bulunmamakta olup tarifeye göre kişisel gelir ve işletme geliri olmak üzere birbirleriyle bağlantılı yapı bulunmaktadır. Kişisel gelir ve işletme geliri yapıları aralarında bulunan bağ nedeniyle birlikte uygulanmakta ve tüm gelirleri vergi kapsamına alacak şekilde bir sistem kurmaktadırlar<sup>81</sup>. Bu kapsamda kişisel gelir vergisi yapısında ücret olarak yapılan ödemeler vergilendirilirken, bu gelir dışında kalan bütün gelirler ise işletme vergisi yapısı altında vergilendirilmektedirler<sup>82</sup>. Kişisel gelir vergisi ile işletme vergisi aynı vergi oranları ile vergilendirilmekte olup tek fark kişisel gelir vergisinde standart bir indirimin uygulanması bununla birlikte işletme vergisinde bir indirim mekanizmasının bulunmamasıdır. Hem işletme vergisinde hem de kişisel gelir vergisinde tek bir oranın bulunması nedeniyle kolay ve sade bir sistemden söz edilmekte ve basit bir şekilde düzenlenmiş beyannameler ile vergiler beyan edilmektedir<sup>83</sup>.

Düz oranlı gelir vergisi sisteminde, kişisel gelir vergisi mükellefi olan herkese standart bir aile indirimi uygulaması kabul edilmiş ve bunun haricinde başkaca bir indirim, istisna uygulanmamaktadır<sup>84</sup>. Friedman'a göre düz oranlı vergi tarifesinin uygulandığı bir sistemde, istisna ve muafiyetlerin bulunması vergi adaleti ilkesine zarar verecektir<sup>85</sup>. Bu kapsamda başkaca bir indirim olmaması sebebiyle kolaylıkla tespit edilebilen ücret, maaş ve emekli aylıkları, kişilerin ailevi durumlarına göre

<sup>81</sup> Alan L. Feld, "Living With The Flat Tax", *National Tax Journal*, Vol: 48, No:4, 1995, s. 603.

<sup>82</sup> Yunus Demirli, "Gelişmekte Olan Ülkelerde Vergi Reformları ve Türkiye'de Gelir Üzerinden Alınan Vergiler Açısından Değerlendirme", Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yayın No: 2011/412, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/2011-412.pdf> (Erişim Tarihi: 26.04.2021), 2011, s. 86.

<sup>83</sup> Özdemir, "Vergilemede Adalet Açısından Düz ve Artan Oranlılık", 172.

<sup>84</sup> Adnan Gerçek, "ABD'de Vergi Reformu Tartışmaları ve Tek Oranlı Vergi (Flat Tax) Sistemi", *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C:14, S:1, 1999, s. 126.

<sup>85</sup> Milton Friedman, *Free to Choose*, Harcourt Brace Jovanovich Publishing, New York, 1980, s. 45.

uygulanacak olan indirim ile birlikte sade bir beyanname ile beyan edilmektedir<sup>86</sup>.

Düz oranlı vergi tarifesinin diğer bir parçasını oluşturan işletme vergisinde ise kişisel gelir vergisinde vergilendirilen ücret, maaş, emekli maaşları dışında kalan kazançları ifade etmekte olup bu kapsama kurumlar vergisi mükellefleri, ticari, zirai, serbest meslek kazançları, menkul ve gayrimenkul sermaye iratlarını elde eden kişiler girmektedir<sup>87</sup>. İşletme vergisinde kişisel gelir vergisinde olduğu gibi bir standart indirim bulunmamakta olup vergi indirim ve istisnalara yer verilmemiştir. İşletme vergisinde işletmelere vergi ayrıcalığı olarak nitelendirebileceğimiz tek durum geçmiş yıl zararlarını sonraki yıllara devredebilmeleridir<sup>88</sup>.

### **b. Artan Oranlı Ve Düz Oranlı Vergi Tarifelerinin Vergi Adaleti Yönünden Karşılaştırılması**

Vergi adaletine ulaşmada düz oranlı vergi tarifesinin tercih edilmesi gerektiğini söyleyen görüşe göre, herkesin tek oranda vergi ödemesi nedeniyle temelde vergi adaletinin sağlandığı özetlenmekte; bununla birlikte vergi adaletine ulaşmada artan oranlı vergi tarifelerinin kullanılması gerektiğini ifade eden görüşe göre ise mali güce göre vergilendirme ilkesinden yola çıkıldığı belirtilmektedir<sup>89</sup>.

Mali güce göre vergilendirme açısından artan oranlı vergi tarifeleri en uygun tarife olarak kabul edilmektedir. Artan oranlı vergi tarifesinde her mükellef mali güçlerine göre tabi oldukları dilimlere karşılık gelen oranlara göre vergilendirilmektedirler. Bu kapsamda geliri yüksek olan yüksek, geliri düşük olan düşük olacak şekilde diğer bir deyişle mali güçleri oranında vergilendirilmektedir<sup>90</sup>. Aynı zamanda bu sayede kişilerin fedakarlıkları da eşitlenmektedir. Her bir birimlik gelir artışı ile birlikte vergilendirilen her bir birim verginin mükellef üzerindeki etkisi azalacağı için, artan oranlı

<sup>86</sup> Demirli, “Gelişmekte Olan Ülkelerde Vergi Reformları ve Türkiye’de Gelir Üzerinden Alınan Vergiler Açısından Değerlendirme”, s. 86.

<sup>87</sup> Demirli, “Gelişmekte Olan Ülkelerde Vergi Reformları ve Türkiye’de Gelir Üzerinden Alınan Vergiler Açısından Değerlendirme”, s. 88.

<sup>88</sup> Chris Edwards, “Options For Tax Reform”, *Policy Analysis*, No:536, 2005, <http://www.cato.org/publications/policy-analysis/options-tax-reform> (Erişim Tarihi: 08.06.2021).

<sup>89</sup> Nagihan Birinci, “Teori ve Uygulama Bazında Düz ve Artan Oranlı Vergi Tarifelerinin Karşılaştıralı Analizi”, (Doktora Tezi, Trabzon, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015), s. 111.

<sup>90</sup> Birinci, “Teori ve Uygulama Bazında Düz ve Artan Oranlı Vergi Tarifelerinin Karşılaştıralı Analizi”, s. 111.

vergi tarifeleri yolu ile söz konusu durum, vergi oranları ile dengelenecektir. Bununla birlikte düz oranlı vergi tarifeleri fedakarlıkta eşitliği sağlayamaması nedeniyle mali güce göre vergilendirmeye uygun değildir<sup>91</sup>. Düz oranlı vergi tarifesinde vergi matrahı arttıkça artan bir oran söz konusu olmadığı için, kişinin gelirinin bir birim artması ya da bir birim azalması vergi oranı açısından bir önem arz etmeyeceği için kişilerin vergilendirilmeleri sebebiyle katlanmak zorunda oldukları fedakarlık da önemsenmemektedir. Diğer bir ifadeyle düz oranlı vergi tarifesinde, kişilerin elde ettikleri yüksek ya da düşük gelirlerinden sağladıkları faydadaki fark dikkate alınmamakta ve tüm mükellefler aynı oran ile vergilendirilmekte ve kişilerin vergi nedeniyle katlandıkları fedakarlık eşitlenememektedir<sup>92</sup>.

Düz oranlı vergi tarifesi ile artan oranlı vergi tarifelerinin karşılaştırılmaları noktasında yatay adalet ilkesi açısından bir değerlendirilme yapılmak istenirse her iki tarife türünün de aynı gelir düzeyindeki kişileri aynı vergi oranı ile vergilendirmeleri sebebiyle aynı konumda olduğu yani iki tarifenin de yatay adaletle uygun olduğu söylenebilecektir<sup>93</sup>. Bununla birlikte düz oranlı vergi tarifelerini savunanlar, artan oranlı vergi tarifelerinin bünyelerinde muafiyet, istisna ve indirim kurumlarına yer vermeleri nedeniyle yatay adalet ilkesine aykırı olduğunu söylemektedirler. Zira vergi hukukunda yatay adalet ilkesine göre hiçbir ayırım yapmaksızın aynı durumda olan kişilere aynı uygulamalar yapılması gerekmekte herhangi bir farklı uygulamadan kaçınılmalıdır<sup>94</sup>. Bununla birlikte artan oranlı vergi tarifelerinde yer alan muafiyet, istisna ve indirim kurumlarından aynı gelir düzeyine sahip kişilerden birinin yararlanması diğerinin yararlanamaması durumunda yatay adalet ilkesini zedelemektedir<sup>95</sup>.

Tarifeleri dikey adalet ilkesi açısından karşılaştırdığında ise yatay adalet ilkesinden daha çok tartışmalı olduğu görülmektedir. Dikey adalet ilkesine

<sup>91</sup> Aktan, “Gelir Dağılımında Adaletsizlik ve Yoksulluk Sorunu İle Mücadelede Vergi Tarifesinin Belirlenmesi: Artan Oranlı Mı, Yoksa Düz Oranlı Vergiler Mi?”, s.9.

<sup>92</sup> Piper ve Murphy, “Flat Personal Income Taxes: Systems in Practice in Eastern European Economies”, 2005, <https://www.semanticscholar.org/paper/Flat-Personal-Income-Taxes%3A-Systems-in-Practice-in-Piper-Murphy/dfa304db536cb2f3ab647f0a9baf092135296709> (Erişim Tarihi: 04.05.2021), s. 41.

<sup>93</sup> Birinci, “Teori ve Uygulama Bazında Düz ve Artan Oranlı Vergi Tarifelerinin Karşılaştıralı Analizi”, s. 111.

<sup>94</sup> Ş. Ertan Çomaklı, ve Mehmet Gödekli, *Vergilemede Anayasal Prensipler*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, s. 55.

<sup>95</sup> Şentürk, “Vergilemede Adalet İlkesi Karşısında Düz ve Artan Oranlı Vergiler”, s. 20.

göre farklı durumda olan kişilere farklı uygulamalar yapılmalıdır. Bu kapsamda dikey adalet ilkesi, vergisel anlamda sosyal adalet ilkesini akla getirmekte olup farklılığın kapsamı için en azından emek ve sermaye gibi gelir unsurları ile şahsi ve ailevi durumlarına göre bir ayırım yapılarak vergilendirilmesi olarak ifade edilebilecektir. Artan oranlı vergi tarifelerinde, kişilerin mali güçleri esas alındığı için kişiler gelir unsurları arasındaki farklılıklar, şahsi ve ailevi durumları ile bazı hallerde ortaya çıkan özellikli durumları nedeniyle kendilerine en uygun olan oranda vergilendirilmekte olup dikey adalet ilkesine uygundur. Bununla birlikte düz oranlı vergi tarifesinde, bütün mükellefler hiçbir ayırım gözetilmeden aynı oranda vergiye tabi tutulmaktadır. Kişilerin aynı vergi oranına tabi tutulmaları fakat miktar olarak farklılıkların olması düz oranlı vergi tarifesinin savunanlar tarafından dikey adalet ilkesine uygun<sup>96</sup> gibi gösterilmeye çalışılsa da miktar olarak fark olması dikey adalet ilkesi için yeterli değildir. Zira hem yüksek hem de düşük gelirli kişilere aynı vergi oranı uygulanarak, yüksek gelirli mükelleflerin vergi yükü azaltılırken düşük ve orta gelirli kişilerin vergi yükünün arttırıldığı gözlenmektedir<sup>97</sup>.

Dikey adaletin ve sosyal adaletin gerçekleştirilebilmesi için gelir dağılımında adaletin sağlanması bunun da yüksek gelirlilerden yüksek düşük gelirli mükelleflerden düşük oranda vergi alınması ile mümkün olacağı düşünülmektedir. Artan oranlı tarifelerde bu durum oranların ve dilimlerin düzgün bir şekilde düzenlenmesi ile sağlanabilmekte bununla birlikte düz oranlı vergi tarifesinde oranın tek olması nedeniyle başarısızdır. Düz oranlı vergi tarifesini savunanlar bu durumun, standart indirim mekanizması ile ortadan kaldırılabileceğini düşünmektedirler<sup>98</sup>. Standart indirim uygulamasıyla geliri düşük olan kişilerden vergi alınmamakta vergi yükü ise daha yüksek gelir grubuna kaymakla birlikte bu durum sadece görünüş itibarıyla adaletle uygundur. Çünkü vergi yükünün düşük gelirlilerden alınması sorunun çözümü için yeterli değildir; vergi yükünün düşük gelirlilerden alınması ile birlikte bu yük orta gelirlilere kaymakta yüksek gelirli kişilere tezahür etmemekte olup standart indirim mekanizmasının da bu adaletsizlik durumunu telafi etmediği söylenebilecektir.

<sup>96</sup> Şentürk, “Vergilemede Adalet İlkesi Karşısında Düz ve Artan Oranlı Vergiler”, s. 19-20.

<sup>97</sup> Birinci, “Teori ve Uygulama Bazında Düz ve Artan Oranlı Vergi Tarifelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, s. 112.

<sup>98</sup> Sue Piper ve Carol Murphy, “Flat Personal Income Taxes: Systems in Practice in Eastern European Economies”, s. 41.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; düz oranlı vergi tarifesi söz konusu adaletsizliği ortadan kaldırarak sosyal adalete uygun bir tarife yapısı ortaya çıkarmaya çalışırken kullanım olduğu standart indirim mekanizması ile gizli artan oranlı bir hale bürünmektedir<sup>99</sup>.

Diğer bir ifadeyle düz oranlı vergi tarifesinin vergi adaletine uygun hale gelebilmesi için standart indirim mekanizmasını kullanması gerekli olup bu durum ise akla düz oranlı vergi tarifesinin de aslında artan oranlı olduğu fikrini getirmektedir<sup>100</sup>. Zira gizli artan oranlılık bir kenara bırakılsa bile, standart indirimin uygulandığı bir düz oranlı vergi tarifesinde indirimden yararlananların vergi oranı %0 olup indirim dışında kalanların ise başka bir vergi oranı bulunmakta olup ortada 1 dilimli artan oranlı bir tarife bulunmaktadır<sup>101</sup>.

Artan oranlı vergi tarifelerinde kullanılan muafiyet, istisna ve indirim kurumları dikey adalet açısından olumlu düşünülse de bu kurumların tam olarak neye göre belirleneceği konusunda kesin kurallar ve sınırlar bulunmamaktadır. Bu durum ise politik baskı gruplarının zaman zaman zengin kişilerin lehine olacak şekilde vergi kolaylıklarından yararlanacakları biçimde düzenlemelere neden olmakta ve asıl amacı adaleti sağlamak olan bu kurumların adaletsizliğe yol açtığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte düz oranlı vergi tarifelerinde tek bir oranın olması ve standart bir indirim haricinde başkaca bir kurumun bulunmaması sebebiyle politik baskı gruplarının müdahale edebilecekleri bir alan da kalmamakta olup mükellefler arasında ayrımcı uygulamalara neden olmamaktadır<sup>102</sup>. Ayrıca artan oranlı vergi tarifesinde indirim, istisna ve muafiyet gibi kurumların belirlenmesinde kesin kuralların olmaması gibi oranların belirlenmesi noktasında da bilimsel temele dayalı objektif kriterlerin varlığından da söz edilememektedir. Bu durum da keyfiyete sebep olması nedeniyle adaletsiz uygulamalara vücut verebilmektedir<sup>103</sup>. Bununla birlikte düz oranlı vergi tarifesinde tek bir oranın bulunması bu keyfiyetin ortadan kalktığı anlamına

<sup>99</sup> Şentürk, “Vergilemede Adalet İlkesi Karşısında Düz ve Artan Oranlı Vergiler”, s. 23.

<sup>100</sup> Hakan Yavuz, “Vergi Adaleti ve Vergileme Alanında Adaleti Etkileyen ve Adaleti Sağlamaya Yarayan Bazı Yöntem ve Uygulamalar”, *Mali Kılavuz Dergisi*, S:35, 2007, s. 205.

<sup>101</sup> Birinci, “Teori ve Uygulama Bazında Düz ve Artan Oranlı Vergi Tarifelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, s. 115.

<sup>102</sup> Birinci, “Teori ve Uygulama Bazında Düz ve Artan Oranlı Vergi Tarifelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, s. 117.

<sup>103</sup> C. Can Aktan, “21. Yüzyıl için Radikal Bir Vergi Reform Önerisi: Düz Oranlı Vergi, Türkiye Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler”, *Serbest Meslek Mensupları ve Yöneticiler Vakfı Yayınları*, No:5, Ankara, 2000, s. 40.

gelmemektedir. Tek bir oranın bulunması kusursuz bir oranın olduğu anlamına gelmemekte olup oranı belirleyen politikadaki baskı grupları bu yetkisi zenginlerin ya da uygun gördükleri başka bir grubun lehine olacak şekilde belirleyebilir ve yine adaletsizliğe yol açabilirler.

Düz oranlı vergi tarifesinin vergi adaletine uygun olduğunu savunanlara göre; düz oranlı vergi tarifesinin vergi tabanını mümkün olduğu kadar genişletmeye çalışması ve vergisel kolaylıkların en alt düzeyde olması adaletin sağlanmasında oldukça etkilidir. Çünkü bu sayede vergi uyumu artmakta ve vergi kaçakçılığı da azalmış olmaktadır<sup>104</sup>. Vergi kaçakçılığının olduğu bir vergi sisteminde çalışkan ve dürüst mükellefler cezalandırılırken tembel ve hileli işlem yapan mükellefler ödüllendirilmekte olup ortada ciddi bir adaletsizlik bulunmaktadır. Düz oranlı vergi tarifesi bu adaletsizliği önlemektedir. Bununla birlikte artan oranlı vergi tarifelerinde ise vergi kaçakçılığı tarihin her döneminde mutlaka olmuş ve bu durum çok çalışanı ve ekonomiye katkıda bulunanı cezalandıran artan oranlı tarifeye yüklenmiştir<sup>105</sup>.

Yapılan açıklamalar neticesinde, her iki tarife çeşidinin de, her yönüyle vergi adaletine uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Her iki tarifede vergi adaletini sağlayıcı kurumlara sahip olmakla birlikte bir süre sonra adaletsizliklere neden olabilecek bir yapıya da sahiplerdir. Hem artan oranlı tarifelerin hem de düz oranlı tarifelerin kendine özgü kusurları bulunmaktadır. Düz oranlı vergi tarifesi, standart indirim mekanizması ile düşük gelirli olanların vergi yükünü hafifletip adaleti sağladığını düşünse de vergi yükünü orta gelirli olanlara kaydırmakta ve her türlü olasılıkta yüksek gelirli olanların lehine bir yapıya sahip olmaktadır. Bu durum ise sosyal devlet ilkesi kapsamında vergi adaleti açısından kabul edilebilecek bir durum olmaması nedeniyle tercih edilmemelidir.

Sosyal devlet adil gelir dağılımını hedeflemekte olup vergi adaletini de bu kapsamda düşündüğümüzde vergi yükünün mutlaka düşük gelirli olanlardan alınarak gelir düzeyi yüksek olan kesime kaydırılması gerekmekte olup tarife yapısının mutlaka artan oranlı özellik göstermesi beklenmektedir<sup>106</sup>. Fakat artan oranlılık mutlak suretle adaletli bir sistem anlamına da

<sup>104</sup> Nagihan Birinci ve Haydar Akyazı, “Düz ve Artan Oranlı Kişisel Gelir Vergisi Tarifelerinin Ekonomik Etkileri”, *Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C:13, Yıl: 13, S:1, 2017, s. 55.

<sup>105</sup> Aktan, “21. Yüzyıl için Radikal Bir Vergi Reform Önerisi: Düz Oranlı Vergi, Türkiye Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler”, s. 40.

<sup>106</sup> Birinci ve Akyazı, “Düz ve Artan Oranlı Kişisel Gelir Vergisi Tarifelerinin Ekonomik Etkileri”, 58-59.



gelmemektedir. Yukarıda açıklandığı üzere artan oranlı vergi tarifesinin vergi adaletini sağlama konusunda en çok sıkıntı yaşadığı konu keyfiyettir. Artan oranlı tarifinin dilimlerinin makul şekilde fazla ve her oran arasındaki farkın abartılmaması ve yüksek vergi oranlarıyla bir ceza mekanizmasına dönüşmemesi halinde mali güce göre vergilendirmeye ve ardından sosyal devlet ilkesi kapsamında vergi adaletini sağlamaya en uygun tarife olduğu kanaatimizce söylenebilecektir.

## II. TÜRK GELİR VERGİSİ TARİFE YAPISI

### A. TÜRKİYE'DE GELİR VERGİSİ TARİFESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Türkiye'de gelir vergisi tarifesi, artan oranlı bir yapıya sahip olup 1950 yılından itibaren bu yapıyı korumaktadır. Türkiye'de uygulanan gelir vergisi tarifesi 1950 yılından başlamak üzere 1960, 1980, 1999 ve 2006 yıllarında önemli değişiklikler geçirmiştir<sup>107</sup>. 1950 yılında kabul edilmiş olan gelir vergisi tarifesinde 7 dilim bulunmakta olup ilk dilime %15, son dilime %45 oranı, 100.000 TL ve sonrası için ise %35 olarak kabul edilmiştir. Söz konusu bu yapı Türkiye'de artan oranlılığın sınırlı artan oranlı bir yapıda olduğunu göstermektedir. Aynı zamanda geliri belli bir düzeyin üzerinde olan kişiler için oranın düşürülmesi, bu kişiler için vergi yükünün hafifletilerek tarife yapısının bir cezalandırma sistemine dönüşmesi önlenmek istenmiştir. 1958 yılında yapılan tarife değişikliği ile tarifenin son dilimine uygulanan oran %60 olarak belirlenmiş ve dilim sayısı artırarak 11 dilime çıkarılmıştır<sup>108</sup>.

1961 yılında 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun kabul edilmesinin ardından dilim sayısı 7 olarak belirlenmiş, ilk dilimde uygulanacak oran %10, son dilimde uygulanacak oran ise %70 olarak kabul edilmiştir. Tarife yapısında gerçekleştirilen bu değişiklikler ilk bakışta sosyal devlet ilkesi kapsamında vergi adaletine ve mali güce göre vergilendirme ilkesine uygun görünmektedir. Zira ilk dilime uygulanan oranın düşürülmesi gelir düzeyi düşük olan kişiler üzerinde vergi yükünü düşürürken, gelir düzeyi yüksek olan kişilerden ise yüksek vergi alınmasıyla gelir dağılımını adil hale getirecek bir sistem olarak görülmektedir. Bununla birlikte; tarifede dilimlerin sayısının, her bir dilime uygulanan vergi oranlarının enflasyonla

<sup>107</sup> Gülay Akgül Yılmaz, "Türkiye'de Gelir Vergisi Tarifesinde Meydana Gelen Değişikliklerin Vergilendirmede Adalet İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 21, S:1, 2006, s. 255-257.

<sup>108</sup> Kenan Bulutoğlu, *Türk Vergi Sistemi*, Fakülteler Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1970, s. 192.

uyumlu hale getirilmemesi özellikle düşük gelirliilerin vergi yükünün zamanla artmasına neden olmuş ve artan oranlı vergi tarifesi ile amaçlanan vergi adaletine ulaşma hedefinden uzaklaşmış olunacaktır<sup>109</sup>.

1963 yılında yapılan değişiklikle dilim sayısı 10'a yükseltilmiş, ilk dilime uygulanan oran %10, son dilime uygulanan oran %68 ve 1.000.000 TL'den fazla olan gelirler için oran %60 olarak belirlenmiştir. Söz konusu tarifede oranlar; 10, 15, 20, 25, 35, 45, 55, 60, 65, 68 ve ardından 1.000.000 TL'den fazla gelirler için 60 olup bu durum vergi oranlarının azalarak artan bir yapıda olduğu ve artan oranlılığın kaybolmaya başladığını göstermektedir. Tarifenin artan oranlılığını kaybetmeye başlaması ise gelir vergisinde vergi yükünün orta gelirli gruba kaymasına neden olmuş ve sosyal devlet ilkesi kapsamında vergi adaleti amacından uzaklaşmıştır<sup>110</sup>. Bununla birlikte 1963 yılında kabul edilen tarife, tam olarak 13 yıl boyunca uygulanmaya devam edilmiş ve enflasyonla birlikte oranların aşınması sonucunda vergi yükü düşük gelirliiler üzerinde yoğunlaşmaya başlayarak neredeyse düz oranlı bir yapı haline gelmiş ve artan oranlılık bir kez daha anlamını yitirmiştir<sup>111</sup>.

1981 yılına gelindiğinde ise yapılan yeni bir değişiklikle dilim sayısı 6 olarak belirlenmiş ve ilk dilime uygulanan oran %40, son dilime uygulanan oran %75 ve 25.000 TL'yi aşan gelirler için oran %66 olarak belirlenmiştir<sup>112</sup>. 1981 yılında belirlenmiş olan %40'lık bir ilk dilim oranı, dünyada pek örneği olmayan bir ilk dilim oranı olup bu durum Türkiye'de de uygulanan en yüksek ilk ve son dilim oranlarıdır<sup>113</sup>. Bu yüksek oranlar, 1980 askeri darbesinin ardından kamu açıklarını telafî etmek ve vergi hasılatını arttırmak için belirlenmiştir<sup>114</sup>. Zira daha önce uygulanan vergi tarifesinin oranları aşınmış ve düz oranlı bir tarife yapısına yaklaşmıştır. Bu

<sup>109</sup> Bulutoğlu, *Türk Vergi Sistemi*, s. 192.

<sup>110</sup> Fazıl Tekin, *Teoride ve Uygulamada Artan Oranlılık*, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yayınları No:162, Eskişehir 1976, s. 171.

<sup>111</sup> Burhan Şenatalar ve İzzettin Önder ve Oğuz Oyan ve Veysi Seviğ, *Türkiye'de 1980 Sonrası Vergi Politikası*, Türkiye Sosyal Ekonomik ve Siyasal Araştırmalar Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 18.

<sup>112</sup> Ali Çelikkaya, "Dual Income Tax: A Reform Option for Personal Income Tax in Turkey", *Business and Economic Horizons*, Volume:3, Issue: 3, 2010, s. 53.

<sup>113</sup> Akgül Yılmaz, "Türkiye'de Gelir Vergisi Tarifesinde Meydana Gelen Değişikliklerin Vergilendirmede Adalet İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi", s. 259.

<sup>114</sup> Nuriye Barut, "Türkiye'de Artan Oranlı Vergi Sistemi ve Gelir Dağılımı", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi Ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Programı, İzmir 2013), s. 45.

durum ise, düz oranlı vergi tarifelerinde yaşanan vergi gelirlerinin düşmesi etkisinin Türk gelir vergisi tarifesinde de görülmesine neden olmuştur. 1980 sonrasında tarifede yapılan değişiklikler, artan oranlı vergi tarifesinde yaşanan vergi gelirlerini azaltıcı düz oranlı vergi tarifesi etkisinin ortadan kaldırılması için kabul edilmiş olmakla birlikte tarifeyi düz oranlı vergi tarifesine daha çok yaklaştırmıştır. Çünkü 1980 yılında yapılan değişiklikler ile vergi mükelleflerinin neredeyse tamamı ilk dilimde vergilendirilmeye başlanmış ve mükelleflerin yalnızca %1 için artan oranlılık uygulanırken geriye kalanlar için düz oranlı bir yapı söz konusu olmuştur<sup>115</sup>. Artan oranlı yapının bozulmasına neden olan bir diğer değişiklikte bu dönemde yaygınlık kazanan vergi tevkifatı yöntemi olmuş ve beyanname usulünün ikinci planda kalmasıyla vergi adaletsizliği de artmıştır<sup>116</sup>.

1982 yılında vergi tarifesinde yapılan ufak bir değişiklikle ilk dilime uygulanan oran %39, son dilime uygulanan oran %74 ve 25.000 TL'yi aşan gelirlere uygulanan oran %65 olarak belirlenmiş ve sonraki yıllarda da ilk ve son dilimlere uygulanan oranlar düşürülmeye devam etmiştir. 1986 yılından itibaren tarifede ilk dilime uygulanan oran %25, son dilime uygulanan oran ise %50 olarak tespit edilmiş ayrıca dilim aralıkları da genişletilerek oranlar üzerindeki enflasyonun aşındırıcı etkisi de azaltılmaya çalışılmıştır. 1994 yılında yaşanan ekonomik krizin ardından gelir vergisi tarifesinin son dilimine uygulanan oran da %55'e yükseltilmiştir. 1999 yılına gelindiğinde, dilim sayısı 6, ilk dilime uygulanan oran %15 ve son dilime uygulanan oran %40 olarak belirlenmiştir<sup>117</sup>. Bu kapsamda geliri sebebiyle son dilime dahil olan mükellefler bakımından marjinalvergi oranı düşmüş ve orta gelirli kesim için vergi yükünün artması söz konusu olmuştur<sup>118</sup>.

Aynı zamanda 1999 yılında yapılan değişiklikle ücret gelirleri ile ücret dışındaki diğer gelirlere uygulanan tarife yapısı ayrılmış ve tarifenin ücret gelirleri dışındaki gelirler için 5'er puan arttırılarak uygulanmasını karar verilmiştir. Ücret gelirleri ile ücret dışındaki diğer gelirlerin tabi olacağı oranlar farklılaştırılmıştır<sup>119</sup>. 1980 yılından 1999 yılına kadarki dönemde,

<sup>115</sup> Oğuz Oyan, *Dışa Açılma ve Maliye Politikaları:1980-89*, 2. Baskı, V Yayınları, Ankara 1989, s. 61.

<sup>116</sup> Oyan, *Dışa Açılma ve Maliye Politikaları:1980-89*, s. 61.148,155.

<sup>117</sup> Barut, "Türkiye'de Artan Oranlı Vergi Sistemi ve Gelir Dağılımı", s. 45.

<sup>118</sup> Doğan Şenyüz ve Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Türk Vergi Sistemi*, 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 137.

<sup>119</sup> Çelikkaya, "Dual Income Tax: A Reform Option for Personal Income Tax in Turkey", s. 53.

enflasyon sebebiyle vergi oranları tam olarak 11 kez değiştirilmiş<sup>120</sup> olmakla beraber söz konusu süreçte sonuç olarak zengin daha zengin, yoksul daha yoksul hale gelmiştir.

2004 yılından itibaren enflasyonda yaşanan düşüş eğilimi, ekonomideki sürekli büyüme, ihracat gelirlerinin artması gelişmeleri sonrasında vergi tarifelerinde de düzenlemeye gidilmiş<sup>121</sup> ve 2005, 2006 yıllarında yapılan değişikliklerle gelir vergisinde tarifenin artan oranlılığın derecesi değiştirilmiştir. 2006 yılında yapılan değişiklik ile dilim sayısı 4' e indirilmiş ve 2006 yılından itibaren vergi dilimi sayısı dünya standartlarına ulaştırılmıştır ve günümüze kadar aynı sayı ile gelinmiştir<sup>122</sup>. Ayrıca ilk dilim hariç diğer dilimler genişletilerek, vergilendirmede yüksek ve düşük gelirli olanların büyük bir kısmı için fiilen düz oranlılık, orta gelirli olanların ufak bir grup için ise hafif artan oranlılık söz konusu olmuştur<sup>123</sup>. Ortaya çıkan bu durum sosyal adalet ilkesi kapsamında vergi adaletine uygun değildir. Diğer bir ifadeyle gelir vergisi tarifesi ile vergi yükünün adil dağılımından söz edilemeyeceği gibi vergi kaçakçılığını arttırıcı etki yaratacağı, ikame etkisine neden olabileceği söylenebilecektir.

Sonuç olarak Türkiye’de artan oranlı gelir vergisi tarifesi 1950 yılından itibaren uygulanmakla birlikte; günümüze kadar yapılan değişiklikler ile tarife yapısı düz oranlı tarife yapısına yaklaştırılmış, sistem onarılmaya çalışılırken daha çok yıpratılmıştır. Bunun sonucunda ise özellikle düşük ve orta gelirli kesimin üzerindeki vergi yükü arttırılmış, yüksek gelirli grubun ise lehine olacak şekilde düzenlemeler yapılmış, sosyal adalet dolayısıyla vergi adaleti zedelenmiş onarılamamıştır.

## B. UYGULANMAKTA OLAN TÜRK GELİR VERGİSİ TARİFESİNİN İNCELENMESİ

193 Sayılı Gelir Vergi Kanunu’nun 103. maddesinde “Esas Tarife” başlığı altında vergi tarifesi artan oranlı olacak şekilde düzenlenmiştir. Madde metnine göre; tarife toplam 5 dilimden oluşmakta olup ilk dilime uygulanana oran %15, son dilime uygulanan oran %40 olarak belirlenmiştir.

<sup>120</sup> Mustafa Kozan, “Gelir Vergisi Oranlarının Gelişimi”, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/M.Kozan-9.pdf> (07.05.2021), s. 9.

<sup>121</sup> Ramazan Armağan, “Türkiye’de Gelir ve Kurumlar Vergisi Oranlarında İndirimin Vergi Gelirleri Üzerine Etkileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C:12, S:3, 2007, s. 230.

<sup>122</sup> Çelikkaya, “Dual Income Tax: A Reform Option for Personal Income Tax in Turkey”, s. 55.

<sup>123</sup> Barut, “Türkiye’de Artan Oranlı Vergi Sistemi ve Gelir Dağılımı”, s. 49.

18.000 TL'ye (32.000 TL) kadar	%15
40.000 TL'nin (70.000 TL) 18.000 TL'si (32.000 TL) için 2.700 TL, (4.800 TL) fazlası	%20
98.000 TL'nin (1700.000 TL) 40.000 TL'si (70.000 TL) için 7.100 TL (12.400 TL)(ücret gelirlerinde 148.000 TL'nin (250.000 TL) 40.000 TL'si (70.000 TL) için 7.100 TL), (12.400 TL) fazlası	%27
500.000 TL'nin (880.000 TL) 98.000 TL'si (170.000 TL) için 22.760 TL (34.400 TL) (ücret gelirlerinde 500.000 TL'nin (880.000 TL) 148.000 TL'si (250.000 TL) için 36.260 TL), (61.000 TL) fazlası	%35
500.000 TL'den fazlasının (880.000 TL) 500.000 TL'si (880.000 TL) için 163.460 TL (287.900 TL)(ücret gelirlerinde 500.000 TL'den (880.000 TL) fazlasının 500.000 TL'si (880.000 TL) için 159.460 TL), (281.500 TL) fazlası	%40

**Tablo 1: Türk Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. Maddesine Göre Gelir Vergisine Tabi Gelirler** <sup>124</sup>.

103. madde kapsamında, açıkça belirtilmemesi halinde tüm gelir unsurları söz konusu tarife üzerinden vergilendirilmektedir. Gelir vergisi tarife yapımızda bütün gelir unsurları toplanarak, toplam matrah 103. maddeye göre artan oranlılığa tabi tutulmaktadır. Gelir vergisi tarife yapısının bütün gelir unsurları bakımından tek bir tarifeye tabi tutulması hakkında Anayasa Mahkemesi'nin ücret gelirlerine ilişkin gelir vergisi tarifesi iptal kararı önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında<sup>125</sup>; 5479 sayılı Kanunun gelir vergisi tarifesinde yapılan düzenlemenin son diliminin ücret gelirlerine uygulanmasına ilişkin kısmı bizim için önemlidir. İptal kararına konu olan 5479 Sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önce, Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. Maddesine göre tarife ikili bir ayrıma sahip olup ücret gelirleri ve diğer gelir unsurları arasında vergi oranları arasında farklılık yaratılmıştı. Buna göre, ücret

<sup>124</sup> Parantez içerisinde koyu renk ile belirtilen miktarlar, 21/12/2021 tarihli ve 31696 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hazine ve Maliye Bakanlığının (Gelir İdaresi Başkanlığı) (Seri No: 317) Gelir Vergisi Genel Tebliği ile 2022 takvim yılında uygulanmak üzere belirlenen miktarlardır.

<sup>125</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009 Tarih, 2006/95 E. ve 2009/144 K. Sayılı Kararı.

gelirleri diğer gelir unsurlarına göre beş puan aşağı vergi oranları ile vergilendiriliyordu. 5479 Sayılı Kanun ile birlikte, bu yapıya son verilmiştir.

Değişiklikten önceki ve sonraki tarifeler:

<b>2005 Yılı Ücret Gelirleri</b>	
6.600 TL'ye kadar	%15
15.000 TL'nin 6.600 TL'si için 990 TL, fazlası	%20
30.000 TL'nin 15.000 TL'si için 2.670 TL, fazlası	%25
78.000 TL'nin 30.000 TL'si için 6.420 TL, fazlası	%30
78.000 TL'den fazlasının 78.000 TL'si için 20.820 TL, fazlası	%35

<b>2005 Yılı Ücret Gelirleri Dışındaki Diğer Gelirler</b>	
6.600 TL'ye kadar	%20
15.000 TL'nin 6.600 TL'si için 1.320 TL, fazlası	%25
30.000 TL'nin 15.000 TL'si için 2.670 TL, fazlası	%25
78.000 TL'nin 30.000 TL'si için 6.420 TL, fazlası	%30
78.000 TL'den fazlasının 78.000 TL'si için 20.820 TL, fazlası	%35

<b>2006 Yılı Gelirleri (Tüm Gelir Unsurları)</b>	
7.000 TL'ye kadar	%15
18.000 TL'nin 7.000 TL'si için 1.050 TL, fazlası	%20
40.000 TL'nin 18.000 TL'si için 3.250 TL, fazlası	%27
40.000 TL'den fazlasının 40.000 TL'si için 9.190 TL, fazlası	%35

5479 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, yeni tarifede ilk iki diliminin vergi oranlarında beşer puan bir düşüş yapılarak diğer gelir unsurları ile ücret gelirlerinin vergi oranları aynı hale getirilmiştir. Dilim sayısı dört olarak belirlenerek üçüncü dilime uygulanacak oran ise %27 olarak belirlenerek eski tarife ile kıyaslandığında ücret gelirleri açısından oranda bir artış diğer gelir unsurları bakımından ise oranda bir azalış göze çarpmaktadır. Son dilime uygulanan oran %35 olarak belirlenerek beşinci dilim kaldırılmış ve oran ücret gelirleri için artarken diğer gelir unsurları açısından bir farklılık yaratmamıştır. Dolayısıyla daha önceki tarife yapısından ücret gelirlerinde 78000 TL'den fazlası %35'lik dilime dâhil

olurken, yeni oluşturulan tarifede 40000 TL'den fazlası bu dilime tabi tutulmakta ve ücret gelirleri açısından olumsuz bir durum yaratılmaktadır.

Söz konusu düzenlemeye ilişkin Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davası neticesinde mahkeme detaylı olarak bir inceleme gerçekleştirmiştir ve gelir türlerini kıyaslamak suretiyle bir sonuca ulaşmıştır<sup>126</sup>. Mahkeme oran değişikliğinin mali güce göre vergilendirme ilkesine uymadığı ve vergi adaleti ilkesine zarar verdiği sonuçlarına ulaşmıştır. Mahkemenin dava konusunu esastan incelerken yapmış olduğu tespitler Anayasa Mahkemesi'nin Gelir Vergisi tarife yapısına ilişkin görüşlerini yansıtması bakımından oldukça önemlidir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu incelemede, gelir unsurlarında özellikle ücret gelirleri bakımından mali güce göre vergilendirme ilkesinin önemine değinerek “gelirin niteliği ve kişisel durum arasında bağlantı kurulması<sup>127</sup>” gerektiğini ifade etmiş ardından; “Oran, verginin asli unsurlarından olup mali gücü etkileyen en önemli ölçütlerden biridir. Vergi oranı ile vergiye tabi gelirin niteliği arasında doğrudan bağlantı vardır. Vergilendirmede farklı nitelikteki gelirlerin ayrı vergilendirme yöntem ve oranlarına tabi tutulması, vergi adaletinin sağlanması için gereklidir.<sup>128</sup>” ifadeleri ile bağlantının kurulması noktasında vergi oranının önemini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu değerlendirmeler neticesinde ise; “...fazlası % 35 oranında ...” ibaresinin “ücret gelirleri” yönünden Anayasanın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğuna ve hükmün iptaline hükmetmiştir.

İptal edilen değişikliğin yapılma amacı dilimlerdeki vergi miktarlarının artırılarak gelir üzerindeki vergi yükünün azaltılması ve vergi tahsilatının artırılması olarak gösterilmiştir. Değişikliğin amacı incelendiğinde

<sup>126</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009 Tarih, 2006/95 E. ve 2009/144 K. Sayılı Kararı'nda; . “Dava konusu kuralın da yer aldığı yeni gelir vergisi tarifesi ile önceki tarife karşılaştırıldığında, yeni tarifenin ilk üç dilimine giren ücretlinin vergi tutarı önceki tarifeye göre daha düşük iken, %35 vergi oranlı dördüncü dilimine giren ücretlinin vergi tutarının öncekine göre daha yüksek olduğu görülmektedir. Karşılaştırma, ücretliler ile ücret dışı gelir elde eden diğer yükümlüler arasında yapıldığında, bu dilimde ücretlilerin üzerindeki yükün diğer gelir vergisi yükümlülerine göre yükseldiği, yeni tarife ile ücretlilerin vergi yükü artırılırken diğer gelir vergisi yükümlülerinin yükünün azaldığı ortaya çıkmaktadır. Yeni tarifenin dördüncü dilimine giren ve aynı geliri elde eden yükümlülerin vergi yükü, ücret dışı gelir sahiplerinin lehine değişirken ücretlinin aleyhine değişmiş ve mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırı olarak ağırlaştırılmıştır” ifadelerine yer vermiştir.

<sup>127</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009 Tarih, 2006/95 E. ve 2009/144 K. Sayılı Kararı.

<sup>128</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009 Tarih, 2006/95 E. ve 2009/144 K. Sayılı Kararı.

öncelikle yapılan düzenlemenin ücret gelirleri açısından vergi yükünü azaltarak aynı zamanda vergi tahsilatının arttırılması bakımından vergi adaletine zarar vermeyeceği akla gelmektedir. Bununla birlikte değişikliğinin derinlemesine incelenmesi neticesinde değişikliğin amacı ile yapılan somut değişikliğin birbirine uygun olmadığı ortaya çıkmaktadır. Zira yapılan değişiklik ile ücret gelirleri açısından vergi yükünün hafiflemesi söz konusu olmadığı gibi diğer gelir unsurları bakımından vergi yükü azaltılarak ücret gelirleri açısından son iki dilimde bir artış meydana gelmiştir. Değişikliğin amacına ulaşmak için artan oranlı tarife yapısı üzerinde dilim sayısı ve oranlarda değişiklik yapılmıştır. Bu durum bize artan oranlı vergi tarifelerinin vergi adaletine ulaşmak için kullanılabilecek yöntemlerin fazlalığını; bununla birlikte adaleti sağlamaya çalışırken daha fazla adaletsizliğe sebep olunabileceğini de göstermektedir. Bir önceki bölümde de ifade edildiği gibi artan oranlı vergi tarifeleri sahip olduğu mekanizmalar sebebiyle değişiklik yapmaya ve vergi adaletini sağlamaya uygundur. Bununla birlikte söz konusu mekanizmalar arasında oldukça önemli dengeler bulunmakta olup yapılacak yanlış bir müdahale ile vergi tarifesi -iptal kararındaki örnekte olduğu gibi- adaletsiz bir yapıya dönüşebilmektedir.

Söz konusu bu adaletsizlik hali gelir vergisi içerisinde yer verilen muafiyet ve istisna kurumları için de söz konusu olabilmektedir.

Verginin mali ve sosyo-ekonomik etkileri göz önüne alındığında toplum içindeki dengenin sağlanmasına bağlı olarak vergi konuları ya da vergi mükellefleri mali güce göre vergilendirme ilkesi kapsamında vergi dışı bırakılabilmekte bu sayede denge kurulmak suretiyle adalet temin edilmektedir<sup>129</sup>. Muafiyet ve istisnalar daha çok mali güce ulaşmada kullanılan diğer tekniklerin yeterince etkin kullanılamaması halinde bir telafi mekanizması görevini üstlenerek engellere rağmen mali güce ulaşmayı ve adaleti sağlamayı kolaylaştırmaktadırlar<sup>130</sup>.

Muafiyet ve istisnalar kullanılarak kişilerin mali güçlerini etkileyen faktörler nedeniyle ortaya çıkan farklılıklar daha çok dikkate alınmakta ve mali güce ulaşmada daha yakın sonuçlar elde edilmektedir. Bununla birlikte muafiyet ve istisna uygulamalarının amacının dışında kullanılması ya da kapsamının gereğinden fazla genişletilmesi hallerinde vergi adaletinde ve dengede bozulmalara da neden olmaktadır<sup>131</sup>. Muafiyet ve istisna

<sup>129</sup> Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, s. 260.

<sup>130</sup> Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, s. 260.

<sup>131</sup> Şen ve Sağbaş, *Vergi Teorisi ve Politikası*, s. 250-251.



uygulamaları kimi zaman toplumda, yüksek gelirliler lehine kullanılmakta ve devlet azalan vergi hasılatını düşük gelirlilerin vergi yükünü arttırmak suretiyle yükseltmektedir<sup>132</sup>. Muafiyet ve istisna uygulamalarının büyük bir özveri ile planlanması ve denetimlerine özen gösterilmesi gerekmekte olup bu kapsamda mali güce ulaşılması noktasında çok büyük katkıları olan uygulamaların diğer yandan vergi matrahını aşındırması da önlenmelidir<sup>133</sup>.

Bu durumun Gelir Vergisi Kanunu'nda iki önemli örneği bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Gelir Vergisi Kanunu 18. Madde'ye 2019 yılında yapılan değişikliktir. Gelir Vergisi Kanunu 18. Madde'ye göre; Müellif, mütercim, heykeltıraş, hattat, ressam, bestekar, bilgisayar programcısı ve mucitlerin ve bunların kanuni mirasçılarının şiir, hikaye, roman, makale, bilimsel araştırma ve incelemeleri, bilgisayar yazılımı, röportaj, karikatür, fotoğraf, film, video band, radyo ve televizyon senaryo ve oyunu gibi eserlerini gazete, dergi, bilgisayar ve internet ortamı, radyo, televizyon ve videoda yayınlamak veya kitap, CD, disket, resim, heykel ve nota halindeki eserleri ile ihtira beratlarını satmak veya bunlar üzerindeki mevcut haklarını devir ve temlik ederek ya da kiralayarak elde edilen gelir, vergiden istisna edilmiştir. Bununla birlikte 2019 yılında getirilen ek madde ile az önce sayılan işler sebebiyle elde edilen gelirin Gelir Vergisi Kanununun 103. Madde kapsamında dördüncü gelir diliminde yer alan 880.000TL tutarını aşan kazançlar istisna dışında bırakılmıştır.

Diğer bir ifadeyle eser sahiplerinin kazanç toplamının 880.000 TL'yi aşması halinde istisnadan faydalanmaları tamamen ortadan kalkacak ve eşiği geçen kazancın tamamı vergiye tabi hale gelecektir. Bu sebeple eser sahibinin 879.000 TL kazanması halinde istisna kapsamında olacağı ve vergilendirilmeyeceği; bununla birlikte 880.000 TL kazanan bir diğer eser sahibinin ise tüm kazancı üzerinden yani %40'lık bir oranla vergilendirileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu istisna ile vergi adaleti temin edilmeye çalışılmış ve eser sahibi olma konusunda bir teşvik yaratılmak istenmiş bununla birlikte dikkatlice düşünülmeden maddeye ilave edilen istisnanın istisnası şeklindeki hüküm sebebiyle vergi adaleti daha fazla zarar görmüştür. Zira; örnekte görüleceği üzere, 1TL'lik bir fark ile vergilendirilmede yaratılan orantısızlığın büyüklüğü dikkat çekici olup eser sahiplerini teşvik edici

<sup>132</sup> Mehmet Akbay, *Vergi Reformlarının Ekonomik Temelleri ve Sonuçları*, Maliye Hesap Uzmanları Vakfı Yayınları, No:3, Ankara, 1995, s. 17.

<sup>133</sup> Şen ve Sağbaşı, *Vergi Teorisi ve Politikası*, s. 250-251.

olması gereken vergi istisnası vergilendirilme endişesi sebebiyle ek madde ile anlamsız hale getirilmiştir.

İkinci ve en yeni örnek olarak ise 25.12.2021 yayın ve 22.12.2021 kabul tarihli ve 7349 kanun numaralı “Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile düzenleme altına alınan ve 2. Madde ile Gelir Vergisi Kanunu 23. Madde’nin birinci fıkrasına eklenen bent verilebilecektir. Bu kapsamda; ücret geliri elde edenlerin, ödemenin yapıldığı ayda geçerli olan asgari ücretin aylık brüt tutarından; işçi sosyal güvenlik primi ve işsizlik sigorta primi düşüldükten sonra kalan tutarına denk gelen ücretleri gelir vergisinden istisna edilmiştir. Başlangıçta gelir vergisinin artan oranlı yapısı düşünüldüğünde özellikle düşük ücret gelirlili kesimi koruyucu ve vergi adaletini sağlamaya yönelik bir düzenleme gibi görünse de; tek başına bu amaca yeteri kadar hizmet edememektedir. Asgari ücretin üzerinde bir ücret geliri elde eden ve bu geliri sağlamak için daha fazla çalışan ve emek sarf eden mükelleflerin ücretlerinin yalnızca asgari ücret kadarlık kısmının istisna edilip geri kalan üzerinden vergilendirilmeleri, daha fazla çalışmalarını yüzünden vergilendirilerek cezalandırılmaları şeklinde anlaşılmaktadır. Zira asgari miktarda kazanç elde eden kişi ile asgari tutarın üzerinde kazanç elde eden kişilerin kazançlarının nitelikleri arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Aynı zamanda sarf edilen emek ve hak ediş açısından söz konusu istisna ile bir ters oranlılık yaratılmış ve vergi adaleti yaratılmaya çalışılırken bunun yerine adaleti zedeleyici bir düzenleme meydana getirilmiştir.

Türk gelir vergisi tarifesi olarak artan oranlı tarife yapısı incelendikten sonra önemi gereği ayrıca belirtmek gerekir ki; Türk Gelir Vergisi Sistemi içerisinde tek oranın uygulandığı durumlarda vardır. Türk Gelir Vergisi Kanunu bazı gelir unsurlarını vergi tevkifatı yoluyla nihai olarak vergilendirmeyi tercih ederek tek oran uygulamayı uygun görmüştür. Vergi tevkifatı yolunun tercih edilmesi bazı hallerde nihai olarak vergilendirme anlamına gelmemekte olup vergi tevkifatına tabi tutulan unsuru yıl sonunda beyan edilerek artan oranlı tarifeye göre hesaplanan vergi miktarı kapsamında yeniden hesaplanan sonuçta çıkan fark üzerinden vergilendirilmektedirler<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> Elif Sonsuzoğlu, “Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 1997), s. 161.

### III. TÜRK GELİR VERGİSİ TARİFE YAPISININ SOSYAL ADALET EKSENLİ VERGİ ADALETİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ, ELEŞTİRİ VE ÖNERİLER

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunumuzun 103. maddesi incelendiğinde gelir vergisi tarife yapımızın sınırlı artan oranlı bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Artma oranı ise değişken bir yapıya sahip olup 5, 7, 8, 5 şeklinde bir grafik izlemektedir. Gelir vergisi tarifesinin %15 oran ile vergilendirilen ilk diliminin oldukça geniş bir tabana yayıldığı ve bu taban içerisinde bulunan mükellef sayısının ülke şartlarında ne kadar fazla olduğu düşünüldüğünde tarifenin uygulanması halinde ilk dilime mensup kişiler açısından fiilen bir düz oranlılığın yaşandığı görülmektedir<sup>135</sup>. Ayrıca ilk dilimin vergi oranının yüksekliğinin, dilimin kapsamına giren kişilerin kazançlarının ortalama düzeyinin hesaplanması halinde ortaya çıkan sonucun vergi adaletini zedeleyici etki yapmış olduğu gözlemlenebilecek ve ilk dilime uygulanan vergi oranının değiştirilmemesi halinde vergi yükünün düşük gelirliler üzerinde kalması devam edecektir<sup>136</sup>.

Gelir vergisi tarifesinin dilimlerinin oranları arasındaki fark azalan bir artan oranlılık göstermektedir. Diğer bir ifadeyle oranlardaki artış az olup tarife yapısını basık hale getirmektedir. Bununla birlikte tarifede dilim sayısının az olması da tarifenin basık olmasına sebebiyet vermektedir. Tarife yapısının basık olması vergi yükünün yüksek gelirliler lehine bir yön izlemesine neden olmakta ve kişilerin mali güçlerine göre vergilendirilmesi ilkesi etkisini kaybetmektedir. Ayrıca dilim sayısı ile oranlardaki artış arasındaki ilişki de mali güce göre vergilendirme açısından önem arz etmektedir. Dilim sayısının az olması vergi yükünün adil paylaşımını zorlaştırmaktadır. Zira ülkemizde ortalama gelir düzeyinin bulunduğu dilim üzerinde bir yığılma meydana gelmektedir. Bununla birlikte dilimlerin oranları arasındaki artışın az olması halinde yüksek gelirlilerin ödemesi gereken verginin oranı ile düşük gelirlilerin ödemesi gereken verginin oranı birbirine yakın olacak; bu halde ise yüksek gelirliler lehine bir marjinal vergi oranı söz konusu olacak ve vergi adaletinden uzaklaşılacaktır. Açıklananlar kapsamında dilim sayısı ile oranlardaki artış arasındaki ilişki düşünüldüğünde hem dilim sayısının az olması hem de oranlar arasındaki artışın az olması halinde mali güce göre vergilendirme ilkesinin

<sup>135</sup> Abdurrahman Akdoğan, *Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım*, Ankara 1980, s. 57.

<sup>136</sup> Genç Osman Yaraşlı ve Kamil Duman, “Vergi Sistemleri Üzerine Düşünceler”, *Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi*, S:2, Yıl:29, s. 41.

etkisizleştiği ortaya çıkmaktadır<sup>137</sup>. Türk gelir vergisi tarife yapısında da 5 dilim bulunması ve artış oranlarının azalan artan oranlı bir yapı göstermesi mali güce vergilendirme ilkesinin etkisinin azaldığını göstermektedir.

Gelir vergisi tarifemizin ortalama vergi oranının artışının durumu değerlendirildiğinde, tarifenin düşük gelirli aleyhine bir seyir izlediği görülmektedir. Dilim sayısının az olması ve dilimlerin tabanının geniş olması nedeniyle, yüksek gelirli gelirlerine göre yüksek oranda vergilendirilirler ancak; bir dilim içinde gelir düzeyi arttıkça artan oranlılığın kaybolduğu söylenebilir<sup>138</sup>. Artan oranlılığın kaybolması ise beraberinde kişilerin mali güçlerine olan dikkati azaltacak bu sebeple de toplumda adil bir gelir dağılımından uzaklaşılacaktır.

Türk gelir vergisi tarife yapısı görünüş itibarıyla artan oranlı bir tarife yapısı göstermekle birlikte her artan oranlı tarife yapısının mükemmel işleyen ve vergi adaletine uygun olduğu söylenemeyecek olup Türk gelir vergisinin de özellikle vergi adaleti konusunda birtakım sıkıntıları olduğu ifade edilebilir. Ülkemizde vergi tarifesinin artan oranlılığın etkisini arttırabilmesi için yeniden düzenlenmesine ihtiyacı bulunmaktadır. Başka bir deyişle, vergide adaleti sağlayıcı mali güce göre vergilendirmeye uygun bir artan oranlı tarife yapısının oluşturulması oldukça önemli olup söz konusu tarifenin günün koşullarına göre yeniden düzenlenmesi ve bunun hangi yollarla gerçekleştirileceği daha da önemlidir<sup>139</sup>.

Bu değişiklikler daha çok vergi yükünün yüksek gelirlilere kaydırılması yoluyla gerçekleşebilecektir. Bu kapsamda öncelikle ilk dilime uygulanan vergi oranının düşürülmesi gerekmektedir.<sup>140</sup> Zira gelir dağılımının daha kötü bir hal almaması ve mali güce uygun vergilendirmeye uyum gösterebilmek ve ayrıca düz oranlı vergiyi uygulayan ülkelerle de bir yandan rekabet edebilmek için vergi oranlarını düşürmenin önemi büyüktür<sup>141</sup>. Ayrıca belirli bir miktar gelire kadar düz oranlı vergi tarifesinde uygulandığı şekilde standart bir indirim mekanizmasına gerek duyulmaktadır. Bu sayede günümüzde vergi yükünün büyük bir

<sup>137</sup> Abdurrahman Akdoğan, *Vergilerin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Yayını, Ankara, 1991, s. 30-31.

<sup>138</sup> Sonsuzoğlu, "Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi", s. 163.

<sup>139</sup> Akdoğan, *Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım*, s. 70.

<sup>140</sup> Hülya Kirmanoğlu, "Türkiye'de Vergi Reformları, Siyasal İktidarlar ve İktisat Politikaları", *M.A.M.K.*, 36. Seri, Cumhuriyetin 70. Yılı Özel Sayısı, İstanbul 1994, s. 75.

<sup>141</sup> Mahmut Vural, "29 Mayıs 2007 Tarihinde Hesap Uzmanları Kurulu'nca Ankara'da Düzenlenen Panelin Açılış Konuşması", <http://www.huk.gov.tr/konusmala.asp?id=7> (29.04.2021).

çoğunluğuna katlanmak zorunda olan düşük gelirli lehine vergi adaleti sağlanmış olacaktır. Ayrıca vergi dilimlerin az olması iki dilim arasındaki farkı arttırmakta her dilim içerisinde tabanı genişleterek dilimler içerisinde bir düz oranlı yapı göstermekte ve artan oranlılık içerisinde düz oranlı yapıya neden olmaktadır. Bunun haricinde dilimlerin oranları arasındaki farkın da artırılması gerekmektedir. Zira enflasyon etkisiyle vergi oranların aşınması da göz önüne alındığında vergi tarifesinin düz oranlı vergi tarifesine doğru evrildiği söylenebilecektir. Bu sebeple tarifenin artan oranlı yapısının korunması amacıyla tarife dilimlerindeki oranların arasındaki farkın dilim sayısı ile birlikte artırılması gerekmektedir.

Türkiye’de gelir vergisinde kullanılan artan oranlı tarife yapısı ile gelir dağılımındaki bozuklukların giderilmeye çalışıldığı; bununla birlikte gelir dağılımını adil hale getirme noktasında yetersiz kalındığı ve istenilen sonuçlara ulaşılamadığı da bilinmektedir. Bunun nedenlerinden biri ve belki de en önemlisi gelir vergisinin büyük bir kısmına vergi tevkifatı yönteminin uygulanmasıdır. Gelir vergisi temel olarak beyan esasına dayanmaktadır. Beyan esasına göre vergi, mükellef veya sorumlunun beyan ettiği matrah üzerinden alınmaktadır. Ancak vergi tevkifatı yönteminin kanuna girmesi ile birlikte beyan usulünden uzaklaşıldığı<sup>142</sup>, beyan usulünden uzaklaşıldıkça da adaletsizliğe yaklaşıldığı düşünülmektedir.

Türk gelir vergisi tarife yapısı artan oranlı olmakla birlikte bütün kazançlara artan oranlılık uygulanmamaktadır. Bunun sebebi ise bazı kazançlarda verginin tevkifat yoluyla kaynaktan kesilmeleridir. Kaynaktan kesinti yapılması halinde gelir vergisi artan oranlı bir vergi olmakla birlikte tüm kazanç ve iratlara artan oranlı tarife uygulanmamakta, kazanç ve iratların bir kesiminde vergi tevkif suretiyle alınmaktadır. Vergi tevkifatının yapıldığı hallerde –ücretler hariç- tek bir oran uygulanmaktadır. Ücret geliri elde edenlerin vergi tevkifatı usulünde ise Gelir Vergisi Kanunu 94. maddesinde açıkça belirtildiği üzere artan oranlı bir tarife söz konusudur. Vergi tevkifatı yoluyla yıl içinde vergiye tabi tutulan kazançlar daha sonra brüt tutarları üzerinden beyanname ile bildirilerek mahsuba tabi tutulur<sup>143</sup>. Verginin mahsubu, hesaplanan vergi tutarının, yıl içinde daha önceden ödenmiş vergiden indirilmesi işlemidir<sup>144</sup>. Gelir Vergisi Kanunu 121.

<sup>142</sup> H. Sinan Öztürk, “Verimlilik ve Adalet İlkeleri Açısından Türk Vergi Sistemindeki Değişimin Analizi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, İstanbul, 2012), s. 127.

<sup>143</sup> Mualla Öncel ve Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 27. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 323.

<sup>144</sup> Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, s. 170-171.

maddeye göre; yıl içinde kazanılan kazanç ve iratlardan kaynaklanan beyanname ile belirtilen vergilerden, vergi tevkifatı yoluyla kesilen vergilerin düşülmesi işlemi mahsuplaşmadır<sup>145</sup>. Beyanname üzerinden bildirilen vergilerden vergi tevkifatı yoluyla kesilen vergilerin mahsup edilmesi halinde vergilendirme işleminin yine de artan oranlı bir tarifeye tabi tutulduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte yıllık beyanname verilmeyen hallerde yıl içinde vergi tevkifatı yoluyla alınan vergiler nihai vergilemeye dönüşmektedir. Örneğin; 2021 yılında 6.000 TL işyeri kirası dışında başka bir geliri olmayan bir kimse, kira ödemeleri sırasında vergi tevkifatı yoluyla kesilen %20 oranından vergiye tabi tutulacak olup bu gelir, Gelir Vergisi Kanunu'nun 86. maddesine göre 53.000TL'yi aşmaması nedeniyle bu vergileme nihai vergilemeye dönüşecektir. Bu durumda ise artan oranlı tarife ile hiç karşılaşmamış bir gelir söz konusu olacaktır<sup>146</sup>

Bu kapsamda sonuç olarak, vergi tevkifatı yönteminin nihai bir vergilemeye dönüşmesi halinde vergi tarifesinin artan oranlı yapısından bahsedilemeyecektir. Zira vergi tevkifatının uygulanması halinde matrahın miktarı fark etmeksizin düz bir oranın uygulanması söz konusu olacaktır. Artan oranlı vergi tarifesi yolu ile gelir dağılımının adil bir yapıya dönüşmesi isteniyorsa veya sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaleti temin edilmek arzulanıyorsa vergi sisteminde vergi tevkifatının nihai vergilemeye dönüşmemesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle vergi adaletini gerçekleştirmek amacıyla düz oranlı bir vergi tarifesinin tercih edilmeme bunun yerine artan oranlı vergi tarifesinin tercih edilmesi, vergi tevkifatı yönteminin nihai vergilemeye dönüşmesine ilişkin uygulamaların sonlandırılmasını gerektirmektedir. Aksine eğer düz oranlı vergi tarifesinin vergi adaletini gerçekleştirmede daha avantajlı olduğu düşünülüyor ise de artan oranlı vergi tarifesinden tamamen vazgeçilerek düz oranlı bir vergi tarifesinin uygulanmaya başlanması gerekmektedir. Her iki tarife türünün ortaya çıkış amaçlarındaki, gerçekleştirmeye çalıştıklarındaki ve vergi adaletini gerçekleştirmeye ilişkin yaklaşımlarındaki farklılıklar birbirlerinin tezlerini çürütecek nitelikte olup bir sistemin tercih edilmesini gerektirmektedir. Türk gelir vergisi sisteminde yaşanan vergi tevkifatına ilişkin bu durum oldukça sık rastlanan bir hal olup Türk gelir vergisi tarifesinin artan oranlı yapısını ciddi oranda etkilemektedir. Artan oranlı tarife yapısının zedelenmesi ise beraberinde gelir vergisinin gelir dağılımını

<sup>145</sup> Kamil Mutluer ve N. Nilay Dayanç Kuzeyli, *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 408.

<sup>146</sup> Öncel ve Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, s. 323.

düzeltilici etkisini zayıflatarak, adaletin vergilendirme yoluyla teminini zorlaştırmaktadır<sup>147</sup>.

Sonuç olarak; Türk gelir vergisi tarife yapısı dilim sayısının azlığı ve vergi oranlarının yüksek olması dilimlerin oranları arasında azalan bir artan oranın bulunması vergi adaletini her geçen gün zedelemeye devam etmiştir. Gelir vergisi tarifesinin ilk diliminin tabanının genişliği her geçen gün artmakta, mükellefler fakirleşmekte orta gelirli kesim daralarak düşük gelirli kesimin genişlediği ve vergi yükünü sırtlanan kesimin de bu grup olduğu gözlemlenmektedir. Tarifenin şuan ki durumu açıkça ücretli kesim aleyhine adaleti bozucu şekilde olup tarifenin ilk diliminde bulunan kesimin ücret geliri elde edenlerden oluşması vergi yükünü de bu grubun üstlendiğini göstermektedir. 2021 yılında asgari ücrete getirilen vergi istisnası da bu durumu değiştirmemiştir. Asgari ücretin üzerinde gelir elde eden hizmet erbabının fazlalığı ve indirim oluşturulmakla birlikte asgari ücrete ve diğer ücretlere yapılan zamlarla birlikte gelir vergisi oranlarının değiştirilmemesi istisnayı etkisizleştirmiştir.

Ayrıca üst gelir diliminde bulunan mükelleflere uygulanan oranın yeterince yüksek olmadığı gibi aynı zamanda fazlaca vergi kolaylıklarının sağlanması da yüksek gelirlilerin vergiden kaçınabilme imkanının olduğu söylenebilecektir. Diğer bir görüşe göre ise, vergi sistemi içerisinde yüksek vergi oranlarının yanında muafiyet ve istisnalara yer verilmesi mükelleflerin bir kısmının vergi kaçırmasına ya da vergiden kaçınmasına neden olarak vergi hasılatını düşürdüğü gibi vergi adaletine de zarar vermektedir. Bu sebeple; muafiyet ve istisna uygulamalarına son verilerek bunun yerine vergi oranlarının düşürülmesi önerilmektedir<sup>148</sup>.

Bununla birlikte vergi yükünü sırtlanan ücretli kesimin vergiyi kaynaktan kesinti şeklinde ödemeleri nedeniyle vergiden kaçınma imkânlarının olmaması, vergi adaletinin bu şekilde bir artan oranlı tarife ile sağlanamayacağını gözler önüne sermektedir<sup>149</sup>. Ayrıca Türk gelir vergisi tarifesi, bünyesinde neden olduğu adaletsizlikler nedeniyle kayıt dışı ekonominin, vergi kaçakçılığının da artmasına neden olmaktadır. Yukarıdaki başlıklarda açıklanmış olduğu üzere; vergi kaçakçılığının

<sup>147</sup> Öztürk, “Verimlilik ve Adalet İlkeleri Açısından Türk Vergi Sistemindeki Değişimin Analizi”, 127-128.

<sup>148</sup> Şinasi Aydemir, *Türkiye’de Kayıt Dışı Ekonomi*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 1997, s. 182.

<sup>149</sup> Hayrettin Çınaklı, “Düz Oranlı Vergi Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, 2018), s. 163-164.

bulunduğu bir sistemde de, mükelleflerden birinin vergi kaçırma yolu ile zenginleşirken, aynı gelire sahip dürüst bir mükellefin vergi vermek suretiyle fakirleştiği gözlemlenmekte olup bu durum açıkça adil bir gelir dağılımından uzaklaşarak, adaletsizliğin arttığı bir sistemi karşımıza çıkarmaktadır. Türk gelir vergisi tarife yapısı günümüz itibariyle yukarıda ifade edilen sorunlar nedeniyle çözüme muhtaç bir durumdadır. Arka arkaya gerçekleştirilen ve aralarında bir uyum olmayan kısmi düzenlemeler neticesinde tarife yapısı daha fazla zarar görmüştür. Zarar gören unsurlar içerisinde düzeltilmesi mühim olan ilke vergi adaleti ilkesidir. Türk gelir vergisinde uygulanmakta olan tarifede uygulanan oranların yönelik oldukları gelir dilimleri ve artış durumları mükelleflerin mali güçlerinin vergilendirmede dikkate alınmasını imkânsızlaştırmaktadır. Her geçen gün artan ekonomik dalgalanma dönemlerinden en çok etkilenen kesimin düşük ve orta gelirli mükellefler olması nedeniyle, düşük ve dar gelirli yüksek vergi yükleri nedeniyle fakirleştirilmektedir<sup>150</sup>. Bu kapsamda; aşınan ve vergi adaleti konusunda istenilen sonuçların elde edilmesini zorlaştıran tarife yapısının yeni baştan oluşturulması gerekmekte olup kısa çözümler ve revizyonlardan kaçınılmalıdır.

Tarife yapısının yeni baştan oluşturulması noktasında düz oranlı tarife yapısının Türk gelir vergisi tarifesi olarak uygulanıp uygulanamayacağının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Düz oranlı vergi tarifesinin Türkiye’de uygulanabilirliği, açıklanan artan oranlı tarifenin sorunları açısından değerlendirilebilecektir. Düz gelir vergisi tarifesi ise Türkiye’de uygulanan vergi oranları düşünüldüğünde düşük ve tek bir vergi oranına geçilmesi vergi yükünü hafifleteceği için vergi kaçakçılığını da önlemiş olacak ve vergi adaletine bu bakımdan bir katkı sağlayacaktır. Bununla birlikte; aynı vergi oranı ile hem yüksek gelirli hem de düşük gelirli vergilendirilmesi halinde yine yüksek gelirli lehine bir düzen kurulmuş olacak ve artan oranlılıkta yaşanan vergi yükünün düşük gelirli ve orta gelirli üzerine kalma sorunu aşılamamış olacaktır. Bu kapsamda vergi kaçakçılığının önlenmesi ile sağlanan vergi adaleti yüksek ve düşük gelirli arasındaki gelir dağılımı dengesine zarar vermesi nedeniyle yeniden bozulmuş olacaktır.

Düz oranlı vergi tarifesi ile şu an Türk gelir vergisi sisteminde uygulanan bütün vergi kolaylıklarının kaldırılması bunun yerine düşük gelirli lehine standart bir indirim uygulanması fikri vergi adaleti açısından düşünülebilir. Türk gelir vergisi sistemimizde vergi kolaylıklarının

<sup>150</sup> Akdoğan, *Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım*, s. 69.



özellikle yüksek gelirli kesimin lehine olduğu düşünülduğünde bu vergi kolaylıklarının kaldırılması halinde yüksek gelirlilerden alınan vergi miktarı artacak ve düşük gelirliler lehine bir durum söz konusu olacaktır. Bununla birlikte düz oranlı vergi tarifesinde kullanılan bu sistemin uygulanabilmesi için mutlaka düz oranlı vergi tarifesine geçmek gerekmektedir. Artan oranlı vergi tarifesi uygulanmaya devam edilerek yine de vergi kolaylıklarının azaltılması bununla birlikte düşük gelirliler lehine standart bir indirimin de uygulanması söz konusu olabilecektir. Yüksek gelirlilerin kullanmış olduğu vergi kolaylıklarının kaldırılması halinde artan oranlılık özelliği kendini daha çok gösterecek ve yüksek gelirliler fiilen de yüksek oranda vergilendirilmeye başlanacak ve vergi yükü yüksek gelirlilere doğru geçme eğilimi içerisine girecektir.

Ayrıca, Türk gelir vergisi sistemi kamu harcamalarına sağlanan gelir açısından da oldukça önemli olup, Türkiye'nin diğer birçok ülkeye kıyasla sosyal devlet olma özelliğini devam ettirerek yapmakta olduğu kamu harcamalarının düşünülmesi gerekmektedir. Düz oranlı bir vergi tarifesine geçilmesi halinde vergi gelirlerinde bir azalma söz konusu olacak bu durum ise sosyal devlete, dolayısıyla sistemimize zarar vereceği için uygulanabilir olmayacaktır.

Sonuç olarak; düz oranlı vergi tarifesi Türk gelir vergisinde vergi adaletinin sağlanması ve sosyal devlet ilkesi yoluyla sağlanan sosyal adaletin temini açısından kanaatimizce tercih edilmesi gereken bir tarife değildir. Bununla birlikte; düz oranlı vergi tarifesinin vergi kolaylıklarını kaldırıcı ve standart bir indirim mekanizmasını sağlayıcı özelliği vergi reformu yoluyla artan oranlılığa uygulanarak adil bir gelir dağılımının sağlanması söz konusu olabilecektir.

## **SONUÇ**

Hukuki bir değer olarak vergi adaletinin tespiti, iki farklı yolla yapılabilmektedir. Bunlar; özgürlük kavramı yoluyla vergi adaletinin tespiti ve sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaletinin tespiti olup söz konusu yollar, devletlerin kendi hukuk sistemlerinde kabul etmiş oldukları hukuki değerlere göre değişiklik göstermektedir. Sosyal devlet ilkesinin amacı sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanması olup bu amaçlar içerisinde en önemlisi ise sosyal adaletin sağlanmasıdır. Sosyal devletin sosyal adalete ulaşma amacı yalnızca teorik ve soyut bir temelden ibaret olmayıp aksine sosyal adalet kapsamında devlete verilen görevler neticesinde somutlaşmaktadır. Sosyal adalete uygun bir vergileme politikasına göre vergi sistemi toplum içerisinde gelir eşitsizliklerini ve

adaletsizlikleri ortadan kaldıracak şekilde düzenlenmeli ve bu sayede vergi sistemi devamında sosyal adaleti de getirmelidir. Buna göre, sosyal devlet ilkesi ile vergi adaletine ulaşılması adil bir gelir dağılımına ve dolayısıyla sosyal adalet kavramına götürmektedir. Zira sosyal adaletin sağlanma yollarından biri olarak görülen gelir ve servet dengesinin sağlanması düşüncesi aynı zamanda vergi adaletinin de asıl ulaşmak istediği amaçtır. Sonuç olarak; sosyal devletin bir amacı olan sosyal adaletle ulaşmak aynı zamanda vergi adaletine de ulaşmak anlamına gelmekte olup bu durum nihai olarak adil gelir dağılımı ile sağlanmaya çalışılmaktadır.

Vergi tarifelerinin sosyo-ekonomik etkisi göz önüne alındığında sosyal devlet ilkesi yoluyla vergi adaletinin temininde de mali güce ulaşmak için özellikle vergi tarifelerinden yararlanılması oldukça gereklidir. Bu kapsamda tarifelerin vergi adaletine ulaşmak için ne şekilde düzenlenmesi gerektiği ise hem öğretilerde hem uygulamada oldukça tartışmalıdır.

Türk gelir vergisi tarife yapısının vergi adaleti açısından incelenmesi neticesinde ise; Gelir vergisi tarifesinin ilk dilimin vergi oranının yüksekliğinin, dilimin kapsamına giren kişilerin kazançlarının ortalama düzeyinin hesaplanması halinde ortaya çıkan sonucun vergi adaletini zedeleyici etki yapmış olduğu gözlemlenebilecek ve ilk dilime uygulanan vergi oranının değiştirilmemesi halinde vergi yükünün düşük gelirli kişiler üzerinde kalması devam edecektir.

Gelir vergisi tarifesinin oranlardaki artış az olup tarife yapısını basık hale getirmektedir. Tarife yapısının basık olması vergi yükünün yüksek gelirli kişiler lehine bir yön izlemesine neden olmakta ve kişilerin mali güçlerine göre vergilendirilmesi ilkesi etkisini kaybetmektedir. Gelir vergisi tarifemizin ortalama vergi oranının artışının durumu değerlendirildiğinde, tarifenin düşük gelirli kişiler aleyhine bir seyir izlediği görülmektedir. Dilim sayısının az olması ve dilimlerin tabanının geniş olması nedeniyle, yüksek gelirli kişilerin gelirlerine göre yüksek oranda vergilendirilirler ancak; bir dilim içinde gelir düzeyi arttıkça artan oranlılığın kaybolduğu söylenebilecektir. Artan oranlılığın kaybolması ise beraberinde kişilerin mali güçlerine olan dikkati azaltacak bu sebeple de toplumda adil bir gelir dağılımından uzaklaşılacaktır. Ülkemizde vergi tarifesinin artan oranlılığın etkisini arttırabilmesi için yeniden düzenlenmesine ihtiyacı bulunmaktadır. Bu değişiklikler daha çok dilim vergi yükünün yüksek gelirli kişilere kaydırılması yoluyla gerçekleşebilecektir. Bu kapsamda öncelikle ilk dilime uygulanan vergi oranının düşürülmesi gerekmektedir. Ayrıca belirli bir miktar gelire kadar düz oranlı vergi tarifesinde uygulandığı şekilde standart bir indirim mekanizmasına gerek duyulmaktadır. Bu sayede şu anda vergi yükünün

büyük bir çoğunluğuna katlanmak zorunda olan düşük gelirli lehine vergi adaleti sağlanmış olacaktır. Bunun haricinde dilimlerin oranları arasındaki farkın da artırılması gerekmektedir. Zira enflasyon etkisiyle vergi oranların aşınması da göz önüne alındığında vergi tarifesinin düz oranlı vergi tarifesine doğru evrildiği tarih olarak görülmüş ve görülmeye de devam etmektedir.

Sonuç olarak; Türk gelir vergisi tarife yapısı günümüz itibariyle yukarıda ifade edilen sorunlar nedeniyle çözüme muhtaç bir durumdadır. Arka arkaya gerçekleştirilen ve aralarında bir uyum olmayan kısmi düzenlemeler neticesinde tarife yapısı daha fazla zarar görmüştür. Bu kapsamda; aşınan ve vergi adaleti konusunda istenilen sonuçların elde edilmesini zorlaştıran tarife yapısının yeni baştan oluşturulması gerekmekte olup kısa çözümler ve revizyonlardan kaçınılmalıdır. Söz konusu revizyon artan oranlılığın değiştirilmesi bunun yerine düz oranlılığın getirilmesi şeklinde olmamalıdır. Düz oranlı vergi tarifesi Türk gelir vergisinde vergi adaletinin sağlanması ve sosyal devlet ilkesi yoluyla sağlanan sosyal adaletin temini açısından kanaatimizce tercih edilmesi gereken bir tarife değildir. Bununla birlikte; düz oranlı vergi tarifesinin vergi kolaylıklarını kaldırıcı ve standart bir indirim mekanizmasını sağlayıcı özelliği vergi reformu yoluyla artan oranlılığa uygulanarak adil bir gelir dağılımının sağlanması söz konusu olabilecektir.

### KAYNAKÇA

- Akbay, Mehmet, *Vergi Reformlarının Ekonomik Temelleri ve Sonuçları*, Maliye Hesap Uzmanları Vakfı Yayınları, No:3, Ankara, 1995.
- Akdoğan, Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, 20. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- Akdoğan, Abdurrahman, *Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım*, Ankara 1980.
- Akdoğan, Abdurrahman, *Vergilerin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Yayını, Ankara, 1991.
- Akgül Yılmaz, Gülay, “Türkiye’de Gelir Vergisi Tarifesinde Meydana Gelen Değişikliklerin Vergilendirmede Adalet İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 21, S:1, 2006.
- Aktan, C. Can, “21. Yüzyıl için Radikal Bir Vergi Reform Önerisi: Düz Oranlı Vergi, Türkiye Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler”, *Serbest Meslek Mensupları ve Yöneticiler Vakfı Yayınları*, No:5, Ankara, 2000.

- Aktan, C. Can, “Gelir Dağılımında Adaletsizlik ve Yoksulluk Sorunu İle Mücadelede Vergi Tarifesinin Belirlenmesi: Artan Oranlı Mı, Yoksa Düz Oranlı Vergiler Mi?”, *Yoksullukla Mücadele Stratejileri, Hak-İş Konfederasyonu Yayını*, Ankara, 2002.
- Aktan, Can, *Vergi Dışı Piyasa Ekonomisi*, Türkiye Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler, Serbest Meslek Mensupları ve Yöneticiler Vakfı Yayınları, Ankara, 2000.
- Arık, Ferhat, “Ayşe Buğra: Sosyal Adalet İçin Sosyal Politika”, *Sosyal Adalet Kuramında Güncel Tartışmalar Doğu Batı Ekseninde Farklılaşan İzdüşümleri* (Editör: Mehmet Çakır), Çizgi Kitabevi, Konya, 2019.
- Armağan, Ramazan, “Türkiye’de Gelir ve Kurumlar Vergisi Oranlarında İndirimin Vergi Gelirleri Üzerine Etkileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C:12, S:3, 2007.
- Ashford, Nigel, (Çeviri: Can Madenci), *Özgür Toplumun Değerleri*, Liberte Yayınları, Ankara, 2012.
- Ata, Ahmet Y., “Vergi Teorisi Açısından Bir Vergileme İlkesi Olarak Adalet İlkesinin İncelenmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001).
- Aydemir, Şinasi, *Türkiye’de Kayıt Dışı Ekonomi*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 1997.
- Balı, Ali Şafak, *Çok Kültürlülük ve Sosyal Adalet*, Çizgi Kitabevi, Konya, 2001.
- Balta, T. Bekir, *İdare Hukuku*, C: I, Genel Konular, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1972.
- Barry, Norman P., *Modern Political Theory*, Palgrave Press, New York, 2000.
- Barut, Nuriye, “Türkiye’de Artan Oranlı Vergi Sistemi ve Gelir Dağılımı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi Ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Programı, İzmir 2013).
- Başaran Yavaşlar, Funda *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Başaran, Funda, “Alman Anayasa Mahkemesinin Vergi Hukukuna Önemli Gelişmeler Getiren Varlık Vergisi Kararlarının Değerlendirilmesi ve Türk Vergi Sistemine Yansımaları.”, Halil Nadaroğlu’na Armağan, *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Yayınları*, İstanbul 1998.

- Birinci, Nagihan ve Akyazı, Haydar, “Düz ve Artan Oranlı Kişisel Gelir Vergisi Tarifelerinin Ekonomik Etkileri”, *Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C:13, Yıl: 13, S:1, 2017.
- Birinci, Nagihan, “Teori ve Uygulama Bazında Düz ve Artan Oranlı Vergi Tarifelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, (Doktora Tezi, Trabzon, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015).
- Browning, K. Edgar ve Browning, M. Jacqueline, *Public Finance and the Price System*, Macmillan Publishing, London, 1983.
- Budak, Tamer, *Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Bulut, Nihat, “Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu Mu?”, *A.Ü. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 52, S: 2, Ankara, 2003.
- Bulutoğlu, Kenan, *Türk Vergi Sistemi*, Fakülteler Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1970.
- Çağan, Nami, *1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme*, Prof. Dr. Hakkı Sur’a Armağan, Ankara 1983.
- Çakır, Mehmet, “Erol Güngör ve Sosyal Adalet”, *Sosyal Adalet Kuramında Güncel Tartışmalar Doğu Batı Ekseninde Farklılaşan İzdüşümleri*, (Ed. Mehmet Çakır), Çizgi Kitabevi, Konya, 2019.
- Çelikkaya, Ali, “Dual Income Tax: A Reform Option for Personal Income Tax in Turkey”, *Business and Economic Horizons*, Volume:3, Issue: 3, 2010.
- Çınaklı, Hayrettin, “Düz Oranlı Vergi Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, 2018).
- Çomaklı, Ş. Ertan ve Gödekli, Mehmet, *Vergilemede Anayasal Prensipler*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011.
- Demirli, Yunus, “Gelişmekte Olan Ülkelerde Vergi Reformları ve Türkiye’de Gelir Üzerinden
- Dikmen, Orhan, *Maliye Dersleri*, Giriş ve Genel Vergi Teorisi, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973.
- Doğrusöz, Bumin, “Yargı Kararlarının Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirilmesi”, XIII. Türkiye Maliye Eğitimi Sempozyumu, Antalya 1997.
- Edwards, Chris, “Options For Tax Reform”, *Policy Analysis*, No:536, 2005, <http://www.cato.org/publications/policy-analysis/options-tax-reform> (Erişim Tarihi: 08.06.2021).
- Erkin, Gözde, “Artan Oranlılık”, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 2012/3, 2012.

- Ernes, Joel ve Clemens, Jason ve Basham, Patrick ve Dexter, Samida, “Flat Tax Principles and Issues”, *Fraser Institute Critical Issues Bulletin*, 2001.
- Feld, Alan L., “Living With The Flat Tax”, *National Tax Journal*, Vol: 48, No:4, 1995.
- Friedman, Milton, *Free to Choose*, Harcourt Brace Jovanovich Publishing, New York, 1980.
- Gerçek, Adnan, “ABD’de Vergi Reformu Tartışmaları ve Tek Oranlı Vergi (Flat Tax) Sistemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C:14, S:1, 1999.
- Gül, Hüseyin ve Sallan Gül, Songül, “Sosyal Devletten Çalışma Refahına Geçişte Sosyal Haklar ve Yoksullar”, *Amme İdaresi Dergisi*, S: 40(3).
- Güven, Sami, *Sosyal Politikanın Temelleri*, Ezgi Yayınları, Bursa, 1995.
- Hall, Robert ve Rabushka, Alvin, “The Flat Tax”, *Stanford University Hoover Institution Press*, California, 1995.
- Herekmen, Aykut, *Genel Vergi Teorisi*, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Kalite Matbaası, Ankara 1976.
- Kay, J.A. ve King, M.A., *The British Tax System*, 3. Edition, Oxford University Press, New York, 1990.
- Kırboğa, Ziyaeddin, “Ahmet Cevdet Paşa’da Sosyal Adalet Anlayışı”, *Sosyal Adalet Kuramında Güncel Tartışmalar Doğu Batı Ekseninde Farklılaşan İzdüşümleri*, (Ed. Mehmet Çakır), Çizgi Kitabevi, Konya, 2019.
- Kirchhof, Paul, “Steuergleichheit”, *Steuer und Wirtschaft*, 1984.
- Kirmanoglu, Hülya, “Türkiye’de Vergi Reformları, Siyasal İktidarlar ve İktisat Politikaları”, *M.A.M.K.*, 36. Seri, Cumhuriyetin 70. Yılı Özel Sayısı, İstanbul 1994.
- Kozan, Mustafa, “Gelir Vergisi Oranlarının Gelişimi”, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/M.Kozan-9.pdf> (07.05.2021).
- Lang, Joachim (Çeviren: Funda Başaran), “Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri”, XII. Maliye Eğitimi Sempozyumu, Antalya 1997.
- Maslove, Allan M., *The Pattern of Taxation in Canada*, Economic Council of Canada, Ottawa, 1973.
- Mises, Von Ludwig, *Human Action*, The Scholar’s Edition, Ludwig Von Mises Institute, Auburn, Alabama, 1998.
- Mill, J. S., *On Liberty*, (Editor: E. Rapaport), Hackett Publishing Company, Indiana, 1978.

- Miller, David, *Principles of Social Justice*, Harward University Press, Cambridge, 1999.
- Mutluer, Kamil ve Dayanç Kuzeyli, N. Nilay, *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Nadaroğlu, Halil, *Kamu Maliyesi Teorisi*, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 11. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000.
- Oyan, Oğuz, *Dışa Açılma ve Maliye Politikaları:1980-89*, 2. Baskı, V Yayınları, Ankara 1989.
- Öncel, Mualla ve Ahmet Kumrulu ve Çağan, Nami, *Vergi Hukuku*, 27. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 17. Basım, Ankara, 2017.
- Özdemir, Harun, “Vergilemede Adalet Açısından Düz ve Artan Oranlilik”, *Vergi Sorunları Dergisi*, C:28, S:202, 2005.
- Öztürk, H. Sinan, “Verimlilik ve Adalet İlkeleri Açısından Türk Vergi Sistemindeki Değişimin Analizi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, İstanbul, 2012).
- Pamak, Mehmet, “Sosyal Adalet Açısından, Türk Gelir Vergisinde En Az Geçim İndirimi, Müterakkilik ve Ayırma Prensimi”, *İstanbul Üniversitesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi*, S: 24, 1975.
- Pechman, Joseph A., *Federal Tax Policy, Studies Of Government Finance*, The Brookings Institution, Washington, 1967.
- Piper, Sue ve Murphy, Carol, “Flat Personal Income Taxes: Systems in Practice in Eastern European Economies”, 2005, <https://www.semanticscholar.org/paper/Flat-Personal-Income-Taxes%3A-Systems-in-Practice-in-Piper-Murphy/dfa304db536cb2f3ab647f0a9baf092135296709> (Erişim Tarihi: 04.05.2021).
- Pogge, Thomas, *Küresel Yoksulluk ve İnsan Hakları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Popper, Karl Raimund (Çeviri: Mete Tunçay), *Açık Toplumun Düşmanları*, Liberte Yayınları, Ankara, 2013.
- Rawls, John, *Siyasal Liberalizm*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.
- Rawls, John (Çeviren: Vural Fuat Savaş), “Bölüşürücü Adalet”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz)*, 7. Kitap, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Revised Edition, The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.

- Saban, Nihal, “Prof. Dr. Joachim Lang’in Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri Tebliğine Yorum”, XIII. Türkiye Maliye Eğitimi Sempozyumu, Antalya, 1997.
- Sallan Gül, Songül, *Sosyal Devlet Bitti Yaşasın Piyasa! Yeni Liberalizm ve Muhafazakarlık Kıskaçında Refah Devleti*, 2. Baskı, ebabil Yayınları, Ankara, 2006.
- Sarioğlu, Fatih, “Vergi Sisteminin Bütünselliği ve Artan Oranlılık”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, S: 1, 2002.
- Sevinçhan, Ezgi, “Sosyal Devlet İlkesini Gerçekleştirmeye Yönelik Vergi Araçları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014).
- Sonsuzoğlu, Elif, “Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 1997).
- Şen, Hüseyin ve Sağbaş, İsa, *Vergi Teorisi ve Politikası*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Barış Arıkan Yayınları, Ankara, 2017.
- Şenatalar, Burhan ve Önder, İzzettin ve Oyan, Oğuz ve Seviğ, Veysi, *Türkiye’de 1980 Sonrası Vergi Politikası*, Türkiye Sosyal Ekonomik ve Siyasal Araştırmalar Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996.
- Şentürk, Suat Hayri, “Vergilemede Adalet İlkesi Karşısında Düz ve Artan Oranlı Vergiler”, *Çimento İşveren Dergisi*, 2006.
- Şenyüz, Doğan ve Yüce, Mehmet ve Gerçek, Adnan, *Türk Vergi Sistemi*, 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.
- Taş, Levent, “David Harvey: Sosyal Adaletin Mekansal Analizi”, *Sosyal Adalet Kuramında Güncel Tartışmalar Doğu Batı Ekseninde Farklılaşan İzdüşümleri*, (Editör: Mehmet Çakır), Çizgi Kitabevi, Konya, 2019.
- Tekin, Fazıl, *Teoride ve Uygulamada Artan Oranlılık*, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yayınları No:162, Eskişehir 1976.
- Topakkaya, Arslan, “Sosyal Adalet Kavramı Sadece Bir İdeal Midir?”, [http://www.politikadergisi.com/sites/default/files/kutuphane/sosyal\\_adale t\\_kavrami\\_sadece\\_bir\\_ideal\\_midir.pdf](http://www.politikadergisi.com/sites/default/files/kutuphane/sosyal_adale_t_kavrami_sadece_bir_ideal_midir.pdf) (28.03.2021).
- Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 1997.
- Vural, Mahmut, “29 Mayıs 2007 Tarihinde Hesap Uzmanları Kurulu’nca Ankara’da Düzenlenen Panelin Açılış Konuşması”, <http://www.huk.gov.tr/konusmala.asp?id=7> (29.04.2021).



- Waligorski, Conrad, “Introduction”, *Anglo-American Liberalism: Readings In Normative Political Economy* (Editors: C. Waligorski and T. Hone), Nelson-Hall Publishing, Chicago, 1981.
- Yaraşlı Genç Osman ve Duman, Kamil, “Vergi Sistemleri Üzerine Düşünceler”, *Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi*, S:2, Yıl:29.
- Yavuz, Hakan, “Vergi Adaleti ve Vergileme Alanında Adaleti Etkileyen ve Adaleti Sağlamaya Yarayan Bazı Yöntem ve Uygulamalar”, *Mali Kılavuz Dergisi*, S:35, 2007.
- Yılmaz, Akgül, “Türkiye’de Gelir Vergisi Tarifesinde Meydana Gelen Değişikliklerin Vergilendirmede Adalet İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”.
- Yılmaztürk, Aysun, “Gelir Vergisi Kanunu’ndaki İstisna ve Muafiyetlerin Sosyal Devlet Açısından Değerlendirilmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, 2004).
- Zimmermann, Horst ve Henke, Klaus D., Broer, Michael, *Finanzwissenschaft: Eine Einführung in die Staatsfinanzen*, 12. Auflage, Vahlens Handbücher, Vahlen, 2017.



# H HİZMET NEDENİYLE GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN SMMM VE YMMLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATION OF THE OFFENCE OF THE BREACH OF CONFIDENCE  
DUE TO SERVICE IN TERMS OF PAs AND CPAs)

**Doç. Dr. Güliden Şişman \* \*\***  
**Dr. Öğr. Üyesi Şenel Sarsıkoğlu \* \*\***

## ÖZ

*Güven duygusu, kişinin maddi ve manevi varlıklarını kendisi dışında üçüncü şahısların koruması altına bırakabilmesi için gereklidir. Bu nedenle ceza hukukunda, güven duygusunun suiistimali müeyyideye bağlanmıştır. Kanun koyucu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 155'te güveni kötüye kullanma suçunu düzenleyerek insanlar arasındaki ilişkilerde güven duygusunun korunmasını sağlamaya çalışmıştır. Güveni kötüye kullanma, kişinin belli şartlar altında kendisine verilen bir mal veya yetkiyi, zilyetliğin devir amacı dışında kendisinin ya da başkasının yararına kullanmasıdır. Güveni kötüye kullanma suçunun "başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak malın tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi" nitelikli halini teşkil etmektedir. Çalışmada Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirlerin TCK m. 155'te yer alan suçun faili olup olamayacağı hususu, ilgili kanun ve yönetmelikteki görev tanımlarında yer alan defter ve belgeleri saklama ve muhafaza yükümlülüğü bakımından değerlendirilmiş, özellikle defter ve belgelerin mükellefe iade edilmemesi, vergi borcu ve SGK primi gibi resmi kurumlara yapılacak ödemelerin yapılmaması tüm yönleriyle ele alınıp tartışmalı hususların önerilerimizle aydınlatması amaçlanmıştır.*

---

H Eserin Dergimize geliş tarihi: 19.09.2022. İlk hakem raporu tarihi: 06.12.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 08.01.2023. Onaylanma Tarihi: 09.01.2023.

\* Doçent Doktor, Mersin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6467-6048.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Devletler Hukuku Ana Bilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2204-8422.

**Eserin Atf Şekli:** Güliden Şişman, Şenel Sarsıkoğlu, "Hizmet Nedeniyle Güveni Kötüye Kullanma Suçunun SMMM ve YMMLer Açısından Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XX, 2023/1, s.165-188.

**Anahtar Kelimeler:** Güven, vergi, mali müşavir, yeminli mali müşavir, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu.

### **ABSTRACT**

*A sense of confidence is necessary so that a person can leave his material and non-material assets under the protection of third parties other than himself. Therefore, the breach of confidence is a punishable crime in the penal code. The law maker tried to ensure the preservation of a sense of trust in relationships between people by establishing the offence of the breach of confidence in Article 155 of the Turkish Penal Code No. 5237. A breach of confidence is the use of property or authority granted to someone under certain circumstances for the benefit of oneself or someone else, except for the purpose of transferring possession. It is the major form of the crime of breaching the trust, "Committing the crime related the goods that have been entrusted and delivered as a requirement of the authority to manage someone else's goods". In our study, we evaluated whether the Public Accountants and Sworn-in Certified Public Accountants can be the perpetrators of the crime specified in Article 155 of the Turkish Penal Code, especially in the context of failure to return books of accounts and documents to the taxpayer, and failure to make official payments such as tax debt, social security premiums. Thus, it is aimed to deal with all aspects of the issues and to illuminate the controversial issues with our suggestions.*

**Keywords:** Confidence, tax, public accountants, sworn-in certified public accountants, offence of the breach of confidence due to service.

\*\*\*

## **GİRİŞ**

Güven duygusu, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını kendisi dışında üçüncü şahısların koruması altına bırakabilmesi için mutlaka var olması gereken bir olgu olduğu için ceza hukukunda güven duygusunu suiistimal edici davranışlar müeyyideye bağlanmıştır<sup>1</sup>. Kanun koyucu, Türk Ceza Kanunu<sup>2</sup> (TCK) 155. maddesinde güveni kötüye kullanma suçunu

<sup>1</sup> Sahir Erman, *Sahtekarlık Cürümleri* (3. Baskı, İstanbul Üniversitesi 1970) 6. Yazar, bireylerin sosyal hayatta ilişki kurduklarında kendilerine söylenen sözlere ve kendilerine gösterilen şeylere inanç ve güven beslediklerine; bunun kaynağının ise kendi duygu, düşünce ve yaşam deneyimleri ya da karşısındakilerin şahsına olan güven olduğuna işaret etmektedir. Bu bakımdan güveni kötüye kullanma suçuyla korunan güvenin sadece bireysel ve özel nitelikteki güven olduğunu ifade etmeliyiz.

<sup>2</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611. Bundan sonra çalışmamızda TCK olarak anılacaktır.  
*YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)*

düzenleyerek insanlar arasındaki ilişkilerde güven duygusunun korunmasını sağlamaya çalışmıştır<sup>3</sup>. Ancak şunu belirtmekte fayda vardır ki suç tipinde yer alan ve ilk dikkati çeken ‘güven’ kavramı olmakla birlikte ceza hukuku ile korunmak istenen merkezdeki toplumsal değerler mülkiyet ve zilyetlik hakları olup güven duygusu da bu haklar bağlamında dolaylı olarak koruma altına alınmaktadır<sup>4</sup>.

Güveni kötüye kullanma suçu, TCK’nın Özel Hükümler Kitabının Malvarlığına Karşı Suçlar Bölümü 155. maddesinde yer almaktadır. İlgili maddeye göre:

“1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

Birinci fıkrada suç tipinin temel hali düzenlenmiş iken ikinci fıkrada nitelikli halleri yer almaktadır<sup>5</sup>. Maddeye göre; güveni (inancı) kötüye kullanma diğer bir deyişle emniyeti suiistimal kavramı, kişinin belli koşullarda kendisine bırakılan bir yetki veya eşyayı zilyetliğin devir amacı haricinde kendisi ya da bir başkasının menfaatine kullanmasını ifade etmektedir.

Güveni kötüye kullanma fiilinin üzerinde gerçekleştirildiği maddi konuyu “başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan taşınır veya taşınmaz

<sup>3</sup> Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku İkinci Kitap: Özel Hükümler* (1. Baskı, Seçkin 2021) 105. Yazar, burada korunan hukuki değerın kişilerin sözleşmeleri sebebiyle birbirlerine karşı duydukları güven olduğunu belirtmektedir.

<sup>4</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (3. Baskı, Savaş 1999) 256. Yazar, kanun koyucu tarafından eşyanın asıl sahibi (malik) olmayan zilyedin bu sıfatını kullanarak fayda elde etmesi halinde özel hukuk müeyyidelerinin yeterli görülmediği ve ceza hukuku yaptırımına bağlandığını ifade etmektedir.

<sup>5</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (5. Baskı, Adalet 2018) 670. Yazarlar, bu suç bakımından yapılacak değerlendirmelerde ayrıca TCK 167-169. maddelerinde yer alan hükümlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

mal” oluşturmaktadır<sup>6</sup>. Bu özellikleri taşımayan bir eşyaya karşı güveni kötüye kullanma suçu işlenemeyecektir.

TCK 155. maddesinin 2. fıkrasında faille mağdur arasındaki bağ ve failin vasfıyla ilgili olarak düzenlenen nitelikli hal, “başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi” şeklinde ihdas edildiğinden faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren bu nitelikli halin uygulanması şartı olarak kişiler arasında mutlaka meslek, sanat, ticaret ya da hizmet bağlantısının bulunması gerekli değildir<sup>7</sup>.

Çalışmamızın konusunu serbest muhasebeci mali müşavirler (SMMM) ile yeminli mali müşavirlerin (YMM) güveni kötüye kullanma suçunu işleyip işleyemeyeceğinin ve dolayısıyla suç genel teorisi bakımından bunların ilgili suçun faili olup olamayacağı hususunun Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Öncelikle faille mağdur arasındaki ilişkiyi referans alan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun unsurları üzerinde durulacaktır.

## I. HİZMET NEDENİYLE GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

### A. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

Güveni kötüye kullanma suçu, kanun koyucu tarafından 5237 sayılı TCK'nın 155. maddesi ve malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında ihdas edilmiştir. Maddenin ilk fıkrası suçun temel şekline, ikinci fıkrası ise nitelikli haline yer vermektedir. Buna göre; ilk fıkrada “Başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmü yer almaktayken; ikinci fıkrada “Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin

<sup>6</sup> Serkan Meraklı, ‘Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)’ (2009) 11(Özel) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1657, 1666; Koca ve Üzülmöz (n 5) 673; Özbek (n 3) 105.

<sup>7</sup> Nitekim Yargıtay bir kararında; “apartman yöneticisinin kat maliklerinden toplanan parayı yeni yönetime devretmemesi failini hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal olarak” değerlendirmiştir. Kararın tamamı için bkz. Yargıtay 11 CD, E 2003/9372, K 2004/7237, 07.10.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022.

gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.” biçiminde kodifike edilmiştir. Güveni kötüye kullanma suçunun işlenebilmesi için önce tipikliğin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Tipiklik, suç teşkil eden davranışın ceza normundaki soyut tasviri olup bir eylemin suç sayılabilmesi için ilkin, dış dünyada değişikliğe sebep olan fiilin, ceza yasasındaki tanıma yani modele diğer bir deyişle tipe uygun olması zorunludur<sup>8</sup>. Suçun unsuru olan tipikliğin neticesi olarak failin davranışı, yasada yazılı olan suç tiplerinde yer verilen vasıfları taşıyorsa bu davranışından dolayı fail cezalandırılmayacaktır. Eğer failin eylemi, kanunda belirtilen suç tarifine uygunluk arz ediyorsa fiilin tipik olduğu kabul edilecektir<sup>9</sup>.

### 1. Fail ve Mağdur

Başkasına ait bir malın zilyetliği muhafaza edilmesi ya da belli bir şekilde kullanılması amacıyla kendisine devredilmiş olan şahıslar bu suçun faili olacaktır. Bu bakımdan suç, bizzat işlenebilen (gerçek özgü) suç niteliğini haizdir<sup>10</sup>. Suçun faili malın zilyetliği kendisine devredilen kişi olduğu için zilyet yardımcıları, zilyedin gözetimi ve fiili hakimiyeti altında malı sadece ellerinde bulundurdıkları, dolayısıyla da kendilerine zilyetlik devredilmediği için bu suçun faili olamayacaklardır<sup>11</sup>. Bu noktada ifade

<sup>8</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2021) 160; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2021) 105; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin 2021) 210; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet 2019) 128.

<sup>9</sup> Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:1* (13. Baskı, Beta 1997) 362, Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Baskı, Beta 2017) 235; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin 2014) 235. Yazarlar, tipiklik unsuru için yasallık unsuru, kanuni unsur veya suçun kanuni unsuru kavramlarını kullanmayı tercih etmektedir.

<sup>10</sup> Asuman Aytekin İnceoğlu, ‘Güveni Kötüye Kullanma Suçu’ (2018) 17(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41, 46; Özbek (n 3) 107; Koca ve Üzülmöz (n 5) 671. Son yazarlar, suçun yükümlülük suçu olduğunu; dolayısıyla eşya üzerinde kimin lehine zilyetlik tesis edilmişse ancak bu kişiler tarafından yükümlülüğün gereklerine aykırı davranışta bulunulabileceğini haklı olarak ifade etmektedir.

<sup>11</sup> Gerçekten de bu kişiler, malı ellerinde zilyet olma iradesiyle değil, belli bir hizmeti ifa etmek amacıyla bulundurmaktadır. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Baskı, Seçkin 2021) 845; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (4. Baskı, Beta 2017) 464; Meraklı (n 6) 1673; Aytekin İnceoğlu (n 10) 46.

edelim ki güveni kötüye kullanma suçunun mağduru, aralarındaki sözleşmesel ilişki dolayısıyla malın zilyetliğini faile devreden ve güveni sarsılan malik ya da zilyet sıfatını haiz kişidir<sup>12</sup>.

Mali müşavirlerin sorumluluk alanları, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu<sup>13</sup> 2. maddesinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre; mali müşavirlerin sorumluluğu:

*“Gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin;*

*a) Genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince, defterlerini tutan, bilanço, kar/zarar tablosu ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenleyen ve benzer işlerini,*

*b) Muhasebe sistemlerini kuran, geliştiren, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenleyen veya bu konularda müşavirliklerini,*

*(a) ve (b) bentlerinde belirtilen konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapan, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş veren, rapor ve benzerlerini düzenleyen, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işlerini,*

*Bir işyerine bağlı olmaksızın yapmak”* şeklinde hüküm altına alınmaktadır. 3568 sayılı Kanun’da yazılı görev tanımı kapsamında serbest muhasebeci mali müşavirlere defter ve belgelerin tevdi edilmesi imkan dahilinde bulunmaktadır<sup>14</sup>. SMMM’ler, söz konusu defter ve belgelerin kendilerine tevdi edilmesi ve fakat tevdi amacı haricinde kendileri yahut başkalarının yararına bunlar üzerinde tasarrufta bulunmaları halinde güveni kötüye kullanma fiili üzerinde hakimiyet kurmuş olacaklarından bu suçun faili sıfatını taşıyacaklardır.

## **2. Suçun Konusu Olarak Zilyetliği Faile Devredilmiş Mal**

Mal, üzerinde hakimiyet kurulabilen ve bunun yanı sıra maddi bir bütünlüğü olan şeyler olarak tanımlanmaktadır<sup>15</sup>. Suçun konusuna ilişkin

<sup>12</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 672; Özbek (n 3) 109; Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 465. Aksi yönde, Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 846.

<sup>13</sup> Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu, Kanun Numarası: 3568, Kabul Tarihi: 01.06.1989, RG 13.06.1989/20194. Bundan sonra çalışmamızda 3568 sayılı Kanun ya da kısaca MMK olarak anılacaktır.

<sup>14</sup> Gökhan Kürşat Yerlikaya, *SMMM ve YMM Kanunu Şerhi* (1. Baskı, Seçkin 2021) 51; Fazıl Tekin ve Ali Çelikkaya, *Vergi Denetimi* (9. Baskı, Seçkin 2022) 66.

<sup>15</sup> M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Adalet 2019) 525; Eraslan Özkaya, *Eşya Hukuku Mülkiyet Genel Hükümler Cilt-I-A* (1. Baskı, Seçkin 2022) 34. Son yazar, Türk hukukunda eşya kavramının *YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)*



5237 sayılı TCK'da "başkasına ait mal" deyimini kullanılmaktadır<sup>16</sup>. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunun konu unsurunu, "başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan" eşya oluşturmaktadır<sup>17</sup>. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 973. maddesi uyarınca; "Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir." Kanun koyucu, üzerinde zilyetlik kurulan malın taşınır veya taşınmaz olması açısından bir ayrıma gitmemiştir<sup>18</sup>. Bu noktada güveni kötüye kullanma suçu açısından suçun konusunu değerlendirdiğimizde, ilkin TCK 155. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere suçun konusunu oluşturan malın, fail haricinde bir kimseye ait bulunması gerekmektedir<sup>19</sup>. İkinci olarak suç konusu malın, failin zilyetliğinde<sup>20</sup> olması aranır ki failin zilyetliğinde olmayan bir eşya bakımından bu suçun işlenebilmesi imkan dahilinde gözükmemektedir<sup>21</sup>. Ayrıca suçun konusunu oluşturan eşyanın zilyetliğinin belli bir amaçla (muhafaza edilmesi ya da belirli bir şekilde kullanılması için) faile devredilmesi lazım gelmektedir. Yine ekonomik değeri olmayan mallar da bu suçun konusuna girmektedir<sup>22</sup>. Bu noktada ifade edelim ki her bir parçasının genel hayat ve ticari ilişkiler bakımından farklı bir özellik barındırmadığı ve bundan dolayı birinin aynı özellikteki diğeri ile ikame edilebildiği para gibi misli eşyalar<sup>23</sup> da bu suçta konu olabilir<sup>24</sup>. Yargıtay'ın

tanımlanmamış olması sebebiyle şey, eşya, mal veya nesne deyimlerinin kullanıldığını ancak bu kavramların tam olarak birbirine intibak etmediğini haklı olarak ifade etmektedir.

<sup>16</sup> Meraklı (n 6) 1667; Aytekin İnceoğlu (n 10) 52.

<sup>17</sup> Koca ve Üzülmüş (n 5) 673; Özbek (n 3) 105.

<sup>18</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 846; Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 467. Yazarlar, kanun koyucunun buradaki malın taşınır ya da taşınmaz mal olmasına ilişkin açıklığa yer vermeyerek bir ayrıma gitmediğini belirtmektedir.

<sup>19</sup> Koca ve Üzülmüş (n 5) 673; Özbek (n 3) 105; Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 846; Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 468; Meraklı (n 6) 1667; Aytekin İnceoğlu (n 10) 52.

<sup>20</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607. 973. maddesinde; "Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir." şeklinde bir tanımlama getirmiştir. Bu bakımdan öz olarak zilyetliğin bir şey üzerindeki fiilî hâkimiyet anlamına geldiği ifade edilmektedir. Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2008) 124.

<sup>21</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2021) 693; Koca ve Üzülmüş (n 5) 674; Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 849; Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 469; Meraklı (n 6) 1673; Aytekin İnceoğlu (n 10) 54.

<sup>22</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 848; Meraklı (n 6) 1668; Aytekin İnceoğlu (n 10) 49. Aksi yönde, Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 466.

<sup>23</sup> Oğuz Sadık Aydos, *Pratik Eşya Hukuku* (5. Baskı, Gazi 2022) 5; Osman Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Marmara Hukuk Yorumu - Eşya Hukuku Cilt:IV/1* (4. Baskı, Seçkin 2021) 86; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili* (13. Baskı, Seçkin 2016) 47.

bu yönde kararları bulunmaktadır<sup>25</sup>. Ancak doktrindeki bir görüşe göre; teoride para misli eşya olarak kabul edilse de paranın güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturması tereddütle yaklaşılması gereken bir husustur<sup>26</sup>. Nitekim genelde paranın zilyetliğinin devriyle beraber mülkiyet de devralana geçmekte olup devreden sadece alacak hakkına sahip olmaktadır. Burada para üzerindeki mülkiyet karışma yoluyla karşı tarafa geçmektedir<sup>27</sup>. Hal böyle olunca artık para üzerinde güveni kötüye kullanma suçu işlenemeyecektir. Aynı sonuca manevi unsur açısından yaklaşan diğer bir görüşe göre; zilyetliğin iadesi istenildiğinde edimin yerine getirilebilmesinin mümkün olduğu ikame edilebilir misli eşyalar bakımından kişinin bu eşyaları kullanmış olduğu hallerde suç kastından söz edilemeyecektir<sup>28</sup>. Fakat, bu halde dahi, misli eşya olan paranın iade zamanı geldiğinde ikame edilerek geri verilmezse suçun oluşacağı ifade edilmektedir<sup>29</sup>.

Suçun meslek, sanat, ticaret ya da hizmet ilişkisi sebebiyle tevdi ve teslim edilen mal üzerinde gerçekleşmiş olması durumunda suçun nitelikli hali işlenmiş olmaktadır. Bu bağlamda SMMM ve YMM'lere görevi gereği teslim edilen eşyalar da suçun konusuna girmektedir. Bununla birlikte; SMMM ve YMM'lere görevi gereği teslim edilen eşyalardan hangilerinin suçun konusuna gireceğinin belirlenebilmesi için görev alanlarının tespiti önem arz etmektedir. Nitekim bu kişiler açısından zilyetliği devredilen mal, sözleşme gereği tutulacak defterler ve bu defterlere kaydı gereken belgeler olabilecektir. Bunun yanı sıra doktrinde paranın da bu suçun konusuna dahil olduğu ifade edilmektedir<sup>30</sup>. Bu bağlamda vergilerin ve sgk primi gibi mali

<sup>24</sup> Koca ve Üzülmez (n 5) 673; Özbek (n 3) 106; Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 848; Meraklı (n 6) 1669; Aytekin İnceoğlu (n 10) 50.

<sup>25</sup> Yargıtay 15 CD, E 2011/14954, K 2012/39630, 20.06.2012, T.C. Yargıtay Kararlar Bilgi Bankası. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. Aynı yöndeki kararlar ve değerlendirmesi için bkz. Köksal Bayraktar, Ali Kemal Yıldız, Eylem Aksoy Retornaz, Güçlü Akyürek, Ali Hakan Evik, Zeynel T. Kangal, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, Vesile Sonay Evik, Sinan Altunç, Asuman Aytekin İnceoğlu, Gülşah Bostancı Bozbayındır ve Barış Erman, *Özel Ceza Hukuku – Cilt IV: Malvarlığına Karşı Suçlar (TCK m. 141-169)* (1. Baskı, On İki Levha 2018) 204.

<sup>26</sup> Aytekin İnceoğlu (n 10) 50.

<sup>27</sup> Aytekin İnceoğlu (n 10) 50.

<sup>28</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 21) 699.

<sup>29</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 848.

<sup>30</sup> Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (2. Baskı, Savaş 2007) 165. Yazar, İtalyan Ceza Kanunu bakımından öteden beri paranın da suçun maddi konusu olarak sayıldığını, bununla birlikte mübadele değerinden yoksun şeylerin güveni kötüye kullanmanın konusu olamayacağını ifade etmektedir.

*YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

yükümlülüklerin yerine getirilmesi için SMMM ve YMM'lere bir miktar paranın tevdi edilmesi hususu çalışmamızda ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

### 3. Fiil (Hareket-Netice-Nedensellik Bağı)

Güveni kötüye kullanma suçunun işlenebilmesi için öncelikle failin belli bir şeyin üzerinde zilyet sıfatını haiz olması; sonrasında bu eşyanın geri verilmek ya da belli bir şekilde kullanılmak üzere faile rızayla tevdi ve teslim edilmesi; ve nihayet failin de kendisine bırakılan bu mal üzerinde ve veriliş amacı haricinde aslında zilyedi olduğu malda malikmiş gibi satma, rehnetme, kullanma, tüketme, değiştirme, dönüştürme, bağışlama, bozma vesair şekillerde tasarrufta bulunması yahut da devir olgusunu inkar etmesi suretiyle şahsı ya da üçüncü bir kişi lehine fayda sağlaması gerekmektedir<sup>31</sup>. İfade edilmelidir ki fiil unsuru, SMMM ve YMM'ler açısından genellikle devir olgusunun inkar edilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Görevleri gereği kendilerine tevdi edilen defter ve belgelerin istendiğinde mükelleflere iade edilmemesi başka bir ifadeyle devir olgusunun inkar edilmesi durumunda suçun nitelikli haline vücut veren fiil işlenmiş olmaktadır.

### B. Tipikliğin Manevi (Sübjektif) Unsuru

Güveni kötüye kullanma taksirli hali cezalandırılmayan kasten işlenebilen suçlar arasında yer almaktadır. Suçun oluşumu bakımından kastın haricinde herhangi bir başka sübjektif nitelikteki unsurun gerçekleşmesi gerekmemektedir. Nitekim tipiklikte fiilin kişinin kendi yararı ya da üçüncü kişi lehine işlenebileceğine ilişkin tabir, failin özel bir maksatla hareket etmesi gerektiğini ifade etmemektedir<sup>32</sup>. Ayrıca güveni kötüye kullanma suçu, doğrudan kastla yani, failin suçun kanuni tarifinde yer alan tüm maddi unsurları bilerek işlenebileceği gibi olası (dolaylı) kast da bu suçun işlenmesi bakımından yeterli olacaktır<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 678; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 21) 694; Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 855; Meraklı (n 6) 1683; Aytekin İnceoğlu (n 10) 59. Ayrıca yargı kararları için bkz. Yargıtay 15 CD, E 2011/23971 K 2012/7309, 08.02.2012; E 2013/14207 K 2013/10092, 30.05.2013; E 2014/18561, K 2014/18075, 04.11.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 26 Haziran 2022.

<sup>32</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 680; Meraklı (n 6) 1685. Aksi yönde, Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 476; Aytekin İnceoğlu (n 10) 70.

<sup>33</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 21) 699; Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 860; Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 476.

### C. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK 155. maddesinin 2. fıkrasında güveni kötüye kullanma suç tipinin nitelikli hallerine yer verilmektedir. Faile verilecek cezanın ağırlaştırılması neticesine yol açan bu durumlarda fail ile mağdur arasındaki sözleşmesel bir ilişkiden kaynaklanan güven unsuru, daha yoğun bir şekilde kendini göstermektedir. Çünkü zaman zaman failin taşımış olduğu sıfat, karşı tarafta onun aradaki hukuki ilişkiye riayet edeceği kanısını uyandırmaktadır. Şayet; fail, mağdurla arasındaki bu güven bağı zedelerse ayrıca toplumdaki diğer kişilerin de bu sanat ve mesleğe duyduğu güven de sarsılacaktır. Bu sebeplerdir ki failin belli sıfatları haiz olması, güveni kötüye kullanma suçunun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli şekilleri olarak düzenlenmiştir<sup>34</sup>.

Güveni kötüye kullanma suçuyla mülkiyet ve zilyetlik haklarının korunması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte; özellikle bazı meslek mensupları açısından meslekle ilgili teslim edilen eşyalar bakımından suçun işlenebilmesi için malın mülkiyet hakkına sahip olan (malik/mağdur) ile lehine zilyetlik tesis edilen (zilyet/fail) arasında bir sözleşmesel ilişkinin mevcudiyeti aranmaktadır. Bu bağlantının gereği olarak taraflar arasındaki güven korunmaktadır. Suçun konu unsurunu teşkil eden eşya üzerinde sözleşme gereği belli bir biçimde kullanılmak üzere fail lehine zilyetlik tesis edilmesi halinde mevcut sözleşmesel ilişkiyle bağdaşmayan tasarruflar cezalandırılmaktadır.

Bu nedenle de özellikle SMMM ve YMM'ler gibi meslek mensupları açısından güveni kötüye kullanma fiilinin işlendiğinden bahsedilebilmesi için öncelikle hukuken geçerli bir sözleşmesel ilişkinin varlığının aranması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim güveni kötüye kullanma fiilinin zilyet olunan eşya üzerinde hapis hakkının kullanılması suretiyle işlendiği hallerde bu fiil hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında suç oluşturmayacaktır<sup>35</sup>. Yine zilyedin malın sahibinin rızası üzerine taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkide gösterilenler haricinde bir tasarrufta bulunulması da güveni kötüye kullanma teşkil etmeyecektir<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 478.

<sup>35</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 681; Bayraktar, Yıldız, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Kangal, Memiş Kartal, Sınar, Sonay Evik, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Bostancı Bozbayındır ve Erman (n 25) 228. Son yazarlar, hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk haline yer vermekte olup biz bu görüşe iştirak etmemekteyiz. Nitekim, zorunluluk halinin failin kusuru bahsinde değerlendirilmesi gereken bir husus olduğunu düşünmekteyiz.

<sup>36</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 861.

## II. SERBEST MUHASEBECİ VE MALİ MÜŞAVİRLER (SMMM) VE YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİRLERİN (YMM) SUÇUN FAİLİ OLMASI

### A. SMMM Görev tanımı

Muhasebecilik ve mali müşavirlik mesleğinin görev tanımına 3568 sayılı Kanun'un "Mesleğin Konusu" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının A bendinde yer verilmektedir.

İlgili madde uyarınca gerçek ve tüzelkişilere ait teşebbüs ve işletmelerin; *"Genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince, defterlerini tutmak, bilanço, kar zarar tablosu ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenlemek ve benzeri işleri yapmak.*

*Muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak.*

*Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak.*" serbest muhasebeci ve mali müşavirlerin kanundan kaynaklanan yükümlülükleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı yükümlülükler, "Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" 18. maddesinde de tekrar edilmektedir<sup>37</sup>. Bu hükümlerde zikredilen işlerin belli bir işyerine bağlı olmadan yapılması halinde bu işleri yapanlar serbest muhasebeci mali müşavir olarak isimlendirilmektedir.

<sup>37</sup> Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG 03.01.1990/20391. Bundan sonra çalışmamızda Yönetmelik ya da kısaca MMY olarak anılacaktır. Yönetmeliğin "Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerin Çalışma Konuları" başlıklı 18. maddesinde; *"Serbest muhasebeci mali müşavirlerin çalışma konuları şunlardır: a) (Değişik:R.G-21/11/2007-26707) Gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin, genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince defterlerini tutmak, malî tablolar ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenlemek ve benzeri işlerini yapmak, b) Gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin, muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirliklerini yapmak, c) (Değişik:R.G-21/11/2007-26707) Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, malî tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik, değerlendirme ve benzeri işleri yapmak. d) (Ek:R.G-21/11/2007-26707) İlgili mevzuatın öngördüğü işler ile resmî mercilerce belirlenecek işleri yapmak."* hükümlerine yer verilmektedir.

Tanımında verilen yükümlülüklerden de anlaşıldığı üzere; bir sorumluluk mesleği olan muhasebecilikte meslek mensuplarının devlet, hizmet sundukları kişi ve kuruluşlar ile bunlarla ilişkisi bulunan üçüncü kişilere karşı sorumluluğu bulunmaktadır<sup>38</sup>. 3568 sayılı kanunda SMMM'lerin yetkileri düzenlenmekte ancak mali sorumluluklarına dair herhangi bir hükme yer verilmemektedir<sup>39</sup>. Kanun koyucu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na<sup>40</sup> mükerrer 227. madde ekleyerek bu eksikliği gidermeye çalışmıştır. VUK mükerrer 227. maddesinde; “*Maliye Bakanlığı: 1. Vergi beyannamelerinin 3568 sayılı kanuna göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyetini getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya, 2. Vergi kanunlarında yer alan muafiyet, istisna, yeniden değerlendirme, zarar mahsubu ve benzeri hükümlerden yararlanılmasını Maliye Bakanlığı'nca belirlenen şartlara uygun olarak yeminli mali müşavirlerce düzenlenmiş tasdik raporu ibraz edilmesi şartına bağlamaya, Bu uygulamalara ilişkin usul ve esasları Maliye Bakanlığı belirlemeye yetkilidir.*” düzenlemesine yer verilmektedir<sup>41</sup>.

İlgili hükümler uyarınca; beyannameyi imzalayan veya tasdik raporunu düzenleyen meslek mensupları, imzaladıkları beyannamelerde veya düzenledikleri tasdik raporlarında yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyasına bağlı olarak salınacak vergi, ceza, gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaktadır<sup>42</sup>. Vergi beyannamelerinde yer alan bilgiler, bir yandan mükelleflere diğer yandan vergi beyannamelerini imzalayan muhasebe meslek mensuplarına sorumluluk yüklemektedir<sup>43</sup>. Kanunda belirlenen bu

<sup>38</sup> Gülsen Güneş ve İrfan Barlass, ‘Yeminli Mali Müşavirler ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerin Vergi Usulündeki Görev ve Yetkileri’ in Funda Başaran Yavaşlar ve Tuğçe Karaçoban Güneş (eds) *Arafta Bir Meslek Grubu: Vergi Danışmanları VII. Uluslararası Mali Hukuk Sempozyumu* (Seçkin 2017) 86.

<sup>39</sup> Metin Koşar, ‘Vergi Suçları, Cezaları ve SMMM’in Sorumluluğu (II)’ (2020) 30(158) *Mali Çözüm Dergisi* 323, 326; Güneş ve Barlass (n 31) 89.

<sup>40</sup> 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 10.01.1961 tarih ve 10705 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bundan sonra çalışmamızda 213 sayılı Kanun ya da kısaca VUK olarak anılacaktır.

<sup>41</sup> Tekin ve Çelikkaya (n 14) 77.

<sup>42</sup> Koşar (n 39) 327.

<sup>43</sup> Güneş ve Barlass (n 38) 90. Yazarlar, kusur ilkesi üzerine bina edilmiş Türk sorumluluk hukukunda YMM’ler özelinde üçüncü kişi olarak nitelenebilecek mükelleflere sirayet eden *YÜHFD Cilt: XX Sayı:1 (2023)*

görevlerin yanı sıra tarafların arasındaki sözleşmenin feshedilmesi halinde de SMMM'lere defter ve belgelerin Yönetmelik hükümlerinde belirlenen süre içinde mükellefe teslim edilmesi için (eğer bu defter ve belgeler SMMM'de ise) sorumluluk yüklenmiştir<sup>44</sup>. Ayrıca Yönetmelik 27. maddesi gereğince; meslek mensupları kendilerine tevdi edilen defter ve belgeleri işlerinin gerektirdiği süre içinde iyi niyetle muhafaza etmek ve iş bitiminde geri vermek zorunluluğu altında bulunmaktadır. Bununla birlikte; defter ve belgelerin geri alınması, sahibine yazı ile bildirilmiş olduğu hallerde saklama mükellefiyeti bildirme tarihinden itibaren bir (1) ay içinde sona ermektedir. İşin bitiminden itibaren bir (1) ay içinde iş sahipleri tarafından alınmayan defter ve belgeler bir yazı ile ilgililerin bağlı olduğu vergi dairesine teslim edilmektedir<sup>45</sup>.

### **B. YMM Görev Tanımı**

3568 sayılı Kanun, “Mesleğin Konusu ”başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının B bendi ile “Tasdik ve Tasdikten Doğan Sorumluluk” başlıklı 12. maddesinde yeminli mali müşavirlerin görevlerini hüküm altına almaktadır<sup>46</sup>. İlgili maddelere göre yeminli mali müşavirlerin görevleri şunlardır;

*“Muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak.*

*Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak.*

*Yeminli mali müşavirler gerçek ve tüzelkişilerin veya bunların teşebbüs ve işletmelerinin mali tablolarının ve beyannamelerinin mevzuat hükümleri,*

---

yetkilerin varlığını haklı olarak yetki ve sorumluluğun mütenasip olması durumuna bağlamaktadır.

<sup>44</sup> Yönetmelik, “Sözleşmenin Feshi” başlıklı 26. maddesinde; “Taraflar haklı nedenlerle veya karşılıklı rızaları ile aralarındaki sözleşmeyi her zaman feshedebilirler. Bu takdirde alınmış olan defter ve belgeler bir ay içinde devir teslim tutanağı düzenlenmek suretiyle sahiplerine geri verilir. Devir teslim gerçekleşmediği takdirde durum meslek mensubu tarafından odaya bildirilir.” hükümlerine yer vermektedir.

<sup>45</sup> Yerlikaya (n 14) 383.

<sup>46</sup> Güneş ve Barlass (n 38) 86; Tekin ve Çelikkaya (n 14) 76.YMM'lerin görev tanımı, Yönetmeliğin “Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Konuları” başlıklı 19. maddesinde de aynı şekilde tekrarlanmaktadır.

*muhasabe prensipleri ile muhasabe standartlarına uygunluğunu ve hesapların denetim standartlarına göre incelediğini tasdik etmek.”*

Bu noktada ifade edilmelidir ki YMM’lerin tasdik edecekleri belgeler, tasdik konuları ile tasdike ilişkin usul ve esaslar; gerçek ve tüzelkişilerin mükellefiyet şekilleri, iş kolları ve ciroları, döviz kazandırıcı işlemleri, ithalat ve ihracatları, yatırımın miktarları ve neveleri ile belgelerin ibraz edileceği merciler esas alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenmektedir. Bu durumun, güveni kötüye kullanma suçunun konu unsurunun belirlenmesi hususunu kanun koyucunun iradesinden alarak idare organına vermesi nedeniyle suç ve cezaların kanuniliği prensibiyle bağdaşmadığı düşüncesindeyiz<sup>47</sup>.

### **C. SMMM ve YMM’lerin Görevi Gereği Teslim Aldıkları Defter ve Belgeleri İade Etmemeleri Nedeniyle Suçun Faili Olması**

Tipiklik, suç teşkil eden davranışın ceza normundaki soyut tasviri olup bir eylemin suç sayılabilmesi için ilkin, dış dünyada değişikliğe sebep olan fiilin, ceza yasasındaki tanıma yani modele diğer bir deyişle tipe uygun olması zorunludur<sup>48</sup>. Failin eylemi şayet kanunda düzenlenen suç tarifine uygunluk arz ediyorsa bu fiilin tipik olduğu kabul edilmektedir. İkinci olarak suça konu eşyanın failin zilyetliğinde<sup>49</sup> olması yani failin zilyet sıfatını taşıması aranmaktadır ki failin zilyetliğinde bulunmayan bir eşya açısından bu suçu işleyebilmesi imkan dahilinde gözükmemektedir<sup>50</sup>. Bu bakımdan suçun konusunu teşkil eden eşya üzerinde belli bir şekilde kullanılmak üzere fail lehine zilyetlik tesis edilmesi gerekmektedir. Serbest meslek mensupları için suça konu eşya, yapılan işin niteliği gereği mükellefin defter ve belgeleridir. Söz konusu defter ve belgelerin hukuki anlamda eşya statüsünde olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Nitekim

<sup>47</sup> Gerçekten de doktrinde, bu alanda bir tebliğ enflasyonuyla karşı karşıya olunduğu; SMM ve özellikle YMM’lerin yetki ve görevlerinin kapsamının yargı kararları da nazarı dikkate alınarak kanun seviyesindeki düzenlemelerle öngörülmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Güneş ve Barlass (n 38) 96.

<sup>48</sup> Özgenç (n 8) 160; Koca ve Üzülmöz (n 8) 105; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 8) 210; Hakeri (n 8) 128.

<sup>49</sup> 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 973. maddesinde; “*Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir.*” biçiminde bir tanımlama getirilmiştir. Bu bakımdan zilyetliğin öz olarak bir eşya üzerindeki fiili hakimiyet anlamına geldiği ifade edilmektedir. Ünal ve Başpınar (n 20) 124.

<sup>50</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 674; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 21) 694; Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 849; Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 468; Meraklı (n 6) 1673; Aytekin İnceoğlu (n 10) 54.



bunlar üzerinde bireysel egemenlik kurulabilen, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıkları teşkil etmektedir<sup>51</sup>. Başka bir ifadeyle hukuki manada kişisel olmayan (Unpersönlichkeit), cismani yani üç boyutlu, kendi kendine maddi bir varlığı olan (Körperlichkeit), üzerinde insanların hakimiyet kurması mümkün (Beherrschbarkeit) ve belirli sınırlara sahip olan (Begrenztheit) nesnelere olarak tanımlamak mümkündür<sup>52</sup>.

YMM ve SMMM'ler açısından güveni kötüye kullanma suçunda tipikliğin gerçekleşmesi için ilkin defter ve belgelerin teslim edilmesi gerekmektedir. Mükellef, defter ve belgeleri teslim etmişse bu iddiasını VUK hükümleri çerçevesince ispat etmesi lazım gelmektedir. Çünkü; defter ve belgelerin VUK ve Türk Ticaret Kanunu ilgili hükümleri uyarınca saklama ve ibraz mecburiyetinde olan kişide olduğu varsayılmaktadır. VUK 3. maddesinin 1. fıkrasının B bendi hükmüne göre; "İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir." Mükellef (suç teorisi bakımından mağdur) hayatın olağan akışına aykırı olarak defter ve belgelerin uhdesinde olmadığını iddia ediyorsa ilgili defterlerin ve belgelerin SMMM'ye teslim edildiğini ispata yarar somut bir delil sunmak zorunluluğu altındadır. Somut delil ise genelde karşımıza teslim/tesellüm belgesi olarak çıkmaktadır. Bu husus, Danıştay ve Yargıtay kararlarında da ifadesini bulmaktadır.

Danıştay bir kararında<sup>53</sup>;

*"Davacının 2006 yılına ait yasal defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemesi sebebiyle katma değer vergisinin indirimlerinin reddi suretiyle yeniden düzenlenen beyan tablosu uyarınca uyumsuzluk konusu dönemler için tarh edilen vergi üzerinden dava konusu vergi ziyai cezasının kesildiği, uyumsuzluğun şu aşamada tarh edilen katma değer vergisi üzerinden üç kat olarak kesilen vergi ziyai cezasının, bir katı tutarında mı, yoksa, üç katı tutarında mı uygulanacağına ilişkin olduğu, davacı tarafından defter ve belgelerin muhasebeciden alınmadığı için ibraz edilemediği ileri sürülmüş ise de defter ve belgeleri saklama ve ibraz yükümlülüğü olan ve ispat yükü kendisine düşen davacı tarafından mücbir sebebin varlığına*

<sup>51</sup> Şenel Sarsıkoğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması* (1. Baskı, Adalet 2014) 72.

<sup>52</sup> Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2008) 37; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (4. Baskı, Sevinç 1978) 20.

<sup>53</sup> Danıştay 4 D, E 2014/272 K 2014/2894, 29.04.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 28 Haziran 2022.

**dair hukuken itibar edilebilecek herhangi bir belge ibraz edilmediği anlaşılmıştır.**” şeklinde karar vermiştir.

Danıştay başka bir kararında<sup>54</sup>;

**“Davacı, yasal defterlerini bulamadığını, muhasebecisinde olduğunu ileri sürmüş ise de, defter ve belge saklama ve ibraz yükümlülüğü olan ve ispat yükü kendisine düşen davacı tarafından mücbir sebebin varlığına dair hukuken itibar edilebilecek herhangi bir belge ibraz edilmediğinden bu hususun ispatlanamadığı anlaşılmıştır.”** şeklinde hüküm kurmuştur.

Yargıtay bir kararında<sup>55</sup>;

**“...defter ve belgelerin suç tarihinde kendisinde olup olmadığının sorulması, sanığa iade ettiğini beyan etmesi halinde varsa buna dair teslim/tesellüm belgesi temin edilip dosya içerisine konulmasından sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini yerine eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması,” bozma gerekçesi yapılmıştır.**” biçiminde karar vermiştir.

Danıştay ve Yargıtay kararlarından da anlaşıldığı üzere; tipikliğin gerçekleşmediği hallerde güveni kötüye kullanma suçundan da söz edilemeyecektir. Dolayısıyla da bir sözleşmesel ilişki sebebiyle eşyanın zilyetliğinin devredilmediği kişiler bu suçun faili olamayacaktır<sup>56</sup>.

Defterleri ve belgeleri saklama ve istendiğinde ibraz yükümlülüğüne ilişkin çeşitli kanunlarda düzenlemeler yapılmış olup ayrıca ilgili kanunlarda söz konusu yükümlülüğün kim tarafından yerine getirileceği de emredici kurallarla hüküm altına alınmaktadır. İlgili düzenlemeler şu şekildedir:

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Belgelerin saklanması, saklama süresi” başlıklı 82. maddesinin 1. fıkrasında; “Her tacirin; Ticari defterlerini, envanterleri, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini; Alınan ticari mektupları; Gönderilen ticari mektupların suretlerini; 64. maddenin birinci

<sup>54</sup> Danıştay 4 D, E 2008/3231 K 2010/5199, 21.10.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 28 Haziran 2022.

<sup>55</sup> Yargıtay 11 CD, E 2013/3863 K 2015/287, 12.01.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 28 Haziran 2022.

<sup>56</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 674; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 21) 694; Tezcan, Erdem ve Önok (n 11) 849; Centel, Zafer ve Çakmut (n 11) 468; Meraklı (n 6) 1673; Aytekin İnceoğlu (n 10) 54.

fıkrasına göre yapılan kayıtların dayandığı belgeleri, sınıflandırılmış bir şekilde saklamakla yükümlü oldukları” hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 59. maddesinin 2. fıkrasına göre; “İşverenler ve sigortalılar ile işyeri sahipleri, tasfiye ve iflâs idaresinin memurları, işle ilgili gerçek ve tüzel kişiler, Kurum’un denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarına bilgi verilmek üzere çağrıldıkları zaman gelmek, gerekli olan defter, belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek, görevlerini yapmak için her türlü kolaylığı sağlamak ve bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler.”

Yine VUK 253. maddesinde de, “defter tutmak mecburiyetinde olanların, tuttıkları defterlerle bu kanunun üçüncü kısmında yazılı vesikaları, ilgili buldukları yılı takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile muhafaza etmeye mecbur oldukları” düzenlenmiştir. Özel hesap dönemine tabi mükelleflerin defter ve belgeleri muhafaza süreleri, özel hesap döneminin sona erdiği takvim yılını izleyen yıldan itibaren beş yıldır. VUK 256. maddesine göre ise mükellefler, muhafaza yükümlüğü altında olan defter ve belgeleri yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorunluluğu altında bulunmaktadır<sup>57</sup>.

İlgili kanuni düzenlemelere bakıldığında defter ve belgeleri saklama yükümlülüğünün tacire dolayısıyla da vergi mükellefine yüklendiği görülmektedir. Özellikle VUK’ta yer alan düzenlemeyi nazarı dikkate aldığımızda 253. madde, vergi mükelleflerine tutmak zorunda oldukları defter ve belgeleri, yapılması muhtemel vergi incelemeleri için beş (5) yıl boyunca saklama ve istendiğinde ibraz yükümlülüğü getirmiş olup bu yükümlülük açıkça vergi mükellefinin üzerinde bulunmaktadır<sup>58</sup>.

İlgili düzenlemenin emredici bir hüküm olduğu ve dolayısıyla sözleşme ile söz konusu sorumluluğun bir başkasına özellikle de SMMM’ye devredilmesinin olanaklı bulunmadığı ifade edilmelidir. Bu husus, Yargıtay’ın bir kararında<sup>59</sup> şu şekilde ifade edilmiştir: “**Defter ve belgeleri**

<sup>57</sup> Yerlikaya (n 14) 111; Tekin ve Çelikkaya (n 14) 122.

<sup>58</sup> Yargıtay 11 CD, E 2016/9167 K 2019/2046, 27.02.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 28 Haziran 2022.

<sup>59</sup> Yargıtay 11 CD, E 2017/8878 K 2020/324, 16.01.2020, Nitekim söz konusu kararda bu içtihadın istikrar kazandığını vurgulamak üzere aynı dairenin 21.03.2018 tarih ve 2016/2419 Esas; 04.07.2018 tarih ve 2016/8693 Esas sayılı kararları ile Ceza Genel Kurulu’nun 23.11.1999 gün ve 1999/11-273/288 sayılı kararına gönderme yapılmaktadır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 28 Haziran 2022.

**ibraz etme yükümlülüğünün mükellefe (yetkili müdür ve temsilcisine) ait olduğu, bu sorumluluğun vekaletle de olsa devredilemeyeceği kabul edilmektedir.”**

Yargıtay diğer bir kararında<sup>60</sup> da;

*“VUK’na göre defter tutmak zorunda olanlar, tuttukları defterler ile üçüncü kısımda yazılı belgeleri, ilgili buldukları yılı takip eden takvim yılından başlayarak (5) yıl süre ile muhafaza etmek zorundadır (m. 253). TTK’nun 82/1 maddesinde defter ve belgelerin saklanma süresi (10) yıl olarak öngörülmüş olup, saklama süresinin; ticari defterlerde son kayıt tarihi, ticari yazışmalarda yazışmaların yapıldığı ve muhasebe belgelerinde belgenin oluşturulduğu takvim yılının bitimiyle başlayacağı düzenlenerek, sürenin başlangıcı yönünden VUK ile uyum sağlanmıştır. VUK’nun 253. ve 254. maddeleri uyarınca defter ve belgeleri muhafaza sorumluluğu mükellefe ve/veya vergi sorumlusuna ait olup, 61 VUK’nun 8/3 maddesi uyarınca, mükellefiyete ve vergi sorumluluğuna ilişkin özel sözleşmeler vergi dairelerini bağlamayacağından, defter ve belgeleri saklama yükümlülüğü vekâletname ile bir başkasına devredilemez, bu yönde yapılan sözleşme ve alınan kararlar geçersizdir. Kaldı ki defter ve belgelerin devamlı olarak muhasebecide bulundurulması da mutat değildir.”* ifadelerine yer verilmektedir.

Yargıtay başka bir kararında<sup>61</sup> ise;

*“...gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi bakımından, sanıkla diğer ortak M. Ç. arasında şirket işleyişine ilişkin iş bölümü yapılıp yapılmadığının araştırılması, yapılmadığının anlaşılması halinde şirket işleri ile fiilen kimin ilgilendiğinin tespit edilmeye çalışılmasından sonra ve defter belgeleri beş (5) yıl saklama zorunluluğuna dair sorumluluğun muhasebeciye devredilemeyeceği de gözetilmeden eksik inceleme ve yanlış gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi...”* bozma gerekçesi yapılmıştır.

Ayrıca Danıştay’ın bir kararında<sup>62</sup>;

*“Her ne kadar davacı şirket, muhasebeci tarafından alıkonulan defter ve belgelerini icra yoluyla geri aldığını belirterek buna ilişkin belge sunmuş ise de, mevzuatta defter ve belgelerin muhasebeci nezdinde muhafaza edileceğine ilişkin zorunluluk bulunmadığından, bu hususun mücbir*

<sup>60</sup> Yargıtay 11 CD, E 2002/10277 K 2003/4712, 26.06.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 28 Haziran 2022.

<sup>61</sup> Yargıtay 11 CD, E 2016/6723 K 2019/463, 15.01.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 28 Haziran 2022.

<sup>62</sup> Danıştay 7 D, E 2001/4013, K 2004/963, 12.04.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 28 Haziran 2022.

**sebepe olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır.”** şeklinde hüküm kurulmuştur.

İlgili mevzuat ve yargı kararlarında da ifade edildiği üzere YMM ve SMMM'lerin defter ve belgeleri saklama ve muhafaza yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla defter ve belgelerin meslek mensubunda olduğunu iddia eden mükellef bu hususu ispatlayamıyor ise meslek mensubu güveni kötüye kullanma suçunun faili olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak; mükellefler, defter ve belgeleri YMM ve SMMM'ye tutanak karşılığı teslim etmişse ya da ispat yükü kendisinde olan mükellef defter ve belgeleri meslek mensubuna teslim ettiğini başkaca belgelerle ispatlarsa bu durumda meslekleri nedeniyle görevli ve yetkili oldukları hususlarda kendilerine tevdi edilen defter ve belgeleri mükellefe iade etmemeleri nedeniyle meslek mensubunun güveni kötüye kullanma suçunun faili olduğu kabul edilecektir.

#### **D. SMMM ve YMM'lerin Mükelleflerden İlgili Kurumlara Yatırmak Üzere Almış Olduğu Paraların Yatırılmaması Nedeniyle Suçun Faili Olması**

Mükellefler tarafından SMMM ve YMM'lere meslekleri ile bağlantı olarak ilgili kurumlara yatırılmak üzere para tevdi edilmektedir<sup>63</sup>. SMMM ve YMM'lerin kendilerine verilen bu para ve diğer eşyaları, verilme amacı haricinde kullanması, geri vermemesi durumunda hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmanın tipikliği oluşmaktadır. Bununla birlikte; söz konusu fiilin suçun temel şekline göre mi yoksa nitelikli haline göre mi cezalandırılacağı önem ifade etmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçunun TCK 155. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen temel şekli ile işlenmesi halinde altı (6) aydan iki (2) yıla kadar hapis ve adli para cezası, ikinci fıkrasında belirtilen nitelikli hallerde işlenmesi halinde ise bir (1) yıldan yedi (7) yıla kadar hapis ve üçbin (3000) güne kadar adli para cezası öngörülmektedir. Bu bakımdan öncelikle SMMM ve YMM'lerin ilgili kurumlara yatırılmak üzere kendilerine tevdi edilen paraları uhdelere geçirmeleri halinde suçun temel şeklinin mi yoksa nitelikli halinin mi islendiğinin tespit edilmesi lazım gelmektedir. Burada eğer SMMM ve YMM'lerin kanunda yer alan görev tanımında vergi dairesi ya da SGK gibi ilgili kurumlara paraların yatırılması yer almaktaysa bu

<sup>63</sup> Veli Özdek, 'Yeminli Mali Müşavirlerin 3568 Sayılı Kanun'dan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu' in Funda Başaran Yavaşlar ve Tuğçe Karaçoban Güneş (eds) *Arafta Bir Meslek Grubu: Vergi Danışmanları VII. Uluslararası Mali Hukuk Sempozyumu* (Seçkin 2017) 215 vd.

yükümlülüğün ihlali halinde suçun nitelikli hali aksi takdirde temel şekli işlenmiş olacağını düşünmekteyiz. Zira söz konusu ayırımın yapılması için SMMM ve YMM'lerin yasal düzenlemelerde yer alan görev tanımlarını ve sınırlarının ortaya konulması gerekmektedir. 3568 Sayılı Kanunu ve ilgili Yönetmelik'ten yola çıkılarak çalışmamızda SMMM ve YMM'lerin görev tanımı yapılmıştır. Bu anlamda SMMM ve YMM'lerin mükelleflerin vergi borcunu yatırmak yükümlülüğü bulunmadığı açıkça ifade edilmelidir. Bu husus, bir Yargıtay kararında<sup>64</sup> şu şekilde ifade edilmiştir:

*“...Sanığın serbest muhasebeci mali müşavir olarak çalıştığı, ... Dış Ticaret A.Ş.'nin muhasebe işlerinin takibini sözleşme ile S..B.. tarafından sanığa verildiği, şirket tarafından 2007-2008 yılı vergi beyannamesi, harç ve damga paralarının ödenmesi için 1.000 TL paranın sanığa teslim edildiği, ancak vergi dairesine herhangi bir ödeme yapmayarak parayı uhdesine geçirdiği bu suretle hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak suçunu işlediği iddia olunan somut olayda; **Serbest Muhasebecilerin, 3568 Sayılı Kanununun 2. maddesinde belirtilen görevleri arasında vergi borcu yatırmanın olmadığı..., eyleminin görevi ile ilgisi bulunmayıp, suç tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nun 155/1. maddesinde düzenlenen takibi şikayete tabi olan 'güveni kötüye kullanma' suçunu oluşturacağı belirlenmekle...***”.

Yasal düzenlemeler ve yargı kararlarından anlaşılacağı üzere SMMM ve YMM'lerin görev tanımının içinde kendilerine vergi dairesine vergi borcunu ya da sosyal güvenlik kurumuna sigorta primini yatırmak işleri yer almamaktadır. Dolayısıyla da kendilerine tevdi edilen paraları ilgili yerlere yatırmamaları fiilinin suçun temel şekli olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

## SONUÇ

Kanun koyucu tarafından 5237 sayılı TCK155. maddesinde güveni kötüye kullanma fiilleri, suç olarak ihdas edilmekte ve ceza hukukunun cebrilik fonksiyonu vasıtasıyla insanlar arasındaki ilişkilerde güven duygusunun korunması sağlanmaya çalışılmıştır. İlgili madde:

*“1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında*

<sup>64</sup> Yargıtay 15 CD, E 2013/6703, K 2014/21867, 23.12.2014, T.C. Yargıtay Kararlar Bilgi Bankası. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 28 Haziran 2022.  
YÜHFD Cilt: XX Sayı: 1 (2023)

*tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükümlenir.*” şeklinde ihdas edilmiştir. İlk fıkrada suçun basit hali düzenlenmiş iken ikinci fıkrada suç tipinin nitelikli haline yer verilmiştir. Güveni kötüye kullanma fiili, kişinin belli koşullarda kendisine tevdi ve teslim edilen bir yetki ya da eşyayı, zilyetliğin devir amacı haricinde kendisi ya da başkasının faydasına kullanmasını ifade etmektedir.

Çalışmamızda SMMM ve YMM’lerin TCK 155. maddesinde malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında öngörülen güveni kötüye kullanma suçunun faili olup olamayacakları hususu, özellikle defterler veya belgelerin mükelleflere iade edilmemesi ile vergi borcu ya da SGK primi gibi resmi kurumlara yapılacak ödemelerin yapılmaması bağlamında değerlendirilmiştir.

SMMM ve YMM’lere ilişkin hem kanun hem de ilgili yönetmelikte görev tanımları yapılmıştır. İlgili mevzuat ve yargı kararlarında da ifade edildiği üzere SMMM ve YMM’lerin defter ve belgeleri saklama ve muhafaza yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla defter ve belgelerin meslek mensubunda olduğunu iddia eden mükellefler bu hususu ispatlayamıyorlarsa meslek mensubu bir yükümlülük suçu olan güveni kötüye kullanma suçunun faili olamayacaktır. Çünkü; VUK 253. ve 254. maddeleri gereğince defterleri ve belgeleri muhafaza sorumluluğu mükellefe ve/ya vergi sorumlusuna ait bulunmaktadır. Yine VUK 8. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, mükellefiyete ve vergi sorumluluğuna ilişkin özel sözleşmeler vergi dairelerini bağlamayacağından defterleri ve belgeleri saklama yükümlülüğü vekâletname ile bir başkasına devredilemeyecek, bu yönde yapılan sözleşme ve alınan kararlar geçersiz olacaktır.

VUK, defterleri ve belgeleri saklama ve ibraz yükümlülüğü bakımından meslek mensuplarını değil, vergi mükelleflerini sorumlu tutmaktadır. Bununla birlikte mükellefler sunulan hizmetin niteliği gereği defter ve belgeleri SMMM ve YMM’lere tutanak karşılığı teslim etmişse yahut ispat yükü kendisinde olan mükellefler defter ve belgeleri meslek mensubuna teslim ettiğini başkaca belgelerle ispatlarsa bu durumda meslekleri dolayısıyla görevli ve yetkili oldukları hususlarda tevdi ve teslim edilen defterleri ve belgeleri mükelleflere iade etmemeleri nedeniyle meslek mensubu güveni kötüye kullanma suçunun faili olacaktır.

Mükellefler tarafından SMMM ve YMM'lere meslekleriyle bağlantı olarak ilgili kurumlara yatırılmak üzere para tevdi edilmektedir. SMMM ve YMM'lerin kendilerine verilen para ve diğer şeyleri, verilme amacı haricinde kullanması, geri vermemesi durumunda hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun tipikliği oluşmaktadır. Bununla birlikte söz konusu fiilin, hangi fıkrasına göre değerlendirileceği önem ifade etmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçunun, TCK 155. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen temel şekli ile işlenmesi halinde altı (6) aydan iki (2) yıla kadar hapis ve adli para cezası, ikinci fıkrasında belirtilen nitelikli hallerde işlenmesi halinde ise bir (1) yıldan yedi (7) yıla kadar hapis ve üçbin (3000) güne kadar adli para cezası öngörülmektedir. Bu bakımdan öncelikle ilgili kurumlara yatırılmak üzere kendilerine tevdi edilen paraları uhdelere geçirmeleri halinde suçun temel şeklinin mi yoksa nitelikli halinin mi işlendiğinin tespit edilmesi lazım gelmektedir. Burada eğer SMMM ve YMM'lerin kanunda yer alan görev tanımında vergi dairesi ya da SGK gibi ilgili kurumlara paraların yatırılması yer almaktaysa bu yükümlülüğün ihlali halinde suçun nitelikli hali aksi takdirde temel şekli işlenmiş olacağını düşünmekteyiz. Zira söz konusu ayırımın yapılması için SMMM ve YMM'lerin yasal düzenlemelerde yer alan görev tanımlarını ve sınırlarının ortaya konulması gerekmiş, 3568 Sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik'ten yola çıkılarak çalışmamızda SMMM ve YMM'lerin görev tanımı yapılmıştır. Bu anlamda SMMM ve YMM'lerin mükelleflerin vergi borcunu yatırmak yükümlülüğü bulunmadığı; kendilerine tevdi edilen parayı ilgili yerlere yatırmamaları halinde bu fiillerin TCK 155. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

## KAYNAKÇA

- Antalya OG ve Topuz M, *Marmara Hukuk Yorumu - Eşya Hukuku Cilt:IV/1* (4. Baskı, Seçkin 2021).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Adalet 2019).
- Ayan M, *Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili* (13. Baskı, Seçkin 2016).
- Aydos OS, *Pratik Eşya Hukuku* (5. Baskı, Gazi 2022).
- Aytekin İnceoğlu A, 'Güveni Kötüye Kullanma Suçu' (2018) 17(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41-85.
- Bakıcı S, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler-1* (1. Baskı, Adalet 2008).



- Bayraktar K, Yıldız AK, Aksoy Retornaz E, Akyürek G, Evik AH, Kangal ZT, Memiş Kartal P, Sınar H, Evik VS, Altunç S, Aytekin İnceoğlu A, Bostancı Bozbayındır G ve Erman B, *Özel Ceza Hukuku – Cilt IV: Malvarlığına Karşı Suçlar (TCK m. 141-169)* (1. Baskı, On İki Levha 2018).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (4. Baskı, Beta 2017).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Baskı, Beta 2017).
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:1* (13. Baskı, Beta 1997).
- Erman S, *Sahtekarlık Cürümleri* (3. Baskı, İstanbul Üniversitesi 1970).
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2008).
- Güneş G ve Barlass İ, ‘Yeminli Mali Müşavirler ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerin Vergi Usulündeki Görev ve Yetkileri’ in Funda Başaran Yavaşlar ve Tuğçe Karaçoban Güneş (eds) *Arafta Bir Meslek Grubu: Vergi Danışmanları VII. Uluslararası Mali Hukuk Sempozyumu* (Seçkin 2017).
- Gürsoy KT, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (4. Baskı, Sevinç 1978).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet 2019).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (5. Baskı, Adalet 2018).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2021).
- Koşar M, ‘Vergi Suçları, Cezaları ve SMMM’in Sorumluluğu (II)’ (2020) 30(158) *Mali Çözüm Dergisi* 323-348.
- Meraklı S, ‘Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)’ (2009) 11(Özel) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1657-1713.
- Özbek VÖ, *Ekonomi Ceza Hukuku İkinci Kitap: Özel Hükümler* (1. Baskı, Seçkin 2021).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2021).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin 2021).
- Özdek V, ‘Yeminli Mali Müşavirlerin 3568 Sayılı Kanun’dan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu’ in Funda Başaran Yavaşlar ve Tuğçe Karaçoban Güneş (eds) *Arafta Bir Meslek Grubu: Vergi Danışmanları VII. Uluslararası Mali Hukuk Sempozyumu* (Seçkin 2017).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2021).

Özkaya E, *Eşya Hukuku Mülkiyet Genel Hükümler Cilt-I-A* (1. Baskı, Seçkin 2022).

Sarsıkoğlu Ş, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması* (1. Baskı, Adalet 2014).

Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (3. Baskı, Savaş 1999).

Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin 2014).

Tekin F ve Çelikkaya A, *Vergi Denetimi* (9. Baskı, Seçkin 2022).

Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Baskı, Seçkin 2021).

Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (2. Baskı, Savaş 2007).

Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2008).

Yerlikaya GK, *SMMM ve YMM Kanunu Şerhi* (1. Baskı, Seçkin 2021).

### **İnternet Kaynakları**

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. <<https://www.kazanci.com.tr/>>

T.C. Yargıtay Kararlar Bilgi Bankası. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>