

DANIŞTAY YAYINLARI NO: 93

**DANIŞTAY VE İDARİ
YARGI GÜNÜ
149. YIL
SEMPOZYUMU**

**11 MAYIS 2017
ANKARA**

DANIŞTAY TASNİF VE YAYIN KURULU

Başkan	: Levent ARTUK	Danıştay Ondördüncü Daire Başkanı
Üye	: Nilgün İPEK	Danıştay Dokuzuncu Daire Üyesi
Üye	: İbrahim ER	Danıştay Birinci Daire Üyesi
Üye	: Mehmet AYDIN	Danıştay İkinci Daire Üyesi
Üye	: Abdurrahman GENÇBAY	Danıştay Üyesi - Genel Sekreter

DANIŞTAY TASNİF VE YAYIN YÜRÜTME BÜROSU

Başkan	:	Abdurrahman GENÇBAY
Genel Sekreter Yardımcısı	:	Sibel KORUCU
Tetkik Hakimi	:	Lütfü YEĞİN
Yayın İşleri Müdürü	:	Hülya KAPLAN

Yazıőma Adresleri

- . Yayınlarla ilgili konularda Danıştay Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü
Tel : 0 312 253 20 48
- . Üniversiteler Mahallesi Dumlupınar Bulvarı No: 149 Eskişehir Yolu 10. Km.
Çankaya / ANKARA
- . Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu Kitabı, Danıştay
Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı tarafından bastırılmıştır.

Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu

- . Danıştay Yayınları No: 93
- . Basım Yılı ve Yeri: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası 2017 / ANKARA

İÇİNDEKİLER

Sayfa

Danıştay Başkanı **Zerrin GÜNGÖR**'ün
Sempozyum Açış Konuşması -----7

I. OTURUM KAMU GÖREVLİLERİNİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Oturum Başkanı **Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR**'in Açış Konuşması-----13

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Devlete Sadakat Yükümlülüğü ---15

Prof. Dr. Cemil KAYA
*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında
Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü* -----35

Birinci Oturum Tartışmalar -----59

II. OTURUM DANIŞTAYIN DANIŞMA ve İNCELEME FONKSİYONU

Oturum Başkanı **Prof.Dr. Erdal ONAR**'ın Açış Konuşması -----64

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
*Somut Olay Örnekleri ile Şura-yı Devletin Tarihsel Süreç İçerisindeki
İnceleme ve Danışma İşlevinin Önemi* -----65

Prof. Dr. Murat SEZGİNER
*Dünden Bugüne Conseil D'etat ve Danıştayın
İnceleme ve Danışma Fonksiyonu*-----101

İkinci Oturum Tartışmalar -----133

III. OTURUM İDARİ YARGININ TEMEL ve GÜNCEL SORUNLARI

Oturum Başkanı Levent ARTUK'un Açış Konuşması -----	136
Prof. Dr. Turan YILDIRIM <i>İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri</i> -----	137
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ <i>İdari Yargıda Hakimin Hüküm Vermesi</i> -----	154
Üçüncü Oturum Tartışmalar -----	168

IV. OTURUM VERGİLENDİRME ve İNSAN HAKLARI

Oturum Başkanı Ali ATAGÜN'ün Açış Konuşması -----	171
Nilgün İPEK <i>Vergilendirmede Kamu Yararı – Birey Yararı Bakımından Adil Denge Arayışında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi Ve Danıştay Yaklaşımları</i> -----	172
Doç. Dr. Cenker GÖKER <i>Vergilendirme Yetkisinin Kullanımında Temel Hakların Yarattığı Dönüşüm</i> -----	223
Yunus Emre YILMAZOĞLU <i>Vergisel Müdahalelerde Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri - Hak Arama Hürriyeti İlişkisi</i> -----	232
Dördüncü Oturum Tartışmalar -----	292

Sunucu: Kıymetli konuklar, Danıştayın 149. Kuruluş Yıldönümü münasebetiyle “Danıştay ve İdarî Yargı Günü Etkinlikleri” kapsamında düzenlenen Sempozyumumuza hepiniz hoş geldiniz.

Sempozyumumuz 4 oturumdan oluşmaktadır. İlk oturumda; “Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü”, ikinci oturumda, “Danıştayın Danışma ve İnceleme Fonksiyonu”, öğleden sonraki üçüncü oturumda, “İdarî Yargının Temel ve Güncel Sorunları”, dördüncü ve son oturumda ise “Vergilendirme ve İnsan Hakları” başlıkları altında bildirimler sunulması, her oturumun sonunda da genel değerlendirmeye yönelik soru ve cevaplara yer verilmesi planlanmaktadır.

Değerli konuklar, Sempozyum programımıza geçmeden önce sizleri ulu önder Atatürk, silah arkadaşları ve tüm aziz şehitlerimiz anısına 1 dakikalık saygı duruşunda bulunmaya ve ardından İstiklal Marşımızı okumaya davet ediyorum.

*****Saygı Duruşu ve İstiklal Marşı*****

Sunucu: Sempozyum açılış konuşmasını yapmak üzere Danıştay Başkanımız Sayın Zerrin GÜNGÖR’ün kürsüye teşekkürlerini arz ederim.

DANIŞTAY BAŞKANI
SAYIN ZERRİN GÜNGÖR'ün DANIŞTAY ve İDARÎ YARGI GÜNÜ
SEMPOZYUM AÇIŞ
KONUŞMASI

Zerrin GÜNGÖR*

Sayın Yargıtay Başkanım,
Saygıdeğer Meslektaşlarım,
Değerli Akademisyenler,
Kıymetli Konuklar;

Danıştayın 149. Kuruluş Yıl Dönümü ve “**Danıştay ve İdarî Yargı Günü**” kapsamında düzenlediğimiz sempozyuma hoş geldiniz, sizleri saygıyla selamlıyorum.

İdarî yargı ve idare hukukunun güncel konularının ve çözüm önerilerinin tartışılacağı bu etkinlikte, değerli birikimleri ile önemli katkılar sağlayacak olan kıymetli hocalarımıza, Danıştay ve idarî yargı mensuplarımıza ve siz değerli konuklarımıza şükranlarımı sunuyorum.

Değişen ve gelişen dünyada, idare ve vergi hukuku alanındaki uyumsuzluklar da her geçen gün değişmekte ve çeşitlenmektedir. İdarî yargı mensupları olarak bizler de bu alandaki yeni görüşleri ve çalışmalarını tartışarak gelişime ve değişime katkı vermek amacıyla bu etkinlikleri düzenlemekteyiz.

İdarî yargıdaki güncel gelişmelerin takip edilmesi, sorunlu alanların tespit edilerek çağdaş hukuk anlayışıyla çözüm önerileri getirilmesi bu etkinliklerin nihai hedefidir. Bu suretle, idarî yargıda, adil, etkin ve verimli yargılama koşullarının sağlanması amaçlanmaktadır.

* Danıştay Başkanı

**Saygıdeğer Meslektaşlarım,
Kıymetli Konuklar,**

Belirtilen hedeflerden hareketle bu yılki sempozyum konularımızı;

- 1- Kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü,
- 2- Danıştayın danışma ve inceleme fonksiyonu,
- 3- İdarî yargının temel ve güncel sorunları ile
- 4- Vergilendirme ve insan hakları

olarak belirlemiş bulunmaktayız.

Çağdaş ve demokratik ülkelerde, kamuda istihdam edilen görevlilerinin, devletin temeli olan anayasal düzene sadakat yükümlülüğü bulunduğu kabul edilerek, göreve kabul ve görevin devamı sürecinde yüksek sadakat kriteri aranmaktadır.

Kamu görevlilerinin söz konusu kriteri taşımadığının tespit edilmesi halinde, bu kişilerin kamu görevine son verilmesi hususunda devletin hukuken sahip olduğu yetkilerin, hem ülkemiz hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kriterleri açısından irdelenmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu nedenle, “Kamu Görevlilerinde Sadakat Yükümlülüğü”nü birinci oturumda tartışmaya açıyoruz.

**Saygıdeğer Meslektaşlarım,
Kıymetli Konuklar,**

Danıştay, yargısal denetim yapan yüksek mahkeme olmasının yanında, Danıştayın kuruluşundan bu yana idarî görevleri de bulunmaktadır.

Danıştaya verilen idarî görevlerin tamamı, uyuşmazlık çıkmasını önleyen ya da uyuşmazlık doğduktan sonra yargı yoluna başvurulmadan uyuşmazlığın çözümlenmesini sağlayan görevlerdir.

İkinci oturumda ise; “Danıştayın Danışma ve İnceleme Fonksiyonu”nu tartışarak, bunun ülkemiz için önemine dikkat çekmek istiyoruz.

Danıştayın idarî yönünün daha etkin hale getirilmesi halinde, pek çok uyuşmazlık, davaya konu olmadan çözülebilir. Bu yolla, önleyici bir

denetim sağlanarak, kamu idarelerinin en başından itibaren, hukuka ve işin gereklerine göre işlem tesis etmesi ve eylemde bulunması temin edilebilir.

Böylelikle, bireylerin ve kamunun kaynak ve enerjisinin gereksiz yere tüketilmesinin önüne geçilmiş ve Danıştayın sahip olduğu idarî tecrübeden yararlanma imkanı doğmuş olacaktır.

**Saygıdeğer Meslektaşlarım,
Kıymetli Konuklar,**

Sempozyumun üçüncü oturumu; idarî yargının güncelliğini koruyan bazı temel sorunlarına ayrılmıştır.

Bilindiği gibi idarî yargıda “istinaf kanun yolu” 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Yasayla yargılama hukukumuzda dahil edilmiş ve istinaf yargılaması yapacak 7 Bölge İdare Mahkemesi 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete geçmiştir.

Bu sistemle, Türk idarî yargısının makul sürede, adaletle ve isabetle kararlar verebilmesi hedeflenmiştir.

İstinaf sisteminin yürürlüğe girmesiyle, Danıştayın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi yönünde somut adımlar atılması, son derece önemlidir.

Danıştay olarak söz konusu adımların atılması konusunda üzerimize düşen görev ve sorumluluk bilinciyle hareket ettiğimizi belirtmek isterim.

Bunun yanında, aynı konuda, Danıştay ile istinaf mahkemeleri veya farklı istinaf mahkemeleri arasında içtihat farklılığı olması hukuk güvenliğini ihlal edeceği gibi, istinafa olan güveni de olumsuz etkileyecektir.

Bu bakımdan, yargı mercileri arasında uygulama birliğinin sağlanması, maddi vakıa ve hukuki dayanakları benzer olan durumlarda farklı kararların verilmesinin önlenmesi ve içtihat birliğinin sağlanması için basit ve etkili çözüm yollarının belirlenerek, zaman kaybetmeden tartışılıp değerlendirilmesi çok yararlı olacaktır.

**Saygıdeğer Meslektaşlarım,
Kıymetli Konuklar,**

Dördüncü oturumun konusunu da “Vergilendirme ve İnsan Hakları” olarak belirledik.

Vergilendirme, devlet ile birey arasında kurulan, kamusal niteliği haiz bir ilişkidir. Bu ilişki kapsamında, kamu giderlerinin finansmanı için devlet gerekli düzenlemeleri yapmaktadır.

Vergilendirmenin açık, belirgin ve ulaşılabilir bir yasaya dayanması, meşru bir amaç gözetmesi ve bireylere yüklenen külfet ile amaç arasında adil bir dengenin bulunması gerekmektedir.

Bu nedenle, vergilendirme yoluyla getirilen sınırlandırmanın kapsamının tespiti, hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda korunabilmesi açısından bir zorunluluktur.

**Saygıdeğer Meslektaşlarım,
Kıymetli Konuklar,**

Sözlerime son vermeden önce,

İdare hukuku ve idarî yargının güncel konularına ve sorunlarına katkı sağlayacağını düşündüğümüz bu etkinlikle bizleri yalnız bırakmayan Yüksek Mahkemelerimizin çok kıymetli başkan ve üyelerine, akademisyenlere, Danıştay ve idarî yargı mensuplarımıza ve kıymetli konuklarımıza şükranlarımı sunuyorum.

Hukuk alanında çok önemli çalışmalarından istifade ettiğimiz

Sayın Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR

Sayın Prof. Dr. Erdal ONAR

Sayın Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Sayın Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Sayın Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

Sayın Prof. Dr. Murat SEZGİNER

Sayın Prof. Dr. Cemil KAYA

Sayın Doç. Dr. Cenker GÖKER

hocalarımıza,

Danıştay 7. Daire Başkanımız Sayın Ali ATAGÜN ve
14. Daire Başkanımız Sayın Levent ARTUK,
Danıştay üyemiz Sayın Nilgün İPEK ve
Anayasa Mahkemesi Raportörü Sayın Yunus Emre
YILMAZOĞLU'nun yapacakları açıklamalar idarî yargı alanındaki güncel
tartışmalara ışık tutacaktır.

Sempozyuma katkıda bulunacak konuşmacılara, siz değerli
misafirlerimize, katılımcılara ve Ankara dışından, bölge idare
mahkemelerinden gelen idarî yargı mensuplarına çok teşekkür ediyor,
saygılarımı sunuyorum. 11.5.2017

Zerrin GÜNGÖR
Danıştay Başkanı

Sunucu: Sayın Başkanımıza çok teşekkür ediyoruz. Şimdi Sempozyumumuzun, “Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü” konusunun ele alınacağı ilk oturumuna geçiyoruz. Bu oturumun başkanlığını yapmak üzere, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Eyyup Günay İSBİR’i ve konu ile ilgili bildirimlerini sunmak üzere, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Bahtiyar AKYILMAZ ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Cemil KAYA’yı arz ederim.

BİRİNCİ OTURUM AÇIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR*

Sayın Başkanım, yüksek yargının değerli mensupları, kıymetli yüksek yargı organının üyeleri, akademisyen arkadaşlarım ve kıymetli davetliler; Danıştayın kuruluşu ile ilgili olarak düzenlenen bu tarihi toplantıya ilk başkanlığı yapmak konusunda bana bu imkânı sağladıkları için özellikle sayın başkanımıza ve kıymetli düzenleme kurulu üyelerine teşekkürlerimi arz ediyorum.

İlk oturumda tartışacağımız konu, “Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü” üzerine olacak. Bu konuda iki tane önemli akademisyen arkadaşımız var. Sayın Bahtiyar AKYILMAZ ve Sayın Cemil KAYA arkadaşlarımız. Alanlarında kendilerinden oldukça istifade ettiğimiz akademisyenlerdir, ben malumu ilan etmemek adına kendileri ile ilgili zaten sizler tanıdığınız için pek fazla bilgi arz etmeyeceğim ama değinmeden de geçemeyeceğim, kendileri, akademik hayatlarını meslektaşlarım olması dolayısıyla takip ettiğim ve yükselen trend itibarıyla da oldukça faydalı çalışmalarına şahit olduğumuz akademisyenlerdir.

Konuşmacılara söz vermeden önce, bir hususu daha sizlere hatırlatmak isterim. Özellikle soru sormak isteyen arkadaşlarımızın yazılı olarak o soruları bize ulaştırmaları halinde değerlendireceğiz. Çünkü sözlü soru almayacağız, bunu da bu şekilde düzenlenmesi konusunda küçük bir hatırlatma olduğunu belirtiyorum.

Efendim ilk konuşmayı Sayın Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ arkadaşımız yapacak. Kendisinin, “Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü” konusunda sunumu olacak. Malumları olduğu üzere sayın Başkanımızın da vurguladığı gibi, kamu çalışanlarının sadakat konusu, gerek Anayasamızda, gerekse Devlet Memurları Kanunumuzda düzenlenen ve üzerinde önemle durulan bir husustur. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti Devletinin geleceğinin bu kamu çalışanlarının devlete sadakatle hizmet etmelerinin etkisiyle gelişeceği konusunda hiç kimsenin şüphesi yoktur. Dolayısıyla her iki konuda gerek Sayın AKYILMAZ, gerekse Sayın KAYA

**İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR

tarafından farklı açılardan değerlendirilecek. Ben onun için fazla sözü uzatmadan mikrofonu Sayın AKYILMAZ'a bırakıyorum.

Sayın AKYILMAZ süremiz kısıtlı bildiğimiz gibi, süreye riayet ederseniz memnun olurum. Buyurun, mikrofon sizin.

TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN DEVLETE SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*

KAVRAMSAL YAKLAŞIM

Kamu görevlileri idarenin “*insan unsurunu*” oluşturur. İdari faaliyetin konusu olan kamu hizmetleri kamu görevlileri eliyle yürütülür. Kamu hizmeti sunan devletle kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki hukuki ilişkide, kamu hizmetinden yararlananlar karşısında kamu görevlileri, “*idare*”; “*devlet*” tir.

Kamu kesiminde bir teşkilata bağlı olarak görev yapan ve geniş anlamda kamu hizmeti ifa eden “geniş anlamda” kamu görevlileri, hukuki durumlarına ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın kamu kesiminde görev yapan herkesi ifade eder. Burada önemli olan husus, kamu kesiminde “görev” yapmaktır. Geniş anlamda kamu görevlisi kavramının içine giren ve kamu kesiminde görev yapanlar özel hukuk rejimine veya kamu hukuku rejimine tabi olabilir¹. Cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar, milletvekilleri, valiler, kaymakamlar, belediye başkanları, muhtarlar ve işçiler de geniş anlamda kamu görevlisidirler. Dar anlamda kamu görevlisi ise devletin siyasi yapısını oluşturan organdaki görevliler ile kamu kesiminde özel hukuk hükümlerine tabi olan görevliler dışında kalan kamu görevlilerini ifade eder. Burada önemli olan husus, bu kişilerin faaliyetlerini “meslek” olarak yapmalarındır. Dar anlamda kamu görevlisi kavramının içine giren ve devlet organlarında, yaptıkları faaliyeti devamlı meslek olarak yapanlar kamu hukuku rejimine tabidir².

Kamu görevlisi kavramı gibi “*devlet*” ve “*sadakat*” kavramları da hukuk literatüründe “*dar*” ve “*geniş*” anlamları ile farklı kapsamlarda karşımıza çıkmaktadır.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kamu görevlisini, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak geniş anlamda tanımlamıştır.

² Akylmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, 7. B., Ankara 2016, s. 646.

“Dar anlamda devlet”, bir kamu tüzel kişisi olarak merkezden yönetim teşkilatıdır. “Geniş anlamda devlet” ise idare hukukunda teşkilat ve faaliyetleri ile bütün devlet erklerini, yani yasama, yürütme ve yargıyı ifade eder.

“Sadakat” kelimesi Türkçe Sözlükte “içten bağlılık” olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda sadakat, “bağlılık” tan daha sınırlı bir kavramı ifade etmektedir. Ancak bu kavramlar zaman zaman aynı anlamda, zaman zaman da farklı anlamlarda kullanılabilir.

Kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü bağlamında Fransız hukukunda “sadakat” (loyauté) kavramı ile “bağlılık” (loyalisme) kavramının farklı olduğu; “bağlılık” (loyalisme) kavramının, devlet ya da onu temsil eden kişi ile kamu görevlisi arasında var olabilecek vefa ve mutlak itaat bağı olarak tanımlanabileceği; “sadakat” (loyauté) kavramı ile ifade edilenin ise bir kişiye ya da politikaya değil, cumhuriyet kurumlarına sadakat olduğu belirtilmektedir³. Bu bakımdan “bağlılık” (loyalisme), müstesna bir gizlilik yükümlülüğünü de içeren “olağanüstü hiyerarşik itaat” olarak anlaşılır ve siyasal rejime sadık olma yükümlülüğüne kadar genişletilebilir. Buna karşılık cumhuriyet kurumlarına karşı sadakat yükümlülüğü, anayasaya ve kanunlara saygı ile sınırlıdır.

Türk hukukunda ise Anayasamız ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda (DMK) “sadakat” kavramı “anayasa (ve kanunlara) sadakat”; “bağlılık” kavramı “devlete bağlılık” olarak kullanılmaktadır.

Kamu görevlilerinin devlete sadakat yükümlülüğü bakımından önemli olan husus ise anayasal haklara sahip bireyler olarak kamu görevlilerinin kamu hizmetine girişte sahip oldukları haklar; başta ifade özgürlüğü olmak üzere birey olarak sahip oldukları anayasal haklar ile kamu hizmetinden yararlananlar karşısında “devlet” (idare) olarak bulunmak nedeniyle devletin temel ilkeleri bakımından taşımaları gereken sorumluluk ve anayasa ve kanunlara bağlılık ödevi arasındaki dengenin.

Bilindiği gibi kamu hizmetine girme hakkı Anayasanın siyasi hak ve ödevler bölümünde düzenlenmiştir. Buna göre, “her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” (m. 70). Bu

³ Dord Olivier, Droit de la Fonction Publique, PUF, 2007, p. 219’dan nakleden Beduschi-Ortiz, Ana, “La notion de loyauté en droit administratif”, AJDA, 2011, s. 3.

düzenlemeden hareketle memurluğa girişte üç temel ilkenin bulunduğu söylenebilir: Serbestlik, eşitlik ve görevin gerekleri ilkeleri⁴. Serbestlik ilkesi, memurluğa girişin, kişinin serbest iradesine ve isteğine bağlı olması anlamına gelir. İdarenin bir kişiyi onun iradesi dışında memur olarak ataması ve çalıştırması en başta Anayasa'nın zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 18 nci maddesine aykırı olur. Eşitlik ilkesi, Anayasa'nın 10'ncu maddesinden hareketle, memurluğa girişte dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle kişiler arasında ayırım yapılmaması anlamına gelir. DMK'nın 48'inci maddesinde aranan şartları taşıyan herkes memur olabilir. Görevin gerekleri ilkesi, memur olmak isteyen kişilerde, memurluğa girişte aranan genel ve özel koşullar dışında başka niteliklerin aranmaması anlamına gelmekte ve eşitlik ilkesini tamamlamaktadır. Görevin gerektirdiği niteliklerin, hiç kuşkusuz sübjektif değerlendirmelerle değil, objektif, genel ve gayri şahsi nitelikteki kurullarla belirlenmesi gerekir⁵. Görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması şeklinde de ifade edilen bu ilke görevin gerektirmesi durumunda idareye eşitlik ilkesinden ayrılabilme imkânı vermektedir. Örneğin, “*yabancıyla evli bulunmamak*” şartı, askerlik görevi için görevin gerektirdiği bir nitelik olarak mevzuatla özel şart olarak öngörülebilir⁶.

SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ANLAMI

Sadakat kavramı “*ahlaki bir değer*”dir. Onurlu olmak ve dürüst bir tutum içinde olmayı anlatır. Aynı zamanda hukuki bir kavramdır. Genel olarak, hiyerarşik düzene itaat etme yükümlülüğü, tarafsızlık, bağlılık yükümlülüğü, gizlilik yükümlülüğü ve mesleki etik kurallarına uyma yükümlülüğünü ifade eder.

⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 657.

⁵ D5D, 13.03.2003, E 2001/5253, K 2003/796, DKD, 2003, sy. 2, s. 204.

⁶ AyM, 22.05.1963, E 1963/205, K 1963/123, RG. 14.08.1963, sy. 11480.

Hiyerarşik düzene itaat

Kamu görevlileri, kamu hizmetin iyi işlenmesini sağlamak için hiyerarşik düzen içinde amirine itaat etmek zorundadır⁷. Dolayısıyla kamu görevlisinin hiyerarşik bakımından sadakat yükümlülüğü, onun bu otoriteyi reddetmesini yasaklamaktadır⁸. Ancak sadakat yükümlülüğü, kamu görevinde hiyerarşinin gereği olan itaat ödevi ile karıştırılmamalıdır. Buna göre sadakat yükümlülüğü, **kamu görevlisinin, kamu hizmetini ifa ederken devlet hiyerarşisi dışında hiçbir hiyerarşiyi tanımaması, başka hiçbir hiyerarşiyeye tabi olmamasını gerektirir.**

Tarafsızlık ve Bağlılık

Kamu hizmetinin sahibi devlet, beşeri duyguları olmayan bir varlıktır. Devlet sevmeyi, kayırmaz, kızmaz, öfkelenmez. Devlet, kamu hizmetlerini herkese dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin eşit ve tarafsız biçimde sunar.

Her bireyin geleceği, devletin geleceği ve devamlılığı ile yakından ilgilidir. Bireyler kişisel ve sosyal endişelerle, memleket meseleleri hakkında düşünür, kanaatler geliştirirler. Bu çerçevede herkesin, kendine göre “en iyi” olarak gördüğü siyasî tutumun, bütün vatandaşlarca benimsenmesini istemek hakkıdır⁹. Herkes, yönetime katılmasını sağlayan, anayasa ile güvence altına alınan siyasi hak ve özgürlüklere sahiptir. Ancak “devlet” olarak tarafsız ve eşit biçimde kamu hizmeti sunmakla yükümlü olan kamu hizmeti görevlileri bakımından bu konuda çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Zira kamu hizmetinden yararlananlar için kamu hizmeti sunan kamu görevlileri, genel bir bakış açısıyla “devlet”tir. Onlardan, kamu hizmetlerini tarafsız ve eşit biçimde sunmaları, devlet gibi “nesnel”; kişiliklerini, siyasi, dini, etnik vs. kimliklerini bir kenara bırakarak hareket etmeleri beklenir. Kamu hizmetinin tarafsız ve eşit biçimde yürütülmesi, kamu hizmeti görevlilerinin kendi kişisel düşünceleri ve yönetim anlayışları

⁷ “Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar”. (DMK m. 11/1)

⁸ Beduschi-Ortiz, s. 3.

⁹ Özyörük Mukbil, Devlet Memurlarının Hürriyetleri, Ankara 1956, s. 150.

ile değil; anayasaya ve kanunlara uygun olarak, “millete mâl ve atfedilen umumî ve yüksek bir iradeye ve onun emirlerine uygun olarak hareket etmelerine bağlıdır”¹⁰. Bu demek değildir ki kamu görevlileri siyasi düşünce, felsefi inanç, belli bir din ya da mezhebe mensup olamazlar. Her kamu görevlisi belli bir siyasi düşünceye, felsefi inanca sahip, bir din ya da mezhebe mensup olabilir ya da hiç bir dini inanışa sahip olmayabilir. Hukuk devletinde kamu görevlisinin, dini ve felsefi inancına, siyasi düşüncelerine müdahale söz konusu olamaz. Kamu görevlisinin özel hayatında inandığı şekilde yaşaması, dini vecibelerini yerine getirmesi, siyasi düşüncelerini başkalarıyla paylaşması kamu hizmetinin tarafsızlığına gölge düşürmez. Diğer taraftan idarenin tarafsızlığı, siyasal güç odaklarının ya da iktidarın idare üzerinde baskı yapmaması, buna karşılık kamu görevlisinin de siyasete karışmaması gibi bir dengeye dayanmaktadır¹¹.

İdarenin tarafsızlığı, siyasal iktidar değişse bile kamu görevlisinin herhangi bir kişisel ya da siyasal etki altında kalmaksızın kamu hizmetini anayasa ve kanunlara sadakatle yürütmeye devam etmesini gerektirir. Bu nedenle sadakat yükümlülüğü, üst düzey kamu görevlileri bakımından daha da önemlidir¹².

O halde idarenin tarafsızlığının da bir gereği olarak kamu görevlileri kesin bir şekilde kişisel tercih ve düşüncelerinden bağımsız bir tutum benimsemeli,¹³ sadakat yükümlülüğü kapsamında, kurumlarına karşı bağlılıklarını şüpheye düşürebilecek tüm eylemlerden kaçınmalıdırlar¹⁴.

Mesleki ihtiyat

Hukuk devletinde sadakat yükümlülüğü, kamu görevlisinin düşünce özgürlüğünü sınırlayan bir durum değildir. Buna karşılık sadakat

¹⁰ Özyörük, s. 151.

¹¹ Akıllıoğlu Tekin, “Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri”, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Ankara 1992, s. 30. Ancak memurun siyasete karışmaması, siyasal düşüncelere sahip olması, ya da hiç siyasi faaliyette bulunmaması anlamına gelmemektedir. Memurun ne zaman siyasete karışmış sayılacağı, bunu açıkça yasaklayan bir kuraldan anlaşılmalıdır. s. 30.

¹² Beduschi-Ortiz, s. 3.

¹³ Pochard Marcel, Les 100 Mots de la Fonction Publique, Que sai-je?, PUF, 2011. s. 32.

¹⁴ Pochard, s. 33.

yükümlülüğü, kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerine birtakım sınırlamalar getirir¹⁵.

Kamu görevlilerinin hizmet içinde tarafsızlık ve bağlılık, hizmet dışında ise gizlilik ödevleri bulunmaktadır¹⁶. “**Mesleki ihtiyat**”¹⁷ da denilebilecek, mesleki sır yükümlüğünden daha geniş bir yükümlülükleri söz konusudur. Buna göre kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken eriştikleri bilgileri ifşa etmeleri yasaktır. Kamu görevlisi, kamu hizmetinin iyi işlemesi için bir gereklilik olmadığı sürece, kimseyle kişisel bilgilere ilişkin bir iletişimde bulunmamalıdır. Bu tutum, aynı zamanda tarafsızlık yükümlülüğünün de gereğidir¹⁸.

SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İÇERİĞİ

Kamu görevlilerinin devlete sadakat yükümlülüğü söz konusu olduğunda tarihsel süreçte bu yükümlülük siyasal iktidara veya siyasal sisteme sadakat olarak karşımıza çıkar.

Hükümete (Siyasal İktidara) Sadakat

Kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğünün içeriği bakımından zaman içinde farklı yaklaşımlar söz konusu olmuştur. Bu yaklaşımlardan bir tanesi kamu görevlisinin “**hükûmete sadakat yükümlülüğü**”dür. Buna göre kamu görevlisi siyasi iktidara sadakatle görevini yerine getirmelidir¹⁹.

¹⁵ Larralde, Jean-Manuel, “*La Liberté ’Expression du Fonctionnaire Européen*”, Rev. trim. dr. h. (2002), Erişim; <http://www.rtdh.eu/pdf/2002385.pdf> , 21/04/2017.

¹⁶ Pochard, memurun gizlilik yükümlülüğünün temelinde de, hizmet dışında olsa da, görevlerini yerine getirirken sadakatine ve bağımsızlığına gölge düşürebilecek bir durumun içine girmemesi fikrinin bulunduğunu belirtmektedir. Pochard, s. 33.

¹⁷ Bu kavram sır saklama ödevinden daha geniş bir anlam ifade eder. Memurun idareyi korumak için, sahip olduğu bilgileri ifşa etmemesi ödevi olarak tanımlanabilir. Pochard, s. 32.

¹⁸ Beduschi-Ortiz, s. 3.

¹⁹ Tutum bu görüşün kamu görevlileri için Prusya Kralı II. Frederick'e atfedilen ‘*Canları Allahın, gerisi benim*’ sözüne uygun düştüğünü belirterek, bu görüşün en tipik örneği III. Reich’in 1937 tarihli Memurin Kanunu olduğunu ifade etmekte ve Bu kanunun 3’üncü maddesinde yer alan “*Devlet memuru, Nasyonal Sosyalist Devlete daima ve kayıtsız şartsız bağlı olmak zorundadır. Bütün davranışlarında Nasyonal Sosyalist partinin, halkla ayrılmaz bir bütün teşkil ettiği ve Alman devlet fikrinin partide tecessüm ettiği gerçeği kendisine rehber olmalıdır. Reich’in veya partinin varlığını*

Hemen her ülkede iktidarlar genellikle idari mekanizmayı ve özellikle devlet memurlarını kendi çıkarları için kullanmak eğilimini gösterirler. İktidarın politikasına uygun davranışların teşvik edildiği, aksi davranışların ise cezalandırıldığı ülkelerde bu sorun daha ciddi bir şekilde tartışma konusudur²⁰. Atama ve yükseltmelerde liyakatin değil; siyasetin ön plana çıktığı bu sistemde zaman içinde ortaya çıkan kötü yönetim kamu hizmetine de yansır. Tarafsızlık ortadan kalkar, hizmetten yararlananların idareye duyduğu güven sarsılır.

Genellikle totaliter rejimlerde karşımıza çıkan bu sistemde kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü siyasal iktidaradır. Kamu görevlileri adeta iktidardaki partinin görevlileridir. Kamu görevine girişte partinin referansı istenir; yükseltmelerde partinin onayı alınır.

Demokratik ülkelerde de belli kamu görevlileri için belli ölçüde hükümete (siyasal iktidara) sadakat söz konusu olabilir. Hükümete karşı sıkı bağlılık yükümlülüğü kamu görevinde bazı **“yüksek görevler”** söz konusu olduğunda ortaya çıkar²¹. Söz konusu yüksek görevler, ataması hükümetin kararına bırakılan kişilere özgü görevlerdir. Örneğin Fransa’da bu görevler her bir hizmet ve her bir idare için, Conseil d’Etat kararı ile belirlenir²². Devlet idaresinde işgal ettikleri pozisyonun önemi ve hükümet ile aralarındaki bağ dikkate alındığında, bu görevlilerin her zaman görevden alınması mümkündür.

tehdit edebilecek olayları, görevi dışında da öğrenmiş olsa üstlerine haber vermek zorundadır” hükmünü delil olarak göstermektedir. Tutum Cahit, Memurların Hak ve Ödevleri, AİD, c. 2, sy. 2, 1969, s. 122.

²⁰ Tutum, s. 125.

²¹ Beduschi-Ortiz, s. 3.

²² Beduschi-Ortiz, s. 3. Conseil d’Etat, 24 Eylül 2010 tarihli kararında bir valinin, içişleri bakanı hakkında polemik yaratıcı sert sözlerinin, onun valilik sıfatından kaynaklanan gizlilik ve sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirmiştir. CE 24 sept. 2010, Girot de Langlade, req. n° 333708, AJDA 2010. 1801; AJFP 2011. 46’den aktaran Beduschi-Ortiz, s. 3.

Rejime (Siyasal Sisteme) Sadakat

Totaliter rejimlerde hükûmete sadakat ile rejime sadakat arasında bir fark bulunmamaktadır. Rejime sadakat, Tutum'un da ifadesiyle "*ancak düşünce özgürlüğüne imkân veren bir siyasî rejim içinde söz konusu olabilir*"²³.

Kamu görevlilerinin devlete sadakat yükümlülüğünden siyasal sisteme sadakatin anlaşıldığı demokratik ülkelere baktığımızda zaman zaman farklı uygulamalarla da karşılaşmaktadır. Bu çerçevede özellikle II. Dünya Savaşından sonra demokratik ülkelerde gördüğümüz bir anlayışa göre rejime karşı olan siyasal partilere üye olanların kamu yönetiminde görev almaları sakıncalıdır. Örneğin Şili ve Arjantin'de rejim karşıtı partilerin üyeleri için bu tür bir yasaklar öngörülürken, Paraguay, Filipinler ve ABD'de komünist parti üyelerinin kamu yönetiminde görev alması engellenmiştir²⁴.

Bu konuda ABD'de Başkan Truman tarafından, 21 Mart 1947 de yürürlüğe konulan 9835 sayılı Hükümet Kararnamesi (Sadakat Kararnamesi olarak anılır) ilgi çekicidir.

O yıllarda ABD'de yaygınlaşan komünist faaliyete tedbir olarak düşünülen kararnamede, casusluk ve sabotaj, vatan hainliği, ABD hükümetinin hukukî şeklini ihtilâl, kuvvet ve şiddet kullanarak değiştirmeye çalışmak, gizli bilgi ve belgeleri kasten ve yetkisiz olarak ifşa, memuriyet yetkisinin, ABD hükümetinden başka bir hükümete yardım amacıyla kullanılması "*sadakatsizlik*" olarak nitelendiriliyordu²⁵. Kararname, ayrıca, başsavcı tarafından totaliter, faşist, komünist, yıkıcı olarak nitelendirilen veya ABD Anayasasıyla vatandaşlara tanınan hakları cebir ve şiddet kullanarak inkâr ve ABD hükümetinin şeklini Anayasaya aykırı usullerle değiştirmeye yönelik fiilleri tasvip veya teşvik ettikleri kabul edilen yerli ve yabancı teşekküllere, derneklere, gruplara ve şahıs topluluklarına taraftar ya da üye olanları da sadakatsizlikle itham ediyordu²⁶.

²³ Tutum, s. 124.

²⁴ Çitci Oya, "Siyasal Haklar ve Kamu Görevlileri", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Ankara 1992, s.92.

²⁵ Özyörük, s. 165.

²⁶ Özyörük, s. 165. Özyörük o dönem ABD'de yaşananları şu şekilde anlatıyor: "*Her dairede üç kişilik Sadakat komiteleri kuruldu. Bir de "Federal Sadakat Tetkik Heyeti" (= Federal Loyalty Review Board) vücade getirildi ve Federal Taharri (Araştırma) Bürosu*

Siyasal sisteme sadakat ile kastedilen, devletin temel niteliklerine, siyasal rejimine sadakattir.

Türk kamu idaresinin de mülhem olduğu Fransa’da kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü denilince bu yükümlülük, cumhuriyete, cumhuriyetin kurumlarına sadakat olarak anlaşılır. Fransa’da Conseil d’Etat uygulaması da bu anlayış çerçevesinde gelişmiştir. Örneğin Conseil d’Etat, üniversite yönetiminden talimat almasına rağmen, I. Dünya Savaşı Ateşkesi (11 Kasım 1918) anısına ilişkin resmi bir anma törenine katılmayı siyasal sebeplerle reddeden okul müdürüne verilen cezayı²⁷; yine 1935 tarihli bir kararında “Rezil üç renkli bayrağı (Fransız bayrağı kastediliyor) devirecek olan bayrak kızıl bayraktır” ifadelerini kullanan kamu görevlisine verilen cezayı cumhuriyet kurumlarına bağlılık yükümlülüğüne başvurarak hukuka aykırı bulmamıştır²⁸.

faaliyete geçti. Bütün memurların parmak izleri alındı; siyasî polis arşivlerinde isimleri araştırıldı, hangi teşekküllerde üye oldukları, hususî hayatları, düşüp kalktıkları şahısların şüpheli halleri etraflı bir şekilde incelendi ve raporlar F.B.I. tarafından her dairenin Sadakat komitesine verildi. Başmüddeiumumî (başsavcı), hükümet kararnamesine göre hangi dernekleri ve teşekkülleri tel’in etmekte olduğunu açıklamış değildi. Şüphesiz açıkça komünistlik faaliyetinde bulunan teşekküller bu listeye dahildi. Fakat bu listede, daha nelerin bulunduğu bilinmiyordu. Bu bakımdan ortaya çıkan teminatsız vaziyet, matbuatta ve hukukçular arasında şiddetli tenkidlere yol açtı. Memur vatandaşı, içyüzünü bilmeden bir derneğin azası olabilirdi. Hakikî mahiyetine vâkıf olmadığı bir kulübe devam edebilirdi. Bu hareketinden dolayı vazifesinden atılması büyük bir haksızlık ve insafsızlık olurdu. Bidayette her dairedeki üç kişilik Sadakat Komitesi, başmüd- deiumumînin listesine bakarak memurun durumunu tesbit ettikten sonra kendisini derhal işinden çıkarıyor, müdafaasını sormuyordu. Fakat kısa bir zaman sonra tenkidler tesirini gösterdi. Tereddüt edilen ahvalde, memur, komite huzuruna çağırılarak, ne diyeceği sorulmağa başlandı. Aleyhine çıkacak bir karar üzerine, memurun, Federal Sadakat Heyetine, istinafen müracaatı kabul edildi. 1950 Şubatında 2.900.000 memurun durumu gözden geçirilmiş, bu işe 11.000.000 dolar sarfedilmişti. Neticeten 1041 memur, haklarında verilecek karardan evvel istifa ettiler. 195 memur azledildi. 7039 memur hakkındaki azil karan kaldırıldı” Özyörük, s. 166.

²⁷ CE, 5 novembre 1952, Vrecord. Recueil des Arrêts du Conseil d’État, Jurisprudence du Conseil d’État et du Tribunal des Conflits, Table Vicennale, Tome III, 1935-1954, Imprimerie Nationale, 1957, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, s. 721,

²⁸ CE, 25 janvier 1935, Defrance, aktaran, Raimbault, Philippe, “Valeurs du Service Public, Éthique et Déontologie des Personnels d’Encadrement”, ESEN - Séminaire APAENES - 18 novembre 2010,

Alman Anayasa Mahkemesi de anayasaya sadakat yükümlülüğünü anayasada somutlaşan insan haklarına saygılı olma ve her şeyden önce yaşam hakkına, özgür gelişim hakkına, halk egemenliğine, kuvvetler ayrılığına, hükümetin sorumluluğuna, idarenin yasallığına, yargının bağımsızlığına, çoğulculuğa ve tüm siyasal partilerin fırsat eşitliğine, parti kurma ve muhalefet etme hakkına saygı olarak anlamaktadır²⁹.

Görüldüğü üzere sadakat yükümlülüğü, devleti, anayasal kurumlarını, milleti aşağılayıcı tarzda eleştirme yasağı gibi negatif bir yükümlülük ya da birtakım ulusal törenlere katılma ödevi gibi pozitif bir yükümlülük olarak ortaya çıkabilmektedir³⁰.

Siyasal iktidara ya da siyasal sisteme sadakat yükümlülüğü dışında bu görüşlerden farklı diğer bir yaklaşım ise devletin, kamu görevlilerinden sadece görevlerinin gereğini yerine getirmesini isteyebileceği; bunun dışında kamu görevlisinin hiçbir siyasî hakkını kullanmasına müdahale edemeyeceği yönündeki liberal görüştür³¹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu yaklaşım “tam” olarak uygulanma imkânı bulmamıştır.

TÜRK HUKUKUNDA SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yukarıda da belirtildiği üzere Türk hukukunda “*sadakat*” kavramı “*anayasa (ve kanunlara) sadakat*”; “bağlılık” kavramı ise “*devlete bağlılık*” olarak kullanılmaktadır.

İnternet:http://www.esen.education.fr/fileadmin/user_upload/Modules/Ressources/Conferences/html/10-11/raimbault_p_conference/docs/apaenes_raimbault_p_texte.pdf, 22/04/2017, s. 11. Recueil des Arrêts du Conseil d'État, Jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits, Table Vicennale, Tome III, 1935-1954, Imprimerie Nationale, 1957, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, p. 1633, s. 718. Gözler Kemal, İdare Hukuku, c. II, s. 653–654.

²⁹ BVerfG, 23 Octobre 1952, Dissolution du parti socialiste du Reich, BVerfGE, t. 2, p. 12.

³⁰ Deléage Elsa, “*La Loyauté de l'Administration*”, Revue Générale du Droit, Etudes et Réflexions 2015 numéro 1, s. 18. Buna karşılık Danıştay çifte tabiiyetin devlet memurluğuna engel neden sayılmadığı; yabancı bir devlet vatandaşlığına geçmek için başvuruda bulunma, devlete sadakat veya bağlılıkla bağdaşmayan ya da devletin itibarını kıran eylem olarak nitelendirilmeyeceği görüşündedir. D5D, 09.10.1989, E. 87/1804, K. 89/1655, DD, sy. 78–79, s. 228.

³¹ Tutum, s. 122.

Anayasaya Sadakat

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Başlangıç Hükümlerinde Anayasanın, bu kısımda belirtilen ilkeler doğrultusunda “*anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere, TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olun(duğu)*” ifade edilmiştir. Buna göre “**anayasaya sadakat**” her Türk vatandaşı için bir (borç) “**sorumluluk**”tur. Anayasa'nın 42'nci maddesine göre “*eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz*”³². Zira **anayasaya sadakat, vatan ve millet sevgisinin gereğidir**.

Anayasaya ve kanunlara sadakat, kamu görevlileri için ise bir “**yükümlülük**”tür. Nitekim kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarına ilişkin Anayasanın 129'uncu maddesinde “*memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler*” hükmüne yer verilmiştir³³.

Anayasaya sadakat milletvekilleri için de bir yükümlülüktür. Bu çerçevede sadakat yükümlülüğü, milletvekilleri için Anayasa'da bir and'a bağlanmıştır. 81'inci maddeye göre milletvekilleri göreve başlarken Anayasaya sadakatten ayrılmayacaklarına; büyük Türk milleti önünde namusları ve şerefleri üzerine and içerler.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “*Sadakat*” başlığını taşıyan 6'ncı maddesine göre “**Devlet memurları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatla bağlı kalmak ve milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatla uygulamak zorundadırlar**”. Maddeye göre devlet memurları memurluğa asaleten atandıktan sonra en geç bir ay içinde kurumlarınca düzenlenecek merasimle yetkili amirlerin huzurunda “**sadakat yemini**” ederler ve özlük dosyalarına konulacak “**Yemin Belgesi**”ni imzalayarak göreve başlarlar: “**Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına, Atatürk İnkılâp ve İlkelerine, Anayasada ifadesi bulunan Türk Milliyetçiliğine sadakatla bağlı kalacağıma; Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını milletin hizmetinde olarak**

³² Aynı Hüküm Alman (Bonn) Anayasası'nın 5 inci maddesinde de yer almaktadır.

³³ Alman Anayasası'nın 33 üncü maddesinde de “*Egemenlik hak ve yetkilerinin yerine getirilmesi, esas itibariyle, daimî bir görev olarak idari iş ve sadakat ilişkisinde bulunan kamu görevlilerine bırakılır*” hükmü yer almaktadır.

tarafsız ve eşitlik ilkelerine bağlı kalarak uygulayacağıma; Türk Milletinin millî, ahlakî, insanî, manevî ve kültürel değerlerini benimseyip, koruyup bunları geliştirmek için çalışacağıma; insan haklarına ve Anayasanın temel ilkelerine dayanan millî, demokratik, laik, bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilerek, bunları davranış halinde göstereceğime namusum ve şerefim üzerine yemin ederim”.

Türk hukukunda kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü, Anayasa'nın 129 ve 657 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında “anayasaya ve kanunlara sadakat yükümlülüğü” olarak tanımlanmış olmakla beraber; yemin metni dikkate alındığında bu yükümlülüğün daha geniş bir alanı kapsadığı söylenebilir. Zira yemin metninde ağırlıklı olarak Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenen “**cumhuriyetin nitelikleri**”ne vurgu yapılmaktadır. Bu çerçevede kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğünden genel olarak rejime (siyasal sisteme) sadakat ve bu çerçevede Fransa'da olduğu gibi cumhuriyetin kurumlarına sadakat anlaşılması gerekir³⁴.

Devlete Bağlılık

657 sayılı Kanun'da devlet memurlarının ödev ve sorumlulukları arasında “**sadakat yükümlülüğü**” dışında ayrıca “**devlete bağlılık**” yükümlülüğü de düzenlenmiştir³⁵. Kanun'un “*Tarafsızlık ve devlete bağlılık*” başlıklı 7'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre “**devlet memurları her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte**

³⁴ “...memur zaten kurullarla bağlıdır. Burada ise kurulların dayanağı olan ilke ve anlayışlar (felsefe) kastedilmektedir. Anayasa'nın ya da yasaların özü gibi soyut bir çerçeve söz konusudur. Bir bakıma Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında çok geniş bir kapsam kazandırdığı ‘Cumhuriyet ilkeleri’, ‘Atatürkçü düşünce’ buna örnek verilebilir. Bu kavram İkinci Dünya Savaşından sonra ABD ve Batı Avrupa ülkelerinde ortaya çıkan ‘rejime sadakat’ ilkesinin bizdeki bir uygulaması sayılabilir” Akıllıoğlu, s. 31.

³⁵ İrlanda Anayasası'nın 9 uncu maddesine göre “*ulusa sadakat ve Devlete bağlılık tüm vatandaşların temel siyasi görevleridir*”.

faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılamazlar, bunlara yardım edemezler”.

Gözler, devletin unsurlarından hareketle kamu görevlilerinin devlete bağlılık yükümlülüğünü “ülkeye bağlılık” ve “millete bağlılık” olarak iki alt unsura ayırmıştır. Buna göre ülkeye bağlılık yükümlülüğü, kamu görevlilerinin Lozan Antlaşmasıyla çizilen millî sınırlar içerisindeki ülkenin Türk ülkesi olduğunu ve bunun bölünmez bütünlüğünü savunmak zorunluluğunu içerir. Millete bağlılık yükümlülüğü ise kamu görevlilerinin Türk milletinin değer ve çıkarlarını her şeyin üstünde tutmalarıdır³⁶.

TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN DEVLETE SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SAĞLANMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

Türk hukukunda gerek Anayasamız ve gerekse kamu personeli mevzuatı ile kamu görevlilerinin devlete sadakat yükümlülüğü bakımından bazı yasaklar ve müesseseler getirildiğini görmekteyiz.

Siyaset Yasağı

Anayasamız ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu idarenin tarafsızlığını sağlayabilmek için kamu görevlilerinin siyasetle ilişkisini kesmek istemiştir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 68'inci maddesinin beşinci fıkrası ile kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olmaları yasaklanmıştır³⁷; 657 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin birinci fıkrasında da “Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç,

³⁶ Gözler Kemal, İdare Hukuku, c. II, s. 653. Gözler'e göre “devlete bağlılığın, anayasa ve kanunlara sadakatten öte bir anlamı vardır. Çünkü devlet, anayasa ve kanunlardan daha geniş bir kavramdır. Diğer yandan belirtelim ki, devlete bağlılık ödevi, sadece devlet memurlarının görevi esnasında uymaları gereken bir ödev değildir. Devlet memurları bu ilkeye görevlerinin dışında olan, ama sadece özel hayatlarında kalmayan kamusal alana yansıyan tutum ve davranışlarında da uymak zorundadırlar”. s. 652.

³⁷ “Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar”.

din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar” hükmü getirilmiştir³⁸. Yine 657 sayılı Kanun’da “herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak”; “yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek”; “siyasi partiye girmek”; “siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek” disiplin suçu olarak düzenlenmiştir³⁹.

Özyörük’ün de ifade ettiği gibi “İdarenin tarafsızlığı prensibi, memurun siyasete karışmamasını ve siyasî kuvvetlerin de memuru rahat bırakmasını zaruri kılar. Memur siyasî faaliyetlere olan temayülünden menedilemez ve siyasî kuvvetlerin İdare üzerindeki baskılarına set çekilemezse, İdarenin tarafsızlığını temine imkân yoktur”⁴⁰. Bununla beraber yine Özyörük’ün ifadesiyle “memurları siyasi mücadeleden ayırmak ve siyasî kanaatlerin esiri olarak hareketten önlemek her zaman kolay olmamıştır. Çünkü, memuru siyasetten uzaklaştırmak mümkün olduğu zamanlarda, bazân siyaseti memurdan uzak tutmağa imkân bulunamamıştır. Gerçekten, hükümet ve İdare ayrı müesseselerdir. Fakat siyasî bir menşei olan hükümetle, siyasî hiçbir hüviyeti bulunmaması lâzımgelen İdarenin, birbirlerinden hangi noktalarda ve nasıl ayrıldıklarını tesbit çok zordur”⁴¹.

³⁸ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 59 uncu maddesine göre ise “Yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanları, siyasi partilere üye olabilirler; yükseköğretim kurumlarındaki görevlerini aksatmamak ve bir ay içinde kurumlarına bildirmek kaydıyla, siyasi partilerin merkez organları ile onlara bağlı araştırma ve danışma birimlerinde görev alabilirler. Şu kadar ki, bu durumdaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu üyesi, rektör, dekan, enstitü ve yüksekokul müdürü ve bölüm başkanı olamazlar, onların yardımcılıklarına seçilemezler. Yükseköğretim kurumlarının öğrencileri, siyasi partilere üye olabilirler. Siyasi partilere üye olan öğretim elemanları ve öğrenciler, yükseköğretim kurumları içinde parti faaliyetinde bulunamaz ve parti propagandası yapamazlar”.

³⁹ Bunlardan ilki kademe ilerlemesinin durdurulması; diğerleri ise devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiillerdir.

⁴⁰ Özyörük, s. 163–164.

⁴¹ Özyörük, s. 152.

Siyaset yasağının temel gerekçesi kamu görevlisinin siyasal tercihlerini bir kenara bırakarak ayrımcılık yapmadan görevini ifa etmesinin sağlanması; bu konuda hizmetten yararlananların herhangi bir şüphe duymamalarının sağlanması ve kamu görevinde liyakat ilkesinin tereddütsüz uygulanma isteğidir.

Bu çerçevede aslolan kamu görevlileri de dahil her bireyin siyasal katılım hakkına sahip olmasıdır. Bu nedenle kamu görevlileri için siyaset yasağının getiriliş amacına uygun olarak yorumlanması ve işletilmesidir⁴². Başka bir ifadeyle amaç kamu görevlisinin siyaset ile ilişkisini tamamen kesmek değil; kamu görevlisinin kamu hizmeti sunarken hizmetten yararlananlara nesnel ve tarafsız davranmasının sağlanması; atama, yükseltme ve yer değiştirmelerde de liyakat sisteminin gözetilmesidir.

Yemin Müessesesi

Yemin müessesesi, M.Ö. 6'ncı yüzyılda gelenek kurallarının yazıya dökülmesinden oluşan Solon Anayasasına kadar uzanan bir geçmişe sahiptir⁴³.

Osmanlı Devleti'nde yemin geleneği, kuruluş yıllarından itibaren mevcuttur. Türk- İslâm devletlerinde yaygın olan hükümdar yeminleri, Osmanlı padişahları tarafından da devam ettirilmiştir. Devlet ileri gelenleri ise, yine kuruluş döneminden başlayarak padişaha ve kanunlara sadakat yemini etmişlerdir⁴⁴.

Bu çerçevede Tanzimat Fermanı'nın bürokrasiye getirmiş olduğu yeniliklerden biri de devletin çeşitli kademelerinde istihdam edilecek olan memurların, padişaha ve onun devletine sadık kalacaklarına, kendilerine verilecek olan vazifeleri dürüstlükle yerine getireceklerine ve rüşvet almayacaklarına dair yemin etmeleri yani "**usûl-ı tahlif**" müessesesi olmuştur.

⁴² Bu konuda Türk Hukukundaki uygulama için bkz. Ersöz Kürşat, "Devlet Memurlarının Siyaset Yapma Yasağı Ve Değerlendirilmesi", TAAD, Yıl:7, Sayı:26 (Nisan 2016),s. 71 vd.

⁴³ Akıllıoğlu Tekin, "Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Ankara 1992, s. 29–30.

⁴⁴ Yarcı Güler, "Osmanlıda Yemin ve Tahlif", Acta Turcia, Yıl V, Sayı 2, Temmuz 2013, s. 36.

Tanzimat döneminde, başta padişah olmak üzere devlet memurları tahlif edilmiş⁴⁵; Kanun-ı Esasi ile hükümdarın yanı sıra Âyân ve Mebusan Meclisi üyeleri için de yemin usulü getirilmiştir. II. Abdülhamid döneminde, asker ve sivil devlet memurlarının tamamı siyaseten tahlif edilmiştir⁴⁶. Cumhuriyetin ilanından sonra da yemin müessesesi varlığını muhafaza etmiş; fakat yemin muhtevalarındaki dini ibareler kaldırılarak, yerini şahsî ve millî ibarelere bırakmıştır.

Akıllıoğlu'na göre “yemin, yargılama hukukunun ‘çağdışı’ (archaïque) bir kanıtlama aracıdır. Başkaca kanıtlanamayan bir konuda ilgili üzerinde ruhsal bir zorlama olan yemine başvurulur. Başka bir anlatımla yemin, düşünce/vicdan üzerine yapılan bir baskıdan/müdahaleden başka bir şey değildir”⁴⁷. Bununla birlikte yine Akıllıoğlu'nun ifade ettiği üzere “bir pozitif hukuk kuralının Anayasa'ya aykırı sayılmadıkça hukuka uygunluk çerçevesi içinde (hukuka uygunluğu saptamak için kendisinin ölçüt sayılmasının) kabul edilmesini doğal karşılamak gerekir. Dolayısıyla ‘yemin’ bizde ve başka ülkelerde memurları belli bir düşünsel çerçeve içinde davranışta bulunmak için geçerli ve hukuki bir önlem sayılmaktadır”⁴⁸.

Güvenlik Soruşturması

Yakın zamana kadar Danıştay, güvenlik soruşturması uygulamasını, kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka

⁴⁵ Padişahın yemin merasimden sonra vükelânın ve devlet ricâlinin yemin merasimi yapılmıştır. Tespit edilen usule göre vükela ve devletin ileri gelenleri padişahın; devlet görevlileri, sadrazamın; ilim adamlarından lüzumlu görülenler, şeyhülislâmın; askeri kumandanlar ve subaylar, seraskerin; maliye memurları ile Darbhâne-i Amire'deki müslim ve gayrimüslim bütün görevliler, Darbhâne-i Amire Müşiri'nin ve Bâbiâlf memurları da hariciye nâzırının huzurunda yemin ederek vazifeye başlamışlardır. Akyıldız Ali, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilâtında Reform, **İstanbul 1993, s, 58**; Sarıyıldız Gülden, “Tanzimat ve Osmanlı Bürokrasisinde Yemin Müessesesi”, Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları, I/ 1, İstanbul 2002, s. 253–254.

⁴⁶ Yarcı, s. 6.

⁴⁷ Akıllıoğlu, s. 31.

⁴⁸ Akıllıoğlu, s. 31. Danıştay'a göre de Devlet memurluğu yemin ve yemin belgesi imzalama yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle çıkarma cezası verilen davacının, cezası af kapsamında olmakla birlikte, davacının anılan yükümlülüğü yerine getirmesi gerekir. D8D, 26.10.1992, E. 91/2221, K. 92/2529, DD, sy. 87, s. 393.

niteliklerin aranmaması ilkesine⁴⁹, masumluk karanesi ilkesine⁵⁰ ve kanun önünde eşitlik ile kamu hizmetine girme hakkına⁵¹ aykırı görmüştür⁵².

4045 sayılı sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli İle Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine Ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1 inci maddesi ile "*kamu kurum ve kuruluşlarında, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında*" güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacağı hüküm altına alınmış; "*devletin güvenliğini, ulusun varlığını ve bütünlüğünü iç ve dış menfaatlerinin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeler ile gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, birim ve kısımların tanımlarının yapılması, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ve üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlen(eceği)*" belirtilmiştir.

Söz konusu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nde "**arşiv araştırması**" "*kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişkisi ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının mevcut kayıtlardan saptanması*"; "**güvenlik soruşturması**" ise "*kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp*

⁴⁹ D5D, 10.03.1988, E 1987/406, K 1988/704, DD, 1989, sy. 72-73, s. 287.

⁵⁰ D5D, 08.06.1989, E 1988/1564, K 1989/1307, DD, 1990, sy. 76-77, s. 342.

⁵¹ D5D, 13.03.2003, E 2001/5253, K 2003/796, DKD, 2003, sy. 2, s. 203-205.

⁵² "*Güvenlik soruşturmasına ilişkin raporlarda yer alan bilgiler istihbari nitelik taşıdıklarından hukuken geçerli başka bilgi ve belgelerle doğrulanmadıkça bu raporların tek başlarına hukuki delil gücünde kabul edilmeleri ve ilgililer aleyhine kullanılmaları hukuk devleti ilkesine aykırı düşer. Öte yandan hukuk devletinde idarenin ve kişilerin hak ve yükümlülükleri, demokratik esaslara uygun olarak, objektif kriterler halinde ayrı ayrı belirlenmiş olup idarenin kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen konularda 'şüphe'ye dayanarak işlemler tesis etmesi uygun ve doğru görülemez". D5D, 10.03.1988, E 1987/406, K 1988/704, DD, 1989, sy. 72-73, s. 287.*

aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişığı ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının, ahlaki durumunun, yabancılar ile ilgisinin ve sır saklama yeteneğinin mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesi” olarak tanımlanmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Yönetmelikte sayılan kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığı, adli sicil kaydı ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığı bilgileri dışında kalan “*istihbarat ünitelerinde ilişığı*”, “*yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığı*”, “*ahlaki durumu*”, “*yabancılar ile ilgisi*”, “*sır saklama yeteneği*” gibi hususlar nesnel ölçütler olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵³.

Yönetmeliğin 15’inci maddesine göre “*yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen bilgilerin olumsuz olması halinde, kişinin gizlilik dereceli birim, kısım ve gizlilik dereceli yerler ile askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatları, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalıştırılıp çalıştırılmamaları, yer değiştirerek bu görevlere devam edip etmemeleri gibi hususları incelemek ve sonucunu sorumlu amirin takdirine sunmak üzere; bakanlıklarda müsteşarın, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında en üst amirin, üniversitelerde rektörün, illerde valinin başkanlığında, personel birim amiri, hukuk müşaviri ve varsa güvenlik işlerinden sorumlu birim amirinden oluşan ‘Değerlendirme Komisyonu’ kurulur. Başbakanlıkta kurulacak Değerlendirme Komisyonu Müsteşar veya görevlendireceği müsteşar yardımcısının başkanlığında, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürü ile Personel ve Prensipler Genel Müdürünün katılımıyla oluşur. Türk Silahlı Kuvvetlerinde ise bu Komisyonun oluşumu kendi yönergeleri ile belirlenir. Değerlendirme Komisyonunun çalışma tutanakları ve kararları gizlidir”*. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen bilgilerin olumsuz olması halinde değerlendirme komisyonunun vereceği karar, bağlayıcı olmayıp, bu konuda nihai karar, hiyerarşik üst tarafından verilecektir.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında yer alan bilgilerin tamamının “*kişisel veri*”, büyük kısmının da “*özel nitelikli kişisel veri*”

⁵³ Atay Yeliz Şanlı, “Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması”, İnsan Hakları Yıllığı, c. 34, 2016, s. 59.

olduğunda kuşku yoktur⁵⁴. Bu durumun 07.04.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu bakımından sorun oluşturmasını önlemek amacıyla 03.10.2016 tarih ve 676 sayılı KHK’nın 74’üncü maddesi ile 657 sayılı Kanun’un 48’inci maddesine eklenen “8– Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak” hükmü ile güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması devlet memurluğuna girişte aranılan “genel şartlar” a eklenmiştir⁵⁵.

GENEL DEĞERLENDİRME

Kamu görevlileri bakımından hukuken bir yükümlülük (borç – ödev) olarak düzenlenen üç husus: itaat – sadakat – bağlılık, zaman zaman birbiri yerine kullanılsa da aralarında farklılıklar olan kavramlardır.

Kamu görevlilerinin itaat yükümlülüğü yasal bir zorunluluk olup, bütün kamu görevlileri bakımından söz konusudur. Aynı zamanda hiyerarşinin gereği (doğal sonucu) olan bu yükümlülük, devlet kamu tüzel kişiliği ya da diğer kamu tüzel kişiliklerinde görev yapan bütün kamu görevlileri bakımından söz konusudur: Memur amirin emrine itaat etmekle yükümlüdür⁵⁶. Emre itaatsizlik, disiplin mevzuatında her halde disiplin suçudur.

Sadakat, kamu görevlileri bakımından hukuki bir yükümlülüktür. Modern hukuk devletlerinde ve ülkemizde anayasa ve kanunlara, anayasal düzene, anayasada ifadesini bulan cumhuriyetin temel niteliklerine sadakat olarak anlaşılmaktadır. Hukuki boyutu kadar aynı zamanda ahlaki bir yönü de bulunmaktadır.

Kamu görevlilerinin siyasal sisteme sadık olmalarını istemek rejimin gereği olduğu gibi siyasal iktidarın da hakkıdır. Bu nedenle özellikle

⁵⁴ Atay, s. 63.

⁵⁵ Atay’a göre “Güvenlik soruşturmasının, Yönetmelikte yer alan içeriği ile tüm kamu görevlileri bakımından genel bir şart olarak düzenlenmesi, ‘görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması’ ilkesine uygun değildir. Her ne kadar, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, güvenlik soruşturmasına da uygulanabilir bazı koruma önlemleri içerirse de, güvenlik soruşturmasının asıl kaynağını oluşturan istihbari bilgiler, Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı ‘istisna’ durumlar kapsamına girmektedir”. s. 72.

⁵⁶ Memuru amirin hukuka aykırı emirlerinden korumak amacıyla başta anayasa olmak üzere mevzuatta “kanunsuz emir” müessesesi de düzenlenmiştir.

doğrudan devleti temsil eden üst düzey kamu görevlileri ile güvenlik kamu hizmetini yerine getiren kamu görevlilerine sadakat yükümlülüğü çerçevesinde bazı sınırlamalar ve şekli yükümlülükler getirilmesi gereklidir. Görevi gereği anayasal düzenin devamını sağlamakla yükümlü olan kamu görevlilerinin, anayasal düzeni ve anayasada ifadesini bulan cumhuriyetin temel nitelikleri reddetmelerine rağmen görevde kalmaları düşünülemez.

Ancak Akıllıoğlu'nun da belirttiği gibi burada “*sorun Anayasa'nın veya kanunların 'sadakat' ödevine ilişkin kural içermelerinden değil, bunun nasıl ölçülebileceğinden kaynaklanmaktadır. Sadakat bir kimsenin düşüncesini açıklamasından hareketle ölçülebilir mi? Yoksa bütün davranışlarının bir arada ele alınarak incelenmesini mi gerektirir? Sadakat sınavı yapılabilir mi?*”⁵⁷

Bu nedenle kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü hususunda daha ihtiyatlı olmak gerektiği; ölçülülük ilkesine de uygun olarak kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğünün getiriliş amacına uygun sınırlamalar öngörülmesi ve mevcut sınırlamaların da bu şekilde yorumlanması gerektiği açıktır.

⁵⁷ Akıllıoğlu, s. 31.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Prof. Dr. Cemil KAYA*

GİRİŞ

İngiltere’de 1608 tarihli *Calvin* davasında sadakat (*allegiance*^{1–}*loyalty*), “vatandaş Krala bağlayan bağlıdır ve bunun karşılığında Kral da vatandaşın haklarını korumakla ve barışı sağlamakla yükümlüdür” şeklinde tanımlanmıştır.² Hatta İngiliz hukukunda sadakat yükümlülüğünün vatandaşlık kavramından daha geniş olduğu ifade edilmiş; dünyanın neresinde olursa olsunlar İngiliz vatandaşlarının ve ayrıca Kralın hâkimiyeti altında bulunan topraklarda yaşayan herkesin Krala sadakat yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir.³ Gerçekten de 1917 tarihli *R v Casement* davasında Mahkeme, İngiliz vatandaşlarının dünyanın neresinde olursa olsunlar Krala sadakat yükümlülüğü altında olduklarına karar vermiştir.⁴ O halde, dünyanın neresinde olursa olsun vatandaşlar Krala karşı “doğal” ve “sürekli” bir sadakat içindedir. Ülke topraklarında yaşayan yabancılar ise Krala karşı “yerel” ve “geçici” sadakat içindedir.⁵ Hatta İngiltere’de 1946 tarihli *Joyce v Director of Public Prosecutions (DPP)* davasında Mahkeme, İngiliz pasaportuna sahip bir kişinin, İngiltere’ye hiç gitmemiş olsa bile ve hatta pasaportu usulsüz şekilde elde etmiş olsa bile Devlete sadakatle

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Cambridge İngilizce Sözlük’te “sadakat”, bir hükümdara ve ülkeye bağlılık ve destek anlamına gelmektedir. **Cambridge Advanced Learner’s Dictionary**, Third Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2008, s. 36.

² **Jackson**, Paul / **Leopold**, Patricia, O. Hood Phillips and Jackson Constitutional and Administrative Law, Eighth Edition, Sweet & Maxwell, London 2001, s. 503; **Alder**, John, Constitutional and Administrative Law, Tenth Edition, Palgrave Macmillan, London 2015, s. 186. Aynı yönde bkz. **Willoughby**, W. W., Citizenship and Allegiance in Constitutional and International Law, The American Journal of International Law, vol. 1, no. 4, October 1907, s. 915.

³ **Alder**, s. 186.

⁴ **Alder**, s. 186.

⁵ **Jackson/Leopold**, s. 503.

Prof. Dr. Cemil KAYA

yükümlü olduğuna karar vermiştir.⁶ Vatandaşlıktan çıkma durumu hariç, sadakat yükümlülüğünden gönüllü olarak vazgeçilemez.⁷ Karşılaştırmalı hukuk bakımından, sadakat yükümlülüğünü ihlal etmenin ceza hukuku açısından sonucu ise “ihamet suçu”dur. (*Offence of Treason*).⁸

Sadakat, aynı zamanda kamu görevlilerini de Devlete bağlayan bağıdır. Bu açıdan vatandaşların Devlete sadakat yükümlülüğü bulunduğu gibi kamu görevlilerinin de Devlete sadakat yükümlülüğü vardır. Bu amaçla devletler ulusal hukuklarında çeşitli düzenlemeler yapmışlardır. Örneğin, ülkemizde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda, “Devlet memurları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatla bağlı kalmak ve milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatla uygulamak zorundadırlar. ...” (m. 6) hükmü ile “Devlet memurları her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılamazlar, bunlara yardım edemezler” (m. 7) hükmüne yer verilmiştir.

AİHM içtihatlarında sadakat yükümlülüğü, esas itibarıyla, yabancıların vatandaşlığa alınma istemlerinin reddi işlemlerine karşı açtıkları davalarda⁹, birden fazla Devlet vatandaşlığına sahip olanların bazı kamu hizmetlerini üstlenmelerine engel hükümler bulunması üzerine açtıkları davalarda; kamu hizmetine başlarken ettikleri yemini çiğnedikleri iddiasıyla kamu görevlilerinin görevden çıkarılmaları üzerine açtıkları davalarda; lustration (tasfiye/ayıklama/çıkarılma) kanunları uyarınca kamu görevlilerinin görevden çıkarılmaları üzerine açtıkları davalarda ve ayrıca adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğü özelinde gündeme gelmiştir.

⁶ Alder, s. 186.

⁷ Alder, s. 186.

⁸ Alder, s. 186. 1917 tarihli *R v Casement* davası ile 1946 tarihli *Joyce v Director of Public Prosecutions (DPP)* davası 20. yüzyılda İngiltere’de görülen en ünlü iki ihamet (*treason*) davasıdır. **Carroll**, Alex, *Constitutional and Administrative Law*, Sixth Edition, Pearson, London 2011, s. 104; **Barnett**, Hilaire, *Constitutional & Administrative Law*, Eleventh Edition, Routledge, Oxon 2016, s. 466-467.

⁹ **Bkz.** *Petropavlovskis v. Latvia*, Application no. 44230/06, 13 Ocak 2015.

I. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ – BİRDEN FAZLA VATANDAŞLIK

AIHM içtihatlarında sadakat yükümlülüğü, *Tănase v. Moldova* davasında birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanların değil, sadece Moldova vatandaşlarının milletvekili olabileceklerine dair yasal düzenleme dolayısıyla gündeme gelmiştir. Şöyle ki Romanya ve Moldova vatandaşı olan başvuru, Moldova’da Haziran 2007 yılında yapılan mahalli idareler seçimlerinde Chişinău Belediye Meclisi üyeliğine; ardından da Ocak 2008 yılında kurulan Liberal Demokratik Parti’nin Başkan Yardımcılığına seçilmiştir. Moldova’da Mayıs 2008 yılında yürürlüğe giren bir kanunla, milletvekili adaylarına, aday olarak kaydedilmeden önce diğer ülke vatandaşlıkları hakkında Merkez Seçim Komisyonunu bilgilendirme yükümlülüğü ve seçildikleri takdirde de Anayasa Mahkemesi tarafından milletvekilliklerinin geçerli olduğuna karar verilmeden önce diğer ülke vatandaşlıklarından feragat ettiklerini veya etme konusunda işlem başlattıklarını belgeleme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kısıtlamanın nedenleri olarak da birden fazla Devlet vatandaşı olan Moldovalıların bu Devletlere karşı da siyasi ve hukuki yükümlülükleri olacağı, bu durumun Moldova’ya ve diğer Devletlere karşı menfaat çatışması (*conflict of interest*) doğuracağı gösterilmiştir.¹⁰

Avrupa Konseyi Irkçılık ve Mutaassıplığa Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI)¹¹, bu kısıtlamanın Moldova tarafından onaylanan “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”nin¹² 17/1. maddesinde yer alan “*Diğer bir vatandaşlığa sahip taraf Devlet vatandaşları, ikamet ettikleri taraf Devletin topraklarında, bu taraf Devletin diğer vatandaşları ile aynı hak ve ödevlere sahiptir*” hükmüne aykırı olacağını ve vatandaşlık temelinde ayrımcılığa yol açacağını ileri sürmüştür. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi ve Venedik Komisyonu da benzer kaygılarını dile getirmiştir.¹³

¹⁰ Tănase v. Moldova, Application no. 7/08, 27 Nisan 2010, paras. 35-42.

¹¹ The Council of Europe’s European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), a report adopted on 14 December 2007.

¹² Halihazırda bu Sözleşmeyi 9 Devlet imzalamış ama onaylamamış; 20 Devlet imzalamış ve onaylamış; Türkiye ise ne imzalamış ne de onaylamıştır.

¹³ Tănase v. Moldova, paras. 45-51.

Prof. Dr. Cemil KAYA

Anılan Kanun değişikliğine karşı Anayasa Mahkemesine başvurulmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, Kanunun birden fazla devlet vatandaşı olanların milletvekili seçilmelerini yasaklamadığı, Devlet egemenliğinin önemi ve seçmen ile Devlet arasında sürekli siyasi ve hukuki bağ kurulması ihtiyacı nedeniyle, **kısıtlamanın Moldova Devletine sadakat yükümlülüğü (meşru) amacı güttüğü**, milletvekillerinin birden fazla Devlet vatandaşlığına sahip olmalarının, milletvekilliği görevinin bağımsızlığı anayasal ilkesine, Devlet egemenliğine, milli güvenliğe ve gizli bilgilerin açıklanmasına aykırı olduğu gerekçeleriyle davayı reddetmiştir.¹⁴

2009 yılında milletvekili seçilen başvuru¹⁵, bu kısıtlamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) Ek 1 Nolu Protokolün “serbest seçim hakkı” (*right to free elections*) başlıklı 3. maddesinde yer alan “*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar altında, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt eder*” hükmünü ihlal ettiği iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), AİHS’e Ek 1 Nolu Protokolün 3. maddesi uyarınca başvuru hakkına müdahale edildiğini, **1) Kanunilik gereklerini karşılamadıkça, 2) Meşru amaç gütmeyince ve 3) Ölçülü olmadıkça**, bu müdahalenin ihlal oluşturacağını belirtmiştir.¹⁶ AİHM’e göre, **1) Kısıtlama getiren Kanun hükmü yeterince açık olduğundan ve Resmi Gazete’de yayımlandığından kanunilik gereklerini karşılamaktadır. 2) Moldova Hükümeti bu kısıtlamanın, Devlete sadakati sağlama, Devletin bağımsızlığını ve varlığını savunma ve Devletin güvenliğini koruma altına alma amaçlarıyla getirildiğini iddia etmiştir.** Bu noktada AİHM, “Devlete sadakat” ve “hükümete sadakat” arasında bir ayırım yapmıştır. Buna göre, Devlete sadakati sağlama, seçimle ilgili kısıtlamaları haklı gösteren meşru bir amaç olabilir. Ama hükümete sadakati sağlama meşru bir amaç oluşturmaz. Ayrıca Devlete sadakat, kural olarak, ülkenin anayasasına, kanunlarına, kurumlarına, bağımsızlığına ve

¹⁴ Tănase v. Moldova, paras. 55-56.

¹⁵ Tănase v. Moldova, paras. 60, 62-66.

¹⁶ Tănase v. Moldova, para. 162.

toprak bütünlüğüne saygı duymayı kapsar.¹⁷ Kısıtlama getiren Kanun hükmü gerçekten Devlete sadakati sağlama amacı gütmekte midir? AİHM'e göre kısıtlama, seçimlerden hemen önce getirildiğinden, muhalefet partilerinin siyasi sürece etkin olarak katılmalarını caydırıcı etki doğurmuştur. Üstelik Moldova Hükümeti, birden fazla Devlet vatandaşlığı bulunan ancak Devlete sadakatsiz olan tek bir milletvekili gösterememiştir. Bu gerekçelerle AİHM, kısıtlamanın Devlete sadakati sağlama amacı güttüğü konusunda tam olarak tatmin olmamıştır. Ama buna rağmen AİHM, kısıtlamanın meşru amaç güdüp gütmeyeceği konusunda açık kapı bırakmıştır.¹⁸ **3) Nihayet AİHM, tarihi ve siyasi nedenlerle aksi tercih edilebilecek olmakla birlikte,** birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olmanın milletvekili seçilmeye engel olmayacağı konusunda Avrupa Konseyine üye devletler arasında bir konsensüs bulunduğu, Moldova'nın 1991 yılında bağımsızlık kazanmasından hemen sonra bu kısıtlama mazur görülebilecek iken, bağımsızlık kazandıktan 17 yıl sonra, 2008 yılında, bu kısıtlamanın getirilmesinin Devlete sadakati sağlama amacı güttüğü konusunda şüpheler doğurduğu, ECRI, Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi ve Venedik Komisyonu raporlarında kısıtlamanın eleştirildiği, Moldova'nın Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesini onayladığı ve dolayısıyla da 17. maddesini kabul ettiği, kısıtlamanın hükümet partisinin oy oranının düşüşte olduğu bir dönemde, seçimlerden hemen önce, getirilmesi nedenleriyle, Moldova'nın özel tarihi ve siyasi durumuna rağmen, kısıtlamayı ölçsüz bulmuştur. Dolayısıyla da AİHS'e Ek 1 No'lu Protokolün 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹

II. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ – YEMİN

Sadakati yükümlülüğü ile "yemin" arasında yakın bir ilişki vardır. Yabancıların vatandaşlığa geçişi sırasında düzenlenen vatandaşlığa kabul töreninde (*Citizenship Ceremony*), Krala taç giydirme-Kralın göreve başlama töreninde (*Coronation Ceremony*), Devlet Başkanının göreve başlama töreninde (*Inauguration Ceremony*) ve acemi askerlerin -tam

¹⁷ Tănase v. Moldova, paras. 163-167.

¹⁸ Tănase v. Moldova, paras. 168-170.

¹⁹ Tănase v. Moldova, paras. 172-180.

Prof. Dr. Cemil KAYA

anlamıyla- askerliğe kabul töreninde (*Enlistment Ceremony*), diğerleri yanında, “Devlete” sadakatle bağlı kalınacağı (*Oath of Allegiance, Declaration of Allegiance, Declaration of Loyalty to the State*) üzerine de yemin edilir.

Kamu görevlileri de kamu hizmetine başlamadan önce Devlete sadakat üzerine yemin eder. Her ülke, kendi gelenek ve göreneklerine, toplumsal yapısına ve yönetim şekline uygun olarak farklı yemin türleri geliştirmiştir. Yine her ülkede yasama, yürütme ve yargı organlarında görev yapan kamu görevlileri için farklı yemin türleri vardır. Bu yemin örneklerinin bir kısmı Anayasalarda bir kısmı da kanunlarda düzenlenmiştir. Görevlinin niteliğine ve ülkeden ülkeye değişmekle birlikte “yemin”, Kral/Kraliçenin, Kral/Kraliçeyi temsil eden kişinin, Parlamantonun, Parlamento Başkanının, Anayasa Mahkemesi üyelerinin, Başsavcının veya yetkili amirin huzurunda yapılır. Yemin, düzenlemeye bağlı olarak, sözlü olarak yapılabileceği gibi yazılı bir metni imzalamak suretiyle veyahut ta her iki şekilde de yapılabilir. Dünya örneklerine bakıldığında Tanrı / İncil / Allah (c.c.) / Kur’an-ı Kerim gibi kutsal kavramlar üzerine de yemin edilen çok sayıda ülke görmek mümkündür. Bu kutsal kavramlar üzerine yemin etmek istemeyenler için bu kavramlar ihmal edilerek/atlanarak yemin yaptırıldığı ülke örnekleri de görmek mümkündür.

Kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğünün yemin kavramı ile gündeme geldiği iki örnek AİHM kararı kısaca şu şekildedir:

Buscarini and Others v. San Marino davasında²⁰, San Marino Cumhuriyeti Parlamantosuna seçilen üç milletvekiline İncil üzerine yemin etme zorunluluğu (*to swear allegiance to a particular religion*) getiren mevzuat hükmünün AİHS’in 9. maddesinde yer alan “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”nü (*freedom of thought, conscience and religion*) ihlal ettiği iddiası gündeme gelmiştir. AİHM’e göre, “milletvekillerinden İncil üzerine yemin etmelerinin istenmesi, parlamentodaki koltuklarını kaybedecekleri cezası tehdidiyle belli bir dine sadakat yeminini gerektirdiğinden, AİHS’in 9/2. maddesi anlamında bir sınırlama oluşturur”.²¹ Oysa bu sınırlama,

²⁰ *Buscarini and Othes v. San Marino*, Application no. 24645/94, 18 Şubat 1999.

²¹ *Buscarini and Othes v. San Marino*, para. 34.

“demokratik bir toplumda gerekli” değildir. Dolayısıyla da AİHS’in 9. maddesine aykırıdır.²²

Oleksandr Volkov v. Ukrayna davasında²³ AİHM, karısının kardeşi olan (akraba-*relative*) hakim tarafından verilen kararları birçok kez incelediği ve ayrıca bir limited şirketle ilgili şirket davalarında bir dizi ağır usul ihlalleri yaptığı ve dolayısıyla da yeminini²⁴ çiğnediği (*breach of oath*) iddialarıyla²⁵ yüksek mahkeme hakimi olan başvurunun görevine son verilmesi üzerine, kısacası yemin ihlali nedeniyle yüksek mahkeme hakiminin meslekten çıkarılması üzerine, bu hakimin Ukrayna hükümetine karşı açtığı davada, özetle, göreve son verme sürecindeki usuli eksikliklerin AİHS’in 6. maddesinde yer alan “adil yargılanma hakkını” (*right to a fair trial*) ihlal ettiğine ve “yemini çiğneme” kavramının tutarlı ve sınırlı yorumunu saptayan herhangi bir rehber ilke ve uygulama bulunmaması ile “yemini çiğneme” nedeniyle bir hakim hakkında başlatılacak ve devam ettirilecek soruşturmada herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olmasının “hukuki belirlilik” ilkesine aykırı olduğundan bahisle AİHS’in 8. maddesinde yer alan “özel ve aile yaşamına saygı duyma hakkının” (*right to respect for private and family life*) ihlal edildiğine karar vermiştir.

III. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ – LUSTRATION KANUNLARI

Sadakat yükümlülüğü, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde komünizm döneminde Devlet gizli servisleri için çalışmış kamu görevlileri bakımından komünizm sonrası dönemde çıkartılan *lustration* kanunları ile de gündeme gelmiştir.

²² Buscarini and Othes v. San Marino, para. 40-41.

²³ Oleksandr Volkov v. Ukraine, Application no. 21722/11, 9 Ocak 2013. **Aynı yönde bkz.** Kulykov and Others v. Ukraine, Application nos. 5114/09 and 17 others, 19 Ocak 2017.

²⁴ 1992 tarihli Ukrayna Hakimlerin Statüsü Kanunu’nun 10. maddesinde Yargısal Yemin (Judicial Oath) şu şekilde düzenlenmiştir: “Hakimlik görevlerini dürüstlük ve titizlikle yerine getireceğimi, adalet yönetiminde sadece hukuka bağlı kalacağımı ve objektif ve adil olacağımı ciddiyetle beyan ederim”. Oleksandr Volkov v. Ukraine, para. 64.

²⁵ Oleksandr Volkov v. Ukraine, paras. 17-18.

Prof. Dr. Cemil KAYA

Lustration, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde (Litvanya, Slovakya, Polonya, Letonya, Estonya, Romanya ve Makedonya gibi) komünizm döneminde Devlet gizli servisleri (örneğin Sovyetler Birliği gizli servisi-KGB, Doğu Almanya gizli servisi) için çalışan kişilerin, komünizm sonrası dönemde, belli bir süre ile kamu hizmetinden tasfiye edilmesi/ayıklanması/çıkarılması ve/veya özel sektörde geçici süreyle belli işleri yapmaktan yasaklanması anlamında kullanılan bir tabirdir.

Daha spesifik olarak *lustration*, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde Komünizm döneminde savaş suçları, soykırım, baskı, terör ve zulüm gibi insan hakları ihlalleri yapan Devlet gizli servis çalışanlarının ve işbirlikçilerinin, komünizm sonrası dönemde, sahip oldukları kamu gücünü demokratik ilkelere uygun şekilde kullanmaları konusunda makul şüphe (*well-founded suspicion*) temelinde kendilerine güvenilememesi ve dolayısıyla bir taraftan “milli güvenliğin korunması”, diğer taraftan da hızlı bir şekilde “demokratik hukuk devleti ilkelerinin yerleştirilmesi” gerekçeleriyle, belli bir süre ile kamu hizmetinden tasfiye edilmesi/ayıklanması/çıkarılması ve/veya özel sektörde geçici süreyle belli işleri yapmaktan yasaklanması “idari tedbiri” anlamına gelir.

Bu amaçla Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde 1990 ve 2000’li yıllarda yürürlüğe konulan *lustration* kanunlarında, *diğerleriyle birlikte*, **1)** Kapsadığı dönem²⁶, **2)** Kapsadığı kişiler (gizli servis çalışanları ve işbirlikçileri), **3)** İşbirliğinin (*collaboration*) tanımı (bilinçli (*conscious*), gizli (*secret*), organize (*organised*) ve devamlı (*continuous*) işbirliği şeklinde) **4)** Bu kişilerin belirlenmesi usulü [bu usül, “itiraf” (*confession*), bildirim (*declaration – a written statement*) usulü ya da daha ihtiyatlı bir usul olan

²⁶ Örneğin, **Makedonya Kanunu** 2 Ağustos 1944 - 30 Ocak 2008 dönemini kapsamıştır. Ivanovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Application no. 29908/11, 21 Ocak 2016, para. 8. (Ancak Makedonya Anayasa Mahkemesi, mevcut Anayasa’nın 17 Kasım 1991 tarihinde kabul edildiğinden bahisle, Kanunun tarama dönemini 30 Ocak 2008 tarihine kadar uzatan hükmünü, Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. para. 15); **Estonya Kanunu** 17 Haziran 1940 - 31 Aralık 1991 dönemini kapsamıştır. Sõro v. Estonia, Application no. 22588/08, 3 Eylül 2015, para 36; **Polonya Kanunu** 22 Temmuz 1944 – 10 Mayıs 1990 dönemini kapsamıştır. Bobek v. Poland, Application no. 68761/01, 17 Temmuz 2007, para. 21; **Slovakya Kanunu** 25 Şubat 1948 – 17 Kasım 1989 dönemini kapsamıştır. Turek v. Slovakia, Application no. 57986/00, 14 Şubat 2006, para 11.

tarama ve inceleme (*screening and vetting*) usulü olabilir], **5)** Kapsamı dışında kalan kişiler-İstisnalar (örneğin, sadece suç vakıalarını soruşturanlar, belli bir tarihten önce gizli servisle ilişkisini kesenler ve etkin bilgi verenler gibi), **6)** Kişilerin yasaklanacağı sektör ve süresi (kamu ve/veya özel sektör, 5 yıl, 10 yıl gibi) belirtilir. Ayrıca yine bu kanunlarla, **7)** Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumu (bağımsız idari otorite) şeklinde bir komisyon kurulur ve görevleri belirtilir. **8)** Lustration kararlarının Resmi Gazete’de yayınlanması, **9)** Yanlış bildirim (*declaration*) halinde ceza hükümleri, yer alır.

Lustration konusunda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) 1996 yılında 1096 sayılı “Eski Komünist Totaliter Sistemlerin Mirasını Ortadan Kaldırmaya Dair Tedbirlere ve Lustration Kanunları ile Benzer İdari Tedbirlerin Hukuk Devletinin Gereklere ile Uyum İçinde Olmasını Sağlamaya Yönelik Rehber İlkeleri” kabul etmiştir.²⁷ *Lustration* davalarında AiHM tarafından bu AKPM kararına atıf yapılmaktadır. AKPM’nin bu kararında, özetle, eski komünist totaliter sistemlerin mirasıyla başatmenin çok kolay olmadığı; kurumsal düzeyde bu mirasın “aşırı merkezileşmesi”, “sivil (Devlet) kurumların askerileştirilmesini”, “bürokratikleşmeyi”, “tekelleşmeyi” ve “aşırı düzenlemeyi” kapsadığı; toplumsal düzeyde ise bu mirasın “kolektivizm” ve “konformizmden” (sorgulamadan kabul etme) körü körüne itaate ve diğer totaliter düşünce kalıplarına ulaştığı; bu şartlar altında hukuk devleti fikri temelinde medeni ve liberal bir devleti tekrar tesis etmenin zor olduğu; ancak diğer taraftan eski komünist yapı ve düşünce kalıplarının ortadan kaldırılması ve üstesinden gelinmesinin de gerekli olduğu; bu sistemler zamanında suç işleyen kişilerin ceza kanunları uyarınca soruşturulması ve cezalandırılması gerektiği; komünist totaliter tehdidin tekrar ortaya çıkmaması ve komünist rejimin yıkılmasından sonra toplumun demokratikleştirilmesi amacıyla da devletlerin “lustration” veya “de-communisation” kanunları uyarınca birtakım idari tedbirler alabilecekleri; bu tedbirlerin temel amacının kamu

²⁷ Measures to Dismantle the Heritage of Former Communist Totalitarian Systems and Guidelines to Ensure that Lustration Laws and Similar Administrative Measures Comply with the Requirements of a State Based on the Rule of Law. (PACE Resolution).

Prof. Dr. Cemil KAYA

gücünü demokratik ilkelerle uyum içinde kullanacağına güvenilmeyen kamu görevlilerini kamu hizmetinin dışına çıkarmak olduğu; tabii bu tedbirler alınırken de mutlaka hukuk devleti ilkesine bağlı kalınması gerektiği vurgulanmıştır.

Lustration davalarında AİHM, daha önceki kararlarına atıfla, (Vogt, Volkmer ve Petersen v. Almanya davaları), “**demokratik bir devletin, memurlarından anayasal prensiplere sadakat göstermesini isteme hakkı bulunduğunu**” belirtmektedir.²⁸ AİHM’e göre, “**kamu çalışanlarının Devlete sadık kalmaları, genel yararı korumakla ve güvence altına almakla yükümlü devlet otoriteleriyle çalışmalarının doğasında bulunan bir şarttır**”.²⁹

Lustration davalarında AİHM’in yaklaşımı, tedbirin AİHS’i ihlal edip etmeyeceğini göstermesi bakımından önemlidir. Bu davalarda AİHM, tedbirin, **1) Kanuni bir temeli bulunmasına, 2) Milli güvenlik (national security), kamu güvenliği (public safety), ülkenin ekonomik refahı (economic well-being of the country) veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması (for the protection of the rights and freedoms of others) gibi “meşru amaçlar” taşımasına, 3) Demokratik bir toplumda gerekli ölçüde (proportionate) olmasına** bakmaktadır.

AİHM, birçok *lustration* davasında tedbirin, kanuni bir temeli bulunduğunun ve “milli güvenlik”, “kamu güvenliği”, “ülkenin ekonomik refahı” veya “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gibi “meşru amaçlar” taşıdığına altını çizmiştir. Ancak tedbirin ölçülü uygulanmaması (*disproportionate*) halinde ihlal kararı vermiştir.

Örneğin AİHM, *lustration* kanunları ile kamu görevlilerine özel sektörde çalışma kısıtlamaları getirilmesini, kural olarak³⁰ “ölçüsüz

²⁸ **Örnek olarak bkz.** Sidabras and Džiautas v. Lithuania, Application nos. 55480/00 and 59330/00, 27 Temmuz 2004, para. 52.

²⁹ **Örnek olarak bkz.** Sidabras and Džiautas v. Lithuania, para. 57; Žičkus v. Lithuania, Application no. 26652/02, 7 Nisan 2009, para. 28.

³⁰ Diğer taraftan bazı kararlarında AİHM, Sözleşmeciler Devletlerin özel durumlarına bakarak özel sektör alanında getirilen çalışma kısıtlamalarının meşru amaç güttüğünü de belirtmiştir. Örneğin, *Sidabras ve Džiautas v. Litvanya* davasında AİHM, bağımsızlık kazanmadan önce Litvanya’nın Sovyetler Birliği’nin egemenliği altında bulunduğunu; KGB faaliyetlerinin Litvanya Anayasası ve AİHS tarafından güvence

bulmakta”, AİHS’in 8. (özel hayatın ve aile hayatının korunması) ve 14. (ayrımcılık yasağı) maddelerine aykırı bulmaktadır. Zira AİHM’e göre, “Devlete sadakatsiz olduğundan bahisle bir kişinin özel sektörde –ki özel sektördeki şirketin Devletin ekonomik, siyasi ve güvenlik çıkarları bakımından önemli olup olmadığına da bakılmaksızın- iş bulma imkânına Devlet tarafından getirilen kısıtlamalar, **kamu kesiminde iş bulmasına getirilen kısıtlamalarda olduğunun aksine, AİHS perspektifinden mazur görülemez**”.³¹ Diğer taraftan AİHM’in bu açıklamasından, **Devlete sadakat yükümlülüğünü ihlal eden kamu görevlilerine kamuda çalışma kısıtlaması getirilebileceği sonucu da çıkmaktadır.**

Yine örneğin, *Sõro v. Estonya* davasında³² Estonya’da komünizm döneminde gizli serviste şoför olarak çalışan başvuru, *Lustration* Kanunu uyarınca isminin Resmi Gazete’de yayınlanması üzerine çevresi tarafından işgalci (*occupier*) olarak damgalandığını, işini ve gelirini kaybettiğini ileri sürerek özel yaşamına müdahale edildiğini iddia etmiştir. AİHM, öncelikle bu işlemin kanuni bir temeli bulunduğunu ve meşru amaç güttüğünü belirtmiştir. Ancak *Lustration* Kanunu’nun gizli servisle işbirliği yapanların bu servisteki görevleri bakımından herhangi bir derecelendirme yapmadığı; 1991 yılında Estonya bağımsızlığa kavuştuktan 13 yıl sonra (2004) başvuru isminin Resmi Gazete’de yayınlandığı dikkate alındığında, başvuru isminin yeni kurulmuş demokrasiye bir tehdit oluşturabileceği düşüncesinin zaman içinde azaldığı; isminin Resmi Gazete’de yayınlandığı tarihte başvuru tarafından oluşturulan bir tehdit değerlendirmesi yapılmadığı gerekçeleriyle “ölçüsüz” bularak, AİHS’in 8. maddesinin ihlal

altına alınan ilkelerle çeliştiğini; kendi kendini koruma kapasitesine sahip demokrasi (*a democracy capable of defending itself*) olma inancı üzerine Litvanya’nın önceki kötü deneyimlerin tekrarından kaçınma arzusunda olduğunu ifade ettikten sonra, başvuru özel sektör alanında getirilen çalışma kısıtlamalarının ve bu bağlamda davacılar farklı davranılmasının (AİHS m. 14, ayrımcılık yasağı), milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından meşru amaç güttüğünü belirtmiştir. *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, paras. 54-55.

³¹ *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, para. 58; *Žičkus v. Lithuania*, para. 31; *Bobek v. Poland*, para. 63; *Rainys and Gasparavičius v. Lithuania*, Applications nos. 70665/01 and 74345/01, 7 Nisan 2005, para. 36.

³² *Sõro v. Estonya*, Application no. 22588/08, 3 Eylül 2015.

Prof. Dr. Cemil KAYA

edildiğine karar vermiştir.³³ **AİHM’in bu yaklaşımına göre, gizli serviste aktif görevleri bulunan ve yapılan değerlendirme sonucunda halihazırda Devlete “potansiyel tehdit” oluşturduğu anlaşılan kamu görevlileri hakkında alınan tedbirler AİHS’in 8. maddesine aykırı olmayacaktır.**

IV. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ – ADİL YARGILANMA HAKKI

AİHM içtihatlarında “sadakat yükümlülüğü”, kamu görevlilerinin Devletle aralarında doğan uyuşmazlıklara, AİHS’in “adil yargılanma hakkını” düzenleyen 6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda da gündeme gelmiştir.

Kamu görevlileri ile Devlet arasındaki uyuşmazlıklar AİHS’in 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı” kapsamında ele alınabilir mi? Diğer bir ifadeyle, Devletle ilgili uyuşmazlıklarında kamu görevlileri AİHS’in 6. maddesinin sağladığı korumalardan istifade edebilir mi? Bilindiği üzere AİHS’in “adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesi, “hukuk (medeni) yargılamaları” ile “ceza yargılamaları”nda uygulanır ve usuli haklar getirir.

Kamu görevlileri ile Devlet arasındaki uyuşmazlıklarda AİHS’in 6. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı esas itibarıyla AİHM içtihatlarında üç dönemde incelenebilir:

- 1) 1999 yılı öncesi dönem,
- 2) 1999 yılında *Pellegrin v. Fransa* davası ile başlayan dönem,
- 3) 2007 yılında *Vilho Eskelinen v. Finlandiya* davası ile başlayan dönem.

AİHM’in 1999 yılı öncesi içtihadı, kural olarak, maaş ve ödeneklerin ödenmemiş olması gibi tamamen (*purely*) maddi/parasal/ekonomik haklara (*pecuniary rights*) ilişkin uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetine alınmaya (*recruitment*), kariyere (*career*) ve kamu hizmetinin sona erdirilmesine (*termination of service*) ilişkin uyuşmazlıkların AİHS’in 6. maddesinin kapsamı dışında tutulması yönünde olmuştur.

Ancak **1999 yılında *Pellegrin v. Fransa* davasında**³⁴ AİHM, 6. maddenin kamu görevlilerine uygulanması konusunda yeni bir içtihat geliştirmiştir. Bu davada AİHM, ister sözleşme ile istihdam edilsin ister

³³ Sõro v. Estonya, paras. 56-64.

³⁴ Pellegrin v. France, Application no. 28541/95, 8 Aralık 1999.

edilmesin, çalışanın görev ve sorumluluklarının niteliğine (icra edilen görevin niteliğine) dayalı “fonksiyonel kriter” (*functional criterion*) (kamu gücü kriteri) kabul etmiştir. AİHM’e göre, “her ülkenin kamu hizmeti sektöründeki bazı görevler kamu yararına ilişkin sorumlulukları veya kamu hukuku tarafından verilen yetkilerin kullanımına katılımı içerir. Bu nedenle bu görevlerin sahipleri Devletin egemenlik gücünün bir parçasını kullanır. Bu nedenle **Devletin, kamu görevlilerinden ‘özel bir güven ve sadakat bağı’ (a special bond of trust and loyalty) talep etmesinde meşru bir menfaati bulunur.** Diğer taraftan anılan bu ‘kamu yönetimi’ bakışına sahip olmayan diğer görevler bakımından ise Devletin böyle bir meşru menfaati bulunmamaktadır”.³⁵ Görüldüğü gibi AİHM, *Pellegrin v. Fransa* kararında “**özel bir güven ve sadakat bağı**” kriteri geliştirmiştir. Buna göre, kamuda çalışan bir kişi, kamu yararına ilişkin sorumlulukları ya da kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanılmasını içeren bir görev ifa ediyorsa, Devlet bu kişinin özel bir güven ve sadakat bağı ile bağlı olmasını gerekli kılabilir. Böyle bir görevi ifa eden kişiler, Devletin egemenlik gücüne ilişkin yetkileri kullandıkları için Devletin, onların Devlete sadakat ve güvenle bağlı olmaları gerektiğine ilişkin meşru bir menfaati vardır. Dolayısıyla bu kişiler, görevlerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından AİHS’in 6. maddesi hükmünden yararlanamazlar. AİHM’e göre bunun en belirgin örneği, asker (*armed forces*) ve polis (*police*) gibi kolluk görevlileridir.³⁶ Bu kuralın tek istisnası ise emekli maaşına (*pension*) ilişkin uyuşmazlıklardır. Yani emekli maaşına ilişkin uyuşmazlıklarda AİHS’in 6. maddesi uygulanacaktır. Çünkü emeklilik durumunda artık kamu görevlisi ile Devlet arasındaki kamu gücü kullanımına yönelik “özel bir güven ve sadakat bağı” sona ermiştir.³⁷ *Pellegrin v. Fransa* davasında AİHM, İşbirliği ve Kalkınma Bakanlığı’nda sözleşme ile istihdam edilen ve görevine son verilen başvuruçunun, “Devletin egemenlik gücünü kullandığı bir alan olan **kamu maliyesi alanında** önemli sorumlulukları bulunduğunu, bunun da kamu hukuku tarafından verilen yetkilerin kullanımına ve Devletin genel menfaatlerini korumayı amaçlamış ödevleri icra etmeye doğrudan

³⁵ Pellegrin v. France, para. 65.

³⁶ Pellegrin v. France, para. 66.

³⁷ Pellegrin v. France, para. 67.

Prof. Dr. Cemil KAYA

katılmayı kapsadığını” belirterek 6. maddenin uygulanmamasına karar vermiştir.³⁸

AİHM’in, 6. maddenin kamu görevlilerine uygulanması konusunda geliştirdiği son içtihat **2007 tarihli Vilho Eskelinen ve diğerleri v. Finlandiya davasında**³⁹ kabul edilmiştir. Bu dava beş polis memuru ve emniyette çalışan bir sekretere ödenen “uzak yer ödeneğinin” (*remote-area allowance*) kaldırılmasına ilişkindir. Bu davada AİHM’in *Pellegrin v. Fransa* davasında kabul ettiği içtihadı geliştirmesi gereği ortaya çıkmıştır. Zira, *Pellegrin v. Fransa* davasında benimsenen içtihat geliştirilmediği takdirde, polis memurları kamu gücü kullandıkları için AİHS’in 6. maddesinin korumasından yararlanamayacak; sekreter ise doğrudan veya dolaylı olarak kamu gücü kullanmadığı, sadece idari bir görev ifa ettiği için AİHS’in 6. maddesinin korumasından yararlanacak idi.⁴⁰ Bu nedenle *Vilho Eskelinen ve diğerleri v. Finlandiya* davasında kabul edilen yeni içtihadı göre, kamu görevlileri ile Devlet arasındaki uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkı kapsamı dışında tutulabilmesi şu **iki (2) şartın birlikte gerçekleşmiş olmasına bağlıdır (Eskelinen Test)**⁴¹: **1)** Taraf Devlet, söz konusu kamu görevi veya kamu görevlisi kategorisini ulusal hukukunda açıkça mahkemeye erişim hakkından/yargı yolundan (*access to a court*) yoksun bırakmış olmalıdır. **2)** Bu yoksun bırakma, Devletin menfaatine hizmet eden objektif sebeplerle haklı kılınmalıdır. Kısacası, dava açma imkânı bulunmamalı ve bu durum objektif sebeplere dayanmalıdır. Dolayısıyla artık sadece kamu görevlisinin “kamu gücü” kullanıyor olduğunun ya da kamu görevlisi ile Devlet arasında “özel bir güven ve sadakat bağı” bulunduğu ifade edilmesi, kamu görevlisini AİHS’in 6. maddesinin sağladığı güvenceden mahrum bırakmak için yeterli değildir. Devletin,

³⁸ Pellegrin v. France, para. 70. Bu içtihadın uygulanması niteliğinde *Martinie v. France* davasında AİHM, bir Devlet okulunun öğrenci işlerinde muhasebeci olarak görev yapan davacının, kamu gücünü temsil eden bir görev icra etmemesi nedeniyle AİHS’in 6. maddenin uygulanmasına karar vermiştir. *Martinie v. France*, Application no. 58675/00, 12 Nisan 2006. **Yine bkz.** Frydlander v. France, Application no. 30979/96, 27 Haziran 2000.

³⁹ Vilho Eskelinen and Others v. Finland, Application no. 63235/00, 19 Nisan 2007.

⁴⁰ Vilho Eskelinen and Others v. Finland, para. 51.

⁴¹ Vilho Eskelinen and Others v. Finland, para. 62.

uyuşmazlık konusunun kamu gücü kullanımı ile ilgili olduğunu veya kamu görevlisi ile Devlet arasındaki “özel bir güven ve sadakat yükümlülüğünü” ilgilendirdiğini ortaya koyması gerekmektedir. Dolayısıyla, kural olarak, maaş gibi olağan ihtilaflar bakımından adil yargılanma hakkı uygulanabilir olacaktır.⁴² Bu şarttan bağımsız olarak, eğer iç hukukta yargı yolu açıksa 6. maddenin uygulanmasına herhangi bir engel de yoktur.

Vilho Eskelinen ve diğerleri v. Finlandiya davasının AİHM içtihatlarına yansımaları olmuştur. Örneğin, *Suküt v. Türkiye* davasına⁴³ konu olan olayda başvuru asker (tankçı üstçavuş), disipline aykırı davranışları nedeniyle YAŞ kararıyla zorunlu olarak erken emekliye sevk edilmiştir (*compulsory early retirement*). Bu davada AİHM öncelikle, bir kamu görevlisinin silahlı kuvvetlerden çıkarılmasının, AİHS’in 6. maddesi anlamında cezai bir uyuşmazlık olmadığını ifade etmiştir. Ardından *Eskelinen Testini* uygulamıştır: 1) İç hukuka göre bu karara karşı yargı yolu kapalıdır.⁴⁴ (Dikkat edileceği üzere uyuşmazlık 2010 yılı öncesine aittir). 2) Bu karar, başvuru bir asker olarak çalışmaya devam etme konusunda gerekli profile sahip olmadığı ve tutum ve davranışlarının askeri disipline ve laiklik ilkesine zarar verdiğini belirten askeri yetkililerin tespitleri üzerine alınmıştır. Bu durum, “özel bir güven ve sadakat bağına” ilişkindir. Dolayısıyla AİHM, başvuru hakkında AİHS’in 6. maddesinin uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. AİHM’in aynı yaklaşımını, istifa eden bir hakimin göreve dönme talebinin reddedilmesi üzerine açtığı davada⁴⁵; rüşvet sebebiyle görevine son verilen bir savcının açtığı davada⁴⁶ da görmek mümkündür.⁴⁷

⁴² Vilho Eskelinen and Others v. Finland, para. 62.

⁴³ Suküt v. Turkey, Application no. 59773/00, 11 Eylül 2007.

⁴⁴ 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanununun 11. maddesi ile Anayasa’nın 125. maddesinin 2. fıkrasına şu cümle eklenmiştir: “Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır”.

⁴⁵ Apay v. Turkey, Application no. 3964/05, 11 Aralık 2007.

⁴⁶ Nazsız v. Turkey, Application no. 22412/05, 26 Mayıs 2009.

⁴⁷ **Diğer ülke örnekleri için bkz.** Baka v. Hungary, Application no. 20261/12, 23 Haziran 2016; Naku v. Lithuania and Sweden, Application no. 26126/07, 6 Kasım 2016; Saghatelyan v. Armenia, Application no. 7984/06, 20 Ekim 2015; Jokšas v. Lithuania, Application no. 25330/07, 12 Kasım 2013; Kuzmina v. Russia, Application no.

V. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ – İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

AİHS'in "ifade özgürlüğü" (*freedom of expression*) başlıklı 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, herkes gibi kamu görevlilerinin de ifade özgürlüğü bulunmaktadır. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası "*kullanılması görev ve sorumluluk (duties and responsibilities) yükleyen bu özgürlükler...*" ifadesine yer vermekle, kamu görevlilerinin "ifade özgürlüğünü" onların ifa ettikleri görev ve konular dikkate alınarak, Sözleşmenin tarafı Devletler tarafından yine bu maddenin 2. fıkrasında sayılan sebeplerle sınırlandırmasına imkan tanımıştır. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlileri ifade özgürlüğünü kullanırken diğer kişilere göre daha hassas davranmalıdır. Zira bu husus AİHS'in 10/2. maddesinde yer alan "*görev ve sorumluluk (duties and responsibilities)*" kavramına vurgu yapılmak suretiyle ortaya konulmuştur. AİHM de kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda bu kavrama vurgu yapmakta, AİHS'in 10/2. maddesinde sayılan sınırlama sebeplerinin mevcudiyeti halinde kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü sınırlama konusunda Devletlerin belli bir takdir yetkisine⁴⁸ sahip olduğunu ifade etmektedir.⁴⁹

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü konusunda Almanya dikkat çeken örnek bir ülke olarak ele alınabilir. Zira 1970'li yıllarda Batı Almanya'da Federal ve federe düzeyde kabul edilen düzenlemeler ile kamu görevlilerinin özgür demokratik anayasal sistemi herşeyin üstünde tutmaları gerektiği, anayasal sisteme aykırı parti ve kurumlara üye olmalarının veya bunları desteklemelerinin Devlete sadakat yükümlülüğüne aykırı olacağı ve bu durumda da gerekli tedbirlerin alınacağı, hüküm altına alınmıştır.

15242/04, 2 Nisan 2009; Kalinichenko v. Russia, Application no. 19136/04, 12 Mart 2009; Dementyev v. Russia, Application no. 3244/04, 6 Kasım 2008; Tetsen v. Russia, Application no. 11589/04, 3 Nisan 2008; Nedelcho Popov v. Bulgaria, Application no. 61360/00, 22 Kasım 2007; Ustalov v. Russia, Application no. 24770/04, 6 Aralık 2007; Rizhamadze v. Georgia, Application no. 2745/03, 31 Temmuz 2007; Dovguchits v. Russia, Application no. 299/03, 7 Haziran 2007.

⁴⁸ Takdir yetkisi konusunda bkz. **Kaya, Cemil**, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2014.

⁴⁹ **Bkz.** Vogt v. Germany, Application no. 17851/91, 26 Eylül 1995, para. 53.

Yine Doğu ve Batı Almanya 31 Ağustos 1990 tarihli “Alman Birleşme Andlaşması” (*The Unification Treaty between the FRG and the GDR*), ile birleşirken, bu Andlaşmada Devlete sadakatından şüphelenilen kamu görevlilerinin görevlerine son verilmesine ilişkin hükümler de yer almıştır. Bu hususta Andlaşma ekinde yer alan bir madde şu şekildedir:⁵⁰ “Çalışanın mesleki nitelik veya kişisel yeteneğinin olmamasından dolayı gerekli şartları yerine getirememesi, ... halinde kamu yönetiminde iş ilişkisinin olağan (bildirimle) sona ermesine izin verilebilir. ... Ayrıca çalışan, eski Devlet Güvenliği Bakanlığı/Alman Demokratik Cumhuriyeti Ulusal Güvenlik Teşkilatı ile irtibat içinde olmuşsa ve bu nedenle çalışandan makul olarak iş ilişkisini devam ettireceği beklenmiyorsa, bu durum iş ilişkisinin olağanüstü sona ermesi için geçerli bir sebep teşkil eder”.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi de ünlü 22 Mayıs 1975 tarihli kararında⁵¹, Almanya’da Devlet memurlarının Devlete ve Anayasaya özel bir sadakat yükümlülüğü (*the special duty of loyalty*) borcu altında olduklarını şu cümleleriyle açıklamıştır:⁵²

“Modern devlet idaresinin görevleri karmaşık olduğu gibi çok çeşitlidir ve siyasi ve toplumsal sistemin işleyebilmesi, grupların, azınlıkların ve bireylerin insanca bir hayat sürebilmesi için bu görevler yeterli, etkin ve hızlı bir şekilde yerine getirilmelidir. İdare, işbirliği ve sadakat içinde olan, görevlerini sadakatle yerine getiren ve Devlete ve Anayasaya tamamen adanmış bulunan Devlet memurları topluluğuna güvenebilmelidir. Eğer devlet memurlarına güvenilemiyorsa, toplum ve Devletin kriz durumlarında hiçbir şansı yoktur. ...

Memurların (Devlete karşı) borçlu olduğu siyasi sadakat yükümlülüğünün, onların sadakat yükümlülüğünün özü olduğunun farkına varmak yeterlidir. Bu, iktidardaki bir hükümetin amaçlarını ve belirli bir politikasını destekleme yükümlülüğü anlamına

⁵⁰ Volkmer v. Germany, Application no. 39799/98, 22 Kasım 2001; Petersen v. Germany, Application no. 39793/98, 22 Kasım 2001.

⁵¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, vol. 39, pp. 334-391. Vogt v. Germany, para. 34; Kosiek v. Germany, para. 17; Glasenapp v. Germany para. 15.

⁵² Vogt v. Germany, para. 34.

gelmemektedir. Bu, Devlet memurunun hizmet etmek zorunda olduğu Devlet ideası ile hukuk devleti ve sosyal adalet üzerine kurulu Devletin hür demokratik anayasal düzenini desteklemeye hazır hale getirilmesi anlamına gelmektedir. ...

Hiç eleştirmeyen Devlet memurlarına sahip olmak Devletin ve toplumun menfaatine değildir. Bununla birlikte, **bir Devlet memurunun –eksikliklerine bakmaksızın– Devleti ve yürürlükteki mevcut anayasal düzeni onaylaması, bunların koruma hak ettiğini kabul etmesi, bunlara tanıklık etmesi ve bunlar namına hareket etmesi esastır. ...**

Devlete ve anayasaya sadakat anlamına gelen siyasi sadakat yükümlülüğü, gerçekte ilgisiz, kayıtsız ve esasında Devlet ve anayasaya karşı mesafeli olan (ve) resmi olarak doğru bir davranıştan daha fazlasını gerektirir.

Sadakat yükümlülüğü, diğerleriyle birlikte, Devlet memurlarına, Devleti, kurumlarını ve mevcut anayasal sistemi eleştiren, bunlar aleyhine kampanya yürüten ve bunları karalayan gruplardan ve akımlardan açık bir şekilde kendilerini uzak tutmaları vazifesini yükler. ...

[Memurların (Devlete karşı) borçlu olduğu sadakat yükümlülüğü] asli ve sürekli görevlere atamalarda olduğu gibi belirli süreli görevlere atamalar, aday olarak atamalar ve feshe konu atamalar gibi kamu hizmetindeki her türlü atamada geçerlidir. Bu bakımdan burada, kamu görevlisinin görevinin niteliği bağlamında herhangi bir muamele farklılığı olamaz. ...

Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir siyasi partiyi anayasaya aykırı bulmamış olmasına ilişkin yetkisini kullanmamış olması gerçeği, söz konusu siyasi partinin anayasaya aykırı amaçlar güttüğü ve bu yüzden siyasi arenada mücadele edilmesi gerektiği inancına sahip olmanın –ve bu inancı açıklamanın– imkânsız olduğu anlamına

gelmez. Örneğin, manifestosunda proletarya diktatörlüğünü savunan ya da eğer şartlar uygunsa anayasal sistemi ortadan kaldırmak için kuvvete başvurmayı onaylayan, anayasaya karşı amaçlar güden bir siyasi parti ...”.

AIHM de, Almanya'ya karşı açılan bir dizi davada, Alman Anayasasına karşıt amaçlar güden/özgür demokratik anayasal sistemi yıkmayı amaçlayan siyasi partiler ile aktif ilişkileri bulunan kamu görevlilerinin Devlete sadakat yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu bağlamda AIHM'in, örneğin, 28 Ağustos 1986 tarihli **Kosiek v. Almanya** kararı önemlidir.⁵³ **Kosiek v. Almanya** davasında başvurucu geçmişte (neo-Nazi görüşleriyle bilinen) “Almanya Ulusal Demokratik Partisine” (NPD) üye olmuş, siyasi görüşlerini 1972 yılında yayınladığı “Marksizm? Bir Batıl İnanç! Bilim, Marx ve Lenin'in Entelektüel Temellerini Çürütmektedir” kitabında ve 1975 yılında yayınladığı “Gerçekte Olduğu Gibi Halk – Bilim ve Hayat Ulus Kavramını Doğrulamaktadır” kitabında açıklamıştır.⁵⁴ Nürtingen Teknik Kolejde **aday memur (probationary civil servant) olarak çalışan başvurucunun görevine, asli/devamlı (tenure) memur olarak atanmak için gerekli şartları taşımadığı gerekçesiyle** son verilmiştir. Zira başvurucu, Anayasa'ya karşı düşmanca amaçları bulunan, insan hakları ve varolan demokratik düzen fikirlerini reddeden, aşırı ulusal ve ırkçı ideolojiyi öven, parlamenter yönetimi ve çok partili sistemi ortadan kaldırmayı amaçlayan NPD'yi desteklemiş, dolayısıyla özgür demokratik anayasal sistemi desteklememiş, bu görüşlerini yayınladığı iki kitabında açıklamış, kısacası **Anayasa'ya sadakat yükümlülüğünü (duty of loyalty to the Constitution) yerine getirmede başarısız olmuştur**. Bu nedenlerle de başvurucunun görevine son verilmiştir.⁵⁵ Başvurucu, görevine son verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasında bulunmuştur. **AIHM, sorunu kamu hizmetine girme/kamu hizmetinde bir göreve erişme hakkı (access to a post in the civil service / the right of access to the civil**

⁵³ Kosiek v. Germany, Application no. 9704/82, 28 Ağustos 1986.

⁵⁴ Kosiek v. Germany, para. 13.

⁵⁵ Kosiek v. Germany, paras. 17, 37.

Prof. Dr. Cemil KAYA

service/the right of recruitment to the civil service)⁵⁶ çerçevesinde değerlendirerek, AİHS’te böyle bir hakkın güvence altına alınmadığı gerekçesiyle başvurucunun ifade özgürlüğünün (AİHS m. 10) ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁷

⁵⁶ AİHM’in bu ve diğer birçok kararında ifade edildiği üzere, “kamu hizmetine girme hakkı” bilinçli olarak AİHS’in kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla, bir kişinin kamu görevlisi olarak atanma isteminin reddi, AİHS uyarınca şikâyete konu olmaz.

⁵⁷ Kosiek v. Germany, paras. 36, 39. Aynı yönde bkz. Glasenapp v. Germany, Application no. 9228/80, 28 Ağustos 1986; Volkmer v. Germany; Petersen v. Germany. Buna karşılık, Kosiek, Glasenapp, Volkmer ve Petersen davalarına benzeyen ama aralarında önemli farklılıklar bulunan **Vogt v. Germany** davasında [1972 yılında Alman Komünist Partisi (DKP) üyesi olan, 1982 seçimlerinde bu partiden milletvekili adayı olan, 1979 yılında bir ortaokula asli memur olarak atanan, bu okulda Almanca ve Fransızca dersleri veren, DKP’ye üyeliği aday memur olduğu dönemde dahi bilinen, 1979 yılında asli memur (*permanent civil servant*) olarak atanan, dolayısıyla durumu kamu hizmetine girme hakkı kapsamında mütalaa edilmeyen, siyasi faaliyetleri nedeniyle 1982 yılında hakkında soruşturma açılan ve nihayet 1987 yılında görevine son verilen bayan Dorothea Vogt’a ilişkin dava] AİHM, AİHS’in 10. maddesi uyarınca yaptığı değerlendirme sonucunda, **1) Müdahalenin kanuni bir temeli bulunduğu** (para. 48), **2) Müdahalenin meşru amaç güttüğüne** (paras. 49-51) [Zira AİHM’e göre, kamu hizmeti, Anayasa ve demokrasinin güvencesi olduğu nosyonuna dayanır. Bu nosyon, nazizm kâbusundan (*nightmare of nazism*) sonra Federal Cumhuriyet kurulduğunda, Weimar Cumhuriyeti (1919-1933) ve Nazi rejimi (1933-1945) döneminde ülkenin (geçmiş kötü) deneyimi, Anayasası’nın “kendi kendini koruma kapasitesine sahip demokrasi” (*a democracy capable of defending itself – wehrhafte Demokratie*) ilkesine dayalı olmasına yol açtığı için Almanya’da özel bir öneme sahiptir. Almanya’nın bu geçmişi karşısında AİHM, başvurucunun görevine son verilmesinin AİHS’in 10/2. maddesinde sayılan “milli güvenliği koruma”, “düzensizliği önleme” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma” meşru amaçlarını güttüğüne karar vermiştir], **3) Ancak müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olmadığına, güdülen meşru amaçla ölçülü olmadığına** (paras. 52-61) karar vermiştir. [Zira AİHM’e göre, bayan Vogt’un bir ortaokulda Almanca ve Fransızca öğretmeni olmasının herhangi bir güvenlik riski (*security risk*) içermediği; okuldaki çalışmalarının amirleri tarafından tamamen tatmin edici bulunduğu; öğrencileri, aileleri, meslektaşları tarafından yüksek takdir topladığı; okul dışındaki aktivitelerinde dahi anayasa karşıtı açıklamalar yaptığına veya anayasa karşıtı duruş sergilediğine dair herhangi bir delil bulunmadığı; DKP’nin Anayasa Mahkemesi tarafından yasaklanmadığı, ortadadır]. Ayrıca AİHM, aynı gerekçeyle AİHS’in 11. maddesinin (dernek kurma ve toplantı özgürlüğü) de ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM'in çok yakın tarihli (17 Kasım 2016) **Karapetyan ve Diğerleri v. Ermenistan** kararı⁵⁸, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü ile Devlete sadakat yükümlülükleri arasındaki sınırı göstermesi bakımından önemlidir.

Karara konu olan olaya göre, 19 Şubat 2008 tarihinde Ermenistan'da yapılan ve Başbakan *Serzh Sargsyan* ile karşı aday *Levon Ter-Petrosyan* arasında geçen Başkanlık seçimini *Serzh Sargsyan* kazanmıştır. *Levon Ter-Petrosyan* taraftarları seçimin usulsüzlüğünden bahisle ülke çapında protestolar düzenlemiştir. Başvurucu dört (4) Ermeni diplomat, 24 Şubat 2008 tarihinde basına şu açıklamayı yapmıştır: *“Dışişleri Bakanlığında meslektaşlarımız tarafından yayınlanan açıklamaya katılarak, içte ve dışta arzu edilmeyen zorluklarla ve çağdaş, adil ve özgür bir başkanlık seçimi yapma konusunda ülkemizin ve toplumun iradesini gölgeleyen seçim sürecindeki hile nedeniyle öfkeyle dolu olarak Ermenistan'da yaratılan durumla ilgili kaygılarımızı ifade ediyoruz. / Ermeni vatandaşları olarak, uluslararası gözlem heyetinin raporlarında bulunan tavsiyeleri hayata geçirmek için acil adımlar atılmasını talep ediyoruz. / Sadece mektuba ve hukukun ruhuna uygun şekilde davranarak, Ermenistan'da demokrasi ve tolerans yaratabiliriz ve dışarıda ülkeye iyi bir şöhret kazandırabiliriz”*. Açıklamanın altında diplomatların ad ve unvanları da yer almıştır.⁵⁹ Bu açıklamanın hemen akabinde Ermenistan Dışişleri Bakanlığı dört (4) diplomatın görevine, Diplomatik Hizmet Kanunu'nun 44. maddesinde yer alan *“diplomatlar resmi görevini ve iş imkanlarını tarafların ve (dini olanlar dahil) sivil toplum kuruluşlarının yararına veya diğer siyasi ve dini faaliyetler yürütmek için kullanma hakkına sahip değildir”* hükmüne dayanarak son vermiştir. Başvurucular, AİHS'in 10. maddesinin (ifade özgürlüğü) ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

AİHM bu davada öncelikle ortada bir müdahale olup olmadığını, bu müdahalenin kanun tarafından öngörülüp öngörülmediğini, müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmeymediğini ve nihayet müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmiştir. AİHM'e göre, açıklamaları nedeniyle başvuru sahiplerinin görevlerine son verilmesi, ifade

⁵⁸ Karapetyan and Others v. Armenia, Application no. 59001/08, 17 Kasım 2016.

⁵⁹ Karapetyan and Others v. Armenia, paras. 10-11.

Prof. Dr. Cemil KAYA

özgürlüğü haklarına açık bir müdahale oluşturmuştur.⁶⁰ AİHM, müdahalenin Kanunla (Diplomatik Hizmet Kanunu) öngörüldüğünü, Kanun hükmünün açık ve öngörülebilir olduğunu, müdahalenin milli güvenliği ve kamu güvenliğini koruma ve düzensizliği önleme meşru amaçları güttüğünü belirtmiştir.⁶¹ Ayrıca AİHM, daha önceki *Vogt v. Almanya* kararına atıfla, **demokratik bir devletin, memurlarından anayasal prensiplere sadakat göstermesini isteme hakkı bulunduğunu**, memur ve Devlet arasında **“özel bir güven ve sadakat bağı” (a special bond of trust and loyalty)** bulunduğunu, bu bağı özellikle **Devlete sadık olmaları beklenen diplomatlar bakımından özel bir önemi olduğunu** ifade etmiştir.⁶² AİHM’e göre Devletin, başvuruçular gibi yüksek rütbeli memurlardan, görevlerini ifa ederken “özel bir güven ve sadakat bağına” saygı duymalarını ve bunu sağlamalarını isteme hakkı bulunmaktadır.⁶³ Başvuruçuların açıklaması, Diplomatik Hizmet Kanunu’nun 44. maddesinde yer alan “siyasi faaliyet” kapsamına girmektedir. Devlet bazı durumlarda diplomatlar dahil memurların “siyasi bakımdan tarafsız” (*politically neutral*) olmalarını sağlamak için siyasi faaliyetlerde bulunma özgürlüklerini kısıtlayabilir. Nihayet AİHM’e göre, başvuruçuların görevlerine son verilmesi ciddi bir yaptırım olmakla birlikte, davanın özel durumu dikkate alındığında, ölçsüz bir tedbir niteliğinde değildir.⁶⁴ **Sonuç olarak AİHM, AİHS’in 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.**

Kısacası bu davada AİHM, 2008 yılında Ermenistan’da yapılan Başkanlık seçimlerinin demokratik niteliği hakkında eleştirel görüşler açıklayan beş (5) Ermeni diplomatın Dışişleri Bakanlığı tarafından görevlerine son verilmesi üzerine açtıkları davada AİHS’in “ifade özgürlüğü” (*freedom of expression*) başlıklı 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁶⁰ Karapetyan and Others v. Armenia, para. 36.

⁶¹ Karapetyan and Others v. Armenia, paras. 41-43.

⁶² Karapetyan and Others v. Armenia, paras. 49-50

⁶³ Karapetyan and Others v. Armenia, para. 54.

⁶⁴ Karapetyan and Others v. Armenia, paras. 59-60.

SONUÇ

AİHM, kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü konusunu herbir davanın somut verileri ışığında değerlendirmektedir.

Aynı gibi gözüken davalarda AİHM tarafından verilen farklı kararlar (*Kosiek, Glasenapp, Volkmer ve Petersen* davaları karşısında *Vogt* davasında verilen kararda olduğu gibi) kendi içinde tutarlıdır. Zira bu davalar aynı gibi gözükmeyle birlikte, davaların somut verileri birbirinden farklıdır. Dolayısıyla, davalar arasındaki bu farklılığı görememe yanlış çıkarımlar yapmaya yol açabilir.

AİHM içtihatlarında kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğünün, diğerleri yanında daha ziyade, AİHS'in 4., *Eskelinen Testinin* şartları varsa [1) Kamu görevlisinin ulusal hukukta mahkemeye erişim hakkından (*access to a court*) yoksun olması, 2) Bu yoksunluğun, Devletin menfaatine hizmet eden objektif sebeplere dayanması] 6., 8., 9., 10., 11., 13. ve 14. maddeleri bağlamında gündeme geldiği görülmektedir.

Kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü konusunda AİHM, bazı kararlarında Sözleşmeciler Devletlerin kendi özel durumlarına bakmayı da ihmal etmemektedir. Örneğin, *Sidabras ve Džiautas v. Litvanya* davasında bağımsızlık kazanmasından önce Litvanya'nın Sovyetler Birliği'nin egemenliği altında bulunduğu özel vurgu yapılmıştır. Yine *Vogt v. Almanya* ve *Volkmer v. Almanya* davalarında da, Weimar Cumhuriyeti dönemi (1919-1933) ve Nazi rejimi dönemi (1933-1945) uygulamaları karşısında, Federal Anayasa'nın "kendi kendini koruma kapasitesine sahip demokrasi" (*a democracy capable of defending itself – wehrhafte Demokratie*) ilkesine dayalı olmasının Almanya için özel bir öneme sahip olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu şekilde AİHM, bir anlamda ülkelerin özel durumları nedeniyle getirilen tedbirleri meşrulaştırmaya çalışmaktadır.

Sadakat yükümlülüğü konusunda AİHM'in bazı kararlarında, -somut davanın diğer verileri bir tarafa bırakılacak olursa- kamu görevlilerinin mesleki statüsü bakımından da bir değerlendirme yaptığı dikkat çekmektedir. Örneğin AİHM, *Vogt v. Almanya* davasında başvurucunun bir ortaokulda Almanca ve Fransızca "öğretmeni" olmasının ve *Söro v. Estonya* davasında başvurucunun Estonya'da komünizm döneminde gizli serviste şoför olarak çalışmasının Devlet için herhangi bir "güvenlik riski" (*security risk*) oluşturmadığını belirtirken; *Karapetyan ve Diğerleri v. Ermenistan*

Prof. Dr. Cemil KAYA

davasında başvurucuların “diplomat” olmalarının Devlete karşı “özel bir güven ve sadakat bağı” (*a special bond of trust and loyalty*) içinde bulunmaları zorunluluğuna işaret etmiştir.

Nihayet AİHM’in, diğer birçok davada olduğu gibi, kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin bazı davalarda da “halihazırdaki davanın özel verileri ışığında” (*in the specific circumstances of the present case*) kalıbını kullanmasıyla, bu konuda ileride önüne gelecek uyuşmazlıklar bakımından kendini bağlamaktan kaçındığı görülmektedir.

BİRİNCİ OTURUM TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Sayın Eyyup Günay İSBİR (Oturum Başkanı): Çok kıymetli hazirun, şu ana kadar bana ulaşan herhangi bir soru yok ama bilmiyorum arkadaşlar herhalde topluyorlar, onlar bana ulaştırıncaya kadar ben sunum yapan akademisyen arkadaşlarımın görüşlerini çok hızlı bir şekilde sizlere aktarmak istiyorum. Özellikle Sayın AKYILMAZ, Türk hukuk sistemi içerisindeki yapıyı ortaya koyarken bizim idari yapımıza örnek olan Fransa örneğini de bu sadakat konusu açısından ele aldı ve bir de Amerika Birleşik Devletleri ile ilgili bir vurgulama yaptı. Sayın Cemil KAYA da İngiltere yine Anglo-Amerikan sistemi içerisindeki İngiltere’den konuya girdi ve bilare “lustration” dedikleri o görevden ayrılma konusunu önemli ölçüde değerlendiren bir sunumda bulundu. Ben kısa bir ekleme yapmak istiyorum.

Şimdi Anglo-Amerikan sistemi içerisinde özellikle Amerika’daki o gelişmeler ortaya çıkmadan çok önce 1800’lü yıllarda Andrew Jackson Amerika’nın Cumhurbaşkanı olduğu zaman bir sistem getirdi, dedi ki, “Benim seçilmiş olduğum siyasi eğilime ve partimin mensupları bürokraside yer alacaklar.” yani kısacası bir kendisine bağlılık ifade eden bir grubu bürokrasi içerisine çekti ve yerleştirdi fakat Amerikan personel yönetimi sistemi içerisinde bu sadece 4 sene devam edebildi, kendisinin başkanlık sistemi süresince devam edebildi ve bilahare “spoils” sistem dedikleri bir yağma sistemiyle Türkçeye tercüme edebileceğimiz bir değerlendirme ile bundan vazgeçildi. Sebep, sebep, bürokrasi ve bu devlete bağlılık kavramlarının çok hassas bir denge oluşturduğu noktayıydı, kaldı ki Kara Avrupası sisteminde de özellikle mesela bir Fransa örneği vardır, çok büyük değişiklikler ve şeyler geçirmiştir ihtilaller geçirmiştir, Fransız İhtilali vardır, Monarşi vardır, Cumhuriyet dönemi vardır bütün bunlardan geçiş aşamasında o bürokrasideki yapı devlete bağlılıkla olan bu sistemle dengelenmek sureti ile korunabildiği içindir ki o bürokratik yapının gücü devletin sürekliliğini de ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla bu bağlılık ve kamu çalışanı kavramı ona göre gerçekten önemli bir husustur, dolayısıyla gerek Anglo-Amerikan sistemi federatif bir yapıdır, gerekse Fransa her ne kadar yarı başkanlık sistemine geçtiyse de daha önce sahip olduğu sistem itibarıyla o üniter yapısını koruyabilmişse hem devlete bağlılıkla hem de devlete karşı olan o birtakım akımları çok iyi tolere ve tasfiye etmek

suretiyle sürdürebildiği bir yapıydı. Bunu da artı parantez belirtmek isterim.

Sorular geldi, size mi? Tamam, sorular arkadaşlarımıza ulaşmış vaziyette. Ben bir de bir şeyi daha merak ederdim ama belki arkadaşların hazırlıkları var mı bilemiyorum, biz sadece Latin dünyasını veya Hristiyan aleminin veya Hristiyan felsefesinin sahip olduğu yapıdaki devlete bağlılık ve bürokrat yapısını ele almaya çalıştık. Acaba bu konu Orta Doğu coğrafyasında, Kafkas coğrafyasında ve Asya coğrafyasında nasıl ele alınmaktaydı veya nasıl bir o İslam kültürü içerisinde nasıl bir şekilde devlete bağlılık veya çalışanlar konusu da ele alınmalıydı? konusunun da ele alınmasında yarar görmekteydim. Sadece bir not olarak düştüm, teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ: Evet, öncelikle şunu söyleyeyim, hocamın dediği çok haklı hakikaten. Biz şimdi Batı hukuk sistemi içerisinde yer alan bir ülke olduğumuz için genellikle bütün hukuki değerlendirmelerimizi Batı hukukuna göre yapıyoruz ve aslında dünyanın büyük bir kısmını da hep gözardı ediyoruz. Ben bunu derslerimizde de fark ediyorum. Mesela birtakım gelişimleri anlatırken, işte atıyorum hukuk devletine geçiş süreci işte mülk devlet, polis devlet, hukuk devleti klasik idare hukukunda anlattığımız şey ama mesela Osmanlı İmparatorluğunda böyle bir süreç yaşanmamış, Osmanlı İmparatorluğu ne mülk devleti olmuş, ne polis devleti olmuş. Biz bunları dediğim gibi daha çok Batı hukuk sistemine bakarak anlatıyoruz, onun için de zaman zaman bu mukayese yaparken hem Doğu hukukunu hem çeşitli hukuk sistemlerini gözardı ediyoruz. Bu bizim eksliğimiz, hocamın dediği haklı yalnız hemen şunu da söyleyeyim, tabii süre kısıtlı olduğu için bazı şeyleri anlatamadık, mesela Osmanlı'da ilk Türk devletleri'nden günümüze kadar bu sadakat yükümlülüğü Türk devletlerinde de var. Osmanlı İmparatorluğu'nun başlangıcından beri mesela yemin müessesesi, padişahların yemin ederek göreve başlamaları, daha sonra usuli tahlifin Tanzimat ile birlikte gelmesinden sonra yüksek görevlilerin, Meclis-i Mebusan, Meclis-i Ayan üyelerinin yemin etmeleri, II. Abdülhamit'ten sonra da bütün devlet memurlarının yemin etmesi sadakat yemini etmesi müessesesi bunlar var, Cumhuriyet ile birlikte de devam etmiş, Cumhuriyet'in ilanından sonra yemin metnindeki dini ibareler çıkarılmış daha şahsi ve milli ibareler

konulmuş yani sadakat yükümlülüğü bakımından aslında bütün dünyada benzer şeylerin olduğunu söyleyebiliriz.

İki soru var, bir tanesi bakan yardımcılar ile ilgili olarak, “Bakan yardımcılarının da geniş anlamda, bu çerçevede kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı?” ile ilgili olarak. Bir kere şunu söyleyeyim, sadakat yükümlülüğü denildiği zaman başta da söyledim, kamu görevlisi kavramını en geniş anlamı ile ele almak gerekiyor. Bunun için de işte milletvekilleri, cumhurbaşkanı, başbakan, bakan bunlar da dahil olmak üzere çünkü zaten Anayasamızda milletvekilleri için de bu yemin var, cumhurbaşkanı için de yemin şartı var yani sadakat yükümlülüğü denildiği zaman, en geniş anlamda bütün kamu görevlileri için bu yükümlülük var. Konuşmamda da belirttim, aslında sadakat bütün Türk vatandaşları için aynı zamanda bir borç, bir sorumluluk ama kamu görevlileri açısından bu ayrıca bir yükümlülük, bir hukuki yükümlülük olarak da karşımıza çıkıyor. Fakat bakan yardımcılar bakımından kısaca ifade etmeye çalıştım, bakan yardımcılarının sadece rejime sadakat yükümlülüğü olduğunu söyleyemeyiz, siyasi iktidara da sadakat yükümlülükleri var yani daha yüksek bir sadakat yükümlülükleri söz konusu. Dolayısıyla onu göreve getiren makam istediği zaman görevden de bu yükümlülüğü yerine getirmediğinde almak durumunda.

Diğer bir soru; bu işte “15 Temmuz’dan sonra yapılan çıkarmalardan bahsederek iktidar partisi mensuplarının daha sonra kamu görevine alınması hakkında ne düşünüyorsunuz?” diyor ve bir de savunma hakkı ile ilgili bu konuda eleştirisini dikkate sunuyor. Hemen şunu söyleyeyim; ya tabi kamuoyuna yansıyan zaman zaman çeşitli iddialar söz konusu ama bir kere şunu söylemek lazım yani kamu görevlisinin, kamu görevlisi olmadan önce ne yaptığı çok önemli değil, kamu görevlisi olduktan sonra ne yapacağı önemli yani sadakat yükümlülüğü hukuki anlamda sadakat yükümlülüğü, kamu görevine başladıktan sonra söz konusu oluyor. Dolayısıyla sadakat yemini edip yemin belgesini imzalayarak kamu görevine başlayan kamu görevlisi eğer o devletin nesnel davranış yapısını tarafsız ve eşit davranma yükümlülüğünü yerine getiriyorsa daha önce herhangi bir siyasi parti ile bağlantısı olup olmadığının bir önemi yok aslında. Şu da var, aslında hep, bütün kamu görevlileri düşünce özgürlüğüne de sahip, hepimizin siyasi görüşleri var, hepimiz bu ülke için bir şeyler düşünüyoruz, en iyinin ne olduğu konusunda

gayret sarf ediyoruz ve onun iktidar olması için çaba sarf ediyoruz ama kamu görevlisi olarak görev yaptığımızda dediğim gibi, iş değişiyor. Kamu görevinde siyaset yasağı söz konusu, bunu belirteyim.

Savunma hakkı bakımından, genel olarak bütün hukukçular savunma hakkının kutsal bir hak olduğunu, anayasal bir hak olduğunu düşünüyorlar. Özellikle Amerikan uygulamasını burada anlatmaya çalıştım, onu da vermeye çalıştım, benzer bir süreci yaşadık bizde çünkü, yaşıyoruz da, orada işte bir komünist hareketlerin yaygınlaşmasıyla başlayan bir tehdit ki Türkiye’de çok daha vahim bir durum ortaya çıktı. Bu süreçte hakikaten belki birtakım müşterek uygulamalar yapılmaması, savunma hakkı konusundaki eksiklikler eleştirilebilir ama bir önceki KHK ile bildiğiniz gibi bir Komisyonun kurulması öngörülüyor, bu önümüzdeki günlerde de çalışması beklenen bir komisyon, bu komisyona kendilerini ifade edecekler bu görevliler. Umarız bir an önce bu komisyon çalışmaya başlar, daha sonra yargısal süreçler de başlayacak. Cemil Bey aslında belirtti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin görüşünü, normalde hani sadakat yükümlülüğü nedeniyle kamu görevlilerinin yargısal yollara başvurmaması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunu 6. madde kapsamında görmüyor ama yargı yollarını açmışsanız, başvuru yollarını getirmişseniz 6. madde kapsamında değerlendirme yapacak. Dolayısıyla bu Komisyonun çalışmaya başlaması ve ondan sonra yargısal süreçlerin başlaması ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde de Türkiye çerçevesinde 6. madde kapsamında yani “adil yargılanma ilkeleri” kapsamında bir değerlendirme yapılmasının önü de otomatikman açılmış oldu.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR: Sayın AKYILMAZ teşekkür ederim. Sayın Kaya, çok kısa olarak şey yaparsak.

Prof. Dr. Cemil KAYA: Tabii, şöyle. İki tane soru yöneltildi. Bir tanesine Bahtiyar Hocam cevap verdi, dolayısıyla sadece bir tanesine cevap vermek istiyorum. Adil yargılanma hakkı ve kamu görevlilerine sadakat yükümlülüğü, mahkemeye erişim hakkı idi, Bahtiyar Hocamın cevap verdiği soru. Diğer soru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini arındırma kanunları ile ilgili vermiş olduğu kararlarda üç ilkeyi ölçü olarak kabul ettiğini ifade

ettiğiniz; kanunilik, meşruluk, ölçülülük olarak diyor. Burada kanunilik kriterinden tam olarak ne anlamalıyız? şeklinde bir soru yöneltilmiş.

Şimdi bu “lustration” Kanunlarında bu üç ilke ve diğer birçok denetim alanında bu üç ilkeyi esas alarak bir denetim yaptığını görüyoruz. Her bir sözleşmenin her bir maddesi bakımından buna bakmak gerekir. Örneğin 8. madde bakımından baktığımızda, özel yaşamın ihlali iddiası söz konusu olduğunda yahut da 10. madde bakımından, ifade özgürlüğünün iddiası söz konusu olduğunda İngilizce metinde kullanılan kavram, act değildir yani kanun değildir buradaki kullanılan kavram “by law”dır “law” da “hukuk” anlamında geçiyor, bunu oldukça geniş bir şekilde anlamamız gerekiyor. Dolayısıyla tabii ki kişilere güvence getirmesi bakımından bunun kanunla yapılması daha önemlidir ama mutlaka kanunla yapılacağı anlamına da gelmiyor, sözleşmenin metnine baktığımız takdirde.

Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR: Efendim, sayın konuşmacılara teşekkür ediyorum. Sayın Başkanım herhalde bir kısa aramız var, bilahare ikinci oturuma geçilecek. Onun için efendim sizleri araya davet ediyorum, teşekkür ediyorum.

Sunucu: Değerli konuklar, Sempozyumumuzun “Danıştayın Danışma ve İnceleme Fonksiyonu” konusunun sunulacağı ikinci oturumuna geçiyoruz.

İkinci oturumun başkanlığını yapmak üzere Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Erdal ONAR’ı ve konu ile ilgili sunumlarını yapmak üzere İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Fethi GEDİKLİ ile Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Murat SEZGİNER’i arz ederim.

İKİNCİ OTURUM AÇIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Erdal ONAR*

Sayın Başkan, yüksek yargı organlarının değerli üyeleri, aziz meslektaşlarım, hanımefendiler, beyefendiler. Hepinizi saygı ile selamlıyorum. Danıştayın 149. yılını kutluyoruz, bu çok büyük bir onur, bir sene sonra da 150 yıl, bir 150 yıllık geçmişi olan bir kurumla şimdi onun düzenlediği bir Sempozyumda hasbelkader yer almak hakikaten insana çok büyük bir keyif veriyor, bunu söylemeden geçemedim.

Burada sunuşta da söylendiği gibi, Danıştayın belki de adıyla müsemma danışma görevi ele alınacak, bu da tabii ki çok önemli bir işlev, bir tür önleyici yargı işlevi, sorunlar çıktıktan sonra bunu çözmek tabii önemli ama sorunun çıkmasının önlenmesi bence daha da önemli. Bu bağlamda bu oturumda herhalde değerli meslektaşlarım gayet bu konuyu ustaca ele alıp bizleri aydınlatacaklar. Ancak hemen başlarken bir hatırlatmada bulunmak istiyorum, sorular yazılı olarak alınacaktır ve talep halinde hemen arkadaşlarımız soru sormak isteyenlere bir formatla hazırlanmış şekilde soru kartlarını dağıtacaklardır. Onlar bize ulaştığı anda oturumun sonunda ben gerekli soruları arkadaşlarıma ileticeğim fakat bunların bize iletilmesi için bitimini beklemeden soru eğer oluşmuşsa kafanızda bunu hemen bir yazılı formata döküp yine bu konuda toplayıcı arkadaşlara iletmenizi zamandan da tasarruf edebilmemiz adına hassaten rica ediyorum ve ben daha fazla uzatmadan ilk sözü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden değerli bir meslektaşım Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ'ye bırakıyorum. Kendisi, somut olay örnekleriyle Danıştayın tarihsel süreç içerisindeki inceleme ve danışma fonksiyonunun önemi konulu tebliğini bizlere sunacak. Süremiz 20 dakikadır, buyurun Fethi Hocam.

*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

SOMUT OLAY ÖRNEKLERİ İLE ŞURA-YI DEVLETİN TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDEKİ İNCELEME VE DANIŞMA İŞLEVINİN ÖNEMİ*

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ**

Başlığımız Şura-yı Devlet'in Tarihsel Süreç İçerisindeki İnceleme ve Danışma İşlevi üzerinedir.¹ Ancak bu Kurumun 1868'den başlayarak 1922'de fiilen çalışamaz duruma gelene kadar birçok değişiklikler geçirdiğini biliyoruz. Dolayısıyla uzun ve birçok değişiklik yaşamış bu Kurumun inceleme ve danışma işlevinden söz ederken bu noktaları akılda tutmak doğru olur. Bu tebliğde yapmaya çalışacağımız şey, kuruluşunun ardından inceleme ve danışma işlevini anlamaya çalışmak olacaktır. Bu tutum, sınırlı bir tarihi evreyi göz önünde tutmak anlamına gelmektedir. Bunu önce hukuki düzenlenişe bakarak, sonra da uygulamaya bakarak gerçekleştirmeye çabalayacağız. Bu ikinci hususta Şura-yı Devlet'in kuruluşundan itibaren yayınladığı ilk üç rapor bize yardımcı olacaktır. Bunlardan ilki ve üçüncüsü² daha önce Onur KARAHANOĞULLARI tarafından tahlil edilmişti; ikincisi ise ilk defa burada irdelenecektir. Ayrıca Şura-yı Devlet'in daha Nizamname-i Esasîsi çıkmadan evvel verdiği kararları ele alıp "Ek"te de özetleriyle birlikte metinlerini vereceğiz.

Şura-yı Devlet, Osmanlı Devletinin Batının üstünlüğünü gördüğü ve kabul ettiği bir zaman diliminde, devletin *yeniden yapılandırıldığı* sırada doğan bir kurumdur. Devlet, mütemeddin (uygar, uygarlaşmış) Avrupa devletleri seviyesine ulaşmak ve hatta onlarla beraber yürümek için

* Tebliğin hazırlanmasında Fethi Gedikli, *Şura-yı Devlet Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla*, Ankara 2008'den istifade edilmiştir. Yer ve kurum adlarında kesme işareti kullanmamak yazarın tercihidir. Metni okuyup görüşlerini ileten İÜHF İdare Hukuku Ar. Gör. Dr. Eren Solmaz'a teşekkür ederim.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Bu konular çeşitli yönleriyle daha önce de çalışmalara konu edilmiştir. Örnek olarak Yıldırım Kuzum, Güven Dinçer, M.Ali Çeltik, Yüksel Fırat'ın "Danışma ve İnceleme Organı Olarak Danıştay", ana başlığı altında *Yüzyıl Boyunca Danıştay* (Ankara 1968) kitabındaki yazıları: s. 731-868.

² Yazar üçüncü raporu *ikinci* diye nitelemiştir. Bkz. Onur Karahanoğulları, *Türkiyede İdari Yargı Tarihi*, Ankara 2005, s. 173.

kapsamlı bir ıslahat (reform) hareketi başlatmıştır. Şura-yı Devlet de, öteki kurumlarla birlikte, bu kapsamlı reform girişiminin bir “ürün”ü ve aynı zamanda reform hareketinin en önemli “aktör”üdür. Kurum çalışmaya başladıktan sonra kendi aslı/esasî nizamnamesini (Şura-yı Devlet'in Nizamname-i Esasîsi³) yapmıştır. Buna göre, Şura-yı Devlet, devletin bütün işlerinde lüzumu görünen ıslahatın (reformların) peyderpey icrası için kurulmuştur. Padişah gerek devletin, gerek vatandaşların cari işlerinin ve gerek bayındırlık ve buna bağlı bütün meselelerin düzgün yürümesini çok gerekli görmektedir. Şura-yı Devlet bu “matlab-ı a'lâya vüsul esbabının en mühimlerinden olmak üzere” kurulmuştur. Başka bir deyişle, O, bu *yeniden yapılandırılmaya*, -ki bu yüce bir istektir, amaçtır-, ulaşma araçlarından biri olarak tasarlanmıştır.

Şura-yı Devletten önce ve gene modernleşme döneminde, bu Kurumun işlevleri 1838'de kurulan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâmı Adliye ve bunun zaman içinde geçirdiği değişikliklerle muhtelif adlar alan selefi kurumlarca üstlenilmişti. 1868'de yapılan, daha önce farklı kurum ve kurumlarca yürütülen bu işlevlerin yeni bir oluşum içinde bir kere daha düzenlenmesinden ibaretti. Ayrıca Vilayet Nizamnamesinin önce Tuna vilayetinde, sonra bütün İmparatorlukta kurduğu düzen de bu bağlamda dikkate alınmalıdır.

Şura-yı Devlet, Abdülaziz'in padişahlığı döneminde sadrazam Âli Paşa'nın gayretiyle yargı ve yürütme işlerinin birbirinden ayrılması amacıyla, 11 Zilkade 1284 / 5 Mart 1868 tarihli bir padişah iradesiyle⁴

³ Kanun ve nizamname kavramları hakkında Güven Dinçer, “Danıştayın İnceleme Kararları”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay* (Ankara 1968), 738 vd. Ali Fuat Başgil, “Türkiye teşkilat hukukunda nizamname mefhumu ve nizamnamelerin mahiyeti ve tabii olduğu hukuki rejim Teşkilatı Esasiye Kanununun 52 inci maddesi üzerinde tarihi ve tahlili etüd”, *Cemil Bilsel'e Armağan*, İstanbul 1939 ve ayrıca ayrı basımı Kenan Basımevi İstanbul 1939, 100 s.

⁴ Görelî, *Devlet Şurası (Şura-yı Devlet)-(Danıştay)*, Ankara 1953, s. 5-6. Görelî, daha evvel Hukuk İlmini Yayım Kurumu'nda verdiği bir konferansın yayınlanmış metninde Şura-yı Devlet'in geçirdiği safhalara temas etmişti. Bkz. İ. H. Görelî, *Bizde Şurayı devlet ve idarenin Kazaî murakabesi*, Ankara, 1937, s. 20-26. Abdülmecit Mutaf, “Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şura-yı Devlet (1868-1922)/(1284-1341)”, *Dokuz Eylül Ü SBE*, 1997, 93 s. Mehmet Canatar/Yaşar Baş, “Şura-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi”, *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Ankara 1998, sayı 9, s. 113. Canatar/Baş'ın bu yazısından önce aynı adla şu makale yayınlamıştır. Mehmet Canatar,

kurulmuş, çok geçmeden kararlarını vermeye başlamıştır⁵. 8 Zilhicce 1284 (1 Nisan 1868)'de çıkarılan kısa bir mukaddime ve 14 maddeden ibaret bulunan "nizamât-ı esasîsi"⁶ ile de görevleri, daireleri, üyeleri ve çalışma usulü belirlenmiştir. Bugün Danıştayca da kuruluş günü olarak kutlanan 10 Mayıs 1868 (17 Muharrem 1285) tarihinde Babıalide yapılan büyük bir törenle açılmıştır. Törende olumlu olumsuz pek çok yankı uyandıran Padişahın nutkunu, Sadrazam okumuştur⁷.

Bu törenlerin her kuruluş yılı dönümünde sürdürüldüğü izlenebilmektedir. Dün de burada bu törenlerin bir yenisini idrak ettik; bu sempozyum da onun bir parçasıdır. Şura-yı Devlet ile aynı vakitte kurulan Divan-ı Ahkâm-ı Adliyenin (Yargıtay) kuruluş gününü törenle anmaması fakat Şura-yı Devlet'in (Danıştay) anması da, ikincinin devletle olan doğrudan ilişkisi sebebiyle Padişah'ın daha kuruluşta ona yüklediği "misyon"la ilgili görülebilir. Ayrıca Padişahın başlangıçta kuruluş yılı dönümlerinde Babıaliyi ziyaret edip Şura-yı Devlet'in yıllık faaliyet raporunu dinlemesiyle de ilgilidir.

Şura-yı Devlet'in Nizamname-i Esasîsinin birinci maddesine göre, - kısmen bugünkü dile uygunlaştırılmış haliyle- "mülkiyenin umum mesalihinin müzakere merkezi olmak üzere Şura-yı Devlet namıyla bir meclis oluşturulmuştur". Bu cümlede üç önemli husus vardır: Biri "mülkiyenin umum mesalihi" yani askerlik dışındaki devletin bütün işleri, ikincisi "müzakere merkezi" ve üçüncüsü "meclis". Devrin sözlüklerinin bu kelimelere verdiği manaları gözden geçirmek ilgi çekici olabilir. Sözlüğünü Şura-yı Devlet üyeliğine son verildikten sonra (15 Ağustos 1873) yazıp

"Şura-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", *İlmî Araştırmalar Dergisi*, İstanbul 1997, S 5, s. 107-139.

⁵ Şura-yı Devlet'in aldığı ilk kararlara aşağıda değineceğiz.

⁶ DUİT 37-2/9-36 8 Zilhicce 1284. Şûrâ-yı Devlet ismiyle bir *meclis-i kebir* teşkiline dair. Bu irade-i seniyenin evrakı 19 Rebiülevvel 1295 tarihinde Şûrâ-yı Devletçe alınarak henüz iade edilmemiştir. Ayrıca *Takvim-i Vekayi*, nu. 963 (2 Muharrem 1285/25 Nisan 1868); Lütfi, *Tarih*, XI, 159-162. *Düstur*, I. Tertip, c. 1, s. 703-706.

⁷ Bu nutkun metni için bkz. Lütfi, *Tarih*, XII, 11-13.

1876'da bastırılan⁸ Ahmed Vefik Paşa'nın *Lehce-i Osmanî*⁹ "müzakere"yi söyleşme, kavilleşme şeklinde (s.1376) izah etmiştir. *Lügat-i Naci*, (1322/1894) bir şeyin keyfiyet (nitelik) ve muktezasını yekdiğeriyle söyleşmek"; (s. 742), *Lügat-i Remzi* (1888) de hemen hemen aynı yolda "biri biriyle bir nesnenin keyfiyat (nitelikleri) ve mukteziyatını (gereklerini) söyleşmek" (465) anlamlarını vermiştir. Bu açıklamalarda görüşme, tartışma, fikir alış veriş, konferans anlamları vardır. Birden ziyade kimse bir konu hakkında etraflıca görüşüp bir sonuca ulaşacaklardır. "Meclis" ise klasik devirde mahkeme anlamı taşımıştır. Mesela kadı mahkemesi "meclis-i şer'"dir. *Lehce-i Osmanî* "meclis" için söyleşmek için oturulmuş cemiyet, encümen mahalli (s. 1320) anlamını vermiştir. "Mülkî" kelimesi ise aynı sözlükte "mülke mensub; Rum Katoligi mezhebi" (s. 1343) diye geçmektedir. Oysa *Kamus-ı Fransevi*'de "mülkî" veya "milki" *civile; politique* dışı "mülkiye" diye verilmiştir. Bu duruma göre askeri işler dışında kalan siyasi işler, idare işlerine de Şura-yı Devlet bakacaktır.

Nizamname-i Esasî ikinci maddesinde Şura-yı Devletin görevlerini 7 madde halinde saymıştır. Ancak yedinci maddeye "ve" ile bağlanan hususun *ayrı* bir konu olduğunu mütalaa ederek onu da *müstakil* madde haline koyup 8 madde olarak sayacağız.

1. Bütün kanunların ve nizamnamelerin tedkik ve layihalarının¹⁰ tanzimine,
2. Mevzuatça memur olduğu derecede mülki meseleleri tedkik ile kararlarını arz eylemeğe,
3. Hükümet ile şahıslar arasında olan davaları rüyet etmeğe,
4. Bir davanın görülüp karara bağlanacağı mahkeme veya meclisin belirlenmesi meselesinde deavi memurlarıyla idare memurları arasında doğan uyuşmazlıkları tedkik ile hükme,

⁸ Avni Gözütok, "Türkiye Türkçesinin ilk sözlüğü *Lehce-i Osmânî*, s. 30, file:///C:/Users/DET%20B%C4%B0L%C4%B0%C5%9E%C4%B0M/Downloads/8605-32976-1-PB.pdf, (E. t. 31.05.2016)

⁹ Atıflar şu baskıyadır: Ahmed Vefik Paşa, *Lehce-i Osmani*, tab-ı cedid, Mahmud Bey Matbaası, Dersaadet 1306 (1890).

¹⁰ Layiha: beyanname, takrir, müdellel izah, madde için yapılan risale. Cemi Levayih. *Lehce-i Osmani*, s. 1305. Bu kelimeyle kanun taslağı kastedilmektedir.

5. Konulmuş kanunlar ve nizamnamelere ilişkin olarak dairelerden gelen evrak ve takrirler üzerine rey vermeğe,

6. Padişah iradesi gereğince veya kanunlar ve nizamnamelerin hükümleri üzerine devlet memurlarının hallerinin tahkiki ve muhakemelerine,

7. Padişah iradesi veya yüksek dairelerce vuku bulacak talep ve ifade üzerine her türlü işler ve meseleler hakkında rey beyan eylemeğe,

8. Vilayet nizam(name)ı gereğince her yıl vilayet merkezlerinde toplanan meclis-i umumilerin islahata dair tezekkür edeceği maddelerin mazbatasını her meclisin mevcut azalarından seçilen ve gereğine göre üç veya dört kişiden oluşarak İstanbula getirecek olan komisyonların çağrılmasıyla mezkur maddeleri onlarla kararlaştırmağa, memurdur.

Bu sayılan görevlerin üçü (3, 4, 6) yargı/yargılamaya dairedir; kalan beşi (1, 2, 5, 7, 8) ise inceleme ve danışma işlevi olarak nitelenebilir. Buradaki birinci görev, genellikle yasama görevi olarak görülmüşse de, Şura-yı Devletin hazırladığı kanun taslağı, sadarete ve oradan da padişahın onayına arz edildiğinden, sınırlı nitelikte olduğu dikkate alınarak haddizatında “yasamaya ilişkin” inceleme ve danışma görevi içinde de mütalaa edilmesi yanlış olmayacaktır.

Şura-yı Devletin **esas görevi** inceleme ve danışmadır, zaten “şura” kelimesinin anlamı içinde de bu vardır. Gerçekten *Şura*, kelime anlamıyla işaret etmek, imlemek, danışmak, görüşünü istemek, istişare etmek, göstermek, öğüt vermek, nasihat istemek gibi anlamlara gelen bir kökten türemiştir. Kamu hukukundaki anlamıyla da “*consultation*: danışma ve bu kökten türeyen *conseil* (*council*): danışma organı”dır¹¹. Bu bakımdan kurumun adının bu hususu vurgulamak üzere Şura-yı Devlet: Devlet Şurası olarak belirlenmesi anlamlıdır¹². Türklerin geleneğinde kurultay

¹¹ Kelimenin anlamı ve İslam tarihi, Endülüs ve modern Arap âlemindeki kullanımı için bkz. C. E. Bosworth/M. Marin/A. Ayalon, “shūrā”, *EJ2*, Leiden 1997, IX, 504 vd.

¹² Meclis-i Vâlâ'nın bölünmesiyle yeni kurulan iki kurumdan biri Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ve öteki Şura-yı Devlet diye adlandırılmıştır. Birincisi hukuk ve ceza yargılamasının en üst mahkemesi idi. O yüzden Karahanoğulları'nın (age., s. 132, n. 321) İslam tarihindeki divan-ı mezalimleri hatırlatarak “*divan* sözcüğünün yargılama işlevine sahip bir kurumu nitелеmek için *şura* sözcüğüne göre daha yakın olduğu söylenebilir” biçimindeki tespiti isabetlidir.

kurumunun varlığı bir yana *Kur'an*'da da "Şura" adlı bir sure (96. sure) ve ayrıca, müşavere ediniz, öğüdü vardır¹³. Ayrıca bu hususta bir hadis de zikredilmektedir¹⁴. Bu sebeple, Osmanlı devlet geleneği "şura"ya aşina idi. Osmanlı klasik devrinde çok önemli işlevler gören Divan-ı Hümayun'un işleyişi de "şura" ilkesinin bir tecessümüdür. Bu sebeple, Tanzimat öncesinde ve sırasında kurulan birkaç kuruma "şura"lı adlar verilmesi; *meşveret*, *şura*, *istişare* gibi aynı kökten doğan kelimeler kullanılarak bu hususun vurgulanması daha da önem kazanmış olduğu anlamına geliyordu¹⁵.

Şura-yı Devletin yıllık hesap raporları

Birinci Rapor: Şura-yı Devletin kuruluşunu takiben hangi işleri yaptığını tespit edebilmek üzere onun yayınlamış olduğu üç raporu (*mazbatayı*) ele alacağız. Şura-yı Devlet kuruluşundan bir müddet sonra 12 Ağustos 1868 (31 Temmuz 1284, 23 Rebiülevvel 1285 çarşamba) günü *Takvim-i Vekayide*¹⁶ bir mazbata yayınlamıştır. 5 Mart 1868'de kurulduğuna göre, aradan 5 ay 1 hafta geçtikten sonra kamuoyuna (daha doğrusu padişaha) hesap verme ihtiyacı hissetmiş ve bu raporu kaleme alıp neşretmiştir. Karahanoğulları tarafından "ilk yıl raporu" biçiminde ve "bir hükümet raporu gibi" diye nitelenmiş ve kurumun bir yasama organı gibi çalıştığını ve aynı zamanda hükümet etme ve hatta, organik olarak olmasa da idare etme işlevlerinin içinde bulunduğunu göstermektedir¹⁷ diye

¹³ *Kur'an-ı Kerim*, Al-i İmran suresinin 159. ayetinde Hz. Muhammed'e hitaben "...iş hakkında onlara danış ..." buyurulmaktadır.

¹⁴ Belkis Konan, *Osmanlı Devletinde İdari Yargının Gelişimi*, Ankara 2013, s. 47.

¹⁵ Namık Kemal ve Yeni Osmanlılar da yazılarında "usul-i meşveret" üzerinde sıklıkla duruyorlardı. Hatta çıkardıkları gazetelerin birinin adı *Meşveret* idi. Belkis Konan, adı geçen kitabının 44-48 sayfalarında "Meşveret Meclislerinin İdari Denetimde Rolü" başlığı altında daha genişçe bu meseleyi ele almıştır.

¹⁶ *Takvim-i Vekayi*, 31 Temmuz 1284, no. 988.

¹⁷ Karahanoğulları, *age.*, s. 173. Yazarın aynı yerde "Hukuk-u Âdiye Usulü Muhakeme Nizamnâmesi, Ticaret kanunnamesi değişikliği ve yeni mahkeme sisteminin ihtiyacı olan usul kanunları Şura-yı Devlet tarafından kaleme alınmıştır." cümlesi aslında "hukuk-ı âdiye **ve** usul-i muhakeme nizamnamelerinin tanzimi ve Ticaret Kanunnamesinin tevsii ve tadilidir." Anlamı, kurumun medeni kanun ("Mecelle"), ceza ve hukuk usulü

yorumladığı bu rapor, bahsettiğimiz üzere, henüz kuruluşunun üzerinden 6 ay geçmeden hazırlanmıştır. Bu rapor bir erken, ön rapordur. Burada onun başlangıç kısmına yer verip içeriğini özetlemek istiyoruz. Rapor şu kabulde başlamaktadır: “Kazâyâ-yı müsellemedendir ki, tabiat-ı medeniyet, terakkiyat-ı mütevaliyeyi dâî¹⁸ (tartışma götürmez hususlardandır ki, medeniyetin tabiatı devamlı ilerlemeyi gerektirir) ve bu hal ise her devlet ve hükümetin usul-i idaresince vakit be vakit bir takım tadilat ve ıslahata bâdîdir (sebeptir).” Bu hükmü, başka bir şekilde, devlet ve hükümetin idare usulünde sürekli reform yapılmak gerekmektedir, diye ifade edebiliriz! Karahanoğulları'nın da tespit ettiği gibi bu görüş, hukukta değişimi “doğal bir zorunluluk” olarak kabul etmiş olmaktadır¹⁹.

Bu raporda devamla “İşbu kaide hükmünce Yüce Devlet'in (Osmanlı Devletinin) idaresinin esas ve ikinci sıradaki işlerinde yapılmasına lüzum görünen reformların hayırlı uygulamasının gerçekleştirilmesi yani Yüce Devlet'in kabul ettiği yeni siyasi kaidelerin genişlenmesi ile padişahın tebaasının tümünün refah, mutluluk, servet ve mamurluğunu sağlayacak vesilelerin tamamlanması hayırlı niyetiyle kurulan Şura-yı Devlet'in görevleri, bundan önce duyurulup yayınlanan özel tüzüğünde (yani Nizamname-i Esasîsinde) mevcut olduğundan onların ayrıntılarını saymaya hacet” yoktur, denilmektedir.

Yukarıda altını çizdiğimiz ifade önemlidir; devletin yeni siyasi kuralları benimsediği, bundan da *gayesinin halkını mutlu ve müreffeh kılmak olduğu*, Şura-yı Devleti de bu amaçla kurduğu açıkça belirtiliyor.

Şura-yı Devlet'in görevi olarak da şunları kaydediyor: Genel olarak Şuranın vazifesi devlet ve memleketin düzenini sağlayacak sebeplerin (kurum ve kuralların) kemale erdirilmesinin, olgunlaştırılmasının müzakeresidir. Buna götürecektir hususların da icap ve iktizalarına göre teemmül (derince düşünülmesi) ve mülhaza olunması için tabiatından ise de, idare-i umumiye-i mülkiyenin muhtaç olduğu bazı kaideler ve usulün öncelikle müzakeresi gerekli olduğundan, sadareten Şura-yı Devlet'in

nizamnamelerinin düzenlenmesi ve Ticaret Kanunnamesinin genişletilip tadil edilmesi üzerinde çalışacağıdır.

¹⁸ Karahanoğulları, *age.*, s. 172'de “mütevaliye-yi daimi” diye yazılmıştır.

¹⁹ Karahanoğulları, *age.*, s. 172.

teşekkülü ardından müzakeresine havale buyurulan mühim işlerden başlıcaları ve bu konuda yürütülen incelemelerin hülasaları aşağıdaki beyan kılınır.” denilerek 5 ay 1 hafta içinde yapılanlar sayılıp dökülmüştür.

Bunlar sırasıyla Şura-yı Devletin ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliyenin nizamât-ı dahiliyeleri yani bugünkü terimlerle içtüzükleri, Hukuk-ı âdiye (bu kavramla kast edilen daha sonra Mecelle-i Ahkam-ı Adliye diye adlandırılan kanunlaştırma²⁰) ve Usul-i Muhakeme Nizamnamelerinin düzenlenmesi, Ticaret Kanunnamesinin ise genişletilip değiştirilmesidir. İlk üç sırada bahsedilen bu düzenlemeler vardır; dördüncü sırada devlet dairelerinin görev ve “mezuniyet” yani yetki derecelerinin belirlenmesi meselesine değinilmiştir. Bunun için Adliye Dairesinin hazırladığı tasarıya, Heyet-i Umumiyede (bundan sonra Genel Kurul) cereyan eden görüşmeler sonucunda son şekli verilmiştir.

Beşinci sırada, Vilayetler Umumi Nizamnamesinin düzeltilip değiştirilmesi zikredilmiştir. Bu husus için Mülkiye Dairesinde bir komisyon kurulmuş ve onun hazırladığı taslağa son hali verilmiştir.

Altıncı madde eğitim ve mektepleşmenin yaygınlaştırılmasıyla ilgilidir. İstanbul ve taşralarda rüşdiye (orta) mekteplerinin açılması, Galatasaray Lisesinin kurulması, kız çocukları için üç senede 15’e ulaştırmak üzere şimdilik 5 adet kız okulunun açılması, vilayetlerde maarif idareleri teşkili, köylerden büyük şehirlere varıncaya dek muhtelif derecelerde mektepler tesisi, birinci derece tahsilin (“temel eğitim”in) mecburi olması, maarif idare kurulunun tanzimi, mekteplere gelir temini, tahsilin kolaylaştırılması, işbölümü (taksim-i amel) kaidesince, -bugün de yerleştirmeye çalıştığımız- herkesin girişimci olacağı meslek ve sanata gerekli bilginin üretilmesi vesilelerinin tamamlanması, her türlü ilim ve fenni öğretecek muktedir kadın ve erkek öğretmenler için Darülmualimîn ve Darülmualimat okullarının kurulması hususlarını düzenleyecek hukuki temel Şura-yı Devlet Maarif Dairesince görüşülmekteydi.

Yedinci madde, İstanbul’un mülkiye ve zaptiye işleri ile belediye dairelerinin düzenlenmesi idi. Zaptiye işleri için bir yasa taslağı hazırlanıp

²⁰ Nazaret Hilmi’nin Türkçeye çevirdiği Fransız Medeni Kanunu için de bu terim kullanılmıştır: *Kod Sivil yani Fransa Kanun-ı Medenisi yahud Hukuk-ı Âdiye Kanunnamesi*, İstanbul 1303 (1887). Çeviren için bazı yerlerde Nusret Hilmi yazılması yanlıştır.

sadarete arzedilmişti. Belediye işleri için de sokakların düzenlenmesi, yangından kurtulmak için binaların kargir olarak yapılması, çarşıların temizliği, gaz ile aydınlatma ve Altıncı Daire (Beyoğlu Belediyesi) gibi başka belediye dairelerinin de düzenlenip “cihanın en şerefli bir nokta-i kıymetdarı olan” İstanbulun yaşanır bir yer haline gelmesi için çalışılmaktaydı.

Sekizinci madde, madenler ve ormanlara dair nizamnamelerin düzeltilip geliştirilmesi (ıslah) meselesidir. Madenlerden beklenen yararın elde edilemediği, henüz çıkarılmamış ve keşfedilmemiş madenlerin olduğu, bunların iyi idaresiyle hem halkın hem devletin varsıllaşacağı, Avrupaca maden ve orman idareleri için mevzu ve tecrübe edilmiş olan kanunlar ve usulün bizim memleketin işlem ve haline uygunlaştırılabilir yönleri esas alınarak yeniden kaleme alınmış olan nizamname taslakları Nafia Dairesince mütalaa edilerek, bunlardan, önce Nafia Nezaretine havale olunmuş olan maden işlerine ilişkin nizamnamenin incelenmesinin tamamlandığı ve yakında yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Ormanlarla ilgili düzenleme üzerinde ise müzakereler halen devam etmektedir.

Buradan anlaşılmaktadır ki son üç madde ya henüz tamamlanmış ya da tamamlanmak üzere yahut da üzerinde çalışılan hususlardır. Bu erken (ön, avan) rapor, aslında Şura-yı Devlet'in göreceği işlerin bir “program”ı mahiyetindedir.

İkinci Rapor:²¹ Bu rapor aynı zamanda 1285 yılına ait *birinci yıl raporu* (mazbata)dur. Ön raporun ardından bütün bir yıl faaliyetlerini kapsayan ilk rapordur. 8 Mayıs 1869 (26 Muharrem 1286) Cumartesi günlü *Takvim-i Vekayi'*de yayınlanmıştır. Raporun girişinde, her devletin gücü ve

²¹ Bu, O. Karahanoğulları'nın ikinci yıl raporu diye nitelediği (age. 172, n. 417, s. 173) değildir. Bu rapor, ilk defa tarafımızdan inceleme konusu yapılmaktadır. Karahanoğulları'nın ikinci yıl raporu diye nitelediği gerçekten kurumun ikinci yıl faaliyetlerini anlatan ve fakat üçüncü rapordur ki biraz aşağıda onu da ele alacağız. Halim Kılıç, “Osmanlı Devleti'nde Bir İdari Modernleşme Kurumu Olarak Şura-yı Devlet (1868-1876)”, Gazi Üniversitesi SBE Tarih Anabilim Dalı Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı, yayımlanmamış doktora tezinde, “Umur-ı Mülkiye ve Zabıta ve Harbiye Dairesi / Dahiliye-Maarif Dairesi” başlığı altında s. 57, n. 134'te herhangi bir tanımlama yapmadan rapordan bir iktibasta bulunmuştur.

halkının refah, servet ve medeniyette ilerlemesi, yasalarının zamanın ihtiyaçlarını ve meşru hakları temine yeterli ölçüde ulaşmaya bağlıdır, yargısı verilmiştir. Bunun gerekçesi olarak da insan tabiatının daima ve her vaktin ihtiyacına göre olgunluk yönüne mail olduğu, yasaların da bu yolda yürümesi yani an be an ikmalî tabii bir iştir, diye ifade edilmiştir. Bu ifadeyle, ilk raporun girişi bir kez daha vurgulanmış olmaktadır. Sonraki paragrafta *Kutadgubilik*ten beri bütün “siyasetname”lerin üzerinde durduğu adalet dairesine gönderme vardır: Devletin menfaati halkının huzurlu olmasında, halkın menfaati de devletin iyi halde bulunmasındadır.

Raporda, padişah övülerek onun başta bulunması bir lutuf olarak nitelendirilmektedir. Padişahın reformu gerçekleştirebilmek için gerekli sebep ve vesileleri üretip tamamlamasındaki gayreti lutfun bir delili olarak sunuluyor. Kuvvetler ayrılığının önemine ve bunun için *merci-i tanzim-i kavânîn ve nizamât ve mahall-i ihkak-ı hukuk-ı ibâd olmak üzere teşkil buyurulan Şura-yı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye’ye* dikkat çekip, bunların açılması ardından padişahın Babıaliyi ziyareti ve orada okunan benzersiz nutkunun öneminden söz ediliyor²².

Şura-yı Devletin vazifesinin bu ikinci raporca tanımlanışını, biraz sadeleştirerek şöyle aktarabiliriz: “Şura-yı Devlete ihale buyurulan vezaifin akdem ve ehemmi (görevlerin en birincisi ve önemlisi), Devlet-i Aliye’nin

²² “...işte şu kavaid-i bâhirü’l-fevaid dairesinde (faydaları apaçık olan şu kaideler dairesinde) mucib-i islahat olacak esbab ve vesailin (reformu sağlayacak sebepler ve vesilelerin) peyderpey ve an be an istihsal ve istikmaline matuf ve masruf olarak ol babda bizzat ve bilhassa şayan ve sezâvâr buyurulan himem-i meyamin-tev’em hazret-i hilafet-penâhîlerinin delail-i bâhiresinden (halifenin apaçık delillerinden) biri dahi memalik-i Devlet-i Aliye’de idare işleriyle rüyet-i deavi vazifesinin bilküllüye yekdiğerinden tefriki hakkında vilayetlerce tesis olunan kaidenin merkez-i idare-i saltanat-senede dahi vaz’ ve ittihazı ile *merci-i tanzim-i kavânîn ve nizamât ve mahall-i ihkak-ı hukuk-ı ibâd olmak üzere teşkil buyurulan Şura-yı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye olup* bunların küşadını müteakib lutfen ve tenezzülen Babıali’yi teşrif-i saadet-redif-i hazret-i mülûkanede irad buyurulmuş olan nutk-ı celil-i adîmü’l-adîl cenab-ı şehriyarinin her harf-i hikmet zarfında meknun olan lülû-i meani-i mehasin-i mebani ile bilcümle ahali-i sadıka-i memalik-i mahruse-i hazret-i şahane haklarında muris-i saadet ve selamet-i ebediye olan niyyât-ı merahim-âyât-ı cenab-ı mülûkanenin derecât-ı âliyesi enzar-ı âliyânda ez-ser-i nev ibraz ve isbat buyurulmuştur.”

kanunlarının asır ve zamanın ihtiyaçlarına göre değişikliğe muhtaç olanları hakkında iktiza eden ıslahatın mütalaası ile mülkün imarı ve ona müteferri umura ve maarifin tamimine ve halkın haklarını temine müteallik ittihazı lazım gelen kanun ve nizamname layihalarının tanzim ve arz ve takdimi maddeleridir. İşbu temel görevlerin güzelce yürütülebilmesi ise müzakere usulü ve azaya lazım olan hareketin intizamına bağlı olduğundan Şura-yı Devlet'in ayrılmış olduğu daireler ile Heyet-i Umumiyesinin süregidecek muamelatınca muktezi görünen usul ve kaideleri içeren bir nizamname-i dahilî (içtüzük) tesis olunmuştur.”

Tekrar etmek pahasına belirtelim ki, rapora göre, Şura-yı Devlete verilen görevin en başta geleni ve önemlisi, *Osmanlı Devletinin kanunlarını asrın ve zamanın ihtiyaçlarına göre uydurmak* için gerekli reformların mütalaası ile memleketin imarı ve ona bağlı işler, eğitimin yaygınlaştırılması, vatandaşların haklarını temine ilişkin gerekli yasa taslaklarının tanzim edilerek arzı maddeleridir. Bu esas görevin hakıyla yerine getirilmesi için bir içtüzüğün (Nizamname-i Dahilînin) yapılması gerekli görülmüştür.

Yasaya aykırı hareket eden memurların yargılanmaları, hükümetle şahıslar arasında doğan davalara bakılması, Şura-yı Devlet'in görevleri arasındadır. Fakat bunun türleri itibariyle dairelere bölünmesi işinde tecrübe olunan uygulamanın düzeltilmesi gerekli görülmüş ve Şura-yı Devlete havale edilmiş bütün yargılama ve davaların mercii olarak Muhakemat Dairesi adında yeni, bağımsız bir daire kurulmuş ve görevleri Şura-yı Devlet'in Nizamât-ı Dahiliyesiyle tayin ve tahdit edilmiştir. Ayrıca memurların muhakemesinin Şura-yı Devletçe tedkik ve icra olunacak ve vilayetlerce bakılacak türleri ve derecelerine ve icrai dairelerin o hususta olan hakları ve görevlerine dair bir “nizam(name)-ı umumi” de kaleme alınmıştır.

Saltanatın/devletin dahilî işlerinin icrai ve idare cihetlerince külli ve fer'î (genel ve özel; esas ve ikincil) hükümleri şimdikiye kadar sadarete münhasırdı. Oysa padişahın reformu sayesinde devlet idaresinin her şubesi, an be an kanun ve nizam altına alınmaktadır. Dahilî işlerden devletin mühim kamu işlerinin nezareti, çeşitli icrai işlerin müstakil bir vasıtaya tevdi edilmesi maksadıyla Babıalide özel bir idare yani Dahiliye Nezareti kurulmuştur. Gerek bu vasıta ile icra mevkiine konulacak dahilî

maddeler ve gerek sadaret makamının reyinin eklenmesine muhtaç olacak külli umurun esasları hakkında müstakil bir nizam(name) yapıp ilan edilmiştir. Böylece, Şura-yı Devlet'in Dahiliye Nezareti görevlerine ait işlerin görülme merciini Dahiliye Nezaretinin esas nizamı mukabilinde tayin eylemek lazım gelerek Mülkiye ve Maarif Dairelerinin işleri de anılan esas altında bulunduğundan bu iki daire birleştirilmiş ve Dahiliye ve Maarif Dairesi adıyla yeni bir daire oluşturulmuştur. Kısacası, sadarete ait bazı işleri görmek üzere Dahiliye Nezareti kurulmuştur. Bu arada Şura-yı Devlet'in Mülkiye ve Maarif daireleri birleştirilerek Dahiliye ve Maarif suretinde adlandırılmıştır.

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye "kanun" mahkemelerinin en büyüğü olarak kurulmuştu. Bununla kast edilen, şer'îye mahkemeleri yanında kurulmakta olan nizamiye mahkemeleridir. Bu divan, Temyiz ve İstinaf diye iki mahkeme halinde teşkilatlandırılarak teşkilat ve görevleri tespit edilerek nizamname-i dahilîsi hazırlanmıştır. Böylece raporun deyimiyle "hilafet merkezinde tefrik-i ahkâm-ı hukukîyeye teferru eden (hukukî hükümlerin ayrılmasıyla ilgili) ıslahat esasen ikmal olunmuştu". Ancak zabıta dairesi ve ceza meseleleri bakımından yapılması gerekli işler vardı. Bu sebeple, İstanbul'da yeniden mutasarrıflık ve kaymakamlık daireleri tertip ve ceza yargılamasının yürütülmesi ve hüküm verilmesi göreviyle birden ziyade meclis teşkil edilmiştir.

Kanun mahkemelerinin kurulmasından gaye, nizamen görülen davalarda halkın haklarını temin etme meselesi idi. Bunun gereği gibi sonuç vermesi ise, anılan mahkemelerin görev ve yetkilerinin belirlenerek hareket üssü olacak bir umumi nizamnamenin yapılmasına bağlı idi. Vilayetlerde bulunan söz konusu mahkemelerin mertebeleri belirlenip kanun davalarının bölünme şekli ve kararları hakkında bir nizamname taslağı takdim olunmuş ve bunların muhakeme usulüne dair mahsus nizamname de kaleme alınmakta bulunmuştur.

İlgi çekici bir biçimde meşhur *Mecelle*'nin yapılmasında da, kuruluşu daha eskiye giden ancak şimdi Şura-yı Devlete intikal eden bir "cemiyet-i ilmiye"nin²³ olduğu böylece ilk defa ortaya çıkıyor. Bu, Ahmed

²³ Yukarıdaki ikinci nota bkz.

Cevdet Paşa'nın riyasetindeki ünlü Mecelle Cemiyetidir. Raporun bu hususa temas eden bölümünü aynen almayı uygun buldum:

“Şer’i muhakematta gerek hakimlere ve gerek iş sahiplerine kolaylık ve emniyet olmak için ihtilaflardan ârî ve yalnız akvâl-i muhtareyi havi muamelat-ı fıkhiyeye dair sehlülmehaz bir kitabın vücuda getirilmesi zımında bir cemiyet-i ilmiye teşkil olunup bu vasıta ile fikhın muamelat kısmından kesirü'l-vuku ve asra göre bedihiyyü'l-lüzum olan mevadd hakkında sadât-ı Hanefiyeden akvâl-i muteberesi cem edilerek ve yine fukaha-yı Hanefiyeden bazı fuhul-i vâsimenin akvâli dahi nasa erfak ve maslahat-ı asra evfak olmak hasebiyle ihtiyar olunarak müteaddid kitablara taksim ve *Ahkâm-ı Adliye* ismiyle tevsim olunmak üzere tertibine ibtidar edilmiş olan mecellenin mukaddimesiyle kitab-ı evveli bu defa reside-i hitam olmağla ve bu mecelle-i cemile-i asr mehasin-hasr-ı hazret-i mülükanenin âsâr-ı mergube ve hayriyesinden bulunmağla mehaz-ı ahkâm ittihaz kılınmak için tab’ ettirilmekte olan nüshalarının karîben neşri mukarrerdir”²⁴. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyenin* mazbatasıyla bu alıntı mukayese edildiğinde büyük benzerlikler –bilhassa şu kısım tıpkısıdır: “ihtilaflardan ârî ve yalnız akvâl-i muhtareyi havi muamelat-ı fıkhiyeye dair sehlü'l-mehaz bir kitabın”- dikkati çekmekte olup, bu raporun ve belki ötekilerin de yazarının Ahmed Cevdet Paşa olabileceğini ileri sürmemize imkân veriyor.

²⁴ Bkz. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, Dersaadet, 1308, 2 vd. Mecelle mazbatasının benzerliği gösteren küçük bir parçası: “Binaenalâzalik ihtilâfattan ârî ve yalnız akvâl-i muhtareyi havi olmak üzere muamelât-ı fıkha dair sehlü'l-mehaz bir kitap yapılırsa herkes kolaylıkla mütalâa ederek muamelâtını ona tatbik ve böyle mazbut bir kitap olduğu halde naib efendilere azim faydası olacağı gibi mecalis-i nizamiyye azasıyla emr-i idarede bulunan memurun dahi bilmütalâa mesail-i şer’iyyeye intisap ile ledelicap işlerini vüsû’ları mertebe şer’î şerife tevfiik ederler ve hem mehakim-i şer’iyede muteber ve mer’î, hem de mecalis-i nizamiyede hukuk davaları için kanun vaz’ından müstağni olur mütalâasına mebni öyle bir eseri celilin vücude gelmesi hayli vakitten beri arzu olunur bir keyfiyet olup hattâ bunun için Meclis-i Tanzimat dairesinde bir cemiyet-i ilmiyye teşkil edilmiş ve haylice mesail yazılmış iken hayyızî fi’le gelemeyip bu dahi birçok mevadd-ı hayriye gibi mağbût-ı a’sâr olan asr-ı mehasin-hasr-ı hümayuna kalmıştır.”, Osman Ergin, *İstanbul Mektepleri ve İlim, Terbiye ve San’at Müesseseleri –Dolayısıyla- Türkiye Maarif Tarihi*, İstanbul 1977, C. 1-2, s. 266-268. (İmlasında tarafımızdan bazı tadiller edilmiştir.)

Şura-yı Devlet birinci yılda Tabiyet-i Osmaniye Kanunnamesini de (28 Ocak 1869) hazırlamıştır²⁵, o vakte kadar Osmanlı vatandaşlığına giriş ve çıkış düzenlenmiş olmadığından muhaceret ve yabancı pasaportu iddiası sebebiyle birçok çetinlik doğmaktaydı.

Memleketin tabii serveti olan madenler ve ormanların düzeni için kanunlar yapılması, henüz keşfedilmemiş madenlerin bulunarak onlardan yararlanılması, işletilmeleri sadece devletin değil fakat aynı zamanda kamu yararı demek olduğundan, uygar devletlerde olduğu gibi bunlarla ilgili kanun da yakında takdim edilecekti. Madenleri işletmek isteyenler teminat istiyorlardı.

600 öğrencinin alınacağı Mekteb-i Sultani, 500 öğrencilik Mekteb-i Sanayi, yetimlerin eğitimi için Darüşşafaka ve kız çocuklarının eğitimi için İstanbul'da müteaddit mektepler açılması çalışmaları başlatılmıştır. Bu işlerin doğuracağı terakkiyatı (ilerlemeleri) bütün halka yaymak için Maarif Nizamnamesi hazırlanarak Genel Kurulun müzakeresine sunulmuştur.

Eski eserlerin önemi anlaşılmış ve İstanbul'da bir müze (numunehane) kurulması ve eski eserlerin araştırılıp çıkarılması esasları belirlenerek çıkarılan eserlerin Atık Cebhane binasında muhafaza edilmesi uygun görülmüş ve bir de nizamname yapılmıştır.

Saltanatın merkezi, devletin başşehri ve dünyanın en şerefli bir kıymetli noktası olan İstanbul şehri şimdiye dek ihmal edilmişti; şimdi medeniyetin faydalarından olan belediyeçilik işlerinin düzenlenmesi uygar milletler katında zaruri ihtiyaçlar hükmündedir. O halde acil olarak belediyeçilik işlerinin ıslahına bakılmalıdır. Yakında meydana gelmiş yangından sonra, İstanbul'da, yeni büyük caddeler açılmıştır. Şimdi belediye teşkilatına dair bir nizamname yapılmıştır ve belediye teşkilatı kurulması kararlaştırılmıştır.

Emniyet Sandığı kurulmuş ve Ticaret Nezareti bünyesinde bugünkü noterlerin yaptığı işleri yapmak üzere Kara ve Deniz Deavi Kalemleri²⁶

²⁵ Geniş bilgi için bkz. İbrahim Serbestoğlu, "Zorunlu Bir Modernleşme Örneği Olarak Osmanlı Tabiiyet Kanunu", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1682/17943.pdf>, s. 205 (s. 193-214) (E. t. 31.05.2017)

²⁶ İlgili nizamnamelerin metinlerinin bugünkü abecemizle neşri için bkz.: Fethi Gedikli, *Kâtiadllere Mahsus Sakk Osmanlı Dönemi Noterlik İşlem Formülleri*, Türkiye Noterler Birliği, Ankara 2012, Ticaret Deavi Kalemi Nizamnamesidir s. 101-108, Ticaret-i Berriye

oluşturulmuştur. Ticaret mahkemelerine üye ve stajyer (mülazım) yetiştirilmek üzere bir mektep açılarak iki adet nizamnamesi yapılmıştır. İmar umuru hakkında gerek kumpanyalar (ortaklıklar) namına, gerek kurucuları adına ortaya konulmuş olan taahhütler de tedkik olunmakta ve kararları Genel Kurula arz olunmak üzere dairelerin her birinde birçok nizamname müzakere edilmektedir.

Vilayet merkezlerinde her sene toplanan meclis-i umumilerin mülkî imarat ve kamu yararı hakkında düzenleyecekleri raporları Babıaliye gönderilmiş ve oradan Şura-yı Devlete intikal etmiştir. İçlerinden bazı üyelerin katılmasıyla İstanbulda bu raporlar takım takım görüşülmüş ve Şura-yı Devletçe tedkikat ve gerekli müzakereler yapılarak padişah'tan alınan irade gereğince verilen kararlar mensup oldukları vilayetlere gönderilmiştir.

Bu vilayet raporlarının havi oldukları yararlı meselelerin başlıcaları ziraat ve çiftçiliğin iyileştirilmesi ve çoğaltılması için bazı tedbirlerin alınmasına ve yeni memleket hastaneleri ve ıslahanelerin, mekteplerin kurulmasına, bazı liman ve nehirlerin temizlenip kanal açılmasına ve ıslahı gereken mahsullerin terbiyesine ve yeniden yollar ve telgraf hatları inşasına, bazı şehir ve kasabalara sular getirilmesine, menafi-i umumiye sandıkları kurulmasına dair olup bunlardan vilayetlerin yetki dairesinde bulunan şeylerin fiile geçmesine teşebbüs olunmuş ve Şura-yı Devlet'in müzakeresiyle kararlaştırılan meselelerin de icralarına başlanması hakkında gerekli tavsiyeler yazılmıştır.

Alınmakta olan vergilerin devlete yararı az, halka zararı çok olduğundan bahisle verginin adalete uygun olarak alınması, birçok yararsız vergilerin kaldırılarak kadîm gelirlerden sayılan ve tahsili kolay olanların toplanmasına karar verilmiştir.

Birinci yıl raporu şöyle tamamlanmaktadır: Şura-yı Devlet'in asli vazifesi gereğince geçen yılda tadil ve tanzim eylediği, yukarıda sayılmış ve bunlarla ilişkili olmak üzere her dairede müzakere olunmuş işlerin kararları da başkaca icra mevkiine arz edilmiş olduğu ve bütün memur ve kullar,

Deavi Kaleminde Alınacak Rüşumun Tarifesi s. 108-109, Ticaret-i Bahriye Deavi Kalemi Nizamnamesidir s. 109-111. 16 Rebiyülevvel 1285/14 Haziran 1284 (26 Haziran 1868); Düstur, I Tertip, C 1, s. 814-825.

padişahın teveccühüne dayanarak bundan sonra da devlet ve memleketçe konulması önemli görülen nizam(name)lar ve yararlı ıslahatın sırasıyla müzakere ve mütalaa olunarak layihalarının arz ve takdimine cesaret edileceği (...) emr ü ferman hazreti men lehülemrindir. Ön rapordaki birçok hususun bu raporda da tekrarlandığı görülmektedir.

Üçüncü Rapor: Bu rapor üçüncü olmakla birlikte ikinci yıl faaliyetlerini sayıp döken bir rapordur ve Şura-yı Devlet'in kuruluşunun üzerinden tam iki yıl yirmi beş gün geçtikten sonra, yine *Takvim-i Vekayin*in 30 Nisan 1870 (28 Muharrem 1287) Cumartesi günkü sayısında yayınlanmıştır. Şura-yı Devlet'in ikinci yıl raporu okunmadan evvel Babialiyi şereflendiren padişah bir konuşma yapmıştır²⁷. Bu nutk-ı hümayun, *Takvim-i Vekayin*in aynı nüshasında rapordan (mazbatadan) önce yer almıştır. Padişah bu nutkunda “Her yılın başında, geçen yılın olaylarını kısaca toplayıp göz önüne koymanın faydasız olmadığı tecrübeyle sabittir” dedikten sonra; “Bununla daire ve meclisler ve devlet memurları belirli vazifelerin ifasına sarfedilmiş olan mesailerinin derecesi ve Yüce Devlet'in terakki (ilerleme) yolunda kat etmekte olduğu mesafelerin mikdarı bir kat daha malum olur” diye devam etmiştir.

Padişah Abdülaziz, geçen yıl içinde devletin her şubesinde yürütülen reformları (ıslahatları) ve görünen ilerlemeleri Allah'ın ihsanı olarak ve herkesin mesaisinin eseri olarak şükranla karşılamaktadır. Gelişmelerden memnundur. Yabancı devletler katında da bu güzel eserler, ilişkilerin olumlu gelişmesine yardımcı olmuştur; yabancı hükümdar ve prenslerin ülkeyi “vizite”leri iyi şeyler olduğunun kanıtıdır. İçinde bulunduğumuz asır, başka asırlarla kıyaslanamaz; eskiden yüz yılda olan şeyler şimdi beş yılda olmaktadır. Ayrıca gitgide artmaktadır, yarışmada olanları yakalamak ve sonra da o halde devam edebilmek hükümet adamlarının kesintisiz cehtlerine, çabalarına ve daimi mesailerine muhtaçtır. Bundan dolayı geçen yılda da zikredildiği gibi, olagelen

²⁷ Lutfi, bu ziyaretle ilgili şu kaydı düşmüştür: “Beher sene-i cedide hulûlünde vuku bulduğu misillü, o sene (1286) Muharreminde dahi Babialiy'e teşrif-i padişahî şeref-vukuu ile vükelâ ve memurîn-i Babialiy taltif buyruldu.”, Lutfi, *Tarih*, haz. M. Aktepe, Ankara 1989, C IX, s. 47.

ilerlemeler durmaya sebep olmayıp aksine yeni ilerlemeleri teşvik edici olmalıdır. Konuşmada, memleketin bayındırlığı, nüfusun çoğalması ve serveti ve medeniyet binasının tesisi sebeplerinden biri ve belki en önemlisi insanların seyahatler vesilesiyle karışık kaynaşması ve işlemlerin çokluğu ve kolaylığı hususu olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu da adi yollar, demiryolları, nehir ve bazı ticaret merkezi olan sahil şehirlerine limanlar kurmak ve ulaşımı genişletmekle olur. Padişah burada yapılacak demiryollarının “devletçe ve halkça en hayırlı ve yararlı” olanlarının öncelikle yapılmasını istemektedir. Padişahın konuşmasında devletin ve *halkın* yararının aynı seviyede belirtilmesi değişen anlayışa işaret eder gibidir. Bu işleri başaracak ehil ve güvenilir mühendislerin vazifesi geniştir. Ziraatın ve ticaretin geliştirilmesi, servetin yaygınlaştırılması ihtiyaçtır. Bu sebeple, ziraat mektepleri, çift aletleri fabrikaları, örnek çiftlikler, ziraat bankaları yapılması çarelerinin de vakit geçirilmeksizin (bilâ-ifâte-i vakt) bulunması gerekir.

Bu sözleriyle padişah dünyanın gidişini doğru okumuş görünmektedir. Padişahın nutkunu buraya kadar nakletmemizin sebebi, bu işlerin görülmesi için sözü Şura-yı Devlete getirip bağlamasıdır: “İşte şu mevadd-ı mutenâ-bihâyı ve memalik-i Devlet-i Aliyemizde hıref ve sanayiın ve ticaret ve sınaat şirketlerinin ilerletilmesi esbabını taharri ve mütalaa ederek karar müzakeratını havi layihalarını Şura-yı Devlete vermek üzere müteallik oldukları devairin rüesasından vesair erbab-ı vukufundan mürekkeb bir komisyon yapılması tesri ve teshil-i husul-i matlaba medar olacağından şüphe yoktur.” Yani şu önemli maddeleri ve ilgili dairelerin başkanlarından ve öbür uzman kişilerden (erbab-ı vukufundan) oluşan bir komisyon sanat ve sanayiın, ticaretin, sınaat şirketlerinin geliştirilmesi yollarını araştırıp düşünerek görüşlerini Şura-yı Devlete sunacaklardı. Tabii ki Şura-yı Devlet de gerekli mazbataları oluşturup bunu sadarete arz edecekti. Bu, bize padişahın Şura-yı Devletten beklentilerini göstermektedir. Devletin kalkınması, ilerlemesi, Avrupadaki devletler gibi olması için, oradaki gelişmeleri yakalayıp sürdürmesi için yapılacak reformları düşünüp planlayıp ortaya çıkarmak, padişahın Şura-yı Devlete yüklediği bir görev idi!

Üçüncü yıl raporu, yer yer geçen yıla atıflarla yapılanları ortaya koymaktadır. Şöyle özetlenebilir:

Geçen yıl Babıali'yi teşrifinde padişahın verdiği nutuk, bir talimat olarak kabul edilerek mahkemelerin tanzimi, ilim ve maarifin yaygınlaşması, memleketin imar edilmesi hususlarına çalışılmıştır. Önce *Mecellenin* "mukaddime"siyle birlikte ilk dört kitabı tamamlanmış²⁸, nizamiye mahkemelerinin vazifelerine dair özel düzenleme uygulanmaya başlanmış, mahkemelere birer reis-i sani ve kanun işlerini bilen bir memur atanmış, vakıf ve arazi meseleleriyle ilgili başka düzenlemeler yapılmış, Dersaadet Mehakim-i Zabtiyesinin usul kanunu ve daha bazı kanunlar hazırlanmıştır. Kanunları tasnif etmek, yürürlükten kaldırılanları ayıklamak, bunları konularına göre bölüp Osmanlı halkının dillerine tercüme etmek için Şura-yı Devlette bir özel komisyon kurulmuştur.

Askerlik işleri düzenlenmiş, bahriye gemilerle güçlendirilmiş, öğrenciler için örnek gemi hazırlanmış, Mekteb-i Fünun-ı Bahriyenin tüzüğü geliştirilmiştir. Tophane-i Âmirenin yeni silah fabrikaları desteklenmiştir.

"Medeniyetin terakkisine, memleketin servetinin çoğalmasına müstakil vasıta" olan yollar, köprüler ve geçitlere yatırım yapılması çok önemsenmiş, Şark ticareti için Erzurumdan Trabzona yapılan yol, yakında tamamlanıp açılma raddesine gelmiştir. Vilayetlerdeki Meclis-i Umumilerin bir vazifesi de yolların, köprülerin yapılmasını müzakere etmektir. Bunların görüşleri Şura-yı Devlette müzakere edilmektedir.

Bilhassa demiryolları mühimdir, raporun ifadesiyle "...bugünkü günde Avrupaca medeniyet ve servet ve ticareti ilerleten ve beynelmilel ihtilat ve itilafat teshiliyle (milletlerarası görüşüp kaynaşmanın kolaylaşmasıyla) maddi ve manevi fevaid-i azimeyi istilzam ve intaç eden (büyük yararları doğuran) şey demiryolları olup bunlar bulunduğumuz asırda her devlet ve memleket için ihtiyacı tabiiyeden madud olduklarından demiryolu olmayan memleketlerde ne medeniyet ve mamuriyetin ve ne de bunlara muktezi olan efkar ve malumat-ı nafiyanın terakki edemediği umur-ı mücerrebe ve müsellemedendir ve memalik-i

²⁸ Mecelle'nin ilk dört kitabından Büyü' 8 Muharrem 286 (20 Nisan 1869), İcare 6 Zilkade 286 (7 Şubat 1870), Kefalet 18 Muharrem 287 (20 Nisan 1870), Havale 25 Safer 288 (16 Mayıs 1871)'de padişah iradesi alınarak yürürlüğe girmiştir.

Devlet-i Aliyede ahval-i umumiye muvazenesince demiryolların tesis ve teksiri *farz mesabesine* girmiştir.”

Rapor, yollar ve köprüler meselesine üç paragraf ayırarak, buna verdiği önemi vurgulamıştır.

Dersaadet Belediyesinin teşkili, Tünel'in yapılması, Kâğıthane deresinden makine ile su çıkarıp ve yeni bir bend yapıp İstanbul'un su ihtiyacına derman olma, belediye önüne demir bir köprü yapılması, Aydın-Kasaba demiryolundan Pıradi'den Bucak köyüne kadar bir şube inşası, Yanya vilayetinde Loros nehrinde vapur işletilmesi, Kıbrıstaki mahsullere zarar verelmekte olan çekirge meselesinin halli, Selanik şehri limanına bir rıhtım yapılması, ekser vilayette menafi-i umumiye sandıkları²⁹ ve çocukların eğitimine mahsus sanayihaneler (atelyeler) teşkil edilmesi, raporda yer verilen hususlardandır.

Nafia işleri için Nafia Nezaretinde icrai daireler kurulmuştur. Rapor bu noktada, geçen yıl kararlaştırılan imar işlerinin (umur-ı nafia) bir mühimmi de ölçülerin yenilenmesi hakkında yapılan kanundur demekte ve bununla, alış veriş muamelelerinin fesattan korunmasına esas konulduğunu belirtmektedir. İki paragraf tutan bu konuda, bir de Pariste toplanacak özel bir konferansa bir memur gönderildiği ve aşar usulünün yürütülmesi hakkında cetvel ve tarifnameler düzenlenip vilayetlere gönderildiği zikredilmiştir.

Raporun devamında “yukarıda sayılıp dökülen nizamât (yasa düzenlemeleri) ve teşebbüslerden başka idare işlerine ilişkin olmak üzere geçen yıl ilan olunan mühim layihaların birincisi” denilerek orman ve madenler hakkında yapılan işler anlatılmakta ve halkın odun taşıma ve maden çıkarma gibi angaryalardan affedildiği belirtilmektedir. İkinci olarak Nezaret-i Tıbbiye-yi Mülkiyenin ve Umur-ı Sıhhiye-i Mülkiye Meclisinin kurulduğu ve bununla halkın her tarafta hayatının korunması ve tıbbi temizliğinin hakkıyla gerçekleşmesi için tedbirlere itina edilmesi amaçlandığı belirtilmektedir. Üçüncü olarak, zaptiye askerlerinin durumlarının düzenlenmesi, dördüncü olarak vilayetlerde Tefrik-i Tabiyet (Vatandaşlık) Komisyonları ve pasaport idarelerinin düzenlemeleri

²⁹ Bkz. Cengiz Sunay, “Belediyeciliğin Doğuşu Sürecinde Osmanlı Mirası”, 124-125, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/252095> (E.t. 05.06.2017)

yapılmıştır. Ayrıca askeri idare, sair icrai daireler ve bazı şirketlerin özel işleri hakkında birçok düzenlemeler yapılmış, vilayet memurlarının kamu görevlerine ve vakıf belgelerinin ve değişik idarelerin iyileştirilmesine, mülkiye memurlarının emekliliğine, fabrikaların alametifarikasına dair kanun taslakları hazırlanarak mütalaa ve müzakereye konulmuştur.

Rapor sonuna doğru bir kez daha geçen yılki rapora atıfla, “ülkede genel düzenin en üst seviyeye yükseltilmesi bir takım faydalı kanunların öğrenilmesine ve bu da umumi mekteplerin muhtelif dereceleri hakkında düzenlemeler ve yeni reformlar icrasına bağlı olduğundan Maarif-i Umumiye Nezaretinin bu konuda yapması lazım gelen girişimler ve önlemlere dair etraflı bir nizamname yapıp neşr ve ilan” kılındığını belirtmişti.

Birçok ilmi kurumun birdenbire yapılmasının mümkün olmadığı belirtilerek önce Dersaadette bir Darülmualimîn (Erkek Öğretmen Okulu) ve Darülmualimât (Kız Öğretmen Okulu) teşkil olunduğu, Osmanlı diline nakli lazım gelen yeni eserlerin bir taraftan tercüme ettirilerek bunların yararları görüldükçe ahkâm-ı nizamiyenin yavaş yavaş icrasına başlanacağı, ve bu şeylerin yapılmasının maarif işlerinin bir bütün olarak tanzimine dayalı olduğundan, bir Meclis-i Kebir-i Maarif (Büyük Maarif Meclisi) teşkil olunduğu gibi, Darülfünun-ı Osmani (Osmanlı Üniversitesi) namıyla yüksek ilimler için 400'ü aşkın talebeyi alacak İstanbulda yeniden muntazam bir medrese açıldığı, ve mevcut olan Darülmualimîn'in ıslah ile Darülmualimâtta da öğretime başlanıldığı ve evvelce açılmış olan Mekteb-i Sultaninin (Galatasaray Lisesi) birinci yıl imtihanının yapıldığı, yoksul çocukların eğitimi için kurulan Mekteb-i Sanayinin de öğrencileri artırılıp binasının büyütüldüğü, içlerinde kabiliyetli bazı çocukların faydalı sanayi tahsili için Paris'e gönderildiği ve yine çocukların eğitimine mahsus olmak üzere yapılmakta olan Darüşşafakanın yakında tamamlanıp açılacağı beyan edilmiştir.

Rapor, yapılanları saydıktan sonra, padişah hazretlerinin mesut teveccühlerine istinaden bundan sonra da memurların kulluk vazifelerinin ifasına ve memuriyete çok çalışılacağını taahhüt etmektedir.

Bu raporlara bakıldığında Şura-yı Devlet'in bir alt-hükümet görevi yaptığı söylenebilirse de, bunu ondan padişahın ve sadrazamın talep ettiği de hatırlanmalıdır.

Şura-yı Devlet'in ilk iki yıllık "yasama faaliyetleri"ni³⁰ kapsayan üç raporunu böylece tahlil ettikten sonra, kuruluşunun hemen ertesinde bu kurumun öbür görev alanlarında hangi işleri görüşüp karara bağladığına da bakabiliriz. Bu işlerin bir kısmı Dâire-i Kavânînce üstlenilmiştir. Şura-yı Devlet'in bugüne kadar bilinmeyen ilk dairesinin "Daire-i Kavânîn ve Nizamât" olduğu, Başbakanlık Osmanlı Arşivinde yaptığımız araştırmalar neticesinde ortaya çıkmıştır. Gerçekten, Şura-yı Devlet'in Nizamname-i Esasîsinin öngördüğü dairelere ayrılmadan önce, Daire-i Kavânîn veya Daire-i Kavânîn (ve Nizamât) adlı bir dairesinin olduğu tespit edilebiliyor³¹.

Aşağıda bu daireye ait sunduğumuz üç karar, daha önce A. Akgündüz'ce ilk karar olarak sunulandan dört gün daha önceye gitmektedir. Hocamız Akgündüz, bir tebliğinde³² Şura-yı Devlet'in ilk kararı konusunda "... 26 Zilkade 1284 yani 22 Mart 1868'de verilmiş Danıştayın ilk kararı da elimizde bulunmaktadır. (...) mahkeme de 26 Zilkade 1284 yani 22 Mart 1868 tarihinde toplanarak kararlar almaya başlamıştır. (...) Danıştayın [Şura-yı Devlet'in] ilk aldığı kararlardan birisi Eyüp semtinde yağmur ve sel sularının taşıdığı molozların mahalleyi kirletmesi üzerine burada çevre temizliğinin sağlanması ile alakalı Ticaret ve Nafia Bakanlığını ilgilendiren

³⁰ O. Karahanoğulları 'age., s. 174) bu hususta "Şura-yı Devlet'in hukuki kuruluşu ile fiili ağırlığı arasında ikincisi lehine bir dengesizlik bulunmaktadır. Özellikle, uygulamada, Şura-yı Devlet'in yasaları ve nizamnameleri inceleme konusundaki rolü ona, öngörülenden daha fazla bir ağırlık sağlamıştır." değerlendirmesinde bulunmuştur.

³¹ 5 Mart 1868 günü kuruluşundan itibaren Şura-yı Devlet Nizamname-i Esasîsinin çıktığı 8 Zilhicce 1284 / 1 Nisan 1868'e kadar verilen kararlarda "Daire-i Kavânîn ve Nizamât" (Kavânîn ve Nizamnameler Dairesi) dikkati çekmektedir. Nitekim 1285 *Salnamesinde* Şura-yı Devlet'te Kavânîn Dairesi başkatibi İzzeddin Bey ve muavini Refet Efendi görülmektedir. Yine bu kaynakta Muhakemat Dairesi başkatibi Vasıf Bey ve muavini Rüşdi Bey vardır. *Kavânîn* kanun, *nizamât* nizam(name) kelimesinin çoğul biçimi olup kurumun yasa (yasa taslağı) hazırlama işlevine vurgu yapmaktadır. Demek ki, 8 Zilhicce 1284 Nizamnamesi çıkana kadar Daire-i Kavânîn ve Nizamâtın yanısıra, değişik adlar altında görev yapan belki başka daireler de vardı.

³² Ahmet Akgündüz, "Arşiv Belgeleri Işığında Şura-yı Devlet'ten Danıştay'a İdari Yargı Teşkilatı", *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, 10-14 Mayıs 1993 Ankara, s. 127. O. Karahanoğulları da bunu ilk karar olarak almış ve yorumlamıştır: *Türkiyede İdari Yargı Tarihi*, s. 181 ve oradaki n. 458.) Keza Abdülmecit Mutaf, "Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şura-yı Devlet (1868-1922)/(1284-1341)", *Dokuz Eylül Ü SBE*, 1997, 93 s., 18, n. 54 ve Belkıs Konan, age., s. 96.

bir karardır. (...) Şura-yı Devlet'in ilk kararını tasdik eden İrade-i Seniyye Gurre-i Zilhicce 1284 / 6 Nisan 1868 tarihini taşımaktadır. Aynı tarihte tasdik olunan başka Şura-yı Devlet kararları da vardır. Ancak en eskisi budur." yargısını vermiştir.

Belirtelim ki, bu ifadeler çelişkilidir, zira önce "ilk aldığı kararlardan birisi" derken, biraz aşağıda "Şura-yı Devlet'in ilk kararını tasdik eden" ve "Aynı tarihte tasdik olunan başka Şura-yı Devlet kararları da vardır. Ancak en eskisi budur." denilmektedir. Bu ifade, Şura-yı Devlet'in ilk tasdik edilen kararı diye anlaşılabilir ise de bunun için bir delil sunulmamıştır. Öte yandan, Rumi tarihe göre yapılan tarih dönüştürme 21 Mart 1868'e denk gelir. Ayrıca "mahkeme de 26 Zilkade 1284 yani 22 Mart 1868 tarihinde toplanarak" ifadesi de, daha önce Şura-yı Devlet'in toplanmadığını ima etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu tarihten önce verilen kararlarla karşılaştık. Örneğin, aşağıda aktaracağımız birbiri ardından verilen üç karardan ikisi 17 Mart 1868 (22 Zilkade 284 / 5 Mart 284) ve biri de 19 Mart 1868 (24 Zilkade sene 284 / 7 Mart sene 284) tarihlidir ki, ikisi "ilk" denilen karardan dört gün, biri de iki gün öncedir. Daha evvel de başka kararlar çıkmış olabilir, çünkü gördüğümüz kararların başında Şura-yı Devlet 86, 87, 88 numaraları vardır, bu rakam, o ana kadar verilmiş karar sayısını gösteriyorsa, daha önceden 85 karar daha çıkmış olmalıdır. Öbür yandan, aynı tarihlerde verilen 1227, 1231, 1238, 1240, 1252 sayılı kararlar vardır.

Ayrıca "Daire-i Kavânîn (ve Nizamât) Kararları"ndan başka, bu ilk günlerde, 21 Mart 1868 (26 Zilkade 1284 / 9 Mart 1284) verilen – Akgündüz'ün ilk karar olarak nitelediği ile birlikte- diğer beş karar ise herhangi bir daireye atıf yapmadan Şura-yı Devletten çıkmıştır. Hem Daire-i Kavânîn (ve Nizamât) kararlarını, hem de herhangi bir daire adı belirtilmeden Şura-yı Devletten çıkan az önce numaraları zikredilen bu kararları "Şura-yı Devlet'in Nizamname-i Esasîsi-öncesi Kararları" diye niteliyorum. Bu kararların tümünün altına kararın görüşmelerine katılan kimselerin mühürleri vurulmuştur; başta elbette kurumun ilk başkanı Midhat Paşa'nın "Midhat" adının kazındığı mührü vardır. Şimdi bu kararların hangi konulara ilgili olduklarına dokunmadan evvel, kuruluş İradesinin çıkışının (5 Mart 1868) üzerinden sadece 12 gün geçmiş bir kurum, nasıl bu kararları alabildi? sorusu akla gelmektedir. Kaldı ki, bu

tarihten önce de kararlarının olması gayet muhtemeldir. Bu sorunun yanıtı, Meclis-i Vâlânın ilgili dairesinin “bazı dosya, üye ve mensupları’yla birlikte Şura-yı Devlete intikal etmiş olabileceğinde bulunabilir³³. Gerçekten de Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyenin bu bölünmeden evvel 4 Rebiyülevvel 1278 (1861) tarihli nizamnamesine göre üç dairesinden biri Kavânîn ve Nizamât Dairesi idi. Öbür ikisi ise Mülkiye Dairesi ile Muhakemat Dairesi idi³⁴.

Daire-i Kavânîn (ve Nizamât) Kararları: Bu kararlar Osmanlı Devletinin Rumeli telgraf merkezlerinden İngiltere’ye gönderilen telgraf yazıları fiyatının Paris Sözleşmesi hükümlerine göre indirilmesi gereğine; Rumeli Kumpanyası namıyla Varna kasabasında bir anonim ticaret şirketi kurulmak istendiğine ve bunun idare şekline, ve Trabzon Tahrir-i Emlak Komisyonu Başkatibi Nuri Efendi’nin deniz yoluyla Giresun’a gidiş dönüşünde ödenecek vapur navlununa ve bu konudaki düzenlemeye dairdir. Bunlardan birinin anonim şirkete ilişkin olduğu dikkati çekmektedir; demek ki bir özel hukuk konusu olan şirket ve anonim şirket meselesi de Şura-yı Devlet’in görev alanı içinde görülmüştür. Sözünü ettiğimiz kararların tümünü ekte özetleriyle beraber sunacağımızdan burada ayrıca atıf bilgilerini vermeye gerek görmedik.

Şura-yı Devlet’in Nizamname-i Esasîsi öncesinde herhangi bir daire adı belirtilmeden verdiği kararlar ise Sinop hapishanesinde bulunan suçluların çoğalmasa sebebiyle mevcut olan 10 gardiyanın koruma

³³ Aynı yolda Mutaf şöyle yazmıştır: “Şura-yı Devlet, mahiyeti tam olarak bilinmeyen 5 Mart 1868 tarih ve 39859 nolu Dahiliye iradesiyle kurulmuş ve görevleri ana hatlarıyla belirlenerek reisi tayin edilmiştir. Söz konusu iradeyle aynı zamanda Meclis-i Vâlâ da lağvedilmiş olduğundan, buranın üyelerinin bir kısmı ile Şura-yı Devlet çalışmaya başlamıştır. Bu toplantılar neticesinde, 20 Mart 1868/26 Za 1284 tarihinde yani kuruluşun 15 gün sonra da ilk kararını almıştır. 1 Nisan 1868 / 8 Z 1284 tarihinde meclisin işleyiş esaslarını belirleyen “Nizamname-i Esasî”si onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sırada dışarıdan üye atamaları da devam etmiş ve özel bir çalışma yeri de tahsis edilip tefriş edildikten sonra 10 Mayıs 1868’de padişahın da katıldığı bir törenle resmi açılış yapılmıştır.”, Mutaf, tez, 18, n. 54. Cemiyet-i İlmiye / Mecelle Cemiyeti de Mevlis-i Vâlâdan Şura-yı Devlete intikal eden yapılar arasındadır. Bkz. Yukarıda n. 24.

³⁴ Güven Dinçer, “Danıştayın İnceleme Kararları”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay* (Ankara 1968), s. 740.

hizmetine yeterli olmadığından bir çavuş ile dört gardiyanın daha alınmasına dair; Beyrut gümrüğü önündeki rıhtımın bir kısmı çöktüğünden, gümrük binasının da duvarı birkaç yerden çatladığından 50.680 kuruşa onarılmasının uygun bulunduğu dair; şiddetli yağmur sonrası Eyüp sokaklarında ve bazı mahalle aralarında biriken kum ve molozun tahliyesiyle, gelip geçenlerin güçlükten kurtarılması için gerekli paranın Hazinece karşılanmasının tabii işlerden olduğuna dair; Selanik dahilindeki Aziziye köyündeki göçmenler için açılmış olan mektep hocalığına 200 kuruş maaşla Radoveşli Hüseyin Efendi'nin tayinine dair; Vidin hapishanesinin bazı iç işlerinin görülmesinde görevli bulunan gardiyan maaşının yeterli olmaması yüzünden, çalıştırılacak ehliyetli adam bulunamadığı, bu sebeple, mevcut 250 kuruş maaşının 750 kuruşa çıkarılmasının talep edilmesinin hizmet gereklerine uygun görüldüğüne dairdir.

Belirtelim ki, 8 Zilhicce 1284/ 1 Nisan 1868 tarihli bir giriş ve 14 maddeden ibaret olan Şura-yı Devlet Nizamname-i Esasisinin³⁵ 3. maddesine göre Şura-yı Devlet; Umur-ı Mülkiye ve Zabıta Dairesi, Maliye ve Evkaf Dairesi, Adliye Dairesi, Nafia ve Ticaret ve Ziraat Dairesi, ve Maarif Dairesi isimleriyle beş daire halinde düzenlenmiştir³⁶. Görüldüğü gibi, bu dairelerin içinde Daire-i Kavânîn (ve Nizamât) yer almamaktadır.

Netice

Yukarıda genişçe özetlediğimiz, kuruluşu ardından Şura-yı Devlet'in yayınladığı üç rapor ve 21 Mart 1868 gününe kadar verdiği sekiz karar, kurumun inceleme ve danışma işlevinin ne kadar geniş ve muhtelif konuları kapsadığını göstermesi bakımından bize yeterli bir fikir verecek niteliktedir. “Osmanlı Şura-yı Devletinin varlık nedeni olarak Tanzimat reformlarında, danışma ihtiyacının yasama benzeri yetkiler kullanan ve yarı temsilî (ulemâ, kalemiye, müslim, gayrimüslim üyeler) nitelik taşıyan bir meclis tarafından karşılanması gereği³⁷” hissedilmiştir. Şura-yı Devlet

³⁵ Bu nizamnamenin son maddesinde Şura-yı Devlet'in bu ilk nizamnamesi “Nizamname-i Esasi” diye nitelendirilmiştir. Bkz. *Düstur*, I. Tertip, I, s. 706. Keza daha sonra yapılan Nizamname-i Dahilî de mukaddimesinde bu ilk nizamname için aynı ifadeyi kullanır. Aynı yerde, s. 707.

³⁶ *Düstur*, I. T, I, 703-706.

³⁷ O. Karahanoğulları, age., s. 106.

mazbatalarının hangi konuda olurlarsa olsunlar sadarete ve sadaret vasıtasıyla padişaha arz ve takdimi de danışma niteliğinin bir sonucudur. Şura-yı Devlet “devlete ilişkin hukuki, idari, mali, ticari konularda danışma merkezi olarak örgütlenmiştir”.³⁸ Padişaha, hükümete ve mahalli idarelere danışmanlık yapmıştır.

İnceleme ve danışma işlevi, çok geniş bir alana yayılmıştır. Örnek olarak mülkî yerleşim birimlerinin birbirine bağlanması veya ayrılması, bağımsız bir hale getirilmesi, bir yere muhacirler yerleştirilirken Şura-yı Devlet'in görüşünün alınması “geniş alan” hakkında fikir verecek niteliktedir. Hatta yer adlarının değiştirilmesi de Şura-yı Devlet'in denetimine tabidir. Mesela, Arap alfabesindeki harflerinin el yazısında birbirine karıştırılması sebebiyle yazışmalarda yanlış anlamalara yol açan *İzmir* ve *İzmid* arasındaki karışıklığın giderilmesi için Şura-yı Devlet kararı ile *İzmid*, *İzmit* şeklinde yazılmaya başlanmıştır³⁹. Yine bazı kimselerin mecburi ikamete tabi tutuldukları yerlerden ayrılabilmeleri için Şura-yı Devlet'in olumlu görüşünün de alınması icap ediyordu⁴⁰.

Şura-yı Devlet, kanun hazırlama işleviyle padişahın kanun koyma yetkisine istişarî nitelikte de olsa pek geniş surette ortak olmuş ve dönemin koşullarında kendisine yüklenen vazife ve işlevlerden de anlaşıldığı üzere, neredeyse KAMU YARARI'nı belirleyen en önemli ve icrai tek mekanizma olarak kabul edilmiş görünmektedir.

³⁸ Belkis Konan, *age.*, s. 94.

³⁹ DH. EUM. THR 39/58 24 C 1318 (19 Ekim 1900).

40 A. MKT. MHM. 448/13 24 Z 1289 (22 Şubat 1873) Mühimme. “Diyarbakır ve Erzurum vilayet-i celilelerine, Çarsacak ümerâsından olup Diyarbakır'da ikamete memur olan İshak Bey'in ba'd-ezin umur-ı devlete kat'a müdahale etmemek üzere mahallince kefalet-i kaviyeye rabtıyla afv u itlakı hususuna mirmiran tarafından vuku bulan istida ve ifade ve Erzurum vilayet-i celilesiyle cereyan eden muhabere üzerine Şura-yı Devlet kararıyla bil-istizan irade-i seniye-i cenab-ı padişahî müteallik buyurulmuş ve mumaileyhin tahliye-i sebili Diyarbakır vilayetine bildirilmiş olmakla vusulünde ber mantuk-ı irade-i seniye muamele-i lazimenin ifasına himmet buyurulması siyakında şukka.”

Ekler:

Daire-i Kavânîn (ve Nizamât) Kararlarından Örnekler

1. Şura-yı Devlet Daire-i Kavânîn ve Nizamât

İ. ŞD 1 / 17

86

Osmanlı Devletinin Rumeli telgraf merkezlerinden İngiltere'ye gönderilen telgraf yazıları fiyatının Paris Sözleşmesi hükümlerine göre indirilmesi gereğine dair telgraf idaresinin mazbatasıyla Felemenk sefaretinin takririnin tercümelere Şura-yı Devlete havale olunmuş ve mesele Daire-i Kavânîn ve Nizamâtta okunmuştur.

İngiltere'den Osmanlı memleketine ve bütün Avrupa devletlerine çekilen telgraflar Paris Sözleşmesine göre fiyatlandırıldığından ucuz olmakta, oysa Osmanlı Devleti Brüksel Sözleşmesine göre telgraf alıp göndermekte, bunun ise devletler arasında telgraf alış verişinde güçlükler doğurabileceği, fiyatının düşmesi halinde sürümün artarak telgraf idaresinin gelirinin artabileceği ve ticarete faydalarının görülebileceği gerekçesiyle Paris Sözleşmesinin Osmanlı Devletinin Rumeli merkezlerinden İngiltere'ye çekilen telgraflarda da uygulanmasının kabulü ve tarifinin ona göre tashihi hususunun Telgraf Nezaretine havalesi ve İngiltere devleti sefaretine de bildirilmesinin uygun bulunduğu dair.

Devlet-i Aliye'nin Rumeli telgraf merkezlerinden İngiltere'ye nakl olunmakta olan muharrerât fiyatının Paris Mukavelenamesi ahkâmına tevfiğe tenzil olunması lüzumuna dair Telgraf İdaresinin bir mazbata tahrirâtıyla Felemenk sefaretinin takriri tercümelere Şura-yı Devlete havale buyurulmağla **Daire-i Kavânîn ve Nizamâtta** kiraat olundu.

Hülâsa-i iş'ârından müstefâd olduğu üzere İngiltere'den Memalik-i Mahruse-i Şahane'ye gönderilen ve İngiltere ile bilcümle Avrupa Telgrafi İdarelerinin beyninde teati olunan muharrerât-ı telgrafiye hakkında mukavele-i mezkure ahkâmı cari olduğu halde müstesna olarak el'ân Devlet-i Aliye Telgraf İdaresi muharrerât-ı mezkureden Brüksel Mukavelesi ahkâmı mucibince ücret ahz ve istifâ etmekte olup bu ise devletler beyninde telgraf muhasebâtının tanzim ve rüyetinde pek büyük müşkilâtı intac etmesi melhuz olduğuna ve fiyatının tenzili halinde tahrirâtının adedi

tekessür ederek telgraf varidâtının hayliden hayli tezayüdünü ve ticaretçe dahi fevâid-i adîdeyi müstelzim olacağına binaen Paris Mukavenamesi ahkâmının Rumeli merkezlerinden İngiltere'ye keşide olunan muharrerât hakkında dahi kabul ve icrasıyla tarifenin ona göre tashihi hususunun Telgraf Nezaretine havalesi ve devlet-i müşarünileyhâ sefaretine dahi beyan-ı keyfiyet olunması bittensib evrak-ı mezkure leffen takdim kılınmağın ifa-yı muktezası babında emr ü ferman hazreti men lehulemrindir fi 22 Zilkade sene 284 ve fi 5 Mart sene 284 (17 Mart 1868).

Midhat, Es-Seyyid Mehmed Nuri, Ahmed Vesim, Ali Rıza, Es-Seyyid Ahmed Kemal, İbrahim, Es-Seyyid Mehmed Besim, Mehmed Rauf, Mihran Düz, Aleko.

2. Şura-yı Devlet Daire-i Kavânîn

İ. ŞD 1 / 11

Şura-yı Devlet 87

Tuna Vilayeti İdare Meclisinin Şura-yı Devlete havale buyurulup Daire-i Kavânînde görüşülen mazbatasıyla eklerinden, bazı tüccarca Rumeli Kumpanyası namıyla Varna kasabasında bir anonim ticaret şirketi kurulmak istendiği, bunun idare şekline dair düzenlenip gönderilen sözleşmesinin gerekli yerleri tashih edilip sunulduğu, bu tür şirketlerin çoğalması memleketi zenginleştirecek yararlı işlerden olup şirketin idaresiyle görevli olacakların hal ve iktidar dereceleri Varna Ticaret Meclisince soruşturulmuş ise de bu yolda şirket tesisi henüz ihdas olunacak şeylerden olmasıyla etraflıca incelenmesi gerekli olduğu gerekçesiyle Şura-yı Devlete yollandığı, Şura-yı Devletçe de Ticaret Nezaretiyle görüşülerek gelen cevap, Divan-ı İstinaf'ın ekli müzekkeresi içeriği ile birlikte değerlendirilerek şirketin kuruluş sözleşmesinde yazılı şartların yolunda ve usul ve emsaline uygun bulunduğundan anılan şirketin teşkili için padişah fermanı çıkarılarak adı geçen vilayet valiliğine gönderilmesi, kuruluş sözleşmesinin son hali öbür evrakıyla birlikte ekte sadarete arz edildiğine ve fermanın padişahta olduğuna dair.

Tuna Vilayeti İdare Meclisinin Şura-yı Devlete havale buyurulup **Daire-i Kavânînde** kiraat ve mütalaa kılınan mazbatasıyla melfufâtı mealinde Rumeli Kumpanyası namıyla Varna kasabasında bir anonim ticaret şirketi teşkili bazı tüccar tarafından tasavvur olunarak

bunun suret-i idaresine dair tanzim ve ita kılınan layihasının icab eden mahalleri bittashih takdim kılındığından ve bu makule ticaret cemiyetlerinin taaddüd ve tekessürü servet-i memleketin tevessüünü müstelzim umur-ı nafiadan olup şirket-i mezkure idaresine memur olacakların hal ve derece-i iktidarları dahi Varna Ticaret Meclisi tarafından tahkik ve tasdik olunmuş ise de bu yolda kumpanya tesisi henüz ihdas olunacak şeylerden olmasıyla her tarafının layığıyla tedkiki lazımeden bulunduğundan bahisle istizan kılınmış ve Ticaret Nezaret-i celilesiyle ledelmuhabere varid olan cevab ile Divan-ı İstinafın melfuf müzekkeresi müeddalarından anlaşıldığı üzere mezkur layihada muharrer şerayit yolunda ve usul ve emsaline muvafık bulunmuş idüğünden şirket-i mezkurenin teşkili zımında bir kıt'a ferman-ı âlînin bilisdar vilayet-i mezkure valiliğine irsali tensib ve layiha-yı mezkurenin tebyiz ettirilen nüshası evrak-ı müteferria ile beraber leffen takdim olunmağın irade-i aliyye-i âsafânelerine tevafuk eylediği halde ifa-yı muktezası babında emr ü ferman hazreti men lehulemrindir. Fi 22 Zilkade 284 ve fi 5 Mart sene 284 (17 Mart 1868).

Midhat, Es-Seyyid Mehmed Nuri, Ahmed Vesim, Ali Rıza, Es-Seyyid Ahmed Kemal, İbrahim, Es-Seyyid Mehmed Besim, Mehmed Rauf, Mihran Düz, Aleko.

3. Şura-yı Devlet Daire-i Kavânîn

İ. ŞD. 1 /1

Şura-yı Devlet

88

Divan-ı Muhasebattan tanzim ve Maliye Nezaretinden ek yapılp Şura-yı Devlete havale buyurulan bir kıt'a mazbata Daire-i Kavâninde görüşüldü. Sorun, Trabzon Tahrir-i Emlak Komisyonu Başkatibi Nuri Efendi'nin deniz yoluyla Giresun'a gidiş dönüşünde oraca kabul edilen usule uygun olarak vapur navlunu ödenmesi teklifini kabul etmek istememesinden doğmuştur. Bu konuda bir düzenleme bulunamadığından gerek Nuri Efendi ve gerek deniz yoluyla görevle seyahat edecek başka memurlar hakkında nasıl işlem yapılacağı mahallinden yazılı olarak sorulmuş ve zaptiyeden maada gerektiğinde

kara yoluyla gönderilecek muvazzaf ve gayrimuvazzaf memurların harcırahları miktarı belli ise de deniz yoluyla gönderilecek mülkiye memurları için vapur navlunu ödenmesi hakkında bir düzenleme olmadığı, fakat ümerâ ve zâbitân-ı askeriye ve yâver-i harblerden mühim ve acele işler ile deniz yoluyla gönderileceklerin navlun ve harcırahlarının kurala bağlanmış olduğu gibi vilayet valilerinin kara ve deniz yoluyla yaptıkları sefer giderlerinin maaşlarıyla beraber ödendiğinden, bunlar müstesna olmak üzere bundan böyle deniz yoluyla bir yere yollanacak memurlardan mutasarrıf ve defterdarlara yalnız zatları için birinci mevki olarak kış kamara navlunuyla ikişer kişi adamlarına güverte navlunu ve kaymakam ve muhasebeciler ile mümeyyiz ve başkatip gibi kalem zâbitlerine ikinci mevki itibariyle baş kamara navlunu ve bir kişi uşaklarına güverte navlunu ve bunlardan başka maiyet memurlarına yalnız güverte navlunu ödenmesi ve muvazzaf olmadığı halde eski düzen uyarınca yevmiye de verilmesi hususunun usul olarak benimsenmesi istendiği, gereği görüşülerek gerçekten özel memurlar ile deniz yoluyla göreve gidecek mülkiye memurları için vapur navlunu ödenmesi hakkında bir kural konulmasının gerektiği fakat rütbeli büyük ve küçük bütün memurların vakar ve haysiyetlerini korumak şân-ı âlî icabından bulunduğu için, bunların yalnız zatları için kış kamara navlunu ödenmesi halinde masrafça az bir şey fark edeceğinden, bundan sonra deniz yoluyla bir yere gönderilecek mülkiye memurlarının rütbeli olanlarına birinci mevki itibariyle kış kamara ve rütbe ve memuriyetlerine göre birer veya ikişer kişi adamlarına da güverte ve rütbesiz memurlara yalnız baş kamara navlunları ödenmesi ve muvazzaf olmayanlarına usulü üzere yevmiye de verilmesi uygun görülerek mazbatasını ekte takdim kılındı. Sadaretçe de uygun buyurulursa gereğinin Maliye Nezaretine emredilmesine dair.

Divan-ı Muhasebattan tanzim ve Maliye Nezaret-i celilesi canibinden tezyil ve takdim kılınıp Şura-yı Devlete havale buyurulan bir kit'a mazbata **Daire-i Kavânînde** ledelmütalaa hulasa-i mealinde Trabzon Tahrir-i Emlak Komisyonu Başkatibi Nuri Efendi'nin bu kere bahren Giresun'a azimet ve avdetinde oraca müttehez olan usule tevfikân vapur navlı itası teklif olunmuş ise de kabulünde tereddüt edildiğinden ve bu babda nizam kaydı bulunamadığından gerek efendi-i mumailiyh ve gerek

bahren azimet eyleyecek memurîn-i saire hakkında ne vechile muamele olunmak lazım geleceği mahallinden bâ-tahrirat istifsar kılınmış ve zaptiyeden maada ledelicab berren bazı mahallere gönderilecek muvazzaf ve gayrimuvazzaf memurların harcırahları mikdarı muayyen ise de bahren azimet edecek memurîn-i mülkiye için vapur navlı itası hakkında bir güna nizam olmayıp fakat ümerâ ve zâbitân-ı askeriye ve yâver-i harblerden umur-ı mühimme ve müstacele ile bahren izam kılınacakların navl ve harcırahları nizam tahtında olduğu gibi vilayet valilerinin berren ve bahren vuku bulacak masarif-i devriyeleri maaş-ı muhassasları ile beraber tesviye ve ita olunmakta idüğünden bunlar müstesna olmak üzere ba'demâ icabı takdirinde bahren bir mahalle izam kılınacak memurînden mutasarrıf ve defterdarlara yalnız zatlariyçün birinci mevki olarak kış kamara navlıyla ikişer nefer adamlarına güverte navlı ve kaymakam ve muhasebeciler ile mümeyyiz ve başkatip gibi zâbitân-ı aklâma ikinci mevki itibariyle baş kamara navlı ve bir nefer uşaklarına güverte navlı ve bunlardan başka maiyet memurlarına yalnız güverte navlı itası ve muvazzaf olmadığı halde nizam-ı kadîmi vechile yevmiye dahi verilmesi hususunun usul ittihazı istizan olunmuş olmasıyla iktizası ledelmüzakere vakîâ memurîn-i mahsusa ile bahren azimet edecek memurîn-i mülkiye için vapur navlı itası hakkında bir kaide vaz'ı iktiza-i halden olup fakat ashâb-ı rütebden bulunan büyük ve küçük bilcümle memurînin vikaye-yi vak' ve haysiyetleri şân-ı âlî icabından bulunduğu misillü bunların yalnız zatlariyçün kış kamara navlı itası halinde masrafça az bir şey fark edeceğine binaen ba'de-ezîn bahren bir mahalle izam kılınacak memurîn-i mülkiyenin alelumum zî-rütbe olanlarına birinci mevki itibariyle kış kamara ve rütbe ve memuriyetlerine göre birer veya ikişer nefer adamlarına dahi güverte ve rütbesiz memurlara yalnız baş kamara navlı itası ve muvazzaf olmayanlarına usul-i vechile yevmiye dahi verilmesi bittensib mazbata-ı mezkure leffen takdim kılınmağın nezd-i âlî-i cenab-ı vekalet-penahîde rehîn-i tasvib buyurulduğu halde icra-i iktizasının nezaret-i müşarunileyhâya emr ü iş'âr buyurulması babında emr ü ferman hazreti men lehulemrindir fi 24 Zilkade sene 284 ve fi 7 Mart sene 284 (19 Mart 1868).

Midhat, Es-Seyyid Mehmed Nuri, Ahmed Vesim, Es-Seyyid Ali Riza, Es-Seyyid Ahmet Kemal, İbrahim, Es-Seyyid Mehmed Besim, Mehmed Rauf, Mihran Düz, Aleko.

1. Şura-yı Devlet'in Nizamname-i Esasîsi-öncesi Daire Adı Olmayan Kararlarından Örnekler

İ. ŞD. 1/10 – 2

1227

Sinop hapisanesinde bulunan suçluların çoğalması sebebiyle mevcut olan 10 gardiyan koruma hizmetine yeterli olmadığından bir çavuş ile dört gardiyanın daha alınmasına dair Kastamonu valiliğinden gelen ve Şura-yı Devlete havale edilen mazbata üzerine Maliye Nezaretiyle görüşülerek Hazinece bunlar için kayıt bulunmamasına rağmen, Sinop hapisanesinin cinayet işleyenlerin hapis merkezi olması sebebiyle bu isteğin uygun bulunduğu mahalline yazılması ve Hazinece gereğinin yapılması hususunun Maliye Nezaretine havalesine dair.

Sinop mahbesinde bulunan mücrimînin tekessür etmesi cihetiyle mevcut olan on nefer gardiyan muhafaza hizmetine kafi olmadığından bir nefer çavuş ile dört nefer gardiyanın daha lüzum-ı istihdamı ifadesine dair Kastamonu vilayeti valiliğinin varid olup Şura-yı Devlete havale buyurulan tahrirâtıyla beraber olan mazbata üzerine Maliye Nezaret-i celilesiyle cereyan eden muhabere cevabında mezkur gardiyanlar maaşına dair Hazinece bir güne kayıd yoğise ise de bu maaşların hapisane masarifi meyanında olarak tesviye kılınmakta olması melhuz bulunmuş idüğinden gerek şimdiye kadar mahallince müstahdem olan on nefer ve gerek bu kere lüzumu gösterilen bir çavuş ile dört nefer gardiyanın tasdik-i istihdamları ve icap eden maaşlarının tahsisi reye ta'lik edilmiş olup malum-ı âli-yi vekalet-penahîleri buyurulduğu vechile Sinop mahbesi sair bazı emsali gibi ashab-ı cinayâtın hapis merkezi olmak cihetiyle tabii mahbusînin kesretinden dolayı muhafazası mühim ve mutenâ olduğundan ve revîş-i iş'âra nazaran mevcut zabtiye neferâtının muhafaza-yı mahbese kafi olmadığı anlaşıldığından ol mikdar gardiyan ve çavuşun istihdamları lazım olmağın ber mucib-i inha icra-yı icabı zımında mahalline cevapname-yi samileri tastiri ve Hazinece ifa-yı muktezasının nezaret-i müşarünileyhâya havalesi tezekkür kılındı ise de ol babda emr ü ferman hazreti men lehulemrindir. Fi 26 Zilkade sene 284 ve fi 9 Mart sene 284 (21 Mart 1868).

Midhat, Es-Seyyid Mahmud Edhem, Mahmud Celaledin, Sami Paşa (Bulunamadı), Mustafa Süreyya, İzzet Efendi (Bulunamadı), Es-Seyyid Mehmed Necib, Abdüllatif Subhi, Mehmed Arif, Ali Paşa (Bulunamadı), Vahid Efendi (Bulunamadı), Es-Seyyid Mustafa, Yanko Musurus, Rıza.

2. Şura-yı Devlet'in Nizamname-i Esasîsi-öncesi Daire Adı Olmayan Kararlarından Örnekler

İ. ŞD 1 / 15

1231

Rüsumat Emanetinin Şura-yı Devlete havale edilen yazısı ve eklerine göre Beyrut gümrüğü önündeki rıhtımının batı yanı fırtınadan çökerek, gümrük binasının da duvarı birkaç yerden çatlayarak tehlikeli hal aldığı ve 50.680 kuruşa onarılabileceği keşif sonucu ortaya çıktığından yapılmasına izin verilmesi istendiği, gecikmenin harap yerlerin tamamıyla yıkılmasına yol açacağı ve keşif bedelinin de uygun olması sebebiyle onarımının uygun bulunarak Rüsumat Emanetine havalesine dair.

Rüsumat Emanet-i celilesinin Şura-yı Devlete havale buyurulan takriiriyle melfufatı meallerinden müsteban olduğu üzere Beyrut Gümrüğü önünde (*bir kelime okunamadı*) Rıhtımının garb tarafı fırtınadan fena halde bozularak çökmüş ve gümrük binasının duvarı dahi birkaç yerinden çatlayıp muhtaralı bir halde bulunmuş olmağla icra ettirilen keşfi mucibince elli bin altı yüz seksen kuruş masrafla icra-yı tamirleri istizan olunmuştur. Reviş-i iş'âra nazaran tamirat-ı mebhusenin tehiri harap olan mahallerin bütün bütün münhedim olmasını ve ol halde ziyade masraf ihtiyar edilmesini müstelzim olacağından ve masarif-i mezkure dahi hadd-i itidalde görüldüğünden zikr olunan rıhtım duvarının ol mikdar masrafla tamiri hususunun emanet-i müşarünileyhâya havalesi tezekkür kılındı ise de ol babda emr ü ferman hazreti men lehulemrindir fi 26 Zilkade sene 284 ve fi 9 Mart sene 284 (21 Mart 1868).

Midhat, Es-Seyyid Mahmud Edhem, Mahmud Celaledin, Sami Paşa (Bulunamadı), Mustafa Süreyya, İzzet Efendi (Bulunamadı), Es-Seyyid Mehmed Necib, Abdüllatif Subhi, Mehmed Arif, Ali Paşa (Bulunamadı), Vahid Efendi (Bulunamadı), Es-Seyyid Mustafa, Yanko Musurus, Rıza.

3. Şura-yı Devlet'in Nizamname-i Esasîsi-öncesi Daire Adı Olmayan Kararlarından Örnekler

İ. ŞD. 1 / 3 - 1

1238

Şiddetli yağmur sonrası Eyüp sokaklarında ve bazı mahalle aralarında biriken kum ve molozun tahliyesiyle, gelip geçenlerin güçlükten kurtarılması için gerekli paranın Hazinece karşılanmasının tabii işlerden olduğuna dair.

Ticaret Nezaret-i celilesinin Şura-yı Devlete havale buyurulan tezkeresiyle melfufatı meallerinden müsteban olduğu vechile **ve** akdemce şiddet üzere nüzul eden bârândan Eyüb sokakları kum ve **moloz** ile dolduğu esnada der-akab mürur ve ubur olunabilecek surette emaneten tesviye olunan mahaller mesarifinden **kusûr** kalan on üç bin üç yüz yirmi sekiz kuruşun henüz Hazinece muamelesi icra olunmamış olduğundan tesviye-i iktizasî istizan olunmuş ve ol babda Maliye Nezaret-i celilesiyle cereyan eden muhaberenin cevabında dahi işbu akça Eyüb derelerinin tahliye ve tathiri zımında ber muceb-i keşf sarf olunan elli sekiz bin kuruşun haricinde bulunmak mülabesesiyle tesviye ve ifası reye talik kılınmış olup **revişi-i iş'âr** hükmünce mezkur on üç bin üç yüz bu kadar kuruş **bârânın** esna-yı nüzulünde sokaklarda ve bazı mahalle aralarında terâküm eden kum ve molozun tahliyesiyle marrîn ve abirînin suubetten kurtarılması için sarf olunarak keşf-i ahîr defterinin haricinde bulunduğu anlaşılmiş ve bu akçanın el'an tesviye **olunmamasından** naşi ashab-ı matlub bir yandan sızlanmakta bulunmuş olmasına mebni kabul ve ifası umur-ı tabiiyeden olmağın ber muceb-i istizan zikr olunan on üç bin üç yüz **yirmi** sekiz kuruşun dahi Hazinece kabul ve tesviyesi zımında ifa-yı muktezasının nezaret-i müşarünileyhaya havalesi tasarruflarında ise de ol babda emr ü ferman hazreti men lehulemrindir. Fi 26 Zilkade sene 1284 ve fi 9 Mart sene 1284 (21 Mart 1868).

Midhat, Esseyyid Mahmud Edhem, Mahmud Celaleddin, Sami Paşa (Bulunamadı), Mustafa Süreyya, İzzet Efendi (Bulunamadı), Esseyyid

Mehmed Necib, Abdüllatif Subhi, Ahmed Arifi(?), Ali Paşa (Bulunamadı), Vahid Efendi (Bulunamadı), Esseyid Mustafa, Yanko Musurus, Rıza⁴¹.

4. Şura-yı Devlet'in Nizamname-i Esasîsi-öncesi Daire Adı Olmayan Kararlarından Örnekler

İ. ŞD 1/ 2

1240

Maarif Nezaretinin Şura-yı Devlete havale edilen tezkeresinden anlaşıldığına göre Selanik dahilindeki Aziziye köyündeki göçmenler için açılmış olan mektep hocalığına 200 kuruş maaşla Radoveşli Hüseyin Efendi'nin ve halifeliğine de 100 kuruş maaşla Ahmed Efendi'nin tayini mahallinden talep edildiği, göçmen çocuklarının bilgisizlikten kurtarılmaları için mektep yapmak ve hoca tayin etmek devletçe esasen ve umumen gerekli işlerden ise de bu tür göçmen mektepleri için hocadan başka bir de halife tayininin, benzer mekteplerde talep doğuracağından, halbuki bunun için Hazineye karşılık olmadığından yalnızca Hüseyin Efendi'nin belirtilen maaşla tayininin Maarif Nezaretine yazılmasına ve Hazineye gereğinin yapılması için de Maliye Nezaretine havalesine dair.

Maarif Nezaret-i celilesinin Şura-yı Devlete havale buyurulan tezkeresi mealinden müsteban olduğu üzere Selanik vilayeti dahilinde kain Aziziye karyesinde bulunan muhacirîn için küşad olunmuş olan mektep hocalığına iki yüz kuruş maaşla Radoveşli Hüseyin Efendi'nin ve halifeliğine dahi yüz kuruş maaşla Ahmed Efendi'nin tayini mahallinden inha olunduğu beyanıyla icra-ı iktzası istizan kılınmış olup vakîâ muhacirîn etfalinin halet-i cehl ve nâdânîden tahlis ve vikayeleri için mektep yapmak ve hoca tayin etmek devletçe esasen ve umumen mevadd-ı mültezmeden ise de bu makule muhacir mektepleriyçün hocadan başka bir de halife tayini mesbuk bilemsal olmamasına göre şimdi mekteb-i mezkura halife tayin kılınmış olsa sair muhacirîn mekteplerine dahi sirayet ederek yalnız bir hoca istihdamının kifayeti halinde bir takım maaşlar daha verilmesini mucib olacağından mekteb-i mezkura halife tayininden sarfınazarla mumaileyh

⁴¹ Ahmet Akgündüz, "Arşiv Belgeleri Işığında Şura-yı Devletten...", s. 127-128. Mazbata aslıyla karşılaştırılmış ve tashih edilmiştir. Kara renkle dizili kelimeler tashihleri gösterir.

Hüseyin Efendi'nin ol mikdar maaşla hocalığa tayin olunması hususunun nezaret-i müşarünileyhâya ve Hazinece tesviye-i muktezasının Maliye Nezaret-i celilesine havalesi tezekkür kılındı ise de ol babda emr ü ferman hazreti men lehulemrindir fi 26 Zilkade sene 284 ve fi 9 Mart sene 284 (21 Mart 1868).

Midhat, Es-Seyyid Mahmud Edhem, Mahmud Celaledin, Sami Paşa (Bulunamadı), Mustafa Süreyya, İzzet Efendi (Bulunamadı), Es-Seyyid Mehmed Necib, Subhi Bey (Bulunamadı), Mehmed Arif, Ali Paşa (Bulunamadı), Vahid Efendi (Bulunamadı), Es-Seyyid Mustafa, Yanko Musurus, Rıza.

5. Şura-yı Devlet'in Nizamname-i Esasîsi-öncesi Daire Adı Olmayan Kararlarından Örnekler

İ. ŞD. 1 / 10 - 1

1252

Divan-ı Muhasebattan tanzim ve Maliye Nezaretince ek yapılıp Şura-yı Devlete sunulan mazbataya göre Vidin hapishanesi Tuna vilayeti dairesinde ve sair bazı mahallerde suç işleyenlerin cezalarını çekmede merkez olduğu, hükümlülerin çok olması sebebiyle bunların şahsi işlerinden başka, hapishanenin zabıta işlerine ait olmayan bazı iç işlerinin görülmesinde görevli bulunan gardiyan maaşının yeterli olmaması yüzünden, çalıştırılacak ehliyetli adam bulunamadığı, bu sebeple, mevcut 250 kuruş maaşının 750 kuruşa çıkarılmasının talebinin hizmet gereklerine uygun görüldüğünden kabulüyle mahalline bildirilmesi, Hazinece gereğinin yapılması için de Maliye Nezaretine havalesine dair.

Divan-ı Muhasebattan tanzim ve Maliye Nezaret-i celilesinden tezyil ve takdim kılınıp Şura-yı Devlete havale buyurulan mazbata mealinden müsteban olduğu vechile Vidin hapishanesi Tuna vilayeti dairesinde ve sair bazı mahallerde zuhur eden erbab-ı cinayetin ikmal-i müddet-i cezaiyeleriyçün merkez olduğundan mevcut olan mücrimînin kesreti cihetiyle bunların hususât-ı şahsiyelerinden başka mezkur hapishanenin umur-ı zabitasına taalluk etmeyen bazı malumât-ı dahiliyesinin idare ve tesviyesine memur bulunan gardiyan maaşının⁴² kâfi olmamasına ve

⁴² Aslında "başının" diye yazılmıştır.

muhasas olan iki yüz elli kuruş maaşı dahi ehliyetlisinin istihdamına gayrimüsait bulunmasına mebni bu iş için münasibi kullanılmak üzere maaş-ı mezkurun beş yüz kuruş daha ilavesiyle yedi yüz elli kuruşa iblağı mahallinden inha olunduğu beyanıyla icra-yı icabı istizan kılınmış ve meblağ-ı mezburun zammı hususât-ı mebhusenin daire-yi matlubede cereyanı maksadına mübteni olarak lüzum-ı sahahaya müstenit bulunmuş olmasıyla ol mikdar maaşla hizmet-i mezkureye münasip birinin tayini hususunda mahalline emirname-yi samileri tastiriyle Hazinece ifa-yı muktezasının nezaret-i müşarünileyhâya havalesi tezekkür olundu ise de ol babda emr ü ferman hazret-i men lehulemrindir. Fi 26 Zilkade sene 284 ve fi 9 Mart sene 284 (21 Mart 1868).

Midhat, Es-Seyyid Mahmud Edhem, Mahmud Celaledin, Sami Paşa (Bulunamadı), Mustafa Süreyya, İzzet Efendi (Bulunamadı), Es-Seyyid Mehmed Necib, Abdüllatif Subhi, Mehmed Arif, Ali Paşa (Bulunamadı), Vahid Efendi (Bulunamadı), Es-Seyyid Mustafa, Yanko Musurus, Rıza.

DÜNDEM BUGÜNE CONSEİL D'ETAT VE DANIŞTAYIN İNCELEME VE DANIŞMA FONKSİYONU

Prof. Dr. Murat SEZGİNER*

GİRİŞ

“Danıştay” kelimesi telâffuz edildiğinde birçok hukukçunun zihninde ilk olarak bir “yüksek mahkeme” ve bu mahkemede gerçekleştirilen “yargılama faaliyeti” canlanır. Hâlbuki Danıştay, tarihsel varoluşunu ve “**Danıştay**” ismiyle anılmasını bugün nispeten “ikincil” görülen yargılama dışı / idarî görevlerine borçludur. Zira gerek Fransa gerekse Türkiye’de, idari yargı düzeninin yüksek mahkemeleri Conseil d’État ve Danıştay, esasen merkezî idareye danışmanlık yaparak devlet aklına yön vermek için kurulmuş ve zamanla yargısal yetkiler edinmiş seçkin heyetlerden başka bir şey değildir. Yani her ne kadar günümüzde Danıştay’ın en önemli işlevi “yargılamak” imiş gibi dursa da zamanda geriye doğru gidildiğinde aslında bu işlevin (hatta “idarî yargı” düzeninin topyekûn varlığının), Conseil d’État ve Danıştay’ın orijinal misyonu olan “danışmanlık” işinin bir “yan etkisi” olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Günümüzde idari rejimi benimsemiş ülkelerde, yargı düzenini temsil eden yüksek mahkemeler farklı şekilde yapılanmıştır. Konumuz bakımından bu yapılanmayı, öncelikle, yargılama faaliyeti yanında, idareye “görüş bildirme”, “inceleme” şeklinde yardımcı olma ve bazı idari konularda karar verme yetkisi ile donatılmış “Danıştay” sistemi olarak ifade edebiliriz. İdari rejimin doğduğu Fransa ve ülkemizin de dahil olduğu kıta Avrupası hukuk sistemi içinde yer alan bir kısım ülkeler, bu yapılanmayı benimsemiştir. Avrupa Birliği Üyesi olan Belçika, Yunanistan, İtalya ve Hollanda bu ülkelere örnek olarak verilebilir.¹ Bir diğer sistem ise idare ile hiçbir surette ilişkili bulunmayan ve salt yargısal faaliyet yapan “Yüksek İdare Mahkemesi” şeklindeki yapılanmadır. Bunun tipik örneği Almanya’dır.² Hiç şüphesiz bu tercih, Anayasa ve Yasa Koyucunun

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ AGUIA, Y, La Justice Administrative, Un Model Majoritaire en Europe, AJDA, 12 février 2007, s. 290 vd., TAN, T, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi 2011, s.613’den naklen.

² TAN, s.610.

takdirinde olan hukuk politikasına ait bir tercihtir. Bununla birlikte her hukuki müessesenin gücü ve etkinliğinin tarihi geçmişinden, toplumun hukuk algısı ve kültüründen bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği açıktır.

Fransız Hukuku ile Türk Hukuku karşılaştırmalı olarak incelendiğinde, iki farklı seyir izlenmektedir. Conseil d'État, kuruluşundan bugüne idari görevlerini muhafaza edip etkin bir şekilde kullanırken, Danıştay, bu görevleri bakımından sürekli bir gerileme içindedir. Bu husus, Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl Sempozyumu açış konuşmasında Danıştay Başkanı Güngör tarafından şu şekilde ifade edilmiştir; *"146 yıllık Danıştay'ın idari görevleri her geçen gün biraz daha erimektedir. İstatistikler bu gerçeği ortaya koymaktadır. Örneğin Fransız Danıştay'ında 2012 yılı itibarıyla 1118 idari inceleme yapılmışken, bu sayı Türk Danıştay'ı için sadece 49'dur."*³

Gerçekten de Danıştay'a verilen idari görevler, mevzuat değişiklikleri ile sürekli şekilde yürürlükten kaldırılmaktadır.⁴ Son Anayasa değişikliği ile de "Danıştay" sisteminden "Yüksek İdare Mahkemesi" sistemine önemli bir adım atılmış görülmektedir.

Danıştay'ın idari görevlerine ilişkin bir değerlendirme yapılabilmesi, öncelikle tarihi geçmişinin irdelenmesini gerekli kılar. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Danıştay, bir mahkeme olarak kurulmamış, zamanla yargısal görev ve yetki ile donanmıştır. Bu yönüyle de idari rejimin temel unsurudur. Bununla birlikte, idareye yardımcı olma, idare içindeki uyumsuzlukları çözme fonksiyonu göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir.

I. Conseil d'Etat'nın Doğuşu ve Gelişimi⁵

Fransa'da idarî yargının yüksek mahkemesi olan Conseil d'État, bu niteliğinin yanında birçok yargılama dışı görevi oldukça aktif bir biçimde üstlenmektedir. Bu durum, Conseil d'État'nın Fransız idare tarihindeki kadim ve merkezî konumundan kaynaklanır. Orta Çağ *Conseil du Roi*'sından

³ GÜNGÖR, Z, Sempozyum Açış Konuşması, Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2014 Ankara, s.7.

⁴ Bu konuda yapılan mevzuat değişiklikleri için **Bkz. ASLAN, F**, Danıştay'ın İnceleme ve Danışma Görevlerinin Dünü ve Bugünü, Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2014 Ankara, s.27 vd.

⁵<http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Histoire-Patrimoine/Histoire-d-une-institution/Ses-fonctions/Naissance-et-evolution>

köken olarak kurumsallaşan Conseil d'État, bu adlandırmayla ilk kez 1578 tarihinde III. Henri döneminde anılmıştır. Bir *Ancien Régime* müessesesi olmasına rağmen ihtilâl sonrası modern Fransa'da geçmişe nazaran daha önemli bir yer edinebilmiştir. Tabii ki bunda dönemin birinci konsülü olan Napoléon Bonaparte'ın devrimler ile yerleşmiş idarî gelenekleri uzlaştırma arzusunun da önemli bir payı vardır.

13 Aralık 1799 tarihli Anayasa'nın 52. maddesinde; konsüllerin yönetimi altındaki Conseil d'État'nın, kanun tasarıları ile kamu idaresine ait düzenleyici işlemleri (*réglements*) hazırlamak ve idarî konularda ortaya çıkan güçlükleri (ihtilafları, sorunları) çözmekle görevli olacağı⁶ hüküm altına alınmıştır. Takip eden maddede, yasama organında yapılacak görüşmeler esnasında yürütmeyi temsilen kanun tasarısı lehinde konuşma görevi Conseil d'État üyelerine verilmiş⁷ ve bu doğrultuda 81 ve devamı maddelerde Konsey üyelerine -yasama meclisini toplantıya çağırarak dâhil-birçok önemli yetki tanınmıştır⁸. Bu düzenlemeler, Konsey'in gerek yasama

⁶ **Article 52** - *Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative.*

⁷ **Article 53** - *C'est parmi les membres du Conseil d'Etat que sont toujours pris les orateurs chargés de porter la parole au nom du gouvernement devant le Corps législatif - Ces orateurs ne sont jamais envoyés au nombre de plus de trois pour la défense d'un même projet de loi.*

⁸ **Article 81** - *Les séances ordinaires sont composées des membres du Corps législatif, des orateurs du Conseil d'Etat, des orateurs des trois sections du Tribunal. - Les comités généraux ne sont composés que des membres du Corps législatif. - Le président du Corps législatif préside les séances ordinaires et les comités généraux.*

Article 82. - *En séance ordinaire, le Corps législatif entend les orateurs du Conseil d'Etat et ceux des trois sections du Tribunal, et vote sur le projet de loi. - En comité général, les membres du Corps législatif discutent entre eux les avantages et les inconvénients du projet de loi.*

Article 83 - *Le Corps législatif se forme en comité général, - 1° Sur l'invitation du président pour les affaires intérieures du corps ; - 2° Sur une demande faite au président et signée par cinquante membres présents ; - Dans ces deux cas, le comité général est secret, et les discussions ne doivent être ni imprimées ni divulguées ; - 3° Sur la demande des orateurs du Conseil d'Etat, spécialement autorisés à cet effet, - Dans ce cas, le comité général est nécessairement public. - Aucune délibération ne peut être prise dans les comités généraux*

Article 85 - *Le Corps législatif, le jour où il doit voter sur le projet de loi, entend, dans la même séance, le résumé que font les orateurs du Conseil d'Etat.*

sürecinde, gerek yürütmenin temsilinde, gerekse idarî fonksiyonun günlük işleyişi bakımından ne denli ciddi bir konumda olduğunu göstermektedir. Bugün de idari yargı yerlerinin aktif rol aldığı “soruşturma izni” müessesesinin kökenine ise 75. maddede rastlanabilir. Bu maddeye göre bakanlar haricindeki hükûmet ajanları (kamu görevlileri), görevleriyle ilgili fiillerinden ötürü genel mahkemelerde ancak Conseil d'État'nın kararı (izni) ile soruşturulabilecektir⁹.

18 Mayıs 1804 tarihli İmparatorluk Anayasası, Conseil d'État'nın devlet teşkilatındaki önemini daha da artırmıştır. Bu Anayasanın 37. maddesine göre Conseil d'État, artık bizzat İmparator'un veya onun yokluğunda yine kendisinin belirleyeceği birinin başkanlığında faaliyet gösterecektir¹⁰. Ayrıca 76. madde ile yasama işleri, içişleri, maliye, harbiye (savaş), bahriye (denizcilik) ve ticaret olmak üzere altı bölüme ayrılmıştır¹¹. Sadece bölümlere verilen isimler bile, Konsey'in henüz tam anlamıyla bir “yargılama” işlevi üstlenmediği zamanlarda idarî görevleri bakımından ne derece etkin bulunduğunu göstermektedir. Nitekim başta Code Civil (Medeni Kanun) olmak üzere bu dönemde çıkarılan ve modern dünyaya örnek teşkil eden bütün yasalar –tâbiri câizse- Conseil d'État'nın “mührünü” taşımaktadır.

Fransa'da II. Cumhuriyet dönemini başlatan 1848 Anayasası, Conseil d'État'ya, özel bir başlık altında oldukça detaylı hükümlerle yer vermiştir (Chapitre VI - 71 ve devamındaki maddeler). Bu kapsamda Conseil d'État'nın başkanlığını devlet başkan yardımcısının üstleneceği¹², üyelerinin ise Millî Meclis (yasama organı) tarafından gizli oylama – salt çoğunluk usûlüne göre seçilip altı yıllığına görev yapacakları hükme

⁹ **Article 75** - *Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat: en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires.*

¹⁰ **Article 37** - *Le Sénat et le Conseil d'Etat sont présidés par l'Empereur. - Lorsque l'Empereur ne préside pas le Sénat ou le Conseil d'Etat, il désigne celui des titulaires des grandes dignités de l'Empire qui doit présider.*

¹¹ **Article 76** - *Le Conseil d'Etat se divise en six sections ; savoir : - Section de la législation, - Section de l'intérieur, Section des finances, - Section de la guerre, - Section de la marine, - Et section du commerce.*

¹² **Article 71** - *Il y aura un Conseil d'Etat, dont le vice-président de la République sera de droit président.*

bağlanmıştı (görev süresi biten üyelerin yeniden seçilmesi mümkündür)¹³. “Halkın temsilcisi” sıfatıyla görev yapacak Konsey üyeleri¹⁴, ancak Devlet Başkanı'nın önerisi ve Millî Meclis'in kararıyla görevden alınabilecektir¹⁵. Bu Anayasa'ya göre Conseil d'État'nın görevleri şunlardır¹⁶:

- Kanun tasarı ve teklifleri hakkında görüş bildirmek
- (Millî Meclis'in özel olarak yetkilendirmesi hâlinde) Kamu idaresi tarafından yapılacak düzenleyici işlemleri (réglements) hazırlamak
- Kamu idaresi üzerinde kanunun tanıdığı bütün denetim ve kontrol yetkilerini kullanmak
- Kanun tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek
- Devlet Başkanı'nın af yetkisini kullanmasından önce görüş bildirmek¹⁷
- Mahallî idarelerin seçilmiş organlarının Devlet Başkanı tarafından feshinden önce görüş bildirmek¹⁸
- Millî Meclis veya Devlet Başkanı'nın talebi üzerine, Devlet Başkanı haricindeki kamu görevlilerinin faaliyetlerini

¹³ **Article 72** - *Les membres de ce Conseil sont nommés pour six ans par l'Assemblée nationale. Ils sont renouvelés par moitié, dans les deux premiers mois de chaque législature, au scrutin secret et à la majorité absolue. - Ils sont indéfiniment rééligibles.*

¹⁴ **Article 73** - *Ceux des membres du Conseil d'Etat qui auront été pris dans le sein de l'Assemblée nationale seront immédiatement remplacés comme représentants du peuple.*

¹⁵ **Article 74** - *Les membres du Conseil d'Etat ne peuvent être révoqués que par l'Assemblée, et sur la proposition du président de la République.*

¹⁶ **Article 75** - *Le Conseil d'Etat est consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés. - Il prépare les règlements d'administration publique ; il fait seul ceux de ces règlements à l'égard desquels l'Assemblée nationale lui a donné une délégation spéciale. - Il exerce, à l'égard des administrations publiques, tous les pouvoirs de contrôle et de surveillance qui lui sont déferés par la loi. - La loi règlera ses autres attributions.*

¹⁷ **Article 55** - *Il [Le Président de la République] a le droit de faire grâce, mais il ne peut exercer ce droit qu'après avoir pris l'avis du Conseil d'Etat (...)*

¹⁸ **Article 80** - *Les conseils généraux, les conseils cantonaux et les conseils municipaux peuvent être dissous par le président de la République, de l'avis du Conseil d'Etat. - La loi fixera le délai dans lequel il sera procédé à la réélection.*

incelemek ve incelenen görevli hakkında kamuya açık bir rapor hazırlamak¹⁹

- Halk tarafından seçilen ve yürütme yetkisi kullanan kamu görevlilerinin (vatandaşlarca seçilen yürütme ajanlarının) Devlet Başkanı tarafından görevden uzaklaştırılmasından önce görüş bildirmek (bu tedbirin azamî süresi üç aydır)²⁰

Aktarılan hükümlerde “II. Cumhuriyet ruhu” kendisini açık bir şekilde hissettirmektedir. Zira bu düzenlemeler, kanun yapma sürecine aktif biçimde katılan ve esasen bir “yürütme” kuruluşu olan Conseil d'État'ı “yasama etkisinde ve yürütmeyi frenleyen bir danışma/denetim organına” dönüştürmeyi amaçlamaktadır.

Yalnızca dört yıl süren II. Cumhuriyet, yerini 14 Ocak 1852 tarihli II. İmparatorluk Anayasası'na bırakırken, Conseil d'État da tekrar yürütme merkezli eski konumuna dönmüştür. Anayasa uyarınca Konsey, kanun tasarıları ve idarenin düzenleyici işlemlerini (*réglements*) hazırlamakla görevli olacak, ayrıca idarî konularda ortaya çıkan güçlükleri çözümlenecektir. Komisyonunda kabul edilen kanun değişiklikleri, üzerinde ayrıca bir tartışma yürütülmeksizin Meclis Başkanı tarafından Konsey'e havale edilecek ve Konsey tarafından benimsenmeyen değişiklikler yasama organının oylamasına dahi sunulamayacaktır²¹. Yasama organında kanun tasarıları hakkında yapılacak görüşmelere Konsey üyeleri, hükümet adına katılacak ve bu üyeler bizzat Devlet Başkanı tarafından atanacaktır.

¹⁹ **Article 99.** - *L'Assemblée nationale et le président de la République peuvent, dans tous les cas, déférer l'examen des actes de tout fonctionnaire, autre que le président de la République, au Conseil d'Etat, dont le rapport est rendu public.*

²⁰ **Article 65 – II** [Le Président de la République] *a le droit de suspendre, pour un terme qui ne pourra excéder trois mois, les agents du pouvoir exécutif élus par les citoyens. - Il ne peut les révoquer que de l'avis du Conseil d'Etat (...)*

²¹ **Article 40** - *Tout amendement adopté par la commission chargée d'examiner un projet de loi sera renvoyé, sans discussion, au Conseil d'Etat par le président du Corps législatif. - Si l'amendement n'est pas adopté par le Conseil d'Etat, il ne pourra pas être soumis à la délibération du Corps législatif.*

II. Günümüzde Conseil d'Etat

Fransa'da şu an yürürlükte olan 4 Ekim 1958 tarihli Anayasa, Conseil d'État'ya ilişkin birçok hüküm içermektedir. Her ne kadar bugün yargılama işlevi öne çıkmış olsa da üyeleri Bakanlar Kurulu tarafından atanana²² Conseil d'État organik olarak hâlen yürütme ile çok yakın bir ilişki içerisinde olup yargılama dışı birçok görev yapmaktadır.

Kanunla düzenlenecek hususları tahdidî bir şekilde sayan 1958 Anayasası, geri kalan bütün konuları "yürütmenin düzenleme alanı" olarak nitelmiştir. Bu alana müdahale eden bütün kanunlar, yürütmenin çıkaracağı kararnameler (*décrets*) ile değiştirilebilecektir. Madde 37, söz konusu kararnamelerin çıkarılmasından önce Conseil d'État'nın görüşünün alınması gerektiğini hükme bağlamıştır²³. Takip eden maddede Bakanlar Kurulu'na, esasen kanunla düzenlenmesi gereken alanlarda Parlâmento'nun vereceği yetki üzerine kanun hükmünde kararname (*ordonnances*) yapma imkânı verilirken, bu kararnamelerin çıkarılmasından önce yine Conseil d'État görüşü şart koşulmuştur²⁴.

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinin yanı sıra Conseil d'État'ya, yasama sürecinde de aktif bir danışmanlık görevi verilmiştir. Kanun önerme olanağını yalnızca Başbakan ve Parlâmento üyelerine tanıyan 39. madde, kanun tasarısının Bakanlar Kurulu'nda müzâkere edilebilmesini Konsey'in görüşünün alınmasına bağlamıştır. Aynı maddeye 23 Temmuz 2008 tarihinde eklenen son fıkra, kanun tekliflerinin, komisyon incelemesinden önce gerek Millî Meclis gerekse Senato başkanları tarafından -kanun teklifi veren Parlâmento üyesinin buna itiraz etmemesi kaydıyla- Conseil d'État'ya görüş almak üzere sunulabileceğini de düzenlemektedir²⁵. Son

²² **Article 13** – (...) Les conseillers d'État, (...) sont nommés en conseil des ministres.

²³ **Article 37** - *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.*

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. (...)

²⁴ **Article 38** - *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.*

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État.

²⁵ **Article 39** - *L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement.*

olarak Anayasanın 74-1 numaralı maddesi, denizaşırı idareler ve Yeni Kaledonya'ya ilişkin kanun hükmünde kararnamelerin de Konsej'in görüşü alınmak suretiyle çıkarılacağını öngörmektedir²⁶.

Kısaca aktarmaya çalıştığımız iki yüz yılı aşkın tarihî süreç, Conseil d'État'nin özellikle yasama fonksiyonu açısından oldukça etkin ve vazgeçilemez bir danışma organı niteliğinde olduğunu göstermektedir. Hâlen Fransa'da Conseil d'État'nin görüşüne sunulmayan bir kanun önerisi yeterince "sağlam/güvenilir" bulunmamaktadır. Anayasada gerçekleştirilen 28 Temmuz 2008 tarihli değişikliği, Fransız devlet hayatında yerleşmiş bu çok güçlü algının sonucudur. Yürürlükteki yasaların yaklaşık %90'ının "kanun tasarısı" yoluyla yapıldığını gören Anayasa koyucu, parlâmenterlerin Conseil d'État'nin danışmanlığından yararlanamamaktan ötürü bu denli "çekingen" davrandığı mülâhazasıyla "kanun teklifi" usulünü canlandırmak istemiş ve böyle bir çözüme yönelmiştir. Bu sayede Conseil d'État, artık Fransa'daki yasa önerilerinin %100'ü bakımından "danışman" kimliğini kazanmıştır. Öyle ki Fransız kamu hukuku doktrininde bugün, Konsej'in yasama erkine ortak olarak bir "colégislateur"e dönüşmesinden söz edilmektedir²⁷.

Conseil d'État'nin danışmanlık görevi, Fransız Anayasa Mahkemesi (*Le Conseil Constitutionnel*) tarafından titizlikle gözetilmektedir. Bu kapsamda

Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées (...)

Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose.

²⁶ **Article 74-1** - *Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure. Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication.*

²⁷ **Bkz. LEROYER, S,** "Le Conseil d'État, colégislateur? La possibilité de saisir le Conseil d'État d'une proposition de loi", Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux (CRDF), Yıl:2012, No: 10, s. 69-79.

Bakanlar Kurulu, Konsey'in görüşünü aldıktan sonra yasa tasarısında herhangi bir değişiklik yaptığı takdirde bu durumu Konsey'e bildirmek ve konuyla ilgili tekrar görüş almak zorundadır. Zira Fransız Anayasa Mahkemesi, bölgesel meclis üyeleri ile Avrupa Parlâmentosu temsilcilerinin seçimi ve bu kapsamda siyasî partilere devlet yardımı yapılması hakkında bir kanunu, Konsey'in görüşü alındıktan sonra tasarı metninde değişiklik yapıldığı gerekçesiyle kısmen iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında Anayasa koyucunun görüş alma zorunluluğu getirmekteki iradesinin metinde sonradan yapılacak değişiklikleri de kapsadığı ve Bakanlar Kurulunun bu esnada da Konsey tarafından "aydınlatılması" gerektiği şeklinde bir yorum yapmaktadır²⁸. Dolayısıyla Conseil d'État'nın kanun tasarıları bakımından üstlendiği rol, ismi her ne kadar "görüş bildirme" olsa da Türkiye'de Danıştay'ın tüzükler üzerinde sahip olduğu "inceleme" yetkisine denk düşmektedir.

²⁸ *"Considérant que, si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'Etat ; que, par suite, l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'Etat lors de sa consultation (...)"* (Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Erişim: www.conseil-constitutionnel.fr).

Kanun Tasarılarının Yasalaşma Süreci ve Conseil d'Etat'nın Rolü

I. Aşama: Kanun Tasarısının Hazırlanması

Bakanlıklar bünyesinde taslak metinler hazırlanır → Bu metinler hükümet nezdinde birleştirilir → Başbakan ve Cumhurbaşkanı'nın takdirleri doğrultusunda değişiklikler yapılır → Kanun tasarısı, makul süre içinde görüşünü bildirmek üzere Conseil d'Etat'ya gönderilir

II. Aşama: Tasarının Conseil d'Etat'da İncelenmesi

Tasarı, ilgisine göre beş idari daireden birine gönderilir → İlgili daireden bir raportör, tasarı hakkında bir görüş hazırlamak üzere görevlendirilir → Görüş taslağı daire heyeti tarafından incelenir → Gerekirse görüş taslağı ayrıca genel kurulda ele alınır → Taslak üzerine hazırlanan görüş, Hükümete sunulur

(Görüş metni Hükümete aittir. Bununla birlikte Hükümet isterse görüş metnini halka duyurabilir. Görüş taslağın şekli, iç hukuki bütünlüğü, yerindeliği ve içerdiği hukuki risklere ilişkin değerlendirmeler yer alır. Hükümet, istişari nitelikteki bu görüşün aksine hareket edebilir.)

III. Aşama: Bakanlar Kurulu

Bakanlar Kurulu'nda tartışmak suretiyle Hükümet, kanun tasarısına son şeklini verir.

IV. Aşama: Parlamento

Tasarı, her iki mecliste (Millet Meclisi ve Senato) komisyonlar ve genel kuruldan geçerek aynen veya değiştirilerek kabul edilir.

V. Aşama: Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi ve Senato başkanları veya altmış milletvekili, kabul edilen kanunu Anayasa Mahkemesi'ne götürebilir. Bu durumda Mahkeme, bir ay içerisinde kanunun Anayasa'ya uygunluğunu inceleyerek karar verir.

VI. Aşama: Kanunun Yayınlanarak Yürürlüğe Girmesi

(Not: 2008 Anayasa değişikliği ile Millet Meclisi ve Senato Başkanlarına, milletvekillerinin sunduğu kanun teklifleri hakkında görüş almak üzere Conseil d'Etat'ya başvurma imkânı getirilmiştir.)

(Kaynak: www.conseil-etat.fr)

Conseil d'État'nın yargılama dışı görevleri Anayasa'da sayılan ve yukarıda özetlenen hâllerle sınırlı değildir. Fransız İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun (*Code de justice administrative*) L 112-2 hükmü uyarınca, idarî konularda ortaya çıkan güçlükler üzerine Başbakan yahut Bakanlar vasıtasıyla Conseil d'État'ya danışılabilir²⁹. Fransız idaresi, bu yolu aktif bir şekilde kullanmaktadır.

Mevcut durumu tekrar özetlemek gerekirse, yürürlükteki Fransız Anayasasına ve ilgili mevzuata göre Conseil d'État'nın yargılama dışı görevleri şunlardır:

²⁹ "Le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative".

- Kanun tasarısı ve teklifleri hakkında görüş bildirmek (Kanun tasarısı bakımından bu görüşün alınması zorunlu, teklifler açısından ise ihtiyarî)
- Kanun hükmünde kararname (ordonances) hakkında görüş bildirmek (zorunlu)
- Kararnameler (décrets) hakkında görüş bildirmek (zorunlu)
- Denizaşırı idareler ve Yeni Kaledonya'ya ilişkin kanun hükmündeki kararname (ordonances) hakkında görüş bildirmek (zorunlu)
- İdarî konularda ortaya çıkan güçlükler üzerine Başbakan yahut Bakanlar tarafından yapılan başvurulara ilişkin görüş bildirmek (ihtiyari)

Conseil d'État'nın, her biri kendi konusunda uzmanlaşmış beş danışma dairesi (*section consultative*) bulunmaktadır:

- 1- İçişleri Dairesi (*La section de l'intérieur*)
- 2- Maliye Dairesi (*La section des finances*)
- 3- Bayındırlık Dairesi (*La section des travaux publics*)
- 4- İdarî Daire (*La section de l'administration*)
- 5- Sosyal Daire (*La section sociale*)

Özel önem arz eden veya temel nitelikte olan metinler, yetkili daireden sonra ayrıca Conseil d'État Genel Kuruluna (*L'Assemblée générale*) sunulur. Kurula bizzat Konsey Başkanı (*Vice-président du Conseil d'État*) başkanlık eder. Bu noktada Konsey'in hükûmet ve idare ile yakın ilişkisine dâir dikkat çekici bir detaya değinmek gerekir: Conseil d'État Başkanı, Fransızcada *vice-président* (başkan yardımcısı) diye anılır. Zira fiilen başkanlık yapmasa da geleneksel olarak Devlet Başkanı, Konsey'in de başkanı olarak kabul edilmektedir.

Conseil d'État idarî daireleri ve Genel Kurulda gerçekleşen oturum ve müzakereler halka kapalıdır. Ayrıca bu dairelerin verdiği danışma kararları (*les avis*), görüş alan merci bu görüşe uymadığı takdirde yayımlanmamaktadır. Gözetilen bu usûl, hükûmeti / idareyi Konsey'in görüşünü alma konusunda cesaretlendirmek bakımından faydalıdır.

İstatistikler, Conseil d'État'nın yargılama dışı görevlerinin her geçen gün daha da önem kazandığını göstermektedir. Son yayınlanan faaliyet

raporuna göre³⁰, 2015 yılı, 2008 yılından sonra Conseil d'État'nin danışmanlık fonksiyonu bakımından yeni bir "rekor" olmuştur. Bu yılda toplam 1.245 hukukî metin Konsey'in incelemesinden geçmiştir. Önceki yıla (2014) nazaran Konsey'in incelediği kanun / kanun hükmünde kararname tasarısı %30, diğer düzenleyici işlem taslağı sayısı ise %6 artmıştır³¹. İncelenen metinlerin 118'i kanun, 68'i kanun hükmünde kararname, 800'ü ise kararname tasarısıdır. Yasama organından ise 4 kanun teklifi gelmiştir³². Bunun dışında muhtelif 32 konuda inceleme yapılarak idareye görüş bildirilmiştir.



İncelenen metinlerin türlere göre dağılımı (2015): 118 kanun tasarısı, 68 kanun hükmünde kararname tasarısı, 32 istişarî görüş, 4 kanun teklifi, 800 tüzük tasarısı

Conseil d'État, danışmanlık faaliyetini oldukça hızlı bir biçimde gerçekleştirmektedir. Son yayınlanan rapor esas alınacak olursa Konsey'in, kanun tasarıları hakkındaki görüşünü-%25'i ilk on beş gün içerisinde olmak üzere- en geç iki ay içerisinde sunduğu görülmektedir. Kararname tasarılarının ise %86'sı-%19'u ilk on beş gün içerisinde olmak üzere- yine yaklaşık iki ay içerisinde karara bağlanmaktadır.

³⁰ Conseil d'État, Rapport public 2016, Erişim: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/164000301.pdf> (09.04.2017).

³¹ 2014'te incelenen toplam kanun ve kanun hükmünde kararname sayısı 164, diğer düzenleyici işlemlerin (kararnamelerin) sayısı ise 756 olarak gerçekleşmiştir.

³² Rapora göre, kanun tekliflerinin Conseil d'État görüşüne sunulması imkânını getiren 2008 değişikliğinden 2015'in sonuna kadar toplam 19 kanun teklifi hakkında görüş bildirilmiştir.



Conseil d'État idarî dairelerinin çalışma hızı (2015): Kanun tasarılarının %25'i on beş gün, %99'u ise iki aydan daha kısa bir süre içerisinde incelenmiştir. Tüzük tasarılarında bu oranlar %19 (on beş gün) ve %86 (iki ay) şeklinde gerçekleşmiştir.

Yargılama dışı / idarî görevleri kapsamında Conseil d'État'nın Fransız hukukuna katkısı, "hukukun sadeleştirilmesi" (*simplification du droit*) kavramıyla özetlenebilir. Konsey bu katkıyı üç yolla sağlamaktadır³³:

- Görüşüne sunulan yasal – düzenleyici metinleri, normlar hiyerarşisi açısından değerlendirir ve bu suretle mevzu hukukun iç bütünlüğünü ve güvenliğini –henüz metinler yürürlüğe girmeden- koruma altına alır.
- Yürürlüğe konacak metinlerin redaksiyonunu yaparak hukuk normlarında terim birliği ve anlam açıklığını / kesinliğini sağlar.
- Kendisine sunulan düzenlemeleri -metni hazırlayan siyasî iradenin amacı doğrultusunda- yerindelik ve "iyi idare" (*bonne administration*) ilkeleri açısından inceler. Böylece metinlere reel plânda etkinlik ve verimlilik kazandırır.

III. Danıştay'ın Doğuşu ve Gelişimi³⁴: "Danıştay"dan "Yüksek İdare Mahkemesi"ne

Gülhane Hatt-ı Hümayunu, Türk modernleşmesine geri dönülemez nitelik kazandırmış ve bu doğrultuda Padişah'a danışmanlık yaparak

³³ Conseil d'État, Rapport public 2016, s. 211.

³⁴Bkz. ÖZDEŞ, O, Danıştay'ın Tarihçesi, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 41-224; KARAHANOGULLARI, O, Türkiye'de İdarî Yargı Tarihi, Ankara 2005

“çağdaş devlet aklını” üretecek bazı müesseseler ihdas etmiştir. Padişah Abdülaziz'in nutkuyla 10 Mayıs 1868 tarihinde resmen açılan Şûrâ-yı Devlet esasen, başta Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye olmak üzere, Tanzimat meclislerinin daha uzman ve daha kurumsal bir devamıdır³⁵. İlk kurulduğunda tıpkı Fransa'da olduğu gibi daha ziyade yargılama dışı görevler üstlenen bu yapı, bilhassa Cumhuriyet sonrası dönemde gerçek bir “mahkeme” hüviyetine bürünmüştür. Ancak, Fransız Hukukundan farklı olarak Türkiye'de Danıştay, bir yüksek mahkemeye evrilirken kuruluşunda sahip olduğu idarî görevleri aynı etkinlikte muhafaza edememiştir. En başından itibaren tarihsel sürece daha yakından bakılacak olursa:

2 Nisan 1868 tarihli Şûrâ-yı Devlet Nizamnâmesi, müessesenin kuruluş gayesi ve görevleri hakkında bilgi edinebileceğimiz ilk hukukî metindir. Nizamnâme Şûrâ-yı Devlet'i, yüksek mahkemeden ziyâde, memleketin umumî meselelerinin müzakere edileceği bir meclis olarak tasarlamıştır³⁶. Bu meclisin kuruluş gayesi ise metnin mukaddime kısmında şu şekilde açıklanmaktadır:

*“Devlet idaresinin tüm yönlerinde gerek görülen düzeltmelerin ardı sıra yapılması, devlete ve uyruklarına ilişkin meseleler ile ülkenin bağımsızlığı ve bununla bağlantılı olan bütün işlerin gereğiyle yerine getirilmesi, yürütülmesi son derece gerekli olduğundan bu büyük amaca ulaşmak için en önemli araçlarından biri olarak Padişahın fermanı ve emriyle kurulan Şûra-yı Devlet...”*³⁷

Nizamnâme'nin 2. maddesine göre, Şûrâ-yı Devlet'in yargılama dışı görevleri ise şunlardır³⁸:

³⁵ KUZUM, Y/ DİNÇER, G, Danıştayın İdari Görevleri, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 732-733.

³⁶ Şûrâ-yı Devlet Nizamnamesi, **Madde-1**: “Mesâlih-i umûmiye-i mülkiyenin merkez-i müzâkeresi olmak üzere Şûrâ-yı Devlet nâmıyla bir meclis teşkil olunmuştur.”

³⁷ KARAHANOĞULLARI, s. 155-156. Orijinal ifadeler şu şekildedir: “İdâre-i umûr-u Devlet-i Aliyye'nin kâffe-i usûl ve fûrûnda lüzûmu görünen ıslahâtın peyderpey icrâsıyla gerek devletçe ve tebaaca olan mesâlih-i câriyenin ve gerek imâr-ı mülk ve ona müteferri olan mevadd-ı külliyyenin mihver-i lâyıkında cereyânı, nezd-i hikmet-vefd Hazret-i Mülûkâne'de begâyet mültezem olduğundan, bu matlab-ı âlâya vüsûl esbâbının en mühimlerinden olmak üzere teşkil-i emr ve ferman isâbet-beyân Hazret-i Hilâfetpenâhî iktizâ-i âlisinden olan Şûrâ-yı Devlet...”

³⁸ “Şûrâ-yı Devlet evvelâ kâffe-i kavânin ve nizâmâtın tetkik ve lâyhalarının tanzimine; sâniyen, kanunen ve nizâmen memur olduğu derecede mesâlih-i mülkiyeyi tetkik ile

- Bütün kanun ve nizamnameleri hazırlamak ve tasarılarını incelemek
- Mevzuatın yetki verdiği ölçüde memleket meselelerini ele almak ve bu konudaki kararlarını arz etmek
- Yürürlükteki kanun ve nizamnamelere ilişkin olarak devlet dairelerinden gelen evrak ve kararlar hakkında görüş bildirmek
- Padişah yahut yüksek devlet dairelerinin talebi üzerine her türlü mesele hakkında görüş bildirmek
- Vilâyet genel meclislerinin ıslahatlara dâir yapacağı müzâkerelerin tutanaklarını başkente getirecek komisyonları çağırmak ve müzâkere edilen konuları onlarla kararlaştırmak

Bu maddenin yanı sıra Nizamnâme'de, bütçenin hazırlanması için yapılacak hususî toplantılara Şûrâ-yı Devlet ikinci başkanı ve dairelerden bir üyenin katılması da öngörülmüştür³⁹. Nizamnâme'nin 3. maddesine göre, Şûrâ-yı Devlet, görevlerini, her biri kendi alanında uzmanlaşan beş daire hâlinde yerine getirecektir. Söz konusu dairelerin isimleri şunlardır:

- Umûr-u Mülkiye ve Harbiye
- Maliye ve Evkaf
- Adliye
- Umûr-ı Nâfia ve Ticaret ve Ziraat
- Maarif

Türkiye'nin ilk anayasası olan 1876 tarihli Kanun-u Esasî, ayrı bir başlık altında olmasa da Şûrâ-yı Devlet'e ilişkin hükümlere yer vermiştir. Şûrâ'nın kanun tasarılarını hazırlama konusundaki görevine 53 ve 54. maddelerde işaret edilmektedir⁴⁰. İdare-i mülkiyeye dâir kanunların yorumlanması da,

kararlarını arz eylemeğe; (...) hâmisen, kavânin ve nizâmât-ı mevzuaya müteallik olarak devâirden gelen evrak veya tekarrir üzerine rey vermeğe; (...) sâbian, müteallik buyrulan irâde-i seniyye veyâhut devâir-i âliye tarafından vukû bulacak talep ve üzerine her nevî mesâlih ve mesâil hakkında beyân-ı rey eylemeğe ve vilâyet nizâmı iktizâsınca beher sene merâkiz-i vilâyâtta içtimâ-i mecâlis-i ummiyenin ıslahâta dâir tezekkür edeceği mevaddın mazbatasını her meclisin âzâ-yı mevcûdesinden müntehap ve iktizâsına göre üç ve nihâyet dört neferden mürekkep olarak Dersaadet'e götürecektir olan komisyonların celbiyle mevadd-ı mezkûreyi onlarla kararlaştırmağa memurdur."

³⁹ KARAHANOĞULLARI, s. 157.

⁴⁰ **Madde 53** - Müceddeden kanun tanzimi veya kavânin-i mevcûdeden birinin tâdili teklifi vükelâya âit olduğu gibi Heyet-i Âyan ve Heyet-i Mebusân'ın dahî kendü vazife-i muayyeneleri dâiresinde bulunan mevadd için kanun tanzimini veyahut kavânin-i

117. madde ile Şûrâ-yı Devlet'in inhisarına bırakılmıştır⁴¹. Şûrâ'nın yargısal nitelikteki iki işlevinden biri olan "kişiler ile hükûmet arasındaki davaları görmek" görevi ise 85. madde ile genel mahkemelere devredilmiştir⁴².

Şûrâ-yı Devlet, 1924 Anayasası ile birlikte, üyeleri TBMM tarafından seçilen, Başbakanlığa bağlı, hem idarî hem de yargısal görevleri bir arada yerine getiren bir müesseseye dönüşmüştür. Anayasanın 51 ve 52. maddelerine göre Şûrâ-yı Devlet'in yargılama dışı görevleri şunlardır⁴³:

- Kanun tasarıları hakkında mütalâa beyan etmek
- İmtiyaz sözleşme ve şartnameleri üzerine mütalâa beyan etmek
- Nizamnâmeleri tetkik etmek (tüzükleri incelemek)
- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak

23.11.1341 (1925) tarih ve 669 sayılı Şûrâ-yı Devlet Kanunu, Fransa'daki geleneğin bir benzeri olarak, Danıştay'ı Başbakanlığa bağlı bir müessese olarak tasarlamıştır⁴⁴. Kanun'a göre dört daireden oluşan

mevcûdeden birinin tâdilini istidâyâ salâhiyetleri olmakla evvelce Makam-ı Sadâret vâsıtası ile Taraf-ı Şâhâne'den isti'zân olunarak irade-i seniyye müteallik buyrulur ise âit olduğu dâirelerden verilecek izahât ve tafsilât üzerine lâyihalarının tanzimi Şûrâ-yı Devlet'e havâle olunur.

Madde 54 - *Şûrâ-yı Devlet'te bilmüzâkere tanzim olunacak kavânin lâyihaları Heyet-i Mebusân'da ba'dehû Heyet-i Âyan'da tetkik ve kabûl olunduktan sonra icrâ-yı ahkâmına irade-i seniyye Hazret-i Padişâhî müteallik buyrulur ise düstûr-ül amel olur ve işbu heyetlerin birinde katiyen reddolunan kanun lâyihası o senenin müddet-i içtimâyesinde tekrar mevki-i müzâkereye konulamaz.*

⁴¹ **Madde 117** - *Bir madde-i kanuniyenin tefsiri lâzım geldikte, umûr-u adliyye müteallik ise tâyin-i mânâsı Mahkeme-i Temyiz'e ve idare-i mülkiyye dâir ise Şûrâ-yı Devlet'e ve işbu Kanun-u Esas'den ise Heyet-i Âyan'a aittir.*

⁴² **Madde 85** - *Her dava âit olduğu mahkemede rû'yet olunur. Eşhas ile hükûmet beynindeki davalar dahî mehâkim-i umûmiyye âittir.*

⁴³ **Madde 51** - *İdari dâva ve ihtilâfları rû'yet ve hâl, hükûmetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lâyihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyân-ı mütalâa, gerek kendi kanun-u mahsusı ve gerek kavânin-i sâire ile muayyen vezâîfi ifâ etmek üzere bir Şûrâ-yı Devlet teşkil edilecektir. Şûrâ-yı Devletin rüesâ ve âzâsı vezâîf-i mühimmede bulunmuş, ilim, ihtisas tecrübeleri ile mütemeyyiz zevât meyânından Büyük Millet Meclisince intihâp olunur.*

Madde 52 - *İcrâ Vekilleri Heyeti, kanunların süver-i tatbikiyesini irâe veyâhut kanunun emrettiği hususâtı tesbit için ahkâm-ı cedîdeyi muhtevî olmamak ve Şûrâ-yı Devlet'in nazar-ı tetkikından geçirilmek şartıyla nizamnâmeler tedvîn eder.*

⁴⁴ **Madde 1** - *Şûrâ-yı Devlet Başvekâlete merbut olup, bir reisin tahtı idaresinde dört daire reisi ile on altı azadan mürekkeptir.*

Danıştay'ın "Tanzimat", "Mülkiye", "Maliye ve Nafia" daireleri idarî işleri yapacak, "Deâvi" dairesi ise davaları görecektir⁴⁵. Anayasa'ya ek olarak bu kanunla Danıştay'a, "hükûmetçe havale olunan her çeşit mesele hakkında görüş bildirmek"⁴⁶ ve "derneklerin kamuya yararlı olup olmadıkları hakkında karar vermek"⁴⁷ gibi başka yargılama dışı görevler de verilmiştir⁴⁸.

21.12.1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrâsı Kanunu, Danıştay'ın "Başvekâlete merbut" vaziyetini değiştirmemiştir⁴⁹. Üçü idarî, ikisi dava dairesi olmak üzere beş daireden oluşacak Danıştay'ın idarî görevleri, ayrı bir fasıl hâlinde Kanun'un 12 ilâ 17. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu idarî görevler birinci, ikinci ve üçüncü daireler tarafından yerine getirilecektir⁵⁰.

Birinci daire, hükûmet tarafından hazırlanarak tevdi edilen kanun ve tüzük tasarılarını tetkik edecek, tüzüklere ilişkin tefsir (yorum) taleplerini ele alacak ve idarî makamlar arasında vazife ve salâhiyetten doğan ihtilâfları çözecektir⁵¹. İkinci daire; Dâhiliye, Maarif ve Sıhhat ve İçtimaî Muavenet vekâletlerine dâir işleri, Belediye Kanunu ile Danıştay'a verilen ve idarî yargılamaya konu teşkil etmeyen hususları, Vilâyet İdaresi ve İdare-i Umumiye-i Vilâyât Kanunları gereğince Danıştay'a doğrudan doğruya

⁴⁵ **Madde 9** - *Şûrâ-yı Devlet; Tanzimat, Mülkiye, Maliye ve Nafia, Deâvi dairesi namlarıyla dört daireye münkasem ve bu daireler birer reis ile dörder azadan mürekkeptir.*

⁴⁶ **Madde 15** - *Şûrâ-yı Devlet: (...) 3 - Hükûmetçe havale olunan her nevi mesâil hakkında beyân-ı mütalâa eder.*

⁴⁷ **Madde 17** - *İdarî dairelerde görülen işlerden Heyet-i Umûmiyede tetkiki iktizâ eden hususât şunlardır: (...) 5 - Cemiyâtın umûmun menfaatlerine hâdim olup olmadığına müteâllik mukarrerât, (...)*

⁴⁸ 02.08.1931 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 1859 sayılı Kanun, Danıştay'ın yargılama dışı görevleriyle ilgili herhangi bir değişiklik getirmezken, deâvî dairesinin yanına ikinci bir deâvî dairesi eklemiştir (Madde 3).

⁴⁹ **Madde 1** - *Devlet Şûrâsı, bir reis ile beş daire reisi ve yirmi beş azadan mürekkeb ve Başvekâlete merbuttur. Devlet Şûrâsı, üçü idarî, ikisi kazaî işlere bakan beş daireye ayrılmıştır.*

⁵⁰ **Madde 12** - *Devlet Şûrâsının idarî işlere ait vazifeleri birinci, ikinci ve üçüncü dairelerde görülür.*

⁵¹ **Madde 13** - *Birinci daire: A - Hükûmet tarafından ihzar ve tevdi edilen kanun lâyhalarını; B - Nizamname lâyhalarını ve nizamnamelere ait tefsir taleplerini; C - İdarî makamlar arasında vazife ve salâhiyetten doğan ihtilâfları; D - Diğer dairelerin vazifeleri dışında kalan işleri tetkik ve rüyet eder.*

veya itiraz yoluyla tevdi olunacak işleri, derneklerin kamuya yararlı sayılması için hükûmete yapılacak müracaatların tetkikini, inzibatî cezaların bir kısmının tayinini ve diğerleri hakkında yapılacak itirazların incelenmesini ve nihayet Memurîn Muhakematı Kanunu uyarınca karar alma işlerini yerine getirecektir⁵². Üçüncü daire ise malî, iktisadî işler ve bayındırlık ve madenlere ilişkin hizmet ve imtiyazlarla ilgili konuları ele alacaktır⁵³. Danıştay idarî dairelerinin istişarî mahiyette inceleyeceği işler Başbakanlık kanalıyla buraya iletilecek ve verilecek kararlar da yine Başbakanlığa sunulacaktır⁵⁴. 1965 yılına dek 3546 sayılı Kanun'da bir dizi değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklere genel olarak bakıldığında Danıştay'ın dava dairelerinin arttığı ve yargılama işlevinin önem kazandığı, idarî dairelerin ise, gelen işlerin azalmasından dolayı eski önemini yavaş yavaş kaybettiği görülmektedir.

1961 Anayasası, 1924'ten farklı olarak Danıştay'a "Yüksek Mahkemeler" başlığı altında yer vermiştir. Dolayısıyla 1961'den itibaren Danıştay'ın aslî işlevinin "yargılama" olduğu, idarî görevlerinin ise artık istisnâî bir niteliğe büründüğü söylenebilir. Anayasa'nın m. 140/2 hükmüne göre "*Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve dâvaları görmek ve çözümlmek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevli*" olacaktır. Dikkat edilecek olursa bu fıkrada "idarî davaları görmek" dışındaki bütün

⁵² **Madde 14** - İkinci daire: A- Dâhiliye, Maarif ve Sıhhat ve İçtimaî Muavenet vekâletlerinin alâkalı oldukları işleri; B- Belediye Kanunu ile Devlet Şûrasına mevdu olup da idarî kazaya mevzu teşkil etmeyen hususları; C- Vilâyet İdaresi ve İdare-i Umumiye-i Vilâyât Kanunları mucibince Devlet Şûrasına doğrudan doğruya veya itiraz yolu ile tevdi olunacak işleri; D- Cemiyetlerin amme menfaatlerine hâdim cemiyetlerden sayılması için Hükûmete vaki olacak müracaatları tetkik eder. E- Birinci derecede inzibatî ceza tayini Devlet Şûrasına ait olan işlerle vekâlet inzibat komisyonları kararlarına karşı vuku bulan itirazlar hakkında tedkikat yaparak karar ittihaz; F - Memurin Muhakematı Kanunu hükümlerine göre kararlar ita eder.

⁵³ **Madde 15** - Üçüncü daire: A - Malî ve İktisadî işlerle gümrük ve inhisar işlerini; B - Nafia hizmetleri ve imtiyazları ile maden araması ve imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının fesih işlerini tetkik eder.

⁵⁴ **Madde 16** - Devlet Şûrasınca istişarî mahiyette tetkik olunacak işler Başvekâletten havale edilir ve bunlar hakkında verilecek kararlar Başvekâlete bildirilir.

görevler, idarî uyuşmazlıkları çözümlmek dâhil⁵⁵, idarî nitelik taşımaktadır.

24 Aralık 1965 tarih ve 521 sayılı Kanun, Danıştay'ın yapısını 1961 Anayasası doğrultusunda tekrar düzenlemiştir. Kanun'un ilk maddesinde Danıştay'ın yetkilerini doğrudan doğruya Anayasa'dan alan "yüksek mahkeme" niteliğine vurgu yapılmış, bununla birlikte danışma ve inceleme organı olduğundan da söz edilmiştir⁵⁶. 1924 Anayasası döneminde Danıştay "Başbakanlığa bağlı" bir kuruluş iken, Kanun ile "bağımsız" hâle gelmiş, ancak bütçe ve hükûmetle ilgili işlerini yine Başbakanlık aracılığıyla yürütmesi öngörülmüştür⁵⁷. Kanun'a göre on iki daireden oluşan yüksek mahkemenin yalnızca ilk üç dairesi "idarî daire" niteliğinde⁵⁸ olup her bir dairenin göreceği işler (Kanun'un 48, 49 ve 50. maddelerine göre) şu şekildedir:

- *Birinci Daire:* Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirir, Başbakanlıktan gönderilen tüzük tasarılarını inceler. İdari makamlar arasında görev ve yetkiden doğan ve Başbakanlıktan tevdi olunan uyuşmazlık işlerini karara bağlar.
- *İkinci Daire:* İl İdaresi Kanunu veya İdare-i Umûmiye-i Vilâyât Kanunu gereğince doğrudan doğruya veya itiraz yoluyla Danıştaya verilen işleri, birinci derecede disiplin cezası verilmesi Danıştay'a

⁵⁵ "Öğretide de kabul edildiği gibi idari uyuşmazlıkları, idari makamlar arasında doğan ve çeşitli yasa hükümleriyle kesin olarak çözümlü Danıştaya verilmiş bulunan ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 47. maddesi ile de Danıştayın birinci, ikinci ve üçüncü daireleriyle Danıştay Genel Kurulu veya İdari Daireler Kurulu görevlendirilmiş olan uyuşmazlıklar oluşturur. Hemen açıklamak gerekir ki, bu tür uyuşmazlıklar hakkında Danıştayın idari dairelerinden verilen kararlar yargısal nitelik taşımayan idari karakterdeki kararlardır." Anayasa Mahkemesi'nin 25.05.1976 tarih ve E. 1976/1, K. 1976/28 numaralı kararı, (Erişim: www.anayasa.gov.tr, 21.04.2017). İdari uyuşmazlıklar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. DİNÇER, G, İdari Makamlar Arasında Görev ve Yetki Uyuşmazlığı, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 811 vd.

⁵⁶ **Madde 1** - Danıştay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş yüksek idare mahkemesi, danışma ve inceleme merciidir.

⁵⁷ **Madde 2** - Danıştay bağımsızdır. Yönetimi ve temsili Birinci Başkana aittir. Danıştayın, bütçe ve Hükûmetle ilgili işleri Başbakanlık aracılığı ile yürütülür.

⁵⁸ **Madde 19** - Danıştay, dokuzu idari dâvalara ve üçü idari işlere bakan on iki daireye ayrılır.

ait olan işleri ve Memurîn Muhakemâtı Hakkındaki Kanun hükümlerine göre Danıştay'ca görülecek işleri karara bağlar.

- *Üçüncü Daire*: Bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini, kanunlarında Danıştay'dan alınacağı yazılı bulunan düşüncelere ilişkin istekleri, Danıştay'ca istişarî mahiyette incelenmek ve düşüncesini bildirmek için Başbakanlıktan gönderilecek işleri, 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun 30. maddesinin uygulanmasından çıkan anlaşmazlıkları, Belediye Kanunu ile Danıştay'a verilir idari dâvaya konu olmayan işleri, derneklerin, genel menfaatlere yarar derneklerden sayılması için Başbakanlıkça yapılacak teklifleri ve diğer idari dairelerin görevi dışında kalan işleri karara bağlar veya bu işler hakkında düşüncesini bildirir.

1982 Anayasası, tıpkı 1961 Anayasası'nda olduğu gibi Danıştay'a yüksek mahkemeler arasında yer vermiştir. Anayasa'nın 155. maddesine göre Danıştay'ın yargılama dışı görevleri şöyle sıralanabilir:

- Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşünce bildirmek
- Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek⁵⁹
- Tüzük tasarılarını incelemek
- İdarî uyuşmazlıkları çözmek
- Kanunla gösterilen diğer işleri yapmak⁶⁰

1982 Anayasası'ndan önce yürürlüğe giren ve hâlen yürürlükte bulunan 2575 sayılı Kanun'a göre, Danıştay'ın on dairesinden yalnızca ilki "idarî daire" niteliğindedir⁶¹. Anayasa'ya ek olarak, Kanun'un 23. maddesi ile Danıştay'a "Cumhurbaşkanlığı ve Başbakanlık tarafından gönderilen işler hakkında görüş bildirmek" görevi de verilmiştir. Birinci dairenin

⁵⁹ 1982 Anayasası'nda 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde Danıştay'ın bu görevi yalnızca "inceleme" idi.

⁶⁰ "Kanunla gösterilen diğer işler" in 1961 Anayasası dönemindeki kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz. **KUZUM**, Y, Çeşitli Kanunlara Göre Danıştay'ca Verilen Hukuki Mütalaalar, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 796 vd.

⁶¹ 01.07.2016 tarih ve 6723 sayılı Kanununun 3 üncü maddesiyle yapılan değişiklikten önce Danıştay'ın toplam daire sayısı, ikisi idarî, on beşi dava dairesi olmak üzere on yedi idi.

görevlerini sayan 42. madde, Anayasa'da geçen "idarî uyuşmazlıkların" Danıştay'a Başbakanlık tarafından gönderileceğini düzenlemekte, ayrıca "Danıştay'ca istişarî mahiyette incelenmek ve düşüncesini bildirmek için Cumhurbaşkanlığı veya Başbakanlıktan gönderilecek işler" ifadesiyle ayrı bir danışmanlık görevinden de söz edilmektedir. Nihayet bu maddede:

- 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun 30. maddesinin uygulanmasından çıkan uyuşmazlıkların çözülmesine
 - İdare-i Umumiye-i Vilâyât Kanun-u Muvakkatı gereğince doğrudan doğruya veya itiraz yoluyla Danıştay'a verilen işlere
 - Belediye Kanunu ile Danıştay'a verilip idari davaya konu olmayan işlere
 - Derneklerin, kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi için yapılacak tekliflerin karara bağlanmasına
 - Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanmalarına ilişkin mevzuat uyarınca görülecek işlere
- değnilmektedir.

Birinci Dairenin üzerinde yer alan İdari İşler Kurulu ise, Kanun'un 46. maddesine göre: 1) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini, 2) Kanunlarda Danıştay İdari İşler Kurulunda görüşüleceği yazılı olan işleri, 3) Danıştay idari daire ve kurulları arasında çıkacak görev uyuşmazlıklarını, 4) Yukarıda sayılanlardan başka idari dairelerden çıkan işlerden Danıştay Başkanının havale edeceği işleri, inceler ve gereğine göre karara bağlar veya düşüncesini bildirir.

Ne var ki yukarıda sıralanan idarî görevler bazı değişikliklere uğramıştır. Evvelâ 6830 sayılı İstimlak Kanunu ilga edilmiş, bunun yerine yürürlüğe konulan 6203 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun yine 30. Maddesi ile aynı görev Danıştay idarî dairelerine tevdi edilmiştir⁶². İdare-i Umumiye-i Vilâyât Kanun-u Muvakkatı da mülğadır⁶³. Belediye Kanunları ise değişmiştir. Bugün mahallî idarelere ilişkin kanunlarda Danıştay'a daha önceden verilen idarî görevlerin çoğu kaldırılmıştır.

⁶² İstimlak Kanunu Dönemindeki uygulama için bkz. **ÇELTİK**, M. A., İstimlak Kanununa Göre Danıştayca Verilen Kesin Kararlar, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 856 vd.

⁶³ Kanunun yürürlükte olduğu dönemde Danıştay'a verilen görevlere ilişkin olarak bkz. **FIRAT**, A. Y., İdarei Umumiyei Vilayat Kanunu Gereğince Danıştayca Verilen Kesin Kararlar, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 825 vd.

Mahallî idarelerle ilgili kanunların Danıştay'a verdiği mevcut idarî görevler şu şekilde sıralanabilir⁶⁴:

- Belediyelerin kurulması, kaldırılması ve köye dönüştürülmesinde görüş bildirmek (Belediye Kanunu, m. 4 ve 11)
- Belediye hizmetlerinin imtiyaz yoluyla devrinde görüş bildirmek (Belediye Kanunu, m. 15)
- Büyükşehir belediye meclislerince ilçe belediye bütçelerinde yapılan değişikliklere karşı on gün içinde gerçekleştirilecek itirazları otuz gün içinde karara bağlamak (Büyükşehir Belediye Kanunu, m. 25)
- İl encümeni kararları üzerinde valinin talebi ile idarî vesayet denetimi yapmak (İl Özel İdaresi Kanunu, m. 27)

5253 sayılı Dernekler Kanunu, kamu yararına çalışan dernek statüsünün verilmesi prosedürünü yeniden düzenlemiş ve Danıştay'ın bu konuda eskiden beri var olan bir idarî görevini ortadan kaldırmıştır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanması konusunda bugün yürürlükte olan 4483 sayılı Kanun'un 9. maddesi, ilgili Bakan / Başbakan, TBMM Genel Sekreteri / TBMM Başkanı, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri ve İçişleri Bakanı tarafından soruşturma izni verilmesi yahut verilmemesine ilişkin kararlara karşı Danıştay İkinci Dairesine on gün içerisinde itiraz edileceğini öngörmektedir⁶⁵. Danıştay İkinci Dairesi, Kanun'un yürürlüğe konulduğu dönemde idarî daire idi. Bu sebeple söz konusu görev bugün Danıştay Birinci Dairesi tarafından yerine getirilmektedir. Ayrıca 2547 sayılı Kanun kapsamında verilecek soruşturma izinleri bakımından da Danıştay'ın benzer bir idarî görevi bulunmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında Danıştay'ın idari görevlerini üç başlık altında toplayabiliriz⁶⁶:

⁶⁴ Belediyeler bakımından Danıştay'ın idari görevlerinin eski durumu hakkında detaylı bilgi için bkz. **ÇELTİK**, M. A., Belediye Kanununa Göre Danıştayca Verilen Kanuni Mütalaalar, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 779 vd.

⁶⁵ 4483 sayılı Kanun öncesi dönem ve bu dönemde Danıştay'ın rolüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ERDOĞDU**, A, Danıştayın Memurların Yargılanması ile İlgili Görevleri, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 869 vd.

⁶⁶ **AKYILMAZ**, B/**SEZGİNER**, M/**KAYA**, C, Türk İdare Hukuku, Seçkin 2016, s.269-273.

- **İnceleme**

İnceleme görevi kanunların idareye takdir yetkisi bırakmadan zorunlu olarak bazı düzenlemelerle ilgili olarak Danıştay'dan görüş alma yükümlülüğü getirdiği durumlarda karşımıza çıkar. Örneğin, tüzük tasarıları Danıştay tarafından kendisine geliş tarihinden itibaren iki ay içinde "incelenir". Danıştay incelemesinden geçirilecek bir tasarrufta Danıştay'ın incelemesinin bulunmaması tasarrufu şekil unsuru bakımından sakatlayacaktır. Danıştay'ın inceleme sonucu belirttiği görüş ise ilgili idareyi bağlayıcı nitelikte değildir. Bu durum Danıştay'ın yardımcı kuruluş olmasının tabii bir sonucudur.

- **Görüş Bildirme / Düşünce Bildirme**

Görüş bildirme, *Cumhurbaşkanlığı* ve *Başbakanlık* tarafından gönderilen işler hakkında, Danıştay'ın söz konusu konularla ilgili görüşünü ifade etmesini, düşüncesini bildirmesini ifade eder. Danıştay'dan ancak *Cumhurbaşkanlığı* ve *Başbakanlık*ça görüş istenebilir⁶⁷. *Danıştay'a göre "idare, kanuniliğine inanarak tesis etmiş olduğu işlemin veya ittihaz ettiği kararın hukuka veya kanuna uygunluğunun aydınlığa kavuşması için ... Danıştay'ın görüşüne her zaman ihtiyaç duyabilir. ... İdarenin duraksamaya düştüğü hallerde Danıştay'ın bu tereddüdü ortadan kaldıracak şekilde hukuki durumu açıklığa kavuşturması kanuni görevidir. Danıştay bu görevi hiçbir nedenle yerine getirmekten kaçınmaz"*⁶⁸.

Danıştay'a göre, "hukuk devletinin niteliği gereği bütün eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu esas olan idarenin, duraksamaya düştüğünde Danıştay'ın istişari görüşünü alacağı konulara ilişkin olarak yasal bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak Danıştay; bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin özel durumlar hakkında değil, genel ve objektif konularda istişari görüş bildirmekte, bu esasa uygun olmayan kimi istekler ise soyutlaştırılıp genelleştirilerek ele alınmakta ve bu şekilde karara

⁶⁷Bkz. D1D, 04.02.1994, E 1993/316, K 1994/19, DD, 1996, sy. 90, s. 72. Aynı yönde bkz. "Danıştay'dan ancak Cumhurbaşkanlığı ve Başbakanlıkça istişari düşünce istenebilir. Bu nedenle ... Valiliğinin ... günlü ve İdare Kurulu Müdürlüğü ... sayılı yazısıyla yaptığı istem üzerine istişari düşünce bildirilmesine olanak bulunma(maktadır)". D1D, 2012.1994, E 1994/195, K 1994/205, DD, 1996, sy. 90, s. 74.

⁶⁸DGK, 10.01.1980, E 1979/36, K 1980/9, DD, 1981, sy. 40–41, s. 64.

bağlanmaktadır"⁶⁹. Görüş istemlerinin, yürütmenin görev ve yetki alanına giren ve resen işlem tesis edebileceği hususlara ilişkin bulunması gerekir"⁷⁰. Danıştay'ın görüş bildirme görevi, idarenin genel ve objektif konularda düştüğü duraksamanın giderilmesi ile sınırlıdır⁷¹. Bu nedenle, genel ve objektif konulara ilişkin bulunmayan hususlarda, örneğin kişisel (öznel) nitelik taşıyan hususlarda⁷², subjektif ve spesifik olaylarda⁷³, idari yargı organları tarafından verilen bir kararın uygulanmasında düşülen duraksama hakkında⁷⁴, yargı yerlerinde görülmekte olan veya karara bağlanmış bulunan davalar hakkında⁷⁵, Danıştay tarafından görüş bildirilemez.

Danıştay'ın görüşü idareyi bağlayıcı nitelikte değildir. Görüşü alınmak amacıyla Danıştay'a gönderilen bir sözleşmenin, imtiyaz sözleşmesi

⁶⁹D10D, 10.05.1994, E 1992/1819, K 1994/2107, DD, 1996, sy. 90, s. 1125-1126.

⁷⁰D1D, 02.07.1996, E 1996/102, K 1996/146, DD, 1997, sy. 93, s. 37-39; D1D, 27.10.1994, E 1994/166, K 1994/170, DD, 1996, sy. 90, s. 56.

⁷¹Bkz. D1D, 08.07.1998, E 1998/75, K 1998/114, DD, 1999, sy. 99, s. 20-22; D1D, 20.12.1996, E 1996/224, K 1996/243, DD, 1998, sy. 94, s. 56.

⁷²Bkz. D1D, 08.07.1998, E 1998/75, K 1998/114, DD, 1999, sy. 99, s. 20-22; D1D, 20.12.1996, E 1996/224, K 1996/243, DD, 1998, sy. 94, s. 56; D1D, 08.11.1999, E 1999/143, K 1999/165, DD, 2001, sy. 103, s. 40-42; D1D, 08.10.1996, E 1996/151, K 1996/199, DD, 1997, sy. 93, s. 39-42.

⁷³Bkz. D10D, 03.10.1996, E 1996/196, K 1996/192, DD, 1997, sy. 93, s. 20-23.

⁷⁴Bkz. D1D, 07.10.1997, E 1997/131, K 1997/127, DD, 1998, sy. 95, s. 42; D1D, 16.09.1994, E 1994/146, K 1994/143, DD, 1996, sy. 90, s. 70; D1D, 05.02.1999, E 1999/15, K 1999/23, DD, 2000, sy. 101, s. 60-65; D1D, 02.06.1999, E 1999/82, K 1999/98, DD, 2000, sy. 102, s. 65-67. Karar, DiİK'nca onanmıştır. DiİK, 16.09.1999, E 1999/111, K 1999/113, DD, 2000, sy. 102, s. 67-69.

⁷⁵Bkz. D1D, 30.06.1987, E 1987/227, K 1987/253, DD, 1988, sy. 70-71, s. 60-61; D1D, 12.11.1992, E 1992/334, K 1992/348, DD, 1993, sy. 87, s. 51-55; D1D, 29.12.1992, E 1992/350, K 1992/401, DD, 1993, sy. 87, s. 72-74; D1D, 16.03.1993, E 1993/18, K 1993/44, DD, 1994, sy. 88, s. 26-32; D1D, 20.05.1996, E 1996/99, K 1996/105, DD, 1997, sy. 92, s. 101; D1D, 01.10.2007, E 2007/1024, K 2007/1073, DD, 2008, sy. 117, s. 1-2; D1D, 13.03.2003, E 2003/36, K 2003/34, DKD, 2003, sy. 1, s. 8; D1D, 16.09.1994, E 1994/146, K 1994/143, DD, 1996, sy. 90, s. 70; D1D, 05.02.1999, E 1999/15, K 1999/23, DD, 2000, sy. 101, s. 60-65; D1D, 02.06.1999, E 1999/82, K 1999/98, DD, 2000, sy. 102, s. 65-67. Karar, DiİK'nca onanmıştır. DiİK, 16.09.1999, E 1999/111, K 1999/113, DD, 2000, sy. 102, s. 67-69; D1D, 25.02.2009, E 2009/225, K 2009/377, DD, 2009, sy. 121, s. 13-14.

niteliğinde görülmeyerek incelenmeksizin iade edilmesi halinde bu sözleşme mevzuatın öngördüğü şekilde bir imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemez⁷⁶.

Yine, örneğin, 5393 sayılı Belediye Kanunu'na göre, “Bir veya birden fazla köyün köy ihtiyar meclisinin kararı veya seçmenlerinin en az yarısından bir fazlasının mahallin en büyük mülkî idare amirine yazılı başvurusu ya da valinin kendiliğinden buna gerek görmesi durumunda, valinin bildirim üzerine, mahallî seçim kurulları, onbeş gün içinde köyde veya köy kısımlarında kayıtlı seçmenlerin oylarını alır ve sonucu bir tutanakla valiliğe bildirir. / İşlem dosyası valinin görüşüyle birlikte İçişleri Bakanlığına gönderilir. **Danıştay'ın görüşü alınarak** müşterek kararname ile o yerde belediye kurulur”. (m. 4/4-5). “Meskûn sahası, bağlı olduğu il veya ilçe belediyesi ile nüfusu 50.000 ve üzerinde olan bir belediyenin sınırına, 5.000 metreden daha yakın duruma gelen belediye ve köylerin tüzel kişiliği; genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması durumunda, **Danıştay'ın görüşü alınarak**, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine müşterek kararname ile kaldırılarak bu belediyeye katılır. ... Nüfusu 2.000'in altına düşen belediyeler, **Danıştay'ın görüşü alınarak**, İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine müşterek kararname ile köye dönüştürülür. ...”. (m. 11/1-2). “Belediye, [15/1. Maddenin] (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri **Danıştay'ın görüşü** ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir; toplu taşıma hizmetlerini imtiyaz veya tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirebileceği gibi toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya 67 nci maddedeki esaslara göre hizmet satın alma yoluyla yerine getirebilir”. (m. 15/2).

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 64. Maddesinde sayılan “hizmet erbabının safi ücretleri takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücretin yıllık brüt tutarının %25'idir.” Bu meslek grupları yanında “gerçek ücretlerinin tesbitine imkan olmaması sebebiyle, Danıştayın müspet mütalaasıyla, Maliye Bakanlığınca bu kapsama alınanlar” da aynı hükme tabidir.⁷⁷

Kanunlar bazı hallerde de somut olaya ilişkin olarak Danıştay görüşünün alınmasını öngörebilmektedir. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun ek 33. Maddesi ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun

⁷⁶D13D, 26.09.2008, E 2008/5151, K 2008/6509, DD, 2009, sy. 120, s. 419.

⁷⁷ Bugüne kadar bu madde kapsamında Danıştay'a herhangi bir başvuruda bulunulmadığı ifade edilmiştir. **Bkz. ASLAN**, s.44.

geçici 3. maddesi uyarınca görev sözleşmelerine ilişkin Danıştay'ın iki ay içinde düşünce bildirmesi düzenlenmiştir.

- **Diğer Görevleri**

Danıştay'a diğer kanunlarla verilen idari görevleri kapsar. Özellikle mahalli idarelerle ilgili olarak idari vesayet denetimi sürecinde karşımıza çıkan görevler bu niteliktedir.

Danıştay'ın diğer idari görevlerine örnek olarak şunlar verilebilir:

1) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu m. 27/6'ya göre, Vali kanun, tüzük, yönetmelik ve il genel meclisi kararlarına aykırı gördüğü encümen kararının bir sonraki toplantıda tekrar görüşülmesini isteyebilir. Encümen, kararında ısrar ederse karar kesinleşir. Bu takdirde, vali, kesinleşen encümen kararının uygulanmasını durdurur ve yürütmeyi durdurma talebi ile birlikte on gün içinde idari yargı yerlerine başvurur. İtirazı *Danıştay* en geç *altmış gün* içinde karara bağlar.

2) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesine göre bir kamu tüzel kişisi diğer bir kamu tüzel kişisinin taşınmazına, kaynak veya irtifak hakkına ihtiyaç duyarsa, ödeyeceği bedeli de belirtmek suretiyle, taşınmazın maliki olan idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare taşınmazın devrine muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise, anlaşmazlık taşınmazı isteyen idarenin başvurusu üzerine *Danıştay Birinci Dairesince* incelenerek *iki ay* içinde kesin olarak karara bağlanır.

3) 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi, soruşturma izni verilmesine ilişkin karara, Cumhuriyet başsavcılığı veya şikâyetçi ise soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı, tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde itiraz edebilir (m. 9/2). Soruşturma izninin başbakan, meclis başkanı, cumhurbaşkanı genel sekreteri ve içişleri bakanı tarafından verildiği durumlarda itiraz, *Danıştay Birinci Dairesi* tarafından kesin olarak karara bağlanır (m. 9/3).

4) 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununa göre büyükşehir belediye meclisince ilçe belediye bütçelerinde yapılan değişikliklere karşı on gün içinde *Danıştaya itiraz edilebilir*. Danıştay, itirazı otuz gün içinde karara bağlar. (m. 25/3).

Yukarıda da belirtildiği üzere, Fransa'dan farklı olarak, Türkiye'de Danıştay'ın yargılama dışı görevleri tarihî süreç içerisinde gittikçe azalmıştır. Danıştay 1. Dairesinden temin edilen verilere göre son üç yılda toplam on istişarî düşünce istemi karara bağlanmıştır. (2014'te 4, 2015'te 2, 2016'da 4).

Birinci Daire İşleri	2014	2015	2016	2017 01-04 2017
Tüzük Tasarıları	16	2	4	1
İmtiyaz İşİ	7	9	4	2
Sözleşme Değ.	1	-	-	-
İstişari Düşünce	4	2	4	-
Kamulaştırma	20	41	60	26
Belediye İşİ	3	3	6	1
Yetki Uyuşmazlığı	-	1	-	-

(Son dört yılda Danıştay 1. Dairesine gelen idarî işlerin dağılımı)

Bu noktada hemen belirtmek gerekir: 16.04.2017 tarihinde yapılan halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa değişikliğinin yapılacak ilk milletvekili seçimlerinden sonra yürürlüğe girecek olan hükümleriyle birlikte, “kanun tasarıları hakkında düşünce bildirme” ve “tüzük tasarılarını inceleme” işleri de Danıştay’ın idarî görevleri arasından çıkacaktır.

DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Danıştay’ın yargılama dışındaki *danışma* ve *inceleme* faaliyeti, esasen idare ve kamu hizmetinden yararlanan durumda bulunan vatandaşları korumak amaçlıdır. İdarenin hukuka uygun karar alması ve bu suretle uyuşmazlıkların önlenmesi amaçlanmaktadır. Danıştay’ın, kamu idaresi ile bir iktidar paylaşımı söz konusu değildir. Özellikle gerek yasama organı tarafından ve gerekse yürütme tarafından hazırlanan düzenleyici işlemlerle ilgili olarak Danıştay katkısı hayati önemi haizdir. Yukarıda da görüldüğü üzere, Conseil d’Etat, yürütmenin düzenlemeleri yanında yasama faaliyetlerinde de etkin bir rol oynamaktadır.

Ülkemizde ise Danıştay’ın yasama faaliyetine katılımı başlangıçtan bugüne hemen hiç kullanılmamıştır. Bu durum iki sebebe dayandırılmıştır. Birincisi idarenin yasa hazırlama yetkisini paylaşıyormuş hissine kapılması; ikincisi ise Danıştay’ın uzun inceleme süreleridir.⁷⁸ Oysa Conseil d’Etat ile ilgili iş hızını gösteren tabloda da görüldüğü üzere, uygun bir yapılanma ile çok kısa sürelerde inceleme görevinin yapılması mümkündür.

Conseil d’Etat faaliyet raporunda da ifade edildiği gibi mevzuatın iç bütünlüğü ve güvenliği—henüz metinler yürürlüğe girmeden koruma altına alınır; hukuk normlarında terim birliği ve anlam açıklığı/ kesinliği sağlanır; düzenleme, metni hazırlayan siyasî iradenin amacı doğrultusunda yerindelik ve “iyi idare” ilkeleri açısından incelenir ve böylece metinlere reel plânda etkinlik ve verimlilik kazandırılır. Hukuki metinlerin hazırlanmasına yapılacak Danıştay katkısı, idare hukuku gelişmeleri karşısında bir zorunluluk halini almıştır. İdare hukuku içtihadî bir hukuk dalı olarak kabul edilir. Danıştay’ın kararları, birçok idare hukuku müessesinin doğuşunu sağlamıştır. Ancak, idare hukukunun oluşumu salt yargılama

⁷⁸ Bkz. ASLAN, s.21-22.

faaliyeti ile olamaz. Hukukun oluşumuna mutfakta katılım gerekir.⁷⁹ GÜLAN'ın ifadesiyle; *“İdare Hukuku sürekli gelişen bir hukuk dalıdır. Yeni kavramlar gündeme gelmekte, eski ve yıkılmaz denilen kavramlar içerik değiştirmekte, krize girmektedir. Bu alanın temel aktörü olan Danıştay'ın bu değişiklikleri sadece izlemesi, bir anlamda maruz kalması yargılama aşamasındaki etkinliğini azaltır. Danıştay'ın da mutlaka bu hukukun oluşumunun içinde yer alması gerekir. Bu sadece uyumsuzluk çözümü yoluyla olamaz.”*⁸⁰

16.04.2017 tarihinde yapılan halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa değişikliği ile “kanun tasarıları hakkında düşünce bildirme” ve “tüzük tasarılarını inceleme” işleri Danıştay'ın idarî görevleri arasından çıkarılmıştır. Bu düzenleme henüz yürürlüğe girmemiştir. Konuya ilişkin Anayasa değişikliğinin, “Bakanlar Kurulu” ile “Başbakanlık” kurumlarının ve “tüzük” düzenlemesinin kaldırılmasının bir sonucu olarak mı, Danıştay'ın idari görevlerine son vermek amacıyla mı yapıldığı konusunda bir açıklama mevcut değildir. Ancak değiştirilen diğer hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Danıştay'ın idari görevlerine son verme amacı dışında, yeni sisteme uyumun esas alındığı anlaşılmaktadır. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, Anayasa değişiklik tasarısına ilişkin 13 Mart 2017 tarihli raporunda, Danıştay'ın “kanun tasarıları hakkında düşünce bildirme” ve “tüzük tasarılarını inceleme” görevlerinin kaldırılmasını eleştirmiş; Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Kanunların çatışmasını önlemek bakımından bu kararnameler için bir danışma fonksiyonun ihdas edilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir.⁸¹

Düzenleyici işlemler yanında, idari faaliyet sırasında karşılaşılan güçlüklerin, duraksama ve tereddütlerin giderilmesinde de Danıştay'ın etkin bir rol oynaması mümkündür. Sayın ASLAN'ın ifadesiyle, *“İdarenin, tereddüde düştüğü genel ve nesnel konularda Danıştay'ın bu işlevini etkin*

⁷⁹“Dünyada ve Türkiye’de özellikle ekonomik alanda her olanı, olduğu gibi kabul etmek için değil; anlamak, izlemek, değerlendirmek, kimi zaman uyarlamak, kimi zaman engel olmak, gerekirse de uygun hukuki altyapıyı hazırlamak için mutfakta bulunmak gerekir.”

GÜLAN, A, Danıştay'ın Yargılama Dışındaki İşlevlerinin Gerekliliği Sorunu, Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2014 Ankara, s. 59.

⁸⁰ GÜLAN, s.59

⁸¹[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad\(2017\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2017)005-e)

*bir şekilde kullanması, hukuka uygun işlem tesis etmesine yardımcı olacağı gibi yargı yükünün azaltılmasına da katkı sağlayacaktır”.*⁸²

Bütün bu faaliyetin, “iyi idare” ilkesinin hayata geçirilmesini kolaylaştıracağı muhakkaktır. Danıştay’ın yargılama dışı görevlerinin sadece tarihi sebeplerle muhafaza edilmesi düşünülemez. İşin bir boyutu bu olmakla birlikte, günümüz bakımından da bir zorunluluk olduğu görülmektedir.

Danıştay’ın özellikle inceleme ve danışma görevleri bakımından, idare içinde yer alan danışma ve denetim birimlerinden farklılığı üzerinde de durmak gerekir. Her idari birimin danışabileceği hukuk müşavirlikleri, danışmanları, denetim birimleri mevcuttur. Bununla birlikte Danıştay, yüksek hakim güvencesine sahip üyeleri, idare hiyerarşisi dışında, idare ile hiçbir organik bağı olmayan yapısı ile bir yüksek mahkemedir. Dolayısıyla, hukuku bütüncül olarak kavrayan, objektif değerlendirme yapmak durumunda olan Danıştay’ın görüş ve değerlendirmelerinin, idarenin kendi iç işleyişi içinde üreteceği görüşlerden daha etkin olacağı şüphesizdir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise yargılama görevi ile danışma görevinin bir arada bulunup bulunamayacağı sorunudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1995 yılında vermiş bulunduğu “Procola” kararı ile bu tartışma gündeme gelmiştir. Karara göre, Lüksemburg Danıştay’ında hukuki düzenlemeye görüş bildirmiş olan üyenin, bu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin işleme karşı açılan davada görev alması, tarafsızlık ilkesinin zedelenmesi sebebiyle, adil yargılanma hakkı başlıklı sözleşmenin 6. Madde hükmünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁸³ Bu karar, Danıştay’ın idari ve yargısal fonksiyonlarının birlikte yürütülmesine engel bir karar değildir. Asıl olan inceleme görevi yapmış olan yargıcın, bu incelemeden kaynaklanan uyuşmazlıkta yargısal görev yapamamasıdır. Nitekim karar sonrasında gerek Fransa gerek ülkemiz ve gerekse idari fonksiyonları da bulunan Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin Danıştayları bu görevlerini yerine getirmeye devam etmişlerdir. Bununla birlikte, bir hukuki düzenleme ile ilgili olarak danışma görevinde bulunan bir yargıcın bu düzenlemeye veya bu düzenlemeden kaynaklanan uygulama işlemine karşı açılan bir davada yargısal görev ifa etmesi, esasen

⁸² ASLAN, s.43.

⁸³ <http://www.affaires-publiques.com/docu/jugements/CEDH28-09-1995.htm>

iç hukuk bakımından da hukuka aykırıdır. Hakimin uyuşmazlık konusu hakkında görüşünü açıklamış olması, tarafsızlığından önemli ölçüde şüphe edilmesini gerektirecek hallerden biri olarak kabul edilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 36. Maddesi uyarınca bu durum, hakimin reddi sebebidir. Bu durumda taraflardan biri hakimin reddini isteyebileceği gibi hakim bizzat kendisi de davadan çekinebilir. (HMK m. 36). Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da atıf yapmak suretiyle, aynı üyenin hem görüş bildirmesi hem de yargılama faaliyetine katılmasını, adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur.⁸⁴ Dolayısıyla, Türk Hukuku bakımından Danıştay İdari Dairesi ile dava dairelerinin farklı olması sebebiyle esasen bir sorun bulunmamaktadır. İdari dairede görev yapan üyenin bir dava dairesinde görevlendirilmesi durumunda ise bu üyenin görüş bildirdiği konularla ilgili davalara katılmaması yeterlidir. Sonuç olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına dayanılmak suretiyle, Danıştay'ın idari görevleri ile yargısal görevlerinin bir arada olamayacağı iddia edilemez.

2014 yılında yapılan Danıştay'ın 146. Yılı sempozyumunda, idari görevlerin azalması ve idarenin görüş alma konusundaki isteksizliği üzerinde değerlendirmeler yapılmıştır.⁸⁵ Aynı şekilde, Danıştay mensuplarının görüşleri ve uygulamadan hareketle, Danıştay'ın da bu görevleri konusunda çok da istekli olmadığı vurgusu yapılmıştır.⁸⁶ Ancak bu görevlerin önemi tartışmasızdır. Bugüne kadar yeterli etkinlikte kullanılamamış olması bundan sonra da kullanılamayacağı sonucunu doğurmamalıdır. Konunun önemle ele alınıp yeni bir yapılanmayla hukuk devleti amacına hizmet eder şekilde işler hale getirilmesi mümkündür. Hukuki uyuşmazlıkların azaltılması, dava stokunun eritilmesi, hukuka uygun işlem yapılmasının temin edilmesiyle mümkündür. Danıştay, bu amaca uygun olarak yapılandığında, bihakkin bu görevi yapabilecektir.

⁸⁴ "İdari İşler Kurulunda görüşülen bir imtiyaz sözleşmesinin taraflarca imzalanıp yürürlüğe girdikten sonra dava konusu edilmesi halinde, aynı imtiyaz sözleşmesiyle ilgili yargılamaya, daha önce idari işler kurulundaki incelemede bulunan ve görüşünü bildiren üyelerin katılması "adil yargılanma hakkı" na uygun bulunmamaktadır." DİDDK, 17.11.2005, YD İtiraz No. 2005/503, **TAN**, s.611'den naklen.

⁸⁵ **Bkz. ASLAN**, s. 43; **GÜLAN**, s.55; **ULUSOY**, A. D, Danıştay'ın Yargılama Dışı Görevleri, Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2014 Ankara, s.66.

⁸⁶ **GÜLAN**, s.51-52 ve 55-56.

Danıştay Başkanı GÜNGÖR, bu hususu şu şekilde ifade etmiştir; *“Kanun tasarılarının gönderilmesi konusunda herhangi bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, Danıştay bu görevi layığıyla yerine getirecek birikime sahiptir...Danıştay’a verilen idari görevlerin tamamı, uyumsuzlukların doğmasını önleyen ya da uyumsuzluk doğduktan sonra yargı yoluna başvurulmadan çözülmesini sağlayan görevlerdir... Danışma işlevinin... kullanılması halinde, pek çok hukuki sorun davaya konu olmadan çözülebilir. Yine bu yolla, kamu idaresinin en başından itibaren, hukuka ve işin gereklerine göre işlem tesis etmesi ve eylemde bulunması sağlanabilir. Bu yöntemde, Danıştay hüküm veren değil, hukuk deneyimini aktarmak suretiyle düşünce bildiren konumdadır.”⁸⁷*

⁸⁷ GÜNGÖR, s.6-7.

İKİNCİ OTURUM TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Erdal Onar (Oturum Başkanı): Murat Hocamıza ben de çok teşekkür ediyorum.

Bir yollamada bulundu, o konuda da kısaca hemen görüşümü arz etmek isterim. Özellikle bu yeni Anayasa değişikliği sonrasında malumlarınız, artık yasa teklif olacak sadece, bir tasarı bütçe kanunu dışında yasama organına yansımayacak. Bu durumda biz hep bilgi bankasının yürütme organı içinde olmasının alışkanlığı içindeyiz, donanımlı bir şekilde tasarı geliyor, üzerinde belki bazı küçük düzeltmeler yapıyor yasama organında hepsi bu ama bir milletvekilinin bir konuda yasal düzenleme yapılmasını istemesi ve bunu bir teklif haline getirmesi, peki geride başka konularda değişiklik yapmak gerekir mi, o konudaki girdiler çıktılar nelerdir? Bütün bunların hepsinin bir milletvekili tarafından bilinebilmesine gerçekten imkan yok. Amerika Birleşik Devletlerinde böyle bir eksiklik, yasama organındaki bir bilgi alma merkezince gideriliyor ve onlar milletvekillerinin tekliflerini tamamen olgunlaştırıyorlar. Bizde yasama organında bu bağlamda bir donanım henüz daha pek yok. Pekala düşünülebilir Danıştayın bu Şûrâ-yı Devlet ya da danışma kısmı bu alanda da işlevsel olabilir, özellikle önümüzdeki yeni dönemde yasama organında artık kanunlar sadece teklif konusu olmaya başladığından itibaren.

Bir yüksek sesle düşünme ama bu eklemeyi gerçekten yapmak istedim.

Şimdi, bana şu ana kadar bir soru ulaştı, bir sayın dinleyicimiz hakim Harun COŞKUN ve Murat Hocamızın yanıtlaması isteği ile, “Danıştayın danışma ve inceleme fonksiyonunu ifası sırasında takdir yetkisi bağlamında sınırı ne olmalıdır? Yargılama fonksiyonunun ifası sırasındaki sınır ile farklılaşır mı?” birinci sorusu.

Ve bir ikinci soru; “Danışma ve inceleme aşamalarından geçtikten sonra, icrai hale gelen idari işlemlerin dava konusu edilmesi halinde danışma dairelerinin kararı ya da raporları Danıştay dava daireleri için bağlayıcı ya da yönlendirici olmalı mıdır?” biçiminde yöneltiliyor. Bunu da hocamıza takdim edeyim.

Prof. Dr. Murat Sezginer: Evet, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Sn. Erdal ONAR: Başka soru varsa onu da iletirlerse.

Prof. Dr. Murat Sezginer: Farklılık var mı? Var. Yargısal görevde yerindelik denetimi ve bu içerikle ilgili bir değerlendirme yapılamaz fakat istişari görüşlerde yerindelikle ilgili değerlendirme de yapılır zaten demin yansıda da görüldü, hani “bonne administration” diyorlar, “siyasi iradenin amacı doğrultusunda iyi idare ilkeleri” bunlar kamu hizmetinin işleyişi, vakit olmadığı için söylemedim, raporda mesela 2015’te başbakanın talebi üzerine bütün kitlerle ilgili Konsey Deta rapor hazırlamış, işleyiş, aksaklık adeta biraz aslında Sayıştayın fonksiyonuna benzeyen yerindelik değerlendirmesini de içeren.

Hocam, çok özür dileyerek bu Anayasa değişikliği ile ilgili, şimdi kanun tasarısı ve tüzük kalktı, ben onu metne aldım, şimdi burada Danıştayın inceleme görevini kaldırmak için mi bu yapıldı yeni sisteme adapte olmak için mi? Burada bir açıklama yok ama ben, değişiklikleri birlikte değerlendirdiğimde, esasen böyle bir anayasa koyucunun şeyi yok Danıştayın görevlerini kaldıralım diye bir iradesi yok, mevcut sistemde Bakanlar Kurulu ve Başbakan geçen metinler ayıklanış, Bakanlar Kurulu yok zaten, dolayısıyla başbakan yok, başbakanın göndereceği metin olamaz, tüzük kalkmış, tüzük incelemesi olamaz. Bu uyumla ilgili, dolayısıyla Venedik Komisyonu da Nisan ayı raporunda bu anayasa değişikliğini değerlendiren bir rapor yayınladı Avrupa Konseyi, Danıştayın danışma görevlerinin bu şekilde daraltılmasını eleştirdi komisyon ve en azından cumhurbaşkanı kararnameleri ile ilgili Danıştayın görüşünün alınması gerektiği yönünde de bir değerlendirmesi var komisyon öyle diyor çünkü diyor normlar arasında çatışmalar olabilir, bu ilerde hukuki ihtilaflara yol açabilir diye bir değerlendirmesi de var.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Erdal Onar: Rica ederim. Başka soru yok gibi görünüyor, o zaman ben öğle yemeği için arayı veriyorum. Hepinize saygılarımı da tekrarlıyorum bu arada.

Sunucu: Değerli konuklar, sunumları ve değerli katkıları için konuşmacılarımız ile oturum başkanımıza çok teşekkür ediyoruz. Öğleden sonraki üçüncü oturumumuz saat 13.45’te başlayacaktır. Şimdi sizleri öğle yemeğine davet ediyoruz, afiyet olsun efendim.

*****ARA*****

Sunucu: Sayın Danıştay Başkanım, değerli konuklar. Sempozyumumuzun 3. oturumuna hepiniz hoş geldiniz. İdarî yargının temel ve güncel sorunlarından bazılarının tartışılacağı bu oturumun başkanlığını yapmak üzere Danıştay 14. Daire Başkanı Sayın Levent ARTUK'u ve konuyla ilgili bildirimlerini sunmak üzere, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Sayın Turan YILDIRIM ile Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Sayın Bahtiyar AKYILMAZ'ı arz ederim.

ÜÇÜNCÜ OTURUM AÇIŞ KONUŞMASI

Levent ARTUK*

Sayın Başkanım, değerli meslektaşlarım ve konuklar, hepinize hoş geldiniz diyorum.

Öğlen yemeğinden sonra belki oturum idare etmek ve sizlerin dinlemesi zor olabilir ama, iki tane değerli hocamız çok güzel iki konu ile ilgili sunumlarını yapacaklar.

Danıştayın kuruluşunun 149. Yıldönümü vesilesi ile yapılacak olan bu Sempozyumun üçüncü bölümünde İdari Yargının temel ve güncel sorunlarını ele alacağız. Bu konu iki başlık altında hocalarımız tarafından sizlere anlatılacak. Birinci kısım; Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Turan YILDIRIM tarafından sunulacak, hocamın ufak bir sıkıntısı oldu bu arada, alerjik bir durum, onun için kendisi sıcak su ile böyle idare ederek yapacak inşallah, bir sıkıntı olmaz. Kendilerinin sunacağı başlık, “İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri” olacak. Takdir edeceğimiz gibi çok önemli bir konu yani belki hepimizin bütün dikkatimize rağmen baş edemediğimiz sorunların başında geliyor.

İkinci kısım ise; Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Sayın Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ tarafından, “İdari Yargıda Hüküm Verme” başlığı altında sunulacak.

Her iki konuşmacımızın sunum süresi 20 dakika olacak. Diğer oturum başkanları da söyledi, soruları yazılı olarak alacağız, kendilerinin cevaplamalarından sonra oturumu kapacağız. Ben öncelikle Sayın YILDIRIM’a söz veriyorum, buyurunuz efendim.

*Danıştay Ondördüncü Daire Başkanı

İDARİ YARGIDA İÇTİHAT FARKLILIKLARI SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Prof. Dr. Turan YILDIRIM*

I-İÇTİHAT FARKLILIĞININ TEMEL SEBEPLERİ

İdari yargıda gözlemlenen içtihat farklılığının veya kararlardaki çelişkilere ilişkin çözüm önerebilmek için öncelikle bu farklılığın sebeplerini görmek gerekmektedir. 30 seneyi aşan mesleki tecrübe ve 56 senelik vatandaşlık birikimiyle, aşağıdaki tespitlerde bulunmak mümkündür:

İçtihat farklılığının altı temel sebebi şunlardır: 1-Yargının (yargıçların) siyasal-ideolojik duruşu; 2-Yargının (yargıçların) güçlü yürütmeden-idareden çekinmesi; 3-Mahkeme yapısında-üye sayısında değişim; 4-Hukuk kurallarının yorumunda farklılık-Hukuk kurallarının farklı yoruma müsait olması;5-Yargının boşluk doldurma konusunda bilgi eksikliği; 6-Haklı sebepler: olayın özelliği-mevzuat değişikliği-idari uygulama farklılığı.¹

Aşağıda bu sebepler ve çözüm önerileri ele alınacaktır.

II-YARGININ BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI SORUNU

Yukarıda yer verilen ilk iki sebep aslında yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ilgilidir. Yargı çeşitli sebeplerle (ideolojik-siyasal tercih, idareden çekinme gibi), bağımsız ve tarafsız işleyemezse, verilen kararlar doğal olarak çelişecektir. Günümüzde, avukatlar hakkında düzenlenen iddianamede ve FETÖ olarak adlandırılan örgüt hakkında düzenlenen iddianamelerde, mahkemelerin (ne yazık ki yüksek mahkemeler dahil), örgüt amaçlarına yönelik kararlar verdiği ortaya konmuştur. Yargılama neticesinde gerçek ortaya çıkacaktır. Ancak bu örgütün mahkeme kararlarına etkisi konusunda herhalde tereddüt eden yoktur. Örneğin 4 Nisan 2017 tarihli resmi Gazetede yayımlanan 2017/665 sayılı HSYK Genel Kurulu'nun ihraç kararında yargının ne hale geldiği ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

Yargının belli bir dünya görüşü veya siyasal tercih etkisiyle karar vermesi, yargının itibarını düşürdüğü için çok önemli bir konudur. Benzer

* *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*

¹ Bu liste, okuyucuların daha isabetli tespit yapmalarına katkıda bulunmak amaçlıdır.

şekilde yargının yürütmeden çekindiği intibayı da yargıyı itibarsızlaştırmaktadır. Alman köylüsünün krala karşı söylediği meşhur, “Berlinde hakimler var” sözünü göğsümüzü gererek söylemeye ihtiyacımız var. “Ankara’da hakimler var”. Hemen belirtmek gerekir ki konunun vahameti sadece itibarsızlıktan ibaret değildir. Siyasi, dini veya ideolojik tercihlerle verilen kararlar ağır insan hakkı ihlallerine de yol açmıştır.

Bu sorunun çözümü yargının elindedir. Gereken formül, hukuk tarihimize mevcuttur. Hemen herkesin bildiği “Mecelle” hükümlerini hatırlarsak, yargının tarafsızlığına ve bağımsızlığına halel gelmeyecektir.

Bilindiği üzere Mecelle hakimlerin vasıfları şöyle sayılmıştır(Madde 1792): **“Hâkim; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.”**²

Alim, bilgin, haklı ve haksız ayırıp hak ve adalet üzere hükmeden anlamına gelen hakim olmak, her şeyde üstün ve tedbirli olmayı; hakimın kendisine hakim olmasını gerekli kılan bir niteliktir.

Fehim kelimesi akıllı, zeki, anlayışlı anlamına karşılıktır. Fehim olmak, olayları çabuk kavramayı, insanlara karşı anlayışlı olmayı gerektirir.

Müstakim olarak vasıflandırılan kimse dürüştür, hilesizdir, eğri değil doğru kişidir. Hakim dışarıdan etkilenmemeli ve dış baskılara kapalı olmalıdır. Bu bağımsız olmanın karakteristik sonucudur. Kişisel görüşlerini ve tercihlerini kararlarına yansıtarmalıdır. Hâkim, yansızdır. Yargılanan kişilere ve topluma karşı görünümü dahi yansız olmalıdır.

Emniyetli, kendine inanılan, itimat edilen, güvenilir anlamına gelen emin olma vasfını taşıyan hakim, korkusuz ve korkmaz kimsedir. İnanan ve kendine güvenen kimse olmalıdır. Adil yargılanma hakkı, hakimın emin ve güvenilir olanına emanet edilmiştir. Vatandaşlar, adaleti hâkimden bekler. Kendini ona emanet eder. Hâkimin, emin ve güvenilir olduğunu ve onun adalete hakîm olduğunu bilir. “Yargı çökerse herkes altında kalır.”

Mekin olma vakarlı, temkinli, yerleşmiş, oturmuş, sakin olma anlamlarına gelmektedir. “Hâkim, “mekin” olmalıdır. Çünkü, iktidar ve vakar sahibidirler. Hâkim, sakin değildir. Hiddet buyurmamalıdır. Fevri

² Bu bilgilere “mecellede hakim tanımı” başlığıyla yapılan kısa bir internet araştırmasıyla kolayca ulaşılabilmektedir.Bkz. www.idare.hukuku.net,ET 05.04.2017; Fikret İlkiz,bianet.org, ET.05.04.2017

davranmamalı ve yanlışlığa sürüklenmemelidir. Hâkim sakin ve rahatlığı ile güven yaratır. Yaratmalıdır.”

Nihayet hakim metin olmalı. Metin olmak sağlam, kendine güvenilir olan, metanet sahibi, acılara dayanıklı olmayı gerektirmektedir.

Mecellede sayılan hakim vasıfları, kuşkusuz, hakimin insan olması gerçeğiyle birlikte düşünölmelidir. İnsan üstü bir varlık olmayan hakim insani zaafı da taşımaktadır. Fakat talip olunan meslek, insani zaafı aşmak için azami çaba göstermeyi gerektirmektedir.

Hakimin karar verirken siyasal parti (yararı/zararı) hedefi, dini, ideolojik tercih veya benzeri bir başka amaçla tarafsızlıktan ayrılmaması, HSYK tarafından benimsenen Bangalor Yargı Etiği Kurallarında da ifade edilmektedir. Mecellede veciz şekilde ifade edilen hakimin vasıfları, bu belgede ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Bangalor Yargı Etiği Kurallarında hakimlik mesleğinin altı temel değeri ve bu değerlerin uygulanması için uyulması gereken davranış esasları belirlenmiştir. Temel ilkeler şunlardır: 1-Bağımsızlık, 2-Tarafsızlık, 3- Doğruluk, 4-Dürüstlük, 5-Eşitlik, 6-Ehliyet ve liyakat. Aşağıda bu ilkelere ve uygulama esaslarına yer verilecektir.³

BAĞIMSIZLIK: Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğünün ön koşulu ve adil yargılanmanın temel garantisidir. Bu nedenle hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını korumalı ve bu konuda örnek teşkil etmelidir.

Uygulama:

1.1 Hâkim; herhangi bir yerden herhangi bir sebeple doğrudan ya da dolaylı olarak gelebilecek her türlü dış etki, rüşvet, baskı, tehdit ve müdahaleden uzak şekilde, olaylara ilişkin kendi değerlendirmesine dayanarak ve hukuka dair kendi vicdani anlayışı ile uygun biçimde yargı işlevini bağımsız olarak yerine getirmelidir.

1.2 Hâkim, genel anlamda toplumdan, özelde ise karara bağlamak durumunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsız olmalıdır.

³ www.hsyk.gov.tr ET.05.04.2017

1.3 Hâkim, yasama ve yürütme organlarıyla uygunsuz bağlantılardan ve bu organların etkisinden bağımsız olmalı ve ayrıca makul bir şekilde gözlemlendiğinde de bunlardan bağımsız görünmelidir.

1.4 Hâkim, yargısal görevlerini yerine getirirken bağımsız şekilde karar vermekle yükümlü olduğu hususlarda meslektaşlarından bağımsız olmalıdır.

1.5 Hâkim, yargının kurumsal ve eylemsel bağımsızlığını sürdürmek ve artırmak için yargısal görevlerinin ifasına yönelik koruma tedbirlerini teşvik etmeli ve korumalıdır.

1.6 Hâkim, yargı bağımsızlığını sürdürmede esas olan yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirmek amacıyla yargı etiği ile ilgili yüksek standartlar sergilemeli ve bunları ilerletmelidir.

TARAFSIZLIK: Tarafsızlık, yargı görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesine esas teşkil eder. Bu ilke sadece kararlar için değil, kararların oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.

Uygulama:

2.1 Hâkim, yargı görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir.

2.2 Hâkim, mahkeme içerisinde ve dışında, halkın, hukukçuların ve dava taraflarının yargı ve hâkim tarafsızlığına duyduğu güveni koruyacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.

2.3 Hâkim, makul olduğu ölçüde, duruşma ve karar aşamalarında davadan reddini gerektirecek durumları en aza indirecek şekilde hareket etmelidir.

2.4 Hâkim, önündeki veya önüne gelme ihtimali olan bir dava hakkında, bilerek ve isteyerek, davanın sonucunu etkilemesi veya sürecin aşikâr adillik vasfını zayıflatması beklenebilecek hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, kamuya açık olsun veya olmasın, herhangi bir şahıs ya da mesele konusunda adil yargılamayı etkileyebilecek herhangi bir yorum da yapmamalıdır.

2.5 Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği veya makul bir gözlemcide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi doğurabileceği durumlarda yargılamamanın herhangi bir aşamasına katılmaktan kaçınmalıdır. Bu tür davalar aşağıdaki durumlarda söz konusu olup, bu üç bentle sınırlı

değildir: 2.5.1 Hâkimin, davanın taraflarından biriyle ilgili gerçek bir önyargı veya tarafgirlik içerisinde olması veya davaya ilişkin delil kabilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması; 2.5.2 Hâkimin ihtilaflı konuda daha önceden avukatlık yapmış olması veya esas tanıklardan biri olarak yer almış olması; 2.5.3 Hâkimin ya da hâkimin ailesinden birisinin ihtilâf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir çıkarının olması. Davaya bakmaya devam edecek başka bir hâkimin belirlenememesi halinde veya herhangi bir eylemde bulunulmamasının, durumun aciliyeti nedeniyle ciddi şekilde adaletsizliğe yol açacağı durumlarda hâkime görevden el çektirmek gerekmez.

DOĞRULUK: Doğruluk, yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde esastır.

Uygulama:

3.1 Hâkim, davranışlarının makul bir kişinin gözünde tasvip edilir nitelikte olmasını sağlamalıdır.

3.2 Hâkimin hâl ve davranış tarzı, insanların yargının doğruluğuna ilişkin inancını kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır. Adalet sağlanmakla kalmamalı, sağlandığı görüntüsü de yansıtılmalıdır.

DÜRÜSTLÜK: Dürüstlük ve dürüstlük görüntüsü, bir hâkimin tüm faaliyetlerinin icrasında esaslı bir unsurdur.

Uygulama:

4.1 Hâkim, tüm faaliyetlerinde uygunsuz davranışlardan ve uygunsuzluk görüntüsü oluşturmaktan kaçınmalıdır.

4.2 Sürekli kamu gözetiminin öznesi durumunda olan hâkim, sıradan bir vatandaşın ağır olarak nitelendirebileceği kişisel sınırlamaları kabul etmek durumundadır ve bunu özgürce ve kendi iradesiyle yapmalıdır. Hâkim, özellikle yargı vazifesinin onuruyla uyumlu bir tarzda davranmalıdır.

4.3 Hâkim, kendi mahkemesinde hukuk mesleğini icra eden kişilerle olan kişisel ilişkilerinde, makul şekilde değerlendirildiğinde taraflılık veya iltimas görüntüsü veya şüphesi doğurması muhtemel olan durumlardan kaçınmalıdır.

4.4 Hâkim, kendi ailesinden birinin taraf olduğu veya herhangi bir şekilde bağlantılı olduğu bir davanın karara bağlanma sürecine dâhil olmamalıdır.

4.5 Hâkim, kendi ikametgâhının, hukuk mesleğini icra eden birisi tarafından müvekkillerini veya meslektaşlarını kabul yeri olarak kullanılmasına izin vermemelidir.

4.6 Hâkim, diğer vatandaşlar gibi ifade, inanç, dernek kurma ve toplanma özgürlüğüne sahiptir; ancak bu hakların kullanılmasında, yargı mesleğinin onurunu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde davranmalıdır.

4.7 Hâkim, kişisel olarak ve emaneten taşıdığı mali menfaatlerinin farkında olmalı ve aile üyelerinin mali menfaatlerinin de farkında olmaya yönelik makul bir çaba sarf etmelidir.

4.8 Hâkim; ailesinin, sosyal ilişkilerinin veya diğer ilişkilerinin, hâkim olarak meslekî davranışlarını veya kararlarını uygunsuz bir şekilde etkilemesine izin vermemelidir.

4.9 Hâkim, hâkimlik mesleğinin itibarını; kendisine, aile üyelerinden birisine veya herhangi bir kimseye özel çıkar sağlayacak şekilde kullanmamalı ve kullandırtmamalıdır. Ayrıca hâkim, yargı görevinin yerine getirilmesinde herhangi bir kimsenin kendisini uygunsuz bir şekilde etkileyebileceği izlenimine yol açmamalı ve başkalarının böyle bir izlenime yol açmasına müsaade etmemelidir.

4.10 Hâkim, hâkimlik sıfatıyla elde ettiği gizli bilgileri, yargısal görevleriyle ilgili olmayan diğer amaçlar için kullanmamalı ve ifşa etmemelidir.

4.11 Yargısal görevlerini doğru bir şekilde icra etmek kaydıyla hâkim; 4.11.1 Hukuk, hukuk sistemi, adaletin idaresi veya bunlarla ilintili diğer konularda yazı yazabilir, konferans verebilir, ders verebilir ve diğer etkinliklere katılabilir; 4.11.2 Hukuk, hukuk sistemi, adaletin idaresi veya bunlarla ilintili diğer konularla ilgili resmi bir organ önündeki kamuya açık bir duruşmaya katılabilir; 4.11.3 Eğer üyeliği, hâkimin algılanan bağımsızlığına ve siyasi yansızlığına hâle getirmeyecekse resmi bir organın veya başka bir hükümet komisyonunun, komitesinin veya danışma kurulunun üyesi olarak hizmet verebilir; 4.11.4 Hâkimlik makamının onurunu zedelememesi ve yargısal görevlerin yerine getirilmesine engel olmaması koşuluyla diğer etkinliklere katılabilir. 4.12 Hâkim, hâkimlik

makamında görevli iken avukatlık yapamaz. 4.13 Hâkim, hâkimlerle ilgili derneklere katılabilir, bu tür bir dernek kurabilir ve hâkimlerin çıkarlarını temsil eden diğer örgütlere katılabilir. 4.14 Hâkim ve hâkimin aile üyeleri; hâkimin yargısal görevlerinin yerine getirilmesiyle ilişkili olarak yapılmış, yapılacak veya yapılmamış bir şey ile ilgili herhangi bir hediye, bağış, borç ya da iltimas talebinde bulunmamalı ve bunları kabul etmemelidir. 4.15 Hâkim; mahkeme personelinin veya kendi nüfuzu, idaresi veya yetkisi altında bulunan diğer kişilerin, hâkimin görev ve işlevleriyle ilişkili olarak yapılmış, yapılacak veya yapılmamış bir şey ile ilgili herhangi bir hediye, bağış, borç ya da iltimas talebinde bulunmasına veya bunları kabul etmesine bilerek müsaade etmemelidir.

4.16 Kamunun bilgilendirilmesi konusundaki kanunlar ve yasal gerekler gözetilmek suretiyle hâkim; makul şekilde değerlendirildiğinde yargısal görevlerinin ifasında hâkimi etkilemek amacıyla verildiği izlenimi yaratmayacak olması veya taraflılık görüntüsüne yol açmayacak olması kaydıyla, sunuluş vesilesine uygun olarak sembolik bir hediye, ödül veya avantajı kabul edebilir.

EŞİTLİK: Mahkemeler önünde herkese eşit muamele gösterilmesi, hâkimlik görevinin gereğince yerin getirilmesi için elzem bir unsurdur.

Uygulama:

5.1 Hâkim; ırk, renk, cinsiyet, din, ulusal köken, sosyal sınıf, engellilik, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik statü ve benzeri diğer hususlar (“davaya mesnet olmayan sebepler”) dâhil olmak üzere, ancak bunlarla sınırlı kalmamak kaydıyla, çeşitli unsurlara dayanan farklılıkların ve toplumdaki çeşitliliğin bilincinde olmalı ve bunları anlamalıdır.

5.2 Hâkim, yargı görevlerini yerine getirirken davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle veya davranışlarıyla yanlılık veya önyargı sergilememelidir.

5.3 Hâkim, yargısal görevlerini; davaya mesnet olmayan ve görevlerin düzgün bir şekilde icra edilmesinde ehemmiyetsiz olan sebeplerle ayrımcılık yapmaksızın davanın tarafları, tanıklar, avukatlar, mahkeme personeli ve yargı görevini icra eden meslektaşları dâhil herkes için gerekli ilgiyi göstererek yerine getirmelidir.

5.4 Hâkim, mahkeme personeline veya kendisinin nüfuzu, idaresi veya denetimi altında bulunan diğer kişilere, kendi önüne gelmiş bir konuda, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak bireyler arasında ayırimcılık yapmalarına izin vermemelidir.

5.5 Hâkim, mahkeme huzurundaki yargılamaalarda avukatlardan, yargılama konusuyla hukuki açıdan ilişkili olan ve meşru savunmanın konusu olabilecek olan hususlar hariç olmak kaydıyla, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözleriyle veya davranışlarıyla yanlılık veya önyargı sergilemekten kaçınmalarını talep etmelidir.

EHLİYET VE LİYAKAT : Ehliyet ve liyakat, yargı görevinin gereğince yerine getirilmesinin ön koşullarıdır.

Uygulama:

6.1 Bir hâkimin yargısal görevleri, diğer tüm faaliyetlerden önce gelir.

6.2 Hâkim, meslekî faaliyetini yargısal görevlere adanmalıdır; bu görevler, sadece mahkemedeki yargısal işlev ve sorumlulukların yerine getirilmesini ve karar vermeyi değil, aynı zamanda yargı makamı ve mahkemenin işleriyle ilgili diğer görevleri de içerir.

6.3 Hâkim, yargının denetimi altında hâkimlere sunulması gereken eğitimlerden ve diğer fırsatlardan yararlanarak yargısal görevlerin düzgün bir şekilde icrası için gerekli olan meslekî bilgisini, becerisini ve bireysel niteliklerini korumak ve artırmak için gerekli adımları atmalıdır.

6.4 Hâkim, uluslararası sözleşmeler ve insan hakları normlarını oluşturan diğer belgeler dâhil olmak üzere uluslararası hukuktaki ilgili gelişmeleri takip etmelidir.

6.5 Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dâhil tüm yargısal görevlerini etkin ve adil bir şekilde ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir.

6.6 Hâkim, mahkemedeki tüm yargılama aşamalarında düzeni ve davranış uygunluğunu sağlamalı; davanın tarafları, jüri üyeleri, tanıklar, avukatlar ve hâkimin resmi sıfatıyla muhatap olduğu diğer kişilerle ilişkilerinde sabırlı, vakur ve nazik olmalıdır. Hâkim, aynı davranış tarzını

tarafının yasal temsilcilerinden, mahkeme personelinden ve kendi nüfuzu, idaresi ve denetimi altında bulunan diğer kişilerden de talep etmelidir.

6.7 Hâkim, yargısal görevlerini layığıyla yerine getirmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunmamalıdır.

Bangalor Yargı Etiği Kurallarının dikkati çeken önemli bir tarafına bu vesileyle değinmekte yarar vardır. Bu kuralların uygulanmasında devletlerin de sorumluluğu olduğu vurgulanmaktadır. Belgedeki ifade şöyledir: “Yargı vazifesinin doğası gereği, hâlihazırda hukuk sistemlerinde bu ilkeleri uygulamaya yönelik mekanizmaları bulunmayan ulusal yargı teşkilatları, bu mekanizmaları temin etmek için etkili tedbirler almalıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere hakimler insanüstü varlıklar olmadıkları için, bu değerlere ve uygulama ilkelerine uygun davrandıklarında zulüm ve baskıyla karşılaşmayacaklarından emin olmalıdırlar. Bir başka güzel sözle söylemek gerekirse: “Viran olası hanede evlad ü ıyal var”⁴

Hemen belirtmek gerekir ki devleti oluşturan bireylere de ağır sorumluluk düşmektedir. Toplum, hakim üzerinde baskı kuran hakime kararından dolayı zulmetmeye kalkan iktidar sahiplerinin yanında olmamalı; bu tür davranışların toplum tarafından şiddetle reddedileceği kanaatini kesin şekilde uyandırmalıdır. Adalet duygusundan mahrum insanlardan oluşan toplum ve devletten adalet beklemek beyhude bir çabadır.

Fransa uygulaması yargıca şu sözleri yazdırmıştır: “Eğer toplumsal yaşayışın bütün ürünlerinde olduğu gibi, bir halkın, çok kere layık olduğu adalete sahip bulunduğu doğru ise Conseil d’Etat adaletinin de son üç yarım yüzyıl boyunca, kendisine bağlanan ümide sadakatle cevap verdiğini söylemek bir abartma olmaz sanıyoruz.”⁵

III-MAHKEME YAPISINDAKİ DEĞİŞİKLİK

Mahkeme yapısındaki değişiklik, üye sayısındaki değişiklikten veya mahkemelerin birden fazla heyetten oluşmasından ya da üyelerin yenilenmesinden kaynaklanmaktadır. Mahkemenin oluşumundaki

⁴ Tek başıma olsam şaha gedaya(yoksul-dilenci) kul olmam

Viran olası hanede evlad ü ıyal var (Dertli)

⁵ Latourneriye R., Conseil d’Etat’ın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme, Çev.Yayla Y., İ.Ü.SBF Yay.,1982,s.116.

değişikliğin, kararlara yansması, tabii bir sonuç olarak görülebilir. Hakimin bir başka hakimin kararıyla bağlı olamayacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, daha önceki kararlardan haberdar olunmaması ihtimali de söz konusudur. Bu başlıkta, yapısal değişikliğin kararlarda sürekliliği engellemesi ihtimali üzerinde durularak görüş açıklanacaktır.

Gerçekten de üye sayısındaki değişiklik, üye yenilenmesi ve Dairelerin birden fazla heyetten oluşması, aynı konuda farklı kararlar verilmesine yol açabilmektedir. Danıştay'ın karar mekanizması hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmadığım için, bu konuda kısa ve somut bir öneri tartışmaya sunulacaktır: Kararların, AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki formülle yazılması.

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarda (AİHM Kararlarına benzer şekilde), uyumsuzluğu, uyumsuzluğa uygulanacak hukuk ilkelerini ve mevzuatı ayrı başlıklarda yazmakta ve bu kuralların somut olaya ne şekilde uygulanması gerektiğini tartışmaktadır. Gerek AİHM gerekse Anayasa mahkemesi kararlarının, yazım formülündeki en önemli nokta, benzer olaylarda verilen önceki kararlara atıf yapılmasıdır. Önceki kararlara yapılan atıflar, kararlarda istikrarı ve sürekliliği sağladığı için önemlidir. Böylelikle sadece üye değişikliği, kararlardaki farklılığın sebebi olmaktan çıkacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki yapısal değişiklik, icthad farklılığını her zaman haklı kılmaz. Daha önce verilen kararlardan ayrılan mahkeme, bu ayrılığın haklı hukuki gerekçesini de ayrıntılı olarak açıklamalıdır.

IV-YORUM FARKLILIĞI

İdari yargının önemli sorunlarında birini, idareye geniş takdir yetkisi tanıyan mevzuat oluşturmaktadır. Hatta çoğu kez mevzuat, yargısal denetime imkan tanımayacak düzeydedir. Örneği "gereken her türlü tedbirin alınması" ifadesi yargı tarafından nasıl yorumlanıp yargısal denetimde kullanılacaktır? Çünkü, idarenin tüm işlemleri, her türlü tedbir kapsamında sayılabilir. Konu dışına taşmamak için ayrıntıya girilmeyecektir; ama bu denetimsizlik amaçlı, belirsizliklerle dolu mevzuat, kişi hak ve hürriyetleri için tehdit oluşturduğu gibi idare-yargı çatışmasının da sorumlusudur. İdare yargıyı işine karışmakla, idareyi engellemekle suçlarken asıl sorumlunun, bu denetime elverişsiz düzenlemeler olduğunu da düşünmelidir.

Mevzuatın uygulanmasında rastlanılan bir başka aksaklık ise kanunlar da dahil, hukuk kurallarının farklı yoruma müsait hükümler içermesidir. Hatta bir maddenin ilk fıkrasıyla son fıkrası arasında çelişki olduğunu görmek dahi mümkündür. Mahkeme aynı düzenlemedeki farklı yoruma müsait ifadeler sebebiyle farklı kararlar verebilmektedir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir başka husus ise hukuk kurallarının yorumlanmasında, kanun boşluğunun doldurulmasında bilgi eksikliğidir. Örneğin özel kanun-genel kanun ilkesi, iki kanun arasında çelişki olması halinde başvuru bir yorum yöntemidir. Fakat, ortada çelişen iki kanun olmadığı halde yükseköğretim disiplin işlemlerinde kullanılmıştı.

Hemen belirtmek gerekir ki hukuk metodolojisi, hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi bilgisi eksikliği hem üniversitenin (hukuk eğitiminin) hem yargının ortak problemidir. Ancak ne yazık ki hukuk fakültelerinde esaslı bir hukuk felsefesi sosyolojisi ve metodolojisi, eğitimi yapılmamaktadır.⁶ Hukuk metodolojisi bilgisinden yoksun öğretim üyesi, adeta el yordamıyla yorum öğrenmektedir. Bu bilgi eksikliğinin yargı kararlarına yansması da tabiidir. Dolayısıyla aynı kanun hükmü, farklı yorumlanmakta, farklı uygulanmaktadır.

Mevzuatı yapanlara ulaşma imkanı olmadığı için uygulayıcı durumdaki hukukçulara (öğretim üyeleri dahil) şu önerilebilir: Hukuk kurallarının nasıl yorumlanacağı, kural boşluğunun nasıl doldurulacağı konusundaki bilgi eksikliğini tamamlamak. Kafa karıştırdığı iddia edilen felsefeyi, sosyolojiyi ve hukuk metodolojisi eserlerini dikkatle tekrar tekrar okumak.

Bir diğer öneri ise Danıştay'da idari daire benzeri bir daire oluşturmaktır. Adına içtihat dairesi denilebilecek olan bu daire, dava

⁶ Bu konuda eserler bulunmaktadır. Ancak ders olarak gereken önemin verilmediği açıktır. Örnek eserler : Işıktaç, Y.-Metin, S., Hukuk Metodolojisi, İstanbul,2016; Uzun, E. Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Kitap Yurdu Yay. (Yazarın Türkiye Adalet Akademisi tarafından basılan bir eseri daha mevcuttur).; Demir, A., Hukuk Metodolojisi, Astana Yay.,2916.;Güneş,A.M.,Hukuk Metodolojisi, Yetkin Yay. Medeni Hukukun temel bilgiler kısmında da bu konuda bilgi bulunmaktadır. Örneğin Bkz. KILIÇOĞLU, A.M., Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.; HELVACI, S.-ERLÜLE,F. Medeni Hukuk, İstanbul, Legal Yay., 2016.;Gözler,K. Hukuka Giriş, Bursa, Ekin Yay., 2013.

dairelerine uygulama konusunda yol gösteren, içtihat birliğini sağlamakta yardımcı olan bir birim olarak yapılandırılabilir.

İçtihat farklılığı sorununa çare olarak önerilen bu heyet-Daire, farklı kararları inceleyerek hangi yönde karar verilmesi gerektiğini ayrıntılı gerekçeyle kararlaştırmalıdır. Bu heyetin görüşünün bağlayıcılığından söz etmek tartışmalıdır. Ancak en azından bu konuda uzmanlaştığı kabul edilen bir Dairenin kararı, diğer daireler-heyetler bakımından göz ardı edilemeyecek nitelikte olacaktır.

İçtihat farklılığını inceleyerek görüş bildirme görevini Danıştay dışından katılan üyelerden oluşturduğu bir danışma kuruluna vermek de düşünülebilir, ancak kurum dışından gelen görüşlerin daha zor benimseneceği kanaatiyle, böyle bir görevin Danıştay üyeleri tarafından üstlenilmesi önerilmiştir. Ayrıca kurumun işleyişini, karar mekanizmasını bilenlerin katkısı daha fazla olacaktır. Daha da önemlisi bu heyetin asli görevi, karar incelemek ve farklılıklar üzerinde yoğunlaşmak olacağı için bu görevin ek iş olarak yürütülmesi mümkün olamaz.

Mevcut Kanun, böyle bir yapılanmaya imkan tanımadığı için mevcut düzenleme içinde şu öneride bulunulacaktır: Cumhurbaşkanının seçeceği üyelerin hukuk fakültesinin bu görevi ifaya layık öğretim üyeleri arasında seçilmesi. İdare hukuk alanının yanı sıra, medeni hukukun genel esasları konusunda eseri olan, hukuk metodolojisi alanında çalışmış öğretim üyelerinin Danıştay'a üye seçilmesi kararlara katkı sağlayacaktır. Eserleri ve bilgisiyle temayüz etmiş avukatların varlığı da unutulmamalıdır. Ayrıca Danıştay üyeleri arasında şüphesiz bu görevi üstlenecek hukukçular mevcuttur.

Bu üyelerin yargılamadan ziyade tartışmalı konularda heyetlere yol göstermekle görevlendirilmesi, mevcut sistem içinde düşünülebilecek bir çözümdür. Ancak içtihat heyetinin sadece danışma organı niteliğinde kurgulanması, gereken yararı sağlayamayacağı için farklı yönde kararların verildiği davalarda asıl daireye bu heyetin katılımı da düşünülebilir. İlgili Daire ve asıl görevi içtihatlar üzerinde çalışmak olan içtihat dairesi birlikte heyet olarak bazı davaları karar bağlayabilir.

V-İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİ ZORUNLULUĞU

İdari yargıda içtihat birliği sorunundan söz ederken, kararlar arasındaki farklılığın ayrıntılı, doyurucu ve bitirici gerekçelerle açıklanamaması halinden bahsedilmektedir. Elbette ki bir takım hadiseler, kararların değişmesini haklı ve gerekli kılabilir. En temel sebep, mevzuat değişikliğidir. Mevzuat değişikliğinin mahkeme kararını etkilemesi tabii bir durum olarak görülebilir. Bu çalışmada zikredilmesi tuhaf karşılanabilir; ama uygulamada karşımıza içtihadı aykırı kanun veya idari düzenleme problemi çıkmıştır. Başörtüsü ve yükseköğrenime girişte katsayı uygulaması kararları bu konudaki örneklerdir.

Yargı, kendi içtihadıyla oluşan sistemin, idare tarafından değiştirilmesini hukuka aykırı bulabilir mi? Başka bir ifadeyle idari düzenlemeyi hukuka uygun bulan yargı, bu düzenlemenin kaldırılması veya değiştirilmesini kendi içtihadına aykırılık gerekçesiyle hukuka aykırı olarak nitelendirebilir mi?

İdarenin yargısal denetiminde sıklıkla başvuru olan bazı ilkelerin varlığını bilmekteyiz. Bu ilkelerin oluşmasında yargının payının fazlalığı ortadadır. Esasen, yargının büyük emeğiyle oluşan bu ilkeler sebebiyle idare hukuku içtihat hukuku olarak nitelendirilmektedir.⁷ Bu durumda yukarıdaki soruya şu cevap verilebilir: İdari düzenlemenin değişmesi veya kalkması, sadece, yargının daha önce bu düzenlemeyi hukuka uygun bulduğu gerekçesiyle, hukuka aykırı olarak nitelenemez. Mevzuat değişikliği, yerleşmiş kabul görmüş hukuk ilkelerine aykırılık gerekçesiyle hukuka aykırı bulunabilir. Yargı, bu konuda itinalı karar vermeli; yürütmeyle güç kavgasına girmemelidir. Bu kavganın yargıya ne denli zarar verdiği Ülkemiz örneğinde görülmüştür.

Hemen belirtmek gerekir ki yürütme, temel hukuk ilkelerine aykırı düzenlemelerinde de ısrar edebilir, idari yargı kararlarını etkisiz kılacak kanuni düzenlemeler yapabilir/yaptırabilir. Ancak bu durumda itibar kaybeden yargı değil, yürütme olacaktır. Hukukçular böyle bir ihtimalde

⁷Bkz. BERKET,Z. Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara: Yetkin Basımevi,1996.; ERKUT, C. Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi), İstanbul : Kavram Yay., 1996.

elbette yargının yanında olacaklardır. Bu çalışmaya konu olan uygulama, yargının “gereksiz” şekilde yürütmeye güç kavgasına giriştiği kararlardır. Yukarıdaki açıklamalar saklı kalmak kaydıyla, mevzuat değişikliği içtihat değişikliğinin haklı ve zorunlu gerekçesidir. Mevzuat değişikliği ciltler dolusu hukuk kitaplarının da değersiz kağıt parçaları haline gelmesine yol açmaktadır.

Uyuşmazlığa uygulanan mevzuatın değişmemesi halinde içtihat değişikliğinin haklı gerekçesi ne olacaktır? İlk akla gelen sebep, mevcut kararların uygulamada yarattığı sorunların tespit edilmesi halidir. Örneğin üniversite öğrencilerine verilen disiplin cezalarında daha önce disiplin cezası almamış öğrenciye bir derece hafif cezanın uygulanması, İstanbul İdare Mahkemesinin yerleşik içtihadıdır.⁸ Uygulamada birçok soruşturmada öğrenci hem soruşturmacıya hem de yönetime hakaretler ettiği halde daha önce disiplin cezası almadığı için bir alt ceza verilmesi gerektiği gerekçesiyle, işlemleri iptal ettirmektedir.

Bu örnekten ilerlersek, bu uygulamanın ortaya çıkardığı sorunlara vakıf olan yargı, öğrencinin soruşturma sırasındaki tutumunu dikkate alarak karar verecektir. Bu noktada yargının sorunlardan nasıl haberdar olacağı hususu önem kazanmaktadır. İdare kararların doğurduğu sıkıntıları yargıya iletebilir. Örneğin bazı üniversite yöneticileri “hızlarını alamayıp” davacıların durumlarını ve karşılaştıkları meseleleri mahkemelere anlatmaktadırlar. Yargının yürütme-idare ve yasamayla ilişkileri yukarıdaki etik kurallarda düzenlendiği için, tekrar değinilmeyecektir. Ancak baskı grupları ve yaygınlaşan medya imkanlarıyla ortaya, ciddi bir kamuoyu görüşü/tutumu/ baskısı çıkmaktadır. Bu sebeple, yargı içtihatlarında kamuoyu etkisi de önem taşımaktadır.

Bu noktada idarenin uygulamasının da içtihat değişikliğine haklı sebep oluşturacağını belirtmek gerekiyor. İdari uygulama değişikliği, aynı konuda verilen kararların yeniden gözden geçirilerek içtihat değişikliğine gidilmesini gerektirebilir.

Ayrıca yargıç içinde bulunduğu toplumdan soyutlanamayacağı için toplumsal gelişmelerden doğal olarak etkilenecektir. Yaşanılan toplumdaki siyasal, ekonomik, sosyal hadiseler, gelişmeler, içtihat değişikliğini

⁸ Bu bilgi, yargıçlarla yaptığımız bir görüşmede, uyulmasını sağlama konusunda çaba göstermemiz vurgulanarak verilmiştir.

açıklayabilecek bir diğer faktördür. Ancak hukuki istikrar ilkesi, yargıcın sığınacağı güvenli bir limandır. Hukuk toplumsal hareketleri aynı esneklikte ve hızda izleyemez. Güvenliği sağlama fonksiyonu, hukukun toplumsal olayların peşinden sürüklenmesine engeldir. “Yargıç güncel olaylar içinde hüküm vermektedir ama, bunu süreklilik adına ya da hiç değilse, kopukluk tanımaz bir devamlılık içinde yapmaktadır. Bunun gibi yargıç, arızı nöbetlerle ve yüzeysel heyecanların irkilme ve sancıları ile önüne geçilemez denilebilecek bir hamle sonucu ulusları yeni yazgılarına doğru sürükleyen köklü değişimlerin işaretlerini birbirine karıştırma hatasına da düşmeyecektir. Yargıç aynı kaygıyı, olayların gözle görünmez akışı hakkında peşin varsayımlara kapılmamak ve yüzeydeki dalgaların altında yatan ve dikkatli bir incelemenin ortaya koyduğu bu gerekler karşısında gözü ve kulağı kapalı kalmamak hususlarında da gösterir... Yargıç her türlü önyargıdan ve tutsak edici fikirlere kendini adamaktan kaçınacak, işlevinin kendisinden isteyebileceği en emin güvenceyi bizatihi bağımsızlığında görecektir, kanuna saygıyı, kendisine karşı saygısıyla güvence altına alacak ve özel ve kamusal hürriyetlerin hizmetine kendi öz hürriyetini sunacaktır.”⁹

İctihat değişikliği konusunda dikkat edilmesi gereken husus, önceki görüşü ele alıp aktardıktan sonra bu görüşten niçin ayrıldığının hukuki gerekçelerle izah edilmesidir. Kararın muhatabı, yeni görüşün hukuk ilkeleriyle, mevzuatla uyumlu olduğuna, önceki kararın değişmesi gerektiğine ikna edilmelidir.

Yoğun iş yükü, bu usulün uygulanmasına engel gibi görülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki istikrarlı, oturmuş bir icthad düzeni kurulduğunda, yargının işi kolaylaşmaktadır. Ayrıca, hangi uyumsuzlukta ne tür kararlar verildiği bilindiği takdirde idarenin de faaliyeti kolaylaşacaktır. Umulur ki idare, yargıdan döneceği aşikar olan işlemlere imza atmayacaktır.

VI-SONUÇ

Anayasa Mahkemesine göre idari yargının amacı; idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi halinde bu işlem veya eylemleri iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya

⁹ Latourneriye, s.126.

zorlamaktır. Adli yargının amacı ise, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nasafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin edilmesidir.¹⁰

İdari yargı-idare (ve doğal olarak idari yargı-siyasal iktidar) ilişkisinde, idari yargının varlık sebebinin, idareyi hukuk alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmaya zorlamak olduğu ifadesinin sorun yarattığı kanaatindeyim. İdari yargı-iktidar ilişkisi, içtihat istikrarında önemli bir etken olduğu için sonuç kısmında bu konuya değinilecektir. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, idari yargının idarenin yargısı olduğu algısı, güçlü siyasal iktidarların tavırlarından, müdahalelerinden kaynaklanmaktadır. Sık sık dile getirilen bu görüşü hatırlamayan yoktur: “Seçilmişlerin elini kolunu atanmış yargı bağlayamaz.”

Kendini anayasanın koyduğu siyasal sınırlardan başka hiçbir kısıtlamaya uymama eğilimi, iktidarın tabiatındadır.¹¹ Bu sebeple hukuk alanında kalmaya zorlanmak ifadesi rahatsızlık yaratıcıdır. Aslına bakılırsa idari yargı kimseyi zorlamamaktadır. Önüne gelen uyuşmazlığı, -tıpkı adli yarıda yapıldığı gibi- hak ve nasafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığı gidermekte ve varsa zararı tazmin edilmesine karar vermektedir.

Hemen eklemek gerekir ki uyuşmazlıklar Anayasada da belirtildiği üzere hukuk kurallarına göre çözümlenmektedir. Adli yargı hak ve nasafet gibi iki ilkeye göre görev yapmakta değildir. İdari yargı da hukuk kurallarını uygulayarak, idari işlem veya eylemden kaynaklanan haksızlığı gidermektedir. Üstelik idarenin ve idari yargının uygulamakla yükümlü olduğu kurallar aynı kurallardır. Hem yargı hem de idare (ve yürütme) Anayasanın 5. maddesinde göre; kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak amacına yönelik görev yapması gereken devlet organlarıdır.

Bu amacı sağlamaya yönelik görev yapan organlar arasında olsa olsa işbirliğinden söz edilebilir. Bu organlar ortak amacı sağlamak için işbirliği içindedirler. Anayasanın başlangıcında belirtildiği üzere kuvvetler ayrılığı, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmemektedir. Kuvvetler ayrımı, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı, “medeni” bir işbölümü ve

¹⁰ E:1976/1 Görebildiğim kadarıyla bu görüşe aykırı başka karar mevcut değildir.

¹¹ Latournerie,s.128.

işbirliğidir. Dolayısıyla idari yargının kişiye yapılan haksızlığı gidermesi, idareyi rahatsız edemez, aksine bu haksızlığın giderilmesi sebebiyle teşekkür borçludur.

Gerek idari yargı gerekse idare, bu amacın anlamını kavrayarak işbirliği yaptıkları takdirde şikayet edilen içtihat farklılıkları sorununun belki de ortadan kalktığı görülecektir.

İDARİ YARGIDA HÂKİMİN HÜKÜM VERMESİ

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*

GİRİŞ

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile oluşturulan bölge adliye mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren istinaf mahkemeleri olarak çalışmaya başlaması ile Türk yargı sisteminde iki dereceli yargılama sisteminden üç dereceli yargılama sistemine geçilmiştir. Bu önemli yargı reformu ile özellikle Yargıtay ve Danıştay'ın temyiz mercii olarak ne tür bir fonksiyon ifa etmesi gerektiği yeniden tartışılmaya başlanmıştır.

Yazılı yargılama usulünün uygulandığı, incelemenin evrak üzerinden yapıldığı ve hepsinden önemlisi “re’sen araştırma ilkesi”nin geçerli olduğu idari yargıda, yeni düzende temyiz mercii olarak Danıştay, istinaf mercii olarak bölge idare mahkemeleri ve ilk derece mahkemeleri olarak idare ve vergi mahkemeleri hâkimleri nasıl inceleme yapacaklar ve nasıl hükme varacaklardır? Temyiz mercii olarak Danıştay vakia incelemesi yapabilir mi? Danıştay'ın görevi sadece hukuku uygulamak mı? Özellikle iptal davalarında vakia incelemesi ile hukukun uygulanması aşamaları her zaman kolayca birbirinden ayrılabilir mi? İşte Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki öğrencilik yıllarımda hocam olan ve araştırma görevlisi olarak akademik hayata başladığım Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kurucu dekanlığını yapan merhum Prof. Dr. Burhan GÜRDOĞAN'ın 1956 da Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi'nde yayımlanan “Vakia ve Hukuk”¹ başlıklı makalesi bu tartışmalar çerçevesinde bu tebliğe ilham vermiştir. Bu tartışmanın o yıllardan bu güne halen yapılıyor olması ilgi çekicidir. Ancak bu durumun sadece yargı organlarının alışkanlıklarından kaynaklandığını söylemek de mümkün değildir.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından olan kuvvetler ayrılığı ilkesi ile gerçek anlamını bulan “**yargı**”, devletin üç erkenden biri

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Gürdoğan, Burhan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakia ve Hukuk”, AÜSBFD; c. 11, sy. 3, 1956, s. 258–286

olarak karşımıza çıkar. Modern hukuk devletinde yargı organı, *bağımsız mahkemeler* ve devletin yargılama fonksiyonu da *hukuki uyuşmazlıkları kesin olarak çözmek* faaliyetidir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9'uncu maddesine göre "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*". Yargıyı bağımsız kılabilmek amacıyla Anayasa'nın 138'inci maddesi ile "*hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz*" hükmü getirilmiştir. Yani yargı organı sadece yasama ve yürütmeden değil, Devlet dışında, özel kişi ve kuruluşların da etkisinden uzak tutulmuştur. Aynı maddede yargı kararlarının bağlayıcılığı da düzenlenmiştir: "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*". Böylece yargı organının uyuşmazlıkları "*kesin olarak çözmek*" özelliği anayasal ilke haline getirilmiştir. Mahkemelerin bağımsızlığını tamamlayan ikinci mekanizma hâkimlik teminatıdır. Mahkemeleri her türlü dış etkiden ve idarenin baskısından koruyabilmek, her şeyden önce hâkimleri dış etkiden ve idarenin baskısından koruyabilmekle mümkündür. Hâkimlik teminatını düzenleyen 139 ncu maddeye göre "*Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayırlamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır*".

Bu çerçevede hâkimlik mesleği, kendi arasında herhangi bir hiyerarşiye tabi olmayan "özel" ve "kutsal" bir kamu görevi olarak karşımıza çıkar. Nitekim Anayasamız 138'inci maddesinde bu durumu diğer : "*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*" şeklinde özetlemiştir.

HÂKİM BİLGİLİ, AHLAKLI VE ERDEMLİ BİR KİŞİDİR

Hakimin özellikleri söz konusu olduğunda Türk Hukukunda ilk akla gelen metin Mecelle'dir².

Mecelle'nin 1792'nci maddesine göre "*Hâkim, haki(y)m, fehîm, müstakim ve emin, mekîn, metin olmalıdır*". 1793'üncü maddeye göre "*Hâkim, mesail-i fıkhiyye ve usul-i muhakemeye vâkıf ve deâvi-i vakıayı anlara tatbikan fasl ve hasme muktedir olmalıdır*".

Buna göre hâkim hâkîm, yani adil ve akıllı olmalıdır. Adil olmayan kişi hâkim olamaz. Hâkim akıllı olmalıdır. Fehim yani anlayışlı olmalıdır. Hukuk kurallarını çok iyi anlamalı, kavramalı ve bilmelidir. Hâkim doğruluktan şaşmayan ve emin bir kişi olmalıdır. Hilekâr olmamalı, namuslu olmalıdır. Hâkim mutedil olmalıdır. İnsafsız ve sert olmamalı, mütevazı olmalıdır. Merhametli ve kendisine inanılan bir kişi olmalıdır. Hâkim, mekîn yani ağırbaşlı ve onurlu olmalıdır. Metin olmalıdır. Sağlam bir kişiliğe sahip olmalıdır. Ayrıca maddi hukuk kurallarını ve yargılama usulü kurallarını iyi bilmeli, vakıaları birbirinden ayırma ve çözüme becerisine sahip olmalıdır.

Görüldüğü üzere Mecelle'de hâkim için sayılan özellikler her şeyden önce hâkimin "erdemli (faziletli) bir insan" olmasını gerektiren özelliklerdir. Bu özellikler, yer ve zaman farketmeksizin bir hâkim için değişmez özelliklerdir. Nitekim uluslararası belgeler³ ve günümüzdeki bilimsel çalışmalarda⁴ da bu özellikler hâkimin özellikleri arasında sayılmaktadır.

² Mecelle'de "Hâkim" ile ilgili hükümler "Kitab-ül Kaza" başlığı altında toplanmıştır. Kitab-ül Kaza bir mukaddime ve dört bab'dan oluşmaktadır. Birinci bab hâkimlere ayrılmış olup, dört fasıldan meydana gelmektedir. Birinci fasıl "*Hâkimin Evsafı*" (vasıfları) hakkındadır. İkinci fasıl "*Hâkimin Adabı*", üçüncü fasıl "*Hâkimin Vezaifi*", dördüncü fasıl "*Suret-i Muhakeme*" ye dair hükümler ihtiva etmektedir.

³ Örneğin Toplam 40 ilkededen oluşan "2003/43 Sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri"nde; hâkim ve savcılara yönelik olarak "*bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk, tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat*" gibi etik değerlerle ilgili mesleki davranışlar öngörülmektedir.

⁴ Dinçkol karar verme sürecinde hâkimin kanunlara uygun davranması, keyfi davranış içinde bulunmaması, önyargılardan kurtulmuş olması, tarafsız olması, aşırıya kaçmaması, makul olması, somut olayın gerçeğini tam olarak kavraması, etki altında kalmaması gerektiğini ifade etmektedir. Dinçkol Abdullah, "Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler", HFSA (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi), 2. kitap, Afa Yayınları, Şubat 1995, s. 172 vd.

Anayasamızın ifade ettiği üzere hâkim vicdani kanaatine göre hüküm veren kişidir. Vicdani kanaatine göre hüküm vermek, şüphesiz keyfi karar vermek değildir. Nitekim Anayasa bir sıralama da gözeterek, hâkimin “Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak” vicdani kanaatine göre hüküm vereceğini belirtmek suretiyle açık bir sınırlama da öngörmüştür. Alatlının ifadesiyle vicdan hukuk ve ahlâkın kesiştiği noktadır. Hukuk, vicdani kanaat oluşturulurken dikkate alınan ölçü ve sınırdır. Hâkim karar verirken kendi vicdanı ile başbaşa kalacak, soyut ve genel hukuk kuralları ve objektif ölçüler içerisinde ve fakat sübjektif bir husus olan vicdani kanaati doğrultusunda hüküm verecektir⁵. O halde hâkim herhalde hukuki bilgi sahibi, vakıaları kavrama ve ayırdetme becerisine sahip, ahlaklı ve erdemli bir kişi olmak zorundadır. Adalet ancak bu özelliklere sahip hâkimler tarafından verilecek hükümlerle tecelli edecektir.

HÜKÜM VERME SÜRECİ

Bir hukuki uyuşmazlığı esastan kesin olarak çözmekle görevli ve yetkili olan dava mahkemesi hâkiminin davanın görülmesinde yapacağı ilk iş uyuşmazlık konusu ile ilgili vakıaların, var olduğunu ve gerçek durumlarını tespit etmektir. Vakıa incelemesi ve tespiti tamamlandıktan sonra ise varlığını belirlediği vakıalara uygulanacak hukuk kurallarını bulup, hukuk kuralları çerçevesinde vakıaların nitelendirmesini (tavsifini) yaparak bu nitelendirmenin, hukuk kuralları ya da irade beyanları ile örtüşüp örtüşmediğini ortaya koymak ve nihayet, uyuşmazlık hakkında adalete uygun (adil) bir hüküm vermektir⁶.

Dava mahkemesinde yapılacak yargılamada hâkimin hüküm verme sürecini iki aşamalı bir süreç olarak düşünecek olursak ilk aşama karşımıza vakıa inceleme ve tespiti aşaması, ikinci aşama ise hukukun uygulanarak hüküm verme aşaması olarak çıkmaktadır. Bunlardan ilk aşamada hâkimin hukuki bilgisi devreye girmemekte; hâkimin diğer özellikleri (ahlaklı, akıllı ve erdemli bir kişi) önem taşımaktadır. İkinci aşama ise hâkimin tamamen hukuk bilgisi ve vicdani kanaati ile tek başına karar verdiği aşamadır. Buna karşılık temyiz merciinde ise kural olarak vakıa incelemesi ve vakıaların

⁵ Alatlı Alev, “...hakim, fehim, müstakim ve emin, mekin, metin!”, 01.05.2008, <http://alevalatli.com.tr/makale.asp?s=detay&ID=195>

⁶ Gürdoğan, 258–259.

tespiti aşaması olmayacaktır. Zira bu iş dava mahkemesinin görevidir. Temyiz mercii kural olarak dava mahkemesince yapılan vakia incelemesi ve tespiti ile bağlı kalacak ve dava mahkemesince hukukun uygulanıp uygulanmadığı, doğru uygulanıp uygulanmadığı ile ilgilenecektir.

Vakia İncelemesi ve Tespiti

Vakia (olgu), meydana gelen, olan her şeydir. Buna göre, vakia, bir olay (vak'a) olabileceği gibi bir durum, bir söz, bir işlem, bir eylem, bir davranış, niyet ya da muamele de olabilir.

Bir dava ile ilgili vakıalar, insanın iç veya dış dünyası ile ilgili, geçmiş veya halen var olan, olumlu ya da olumsuz, yargılama sırasında veya yargılama dışında ortaya çıkan veya çıkmış olan, zaman ve mekândaki belirli durum ve şartlardır⁷.

Davanın vakıalarını hukuki açıdan değerlendirmek, bu vakıaların hukukî nitelendirmesi (tavsifi) ve takdirini yaparak hukuki sonuca ulaşabilmek için yargılama sürecinde hâkimin yapması gereken ilk husus vakia incelemesi ve tespitidir. Bu çerçevede hâkim, hukukçu kişiliğinden ziyade akıllı, bilgili, ahlaklı, akıllı, insafı ve tecrübeli bir kişi olarak faaliyette bulunarak uyuşmazlık konusu ile ilgili vakıaların var olup olmadığının tespitini yapacaktır. Bu konuda gerekirse keşif⁸ ve bilirkişi müessesesinden yararlanacaktır.

Vakia incelemesi ve tespiti sonunda bir vakianın varlığına ya da yokluğuna karar verildiğinde gerçeklik yargısına dayalı bir hüküm verildiği görülür. Buna karşılık, herhangi bir vakianın, herhangi bir ölçüyle oranlanarak değerlendirildiği ve takdir edildiği durumlarda değer yargısına dayalı bir hüküm verilmesi söz konusu olur.

⁷ Gürdoğan bu tanımdan hareketle vakıaları, “*haricî vakıalar – batını vakıalar*”, “*geçmişe ait vakıalar – hale ait vakıalar*”, “*müsbet vakıalar – menfi vakıalar*” ve “*yargılama dışı vakıalar – yargılamadan hasil olan vakıalar*” olarak tasnif etmektedir. Gürdoğan, 260–262.

⁸ Geçmişteki vakıalar, genellikle gerçekleşmiş bitmiş olaylar ve varlığı son bulmuş durumlardır. Bunların tekrarı mümkün değildir. Bu sebeple, hâkimin doğrudan doğruya tespitinin (müşahedesinin) konusu olamazlar. Halen var olan vakıalar ise, hâkimin her zaman tespit (müşahede) edebileceği vakılardır. Bu nedenle her iki tip vakia da keşif konusu olabilir de birinciler hakkında ancak temsili bir keşif yapmak mümkün olabilir. Gürdoğan, s. 261.

Örneğin bir öğretim üyesine danışmanı olduğu araştırma görevlisi ile ilgilenmediği, tezini okumadığı, görüşmeyi kabul etmediği gerekçesiyle verilen disiplin cezası işleminin iptali için açılacak davada yapılacak ilk iş, o öğretim üyesi araştırma görevlisi ile ilgilenmemekte midir? Tezini okumamakta mıdır? Görüşmeyi kabul etmemekte midir? vakiasının bütün maddî unsurlarıyla somut bir gerçek olarak ortaya konulmasıdır. Böyle bir olay olmuş mudur, nerede ve nasıl olmuştur, ne zaman olmuştur, kaç kere tekrar etmiştir? Bütün bu gerçekleri aramak ve *“fanilere nasip olmıyan mutlak bir hakikat derecesinde olmasa bile içinden gelen şüpheyi vicdanının susturabileceği kadar kesin bir kanaate ulaşmak”*⁹ hâkimin ilk görevidir. Bu tespit gerçekleştikten sonradır ki, tespit edilen tarzda bir davranışın, disiplin mevzuatında yer alan *“maiyetindeki elemanların yetiştirilmesinde özen göstermediği”* şeklinde bir davranış olarak nitelendirilmesi (tavsifi) ve takdir edilmesi mümkün olabilecektir.

O halde vakıaların ortaya çıkarılmasında ve tespitinde hukuk kurallarının bir rolü bulunmamakta, sadece varlık âlemindeki somut durumların hâkimin zihninde “var” ya da “yok” şeklinde belirmesi söz konusu olmaktadır.

Vakıaların tespitinde bazı vakıaların hâkim tarafından bizzat belirlenmesi mümkün değildir. Bazı vakıalar da ancak başkaca somut belirtiler vasıtasıyla tespit edilebilmektedir. Bu nedenle hâkimin, kendisini gerçeklik hükmüne götürecek bir zihni faaliyette bulunmasına ihtiyaç vardır. Bu zihnî çalışma ise hâkimin tecrübelerinden hareketle, “yorum”, “kıyas” vb. yollarla, mantık yürütmesi ile olur.

Hâkim davada, uyuşmazlığın taraflarının beyanları, sundukları deliller ve kendi topladığı dava malzemesini, mantığını ve tecrübelerini kullanarak, kendisinde bir kanaat oluşturacak ispat araçlarını kullanarak; örneğin bizzat yerinde görerek ya da hukuk dışında uzmanlık gerektiren konularda uzman görüşüne başvurarak vakıaların var veya yok olduğunu tespit eder. Başka bir ifadeyle delilleri takdir ederek vakıa hakkında hükmünü verir.

⁹ Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1954, s. 330, No: 161 den nakleden Gürdoğan, s.263.

Uyuşmazlığa Uygulanacak Hukuk Kuralının Tespiti

Hâkimin, gerçeklik hükmü ile uyuşmazlık konusu olayla ilgili vakıaları “var” ya da “yok” şeklinde tespit etmesinden sonra, bu vakıaların belli bazı ölçülere oranla değer hükümlerinin verilmesi gerekir¹⁰. Bu ölçüler, hukuk kurallarıdır.

Bu aşamada artık hâkimin hukuk bilgisi önem kazanır. Dava malzemesi toplanmış delillerin takdiri yapılarak inceleme bitirilmiş ve vakıalar tespit edilmiştir. Hakim tespit ettiği somut vakiaya uygulayacağı soyut hukuk kurallarını belirler; bu kuraları uygun yorum metodu ile yorumlar.

Hâkimin Tespit ettiği Somut Vakıa ile Hukuk Kuralının Yorumu ile Ortaya Çıkan Soyut Vakıanın Karşılaştırılması (Vakıanın Nitelendirilmesi)

Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının tespit edilmesinden sonra hâkim, uyuşmazlık kapsamında tespit ettiği somut vakıa ile hukuk kuralının içeriğinde bulunan ve yorumlayıp açığa kavuşturduğu soyut vakıayı karşılaştıracaktır. Bu karşılaştırma vakıanın nitelendirilmesi (tavsifi) dir.

ile hükmün nitelendirilmesinin birleşmesidir. Örneğin “*altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır*” hükmü kapsamında altmış günün geçtiğinin tespiti aynı zamanda kuraldaki soyut vakıanın da gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Yine örneğin bir idari işlemde yetkili olmayan bir makamın imzasının bulunduğu tespiti; aynı zamanda işlemin yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olduğunun da tespiti dir.

Hukukî sonucun açıklanması (Hüküm)

Delillerin takdiri yapılarak vakıanın tespiti gerçekleştikten; uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının belirlenip yorumlanmasını takiben, somut vakıa ile soyut kuraldaki vakıa karşılaştırılarak, vakıanın hukuken nitelendirilmesi de yapıldıktan sonra; hâkim, vicdani kanaatine hüküm verecektir.

Verilecek hükmün her halde anayasa, kanunlar ve hukuka uygun olması gerektiği ise tartışmasızdır.

¹⁰ Gürdoğan, s. 267.

VAKIA İNCELEMESİ VE TEMYİZ MAHKEMESİNİN ROLÜ

Temyiz mahkemesi, bir derece mahkemesi, bir vakia mahkemesi değildir. Davayı esas itibariyle evrak üzerinde inceler ve görür. Bu nedenle, tanık dinlemez, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırmaz. Mahkemede iddia olunmamış bir vakıayı veya ortaya konulmamış bir delili temyizden dikkate almaz.

Kural olarak temyiz mahkemesinin, dava mahkemesi hâkimlerinin vakıalara yönelik tespitlerine dokunmaması gerekir. Zira dava mahkemesi hâkimi de hâkimin taşıması gereken özelliklere sahip olması gereken; Anayasamız gereği Türk Milleti adına karar veren hâkimlerdir.

Temyiz mahkemesi bir kanun mahkemesidir. Bu çerçevede görevi, hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasında içtihat birliğini temin etmektir. Nitekim yüksek mahkemelere duyulan ihtiyaç, mahkemelere duyulan güvensizlikten ziyade, yargısal birliğin sağlanması amacına yöneliktir¹¹.

Temyiz merciinin denetim görevi, dava mahkemesi hâkiminin hukukçu kişiliği ile tek başına tespit ettiği vakıaya uygulayacağı hukuk kuralını bulunması aşamasından başlayarak, kuralın yorumlanması, somut vakıa ile yorumladığı kuraldaki soyut vakıanın karşılaştırılması (nitelendirme) ve hüküm verme aşamasına kadar olan safhada gerçekleşir. Bu çerçevede olaya uygulanacak hukuk kuralının bulunmasında yapılan hata, uygulanacak hukuk kuralının yanlış yorumlanması, tespit edilen somut vakıa ile yorumlanan kuralın karşılaştırılmasının (nitelendirmenin) yanlış yapılması ve yanlış hükme varması bozma sebepleridir.

Temyiz mahkemesi, dava mahkemesi hâkiminin vakıa tespitiyle bağlı olmakla beraber, bu alandan ilişkisini tamamen kesmez. Örneğin dava mahkemesi hâkimi tarafından yapılan vakıa tespiti mantık kurallarına tamamen ters ya da dava malzemesi ile hiç bir şekilde uyumuyor olabilir. Bu gibi durumlarda ne olacaktır? Temyiz mahkemesi dava mahkemesi tarafından yapılan vakıa tespitine dokunmayacak mıdır?

Gürdoğan, Temyiz mahkemesinin, vakıa tespitine dokunabileceği halleri üç grupta toplamaktadır¹²: 1- Hâkimin vakıayı tespit ederken

¹¹ Gürdoğan, s. 274.

¹² Gürdoğan, s. 275–279.

kanunu ihlâl etmiş olması 2- Tespitin dosya içeriği ile uyumsuz olması ve 3- Tespitin maddeten imkânsız bir hususa yönelik olması.

Kanun koyucu 20 Temmuz 2016 tarihi ile işlemeye başlayan üç dereceli yargılama sistemi kapsamında Danıştay'ın da “kanun mahkemesi” görevini 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23'üncü maddesine getirdiği ek cümle ile vurgulamıştır: “Danıştayın temyiz mercii olarak görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır”. Aslında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinde “bozma” sebepleri, “görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması”, “hukuka aykırı karar verilmesi” ve “usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması” olarak sayılmıştır. Yine 50 nci maddenin dördüncü fıkrasına göre “Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır”. O halde Danıştay ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalar dışında temyiz mercii olarak zaten bir vakıa mahkemesi değil; kanun mahkemesidir. Temyiz mercii olarak temel görevi idari yargıda içtihat birliği sağlamaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere idari yargıda da vakıanın tespiti ile hükmün nitelendirilmesinin birleştiği durumlarda Danıştay, temyiz mercii olarak dava mahkemesi hâkiminin vakıa tespitine dokunmak zorunda kalabilecektir. Ancak bu durum, temyiz aşamasında Danıştay'da artık “hukuka aykırı karar verilmesi” sebebinin arkasına sığınarak her türlü vakıa incelemesinin yapılmasını da mümkün kılmamaktadır. Zira 2575 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesine eklenen ek cümle ile “hukuka aykırı karar verilmesi” şeklindeki bozma sebebi; “bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılık” olarak açık bir şekilde sınırlandırılmıştır.

RE'SEN ARAŞTIRMA İLKESİ KAPSAMINDA VAKIA İNCELEMESİ VE HÜKÜM VERME

Yargılama usulünde dava malzemesinin toplanmasında geçerli olan re'sen araştırma ilkesi (die Untersuchungsgrundsatz, – offizialmaxime) bir gerçeği ortaya çıkarmak için başka şeylerin etkisi olmaksızın kendi kendine yapılan arama, sorma ve soruşturmadır.

Kıta Avrupası idari yargılama usullerinde dava malzemesinin toplanması tarafların insiyatif ve becerilerine bırakılmamış; davanın aydınlatılmasına yarayan vakıa ve delilleri toplama görevi idari yargı mercilerine verilmiştir. Bu çerçevede idari yargı yerleri bakmakta oldukları davalarda, tarafların ileri sürdüğü vakıa ve delillerle bağlı olmaksızın davayı aydınlatmaya yarayan her türlü vakıa ve delili bizzat araştırırlar. İddia ve savunmada ileri sürülen vakıa ve delillerin gerçeğe uygunluğunun araştırılmasının yanında özellikle de davanın sevk ve idaresi, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesi, uygulanacak hukuk kuralının tespitini yaparlar. Re'sen araştırma ilkesi dediğimiz ilkenin geçerli olduğu bu sistemde tarafların ispat yükü yoktur. Mahkeme re'sen araştırma yetkisini kullanırken sadece davacının talep sonucuyla bağlıdır.

Re'sen araştırma ilkesinin benimsenmesi, idari yargıda görülen davanın sonucunun taraflar dışında kamuyu da ilgilendirmesi ve yargılamada silahların eşitliğini¹³ sağlama ihtiyacından kaynaklanmıştır. Danıştay'a göre de *"resen araştırma ilkesi; bir taraftan kamu düzenine ilişkin hususlarda mahkemenin sağlıklı bir sonuca ulaşabilmesi, bir taraftan da idari yargı denetiminin bir hukuka uygunluk denetimi olması ve herhangi bir işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığının bazen kapsamlı bir araştırma ve incelemeyi gerektirebilmesi nedeniyle getirilmiştir"*¹⁴.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun *"Dosyaların incelenmesi"* başlıklı 20'nci maddesinin birinci fıkrasına göre *"Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar"*. Danıştay ilkenin içeriğini şu şekilde ifade etmektedir: *"Re'sen araştırma ilkesine göre, davanın açılmasından nihai karar verilmesine kadar, davanın sevk ve*

¹³ *" 'Adil yargılanma hakkı'nın ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan "silahların eşitliği" ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır"* AnyM, 02.12.2004, E. 2001 / 216, 2004/120.

¹⁴ D12D,02.02.2010, E. 2007/5480, K. 2010/414.

idaresi, maddi olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi, maddi olayın hukuki tavsifi görevi hakime aittir”¹⁵

Re'sen araştırma ilkesi bir davada maddi gerçek ortaya çıkıp dava aydınlanana kadar dava malzemesinin (vakıa ve delillerin) bizzat mahkemece toplamasını ifade eder¹⁶. Hâkim tarafların mahkemeye sunduğu delillerle bağlı değildir. Gerek görürse, davada tarafların ileri sürmediği, ancak dava malzemesi içinde bulunduğunu düşündüğü hususların doğruluğunu teyit etmek için inceleme yapabilir veya delillerdeki eksiklikleri tamamlayabilir.

İdari yargı hâkiminin başlıca görevi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemek ve menfaati ya da hakkı ihlal edilen kişiyi idare karşısında korumaktır. Bu çerçevede idare ile birey arasındaki uyuşmazlıklarda bu korumanın tarafların iddia ve delilleriyle sınırlı bir şekilde gerçekleşmesi mümkün değildir. İdari yargı hâkimince verilecek karar sadece yargılamanın taraflarını değil; aynı zamanda bütün kamuyu ilgilendirdiği için, yapılacak yargısal denetim sonucu verilecek karar maddi gerçeği yansıtmalı, hukuka uygun ve adaletli olmalıdır¹⁷.

İdari yargı hâkimi maddi vakıayı araştırırken ve kararına dayanak delilleri seçerken geniş bir takdir yetkisi vardır. Bu kapsamda iddia ve savunmada ortaya konan durumun maddi gerçeğe uygun olup olmadığını veya tarafların hiç değinmedikleri olayları ve delilleri araştırabilir. Danıştay’a göre de “... idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuk nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gereğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler”¹⁸; re’sen bilirkişi ve keşif incelemesi yapılmasına karar verebilirler: “...

¹⁵ D12D, 26.11.2015, E 2011/2498, K 6238.

¹⁴ Fritsche-Brandt, A. (2009). Die Zivil-, verwaltungs- und strafprozessualen Verfahrensgrundsätze im Überblick. **Juristische Arbeitsblätter.** (8-9), s. 628.

¹⁷ Bader, J., Funke-Kaiser, M., Stuhlfauth, T., Albedyll, J. Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., 2011. P. 86, Rn. 3, s. 634-635.

¹⁸ DVDDK, 21.02.1997, E. 1995/209, K.1997/124.

gerektiğinde 2577 sayılı Kanunun 31. maddesinin atıf yaptığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle de uyuşmazlığı çözebilirler”¹⁹

İdari yargı hâkimi vakia ve delillerin hukuk normunun uygulanmasını gerektirdiğine dair yeterli kanıya ulaşırsa hüküm verir²⁰. Bu anlamda idari yargıda davanın karar verme olgunluğuna ulaşmış olması için maddi olay veya olgunun varlığı konusunda yüksek oranda bir olasılığın bulunması yeterlidir²¹. Dava mahkemesi davanın kapsamını ve başvuracağı delilleri belirlemede ve davanın ne zaman karar verme olgunluğuna ulaştığını tespit etmekte serbesttir. Ancak eksik inceleme yapılarak hüküm kurulması halinde yüksek mahkeme eksik olan hususları tespit ederek bozma kararı verir. Zira dava mahkemesinin davayı aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirememesi usul eksikliği olup, bozma sebebidir²².

İdari yargı hâkiminin re’sen araştırma yetkisi ve görevi, her türlü delilin toplanması bakımından geçerli olduğu için vakia incelemesi bakımından önem arz etmekte olup; bu noktada hangi idari yargı yerlerinin re’sen inceleme yetkisine sahip olduğu ortaya konulmalıdır.

Re’sen araştırma ilkesi gereği, idari davalarda dava malzemesinin toplanmasından birinci derecede sorumlu olan yargılama yerleri ilk derece mahkemeleridir. Ancak istinaf aşamasında işin esası hakkında karar verme yetkisine sahip olan bölge idare mahkemeleri de gerektiğinde re’sen araştırma yetkisi kullanır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki istinaf merciin re’sen araştırma yetki ve görevi ilk derece mahkemelerinden daha sınırlıdır. Çünkü istinaf incelenmesinde her türlü vakia ve delilin yeniden incelenmesi gerekmez; çekişmeli, çelişkili veya eksik konularda araştırma yapılması yeterlidir. Bu çerçevede genel olarak dava mahkemelerinin re’sen araştırma yetkisine sahip olduğu söylenebilir. Danıştay’ın da dava mahkemesi olarak ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda re’sen

¹⁹ D3D, 25.12.1990, E. 1989/3460, K.1990/3569.

²⁰ 2577 sayılı Kanun’un “Davaların Karara Bağlanması” başlıklı 22 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, “Konular aydınlandığında meseleler sırasıyla oya konulur ve karar bağlanır”.

¹⁸ Schenke von W. R., Verwaltungsprozessrecht, 2012, s. 9.

²² DİİDGK, 24.12.1993, E. 1993/279; VDDGK, 26.5.1997, E. 1995/221, K 1997/141; **D3D, 10.04.2014, E. 2011/8642, K.2014/1982.**

araştırma yetkisi vardır²³. Nitekim 2577 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinde Danıştay'ın da *"bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapa(cağının)"* belirtilmiş olması bu nedenledir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki re'sen araştırma ilkesi ile vakia incelemesi aynı şeyler değildir. Temyiz mercii olarak Danıştay'ın kural olarak dava mahkemesi hâkiminin vakia incelemesi ve tespitine dokunamayacak olması demek temyiz mercii olarak Danıştay'ın hiçbir şekilde re'sen araştırma yapmayacağı anlamına da gelmez. Nitekim 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda, *"Evrak getirilmesi ve yetkililerin dinlenmesi"* başlıklı 49'uncu maddede ilk derece – temyiz ayrımı yapılmadan *"İncelenmekte olan işler hakkında lüzum görülen her türlü evrak getirilebileceği ve bilgi istenebileceği gibi, tamamlayıcı veya aydınlatıcı bilgiler alınmak üzere ilgili dairelerden veya uygun görülecek diğer yerlerden yetkili memur ve uzmanlar da çağırılabilir"* hükmü getirilmiştir. Bu nedenle Danıştay'a göre re'sen araştırma ilkesi *"dava konusu işlemin tesisine esas gösterilen hukuki nedeninin var olup olmadığının araştırılması, dayanağı olan bilgi ve belgelerin derlenmesi şeklinde uygulandığı gibi, taraflarca öne sürülmemiş olsa dahi idare hukukunda kamu düzenine ilişkin olduğu tartışmasız kabul edilmiş olan, görev, yetki, süre gibi konuların incelenmesi şeklinde"* anlaşılmalıdır²⁴.

O halde, idari yargılama usulünün temel ilkesi olan re'sen araştırma ilkesi, tarafların mahkemeye sundukları ile bağlı olmaksızın idari yargı hâkimi tarafından kendiliğinden dava konusu vakıaların tespiti ve delillerin toplanması görevini ifade ettiği için kural olarak öncelikle ilk derece idare ve vergi mahkemeleri ve ilk derece mahkemelerinde eksik kalan hususlarla ilgili olarak istinaf mercii olan bölge idare mahkemeleri için öneme sahip bir ilkedir. Danıştay da ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarla, temyiz incelemesi sonucu esastan karar verme yetkisine sahip olduğu ivedi yargılama usulü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin davalarda bu ilke kapsamında eksik kalan vakıaların tespiti ve delillerin toplanması görevini

²³ 2577 sayılı Kanun'a eklenen 20/A ve 20/B maddeleri kapsamında ivedi yargılama usulü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünün uygulandığı davalarda Danıştay'a istinafa benzer bir görev yapmakta olup; bu davaların temyizinde de re'sen araştırma yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

²⁴ D5D,08.12.1987, E.1985/815, K.1987/1723.

ifa etmektedir. Buna karşılık Danıştay temyiz mercii sıfatıyla, kural olarak vakia inceleme yetki ve görevine sahip olmadığından temyiz aşamasında re'sen araştırma yetkisini 2575 sayılı Kanun'un 49'uncu maddesi hükmü ile sınırlı olarak kullanabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere re'sen araştırma ilkesi ile vakia incelemesi ve delil tespiti arasında ilişki bulunmakla beraber bu kavramlar aynı şeyi ifade etmemektedir. Zira idari yargıda özellikle iptal davalarında işlemin yetki, şekil ve konu unsurları bakımından yapılan hukuka uygunluk denetiminde vakia tespiti aşaması ile hukukun yorumlanarak uygulanması aşamaları çoğu zaman içiçe girmiştir. Bu nedenle Danıştay temyiz incelemesinde de vakia inceleme yapmak zorunda kalmış; zaman içinde bu durum "hukuka aykırı karar verilmesi" şeklindeki bozma sebebinin gereği olarak kabul edilmiştir.

SON SÖZ

İstinaf kanun yolunun kabulü ve uygulamaya başlamasıyla birlikte idari yargıda davalarda vakia inceleme ve tespiti bakımından dava mahkemesi olarak karşımıza çıkan ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve ilk derece mahkemesi olarak görev ifa eden Danıştay ilgili dairesi ile Temyiz mercii olarak Danıştay arasında farklı uygulama olacağı; Danıştay'ın temyiz mercii olarak dava mahkemelerince yapıla vakia inceleme ve tespitlerine dokunmayacağı; yeniden vakia inceleme ve tespiti yapmayacağını ummak yanlış olmaz. Bu ayrışmanın re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde kendiliğinden inceleme yapma yetki ve görevi bakımından da gerçekleşeceği söylenebilir. Doğrusu 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun "Danıştayın görevleri" başlıklı 23'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine eklenen "*Danıştayın temyiz mercii olarak görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır*" şeklindeki ikinci cümle sonrası bu ayrışmanın kesin olarak yaşanması gerekir. Ancak bunun kolay olmayacağı da muhakkaktır. Öncelikle Danıştay yılların alışkanlığını terk edebilecek midir? Kaldı ki özellikle iptal davalarında "vakia" ve "hukuk"un karıştırıldığı, vakianın tespiti ile hükmün nitelendirilmesinin birleştiği durumlarda Danıştay da zorunlu olarak vakia tespiti bakımından bir denetim yapmak zorunda kalabilecektir.

ÜÇÜNCÜ OTURUM TARTIŞMALAR

Levent ARTUK (Oturum Başkanı): Efendim iki değerli konuşmacımıza teşekkür ediyorum. Açıklamalarını büyük bir ilgi ile heyecanla dinledik. Tahmin ediyorum zihnimizdeki çoğu soruya cevaplarımızı aldık ama Sayın Yıldırım'a bir soru var, ben de kapanışta bir iki kelime söyleyeceğim hocama da karşılık da. İşte dediği gibi olmuyor, keşke olsa, evet, evet Sayın YILDIRIM, herhalde başka soru yok, tek soru var.

Prof. Dr. Turan YILDIRIM: Bu şeyi yanlış söylemiş olabilirim, yani mevzuat değişikliğinin yargı tarafından biz daha önce bu mevzuat dava edildi, hukuka uygun bulunuldu, "kaldırılmaz, değiştirilemez." dediğine ilişkin benim hatırladığım en iyi örnek yükseköğretimdeki katsayı örneğidir. Bu bazı işte meslek liselerinden gidenlerin katsayısına ilişkin bir düzenlemeyi değiştirmeye kalkıldığında, karar şöyleydi, mesela, bunu değiştiremezsin, bu daha önce dava konusu edildi, dolayısıyla artık böyle bir değişiklik yapılamazdı. Yanlış hatırlıyorsam özür diliyorum, benim de hatırladığım örnek bu, en canlı örneği, onu sormuş bir arkadaşımız, yönetmelik değil ama bir mevzuat, bir düzenlemeydi.

Levent ARTUK: Evet, hocamıza teşekkür ediyorum.

İdari yargıda güncel iki önemli konu, sürenin el verdiği ölçüde ele alındı, çok da güzel konulardı sayın başkanımıza da teşekkür ediyoruz.

Biz yargıç olarak çözümcü ve uygulayıcı, hocalarımız da teorik olarak değerlendiren insanlar, onların da dışarıdan bakış açılarını görmüş olduk. Sayın hocamız AKYILMAZ işte maddi vakia incelemesi dedi ama ah gerçek keşke öyle olsa, biz bazen 7-8 yıl sonra dilekçe red kararı verilsin diye bozduğumuz kararlar oluyor maalesef. Tabii haklısınız yani temyiz incelemesi yapacağız ama bazen öyle yeri geliyor ki karar düzeltme de istisnai bir yol olsa bile, orada bile bu incelemeleri yapmak durumunda kalıyoruz çünkü nihai adalete ulaşmaya çalışıyoruz, belki bu inisiyatif ile yapıyoruz, belki kanunun çizdiği sınırları aşmak durumunda kalıyoruz ama bizdeki o vazgeçilmez adalet duygusu belki bizi oraya götürüyor.

Bir de hocam bir absürt olacak dedi ama bir çözüm yolu önerdi, esasında buna benzer bir yol ben de görevli olarak Polonya'ya gitmiştim iki defa, oradaki görüşmelerde şöyle bir şey dile getirdiler, Yüksek Mahkeme

ile ilk derece mahkemeleri arasında bazı konularda içtihat farklılığı çıkarsa Yüksek Mahkemeden işte görevli bir ekip o bölgeye gidip ikna veya bu Yüksek Mahkeme kararlarının niçin böyle verildiğini izah etmek sureti ile yani ikna yöntemi ile bu içtihat farklılığının giderilmesi gibi bir yöntem orada uygulanıyor. Bu açıklamayı da yapmak istedim ama bu değerlendirilecek bir konu gibi geldi bana.

Efendim ben oturumu kapatıyorum, biraz sarkma da olmuştu ama ben sayın Başkanımıza sözü veriyorum, efendim teşekkür ediyorum konuşmacılara da.

Zerrin GÜNGÖR (Danıştay Başkanı): Teşekkür ederim sayın başkan. Öncelikle Sayın Turan YILDIRIM'ın sağlıkla devam edebilmiş olmasından memnuniyet duyduk, sağ olsunlar, geçmiş olsun kendilerine.

Sayın Turan YILDIRIM Hoca, içtihatların takip edilmesi, bilinmesi, bir Yüksek Mahkemede ve geliştirilmesi konusuna değindiler, Danıştay'a da çok güzel bir öneride bulundular sağ olsunlar, katkıları için teşekkür ediyorum.

Evet, biz bunun eksikliğini hissettik, kurduğumuz İdari Yargı Komisyonunda arkadaşlarımız gerçekten çok verimli ve gayretli çalışıyorlar, konuları belirledik. Konularımızdan biri de; inceleme, araştırma, istatistik ve içtihat birimi kurulmasına ilişkin bir konuydu, çok değerli çalışmalar yapıyor, çok önemsiyorum, hâkimlerimiz destek veriyor, meslek mensuplarımız, üyelerimiz çok çok değerli katkılar yapıyorlar. Evet, biz de bunun eksikliğini hep hissettik, kurumun eski hafızaları kalmadı ne yazık ki çeşitli sebeplerle, sürekli değişiyor, eski kararları içtihatları bilen, uygulayabilen, yorumlayabilen meslek mensuplarımız parmakla sayılacak kadar azaldı. Dolayısıyla bunun kayda geçmesi çok önemli, biz bu yeni kuracağımız birimde bu incelemeleri, çalışmalarını yapacağız inşallah, başladık, ön hazırlıklarımız ilerledi, gidebildiğimiz kadar geriye giderek, Danıştay içtihatlarını konu belirleyerek, “değişik konulardaki içtihatlarımız ne olmuş tarih içerisinde, hangisi istikrar kazanmış ve günümüz içtihatlarıyla ne kadar örtüşüyor?” onları kıyaslayacağız, nereden nereye gelmişiz, olayları tespit ederken, gerekçe yazarken, yorumlarken nasıl bir başarı göstermişiz, aşama kaydetmişiz bunları belirleyeceğiz, arkasından da bu tespit ettiğimiz içtihatlarımızı kayda geçerek uygulanabilir ve bilinebilir bir hale getireceğiz. Bu birinci aşama.

İkinci aşamada, tespit ettiğimiz içtihatlarla idarenin eylem ve işlemlerinde ne kadar uyulduğu konusunu da takibimize alacağız. İdare eğer istikrar kazanmış içtihatlarımıza rağmen halen farklı uygulamaları sürdürüyorsa ve bunlar idari yargıya dava olarak intikal ediyorsa bu konuda da bir temyiz mahkemesi olarak, bir içtihat mahkemesi olarak idarelerin içtihatlarımızı bilmeleri konusunda onlara bilgi aktaracağız. İchtihatlarımızı bilsinler ki istikrar kazanış içtihatlarımızı işlem ve eylemlerini bundan sonra gereksiz dava üretmeyecek şekilde yapabilsinler. Bu da çok önemli diye düşünüyorum, bunları başlatmış olmanın da gururunu yaşıyorum. Arkadaşlarımın değerli katkıları, konuşmamda da ifade ettim çok kıymetli, sizin de bu konuyu önermenizden dolayı ayrıca mutlu oldum ama bu tavsiyeniz çok kıymetli, biz de bunu başlatmış bulunuyoruz, bunu açıklayarak sizin de memnun olmanızı düşündüm.

Teşekkür ediyorum, sağ olun.

Sunucu: Dördüncü ve son oturumumuza geçmeden önce sizleri 20 dakikalık arada kokteylimize davet ediyoruz, buyurunuz efendim.

Sunucu: Değerli konuklar, “Vergilendirme ve İnsan Hakları” başlıklı son oturumumuza geçiyoruz. Bu oturumun başkanlığını yapmak üzere Danıştay 7. Daire Başkanı Sayın Ali ATAGÜN’ü ve konu ile ilgili sunumlarını yapmak üzere Danıştay 9. Daire üyesi Sayın Nilgün İPEK’i, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Sayın Cenker GÖKER’i ve Anayasa Mahkemesi raportörü Sayın Yunus Emre YILMAZOĞLU’nu arz ederim.

DÖRDÜNCÜ OTURUM AÇIŞ KONUŞMASI

Ali ATAGÜN*

Sayın Başkan, değerli konuklar, katılımcılar hoş geldiniz, dördüncü oturumu açarken saygılar sunuyorum.

Biz sona kaldık, umarım sona kalmış olmanın olumsuzluklarını yaşamayız ama salondan gördüğüm kadarıyla ilgi son derece iyi ama vergi ilginç bir konu tabii, zor bir konu. Akyıldız hocam biraz önce ben dedi, değişiklik olsun diye kravat değiştirmiştım, organizasyonumuz da bizim sayımızı arttırarak sabahtan beri iki konuşmacı ile olurken biz üç konuşmacı ile sizleri bilgilendirmeye çalışacağız.

Vergi ve İnsan Hakları gerçekten son yıllarda özellikle son derece önemli bir konu. Aslında vergi, yüzü soğuk, özellikle vergi ödeyenler açısından sempati ile karşılanmayan bir konu biliyorsunuz. Uzun yıllar idare edenlerin tek taraflı kamu gücüne, egemenlik gücüne dayanarak aldıkları, zorunlu olarak aldıkları bir gelir. Bunu 1700'lü yıllarda bir İngiliz yazar hayatta diyor "ölüm ve vergi dışında kesin olan hiçbir şey yoktur" diye söylemiş ama zaman içerisinde gerek demokrasi, gerekse insan hakları alanındaki gelişmelerle birlikte verginin tanımı ve uygulaması da değişmiş.

Bugün üç değerli arkadaşım ile birlikte sizleri bu konuda bilgilendireceğiz, anayasadaki haklar konusunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki hakların vergilendirmeye yansımaları konusunda. Çok geniş olan bir alanın sınırlı bir boyutunu birlikte inceleme şansı yakalayacağız.

Öncelikle ilk konuşmayı değerli meslektaşım, 9. Daire üyesi Sayın Nilgün İPEK yapacaklar. Uzunca bir konu başlığı var, ben kendisini takdim ediyorum, buyurun Nilgün Hanım.

*Danıştay Yedinci Daire Başkanı

VERGİLENDİRMEDE KAMU YARARI – BİREY YARARI BAKIMINDAN ADİL DENGE ARAYIŞINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, ANAYASA MAHKEMESİ VE DANIŞTAY YAKLAŞIMLARI

Nilgün İPEK*

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("*Sözleşme*" olarak anılacaktır) 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da kabul edilmiştir. 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Bildirgesi'nde yer alan hakların güvence altına alınması amacıyla imzalanan Sözleşme 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Taraf Devlet sayısı bugün itibarıyla 47'ye yükselmiştir.

Bu gelişme bazı açılardan memnuniyetle karşılanmakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("*AİHM*" olarak anılacaktır) yönünden Sözleşme'nin^{1 2} yorumu ve uygulanması noktasında yeni sorunlar doğurmuş ve Mahkeme'nin iş yükünü fazlasıyla arttırmıştır. Sözleşme'de yer alan

* *Danıştay Dokuzuncu Daire Üyesi*

¹ Vergiye ilişkin hükümler içeren tarihsel insan hakları belgeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz. Devlet, Birey ve Özgürlük, 2. Baskı, Legal Yay.. İstanbul, 2012, sf:50-56, 134-149; Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi. 3. Baskı. XII Levha. İstanbul. 2011. sf:34-46; Tamer Budak. Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç, XII Levha Yay.. İstanbul. 2010. sf:32-41.

² Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılan "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi" (No.005, "Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"), 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS'ni 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.I ile birlikte. 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun'u çıkartarak onaylamıştır, (RG. 19/03/1954. s.8662). Aynı Resmi Gazetede. Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve orijinal metni yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. AİHS'in serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz. Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt I - Bölgesel Sistemler, Legal Yayıncılık. İstanbul. 2010. sf:5-27.

maddi güvencelerin kapsamı, taraf konumundaki devletler bakımından bağlayıcı olan Sözleşme'ye Ek 1³, 4⁴, 6⁵, 7⁶, 12⁷ ve 13⁸no.lu Protokoller ile arttırılmıştır. Sözleşme, evrensel olarak uygulanan insan hakları sözleşmeler ağının bir parçasıdır. Diğer uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile kıyaslandığında oldukça güçlü bir koruma mekanizmasına sahiptir. Hem devlet başvurusu ve hem de bireysel başvuru usulü öngörülmüştür. Her iki başvuru da, tam zamanlı görev yapan yargıçlardan oluşan ve daimi surette çalışma yürüten AİHM'ne yapılmaktadır. Başvurunun esasına girilip girilmeyeceğine AİHM karar vermektedir. Mahkeme, başvurunun kabul edildiği durumlarda Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediğine dair, uluslararası hukuk açısından bağlayıcı olan bir karar vermektedir. AİHM'nin nihai kararlarının taraf devletlerce icra edilip edilmediği hususu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmektedir.

Türkiye, anılan Sözleşme'yi Resmi Gazete'nin 18 Mart 1954 gün ve 8662 sayılı nüshasında yayımlanarak yürürlüğe giren 6366 sayılı Kanun'la onaylamıştır. 28 Ocak 1987 tarihinde bireysel başvuru hakkını tanımış ve 28 Ocak 1990 tarihinde de AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. Yargı

³ 213 UNTS 262; ETS 9.1952 yılında kabul edilmiş ve 1954 yılında yürürlüğe girmiştir. Kırk beş devlet taraftır: Monako ve İsviçre dışında Sözleşme'ye taraf tüm devletler taraf durumundadır.

⁴ 1469 UNTS 263; ETS 46. 1963 yılında kabul edilmiş ve 1968 yılında yürürlüğe girmiştir. Kırk devlet taraftır: Andorra, Birleşik Krallık, İspanya, İsviçre, Türkiye ve Yunanistan dışında Sözleşme'ye taraf tüm devletler taraf durumundadır.

⁵ ETS 114. 1983 yılında kabul edilmiş ve 1985 yılında yürürlüğe girmiştir. Kırk altı devlet taraftır: Rusya dışında Sözleşme'ye taraf tüm devletler taraf durumundadır.

⁶ ETS 117. 1984 yılında kabul edilmiş ve 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Kırk bir devlet taraftır: Almanya, Belçika, Birleşik Krallık, Hollanda, İspanya ve Türkiye dışında Sözleşme'ye taraf tüm devletler taraf durumundadır.

⁷ ETS 177; 8 IHRR 300 (2000). 2000 yılında kabul edilmiş ve 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. On yedi devlet taraftır: Andorra, Arnavutluk, Bosna Hersek, Ermenistan, Hırvatistan, EYCM, Finlandiya, Gürcistan, Hollanda, İspanya, Karadağ, Kıbrıs, Lüksemburg, Romanya, San Marino, Sırbistan ve Ukrayna.

⁸ ETS 187; 9 IHRR 884 (2002). 2002 yılında kabul edilmiş ve 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Kırk devlet taraftır: Azerbaycan, Ermenistan, İtalya, Letonya, Polonya ve Rusya dışında Sözleşme'ye taraf tüm devletler taraf durumundadır.

sistemimiz anılan Sözleşme hükümlerini ve mahkeme içtihatlarını esas almaktadır.

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize giren ve 23 Eylül 2012 tarihinde de uygulanmaya başlanan “bireysel başvuru” ile hak ve özgürlükler ulusal düzeyde de koruma altına alınmıştır.⁹

Sözleşme’nin 1’inci maddesi, taraf devletlerin Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri güvence altına almalarını gerektirmektedir. Sözleşme’nin daha sonraki maddeleriyle birlikte 1’inci maddesinin ifadesi, belirli haklar bakımından taraf devletlere hem negatif ve hem de pozitif yükümlülükler getirdiği şeklinde yorumlanmıştır.

“Negatif yükümlülük”; müdahaleden kaçınılmasını ve dolayısıyla insan haklarına saygı gösterilmesini gerektirir.¹⁰

“Pozitif yükümlülük” ise; devletlerin insan haklarını güvence altına almak için gerekli adımları atması anlamına gelir.¹¹

Mahkeme’ce, kararlarında pozitif ve negatif yükümlülükler tipolojisine bağlı kalınsa da, insan haklarına saygı, insan haklarını koruma ve yerine getirme yükümlülüklerini kapsayan farklı bir üçlü tipoloji yerleşmiş ve benimsenmiştir.¹²

Vergi kaynaklı birçok mesele aynı zamanda bir insan hakları meselesidir. Vergi kaynaklı müdahaleler adil yargılanma hakkı, özel yaşam hakkı, seyahat özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi çok sayıda hak kapsamında sorun doğurabilmektedir. Aslında vergi, bugünkü insan hakları hukuku belgelerinin arkasında yatan ilk hareket noktalarından birisidir. "Temsil yoksa, vergi de yok" sloganında ifadesini bulan talepler 1215 tarihli Magna Carta'dan bugüne onlarca belgede ve çeşitli formlarda kendisine yer

⁹ T.C. Anayasası Md.148

¹⁰ Bakınız, Alkema, in *WiardaMelanges*,s. 33;Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*,1993, Bölüm 7; Cherednychenko, 13 Maastricht JECL 195 (2006);Conforti, 13ItYIL 3 (2003);Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*,1983, Bölüm 8; ve *Van Dyk, Bahr Collection*.

¹¹ Bakınız, Van Hoof, in Alston veTomasevski, eds, *The Right to Food*,1984, s. 97.

¹² UN Doc E/CN.4/Sub.2/1987/23 ile formüle edilmiştir ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından kullanılmaktadır. Bakınız, Koch, 5 HRLR 81 (2005).

bulmuştur. Vergi, bugün de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS veya Sözleşme) yer alan birçok hak bakımından çeşitli sorunlar doğuran bir konudur. Nitekim AİHM ve öncesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu uzun yıllardan bu yana vergisel sorunları çeşitli sözleşmesel haklar çerçevesinde ele almıştır ve halen de almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve AİHM'nin vergisel meselelerdeki tutumu, devletlerin münhasır egemenlik yetkisi kapsamında bir uygulama olarak görüldüğü için başlangıçta oldukça pasifti. Devletlerin vergi salma ve tahsili konusundaki yetkilerine saygı gösteren AİHM vergisel meselelerinin esasına girmekte çekingen davranıyordu. Zaten Sözleşme'nin yapılış evresinde devletler, mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemenin vergi salma ve tahsili yetkilerine zarar verme ihtimalinden çekindikleri için, bu yetkilerini açıkça tanıyan bir hükmü mülkiyet hakkını düzenleyen 1 numaralı Protokol'ün 1. Maddesine eklemişlerdi.

I- TÜRK VERGİ KANUNLARININ TABİ OLDUĞU İLKELER

Anayasa'nın "Vergi Ödevi" başlıklı 73'üncü maddesinde;

"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir." hükmü yer almıştır.

Söz konusu maddede esasen verginin temel ilkeleri belirtilmiştir. Bu maddede getirilen ilkeleri şöyle açıklayabiliriz.

A- Genellik İlkesi

Vergide genellik ilkesi ayırım gözetilmeksizin herkesin vergi ödemesidir. Vergi, vergi kanunlarında yer alan vergiyi doğuran olayla ilişki kuran herkesten alınır. Verginin alınmasında cins, ırk, din, sınıf, aile, zümre,

siyasi inanç, felsefi düşünce, mezhep vb. Konular açısından mükellefler arasında ayırım yapılamaz. Bu verginin genel olduğunu gösterir. Buna genellik ilkesi denir. Böylelikle kanun uygulanırken kişiler arasında ayırım yapılmaması gerektiği açıklanmış olmaktadır. Bu haliyle genellik ilkesi, herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirtmektedir. Vergilere kanunlarla iktisadi, sosyal, siyasi ve teknik nedenlerle getirilen muaflık ve istisnalar genellik ilkesinin kapsamını daraltmakla beraber bu uygulamaların genellik ilkesini devre dışı bıraktığı söylenemez.¹³

B- Karşılıklılık İlkesi

Vergi, devletin ekonomik ve sosyal amaçlarla kamu yararına göre gerçekleştirilen kamu giderlerini karşılamak için alınır. Verginin alınma amacının kamu giderlerini karşılamak olduğunu belirtmek verginin mali amacını ortaya koyar. Anayasa'da kamu giderlerini karşılayabilmesi öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünü zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi durumunda kanunlarla idareye yüklenen kamu hizmetlerinin aksatılmadan sürdürülmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle, vergi almanın temel amacı kamu gücünün sürdürülmesi ve kamu giderlerinin karşılanmasıdır. Buna karşılık ilkesi denebilir. Ancak bu karşılığın özel menfaate yönelik bir karşılık olmadığını ifade etmek gerekir. Devlet tarafından tahsil edilen vergilerin sonuçta verimli veya verimsiz kamu harcamasına dönüştüğü düşünüldüğünde ilkenin pek fazla somut yanının olmadığı söylenebilir.

C- Mali Güce Dayanma İlkesi

Verginin mali güce göre alınması ilkesi esas itibarıyla verginin ekonomik bir değer düzeyine oturtulmasını ve vergilendirmenin ekonomik değeri içinde barındıran vergi ödeme güçlerinin dikkate alınması suretiyle yapılmasını öngörür. O halde, bir verginin mali güce göre alınması demek, verginin kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınması demektir. Anayasa'da mali gücün ne olduğu tanımlanmamakla beraber, mali gücün

¹³ AYMK., E.94/80. Vergilendirmede genellik ve eşitlik ilkelerinin Anayasa'nın 73. maddesinden hareketle yorumlandığı diğer kararlar: E.94/84, E.94/85, E.94/91, E.95/4, E.95/6, E.95/7, E.96/49, E.96/75, E.97/54, E.01/36.

kamu maliyesi yönünden bilimsel göstergeleri gelir, servet ve harcama olarak belirtilmiştir. Mali güç ile ödeme gücü arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Mali güç, ödeme gücünün dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Bu nedenle vergilendirmede kişilerin sahip oldukları ekonomik değerler ile mali güçlerinin göz ardı edilmemesi gerekir. Verginin ödeme gücünü temsil eden konular üzerinden alınmasına mali güce dayanma ilkesi denir. İlkenin özünde vergi konularının mali gücü temsil eden göstergeler üzerine oturtularak vergi alınması vardır.

D- Adalet İlkesi

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı esastır. Bu esas, güçsüzleri güçlüler karşısında korumayı ifade eden sosyal devlet ilkesinin en etkin uygulama biçimini gösterir. Vergi yükünün adaletli ve dengeli biçimde dağılımı, vergilendirilecek alanların seçimi ve yükün paylaştırılmasındaki kuralın ne olması gerektiğine işaret etmektedir. Vergi yükü belirlenirken emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre farklı vergilendirilmesi, vergi tarifesinin artan oranlı olması, en az geçim indirimi, sakatlık halinin dikkate alınması, farklılaştırılmış oranlar uygulanması, belirli istisna ve muafıklar tanınması sosyal davranışın özünde vardır. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımında vergi tekniğinin önemli bir yeri vardır. Bu nedenle vergi adaletini yansıtmayan bir vergi tekniği ile sosyal amaçlar gerçekleştirilemez. Bu açıdan bakıldığında vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı mali gücün ortaya çıkartılması yanında sosyal amacı ulaşmada önemli bir rol oynar. Verginin taşınması gereken bu özellik adalet ilkesi olarak belirtilebilir. Ödeme güçleri arasında bazı teknikler kullanılarak farklılıklar yaratılması suretiyle vergi yükünde adalet ve denge sağlanmaya çalışılır. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi, yükümlülerin ödemi güçleri gözetilerek farklı vergileme rejimine tabi tutulmalarını zorunlu kılmaktadır. Gelir üzerinden alınan vergilerde artan oranlı vergileme, en az geçim indirimi, ücret gelirlerinin sermaye gelirlerinden farklı vergilendirilmesi, servet vergilerinde lüks kabul edilen servet unsurlarının, temel ihtiyacı karşılayan servet unsurlarından daha yüksek oranda vergilendirilmesi, harcama vergilerinde lüks tüketime konu olan mal ve hizmetler ile zorunlu tüketime konu olan mal ve hizmetlerin farklı oranlarda vergilendirilmesi, çeşitli istisna durumları

ve muafiyet uygulamaları, vergi yükünün adalete uygun dağılımı ile mali güce göre vergilendirmenin araçlarıdır.¹⁴

E- Eşitlik İlkesi

Mali güce dayanma ve adalet ilkesinin bir karması olarak karşımıza çıkan bir ilke de eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesiyle mali gücü aynı olanlardan aynı verginin alınması farklı olanlardan farklı vergi alınması ifade edilir. Bir başka deyişle gelir, servet ve harcamaları aynı olanlardan alınan vergi miktarları da aynı olacaktır. Servet ve harcama açısından durumları aynı olan bir kişinin geliri fazla ise diğerlerine göre daha fazla vergi ödemesi bu ilkenin gereğidir. Eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi açısından adalet ilkesinin önemli bir yeri vardır. Başlıca göstergeleri, gelir servet ve harcama olarak kabul edilen ve mükelleflerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre vergi alınması anlamına gelen mali güç ilkesi aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracıdır. Böylelikle ödeme gücü aynı olanların aynı vergiyi farklı olanların ise farklı vergi ödemesi sağlanabilecektir.

F- Kanunilik İlkesi

Vergi, resim, harç vb. mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır hükmü, belirtilen konularda yürütme organının ve idarenin yetkili kılınmayacağı anlamına gelir. Verginin kanunla konulması verginin yükümlüsünün, konusunun, vergiyi doğuran olayın, muaflik ve istisnaların, matrahının, oranını, tahsil zamanı ve şekilleri vb. Temel unsurlarının kanunlarca belirlenmesi demektir. Verginin kanunlarca belirlenmesi gereğine kanunilik ilkesi denir. Vergilerin kanunla alınması ve değiştirilmesi keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamaları önlemesi nedeniyle yükümlülere güvence sağlar. Vergilerin kanunilik ilkesi hukuki güvenliğin güvencesidir. Çünkü, bir anlamda hukuki güvenlik ilkesi, vergilendirmenin belirliliğini, vergi hukukunda kıyas yasağını ve vergilerin geriye yürümezliğini içerir.

Kaynağını, Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi hiçbir kimse ve organ tarafından kullanılamayacağından, idarenin, yasal boşluk

¹⁴ AYMK., E.94/80, E.95/6.

bulduğunu öne sürerek vergiler dahil kişilerin temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı idari düzenlemeler yapılamaz. Görüldüğü üzere kanunilik ilkesiyle idarenin vergi yükünü artırmasının önüne en üst düzeyde set çekilmiş olmaktadır. İdareye vergi yükü getirebilmek yetkisi verilmiş olsaydı, alanında yükümlüler arasında ayırımlar yapılmak başta olmak üzere, keyfi uygulamaların yapılması sürpriz olmazdı.

Anayasa’da vergilerin kanunlarla getirileceği hüküm altına alınmış ancak, aşağıda belirtilen durumlarla sınırlı olarak Bakanlar Kuruluna düzenleme yetkisi verilmiştir.

Birinci istisna; Anayasa’nın vergiye ilişkin 73. maddesinin son fıkrasında, kanunda belirtilmek ve sınırlı konularda olmak üzere Bakanlar Kuruluna vergilerde değişiklik yapma yetkisi verilmiştir. Yetki vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde kalmak koşuluyla verilmiştir. Yetkinin verilme amacı vergilerle ilgili değişikliklerde sürat ve kolaylık sağlamaktır. İktisadi hayatın akışına göre vergilere derhal müdahale yapmak gerekebilir. Müdahale verginin tümüne değil, istisna, muafık, indirim ve oranlarına ilişkindir. Dikkat edildiğinde ve yukarıdaki açıklamalar birlikte ele alındığında, Anayasa’mız vergi kanunu çıkarılması konusunda yasama organına direktif vermiş ve ayrıca Bakanlar Kurulunun hangi sınırlar içinde düzenleme yapabileceğini belirtmiştir. Bakanlar Kurulu bu yetkisini kanun koyucunun yerine geçerek doğrudan kullanamaz, ancak kanunda verilmesi halinde kullanılabilir.

İkinci istisna; Anayasa’nın 167. maddesinin son fıkrasında, “....dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir” denilmiştir. Bu maddede hangi koşullarda düzenleme yetkisi verilebileceği ve yetkinin bir kanunla verilmesi halinde kullanılacağı açıklanmıştır. Bakanlar Kuruluna burada verilen yetki 73. madde çerçevesindeki yetkiden farklıdır. 73. madde kapsamındaki yetki, mevcut vergilerden farklı ve bağımsız yeni bir vergi ya da mali yükümlülük getirme yetkisi vermezken 167. madde kapsamındaki yetki ek mali yükümlülük getirmek suretiyle, mevcutlar dışında, yeni mali

yükümlülük getirme yetkisi vermektedir. Ek mali yükümlülükler getirmek demek, bunun türünü ve miktarını saptamada serbest olmaktır. Böylelikle Bakanlar Kurulu başka ülkelerin alacağı önlemlere veya onların ekonomisinin gidişine ya da memleketimizdeki ekonomik olaylara bakarak günü gününe alınacak önlemlerle dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenleyecektir. Düzenlemeleri yaparken amaç dış ticaretin ülke yararına olmak üzere düzenlenmesi ve düzenlemelerde konunun ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleriyle sınırlı olmasıdır. Bakanlar Kurulu bu yetkisi çerçevesinde dış ticaret üzerinden alınan çeşitli fonlar getirmek suretiyle kullanmıştır.

Üçüncü İstisna; Anayasa'nın 91. maddesinde TBMM'nin Bakanlar kurulan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği düzenlenmiştir. Sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler konularında kanun hükmünde kararnamelerle düzenleme yapılamayacağı belirtilmiştir. 73. maddedeki vergi ödevinin "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Siyasi Hak ve Ödevler" le ilgili dördüncü bölümünde yer alması nedeniyle, sıkıyönetim ve olağanüstü dönemler hariç, vergiler konusunda kanun hükmündeki kararnamelerle düzenlemeler yapılamayacaktır. Ancak, Anayasa'nın 119, 120 ve 122. maddelerine göre, sıkıyönetim ve olağanüstü durumlar süresince Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunda sözü edilen durumların gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. O halde sadece sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde 73. maddede belirtilen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebilecektir. Hatta o kadar ki, olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemi kanun hükmündeki kararnamelerin anayasaya aykırılığı ileri sürülemezdir.

Bir hukuk devletinde devlete kaynak sağlamak amacıyla da olsa vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin kanunlarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve böylece hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir. Anayasa mahkemesi iptal veya ret yönünde kararını verirken yapılan düzenlemelerde Anayasada yer alan ilkelerin

gözetilip gözetilmediğine bakar ve kararı bunlar çerçevesinde gerekçelendirir.

Kanunların yukarıda açıklanan anayasal düzeyde belirlenmiş temel ilkelere aykırılık göstermesi halinde, usulüne uygun başvuru üzerine, Anayasa Mahkemesince iptal edilir.

II-VERGİLENDİRME YETKİSİNİN TANIMI

Çağdaş toplum düzeninde, devlet tüzel kişiliğine, gerçek kişilere verilmeyen üç temel yetki verilmiştir. Bunlar, vergi salma yetkisi, zor kullanma yetkisi ve para basma yetkisidir. Bu üç yetki sayesinde 'devlet egemenliği' veya 'devletin üstün iradesi' gerçekleşmektedir. Toplumsal yaşamı; adalet ve istikrar içinde mümkün kılan unsur, devletin bu üstün iradesidir.

Vergi, devletin kamusal gereksinimlerini karşılaması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği bir kamu alacağıdır. Devletin egemenliğini sürdürebilmesi için düzenli mali kaynaklara ihtiyacı vardır. Devletin kendisine yüklenen görevleri ve istenilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için bu hizmetlere karşılık olan kaynakları vergilendirme yetkisini kullanarak sağlaması gerekmektedir. Bu yönden vergilendirme yetkisinin kullanılması, siyasal ve ekonomik bir zorunluluktur. Yasa koyucu, devletin bu amacı gerçekleştirmesi yönünde millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun olarak anayasal sınırlar içinde kimi düzenlemeler getirebileceği gibi bunları değiştirmeye ve kaldırmaya da yetkilidir.¹⁵

Vergilendirme yetkisi, devletin, ülkesi üzerindeki egemenliğine bağlı olarak, vergi alma konusunda sahip olduğu hukuksal ve fiili güçten kaynaklanmaktadır. Kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyulan mali kaynakların sağlanması amacıyla kullanılan vergilendirme yetkisi, dar anlamda, devletin, kamu gelirlerinden sadece vergi koymaya ilişkin yetkisini, geniş anlamda ise, çağdaş devletin güvenlik, adalet ve eğitim gibi geleneksel görevlerinin yerine getirilmesinin yanında, ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer alanlara katkısının gerektirdiği giderleri karşılamak için gerçek ve

¹⁵ AYMK., E.96/49, E.96/75

tüzelkişilere getirdiği her türlü mali yükümlülüğe ilişkin yetkisini kapsamaktadır.¹⁶

Bireyin temel haklarından mülkiyet hakkının devlet egemenliğine dayanan en önemli yetkilerden vergilendirme yetkisiyle sınırlandırılmasında, kamu yararı-birey yararı arasındaki adil dengenin “mükellefin korunması” ve “mükellef haklarının gözetilmesi” ekseninde kurulması gerekir ve şüphesiz bu yaklaşım, aynı zamanda “demokratik sosyal hukuk devleti” ilkesinin de tartışmasız ön koşulları arasındadır. Ayrıca, günümüzde uluslararası standartlarda ulaşılan nokta, müdahalede salt kamu yararının aranması değil, bu kriterin yanı sıra, ölçülülük ve orantılılık çerçevesinde taraflar arasında adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı, ulaşılabilirliğin ve öngörülebilirliğin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği gibi kriterler üzerinde yoğunlaşmakta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de buna dönük okumalarda bulunmaktadır.¹⁷

Vergilendirme, bireyin mülkiyet hakkına devletin müdahalesi anlamına gelmektedir ki, vergilendirilen şahsı malvarlığının devletin vergi koyması karşılığında konulan vergi miktarı kadar olan kısmından yoksun kalındığı, bunun da kaçınılmaz olan mülkiyet hakkı ile çakıştığı açıktır.

Dolayısıyla vergi mevzuatının yürürlüğe konulmasından verginin tahsiline kadar devam eden süreçler Mülkiyet Hakkını etkilemektedir.

¹⁶ AYMK., E.97/62.

¹⁷ Mine Nur Bozdağan (Maliye Dergisi (Ocak-Haziran 2012) Sayı 162, Sayfa 232.

III-MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALE AÇISINDAN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE EK 1 NO.LU PROTOKOL'ÜN 1'İNCİ MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİYLE İLGİLİ;

A) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Değerlendirmeleri ve Kararları

1- Değerlendirmeler

a) Sözleşmeye EK I NOLU PROTOKOL'ün “Mülkiyetin Korunması” kenar başlıklı 1. maddesi:

“Md. 1)

Her gerçek kişi ve tüzel kişi mal ve mülklerinden barışçıl yararlanma hakkına sahiptir. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullar ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.”

Yukarıdaki hükümler, hiçbir biçimde bir devletin, mülkiyetin genel yarara uygun kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya cezaların ödenmesini güvence altına almak ve gerekli gördüğü yasaları uygulama hakkına hanel getiremez.

EK 1 Protokol bağlamında mülkiyet hakkı esasen mülkiyet hakkını güvence altına alır ve üç ayrı kural içerir.

- 1)Mülkiyetin barışçıl bir şekilde kullanılması,
- 2)Mallardan yoksun bırakılması ve koşulları,
- 3)Tarafl Devletlerin genel yarar uyarınca mülkiyetin kullanılmasını denetim altına alması¹⁸

Müdahale ister mülkiyetin “kullanımının denetlenmesi” ister mülkiyetten “yoksun bırakma” altında sınıflandırılıns müdahalenin haklılığı için meşru amaç ve amaç ile bireysel mülkiyet hakları arasında adil bir denge olması şarttır.

¹⁸ A 52 (1982); 5 EHRR 35 para 61 PC. Cf, *James v Birleşik Krallık* A 98 (1986); 8 EHRR 123 para 37 PC

Devlet tarafından müdahalede bulunduğu kabul edilirse, bu inceleme 3 aşamada incelenir.¹⁹

1-Müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği, (Yasallık-Erişebilirlik-Öngörülebilirlik)

2- Meşru amaçlar olup olmadığı, (Kamu yararı-genel yarar)

3- Müdahalenin ölçülü olup olmadığı

Sözleşme'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk paragrafında geçen "mülkiyet" kavramı, maddi eşyalara sahip olunması ile kısıtlı olmayan, kendi içerisinde bağımsız bir anlama sahiptir ve iç hukuktaki resmi sınıflandırmadan bağımsızdır. Mal varlığı özelliği teşkil eden belirli başka haklar ve menfaatler, maddi eşyalarda olduğu gibi, "mülkiyet hakları" olarak ve böylelikle, bu hükmün amaçları doğrultusunda "mülkiyet" olarak da değerlendirilebilir. Her bir davada incelenmesi gerekli olan husus, davanın koşullarının, bir bütün olarak ele alındığında, başvurana Sözleşme'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca korunan esaslı bir menfaat hakkı sağlayıp sağlamadığıdır (bk. Iatridis/Yunanistan [BD], no. 31107/96, § 54, AİHM 1999-11; Beyeler/İtalya [BD], no. 33202/96, § 100, AİHM 2000-1; ve Broniowski/Polonya [BD], no. 31443/96, § 129, AİHM 2004-V).

AİHM, "mülkiyet" kavramının Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin anlamı dahilinde, "halihazırda var olan mülkiyet" ya da bir başvuranın yerine getirilmesine yönelik, en azından "meşru bir beklentisinin" olduğunu iddia edebileceği talepler de dahil olmak üzere, mal varlığı anlamına gelebileceğini kaydetmiştir (bk. Gratzinger ve Gratzingerova/Çek Cumhuriyeti (k.k.) [BD], no. 39794/98, § 69, AİHM 2002-VII).

Dolayısıyla, bir varlığın elde edilmesine yönelik "meşru bir beklenti" aynı zamanda Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesiyle sağlanan korumadan da faydalanabilir. Böylelikle, bir iddianın esasında mülkiyet hakkına ilişkin bir menfaatin söz konusu olduğu durumlarda, ulusal hukukta ilgili menfaate yönelik yeterli bir dayanağın bulunması halinde, örneğin yerel

¹⁹ Müdahalelerle ilgili bu şekilde fazladan bir kategori gebştirilmesinin gerekçesi ile ilgili olarak bakınız, Allen, *Property*, s.

103-4; ve Pellonpää, in Mahoney, Matscher, Petzold ve Wildhaber, eds, *Protecting Human Rights: The European Perspective*, 2000, s. 1088-92.

mahkemelerin menfaatin varlığını doğruladıkları yerleşmiş bir içtihadın bulunması halinde, menfaate dair hakkın tanındığı kişinin "meşru bir beklentisinin" söz konusu olduğu düşünülebilir. Ancak, iç hukukun doğru bir şekilde yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin anlaşmazlıkların bulunduğu durumlarda "meşru bir beklentinin" varlığından söz edilemez ve akabinde, başvuranın iddiaları ulusal mahkemelerce reddedilir (bk. Kopecky/Slovakya[BD], no. 44912/98, § 50, AİHM 2004-IX; Centro Europa 7 S.R.L. ve Di Stefano/İtalya [BD], no. 38433/09, § 173, AİHM-2012; Eparhija Budimljansko-Niksicka ve Diğerleri/Karadağ (k.k.), no. 26501/05, §§ 66 ila 69,9 Ekim 2012).

AİHM, Sporrong ve Lönnroth/İsveç davasına ilişkin 23 Eylül 1982 tarihli kararında, EK 1. no.lu Protokol'ün 1. maddesinin incelenmesini "üç bağımsız kurala" göre yapmıştır. Birinci fıkranın ilk cümlesinde ifade edilen ilk kural, genel niteliktedir ve mülkün dokunulmazlığına saygı gösterilmesine ilişkin ilkeyi ortaya koyar. Birinci fıkranın ikinci cümlesinde ifade edilen ikinci kural, mülkiyetten yoksun bırakma hususunu düzenlemekte ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır. İkinci fıkrada ifade edilen üçüncü kural ise, Sözleşmeciler Devletlerin, başka şeylerin yanı sıra, kamu yararı doğrultusunda mülkiyetin kullanılmasını düzenleme yetkisini²⁰ haiz olduklarını tanımaktadır (Seri A no. 52, § 61). Mahkeme ayrıca, ilk genel kurala uyulup uyulmadığının incelenmesi öncesinde, diğer iki kuralın (aynı yerde) uygulanabilir olup olmadığını tespit etmesi gerektiğini kaydetmiştir. Ancak, bahse konu üç kural birbirleriyle ilintili olmama anlamında "bağımsız" değildir. İkinci ve üçüncü kural mülkün dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına dair belirli müdahale şekillerini düzenlemektedir ve bu nedenle, ilk kuralda ifade edilen genel ilke ışığında yorumlanmalıdır (bk. diğer pek çok karar arasında, James ve Diğerleri, yukarıda anılan, § 37).

Vergilendirme suretiyle mülkiyet haklarına yönelik müdahalenin öncelikle yasal bir dayanağı, meşru bir temeli olmalıdır. Ayrıca vergilerin ödenmesinin güvence altına alınması amacıyla konulan bir tedbirden kaynaklanan müdahalenin, toplumun genel menfaatlerinin gereksinimleri ile bireylerin temel haklarının korunmasına yönelik gereksinimler arasında "adil bir denge" tesis etmesi gereklidir. Bu dengenin tesis edilmesi kaygısı,

²⁰ GÜMÜŞKAYA, sf.85

ikinci fıkra da dahil olmak üzere bir bütün olarak Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin yapısında ortaya konmuştur. Başvurulan yöntemler ile gözetilen amaçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi yer almalıdır. Burada yanıtlanması gereken husus, başvuranın içinde bulunduğu özel koşullar altında, vergi kanununun uygulanmasının başvuran üzerine ya da büyük ölçüde sarsılan mali durumuna makul olmayan bir yük getirip getirmediği ve bu nedenle söz konusu çeşitli menfaatler arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığıdır (bk. M.A. ve 34 diğer başvuru/Finlandiya (k.k.), no. 27793/95, 10 Haziran 2003; Imbert de Tremiolles/Fransa (k.k.), no. 25834/05 ve 27815/05 (birleştirilmiş), 4 Ocak 2008; Spampinato/İtalya (k.k.), no. 69872/01, 29 Mart 2007 ve Wasa Liv Ömsesidigt, Försakringsbolaget Valands Pensionsstiftelse/İsveç, no. 13013/87,14 Aralık 1988 tarihli Komisyon kararı, Kararlar ve Hükümler Derlemesi 58, s. 186).

1959'dan 1984'e kadarki süreçte AİHK, gerek vergi koyma ile ilgili maddi kuralları, gerek vergi toplamayla ilgili usulü kuralları mülkiyet hakkına müdahale olarak kabul etmiş, ancak bu davaları AİHM önüne götürme ve devletlerin aldıkları kararları tartışma konusunda çekingen bir tutum takınmıştır. Ancak, gerek AİHK'nun, gerek AİHM'nin sonraki dönem içtihatlarında bu anlayışın aşıldığını görüyoruz. Nitekim aşağıda örnekleneceği üzere mülkiyet hakkına vergisel müdahaleler çeşitli bağlamlarda AİHM önüne taşınmıştır.²¹

Örneğin; Katma değer vergisi (KDV) indirimi ya da iadesi talebi, ulusal hukuk çerçevesindeki kriterler ve koşullar karşılanmış ise bir meşru beklenti ve P1-1 anlamında mülkiyet teşkil edebilir. Dolayısıyla KDV indiriminin reddi ya da KDV iadesinin yapılmaması gibi hususlara P1-1 uygulanabilecektir.²²

Haksız yere kesilen ya da fazla ödenen verginin iadesi de P1-1 altında bir mesele doğurabilir. Bu noktada haksız yere kesilen verginin iadesinde yasal faiz uygulaması P1-1'e uygunluk bakımından önem arz etmektedir. Nitekim Travers vakasında Komisyon, vergi iadelerinin geç yapılmasının

²¹ Van den Broek, "Taxation and the European Convention on Human Rights", European Taxation, December 1985, s.344'ten AKTARAN Billur Yaltı Soydan, "Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme...", s. 106-107.

²² Bulves AD v. Bulgaria, App.No. 3991/03, Judgment of the ECtHR of 22.01.2009, para.57; Intersplav v. Ukraine, App. No. 803/02, Judgment of the ECtHR of 09.01.2007, para. 31.

ödenecek faizle dengeleneceğini, dolayısıyla faiz ödenmesinin genelin yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında adil bir denge oluşturduğunu belirtmiştir.

Haksız yere ödenen verginin iadesine P1-1'in uygulanabilirliği bağlamında Eko-Elda Avee v. Yunanistan davası da hatırlanmalıdır. Söz konusu davada AİHM, beş yıl beş ay gibi bir sürede yapılan vergi iadesinin P1-1 ihlali olduğuna hükmetmiştir.^{23 24}

b) Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırları

i) Müdahalenin hukuka uygunluğu

AİHM, Sözleşme'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin, mülkiyetin dokunulmazlığı-na saygı gösterilmesi hakkına ilişkin olarak bir kamu mercii tarafından yapılan her türlü müdahalenin hukuka uygun olmasını gerektirdiğini yinelemektedir. Nitekim, bahse konu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, "kanunla öngörölmüş koşullara tabi" olan mülkiyetten yoksun bırakma işlemine müsaade etmektedir. Dahası, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesi, Sözleşme maddelerinin hepsinin aslında bulunan bir düşüncedir (bk. Yunanistan Eski Kralı ve Diğerleri/Yunanistan [BD] (esas yönünden), no. 25701/94, § 79, AİHM 2000-XII, ve Broniowski yukarıda anılan, § 147).

Ancak, iç hukukta yasal bir dayanağın bulunması, hukuka uygunluk ilkesinin yerine getirilmesi için kendi başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra, yasal dayanağın belirli bir niteliğinin olması, başka bir deyişle, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması ve keyfi uygulamalara karşı güvenceler sunması gereklidir.

AİHM, Sözleşmecî Devletin Anayasası da dahil, iç hukukuna uygun olmanın yanı sıra, mülkiyetten yoksun bırakmaya dayanak olarak gösterilen hukuk normlarının uygulamada yeterli biçimde erişilebilir, net ve öngörülebilir olması gerektiğini kaydetmektedir (bk. Guiso-Gallisay/İtalya, no. 58858/00, §§ 82-83, 8 Aralık 2005). Mahkeme ayrıca, benzer hususların

²³ Riccardo Travers and 27 Others v. Italy, App.No. 15117/89, Decision of the EComHR of 16.01.1995.

²⁴ Eko-Elda Avee v. Greece, App. NO. 10162/02, Judgment of the ECtHR of 09.03.2006, para.31.

mülkiyetin dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin müdahaleler için de geçerli kabul eder.

"Öngörülebilirlik" kavramıyla ilgili olarak, bu kavramın kapsamı dikkate değer ölçüde söz konusu aracın içeriğine, kapsama amacıyla tasarlandığı alana ve hitap edilen kişilerin statüsüne dayanmaktadır (bk. bu davaya uygulanabildiği ölçüde, Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri/İtalya, no. 75909/01, § 109, 20 Ocak 2009). Özellikle, bir kural, kamu mercileri tarafından keyfi uygulamalarda bulunulmasına karşı bir koruma tedbiri sağladığında "öngörülebilir" nitelikte olur (bk. Centro Europa 7 S.r.l. ve DiStefano, yukarıda anılan, § 143).

Benzer şekilde, geçerli kanun söz konusu olan ilkenin sahip olduğu önemle orantılı olan asgari usulü koruma tedbirleri, sağlamalıdır (bkz. bu davaya uygulanabildiği ölçüde

Şanoma Uitgevers B. VJ Hollanda [BD], no. 38224/03, §88, 14 Eylül 2010; Vistins ve Perepjolkins/ Letonya [BD], no. 71243/01, §§ 96-98, 25 Ekim 2012).

ii) Kamu Yararı

Bir müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunun incelenmesindeki ikinci aşama, söz konusu müdahalenin sınırlama ölçütlerine uygun olarak yapılmıyıp yapılmadığını açığa çıkarma işlevi görür. "Sınırlama ölçütü" denildiğinde, hak ya da özgürlüğün kullanım alanının, yetkili makamlar tarafından daraltılmasında yahut doğrudan kullanımının yasaklanmasında dayanak teşkil eden gerekçeler veya meşru amaçlar ifade edilmek istenmektedir. Hak ve özgürlüklerin kullanılmasına bu "kayıtlamalar" getirilirken, temelde, bireysel yarar ile toplumun çıkarları bir biçimde dengelenmeye ve bağdaştırılmaya çalışılır.

Ek 1 no.lu Protokol'de P1-1 de sadece "kamu yararı" ile "genel yarar" ölçütleri açıkça zikredilmiştir. Bu iki sınırlama ölçütü çerçevesinde sosyal siyasalar, çevrenin korunması ve şehir planlaması, ahlakın korunması ve suçla mücadele edilmesi, vergi tahsili, diplomatik bağışıklıklar, kamu güvenliği ile ulusal güvenliğin sağlanması ve ekonomik hayatın korunması adına mülkiyet hakkının sınırlandırıldığını görmekteyiz.

AİHM bu iki ölçüt arasında anlamlı bir farkın olmadığına karar vermiştir.

iii) Orantılılık

Sınırlama rejimindeki son aşama sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden "sınırlamanın sınırı" incelemesidir. Bu ilke, aynı zamanda müdahalede güdülen meşru amaçla yapılan müdahalenin ölçülü olması veya başvuruçunun hakları ile kamu yararı ve diğer değerler arasında bir denge kurulması anlamına gelmektedir. "Demokratik bir toplumda gerekli olmayan", ya da diğer bir deyişle "ölçsüz" sınırlamalar Sözleşme'ye aykırı olur.²⁵

AİHM, P1-1/1.c'de ki kuralın (Kural 1) amaçları bakımından toplumun genel yararın gerekleri ile bireylerin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına karar vermesi gerektiğini belirlemiştir. AİHM'ne göre, bu denge arayışı Sözleşme'nin bütününde mündemiç olup ayrıca P1-1'in yapısında yansımaktadır.²⁶

Ulusal yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı Sözleşme organlarınca denetlenir. "Ölçülülük ilkesi" bağlamında, mülkiyetten yoksun bırakılma sonucunu doğuran müdahale için, başvuruçunun "araç" ile güdülen "meşru amaç" arasında "makul" ve "dengeli" bir orantılı ilişkinin olup olmadığı sorgulanır.²⁷ AİHM, kamunun genel yararının talepleri ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını veya başvuruçuya ölçsüz ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediğini incelemek durumundadır. Mahkeme, mülkiyet hakkı müdahaleye maruz kalan başvuruçunun, "olağan dışı ve aşırı" bir külfet altına sokulması halinde "adil denge"nin bozulacağı ilkesini kendisine düstur edinmiştir.²⁸

²⁵ AİHS sisteminde sınırlama ölçütleri için bkz. H. Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, sf: 448-453.

²⁶ SporrongandLönnroth v. Sweden.App. Nos.7151/75 and 7152/75. Judgment of 23 September 1982. Series A No. 52.

paras.69;Allard v. Sweden.App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54.

²⁷ AllanJacobsson v. Sweden,App. No. 10842/84. Judgment of 25 October 1989. Series A No. 163. para.55:AHard v. Sweden. App. No. 35179/97. Judgment of 24 June 2003.para. 54.

²⁸ Gashi v. Croatia. App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007.para.31.

Kısacası, AİHM'nin odaklandığı asıl aşama, söz konusu verginin ölçülü bir müdahale teşkil edip etmediğidir. Nihayetinde mülkiyet hakkına müdahalenin P1-1'e uygun olabilmesi için adil dengenin mutlaka kurulmuş olması gerekir. Ancak bu genel sonuç, yeni soruları da beraberinde getirmektedir. Adil denge veya ölçülülük hangi faktörler ve unsurlar çerçevesinde kurulmuş sayılır?

Bu konuda dikkate alınan ve AİHM'nin geliştirdiği çok sayıda faktör bulunmaktadır. Bu faktörlerin birincisi tazminattır. Buna göre, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ölçülü olabilmesi için belirli bir oranda tazminat karşı ediminde bulunulması gereklidir. Başta mülkiyetten yoksun bırakma niteliğindeki müdahalelerde aranan bir koşul olan tazminat verilmesi gerekliliği, artık hemen her müdahale tipi bakımından aranmaktadır.

Tazminat faktörünün yanında bazı ek faktörler de bulunmaktadır. Bunlar arasında müdahale süresinin makullüğü, başvurunun niyeti ve davranışı, başvurunun özeni, hukukun üstünlüğü nosyonu ve usulü güvenceler, zararın miktarı, ekonomik/ticari risk ve ayrımcı motif gibi unsurlara yer verildiğini görüyoruz. Özellikle mülkiyet hakkının kontrolü niteliğinde mütalaa edilen müdahaleler bakımından işlevsel olan bu unsurlar bir arada etki doğurmaktadır.²⁹

2- Kararlar

a) AİHM'nin, ilk kez ağır vergilendirme hususunu incelediği N.K.M. kararına işaret etmek ve öneminden ötürü olgularını geniş şekilde vermek yerinde olacaktır.

N.K.M. davasında başvuru, bakanlıkta çalışan 30 yıllık bir devlet memurudur ve kamudaki önlemler çerçevesinde 27 Mayıs 2011 tarihinde işten çıkarılmıştır. Başvurucunun kıdem tazminatının 3.5 milyon Macar Forint'ini aşan kısmı bilahare % 98 vergiye tabi tutulmuştur. Kıdem tazminatının 3.5 milyon Macar forintini aşan kısmı 2.4 milyon forint

²⁹ AİHM'in mülkiyet hakkı eksenli içtihatlarından hareketle belirlenen bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Gemalmaz. Mülkiyet Hakkı. sf:530-614.

etmektedir ve tüm kıdem tazminatı baz alındığında başvurusunun katlanmak zorunda olduğu vergi oranı yaklaşık % 52'dir ki söz konusu dönemde Macaristan'da genel gelir vergisi oranı % 16'dır.³⁰

22 Temmuz 2010 tarihinde Macar Parlamentosu tarafından kabul edilen bir yasa ile görevlerine son verilen devlet memurları için yeni bir vergi getirilmiştir. Buna göre, toplamı 2 milyon Macar Forint'ini aşan kıdem tazminatı ve işin sona ermesine ilişkin diğer ödeneklere % 98 vergi uygulanacaktır. Yasa her ne kadar 1 Ekim 2010 tarihinde yürürlüğe girmiş olsa da, söz konusu vergi 1 Ocak 2010 tarihinden itibaren elde edilen gelirlere uygulanmıştır. Bu çerçevede bir Anayasa değişikliği de yapılarak kamuda "iyi ahlaka aykırı önlemlerin" mali yılın başından itibaren vergiye tabi tutulacağı düzenlemesi getirilmiştir. Söz konusu hükümler, Macar Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş ve Mahkeme, bu hükümleri Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Macar Anayasa Mahkemesi, ilgili yasa hükümlerine dayanılarak elde edilen bir gelirin "iyi ahlaka aykırı" kabul ederek geçmişe etkili %98 vergi oranına tabi tutulamayacağını, bunun bir Anayasa değişikliğiyle dahi yapılamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca %98 vergi oranının aşırı ve cezalandırıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu yasa hükümlerini, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren iptal etmiştir.³¹

Macar Parlamentosu, 16 Kasım 2010 tarihinde yeni bir yasa kabul ederek % 98 vergi düzenlemesini bazı değişikliklerle yeniden getirmiştir. Bu değişikliklere göre bu vergi, 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren uygulanacak ve 3,5 milyon Macar Forint'in üstündeki gelirler bu vergiye tabi tutulacaktır. Parlamento tekrar bir Anayasa değişikliği de yaparak beş yıla kadar geriye dönük vergilendirme yapılmasını mümkün kılmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin yetkileri, sadece yaşam hakkı ve insan onuru, kişisel verilerin korunması, düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve Macar vatandaşlığına ilişkin hususlarda Anayasa'ya uygunluk denetimiyle sınırlandırılmıştır. Macar Anayasa Mahkemesi, 6 Mayıs 2011 tarihinde insan

³⁰ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, paras. 6-7.

³¹ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, paras. 9-11.

onuruna dayanarak beş yıl geriye yürürlük maddesini iptal etmiştir. Ancak sadece 2010 mali yılından önce elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi insan onuruna aykırı bulunmuştur. Sınırlı yetkilerinden ötürü verginin esasına ilişkin bir inceleme yapmamıştır. Parlamento 9 Mayıs 2011 tarihinde tekrar bir yasa değişikliği yaparak % 98 verginin 1 Ocak 2010 tarihinden sonra kazanılmış ilgili gelirlere uygulanacağı hükmü getirilmiştir.³²

Başvurucu, yukarıda yer verilen olgular ışığında kıdem tazminatına % 98 oranında bir vergi uygulanmasının, mülkiyetinden haksız bir şekilde yoksun bırakma teşkil ettiğini ve Sözleşme P1-1'in ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin dayandığı yasanın toplumun adalet duygusunu koruma şeklindeki amacını eleştirmiş ve yasanın çok muğlak olduğunu, dolayısıyla da öngörülebilir olma niteliği taşımadığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla söz konusu müdahalenin P1-1 anlamında "yasa uyarınca" olmadığı gibi yine P1-1 anlamında "genel yarara" dayanmadığını iddia etmiştir. Kıdem tazminatının kendisi için olan öneminin altını çizerek % 98 vergi uygulamasının orantısız ve kendisine aşırı yük getiren bir önlem olduğunu belirtmiştir.³³

AİHM, esasa ilişkin incelemesine kıdem tazminatının P1-1 kapsamına giren bir çıkar olduğunu tespitle başlamış ve başvurucunun kıdem tazminatını hali hazırda kazandığının ya da bu tazminatın ödenebilir olduğunu reddedilemeyeceğini, dolayısıyla da P1-1 kapsamına giren bir mal olduğunu belirtmiştir. AİHM, kıdem tazminatının Macar Anayasa Mahkemesi tarafından da yasal bir alacak olarak nitelendirilmesine ve ihtilaf konusu olmamasına ve kıdem tazminatına vergi uygulanmasının bunun devlet tarafından var olan bir gelir olarak görüldüğünü gösterdiğine de ayrıca işaret etmiştir.³⁴

AİHM, kıdem tazminatının yıllarca değişmeden yürürlükte kalan bir yasadan kaynaklanan uzun vadeli bir beklenti olduğunu belirtmiş ve iyi bir

³² N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, paras. 13-15,17

³³ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 30-31.

³⁴ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 36.

yönetimin, yönetilenlerle yöneten arasındaki güvene dayandığını, bu güven sürdürülmedikçe ve korunmadıkça yönetimlere güvenilmeyeceğini ifade etmiştir. AİHM, kıdem tazminatının sadece mali bir yönünün bulunmadığını sosyal bir fonksiyonu olduğunu da not etmiştir. Zira kıdem tazminatının artık çalışmayan ancak emek piyasasında kalmaya devam etmek isteyenler bakımından sosyal açıdan önemli bir önlem olduğunu belirtmiştir.³⁵

AİHM, somut olayda kıdem tazminatının yasal güvenceye bağlanmış kazanılmış bir hak, dolayısıyla da bir mülkiyet olduğunu tespit etmiş³⁶ ve meseleyi P1-1 paragraf 1 altında, Madde 1'deki vergilerin ödenmesi özel kuralına tabi olarak incelemiştir.³⁷ AİHM, mülkiyet hakkına bir müdahale olduğunu tespit ettikten sonra söz konusu müdahaleyi hukukilik testine tabi tutmuş ve söz konusu yasanın anayasallığı dolayısıyla yasallığı konusunda Macaristan Anayasa Mahkemesinin bazı sorunlara işaret ettiğini not etmekle beraber somut olaydaki müdahalenin uygun bir yasal temelini bulunduğunu kabul etmiştir. N.K.M. kararının ölçülülüğe dair genel ve teorik açıklamalar kısmında, vergisel müdahalelerde müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirmede kullanılan aracın (verginin tahsili için tercih edilen önlemin) elverişliliğinin göz önünde bulundurulduğu vurgulanmıştır (para.63). AİHM'ne göre, vergisel müdahalelerde başvurucuya uyuşmazlığın esasını etkileyecek nitelikteki argümanlarını ileri sürmesine ve karşı argümanları cevaplayabilmesine olanak sağlayan, silahların eşitliği ilkesine uygun çekişmeli bir yargısal usulün tanınması da ayrıca önemlidir (para.64)³⁸. Vergisel önlemin ayrımcılık teşkil etmemesi de gereklidir.

Bu genel perspektif ışığında somut olayı inceleyen AİHM'ne göre, Alman ve Fransız mahkemeleri % 50'yi aşan vergileri anayasaya aykırı

³⁵ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, paras. 37, 39.

³⁶ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 40.

³⁷ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 45.

³⁸ AİHM burada kendisinin Hentrich, Jokelave AGOSI kararlarına atıf yapmaktadır. Anılan kararların usuli güvenceler ve haklı beklentiler açısından analizi için bkz. Burak Gemalmaz. Mülkiyet Hakkı. sf:466-467. 566-588.

bulmuştur. Macaristan'ın aslında uygulanan verginin gerçekte % 52 olduğu yönündeki argümanını ele alan AİHM bu oranın bile Macaristan'da uygulanan kişisel gelir vergisinin üç katına tekabül ettiğini saptamıştır. Üstelik kıdem tazminatına bu kadar yüksek oranda vergi uygulayan yeni düzenleme, başvuru ve benzer durumdaki memurlar için herhangi geçiş ve alışma dönemi öngörülmeden derhal uygulanmıştır. Kanun başvuruçunun işten çıkarılmasından sadece on hafta önce yürürlüğe girmiştir.

Bu külfetin vahameti uyuşmazlık konusu verginin sadece belirli grup kişileri hedef aldığı dikkate alındığından daha da artmaktadır. Görünen o ki bu kişileri işveren sıfatıyla kamu idaresi seçmiştir. Uyuşmazlık konusu aşırı vergi oranının ekonomik zordaki (economichardship) devletin bütçe açığını düzeltmek amacına hizmet edildiği düşünülüğünde dahi vatandaşların büyük çoğunluğunun benzeri bir kamusal külfete katlanmak zorunda bırakılmadığı gerçeği karşısında müdahalenin ölçülü olduğundan bahsedilemez.³⁹

Uyuşmazlık konusu vergi, başvuruçuyu kanunla güvenceye alınmış ve toplumsal entegrasyona hizmet eden kazanılmış hakkının (acquiredright) büyük kısmından yoksun bırakmaktadır. Mahkemeye göre, hukuk temelinde iyi niyetli olarak tasarrufta bulunan kişilerin kanuna dayanan beklentileri, gerçekten çok zorunlu ve spesifik sebepler olmadıkça zarar görmemelidir. Sonuç olarak, uyuşmazlık konusu vergi oranı, mülkiyete müdahale eden bir önlem olarak, güttüğü varsayılan amaçla orantılı değildir (para. 65-76). Bu tespitin ardından Mahkeme başvuruçuya 11.000 Euro tazminat (maddi ve manevi birleşik) ödenmesine ve 6.000 Euro yargılama giderine hükmetmiştir.

NKM kararının yerleşik içtihat haline geldiği söylenebilir.

Gall/Macaristan ve R.Sz/Macaristan kararları; NKM kararını takip etmektedir. Bu kararlarda vergisel müdahalenin ölçülü olup olmadığı noktasında başvuruçunun niyetini ve uyuşmazlık konusu verginin

³⁹ Ancak AİHM. vergisel meselelerde Devletin çok geniş takdir marjı olduğu için. müdahalede kullanılan önlem/araç anlamında vergi oranının bir başına belirleyici olmadığı değerlendirmesini yapmıştır (para. 67. in fine)

başvurucunun yaşamına etkisini ele alması bunun göstergeleri arasında sayılabilir. Malvarlığına yönelik müdahalenin yarattığı zararın miktarı, müdahalenin ölçülü olup olmadığının tartımında önemli bir faktördür. Buna göre, mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak veya malvarlığına esaslı bir azalmaya yol açacak ölçüde vergi salınması P1-1'e uygun olmayacaktır.

b) Vergisel Müdahalelerde Ölçülülük İncelemesinin Yapıldığı Karar Özetleri

- Gasus/Dosier-undFördertechnikGmb HOLLANDA (23/02/1995/ Alman hukukuna göre kurulmuş bir şirkettir ve merkezi Almanya Würzburg'dadır. Şirket 1980 yılının Haziran ayında Hollandalı bir firmaya bir beton mikseri ve yardımcı ekipmanları satmış, satış anlaşmasına malların mülkiyetinin ücreti tamamen ödenene değin kendisinde kalacağı şartı eklenmiştir. 31 Temmuz 1980 tarihinde Vergi İcra Dairesi, Genel Vergi Tahsilat Ofisi tarafından çıkarılan üç icra ilamı gereğince Hollandalı firmanın tesislerindeki bütün taşınır malları icra yoluyla satış için haczetmiştir.

Başvuran, Sözleşme'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesine istinaden beton mikserinin vergi mercileri tarafından haczedilerek satılmasından şikayetçi olmuştur.

Mahkeme, bu davada şikayetçi olunan müdahalenin, vergi mercilerinin 1845 sayılı Vergi Tahsilatı Kanunu'nun (Invorderingswet) 16/3. maddesinde öngörülen yetkilerini kullanmalarından kaynaklandığını kaydetmiştir.

Vergi borçlarına ilişkin icra işlemlerinde vergi mercilerine ticari borç alacaklılarına nazaran daha fazla yetki verilip verilmeyeceğinin, verilecekse bu yetkinin hangi düzeyde olacağının tayininde yasama organına geniş bir takdir hakkı tanınmalıdır. AİHM, yasama organının bu konularda makul bir zemine dayanan her türlü değerlendirmesine saygı gösterecektir.

Mahkeme 3'e karşı 6 oyla, ücretinin tamamı ödenene dek mülkiyetinin kendisine ait olduğunu iddia ettiği beton mikserinin vergi makamlarınca haczedilmesinin ve ardından alıcının vergi borçlarının tahsili çerçevesinde satılmasının Sözleşme'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali anlamına gelmediğine hükmetmiştir.

Yakın zamanlara kadar vergi oranlarının mükelleflerin malvarlığına esaslı müdahale ettiği iddiasıyla açılan davalar reddedilmiştir. Sözleşme organları devletlerin vergi oranlarını belirlemedeki takdir hakkına karışmamayı tercih etmiştir.

Bulves/Bulgaristan Başvurucunun alım sırasında ödediği katma değer vergisi indirimleri, satıcının vergiyi yasal defterlere kaydetmemesi ve beyan etmemesi nedeniyle reddedilmiştir. Kararda, başkasının ödemekle yükümlü olduğu vergiden sorumlu tutulması, malvarlığına haksız müdahale olarak nitelendirilmiş, vergisel yükümlülüklerini yerine getiren alıcıdan, satıcının vergisel yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle oluşan sonuçlara katlanmasının beklenemeyeceği belirtilmiştir.

Mükelleflerin mali durumunu temelden sarsacak boyutlarda uygulanan vergi cezaları da mülkiyet hakkının ihlali ile sonuçlanabilmektedir. Mamidakis/Yunanistan (11.1.2007) petrol ürünü kaçakçılığı nedeniyle kesilen 4,9 milyon Avro gümrük para cezasının aşırı yük getirdiği, mükellefin finansal durumunu büyük ölçüde etkilediği belirtilerek P1-1'in ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Buna karşın Monedero ve Diğerleri/Fransa (12.2.2010) kararında, yasa dışı kumarhane işleticilerine verilen 2,7 milyon Avroluk cezayı ölçüsüz bulmamıştır. Mahkemenin bu davada kara para aklamanın önlenmesi için alınan tedbirlerde gördüğü kamu yararı dikkat çekicidir. İki davadaki sonuç farklılıklarının buradan kaynaklandığı söylenebilir.

Fazla ve yersiz tahsil edilen verginin iade edilmemesi de ölçülülük incelemesine tabidir. BuffaloSrl/İtalya (3.7.2003) başvuran Buffalo Sri şirketi, merkezi 2001 yılına kadar İtalya'da bulunan bir limited şirkettir. Kayıtlardan Buffalo Sri'nin, gönüllü tasfiyeye gittiği görülmektedir. 1985-1992 yılları arasında başvuran şirket Devlete tahakkuk eden tutarın üzerinde vergi ödemiştir. Bunun sonucunda devletten vergi iadesi alma hakkı doğmuş, devlet iade ödemelerine 1997 yılında başlamıştır. Ancak, o sırada iade tutarlarının tamamı ödenmemiştir. O dönem içerisinde başvuran şirket bankalardan ve özel şahıslardan finansman temin etme yoluna gitmek zorunda kalmıştır. Bu nedenle fazladan maliyet yüküne maruz kalmış ve Devletin ödediği vergi iadelerinden yüksek faiz oranları ödemek durumunda kalmıştır.

AİHM, başvuran şirketin vergi iadesi ödemelerinde ölçüsüz gecikmelere maruz kaldığını kaydederek Sözleşme'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkeme adil tazmin ile ilgili kararında oybirliğiyle başvuran firmaya 75.000 avro tazminat ve ayrıca masraf ve giderler için 1.000 avro ödenmesine hükmetmiştir.

Fazla ve yersiz alınan verginin talepten 5,5 yıl sonra iadesinde faiz ödenmemesi de AİHM tarafından ölçülülük ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Eko-EldaAvee/ Yunanistan (9.3.2006) kararında, haksız ödenen meblağdan uzun süre yararlanılamamasının, mükellefin mali durumunda önemli ve kesin bir zarara neden olduğunu, kamu idaresinin vergiyi iade ederken bu zararı telafi etmek için faiz ödemesi gerektiğini idarenin faiz ödemeyi reddetmesinin, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengeyi bozduğunu ifade etmiş ve ihlal kararı vermiştir. Geri ödeme tutarının % 6'sı tutarında maddi tazminata hükmetmiştir (120.000 Avro).

B- Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansımaları

1- Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun Esas: 2014/6192, Karar: 2014/6192 sayılı kararı

“Başvurucu Türkiye İş Bankası AŞ (Banka), çalışanlarına çeşitli menfaatler sağlamak üzere kurulmuş olan Türkiye İş Bankası AŞ Mensupları Munzam Sosyal Güvenlik ve Yardımlaşma Sandığı Vakfına (Vakıf) şubeleri itibarıyla yaptığı katkı payı ödemelerinin, vergi müfettişlerince yapılan vergi incelemesi sonucunda ücret olarak değerlendirilmesi dolayısıyla adına tarh edilen gelir vergisi ve damga vergisi ile kesilen vergi ziyası cezalarına karşı açtığı davanın reddi nedeniyle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.”

“Banka tarafından muhtelif şubeleri adına bu tarihyatlara karşı, Vakfa ödenen katkı paylarının ücret sayılamayacağı iddiasıyla vergi mahkemelerinde çok sayıda dava açılmış, bu davaların çoğu reddedilmiş, bazı davalar vergi mahkemelerince kabul edilse de bu kararların bir kısmı üst

derece mahkemeleri olan bölge idare mahkemelerince bozularak esastan reddedilmiş, bir kısmı da üst derece mahkemesi olan Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Dairelerince 2013 yılının değişik tarihlerinde verilen kararlarda, esastan reddedilmeleri gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.”

“Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde başvurunun, adına tarh edilen vergi ve cezalara karşı açtığı davanın reddi nedeniyle Anayasa'nın 35, 36 ve 73'üncü maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürdüğü görülmekte olup ihlal iddiaları bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu iddiaların özünün, söz konusu kararın adil olmadığı ve bu nedenle mülkiyet hakkının ihlal edildiği hususuna yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple başvurunun ihlal iddiaları mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilmiş olup Anayasa'nın 36. ve 73'üncü maddelerinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaları, bağlantısı dolayısıyla mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmeler kapsamında ele almış başvurunun, kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir.

“Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13 üncü maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

“Anayasa'nın "Vergi ödevi" kenar başlıklı 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır."

“Anayasa'nın 13 üncü maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri, 35 inci maddesi mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin özel ilkeleri tespit ederken, vergi ödevine ilişkin 73'üncü maddesi ise, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin anayasal sınırlarına ilişkin özel hükümler içermektedir. Bu durumda Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, başvuru konusu somut olayın değerlendirilmesinde ilgili Protokol hükmü ve Anayasa'nın 35 inci maddesiyle birlikte 13. ve 73 üncü maddelerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Böylelikle, mülkiyet hakkına yönelik vergisel

müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayacak sınırlar ortaya konularak, mülkiyet hakkının Anayasa hükümleri çerçevesinde yeterli ve etkili bir şekilde korunması sağlanmış olacaktır.”

“Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yapılan düzenlemeye uygun bir şekilde 35'inci maddesi de, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna ek olarak 35'inci madde, sınırlamanın kamu yararı amacıyla yapılacağını ve mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağını belirterek toplum yararıyla kişi yararı arasında bir denge kurulması gerektiğini de ifade etmektedir. Kanunla düzenleme gerekliliğine ilişkin hükümlerin ifade tarzı, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların mutlaka şekli anlamda kanunla yapılması zorunluluğuna işaret etmektedir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması ölçütü anayasal temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında vazgeçilmez bir unsur olup (Bkz. B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 36), bu koşulun sağlanmaması durumunda diğer güvence ölçütlerinin değerlendirilmesinin bir anlamı olmayacaktır.”

“Anayasa'nın 13. ve 35 inci maddelerinde yer alan mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaların kanunla yapılabileceğine ilişkin düzenlemeye paralel olarak, verginin kanuniliği ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile, vergi mükellefi bakımından vergisel yükümlülüklerin "belirliliği" ve "öngörülebilirliği" ve bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliği sağlanmak istenmiştir. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanunla yapılması zorunluluğunun alt ölçütleri olarak da kabul edilen ölçütlerdir. Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin "açık ve anlaşılır" olmasını gerektirmekte olup, Anayasa'nın 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrasıyla Türk Hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere Sözleşme'ye göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir. Bu husus, Anayasa Mahkemesince "Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların

yasada yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasayla yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur" denilmek suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur (AYM, E.2009/63, K.2011/66, 14/4/2011). Bu durumda, Anayasaya göre mülkiyet hakkına vergi yoluyla yapılan müdahalenin mutlaka kanuna dayanması gerekmektedir."

"Anayasa'nın 35 inci maddesinde olduğu gibi Sözleşme'ye Ek 1 Nolu Protokol'de de mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Ancak AİHM içtihatlarına göre, mülkiyet hakkını sınırlamaya yönelik müdahalelerin meşru sayılabilmesi için belli ölçütleri içermesi gerekmektedir (James ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 37). Buna göre müdahale, kamu yararı amacıyla yapılmalı (Beyeler/İtalya, B. No: 33202/96, 5/1/2000, § 111), hukuka dayalı olmalı (Iatridis/Yunanistan, B. No: 31107/96, 25/3/1999, § 58; Sporong ve Lönnroth/İsveç, B. No: 7152/75, 23/9/1982, § 69) ve ölçülü olmalıdır (Ashingdane/Birleşik Krallık, B. No: 8225/78, 28/5/1985, § 57; Sporong ve Lönnroth/İsveç, B. No: 7152/75, 23/9/1982, § 69). Bu durumda, mülkiyet hakkına vergi yoluyla yapılan müdahalelerde, müdahalede kamu yararı bulunup bulunmadığı, müdahalenin hukuka dayalı olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususlarının incelenmesi gerekmektedir."

"AİHM içtihatlarına göre, mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt hukuka dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. AİHM'ne göre müdahalenin hukuka dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (Hentrich/ Fransa, B. No: 13616/88, 22/9/1994, § 42)."

"Anayasa'nın 35 inci maddesi ve 1 no.lu Protokol'ün 1 inci maddesinde, paralel düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer verilmiştir. Her iki düzenlemenin ilk cümlelerinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu ifade olunmakta, ikinci cümlelerinde ise kişilere tanınan mülkiyet hakkının hangi koşullarla sınırlandırılacağı ya da hangi koşullarla kişilerin mülkiyet

hakkından yoksun bırakılabileceği hüküm altına alınmaktadır (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 29).”

“Her iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise farklı şekillerde ele alınmıştır. Anayasa'nın 35 inci maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken, Sözleşmeye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1 inci maddesinin ikinci fıkrası, devletlerce mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasının düzenlenmesiyle vergilerle, diğer harç ve cezaların ödenmesinin sağlanması için gerekli görülen yasaların yürürlüğe konulmasının mülkiyet hakkına müdahale olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.”

“Anayasa'nın 35'inci maddesinde mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiği hüküm altına alınırken 1 no.lu Protokol'ün 1 inci maddesi mülkiyetten yoksun bırakmanın kamu yararıyla, yasada öngörülen koşullarla ve uluslararası sözleşmelere uygun olarak yapılabileceğini öngörmektedir. AİHM, yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak, kanun altı düzenlemelerin, istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin ve hatta örf ve adet hukukunun da hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (bkz. Malonei/İngiltere, B. No: 8691/79, 2/8/1984, § 66-68; The Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/4/1979, § 47; Spaček, s.r.o./Çek Cumhuriyeti, B. No: 26449/95, 9/11/1999, § 57) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha güvenceli bir koruma sağlamaktadır (Bkz. B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 31).”

“İnceleme konusu somut olayda başvuru, başvuruya konu vergileri ve bu vergilere bağlı olarak kesilen cezaları malvarlığından ödemek zorunda kalmış olduğundan verginin esas itibariyle mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale olduğu görülmektedir (Bkz. Spaček, s.r.o./Çek Cumhuriyeti, B. No: 26449/95, 9/11/1999, § 41). Ancak vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler konusunda Sözleşme'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1 inci maddesinin ikinci fıkrası devletlere vergi politikaları konusunda oldukça geniş bir hareket alanı sağlamaktadır. Bu hükme göre vergisel tedbirler

konusunda devletlerin, diğer alanlara nazaran daha geniş bir takdir hakkı olduğu kabul edilmektedir (Bkz. Travers/İtalya, B. No: 15117, 16/1/1995).”

“Somut olayda uyumsuzluğun, kanuna dayalı olma gerekliliğinin yerine getirilip getirilmediği, bir diğer deyişle, Banka tarafından Vakfa ödenen katkı paylarının ücret olarak değerlendirilerek vergilendirileceğine ilişkin kanuni düzenleme bulunup bulunmadığı hususundan kaynaklandığı görülmektedir. Başvuru dosyası içeriğindeki yargı kararlarının incelenmesinden, Bankanın değişik şubeleri için aynı somut olaya dayalı olarak açılan davalarda, 193 s. Kanun'un 61 inci maddesi çerçevesinde katkı payı ödemelerinin ücret olup olmadığı hususunun ayrıntılı bir şekilde ve tüm yönleriyle tartışıldığı ve gerek bölge idare mahkemelerinin çoğu ve gerekse Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Dairelerince bu ödemelerin ücret olarak vergilendirilmesi gerektiği sonucuna varıldığı (§ 10) görülmektedir. Hukuk kurallarının yorumlanması yetkisi derece mahkemelerine ait olduğundan (B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26) söz konusu ödemelerin ücret olarak kabulü gerektiği sonucuna varılmakla birlikte, Anayasa Mahkemesince öncelikle ilgili derece mahkemelerinin kararlarında, uyumsuzluk konusu vergilere ilişkin vergilendirme dönemi olan 2007 yılında Banka katkı payı ödemelerinin ücret olarak kabul edilerek vergilendirilmesi gerektiği yönündeki değerlendirmelere esas alınan kanun hükümlerinin, müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olması koşulu bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.”

“Mülkiyet hakkına vergi yoluyla yapılan müdahalenin meşruiyetinin sorgulanabilmesi için, kanun tarafından öngörülmüş olma ölçütünün alt ölçütleri olan "ulaşılabilirlik" ve "öngörülebilirlik" ölçütlerinin sağlanıp sağlanmadığının, bir diğer deyişle kanuni dayanağın mülkiyet hakkı sahibi bakımından ulaşılabilir ve öngörülebilir olup olmadığının ve hak sahibinin hukuki güvenliğinin sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.”

"Ulaşılabilirlik", ilgili hukuki düzenlemenin aleni olması yani yayımlanmasını ifade etmekte olup (Spaček, s.r.o./Çek Cumhuriyeti, B. No: 26449/95, 9/11/1999, §§ 56-61) başvuru konusu müdahalenin dayanağı olan Kanun hükümleri bakımından ulaşılabilirliğin sağlandığında şüphe bulunmamaktadır.”

"Öngörülebilirlik" ise, hukuk kuralının uygulanması halinde doğabilecek sonuçların, önceden tahmin edilebilmesi anlamına gelmektedir (Hentrich/Fransa, B. No: 13616/88, 22/9/1994, § 42). Buna göre öngörülebilirlik koşulunun sağlandığından söz edebilmek için, mülkiyet hakkı sahibi tarafından hangi koşulların gerçekleşmesi halinde mülkiyet hakkına müdahale edileceğinin önceden tahmin edilebilmesi/bilinebilmesi gerekmektedir."

"Bu çerçevede, verginin kanuniliği ilkesi gereği vergi yoluyla yapılacak müdahalelerin temel dayanağı olan kanunların da, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olması gerekmektedir (aynı yönde bkz. B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 56). Ancak her zaman, kanunlarda mutlak bir açıklığın beklenemeyeceği ortadadır. Bu sebeple, kanuni düzenlemelerde az veya çok belirsiz ifadeler bulunabileceği ve bu belirsizliğin uygulamadaki yorumlarla giderilebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2009/9, K.2011/10.16/6/2011; E.2013/64, K.2013/142, 28/11/2013) (Benzer yöndeki AİHM içtihadı için bkz. Barthold/Almanya, B. No: 8734/79, 25/3/1985, § 47). Bu durumda kanuni düzenlemenin içeriğinin ve kapsamının kanun altı düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla açıklığa kavuşturulduğu, bir diğer deyişle birey açısından belirliliğin sağlandığı durumlarda öngörülebilirlik koşulunun karşılandığı söylenebilecektir."

"Başvuru dosyası içeriğinden ve Bakanlık görüş yazısından; 2012 yılı öncesinde münzam sandıklara ödenen banka katkı paylarının ücret olarak değerlendirilerek vergilendirilmelerine ilişkin idari bir düzenleme ya da uygulama olmadığı, dolayısıyla başvuru konusu olaya benzer olayların yargıya intikal etmediği ve yargısal bir içtihadın bulunmadığı, vergi tekniği raporunda zikredilen Danıştay içtihatlarının doğrudan bu konuyla ilgili olmadığı, 1974 yılında kurulan ve halen faaliyetlerine devam etmekte olan Vakfa, bankanın çok sayıda şubesinde katkı payı ödemesi yapılmış olmasına ve defalarca vergi denetimi yapılmasına rağmen bu hususun daha önceden dile getirilmediği, katkı payı ödemelerinin ücret olarak değerlendirilmesi ve vergiye tabi tutulmasına ilişkin uygulamanın 2012 yılında yapılan vergi incelemesi sonucu düzenlenen vergi tekniği raporuna istinaden başlatıldığı

ve bu yöndeki içtihadın, bu inceleme üzerine tarh edilen vergilere karşı açılan davalar dolayısıyla Danıştay'ın 2013 tarihli kararlarıyla ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.”

“Gerek vergilendirme işlemlerinin dayanağı vergi tekniği raporunun ve gerekse yargı kararlarının incelenmesinden, uyuşmazlıkta esas tartışmanın, Banka tarafından Vakfa ödenen katkı payının, 193 s. Kanun'un 61 inci maddesi kapsamında, Banka çalışanlarına "menfaat sağlama" şeklinde yapılmış ücret ödemesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususundan doğduğu anlaşılmaktadır. Nitekim ücretin menfaat sağlama şeklinde de ödenebileceği 61 inci maddenin birinci fıkrasında, "Ücret, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlarla sağlanan ve parayla temsil edilebilen menfaatlerdir." denilmek suretiyle ifade edilmiştir.”

“Somut olayda ilk derece mahkemelerince, 61'inci madde hükmünün vergi yoluyla yapılan müdahaleye dayanak olduğu sonucuna varılmakla birlikte, bu sonuca varılırken; bu hükme dayalı olarak gerçekleştirilen vergilendirme işlemlerine karşı çok sayıda dava açıldığı ve yargılama süreçlerinde ilgili hükümlerin ayrıntılı bir şekilde tartışıldığı, bazı ilk derece mahkemeleri ve bölge idare mahkemelerince davaların kabul edildiği, başvuru dosyasına konu vergilendirme işlemine karşı açılan davanın ise vergi mahkemesince kabul edildiği, ancak bölge idare mahkemesince vergi mahkemesi kararı bozularak davanın reddedildiği hususları dikkate alındığında, söz konusu kanun hükümlerinde yeterli açıklığın sağlanamamış olduğu, bu yüzden başvuru konusu benzeri uyuşmazlıklar bakımından farklı yorumların yapılmasına ve genel olarak farklı yönde kararların çıkmasına sebep olduğu anlaşılmaktadır.”

“Yargı kararları incelendiğinde, Vakıf tarafından banka çalışanlarına menfaat sağlandığı, bu menfaatin bir kısmının Banka katkı paylarıyla finanse edildiği, menfaatin belli koşulların gerçekleşmesi halinde ve esas olarak emekli aylığı ödenmesi şeklinde sağlandığı hususlarının tartışmasız olduğu görülmektedir. Yapılan değerlendirmelerden, verginin kanuniliği ilkesi gereği, somut olaya ilişkin kanun hükmünde verginin esaslı unsurlarının düzenlendiği, ancak bu hükmün somut olay bakımından öngörülebilirlik koşulunu sağlamadığı ve yoruma ihtiyaç gösterdiği anlaşılmaktadır.”

“Somut olayda yoruma ihtiyaç gösteren esas tartışma konusu, sağlanan menfaatin çalışanlarca ne zaman elde edilmiş sayılacağına ilişkindir. Konuyla ilgili 193 s. Kanun'un 1' inci maddesinde vergiye tabi gelir, "bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarındır" şeklinde tanımlanmıştır. Bu hükme göre, gelirin vergilendirilebilmesi için elde edilmesi gerekmektedir. Ücret gelirinin elde edilmesine ilişkin olarak 193 s. Kanun'un 61 inci maddesinde, "verilen para ve ayınlarla sağlanan ve parayla temsil edilebilen menfaatler" ve 94 üncü maddesinde, "ödenen ücretler" ifadelerine yer verilerek ücretlerin elde edilmesinde "tahsil esası"nın geçerli olduğuna işaret edilmiştir. Bu hususta, başvuru lehine yargı kararlarında ve karşı oy yazılarında, "menfaatin hangi çalışana ne zaman sağlandığının belli olmadığı, ödemenin yapıldığı tarih itibarıyla çalışanın hukuki ve fiili tasarrufunun bulunmadığı, dolayısıyla banka çalışanlarına doğrudan bir menfaat sağlanmadığı, menfaatin Vakıfla yararlanan arasındaki hukuki bağa göre sağlandığı, hangi çalışana hangi tutarda menfaat sağlandığı tespit edilemeyeceğinden, menfaatin parayla temsil edilme kabiliyetinin bulunmadığı" yönündeki yorumlara karşın; başvuru aleyhine yargı kararlarında, "Banka tarafından Vakfa aktarılan paraların Vakıfta kalmayıp çalışanlara menfaat olarak yansıtıldığı, Vakıf tarafından sunulan menfaatlerin bir kısmının Banka tarafından finanse edildiği, Banka katılım payının çalışanların maaş ve ikramiyelerinin belli bir oranı olarak hesaplanması suretiyle her çalışanın elde edeceği menfaatin net tutarının belirlendiği, kayıtların personel bazında tutulduğu ve sağlanan maddi menfaatin bu kişilere münhasır kılındığı, menfaat anlık olarak sunulmasa bile Banka tarafından yapılan ödemelerin kişi bazında izlendiği ve sonuçta koşullar gerçekleştiğinde kişiye ödeme yapıldığı, dolayısıyla ödemeyele kişisel bazda menfaat sağlandığı" yönünde yorumlara yer verilmiştir. İlgili kanun hükümlerinin yorumuna ilişkin lehe ve aleyhe bu değerlendirmelerden, Banka tarafından Vakfa katkı payı ödenmesinde çalışanlarca menfaatin ne zaman elde edildiği hususunun kanun hükümlerinden açık ve net bir şekilde çıkarılamayacak olduğu anlaşılmakta olup, Danıştay tarafından ilgili kanun hükümlerinin bu şekildeki yorumunun başvuru açısından öngörülebilirlik ilkesiyle bağdaştırılmasının zor olduğu görülmektedir ki (AİHM'in benzeri değerlendirmeleri için bkz. Yehova

Şahitleri/Fransa, B. No: 8916/05, 30/6/2011, § 70; Serkov/Ukrayna, B. No: 39766/05, 7/6/2011, § 41), vergilendirme işlemine ilişkin vergilendirme döneminden çok sonra mahkemelerce yapılan bu yöndeki yorumun, geçmişe etkili bir şekilde uygulanması dolayısıyla ortaya çıkacak sonuçlara bireylerin katlanmasını beklemek hakkaniyete uygun olmayacaktır (AİHM'in benzeri değerlendirmeleri için bkz. Serkov/Ukrayna, B. No: 39766/05, 7/6/2011, §§ 40-43).”

“Yukarıda ifade edilen olguların yanı sıra (§ 58), somut olay bakımından bağlayıcı olmasalar da, başvuruçunun, katkı payı ödemelerinin ücret olarak vergilendirilmeyeceğini düşünmesini gerektirecek başka olgular da bulunmaktadır. İlk olarak, emeklilik koşulları oluşmadan Bankadan ayrılmış bir çalışanın, kendi adına Banka tarafından vakfa ödenen katkı paylarının kendisine iadesi talebinin reddi üzerine açtığı dava, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 31/5/2005 tarih ve E.2005/5293, K.2005/5938 sayılı ilamında, "toptan ödeme koşulları gerçekleşmeden çalışması son bulan davacının, işveren tarafından vakfa ödenen katkı payları üzerinde hak iddia edemeyeceği" gerekçesiyle reddedilmiştir. İkinci olarak, benzer şekilde munzam sandık kuran ve çalışanları adına katkı payı ödemesi yapmakta olan bir başka kurumun, bu ödemelerin ücret olarak vergilendirilip vergilendirilmeyeceği hususunda tereddüde düşmesi dolayısıyla verdiği dilekçe üzerine kendisine verilen 2126-32-241 sayılı ve 1967 tarihli mukteza, Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü (Gelir İdaresi Başkanlığı), bu ödemelerin ücret olarak vergilendirilmeyeceği yönünde görüş bildirmiştir. Bir ödemenin ücret olarak nitelendirilmesine ilişkin Özel Hukuk ve Vergi Hukuku disiplinlerinin farklı ilkeleri bulunmakla ve mukteza subjektif bağlayıcılığı olan bir hukuk kaynağı olmakla birlikte, kanun hükümlerinin açık olmaması karşısında, diğer faktörlerin yanı sıra bu olguların da, katkı payı ödemelerinin ücret olarak vergilendirilmeyeceği yönündeki başvuruçunun algısı üzerinde etkili olduğu aşıkardır.”

“Bu değerlendirmeler sonucunda, Vakfın kurulduğu 1974 yılından vergi incelemesinin yapıldığı 2012 yılına kadar Vergi İdaresinin, Banka tarafından Vakfa ödenen katkı paylarının vergilendirilmesine ilişkin bir girişiminin veya emsal bir uygulamasının bulunmaması, Banka tarafından uzun yıllar boyunca yapılan katkı payı ödemelerinin vergilendirilmemiş

olması, somut olay bağlamında menfaatin elde edildiği zamana ilişkin kanun hükmünün açık ve net olmaması ve bu hususun yargı kararlarından da anlaşılması, Vakfa ödenen katkı payları üzerinde çalışanların tasarruf haklarının bulunmadığına ilişkin YARGITAY içtihadının bulunması ve katkı paylarının ücret olarak vergilendirilmeyeceğine ilişkin başka bir kuruma verilmiş mukteza bulunması hususları karşısında, başvuru konusu vergilendirme döneminde (2007 yılı) söz konusu katkı payı ödemelerinin ücret kapsamında değerlendirilerek vergilendirileceğinin düşünülmemesi, bu gerekçelerle başvurucudan, bu ödemelerin vergiye tabi olacağını öngörmesini beklemenin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.”

“Açıklanan nedenlerle, öngörülebilirliğin ancak 2013 tarihli Danıştay Daire kararlarıyla söz konusu olduğunun anlaşılması karşısında başvuru konusu vergilendirme işleminin ilişkin olduğu vergilendirme dönemi (2007 yılı) itibarıyla, Anayasa'nın 73'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan verginin kanuniliği ilkesi gereği kanuni düzeyde sağlanması gereken öngörülebilirliğin sağlanamadığı, kanun hükümlerindeki öngörülemezliğin kanun altı idari uygulamalar ve düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla giderilemediği, bu durumda başvurucu tarafından 2007 yılında Vakfa ödenen katkı paylarının ücret sayılarak vergilendirilmesine ilişkin işlemlerin, öngörülebilir kanuni dayanağının bulunmadığı anlaşıldığından, vergi asılları bakımından varılan sonuç dolayısıyla vergi cezaları bakımından ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek görülmemekle, Vakfa yaptığı katkı payı ödemeleri üzerinden vergi ve ceza tahsil edilmesi nedeniyle başvurucunun, Anayasa'nın 35 inci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.”

“6216 s. Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında

açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

"Başvurucu hakkında yürütülen vergi incelemesi sonunda, 2007 yılı için gelir vergisi ve damga vergisi tarh edilerek vergi cezaları kesilmiş, bunlar ihbarnameyle başvurucuya tebliğ edilmiş ve net 39.378,20 TL tutarındaki vergi, gecikme faizi ve cezalar başvurucu tarafından ödenmiştir. Söz konusu verilendirme işlemleri dolayısıyla başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği tespit edilmiş olup başvurucunun kişisel yararı göz önünde bulundurulduğunda başvurucu açısından yalnızca ihlalin tespitiyle giderilemeyecek olan maddi zararın bulunduğu anlaşıldığından, başvurucu tarafından ödenen vergi, gecikme faizi ve cezalar miktarınca tazminatın başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir."

Şeklindeki değerlendirmelere yer verilerek,

"Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının kabul edilebilir olduğuna,

B. Başvurucunun Anayasa'nın 35 inci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı anlaşıldığından, başvurucudan tahsil edilen net 39.378,20 TL'nin tahsil tarihi itibarıyla yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesine,

12/11/2014 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."

Hükmü kurulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin, yukarıda açıklanan 12/11/2014 tarihli ve E: 2014/6192, K:2014/619 sayılı kararında, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığına, tahsil edilen tutarın yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesine hükmedilmiştir. Anayasa Mahkememizin bu hukuka aykırı vergi ve ceza tarhiyatının mülkiyet hakkını ihlal ettiği hükmü vergi hukukumuzda ilktir.

a- Anayasa Mahkemesinin Mülkiyet Hakkının İhlal Kararının Danıştay Kararlarına yansımaları;

- Danıştay 4. Dairesinin 30/03/2015 tarih ve E: 2014/3997, K: 2015/1264 sayılı kararı;

“Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru üzerine yapılan yargılama mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği noktasında olup idari yargı merciince incelenecek husus ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2’nci maddesinde açıklanan idari eylem veya işlemlerden dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal ya da tam yargı davaları üzerine dava konusu işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi olduğu, dolayısıyla uyuşmazlık konusu vergisel işlemin, hukuka uygun olup olmadığına ilişkin bulunduğu, diğer yandan aynı kararda; ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığına da karar verilip, Anayasa’nın 73’üncü madde 3’üncü fıkrasında yer alan verginin kanuniliği ilkesi gereği kanuni düzende sağlanması gereken öngörülebilirliğin sağlanmadığı sonucuna varıldığı gerekçesine yer verildiği, değinilen kararın düzeltilmesi istenilen Danıştay Dördüncü Dairesi kararının bu kapsamda yeniden değerlendirilip Anayasa Mahkemesinin mezkur kararı çerçevesinde yorumlanarak yeniden karar verilmesini gereken bir hukuki durum oluşturmadığı, inceleme tarihi itibarıyla olayda kanuni bir belirsizlik bulunmayıp maddi olayın tanımlanmasında belirsizlik olduğu, dolayısıyla ihlalin sorumluluğa etkili olmadığına anlaşıldığı,” gerekçesiyle karar düzeltme istemini esastan inceleyip oy çokluğuyla reddetmiştir.

Aynı karara ilişkin Ayrışık Oy ise; *“...verginin kanuniliği ilkesi gereği kanuni düzeyde sağlanması gereken öngörülebilirliğin sağlanamadığı, kanun hükümlerindeki öngörülmezliğin kanun altı idari uygulamalar ve düzenlemeler ve yargısal içtihatlarla giderilemediği vurgulanarak incelenen dönemler için katkı paylarının ücret sayılarak vergilendirilmesine ilişkin işlemlerin öngörülebilir kanuni dayanağının bulunmadığı, dolayısıyla öngörülebilirliğin Danıştay kararlarıyla ortaya çıktığı 2013 yılına kadar olan tarhiyatların öngörülebilir kanuni dayanağının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”... gerekçesiyle karar düzeltme istemi kabul edilip daire kararı*

kaldırıldıktan sonra Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca bir karar verilmek üzere Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği yolundadır.

- Danıştay Üçüncü Dairesinin 05/06/2015 tarihli ve E: 2015/126, K: 2015/4279 sayılı kararı;

T.C. Anayasası'nın "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11'inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ifade edilmiş, 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, herkesin Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Diğer taraftan, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 46'ncı maddesi 2'nci fıkrasında; özel hukuk tüzel kişilerinin sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilecekleri, 50'nci maddesinde; başvurunun hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği, tespit edilen bir ihlalin mahkeme kararından kaynaklanması durumunda ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvuru lehine tazminata hükmedilebileceği veya genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilebileceği, yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde, mümkünse dosya üzerinden karar vereceği, bölümlerin esas hakkındaki kararlarının gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edileceği, AİHM'nin internet sayfasında yayımlanacağı, bu kararlardan hangilerinin Resmi Gazete'de yayımlanacağına ilişkin hususların İçtüzük'te gösterileceği kurallarına yer verilmiştir.

Yukarıda değinilen anayasal ve yasal düzenlemelerde; bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin bulunduğu belirtilerek yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda bu karar

uyulması zorunlu olmakla birlikte, diğer davalarda ihlal kararına uyulmasını zorunlu kılan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiğini tespit eden hak ihlali kararlarının tarafları, konusu ve sebepleri aynı olan diğer davalarda göz önünde bulundurulmaması Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralını da içeren ve Anayasa’nın 2’nci maddesinde yer verilen Hukuk Devleti ilkesi ile evrensel hukuk kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda, davacı bankanın başka bir şubesi adına aynı hukuki sebebe dayanan tarhiyatın yargı kararıyla aleyhine kesinleşmesinden sonra yaptığı bireysel başvuru sonucu, Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararıyla mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi karşısında, dava konusu vergilendirme dönemi itibarıyla davanın reddi yolundaki vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği” şeklindeki değerlendirmeye bağlı olarak temyiz istemini kabul edip vergi mahkemesi kararını bozmuştur.

Ayrışik Oy ise; Anayasa Mahkemesinin kararı, bozulması istenilen vergi mahkemesi kararının dayandığı gerekçe karşısında kararın değiştirilmesini gerektirecek durumda bulunmadığı hakkındadır.

- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 28/09/2016 tarihli ve E: 2016/956, K: 2016/828 sayılı kararı;

“2709 sayılı T.C. Anayasası’nın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11’inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ifade edilmiş, 148’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında, herkesin, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.”

“6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 46’ncı maddesi 2’nci fıkrasında, özel hukuk tüzel kişilerinin sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilecekleri, 50’nci maddesinde, başvurunun hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği, tespit edilen bir ihlalin mahkeme kararından kaynaklanması durumunda ihlali ve

sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebileceği veya genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilebileceği, yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde, mümkünse dosya üzerinden karar vereceği, bölümlerin esas hakkındaki kararlarının gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edileceği, Mahkemenin internet sayfasında yayımlanacağı, bu kararlardan hangilerinin Resmi Gazete’de yayımlanacağına ilişkin hususların İktüzük’te gösterileceği “

kurallarına yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen anayasal ve yasal düzenlemelerde; bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin bulunduğu belirtilerek yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda bu karar uyulması zorunlu olmakla birlikte, diğer davalarda ihlal kararına uyulmasını zorunlu kılan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiğini tespit eden hak ihlali kararlarının tarafları, konusu ve sebepleri aynı olan diğer davalarda göz önünde bulundurulmaması Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralını da içeren ve Anayasa’nın 2’nci maddesinde yer verilen Hukuk Devleti ilkesi ile evrensel hukuk kurallarına aykırılık teşkil edecektir.

Bu durumda, davacı bankanın başka bir şubesi adına aynı hukuki sebebe dayanan tarhiyatın yargı kararıyla aleyhine kesinleşmesinden sonra yaptığı bireysel başvuru sonucu, Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararıyla mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi karşısında, yukarıda yer verilen açıklamalar bağlamında dava konusu vergilendirme dönemi itibarıyla tarhiyatın kaldırılmasına yönelik vergi mahkemesi ısrar kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

2- Anayasa Mahkemesinin 07/07/2015 tarihli ve E: 2013/3245, K:2013/3244 sayılı “Murat Çevik” kararı

“Başvurucu, Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğünün 8/10/2008 tarihli yazısında kantin kiralama işlemlerinin katma değer vergisinden istisna edildiğinin valiliklere bildirildiğini, emsal mahkeme kararlarında katma değer vergisi tarhiyatı işlemlerinin iptal edildiğini, vergi ve vergi cezası borcu nedeniyle aracının ve gayrimenkulünün haczedildiğini belirterek Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin ve 35 inci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminata hükmedilmesini istemiştir.”

“Başvuru konusu olayda, başvuru benzer davalarda farklı kararlar verildiğini belirtmiş olup, başvuru tarafından dosyaya emsal olarak eklenen kararlar incelendiğinde, mahkemeler arasındaki yorum farklarının; okul aile birliklerinin tüzel kişiliği bulunmayan, amacı, okulun ihtiyaçlarının karşılanması, veli ve öğretmenler arasında işbirliğinin sağlanması olan ve buldukları okul bünyesinde faaliyet gösteren birlikler olup olmadığı, okul ve kurumlardaki büfe, kantin gibi yerlerin kiraya verilmesi durumunda bu birliklerin iktisadi işletme hüviyeti kazanamayacağı ve okul kantininin kiraya verilmesi işleminin de iktisadi işletmeye dahil olmayan gayrimenkul kiralama kapsamında mı değerlendirileceği yoksa okul aile birlikleri tarafından yapılan sözleşmenin işletme hakkının devri mi olduğu meselesiyle ilgili olduğu görülmektedir. Bir başka anlatımla, okul aile birliklerinin iktisadi işletme olmadığı kabul edilmesi ve okul aile birlikleri tarafından 3. kişilerle gayrimenkul kira sözleşmesi yapıldığının kabul edilmesi halinde, kiralanan yer KDV istisnasına tabi olacaktır. Fakat okul aile birliği tarafından yapılan sözleşmenin işletme hakkının devrine ilişkin olduğu kabul edildiğinde bu işlem KDV'nin konusuna gireceğinden, tesis edilen işlemin yerinde olduğu kabul edilecektir.”

“Başvuruya konu İlk Derece Mahkemesi kararında, okul aile birliği tarafından kantin işletme hakkının kiralanan suretiyle devri yapıldığından, başvuranın ödediği, kira bedeli üzerinden KDV hesaplayarak sorumlu sıfatıyla beyan etmesi gerektiği belirtilerek dava reddedilmiş, Bölge İdare Mahkemesi tarafından da karar onanmıştır.”

Bunun yanında başvuruya konu mahkeme kararından farklı olarak Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Dairelerinin aynı konuya ilişkin olarak verdiği aksi yönde kararlar mevcuttur.

Danıştay Üçüncü Dairesinin 8/11/2012 tarih ve E.2010/5179, K.2012/3579 sayılı kararıyla onadığı davaya ilişkin temyiz başvurusunun istem özeti ve karar kısmı şöyledir:

"Davacı adına ilköğretim okulu kantin işletme hakkını kiralaması karşılığı ödediği kira tutarı üzerinden sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi tevkif edip beyan etmesi gerektiği yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2009/3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11'inci dönemleri için re'sen tarh edilen vergi ziyai cezalı katma değer vergilerinin kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Adana 2. Vergi Mahkemesi 15.6.2010 gün ve E:2010/201, K:2010/1197 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1'inci maddesinin birinci fıkrasının 1'inci bendi uyarınca, ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin vergiye tabi olduğu, 3-f bendinde de, Gelir Vergisi Kanunu'nun 70'inci maddesinde belirtilen mal ve hakların kiralanması işlemlerinin katma değer vergisine tabi teslim ve hizmetler kapsamında sayıldığı, Kanun'un 17'nci maddesinin 4-d bendinde ise, iktisadi işletmelere dahil olmayan gayrimenkullerin kiralanması işlemlerinin katma değer vergisinden istisna olduğu hükmüne yer verildiği, mülkiyeti Hazineye ait olup Maliye Bakanlığıyla Milli Eğitim Bakanlığı arasında imzalanan protokoller uyarınca Milli Eğitim Bakanlığına tahsis edilmiş bulunan kantinlerin işletmesinin; Milli Eğitim Temel Kanunu'na göre çıkarılan yönetmelik uyarınca okulun ihtiyaçlarının karşılanması, veli ve öğretmenler arasında işbirliğinin sağlanması amacıyla kurulan ve buldukları okul bünyelerinde faaliyet gösteren okul aile birliklerine bırakıldığı ancak, okul aile birliklerinin, kantinleri bizzat kendilerinin işletmediği, ticari faaliyete konu mal alış ve satış işlemlerinde bulunmadığı, sadece kendilerine tahsis edilen kantinlerin mülkiyetiyle birlikte işletme hakkını üçüncü kişilere kiraya vererek kira geliri elde ettiklerinin anlaşıldığı, okul aile birliklerinin yürütmekte oldukları işlev ve birliğin amacı dikkate alındığında yapılan kiralama işleminin bu haliyle ticari kar maksadıyla yapılan bir işletmecilik ve birliğin de iktisadi işletme olduğundan söz edilemeyeceğinden kantin kiralama işlemi karşılığında

yapılan ödemelerin katma değer vergisine tabi olmadığı gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı idare tarafından, okul aile birliklerinin gerçek usulde vergi mükellefiyeti olmadığından katma değer vergisinin davacı tarafından tevkif edilmesi gerektiği, ilgili sirkülerle de bu hususlara açıklık getirildiği ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 08.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Ayrıca **Danıştay Üçüncü Dairesinin 8/11/2012 tarih ve E.2010/5184, K.2012/3580, 27/9/2013 tarih ve E.2012/3891, K.2013/3732 ve 22/5/2014 tarih ve E.2013/3835, K.2014/2399 sayılı kararları** da aynı yöndedir.

Danıştay Dördüncü Dairesinin 21/5/2014 tarih ve E.2011/5777, K.2014/3669 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Öte yandan, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1'inci maddesinde, Türkiye'de ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu; diğer faaliyetlerden doğan teslim ve hizmetler arasında 3/f bendinde, Gelir Vergisi Kanunu'nun 70'inci maddesinde belirtilen mal ve hakların kiralanması işlemleri de sayılarak, bu işlemlerin vergiye tabi olduğu yönünde düzenleme yapılmış; 19'uncu maddesinde ise, diğer kanunlardaki vergi muafık ve istisna hükümlerinin katma değer vergisi bakımından geçersiz olacağı, getirilecek istisna ve muafiyet hükümlerinin, bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapmak suretiyle düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir.

Olayda, kantin işletmeciliği yapan davacının, okul aile birliğinden kiraladığı kantin için aylık kira bedelleri üzerinden sorumlu sıfatıyla ihtirazi kayıtla beyan ettiği katma değer vergisinin ve katma değer vergisinin mükellefiyetinin kaldırılması istemiyle açılan dava, Vergi Mahkemesince, kiralama işleminin işletme hakkının kiralanması niteliğinde ve katma değer vergisine tabi olduğu, bu vergiden dolayı davacının katma değer vergisi mükellefi olması gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Okul aile birliklerinin 1739 s. Kanun'un yukarıda yer verilen 16'ncı maddesinde belirtilen amacı ve yürütmekte oldukları görev dikkate alındığında, bu faaliyetlerin okul aile birlikleri bakımından ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmet olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, okul aile birliklerinden kiralanan kantinler için kira tutarları üzerinden sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi hesaplanmasında ve katma değer vergisi mükellefiyeti tesisinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır."

Bunun yanında **Danıştay Dördüncü Dairesinin 20/11/2012 tarih ve E.2010/198, K.2012/6850, 3/6/2013 tarih ve E.2011/3026, K.2013/4052, 24/9/2013 tarih ve E.2013/5193, K.2013/6195 sayılı kararları** da aynı yöndedir.

Ayrıca, başvuru tarafından başvuru formuna eklenen kararlarda, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, Eskişehir Bölge İdare Mahkemesi, İzmir Bölge İdare Mahkemesi ve Sakarya Bölge İdare Mahkemesinin de okul aile birliklerinden kiralanan kantinler için kira tutarları üzerinden sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi hesaplanmasının ve katma değer vergisi mükellefiyeti tesis edilmesinin mevzuata aykırı olduğuna dair kararlar verdikleri görülmüştür.

Görüldüğü üzere başvuruya konu edilen yargı kararında, uyuşmazlığa ilişkin olay ve mevzuat değerlendirmesi yapılırken aynı konuya ilişkin olarak Danıştay ilgili dairelerinin istikrar kazanmış kararlarında ve yukarıda anılan bölge idare mahkemeleri kararlarında yapılan mevzuat değerlendirmesi ve ulaşılan sonucun aksi yönde bir sonuca ulaşılarak, okul aile birliklerinden yapılan kantin kiralama işlerinin KDV'ye tabi olduğu yönünde karar verilmiş, davanın parasal değeri uyarınca karar bölge idare mahkemesine itiraz yoluyla taşınmış ve itiraz başvurusu da reddedilmiştir.

Bu durumda, başvurucaunun, okul aile birliğinden kantin kiralaması işlemi nedeniyle KDV tarhiyatı yapılması üzerine tarhiyatın kaldırılması istemiyle açtığı davada "öngörülebilir" husus, vergi yargılamasının da dahil olduğu idari yargı düzeninde yüksek mahkeme olan ve kararları ülke çapında tüm idari yargı makamlarınca dikkate alınması gereken Danıştay'ın KDV'den kaynaklı uyuşmazlıkları çözmekle görevli dairelerinin konu hakkında verdiği kararlardan hareketle okul aile birliklerinden kiralanan kantinler için kira

tutarları üzerinden sorumlu sıfatıyla KDV hesaplanmasının ve KDV mükellefiyeti tesis edilmesinin mevzuata aykırı olduğu şeklinde karar verileceğidir. Ancak Balıkesir Vergi Mahkemesi, olaya uygulanan mevzuatın yorumlanmasında, Danıştay ilgili dairelerinin yerleşik kararları ve diğer bölge idare mahkemeleri kararlarından farklı ve "öngörülemez" nitelikte bir değerlendirme yaparak, davayı reddetmiştir.

Bunun yanında başvurunun dava açarken (hukuki yardımdan yararlı olsa bile) kendisine Danıştay Dairelerinin ilgili kurallardan çıkardıkları sonuçtan farklı bir şekilde muamele edileceğini beklemesini gerektiren bir durum da bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, başvuru hakkında yapılan yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasının "öngörülemez" nitelikte olması nedeniyle Anayasa'nın 35 inci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden;

Başvurucu, maddi ve manevi zararların tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

Aynı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50'nci maddesi şu şekildedir:

"Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, Anayasa'nın 35'inci maddesinde tanımlanan mülkiyet hakkının ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama

yaşam üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesine ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiş olduğundan, bu aşamada tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.” denilmiştir.

Balıkesir Vergi Mahkemesinin 26/02/2016 tarihli, E: 2016/51, K: 2016/131 sayılı kararıyla Anayasa Mahkemesince verilen karar üzerine davacı tarafından bulunulan Yargılamanın Yenilenmesi istemi kabul edilip, bir iktisadi işletme olmayan okul aile birliğinden okul kantininin kiralanması işlemi, KDV’den istisna edilmesi nedeniyle davacı adına yapılan vergi ziyat cezalı tarhiyat kaldırılmıştır.

IV-SONUÇ

Son derece önemli ve güncel bir hak olan Mülkiyet Hakkı, kamusal yetkileri kullanan kamu makamlarının müdahalesine açıktır, dolayısıyla sınırlanabilir bir karakterdedir. Kamusal makamlar, mülkiyet hakkını diğer haklar gibi sınırlayamazlar. Mülkiyet hakkı, T.C. Anayasası’nın İkinci Kısmı’nın “Kişi Hakları ve Ödevleri” başlıklı İkinci Bölümü’nde yer alan 35’inci maddede düzenlenmiştir. Madde, mülkiyet hakkı ile ilgili olarak kuralı koyduktan sonra, bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin ölçütü ve sınırlama vasıtasını belirlemiştir. Madde, ayrıca, kişilere de, mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili olarak, toplum yararına aykırı kullanmama ödevi getirmektedir.

Bu şekliyle, 35’inci madde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1 no.lu Protokolü’nün 1’inci maddesinin tekrarı gibidir. Şu farkla ki; vergi ve diğer katkı payları ile cezaların ödenmesini sağlamak amacıyla mülkiyet hakkına getirilebilecek sınırlama, bu maddede düzenlenmiş değildir.

EK 1 no.lu Protokol’ün 1’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, mülkiyet hakkının istisnası olarak gösterilen, Devletin vergi toplama faaliyeti, bu uluslararası düzenlemeden farklı olarak, Anayasa’nın İkinci Kısmı’nın siyasi hak ve ödevlerle ilgili Dördüncü Bölümü’nde, ayrı bir maddede, 73’üncü maddede düzenlenmiştir.

Devletlerin vergi toplaması, bireyin kesesine el atması ve hatta onun servetine ortak olması anlamına geldiğinden, vergilendirme faaliyeti devlet ile bireyi karşı karşıya getirmektedir. Geçmişte kutsal vatandaşlık vazifesi olarak kabul gören vergi ödeme yükümlülüğü, gelinek noktada

“demokrasinin bedeli” olarak adlandırılmaktadır. Çağdaş anlayışta vergilendirmenin artık, devletlerin toplumun ortak menfaatlerini öne sürerek mutlak ve sınırsız olarak kullanabileceği bir araç olmadığı, bundan dolayı verginin keyfi olarak alınamayacağı ve kanunilik ilkesine uygun olarak alınan vergilerin dahi temel hak ve özgürlükleri zedelememesi gerektiği kabul edilmektedir.

EK 1 no.lu Protokol’ün 1’inci maddesi hem kişinin mülklerinden barışçıl biçimde yararlanma hakkını tanımakta, hem de devlete kamu yararı için bu hakka müdahale etme noktasında açıkça geniş bir yetki vermektedir.

Devletin kamu yararı ile gerçekleştirilen müdahaleden etkilenen bireyler üzerindeki yük arasında kurulması gereken “adil denge”, EK 1 no.lu Protokol’ün 1’inci maddesi ile ilgili başvuruların tümüne nüfuz etmiştir. Önceki dönemlerdeki başvurularda doğruca adil denge ölçütünün uygulanmasına geçildiği göze çarpmaktadır.

Devletler, sahip oldukları bu hakkı kullanırken EK 1 no.lu Protokol’ün 1’inci maddesinde yer alan şartlara uygun davranmak zorundadırlar. Bu anlamda vergilendirme yetkisi kapsamında alınan tedbirlerin meşru bir amaç gütmesi zorunludur. Ayrıca, bu tedbirlerin açık, anlaşılabilir, ulaşılabilir bir mevzuat normu ile düzenlenmesi, uygulamanın da bu norma uygun şekilde cereyan etmesi gerekir. Bu tedbirlerin düzenleneceği mevzuatın niteliği ve kamuya açıklığının ne şekilde sağlanacağı devletlerin takdirindedir. Ancak, bu tedbirlerin hiçbir şekilde mükellef üzerinde bireysel ve aşırı külfet oluşturmaması gerekir. Bu kapsamda, mükellefin mali durumunu temelden sarsacak kadar yüksek vergi oranları ve vergi cezaları, vergi aslına göre oldukça yüksek vergi cezaları, vergi alacağını teminat altına almak için uygulanan, ancak mükellefin mali durumunu temelden sarsan ihtiyati haciz uygulamaları, vergi aslına göre oldukça yüksek miktarda uygulanan ihtiyati haciz uygulamaları; fazla ve yersiz alınan vergilerin iade edilmemesi, iadelerde faiz ödenmemesi, mahkeme tarafından orantısallık ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Malvarlığına yönelik müdahalenin yarattığı zararın miktarı, müdahalenin ölçülü olup olmadığının tartımında önemli bir faktördür. Buna göre, mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak veya malvarlığında esaslı bir azalmaya yol açacak ölçüde vergi salınması EK 1 no.lu Protokol’ün 1’inci

maddesi isterlerine uygun olmayacaktır. Hatta bu tip bir verginin 1982 Anayasası'nın hem mülkiyet hakkını düzenleyen 35'inci maddesine, hem de verginin mali güce göre salınacağını düzenleyen 73/1'inci maddesi hükmüne aykırı olduğu söylenebilir. Nitekim, Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 73/1'inci madde hükmünde yer alan mali güç ölçütünü açılmayan çok sayıda karar üretmiştir.

Hak ve özgürlüğü ihlal edilen birey, ulusal yargıç önünde bunun giderilmesini elde edemediği takdirde Devlet sınırını aşarak uluslararası yargıca başvuruda bulunabilmektedir artık.

Böylece birey, uluslar arası hukuk öznesi konumunu kazanmaktadır.⁴⁰

Ayrıca;

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinde; "Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir. Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."

50. maddesinde ise; "Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez." düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 66. maddesinde; Mahkeme kararlarının kesin olduğu, Mahkeme kararlarının devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hükmü yer almaktadır.

⁴⁰ Doç. Dr. Selami Demirkol "Vergi Türevli Davaların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Kabul Edilebilir Bulunması, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (İHİD) Sayı 1. Cilt 15, Sayfa 70.

Görülebileceği üzere, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular hakkında verdiği kabul edilebilirlik ya da esasa ilişkin kararlar kesindir, bu kararlar, Anayasa Mahkemesinin diğer kararları gibi yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.

Bu durumda; bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararı sonucu aynı somut olaya dayalı açılan tüm davalarda gerek ilk derece mahkemelerinde, gerek temyiz mercii Danıştay'da kendiliğinden dikkate alınması, tekrar tekrar bireysel başvuru yolunun kullanılıp ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesinin veya yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilmesinin beklenmemesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA:

-Vergi Hukuku

Prof. Dr. Şükrü KIZILOĞLU, Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ

Prof. Dr. Metin TAŞ, Prof. Dr. Recai DÖNMEZ

-Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhhalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Macaristan'a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi

Doç. Dr. H. Burak GEMALMAZ

-Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku

Şehnaz GEREK, Ali Rıza AYDIN

Anayasa Mahkemesi Raportörleri

-Conseil d'Etat'nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı

Yrd. Doç. Dr. Aydın GÜLAN

-İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Yargılamasında Mülkiyet Hakkı

Nazım Taha KOÇAK

Nilgün İPEK

-Vergi Hukuku Bağlamında Mülkiyet Hakkının Korunması İle İlgili Danıştay İctihadı

Turgut CANDAN

-Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Suat ŞİMŞEK

-Vergi Hukuku Ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz

(The Applicability of the European Convention on Human Rights to the Tax Law and Tax Proceeding: An Analysis in the Light of the Case Law of the European Court of Human Rights)

Yrd. Doç. Dr. Gülay ARSLAN ÖNCÜ,

-Anayasa Mahkemesi Genel Kurul ve Daire kararları,

-Danıştay Genel Kurul ve Daire kararları.

VERGİLENDİRME YETKİSİNİN KULLANIMINDA TEMEL HAKLARIN YARATTIĞI DÖNÜŞÜM

Doç. Dr. Cenker GÖKER*

Giriş

Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi toplama konusunda sahip olduğu hukuki gücü¹ olduğundan devletin yapısını, erklerini, işleyişini ve insanların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen en temel yasa olan anayasalarda² bu yetkinin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir³. Günümüz anayasalarında ancak bir kanuna dayanarak vergilendirmeye gidilebileceğinin ifade edilmesinin temel nedeni budur. Vergilendirme yetkisine sahip olmayan bir devletin egemenliğinin olduğunu söylemek mümkün değildir⁴. Egemenliğin, mali egemenlik görünümü, ilkel devletten modern devlete geçen en ilkel yetkilerden birinin vergilendirme olduğunu da göstermektedir. Devletin geçirdiği gelişim ve dönüşüme ilişkin her virajda tartışmanın vergilendirme yetkisi üzerinde olduğunu görmek şaşırtıcı değildir. Bu duruma yani yasama ve yürütme organları arasındaki devlet egemenliğinin kullanımına ilişkin tarihsel örneklerin başında 1215 tarihli Magna Carta Libertatum⁵ gelmektedir. Vergilendirme ve kamu harcamalarına ilişkin iradenin, yasama tarafından şekillendirilmesi günümüz batı demokrasilerinin temelini oluşturmaktadır⁶. Bu anlamda kuvvetler ayrılığı, vergilendirme

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

¹ Çağan, Nami, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s. 3, Öncel, Muallâ – Kumrulu, Ahmet – Çağan, Nami, Vergi Hukuku, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.33.

² Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa, Ekin Yayınevi, 2011, 2. Cilt, s.33-37

³ Göker, Cenker, “Yeni Anayasa Yapım Çalışmaları Kapsamında Vergilendirme Yetkisinin Düzenleniş Üzerine”, Vergi Sorunları Dergisi, Ocak 2013, Sayı:292.

⁴ Bu duruma Osmanlı tarihindeki Duyun-u Umumiye tecrübesi çok önemli bir örnektir.

⁵ Magna Carta Libertatum ve anayasa hukuku ilişkisi için bkz. Gözler, Kemal, “İngiltere’de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı: Malî Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiliği Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Muallâ Öncel’e Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2009, c.I, s.365-374.

⁶ Neumark, Fritz, Vergi Politikası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1975, s. 7.

yetkisinin varlık sebebidir. Denilebilir ki, vergilendirmeyi kimin gerçekleştireceği tartışması kuvvetler ayrılığını yaratmıştır ve fakat kuvvetler ayrılığı olmadan da vergilendirme yetkisinin yasama meclislerinde olması mümkün olmayacağından birbirinden güç alan iki kavram söz konusu olmaktadır.

I. Vergilendirme Yetkisinin Dönüşümü

Vergilendirme yetkisine ilişkin yasama ve yürütme arasındaki çatışma, 1215 yılında Magna Carta ile yürütmenin bu yetkiyi kaybetmesinden sonra sürekli olarak bir geri alabilme çabasıyla canlı kalmaktadır. Mutlak iktidar olmanın ve devlete ve topluma tam olarak egemen olmaya ilişkin hukuki ve ekonomik olduğu kadar simgesel bir anlam da taşıyan vergilendirme yetkisi, erkler ayrılığı var olduğu sürece devam edecek bir paylaşım savaşına neden olmaya da devam edecektir. Vergilendirme yetkisinin, halk temsilcilerinden oluşan meclislere sorulmadan vergi kullanılamayacağına ilişkin “temsilsiz vergi olmaz ilkesi”, egemenlik yetkisinin kullanımı hususunda yasama ile yürütme arasındaki çatışmanın bir başka görünümüdür. Öyle ki bugün Maliye Bakanlığı'nın genel tebliğler ve sirkülerler eliyle vergilerin yasallığı ilkesine aykırılık taşıyan bir kısım düzenleyici işlemler tesis etmesinin temelinde, yürütmenin bu ilkeye karşı duruşundaki “kabullenememe” yatmaktadır. Yürütme, devleti yöneten erk olarak vergilendirmeye ilişkin kararların kendisi yerine sadece yasama meclisi tarafından alınabilmesine yapısal olarak karşı duruş içindedir. Yürütme ve yasamanın dna'larında ne yazık ki aralarında paylaşılmayan bir yetkinin kodları mevcuttur.

Mali egemenliğin varlığı devletlerin vergi toplamasının yanı sıra, harcama yapması, bütçe oluşturulması, borçlanma ve kamu mallarını yönetme yetkilerini de barındırmaktadır. Bu nedenle vergilendirme yetkisi tartışmalarına sadece vergi koymak veya kaldırmak olarak dar yaklaşmamak gerekir. Aksi halde, kamu harcamalarını finanse etmeyi amaçlayan vergilerin hangi erk tarafından konulduğunun bir önemi kalmayabilir. Burada önemli olan nokta, halkın temsilcilerinin mali egemenlikle ilgili konularda karar verip veremediğidir. Günümüz demokrasilerinde geleneksel olarak vergilendirme yetkisi parlamentolara verilmişken da dış ticarete ilişkin konularda yürütme organı yetkili kılınmıştır. Yetkiler yürütme organında toplanmıştır. Bir devlet bu

yetkilerini kullanabildiği ölçüde mali egemenliğe sahiptir. Elbette mali egemenliğin de sınırları mevcuttur, bu sınırlar devlet egemenliğinin tabi olduğu sınırlardır. Ancak vergilendirme akçeli bir konu olduğundan devlet ile bireyler arasında sürekli bir çatışmaya neden olur, bu nedenle hukuk devleti ilkesi, mali egemenliğin çatışmasız şekilde kullanılmasının en temel koşulunu oluşturur.

Vergilendirme yetkisi, vergi koyma, kaldırma şeklinde olabileceği gibi vergi muafiyet ve istisnalarını belirleme, vergi tarh, tahakkuk ve tahsil yetkilerini de ifade eder.

Bu kapsamda şu temel cümle asla unutulmamalıdır:

Vergilendirme yetkisi, devlete yalnızca vergi toplama hakkı ve yetkisi vermemekte aynı zamanda bunları gerçekleştirirken uymak zorunda olduğu belli ödevleri içinde barındırmaktadır. Vergilendirme yetkisinin, hukuk devleti ilkesine katkısı temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin ilk ve en temel haklardan birini içermesi nedeniyledir.

Mülkiyet hakkı, vergilendirme eliyle bir müdahaleye maruz kalmaktadır. Bu nedenle vergilendirme yetkisinin kim tarafından ve hangi sınırlar dahilinde kullanılabileceğine ilişkin tartışma, temel ve hak özgürlüklerin hukuk devleti ilkesinin en temel parçası olmasının yolunu açmıştır. Magna Carta ile başlayan bu yol bugün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ışığında ilerlemektedir. Ancak öncelikle ilk adıma yani Magna Carta'da vergilendirmeye ilişkin hükümlerin neler olduğuna bakmakta yarar olabilir. Magna Carta'da diğer pek çok konu ile birlikte ele alınan vergilendirmeye ilişkin maddeler şu şekildedir:

“Magna Carta Libertatum

XII — Kendimiz için kurtuluş akçesi, büyük oğlumuzun şövalye olması ve «yalnızca bir kere» büyük kızımızın evlenmesi sebepleriyle toplananlar dışında krallığımızda genel onaylama olmadan hiçbir vergi veya yardım toplanamayacaktır. Bu sebeplerle de ancak makûl bir yardım toplanabilir. Londra şehrinden istenecek yardımlarda da benzer şekilde hareket edilecektir.

XIV — «Yukarıda belirtilen üç istisna dışında» bir yardım veya vergi kararlaştırırken gerekli genel onaylamayı alabilmek için başpiskopos, piskopos, rahip, kont ve büyük baronları adlarına göndereceğimiz

mektuplarla çağıracağız. Bizimle dolaysız olarak toprak ilişkisi olan herkese, şerifler ve diğer memurlarımız aracılığıyla, belirli bir günde «en az kırk gün mühlet vererek» belirli bir yerde toplanmak için bir çağında bulunacağız. Bütün çağın mektuplarında, çağırının sebebi bulunacaktır. Böyle bir çağın çıkartılınca, o gün için kararlaştırılan iş mevcudun iradesine uygun olarak yapılacak, çağırılan herkesin gelmiş olması aranmayacaktır.”⁷

Görüldüğü üzere, Magna Carta’da bugün anlaşıldığı şekliyle vergilerin kanunla konulacağı düzenlenmemiştir. Düzenleme vergiler söz konusu olduğunda bunun mutlaka yine seçkinlerden oluşacak bir meclise sorulacağıdır. Ancak bu haliyle bile o gün için tek kişide toplanan yasama ve yürütmenin birbirinden ayrılması için küçük bir çatlak oluşturabilmiş olması çok önemlidir.

Burada şu değerlendirme yapılmalıdır, mutlak iktidar önce tanrı-kral, sonra tanrının yeryüzündeki sureti, sonra her şeye kudreti yeten kraldan vergi toplamak istediğinde diğer lordlara bu durumu sormak zorunda kalan krala dönüştüğü için mutlak iktidardan bugünkü demokrasilere evrilme söz konusu olabilmıştır. Tıpkı bir baraj duvarına çakılan tek bir çivinin zaman içinde o barajın yıkılmasına sebep olacak bir çatlak yaratması gibi, mutlak iktidarın yetkileri de böylece yürütmeden, o ana kadar yine mutlak iktidarda bulunan bir erk olan yasamaya geçmiştir.

Vergilendirmenin bir kanun olarak gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin temel kabul vergi yasalarının içeriğinin ne şekilde olması gerektiğine ilişkin bir başka konuya da vücut vermektedir. Şöyle ki, yasama bir kanun yapıp, vergilendirmeye ilişkin pek çok temel unsurun düzenlenmesini yürütme organına bırakabilecek midir? Yasama yetkisinin devri ile yürütmenin düzenleyici işlemlerinin arasında hassas bir noktada acaba yürütme yetkilendirilebilecek midir? Bu soruya verilecek cevap vergilendirme yetkisinin dönüşümüne de tanıklık yapmak anlamına gelebilir. Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki yaklaşımı şu şekildedir:

“Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfî uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasada yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide

⁷ Ersan, İlal, “Magna Carta” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 34, Sayı 1-4 (1968), s.216-217.

yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur...⁸

Görüldüğü üzere, vergilendirmeye ilişkin temel unsurların yasayla düzenlenmesi vergilerin yasallığı ilkesinin temelini oluşturmaktadır. Yürütmeye bırakılan düzenleme alanı ise ancak ve ancak vergi kanunlarının uygulanmasına ilişkin teknik ayrıntılar olabilmektedir. Yürütme organına bırakılan alanın, verginin temel unsurlarına ilişkin olmamasında yatan asıl gerçek ise, mükelleflerin hangi vergiyle ne zaman ne şekilde karşılaşabileceklerini öngörebilmelerinde ve bu kuralların yürütme organının iradesiyle değişebilir olmamasında yatmaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yürütme organı ancak kanunlarla kendisine verilen yetkiyi kullanabileceğinden, vergilendirmeye ilişkin temel noktalarda bir yetkisinin olmaması gerekmektedir. Ancak elbette, bu konunun bazı istisnaları oluşmuş durumdadır. Bu istisna yürütme organına verilen vergi indirim, oran, muaflik ve istisnalarında belirlenen aşağı ve yukarı hadler dahilinde değişiklik yapma yetkisidir.

Her ne kadar 1971 ve 1982 Anayasalarında kanunla verilen aşağı ve yukarı sınırlar içinde bir oran belirleme yetkisinin söz konusu olabileceği ifade edilmişse de bu durum bu istisnanın aslında yasamaya ait olması gereken bir yetki olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Aksi halde bugün oran yapısı, yarın verginin konusu, daha sonra vergiyi doğuran olayı belirleme derken, bir sabah Magna Carta öncesi “herşeye muktedir iktidar” dönemine uyanabiliriz. Bu nedenle, vergilendirme konusunda yürütmeye bırakılacak alanı her zaman mümkün olduğu kadar sınırlı tutmak, “günün ekonomik koşullarına hızlı ve etkin bir uyumu sağlamak adına bu şekilde hareket ediliyor” cümlesini dikkate almamak, mücadele ile kazanılan bir hakkın kaybedilmemesi adına çok önemlidir.

II. Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Çerçevesinde Vergilendirme Yetkisinin Sınırlarının Yeniden Çizilmesi

Kelsen tarafından negatif yasama olarak değerlendirilen anayasa mahkemeleri, kanunların anayasaya aykırılığı iddialarını kendisine verilen yetkiler içinde denetlemektedir. Ayrıca yakın tarihli Anayasa ve kanun değişikliklerle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarına ilişkin

⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2009/63, K. 2011/66 sayılı kararı.

bireysel başvuruları da karara bağlama yetkisi de verilmiştir. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarını karara bağlamaktadır. Temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan pek çok uluslararası anlaşma mevcut olmasına karşın bu güvenceleri yargısal denetime tutan bir mekanizma olmaması nedeniyle çoğu zaman bu anlaşmalar birer ilkeden öteye gidememekteydi. Oysa AİHM ile AİHS, sözleşmeye üye ülkeler bakımından gerçekten uyulması zorunlu bir noktaya gelebilmiştir. AİHM'e benzer şekilde bireysel başvuru yönteminin kabul edilmesiyle de Türkiye'de de temel hak ve özgürlüklerin AİHS çerçevesinde bir anlam kazandığı söylenebilir⁹. Konu vergilendirme olunca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan pek çok hak içinde en önemlisi olarak karşımıza mülkiyet hakkı ve mülkiyet hakkına müdahale kavramları çıkmaktadır.

Mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) Ek 1 Nolu Protokol'ün "*Mülkiyetin korunması*" kenar başlıklı 1. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

Mülkiyet hakkını 1982 Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın "*Mülkiyet hakkı*" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

1982 Anayasası'nın 35'inci, ve AİHS Ek 1 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesi ve 1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesi hükümleri ancak birlikte değerlendirildiğinde, vergilendirme ve mülkiyet hakkına müdahale

⁹ Türkiye'de kurgulanan Bireysel başvuru sisteminin aynı zamanda "Anayasa Şikayeti"ni de içermesi gerektiğini burada ifade etmek isteriz.

kavramları anlam kazanabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu noktadaki bakış açısı ise ülkemiz bakımından konunun algılanışını ortaya koymaktadır. Mahkeme 2014/6192 sayılı Bireysel Başvuru kararında mülkiyet hakkına yapılabilecek müdahalenin ancak ve ancak kanunla yapılabileceğini ve müdahalenin toplum yararı ile kişi yararı arasında bir denge kurularak gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰.

AİHM ve Anayasa Mahkemesinin, müdahalenin ancak kanunla yapılabileceğine ilişkin görüşü, vergilendirme bakımından Magna Carta'dan bugüne gelen temsilsiz vergi olmaz ilkesinin yarattığı vergilerin yasallığı ilkesine bir başka anlam daha yüklenmesine neden olmaktadır. Bu anlam, müdahale ancak ve ancak kanunla yapılabileceğine göre bu kanunun taşınması gereken olmazsa olmaz niteliklerini netleştirmektedir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi bu konuda da önceki kararlarını aşan şekilde vergilerin yasallığı ilkesinin hukuk devleti ilkesinin en net görünümü olduğunu ifade edercesine belirlilik ve öngörülebilirlik kavramlarına da vurgu yapmaktadır¹¹.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı 2014/6192

“ ...

41. Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan düzenlemeye uygun bir şekilde 35. maddesi de, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna ek olarak 35. madde, sınırlamanın kamu yararı amacıyla yapılacağını ve mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağını belirterek toplum yararı ile kişi yararı arasında bir denge kurulması gerektiğini de ifade etmektedir. Kanunla düzenleme gerekliliğine ilişkin hükümlerin ifade tarzı, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların mutlaka şekli anlamda kanun ile yapılması zorunluluğuna işaret etmektedir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması ölçütü anayasal temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında vazgeçilmez bir unsur olup (Bkz. B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 36), bu koşulun sağlanmaması durumunda diğer güvence ölçütlerinin değerlendirilmesinin bir anlamı olmayacaktır.”

¹¹ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı 2014/6192

“42. Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde yer alan mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaların kanunla yapılabileceğine ilişkin düzenlemeye paralel olarak, verginin kanuniliği ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile, vergi mükellefi bakımından vergisel yükümlülüklerin "belirliliği" ve "öngörülebilirliği" ve bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliği sağlanmak istenmiştir. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanunla yapılması zorunluluğunun alt ölçütleri olarak da

Görüldüğü üzere vergilerin yasallığı ilkesi, vergilerin ancak kanunla konulabileceği kuralından öte bir anlam taşır. Vergilerin yasallığı ilkesinin, hukuk devleti ilkesi ve onun alt ilkelerinin tamamının bir görünümü olduğu açıktır. Bu nedenle vergilendirme yetkisinin algılanışındaki dönüşüm hukuk devleti ilkesinin temellendirilmesiyle kendisini göstermektedir. Belirli, öngörülebilir, mülkiyet hakkına müdahale etmeyen, eşit, adil bir vergi kanunu 1215 yılında tarihe düşülen notun bugün geldiği noktadır.

Zamanın ruhu yasama ve yürütmenin tek bir organa dönüşme tehlikesini barındırmaktadır. Bu durumda yüzyılların mücadelesiyle elde edilenler, Gregor Samsa'ya dönüşecektir. Buna engel olmanın anahtarı vergilendirme yetkisinin dönüşümünü doğru anlayabilmekte yatmaktadır.

SONUÇ

Temel hak ve özgürlükler, vergilendirme yetkisinin kullanımının sınırını oluşturmaktadır. Ancak günümüz dünyasının hukuk devleti tanımında vergilendirmenin devletlerin sahip olduğu mutlak bir hak olmadığı da açıktır. İkel devletten modern devlete geçen askere alma, şiddet tekeli gibi yetkilerdeki dönüşüm Vergilendirme Yetkisindeki kadar hukuk devleti lehine olamamıştır. Bugün artık vergilendirilen her kuruluş için mülkiyet hakkına müdahale olup olmadığı tartışması yapılabilmektedir. Bu nedenle vergilendirme yetkisinin temel ve hak özgürlüklerin gelişmesi sayesinde ve belki de sırf bu nedenle Modern Devleti bir ideal Hukuk Devletine dönüştürebilme yeteneği mevcuttur.

kabul edilen ölçütlerdir. Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin "açık ve anlaşılır" olmasını gerektirmekte olup, Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası ile Türk Hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere AİHS'e göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir. Bu husus, Anayasa Mahkemesince "Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfî uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasa da yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur" denilmek suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur (AYM, E.2009/63, K.2011/66, 14/4/2011). Bu durumda, Anayasaya göre mülkiyet hakkına vergi yoluyla yapılan müdahalenin mutlaka kanuna dayanması gerekmektedir."

Ancak, şu an mevcut olan, vergilerin yasallığı ilkesi, mali güce göre vergilendirme ilkesi, sosyal devlet ilkesi gibi prensiplerin Hukuk Devleti ilkesi mevcut olmadan bir anlam taşımayacağı açık olduğundan, en temel ilke olan Hukuk Devleti ilkesinin vergilendirmeye tam olarak nüfuz edebilmesine ilişkin her türlü çaba büyük değer taşımaktadır.

Vergilendirme Yetkisi¹², insanlık tarihine yön vermeye devam edecektir.

¹² Bu satırların son kontrolünü yaptığım sırada Türk Vergi Hukukunun en değerli isimlerinden Sayın Prof.Dr. Nami Çağan'ın vefat haberini almanın üzüntüsünü yaşıyorum. Vergi hukukuna kattıkları asla unutulmayacak olan Hocamın aziz hatırası önünde saygıyla eğiliyorum.

VERGİSEL MÜDAHALELERDE MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ - HAK ARAMA HÜRRİYETİ İLİŞKİSİ

Yunus Emre YILMAZOĞLU*

GİRİŞ

Devlet, kamu harcamalarının finansmanı amacıyla vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü¹ kullanarak kişilerin mülkiyetine müdahale edebilir. Anayasa'nın 35. maddesinin üçüncü fıkrası, 73. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Ek (1) Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı anlamında bu tür bir müdahale devletin mülkiyetin kullanımı veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi bağlamında incelenmektedir.

Devlete, geniş takdir yetkisi veren söz konusu kontrol ve düzenleme yetkisinin kullanımında, genel olarak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının asgari limitleri olarak öngörülen yasallık, meşruluk ve ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır.² Bu gereklilikler karşılanmadan hakka müdahale etmeme Devletin negatif yükümlüğünü oluşturmaktadır.

Ancak Devlet sadece bu gereklilikler karşılanmadan temel hak ve özgürlüklere, inceleme konusu özelinde mülkiyet hakkına müdahale etmemekle yükümlü değildir, aynı zamanda mülkiyet hakkının korunması bağlamında Devletin pozitif yükümlülükleri de vardır. Devleti bir önlem

* *Anayasa Mahkemesi Raporörü*

¹ Nami ÇAĞAN, "Türk Anayasası Açısından Vergilendirme Yetkisi", *Anayasa Mahkemesi Yayın No:4*, Ankara, 1984, s:171

² Mülkiyetin kontrolü ve düzenleme yetkisinin kanuna uygun olduğu ve kamu yararı şeklinde meşru bir amaca dayandığı belirlendikten sonra geriye, mülkiyetin kontrolüne ilişkin bu yasal müdahale çerçevesinde başvuranların üzerine orantısız ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediğinin araştırılması gerekmektedir. (Mülkten mahrum bırakmada sınırlandırma rejimi ile ilgili AİHM kararı *Güleç ve Armut/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), B. No: 25969/09, 16/11/2010 Bunun yanında ölçülülük ilkesi gereği mülkiyetten yoksun bırakmada aranan tazminat ödeme yükümlülüğü, davanın koşullarına göre düzenleme yetkisinin kullanıldığı her durumda gerekemeyebilmektedir. (AİHM, *Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/3/2010, § 91)

almaya ya da çeşitli güvenceler sağlamaya zorlayan bu yükümlülükler pozitif yükümlülükler olarak adlandırılmaktadır. Bu tedbirler, mülkiyete ulaşılmasını ve ondan yararlanılmasını sağlayıcı, mülkiyete müdahale eden üçüncü kişileri karşı etkili koruma ve soruşturmayı öngören, mülkiyete zarar gelmesini engelleyen ve mülkiyeti koruyan tedbirler³ yanında mülkiyete ilişkin uyumsuzluklarda sağlanması gereken usulî güvenceleri de içerir.⁴

Mülkiyet hakkının korunması açısından sağlanması gereken usulî güvenceler ile Devletin pozitif yükümlülükleri arasında yakın bir ilişki vardır. Devletler, usulî güvencelerin sağlanması ve işletilmesi için çeşitli önlemler almakla yükümlüdürler. Gerekli kanuni düzenlemeleri yapmak ve mevzuatın uygulanmasından sorumlu kamu makamlarını eğitmek bu önlemlerin başında gelmektedir.⁵ Bunun yanında önlemlerin mülkiyet hakkından yararlanmayı sağlayacak nitelikte olması da gerekir.⁶

Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında sağlanması gereken usulî güvenceler birey-birey ilişkilerinde (yatay ilişkilerde) olduğu kadar vergilendirme gibi kamu otoritesinin müdahalesini içeren durumlarda, bir başka ifadeyle, Devlet-birey ilişkilerinde de geçerlidir. Bu son halde pozitif yükümlülükler “negatif yükümlülüklerin bir uzantısı olarak sağlanması gereken usulî güvenceler” bağlamında irdelenebilir.

Yatay ilişkilerde bireylerin otoritelerden mal ve mülkün etkin kullanımının sağlanması konusunda meşru beklenti içinde girdiği durumlarda mülkiyet hakkının korunmasında pozitif yükümlülükler devreye girer.⁷ Bu yükümlülüklerin en önde geleni hiç şüphesiz mülkiyet

³ H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s:417 vd.; ...Devletin yerine getirmesi gereken pozitif edimleri, bir “sonuç yükümlülüğünden ziyade “önlem alma yükümlülüğü” niteliğindedir. Gemalmaz, age, s:443

⁴ Gemalmaz, Bazı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında usulî güvencelerin, ağırlıklı olarak müdahale karşılığı tazminat verilmemesinin veya eksik verilmesinin ölçülü sayılıp sayılmayacağına belirlenmesinde işlev gördüğünü, buna göre usulî güvenceler ile tazminat göstergesi arasında bir çeşit tamamlayıcılık ilişkisi bulunduğunun söylenebileceğini ifade etmektedir. Gemalmaz, age, s:571, 573

⁵ Gemalmaz, age, s:581, 582

⁶ Gemalmaz, age, s:582

⁷ Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı*, İnsan Hakları El Kitapları, No:10, 1. Baskı, Haziran 2007, s:10

hakkının ihlaline ilişkin iddialar için, kolayca erişilebilen ve esnek delil standartları uygulayarak başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarının yeniden tesisini sağlayabilecek ve mülkiyet hakkından faydalanamama nedeniyle tazminat elde edilebilecek bir sistemin kurulmasıdır.⁸

Aslında bu tanımlama biçimi Devlet-birey ilişkilerinde de uygulanabilir nitelik arz etmektedir. Gerçekten Devletin vergilendirme gibi bir müdahalede, müdahalenin kanuna dayandığını, meşru bir amaç gözettiğini ve ölçülü olduğunu iddia etmesi yetmez. Bireyler de Devletten müdahaleye neden olan idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden hukuka aykırı olduğunu etkin bir şekilde ileri sürebilecekleri ve varsa bu işlem nedeniyle doğan zararlarının tazminini talep edebilecekleri bir hukuk yolunun oluşturulması beklentisi içindedirler.

Bu şekilde etkin bir mekanizma idari başvuru ve/veya yargısal başvuru imkânı sunulmakla kurulabilir. Ancak hukuk devletinde yargısal başvurunun her zaman daha etkin güvenceler sunabileceği aşikârdır. Bu noktada önemle hatırlatılmalıdır ki, tek başına bir hukuk yolunun varlığı yetmez. Devlet aynı zamanda mülkiyet hakkının korunabilmesi için bu yolun etkin bir şekilde işlemlerini sağlamakla da yükümlüdür. Bu etkinlik, kamu makamlarının mülkiyete yapılacak müdahalelerde malikin durumdan haberdar olmasını sağlamaları, kişilerin yargı yoluna başvurabilmeleri, hukuka aykırılık iddialarını ileri sürebilmeleri, bu iddialarına cevap alabilmeleri ve verilen kararın uygulanmasıyla sağlanabilir.⁹

Hal böyle olunca, mülkiyet hakkının korunmasında Devletin sağlaması gereken usule ilişkin güvenceler, başta mahkemeye erişim olmak üzere hak arama hürriyetinin bir kısım alt başlıklarının, yargılamanın sonucuna itibarıyla mülkiyet hakkını etkileyen izdüşümlerine dönüşmektedir. Çünkü birçok noktada ortaya çıkan olgu örneğin, haksız ödenen verginin iadesi istemiyle açılan davada verilen yargı kararının icra edilmemesi, kişinin sadece hak arama hürriyetini etkilemez aynı zamanda

⁸ AİHM, *Chiragov ve diğerleri/Ermenistan*, B.No: 13216/05, 16/06/2015, §199

⁹ Gemalmaz'ın eserinde yer verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından derleme yoluyla usulî güvencelerin içeriği bu şekilde tespit edilebilir. Gemalmaz, age., s: 566-582

mülke müdahalenin devam etmesi nedeniyle mülkiyet hakkı bakımından da sonuç doğurur. Örnek verilen olguda, yargı kararının icra edilmemesi nedeniyle kişinin mülküne kavuşması engellenmiştir. Bu nedenle, bireysel başvuru yolunda, usule ilişkin güvencelere aykırılık şikâyetinin hem mülkiyet hakkı hem de hak arama hürriyeti kapsamında incelenmesi söz konusu olabilmektedir.

Çalışmada, Devletin mülkiyetin kontrolü ve düzenlenmesi bağlamında vergilendirme yoluyla gerçekleştirdiği müdahaleyle ilgili mülkiyetin korunmasına ilişkin usulî güvencelerin belirlenmesi ve bunlarla hak arama hürriyeti arasındaki ilişkinin ortaya konulması hedeflenmektedir.

I) Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

a) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Yaklaşımı^{10,11}

AİHS'e Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, mülkiyet hakkını teminat altına almaktadır. Madde şu düzenlemeyi içermektedir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

¹⁰ Bu bölümde yer alan AİHM kararları *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.* başvurusu (B. No: 2014/8649, 15/2/2017, §§ 22-28) ile *Fatma Yıldırım* (B. No: 2014/6577, 16/2/2017, §§ 21-29) başvurusunun *Uluslararası Hukuk* bölümlerinden alınmıştır.

¹¹ Bu bölümün hazırlanmasında değerli katkılarını eksik etmeyen Anayasa Mahkemesi Raportörü Sayın Ayhan Kılıç'a teşekkür ederim.

AİHM, AİHS'ye Ek (1) Numaralı Protokol'ün 1. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri de içerdiğini kabul etmektedir.¹²

AİHM, AİHS'ye Ek (1) Numaralı Protokol'ün 1. maddesiyle koruma altına alınan mülkiyet hakkının gerçek ve etkili kullanımının, sadece devletin müdahale etmeme ödevine bağlı olmadığını ifade etmektedir. Aynı zamanda, özellikle başvuruçunun mülkünden etkin bir biçimde yararlanması ile kamu otoritelerinden meşru olarak alınmasını beklediği önlemler arasında doğrudan bir bağlantının bulunduğu durumlarda mülkiyet hakkının gerçek ve etkili kullanımı Devletin koruyucu pozitif önlemler almasını da gerektirmektedir.¹³

AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar, kesin bir biçimde tanımlanamamaktadır. Bununla birlikte uygulanabilir ilkeler benzerdir. Olay, ister Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında isterse bir kamu otoritesinin haklılığı ortaya konulması gereken müdahalesi kapsamında analiz edilsin, uygulanacak kriterler esas itibarıyla farklılık göstermemektedir. Her iki bağlamda da, bireyin ve topluluğun yarışan menfaatleri arasında adil denge bir bütün olarak göz önüne alınmalıdır. Bu hükümde belirtilen amaçların, kamu yararına yönelik talepler ile başvuranın temel mülkiyet hakkı arasında bir dengenin oluşturulup oluşturulmadığının değerlendirilmesinde bir ilgiye sahip olduğu doğrudur.¹⁴

i. Yatay İlişkilerde

AİHM, Sözleşme'ye Ek (1) Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin, *Devletin doğrudan müdahalesinin söz konusu olmadığı, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar yönünden* -belirli durumlarda- mülkiyet hakkının korunması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü içerdiğini kabul

¹² *Kotov/Rusya*, [BD] B. No: 54522/00, 3/4/2012, § 109-115; *Öneryıldız/Türkiye*, [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 134; *Broniowski/Poland* [BD], B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 143; *Dzugayeva/Rusya*, B. No: 44971/04, 12/2/2013, § 26

¹³ *Kotov/Rusya*, §109

¹⁴ *Kotov/Rusya*, §110

etmektedir. Devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde -özel kişiler arası mülkiyet ilişkileri bakımından olsa bile- kişilerin mülkiyet haklarına yapılacak keyfî müdahalelere karşı hukuksal bir koruma sağlaması gerekmektedir. Bu bağlamda Devlet özellikle, tarafların mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklar yönünden gerekli usulî güvenceleri sunan etkin bir yargısal mekanizma oluşturma yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede oluşturulan yargı yollarında ulusal mahkemeler de iç hukukta yer alan ilgili kanunlar ışığında makul ve adil bir biçimde özel kişiler arasındaki mülkiyet uyuşmazlıklarını çözmek durumundadır. Mahkeme, bu gerekliliğin sağlanıp sağlanmadığını değerlendirirken uygulanan usulün bütününe incelemektedir.¹⁵

AİHM, mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına kamu otoriteleri dışındaki kişilerce müdahale edilmesi durumunda, bir başka ifadeyle yatay ilişkilerde, devletin pozitif yükümlülüğünün, koruyucu/önleyici ve düzeltici ödevler alma biçiminde ikiye ayrılacağını belirtmektedir. Bu durumda Sözleşme'ye taraf devletlerin iki ayrı yükümlülüğü söz konusu olur: a) İç hukuk sisteminde mülkiyet hakkının yasalar tarafından tatmin edici bir şekilde korunmasının güvence altına alınması b) Hakkına müdahale edilen kişinin, meydana gelen zararının giderilmesine yönelik talepleri de dâhil olmak üzere hakkını arayabileceği düzeltici mekanizmaların temin edilmesi¹⁶

Özel kişiler arasındaki müdahalelerde devlet, usule ilişkin garantiler içeren yargısal başvuru yolları kurma yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda görevlendirilecek mahkemelerin veya yargısal yetkiyi haiz diğer kurul veya kamusal otoritelerin özel kişiler arasındaki uyuşmazlığı etkili ve adil bir şekilde çözecek yargısal güçle donatılmaları gerekmektedir.¹⁷

¹⁵ *Sovtransavto Holding/Ukrayna*, B. No:48553/99, 25/7/2002, § 96; *Fuklev/Ukrayna*, B. No: 71186/01, 7/6/2005, §§ 90-91; *Kotov/Rusya*, § 112; *Anheuser-Busch Inc./Portekiz [BD]*, B. No: 73049/01, 11/1/2007, §§ 82-87; *Capital Bank AD/Bulgaristan*, B. No: 49429/99, 24/11/2005, § 134 (Bu son kararda kapsamlı bakışın uygulanabilir idari ve yargısal sürecin tamamına yönelik olacağı belirtilmiştir.)

¹⁶ *Blumberga/Litvanya*, B. No: 70930/01, 14/10/2008, § 67

¹⁷ *Kotov/Rusya*, § 114

ii. Devlet-Birey İlişkilerinde

AİHM, Devlet-birey ilişkilerinde de kuralı benzer şekilde yorumlamaktadır: 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin asli amacı, kişileri mülklerinden barışçıl biçimde yararlanarak *Devletin haksız yere müdahalesine* karşı korumaktır. Bununla birlikte, Sözleşmenin 1. maddesi gereğince, her Akit Tarafın, kendi yargı alanındaki herkes için Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alması gerekmektedir. Bu genel nitelikteki görevin yerine getirilmesi, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların etkili bir biçimde kullanılmasının sağlanmasından doğan pozitif yükümlülükleri gerektirebilir.¹⁸

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında, bu pozitif yükümlülükler, Devlet'in mülkiyet hakkını korumak için gerekli önlemleri almasını gerektirebilir.¹⁹ Bunun anlamı, özellikle, Devletler gerekli usulî güvenceler sunan yargı yolları temin etme yükümlülüğü altındadır ve bu nedenle, ulusal mahkemelerin ve yargı organlarının mülkiyet konularına ilişkin her türlü davayı etkili ve adil bir şekilde karara bağlamasına olanak tanınmış olur.²⁰

¹⁸ *Ališić ve diğerleri/Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Makedonya Cumhuriyeti* [BD], B. No: 60642/08, 16/7/2014, § 100;

¹⁹ *Sovtransavto Holding/Ukrayna*, § 96; özellikle bir başvuranın makamlardan meşru olarak bekleyeceği tedbirler ile mülkiyetlerinin etkin biçimde kullanılması arasında doğrudan bir bağ bulunduğu durumlarda, *Broniowski/Polonya*, § 143; *Öneryıldız/Türkiye*, § 134

²⁰ *Bistrovic/Hırvatistan*, B. No: 25774/05, 31/5/2007, § 33; *Sovtransavto Holding/Ukrayna*, § 96; *Saccoccia/Avusturya*, B. No: 69917/01, 18/12/2008, § 89; AİHM *Bistrovic/Hırvatistan* kararında ulusal makamların, başvuranların kamulaştırılan mülklerine yönelik tazminatın tesis edilmesine ilişkin tüm faktörleri tespit edemeyerek ve kalan mülkün değerindeki azalma için tazminat ödememek suretiyle, kamunun genel menfaati ile kişinin temel haklarının korunması gerekliliği arasında adil bir denge kuramadıklarını belirtmiştir. Kararda AİHM ayrıca, ulusal makamların, başvuranların mülkiyet haklarına kamusal nihai müdahaleyi içeren kamulaştırma davaları kapsamında yeterli koruma sağlamada çaba harcamadıklarını belirtmiştir. Bu nedenle başvuranların mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. (§§ 44-45)

iii. Pozitif Yükümlülükler Kapsamında Sağlanması Gereken Usulî Güvenceler

Mülkiyet hakkının korunması ve hakkın etkin kullanımının sağlanması açısından Devletin pozitif yükümlülükleri yargılama esnasında sağlanması gereken usulî güvencelerden daha fazlasını ifade etmektedir. Bu kapsamda mülkiyet hakkını koruyucu ve doğan zararın giderilmesini sağlayıcı önlemler de pozitif yükümlülükler kapsamında yer alır. Ancak çalışma mülkiyet hakkının korunmasında usulî güvenceler-hak arama hürriyetinin kesişim kümesine hasredildiğinden, Devletin pozitif yükümlülükleri bu alanla sınırlı incelenecektir.

AİHM'e göre AİHS'ye Ek (1) Numaralı Protokol'ün 1. maddesi açık bir biçimde usule ilişkin yükümlülükler içermemektedir. Ne var ki AİHM, AİHS'nin bu kuralı çerçevesinde usulî güvence sağlayan pozitif yükümlülüklerin varlığını, gerek devletin müdahil olduğu uyuşmazlıklarda²¹ gerekse iki özel kişi arasındaki uyuşmazlıklarda kabul etmiştir.²² Bununla birlikte AİHM, usulî güvencelerin muhakkak AİHS'in 6. maddesinde öngörülenlerle aynı olması gerekmediğini belirtmektedir.²³

AİHM'e göre, mülkiyet hakkının korunmasında yargılama usulü, bu hüküm tarafından güvence altına alınan haklara müdahale eden tedbirlerin hukukiliğine etkili bir şekilde itiraz edebilmek amacıyla kişiye davasını yetkili otoriteler önüne koyabilmeye ilişkin makul bir fırsat sağlamalıdır. Bu koşulun karşılanıp karşılanmadığını belirlemek için, uygulanabilir prosedürlere kapsamlı bir biçimde bakılmalıdır.²⁴

Devletin pozitif yükümlülüklerinin niteliği ve kapsamı koşullara bağlı olarak değişir. AİHM'e göre devletin olayın somut koşullarına göre sağlama yükümlülüğü altına girdiği düzeltici önlemler, zarar gören tarafın hakkını

²¹ *Jokela/Finlandiya*, B.No: 28856/95, 21/5/2002, § 45; *Zehentner/Avusturya*, B.No. 20082/02, 16/7/2009, § 73

²² *Kotov/Rusya*, § 114

²³ *Saccoccia/Avusturya*, § 89

²⁴ *AGOSI/Birleşik Krallık*, B. No: 9118/80, 24/10/1986, § 55; *Hentrich/Fransa*, B.No:13616/88, 22/9/1994, §49; *Jokela/Finlandiya*, § 45; *Saccoccia/Avusturya*, § 89; *Microintellect Ood/Bulgaristan*, B. No: 34129/03, 4/3/2014, § 48; *Ünsped Paket Servisi/Bulgaristan*, B. No: 3503/08, 13/10/2015, § 38; *Denisova ve Moiseyeva/Rusya*, B. No:16903/03, 01/04/2010, § 59

savunabilmesine imkân tanıyan uygun yasal mekanizmaların oluşturulmasını içermektedir.

Öneryıldız/Türkiye davasında, başvuranın mal varlıklarının kaybolması, çok tehlikeli bir durum karşısında kamu makamlarının açık ihmalden kaynaklanmıştır. Buna karşılık, davanın özel taraflar arasındaki sıradan ekonomik ilişkileri ilgilendirmesi durumunda, bu gibi olumlu yükümlülükler daha sınırlıdır.²⁵

Dzugayeva/Rusya kararına konu olayda, yeniden kullanılabilir cam şişe ticaretiyle uğraşan başvuru evinin yanında içi şişe dolu bir vaziyette park hâlinde bulunan kamyonunun belediye yetkilileri ile polis tarafından, park izninin olmadığı gerekçesiyle güvenli olmayan bir alana çekilmesi sonucu kamyonun içinde bulunan cam şişeler çalınmıştır. Başvuru tarafından ilgili idare aleyhine açılan davada sulh hukuk mahkemesi başvuru lehine tazminata hükmetmiş ise de bu karar bölge istinaf mahkemesince, şişelerin gerçek sayısının davacı tarafından ispatlanmadığı ve aracın çekilmesine ilişkin kararın hukuka uygun olduğu gerekçesiyle bozulmuştur.²⁶ AİHM, park izni bulunmadığı için kamyonu çektiren otoritenin zarar ve hasarlara karşı aracı koruma yükümlülüğünün bulunduğu ve yerel otoritenin bu ödevin ifasında başarısız olduğu kanaatine varmıştır.²⁷ AİHM, sonuç olarak yetkililerin (1) Numaralı Protokolün 1. maddesinin gerektirdiği pozitif yükümlülükleri ifa etmediği sonucuna ulaşmıştır.²⁸

*Dzinic/Hırvatistan*²⁹ kararında sağlanması gereken prosedürel yükümlülükler ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre, bir müdahale kanunla öngörülen koşullara ve kamu yararına uygun şekilde gerçekleşse dahi, bireyin mülkünün kullanımını kontrol etmek için tasarlanmış tedbirler de dahil olmak üzere Devletçe uygulanan önlemlerde kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmesi aranan amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmalıdır. Bu gereklilik, kamunun genel menfaati ile

²⁵ *Kotov/Rusya*, § 111

²⁶ *Dzugayeva/Rusya*, § 5-13

²⁷ *Dzugayeva/Rusya*, § 27

²⁸ *Dzugayeva/Rusya*, § 29

²⁹ B. No: 38359/13, 17/5/2016, §§ 67-69

bireyin temel haklarının korunmasına ilişkin gereklilikler arasında sağlanması gereken "adil denge" kavramıyla açıklanmaktadır.³⁰

Karara konu somut olayda, özellikle başvuranın mülküne el konulması, Protokolün 1. maddesinin ikinci fıkrasında izin verilen takdir oranı dikkate alındığında, eleştirilere açık değilse de, mal üzerinde tasarrufta bulunma yeterliliği yönünden kendisine aşırı yük oluşturma riski taşımakta ve bu nedenle, sistemin işleyişini ve bunun başvuranın mülkiyet hakkına olan etkisinin keyfi³¹ veya öngörülemez nitelikte olmamasını garanti altına almak amacıyla belirli usulî güvenceler sağlamalıdır. Dahası, AİHM, herhangi bir haciz ya da müsadere zarara neden olsa da, müdahalenin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesiyle uyumlu olması için fiilen verilen zararın, kaçınılmaz olandan daha geniş kapsamlı olmaması gerektiğini de yinelemektedir.³²

iv. Ara Sonuç

Özetle AİHM, AİHS'ye Ek (1) Numaralı Protokol'ün 1. maddesi açıkça usule ilişkin güvenceler içermese de bu hükümlerle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının gerçek ve etkili kullanımının Devlete pozitif yükümlülükler yüklediğini kabul etmektedir. AİHM'e göre bu yükümlülükler hem bireyler arası yatay ilişkilerde hem de Devlet-birey ilişkilerinde uygulanabilir niteliktedir. Bu yükümlülüğü kapsamında Devlet, usule ilişkin garantiler içeren yargısal başvuru yolları kurma yükümlülüğü altındadır. Mülkiyet hakkının korunması amacıyla kurulacak bu yargı yolunda yargılama usulü, mülkiyet hakkına müdahale eden tedbirlere etkili bir şekilde itiraz edebilmek amacıyla kişiye davasını yetkili otoriteler önüne koyabilmeye ilişkin makul bir fırsat sağlamalıdır.

³⁰ Anılan karar, § 67; *Hutten-Czapska/Polonya* [BD], B. No: 35014/97, 19/6/2006, § 167; *Depalle/Fransa*, § 83; *Herrmann/Almanya* [BD], B. No: 9300/07, 26/6/2012, § 74; *Borzonov/Rusya*, B. No: 18274/04,22/1/2009, § 59 kararlarına atıflar

³¹ Keyfililiği önlemesi amacıyla usulî güvencelerin sağlanması gerekliliğine *Ünsped Paket Servisi/Bulgaristan*, § 46'da da vurgu yapılmıştır.

³² *Borzonov/Rusya*, §§ 60, 61 kararına atıfla; ayrıca bkz. *Ünsped Paket Servisi/Bulgaristan*, § 47 (başvurucuya tarafı olmadığı cezai takibata sürecinde müdahale ile ilgili usulî güvenceler sağlanmadığından yüklendiği bireysel yükün ölçsüz olduğu ve meşru görülemeyeceği hakkında)

b) Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi de yakın tarihli *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.*³³ başvurusu ile *Fatma Yıldırım*³⁴ kararlarında mülkiyet hakkının korunmasında Devletin pozitif yükümlülüklerine dikkat çekmiştir.

³³ B. No: 2014/8649, 15/2/2017, §§ 42-48 (Sürücü kursu işleten başvuru, dört adet aracının bilinmeyen kişilerce yakılması fiilinin önlenememesi, fiili işleyenlerin bulunmasına yönelik etkili bir soruşturma yapılmaması ve bu fiilden doğan zararın idarece karşılanmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. (§36) Anayasa Mahkemesi, başvurunun Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında düzeltici bir hukuki mekanizma olan tam yargı davası yoluna başvurduğunu, idare mahkemesinin somut olayda, yangının güvenlik hizmetinin iyi işlememesinden kaynaklandığına dair bir bilgi veya belgenin var olmadığı gerekçesiyle idarenin sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna ulaştığını ve davayı reddettiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, idare mahkemesinin gerekçesi ve başvurunun iddiaları incelendiğinde, mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesinin bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içermediğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre dosyada başvurunun araçlarının yakılması olayının terör amacıyla gerçekleştirildiğine dair hiçbir bilgi ve belge de bulunmamaktadır. Bu tespitlerden hareketle Anayasa Mahkemesi, başvurunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. (§§52-55))

³⁴ B. No: 2014/6577, 16/2/2017, §§ 46-52 (Başvuru, icra müdürlüğüne borçluya ait taşınmazların satışından elde edilen bedelin, yaklaşık dokuz yıl süren sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde nemalandırılmamasından yakınmaktadır. Anayasa Mahkemesi icra müdürlüklerinin, mülkiyet hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler gereğince oluşturulan ve özel kişilerin ödenmeyen alacaklarını kanunda öngörülen usullere uygun olarak gerektiğinde zor kullanmak suretiyle tahsil ederek alacaklılara ödeyen kamu kuruluşları olduğunu öncelikle tespit etmiştir. Mahkemeye göre, icra müdürlüklerinin bu görevlerinin ifası sırasında tesis ettiği işlem ve eylemler kamu gücü işlem ve eylemleri niteliğinde olup bu işlem ve eylemler veya eylemsizlikler nedeniyle hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının, icra takibinin temelindeki borç ilişkisinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Kararda, borçlunun taşınmazlarının satışı sonucu tahsil edilen ihale bedelinin nemalandırılması veya nemalandırılmaması icra müdürlüklerinin bu görevlerinin ifası kapsamında kaldığından somut olayda nemalandırmama şeklinde tezahür eden uygulamanın devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerle ilişkili olduğu sonucuna ulaşılmıştır. (§55) Anayasa Mahkemesi icra müdürlüğünün, ihale bedelinin vadeli bir mevduat hesabına yatırılması biçiminde alacağı basit bir tedbirle icra sürecinin hızlı işlememesinin başvuru üzerinde oluşturduğu olumsuz etkileri asgari seviyeye indirememiş olmasının, mülkiyet hakkının devlete yüklediği koruma pozitif yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurduğu sonucuna ulaşmıştır. (§62))

Anayasa'da Devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin temel ilkelere Anayasa'nın 5. maddesinde yer verilmiştir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, ... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

Anayasa'nın mülkiyet hakkına teminat altına alan 35. maddesinde ise şu kurala yer verilmiştir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet güvencesinin iki yönlü koruma sağladığını vurgulamıştır. Buna göre söz konusu güvence, mülkiyet hakkına yönelik kamu gücü tarafından gerçekleştirilen müdahalelere karşı bireylere koruma sağladığı gibi, bunun yanı sıra kimi durumlarda özel hukuk kişilerince yapılan müdahalelere karşı da anayasal koruma sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi pozitif yükümlülüklerin kapsamı yatay ilişkilerle sınırlı ele alınarak mülkiyet hakkının Devlete, müdahalede bulunmama biçimindeki negatif yükümlülüğün yanında üçüncü kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı malike koruma sağlama şeklindeki birtakım pozitif yükümlülükler de yüklediğini belirtmiştir.³⁵

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 35. maddesinin lafzında mülkiyet güvencesinin devlete birtakım pozitif yükümlülükler yüklediğinin açık bir biçimde düzenlenmediğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme, bu güvencenin sadece devlete atfedilebilen müdahalelere yönelik sınırlamalar getirdiğinin, bireyi, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumasız bıraktığının düşünülmemeyeceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi

³⁵ *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.*, § 42

pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkmasının nedenini "gerçek anlamda koruma" sağlanması olarak tespit etmiştir.³⁶

Anayasa Mahkemesine göre, mülkiyet hakkının devlete tahmil ettiği pozitif yükümlülükler Devletin iki tür yasal, idari ve fiili tedbirleri almasını gerektirmektedir: a) Mülkiyete müdahale edilmesini önleyici koruyucu önlemler b) Müdahalenin etkilerini giderici, diğer bir ifadeyle telafi edici düzeltici önlemler. Mahkemeye göre pozitif yükümlülükler mutlak değildir. Bunların ne tür koruyucu ve düzeltici edimleri kapsadığı ve bu edimlerin derecesi, her somut olayın kendi koşulları içinde belirlenebilir. Bununla birlikte söz konusu yükümlülüğün devlete, idare aygıtının insan ve mali kaynaklarıyla karşılaşmasına imkân bulunmayan birtakım ödevler yüklediği biçiminde anlaşılması mümkün değildir.³⁷

Mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından müdahalede bulunulması durumunda, hak ihlalinin sonuçlarının giderilmesi bakımından ne tür hukuki mekanizmaların öngörüleceği hususu devletin takdirindedir. Bu husus kural olarak ilgi alanı dışında olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi, tercih edilen idari veya yargısal mekanizmanın malik üzerinde doğurduğu olumsuz etkilerin düzeltilmesi bakımından yeterli ve elverişli olup olmadığını denetleyebilir.³⁸

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararlara yansıyan yaklaşımında ilkesel temelde daha çok yatay ilişkiler bağlamında mülkiyet hakkının korunmasında Devletin pozitif yükümlülüklerine değinilmiş olmakla birlikte bu ilkelerin mahiyetine uyduğu ölçüde Devlet-birey ilişkilerine uygulanabilir olduğu açıktır. Anayasa'nın bütünsel yorumunda 5. ve 35. maddelerin mülkiyet hakkının korunmasında Devlete pozitif yükümlülükler yüklediği anlaşılmaktadır. Bu yükümlülükler mülkiyet hakkının etkin ve gerçek kullanımı açısından mülkiyet hakkına müdahalede bulunanlara hukuka aykırılık iddialarının idari ve yargısal çözümler üreten organlar önüne taşınabildiği, hakkın korunmasında etkili, pratik ve açık fırsatlar sunan önleyici ve düzeltici hukuki mekanizmaların oluşturulmasını gerekli kılmaktadır. Bir başka ifadeyle mülkiyet hakkının korunmasında

³⁶ *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.*, § 43

³⁷ *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.*, §§ 46-47

³⁸ *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.*, § 48

gerek yatay ilişkilerde gerekse Devlet-birey ilişkilerde mülkiyet hakkına müdahalede bulunulana bu hakkının korunması için çeşitli usulî güvencelerin sağlanması gereklidir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, *Recep Tarhan ve Afife Tarhan* kararında³⁹ Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin kural olarak özel hukuk kişilerince yapılan müdahalelere karşı anayasal koruma sağladığını, bununla birlikte, kamu otoritelerince gerçekleştirilen müdahalelerde de devletin özellikle usule ilişkin bazı pozitif yükümlülüklerinin söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre, bunlar, kamu tarafından gerçekleştirilen müdahalenin etkilerini giderici, diğer bir ifadeyle telafi edici yasal, idari ve fiilî tedbirleri kapsamaktadır.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi'ne göre mülkiyet hakkına kamu otoriteleri tarafından müdahalede bulunulması durumunda bu müdahalenin malik üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçların mümkünse eski hâle döndürülmesini, mümkün değilse malikin zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari veya yargısal birtakım hukuki mekanizmaların oluşturulması devletin pozitif yükümlülüklerinin gereğidir. Aynı zamanda söz konusu mekanizmaların var olup olmadığı hususu, müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak bir unsurdur. Bu bağlamda düzeltici bir mekanizmanın hiç oluşturulmaması veya oluşturulan mekanizmanın müdahaleden önceki durumu tesis edici veya oluşan kayıpları giderici bir nitelik arz etmemesi ya da fiilen adil ve etkili bir karar verme sorumluluğunun yerine getirilmemesi durumunda müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılabilir.⁴¹

c) Danıştay Yaklaşımı

Danıştay'ın idari dava daireleri ile İdari Dava Daireleri Kurulu'nun yakın tarihli içtihatlarında temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında Devletin pozitif yükümlülüğüne dikkat çeken çok sayıda karara

³⁹ *Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 67

⁴⁰ *Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 67

⁴¹ *Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 68

rastlanmaktadır.⁴² Bununla birlikte bu kararlarda “pozitif yükümlülükler” kavramından sağlanması gereken usulî güvencelerden öte Devletin hakkın etkin kullanımını sağlayacak daha geniş kapsamlı önleyici ya da koruyucu tedbirlerin anlaşıldığı gözlemlenmektedir.⁴³

Vergi dava daireleri ile Vergi Dava Daireleri Kurulu kararlarında ise özellikle mülkiyet hakkının etkin korunması açısından “pozitif yükümlülükler” kavramına henüz işaret edilmediği ve vergi uyumsuzluğu doğuran idari işlemler açısından kavramın kapsam ve içeriği hakkında bir yorumda bulunulmadığı gözlemlenmektedir.

II) Mülkiyet Hakkı Bağlamında Usulî Güvenceler ve Hak Arama Hürriyeti İlişkisi

a) Genel Olarak

Mülkiyet hakkının gerçek ve etkili bir biçimde kullanımında Devletin sağlaması gereken usulî güvenceler hakkın pratik ve etkili bir biçimde korunmasını sağlayacak hukuk yollarının oluşturulmasını gerekli kılar. Bu yolların oluşturulması yeterli değildir, aynı zamanda bunların pratik ve etkili sonuçlar doğurucu olmasını sağlamak da mülkiyet hakkının korunması bağlamında Devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Bu nokta, mülkiyet hakkının sağladığı koruma ile hak arama hürriyetinin sağladığı güvencelerin kesişebileceğini göstermektedir. Dolayısıyla bu iki

⁴² Bir çok karar arasından: Düşünceyi açıklama özgürlüğü konusunda Danıştay Onikinci Daire, 13/12/2016, E.2016/3449, K.2016/6362 ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 5/3/2015, YD İtiraz No:2015/202; yaşam hakkı konusunda Danıştay Onbeşinci Daire, 5/5/2016, E.2015/10229, K.2016/3222; mülkiyet hakkı konusunda Danıştay Onbeşinci Daire, 26/11/2015, E.2014/2009, K.2015/8086 ve Danıştay Altıncı Daire, 19/6/2015, E.2011/101, K.2015/4422 (AİHM’in Öneriyıldız/Türkiye (yukarıda anılan) kararına atıfla) (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)’nden edinilmiştir.); Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 21/2/2014 tarihli ve E.2013/1, K.2014/1 sayılı kararında ihtiyati tedbir kurumunun Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında hukuki korunma ihtiyacını etkin karşılayabilmek amacıyla ihdas edildiğine dikkat çekilmektedir.

⁴³ Örneğin Danıştay Onikinci Daire’nin, 13/12/2016 tarihli ve E.2016/3449, K.2016/6362 sayılı kararında AİHM’in *Özgür Gündem/Türkiye*, B.No:23144/93, 16/3/2000, §43 kararına atıfla “...pozitif yükümlülük kapsamında ise düşünceyi açıklama özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır...” ifadesine yer verilerek kavramın kapsamı usulî güvencelerden de öte koruyucu tedbirler biçiminde yorumlanmıştır.

hakkın sağladığı güvencelerin kesiştiği ya da ayrıldığı noktaların öncelikle belirlenmesi gerekir.

Bireysel başvuru incelemelerinde mülkiyet hakkı, mülkiyetin korunmasını güvence altına alırken, hak arama hürriyeti mülkiyet hakkının da aralarında bulunduğu medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzlukların çözümü için hukuki yolları güvence altına alır. Bir başka ifadeyle, mülkiyet hakkına müdahale ve buna ilişkin bir yargılama süreci söz konusu olduğunda; kural olarak mülkiyet hakkına ilişkin bireysel başvuru incelemesi Devletin negatif yükümlülükleri kapsamında müdahalenin kanuna dayanma, meşru amaç gözetme ve demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olma şartlarına yönelmektedir. Ayrıca başvurucunun mülkünden etkin bir biçimde yararlanması ile kamu otoritelerinden meşru olarak alınmasını beklediği önlemler arasında doğrudan bir bağlantının bulunduğu durumlarda bireysel başvuru incelemesi Devletin pozitif yükümlülükleri yönünden yapılmaktadır.

Hak arama hürriyeti ise mülkiyet hakkına ilişkin yargılama sürecinin bir bütün olarak adil bir şekilde işlenmesini güvence altına almaktadır.⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan dava yoluyla hak arama hürriyetinin, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, *diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını* sağlayan en etkili güvencelerden biri olduğuna sonucuna da ulaşmıştır.⁴⁵

Bireysel başvuru incelemesinde mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin usulî güvenceler ile hak arama hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların değerlendirilmesi bağlamında bu hakların kesiştiği alanlar olabilir. Örneğin yargılamanın makul süreyi aşması durumunda hem hak arama hürriyeti ihlal edilmiş olur hem de mülkiyet üzerindeki zamana yayılı belirsizlik mülkiyetten barışçıl bir şekilde yararlanma hakkına zarar verebilir. Bu noktada yargılama sürecinin neticesi mülkiyet hakkı üzerinde, yargılama sürecindeki makul süreyi aşan gecikmeler ise hak arama hürriyeti üzerinde sonuç doğurur. Benzer şekilde bir mahkeme kararının yerine getirilmemesi, icranın yargılamanın bütünleyici bir parçası olduğu

⁴⁴ Grgić, Mataga, Longar, Vilfan, *age.*, s:17

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2010/41, K.2012/19, 9/2/2012

gözetildiğinde hak arama hürriyeti yönünden, kararın uygulanmaması ise mülkiyet hakkı yönünden olumsuz sonuç doğurabilir.⁴⁶

Ancak bu iki hak arasındaki kesişme her zaman yaşanmayabilir ve incelemede iki haktan birisi daha öne çıkabilir. Bu durum her somut olay bazında ayrı bir değerlendirmeye muhtaçtır. Özellikle mülkiyet hakkının varlığının ortaya konulmasında veya tanınmasında yargısal sürecin (mahkeme kararının) belirleyici olduğu hallerde, mülkiyet hakkının varlığını ortaya koyan bir mahkeme kararı yoksa bu halde mevcut bir mülk ya da meşru beklenti söz konusu olmadığından inceleme, hak arama hürriyetine yönelik olacaktır.⁴⁷ Peki mülkiyet hakkının varlığının ortaya konulmasında yargısal sürecin belirleyici olması ile ne anlatılmak istenmektedir? Bu soruya cevap verilebilmesi bireysel başvuru incelemesinde “mülkiyet” kavramından ne anlaşıldığının ortaya konulmasına bağlıdır.

b) Mülk Kavramının Özerk Yorumu ve Mülkün Varlığının Ortaya Konulmasında Yargısal Sürecin Belirleyici Olması

Mülkiyet hakkına ilişkin bireysel başvuru incelemelerinde, “mülkiyet” kavramı gerek AİHM ve gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından özerk bir yorumla ele alınmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasa’nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.⁴⁸ Bu bağlamda, menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra, icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının konusunu oluşturur ve hakkın sağladığı güvencelerden yararlanır.⁴⁹

Anayasa’nın 35. maddesi ile AİHS’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı; *mevcut mal, mülk ve varlıkları* koruyan bir güvencedir. Bu noktadan hareketle, bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma iddiası, kişinin

⁴⁶ *ibid*, s:18

⁴⁷ *ibid*, s:17,19

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, *Mahmut Duran ve Diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 65

bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun Anayasa ve Sözleşmeyle korunan mülkiyet kavramı içinde değerlendirilmemektedir.⁵⁰

Ancak mülkün mevcudiyetini önceleyen bu kural mutlak değildir. Belli durumlarda bir "ekonomik değer" veya icrası mümkün bir "alacağı" elde etmeye yönelik "meşru bir beklenti" Anayasa ve AİHS kapsamında mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir. Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarında meşru beklenti, makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir alacağın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklenti biçiminde tanımlanmaktadır. Bu bağlamda temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin varlığının kabulü için yeterli görülmemektedir.⁵¹

Bu bilgiler ışığında vergi davalarına bakalım ve mülkiyet hakkının varlığının ortaya konulmasında yargısal sürecin belirleyici olması ile ne anlatılmak istendiğini bulmaya çalışalım. Örneğin tahakkuk edip ödenen vergilerin, Anayasa Mahkemesinin tarhiyatın dayanağı olan kanun hükmünü iptal etmesi üzerine tahsili amacıyla yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davaları ele alalım.

Bu tür davalarda, ortada mevcut bir mülk olmayıp, daha önce vergi ödemesi nedeniyle Hazine'ye transfer edilen bir meblağın tahsilatin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iadesinin istenmesi söz konusudur. Bu davada, mülkiyet hakkının varlığının ortaya konulması, idari yargı merciinin, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının geçmişe dönük olarak vergi iadesi şeklinde alacak hakkı doğurucu bir etkiye sahip olduğunu tespit etmesine bağlıdır.

İdari dava sonucunda bu yönde bir karar alınamadığı takdirde, başvuru yollarını tüketen vergi yükümlüsü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilir. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı

⁵⁰ *Depalle/Fransa*, § 62; *Anheuser-Busch Inc./Portekiz*, § 63; *Öneryıldız/Türkiye*, § 124; *Beyeler/İtalya*, B. No: 33202/96, 5/1/2000, § 100

⁵¹ *Anayasa Mahkemesi, Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, § 36,37

üzerine bu kararın geçmişe yürütmesi dolayısıyla tahsil edilen verginin iadesinin gerektiği, iadenin idari yargı kararıyla sağlanamaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ileri sürülebilir.

Bu tür başvurularda, Anayasa Mahkemesi, mevcut mülkün yokluğu nedeniyle iddiayı “meşru beklenti” kavramı içinde irdelemeye tabi tutmaktadır. Bu kapsamda ödenen verginin iadesini sağlayabilecek icra edilebilir bir alacağın, bu yöndeki bir kanun hükmünün ya da başarılı olma ihtimalini gösteren bir içtihadın bulunmaması nedeniyle meşru beklentinin bulunmadığı sonucuna ulaşan Mahkeme, başvuru hakkında konu bakımından yetkisizliğe hükmetmektedir.⁵²

İdari davada, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının geçmişe yürümayacağı, dolayısıyla kesinleşmiş vergilendirme işlemlerinin iptal kararının sonuçlarından etkilenmeyeceği hüküm altına alındığı takdirde, dava sonucunda yargısal sürecin belirleyici olduğu bu davada mülkiyet hakkının varlığı ortaya konulamadığından usule ilişkin şikâyetlerin, mülkiyet hakkı bağlamında değil, hak arama hürriyeti kapsamında incelenmesi gerekir.

Dava öncesinde ödeme yapılması gibi ayrıksı bir durum bir yana bırakılmak kaydıyla tarhiyata karşı açılan davalarda tahakkukun dava açma nedeniyle ertelenmesinden ötürü mülkiyet hakkına henüz fiili bir müdahale gerçekleşmemiştir. Tarhiyata ilişkin tebliğin hukuki bir müdahale oluşturduğu izahattan varestedir. Davanın reddi halinde vergi borcu tahakkuk edeceğinden, yargı kararının tebliği üzerine belirlenen vadesi içinde borcun ödenmesi aksi halde cebren tahsili söz konusu olacaktır. Bir başka ifadeyle mülkiyet hakkına müdahale fiilen gerçekleşecektir. Dolayısıyla tarhiyata karşı açılan davalarda, mülkiyet hakkının varlığının ortaya konulmasında yargısal süreç belirleyici olmadığından, mülkiyete müdahale vakidir. Bu halde usule ilişkin şikâyetler, aksine bir kanıt olmadığı müddetçe mülkiyet hakkı bağlamında da incelemeye tabi tutulabilir.

Vergilendirmede devlet öncelikle negatif yükümlülükleri kapsamında mülkiyet hakkına kanuna dayanmadan, meşru bir amaç gözetmeden ve ölçüsüz bir müdahalede bulunmamalıdır. Bunun yanında Devletin, bireylerin vergilendirme işlemlerinin hukuka aykırılığını ileri

⁵² Anayasa Mahkemesi, *Selçuk Emiroğlu*, B.No:2013/5660, 20/3/2014, §§21-35

sürebilecekleri, etkili önlemler alabilen etkin koruma mekanizmaları oluşturması da gerekir.

Bu kapsamda vergi uyuşmazlığı doğuran idari işlemlere karşı açılan davalarda, öncelikle davacıların hukuk yollarına erişimi engellenmemelidir. Ayrıca davacının idari dava sürecinde silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama ilkesine aykırı bir biçimde vergi idaresi karşısında hukuken güçsüz bir konuma düşürülmemesi gerekir. Öte yandan, yargılama süreci sonunda verilen kararın gerekçesiz olması, yargılamanın makul sürede tamamlanmamış olması ve yargı kararının uygulanmaması adil yargılama hakkının ihlaline neden olduğu kadar mülkiyet hakkının etkin korunmamış olması bağlamında Devletin sağlaması gereken usulî güvencelere de aykırılık oluşturabilir.

c) Adil Yargılanma Hakkı ve Hak Arama Hürriyetine İlişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihatlarında Vergi Uyuşmazlıklarına Bakış

Mülkiyet hakkının korunmasında Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında sağlaması gereken usulî güvenceler ile hak arama hürriyetinin kesiştiği alanı vergilendirme ile ilgili uyuşmazlıklar açısından belirleyebilmek, öncelikle bu uyuşmazlıkların hak arama hürriyeti (AİHS anlamında adil yargılanma hakkı) kapsamında ne yönde değerlendirildiğinin ortaya konulmasına bağlıdır.

AİHM, AİHS'nin günümüz koşullarında yorumlanması gereken canlı bir belge⁵³ olduğunu belirtmektedir. AİHM, bireylere Devlele ilişkilerinde tanınması gereken yasal korumayla ilgili olarak toplumda değişen tutumlar ışığında, AİHS'nin 6. maddesinin kapsamının iç hukuk çerçevesinde vergi makamlarının kararlarının hukukiliği hakkında vatandaşlar ile kamu otoriteleri arasındaki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde genişletilip genişletilmeyeceğini gözden geçirmenin kendisinin görevi olduğunu ifade etmektedir.

Bu kapsamda AİHM, vergilendirme alanında demokratik toplumlarda meydana gelebilecek gelişmelerin, bireylerin veya şirketlerin

⁵³ Ferrazzini/İtalya, B. No: 44759/98, 12/7/2001, §26 (Johnston and Others/Ireland, B. No: 9697/82, 18/12/1986, § 53 kararına atıfla)

vergileendirme yükümlülüğünün temel özelliklerini etkilemediğini ifade etmektedir. AİHM'e göre AİHS'in kabul edildiği tarihteki durumla karşılaştırıldığında, bu gelişmeler Devlet tarafından bireyin hayatının "medeni" alanına daha ileri düzeyde müdahaleye neden olmamıştır. AİHM hala vergi mükellefleri ile toplum arasındaki ilişkide kamusal karakterin baskınlığının sürmesiyle vergi uyuşmazlıklarının kamu otoritesi imtiyazlarının sert çekirdeğinin bir parçasını oluşturduğunu düşünmektedir. AİHS ve Protokollerinin bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini göz önünde bulunduran AİHM ayrıca, mülkiyetin korunması ile ilgili 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin, Devletlerin, vergilerin ödenmesini sağlamak amacıyla gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma haklarını saklı tuttuğunu gözlemlemektedir.⁵⁴ Mahkeme, bu faktöre belirleyici önem bağlamamakla birlikte, bunu dikkate almaktadır. Mahkeme, vergi uyuşmazlıklarının, vergi mükellefi için ister istemez ürettikleri maddi etkilere rağmen, "medeni hak ve yükümlülükler" in kapsamı dışında kaldığını düşünmektedir.⁵⁵

Bununla birlikte AİHM, *Bendenoun/Fransa*⁵⁶, *Jussila/Finlandiya*⁵⁷ vergi para cezalarının bütün vergi mükelleflerine uygulanır olması, vergi ziyanının tazmini için değil cezalandırma amacıyla kesilmesi ve yeniden suç işlemeyi caydırıcı nitelik taşıması, hem caydırıcılık hem de cezalandırma amacı olan genel bir kurala göre uygulanmış olması, ceza miktarının başvuru açısından önemi gibi kriterleri göz önünde bulundurarak "suç isnadı" yönüyle AİHS'nin 6. maddesi kapsamında yer aldığına hükmetmiştir.⁵⁸

⁵⁴ *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Hollanda*, B. No:15735/89, 23/2/1995, § 60 kararına atıfla

⁵⁵ *Ferrazzini/İtalya*, § 29

⁵⁶ *Bendenoun/Fransa*, B. No:12547/86, 24/2/1994, §47

⁵⁷ *Jussila/Finlandiya* [BD], B. No:73053/01, 23/11/2006, §38 (vergi para cezasının miktarının düşük olması halinde dahi suçun cezai niteliğinin 6. maddeyi uygulanabilir kılmak için yeterli olduğu)

⁵⁸ Billur YALTI, "İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı:225, Haziran 2007, www.vergisorunlari.com.tr; Yunus Emre Yilmazoğlu, İdari Yargıda Makul Süre Güvencesi, *Danıştay Dergisi*, Yıl:2013, Sayı:134, s:55

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, *E.T.Y.İ. A.Ş.* başvurusunda⁵⁹, vergi uyuşmazlıklarının idari yargı düzeni içerisinde ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uyarınca çözüme kavuşturulması, aynı ihbarname ile salınan vergi ve buna bağlı olarak kesilen idari para cezalarının aynı yargılama prosedürü içerisinde idari davaya konusu edilmesi, tarhiyata karşı açılan davalarda, makul süreyi aşan yargılama süreci nedeniyle kişilerin daha fazla gecikme faizi ödemekle yükümlü bulunması gibi yargılamanın mülkiyet hakkına ilişkin sonuçlarını dikkate alarak vergi uyuşmazlıklarının hak arama hürriyetine ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

d) Bireysel Başvuruda Mülkiyet Hakkı ile Hak Arama Hürriyetinin Kesişim Alanına İlişkin İnceleme Yöntemi⁶⁰

Bireysel başvuruda, mülkiyet hakkının korunması açısından sağlanması gereken usulî güvenceler ile hak arama hürriyetini birlikte etkileyen bir olgu karşısında incelemenin nasıl yapılacağı da ayrı bir önem taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, Anayasa Mahkemesi'nin olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmadığı, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisinin takdir edeceği belirtilmektedir.⁶¹ Ancak başvurulardan da en azından şikâyete konu olay ve olguları bir hak bazında değerlendirmeye yetecek şekilde aktarmaları beklenmektedir. Somutlaştırmak gerekirse, kişinin sadece yargılamanın uzun sürdüğünden şikâyet etmesi hak arama hürriyeti yönünden bir incelemeye vücut verirken, bunun yanında yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle mülkte azalma meydana geldiğinin ileri sürülmesi mülkiyet hakkı yönünden bir inceleme yapılmasını da gerektirebilir.

Ancak bu halde Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin takdir yetkisini gözden kaçırmamak gerekir. Örneğin AİHM'nin, *Jucys/Litvanya* kararına⁶²

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, *E.T.Y.İ. A.Ş.*, B. No: 2013/596, 8/5/2014, § 28

⁶⁰ Bu bölümün hazırlanmasında değerli katkılarını eksik etmeyen Anayasa Mahkemesi Raportörü Sayın Özgür Duman'a teşekkür ederim.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, *Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, §16

⁶² *Jucys/Litvanya*, B. No: 5457/03, 8/1/2008, § 42

konu olayda başvurucu, kürlere el konulması ve satışı ile başlayan kendisi açısından önemli bir mali kayba yol açan uzun süren yargılama prosedürü nedeniyle uğradığı zarardan şikâyet etmektedir. AİHM davanın koşulları ve yargılama sürecindeki gecikmeleri dikkate alarak, başvurusunun ölçsüz ve aşırı bir yüke katlanmak zorunda kaldığını tespit etmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Adil yargılanma hakkı yönünden ise yargılama sürecinin uzunluğu şikâyetini ele alan AİHM, şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun ya da herhangi bir nedenle kabul edilemez olmadığını ve bu yüzden kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği tespiti göz önüne alındığında, AİHS'nin 6/1. maddesi temelinde aynı sorunun esasını incelemenin gereksiz olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁶³

Anayasa Mahkemesi ise *Abdulhalim Bozboğa* kararında⁶⁴ yargılama sürecinin uzunluğundan kaynaklanan şikâyetleri hem mülkiyet hakkı hem

⁶³ Benzer bir AİHM kararı için bkz: *Dökmeci/Türkiye*, B.No: 74155/14, 6/12/2016, § 59, 60, 65; *Poiss/Avusturya* kararına konu somut olayda başvurusunun taşınmazını geçici olarak kullanmasını ve üzerinde tasarruf etmesini engelleyen bir tedbirin uygulanması, mülkiyet hakkına müdahale olarak görülmüştür. AİHM, başvuruyu mülkiyetten barışçıl yararlanmaya ilişkin birinci kural çerçevesinde incelemiş ve müdahaleye konu tedbirin 24 yıldır devam ettiğine dikkat çekerek, başvurusunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir. (B. No: 9816/82, 23/4/1987, § 66) Bu kararda Hükümet AİHS'nin 6. maddesine göre sürecin uzunluğundan dolayı adil yargılanma hakkının ihlaline karar verildiğinden (§ 60), bu konunun AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesi bağlamında ele alınamayacağı itirazında bulunmuştur. **AİHM böyle bir argümanın Mahkemenin içtihadıyla tutarsız olduğunu, aynı olgunun AİHS'nin birden fazla kuralını ihlal edebileceğini belirtmiştir.** Mahkemeye göre AİHS'nin 6. maddesi kapsamında yapılan şikâyet AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesi bağlamında yapılan şikâyetten ayırt edilebilir. Birinci durumda, sorun, birleştirme işlemlerinin süresinin "makul bir süre"yi aşır aşımadığının belirlenmesiyken, ikinci durumda –aşırı olup olmamasına bakılmaksızın– bunların uzunluğunun, diğer unsurlarla birlikte, ihtilaflı devrin mülkiyet hakkı güvencesi ile uyumlu olup olmadığının belirlenmesinde önem taşımaktadır. (§ 66); *Cumhuriyet Vakfı ve diğerleri/Türkiye*, B. No. 28255/07, 8/10/2013, § 79 AİHM bu kararda, davanın koşulları ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki tespiti göz önüne alarak; mevcut başvuruda ortaya çıkan temel hukuki meseleyi incelediğini düşünmektedir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 6 ve 13. maddeleri kapsamındaki diğer şikâyetler açısından ayrı ayrı hüküm vermeye gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

⁶⁴ *Abdulhalim Bozboğa*, B.No: 2013/6880, 23/3/2016, §§ 65, 66, 86, 87

de hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirmiştir. Kararda, depremde orta derece hasar alan konutun idarece yıktırılmasından kaynaklanan olayda mahkemece başvuru lehine hükmedilen tazminat bedelinin geç tazmin nedeniyle enflasyon oranlarına bağlı olarak gerçek zararı karşılamaktan uzak kaldığı, bahsedilen değer kaybı oranı dikkate alındığında bu durumun başvuru üzerinde aşırı ve orantısız bir yüke sebep olduğu sonucuna ulaşılarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ayrıca idare mahkemesinde görülen tam yargı davasının yaklaşık on üç yıl yedi aylık bir süre sonucunda neticelenmesi nedeniyle başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Kararda hak arama hürriyetinin ihlali nedeniyle manevi, mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle maddi tazminata hükmedilmiştir.

Bireysel başvuru yolunda şikâyetin her iki hak temelinde de incelenmesine bir engel bulunmamakta ve böyle bir inceleme yöntemi bireysel başvuru sisteminin varlık nedenine daha uygun gözükmektedir. Bu halde her iki hak yönünden de şikâyet kabul edilebilir bulunduktan sonra maddi hak (mülkiyet hakkı) yönünden 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesi uyarınca ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Mahkemesine gönderilmesine karar verilebilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Hak arama hürriyeti yönünden ise mülkiyet hakkının ihlal edildiği tespitine dikkat çekilerek bu hak yönünden incelemeye gerek bulunmadığına karar verilebilir.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, bir vergi yükümlüsü vergi uyumsuzluğu doğuran bir idari işleme karşı dava açtığında öncelikle mülkiyet hakkının korunmasını beklemektedir. Yükümlü yargılama süresinde elbette hak arama hürriyetinin bahsettiği güvencelerden de yararlanmak ister ancak bu istek yargı yoluna başvurusunun ana nedeni değildir.

Bir vergilendirme işleminin hukuka aykırılığı iddiasıyla açılan davada, öngörülen hukuk yolları tüketildikten sonra yapılan bireysel başvuruda, usulî güvenceler yönünden incelemenin mülkiyet hakkının korunması bağlamında yapılması, hak arama hürriyeti yönünden ise iddia

kabul edilebilir bulunmakla birlikte şikâyetin özü maddi hak temelinde değerlendirildiğinden bu hak yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmediğinin belirtilmesi uygun bir çözüm sunmaktadır.

III) Vergi Tarhiyatına Karşı Açılan Davalar Açısından Somutlaştırma

Mülkiyet hakkına vergilendirme yoluyla müdahalede bulunulduğunda, vergi tarhiyatının hukuka uygunluğunun değerlendirileceği etkin hukuk yolları kurmak (idari başvuru yolları ve yargısal başvuru yolları oluşturma ve bu kapsamda özellikle idari yargıda tarhiyata karşı dava açma imkânı tanıma) ve bu hukuk yolunu mülkiyet hakkının etkin bir şekilde korunmasını sağlayacak nitelikte kılmak Devletin sağlaması gereken usulî güvencelerdir.

Vergi hukuku sistemimiz beyan esasına dayanmaktadır. Ancak kanun koyucu, vergi yükümlüsünün beyanının, ödenmesi gereken verginin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla denetlenebileceğini de öngörmüştür. (213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 134. maddesi) Vergi incelemesi sonucunda vergi ziyanına neden olduğunu saptandığı takdirde, vergi idaresi tek yanlı işlemlerle ödenmesi gereken vergiyi tarh ederek ve ceza keserek yükümlüye tebligatta bulunur. Nitekim 213 sayılı Kanun'un 20. maddesinde tarh işlemi, vergi alacağının kanunlarda gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak miktar itibarıyla tespit edilmesi biçiminde tanımlanmaktadır.

Tarhiyat safhasında idarenin tek yanlı ve icraî nitelikte bir yetki kullanmasıyla saptanan vergi borcunun hukuka aykırılık taşıması olasıdır ve yükümlünün kendisine tebliğ edilen borca karşı çeşitli hukuki olanaklardan yararlanması, hukuka aykırılık iddiasını yetkili merciler önünde tartışabilmesi gerekir. Şüphesiz bu noktada en etkili hukuki mekanizma idari dava yoludur.

Mülkiyetin kontrolü ve düzenlenmesi kapsamında vergilendirme yoluyla gerçekleştirilecek, tek yanlı ve üstün kamu yetkisinin kullanımına dayanan müdahalenin hukuka ayrı olma ihtimali karşısında vergi yükümlüsü, mülkünden etkin bir biçimde yararlanmaya devam edebilmek için kamu otoritesinden mülküne hukuka aykırı ve ölçsüz bir biçimde

müdahale edilmemesini beklemektedir. Bu noktada toplumun genel çıkarına ilişkin talepler ile bireyin temel haklarının korunmasına ilişkin gereklilikleri dengeleyecek bir bakış açısıyla yükümlüye davasını yetkili otoriteler önüne taşıyabilmeye ilişkin bir makul fırsat sunulması gerekir.

a) Mahkemeye Erişimin Sağlanması

i. Hak Arama Hürriyeti Bağlamında AİHM ve Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı

AİHM, mahkemeye etkili erişim hakkının sağladığı güvencelerden yararlandığından söz edilebilmesi için öncelikle mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca bu koşula ek olarak dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olması da gerekir. Bu bağlamda özellikle hukuki belirsizlikler ya da uygulamadaki belirsizlikler kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.⁶⁵

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkı olduğu vurgulanmaktadır. Buna göre, kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.⁶⁶

Hak arama özgürlüğünün sınırlamaya tabi tutulup tutulamayacağı hususunda Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olduğunu, bununla birlikte, hak arama özgürlüğünün hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğunun söylenemeyeceğini belirtmektedir. Mahkeme'ye göre özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak da bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Anayasa Mahkemesi, dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin

⁶⁵ bkz. *Geffre/Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), B. No: 51307/99, 23/1/2003

⁶⁶ AYM, E.2014/76, K.2014/142, 11/9/2014

hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğunu, ancak, bu sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamayacağını belirtmektedir.⁶⁷

ii. Vergi Uyuşmazlığı Doğuran İşlemlere Karşı Dava Açma İmkânının Tarh İşlemi Özelinde Değerlendirilmesi

Vergi yükümlüsünün vergi uyuşmazlığı doğuran bir idari işlemde hukuka aykırılık bulunduğu yolundaki iddialarını ileri sürebilme beklentisi kanun koyucuyu idari başvuru yolları yanında etkin bir hukuki mekanizma oluşturmaya yöneltmiş ve idari yargıda bu işlemlere karşı dava açma imkânı tanınmıştır.

Vergi yükümlüsünün mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını ya da kişinin bizatihi mahkemeye başvurmuş olmasını anlamsız hâle getiren sınırlamalar, yargılamanın usule ilişkin güvenceleri açısından hak arama hürriyeti kapsamında mahkemeye erişim hakkını, hukuki itirazların ileri sürülemediği bir yargı engeli de sonucu itibarıyla mülkiyet hakkını ihlal edebilir.⁶⁸

Kanun koyucu, kanundaki bazı ayırksı haller bir yana bırakılmak kaydıyla (örneğin 213 sayılı Kanun'un 378. maddesinde öngörülen mükellefin kendi beyanına karşı dava açamaması gibi) ve Anayasa'nın 125. maddesindeki idarenin her türlü eylem işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirten genel kural gereğince vergi uyuşmazlığına neden olan ve ilgilinin menfaatini etkileyen her idari işlemin idari davaya konu edilebilmesi gerekir. Bu genel tespitten sonra vergi tarhına ilişkin idari işlemi temel alarak bu başlık altındaki açıklamalarımızı sürdürelim.

Mülkiyet hakkıyla sağlanan güvencelerden etkili bir şekilde yararlanılabilmesi, müdahaleyi doğuran karar alma sürecinin (vergi tarhiyatının) ve bu idari karara karşı açılan davanın bu maddeyle korunan hak ve özgürlüklere gerekli saygıyı sağlayacak nitelikte ve adil olmasını gerektirir. Bu şekildeki bir süreç davacının vergilendirilmenin temas ettiği

⁶⁷ AYM, E.2014/112, K.2014/203, 25/12/2014; aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi *Murat Kara ve diğerleri*, B. No: 2014/6042, 9/3/2017, § 59

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, *Muhsin Karaca*, B.No:2014/2211, 9/6/2016, § 43

temel haklarını ve özellikle bu bağlamda mülkiyet hakkını -deliller ve kanıtlama konuları dâhil- adil şartlarda savunabileceği usule ilişkin etkili güvencelerden yararlandırılmasını gerektirir.⁶⁹

Kanun koyucu vergi tarhiyatına karşı dava açma imkânı tanımakla kalmamış, aynı zamanda tarhiyat safhasını, borcun tahakkuk etmesinden yani ödenmesi gereken safhaya gelmesinden de ayırmıştır. Bu ayrımı güçlendirmek ve vergi yükümlüsünün mülkiyet hakkının daha etkin korunmasını sağlamak amacıyla tarhiyata karşı dava açılmasına da önemli bir sonuç bağlanmıştır.

Buna göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin dördüncü fıkrasına göre tarhiyata karşı dava açıldığında tarh işleminin yürütmesi kendiliğinden durur, bir başka ifadeyle tarh işleminin yürütmesi tahakkuka (yani 213 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca verginin ödenmesi gereken safhaya gelmesine) kadar ertelenir. Tahakkuk, ya tarhiyata karşı dava açılmamasıyla dava açma süresinin sonunda ya da tarhiyata karşı dava açılması durumunda davanın reddi ile gerçekleşir.

Bu noktada Devletin bir negatif yükümlülüğü de mevcuttur. Vergi borcunun tahakkukuna kadar olan süreçte, idarenin verginin tahsilini sağlayacak yani mülkiyet hakkı üzerinde doğrudan sonuçlar doğuracak idari işlem ve eylemde bulunmaması gerekir. Ayrıca 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca vergi borcunu güvence altına almak için öngörülen ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz gibi önlemlerin yükümlüye 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin dördüncü fıkrasıyla sağlanan tahakkukun

⁶⁹ Bu paragraf, AİHM'nin özel hayata saygı hakkında belirlediği usule ilişkin güvencelerin mülkiyet hakkı bağlamında yorumlanmasıyla yazılmıştır. (*Ciubotaru/Moldova*, B. No: 27138/04, 27/4/2010, § 51; *T.P. ve K.M./Birleşik Krallık*, B. No: 28945/95, 10/5/2001, § 72); Anayasa Mahkemesi'nin *Emel Kaynar ve diğ. erleri*, B. No:2013/3667, 10/6/2015 sayılı kararında mülkiyet hakkı ile mahkemeye erişim hakkı arasında bağlantı kurulmuştur:

"Taşınmazın halen başvuru adlarına tapuya kayıtlı olduğu ve bedelinin ödenmediği dikkate alındığında, başvuru kamulaştırma işlemine karşı 30 gün içinde dava açmaması nedeniyle taşınmazın bedelinin ödenmesi amacıyla dava açmalarının mümkün olmadığı şeklindeki bir sonuç, mülkiyet hakkı ile birlikte hak arama özgürlüğünün de ihlali niteliğinde olabileceği gibi, bu taşınmaza ilişkin kamulaştırma kararına dayalı olarak tescil davası açılmasını İdareden beklemek de başvuru açısından hukuki belirsizlik meydana getirecektir."(§ 127)

ertelenmesi güvencesini ihlal eder biçimde keyfi kullanılmaması da gerekmektedir.

Tarhiyata karşı dava açma hakkı tanınması ve buna ilişkin idari yargı bünyesinde bir hukuk yolu oluşturulması yanında, vergi borcunun tahakkukunun davanın sonucuna ertelenmesi de, vergi borcu ile karşılaşan yükümlüye sağlanan bir güvencedir ve Devlet bu usulî güvenceleri mülkiyet hakkının etkin korunabilmesi için sağlamıştır.

Elbette, mahkemeye erişim hakkı sadece tarh işlemi ile sınırlı olmayıp, vergi uyuşmazlığı doğuran tüm idari işlemlerin hukuka uygunluğunun yetkili bir yargı mercii önünde tartışılır kılınması, mülkiyet hakkının etkin korunması açısından Devletin sağlaması gereken usulî bir güvencedir.

iii. Süresinden Sonra Düzeltme Verilen Düzeltme Beyanına Karşı Dava Açılmayacağı Yönündeki İctihadın Değerlendirilmesi

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 378. maddesinde mükelleflerin kendi beyanlarına karşı dava açamayacağı kabul edilmiştir. Vergi mükellefinin kendi hazırladığı beyanında hata olamayacağı kabulüne dayanan kural kendi içinde tutarlı bir temele dayanmaktadır.

Uygulamada mükellefler vergilendirmeye ilişkin işlemlerde tereddüde düştüklerinde ilerde vergi idaresi ile sorun yaşamamak için dava açma haklarını da saklı tutmak adına aslında vergilendirilmemeleri gerektiğini düşünmelerine karşın, şekli yükümlülüklerini yerine getirmekte ve fakat beyannamelerini ihtirazî kayıt koyarak vermekteydiler.⁷⁰

Yargı içtihatlarıyla ihtirazî kaydın dava açma hakkı verdiğinin kabul edilmesi üzerine kanun koyucu, bu durumu yasal bir zemine oturtmak istemiştir. Bunun için 213 sayılı Kanun'un mülga 389. maddesinde 2365 sayılı Kanun değişikliği ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27.

⁷⁰ Cenker Göker, Yunus Emre Yılmazoğlu, *Süresinden Sonra İhtirazî Kayıtlarla Verilen Düzeltme Beyannamesi Nedeniyle Tahakkuk Eden Verginin İdari Davaya Konu Edilebilirliği, Mahkemeye Erişim Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Bir Değerlendirme*, makale henüz yayımlanmamıştır.

maddesinde yer verilen düzenlemelerle ihtirazî kayıt konularak beyanlara karşı dava açılabileceği kabul edilmiştir.⁷¹

Yukarıda anılan kanun hükümlerinde ihtirazî kaydın ancak süresinde verilen beyannameler yönünden geçerli olduğuna ilişkin açık ve kanuni bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu kısıtlama pişmanlıkla verilen beyannameler yönünden yargı içtihatlarıyla⁷² geliştirilmiş ve daha sonra içtihatla

⁷¹ Dönmez, 2365 sayılı Kanun değişikliğinin arka planı hakkında şu tespitlerde bulunmaktadır:

“1980 yılında, 2365 sayılı Kanun’la Vergi Usul Kanunu’nun 389. maddesine bir cümle ekleninceye kadar ihtirazî kayıtla verilen beyannameler üzerine hesaplanan vergilere karşı itiraz yoluna başvurulmasının, tahsil işlemine etkisi hususunda tartışma söz konusuydu. Bir kısım görüşler 389. maddede yer alan itirazın tahsil işlemlerini durdurucu etkinin ayırım yapılmaksızın her türlü itiraza uygulanması gerektiğini savunurken, ihtirazî kayıtla beyan üzerine tahakkukun gerçekleşmiş olduğunu önceleyen karşı görüş aksini savunmaktaydı.” Recai Dönmez, *Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, s: 54 ila 57

“İhtirazî kayıtla beyanname verme yolunun yükümlülerce yaygın bir şekilde kötüye kullanılması ve vergi borcunu sürüncemede bırakmanın bir aracı haline gelmesi üzerine, 1980 yılında 2365 sayılı Kanun’la Vergi Usul Kanunu’nun 389. maddesine bir cümle eklenerek ihtirazî kayıtla verilen beyannameler üzerine hesaplanan vergilere yapılan itirazların verginin tahsilini durdurmayacağı hükmü getirilmiştir. Aynı hüküm idari yargının yeniden düzenlenmesi sırasında kabul edilen İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da yer almıştır (İYUK. m.27/8; Zaman içinde çeşitli kanun değişiklikleriyle fıkra numarası birden fazla kez değişmiştir. Güncel halinde kural dördüncü fıkrada yer almaktadır). Böylece, yükümlülerin beyannamelerine ihtirazî kayıt koyabilecekleri ve bu yolla dava hakkına sahip olabilecekleri dolaylı olarak yasada ifade edilmiştir. Ancak bu şekilde dava açılması yürütmenin kendiliğinden durmasına neden olmayacaktır.” Dönmez, agt., s: 57

⁷² Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 11/12/2009, E.2008/593, K.2009/655 sayılı kararı (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)’nden edinilmiştir.);

“Beyannamenin pişmanlıkla verilmesi, süresi geçtikten sonra verilen bu beyannamenin, kanuni süresinde verilmiş sayılmasına yol açmadığından ve sadece ceza kesilmesini önlediğinden, pişmanlıkla verilen beyannamelere ihtirazî kayıt konulması etkileyici bir sonuç doğurmamaktadır. Bu yüzden, kanuni süresi geçtikten sonra pişmanlıkla verilen beyannameye ihtirazî kayıt konulmasına; kanuni süresinde ancak ihtirazî kayıtla verilen beyannamelere bağlanan hukuksal sonucun tanınmasına da olanak yoktur.”

süresinden sonra verilen düzeltme beyannameleri de kısıtlama kapsamına alınmıştır.

Danıştay'ın yakın tarihli içtihatlarında kanuni süresinden sonra verilen düzeltme beyannamelerine ihtirazî kayıt konularak tahakkuk ettirilen vergilerin idari davaya konu edilemeyeceği yönünde hüküm kurulmaktadır.⁷³

Bu içtihadın arka planı vergi yükümlüsü, vergi idaresi ve vergi yargısı açısından şu şekildedir: Vergi idaresi vergi ziyanı saptadığı takdirde (örneğin sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılması) 213 sayılı Kanun'da öngörüldüğü üzere tarh işlemi tesis etmek yerine vergi yükümlüsünden ilgili dönem beyanlarını düzeltmesini istemektedir. Vergi yükümlüsü bu talebi yerine getirdiği takdirde, vergi idaresi tarh işleminin dava konusu edilmesi ve bu davanın kaybedilmesi riskinden kurtulmakta, vergi alacağına Hazineye daha hızlı aktarılması sağlanmaktadır.

Böyle bir talebi alan vergi yükümlüsü ise bir yol ayrımındadır. Bu talebi kabul etmediği takdirde hakkında cezalı vergi tarh edilebilir. Tarh işlemi idari davaya konu edilebilir olmakla ve bu yol yükümlüye bir güvence sağlamakla birlikte, idarenin tarhiyata konu tutarı güvence altına almak için ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz yolunu işletmesi ve yükümlüyü sahte fatura kullananlarla ilgili kod listesine alması söz konusu olabilir. Bu durum yükümlünün iade taleplerinin yerine getirilmemesine neden olabilir ve böylece ticari hayatına sekte vurulabilir. Bu sonuçları önlemek isteyen mükellefler ikinci yolu tercih etmekte ve düzeltme beyanname vermektedirler. Ancak mükellefin bu halde vergi idaresinin düzeltilmesini

Kararda pişmanlıkla verilen beyannamelere ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği ifade edilmektedir. Nitekim pişmanlıktan yararlanılması durumunda dava açılması pişmanlık kurumunun mantığıyla bağdaşmamaktadır. Mükellef vergi ziyanına neden olduğunu kendi iradesi ile kabul etmekte, bu durumdan pişmanlık duymakta ve kendisi vergi ziyanına neden olduğunu vergi dairesine bildirmektedir. İşlediği vergi ziyayı doğuran bir fiil nedeniyle pişman olan bir mükellefin dava açması ve pişman olduğunu bildirdiği bir durumu hukuken tartışılmalı hale getirmesi beklenen bir durum olmadığı gibi, bu isteğin hukuken korunması da beklenemez. (Göker, Yılmazoğlu, agm.)

⁷³ Danıştay Dördüncü Daire, 2/12/2015 tarih ve E.2015/6462, K.2015/6173 sayılı kararı; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 25/2/2015 tarih ve E.2014/1164, K.2015/20 sayılı kararı (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)'nden edinilmiştir.)

istediği konu hakkında hukuka aykırılık iddiasının korunması beklentisi söz konusudur. Bunun için mükellef düzeltme beyannamesi üzerine gerçekleşen tahakkuk üzerine söz konusu ek tarhiyatın idari davaya konu edilebilir olmasını ummaktadır.

Vergi yargısı ise son içtihatlarında bu beklentiyi korumak yerine, mükelleflerin kendi beyanlarını dava konusu edemeyeceğine ilişkin kuraldan hareketle bu konuda açılan idari davaları reddetmektedir. Kararlara açıkça yansımamakla birlikte vergi yargısını bu yönde karar almaya sevk eden neden yükümlünün haklı olduğunu düşündüğü takdirde düzeltme beyannamesi vermek yerine hakkında tarhiyat yapılmasını bekleyeceği yönündeki kabul olabilir.

Ancak bu halde saptadığı vergi ziyayı karşısında usul kanununda öngörülen yolu izlemeyen ve yükümlüden beyanlarını düzeltmesini talep eden vergi idaresinin bu tutumunun mu korunması gerekir? Yoksa hakkında tarhiyata gidilmesi ve buna bağlı ihtiyati haciz, iade taleplerinin reddi gibi sonuçlardan korkarak düzeltme beyannamesi veren yükümlünün tereddütlü husus hakkındaki hukuka aykırılık iddiasını yetkili yargı mercii önünde tartıştırma beklentisinin mi korunması gerekir?

Bir yargılama hukuku kuralı olmakla birlikte idari usul kodu olan 213 sayılı Kanun'un 378. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kurala dayanarak süresinden sonra verilen düzeltme beyannameleri üzerine gerçekleşen tarh ve tahakkuk nedeniyle idari dava açma imkânının tanınmaması, söz konusu kuralın kanun koyucu tarafından öngörülmemen bir uygulamasıdır. Bu noktada ihtirazî kaydın ancak zamanında verilen beyannamelere konulabileceği yönünde açık bir kanuni düzenleme bulunmadığının da tekrar belirtilmesi gerekir.

Bu uygulama nedeniyle vergi yükümlülerinin düzeltme beyanına neden olan matrah kalemlerinde hukuka aykırılık bulunduğu iddiasını yargı önüne taşıma ve tartışma imkânı elinden alınmaktadır. Mülkiyet hakkının korunması açısından bu uygulama idarenin keyfilikliğini önlemeye karşı vergi yükümlülerine usulî güvenceler sağlamamaktadır.⁷⁴ Mahkemeye erişimi engelleyen bu yönde bir yargı kararı hem hak arama hürriyetinin hem de

⁷⁴ Keyfilikliğini önlemesi amacıyla usulî güvencelerin tanınması gerekliliği hakkında: *Ünsped Paket Servisi/Bulgaristan*, § 46

hukuki itirazların ileri sürülememesi nedeniyle sonucu itibarıyla mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurabilir.

iv. Anayasa Mahkemesi'nin Vergi Uyuşmazlığından Doğan Davalarda Mahkemeye Erişim Hakkı Yönünden İhlal Bulduğu Kararlar

Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda yer verilen kararlarında değerlendirme hak arama hürriyeti bağlamında mahkemeye erişim hakkı yönünden yapılmıştır. Bununla birlikte, somut olaylarda kişinin vergilendirme işlemine etkin bir şekilde itirazlarını sunamaması ve bu itirazların mahkemece değerlendirilmemesi nedeniyle bu yargılama engellerinin aynı zamanda mülkiyet hakkının korunmasında sağlanması gereken usulî güvencelere de aykırılık taşıdığı düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi *Ahmet Tümko*⁷⁵ kararına konu olayda, vergi dairesi 213 sayılı Kanun'da sayılan bilinen adresler dışında bir adrese gönderdiği ihbarnamenin tebliğinin yapılamamış olması nedeniyle ilan tebliğ yolunu kullanmıştır. Mahkemeye göre vergi dairesinin, başvuru adresinin araştırılması için çalışma yaptığı konusunda bir verinin dava dosyası kapsamında bulunmadığı ve bu sebeple başvuru adresine ulaşmada yeterli özeni göstermediği anlaşılmaktadır. Kararda, başvuru adresine karşı dava açma hakkının kullanmasının engellenmesi ve bu sebeple ihbarnameye konu kamu alacağının kesinleşmesi sonrasında düzenlenen ödeme emrine karşı sınırlı bir itiraz hakkı bulunması nedeniyle başvuru adresinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Mülkiyet hakkı bağlamında sağlanması gereken usulî güvencelerden ilki bireyin müdahaleden haberdar edilmesidir. Olayda tebligatın usulüne uygun gerçekleşmemesi bireyi bu güvenceden yoksun bırakmıştır.

Mohammed Aynosah kararına konu olayda, süresinde Türkiye gümrük bölgesinden çıkış yapılmadığı gerekçesiyle verilen idari para cezasına karşı açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle, olayda uygulanan gümrük mevzuatı kurallarının son derece karışık olduğunu ve Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan kurala

⁷⁵ *Ahmet Tümko*, B. No: 2013/5949, 12/3/2015, § 58

rağmen idari işleme karşı başvurulacak kanun yolları ve mercilerin süresinin belirtilmediğini saptamıştır. Mahkemeye göre mevzuata ilişkin bu zorluklar ve idari işlemdeki bu eksiklik karşısında başvurusunun yabancı uyruklu olduğunun da dikkate alınması gerekirdi. Anayasa Mahkemesi, Danıştay'ın, başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalardaki genel uygulamalarıyla da uyuşmayan bir biçimde dava açma süresine ilişkin kuralların katı yorumlandığı ve somut olayın özel koşullarında, derece mahkemesinin bu tutumunun başvurusunun mahkemeye erişim hakkını ihlal eder nitelikte olduğu sonucuna varmıştır.⁷⁶

Gemak Gemi İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. başvurusuna konu olayda, emlak vergisi tahakkukuna ve dayanağı olan takdir komisyonu kararına karşı açılan davada, Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddi görülmesi üzerine vergi mahkemesi kuralın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa'nın 152. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru hakkında beş ay içinde karar verilmediği gerekçesiyle vergi mahkemesi, davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırmıştır. Mahkeme, takdir komisyonu kararlarına karşı ancak 213 sayılı Kanun'un mükerrer 49. maddesinde sayılan kişi ve kurumlarca dava açılabileceği gerekçesiyle davanın komisyon kararının iptali istemine ilişkin kısmının ehliyet yönünden; komisyon kararına bağlı olan tarh ve tahakkuk işlemine ilişkin kısmının da kanuna aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, emlak vergisi mükelleflerine, ödeyecekleri verginin hesaplanmasında esas alınan takdir komisyonu kararlarına karşı yargı yolunu kapatan 213 sayılı Kanun'un mükerrer 49. maddenin (b) fıkrasının üçüncü paragrafının ilk cümlesini 31/5/2012 tarihli ve E.2011/38, K.2012/89 sayılı kararıyla iptal etmiştir. Başvurucu; özen yükümlülüğüne uygun şekilde söz konusu iptal kararı, temyiz ve karar düzeltme istemleri karara bağlanmadan önce Danıştay Dokuzuncu Dairesine dilekçeyle bildirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kuralın iptali yönündeki kararının derece mahkemesindeki uyuşmazlığa etkisine ilişkin açık bir Anayasa ve kanun hükmü olduğunu vurgulamıştır. Anayasa'nın 152. maddesindeki bu

⁷⁶ *Mohammed Aynosah*, B. No: 2013/8896, 23/2/2016, § 42

kurala göre Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Bu hükme verilecek olağan anlam bellidir ve başvuru kendisine buna göre muamele edileceğini beklemektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesinin kararı sonrasında başvuru davasının dava ehliyeti yönünden incelenmesine engel bir durum kalmamıştır. Bu husus karar kesinleşmeden önce temyiz ve karar düzeltme aşamalarında ortaya çıktığından temyiz merciince dikkate alınarak iptal kararı çerçevesinde inceleme yapılması gerekirdi. Anayasa Mahkemesi, bu yönde bir inceleme yapılmadığı gibi neden bu yönde uygulama yapılmadığına dair bir açıklamaya da kararda yer verilmediğinden emlak vergisine ilişkin davasını incelettirme imkânından mahrum kalan başvuru, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

b) Yargı Kararının Tatmin Edici Gerekçe İçermesi

i. Genel Olarak

Devletin sağlaması gereken usulî güvenceler hukuk yolunun oluşturulması ile sınırlı olmayıp bu yolun pratik ve etkili kılınması da Devletin bu yükümlülüğü kapsamındadır. Bu kapsamda, vergi uyumsuzluğu doğuran idari işlemin hukuka uygunluk değerlendirmesinin sonuçlarını yansıtan ilk derece mahkemesi ve kanun yolları merci kararları, mülkiyete müdahalenin kanuni dayanağını gösterir ve hukuk aykırılık iddialarını tartışır bir nitelikte olmalıdır.

AİHM kararlarında, kararın gerekçeli olmasına ilişkin yükümlülüğün AİHS'nin 6 § 1. maddesi kapsamında gerekli bir usulî güvence olduğu ifade edilmektedir. AİHM'ye göre bu yükümlülük, taraflara savlarının dinlendiğini gösterir, karara karşı kanun yollarına başvurma imkânı sunar ve kararın haklı sebeplere dayandığını kamuya gösterir.⁷⁷

Ayrıca bu genel kural, mahkemelerin müdahale açısından ilgili ve yeterli gerekçeler sunmasını gerektirerek AİHS kapsamında korunan haklar

⁷⁷ *Suominen/Finlandiya*, B. No: 37801/97, 1/7/2003, §§ 36-37; *Cumhuriyet Vakfı ve diğerleri/Türkiye*, § 67

bağlamında ifası zorunlu bir yükümlülük arz eder.⁷⁸ Bu yükümlülük, bireylere, mülkiyet hakkını kısıtlayan idari işlemlerin değerlendirilmesine ilişkin mahkeme kararlarının altında yatan gerekçeleri öğrenme ve bu gerekçelere itiraz etme imkânı sunar ve böylelikle, AİHS kapsamında korunan haklara yapılan keyfi müdahalelere karşı önemli bir usulî güvence sağlar.⁷⁹

Vergi yükümlüsü yargı kararında mülkiyetine neden müdahale edildiği ve hukuka aykırılık itirazlarının neden kabul görmediği sorularına tatmin edici bir karşılık bulabilmelidir. Genel olarak idare hukukunda bir idari işlem tesis edildiğinde, idarenin o işlemin dayandığı sebebi ortaya koyması ve kanıtlaması, bir başka ifadeyle işlemi gerekçelendirmesi gerekmele birlikte, idari işlemin gerekçeli bir biçimde karara alınması zorunluluğunun bulunmaması vergi yükümlüsünün dava açmadan önceki aşamada mülkiyetine neden el atıldığını öğrenmesini engelleyebilir. Ancak idare işleminin dayandığı sebebi yargı mercii önünde ortaya koymak ve kanıtlamakla yükümlüdür.⁸⁰

Vergi uyuşmazlığından doğan idari davada davacının idari işlemin hukuka aykırılığı iddiasını ileri sürmesi halinde yargı mercii bu itirazlardan esaslı, bir başka anlatımla sonuca etkili olanlarını karşılamakla yükümlüdür. Aksi halde vergi yükümlüsünün mülkiyet hakkına vaki müdahaleyi önlemek için ilgili hukuk yolunu tüketmesinin hiçbir anlamı kalmayacaktır. İdari davada davacının esasa yönelik tartışılması gerekli itirazlarını karşılamaktan yoksun bir kararın hak arama hürriyetinin sağladığı güvencelerin ve bu kapsamda gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olacağı ve davacının mülkiyet hakkının etkin korunmasını engelleyeceği de açıktır.

⁷⁸ İfade özgürlüğü bağlamında değerlendirmeler için bkz: *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa* [BD], B. No: 21279/02 ve 36448/02, 22/10/2007, § 45; *Obukhova/Rusya*, B. No: 34736/03, 8/1/2009, § 25; *Sapan/Türkiye*, B. No: 44102/04, 8/6/2010, §§ 40-42; *Cumhuriyet Vakfı ve diğerleri/Türkiye*, § 68

⁷⁹ İfade özgürlüğü bağlamında değerlendirmeler için bkz: *Lombardi Vallauri/İtalya*, B. No: 39128/05, 20/10/2009, § 46; *Cumhuriyet Vakfı ve diğerleri/Türkiye*, § 68

⁸⁰ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2004, s:140

ii. Anayasa Mahkemesi'nin Vergi Uyuşmazlığından Doğan Davalarda Gerekçeli Karar Hakkı Yönünden İhlal Bulduğu Kararlar

Bu başlık altında yer verilen kararlarda gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmış olmakla birlikte, davanın sonucu itibarıyla kararın yetersiz gerekçeye dayanması olgusunun aynı zamanda mülkiyet hakkının korunmasında sağlanması gereken usulî güvencelere de aykırılık taşıdığı düşünülmektedir.

Münür Ata başvurusuna⁸¹ konu olayda, başvuru tarafından vergi zıya cezalı katma değer vergisi tarhiyatının iptali istemiyle açılan davada, başvuru tebligatın usulüne uygun olmaması nedeniyle tarhiyatın zamanaşımına uğradığını ileri sürmüştür. İddia hakkında vergi mahkemesinin, dava konusu tarhiyat ile aynı tebligat zarfı içinde gönderilen geçici vergi ve vergi cezasına karşı açılan davada, bölge idare mahkemesinin tarhiyatın zamanaşımına uğradığını tespit eden kararından hangi gerekçelerle farklı karar verdiğini ortaya koymadığı ve bu iddia yönünden temyiz mercii tarafından da bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir.

Aynı olayda, Anayasa Mahkemesi, vergi mahkemesi kararında pamuk satışı yapıldığının belirtilmesi nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde büyük önem taşıyan başvuruçunun vergi oranına yönelik iddiasını, ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia olarak nitelemiştir. Anayasa Mahkemesi, bu hususa ilişkin olarak vergi mahkemesi tarafından bir değerlendirme yapılmadığını, ayrıca bu iddianın temyiz merciiince ilk derece mahkemesi kararına atıf yapılarak karşılanacak nitelikte olmadığını ifade etmiştir. Temyiz mercii kararında bu iddia açık bir şekilde değerlendirilmemiş ve karşılanmamıştır.

Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde, başvuruçunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, *Münür Ata*, B. No:2014/4958, 22/1/2015, § 44

Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti. başvurusunda⁸², motorlu taşıtlar vergisinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerine karşı açılan davanın esasa ilişkin iddialar karşılanmaksızın reddedildiğinden şikayet edilmektedir.

Vergi Mahkemesi kararında, tescilin esas alınması gerektiği belirtilmekle birlikte başvurunun iddia ettiği gibi teknenin liman siciline özel amaçlı yat olarak tescil edilip edilmediği hususu açıklığa kavuşturulmamıştır. Anayasa Mahkemesi, başvurunun 197 sayılı Kanun'a göre motorlu taşıtlar vergisi açısından vergiyi doğuran olayın satın almayla değil, liman siciline tescille doğacağı, şirket adına ticari tescil dışında bir tescil yapılmadığı iddiasıyla liman siciline ticari tescilin 2009 yılına kadar yapılmamasında kendisinden kaynaklanan bir kusur bulunmadığı, idarenin kusuru ve geç işleyişi nedeniyle tescilin geç yapıldığı yönündeki uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğu anlaşılan iddialarının incelenmediği ve kararda karşılanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca başvurunun bu iddialarına itiraz incelemesi sonucunda bölge idare mahkemesi kararında da cevap verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre başvurunun iddiaları atıf yapılarak karşılanacak iddialardan değildir.

Bu açıklamalar çerçevesinde Anayasa Mahkemesi yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁸³

⁸² Anayasa Mahkemesi, *Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/7847, 9/3/2016, §§ 46, 47

⁸³ Aynı yönde, bkz.: Anayasa Mahkemesi, *Nusret Yumrutaş*, B. No: 2013/6355, 19/11/2015, § 35 (başvurunun şirket ortağı olmadığı yönündeki İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi kararına dayanan iddiasının vergi mahkemesi ve Danıştay tarafından değerlendirilmediği); *Denктаş Nakliyat Turizm Ltd. Şti.*, B. No: 2013/3963, 15/10/2015, § 38 (Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan ve idari işlemlerde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilerine başvuracağı ve bunun sürelerinin belirtilmesinin zorunlu olduğu kuralına rağmen dava konusu edilen işlemde bu hususlara yer verilmediği için süresi içinde dava açmadığına yönelik başvuru iddiasının ciddi olduğu ve ilk derece mahkemesi tarafından bu iddia değerlendirilemediği için kanun yolu aşamasında ayrıca değerlendirilmesi gerektiği ancak Danıştay Yedinci Dairesince ayrı bir değerlendirme yapılmayarak ilk derece mahkemesi kararına atıf yapılmak suretiyle temyiz isteminin ve daha sonra karar düzeltme talebinin reddedildiği oysa bu iddianın atıf yapılmak suretiyle karşılanacak iddia niteliğinde olmadığı)

c) Yargılama Süresinin Makullüğü

Benzer tespitler yargılama süresinin makullüğü bağlamında da yapılabilir. Vergi uyuşmazlığı doğuran her idari işleme karşı açılan davanın makul bir sürede sonuçlanması Devletin sağlaması gereken bir usulî güvence olmakla birlikte bu başlık altında ayrık yönlere nedeniyle konu tarh işlemine karşı açılan davalarla sınırlı olarak ele alınacaktır.

Tarhiyata karşı açılan davalarda yargılama süresinin makullüğünün değerlendirilmesinde iki ayrı ihtimal söz konusudur.

i. Tarhiyata Karşı Dava Açmanın Tahakkuku Erteleyici Etkisinden Yararlanma

Birinci ihtimalde yükümlü dava açmanın tahakkuku erteleyici etkisinden yararlanmak ister ki, bu durumda vergi yükümlüsü davanın aleyhine sonuçlanması durumunda vergi borcu ve varsa cezası yanında gecikme faizi yüküyle de karşılaşır. 213 sayılı Kanun'un 112. maddesinin "3" numaralı fıkrasının "b" bendinde dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden, yargı organı kararının tebliğ tarihine kadar geçen süre için gecikme faizi uygulanacağı kuralına yer verilmiştir. Bir başka ifadeyle, tarhiyata karşı davanın reddedilmesi durumunda vergi yükümlüsü, vergi ve cezası yanında dava süresince işleyecek gecikme faizini de ödemek zorunda kalacaktır. Bu durumda dava süresi uzadıkça ödenecek gecikme faizi yükü de artacak, bu durum yükümlünün mülkiyetine daha fazla müdahale edilmesi anlamına gelecektir.⁸⁴

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 213 sayılı 114. maddesinin ikinci fıkrasının iptaline ilişkin 15/10/2009 tarihli ve E. 2006/124, K. 2009/146 sayılı kararda da benzer bir değerlendirmeye yer verilmiştir. İtiraza konu kuralda vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulmasının zamanaşımını durduracağı, duran zamanaşımının mezkûr komisyon kararının vergi idaresine tevdiini takip eden günden itibaren işlemeye devam edeceği öngörülmüştür.

"...İtiraz konusu kuralda, vergi dairesince takdir komisyonuna başvuru yapıldıktan sonra matrahın tespiti, buna ilişkin kararın oluşturulması ve kararın gönderilmesinde bir süre öngörülmemekte, çalışma süresi tamamen komisyonun takdirine kalmaktadır. Ancak, zamanaşımının durmasının süreyle

Makul süreyi aşan yargılama nedeniyle ödenen gecikme faizi tutarı bir ölçülülük denetimine konu olabilir. Bu halde makul süreyi aşan yargılama süresine isabet eden gecikme faizi tutarının vergi yükümlüsü üzerinde adil olmayan bir yük bıraktığı tespit edilebilir. Bu kapsamda, gecikme faizi tahsil edilmesinin vergi alacağının değerini koruma bağlamında elverişli ve gerekli olduğu ileri sürülebilse de, Devletin kurduğu hukuk yolunun geç işlemesi nedeniyle gecikme faizinin makul yargılama süresini aşan kısmına vergi yükümlüsünün katlanmasını beklemenin orantılı olmadığı tespit edilebilir.

Ulaşılan bu sonuca gecikme faizinin paranın ilgili süre içinde vergi yükümlüsünde kalması ve onun tarafından kullanılmasının karşılığı olduğu ileri sürülerek itiraz edilebilir. Ancak bu argümana iki cevap verilebilir. Öncelikle vergi yükümlüleri söz konusu vergi tutarını bir yatırım aracına bağlayarak tarhiyatın olumsuz etkilerinden (daha fazla gecikme faizi ödemek gibi) korunma yolunu seçmek zorunda değildir. Tarhiyatın hukuka aykırılığı iddiasıyla dava açma yolu seçilmişse hukukun üstünlüğü ilkesi bu

sınırlandırılmaması, vergi mükellefleri yönünden uygulamada keyfiliğe, haksızlığa, eşitsizliğe yol açacak sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

... İtiraz konusu kuralın ikinci tümcesinde, duran zamanaşımının işlemeye başlaması, ilgili takdir komisyonu kararının vergi dairesine tevdiine bağlanmıştır. Takdir komisyonu kararının tevdi, bu komisyonun çalışma ve kararını oluşturarak tamamlama süresine bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bu durum, duran zamanaşımının yeniden işlemeye başlama süresini, yükümlü yönünden öngörülemez hale getirmektedir.

*Zamanaşımının durma süresinin belirsizliği, makul ve adil bir sürenin bulunmaması, vergi dairesince matrah takdiri için başvurunun sırf zamanaşımını durdurmak için keyfi olarak kullanılmasında güvence sağlamayacağı gibi **yükümlüye vergi tahsilâtının geciktiği süre kadar gecikme zammı ve faizi uygulanacak olması da yükümlünün vergi yükünü artırarak haksız sonuçlar doğmasına neden olabilir.***

Kural vergilendirmede idari safhaya ilişkin olmakla birlikte takdir komisyonu kararının vergi dairesine tevdi üzerine tesis edilecek tarh işlemi dava konusu edilsin ya da edilmesin takdir komisyonunda geçecek sürenin belirsizliği sonucu itibarıyla vergi yükümlüsünün ödeyeceği gecikme faizi tutarının artmasına, dolayısıyla mülkiyet hakkının daha fazla etkilenmesine yol açabilecek niteliktedir. İptal gerekçesinde bu husus ayrıca vurgulanmıştır. Bu halde tarhiyatın dava konusu edilmesi ancak davanın da makul sürede sonuçlanmamasının mülkiyet hakkını olumsuz etkileyen bir başka neden oluşturacağı açıktır.

inancın korunmasını gerekli kılar. Öte yandan Devlet, sağladığı usulî güvenceler kapsamında kurduğu hukuk yolunun etkili ve pratik bir biçimde işlemesinden de sorumludur. Bu yolun geç işlemesinin maddi olumsuz sonuçlarının yükümlü üzerinde bırakılması hukuk devleti ilkesi ile çelişir.

Diğer yandan, hak arama hürriyetinin ihlali nedeniyle bireysel başvuru yolunda hükmedilecek manevi tazminatın fazladan ödenecek gecikme faizi nedeniyle mülkiyet hakkı üzerinde doğabilecek olumsuz sonuçları giderebileceği de bir başka argüman olarak ileri sürülebilir. Burada ihlalin tespitiyle, ihlal nedeniyle doğan zararın giderilmesi arasında ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Hak arama hürriyetinin ihlali nedeniyle hükmedilecek manevi tazminatın mülkiyet hakkı üzerinde doğan maddi zarar sonucunu elbette giderebilir, ancak bu durum mülkiyet hakkı yönünden ayrıca değerlendirme yapılmasına engel olarak görülmemelidir. Aksi halde, bireysel başvurudan beklenen fayda zarar görebilir, iki ayrı hak yönünden inceleme yapılması anlamsızlaşabilir ve mülkiyet hakkının korunmasında Devletin sağladığı usulî güvencelere aykırılık sonuçsuz kalabilir.

Dolayısıyla bireysel başvuru yolunda yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılmadığı ve bu nedenle daha fazla gecikme faizi ödenmek zorunda kalındığı iddiası varsa, bu şikâyetin ayrıca mülkiyet hakkının korunmasında Devletin sağladığı usulî güvenceler bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Bu halde yargılamanın makul süreyi aşması hak arama hürriyetinin, makul süreyi aşan zamana isabet eden gecikme faizi tahsilatı da mülkiyet hakkının ihlaline neden olabilir. Her iki hak yönünden de ihlal tespiti yapılıp sadece biri yönünden tazminata hükmedilebilir.

ii. Tarhiyata Karşı Dava Açmakla Birlikte Vergi Borcunu Ödeme

İkinci ihtimalde, vergi yükümlüsü davanın aleyhine sonuçlanması durumunda gecikme faizi yüküyle karşılaşmak istemeyebilir. Bu durumda yükümlü bir yandan tarhiyata konu vergi ve varsa cezayı öder, diğer yandan tarh işlemi dava konusu eder. Tarhiyata konu miktarın ödenmek istenmesi durumunda vergi borcunun tahakkuku verilmekle birlikte, bu durum süresi içinde dava açmaya engel değildir. Ancak bu halde tarhiyata konu miktar idarenin kasasına girmiş, mülkiyete fiilen müdahale edilmiş, mülkiyetin kullanımının kontrolü ve düzenlenmesi bağlamında müdahale

sonuçlarını doğurmuştur. Bu halde tarhiyata karşı açılan davanın kaybedilmesi, vergi yükümlüsünü “dava süresini de kapsayan” bir gecikme faizi ödeme yükümlülüğü altına sokmaz. Dolayısıyla yargılama süresinin makullüğüne ilişkin değerlendirme hak arama hürriyeti ile sınırlı yapılır.

Tarhiyata karşı dava açmakla birlikte tarhiyata konu miktarın ödenmesinin tercih edilmesi durumunda bir başka hususun ayrıca irdelenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarında mülkiyetten yoksun bırakma ve mülkiyetin kontrolü ile düzenlenmesine ilişkin kurallar, mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesi şeklinde ifade edilen birinci kuralın özel görünüm şekilleri olarak kabul edilmekte ve bu nedenle kuralların genel nitelikli birinci kuralın ışığı altında anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.⁸⁵ Tarhiyat konusu miktar ödenmekle birlikte tarhiyata karşı dava açıldığında, tarh işlemi halen hukuka uygunluk denetimindedir ve dava sonucunda işlemin iptali söz konusu olabilir. İşlem iptal edildiği takdirde tahsil edilen tutarın vergi yükümlüsüne iadesi gerekeceğinden, mülkiyetin kontrolü ve düzenlenmesi bağlamında müdahalenin gerçekleştiği bu halde tarhiyata karşı açılan davanın süresinin uzaması, vergi yükümlüsünün kendisinden tahsil edilen tutara daha geç kavuşmasına neden olur ve bu durum mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına engel olabilir. Bir başka ifadeyle, bu durumda bireysel başvuruda yargılamanın makullüğüne ilişkin incelemenin hak arama hürriyeti yanında, vergi yükümlüsü yönünden doğan alacağa daha geç kavuşma sonucu nedeniyle mülkiyet hakkına da yönelik olması gerekir.

Bu halde idari yargı merciinin enflasyondan arındırmayı sağlayacak nitelikte faize hükmetmesi uygun bir çözüm yolu sunabilir.

d) Deliller ve Kanıtlama Konusunda Hukuken Güçsüz Duruma Düşürülmeme

i. Genel Olarak

Silahların eşitliği ilkesi davanın taraflarının usulî haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması anlamına gelir. İlke, taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, *Necmiye Çiftçi ve Diğerleri*, B.No: 2013/1301, 30/12/2014, §47; AİHM, *James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 37

savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olmasını gerektirir.⁸⁶

Çelişmeli yargılanma hakkı ise silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısıdır. Bu hak, kural olarak bir hukuk veya ceza davası ile idari davada tüm tarafların, mahkemenin kararını etkilemek amacıyla ortaya konulan kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olmasını ve bunlarla ilgili görüş bildirebilmesini güvence altına alır.⁸⁷ Bu çerçevede, örneğin, davanın bir tarafının, bilirkişi raporunun sonucuna itiraz edememesi ya da delillerle ilgili görüş bildirmesine fırsat verilmemesi çelişmeli yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurabilir.⁸⁸

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, *Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32

⁸⁷ *Mantovanelli/Fransa*, B. No: 21497/93, 18/3/1997, § 33; *Lobo Machado/Portekiz*, B. No: 15764/89, 20/2/1996, § 31; *Ruiz-Mateos/İspanya*, B. No: 12952/87, 23/6/1993, § 63; *Morel/Fransa*, B. No: 34130/96, 6/6/2000, § 27; *Gereksar ve diğerleri/Türkiye*, B. No: [34764/05](#), [34786/05](#), [34800/05](#) ve [34811/05](#), 1/2/2011, § 27; AİHM, R. Sz./Macaristan, kararında silahların eşitliği ilkesiyle uyumlu ve başvuruca yargılamanın sonucunu etkileyen iddialarını sunabilme imkanının tanındığı bir yargılama süreci bulunmadıkça müdahalenin meşru olduğunun söylenemeyeceğini belirtmektedir. (R. Sz./Macaristan, B. No: 41838/11, 2/7/2013, § 53)

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi, *Hüseyin Sezen*, B. No: 2013/1793, 18/9/2014, § 38; *Yüksel Hançer*, B. No: 2013/2116, 23/1/2014 § 22; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *J.J./Hollanda*, B. No: 9/1997/793/994, 27/3/1998, § 43; *Vermeulen/Belçika*, B.No: 19075/91, 20/2/1996, § 33; Anayasa Mahkemesi *Ö.N.M.* (B. No: 2014/14751, 15/2/2017, § 48) kararında, silahların eşitliği ilkesi ile çelişmeli yargılama ilkesinin gereklerinin tatmin edici bir şekilde yerine getirildiği sonucuna ulaşırken şu değerlendirmede bulunmuştur:

“Başvuruya konu olayda, dava dosyasında bulunan bilgi ve belgeler esas alınarak uyumsuzluk hakkında karar verilmiş olup başvuruca talebi üzerine dava dosyasına sunulan bilgi ve belgelerin tamamı incelenmiş, bu bilgi ve belgelere karşı savunmasını sunabilmesi için otuz gün süre verilmiştir. Başvuruca vekili, 18/12/2013 tarihinde söz konusu belgeleri incelemesinden sonra sunduğu dilekçeleriyle anılan gizli belgelere karşı beyanda bulunmuştur. Ayrıca AYİM Başsavcılığı düşüncesine cevap ve karar düzeltme dilekçelerinde de söz konusu belgeler hakkındaki görüş ve beyanlarını sunmuştur. Diğer yandan davanın hiçbir aşamasında dava dosyasına sunulan belgelerin değerlendirilmediğine yönelik bir bilgi bulunmadığı gibi başvuruca tarafından mahkeme önünde dile getiremediği hangi ilave tezlerin olduğu konusunda da bir açıklamada bulunulmamıştır. Buna göre AYİM tarafından başvurucaya dava malzemesine ilişkin olarak tetkik ve beyanda bulunma olanağının tanındığı, bu çerçevede başvuruca yargılamanın

Bir uyuşmazlıkta, bir tarafın delil ve kanıtlama konularında davanın diğer tarafına nazaran güçsüz bir konuma düşürülmesi onun sadece hak arama hürriyetinin ihlali anlamına gelmez. Örneğin mülkiyet müdahale eden idari işlemin hukuka aykırılığı iddiasıyla açılan bir davada davacı tarafın delil ve kanıtlama konusunda bazı olanaklardan mahrum bırakılması davanın sonucu itibarıyla mülkiyet hakkı üzerinde mülkün kaybı gibi olumsuz etkiler doğurur. Dolayısıyla mülkiyete müdahale halinde etkin, mülkiyetine müdahale edilene açık, etkili ve pratik fırsatlar sunan bir yolun kurulması ve bu hukuk yolunun işler kılınması Devletin pozitif bir yükümlülüğüdür. Mülkiyet hakkının korunması bu yola başvuran kişinin hukuka aykırılık itirazlarını etkili bir şekilde ve davanın diğer tarafına nazaran zayıf bir konuma düşürülmeksizin sunabileceği usulî güvencelerden yararlandırılmasını gerektirir. Sonuç olarak bu güvencelerden yararlanılmaması yalnızca bir hak arama hürriyeti problemi değil aynı zamanda davanın sonucu itibarıyla bir mülkiyet hakkı problemi de oluşturabilir.

Bireysel başvuru incelemelerinde sıklıkla vurgulandığı üzere, yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin hak arama hürriyetine uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında değildir. Bu noktada Mahkeme, başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirmektedir. Bir başka ifadeyle Mahkemenin görevi, yargılamanın bir tarafının ortaya konulan kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüş bildirebilmesi engellendiği takdirde bu durumun yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkarıp çıkarmadığını tespit etmektir.⁸⁹

sonucunu etkileyecek usule ilişkin bir imkândan mahrum bırakılmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca yargılamanın bütünü dikkate alındığında Mahkemeye yapılan uygulamanın tüm süreci adaletten yoksun kılacak şekilde etkilemediği sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak somut olayda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine yönelik açık ve görünür bir ihlalin olmadığı anlaşılmaktadır.”

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, Yüksel Hançer, § 22

ii. Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalarda Uygulama

Kanunla belirlenen yetki alanı çerçevesinde idare, kamu hizmetlerini, idare edilenlere nazaran sahip olduğu üstün hak ve yetkilerini kullanarak tesis ettiği idari işlemler veya icra ettiği idari eylemler vasıtasıyla yürütür.⁹⁰ Kamu hizmetlerinin giderlerinin finansmanı için idare, bu üstün hak ve yetkilerini kullanarak kanunla öngörülen vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin tarh ve tahsiline ilişkin çeşitli işlem ve eylemlerde bulunabilir.⁹¹

Vergi alma konusunda hukuki ve fiili güç⁹² olarak tanımlanan vergilendirme yetkisini kullanarak devletin, bireylerin özgürlük alanına müdahale etmesi, devlet ile bireyi karşı karşıya getirmektedir.⁹³ Kanuna dayalı olarak alınma ve mali gücü gözetme gibi anayasal güvenceler mükellefe idarenin üstün yetkileri karşısında bir ölçüde koruma sağlamaktadır. Ancak vergilendirmenin bu güvencelere uygun şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği yargı denetimine tabi tutulabilir olmalıdır. Aksi halde bu teminatlar yazılı bir temenniden öte anlam ifade etmeyebilir.

Vergilendirme sürecinde idarenin üstün kamusal yetkilerine karşı daha zayıf konumda olan mükellefin, vergi uyuşmazlığı doğuran idari işlemlere karşı açtığı idari davalarda da güçsüz konuma düşürülmemesi, delil ve kanıtlama konusunda davalı idare ile eşit bir konumda hukuka aykırılık iddialarını açıklayabilme imkânına kavuşması gerekir.

Vergi uyuşmazlığı doğuran idari işlemlere karşı açılan davalarda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin gereklerinin yerine getirilip getirilmediği noktasındaki tartışmalı alanlardan biri vergi tekniği raporunun tarihyata ilişkin ihbarnameye eklenmemesinin bu ilkelere aykırılık oluşturup oluşturmadığı hususundadır. Bu konu hakkındaki en

⁹⁰ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s:685

⁹¹ Yunus Emre Yılmazoğlu, *Vergi Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması - Danıştay Kararları Işığında Bir İnceleme-*, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, Ocak 2016, s: 8

⁹² Çağan, a.g.m., s: 171

⁹³ Şehnaz Gençay Karabulut, Vergilendirme Konusunda Bakanlar Kuruluna Tanınan Düzenleme Yetkisi ve Yargısal Denetimi, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 136. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 71, Ankara 2004, s: 118

kapsamlı incelemenin yer aldığı kararlardan biri Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 10.2.2016 tarihli ve E.2016/86, K.2016/72 sayılı kararıdır.⁹⁴

Kurulun önündeki dosyada uyuşmazlık vergi tekniği raporunun dava açıldıktan sonra müstakil olarak tebliğ edilmesinin davacıya tam ve eksiksiz bir şekilde savunma hakkı tanındığını gösterip göstermeyeceğine ilişkindir. Kurul yaptığı incelemede "adil yargılanma", "savunma hakkı", "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama ilkesi" gibi kavramları açıklığa kavuşturmak ve somut olayda söz konusu hak ve ilkelere aykırılık bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla ayrıntılı tanımlara yer vermiş ve Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarına değindikten sonra şu gerekçeyle ısrar kararını bozmuştur:

“Uygulamada, genellikle vergi tekniği raporuna atıfla düzenlenen vergi inceleme raporlarının mükellefe tebliğ edildiği ancak, tarh nedenini, matrahın bulunuş yöntemini ve tarihyatın dayanağına ilişkin bilgi ve belgelerin gösterildiği vergi tekniği raporunun tebliğ edilmediği görülmektedir. Ana kural vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmesi olmakla birlikte söz konusu raporun mahkeme tarafından ara kararıyla istenmesi ya da re'sen idarece dava dosyasına sunulması üzerine davacı tarafından incelenmek ve haklılığını ortaya koymaya yönelik delillerini sunmasına imkân vermek suretiyle bu eksikliğin yargılama aşamasında giderilmesi mümkündür.

Dosyanın incelenmesinden, vergi tekniği raporu ihbarname ile birlikte tebliğ edilmemiş ise de 21.10.2013 tarihinde müstakil olarak tebliğ edilerek davacının, yargılama aşamasında uyuşmazlık konusu olaya ilişkin ayrıntılı açıklamalarını yapmak suretiyle savunma hakkını kullandığı, haklılığını ortaya koymaya yönelik delillerini dilekçe ekinde dosyaya ibraz ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının, yukarıda nitelikleri belirtilen savunma hakkının kısıtlanmadığı ve temel haklarının ihlal edilmediğinin anlaşılması karşısında Mahkemece uyuşmazlığın esasının incelenmesi suretiyle,

⁹⁴ Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)'nden edinilmiştir.

... yeniden karar verilmek üzere, ısrar kararının bozulması gerekmektedir.”

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu kararında, dava açılmadan önce tebligat aşamasında gerçekleşen ve davacının idari işlemin hukuka aykırılığını ileri sürebilmek için sahip olduğu usulî güvenceleri gereği gibi kullanmasını engelleyebilecek nitelikteki bir eksikliğin yargılama sürecinde giderildiği vurgulanmıştır. Buna göre davacı dosyaya sunulduktan sonra söz konusu raporu inceleme ve hukuka aykırılık iddialarını ileri sürme imkânına kavuşmuştur. Bu tespit, bireysel başvuru incelemesinde yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkararak bir durumun bulunmadığının tespit edilmesine olanak tanıyabilir.⁹⁵

Bu noktada AİHM'nin *Sarıdaş/Türkiye*⁹⁶ kararında yer alan bazı tespitler de benzer uyuşmazlıkların çözümünde adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkına bağlı usulî güvencelerden davacıların yararlandırılmasında yön gösterici olabilir.

Somut olayda, askere elverişli olduğuna karar verilmesi üzerine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM)'nde açılan davada, Mahkeme, davanın esası hakkında karar vermeden önce GATA Sağlık Kurulu tarafından bir tıbbi bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiştir. Askerliğe elverişli olduğu tespitini içeren geçici raporun bir nüshasını elde eden ancak nihai rapor kendisine tebliğ edilmeyen başvuru, söz konusu

⁹⁵ 25.10.1016 tarihli ve 29868 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesiyle aynı Yönetmeliğin 57. maddesinin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“(4) Sahte belge düzenleme fiili dolayısıyla düzenlenen Vergi Tekniği Raporunun başka bir mükellefin sahte belge kullandığına ilişkin tespitler içermesi durumunda, söz konusu Vergi Tekniği Raporu, sahte belge kullanan mükellef nezdinde düzenlenecek vergi inceleme raporlarına ek yapılmaz. Ancak, sahte belge kullanma fiili nedeniyle düzenlenecek vergi inceleme raporlarında, sahte belge düzenleyicisinin bu fiili işlediğinin tespitine dair Vergi Tekniği Raporunda yer alan bilgi, belge ve değerlendirmelere ayrıntılı olarak yer verilir.”

Bu yeni kuralın söz konusu uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlayıp sağlamayacağına yönelik bir değerlendirme zaman içinde uygulanması görüldükçe daha doğru bir şekilde yapılabilir.

⁹⁶ *Sarıdaş/Türkiye*, B. No: 6341/10, 7/7/2015

nihai raporun tebliğ edilmemesinden şikâyetçi olmuş ve GATA Sağlık Kurulu'nun bağımsız ve tarafsız olmadığını, bir üniversite hastanesi veya Adli Tıp Kurumundan tıbbi bilirkişi görevlendirilmesinin uygun olacağını ileri sürmüştür. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, başvuranın talepleri hakkında herhangi bir karar vermemiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, GATA Askeri Hastanesinin sağlık raporlarına dayanarak yapılan duruşma sonucunda başvuranın taleplerini reddetmiştir.

AİHM' göre, şu argümanlar somut olaydaki çelişmeli yargı hakkının ihlalini haklı çıkaramaz:

- a) bilirkişi kontrolünde sağlık muayenesinden geçen başvuranın, geçici rapor sonuçlarının bir nüshası almasına rağmen nihai raporun kendisine gönderilmemesiyle mevcut davada tasarruf yapılması ve yargılamanın hızlandırılmasının amaçlanması⁹⁷ (§43)
- b) Başvuranın AYİM kaleminde, dosyayı inceleyebileceği ve ihtilafli belgenin bir fotokopisini elde edebileceği (§44)

AİHM'e göre, başvuranın avukatının inisiyatif almasını ve dosyaya yeni kanıt belgelerinin sunulup sunulmadığını öğrenmek için düzenli olarak bilgi edinmesini beklemek, ona orantısız bir yük getirmek anlamına geleceğinden, adil yargılanma hakkına saygı gösterilmesi açısından Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin, *bu belge hakkında başvurunu bilgilendirmesi ve nihai tıbbi bilirkişi raporunun tamamını başvuranın bu rapora görüş belirtebilmesi için başvurana göndermesi* gerektiği kanaatindedir.⁹⁸ (§§ 45-46) Bu değerlendirmeler ışığında AİHM adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. (§§ 47-48)

Vergi tekniği raporunun da ihbarname ekinde tebliğ edilmediği durumlarda çelişmeli yargılama ilkesinin tatmin edici bir biçimde uygulanması açısından söz konusu raporun idarenin savunması ya da ara karar cevabı ekinde mahkemeye sunulduğu hallerde en azından davacının bu belgeden haberdar edilmesi ve mümkünse belgenin ona da tebliğ edilmesi gerekir. Bu yöntem davacıya rapora itiraz edebilme fırsatı tanınması anlamına gelir ve davacı hak arama hürriyetinin sağladığı

⁹⁷ *Nideröst-Huber/İsviçre*, B. No:18990/91, 18/2/1997, § 30 kararına atıf

⁹⁸ *Göç/Türkiye* [BD], B. No: 36590/97, 11/7/2002, § 57 kararına atıf

güvencelerden yararlandırılmış olur. Aynı zamanda vergi yükümlüsü mülkiyet hakkının etkin korunmasını sağlayacak usulî güvencelerden de yararlandırılmış olur.

iii. Bir Anayasa Mahkemesi Kararında Konunun Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi *Ahmet Tümüko* kararında⁹⁹ başvurusunun ödeme emrinin iptali istemiyle açtığı davada savunmaya cevap dilekçesinin davalı idareye tebliğ edilmemesi sonucu dava dosyasının tekemmül etmeksizin karar verildiği şikâyetini incelemiş ve silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine yönelik açık bir ihlalin olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Başvuru konusu olayda, vergi mahkemesinde açılan davada, davalı idare tarafından sunulan savunma dilekçesine cevap verme süresinin son günü başvuru tarafından cevap dilekçesi verilmiş, bu dilekçe tebligata çıkarılmamış ve dilekçenin verildiği gün davanın esası hakkında karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi başvurusunun, vergi mahkemesince verilen karara karşı yaptığı itiraz başvurusunda ve itiraz başvurusunun reddine ilişkin karara karşı yaptığı karar düzeltme başvurusunda, davalı idare tarafından vergi mahkemesine sunulan savunma dilekçesinde ileri sürülen hususlara yönelik olarak açıklama yaptığını ve bu hususlara ilişkin karşı iddialarını sunma fırsatı bulduğunu belirtmiştir.

Bu tespit ışığında Anayasa Mahkemesi, başvurusunun yargılamanın sonucunu etkileyecek usulî bir imkândan mahrum bırakılmasının söz konusu olmadığını ve başvuruya konu yargılama sürecine bir bütün olarak bakıldığında, başvurucuya karşı tarafça ileri sürülen veya dava dosyasına intikal eden dava malzemesine ulaşma, bunları tetkik ile beyan ve itirazlarını ileri sürme imkânı verilerek yargılamaya aktif katılımının temin edildiğini ifade etmiştir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, somut olayda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesine yönelik açık ve görünür bir ihlalin bulunmadığına karar vermiştir.

⁹⁹ *Ahmet Tümüko*, §§ 36-38

e) Mahkeme Kararının İcrası

i. AİHM Yaklaşımı

AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde açıkça kararların icrasından bahsedilmediği için AİHM, mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak yargı kararlarının yerine getirilmesi hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir.

AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur.¹⁰⁰

Bu çerçevede AİHM, kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının, lehine karar verilen tarafın zarar görmesine rağmen infaz edilmemesi durumunda, mahkemeye erişim hakkının bir anlam ifade etmeyeceğini, yargı kararının veya hükmünün infaz edilmesinin, 6. madde anlamında "dava"nın tamamlayıcı unsuru olduğunu vurgulamaktadır.¹⁰¹

Bu ilke, sonucu vatandaşın medeni hakları için belirleyici olacak bir idari dava mevzubahis olduğunda daha da önem kazanmaktadır. İptal davası açan bir kişi sadece uyumsuzluğa konu idari işlemin iptalini değil, aynı zamanda ve özellikle işlemin etkilerinin kaldırılmasını hedeflemektedir. İdari davada davacının etkin korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması, idarenin nihai yargı kararlarına uymasını gerektirmektedir. Şayet idare yargı kararını uygulamayı reddediyor veya ihmal ediyorsa, dahası onu uygulamayı geciktiriyorsa, bu durumda vatandaşın davanın safahatı süresince yararlandığı, AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen teminatlar her türlü varlık nedenini kaybedecektir.¹⁰²

AİHM, bu yorumuyla bir yargı yerine ulaşma hakkının, sadece teorik olarak bu hakkın tanınmasını değil, aynı zamanda o yargı yerinden alınan

¹⁰⁰ *Hornsby/Yunanistan*, B. No: 18357/91, 19/3/1997, § 40

¹⁰¹ *Burdov/Rusya*, B. No: 59498/00, 7/5/2002, § 34

¹⁰² *Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye*, B. No: 6334/05, 23/10/2012, § 115

nihai kararın icrasına yönelik meşru bir beklentiyi de koruduğunu kabul etmektedir.¹⁰³

ii. Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi de mahkeme kararının icrasını Anayasa'nın hak arama hürriyetine ilişkin 36. ve yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini geciktiremeyeceğini ifade eden Anayasa'nın 138. maddesi bağlamında değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi norm denetimine ilişkin bir kararında hak arama özgürlüğünün sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsadığını vurgulamıştır.¹⁰⁴ Mahkeme'ye göre bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkı ile mahkeme kararının icrası arasındaki bağlantıya da işaret ederek, hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkının, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirdiği belirtmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.¹⁰⁵

Aslında mahkeme kararının icrasına ilişkin bu yorumlama biçimi maddi haklara ilişkin uyuşmazlıklarda Devletin pozitif yükümlülüklerine ışık tutar mahiyettedir. Buna göre Devlet, örneğin mülkiyet hakkına ilişkin bir uyuşmazlıkta sadece bir yargı yolu kurma ve taraflara o yargı yolunun tabi olduğu yargılama usulüne uygun olarak iddia ve savunmalarını ileri sürme hakkı sağlamakla yükümlü değildir. Aynı zamanda yargılama sonucunda verilen kararın icrasını sağlamak suretiyle haklı çıkan tarafın hakkının korunmasını da sağlaması gerekir. Aksi halde bireyin mülkiyet hakkının korunması amacıyla yargı yoluna başvurusunun bir anlamı olmayacaktır.

¹⁰³ *Apostol/Gürcistan*, B. No: 40765/02, 28/11/2006, § 54

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, E.2009/27, K.2010/9, 14/1/2010; ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, *Nuria Tapias Gemisi*, B. No: 2014/4484, 11/1/2017, § 29

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2014/92, K.2016/6, 28/1/2016, § 109

Nitekim Anayasa Mahkemesi, “Devletin pozitif yükümlülüğünü” terimini anlamamakla birlikte Anayasa’nın 138. maddesi ile bağlantılı olarak yaptığı yorumda yargı kararlarının uygulanmasının temel hak ve özgürlüklerin korunmasına katkısına ışık tutmuştur:

*“Anayasa’nın 138. maddesinde mahkeme kararlarına uyma, bu kararları değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama ve yürütme organları ile idare makamları lehine herhangi bir istisnai kurala yer verilmemiştir. Yargı kararlarının ilgili kamu otoritelerince zamanında yerine getirilmediği bir devlette, **bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanabilmesi mümkün olmaz.** Dolayısıyla **devlet, yargı kararlarının zamanında yerine getirilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle ve bu yolla bireylerin kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür.** Bu sebeple hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin kamu otoritesi ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında yerine getirilmeyerek sonuçsuz bırakılması kabul edilemez.”¹⁰⁶*

¹⁰⁶ Nuria Tapias Gemisi, § 29 (Arman Mazman, B. No: 2013/1752, 26/6/2014, § 61 kararına atıfla); Ayrıca bkz: 2577 sayılı Kanununun 28’inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının son cümlesinde yargı kararı üzerine idarenin gecikmeksizin işlem tesis etme yükümlülüğüne bir istisna getirilmişti. Bu istisnai kural, “Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” düzenlemesini içermekteydi. Haciz ya da ihtiyatî haciz uygulamalarına karşı açılan davalarda verilen esasa ya da yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların bu hükme dayanılarak infaz edilmemesi söz konusu olmaktadır. Bu kuralın iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi:

“...itiraz konusu kural, idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması yolundaki anayasal hükmü etkisiz hâle getirerek bireyin hukuk güvenliğini açık şekilde zedelemekte ve yargısal denetim aracılığıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması amacına zarar vermektedir... haciz ve ihtiyati hacze ilişkin idari işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının derhal uygulama zorunluluğunun ortadan kaldırılması, kişilerin telafisi imkânsız veya zor zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu

Öte yandan Mahkeme, *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*¹⁰⁷ başvurusunda, ekonomik değer içeren idare aleyhine yargı kararının icra edilmemesinin mülkiyet hakkı bakımından sonucu irdelenmiştir. Karara göre idarelerin, mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi kuralının arkasına sığınarak mahkeme kararıyla hükmedilen ve kesinleşen kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelini ödemekten imtina etmeleri, kamu yararı ile kişi hakları arasındaki dengeyi kişilerin zararına olacak şekilde bozabilecektir. Mahkemeye göre bu durum, taşınmazına el konulduğu halde, mahkemece hükmedilen taşınmazının bedeli ödenmeyen kişi yönünden mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde kabul edilir.

iii. İdari Yargılama Usulü Kanunu Kuralları ve Danıştay Yaklaşımı

2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinde idari yargı organlarında verilen esas ve yürütmenin durdurulması kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu belirtilmiş ve bu sürenin kararın idareye tebliğinden başlayarak hiçbir şekilde otuz günü geçemeyeceği kural altına alınmıştır.

Öte yandan, aynı maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarının süresi içinde yerine getirilmemesi durumunda idare aleyhine tazminat davası açılabilir. Bu yol yürütmenin durdurulması kararının gereklerine göre işlem tesis edilmediği durumlarda da işletilebilen etkin bir yol olup idari mahkemeler genelde böyle bir tam yargı davasında iptal davasının sonucuna göre karar vermektedirler.

Danıştay içtihatlarında da ilgilinin ilamın kendisine tebliğinden itibaren on yıl içinde idareye başvurarak ilam gereklerinin yerine getirilmesini isteyebileceği, on yıllık sürenin ise idareye başvuru süresi olup dava açma süresi olmadığı ifade edilmektedir. İctihada göre yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi istemi on yıllık süre içinde idareden istenebilir

gözetildiğinde, böyle bir durumun yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceği ve hak arama özgürlüğünü zedeleyeceği açıktır.” gerekçesiyle kuralı, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. (Anayasa Mahkemesi, E.2012/107, K.2013/90, 10/7/2013)

¹⁰⁷ *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 70

ve idarece bu talebin açık veya örtülü (zımni) olarak reddedilmesi üzerine altmış gün içinde idari dava açılabilir.¹⁰⁸

iv. Vergi Mahkemesi Kararlarının İcra Edilmemesinin Mülkiyet Hakkına Etkisi

Bireysel başvuru incelemelerinde verilen kararlardan görüleceği üzere mahkeme kararının icra edilmemesi, hak arama hürriyeti kapsamında mahkemeye erişim hakkı yönünden değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır. Gerçekten yargı kararı uygulanmazsa mahkemeye erişmiş olmanın da bir anlamı bulunmamaktadır. Ancak yargı kararının icra edilmemesi sadece hak arama hürriyeti yönünden sonuç doğurmamaktadır.

Mülkiyet hakkına ilişkin bir uyuşmazlıkta Devlet pozitif yükümlülükleri kapsamında hakkın gerçek ve etkili kullanımı için bir hukuk yolu oluşturmuş ve buna ilişkin bir yargılama usulü benimsemiş olabilir. Mülkiyet hakkına müdahale edilen kişiler bu yola başvurmuş ve iddialarını dile getirerek lehlerine bir karar almış olabilirler. Ne var ki bu karar uygulanmadıkça kişilerin mülkiyet hakkının korunmuş olmasından bahsetmek olanaksızdır. Bu halde Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında etkin bir hukuk yolu oluşturduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda yargı kararının icra edilmemesi öncelikle ve temelde bu hak yönünden inceleme yapılmasını gerektirir.

Örneğin haksız ödenen verginin iadesi istemiyle açılan bir idari davada davacı lehine verilen kararın icra edilmemesi kişinin ödediği vergi tutarı kadar mülkiyet hakkından yoksun kalmaya devam etmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla bu halde vergi mahkemesi kararının icra edilmemesi sadece hak arama hürriyeti yönünden değil temelde mülkiyet hakkı yönünden olumsuz bir sonuç ihtiva eder. Tam yargı davasının sonucunun gereği gibi idarece yerine getirilmediği bu halde bireylerden tekrar yargı yoluna başvurarak idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası

¹⁰⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 3/2/2016, E.2014/3926, K.2016/132; *Nuria Tapias Gemisi*, §§ 40-42

açmalarının beklenmesi de hukuk devletinde izah bulunabilmesi mümkün olan bir konu değildir.

Sonuç

İdari yargıda vergi uyuşmazlığı doğuran işlemlere karşı bir hukuk yolunun oluşturulmuş olması yeterli değildir. Aynı zamanda bu yolun davacılara özellikle mülkiyet hakkının korunmasında etkin, pratik ve makul fırsatlar sunması da gerekir.

İdari yargıda idari işlemin unsurları üzerinde etkin bir hukukilik denetiminin sağlanması yanında, bu denetimin de mahkemeye erişim hakkı, gerekçeli karar hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama ilkesi ve mahkeme kararının icrası gibi usulî güvencelere uygun gerçekleşmesi gerekir.

Vergi uyuşmazlığı doğuran bir işleme karşı açılan davada usulî bir güvenceye aykırılık, yalnızca hak arama hürriyetini ihlal etmez, davanın sonucu itibarıyla mülkiyet hakkının etkin bir biçimde korunmasına da engel olabilir.

Kaynakça

Kitaplar, Makaleler ve Tezler:

- 1) Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı*, İnsan Hakları El Kitapları, No:10, 1. Baskı, Haziran 2007
- 2) Billur YALTI, “İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı:225, Haziran 2007, www.vergisorunlari.com.tr
- 3) Cenker Göker, Yunus Emre Yılmazoğlu, *Süresinden Sonra İhtirazî Kayıtlı Verilen Düzeltme Beyannamesi Nedeniyle Tahakkuk Eden Verginin İdari Davaya Konu Edilebilirliği, Mahkemeye Erişim Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Bir Değerlendirme*, (makale henüz yayımlanmamıştır)
- 4) H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009
- 5) Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2004

- 6) Nami ÇAĞAN, “Türk Anayasası Açısından Vergilendirme Yetkisi”, *Anayasa Mahkemesi Yayın No:4*, Ankara, 1984, s:171
- 7) Recai Dönmez, *Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>
- 8) Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012
- 9) Şehnaz Gençay Karabulut, Vergilendirme Konusunda Bakanlar Kuruluna Tanınan Düzenleme Yetkisi ve Yargısal Denetimi, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 136. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 71, Ankara 2004
- 10) Yunus Emre Yılmazoğlu, İdari Yargıda Makul Süre Güvencesi, *Danıştay Dergisi*, Yıl:2013, Sayı:134
- 11) Yunus Emre Yılmazoğlu, *Vergi Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması -Danıştay Kararları Işığında Bir İnceleme-*, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, Ocak 2016

Anayasa Mahkemesi Kararları:

Norm Denetimi:

- 1) E.2009/27, K.2010/9, 14/1/2010
- 2) E.2012/107, K.2013/90, 10/7/2013
- 3) E.2014/76, K.2014/142, 11/9/2014
- 4) E.2014/112, K.2014/203, 25/12/2014
- 5) E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015
- 6) E.2014/92, K.2016/6, 28/1/2016
- 7) E. 2006/124, K. 2009/146, 15/10/2009
- 8) E.2010/41, K.2012/19, 9/2/2012

Bireysel Başvuru:

- 1) *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.*, B. No: 2014/8649, 15/2/2017
- 2) *Fatma Yıldırım*, B. No: 2014/6577, 16/2/2017,
- 3) *Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017
- 4) *Mahmut Duran ve Diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017
- 5) *Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014

- 6) Selçuk Emiroğlu, B.No:2013/5660, 20/3/2014
- 7) E.T.Y.İ. A.Ş., B. No: 2013/596, 8/5/2014
- 8) Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013
- 9) Abdulhalim Bozboğa, B. No: 2013/6880, 23/3/2016
- 10) Murat Kara ve diğerleri, B. No: 2014/6042, 9/3/2017
- 11) Muhsin Karaca, B.No:2014/2211, 9/6/2016
- 12) Emel Kaynar ve diğerleri, B. No:2013/3667, 10/6/2015
- 13) Ahmet Tümko, B. No: 2013/5949, 12/3/2015
- 14) Mohammed Aynosah, B. No: 2013/8896, 23/2/2016
- 15) Münür Ata, B. No:2014/4958, 22/1/2015
- 16) Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/7847, 9/3/2016
- 17) Nusret Yumrutaş, B. No: 2013/6355, 19/11/2015
- 18) Denkaş Nakliyat Turizm Ltd. Şti., B. No: 2013/3963, 15/10/2015
- 19) Necmiye Çiftçi ve Diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014
- 20) Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013
- 21) Hüseyin Sezen, B. No: 2013/1793, 18/9/2014
- 22) Yüksel Hançer, B. No: 2013/2116, 23/1/2014
- 23) Ö.N.M., B. No: 2014/14751, 15/2/2017
- 24) Nuria Tapias Gemisi, B. No: 2014/4484, 11/1/2017
- 25) Arman Mazman, B. No: 2013/1752, 26/6/2014
- 26) Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B. No: 2013/711, 3/4/2014

Danıştay ve Yargıtay Kararları:

(Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)'nden edinilmiştir.)

- 1) Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 11/12/2009, E.2008/593, K.2009/655
- 2) Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 25/2/2015, E.2014/1164, K.2015/20
- 3) Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 5/3/2015, YD İtiraz No:2015/202
- 4) Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 3/2/2016, E.2014/3926, K.2016/132
- 5) Danıştay Dördüncü Daire, 2/12/2015, E.2015/6462, K.2015/6173
- 6) Danıştay Altıncı Daire, 19/6/2015, E.2011/101, K.2015/4422

- 7) Danıştay Onikinci Daire, 13/12/2016, E.2016/3449, K.2016/6362
- 8) Danıştay Onbeşinci Daire, 5/5/2016, E.2015/10229, K.2016/3222
- 9) Danıştay Onbeşinci Daire, 26/11/2015, E.2014/2009, K.2015/8086
- 10) Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 21/2/2014, E.2013/1, K.2014/1

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

- 1) *Güleç ve Armut/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), B.No:25969/09, 16/11/2010
- 2) *Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/3/2010
- 3) *Chiragov ve diğerleri/Ermenistan*, B. No: 13216/05, 16/06/2015
- 4) *Kotov/Rusya*, [BD] B. No: 54522/00, 3/4/2012
- 5) *Öneryıldız/Türkiye*, [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004
- 6) *Broniowski/Poland* [BD], B. No: 31443/96, 22/6/2004
- 7) *Dzugayeva/Rusya*, B. No: 44971/04, 12/2/2013
- 8) *Sovtransavto Holding/Ukrayna*, B. No:48553/99, 25/7/2002
- 9) *Fuklev/Ukrayna*, B. No: 71186/01, 7/6/2005
- 10) *Anheuser-Busch Inc./Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007
- 11) *Capital Bank AD/Bulgaristan*, B. No: 49429/99, 24/11/2005
- 12) *Blumberga/Litvanya*, B. No: 70930/01, 14/10/2008
- 13) *Ališić ve diğerleri/Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Makedonya Cumhuriyeti* [BD], B. No: 60642/08, 16/7/2014
- 14) *Bistrovic/Hırvatistan*, B. No: 25774/05, 31/5/2007
- 15) *Saccoccia/Avusturya*, B. No: 69917/01, 18/12/2008
- 16) *Jokela/Finlandiya*, B. No: 28856/95, 21/5/2002
- 17) *Zehentner/Avusturya*, B. No. 20082/02, 16/7/2009
- 18) *AGOSI/Birleşik Krallık*, B. No: 9118/80, 24/10/1986
- 19) *Hentrich/Fransa*, B.No:13616/88, 22/9/1994
- 20) *Microintelect Ood/Bulgaristan*, B. No: 34129/03, 4/3/2014
- 21) *Ünsped Paket Servisi/Bulgaristan*, B. No: 3503/08, 13/10/2015
- 22) *Denisova ve Moiseyeva/Rusya*, B. No:16903/03, 01/04/2010
- 23) *Hutten-Czapska/Polonya* [BD], B. No: 35014/97, 19/6/2006
- 24) *Herrmann/Almanya* [BD], B. No: 9300/07, 26/6/2012
- 25) *Borzhonov/Rusya*, B. No: 18274/04,22/1/2009
- 26) *Özgür Gündem/Türkiye*, B.No:23144/93, 16/3/2000

- 27) *Beyeler/İtalya*, B. No: 33202/96, 5/1/2000
- 28) *Ferrazzini/İtalya*, B. No: 44759/98, 12/7/2001
- 29) *Johnston and Others/Ireland*, B. No: 9697/82, 18/12/1986
- 30) *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Hollanda*, B. No:15735/89,
23/2/1995
- 31) *Bendenoun/Fransa*, B. No:12547/86, 24/2/1994
- 32) *Jussila/Finlandiya [BD]*, B. No:73053/01, 23/11/2006
- 33) *Jucys/Litvanya*, B. No: 5457/03, 8/1/2008
- 34) *Dökmeci/Türkiye*, B. No: 74155/14, 6/12/2016
- 35) *Poiss/Avusturya*, B. No: 9816/82, 23/4/1987
- 36) *Cumhuriyet Vakfı ve diğerleri/Türkiye*, B. No. 28255/07, 8/10/2013
- 37) *Geffre/Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), B. No: 51307/99,
23/1/2003
- 38) *Ciubotaru/Moldova*, B. No: 27138/04, 27/4/2010
- 39) *T.P. ve K.M./Birleşik Krallık*, B. No: 28945/95, 10/5/2001
- 40) *Suominen/Finlandiya*, B. No: 37801/97, 1/7/2003
- 41) *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa [BD]*, B. No: 21279/02
ve 36448/02, 22/10/2007
- 42) *Obukhova/Rusya*, B. No: 34736/03, 8/1/2009
- 43) *Sapan/Türkiye*, B. No: 44102/04, 8/6/2010
- 44) *Lombardi Vallauri/İtalya*, B. No: 39128/05, 20/10/2009
- 45) *James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 8793/79, 21/2/1986
- 46) *Mantovanelli/Fransa*, B. No: 21497/93, 18/3/1997
- 47) *Lobo Machado/Portekiz*, B. No: 15764/89, 20/2/1996
- 48) *Ruiz-Mateos/İspanya*, B. No: 12952/87, 23/6/1993
- 49) *Morel/Fransa*, B. No: 34130/96, 6/6/2000
- 50) *Gereksar ve diğerleri/Türkiye*, B.
No: 34764/05, 34786/05, 34800/05 ve 34811/05, 1/2/2011
- 51) *J.J./Hollanda*, B. No: 9/1997/793/994, 27/3/1998
- 52) *Vermeulen/Belçika*, B. No: 19075/91, 20/2/1996
- 53) *Sarıdaş/Türkiye*, B. No: 6341/10, 7/7/2015
- 54) *Nideröst-Huber/İsviçre*, B. No:18990/91, 18/2/1997
- 55) *Göç/Türkiye [BD]*, B. No: 36590/97, 11/7/2002
- 56) *Hornsby/Yunanistan*, B. No: 18357/91, 19/3/1997
- 57) *Burdov/Rusya*, B. No: 59498/00, 7/5/2002

- 58) *Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye*, B. No: 6334/05, 23/10/2012
59) *Apostol/Gürcistan*, B. No: 40765/02, 28/11/2006
60) *R. Sz./Macaristan*, B. No: 41838/11, 2/7/2013

DÖRDÜNCÜ OTURUM TARTIŞMALAR

Ali ATAGÜN (Oturum Başkanı): Sayın YILMAZOĞLU'na teşekkür ediyorum.

Bir iki hususu ben de tekraren vurgulamak istiyorum. AİHM'in devletin egemenlik hakkı konusundaki yaklaşımı ile Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yaklaşımı arasındaki farkı ortaya koydu gerçekten daha geniş bir perspektif Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde söz konusu iken, Anayasa Mahkememiz bunu daha dar yorumlayarak ihtilaflara bu yönüyle bakıyor. Örneğin, konut dokunulmazlığı, seyahat özgürlüğü ve benzeri konular.

Vergi ve ceza konusu evet önemli konulardan bir tanesi, farklı farklı maddelerden hareketle inceleniyor, AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından, diğer somut örneklerin hepsi bizim şu anda vergi dairelerimizde ve Vergi Dava Daireleri Kurulunda incelenen konular.

Gümrük ile ilgili bahsettiği konuyu da hatırlıyorum ama oradaki gerekçesi yalnız o kararda değil, bir kısım kararlarda da var, mevzuatın karmaşık olması, anlaşılabilir olmaması çelişik hükümler ihtiva etmesi bu gerekçeyi Anayasa Mahkemesi birkaç kararında da kullandı.

Ben teşekkür ediyorum. Soru olarak, Sayın Göker'e bir soru var, bunun dışında bana intikal etmiş galiba arkadaşlarımız çok iyi sunumlar yaptılar, hocam da iyi sunum yaptı ama öğreneceğiz şimdi (gülüyor) Buyurun hocam.

Doç. Dr. Cenker GÖKER: Hocam, teşekkür ediyorum Başkanım. Anayasa Mahkemesi Raportörü Sayın Abdullah TEKBAŞ'ın bir sorusu var, der ki, bu İş Bankası kararı özelinde vergi kanunları ne kadar ayrıntılı düzenlenmelidir, bugün ücret olarak vergilendirilen her nakdi, aynı veya menfaat biçimindeki ödeme tek tek Gelir Vergisi Kanununda sayılmış mıdır? Sayılmamışsa bunların ücret olarak vergilendirileceği hususu nasıl belirgin hale getirilebilir, gelmiştir? şeklinde bir sorusu var. Öncelikle ben şunu söylemek istiyorum, İş Bankası kararını eleştirdim ama eleştirdiğim noktadan çok daha fazlasını da alkışlıyorum çünkü orada mülkiyet hakkına ilişkin çok net ve çok öğretici saptamalar vardı. O yüzden benim buradaki eleştirimi şöyle algılamakta yarar olduğunu düşünüyorum, böyle

algılanmasını isteyeyim, mülkiyet hakkına müdahale anlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin belirlediği öngörülebilirlik kriterinin de yine kanunla olması gerektiği veya kanun çalışmasının meclisteki bir kanun çalışması kapsamında olması gerektiği ama henüz vergi kanunlarında net olarak saptanmamış ancak genel tebliğlerle yorum yoluyla tamamlanmaya veya yeni şeyler eklenmeye çalışılan noktada bir öngörülebilirliğin olmayacağını ki zaten böyle bir durumun da yasallık ilkesine aykırılık teşkil edeceğini düşünüyorum. Hani bu benim kişisel görüşüm, bir yanlış anlaşılma olsun istemem, hani kararı yerden yere vuruyorum gibi olmasın, aksine alkışladığım da bir karardı.

Teşekkür ederim.

Ali ATAGÜN: Tüm konuşmacılarımıza, sizlere sabrınızdan dolayı teşekkür ediyorum. Hocam solucan konusunu anlatmıştı, müsaade ederseniz vergilerin insan hakları bağlamında Kayserili olmam nedeniyle küçük bir şey de ben söylemek istiyorum; hepinizin bildiği bir fıkradır. Kayseri'liye 2 kere 2'nin kaç ettiğini sormuşlar. O da sormuş, "alırken mi satarken mi?" Maliyeciyeye sormuşlar, o da demiş ki, "Vergi alırken mi, ödenek verirken mi?"

Teşekkür ediyorum sabrınız için.

Sunucu: Değerli konuklar sunumları ve değerli katkıları için konuşmacılarımız ve oturum başkanımıza bir kez daha teşekkür ediyoruz. Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu programımız burada sona ermiştir.