

# Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 3, Sayı 2, Yıl 2013

ISSN 2146 - 1708



**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ**

**YAYININ ADI HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**YIL 2013 CİLT (3) SAYI (2) AY ARALIK**

**YAYIN SAHİBİNİN ADI** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına  
Prof.Dr. Çağlar ÖZEL

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ** Doç.Dr. Sedat ÇAL

**YAYIN İDARE MERKEZİ** Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü  
Rektörlük Binası 7. Kat  
06800 / ANKARA

**YAYIN İDARE MERKEZİ TEL.** +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77 **FAKS** +90 (312) 297 62 93

**İNTERNET ADRESİ** <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>

**E-POSTA** hukukdergi@hacettepe.edu.tr

**YAYIN DİLİ** Türkçe ve yabancı diller

**YAYIN TÜRÜ** Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM Hukuk Veri Tabanı tarafından  
taranan hakemli bir dergidir  
Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi yerel süreli bir yayındır

**YAYINLANMA BİÇİMİ** Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır

**BASIMCININ ADI** Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi  
Sıhhiye 06100 / ANKARA

**BASIMCININ TEL.** 0 (312) 310 9790

**BASIM TARİHİ / YERİ** 21 ŞUBAT 2014 / ANKARA

**ISSN** 2146 - 1708

#### **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Editör

Doç. Dr. Sedat ÇAL

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Tunay TUNOĞLU

Arş. Gör. Onur Çağdaş ARTANTAŞ

## Yayın Kurulu

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT

Doç. Dr. Sedat ÇAL

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## Danışma Kurulu

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. Rona AYBAY

Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI

Prof. Dr. Meltem CANIKLIOĞLU

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Prof. Dr. Erdal ONAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Prof. Dr. Mithat SANCAR

Prof. Dr. Fügen SARGIN

Prof. Dr. Muthucumaraswamy SORNARAJAH

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Prof. Dr. Mehmet YÜKSEL

Doç. Dr. Çetin ARSLAN

Doç. Dr. Öykü Didem AYDIN

Doç. Dr. Luigi CORNACCHIA

Doç. Dr. Sibel HACIMAHMUTOĞLU

Doç. Dr. Gus Van HARTEN

Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul AKÇAOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Dr. Şefik Taylan AKMAN

Yrd. Doç. Dr. Bilge BİNGÖL

Yrd. Doç. Dr. Muammer KETİZMEN

Yrd. Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU

Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(TOBB ETÜ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(National University of Singapore)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Università Degli Studi di Lecce Facolta di Giurisprudenza)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(York University Osgoode Hall Law School)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Victoria University of Wellington)

**NAME OF PUBLICATION** **HACETTEPE LAW REVIEW**  
**YEAR** **2013 VOLUME 3 NUMBER 2 MONTH DECEMBER**  
**PUBLISHER** On the Behalf of Hacettepe University Faculty of Law Deanship  
Prof. Dr. Çağlar ÖZEL  
**RESPONSIBLE MANAGER** Assoc. Prof. Sedat ÇAL  
**ADDRESS** Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü  
Rektörlük Binası 7. Kat  
06800 / ANKARA  
**PHONE** +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77 **FAX** +90 (312) 297 62 93  
**URL** <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>  
**E-MAIL** [hukukdergi@hacettepe.edu.tr](mailto:hukukdergi@hacettepe.edu.tr)  
**LANGUAGE** Turkish and foreign languages  
**TYPE OF PUBLICATION** Hacettepe Law Review is a refereed journal indexed by ULAKBIM Law Database  
Hacettepe Law Review is a local periodical journal  
**FORM OF PUBLICATION** Published twice a year in June and December  
**NAME OF PRESS** Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi  
Sıhhiye 06100 / ANKARA  
**PHONE OF PRESS** 0 (312) 3109790  
**DATE AND PLACE OF PRINTING** 21 FEBRUARY 2014 / ANKARA  
**ISSN** 2146 - 1708

#### **Hacettepe Law Review**

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Hacettepe University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

#### Editors

Assoc. Prof. Dr. Sedat ÇAL

#### Deputy Editors

Res. Asst. Tunay TUNOĞLU

Res. Asst. Onur Çağdaş ARTANTAŞ

## Editorial Board

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Assoc. Prof. Dr. Ferhat CANBOLAT

Assoc. Prof. Dr. Sedat ÇAL

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

## Board of Advisors

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. Rona AYBAY

Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI

Prof. Dr. Meltem CANIKLIOĞLU

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Prof. Dr. Erdal ONAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Prof. Dr. Mithat SANCAR

Prof. Dr. Fügen SARGIN

Prof. Dr. Muthucumaraswamy SORNARAJAH

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Prof. Dr. Mehmet YÜKSEL

Assoc. Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Assoc. Prof. Dr. Öykü Didem AYDIN

Assoc. Prof. Dr. Luigi CORNACCHIA

Assoc. Prof. Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU

Assoc. Prof. Dr. Gus Van HARTEN

Asst. Prof. Dr. Ertuğrul AKÇAOĞLU

Asst. Prof. Dr. Şefik Taylan AKMAN

Asst. Prof. Dr. Bilge BİNGÖL

Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN

Asst. Prof. Dr. Erdem İlker MUTLU

Asst. Prof. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS

(Ankara University, Faculty of Law)

(Ankara University, Faculty of Law)

(Gazi University, Faculty of Law)

(Near East University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Dokuz Eylül University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Baskent University Faculty of Law)

(Izmir University Faculty of Law)

(TOBB ETU University Faculty of Law)

(Bilkent University Faculty of Law)

(Galatasaray University Faculty of Law)

(Ankara University, Faculty of Law)

(Ankara University, Faculty of Law)

(Ankara University, Faculty of Law)

(National University of Singapore)

(Ankara University, Faculty of Law)

(Ankara University, Faculty of Law)

(Hacettepe University, Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Università Degli Studi di Lecce Facolta di Giurisprudenza)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(York University Osgoode Hall Law School)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Victoria University of Wellington)

# İçindekiler

## Makaleler

Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori Bağlamında Hukuk Öğretimine Bakmak . . . . .	1
<b>Mehmet YÜKSEL</b>	
Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md. 362) . . . . .	15
<b>Çetin ARSLAN</b>	
İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması . . . . .	31
<b>Gürsel KAPLAN</b>	
Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/a-b Maddesinin İptaline ve Bu Kararın Yürürlüğünün Ertelemesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Bağlamında Bazı Değerlendirmeler . . . . .	39
<b>İhsan BAŞTÜRK</b>	
Avrupa Kamu Düzeninin Bir Parçası Olarak Çoğulcu Demokrasinin Temel Gereklere . . . . .	61
<b>Sadi Vakkas GÖZLÜGÖL</b>	
1982 Anayasasında Başbakan . . . . .	75
<b>Fatih ÖZKUL</b>	
Gönüllü Vazgeçme . . . . .	91
<b>Hale AKDAĞ</b>	
Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması . . . . .	127
<b>Oytun CANYAŞ</b>	
Polisin Hukuka Uymak Konusundaki Gönülsüzlüğü Üzerine Bir Tartışma . . . . .	153
<b>Furkan KARARMAZ</b>	
"Equitable Estoppel and CISG" . . . . .	161
<b>Talya Uçaryılmaz</b>	
<b>Çeviri</b>	
Anayasa Yapımı Sürecindeki Zorluklar: Hukuk Devleti ile Demokrasi Arasındaki Etkileşimde Katılımı ve Çeşitliliği Koruma Sorunları . . . . .	179
<b>Gerhard Robbers</b>	

# Contents

## Articles

Looking at Legal Education in the Context of Science Philosophy and Social Theory . . . . .	1
<b>Mehmet YÜKSEL</b>	
Breach of Tax Privacy Offence . . . . .	15
<b>Çetin ARSLAN</b>	
Limitation by the Judge as Regards Time Effects and Results of Annulment Awards . . . . .	31
<b>Gürsel KAPLAN</b>	
Some Reviews on Turkish Constitutional Court's Decision About the Annulment and Postponement of Coming into Force of Article 65/A and B of Law No. 2863 (Cultural and Natural Heritage Protection Act). . . . .	39
<b>İhsan BAŞTÜRK</b>	
Prerequisites For Pluralist Democracy As An Essential Part of European Public Order . . . . .	61
<b>Sadi Vakkas GÖZLÜGÖL</b>	
The Prime Minister in the 1982 Constitution . . . . .	75
<b>Dr. Fatih ÖZKUL</b>	
Volunteers Disclaimer . . . . .	91
<b>Hale AKDAĞ</b>	
Norm Conflicts in Procedural Tax Law . . . . .	127
<b>Oytun CANYAŞ</b>	
A Discussion on Police's Reluctancy About Abiding Law . . . . .	153
<b>Furkan KARARMAZ</b>	
"Equitable Estoppel and CISG" . . . . .	161
<b>Talya Uçaryılmaz</b>	
<b>Translation</b>	
Challenges in the Constitution Making Process: Problems of Participation and Protecting Diversity in the Interplay Between Rule of Law And Democracy . . . . .	179
<b>Gerhard Robbers</b>	





# Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori Bağlamında Hukuk Öğretimine Bakmak

Hakemli Makale

**Mehmet YÜKSEL**

Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Ana Bilim Dalı

---

## ÖZET

---

Günümüzde hukuk öğretiminde halen ciddi bir yer işgal eden pozitivist hukuk düşüncesinin temelinde aydınlanma felsefesi ve modern bilim anlayışı ile şekillenen modern düşüncenin bulunduğu bilinen ve tartışılan bir husustur. Pozitivist hukuk anlayışının temelinde bulunan modern bilim anlayışı ile felsefi pozitivist yaklaşımda; gözlem ve deney konusu olmayan olgular, bilimsel alan dışında bırakılan metafizik mevzular olarak görülür. Buna göre, sadece somut varlığı olan, gözlem konusu olabilen olgular inceleme konusu yapılabilir. Bu yaklaşım, hukuk alanını da etkileyerek, belli bir hukuk düzenindeki mevcut hukuki kavramlar, kurallar ve kurumları ele alıp inceleyecek bir pozitif hukuk biliminin şekillenmesine katkıda bulunmuştur. Hukuku, esas olarak egemen otorite tarafından konmuş ve zorlama gücüyle donatılmış bir kurallar ve yaptırımlar bütünü olarak gören pozitivist yaklaşımda; doğal olarak, hukuku toplumsal bir olgu ve toplumsal sistemin bir alt sistemi gibi görebilecek bir kavrayışın ortaya çıkması beklenemezdi. Benzer şekilde hukuk bilimini de, toplumsal gerçekliği anlamaya ve açıklamaya çalışan diğer bilim dallarıyla karşılıklı ilişkileri ve etkileşimleri bağlamında disiplinler arası bir anlayışla inşa etmek söz konusu olamazdı.

Oysa bugün, mevcut hukuk öğretiminin temelinde önemli bir yer işgal eden pozitivist anlayışa karşı, bilim felsefesi ve sosyal teori alanında ciddi eleştiriler yöneltilmektedir. Hukuku; kavramları, kuralları ve kurumlarıyla sosyo-kültürel gerçeklikten ve değerler dünyasından dışallaştırarak şeyleştirilen eğilimlere ve görüşlere karşı çıkanlar, hukuku, insani ve kültürel bağlamına yerleştirerek, hukuk ile sosyo-kültürel oluşumlar arasındaki etkileşimi vurgulayarak, hukuk hakkındaki analizlerine değerler ve anlam dünyasını da katarak farklı bir anlayış ortaya koymaktadırlar.

### Anahtar Kelimeler

Aydınlanma felsefesi, modern sosyal teori, postmodern sosyal teori, modern hukuk, pozitivist hukuk akımı, hermenötik, hukuki realizm, eleştirel hukuk çalışmaları

---

## ABSTRACT

---

### LOOKING AT LEGAL EDUCATION IN THE CONTEXT OF SCIENCE PHILOSOPHY AND SOCIAL THEORY

It is a well-known and much-discussed issue that the positivist legal thought which is occupying a serious place in the legal education today is based upon the modern thought which has been shaped by the philosophy of enlightenment and the insight of modern science. The insight of modern science and the approach of philosophical positivism which are the basis of the legal positivism, see the phenomenon that are not the subject of observation and experiment as metaphysical subjects which are excluded from the scientific area. Accordingly only the phenomenon which have a concrete existence and therefore are the object of observation could be

made the subject of inquiry. This approach has affected the legal science by shaping a positivist legal science which is analyzing the legal rules, concepts and institutions in a definite legal system. In the scope of positivist approach where it considers law as the collection of rules and sanctions which have the power of enforcement and legislated by a sovereign, it is natural that the existence of an understanding of law as a social phenomenon and as a sub system of the social system would not be expected. Similarly, it could also not be in question to construct the legal science by its mutual relationship and interaction with the other science fields which are trying to understand the social reality.

However, the positivist approach which is mainly the basis of legal education today is being criticized within the fields of philosophy of science and social theory. The people who are criticizing the tendencies of excluding law with its concepts, rules and institutions from its socio-cultural reality and the world of values, are placing law in its humanitarian and cultural scope and are emphasizing the interaction between law and socio-cultural organisms. By doing this they are asserting a different understanding by including the world of values and sense into their analysis in law field.

#### Key Words

The philosophy of enlightenment, modern social theory, post-modern social theory, legal positivism, hermeneutic, legal realism, critical legal studies

## Giriş

Modernleşme sürecinde uzun bir zamandır, hiyerarşik ve bürokratik bir devlet ve toplum kavramlaştırması çerçevesinde sosyal olay, olgu ve kurumlara bakar hale geldik. Dünyaya bakış açımızı ve düşünme biçimimizi bir ölçüde belirleyen mevcut paradigma içinde, bilhassa konu hukuk olunca, siyaset, devlet ve hukuk, siyaset-hukuk ilişkisi üzerinde yoğunlaştık. Hâlbuki günümüz dünyası, artık, sosyal bilimlere de hayat veren siyasal devrimleri, endüstri ve ekonomi alanındaki büyük dönüşümleri geride bırakarak, mevcut devasa yapıları, hiyerarşik ve bürokratik örgütleri sorgular hale geldi. Bu çerçevede hukuk ve ideoloji, hukuk ve söylem, hukuk pratiği gibi hususlar daha fazla inceleme ve tartışma konusu olmaya başladı.

Günümüzde ekonomik, toplumsal, kültürel ve siyasal yapılar ile zihniyet dünyasında meydana gelen köklü değişimlerden ve bu bağlamda; bilgi toplumundan, endüstri ötesi toplumdaki, tüketim toplumundan, sözlü ve yazılı kültür yanında elektronik kültürden bahsedilmektedir. Bu gelişmelerle birlikte insan ilişkilerinde, davranışlarında ve dünsel alışkanlıklarında da büyük değişimler yaşandığına dikkat çekilmektedir. Bundan böyle sosyal kurumlar gibi makro yapılar yanında, günlük pratik içinde yaşanan mikro olaylar ve etkileşimler de analiz konusu edilmekte; hukukun bir kurumlar, kurallar ve kurumlar seti olmaktan ziyade toplumsal yaşam ilişkilerinde nasıl algılanıp, anlamlandırılıp, anlaşıldığı ve yorumlandığı üzerinde daha fazla durulmaktadır. Bütün bunlar, hukuk olgusuna artık yeni veya farklı bir paradigmadan da yaklaşılması gerektiğine işaret etmektedir. Bugün

“hukukun üstünlüğü,” “hukuk devleti” ve “güçler ayrılığı” gibi ilkelerin toplumsal gerçeklikten bağımsız bir şekilde vurgulanması eleştirilmekte, doğal hukuk akımınca soyut birey bağlamında kavramlaştırılan bireysel nitelikteki insan hak ve özgürlükleri anlayışı aşılmakta, bireysel özgürlükler yanında kolektif haklardan, kültürel haklardan, kimlik temelli haklardan söz edilmekte, mevcut paradigma içinde ağırlıklı yere sahip “vatandaşlık” statüsü çerçevesinde inşa edilen soyut hak ve özgürlükler sorgulanmaktadır. Kuramsal veya farazi olarak dile getirilen hukuki ilkeler ve kurallardan ziyade, bunların ne kadar hayata geçirildiği, nasıl ve ne kadar yaşanabildiği üzerinde de durmak gerektiği dile getirilmektedir.

Bundan böyle, modern devletlerin, ulus-devletlerin egemen ya da belirleyici olarak görülmediği, “toplum” ve “toplumsal” kavramlarının sorgulandığı, toplum-birey ikileminin aşılarak bireyciliğin öne çıktığı bir dönemden geçilmektedir. Özellikle iletişim ve ulaşım teknolojilerinde ortaya çıkan gelişmelerin de etkisiyle insanlar, toplumlar, kültürler ve ülkeler arasındaki ilişki ve etkileşimlerin arttığı bir süreci yaşıyoruz. Böyle bir ortamda, yerel ve küresel ölçekte insan ilişkilerine yön veren, çerçeve çizen değerler ve normların üretimi ve paylaşımı da farklı bir kapsam ve içerikte, değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Böylesi değişim ve dönüşümler, diğer toplumsal normlar kadar, belki de onlardan daha çok hukuku etkilemektedir. Böylece mevcut hukuki analiz, düşünüş ve uygulama tarzının da yoğun bir şekilde tartışılmakta olduğu bir ortama girmiş bulunuyoruz. Giderek çok karmaşık ve çok katmanlı hale gelen

olaylar ve sorunlar karşısında mevcut hukuki yapı, teorisiyle ve pratikliğiyle yetersiz kalmaktadır. Bu durum, hukuk eğitimi ve öğretiminin de yukarıda zikredilen sorunlar ve gelişmeler bağlamında gözden geçirilmesini zorlamaktadır.

Küreselleşme ve modernleşme süreçleri ve bu süreçlerin beraberinde getirdiği sorunlar anlaşılmasınan hukuk öğretimini yeni baştan tasarlamak ve hayata geçirmek mümkün gözükmemektedir. Küreselleşme süreciyle birlikte ulus-devlet temelli bilimsel çözümler eski anlamını ve önemini yitirmeye başlamıştır. Gelişen süreci, tüm boyutlarıyla ve faktörleriyle analiz etmeye çalışmak neredeyse bir zorunluluk haline gelmiştir. Klasik sosyolojinin analiz birimleri olan toplumsal sınıfların ve hareketlerin yanında giderek kültürel hareketler, eskiden sesi duyulmayan kesimlerin kimlik, kültür ve dil talepleri öne çıkmaya başlamıştır. İletişim alanındaki gelişmeler, ekonomik ve siyasal iktidar kavramı yanında "sembolik iktidar" kavramını da temel analiz öğelerinden biri olarak sosyal bilim literatürüne yerleştirmiştir. Küreselleşme, salt ekonomik odaklı bir süreç olmaktan ziyade siyasal, sosyal, kültürel, hukuksal ve ideolojik boyutları da öne çıkan bir oluşum niteliğini kazanmıştır. Benzer şekilde devletler arası ilişkiler ve etkileşimler ile ekonomik alış-verişler temelinde kavramlaştırılan küreselleşme analizlerine çokuluslu şirketler yanında sivil toplum örgütleri ve kültürel hareketler de dâhil edilmeye başlanmıştır.

Bugün, toplumbiliminin de temel inceleme birimlerini oluşturan kurumların ve normların parçalanmasından söz edilmektedir. Bu ise halen hukuk düzeninin içindeki, normlar, kurumlar, prosedürler, mekanizmalar ve örgütler üzerinde odaklanan pozitif hukuk biliminin de bundan böyle mevcut yaklaşımını gözden geçirmesini zorlamaktadır.

### **Aydınlanma Felsefesi, Modern Bilim ve Pozitivist Yaklaşım**

Modern bilim anlayışının temelinde yer alan "aydınlanma" düşüncesine göre, akıl ve bilim yoluyla doğanın ve toplumun yasaları keşfedilebilecektir. Aydınlanma düşünürleri; felsefi yaklaşımları, toplumsal ve siyasal olaylara bakış açıları bakımından farklı duruşlar sergilemekle birlikte, akla, bilime ve ilerleme düşüncesine verdikleri önem bakımından birleşirler. Bu temeller üzerinde yükselen modern bilim anlayışında; bilim, doğal ve toplumsal hayatta düzenlilikleri bulmaya çalışan,

büyük ölçüde kesin ve nesnel karakter taşıyan bir etkinlik alanı olarak kavramlaştırılır. Buna göre, bilim sayesinde doğal ve sosyal olaylar açıklanabilir ve geleceğe dönük öngörülerde bulunulabilir.

Aydınlanma düşünürleri için akıl ve bilim yoluyla kavranabilecek tek gerçeklik vardır. Bu, bütün insanlar ve toplumlar için geçerli olan evrensel bir gerçekliktir. Akıl ve bilim ise, bu gerçekliğin evrenselliğini ortaya koyacak araçlardır. Böylece zamandan ve mekândan bağımsız, neredeyse özerk bir gerçeklik kavramı yaratılmıştır. Doğal ve sosyal bilimlerin nesnel olarak kurulabileceğine dayanan bu kabulün temelinde ise, dış gerçekliğin tek bir doğru temsil biçimi olduğu inancı vardır. Böyle bir anlayışta, belirsizliğe, muğlaklığa, göreceliğe ve kuşkuya yer yoktur.

Modernleşme sürecinde "aydınlanma projesi", esas olarak insani gerilemenin kaynağı olan cehaletin ortadan kaldırılıp yerine bilimsel bilginin ikame edilmesinin, sınırsız bir şekilde insani ilerlemenin yolunu açacağı kabulüne dayanır. Buna göre; insanlığın epistemolojik birliği, evrensel geçerliliğe sahip bir metodolojik kabuller çerçevesinde sağlanabilecek; insanlığın moral birliği, benzer şekilde, evrensel akli moral ilkelerin her yerde bağlayıcı hale gelip insan davranışlarına rehberler ve standartlar getirmesiyle başarılabilecek; sadece bilim ve evrensel değerlere dayanan bir toplum, gerçekten özgür ve rasyonel olabilecek; insan hayatı da bir o kadar iyi olacak ve bundan böyle bir toplumun tüm üyeleri mutlu olacaktır<sup>1</sup>.

Böyle bir toplumun bilim ve akıl sayesinde şekillendirilmesinde ise, hiç kuşkusuz en önemli araçlardan birisi planlı ve bilinçli bir tasarımın sonucu olarak ihdas edilen hukuk olacaktır. Aydınlanma düşüncesinde; ahlak ve hukuk alanlarının da evrensel geçerliliği olacak biçimde kurulabileceği kabulü vardır. Bu kabulün temelinde; insanların evrensel, değişmez ve ebedi özellikleri olduğu ve bunların akıl ve bilim sayesinde ortaya çıkabileceği inancı vardır<sup>2</sup>. Böyle bir inanç çerçevesinde değişken olana, göreliliğe, müphemliğe, belirsizliğe yer yoktur. Bu anlayış çerçevesinde hukuk, kendi içine kapalı, sistemli bir normlar bütünü olarak kavramlaştırılır. Bu nitelikteki bir

1 Hollinger, Robert, **Postmodernizm ve Sosyal Bilimler**, (çev. Ahmet Cevizci), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2005.

2 Tekeli İlhan, **Modernite Açılırken Siyaset**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1999.

bütünün ise, ayrıca dışsal unsurlar veya değişkenlerle açıklanmaya ihtiyacı yoktur.

Sosyal bilimler -ekonomik, psikoloji, kültürel antropoloji, tarih, siyaset bilimi, sosyoloji- modernleşme sürecini anlama ihtiyacından doğmuştur. Sosyal bilimler tarafından geliştirilen kavramlar, yöntem ve yaklaşımlar, hem bu bağlam tarafından şekillendirildi hem de toplumu bu bağlamda anlamak için inşa edildi. Modern toplumu anlamaya, açıklamaya ve bu sayede onu kontrol etmeye çalışmanın, sosyal bilimlerin varlık sebebi olduğu söylenebilir<sup>3</sup>. Aydınlanma düşüncesi bağlamında ilkin doğal bilimler alanında şekillenen modern bilim anlayışı, 19. yüzyılda sosyal bilimlere de damgasını vurdu. Sosyal bilimlere de damgasını vuran bu bilim anlayışına göre toplumlar, işleyiş biçimleri ve yapıları rahatlıkla kavranabilecek ve açıklanabilecek bütünlerdi. İnsanlar rasyonel bir şekilde kendi kapasitelerini kullanarak bilim yoluyla daha iyi bir toplum tarzını gerçekleştirebilirlerdi<sup>4</sup>.

Sosyal bilimler, Yeniçağın "Bilmek, yapabilmektir" sloganı altında pozitivist ve evrenselci bir epistemoloji içinde ve belli politik-ideolojik istek ve amaçlar doğrultusunda yönlendirilmiş bilgi faaliyetleri olarak kurumlaşmıştır. On dokuzuncu yüzyılda "sosyal bilim" olarak kurumlaşan beş temel bilim vardır; sosyoloji, tarih, iktisat, siyaset bilimi ve antropoloji. Bunların hepsi, aydınlanmacı etkilerle, toplumun rasyonel yönden düzenlenmesi, ilerleme, "akılcı ve bilimsel bir toplum" yaratma amaçlarıyla hareket etmiştir. Evrensel insan doğası tasarımıyla evrensel insan haklarına kadar, bu bilimlerin hepsine, çağa damgasını vuran politik-ideolojik motifler yön vermiştir. Doğa yasaları gibi "toplum yasaları"ndan ve "tarih yasaları"ndan söz edilmiştir. Bilimsel bilginin kesinliğinden, zorunluluğundan, nesnellüğünden ve tabii ki evrenselliğinden dem vurulmuştur<sup>5</sup>.

On dokuzuncu yüzyılda sosyal bilimlerdeki gelişmeler hukuk alanına da yansımış ve bunların etkisiyle hukuku da pozitif bir bilim haline getirme eğilimi güçlenmiştir. Hukuku, metafizik nitelikteki

düşüncelerden arındırılarak bir pozitif bilim konusu haline getirme çalışmaları yoğunlaşmıştır. Böylece, 19. yüzyılın sonuna doğru bağımsız bir bilim dalı olarak "hukukun genel teorisi" ortaya çıkmıştır. Hukuku genel olarak ele alan bu bilim dalı, tüm hukuk dalları için geçerli olan kavram, kurum, yapı ve ilkeleri inceler. Temel odak noktası "hukuk"tur. Bir anlamda hukukun bilimsel (formel) teorisidir<sup>6</sup>. Hukukun içeriğini ve değerleri inceleme alanı dışında bırakan hukukun genel teorisi, formel veya empirik olarak doğrulanamayan önermeleri bilim alanına yabancı kabul eder ve bunları reddeder. Viyana çevresinin "mantıkçı pozitivistizm"den de etkilenen hukukun pozitivist genel teorisine göre, sadece algısal yargılar empirik olarak doğrulanabilirler, bilimin çalışma konusunu oluşturabilirler<sup>7</sup>.

Sosyal bilimlerin doğuş yüzyılı olan 19. yüzyıl, aynı zamanda halen etkinliğini bugün de sürdürmekte olan pozitivist hukuk anlayışının da gelişip sergilendiği bir yüzyıl olmuştur. Aydınlanma felsefesi temelinde şekillenen bu düşünme ve davranış biçimleri, insanların hukuka ilişkin bakış açılarını, tutum ve davranışlarını da etkilemiştir. İnsan aklına ve bilgi sahibi insanlara atfedilen büyük önem, hukukun bilgili insanlar eliyle mükemmel bir şekilde yaratılabileceği düşüncesine yol açmıştır. Buna göre; akıl ve bilim yoluyla doğanın ve toplumun yasaları keşfedilerek, bu çerçevede yapılacak hukuki düzenlemelerle toplumsal istikrar, güven ve barış ortamının sağlanabilecek ve mükemmel bir toplum düzeni kurulabilecektir. Başka bir deyişle, akıl ve bilim sayesinde oluşturulacak kurallar ve kurumlar yoluyla insanlar, daha müreffeh, daha mutlu ve huzurlu bir yaşam sürdürebileceklerdir. Böyle bir toplumsal hayatın kurulmasında ve buna göre bir sosyal düzenin gerçekleştirilmesinde ise, akıl ve bilim sayesinde ortaya konulacak mevzuat derlemeleri, içtihat kitapları, kodifikasyonlar ve kanunlaştırmalar en önemli araçlar haline gelirken hukukçular da vazgeçilmez aktörler olacaktır.

Modern bilim anlayışını, doğal ve toplumsal olaylara bir yaklaşım biçimi ve bir yöntem olarak pozitivistizm temsil eder. Pozitivist akımların ortak özelliği, bilimsel çalışmaları, üzerinde çalıştıkları toplumların sosyal, ekonomik, siyasal ve kültürel

3 Hollinger, 2005, s. 12-13.

4 Wallerstein, Immanuel, **Bildiğimiz Dünyanın Sonu: Yirmi Birinci Yüzyılın Sosyal Bilimi**, (çev. Tuncay Birkan), Metis Yayınları, İstanbul, 2000.

5 Özlem, Doğan, "Evrensellik Mitosu ve Sosyal Bilimler", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Defter ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998.

6 Gözler, Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.

7 Gözler, 1998, s. 15-17

şartlarından bağımsız olarak ele alıp bir anlamda mutlaklaştırma yönündeki eğilimleri olmuştur. Pozitivistler, insanlığın kurtuluşunun, bilimsel düşünce kurallarına ve yöntemlerine sadık kalmakla ve insanların bilimsel ilkelere ve yöntemlere göre davranmalarını sağlamakla gerçekleşeceğine inanırlar<sup>8</sup>. Bu yaklaşımın temelinde yer alan; doğruların bulunacağına, bilinmeyenin keşfedilebileceğine ve insanın kendi kaderine hâkim olacağına ilişkin inanç, hukuki düşünce ve uygulamayla birlikte hukuka bakış açısını da etkilemiştir. Pozitif bilim gibi, pozitif hukuk biliminin de hukuki kavramlar, kurallar ve kurumlar üzerinde odaklaşarak onları, bünyesinde yer aldıkları toplumsal şartlardan soyutlayarak, inceleyip sistemleştirmeye çalıştığı görülür. Yine pozitivist yaklaşımın bilim yoluyla insanlığı kurtarma düşüncesi ile, akılcı insan müdahalesiyle yaratılan hukuk yoluyla toplumsal yaşamın belirli bir hedef doğrultusunda düzenlenebileceğine inanan pozitivist hukuk yaklaşımı arasında da yakın bir bağ vardır<sup>9</sup>.

On dokuzuncu yüzyıldaki endüstriyel ve ticari gelişmeler ile bu gelişmelerden kaynaklanan sözleşme ilişkileri, hukukun uygulama alanını genişleterek ortaya çıkan sorunları ve uyuşmazlıkları hukuk eliyle çözüme kavuşturma ihtiyacını yoğunlaştırmıştır. Bütün bunlar, hukukun mantıksal ve bilimsel açıklanmasını, yasama tekniklerinin geliştirilmesini, temel hukuki kavramların ve normların anlamlarının belirlenmesini gerektirmiştir<sup>10</sup>. Bu ise pozitif hukuk biliminin söz konusu temeller üstünde yükselmesine yol açmış, belirlilik, kesinlik, açıklık ve istikrar gibi öğeleri vurgulayan hukuki pozitivism akımına vücut vermiştir. Metafiziğin tamamen dışlandığı, ahlak, adalet, doğruluk ve erdem gibi soyut kavramların göz ardı edildiği modern pozitivist yaklaşımla bağlantılı olarak gelişen hukuki pozitivism akımı, toplumsal sistem içinde mevcut bulunan hukuki kavramları, kuralları ve kurumları ele alıp inceleyerek bir pozitif hukuk bilimi kurulabileceği inancını güçlendirmiştir<sup>11</sup>. Hukuku, ahlak, erdem, adalet gibi soyut kavram

veya değerlerden arındırarak, yani toplumsal değerlerden ve kişisel tercihlerden soyutlayarak, ona bilimsel bir kimlik kazandırmaya çalışan hukuki pozitivism; tutarsızlıklardan, belirsizliklerden, çelişkilerden uzak sistematik, açık, tutarlı bir sistem yaratmaya çalışmıştır. Böylece hukuk biliminin, kendi içinde sistemli, tutarlı bir bütünlük oluşturan hukuk sistemini incelemekle görevli sayılması, onu diğer disiplinlerden giderek bağımsız ve özerk bir konuma yerleştirmiştir. Anleu'ya göre, pozitivist akım eliyle hukuk, bağlayıcılığını ve devamlılığını kendi içsel yapısında barındıran; ahlak, örf ve adet, gelenek gibi öğelerin dışında ve üstünde yer alan bağımsız bir varlığa sahip ilkeler, kurallar ve kurumlar bütünü olarak kavramlaştırılır<sup>12</sup>.

Fransa'da 19. yüzyılın neredeyse sonlarına kadar etkinliğini sürdürmüş, hukuki pozitivismin de habercisi olan anlayışa göre hukuk, kanun koyucunun çıkardığı hükümlerden ibaretti. Başka bir deyişle hukuk kanun anlamına gelirken kanun da devlet idaresi demek oluyordu. Buna göre; gerek hâkimlerin gerekse hukuk bilimi ile uğraşanların görevi de, yalnızca kanunu uygulamaktan ve açıklamaktan ibaret kalıyordu. Bunların asıl fonksiyonu, hukuku yaratmak değil, sadece yapılmış olan hukuku açıklamak ve uygulamaktı. Fransız İhtilali'nin önde gelen figürlerinden birisi olan Robespierre, 1790 yılında bu yaklaşımı şöyle örneklendirmişti: "İçtihat kelimesi dilimizden silinmelidir, yeni rejimde bunun hiçbir anlamı yoktur. Anayasası ve kanunları olan devletlerde, mahkemelerin içtihadı kanundan başka bir şey değildir<sup>13</sup>." Böylesi hukuk anlayışının baskın olduğu bir dönemde ve ortamda, hukukun çok boyutlu, çok yönlü bir toplumsal olgu olduğu gerçeğinden hareketle disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınması beklenemezdi. Modern hukuk kültüründe, başta egemen güç olmak üzere bilinçli insan faaliyetiyle, akıl yoluyla ihdas edilen kurallar büyük bir öneme haizdir. Bir anlamda hukuk, egemen gücün iradesinin ürünü olarak yürürlüğe konulan kurallar bütünü olup iki temel unsuru emir ve cebirdir.

İradeci ve pozitivist hukuk akımının en ünlü temsilcisi Austin'e göre pozitif hukuk, siyasal bakımdan üstün durumda olanın, kendisine tabi

8 Horkheimer, Max, **Akıl Tutulması**, (çev. Orhan Koçak), Metis Yayınları, İstanbul, 1994.

9 Yüksel, Mehmet, **Modernite, Postmodernlik ve Hukuk**, Siyasal Kitabevi Yayını, Ankara, 2002.

10 Keyman, Selahattin, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, Doruk Yayınları, Ankara, 1981.

11 Yüksel, **2002**, s. 144-145.

12 Anleu, Sharyn/L. Roach, **Law and Social Change**, Sage Publication, London, 2000.

13 Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi Yayını, Ankara, 2012.

olanların davranışlarını düzenlemek için ihdas ettiği kurallar toplamı anlamına gelir. Normcu hukuki pozitivism ise, hem yönetilene hem de yöneteni bağlayan "norm" kavramına dayanır ve hukuki pozitivism tarihinde yeni bir aşamayı temsil eder. Hukuk teorisini sosyolojik, politik ve ideolojik unsurlardan soyutlayarak bir "Saf Hukuk Teorisi" geliştirmeye çalışan Kelsen de hukuk teorisinin yalnızca pozitif hukukla ilgilenmesi gerektiğini belirterek, adil hukuku veya adalete uygun hukuku araştırmamanın hukuk teorisinin görevi olmadığını ifade eder<sup>14</sup>.

Yeni bir iktisadi çıkarlar anlayışıyla, özel girişim, ücretli emek ve serbest ticaret ilkeleriyle bütünleşen kapitalizmle ve burjuva sınıfıyla birlikte yeni bir akılcılık, evrenselcilik ve sekülerlik veya dünyevilik eğilimi de giderek gelişmiştir. Bu gelişmelerle birlikte insan, kendi kişiliğini arayan, keşfetmeye, geliştirmeye, gerçekleştirmeye çalışan "birey"e evrilmiştir<sup>15</sup>. Bu dönemde insan aklına ve bilgi sahibi insanlara atfedilen büyük önem, hukukun bilgili insanlar eliyle mükemmel bir şekilde yaratılabileceği düşüncesine yol açmıştır. Başka bir deyişle, toplumsal kurumlar gelenekler tarafından değil de, akıl ve bilim sayesinde oluşturulduğu taktirde insanlar daha mutlu ve daha onurlu bir hayat yaşayabilirdi. Aydınlanma felsefesi, insanları baskı altında tutan önyargılara ve unsurlara karşı çıkarak, insanların doğuştan özgür ve eşit haklara sahip olduklarını ileri sürüyordu<sup>16</sup>.

### Modern Bilim Anlayışına ve Pozitivist Paradigmaya Eleştiriler

Modern bilimin amacı, yasalara veya yasalı bilgiye ulaşmaktır. Modern bilim, teorik içeriğine rağmen, esas olarak empirik temelli bir etkinliktir. Bu bilim anlayışına göre, bir önermenin bilimsel olması, deney ve gözleme konu olabilmesi demektir. Genel geçer, evrensel, zorunlu ve objektif olmak, bilimsel bilginin temel amacıdır. Bilim, gücünü olguların empirik incelenmesinden ve elde ettiği sonuçlardan hareketle geleceğe ilişkin öngörülerde bulunabilme özelliğinden alır<sup>17</sup>. Modern

bilim, esas olarak pozitivist bilim paradigması çerçevesinde kavramlaştırılan bir etkinlik alanı olmuştur. Modern bilim anlayışına göre bilim, doğal ve toplumsal hayatta gözlenen düzenlilikleri bulmaya çalışan, büyük ölçüde kesin ve nesnel karakter taşıyan bir etkinliktir. Bilim sayesinde doğal ve sosyal olaylar açıklanabilir ve geleceğe dönük tahminlerde bulunabilir. Bu nitelikteki bir bilim modelinde aklın dışında duygulara, hayallere, sezgilere, değerlere ve anlam sistemlerine yer yoktur. Günümüzde bu bilim anlayışına ciddi eleştiriler yöneltilmekte; doğal ve toplumsal dünyanın, modern bilim anlayışının öngördüğünden çok daha çeşitlilik arz eden, farklılık ve değişiklik gösteren bir gerçeklik olduğu ileri sürülmekte, böylesine karmaşık, çeşitli, farklı öge, ilişki ve süreci barındıran doğal ve toplumsal gerçekliği tek bir modelle açıklamanın mümkün olmadığı belirtilmektedir<sup>18</sup>.

Toplumsal olgular, modernleşme sürecinin başlarında, daha çok düzen-düzensizlik, egemenlik, otorite, ulus ve devrim gibi siyasal kategoriler çerçevesinde ele alınırken, 19. yüzyılda yaşanan sosyo-ekonomik temel dönüşümlere bağlı olarak sınıf, kazanç, rekabet, yatırım, toplu sözleşme görüşmeleri gibi ekonomik ve toplumsal kategoriler bağlamında düşünülmüştür. Bugün ise, her şeyin toplumsal bakımdan ifade edildiği ve açıklandığı bir dönemden çıkıyoruz. Artık ortak ve kişisel yaşamın bütün alanlarında, varlığını hissettiren yeni bir paradigmanın neresinde olduğumuzu ve bu alanları bizim için anlaşılır kılan dünya ve kendimiz hakkındaki söylemin ne olduğunu bilmemizin zamanı gelmiştir. Bu yeni paradigma, birey ve aktör temelli bir paradigmadır. Bu paradigmanın temelinde yer alan bireycilik, yalnızca üretim tekniklerine değil, aynı zamanda tüketim ve iletişim tekniklerine bağlı bir toplumdaki bireyciliktir<sup>19</sup>. Benzer bir gelişme hukuk alanında da yaşanmaktadır. Modern hukukun temelinde bulunan soyut birey hakları ve özgürlükleri anlayışı üzerine inşa edilen "yurttaşlık" statüsü değişmekte; bundan böyle bireysel farklılıkları, kültürel çoğulluğu ve kimlik taleplerini dikkate almayan bir yurttaşlık statüsü sorgulanmaktadır.

14 Güriz, 2012, s. 257-258.

15 Güriz, Adnan, **Feminizm Postmodernizm ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.

16 Öktem, Niyazi, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi**, Der Yayınları, İstanbul, 1985.

17 Şimşek, Lütfü, **Sosyal Bilimler ve Felsefe**, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2011.

18 Bulutay, Tuncer, **Bilimin Niteliği Üzerine Denemeler**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1986.

19 Touraine, Alain, **Bugünün Dünyasını Anlamak İçin Yeni Bir Paradigma**, (çev. Okay Kunal), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.

Günümüzde, insan-doğa karşıtlığı yerine, doğal ve toplumsal gerçekliğin tüm karmaşıklığı ve etkileşimleri bağlamında ele alınarak analiz edilmesi, doğal bilimler, sosyal bilimler ve insan bilimleri şeklinde yapılan üçlü bilim sınıflandırmasının açılması yönünde bir eğilimin belirginleştiğine işaret eden Gülbenkian Komisyonunun "Sosyal Bilimleri Açın" başlığı ile yayımlanan raporunda; bundan böyle sosyal bilimlerin, yaptıkları araştırmalarda analiz birimi olarak ulus-devlet çerçevesinde düşünülen toplumsal bütünlüğü incelemekle yetinemeyeceğine; devlet altı ve devlet üstü ölçekte çalışmalar yapılması zorunluluğuna; mutlak bir nesnellik anlayışının imkânsızlığına; sosyal bilimler alanında gözlenen aşırı uzmanlaşmanın aşılarda disiplinler arası işbirliği yapmanın gerekliliğine işaret edilmektedir<sup>20</sup>. Söz konusu rapor; sosyal bilimlerin her zaman fazlasıyla devlet-merkezci olduğunu belirterek, sosyal bilimlerin çözümlediği süreçlerin ve olguların çerçevesini devletlerin oluşturduğunu ifade eder. Gülbenkian Komisyonu'na göre, kuşkusuz devleti, analitik önceliği tartışılmadan kabul edilecek denli doğal bir birim olarak görmeyen sosyal bilimciler her zaman var olmuştur. Ancak bunların sayıları, hem az olmuş hem de 1850-1950 döneminde sesleri de pek duyulmamıştır. Devletin sosyal hayatın doğal sınırlarını oluşturduğu kabulü, özellikle 1970'lerden itibaren çok daha ciddi bir şekilde sorgulanmaya başlandı. Bu ise, iki temel dönüşümün bir araya gelmesiyle mümkün oldu: Birincisi, devletlerin, modernleşme ve ekonomik refahın başlıca faili olacakları savının ve taahhüdünün karşılıksız kaldığı görüldü. İkincisi, sosyal bilimlerin ve bu alandaki bilim insanlarının hiç sorgulamadan kabul ettikleri, bilimin kesin bilgiyi sağlayacağı, bunun ilerlemeye katkıda bulunacağı, uzmanlar eliyle bilimsel bilginin kullanılarak sürekli bir iyileşme sağlanabileceği, sosyal refahın ve toplumsal reformların gerçekleşmesinde devletin kilit rol oynayabileceği inancı çöktü. Sosyal bilimlerin akılcı bir tarzda kullanılmasıyla sağlanabilecek ilerlemeler sayesinde toplumsal gelişme sürecine katkıda bulunacağı bekleniyordu. Devlet sınırları ise, söz konusu gelişmenin gerçekleşeceği doğal çerçeveyi oluşturacaktı. Ancak bu beklentilerin

20 Gülbenkian Komisyonu, **Sosyal Bilimleri Açın: Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine**, (çev. Şirin Tekeli), Metis Yayınları, İstanbul, 1996.

karşılanmadığının anlaşılmasıyla devlete yönelik inanç sarsıldı. Söz konusu raporda; geleneksel sosyal bilimlerin devlet-merkezçiliğinin, aslında teorik bir basitleştirme olduğu, her devletin, homojen ve eşdeğer bir mekân içinde genellikle birbirine paralel süreçlerle işleyen özerk bir sistem oluşturduğu varsayımına dayandığı, artık bu kabullün ciddi şekilde sorgulandığı da vurgulanmıştır<sup>21</sup>.

Bugün, sosyolojide çokça kullandığımız "toplum" kavramının "ulus-devlet" ile eş anlama geldiğini ve toplumun ulus-devlet sınırlarıyla tanımlanmış olduğunu biliyoruz. Sosyolojinin toplum kurgusu, aslında ulus-devletin kurgusudur. Sosyoloji dilinde bu kurgu halen doğa metaforlarıyla anlatılıyor. Buna göre; insanlar toplumun doğal üyesidirler, toplum organik bir bütünlük olup birbirleriyle ilişkili ve birbirini tamamlayan öğelerden oluşur, tüm yaşayan varlıklar gibi farklı aşamalardan geçer ve benzeri genellemeler, yakın zamana kadar sorgulanmasına gerek olmayan evrensel doğrular olarak kabul ediliyordu<sup>22</sup>. Bugün ise, yaşanan dönemi ve mekânı dikkate almayan evrensel ve nesnel bilim anlayışından kültür ve toplumsal bağlamı dikkate alan bir bilim anlayışına geçilmektedir. Başka bir deyişle, modernizmden kültüralizme, evrenselden tikele, nesnelden öznel doğru yol alınmaktadır. Bütün bunlar, sosyal bilimleri farklı kültürlerle ve toplumlara açılmaya, kenarda kalmışları ele almaya, disiplinler arası arayışlara, hermenötik felsefeye ve postmodern söylemlere doğru itmektedir<sup>23</sup>.

"Batı Düşüncesinde Devrim" başlıklı eseri 1961'de yayımlanan Huston Smith'e göre yirminci yüzyıl, Batı düşüncesinde "post-modern zihin"i başlatan bir dönüşüme yol açmış; gerçekliğin insan aklı tarafından kavranabilecek yasalarca düzenlendiğini varsayan modern dünya görüşünden, gerçekliğin düzenlenmemiş ve nihai olarak bilinemez olduğunu kabul eden postmodern dünya görüşüne geçmiştir. Postmodernistler, bilginin dayandırılabilmesi sarsılmaz bir temel

21 Gülbenkian Komisyonu, 1996, s. 77-80.

22 Öncü, Ayşe, "Sosyal Bilimlerde Yeni Meşruiyet Zemini Arayışları", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998.

23 Göle, Nilüfer, "Batı-dışı Modernliğin Kavramlaştırılması Mümkün mü?", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998.

arayışından yola çıkan, evrenselleştirici ve totalleştirici iddialar ileri süren, mutlak hakikate ulaşabileceğini varsayan ve rasyonalizme büyük önem atfeden modern bilim anlayışını eleştirerek, gerçekliğin çok katlılığını, çoğulluğunu, bölük pörçüklüğünü ve belirlenmemiş olduğunu ileri sürerler<sup>24</sup>. Böylece postmodernistler, bu yaklaşımlarıyla; modern sosyal teori karşısında bir postmodern sosyal teori otaya koyarlar. Yazardan ziyade okuyucu üzerinde odaklaşırlar, özne ve öznellik, özne ve nesne, öznellik ve nesnellik gibi konularla ilgilenirler. Toplumsal gerçekliğin farklılığının ve karmaşıklığının tek bir perspektifle yakalanamayacağını ileri sürerek; modern sosyal teorinin yazara tanıdığı üstünlükten, büyük anlatılara dönük eğilimden, totalleştirmeden ve bilimci anlayıştan uzaklaşması gerektiğini savunurlar<sup>25</sup>. Böylece kendilerini perspektifçi ve görecelikçi bir konuma yerleştirmiş olurlar.

Sosyal bilimlerdeki temel yaklaşımlar arasında yer alan, günümüzde felsefi ve akademik tartışmaların ana konulardan biri haline gelen "perspektifçilik", "pozitivizm" ile "görecelik" arasında yer alır. Bilimi, gerçekliği doğrudan görmeyi ve temsil etmenin emsalsiz bir yolu sayan pozitivizmin aksine; perspektifçilik, her epistemik girişimin, bilim de dâhil olmak üzere, kendi entelektüel, siyasal bağlılık ve çıkarları tarafından belirlenen bir bakış açısından doğacağını ileri sürer. Buna göre, biz, bırakın bütün "gerçekliği", hiçbir şeyi doğrudan göremeyiz. Bütün görülen, belli bir perspektiften görülendir. Bunun, doğa bilimlerinde bile böyle olduğu artık sorgulanmamaktadır. Her bilmiş edimi, her halükarda belli bir perspektif içinde gerçekleştiği için, görecelik, bir perspektifi ötekenden daha iyi saymanın hiçbir rasyonel temelini olmadığını iddia eder. Görecelik için bilim, öteki muhtemel perspektiflerden ne daha iyi ne daha kötü olan herhangi bir perspektiften başka bir şey değildir. Görecelik, bilimin özerklik iddialarını yıkarak, onun geleneksel öncelikli statüsünü sarsar<sup>26</sup>. Farklılığa, çoğulluğa, değişkenliğe

vurgu yapan görecelik, farklı kültürler arasında karşılaştırmalı bir değerlendirmeye imkân tanımaz. Aksine, sadece farklılıkları doğal karşılamamızı bize öğütler. Ancak böyle bir duruş ya da tutumun, Almanya'daki Nasyonal Sosyalist kültürü veya kadınlara sünnet uygulayan kültürleri de içerip içermeyeceğini bir başka mesele olarak yana koyar. O zamanda sormak gerekir ki, öne sürülebilecek hiçbir mevcudiyet, hiçbir hakikat, hiçbir ahlakilik yoksa, soykırımı, kadınlara veya azınlıklara uygulanan baskıları nasıl niteleyip suçlayacağımızı bilmek de zordur<sup>27</sup>.

Yorumsamacı ya da Hermenötik yaklaşım ise, toplumun, kendi iradeleri doğrultusunda etkinlikte bulunan insanların bilinçli veya amaçlı eylemlerinden meydana geldiğini, bu nedenle de doğal bilimlerdeki nedenselliğin yerini sosyal bilimlerde amaçlı insan eyleminin aldığı ileri sürer. Bu yaklaşım, sosyal araştırmanın amacının insan eyleminin arkasındaki motifi, kültürel bağlam içinde anlatmak olduğu kabulüne dayanır. Bu yaklaşıma göre sosyal bilimler, toplumsal olguların oluşturucusu olan insanı ve onun güdülerini anlamaya yönelmeli, nedensel bakış açısıyla yasarlar aramak yerine, insanın bakış açısını ve kaygılarını yorumlamaya çalışmalıdır<sup>28</sup>. Toplumsal gerçekliğin tamamen kendine özgü yorumlama yöntemiyle ele alınması gerektiğini savunan Hermenötik yaklaşımda, açıklama yerini anlamaya bırakır. Hermenötik gelenek, bir anlam dünyası olarak toplumsal gerçekliğin kuruluşunda dilin kurucu önemini vurgulayarak toplumsal gerçekliğin özneler arasılığına dikkat çeker. Bu gelenekte toplumsal gerçeklik, insanın yarattığı kültürel bir dünya olarak kavramlaştırılır ve anlam üzerine kurulu bu dünyanın sadece gözlem yoluyla anlaşılamayacağı düşünülür. Böyle bir nitelikteki gerçekliğin bilgisine ulaşabilmek için; insanın amaç-eylem bağlantısını göz önüne alan yorumlayıcı bir bilime ihtiyaç bulunduğu ileri sürülür<sup>29</sup>.

Günümüzde, mevcut hukuk öğretiminin temelinde önemli bir yer işgal eden pozitivist anlayışa karşı da bilim felsefesi ve sosyal teori alanında ciddi eleştiriler yöneltilmektedir. Başka bir deyişle, büyük ölçüde modernite koşullarında

24 Best, Steven/Douglas Kellner, **Postmodern Teori**, (çev. Mehmet Küçük), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.

25 Ritzer, George, **Postmodern Social Theory**, The McGraw - Hill Comp, New York, 1997.

26 Fay Brian, **Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi**, (çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.

27 Benton, Ted/Craib, Ian, **Sosyal Bilim Felsefesi**, (çev. Ümit Tatlıcan/Berivan Binay), Sentez Yayınları, Bursa, 2008.

28 Şimşek, 2011, s. 28.

29 Şimşek, 2011, s. 183.



oluşan pozitivist nitelikli hukuki kavrayışlar ve düzenlemeler, modern sonrası veya postmodern olarak adlandırılan, günümüzü de içeren dönemde cereyan eden postmodernleşme ve küreselleşme tartışmaları bağlamında sorgulanmakta ve eleştirilmektedir. Söz konusu eleştiriler, modern bilim anlayışı ve bu anlayışın temelinde yer alan pozitivist epistemoloji üzerinde yoğunlaşmaktadır. Modern bilim anlayışına göre bilim, doğal ve toplumsal hayatta gözlenen düzenlilikleri akıl ve bilimsel metot yoluyla bulmaya çalışan, büyük ölçüde kesin ve nesnel karakter taşıyan bir etkinliktir. Bu bilim kavrayışında; duygulara, hayallere, sezgilere, değer ve anlam sistemlerine yer yoktur. Oysa günümüzde, içinde yaşanılan toplumsal gerçekliği ve zaman dilimini dikkate almadan evrensellik ve nesnellik peşinde koşan bilim anlayışından kültürü ve toplumsal bağlamı dikkate alan bir bilim anlayışına geçilmektedir. Aynı şekilde, mutlak nesnellik peşinde koşan, kendisini tek tek özerk ve bağımsız uzmanlık alanları olarak konumlandıran sosyal bilimlerin anlayışına karşı disiplinler arası işbirliği yapmanın önemi ve gereği vurgulanmaktadır. Sosyal teoride giderek öne çıkan yeni yaklaşımlar; yapılar, normlar ve kurumlardan ziyade ilişkiler, iletişim ve süreçler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Toplumsal gerçekliğin karmaşıklığı, değişkenliği, çoğulluğu ve çok katlılığı vurgulanarak bilimsel bilginin mutlak hakikati, kesin ve evrensel bilgiyi ortaya koyamacağı savunulmaktadır.

Bilim felsefesinde ve sosyal teoride ortaya çıkan yeni yaklaşımlar, hukuka ilişkin çalışmalarda da yansımaları bulmuştur. Hukuku; kavramları, kuralları ve kurumlarıyla sosyo-kültürel gerçeklikten ve değerler dünyasından dışsallaştırarak şeyleştirilen eğilimlere ve görüşlere karşı çıkanlar, hukuku, insani ve kültürel bağlamına yerleştirerek, hukuk ile sosyo-kültürel oluşumlar arasındaki etkileşimi vurgulayarak, hukuk hakkındaki analizlerine değerler ve anlam dünyasını da katarak farklı bir anlayış ortaya koyarlar.

Birçok yönden çok farklı eğilimlere sahip olan modernist ve postmodernist yaklaşımların hukuka bakış açıları da buna bağlı olarak farklılık gösterir. Modern bilim anlayışının temelinde bulunan pozitivist bilgi teorisine göre, toplumun yasaları keşfedip geleceğe ilişkin öngörülerde bulunulabilir. Toplum, bu bilgi ve bir araç olarak kullanılacak

hukuk sayesinde planlanarak veya tasarlanarak daha ileri veya daha uygar bir aşamaya çıkarılabilir. Görüleceği üzere bu yaklaşım, hukuku, kavramları, kuralları ve kurumlarıyla, sosyo-kültürel gerçeklikten ve değerler dünyasından dışsallaştıracak şeyleştirir. Buna karşılık postmodernistler, hukuku, kültürel ve insani bağlamına yerleştirerek, hukuk ile sosyo-kültürel süreçler arasındaki etkileşimi vurgulayarak, analizlerine değerler ve zihniyet dünyasını katarak farklı bir hukuk anlayışı sergilerler<sup>30</sup>.

Postmodernizm, modern hukuk sistemine bir karşı çıkış, bütünlüştürücü düşüncenin ve homojenliğin reddedilişidir. Marjinal olana, farklı olana, kenarda bulunana yolu açmak gerektiği anlayışına bağlıdır. Başka bir deyişle, değişmeye, plüralizme ve yerelliğe yönelim söz konusudur. Temel ilgi özneye yöneliktir. Hukuka değil, hak kavramına önem verilir<sup>31</sup>. Modern hukuk anlayışında başat yeri alan düzen, istikrar, belirlilik ve kesinlik gibi değerlere yapılan vurgunun yerine; mikro olana, somuta, yorum faaliyetine odaklanma geçer, yargıcın hukuk yaratma sürecindeki rolüne ve bu çerçevede etkili olan tercihlerine ve değerlerine yönelik ilgi öne çıkar.

Modernleşme; geleneksel toplum yapısında cemaat mensuplarının paylaştıkları değerlerin ve onların davranışlarına yön veren normların giderek ortadan kalkarak; bunların yerine bilgiye ve rasyonel gerçeğe hükmeden modern devletin ve onun hukukunun geçmesi anlamına gelir. Böylece, özerk, kendi içinde tutarlı bir normlar sistemi olarak kavramlaştırılan modern hukuk, belli grup ve toplulukların değer ve inançlarından soyutlanarak, neredeyse kendi kendine yeterli, bağımsız, tarafsız ve özerk bir mekanizma olarak sunulur. Kısacası modernleşme sürecinde, yasaların yapılması, yorumlanması, kanıtların yargılama sırasında değerlendirilmesi, karşı iddiaların dengelemesi yoluyla hukuki sonuçlara varılması süreci, adalet, hakikat ve değer alanından uzaklaşır<sup>32</sup>. Söz konusu modern hukuk anlayışı, temsil edici ifadesini; Hans Kelsen'in "The Pure Theory of Law (1934)" ve H.L.A. Hart'ın "The Concept of Law (1961)" adı eserinde cisimleşen "hukuksal biçimcilik" yaklaşımında bulmuştur. Buna göre hukuk, bir

30 Yüksel, 2002, s. 191

31 Güriz, 1997, s. 150

32 Yüksel, 2002, s. 193-194

ahlaki hakikatler deposu veya bir ahlaki düşünceler makinesi değildir; birbirine bağlı, mantıksal tutarlılığa sahip bir normlar sistemidir. Başka bir deyişle, hukukun hedefi iyiliği teşvik etmek değil, kendi tutarlılığını artırarak bütünlüğünü sağlamaktır. Böylesi bir kavrayış, kuralların, bunların formülasyonunun, yorumlanmasının ve uygulanmasının şeffaf ve tamamen düzenli olduğu, bütünüyle yasaların egemenliğindeki bir dünya hayal eder<sup>33</sup>.

Pozitif hukuk biliminin, sadece kavramlar, kurallar ve kurumlar üzerinde yoğunlaştığını beliren Katsh, bunun yalnızca bir kimsenin ağzından çıkan sözcüklere bakmaya benzediğini söyler. Katsh'a göre böyle bir yaklaşım, dış dünyaya yansıyan sözleri mümkün kılan insan zihninde neyin vuku bulduğunu anlamaya yetmez. Bir kimsenin davranışlarını anlamak için sadece onun ne yaptığına değil; aynı zamanda bu davranışlara yön veren hedefleri, algılamaları, değerleri ve tercihleri de kavramak için çaba harcamak gerekir. Benzer şekilde, pozitivist hukuk bilimi, bir hukuk sisteminin hukuk kitaplarından, dile getirilen kurallardan, mahkeme binalarından, yargı örgütünden, avukat, yargıç ve savcı gibi meslek sahiplerinden oluştuğunu düşünür. Aslında bunlar, bir hukuk sisteminin yalnızca görünen parçaları olup, kamunun göremediği ve bundan dolayı da ihmal etme eğiliminde olduğu karmaşık bir sürecin nihai ürünleridir<sup>34</sup>.

Aydınlanma düşüncesinin sosyal bilimler üzerinde büyük bir etkiye sahip olduğunu ve epistemolojinin de tamamıyla yeni bir formda yeniden yaratıldığı ileri süren Douzinas ve arkadaşlarına göre, modern sosyal düşünce; olgu-değer (fact-value), gerçek beğeni (truth taste), techne-praxis, akıl-önyargı (reason-prejudice) gibi kavramlara ve ayrımlara dayanır. Bu ikilemeler hukuk alanını da etkiledi; subjektif-objektif, olgu-değer gibi ayrımlar pozitif hukuka transfer edildi. Böyle bir temel üzerinde inşa edilen pozitivist hukuk yaklaşımı, esas olarak, kanun hükümlerini ve ifade biçimlerini kendisine inceleme konusu yaparak hukuki beyanların veya sözlerin anlamlarına nüfuz etme yönünde herhangi bir çabada bulunmadı. Buna tepki olarak post-empirik veya anti-pozitivist felsefe,

kültürel antropoloji ve görelilikçi epistemoloji bağlamında süregelen tartışmalar çerçevesinde, sosyal olgulara bir anlam demeti olarak yaklaşma yönünde eğilimler ortaya çıktı. Böylece metinlerin anlamını yorumlamak ve anlamak anlamına gelen, bir açıklama ve yorumlama teorisini ve pratiğini ifade eden "hermenötik" giderek bir kült statüsü kazandı. Hermenötik yaklaşımı benimseyenler, pozitivist rasyonalist sosyal bilimin dayandığı objektivite ve gerçeklik gibi kavramları, bu bilim anlayışının otaya attığı düzenlilikleri ve kesinlikleri sorgularlar<sup>35</sup>.

Hermenötik veya yorumsamacı teorinin gelişmesiyle birlikte toplumları her zaman ve her yerde kural yönetimli bir karaktere sahip olduğunu ileri süren standart sosyolojik aksiyom da sorgulanmaya başlamıştır. Bu aksiyoma göre, toplumun kural yönetimli özelliği kaybolduğu veya olmadığı takdirde; bireysel ve sosyal davranışlar, rastlantılara ve radikal kopmalara bağlı hale gelir. Kural yönetimi varsayımının sorunlu olduğuna dikkati çeken Dallmayr, kural yönetimini kuşatan problemlerin doğrudan ve dolaylı olarak Batı kültüründen kaynaklandığına dikkati çekerek, bunun en temsil edici örneklerinden birisinin Batı kültüründe saygın bir yeri olan "hukukun üstünlüğü" doktrini olduğunu ifade eder. Oysa ahlak, evrensellik, keyfiliğe karşı kural hâkimiyeti temelinde kavramlaştırılan "hukukun üstünlüğü" veya "hukuk devleti" gibi ilkelere, derin etnik, ekonomik ve politik sorunlarla iç içe yaşayan, adaletsizlik ve eşitsizlikleri bünyesinde barındıran bir toplumda varlıklarını idealize edildiği şekilde sürdüremez.

Postmodernistlere göre, modern hukuk sistemi, kanunların asıl maksadını araştıran hukukçularıyla, uzmanlarıyla ve bunları rasyonelleştirme çabalarıyla giderek kapalı bir sisteme dönüşmüştür. Bu kapalı sistem içinde hukuk, esneklikten ve insani deneyimlerden uzaklaşarak bürokratikleşmiştir. Hukuk pratiği de aşırı derecede biçimselleşerek, temel ilgisini yasanın özünden ziyade sözüne kaydırmıştır. Yurttaşların hukuka ilişkin düşünce ve kanaatleri sistemden dışlanmıştır. Bu ise, hukukun toplumsal hayat alanından büyük ölçüde kopmuş olması anlamına gelir. Oysa hukuk, toplumsal koşullardan, değerlerden, duygulardan ve tasavvurlardan bağımsız bir olgu değildir. İnsanlar da, bir

33 Connor, Steven, **Postmodern Kültür**, (çev. Doğan Şahiner), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.

34 Katsh, M. Ethan, **The Electronic Media and the Transformation of Law**, Oxford University Press, Oxford, 1989.

35 Douzinas, Costas vd. **Postmodern Jurisprudence**, Routledge, London, 1991.

rasyonel hukuk kuralları setinden çok, komşularıyla, yakınlarıyla, dostlarıyla, kısacası diğerleriyle birlikte yaşarlar. Bundan dolayıdır ki hukuk, insanları soyut kurallara itaate zorlamaktan ziyade hak taleplerini uzlaştırmalı, insanların birbirleriyle ilişki ve etkileşimde bulunmalarını mümkün kılacak ortamı sağlamalıdır<sup>36</sup>.

Yirminci yüzyılda doğup gelişen hukuka ilişkin teorilerden “hukuki realizm akımı”, pozitivistlerin hukuk kurallarının kesinliğini vurgulayan, yargısal karar mekanizmasını siyasal hayattan ve değerler dünyasından soyutlayan yaklaşımlarına ciddi eleştiriler getirirler. Pozitivist anlayışa göre, belirli ve kesin nitelikteki hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasında mahkemeler, rasyonel ve mekanik bir görevi yerine getirirler. Başka bir deyişle, yargılama sürecinde yargıcın yaptığı iş, soyut hukuk kurallarını somut olaylara uygulamaktan öteye geçemez. Hukuki realizmi savunanlara göre ise, yargı sürecinde ortaya çıkan karar; yargıcın kişiliği, kararın verildiği zaman ve yargıcı etkileyen diğer sosyal, kültürel ve psikolojik birçok değişken arasında önceden öngörülemez bir etkileşim sürecinin sonucudur. Çünkü hukuk, her zaman insani boyutlu bir etkinlik olup, mutlak ve kesin bir nitelik taşımadığı gibi, her yerde ve zamanda hazır ve nazır da değildir.

Tarihsel süreçte, 19. Yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkıp 20. Yüzyılda da varlığını sürdürmüş olan sosyolojik hukuk anlayışının, diğer sosyal, ekonomik ve kültürel faktörler yanında pozitivist hukuk yaklaşımına bir tepki olarak da geliştiği söylenebilir. Bu akım, hukuka biçimci bir yaklaşım sergileyerek, onu egemen bir otoritenin emirleri bütünü olarak gören; hukuku bir kavramlar, kurullar, kurumlar ve yaptırımlar seti olarak kavramlaştıran yaklaşıma ciddi eleştiriler yöneltmiş olmakla birlikte, gerek hukuk öğretilerinde gerekse hukuk uygulamasında başat bir yere sahip olmamıştır. Sosyolojik hukuk anlayışına göre, bütün hukukun devlet hukukundan ve devlet eliyle ihdas edilmiş hukuk kodlarından ibaret olduğu görüşü, bilimsel olarak savunulamayacak bir görüştür. Bir toplumun hukuk hayatı, sadece mevcut hukuk kodlarından oluşmadığı gibi, yalnızca onlardan çıkarılamaz da. Hukuki kodların da içinde yer

aldığı toplumsal gerçeklik alanı ve hukuki ilişkiler dünyası; oldukça zengin, karmaşık ve değişken bir alandır. Pozitivistler, devletten bağımsız bir şekilde var olan ve yürürlükte bulunan asıl büyük hukuk gerçekliğini görmezden gelmektedirler. Böylesine tek boyutlu bir hukuk anlayışının varlık kazanması, hem hukuk öğretisi, hem uygulamalı hukuk bilimi hem de hukuk öğretimi üzerinde ciddi sonuçlara yol açmaktadır. Kısacası, söz konusu anlayış, hukukçuların ve hukuk akademisyenlerin dikkatini devlete, yasalara ve yargılama sürecine yoğunlaştırarak hukuk öğretimini de yoksullaştırıp zayıflatmaktadır.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan “eleştirel hukuk çalışmaları” hareketi içinde yer alan teorisyenler, hukuki kuralları ve işlemleri inceleme konusu yaparak hukukun tutarsızlığını, gizlediği çıkarları ve bazı hususlardaki körlüğünü sergilemeye çalışırlar. Marxist bir gelenekten gelmekle beraber, eleştirel hukuk teorisyenleri, sadece hukuk ile ekonomik sınıfsal yapı arasındaki ilişkiler üzerinde değil; aynı zamanda sosyal değişimin önemli bir kaynağı olarak hukuk eğitimi ve bilimi üzerinde de odaklaşırlar. Genel olarak disiplinler arası bir yaklaşımı benimserler ve çözümleme modeli olarak yapı sökülümünü tercih ederler. Dil, anlam, iktidar ve bilgi gibi konulara yoğunlaşırlar. Hukuk söyleminde gömülü iktidar ilişkilerini incelemek için antropoloji, toplumsal tarih ve edebi eleştiri gibi yorumlayıcı disiplinlerin geliştirdiği analiz araçlarını kullanırlar. Böylece, pozitivist temeller üzerine inşa edilmiş bulunan modern hukukun tarihdışılaştırıcı, idealleştirici, şeyleştirici ve soyutlaştırıcı eğilimine karşı bir duruş sergilemiş olurlar.

Modern hukuk, cinsiyet, ırk, sosyo-ekonomik statü ve din gibi faktörleri dikkate almaksızın, hukukun öznesi olarak “soyut birey” kavramına dayanır. Kısacası “soyut birey” ve “soyutlama” modern hukukun iki temel karakteristiğidir<sup>37</sup>. Modern hukuk, aynı zamanda “normatif” bir karaktere sahiptir. Modern hukuk kültürü, normatifliğin bizzat kendisini, insan ilişkilerini ve davranışlarını yöneten güç olarak kabul eder<sup>38</sup>. Böylece hukuk, adeta soyut, formel kurullar bütünü olarak görülür ve bunlardan mantıksal çıkarımlar yoluyla varılan

36 Murphy, John W., **Postmodern Sosyal Analiz ve Postmodern Eleştiri**, (çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2000.

37 Yüksel, 2002, s. 76.

38 Kulcsar, Kalman, **Modernization of Law**, Akademiai Kiado, Budapest, 1992.

sonuçlara aykırı düşen veya uygun düşmeyen her şey, hukuk dışına atılarak görmezlikten gelinir<sup>39</sup>. Bu anlayışa göre hukuk, giderek bütünleşen ve gelişen, aynı zamanda hukukçular eliyle de işlenen bir prensipler ve prosedürler sistemidir. Böyle bir sistem, aynı zamanda kendi değişme faktörlerini organik olarak kendi bünyesinde taşıyan, kendi içsel mantığı çerçevesinde işleyen bir sistemdir<sup>40</sup>.

Modern kültürde hukuk, önceden belirlenmiş amaçlara ulaşabilme veya toplumsal yaşamda ve ilişkilerde değişime yol açmak için rasyonel bir araç olarak görülür. Oysa hukuk, her şeyden önce sosyal bir olgudur ve toplumsal sistemin alt sistemlerinden birisidir. Bu niteliği ile de toplumun ekonomik, siyasal, kültürel, düşünsel yapılarından ve tarihsel mirasından bağımsız değildir. Modern toplumda hukuk, mantıksal bütünlüğü olan, tutarlı, sistematik, boşluklara yer bırakmayan, geçerliliğini hükümdarın irade beyanından alan bir olgu olarak görülüyordu<sup>41</sup>. Hukuk, neredeyse toplumsal sistemin ve yapının diğer tüm öğelerinden bağımsız ve özerk bir alan olarak kavramlaştırılıyordu. Böyle bir anlayışa dayanan hukuk eğitimi de modern toplumdaki egemen pozitivist paradigma çerçevesinde nispeten kendine yeterli, dışarıya kapalı bir süreç olarak işliyordu.

## Sonuç

Bugün, mevcut hukuk öğretiminin temelinde önemli bir yer işgal eden pozitivist anlayışa karşı, bilim felsefesi ve sosyal teori alanında ciddi eleştiriler yöneltilmektedir. Başka bir deyişle, büyük ölçüde modernite koşullarında oluşan pozitivist nitelikli hukuki kavrayışlar ve düzenlemeler, modern sonrası veya postmodern olarak adlandırılan günümüzü de içeren dönemde cereyan eden postmodernleşme ve küreselleşme tartışmaları bağlamında sorgulanmakta ve eleştirilmektedir. Söz konusu eleştiriler, modern bilim anlayışı ve bu anlayışın temelinde yer alan pozitivist epistemoloji üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Modernlik fikrinin toplumsal yaşamın diğer alanlarında olduğu gibi hukuk hayatında da hepsaplanabilirlik, belirlilik, kesinlik, genellik gibi

değerleri vurguladığı yakından bilinen bir husustur. Bireysel ve evrensel insan haklarının, somut gerçeklikten uzak soyut anlamda vurgulanması, modern hukuk anlayışına has bir özelliktir. Modern toplumun soyut haklardan ziyade somut gerçeklikte ödevleri öne çıkardığı da bilinmektedir. İşte bu yüzden ki, kişisel haklar, toplumsal haklar ve kültürel haklar konusundaki talepler giderek yüksek sesle dile getirilmekte; bundan böyle insanlar, temel hak ve özgürlüklerin kendilerine soyut bir şekilde hukuki olarak tanınmış olmasını yeterli görmemekte, hak ve özgürlükleri somut olarak bizzat yaşamak istemektedirler.

Bugün kişiler, bir yandan iletişim araçlarının büyük katkıda bulunduğu kitle kültürünün imgelerine giderek bağımlı hale gelirken diğer yandan makro ölçekteki güçlerden, kurallardan ve iktidarlardan kaçma eğilimi göstermektedirler. Geline bu aşamada büyük ölçekli hukuksal kodlar ve etik kodlar, bireyselleşen toplum yaşamında insan ilişkilerine ve davranışlarına yön verme ve çerçeveleme işlevini büyük ölçüde yitirmekte; bireyler aile, toplum, devlet gibi bugüne kadar temel kurumlar olarak adlandırılan toplumsal bütünlerden uzaklaşarak mevcut sosyo-kültürel aidiyetlerinden sıyrılmaktadır. Bu oluşumu ifade etmek üzere, dikey hiyerarşilere dayalı bürokratikleşmiş toplumsal yaşamdan uzaklaşarak "yatay toplum" aşamasına geçildiği, böyle bir ortamda eski aidiyetlerinden ve toplumsal bağlarından kopan veya bu bağları zayıflayan kimselerin tek tek bireyler olarak iç ve dış kültürel etkilere, siyasi ve ekonomik etkilere daha açık hale geldikleri vurgulanmaktadır.

Bütün bunlar, bir yandan sosyoloji alanında ciddi tartışmalara ve yeni bilimsel bakış açlarına yol açarken; diğer yandan modernlik fikri üzerinde yükselen pozitif hukuk bilimini de ciddi şekilde sarsar hale gelmiş bulunmaktadır. Sosyoloji alanında makro toplumsal sistemler ve kurumlar üzerinde odaklanan bir yaklaşımdan aktörler ve özneler gibi hususlara da yoğunlaşan bir toplumbilim anlayışına geçilmektedir. Bu tartışmalar ve gelişmeler bağlamında pozitif hukuk biliminin temel kavramlar, kurallar, organlar ve yapılar üzerinde yoğunlaşması giderek yüksek sesle eleştirilmekte; hukuk biliminin ve eğitiminin hukuku algılama, anlamlandırma, yorumlama ve hukuku yaşama gibi hususları da dikkate alan bir paradigma değişikliğine gitmesi gerektiği dile getirilmektedir.

39 Gressner, Valkmer, vd. "Introduction: The Basic Setting of Modern Formal Law", **European Legal Cultures**, Valkmer Gressner, vd. (der.) içinde, Dortmund Publishing, Aldershot, 1996.

40 Kulcsar, 1992, s. 109-110.

41 Yüksel, 2002, s. 80-98.

Sonuç olarak denebilir ki, toplumsal yaşamın hemen her alanında giderek yoğunlaşan sosyal sorunlar, haksızlıklar ve adaletsizlikler karşısında hukuk, hiçbir şey yokmuş gibi, sadece kesinlik, istikrar, belirlilik ve yasa önünde eşitlik gibi değerleri vurgulayarak yoluna devam edemez. Hukuk bilimi de aynı şekilde yalnızca kavramlara, kurallara, kurumlara, prosedürlere ve mekanizmalara yoğunlaşarak yoluna devam edemez. Hukuk bilimi, bütün hukukun devlet hukukundan ibaret olmadığını, kitaplardaki hukuk yanında bir de yaşayan hukuk bulunduğunu, yani devlet hukuku yanında toplumsal hayat alanında işleyen bir hukukun mevcut olduğu gerçeğini görmezlikten gelemez.

#### KAYNAKÇA

- Anleu, Sharyn/Roach, L., **Law and Social Change**, Sage Publication, London, 2000.
- Best, Steven/Kellner, Douglas, **Postmodern Teori**, (çev. Mehmet Küçük), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.
- Bulutay, Tuncer, **Bilimin Niteliği Üzerine Denemeler**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1986.
- Benton, Ted/Craib, Ian, **Sosyal Bilim Felsefesi**, (çev. Ümit Tatlıcan/Berivan Binay), Sentez Yayınları, Bursa, 2008.
- Connor, Steven, **Postmodern Kültür**, (çev. Doğan Şahiner), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Douzinias, Costas vd. **Postmodern Jurisprudence**, Routledge, London, 1991.
- Fay Brian, **Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi**, (çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.
- Göle, Nilüfer, "Batı-dışı Modernliğin Kavramlaştırılması Mümkün mü?", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998: 310-320.
- Gözler, Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1988.
- Gressner, Valkmer, vd. "Introduction: The Basic Setting of Modern Formal Law", **European Legal Cultures**, Valkmer Gressner, vd. (der.) içinde, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1996: 89-103.
- Gülbenkian Komisyonu, **Sosyal Bilimleri Açın: Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine**, (çev. Şirin Tekeli), Metis Yayınları, İstanbul, 1996.
- Güriz, Adnan, **Feminizm Postmodernizm ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.
- Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi Yayını, Ankara, 2012.
- Hollinger, Robert, **Postmodernizm ve Sosyal Bilimler**, (çev. Ahmet Cevizci), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2005.
- Horkheimer, Max, **Akıllı Tutulması**, (çev. Orhan Koçak), Metis Yayınları, İstanbul, 1994.
- Katsh, M. Ethan, **The Electronic Media and the Transformation of Law**, Oxford University Press, Oxford, 1989.
- Keyman, Selahattin, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, Doruk Yayınları, Ankara, 1981.
- Kulcsar, Kalman, **Modernization of Law**, Akademiai Kiado, Budapest, 1992.
- Murphy, John W., **Postmodern Sosyal Analiz ve Postmodern Eleştiri**, (çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2000.
- Öktem, Niyazi, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi**, Der Yayınları, İstanbul, 1985.
- Öncü, Ayşe, "Sosyal Bilimlerde Yeni Meşruiyet Zemini Arayışları", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998, s. 48-53.
- Özlem, Doğan, "Evrensellik Mitosu ve Sosyal Bilimler", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998, s. 53-69.
- Ritzer, George, **Postmodern Social Theory**, The McGraw - Hill Comp, New York, 1997.
- Şimşek, Lütfü, **Sosyal Bilimler ve Felsefe**, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Tekeli İlhan, **Modernite Aşılırken Siyaset**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1999.
- Touraine, Alain, **Bugünün Dünyasını Anlamak İçin Yeni Bir Paradigma**, (çev. Okay Kunal), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.
- Wallerstein, Immanuel, **Bildiğimiz Dünyanın Sonu: Yirmi Birinci Yüzyılın Sosyal Bilimi**, (çev. Tuncay Birkan), Metis Yayınları, İstanbul, 2000.
- Yüksel, Mehmet, **Modernite, Postmodernlik ve Hukuk**, Siyasal Kitabevi Yayını, Ankara, 2002.



# Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md. 362)

Hakemli Makale

**Çetin ARSLAN**

Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı

## ÖZET

Devletlerin vergilendirme faaliyetleri tarih boyunca görülmüş bir uygulamadır. Vergiler devlet için önemli bir gelir kaynağı oluştururlar. Vergilendirme faaliyeti esnasında yükümlülere ilişkin kişisel ve ticari nitelikte veriler elde edilir ve saklanır. Bu bilgilerin amacı dışında kullanılması, 3. kişilere açıklanması ya da 3. kişiler tarafından öğrenilmesi yükümlü açısından maddi ve manevi zarar meydana getirebilir ya da zarar tehlikesi doğurabilir. Bunun yanında, sır olarak saklanması gereken bilgilerin hukuka aykırı bir şekilde kullanılması veya açıklanması vergi idaresine duyulan güveni de sarsar. Bu sebeplerle yükümlülerin mahremiyet ve özel yaşamın gizliliği haklarını ihlal eden bu tür fiillerin yükümlülerin haklarını ve vergi idaresine duyulan güveni korumak amacıyla cezalandırılması gerekir. Türk hukuk sisteminde vergi mahremiyetini ihlal suçu Vergi Usul Kanunu'nda (md. 362) suç olarak düzenlenmiş, yaptırım açısından ise Türk Ceza Kanunu'na (md. 239) atıf yapılmıştır.

Çalışmamızda söz konusu hüküm suç genel teorisi çerçevesinde incelenmiş; gerekli görülen yerlerde bazı tespit ve önerilere yer verilmiştir.

## Anahtar Kelimeler

Vergi, vergi cezası, vergi suçu, vergi mahremiyeti, vergi usul.

## ABSTRACT

### BREACH OF TAX PRIVACY OFFENCE

The taxation is a common practice of the states seen throughout history. The taxes constitute an important income for the states. The personal and commercial data of the tax payers is derived and preserved during this taxation activity. It can cause damages or call forth danger of damage financially and personally for the tax payer if this information is used out of its purpose or made public. On the other hand, the unlawful use or declaration of this data, which has to be kept as a secret, shakes the public confidence to the tax administration. For these reasons, this kind of acts which breach the rights to privacy and to secrecy of private life should be penalized in order to maintain the rights of the tax payers and the confidence to the tax administration and its officers. In Turkish law system, the breach of tax privacy offence is formulated as a fiscal offence in Turkish Tax Procedure Code (ar. 362) and it refers to Turkish Penal Code (ar. 239) for the sanction.

In our study, this offence was examined within general theory of crime and some assessments were made regarding problematic issues.

## Key Words

Tax, tax penalties, tax crimes, privacy, tax procedures.

## GİRİŞ

Devletin ideolojisi ve temel niteliği ne olursa olsun, üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi, benimsediği sosyal ve ekonomik hedeflerine ulaşabilmesi için sahip olduğu en önemli mali kaynak vergilerdir<sup>1</sup>. Vergilendirmenin etkin ve doğru şekilde yerine getirilebilmesi, teknik ve hukuki alt yapının sağlam oluşturulması ve uygulanmasına bağlıdır. Verginin eksiksiz şekilde toplanması, kaçakçılık ve usulsüzlüklerin önlenmesi ve etkin bir vergi sisteminin oluşturulması için vergi mükellefleri ve sorumlularının gerek devlete gerekse üçüncü kişilere karşı korunması oldukça önemlidir. Yasama (kanunilik, hukuki güvenlik, eşitlik, belirlilik, geçmişe yürümezlik vb.), yargı (bağımsız mahkeme, silahların eşitliği, makul sürede yargılanma/adil yargılanma vb.) ve yürütme/ idare (kanuni idare, bilgi alma, itiraz, dava hakkı, özel hayata saygı, mahremiyetin korunması vb.) süreçlerinde hukuki güvenceler sağlanması, bu çerçevede mütalaa edilebilecek hususlardır<sup>2</sup>.

Vergilendirme yetkisi (AY md. 73, 127/6, 160/2, 167) devlete bir yandan bazı haklar verirken<sup>3</sup>, diğer yandan uymak zorunda olduğu kimi ödevler de yükler. Bu itibarla vergisel faaliyetleri dolayısıyla birçok sırrını veya gizli kalması gereken bilgilerini vergi idaresine vermek zorunda kalan vergi mükellefleri ve/veya sorumlularının, temel hak ve özgürlüklerinden birini oluşturan özel hayatlarının gizliliğine uymak (AY md. 20) ve bu bağlamda vergi mahremiyeti kapsamındaki hususları üçüncü kişilere karşı korumak, devlete yüklenen ödevlerdendir<sup>4</sup>.

Vergilendirme sürecinde mükellefler, sorumlular ve diğer ilgililer (ör. girişimciler, işletmeciler), gerek vergi kanunları gerekse diğer mevzuattan kaynaklanan çeşitli yükümlülükler nedeniyle, birçok kişisel ve ticari verilerini vergi idaresiyle paylaşmak veya bu verileri vergi idaresine vermek/

açıklamak durumunda kalmaktadırlar. Diğer taraftan vergi idareleri çeşitli kayıt ve bilgi kaynaklarından da veri toplayabilmektedir. Kaçakçılık ve usulsüzlüklerin önlenmesi, eşitliğin sağlanması, sonuçta etkin ve adil bir vergi sistemi oluşturulmasına yönelik vergi politikalarının uygulanabilmesi için oldukça önemli bir işlevi olan kişisel verilerin korunmasını, vergi mahremiyeti ilkesi garanti etmektedir<sup>5</sup>.

Vergi dairelerinde toplanılan ve depolanan verilerin amacına uygun olarak kullanılması veya paylaşılması, mahremiyetine uyulması, kişisel verilerin akıbetini belirleme hakkı bağlamında kişilik haklarının korunmasının önemli bir parçasıdır. Bu hak ayrıca, meslek özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi diğer temel hakların kullanılması sırasında ortaya çıkabilecek mağduriyetlere karşı önemli bir koruma işlevine de sahiptir<sup>6</sup>.

Tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil gibi vergisel işlemlerin süresinde, tam ve doğru olarak yapılabilmesi için mükellef ve/veya yükümlülerin iş ve işlemleri, mali durumları, işletmeleri, servetleri gibi ticari bilgileri ile kişisel veya ailevi bazı verilerinin bilinmesi gerekmektedir. Edinilen bu bilgilerin açıklanması veya üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi yahut amacı dışında kullanılması ise, bazı hallerde ekonomik anlamda doğrudan veya dolaylı zarar verebilirken; kimi zaman somut olay açısından maddi bir zarar veya zarar tehlikesi oluşturmaya bile, gizli kalmasını istediği bilgilerin başkaları tarafından öğrenilmesinden rahatsızlık duyan insanın doğası gereği, manevi zarar da doğurabilir. Kanun koyucu bu gibi halleri, vergi idaresine duyulması gereken güveni sarsması ve bunun da gerek vergilendirme politikası, gerekse kamu yararı açısından sakıncalı görmesi nedeniyle, genel olarak koruduğu ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrına ilişkin bilgileri, vergi mahremiyetine ilişkin olarak özellikle koruma gereği duymuştur.

Makalemizde vergilendirme sürecinde edinilen ve özel yaşamın gizliliği, ticari sır, meslek ve görev sırrı kapsamında korunması benimsenen verilerin ifşasını özel olarak yaptırma bağlayan

1 Verginin mantığı, kökeni, hukuki dayanakları vb. temel konular hakkında gbi bkz. ÇAĞAN, Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1982.

2 YALTI, Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 2.

3 "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)"nde vergi, devletin mülkiyet hakkını sınırlayabileceği haller arasında kabul edilmiştir (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol No. 1 md. 1/2): Bkz. ŞİMŞEK, Suat, "Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", **Maliye Dergisi**, Yıl: Temmuz-Aralık 2010, Sayı: 159, s. 324 vd.

4 ÇAĞAN, 1982, s. 164-171.

5 SEER, Roman, "Almanya'da Vergi Yükümlülerinin Verilerinin Korunması" (Çev. Oğuz Şimşek), **Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı** (Editörler: Bahri Öztürk/ Funda Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 372 vd.

6 SEER, 2010, s. 373-374.



vergi mahremiyetini ihlal suçu incelenmiştir. Ancak, çalışmanın bibliyografyası incelendiğinde de görüleceği üzere, VUK' da düzenlenen ve genel olarak "vergi suçları" başlığı altında bütün suçları içerecek şekilde hazırlanmış birçok çalışmada benimsenen sistemden farklı olarak, konuya vergi hukukundan ziyade teknik ceza hukuku boyutuyla yaklaşmıştır.

## I.- KANUNİ DÜZENLEME

"**Vergi mahremiyetini ihlal suçu**", 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı "**Vergi Usul Kanunu (VUK)**"nda<sup>7</sup> "**Ceza Hükümleri**"nin yer aldığı Dördüncü Kitabın, "**Vergi Cezaları**" başlıklı İkinci Kısımının "**Suçlar ve Cezaları**" başlıklı Üçüncü Bölümünde "**Vergi Mahremiyetinin İhlali**" alt başlıklı 362. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

Madde 362- (Değişik: 23.01.2008 - 5728/278 md.) Bu Kanunda yazılı vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır<sup>8</sup>.

Görüldüğü üzere, maddede suç tanımına yer verildikten sonra, yaptırıma yönelik olarak TCK'nin 239. maddesine göndermede bulunulmuştur<sup>9</sup>. Her iki suçun maddi unsurları açısından bazı kesişimler söz konusu ise de, VUK' un 362. maddesindeki suç, TCK'nin 239. maddesindeki suçtan<sup>10</sup> bağımsız ve özel nitelikte bir suç tipidir. Keza bu suçun "**özel hayatın gizliliği ihlal (TCK md. 134, 137)**"<sup>11</sup> ve "**göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu (TCK md. 258)**"<sup>12</sup> ile ortak bazı yönleri bulunmakla birlikte, yine bunlara göre de özel hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>13</sup>.

Maddede yer alan "**Bu Kanunda yazılı vergi mahremiyetine...**" şeklindeki sınırlama nedeniyle, suçun konusu suç VUK kapsamındaki mahremiyetlere/ gizliliğe ilişkindir. Dolayısıyla açık bir yollama bulunmadığı sürece, diğer kanunlardaki

zası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.

(2) Birinci fıkraya hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sinai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sınırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikayet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

### 11 Özel hayatın gizliliğini ihlal

**Madde 134-** (1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) (Değişik: 02.07.2012 - 6352/ 81 md.) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

### Nitelikli haller

**Madde 137-** (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,

işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

### 12 Göreve ilişkin sırrın açıklanması

**Madde 258-** (1) Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebliğاتی açıklayan veya yayımlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.

13 Benzer düşüncede: YAVAŞLAR, Funda Başaran, "Vergi Usul Kanununda Yer Alan Vergi Kabahat ve Yaptırımları", İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Editörler: İlhan Ulsan/ Funda Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 285.

7 RG, 10.01.1961/ 10703-10705.

8 Maddenin 5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde de atf usulü benimsenmiştir. Zikredilen düzenlemede 765 sayılı TCK'nin 198. maddesine gönderme yapılarak buradaki cezanın iki katına hükmedileceği ve bu cezanın iki aydan aşağı olamayacağı öngörülmekteydi. Ayrıca suçun tekerrür eden işleyenlerin bir daha devlet hizmetinde istihdam edilmeyeceğine ilişkin bir hak mahrumiyeti söz konusu edilmekteydi (ERMAN, Sahir, **Vergi Suçları, Ticari Ceza Hukuku- VI**, İstanbul, 1988, s. 105-106; MUTLUER, M. Kamil, **Vergi Ceza Hukuku**, Eskişehir, 1979, s. 184-185; AKSOY, Şerafettin, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, 6. Bası, Filliz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 83, dn. 112; DONAY, Süheyl, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 166-167).

9 Doktrinde "... mahremiyeti ihlal edenlere Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesi uygulanır." görüşü dile getirilmektedir (bkz. AKSOY, 2010, s. 83). Bu düşünce maddenin açık ifadesi karşısında kanımca isabetli değildir.

10 *Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*

**Madde 239-** (1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para ce-

vergi mahremiyeti ihlalleri, bu madde kapsamında cezalandırılmaz. Bu itibarla, örneğin verginin tahsili aşamasındaki kamu borçlusunun sırlarının ifşa edilmesi halinde 6183 sayılı Kanunun 107. maddesindeki “*göreve ilişkin sırrın ifşası suçu*”<sup>14</sup> oluşur.

Alman Hukukunda da vergi mahremiyetinin ihlali halinde çeşitli hukuki yaptırımlar söz konusudur. Bu bağlamda vergi mahremiyetinin vergi idarelerince ihlal edilmesi hali Alman Ceza Kanunu’nun 355. paragrafında suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca görevliler açısından disiplin ve tazminat sorumluluğu öngörülmüştür<sup>15</sup>.

## II.- SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Vergi mahremiyetini ihlal suçuyla korunan hukuki değer, öncelikle vergi yükümlüsü veya sorumlusunun<sup>16</sup> vergisel durumuna ilişkin bilgilerin gizliliğinin sağlanması suretiyle maddi ve manevi açıdan zarar görmesinin önlenmesidir<sup>17</sup>. Vergiyle ilgili bir sırrı veya konuyla ilgili gizli kalması gereken bir bilgi veya belgesi ifşa edilen kişinin, mali ve ticari yönden zarar görmesi veya zarar tehlikesiyle

14 *Sırrın ifşası*

**Madde 107** - (Değişik birinci fıkrası: 23.01.2008 - 5728/160 md.) Bu kanunun tatbikinde vazifeli bulunan kişiler, bu vazifeleri dolayısıyla amme borçlusunun ve onunla ilgili kimselerin şahıslarına, mesleklerine, işlerine, muamele ve hesap durumlarına ait öğrendikleri sırlarla, gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa ettikleri takdirde Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesine göre cezalandırılır.

(Mülga ikinci fıkrası: 23.01.2008 - 5728/ 578 md.)

(Üç, dört ve beşinci fıkralar mülga: 22.07.1998 - 4369/ 82 md.)

(Ek fıkrası: 30.07.2003 - 4962/ 3 md.) Bu Kanunun 41 inci maddesine göre amme alacağını tahsil yetkisi verilen kuruluşlara, yapacakları tahsile yönelik bilgilerin ve 22/A maddesine göre borcun olmadığına dair belgeyi arama zorunluluğu getirilen kurum ve kuruluşlara, ödeme ve işleme taraf olanlara ilişkin borç bilgilerinin verilmesi sırrın ifşası sayılmaz; bu kurum ve kuruluşlarda vazifeli bulunan kişiler edindikleri bilgileri ifşa ettikleri takdirde birinci fıkraya hükmüne göre cezalandırılırlar. Bu bilgilerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.

15 SEER, 2010, s. 373.

16 Bu kavramlara ilişkin olarak bkz. KIZILOĞLU, Şükrü/TAŞ, Metin, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Gazi Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2013, s. 37-47; ATAR, Yavuz, **Vergi Hukuku Genel Esaslar**, Mimoza Yayınları, Konya, 1991, s. 39-51.

17 *Benzer yönde*: ŞENYÜZ, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)**, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 503-504; KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 6. Bası, Yekim Yayınları, Ankara, 2012, s. 511.

karşılaşması yahut özel yaşamı açısından istemediği bir durumla karşılaşması olasılığı bulunduğundan, bu kapsamdaki fiillerin cezalandırılması vergi güvenliğini sağlayacak ve potansiyel fiillerin işlenmesini önleyebilecektir. Diğer taraftan vergiyle ilgili kamu görevlilerine duyulması gereken kamusal güven de korunarak vergi sisteminin düzgün ve verimli şekilde çalışması sağlanmış olacaktır<sup>18</sup>. Bu bakımdan söz konusu suç, birden çok hukuki değeri koruyan/ çok hukuki konulu suçlardandır.

## III.- SUÇUN UNSURLARI

### A.- MADDİ UNSURLAR

#### 1. Fiil, Netice ve Nedensellik Bağı

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun maddi unsurlarından olan fiil; VUK kapsamında düzenlenmiş olan “*vergi mahremiyetinin ihlal edilmesi*”dir<sup>19</sup>. Doktrinde VUK’ un 5. maddesinden hareketle bu ihlalin “*sırrın ifşası*” ve/veya bunun “*failin ya da üçüncü şahısların yararına kullanılması*” şeklinde tezahür edeceği ileri sürülmüştür<sup>20</sup>. Kanaatimizce kanuni tanım gözetildiğinde, suçun oluşması için vergi mahremiyetinin *-belirtilen hareketler dâhil-*, herhangi bir yolla ihlal edilmesi, yani “*gizliliğin bir şekilde bozulması*” yeterlidir<sup>21</sup>. Bu, yerine göre mahremiyete konu bilginin üçüncü bir kişiye iletilmesi yoluyla olabileceği gibi<sup>22</sup>, bir gazete yazısıyla/ haberiyle kamuoyuna açıklanması<sup>23</sup>/ ifşa

18 PINAR, Burak/ BACAĞIZ, Pınar, “5237 Sayılı TCK Sonrası Kamu İcra Suçlarının Durumu (I -Sırrın İfşası Suçu)”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Yıl: Nisan 2006, Sayı: 3, s. 636 (zkr. ÇAKIR, Erdem Utku, “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Yıl: 2013, Sayı: 13, s. 356, dn. 11).

19 Bu konuda çalışmamızın “*Suçun Konusu*” başlıklı yerine bkz.

20 ERMAN, 1988, s. 99; CANDAN, Turgut, **Vergi Suçları ve Cezaları**, Maliye ve Hukuk Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 398; KARAKOÇ, 2012, s. 512-514.

21 VUK’ tan önce yürürlükte bulunan 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun vergilendirmeye ilişkin gerekçesinde, vergi mahremiyeti; “*Vergi mahremiyeti, her ne suretle olursa olsun, vergi tatbikatı dolayısıyla öğrenilen ticari ve şahsi sırların mutlaka gizli kalacağını ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır: 5432 sayılı VUK Gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, VII. Dönem, Cilt: 9-1, Ankara, 1949, s. 79-89’dan zkr. AĞAR, Serkan, “Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 2, s. 368, dn. 19.

22 Bu bakımdan bilginin iletilmesi kişi sayısının (bir veya birden fazla olması) bir önemi yoktur: DONAY, 2008, s. 169.

23 Belirtelim ki, ihlal fiilinin aleni olup olmaması suçun oluşması bakımından önemi haiz değildir: OK, Nuri/ GÜNDEL, Ahmet, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 366.

edilmesi şeklinde de olabilir<sup>24</sup>. Bu bağlamda söz konusu hükümde mahremiyete ilişkin ihlalin şekli konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden, suç **“serbest hareketli”** suçlardandır.

Gizliliğin bozulması, yukarıda işaret edildiği üzere icrai davranışlarla oluşabileceği gibi, yetkisiz kimselerin vergi dosyalarındaki sırlara ulaşmasının engellenmemesi örneğinde olduğu gibi, ihmal bir davranış sonucunda da gerçekleşebilir<sup>25</sup>.

Suçun oluşumu için vergisel sır veya bilginin fail ve/veya üçüncü kişi yararına kullanılması veya bu vesileyle bir menfaat temini yahut bir zararın doğması gerekli değildir. Dolayısıyla suç, mahremiyetin ihlali/ gizliliğin bozulması ile tamamlandığundan **“sırf hareket suçu (neticesiz suç)”**dur. Sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için fiilin işlenmesi yeterli olduğundan, bu suçlarda nedensellik bağı ile ilgili bir sorun ortaya çıkmaz. Bu durumda vergi mahremiyetini ihlal suçunda, bir neticeden ve bunun doğal sonucu olarak da fiil ile netice arasında bir nedensellik bağından söz edilemez.

## 2. Fail

Suçun faili, VUK' da yer alan **“vergi mahremiyetine uyma zorunluluğu”** bulunup da, bunu ihlal eden kimselerdir<sup>26</sup>. Vergi mahremiyetine uyma zorunluluğu bulunan kişiler başta VUK md. 5'te yer alan memurlar (f. 1/b. 1-2) olmakla birlikte, devlet ile istihdam ilişkisi içinde olmayan, ancak TCK md. 6/1-c kapsamında kamusal faaliyetin yürütülmesine geçici olarak katılan bir kamu görevlisi (f. 1/b. 3-4, ayrıca VUK mükerrer md. 242) de olabilir. İşaret edelim ki, suçun kanuni tanımında faille ilgili olarak yer alan söz konusu hukuki özellikler/nitelikler nedeniyle, bu suç fail açısından **“özgü (mahsus) suç”** (bkz. TCK md. 40/2) vasfındadır.

Vergi mahremiyetinin korunması ile ilgili yükümlülük, VUK' un 5. maddesinde belirtilen kimselerin, görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam ettiğinden (VUK md. 5/2), failin suçun

işlendiği tarihte görevde olması gerekli değil ise de<sup>27</sup>, ifşa edilen sır, bilgi veya belgenin görevdeyken öğrenilmiş olması zorunludur.

VUK'a göre vergi mahremiyetine kimlerin uyması gerektiği md. 5 ile mükerrer md. 242'de düzenlendiğinden, bunlar haricindeki kişiler vergiye ilişkin bir bilgi veya sırrı öğrenseler veya ifşa etseler bile bu suçun faili olamazlar. Ancak diğer şartların bulunması halinde TCK'nin 134, 137, 239 ve 258. maddelerinin uygulanması gündeme gelebilir.

VUK hükümleri dikkate alındığında, suçun faili olabilecek kişiler şu şekilde sıralanabilir<sup>28</sup>:

- Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar (VUK md. 5/f.1, b.1, 135),
- Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar (VUK md. 5/f.1, b.2),
- Vergi kanunlarına göre kurulan komisyona (takdir, uzlaşma, tadilat vb.) iştirak edenler<sup>29</sup> (VUK md. 5/f.1, b.3),
- Vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler (VUK md. 5/f.1, b.4),
- Bazı hallerde kendilerine bilgi ve belge verilen kişiler (VUK md. 5/f.4)<sup>30</sup>,
- Elektronik defter, belge ve kayıtların oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafaza ve ibrazı ile defter ve belgelerin elektronik ortamda tutulması veya düzenlenmesi konularında yetkili olan Maliye Bakanlığı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı görevlileri ile bu işlerin gerektiğinde devredilebileceği Maliye Bakanlığının gözetim ve denetimine tabi olacak şekilde, kuruluşu, faaliyetleri, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle belirlenecek özel hukuk tüzel kişiliğini haiz şirketin ortak, yönetici ve çalışanları (VUK Mükerrer md. 242),

24 Vergisel sırrın ifşa edilmeksizin fail veya üçüncü kişi yararına kullanılması da vergi mahremiyetinin ihlali (VUK md. 5) kapsamında suç olduğu yönündeki isabetli görüş için bkz. ÇAKIR, 2013, s. 358.

25 TAŞ, Fatma, **Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 101-102.

26 Bu konuda bkz. ÇOMAKLI, Şafak Ertan, “Adli Nitelikte Vergi Suçlarında Fail ve Ceza Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan Cilt I**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2009, s. 660, 676 vd.

27 Bu kişiler açısından öngörülen yükümlülük yönünden bir üst sınır öngörülmemiştir. Ancak doktrinde bunun dava zaman aşımı süresince devam edeceği ileri sürülmüştür (bkz. DONAY, 2008, s. 170).

28 Bu konuda bkz. ŞENYÜZ, 2012, s. 506-508.

29 Bu konuda bkz. MUTLUER, M. Kamil, **Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 3. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2011, s. 88-90; EDİZDOĞAN, Nihat/ TAŞ, Metin/ ÇELİKKAYA, Ali, **Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2007, s. 166, dn. 227.

30 Bu konuda çalışmamızın **“Hukuka Aykırılık Unsuru”** başlıklı yerine bkz.

- 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 54-55. maddelerinde belirtilen görevliler,
- 4369 sayılı Bankalar Kanunu'nun 3/8, 22/7-8. maddelerine göre çalışan kişiler<sup>31</sup>.

**"Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar (VUK md. 5/f.1, b.1, 135)"** kavramına; vergi idaresinin çeşitli kademelerinde (bakanlık merkez ve taşra teşkilatı dâhil)<sup>32</sup> yer alan vergi işlemleriyle ilgilenen kişiler girmektedir. Vergi muamelesi sadece tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerine münhasır olmayıp; vergilendirme sürecinde gerçekleşen ve gerekli bütün iş ve işlemleri kapsadığından, söz konusu faaliyetlerden herhangi birine katılan kamu görevlisi (TCK md. 6/1-c) bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin vergisel aramaya güvenlik görevlisi olarak katılan polis memuru bu bakımdan söz konusu kavramın kapsamı içindedir<sup>33</sup>.

**"Vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler (VUK md. 5/f.1, b.4)"** ibaresi geniş şekilde anlaşılmalı ve vergilendirme sürecinde usulüne uygun olarak görüşüne başvurulmuş her şahıs bu kapsamda mütalaa edilmelidir<sup>34</sup>.

**"Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar"** kavramına (VUK md. 5/f. 1, b. 2), zikredilen mahkemelerde görev yapan hâkim, tetkik hâkimi, savcı, avukat, müfettiş ve üyeler dâhildir. Belirtelim ki, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara katılan bazı kişiler memur olmayabileceği gibi, vergi işlerinde görevlendirilen bilirkişiler, fıkranın diğer bentlerindeki görevlilerin aksine idare hukuku anlamında memur olmamakla birlikte, sır saklama yükümlülüğü bulunan görevlilerdir. Dikkat edileceği üzere, bu düzenleme TCK md. 6/1-c kapsamındaki **"kamu görevlisi"** tanımına<sup>35</sup> paraleldir.

### 3. Konu

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun konusu, VUK'un 362. maddesinde yer alan **"Bu Kanunda yazılı vergi mahremiyetine..."** şeklindeki kısıtlayıcı

ibare nedeniyle, VUK kapsamındaki mahremiyetlere/ gizliliğe ilişkin yükümlülüklerdir. Dolayısıyla açık bir yollama veya düzenleme bulunmadığı sürece VUK dışındaki kanunlarda yer alan vergi mahremiyetine ilişkin ihlaller, bu madde kapsamında cezalandırılmaz.

VUK'da vergi mahremiyetinin bir tanımı yoktur. Ancak konuyla ilgili temel düzenleme olan 5. madde gözetildiğinde, suçun konusunu oluşturan sır veya diğer hususlar (ör. bilgiler, belgeler); vergi işlemleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar (kanımca hâkimler, tetkik hâkimleri, savcılar ve üyeler dâhil), vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler ve vergi işlerinde görevli olan kullanılan bilirkişiler; **"görevleri dolayısıyla", "yükümlünün veya yükümlüyle ilgili kimselerin (ör. vergi sorumlusunun, akrabalarının, ticari veya mesleki ilişkide bulunduğu kişilerin<sup>36</sup>)";**

- Şahıslarına,
- İşlem ve hesap durumlarına,
- İşlerine,
- İşletmelerine,
- Servetlerine veya
- Mesleklerine,

İlişkin olarak, öğrendikleri **"sırlar"** veya **"gizli kılması gereken diğer hususlar"**dır.

Dolayısıyla **"anılan görevliler haricindeki kişiler"**in öğrendikleri sır veya gizli kılması gereken diğer hususlar ile anılan görevliler tarafından öğrenilmiş olsa bile, **"yükümlü veya yükümlüyle ilgili olmayan"** veya bu kişilere ilişkin olsa dahi, bunların **"şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine"** ilişkin olmayan **"sırlar"** ile **"gizli kılması gereken diğer husus"**lar, bu suçun konusunu oluşturmazlar. Ancak diğer koşulların bulunması halinde, bu hususların TCK'nin 134, 137, 239 veya 258. maddelerinde tanımlanan suçlar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Diğer taraftan **"elektronik ortamdaki kayıtlar ve elektronik cihazla belge düzenleme"** konusundaki VUK'un mükerrer 242. maddesi dikkate alındığında, elektronik ortamda tutulmasına ve düzenlenmesine izin verilen defter, belge ve kayıtlar ile bununla bağlantılı bilgiler de bu suçun konusunu oluşturur.

31 ÇOMAKLI, Şafak Ertan/ AK, Ahmet, **Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler**, Erzurum Barosu Yayınları, Erzurum, 2013, s. 74.

32 Vergi idaresi kavramı için bkz. KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, 2. Basi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 65-78.

33 ERMAN, 1988, s. 98.

34 ERMAN, 1988, s. 99.

35 **"...Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi..."** anlaşılır.

36 CANDAN, 2010, s. 397; KARAKOÇ, 2012, s. 513.

Bir bilgi veya belgenin sır niteliğinde olması veya gizli kalmasının gerekli bulunması için, ya mevzuatta açıkça bu niteliğine işaret edilmesi ya da onun açıklanması halinde ilgisinin şahsına, ailesine, mesleğine, ticari itibar ve menfaatine zarar vermesi veya zarar tehlikesine yol açması gerekir<sup>37</sup>. Ayrıca söz konusu bilgi veya belgenin daha önce alenileşmiş olmaması, herkes tarafından bilinmemesi veya bilenebilecek durumda olmaması da şarttır<sup>38</sup>. Bu çerçevede örneğin kamuoyunda bekâr bilinen bir işadınının verdiği beyanname evli olduğunu belirtmesi kişisel nitelikte bir sırdır. Mükellefin borçları, ihracat ve ithalat tutarları vb. ise, ticari faaliyetlerine ilişkin sırlara verilebilecek örneklerdendir<sup>39</sup>.

#### 4. Mağdur

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun geniş anlamda mağdurunun, verginin mükellef (VUK md. 8) veya ilgili diğer kimselerin sırlarının veya gizli kalması gereken diğer verilerinin korunmasına ilişkin çıkarları ihlal edilen toplumun bütün fertleri olduğunu söyleyebiliriz<sup>40</sup>. Suçun dar anlamda mağduru ise, vergisel mahremiyetleri ihlal edilen *“yükümlü” veya “yükümlüyle ilgili kimseler (ör. vergi sorumlusu, ticari veya mesleki ilişkide bulunduğu kişiler veya akrabalar<sup>41</sup>)”*dir.

Suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabilmesi karşısında, maliye hazinesi<sup>42</sup> ile yükümlü veya yükümlünün ortağı veya yöneticisi olduğu tüzel kişiler, koşulları bulunduğu suçun mağduru değil, suçtan zarar gören konumundadır.

37 CANDAN, 2010, s. 397; KARAKOÇ, 2012, s. 513.

38 OK/GÜNDEL, 2002, s. 366.

39 4982 sayılı ve 09.10.2003 tarihli *“Bilgi Edinme Kanunu (BEK)”*nun (RG, 24.10.2003/ 25269) 21/1. maddesindeki *“Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler...”* ile 23. maddesindeki *“Kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgiler ...”* esasen bu nitelikteki bilgi ve belgelerdir.

40 ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 531; ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007, s. 208.

41 CANDAN, 2010, s. 397; KARAKOÇ, 2012, s. 513; TAŞ, 2008, s. 85-86.

42 Suçun mağduru olarak devleti kabul eden görüş için bkz. MUTLUER, 2011, s. 188.

#### B.- MANEVİ UNSUR

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun manevî unsuru *“kast”*tır. Suç tanımında, *“bilerek”*, *“bildiği halde”*, *“bilmesine rağmen”* gibi ifadeler kullanılmadığından, suç *“olası kastla”* da işlenebilir. Keza tipiklikte yer verilmemesi nedeniyle amaç ve saikin (ör. zarar verme, menfaat temin etme) bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla failin bir bilgi veya belgenin sır olduğunu bilmesi ve bunu bilerek ve isteyerek ifşa etmesi suçun oluşması için yeterlidir.

Kanunda açıkça düzenlenmediğinden, fiilin *“taksirli hâli”* suç teşkil etmez.

#### C.- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka uygunluk nedenleri, TCK'nin Birinci Kitap, İkinci Kısım, *“Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler”* başlıklı İkinci Bölümünde kusurluluğu etkileyen nedenlerle birlikte düzenlenmiştir<sup>43</sup>. Ancak, burada yer alan hükümlerin hangilerinin hukuka uygunluk sebebi, hangilerinin kusurluluğu etkileyen sebepler olduğu, söz konusu düzenlemelerden açıkça anlaşılammaktadır. Bununla birlikte, anılan madde gerekçeleri ile *“Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)”*nun 223. maddesi<sup>44</sup> dikkate alındığında, burada düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin *“kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (TCK md. 24/1)”*, *“meşru savunma*

43 Hukuku uygunluk nedenlerinin ceza sorumluluğunu değil, hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak suçun oluşmasını engelleyen nedenler olması karşısında, bu düzenleme şeklinin isabetsiz olduğu doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir: CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 294; ÖZGENÇ, 2007, s. 279-280; ÖZBEK, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75)*, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005, s. 301; ÜNVER, Yener, *“YTCK'da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 1, Ekim 2006, s. 57.

44 *“Madde 223: -“(1) Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür./ (2) Beraat kararı; / a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, / b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, / c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, / d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, / e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olması, / Hâllerinde verilir./ (3) Sanık hakkında; / a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, / b) (Değ. bend: 25.05.2005 - 5353 s. K./ 30. md.) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, / c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, / d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, / Hâllerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir...”*

(TCK md. 25/1)", "*hakkin kullanılması* (TCK md. 26/1)" ve "*ilgilinin rızası* (TCK md. 26/2)" olduğunu söyleyebiliriz<sup>45</sup>.

"*Kanunun hükmünü (görevi) yerine getirme* (TCK md. 24/1)"nin hukuka uygunluk teşkil etmesi için kişinin pozitif hukuk normu tarafından yetkilendirilmiş bulunması ve fiili görevi nedeniyle işlemiş olması gerekir<sup>46</sup>. Bu itibarla örneğin, vergisel mahremiyet kapsamında kalan bir hususta mahkemede tanıklık yapan kişinin fiili, görevin ifası kapsamında hukuka uygun olduğundan suç teşkil etmez.

Kanunda benimsenen hukuka uygunluk nedenlerinden bir diğeri olan "*hakkin kullanılması*"nda, kişinin hukuk düzenince kendisine sağlanan hak çerçevesinde işlediği fiil suç oluşturmayacaktır (TCK md. 26/1). Bunun için sübjektif bir hakkın bulunması, bunun fail tarafından doğrudan doğruya ve hakkı tanıma sebebinin sınırları içinde kullanılması, işlenen ve tipe uygun olan fiil arasında nedensellik bağı bulunması gerekir<sup>47</sup>. Bu sebeple, örneğin vergi kaçırdığı konusunda bir takım somut veriler bulunan şirketin vergisel bilgi/ belgelerini açıklayan gazetecinin fiili suç oluşturmaz.

"*İlgilinin rızası* (TCK md. 26/2)"nın bir hukuka uygunluk nedeni olarak uygulama alanı bulabilmesi için, rıza gösterilecek fiilin "*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olması*" gerekir<sup>48</sup>. Vergi mahremiyetini ihlal suçunda sırrın açıklanması, bu nitelikte bir hakka ilişkin olduğundan, mağdurun rızası fiili hukuka uygun hale getirir<sup>49</sup>.

45 ÖZGENÇ, 2007, s. 280 vd.; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007, s. 290 vd.; KOCA, Mahmut, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ekim 2006, s. 128-129; Doktrinde bunların yanında "*amirin emrini yerine getirme*" ve "*zorda kalma*" da hukuka uygunluk sebepleri arasında incelenmektedir [DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 252-255, 267-268; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, 2006, s. 294 vd.; ŞEN, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I (m. 1-140)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 66-71]. Bkz. ARSLAN, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK md. 235), 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 206-209.

46 EREM, Faruk/ DANIŞMAN, Ahmet/ ARTUK, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 555-556; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, 2006, s. 530-533; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 368-369; HAKERİ, 2007, s. 290-293.

47 CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, 2006, s. 327; KOCA, 2006, s. 138.

48 HAKERİ, 2007, s. 320-321.

49 ŞENYÜZ, 2012, s. 509.

"*Meşru savunma*"<sup>50</sup> gereğince ise, gerek kendisine, gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhtemel olan haksız bir saldırıyı o andaki hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu nedeniyle işlenen fiil suç teşkil etmez (TCK md. 25/1). Teorik yönden bir engel bulunmakla birlikte, yapısı itibarıyla vergi mahremiyetini ihlal suçunda bu hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmesi zordur.

Bünyesi ve niteliğine elverişli her fiile uygulanması mümkün olan<sup>51</sup>, genel nitelikteki -yukarıda zikredilen- hukuka uygunluk sebepleri dışında, vergi mahremiyetinin ihlal suçu açısından VUK md. 5/3-4'te özel nitelikte bazı hukuka uygunluk nedenleri de düzenlenmiştir<sup>52</sup>. Vergi mahremiyeti ilkesinin vergi güvenliğini korumaya yönelik istisnaları kapsamındaki düzenlemeye göre<sup>53</sup>;

- Gelir Vergisi mükelleflerinin yıllık gelir vergisi, sermaye şirketlerinin kurumlar vergisi beyannamelerinde gösterdikleri matrahların (zarar dâhil) ve beyanları üzerinden tarh olunan gelir ve kurumlar vergileri ile mükelleflerin ad ve unvanlarının, bağlı oldukları vergi dairelerince (ve varsa mükellefin bağlı bulunduğu teşekkül tarafından) beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilan olunması<sup>54</sup>,

50 Meşru savunma hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

51 ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 148 vd.

52 Ayrıntı bilgi için bkz. ÇAKIR, 2013, s. 363-368.

53 "...Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesi ile ilgili konulan yasaklamaların, bakanlıkların kendilerine mevdu kamu hizmetlerinin yerine getirmek üzere ihtiyaç duydukları ve vergi mükellefleri hakkında olup, Maliye Bakanlığının elinde bulunan bilgileri kapsamayacağı açıktır..." (Danıştay 1. Dairesi, 20.12.1984, 1984/291 E. - 294 K., zkr. ÇOMAKLI, 2009, s. 679, dn. 76). Bu konularda ayrıca bkz. KANETİ, 1989, s. 75-78.

54 "...vergi levhası asma zorunluluğunun Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen vergi mahremiyetinin istisnalarından biri [olduğu] ..." (Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 24.03.2006, 2005/327 E, 2006/55 K., zkr. ÇOMAKLI, 2009, s. 680, dn. 77). 2365 sayılı Kanunun gerekçesinden bu düzenlemenin amacı şu şekilde ifade edilmiştir: "*Mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine müteallik olmak üzere mutlak bir vergi mahremiyeti ihdas olunmuştur. Getirilen alenilik prensibi, bu mutlak mahremiyet esasına, sadece kamu yararı düşüncesine dayanan bir istisna teşkil etmektedir.*" (zkr. AĞAR, Serkan, 2012, s. 372).

- Mükelleflerin vergi tarhına esas beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş vergi ve ceza miktarlarının Maliye Bakanlığınca veya yetki devri yapılan mahalli vergi idaresince açıklanması<sup>55</sup>,
- Kamu görevlilerince yapılan adlî ve idarî soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgelerin verilmesi<sup>56</sup>,
- Bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgilerin verilmesi,
- Sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlarına ve 3568 sayılı Kanunla kurulan birlik ve meslek odalarına bildirilmesi<sup>57</sup>,

55 4369 sayılı Kanunun konuyla ilgili gerekçesi şu şekildedir: "... Vergi mahremiyetine istisnai olarak getirilen bu düzenleme ile hem kamuoyunun vergi konusunda bilgilendirilmesi, hem de kamuoyu denetimi yoluyla mükelleflerin ödevlerini tam ve zamanında yapmalarının sağlanması amaçlanmaktadır..."(zkr. AĞAR, Serkan, 2012, s. 373).

56 4369 sayılı Kanunun 1. maddesi gerekçesi şu şekildedir: "Bu fıkra yer alan ikinci hüküm, kamu görevlilerince yapılan adli ve/veya idari soruşturmalara ilgili olarak talep edilen ve vergi mahremiyeti kapsamına giren bilgi ve belgelerin verilebilmesine olanak tanımaktadır. Vergi mahremiyetinin bir istisnası olarak yapılan bu düzenleme ile soruşturma yapanların görevlerini daha etkin olarak yapabilmeleri, kamu görevlileri için öngörülen disiplin ve adli cezaların işlerliğinin ve caydırıcılığının artırılması, daha şeffaf bir kamu yönetimi anlayışı içinde yolsuzlukların önlenmesi ve hukuk devletinin daha da yüceltilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca, kendilerine bilgi verilen kişi ve kurumlar da vergi mahremiyeti kapsamına alınarak, bu yetkilerini kötüye kullanılmalarının önlenmesi hedeflenmektedir..."(zkr. AĞAR, Serkan, 2012, s. 373-374).

57 4369 sayılı Kanunla eklenen bu fıkranın gerekçesi şöyledir: "Bu fıkra yer alan üçüncü hüküm, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıktan vergi inceleme raporu ile saptananların kanunla kurulmuş (örneğin Baro, Tabipler Odası, Ticaret Odası ve/veya bunların bağlı oldukları birlikler gibi) kendi mesleki kuruluşlarına ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası, Yeminli Mali Müşavirler Odası ve odaların bağlı olduğu Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği'ne bildirilmesi, vergi mahremiyetinin bir başka istisnasını ifade etmektedir. Bu düzenleme ile serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin müşterileriyle sözleşme imzalanması, muhasebe kayıtlarının tutulması, rapor ve mali tabloların düzenlenmesi, denetim, karşıt inceleme ve tasdik gibi işlemleri sırasında mükellefler hakkında bilgi sahibi olabilmeleri, müteselsil sorumluluğu bulunan mesleklerini daha sağlıklı olarak yürütebilmeleri ve ayrıca vergi denetim ve güvenliğine daha fazla katkıda bulunabilmeleri amaçlanmaktadır. Ancak kendilerine bilgi verilen tüm meslek mensupları, odaları ve birlikleri de vergi mahremiyeti kapsamına alınmakta ve elde ettikleri bilgileri kötüye kullanılmalarının önlenmesi hedeflenmektedir" (zkr. AĞAR, Serkan, 2012, s. 377-378); Önemle belirtelim ki, kişinin

Vergi mahremiyetinin ihlali sayılamaz. Ancak bu gibi hallerde kendilerine bilgi verilen kişi ve kurumlar maddede yazılı yasaklara uymak zorundadır. Maliye Bakanlığı bilgilerin açıklanmasıyla ilgili usulleri belirlemeye yetkilidir<sup>58</sup>.

Diğer taraftan, vergi güvenliğini sağlamak amacıyla gelir vergisi mükelleflerinin yıllık gelir vergisi, sermaye şirketlerinin kurumlar vergisi beyannamelerinde gösterdikleri matrahları (zarar dâhil) ve beyanları üzerinden tarh olunan gelir ve kurumlar vergileri ile mükelleflerin ad ve unvanlarının, bağlı oldukları vergi dairelerince beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilan olunması **-ve mükellefin bağlı bulunduğu teşekkül varsa, bu ilanın orada da yapılması-** vergi mahremiyeti kapsamında değildir (VUK md. 5/3)<sup>59</sup>.

Vergi yargılaması sürecinde **-gizlilik kararının bulunmadığı hallerde-** duruşmalar aleni olduğundan, bu kapsamda alenileşmiş bilgiler sır kapsamında kabul edilemez. Dolayısıyla bunların açıklanması suç oluşturmaz<sup>60</sup>.

mahkûmiyetine ilişkin kesin hükmün bulunmadığı bu aşamada afişe edilmesi, masumiyet karinesi ihlal eder niteliktedir. Dolayısıyla düzenlemenin kaldırılması veya değiştirilmesinin isabetli olacağını düşünüyoruz (AĞAR, Serkan, 2012, s. 372).

58 Doktrinde azımsanmayacak sayıda çalışmada (bkz. ÇOMAKLI/ AK, 2013, s. 90-93; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 514-516; AKSOY, 2010, s. 84; KIZILO/ TAŞ, 2013, s. 139-140; ŞEN-YÜZ, 2012, s. 449, 519-524) VUK'un 5. maddesinin 6. fıkrasında ki, "Açıklanan bu bilgiler ele alınarak mükelleflerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz edilemez." hükmünü (ki bu düzenleme, maddede 26.06.1964 ve 485 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenmiş ve bilahare 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 272. maddesiyle değiştirilmiştir) TCK'nin 125. maddesi (765 sayılı mülga TCK md. 480-482) gereğince cezalandırılması öngörülen ayrı bir suç olarak mütalaa edilmektedir. Bilindiği gibi, bir fiilin suç olarak kabul edilmesi için kanunla yasaklanması ve karşılığında cezai bir yaptırım öngörülmesi gerekir. Oysa söz konusu düzenlemede, atıf suretiyle de olsa bir ceza öngörülmüş değildir. Maddenin 5728 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki halinin dikkate alınması ve değişikliğin gözden kaçırılması nedeniyle ortaya çıktığı düşünüldüğümüz bu görüşe, *-maddi hataya dayanan bir yanlışlığı değil ise-*, suçta ve cezada kanunilik ilkesini (AY md. 38, TCK md. 2) göz ardı etmesi ve herhangi bir hukuki dayanağının da bulunmaması nedeniyle katılmıyoruz. Kuşkusuz söz konusu bilgi ve belgelere dayanılarak kişinin şeref veya saygınlığını rencide edecek nitelikte bir fiil isnat edilmesi veya sövülmesi halinde TCK'nin 125 vd. maddeleri kapsamında hakaret suçunun oluşması gündeme gelebilir. Ancak bu durum, VUK md. 5/6'daki hükmün ayrı bir suç olarak düzenlendiği sonucunu doğurmaz.

59 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), "Wypych v. Polonya Davası" örneğinde görüldüğü üzere, kamu yararı bulunan çeşitli hallerde vergiyle ilgili bilgi ve belgelerin kamuoyuyla paylaşılmasını hukuka aykırı bulmamıştır (bkz. YALTI, 2006, s. 172-175).

60 Doktrinde Kaneti (1989, s. 77-78) hukuk davalarında tarafların

BEK'in 23. maddesi, kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgileri kapsam dışı tuttuğundan, tipik bir ticari sır olan vergi sırlarının verilmesi/ açıklanması hukuksal olarak uygun değildir<sup>61</sup>.

### III.- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

#### A.- TEŞEBBÜS

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun, "*mahremiyetin ihlali/ gizliliğin bozulması*" ile tamamlandığını, bunun dışında ayrıca bir neticenin meydana gelmesinin aranmadığını ve bu nedenle de "*sırf hareket suçu*" olduğunu belirtmiştik. Gerçekten, kanuni tanımda suçun oluşması için menfaat temini, zarar oluşması vb. bir neticenin gerçekleşmesi öngörülmemiştir. Dolayısıyla vergi mahremiyetini ihlal suçunun prensip olarak teşebbüse everişli olmadığını söyleyebiliriz. Ancak, mahremiyetin ihlali/ gizliliğin bozulması olarak kabul edilebilecek bir fiilin bünyesi itibariyle kısımlara bölünebildiği hâllerde, teşebbüsü olanaklı görmektediriz. Örneğin, "*vergi mahremiyetine uyma zorunluluğu*" bulunan bir kişinin<sup>62</sup> edindiği vergisel sırları bir gazeteciye posta ile gönderip de, elinde olmayan bir nedenle ona ulaşmaması halinde suça teşebbüs (TCK md. 35) söz konusudur<sup>63</sup>.

#### B.- İŞTİRAK

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun faillerinin belli hukuki vasıflara sahip kişiler olabileceğini ve bu nedenle "*suçun özgü/ mahsus suç*" olduğunu ifade etmiştik<sup>64</sup>. Özgü suçlara, suçun oluşumu için katılımı gerekli olanlar dışındakilerin iştirakinin, yalnızca "*azmettirme*" (TCK md. 38) ve "*yardım etme*" (TCK md. 39) biçiminde gerçekleşmesi

mümkün olduğundan (TCK md. 40/2)<sup>65</sup>; vergi mahremiyetini ihlal eden failin fiiline, ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmek mümkündür (TCK md. 38-39).

#### C.- İÇTİMA

"*Suçların içtimalı*" TCK'nin Genel Hükümlerinin bulunduğu Birinci Kitabının İkinci Kısım Beşinci Bölümünde (md. 42-44), "*bileşik suç (md. 42)*", "*zincirleme suç (md. 43)*" ve "*fikri içtima (md. 44)*" başlıkları altında düzenlenmiştir. Kanun koyucu, bu gibi hâllerde suçların içtima ettiğini, yani ortada birden çok suçun bulunduğunu ve fakat faile tek bir ceza verileceğini kabul etmiştir<sup>66</sup>.

Vergi mahremiyetini ihlal suçu, TCK'nin 43/3. maddesinde<sup>67</sup> belirtilen suçlardan olmadığından, kural olarak "*zincirleme (müteselsil) suç*" hükümleri çerçevesinde işlenebilir. Bu durumda, aynı/ bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, bir kişiye karşı işlenen birden fazla vergi mahremiyetini ihlal suçu nedeniyle bir cezaya hükmedilecek, ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır (TCK md. 43/1)<sup>68</sup>. Ancak 5237 sayılı TCK'de **-765 sayılı mülga TCK'den (md. 80) farklı olarak**<sup>69</sup> işlenen suçun "*bir/ aynı kişiye*" karşı işlenmiş olması şartı benimsendiğinden<sup>70</sup>, aynı suç işleme kararına dayansa bile farklı kişilere karşı işlenen vergi mahremiyetini ihlal suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır<sup>71</sup>. Keza aynı mağdura karşı işlense dahi, aynı/ bir suç işleme kararının icrası kapsamında<sup>72</sup> işlenmeyen vergi mahremiyetini

getirdikleri delillerle yetinilmesinin zorunlu olduğunu, dolayısıyla bu mahkemelerin mahremiyet kapsamındaki bilgilere dayanarak karar veremeyeceğini belirtmekte, aksi halin vergi mahremiyetinin ihlali niteliğinde olacağını dile getirmektedir.

61 EDİZDOĞAN/ TAŞ/ ÇELİKKAYA, **2007**, s. 164, dn. 223; YURTSEVER, Hatice/ BURAN, Burçin, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Çerçevesinde Vergi Mahremiyetinin Değerlendirilmesi", **Electronic Journal of Vocational Colleges**, December/Aralık 2012, s. 50-52.

62 Bu konuda çalışmamızın "*Fail*" başlıklı yerine bkz.

63 BAYRAKLI, Hasan Hüseyin/ BOZDAĞ, Ahmet, "Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi", **Maliye Dergisi**, Yıl: Ocak-Haziran 2010, Sayı: 158, s. 31-32.

64 Bu konuda çalışmamızın "*Fail*" başlıklı yerine bkz.

65 ÖZTÜRK/ ERDEM, **2006**, s. 268; ÖZGENÇ, **2007**, s. 442-443.

66 KOCA, Mahmut, "Fikri İçtima", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı 4, Ağustos 2007, s. 198 ve dn. 4'te belirtilen yazarlar. Bu başlık (İçtima) altındaki açıklamalar için ayrıca bkz. ve karş. ARSLAN, **2012**, s. 226-232.

67 "(3) *Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.*"

68 Zincirleme suçun şartları ve sonuçları için bkz. DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 450-456.

69 765 sayılı mülga TCK'ye göre müteselsil suçun şartları için bkz. İÇEL, Kayıhan, **Suçların İçtimalı (Genel Bilgiler- Fikri İçtima- Müteselsil Suçlar- Görünüşte İçtima)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1762, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 385, İstanbul, 1972, s. 105-151; SANCAR, Türkan Yalçın, **Müteselsil Suç**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 61-120.

70 DEMİRBAŞ, **2005**, s. 456; ŞEN, **2006**, s. 134-139.

71 HAKERİ, **2007**, s. 427-428.

72 Bu şart için bkz. İÇEL, **1972**, s. 130 vd.



ihlal suçları da, zincirleme suç kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun **“tek bir fiille”** **“birden fazla kişiye karşı”** işlenmesi mümkündür (TCK md. 43/2)<sup>73</sup>. **“Aynı nev’iden fikri içtima”**ın söz konusu olduğu bu hâlde<sup>74</sup>, zincirleme suçta olduğu gibi, birden çok suç bulunmasına rağmen<sup>75</sup> faile bir ceza verilecek, ancak bu ceza belli bir artırıma tabi tutulacaktır (TCK md. 43/1-2)<sup>76</sup>. Örneğin, birden fazla vergi mükellefine ait olup da VUK’a göre gizli tutulması gereken bilgilerin bulunduğu disketin veya dosyanın başkalarına ulaşması sağlandığında, vergi mahremiyetini ihlal suçundan tek bir ceza verilecek, ancak bu ceza TCK’nin 43. maddesinin 2. fıkrasındaki atıf nedeniyle, aynı maddenin 1. fıkrası gereğince dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır.

İşlenen **“bir fiille”** **“birden fazla farklı suçun”** oluşmasına sebebiyet verilmesi hâlinde ise, **“farklı nev’iden fikri içtima”** söz konusu olup, bu durumda kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır (TCK md. 44)<sup>77</sup>. Ancak bunun için içtimain görünüşte olmaması, yani failin fiilinin her iki (veya daha fazla) suç tipine her yönüyle uyması gerekir.

Vergi mahremiyetini ihlal suçuna ilişkin olarak görünüşte içtimain söz konusu olduğu hâller mevcuttur. Örneğin, vergi mahremiyetinin ihlali/gizliliğin bozulması fiili, ilk bakışta VUK’un 362. maddesi yanında TCK’nin 134 (ve 137), 239 ve 258. maddelerindeki suçları da oluşturmaktadır. Oysa bu durum görünüştedir. Zira VUK’un 362. maddesinde, TCK’nin 134 (ve 137), 239 ve 258. maddelerindeki gizli kalması gereken/ sır niteliğindeki

bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak/ bilgileri ifşa etmek unsurlarının mevcudiyeti yanında, ek bir unsur ve özellik olarak bu bilgi veya belgelerin **“vergi mahremiyetiyle ilgili olması”** ve gizliliğin de VUK’dan kaynaklanması aranmaktadır. Bu özelliği nedeniyle vergi mahremiyetini ihlal suçu (VUK md. 362), özel norm olarak, diğer suçları bertaraf etmekte ve bunun uygulanması ile yetinilmektedir<sup>78</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus da **“vergi mahremiyetini ihlal suçu”** ile 6183 sayılı Kanununun 107. maddesinde düzenlenen **“kamu borçlusunun mahremiyetini ihlal suçu”** arasındaki ilişkidir. Konuya ilişkin olarak doktrinde, VUK’daki suçun tahakkuka kadar olan safhadaki, 6183 sayılı Kanundaki suçun ise, tahakkuktan tahsile kadar olan aşamadaki<sup>79</sup> mahremiyet (bkz. md. 1, 3) ihlallerini cezalandırdığı; dolayısıyla zikredilen iki suçun birbirini tamamladığı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>80</sup>. Gerçekten her iki suçun konusunun duruma göre verginin tahakkuku ve kamu alacağının tahsili aşamasındaki failerin görevleri dolayısıyla öğrendiği kimi sırlar ile açıklanmaması gereken bazı hususları kapsamaması karşısında, bu olağan bir sonuçtur. Dolayısıyla söz konusu suçlar arasında düzenleme şekli itibarıyla bazı benzerlikler bulunmakta ise de, aralarında herhangi bir kesişme ve içtima ilişkisi söz konusu değildir<sup>81</sup>.

78 Görünüşte içtimada özel normun önceliği ilkesine ilişkin olarak bkz. İÇEL, 1972, s. 173-174; DEMİRBAŞ, 2005, s. 441-443.

79 Vergilendirme sürecindeki tarh, tahakkuk, tahsil vb. işlemler için bkz. ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 10. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2003, s. 87-122.

80 ERMAN, 1988, s. 97-98. Aynı yönde: ŞENYÜZ, 2012, s. 506; TAŞ, 2008, s. 81.

81 *Sırrın ifşası*

**Madde 107 -** (Değişik birinci fıkrası: 23.01.2008-5728/160 md.) Bu kanunun tatbikinde vazifeli bulunan kimseler, bu vazifeleri dolayısıyla amme borçlusunun ve onunla ilgili kimselerin şahıslarına, mesleklerine, işlerine, muamele ve hesap durumlarına ait öğrendikleri sırlarla, gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa ettikleri takdirde Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesine göre cezalandırılır./ (Mülga ikinci fıkrası: 23.01.2008-5728/578 md.)/ Üç, dört ve beşinci fıkralar Mülga: 22.07.1998 - 4369/82 md.)/(Ek fıkrası: 30.07.2003-4962/3 md.) Bu Kanunun 41 inci maddesine göre amme alacağını tahsil yetkisi verilen kuruluşlara, yapacakları tahsile yönelik bilgilerin ve 22/A maddesine göre borçun olmadığına dair belgeyi arama zorunluluğu getirilen kurum ve kuruluşlara, ödeme ve işleme taraf olanlara ilişkin borç bilgilerinin verilmesi sırrın ifşası sayılmaz; bu kurum ve kuruluşlarda vazifeli bulunan kimseler edindikleri bilgileri ifşa ettikleri takdirde birinci fıkraya hükmü-

73 Aynı nev’iden fikri içtimaa ilişkin hükümler -zincirleme suçta olduğu gibi- kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında uygulanmaz (TCK md. 43/3).

74 765 sayılı mülga TCK’de aynı nev’iden fikri içtimaa açıkça yer verilmemişti [ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, 2006, s. 799; KOCA, 2007, s. 215]; Karş. İÇEL, 1972, s. 78-80.

75 KOCA, 2007, s. 216 ve dn. 87; Özgenç, aynı neviden fikri içtima hâlinde ortada tek suçun bulunduğu görüşündedir (ÖZGENÇ, 2007, s. 518).

76 **“Aynı nev’iden fikri içtima”**ın zincirleme suçun yer aldığı TCK’nin 43. maddesinde düzenlenmesinin isabetsiz olduğu, bu nedenle böyle bir hükme 44. maddede yer verilmesinin doğru olacağı **“haklı olarak”** dile getirilmiştir: KOCA, 2007, s. 214-215. Doktrinde **Hakeri** de, bu düzenlemenin esasen zincirleme suçla bir ilgisinin bulunmadığını ifade etmektedir (HAKERİ, 2007, s. 430).

77 DEMİRBAŞ, 2007, s. 483.

#### IV.- YAPTIRIM

Ceza hukukunda suç karşılığında uygulanan yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleridir. TCK'de Genel Hükümlerin yer aldığı Birinci Kitabın Üçüncü Kısmı (md. 45-75) "**Yaptırımlar**"a ilişkin olup, Birinci Bölümde (md. 45-52) "**Cezalar**", İkinci Bölümde (md. 53-60) "**Güvenlik Tedbirleri**", Üçüncü Bölümde (md. 61-63) "**Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**" ve son olarak Dördüncü Bölümde (md. 64-75) ise, "**Dava ve Cezanın Düşürülmesi**"ne ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Yaptırımlara ait temel esasların düzenlendiği bu hükümler yanında; genel olarak uygulanacak yaptırımın ne olacağı, ilgili suç tipinin düzenlendiği maddede yer almaktadır. Bundan başka çeşitli kanunlarda failin sıfatı ve/ veya suçun türüne göre ek yaptırımlar söz konusu olabilmektedir<sup>82</sup>.

Suç karşılığında uygulanan cezalar ise, hapis ve adli para cezasıdır (TCK md. 45)<sup>83</sup>. Kanun koyucunun vergi mahremiyetini ihlal suçu için -atıf suretiyle- benimsediği ceza TCK md. 239 gereği "**bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası**"dır. Maddede adli para cezasının alt sınırı belirtilmediğinden, TCK md. 52/1 gereği "**beş gün**"dür.

Maddedeki atıf, TCK'nin 239. maddesinin bütününe değil, yaptırımına ilişkin olduğundan, suçun "**daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri**"<sup>84</sup> ile "**tüzel kişiler hakkına güvenlik tedbiri**" öngören TCK'nin 242. maddesi hükmü, **-diğer koşulların bulunması halinde dahi-**, cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı (AY md. 38, TCK md. 2) gereği<sup>85</sup>, VUK'un 362. maddesi açısından uygulama alanı bulmayacaktır.

Suçun tekerrüren işlenmesi halinde failin bir daha devlet hizmetinde kullanılmayacağına ilişkin görüşün ise, bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır<sup>86</sup>.

ne göre cezalandırılırlar. Bu bilgilerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.

82 ARSLAN, 2012, s. 235-237.

83 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 61 vd.

84 Kendi içinde çelişkili ve hukuki dayanağı bulunmayan aksi yönde görüş için bkz. ŞENYÜZ, 2012, s. 514-515.

85 Bu konu ve çeşitli boyutları hakkında bkz. GÜNEŞ, Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, XII Levha Yayıncılık A.Ş., 2. Baskı, İstanbul, 2008.

86 KIZILOĞLU/ TAŞ, 2013, s. 139.

#### V.- CEZA MUHALEMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Vergi mahremiyetini ihlal suçuna ilişkin olarak, gerek VUK'da gerekse başka bir normda özel soruşturma ve kovuşturma şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla suçun soruşturulması veya kovuşturulması şikâyet veya izne tabi değildir<sup>87</sup>. Yukarıda da değinildiği üzere<sup>88</sup> VUK md. 326'da TCK md. 239'a yapılan atıf yalnızca yaptırıma ilişkin olduğundan, TCK md. 239/1'de yer alan "**şikâyet koşulu**" bu suç açısından aranmaz ve dolayısıyla resen takip edilir<sup>89</sup>.

Suçun failinin kamu görevlisi olmadığı hallerde [ör. bilirkişi (VUK md. 5/f.1, b.4), özel hukuk tüzel kişiliğini haiz şirketin ortak, yönetici ve çalışanı (VUK Mükerrer md. 242), banka çalışanı (4369 sayılı Kanun md. 3/8, 22/7-8)] soruşturma ve kovuşturma genel hükümlere göre yapılır. Failin kamu görevlisi olması ihtimalinde ise, 02.12.1999 tarih ve 4483 sayılı "**Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun**"<sup>90</sup> gereğince yargılama için yetkili merciin izni gerekmektedir. Ancak 19.04.1990 tarih ve 3628 sayılı "**Mal Bildiriminde Bulunması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu**"nun<sup>91</sup> 17. maddesi hükmü gereği fail müsteşar, vali veya kaymakam sıfatı taşımaktaysa (3628 sayılı Kanun md. 17/2)<sup>92</sup> veya görevleri yahut sıfatları gereği özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi kimselerden ise, ilgili kanun hükümleri devreye girecektir (3628 sayılı Kanun md. 17/3)<sup>93</sup>. Bu bağlamda örneğin,

87 İşaret edelim ki, yargılama yapılabilmesi için Adalet Bakanının talebinin arandığı hükümler de (TCK md. 12-13), bu suçta kapsamaktadır.

88 Çalışmamızın "**Yaptırım**" başlıklı yerine bkz.

89 ERMAN, 1988, s. 106; Doktrinde herhangi bir açıklama yapılmaksızın suçun takibinin şikâyete tabi olduğu savunulmaktadır (bkz. CANDAN, 2010, s. 400).

90 RG, 04.12.1999/ 23896.

91 RG, 04.05.1990/ 20508.

92 Bu durumda müsteşar ve valiler ile ilgili soruşturma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekili; kaymakamlar ile ilgili soruşturma ise il Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcı vekili tarafından yapılır (4483 sayılı Kanun m. 12, f. 1). Soruşturma sırasında hâkim kararı alınmasını gerektiren hususlarda, müsteşarlar ve valiler için Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine, kaymakamlar için il asliye ceza mahkemesine başvurulur (4483 sayılı Kanun m. 12, f. 2).

93 ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, 2006, s. 536-537; GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, **Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 413-414; TARHAN, R. Bülent, "**Memur Yargılanması Üzerine**" (Güncel Hukuk Mart 2005), s. 1-3, [http:// www.](http://www.)

failin bakan olması hâlinde Anayasa'nın 100<sup>94</sup>, milletvekili olması hâlinde Anayasa'nın 83/2<sup>95</sup>; Yüksek Mahkemelerin başkanı, başsavcısı veya üyesi olması hâlinde teşkilat kanunlarının ilgili hükümleri (2949 sayılı Kanun md. 55, 2797 sayılı Kanun md. 46, 2575 sayılı Kanun md. 76, 1600 sayılı Kanun md. 37, 1602 sayılı Kanun md. 32, 832 sayılı Kanun md. 96); hâkim veya savcı sınıfından bir kişi olması durumunda 24.02.1983 tarih ve 2802 sayılı "**Hâkimler ve Savcılar Kanunu**"nun<sup>96</sup> 82; avukat olması hâlinde 19.03.1969 tarih ve 1136 sayılı "**Avukatlık Kanunu**"nun<sup>97</sup> 58 ve noter olması hâlinde 18.01.1972 tarih ve 1512 sayılı "**Noterlik Kanunu**"nun<sup>98</sup> 153. maddesindeki prosedür işletilecektir<sup>99</sup>.

Son olarak **-kısaca da olsa-** vergi mahremiyetini ihlal suçunun muhakemesinde başvurulabilecek koruma tedbirlerine değinmekte fayda görüyoruz. Zikredilen suçla ilgili olarak tutuklama, arama, elkoyma vb. klasik koruma tedbirlerine koşulların varlığı hâlinde başvurulması mümkün ise de, kanun koyucunun bazı önemli suçlara münhasır öngördüğü, "**taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (CMK md. 128)**", "**iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK md. 135)**"<sup>100</sup>,

bmder.org.tr/makale24.htm, (erişim tarihi 28.09.06). 4483 sayılı Kanunun 2/2. maddesinde de, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.

94 Başbakan ve bakanlar hakkında yapılan soruşturma/ Meclis soruşturması hakkında geniş bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, Metin, **Meclis Soruşturması**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.

95 "...Sanık CK hakkında ihaleye fesat karıştırmak ve suç işlemek için kurulan teşekküle yardım etmek suçlarından kurulan hükümden ise;/ Hükümden sonra ve 30.07.2007 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Yüksek Seçim Kurulu kararına göre sanığın Ağrı Milletvekili seçildiğinin anlaşılması karşısında, Anayasa'nın 83. ve CMK'nun 223/8. maddeleri gereğince durma kararı verilmesi gerektiğinin gözetilememesi..." (5. CD, 22.10.2009, 2009/11135, 2009/11823. Karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir).

96 RG, 26.02.1983/ 17971.

97 RG, 07.04.1969/ 13168.

98 RG, 05.02.1972/ 14090.

99 ARSLAN, **2012**, s. 251-252; Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi ve benzer hükümler için bkz. GÖKCAN/ ARTUÇ, **2007**, s. 433-606.

100 Bu konuda geniş bilgi için bkz. ŞEN, Ersan, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sa. 4, Ağustos 2007, s. 97-135; İhaleye fesat karıştırmaya suçundan alınan iletişimin tespiti koruma tedbiri, suçun vasıf değiştirmesi (ör. görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi) durumunda, hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmeyip hükmeye esas alınabilecektir. Yargıtay'ın aynı yöndeki bir kararı şöyledir: "...Sanık

"**teknik araçlarla izleme (CMK md. 140)**" ve "**kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına elkoyma (CMK md. 248)**" özel koruma tedbirlerine başvurma olanağı tanınmamıştır. Dolayısıyla bu suçun soruşturması veya kovuşturmasında doğrudan veya dolaylı olarak ör. iletişimin denetlenmesi veya teknik araçla izleme koruma tedbirine başvurulmuş olması halinde, bu yolla elde edilen delil hukuka uygun olmadığından, ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Zira bilindiği üzere yüklenen suçun, ancak hukuka uygun şekilde elde edilen delillerle ispatı mümkündür (AY md. 38; CMK md. 217/2)<sup>101</sup>.

## SONUÇ

Devlet, üzerine düşen sosyal yükümlülükleri, kamu hizmetlerini yerine getirmek amacıyla çeşitli araçların yardımına başvurur. Bu araçlardan biri olan vergi toplama yetkisi, devletin egemenliğinin göstergelerinden biri olarak bilinir. Anayasa'da da çeşitli maddelerle sınırları çizilen bu yetkinin etkin şekilde kullanılabilmesi için bir takım hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden bir kısmı da VUK'da yer alan vergi suç ve cezalarıdır.

VUK'da düzenlenen vergi suçlarından biri olan "**Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu**", devletin vergisel faaliyetleri neticesinde kişisel, ekonomik, mesleki sınırlarını mecburi olarak ifşa eden vergi yükümlüsü ve mükelleflerinin, temel hak ve özgürlüklerden olan özel hayatın gizliliğinin korunmasını amaçlamaktadır. Vergilendirme işlemlerini doğru ve eksiksiz yapabilmek adına edinilen bilgilerin açıklanması veya amacı dışında kullanılması, kişilere

hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılması kararına konu olan suçlar rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu 5271 sayılı CYY'nin 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıt, CYY'nin 138/2. maddesi fıkrası uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir. Özel Dairece isnat edilen eylemlerin bir kısmından beraat bir kısmından ise suç niteliğinin değişmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı tesis edilmiş ise de, başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir..." (CGK, 12.06.2007, 2006/5.MD-154, 2007/145. Karar UYAP Sisteminden temin edilmiştir).

101 ÖZTÜRK, **2010**, s. 207, 213-214.

doğrudan veya dolaylı, maddi ve manevi zararlar verebilir. "**Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu**"yla bu zararın doğması önlenirken, vergi sisteminin daha düzgün çalışması sağlanır.

VUK md. 362'de düzenlenen bu suç, vergi mahremiyetinin ihlal edilmesiyle gerçekleşeceğinden serbest hareketli bir suç olup, sırf hareket suçudur. Suçun faili VUK md. 5 ve Mükerrer md. 242'de sayılan vergi mahremiyetine uyma zorunluluğu bulunan kişilerdir; dolayısıyla fail açısından özgü suçtur. Suçun konusunu ise VUK md. 5'te sayılan şahıs, işlem ve hesap durumu, iş, işletme, servet veya mesleğe ilişkin öğrenilen sırlar veya gizli kalması gereken diğer hususlar oluşturmaktadır. Kast ve olası kast ile işlenebilen bu suçta ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenleri TCK'da sayılan genel nedenlerin yanı sıra, VUK'un 5.maddesinin 3. ve 4. fıkralarında düzenlenmiş özel nitelikli hukuka uygunluk nedenleri de bulunmaktadır.

Vergi mahremiyetinin ihlali fiili her ne kadar ilk bakışta TCK'nın 134, 137, 239 ve 258. maddelerindeki suçları da oluşturuyor gibi görünse de, gizli kalması gereken bilgilere başkasının ulaşmasını sağlamak, bu bilgileri ifşa etmek unsurunun yanı sıra, bu bilgilerin vergi mahremiyeti ile ilgili olması ve gizliliğin de VUK'dan kaynaklanması gerekir. Bu niteliğiyle VUK md. 362 özel bir normdur. "**Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu**"nun, TCK'nın 239. maddesinde düzenlenen "**Ticari Sır, Bankacılık Sırrı ve Müşteri Sırrının İfşası Suçu**" karşısında, ayrıca muhafaza edilmesi kanımızca gereksizdir. Zira TCK'nın 239. maddesinde düzenlenen suç, vergisel sırları da korumak bakımından kapsamlı bir düzenlemedir ve ceza hukuku tekniğine de uygundur. Bunun yanında söz konusu hüküm, yetkisi olmadığı halde bilgi ve belgeleri öğrenip ifşa eden failleri de kapsamaması ve kimi nitelikli halleri de (f. 3-4) cezalandırması nedeniyle VUK'un 362. maddesine göre daha kapsamlı bir düzenlemedir.

VUK md. 362 TCK md. 239'a atıf yapmaktadır ancak maddedeki atıf, 239. maddenin bütününe değil, yaptırımına ilişkindir. Bu durumda "**tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri**" uygulanmasının düzenlendiği TCK'nın 242. maddesi hükmü, **-diğer koşulların bulunması halinde dahi-**, cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı (AY md. 38, TCK md. 2) nedeniyle, VUK'un 362. maddesi açısından uygulama alanı bulmayacaktır.

Suçta ilişkin olarak özel bir soruşturma ve kovuşturma şartı öngörülmediğinden, suç, şikâyet ve izne tabi değildir; resen takip edilir. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere TCK md. 239'a yapılan atıf yalnızca yaptırıma ilişkin olduğundan, maddenin 1. fıkrasında yer alan şikâyet koşulu da bu suç için aranmayacaktır. Suçun faili kamu görevlisi değil ise soruşturma ve kovuşturma genel hükümlere göre yapılacak; ancak fail kamu görevlisi ise, tabi olduğu özel soruşturma ve kovuşturma işlemleri uygulanacaktır.

## BİBLİYOGRAFYA

- AĞAR, Serkan, "**Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı**", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 2.
- AKSOY, Şerafettin, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- ARSLAN, Çetin, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu** (TCK md. 235), 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- ATAR, Yavuz, **Vergi Hukuku Genel Esaslar**, Mimoza Yayınları, Konya, 1991.
- YAVAŞLAR, Funda Başaran, "**Vergi Usul Kanununda Yer Alan Vergi Kabahat ve Yaptırımları**", İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından **Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu** (Editörler: İlhan Ulsan/ Funda Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin/ BOZDAĞ, Ahmet, "**Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi**", **Maliye Dergisi**, Yıl: Ocak-Haziran 2010, Sayı: 158,
- CANDAN, Turgut, **Vergi Suçları ve Cezaları**, Maliye ve Hukuk Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2010.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- ÇAĞAN, Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1982.
- ÇOMAKLI, Şafak Ertan, "**Adli Nitelikte Vergi Suçlarında Fail ve Ceza Sorumluluğu**", **Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan Cilt I**, Ankara, 2009.
- ÇOMAKLI, Şafak Ertan/ AK, Ahmet, **Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler**, Erzurum Barosu Yayınları, Erzurum, 2013.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yeni

- Türk Ceza Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- DONAY, Süheyl, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- EDİZDOĞAN, Nihat/ TAŞ, Metin/ ÇELİKKAYA, Ali, **Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2007.
- EREM, Faruk/ DANIŞMAN, Ahmet/ ARTUK, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- ERMAN, Sahir, **Vergi Suçları, Ticari Ceza Hukuku- VI**, İstanbul, 1988.
- FEYZİOĞLU, Metin, **Meclis Soruşturması**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, **Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, XII Levha Yayıncılık A.Ş., 2. Baskı, İstanbul, 2008.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007.
- İçel, Kayıhan, **Suçların İçtimaı (Genel Bilgiler- Fikri İçtima- Müteselsil Suçlar- Görünüşte İçtima)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1762, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 385, İstanbul, 1972.
- KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 6. Bası, Yekin Yayınları, Ankara, 2012.
- KIZILLOT, Şükrü/ TAŞ, Metin, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Gazi Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2013.
- KOCA, Mahmut, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ekim 2006.
- KOCA, Mahmut, "Fikri İçtima", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007.
- MUTLUER, M. Kamil, **Vergi Ceza Hukuku**, Eskişehir, 1979.
- MUTLUER, M. Kamil, **Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 3. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2011.
- OK, Nuri/ GÜNDEL, Ahmet, **Açıklamalı - İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları**, Şekçin Yayınevi, Ankara, 2002.
- ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 10. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2003.
- ÖZBEK, Veli Özer, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gereççeli-İçtihatlı) Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75)**, Güncellenmiş Geliştirilmiş 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005.
- ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007.
- ÖZTÜRK, Bahri, "Vergi Ceza Muhakemesi'nde Delil Yasakları", **Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı** (Editörler: Bahri Öztürk/ Funda Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Yeni TCK' ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- SANCAR, Türkan Yalçın, **Müteselsil Suç**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- SEER, Roman, "Almanya'da Vergi Yükümlülerinin Verilerinin Korunması" (Çev. Oğuz Şimşek), **Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı** (Editörler: Bahri Öztürk/ Funda Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ŞEN, Ersan, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007.
- ŞEN, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I (m. 1-140)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- ŞENYÜZ, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)**, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.
- ŞİMŞEK, Suat, "Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", **Maliye Dergisi**, Sayı: 159, Temmuz-Aralık 2010.
- TARHAN, R. Bülent, **"Memur Yargılaması Üzerine"** (Güncel Hukuk Mart 2005), <http://www.bmdr.org.tr/makale24.htm>, (erişim tarihi 28.09.06).
- TAŞ, Fatma, **Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2008.
- ÜNVER, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ekim 2006.
- YALTI, Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- YURTSEVER, Hatice/ BURAN, Burçin, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Çerçevesinde Vergi Mahremiyetinin Değerlendirilmesi", **Electronic Journal of Vocational Colleges**, December/Aralık 2012.



# İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması

Hakemli Makale

**Gürsel KAPLAN**

Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı

## ÖZET

İptal kararı ile iptali istenilen idari işlemin tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkacağı ve o işlemin tesisinden önceki hukuki duruma dönüleceği yolundaki içtihadî kural nedeniyle çeşitli hukuksal sorunlar ortaya çıkmaktadır. Sorunların başında, iptaline karar verilen düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen bireysel işlemlerin durumu ile bu düzenleyici işlem ile ilga edilen düzenleyici işlem varsa bunun kendiliğinden yürürlük gücü kazanıp kazanmayacağı gelmektedir. Bunlara, bireysel işlemler ile ihale sözleşmelerinden ayrılabilir işlemleri ve idari sözleşmeler hakkında verilen iptal kararlarını da eklemek gerekir.

*Her biri de hukuk devletinin gerekleri arasında sayılan ve öncelik bakımından aralarında bir hiyerarşi bulunmayan, idari işlemlerin yasallığı ilkesi ile hukuki istikrar ve güvenlik ilkelerinin nispi uzlaşmazlığının yol açtığı bu sorunları çözebilmek için formül arayışına giren Conseil d'État, çözümü, geleneksel olarak iptal kararlarına tanınan etki ve bağlanan hukuksal sonuçları yumuşatmakta bulmuştur.*

## Anahtar Kelimeler

Geriyeye yürüme prensibi, yasallık ilkesi, hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi, idari yargıç, yargısal içtihat.

## ABSTRACT

### LIMITATION by the JUDGE as REGARDS TIME EFFECTS and RESULTS of ANNULMENT AWARDS

There are various legal problems encountered because of the judicial principle envisaging that in case of an award annulling an administrative action against which a suit has been filed for annulment, such administrative action would be null and void since its inception date and that the *ex ante* legal status prior to such inception date would be taking its place. The following are the foremost issues concerned; when a regulatory act is annulled, what is the legal status of an administrative action of individual character that has been taken based on such regulatory act, and whether an earlier regulatory act which had been abolished by the same regulatory act annulled would be legally in place automatically after such annulment. Furthermore, on top of these issues the following should also be added: individual administrative actions together with administrative actions that can be separated from tender contracts and annulment awards regarding administrative contracts.

All of these concerns stem from the relative incoherence between the principles of legality for administrative actions and legal stability and security, both of which are deemed as the prerequisites of rule of law in a legal system, and each having no privilege over the other. In search of a solution to these concerns, the *Conseil d'État* has reached at a conclusion by softening the effects and legal outcomes that had been traditionally acknowledged for and attributed to annulment awards.

## Key Words

Principle of retroactive application, principle of legality, legal security and stability principle, administrative judge, juridical awards.

Her ikisi de objektif hukuk düzenine aykırılık oluşturan hukuksal işlemleri iptal ederek onu koruyan bir işlev yerine getirmesine karşın Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararları geriye yürümediği<sup>1</sup> halde, idari yargı yerlerince verilen iptal kararları geriye yahut geçmişe yürümektedir. İdari yargı yerlerince verilen iptal kararlarına tanınan bu etki ve sonuç tamamen içtihadidir. Aynı zamanda idari yargıcın içtihat oluşturma gücünün sınırları hakkında da bir fikir veren bu prensip Danıştay kararlarında, “*İptal hükümlerinin, davanın tevcih edildiği idari muamele ve kararın ittihaz edildiği tarihe kadar tesirde bulunması, hukuku idarenin maruf bir kaidesidir.*”<sup>2</sup>, şeklinde ifadesini bulmaktadır.

“Çünkü sakat bir idari işlemin hukuk düzenine girmesi ile hukuka aykırı bir durum doğar. Bu durumun giderilebilmesi için iptal kararı hukuken sakat idari işlemi geriye yürür biçimde ortadan kaldırır ve hukuka aykırı işlem yapılmasından önceki duruma dönülür.”<sup>3</sup> diyerek bu kabulü temellendirmeye çalışan Danıştay, böylece hem iptal kararlarının mantıksal tutarlığına ve hem de kendilerinden beklenen hukuki himayeyi tam olarak sağlayarak objektif hukuk düzenini etkin bir biçimde koruyabilme işlevine işaret etmektedir.

Aynı kabulü içeren prensibin Conseil d’État’ın Danıştay kararlarına takaddüm eden ve pek muhtemelen esin kaynağı teşkil eden 26 Aralık 1925 tarihli *Rodière*<sup>4</sup> kararıyla da benimsenmiş olduğunu ve yakın zamana kadar neredeyse hiç şaşmadan uygulanmaya geldiğini eklemek gerekir.

Ancak bu kabul ve prensibin beraberinde bazı sorunlar getirmesi kaçınılmazdır. Sorunların

başında, iptaline karar verilen düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen bireysel işlemlerin durumu ile bu düzenleyici işlem ile ilga edilen düzenleyici işlem varsa bunun kendiliğinden yürürlük gücü kazanıp kazanmayacağı gelmektedir. Bunlara, bireysel işlemler ile ihale sözleşmelerinden ayrılabilir işlemleri ve idari sözleşmeler hakkında verilen iptal kararlarını da eklemek gerekir.

Her biri de hukuk devletinin gerekleri arasında sayılan ve öncelik bakımından aralarında bir hiyerarşi bulunmayan, idari işlemlerin yasallığı ilkesi ile hukuki istikrar ve güvenlik ilkelerinin nispi uzlaşmazlığının yol açtığı bu sorunları çözebilmek için formül arayışına giren Conseil d’État, çözümleri geleneksel olarak iptal kararlarına tanınan etki ve bağlanan hukuksal sonuçları yumuşatmakta bulunmuştur<sup>5</sup>. İptal davasına ve yargıcının yetkilerine ilişkin geleneksel konseptten kopuşu ifade bu yaklaşım, ilk değilse bile<sup>6</sup>, en net ve açık ifadelerle Conseil d’État’ın 11 Mayıs 2004 tarihli *Association AC! et autres*<sup>7</sup> kararı ile ortaya konmuştur.

Çalışma Bakanlığının, işsizlik sigortası aidat ve ödemelerine ilişkin bir dizi kararına karşı açılan ve kamuoyunun hayli ilgisini çeken bu davada, Conseil d’État dava konusu işlemlerin iptaline karar vermekle birlikte, iptal kararının geriye yürür şekilde uygulanmasının sosyal güvenlik sistemini felç edeceğini, sayısızca yeni uyuşmazlık doğmasına ve dahası davacıların da aleyhine sonuçlara yol açacağını göz önünde bulundurarak, kararının geriye yürümeyeceğini, sadece karar tarihinden sonrası için hüküm ifade edeceğini ve bazı unsurları bakımından ise kararın tebliği tarihinden en geç iki ay sonra olmak üzere işlerlik kazanacağına karar vermiştir<sup>8</sup>.

1 “İptal kararları geriye yürümez”, Anayasa, m. 153/5.

2 Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyetinin 25.01.1938 tarih ve E.1937/202, K.1938/14 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı: 3, s. 46 (Nakleden: GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 5. Bası, 2012, s. 564). Aynı yöndeki değerlendirmeler Danıştayın pek çok kararda yer aldığı gibi, bir içtihadı birleştirme kararında da ifade edilmiştir. Bkz.: Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 09.7.1966 tarih ve E.1965/21, K.1966/7 sayılı kararı, ARSLAN, Ahmet /DÜNDAR, Tuncay, **Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulu Kararları**, Seçkin, Ankara, 2002, s. 45.

3 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 30.9.1994 gün ve E. 1993/247, K. 1994/559 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 90, s. 215.

4 Kararın metni ve analizi için bkz.: LONG, Marceau/WEIL, Prosper/BRAIBANT, Guy/DELVOLVÉ, Pierre /GENEVOIS, Bruno, **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, Dalloz, Paris, 11. Baskı, 1996, s. 250-256.

5 CONSTANT, Anne-Laure, “*La modulation dans le temps des effets de l’annulation contentieuse*”, in **Le nouveau droit du procès administratif** (Sous la direction de Jacques Fialaire et Jerry Kimboo), L’Harmattan, Paris, 2013, s. 124.

6 Conseil d’État’ın çok net ve açık olmamakla birlikte, *Vassilikiotis* ve *Titran* (CE, Ass., 29 Haziran 2001, *Vassilikiotis*, Rec. s. 303; AJDA, s. 1046; CE, Ass., 27 Temmuz 2001, *Titran*, Rec. s. 411; AJDA, 2001, s. 1046, Nakleden: CONSTANT, s. 130-131) kararlarında da bu şekilde bir yetki kullanarak hüküm tesis ettiği ifade edilmektedir. Bkz.: CONSTANT, s. 129-130; CHAPUS, René, **Droit du contentieux administratif**, Montchrestien, Paris, 13. Baskı, 2008, s.1106-1107; PEISER, Gustave, **Contentieux administratif**, Dalloz, Paris, 14. Baskı, 2006, s. 225.

7 CE Ass. 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, Rec. s. 197; RFDA, 2004, s. 454 (Nakleden: CHAPUS, 2008, s. 1104-1105; CONSTANT, s. 123; PEISER, 2006, s. 225; BROYELLE, Camille, **Contentieux administratif**, L.G.D.J., Paris, 2011, s. 252).

8 CHAPUS, 2008, s. 1104-1105; PEISER, 2006, s. 225; BROYEL-



İptal kararlarının etki ve sonuçlarına bağlanan geleneksel anlayıştan tamamen uzaklaşan bu yaklaşımın temelinde, her zaman olmasa bile, genellikle örtüşen üç temel amacın bulunduğu söylenebilir: 1) iptal kararının kolayca uygulanabilirliğini sağlamak, 2) kararın, tekemmül etmiş ya da etmekte olan hukuksal ilişkileri yıkıma uğratmasına izin vermemek, 3) ve nihayet kamu yararı ile adaletin etkinliği ilkelerini bağdaştırmak<sup>9</sup>.

Söz konusu amaçların gerçekleşmesi için, hukuka aykırılığına ve iptaline hükmedilmiş düzenleyici veya bireysel nitelikteki bir idari işlemin bir süre daha hukuksal varlığını sürdürmesine göz yumulmaktadır. Bir başka ifadeyle, hukuka aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilen işlemin karar tarihinden önceki sonuçlarına kısmi veya tam bir geçerlik tanındığı gibi, karardan sonra dahi işlemin bir süre daha yürürlükte kalmasına izin verilmiş olmaktadır. Böylece, iptal kararı geriye yürür etkisinden yoksun kılınarak iptaline karar verilen işlem temelli veya onunla bağlantılı olarak inşa edilen hukuksal işlem ve ilişkiler korunduğu gibi, iptal kararı nedeniyle oluşabilecek hukuki boşluğun doldurulabilmesine de imkân ve fırsat tanınmış olmaktadır<sup>10</sup>.

Geçmişe dönük etkisi kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmış, tedrici bir uygulamaya imkân ve fırsat tanıyan “geçiş hükümleri” sayesinde de geleceğe yönelik etkisi dondurulmuş<sup>11</sup> bulunan bu tür kararların iptal kararlarına ilişkin geleneksel kabul ve anlayışla bağdaşmadığı açıktır. Bu nedenle, bu tür kararlarla iptal davasının kendisinden beklenen olumlu etki ve faydayı artık sağlamayacağı düşünülebilir. Ancak dava konusu işlemin hukuka uygunluğu değerlendirmesi, iptal kararının olası negatif etki ve sonuçlarından bağımsız olarak yapıldığı göz önünde bulundurulursa, bu kaygıların yersiz olduğu söylenebilir. Çünkü bu tür kararların geleneksel anlayıştan farklı tek tarafı, iptal kararlarının negatif sonuçlarının asgari düzeye indirilebilmesi amacıyla bazı mekanizmaların devreye sokulmasından ibarettir. Deyim yerindeyse, iptal kararı, toksik etkilerinden arındırılmış olarak hukuk düzenindeki yerini almaktadır.

Bu yaklaşımın ilkesellikten pragmatizme doğru belli bir kayışı yansıttığı doğru olmakla birlikte, kararların negatif etki ve sonuçlarını minimize ederek pozitif yönlerini tahkim ettiği için olumlu ve isabetlidir. Çünkü böylece iptal kararlarının, geleneksel kabul uyarınca kendilerine bağlanan otomatik sonuçlar nedeniyle, hem olumlu ve (duruma göre) hem de olumsuz sonuçlarını birlikte değil, olabildiğince yalnızca olumlu sonuçlarını doğurması sağlanacaktır. Deyim yerindeyse, iptal kararları mekanik olmaktan kurtulacak, somut hukuksal gerçeklikle uyumlu kılınmış olmaktadır. Bu durum, iptal kararının gücünü zayıflatmak yerine ona güç katacaktır. Çünkü böylece iptal kararlarının temel işlevi olan idarenin yasallığı yahut objektif hukuk düzenini sağlama ve koruma amacı gerçekleştirildiği gibi, kararın geçmişe yönelik etki ve sonuçları pasifize edilerek tekemmül etmiş veya etmekte olan hukuksal durum ve ilişkiler üzerindeki yıkıcı ve bozucu etkisi olabildiğince sınırlandırılarak, hukuki istikrar ve güvenlik prensibi de korunmuş olmaktadır<sup>12</sup>. Bunlara, iptal kararının kolayca uygulanabilirliğini sağlama ve iptal kararı nedeniyle doğabilecek hukuki boşluğun doldurulabilmesine imkân ve fırsat tanınması amaçları da eklendiğinde, övgüye değer bir çözüm perspektifinin ortaya konduğu kendiliğinden anlaşılacaktır. Bu nedenle, bu tür kararlara “rasyonelleştirilmiş” iptal kararları da denilebilir.

Aslında idari işlem ve eylemlerle kurulmuş bulunan hukuksal ilişki ve durumları iptal kararlarının bozucu ve yıkıcı etki ve sonuçlarından olabildiğince “az hasarla” kurtarma çabası ve bu amaçla başvuru çözümler yeni değildir. Nitekim “fiili memur” teorisinin (*théorie du fonctionnaire de fait*) uygulama hallerinden birini teşkil eden durum buna örnektir. Buna göre, hukuka aykırılıkla malû olduğu için hakkındaki atama işlemi yargı yerlerince iptal edilen kamu görevlisinin tesis ettiği işlemler sırf bu sebeple yetkisizlikle malû sayılmayacak, adeta yetkili biri tarafından yapılmış gibi geçerli sayılacaktır<sup>13</sup>. Keza, işlemin özünü yahut esasını etkilemeyen

LE, 2011, s. 252; CONSTANT, s.127-128.

9 LANDAIS, Claire/LENICA, Frédéric, AJDA 2004, *note sous Association AC!* (Nakleden: CONSTANT, s. 127-128).

10 COSTA, Delphine, *Contentieux administratif*, LexisNexis, Paris, 2011, s. 166; BROYELLE, 2011, s. 252-253.

11 CONSTANT, s. 124.

12 CONSTANT, s. 124. Conseil d'État'ın hukuki güvenlik ve istikrar ile adil yargılanma ilkeleri adına geliştirdiği diğer bir yeni yaklaşım da, ilgililer aleyhine sonuç doğuran içtihadî değişikliklerin değişiklikten önce açılmış bulunan davalarda uygulanmamasıdır. Çalışmamızın konusunu teşkil eden içtihadî nazaran daha yeni olan ve içtihadî kural haline gelip gelmeyeceği henüz netlik kazanmamış bu yaklaşım hakkında daha fazla bilgi için bkz.: CHAPUS, 2008, s. 1107-1108; CONSTANT, s. 132, 135-136; BROYELLE, 2011, s. 253-254.

13 Conseil d'État'ın PTT kararı olarak da bilinen 2 Kasım 1923 tarihli *Association des fonctionnaires de l'administration centrale*

sakatlıkların iptal nedeni olarak sayılmaması<sup>14</sup>, bağılı yetki çerçevesinde tesis edilen işlemlerin yasal temelini ve hatta sebep yahut gerekçesinin yargıç tarafından re'sen ikame edilmesi<sup>15</sup>, hep bu amaçla başvurulmuş enstrümanlardır.

Conseil d'État'ın *Association AC! et autres* kararı ile ortaya konan yeni yaklaşım da anılan enstrümanlar ile amaç birliği taşıdığı için onları tedavülden kaldırmamakla birlikte, kendileriyle mukayese edilmeyecek ölçüde kapsayıcı ve etkili çözümler içermektedir.

İptal davası yargıcı bu yeni rolüyle yalnızca denetleyici değil, ama aynı zamanda düzeltici bir rol oynamaktadır ve bu haliyle tam yargı davası yargıcına yaklaşmaktadır<sup>16</sup>. Bir başka ifadeyle, iptal davası yargıcı sıfatıyla yerine getirdiği "yasallığın bekçisi" şeklindeki klasik rolüne, iptaline karar verdiği işlemin domino yahut tsunami etkisi yaratmasını sınırlayan ve hatta engelleyen kararıyla "düzeltici" yahut "reformatör" şeklinde bir rolü de eklemiştir. Çünkü kararını "geçiş hükümleri" ile teşhis ederek ve zamana yayarak normatif hukuk düzenini olabildiğince korumaya çalışan idari yargıç, böylece yalnızca kuralı denetleyen değil ve fakat aynı zamanda onu düzelten bir rol oynamaktadır<sup>17</sup>. Bir başka ifadeyle, yargıcın iptal kararı ile oynadığı "negatif kural koyucu" rolü, iptaline karar verdiği kurala bir süre daha hayat hakkı tanıyarak, "düzeltici" rolü ile tahkim edilmiş olmaktadır<sup>18</sup>.

Böylece tarihsel olarak *Rodière* kararı ile temsil edilen anlayış ve yaklaşım prensip olarak terk edilmemekle birlikte, "mutlak" olmaktan çıkarılarak, büyük ölçüde esnetilmiş ve yumuşatılmış bulunmaktadır. İptal davası yargıcının yetkileri ve iptal davasının niteliklerine ilişkin geleneksel konseptin sonunu getiren bu kararda ortaya konan esaslar, öğretide bazı yazarlarca da daha önce savunulmuş

*des postes et télégraphes et sieur Bousquié* (Rec. s. 699, Nakleden: CHAPUS, 2008, s. 1137) kararı ile kabul edilen bu yaklaşım idare hukukunun yerleşik bir kuralı haline gelmiş bulunmaktadır. Karar ile ilgili değerlendirmeler için bkz.: CHAPUS, 2008, s. 1137-1139; BROUELLE, 2011, s. 251.

14 CE, 13 Temmuz 1963, Rec. s. 461 (Nakleden: CONSTANT, s. 129).

15 CE Ass. 24 Haziran 1960, *SARL Le Monde*, Rec. s. 412 (Nakleden: CONSTANT, s. 129); PACTEAU, Bernard, **Traité de contentieux administratif**, Puf, Paris, 2008, s. 362-363; COSTA, 2011, s. 167-168.

16 CONSTANT, s. 133.

17 CONSTANT, s. 134.

18 BROUELLE, 2011, s. 247, 252; CONSTANT, s. 136.

olmakla birlikte<sup>19</sup>, kararda kullanılan, "kararın geriye yürür şekilde uygulanmasının açıkça aşırı sonuçlar doğurması halinde somut durum ve koşulları değerlendiren yargıcın istisnai olarak bunları önleyici ve sınırlandırıcı şekilde karar verebileceği" şeklindeki ifadelerden hareket eden diğer bazı yazarlar ise bu kararın bir içtihat haline gelmeyeceği, "somut duruma özgü ve istisnai" bir karar olduğu şeklinde yorum ve değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Ancak Conseil d'État'ın zaman içindeki uygulamaları kendilerini doğrulamamıştır<sup>20</sup>.

Nitekim Conseil d'État'ın aynı yönde verdiği başka kararlarla daha da netleşen bu yeni yaklaşımla yargıç, biri diğerini dışlamadan, açıkça şu iki yetkiyi kendisine tanımış bulunmaktadır<sup>21</sup>: Yargıç bir yandan, iptaline karar verdiği işlemin karardan önce gerçekleşmiş olan bazı veya bütün sonuçlarının kesinleşmiş olduğuna ve karardan etkilenmeyeceğine karar verebilir<sup>22</sup>. (Veya geriye yürür etkiyi tamamen ortadan kaldırmak yerine, kararın verildiği tarihten geriye doğru sadece belli bir tarihe kadar yürümesi şeklinde de karar verebilir<sup>23</sup>). Diğer yandan ise, kararın yine kendisi tarafından belirlenen ileriki bir tarihten<sup>24</sup> veya tebliği tarihinden itibaren<sup>25</sup> işlerlik kazanmasını karar altına alabilir. Constant'ın isabetle ifade ettiği gibi, deyim yerindeyse, böylece yargıç bir yandan idareyi diğer yandan ise kendi kararını yargılamaktadır<sup>26</sup>.

Söz konusu nitelikte kararların verilebilmesi için tarafların talebinin şart olmadığını, ancak dinlenmelerinde yahut düşüncelerinin alınmasında yarar bulunduğuna karar veren Conseil d'État, kararın geriye yürür etkisinin sınırlandırılmasına da sınır getirerek, iptal kararının verilmesinden

19 CHAPUS, 2008, s. 1105; CONSTANT, s. 126.

20 PEISER, 2006, s. 225; CHAPUS, 2008, s. 1104-1105; BROUELLE, 2011, s. 252. Conseil d'État'ın gerek bireysel ve gerekse düzenleyici işlemlerle ilgili olarak verdiği pek çok örnek karar için bkz.: COSTA, 2011, s. 166-167; CHAPUS, 2008, s. 1106-1107; BROUELLE, 2011, s. 252, dipnot: 41; CONSTANT, s. 132, dipnot: 24, 25, 26, 27.

21 CONSTANT, s. 131.

22 CE, 21 Kasım 2008, no: 305292, AJDA, 2008, s. 2201((Nakleden: CONSTANT, s. 131).

23 CE, 17 Aralık 2010, no: 3110195, AJDA, 2010, s. 854 (Nakleden: CONSTANT, s. 131).

24 CE, 27 Mayıs 2011, no: 337369, AJDA, 2011, s. 1704 (Nakleden: CONSTANT, s. 131).

25 CE, 17 Haziran 2011, no: 324816, Recueil Lebon, D. 2011, s. 1678 (Nakleden: CONSTANT, s. 131)

26 CONSTANT, s. 134.

önce açılan davaların bundan etkilenmeyeceğini kararlaştırmış bulunmaktadır<sup>27</sup>.

İptal kararlarının geriye yürüyeceğine ilişkin prensip de içtihadi temelli olduğu için kendisine istisna oluşturabilecek kabullerin yasal bir temelle dayanması zorunlu olmamakla birlikte, idare hukukunun böylesine tarihi ve köklü bir ilkesinden kopuşun getirdiği güçlük nedeniyle olsa gerek, Conseil d'État bu yeni yaklaşımını temellendirmek için karşılaştırmalı hukuka başvurma ihtiyacı duymuştur<sup>28</sup>. Fransız idari yargısı ve yargılama hukukunun temel kanunu sayılan İdari Yargı Kodu'nda (*Code Justice Administrative*), dolaylı nitelikte olsa bile herhangi bir hüküm bulamayan Conseil d'État, Avrupa Birliği Sözleşmesinin 264 üncü maddesinin Avrupa Birliği Adalet Divanına tanıdığı aynı mahiyetteki yetkiye ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde açık bir hüküm bulunmamasına karşın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin verdiği benzer kararlara<sup>29</sup> işaret ederek yaklaşımını temellendirmeye çalışmıştır<sup>30</sup>.

Hukukumuzdaki duruma gelince, idari işlem ve eylemlerle kurulmuş bulunan hukuksal ilişki ve durumları iptal kararlarının bozucu ve yıkıcı etki ve sonuçlarından olabildiğince "az hasarla" kurtarmak amacıyla başvurulmuş ve yukarıda ifade edilen klasik birtakım enstrümanlar Danıştay tarafından da kararlarında kullanılmakla birlikte, iptal kararlarına ilişkin geleneksel anlayışa mutlak bir sadakatle

bağlılık nedeniyle uygulamada ciddi sorunlar yaşandığı herkesçe bilinmektedir. Durumun hiç de iç açıcı olmadığı, gerek bu konuda yapılan bilimsel araştırma ve incelemelerin niceliğinden gerekse Danıştayın örnek kabilinden olmak üzere aşağıda yer verdiğimiz kararlarından kolayca anlaşılabilir.

Örneğin iptal edilen imar plânı yerine önceki plânın kendiliğinden uygulanma kabiliyeti kazanıp kazanmayacağına ilişkin olarak ortaya çıkan sorun üzerine istişari düşüncesine başvurulmuş Danıştay 1. Dairesi, "*imar plânlarının hukukumuzda düzenleyici işlemler arasında yer aldığı*" saptamasında bulunduktan sonra, "*düzenleyici işlemlerde işlemi tesis eden merciin iradesinin esas olduğu ve öncelik taşıdığı dikkate alındığında, iptale konu işlemlerle, hukuk aleminde kısmen yada tamamen kaldırılmış bir düzenlemenin, iptal kararı üzerine kendiliğinden yeniden yürürlüğe girmesi, işlem tesisi konusunda yetkili makam ve merciin bu konudaki iradesinin bertaraf edilmesi, yargısal denetimin iptali istenen işlemin hukuka uygunluğunu sağlamanın ötesinde idari işlemler tesisi anlamını taşıması sonucunu doğuracaktır.*"<sup>31</sup> gerekçesiyle, "*önceki planların kendiliğinden yürürlüğe girmesinin hukuken mümkün olmadığı, idarece, iptal kararı doğrultusunda yeni bir plan yapılmasının zorunlu olduğu sonucuna*" ulaşmış bulunmaktadır.

Danıştayın yargısal dairelerinin<sup>32</sup> görüşü de kural olarak aynı yönde olmakla birlikte, 5. Dairenin farklı yönde kararları da vardır. Buna göre, "*Düzenleyici bir işlem iptal edilmiş ise, ortada hukuken doldurulması zorunlu bir boşluk oluşmadıkça, verilen yargı kararı idarenin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın hukuki sonuçlarını ortaya koyar, başka bir anlatımla iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icrailik) niteliği son bulur ve işlemin yapılmasından önceki hukuki durum yürürlük kazanır. Örneğin herhangi bir tüzük veya yönetmeliğin belli bir maddesini kaldıran veya değiştiren bir tüzük veya yönetmelik için iptal kararı verilmiş ise değişiklik yapan hüküm uygulanmaz ve değiştirilen hüküm yürürlükte kalır.*"<sup>33</sup>

27 BROYELLE, 2011, s. 252-253; ROUQUETTE, Rémi, *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, Paris, 2013, s. 703.

28 Conseil d'État'ın bu kararında, özellikle Profesör Nicolas Molfessis'in başkanlığını yaptığı bir çalışma grubu tarafından 2004 yılında hazırlanan "Yargısal İctihadlardaki Değişim ve Dönüşümler Hakkında Rapor" (*Rapport sur les revirements de jurisprudence*) da yer alan tespitler ile Yargıtay'ın emsal uygulamaları; sonraki kararlarında ise bunlara ilâveten, Alman ve İspanyol Anayasa Mahkemesinin aldığı benzer kararlara ve nihayet Fransız Anayasasının 28 Temmuz 2008 tarihli Kanunla değişik 62 inci maddesiyle Anayasa Konseyine tanınan benzer yetkilere işaret ederek bu yeni yaklaşımını temellendirmeye çalıştığı belirtilmektedir. Bkz.: CONSTANT, s. 126-127.

29 Özellikle, *Marckx c. Belgique*, 13 Haziran 1979, Série A, no: 31 kararı (Nakleden: CONSTANT, s. 126)

30 CONSTANT, s. 126; CHAPUS, 2008, s. 1106. Conseil d'État'ın kararlarında açıkça ifade edilmese de, yargıca kararlarının uygulanmasını sağlamak için idareye para cezası ile desteklenmiş emir verebilme yetkisini tanıyan 8 Şubat 1995 tarihli Kanun ile 13 Temmuz 1995 tarihli Kararnamenin getirdiği düzenlemelerin de bu süreçte önemli bir rol oynadığı belirtilmektedir (Bkz.: CONSTANT, s. 129). CHAPUS bunlara, "ivedi" yargılama usulüne ilişkin kuralar getiren 30 Haziran 2000 tarihli Kanunu da eklemektedir. Bkz.: CHAPUS, 2008, s. 1105-1106.

31 Danıştay 1. Dairesinin 6.10.1995 tarih ve E. 1995/203, K. 1995/204 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

32 Örneğin bkz.: Danıştay 6. Dairesinin 18.02.1997 tarih ve E. 1996/4797, K. 1997/767 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

33 Danıştay 5. Dairesinin 24. 5. 1999 tarih ve E. 1998/4622, K. 1999/1685 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

İptaline karar verilen düzenleyici işlemlerden etkilenen bireysel işlemler bakımından da benzer sorunların yaşandığı görülmektedir. Örneğin ilgililer lehine sonuçlar doğuran iptal kararları bakımından, "İdare Hukuku ilkelerine göre, iptal kararları, iptali istenilen işlemi tesis edildiği tarih itibarıyla ortadan kaldırarak, o işlemin tesisinden önceki hukuki durumu ortaya koyar. (...) İptal kararı ile bu düzenleyici işleme dayanılarak yapılan işlemler hükümsüz hale gelir ve doğurduğu tüm etki ve sonuçlar ortadan kalkar."<sup>34</sup> sonucuna varan Danıştay, ilgililer aleyhine sonuç doğuran kararlar bakımından ise, "İptal kararı ile iptali istenilen idari işlemin tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkacağı ve o işlemin tesisinden önceki hukuki durumuna dönüşeceği bilinen idare hukuku ilkesidir. Ancak hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanmış bazı genel düzenleyici işlemlerin iptali ile bu genel düzenleyici işleme dayanarak tesis edilen işlemlerin bütün hukuksal sonuçları ile ortadan kaldırılması bazı durumlarda imkansız olmakta veya haksız sonuçlara neden olabilmektedir. Dava konusu olayda, yönetmeliğin değişik hükümlerine göre tesis edilen dava konusu il trafik komisyonu kararından hemen sonra 20.6.1995 tarihinde sonuçlanan ihale ile 190 adet ticari minibüsün ihaleye katılan kişilere satışının yapıldığı görülmektedir. Dairemizin 26.6.1995 gün ve 1316 esas sayılı kararı ile yönetmelik değişikliğine ilişkin işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesi ile bu işlemin tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalktığı açık ise de, bu yönetmelik değişikliği uyarınca davalı idarece belediyeden teklif alınmaksızın yapılan ihaleye katılarak, iyiniyetle hak sahibi olan üçüncü kişilere verilen ticari plakaların geri alınması, idari işlemlerdeki kararlılık ilkesine uygun olmadığından, dava konusu ihalenin iptaline ilişkin mahkeme kararı bu gerekçe ile hukuka uygun bulunmamıştır."<sup>35</sup> sonucuna ulaşmış bulunmaktadır.

Danıştayın yukarıdaki kararlarından farklı olarak, somut durumun gereklerine göre iptal kararının etkilerini değerlendirdiği kararları da bulunmaktadır: "Öte yandan, verilen iptal kararı ile iptali istenilen idari işlemin tesis edildiği tarihten

itibaren ortadan kalkacağı ve o işlemin tesisinden önceki hukuki duruma dönüşeceği tartışmasız olmakla birlikte, hukuka aykırılığı yargı kararı ile iptal edilen genel düzenleyici işlemlerinin iptali ile bu genel düzenleyici işleme dayanarak tesis edilen bireysel işlemlerin de bütün hukuksal sonuçları ile ortadan kalkıp kalkmayacağı, genel düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen bireysel işlemlerin uzun süre uygulandığı ve bu süre içinde kişilerin elde ettiği öznel kazanımlarının geri alınmasının mümkün olmadığı durumunda, idari istikrar ilkesi ve kazanılmış hak kavramlarına aykırılık oluşturabilecek olması nedeniyle, somut olay çerçevesinde irdelenmesinin gerekeceği kuşkusuzdur"<sup>36</sup>.

Bununla birlikte, aksi yönde kararlar da bulunmaktadır: "Dava konusu işlemlerle kazanılmış hakka dönüşüğü kabul edilen bireysel işlemler, dayanağı Yönetmelik maddelerine yönelik olarak verilen karar nedeniyle hukuki geçerliklerini yitirmişlerdir. Bu haliyle hukuk düzeni tarafından korunabilecek bir hakkın varlığından söz etme olanağı bulunmamaktadır. Düzenleyici işleme yönelik olarak verilen karar bu işlemin yayımı tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğinden, bu tarih itibarıyla kazanılmış hak yaratacak bir işlemin varlığından söz edilemeyeceği gibi böyle bir işlem hukuken kabul edilebilir de değildir."<sup>37</sup>

Örnek kabilinden olmak üzere aktarılan Danıştay kararlarından görüleceği üzere, iptal kararlarına bağlanan sonuçlar bakımından tam bir kakofoni hali söz konusudur. Olumsuz durumun temelinde, iptal kararlarına ilişkin geleneksel anlayışın bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten, adı açıkça konulmamış olsa da aslında sorun, yasallık ilkesi ile hukuki istikrar ve güvenlik ilkeleri arasındaki nispi çatışma yahut uzlaşmazlıktan kaynaklanmaktadır. Nitekim yukarıda anılan Danıştay kararında geçen, "İptal kararı ile iptali istenilen idari işlemin tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkacağı ve o işlemin tesisinden önceki hukuki durumuna dönüşeceği bilinen idare hukuku ilkesidir. Ancak hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanmış bazı genel düzenleyici işlemlerin iptali ile bu genel düzenleyici işleme dayanarak tesis edilen işlemlerin bütün hukuksal

34 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 05.5.2005 tarih ve E. 2005/470, K. 2005/1158 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

35 Danıştay 8. Dairesinin 17.02.1998 tarih ve E. 1996/3855, K. 1998/460 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

36 Danıştay 12. Dairesinin 28.10.2008 tarih ve E. 2008/4343, K. 2008/5507 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

37 Danıştay 8. Dairesinin 07.6.2006 tarih ve E. 2006/1249, K. 2006/12490 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

sonuçları ile ortadan kaldırılması bazı durumlarda imkansız olmakta veya haksız sonuçlara neden olabilmektedir” şeklindeki ifade bunu açıkça yansıtmaktadır. Görüleceği üzere Danıştay, iptal kararlarına bağlanan otomatik ve mekanik sonuçların yol açtığı sorunları görmekte ve fakat bunların önüne geçecek şekilde hüküm kurmaktan kaçınmaktadır. Deyim yerindeyse, Danıştay sorunu doğru teşhis etmekle birlikte, geleneksel anlayışın etkisiyle, tedavisi işini idareye havale etmektedir. Ancak sorunun bu şekilde çözülemeyeceği, Danıştayın yukarıda yer verilen kararlarına konu teşkil eden uyumsuzluklardan net olarak görülmektedir.

İptal kararlarına tanınan etki ve bağlanan hukuksal sonuçların tabii bir sonucu olarak ortaya çıkan yasallık ilkesi ile hukuki istikrar ve güvenlik ilkelerinin karşılaşmasından kaynaklanan bu sorunların çözümü için Fransız idari yargı yerlerince benimsenen formülün hukukumuzda da uygulanabilir olduğunu ve uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü iptal kararlarının geriye yahut geçmişe yürütmesi yasal değil, içtihatî bir ilkedir. İchtihatla benimsenmiş bir ilkenin yeniden anlamlandırılması ve şekillendirilmesinin önünde herhangi bir anayasal yahut yasal engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla çözüme olanak tanıyan açık bir yasal düzenlemenin bulunmasına gerek yoktur. Aksine bir Anayasal ve yasal düzenlemenin bulunmayışı yeterlidir. Çünkü yasal düzenleme, içtihadın şartı değil sınırır. Aksi halde, içtihadı sebep ve gerek kalmazdı zaten. Anayasa Mahkemesi kararlarına ilişkin düzenlemeye paralel bir düzenlemenin idari yargı kararları bakımından benimsenmemiş olması da yasa koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu göstermez. Yasa koyucunun suskunluğu, olsa olsa, idari davalar ve bunlara ilişkin yargılama kuralları hakkındaki genel tutumuyla açıklanabilir. Bir başka ifadeyle, yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olanlar da dâhil olmak üzere, idari davaların esasına ve yargılama kurallarına ilişkin kabullerin çoğu yargısal içtihatlarla zaman içinde şekillendiğinden, yasa koyucu bu alana ilişkin düzenlemelerinde oldukça “tutumlu” hareket ederek olabildiğince az kural koyma yolunu tercih etmektedir. Dolayısıyla, böyle bir çözümün kabulü önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Kabulü önünde pozitif hukukça hiçbir engel bulunmayan bu çözümün yukarıda belirtilen yararlarına karşılık, objektif hukuk düzeninin

korunması yönünden herhangi bir sakınca taşımadığı da rahatlıkla söylenebilir. Çünkü eğer tersi doğru olsaydı, idari yargı yerlerinin iptal kararlarına konu teşkil eden işlem veya normlara nazaran daha üst basamakta yer alan normların iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının da geriye yahut geçmişe yürütmesi ilkesinin benimsenmesi ve kabulü gerekirdi. Oysa Anayasanın 153 üncü maddesinde, “*iptal kararları geriye yürütmez*” denilerek, tam tersi öngörülmüştür. Söz konusu kuralın, tekemmül etmiş hukuksal işlem ve ilişkilere zarar vermemesi amacıyla kabul edildiği açıktır. Keza iptal kararıyla doğabilecek hukuki boşluğun doldurulabilmesine imkân ve fırsat tanımak için de, “*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*”

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarısı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarının geriye yürütmesi Anayasanın kendisi tarafından mutlak surette yasaklandığı halde, idari yargı yerlerince verilen kararlar bakımından buna karar verme yetkisi aynı yargı yerinin kendisine ait olacaktır. Yargı yeri, vereceği iptal kararının yaratacağı etki ve sonuçları her açıdan değerlendirerek, bu yetkiyi dikkatlice ama serbestçe kullanabilecektir.

Özet ve sonuç olarak, Anayasa tarafından Anayasa Mahkemesine tanınan yetki ve kararlarına bağlanan sonucun idari yargı yerlerince içtihatla kendilerine tanınmasının önünde herhangi bir hukuksal engel bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi, anılan anayasal kurallar da, hukuki güvenlik ve istikrar ile hukuki boşluğun doğmasına izin vermemek amacıyla kabul edilmiştir. Verdiği kararın sonuçlarını ve uygulanabilirliğini göz önünde bulundurma zorunluluğu, idari yargıcı da aynı amaç ve sonuçları sağlayacak çözümleri kabule zorlamaktadır. Zira

hukuksal uyuşmazlıkları çözerek toplumsal barış ve adaleti sağlama işlevi yerine getiren yargısal kararların çözdüğünden daha fazla sayıda hukuki sorun ve uyuşmazlığa neden olmaları şeklinde trajik-komik bir paradoksa yol açmaları kabul edilemez. Mantıksal tutarlılık ve etkin hukuksal koruma adına iptal kararlarına tanınan mutlak geriye veya geçmişe yürüme ilkesinin yarattığı bu sorunu çözmek yargıcın görevidir. Deyim yerindeyse, anılan ilke nedeniyle iptal kararlarının yarattığı domino yahut tsunami etkisinin kontrol altına alınması zorunludur. Yasallık ilkesini korumak adına bu hususu göz ardı etmek idari yargının işlevi ve “yargının iyi idaresi” ilkesiyle bağdaşmaz. Chapus’un ifade ettiği gibi, idari yargıcın rolünü “yasanın dili”ne indirgemek yanlış olur. İdari yargıç, idari faaliyetleri akamete uğratmak amacıyla değil, onları düzeltici ve tamamlayıcı amaçla yasayı konuşturmalıdır. Fransız hukukunda sıkça tekrarlanan, “idareyi yargılamak aynı zamanda yönetmektir ve öyle olmak zorundadır” (*juger l’administration, c’est encore et ce doit être encore administrer*)<sup>38</sup> özdeyişinin anlamı da budur. İdari yargıcın kararlarının etki ve sonuçlarına kayıtsız kalması, yürütme ve yasama organının kararlarına uymaması arayışlarına, hukukilik değilse bile, belli bir meşruiyet kazandıracığı açıktır. Ülkemizde bunun örnekleri yok değildir. Örneğin özelleştirme işlem ve uygulamalarına ilişkin davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının uygulanmaması konusunda Bakanlar Kurulunca “prensipten karar” alınmıştır<sup>39</sup>. Sorunun bu şekilde aşılması çabasında Danıştayın haklı muhalefeti karşılaştıran Hükümet çözüm için bu defa da TBMM’yi harekete geçirerek 26.4.2012 tarih ve 6300 sayılı Kanunun 10 uncu maddesiyle 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununa hüküm eklenmesini sağlayarak Bakanlar Kuruluna “ortaya çıkan fiili imkânsızlık” nedeniyle idari yargı yerlerince verilen özelleştirme uygulamalarının yürütülmesinin durdurulması ya da iptal kararlarını uygulamama yetkisinin

kendisine tanınmasını sağlamış bulunmaktadır (m. ek 5)<sup>40</sup>. Keza 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde yapılan değişiklikle yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesini daha zor koşullara bağlayan düzenlemeleri de bu çerçevede değerlendirmek yanlış olmayacaktır.

## KAYNAKLAR

- ARSLAN, Ahmet /DÜNDAR, Tuncay, **Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulu Kararları**, Seçkin, Ankara, 2002.
- BROYELLE, Camille, **Contentieux administratif**, L.G.D.J., Paris, 2011.
- CHAPUS, René , **Droit du contentieux administratif**, Montchrestien, Paris, 13. Baskı, 2008.
- CONSTANT, Anne-Laure, “*La modulation dans le temps des effets de l’annulation contentieuse*”, in **Le nouveau droit du procès administratif** (Sous la direction de Jacques Fialaire et Jerry Kimboo), L’Harmattan, Paris, 2013.
- COSTA, Delphine, **Contentieux administratif**, LexisNexis, Paris, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 5. Baskı, 2012.
- LONG, Marceau/WEIL, Prosper/BRAIBANT, Guy/DELVOLVÉ, Pierre /GENEVOIS, Bruno, **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, Dalloz, Paris, 11. Baskı, 1996.
- PACTEAU, Bernard, **Traité de contentieux administratif**, Puf, Paris, 2008.
- PEISER, Gustave, **Contentieux administratif**, Dalloz, Paris, 14. Baskı, 2006.
- ROUQUETTE, Rémi, **Petit traité du procès administratif**, Dalloz, Paris, 2013.

40 Bakanlar Kurulu bu yetkiye dayanarak 11.06.2012 gün ve 2012/3240 sayılı Kararnamesiyle, özelleştirme uygulamaları sonucunda nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanmış olan özelleştirme işlemleri hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan fiili imkânsızlık nedeniyle, a) Eti Alüminyum AŞ’nin yüzde 100 oranındaki hissesinin satış yöntemiyle, b) Türkiye Denizcilik İşletmeleri AŞ’ye ait Kuşadası Limanı’nın, işletme hakkı verilmesi yöntemiyle, c) Türkiye Denizcilik İşletmeleri AŞ’ye ait Çeşme Limanı’nın işletme hakkı verilmesi yöntemiyle, d) SEKA - Türkiye Selüloz ve Kâğıt Fabrikaları AŞ’ye ait Balıkesir işletmesinin varlık satışı yöntemiyle, e) Türkiye Petrol Rafineleri AŞ’nin yüzde 14.76 oranındaki hissesinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Toptan Satışlar Pazarı’nda satılması ve özelleştirilmeleri işlemlerini iptal eden yargı kararlarıyla ilgili olarak geriye ve ileriye yönelik herhangi bir işlem tesis edilmemesi ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bu yönde yapılmış olan iş ve işlemlerin devam ettirilerek sonuçlandırılmasına karar vermiş bulunmaktadır (12 Haziran 2012 tarih ve 28321sayılı Resmi Gazete).

38 CHAPUS, 2008, s. 44-45.

39 Gerçi Bakanlar Kurulunun bu yönde almış olduğu prensip kararı Türkiye Barolar Birliğince açılan iptal davası üzerine Danıştay 10. Dairesinin 28.5.2004 tarih ve E.2002/4061, K.2004/5219 sayılı kararıyla (Bkz.: **Danıştay Kararlar Dergisi**, Sayı: 6, s.236-239) iptal edilmiştir, ancak sorun yine devam etmiştir. Nitekim özelleştirmelerle ilgili olarak 2005 ve 2006 yıllarında verilen kararlarda da, Hükümet ve Özelleştirme İdaresi Yüksek Kurulunun aynı tutumu sürdürdüğü görülmektedir.

# Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/a-b Maddesinin İptaline ve Bu Kararın Yürürlüğünün Ertelemesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Bağlamında Bazı Değerlendirmeler

Hakemli Makale

**İhsan BAŞTÜRK**

Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı. (Ph. D., Public Prosecutor, Supreme Court) ihsanbasturk@yargitay.gov.tr

## ÖZET

Anayasa Mahkemesi, 2863 sayılı Kanun'un 65/a ve b maddelerindeki fiillere ilişkin düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğundan iptaline ve bu **hükmün yayımından bir yıl sonra** (13.10.2013 tarihinde) yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Anayasanın "Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği" hükmü, ceza hükmü taşıyan kanunun iptali söz konusu olunca hukukun temel ilkelerinden birisi olan "kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi" ile çatışmaktadır. Ceza normuna ilişkin ve fail lehine sonuç doğuran bir iptal kararı söz konusu olduğunda, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesiyle amaçlanan hukuki güvenlik yanında suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin de hukuk devleti ile temel hak ve özgürlüklere saygının sağlanması açısından bir o kadar önem taşımakta olduğuna kuşku yoktur.

Ceza hukukunun bir değerler sistemi olduğu nazara alındığında, kanunilik ilkesinin bu sistemin vazgeçilmez bir parçası olduğu tartışmasızdır. Kökeni 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'a kadar uzanan kanunilik ilkesini, ceza hukukunun güvence fonksiyonunun temel taşı olarak nitelemek ve her şartta uyulmasını sağlamak hukuk devletinin temel görevlerindedir. Bu itibarla, ceza hukuku yaptırımlarının uygulanma ihtimali gündeme geldiğinde adalet ve hakkaniyet düşünceleri gözeticiler tarafından kanunilik ilkesinin uygulanması hukuk güvenliğine tercih edilmeli ve *sanık lehine olan iptal kararı derhal uygulanmalıdır*.

## Anahtar Kelimeler

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi, İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği İlkesi

## ABSTRACT

### SOME REVIEWS ON TURKISH CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION ABOUT THE ANNULMENT AND POSTPONEMENT OF COMING INTO FORCE OF ARTICLE 65/A AND B OF LAW NO. 2863 (CULTURAL AND NATURAL HERITAGE PROTECTION ACT)

The Constitutional Court rendered that the provisions of article 65/a and b of Law no. 2863 (Cultural and Natural Heritage Protection Act) were unconstitutional and thus should be annulled, and that the decision of annulment would come into force one year from the date of publication of the decision in the Official Gazette (on 13.10.2013). The constitutional provision of "Annulment decisions cannot be applied retroactively" contradicts one of the fundamental principles of law "No one shall be punished for any act which does not constitute a criminal offence under the law in force at the time committed" when it comes to the annulment of a criminal law provision. When an annulment decision concerning a criminal provision in favor of the offender is at stake, there is no doubt that in addition to the 'legal certainty' - which is aimed at with the principle of 'non-retroac-

tivity of annulment decisions' - principle of 'legality of offenses and penalties' is important to achieve the respect for the rule of law and fundamental rights and freedoms.

When criminal law regime is taken as a system of values, it is indisputable that the principle of legality is an indispensable element of this system. Qualifying the principle of legality - the origins of which date back to Magna Carta Libertatum of 1215 - as the corner stone of assurance function of criminal law and ensuring compliance with this principle are among main functions of the rule of law. In this respect, when there is a possibility of implementing criminal law sanctions, application of the 'principle of legality' should be preferred over 'legal certainty' by observing justice and equity, and *the annulment decision in favor of the offender should be applied immediately*.

### Key Words

Cultural and Natural Heritage Protection Act, Legality of Offenses and Penalties, Principle of 'Non-retroactivity of Annulment Decisions'.

## GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası devletin tarih, kültür ve tabiat varlıkları ile değerlerinin korunmasını sağlayacağını, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağını teminat altına almış (md. 63/1); bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ile bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği ilkesini getirmiştir. Böylece, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ile değerlerinin korunması, *devletin sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri* kapsamında görülerek anayasal teminata kavuşturulmuştur. 2863 sayılı *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)*<sup>1</sup> ise, belirtilen anayasal normları somutlaştırarak uygulanabilirlik kazandırmıştır.<sup>2</sup>

Anayasa Mahkemesi 11 Nisan 2012 tarihli kararıyla,<sup>3</sup> 2863 sayılı Kanun'un, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında izinsiz müdahale ve kulanma yasağına ilişkin 9. maddesinin Anayasaya aykırılık itirazını reddetmiştir. Yüksek Mahkeme diğer taraftan, KTVKK'nin 65/a ve b maddelerindeki "korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının zarara uğramasına kasten sebebiyet vermek"

ile "sit alanlarında ve koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak" fiillerine ilişkin düzenlemelerin ise, Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı uyarınca *iptal hükmü, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yani 13.10.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir*. Bir başka ifadeyle, Anayasa Mahkemesi inceleme konusu kararı ile suç ve ceza koyan bir normun Anayasaya aykırı olduğunu tespit etmiş; ancak oluşabilecek yasama boşluğunun (vacatio legis) sakıncalarını önlemek için iptal kararının yürürlüğe girişini bir yıl süreyle ertelemiştir.

2863 sayılı Kanun'un 65/a-b maddelerine ilişkin *iptal kararının yayınlanma tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girecek oluşu*, kanun koyucunun ivedilikle yeni bir düzenleme yapmasını gerekli kılmaktadır. Aksi takdirde, belirtilen normlarla ceza hukuku himayesi altına alınan kültür ve tabiat varlıkları korunmasız bırakılmış olacak; böyle bir durum ise, insanlığın ortak mirası olan kültür ve tabiat değerlerinin ceza hukuku himayesinden mahrum bırakılması sonucunu doğuracaktır. İşte bu sakıncaların ortaya çıkmasını önlemek adına *iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelenmiş olması* yerinde bir tercih olarak gözükmektedir. Ancak, belirtilen ceza normunun ihlal edildiği iddiasına dayalı olarak, ceza muhakemesi süreci devam eden fiiller ile infaz edilmekte olan hükümler bakımından söz edilen iptal kararının yürürlüğe girişinin *ertelenmesinin anayasa hukuku ile ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirilerek doğuracağı sonuçların irdelenmesi yararlı olacaktır*.

1 \* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı. (Ph. D., Public Prosecutor, Supreme Court) ihsanbasturk@yargitay.gov.tr

**Not: Makale, 14.06.2013 tarihi itibarıyla yürürlükteki düzenlemeler ve içtihatları içermektedir.**

21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kanun için bkz. Resmi Gazete (RG.), 23.7.1983/ 18113.

2 SOYASLAN, Doğan: "Ceza Hukuku ile Diğer Hukuk Dalları ve Özellikle Anayasa Hukuku'nun İlişkisi" **Jale G. Akipek'e Armağan**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya 1991, s. 140.

3 11 Nisan 2012 tarih ve 2011/18-2012/53 sayılı iptal kararı için bkz. RG. 13.10.2012/ 28440.



## 1. HUKUK DÜZENİMİZDE KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARININ KORUNMASI

Kültür varlıkları tarihin bir parçasının kalıntısı olup, geçmiş ile aramızdaki bağı sürdüren ve böylece bir topluluğun tarihini canlandırıp araştırmasına büyük ölçüde yardımcı olan bağlıdır.<sup>4</sup> İşte bu bağlamda, Anayasa'da devlete bir görev olarak yüklenmiş olan "kültür ve tabiat varlıklarının korunması"<sup>5</sup> amacıyla özel düzenlemeler yürürlüğe konulmuş; belirtilen amaca ulaşmak üzere hukuk düzeninde "son çare olarak" kabul edilen ceza hukuku araçlarına da başvurulmuştur.

### 1.1. Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunmasının Ülkemizde Tarihi Gelişimi

1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin 133. maddesindeki "Hayrat-ı şerife ve tezyinat-ı beldeden olan ebniye ve asar-ı mevzuayı hedm ve tahrib ve yahud bazı mahallerini kırıp rahnedar edenlerin..." yani kutsal ve anıtsal yapılara tecavüz edenlerin cezalandırılacağı hükmü,<sup>6</sup> kültür varlıklarının korunması konusundaki ilk ceza normumuz olarak dikkat çekmektedir. Asar-ı Atika Nizamnamesi de (AAN)<sup>7</sup> eski eser olarak kabul edilen varlıklara yönelik bazı fiilleri ceza hukuku yaptırımına bağlamış; buna paralel olarak 1973 tarihli Eski Eserler Kanunu da (EEK) aynı amaçla ceza hukuku araçlarından faydalanmıştır.<sup>8</sup>

4 MUMCU, Ahmet: "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1969, Cilt 26 Sayı 3-4, s. 50. (MUMCU, 1969).

5 1961 Anayasası kapsam bakımından daha sınırlı bir koruma alanı kabul etmiş olup; bu alan "tarih ve kültür değeri olan eser ve anıtlar"dan ibarettir. 1961 Anayasası ile getirilen koruma sistemine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme için bkz. MUMCU, Ahmet: "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1971, Cilt 28 Sayı 1-4, s. 41-42. (MUMCU, 1971).

6 MUMCU, 1969, s. 68.

7 Ülkemizde, 1 Şubat 1284/13.11.1869 tarihinde ilk "Asar-ı Atika Nizamnamesi" kabul edilmiş; bunun yerine 1874 tarihli, onun yerine ise Osman Hamdi Bey tarafından hazırlatılan 9 Şubat 1299/21.11.1884 tarihli yeni Nizamname ile Türk Eski Eserler Hukukunun bugüne kadar süren ana temeli atılmıştır. 1906 yılında ise uzun süre yürürlükte kalacak "Asar-ı Atika Nizamnamesi" (AAN) kabul edilmiş, ayrıca 1912 yılında ayrı bir "Muhafaza-i Âbidat Nizamnamesi" yürürlüğe konularak bu her iki nizamname 1973 yılına kadar uygulanmış ve akabinde Eski Eserler Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Tarihi gelişim hakkında ayrıca bkz. MUMCU, 1969, s. 65-78. UMAR, Bilge: **Eski Eserler Hukuku**, Ege Üniversitesi Yayını, İzmir 1981, s. 5-6.

8 EEK, 5. maddesinde "eski eserlere zarar verme yasağı" olarak adlandırılabilir bir kural getirmekte; 49. maddesinde ise bu yasağa uymayanların iki yıldan beş yıla kadar hapis ve 5.000 liradan 20.000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacakları, ay-

23.7.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2863 sayılı KTVKK, geçirdiği birçok değişikliğe rağmen halen yürürlükte. KTVKK, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının<sup>9</sup> neler olduğunu belirlemiş (md. 6);<sup>10</sup> korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile doğal sit alanlarının tespitinin ise Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum-kuruluşların görüşü alınarak yapılacağı ilkesini benimsemiştir (md. 7/1). KTVKK, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunacağı (md. 7/3); tespit ve tescil ile ilgili usuller, esaslar ve kıstasların yönetmelikte belirtileceği (md. 7/4); tescil kararlarının ilanı, tebliği ve tapu kütüğüne işlenmesi ile ilgili hususların yönetmelikle düzenleneceğini de hükme bağlamıştır (md. 7/6).<sup>11</sup>

rica suçu işleyenlerin eski eserlerin korunmasında görevli kişiler olması durumunda verilecek cezanın bir misli arttırılacağı kuralını getirmekte idi. Bkz. UMAR, 1981, s. 82, 89-92.

9 "Kültür ve tabiat varlıkları" terimi yerine "eski eser" teriminin kullanılmasına ilişkin bkz. UMAR, 1981, s. 1 vd.

10 KTVKK Madde 3: "Bu Kanunda geçen tanımlar ve kısaltmalar şunlardır:

a) Tanımlar:

(1) (Değişik:14.7.2004 - 5226/1 md.) "Kültür varlıkları"; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.

(2) «Tabiat varlıkları»; jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir.

(3) «Sit»; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır.

...

(13) (Ek: 8.8.2011-KHK-648/41 md.) "Doğal (tabii) sit"; jeolojik devirlere ait olup, ender bulunmaları nedeniyle olağanüstü özelliklere sahip yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan korunması gerekli alanlardır.

(14) (Ek: 8.8.2011-KHK-648/41 md.) "Taşınır tabiat varlıkları"; jeolojik devirlere ait olup, ender bulunmaları nedeniyle olağanüstü özelliklere sahip yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan korunması gerekli taşınır tabii değerlerdir."

11 "Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik" (Yönetmelik-Yön.- olarak anılacaktır), 13 Mart 2012 tarih ve 28232 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 10. maddesi ile 10.12.1987 tarihli ve 19660 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan aynı adlı yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır.

Kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında ilk aşama, korunmaya değer bir varlığın mevcudiyetinin belirlenmesi ile bunun yetkili idari organlarca karar altına alınmasıdır. İdare adına kültür ve tabiat varlığının ne olduğunu belirleme yetkisine sahip olanlar tarafından bir irade beyanında bulunması ve bu beyanın şekil şartlarına uygun olarak kayıt altına alınması, "tescil" olarak karşımıza çıkmakla, böylece kültür ve tabiat varlıklarının korunması süreci başlamış olacağından, "tescil" kavramı koruma çalışmalarının merkezinde yer almaktadır.<sup>12</sup>

KTVKK, taşınmaz bir kültür veya tabiat varlığının korunmaya değer nitelikte olup olmadığı hususunda Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kuruluna<sup>13</sup> (Koruma Bölge Kurulu-KBK) yetki vermiştir (md. 57).<sup>14</sup> Tarihi kayıtlarla ya da bilimsel çalışmalarla taşınmaz bir varlığın, tescil işleminin yapılabilmesi, tarihi ya da doğal bakımdan korunması gerektiğinin belirlenmesinden sonra mümkün olup; bu belirleme KBK'ce değil Kültür ve Turizm Bakanlığı (Bakanlık) tarafından doğrudan ya da bir başkası

12 ÇOLAK, Nusret İlker: "Kültür ve Tabiat Varlığı Olarak Tescil Kararı, Hukuki Niteliği ve Sonuçları" **e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Kasım 2011, S. 117, s. 3-5. <http://www.e-akademi.org/makaleler/nicolak-9.pdf> (erişim tarihi 29.11.2012). (ÇOLAK, 2011 a).

Yazara göre, KTVKK, kültür ve tabiat varlıklarının korunması konusunda yapılacak tespit ve tescil uygulamalarında taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları konusunda belirgin bir ayırım yapmamaktadır. Bkz. ÇOLAK, 2011 a, s. 3.

13 08.08.2011 tarihli ve 648 sayılı KHK'nin 41. maddesi ile KTVKK'de yer alan "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu" ibareleri "Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu" şeklinde ve "kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge kurulu" ile "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu" ibareleri "Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu" şeklinde değiştirilmiştir.

14 KTVKK Madde 57/1: "(Değişik: 17.6.1987 - 3386/14 md.)

Koruma bölge kurulları, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde olmak kaydıyla aşağıdaki işleri yapmakla görevli ve yetkilidir.

a) Bakanlıkça tespit edilen veya ettirilen korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının tescilini yapmak,

b) Korunması gerekli kültür varlıklarının gruplandırılmasını yapmak,

c) Sit alanlarının tescilinden itibaren üç ay içinde geçiş dönemi yapı şartlarını belirlemek,

d) Koruma amaçlı imar planları ile bunların her türlü değişikliklerini inceleyip karar almak,

e) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının koruma alanlarının tespitini yapmak,

f) Korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarından özelliklerini kaybetmiş olanlarının tescil kaydını kaldırmak,

g) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar almak."

eliyle Bakanlık kontrolünde yapılacaktır.<sup>15</sup> KTVKK, kültür ve tabiat varlığı olarak belirlenen nitelikleri taşıyan bütün taşınmazların değil; örnek durumda olan ve ait olduğu devrin özelliklerini yansıtan **yeteri kadar eserin korunması gerekli kültür varlığı olarak belirlenmesi ve dolayısıyla tescil edilmesi sistemini benimsemiştir** (md. 7/1-2-3).<sup>16</sup> Bu itibarla, taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak tescil kararı bir taşınmazın korunması gerekli niteliklere sahip olduğu anlamına gelmekle birlikte; tescile gerek bulunmadığı ya da tescil talebinin reddi yönündeki bir karar, bu karara konu taşınmazın nitelsiz olduğu anlamına gelmeyecektir.<sup>17</sup>

## 1.2. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Sistemi: Sınırlı Mülkiyet Rejimi

Taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak tescil kararıyla birlikte, karara konu taşınmazlar, mevcut hukuki durumlarından çıkarılarak, kanun koyucu tarafından daha önce düzenlenmiş bulunan bir başka hukuki statüye dâhil edilirler.<sup>18</sup> Gerçekten, "tescil kararı" ile birlikte bu taşınmazlar daha önce tâbi oldukları "genel imar rejimi" nden ayrılarak KTVKK ile şartları sıkı biçimde ve özel olarak belirlenen "kültür ve tabiat varlıklarını koruma rejimi" kapsamına dâhil olurlar.

Kültür ve tabiat varlıklarını koruma rejimi terimi ile "kültür ve tabiat varlığı" niteliğini haiz bazı eşyaları kapsayan, diğer eşya ve malların uyruk oldukları düzenden ayrı bir normlar sistemi ifade edilmektedir.<sup>19</sup> Korunması gerekli kültür

15 ÇOLAK, 2011 a, s. 5-6.

16 KTVKK Madde 7/1-2-3: "*Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespiti, Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkileyen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılır.*

Yapılacak tespitlerde, kültür ve tabiat varlıklarının tarih, sanat, bölge ve diğer özellikleri dikkate alınır. Devletin imkanları gözönünde tutularak, örnek durumda olan ve ait olduğu devrin özelliklerini yansıtan **yeteri kadar eser**, korunması gerekli kültür varlığı olarak belirlenir.

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan **tespitler koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunur.**

17 Bu doğrultuda şu ifadeyi vurgulamalıyız: "Taşınmazların bulunduğu bölge, sanat değeri, tarihi özellikleri dikkate alınarak farklı kararlar verilebileceği gibi, Devletin ekonomik imkânları ve koruma gerekleri doğrultusunda, örnek durumda olan ve ait oldukları devrin özelliklerini yansıtan yeteri kadar taşınmazın korunması yönünde karar alınırken, benzer durumda olan taşınmazlar hakkında farklı kararların alınması mümkündür." Bu konuda ayrıca bkz. ÇOLAK, 2011a, s. 9.

18 ÇOLAK, 2011 a, s. 9.

19 Eski eserler hukuku terimi için yapılan paralel tanımlama için

ve tabiat varlıkları üzerinde "sınırlı mülkiyet sistemi"<sup>20</sup> benimsenmekte; buna göre bir taraftan mülkiyet hakkının kullanımına sınırlamalar getirilmekte, diğer yandan ise hak sahibine bazı destek ve kolaylıklar sağlanmaktadır. Bu anlamda, KTVKK'nin 5. maddesi ile korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları "devlet malı" statüsünde<sup>21</sup> kabul edilmektedir. KTVKK ile taşınmaz kültür varlıkları üzerindeki haklara önemli sınırlamalar getirilirken bazı muafiyet ve destekler de sağlanmaktadır (md. 12). Bu bağlamda, kültür ve tabiat varlıklarını koruma rejimine dâhil olduğu tespit ve tescil edilen taşınmazlar üzerinde ve sit alanları ile koruma alanlarında Koruma Yüksek Kurulunun (KYK) ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, inşâ ve fizikî müdahalede bulunulamayacak; bunlar yeniden kullanıma açılmayacak veya kullanımları değiştirilemeyecektir (KTVKK md. 9).

### 1.3. Koruma Kararları ve Niteliği

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının açıklanan sınırlı mülkiyet rejimine dâhil olmaları ve devlet malı statüsünde kabul edilmeleri için taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunması gereklidir (KTVKK md. 7/1-3).

Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmeliğin (Yön.) 8. maddesine göre, tescil kararının ilgili kuruluşlara dağıtımı, kararı alan koruma bölge kurulu müdürlüğüne yapılır. Tescil edilen korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı, belirlenen korunma alanları ve sitler il merkez ilçesi sınırları içerisinde ise valilikçe, ilçe sınırları içinde ise kaymakamlıkça, tescil kararının valiliğe veya kaymakamlığa tebliğ tarihinden itibaren en geç üç gün içinde ilan tahtalarına asmak, belediye hoparlörüyle duyurmak, köy muhtarlığına bildirmek ve internet sitesinde yayımlamak suretiyle ilân edilir (Yön. md. 8/1). Bu işlemler tamamlandıktan

bkz. MUMCU, 1969, s. 47.

20 Sınırlı mülkiyet sistemi konusunda ayrıca bkz. MUMCU, 1969, s. 51-52.

21 Benzer düzenleme (mülga) 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'nun (EEK) 3. maddesinde de yer almakta olup, Umar'a göre, bu düzenleme teknik anlamda bir mülkiyet hakkına dayanmayıp; devletin eski eserler üzerindeki koruma yetkisi eski eserleri koruma görevinin yerine getirilmesinin aracı niteliğindedirler. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. UMAR, 1981, s. 65-72.

sonra, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı, belirlenen korunma alanları ve sitler, tapu kütüğünün beyanlar hanesine, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı, korunma alanı veya cinsi, derecesi ve bir bölümünün ya da tamamının sit içinde kaldığı da belirtilerek sit olduğuna dair kayıt konulur (Yön. md. 8/4). Belirtilen bu işlemlerin tamamlanarak ilan ve/veya tapu kütüğüne kayıt<sup>22</sup> işlemlerinin tamamlanması durumunda, taşınmazın "korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı" niteliğinde olduğunun *herkes tarafından bilindiği* kabul edilir. Bu bağlamda, koruma kurulu kararlarının yaratıcı değil, açıklayıcı olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır.<sup>23</sup>

### 1.4. Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarına Sağlanan Cezai Koruma

KTVKK'nin 9. maddesine göre, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları üzerinde ve koruma alanları ile sit alanlarında esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler *inşâ ve fizikî müdahale* sayılacaktır. Kısacası, tescil edilmiş taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına yapılacak fizikî müdahaleler ile kullanım tarzı ve türüne ilişkin değişikliklerin, ilke kararları doğrultusunda koruma bölge kurulları tarafından alınacak kararla gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır.<sup>24</sup> Yine, koruma alanları ile sit alanlarında bulunan taşınmazlar üzerinde yapılacak inşâ ve fiili müdahaleler de koruma bölge kurulu kararlarına uygun olmak durumundadır. KTVKK'nin 9. maddesinde belirtilen yasaklara aykırı davranışları mutlak surette önlemeyi amaçlayan kanun koyucu bu bağlamda ceza hukuku yaptırımlarına başvurmuş ve Kanun'un 65. maddesinde bazı fiilleri suç olarak tanımlamıştır.<sup>25</sup>

KTVKK'nin 9. maddesinde, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında *izinsiz müdahale* ve

22 Yönetmelik md. 8/6: "3402 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar ile bunlardan çıkan kaynaklar gibi tarıma elverişli olmayan sahihsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular ile yol, meydan, köprü, yeşil alan ve park gibi tescil ve sınırlandırması yapılmayarak tapu siciline kayıt edilmeyen alanlar için yukarıda belirtilen kayıt konulmaz."

23 UMAR, 1981, s. 96.

24 ÇOLAK, 2011a, s. 10.

25 Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verme fiilleri karşılığında uygulanan cezai yaptırımların yetersiz ve caydırıcı olmayan uzak olduğu görüşü için bkz. ÇOLAK, 2011 a, s. 16.

*kullanma yasağı* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu norma göre, Koruma Yüksek Kurulu'nun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşaat ve fizikî müdahalede bulunulamaz; bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşaat ve fizikî müdahale sayılır.

KTVKK'nin "cezalar" kenar başlıklı 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarında, iki ayrı fiil suç olarak tanımlanmıştır. Anılan maddenin (a) fıkrasında "korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının zarara uğramasına sebebiyet vermek" fiili suç olarak tanımlanmış; aynı fıkranın ikinci paragrafında ise bu fiillerin, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak maksadıyla işlenmesi halinde verilecek cezaların bir kat artırılacağı düzenlenmiştir. KTVKK'nin 65/b maddesinde ise, sit alanlarında ve koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak" fiilini suç olarak tanımlanarak bu fiilleri işleyenlerin cezalandırılacakları öngörülmüştür.

#### 1.4.1. Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Zarara Uğramasına Sebebiyet Vermek Suçu (2863 Sayılı KTVKK md. 65/a)

"Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının zarara uğramasına sebebiyet vermek" olarak adlandırılabilen fiil, KTVKK'nin 65/a maddesi ile suç olarak tanımlanmıştır. Bu norma göre, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

**Suçun hukuki konusu**, insanlığın ortak mirası niteliğinde olan taşınmaz kültür ve tabiat değerlerinin zarar görmesinin önlenmesidir.

**Suçun faili**, gerçek kişiler olabilecektir. Bu anlamda, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığının maliki bu suçu işleyebileceği gibi, taşınmaza zilyet olan ve belirtilen sıfatlardan hiçbirini taşımayan gerçek kişiler de bu suçun faili

olabilecektir. Tüzel kişiler yararına da korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının zarara uğramasına kasten sebebiyet vermek suçu işlenebilmesi mümkündür.<sup>26</sup>

**Suçun mağduru**, kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve yaşatılmasında yararı bulunan toplumdur. 2863 sayılı Kanun'un belirtilen hükümlerle hukuksal yararın kişilere ve dolayısıyla topluma ait olduğu bir fiilin suç olarak tanımlandığı kuşkusuzdur.

**Suçun maddi unsuru**, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya *her ne suretle olursa zarara uğramasına sebebiyet vermektir*. Anılan maddede sayılan "yıkılmaya, bozulmaya, tahribe, yok olmaya sebebiyet vermek fiilleri" yanında kültür ve tabiat varlığının zarara uğramasını sonuçlayan başka bir neticeye sebep olabilecek ter türlü icrai veya ihmali hareket de bu suçun maddi unsurunu oluşturabilecektir. Bu itibarla, anılan suç serbest hareketli işlenebilen bir suçtur. Belirtilen suç, "zarar suçu" olarak ortaya çıkmaktadır. Böylelikle, zararın ortaya çıkmayıp sadece zarar tehlikesini doğuran davranışlar "teşebbüs hali hariç" anılan suçun maddi unsurunu oluşturmayacaktır.<sup>27</sup>

**Hukuka aykırılık unsurunu** ortadan kaldıracak bir sebep, bu suç için öngörülmemiştir. Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları üzerinde "sınırlı mülkiyet rejimi" benimsenmekle hukuka uygunluk sebebi olarak "hakkın kullanılması" (TCK md. 26) durumundan söz edilemeyecektir.

**Suçun manevi unsuru**, kasttir. KTVKK'nin 65/a maddesi açıkça "...kasten sebebiyet verenler.." diyerek suçun oluşumu için kastin varlığını aramıştır. Bu anlamda, genel kastin varlığı yeterli olup, özel kast aranmayacaktır.<sup>28</sup> İdare tarafından bakım ve onarıma ilişkin verilen talimatların ısrarla yerine getirilmemesi veya bu tedbirlere

26 Tüzel kişiler yönünden aksi görüş için bkz. KANADOĞLU, Sahib: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Açıklamalar Yargıtay-Danıştay Kararları Mevzuat**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 270.

27 Krş. KANADOĞLU, 2003, s. 270. Çolak, Nusret İlker: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul Mart 2011, s. 765. (ÇOLAK, 2011 b ). Aksi yönde bkz. UMAR, Bilge/ ÇİLİNGİROĞLU, Altan: **Eski Eserler Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 11, Ankara 1990, s. 338-339.

28 Krş. KANADOĞLU, 2003, s. 271.

aykırı hareket eden (örneğin binanın çatısını açmak suretiyle yakılmasını sağlayan) kişinin kasten bu sonucun ortaya çıkmasına yönelik hareket ettiğinin kabulüyle belirtilen fiilinden sorumlu tutulmaması düşünülemez.<sup>29</sup>

Bilindiği üzere, kast unsuru, bilme ve istemeden oluşur. Bilme, fiilin anlam ve sonuçlarını bilmedir. Bu itibarla, sanığın fiiline konu oluşturan taşınmazın “korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı” niteliğinde olduğunu bilip bilmediği hususu, suçun manevi unsurunun oluşup oluşmadığının belirlenmesi anlamında önemlidir. Buradan hareketle, suçun maddi konusunu oluşturan taşınmazın “korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı” niteliğinde olduğunun fail tarafından bilindiği veya bilindiğinin kanunen kabul edildiği haller gerçekleşmelidir.<sup>30</sup> Koruma altındaki bir bölgede örneğin İstanbul’da tarihi yarımada yaşayan veya işyeri bulunan bir kişinin, o bölgenin belirtilen niteliğini bildiği kabul edilmelidir. Bu bağlamda, taşınmaz kültür ve tabiat varlığına zarar verilmesi fiilini işleyen failin cezalandırılabilmesi için mutlaka o taşınmazın bu niteliğinin belirlenmiş, tescil ve ilan edilmiş olması gerekli değildir.<sup>31</sup> Bu itibarla, tespit, tescil, ilan ve tapu kütüğüne kayıtlı olmamış bulursa dahi korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliği bilerek anılan fiilin işlenmesi durumunda, bu fiil suç oluşturacaktır.<sup>32</sup>

**Suçun nitelikli hali olarak** KTVKK’nin 65/a-2. maddesinde “korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak amacıyla fiilin işlenmesi” durumuna yer vermiş olup, bu halde hükümlenilecek ceza bir kat arttırılacaktır.

29 ÇOLAK, 2011 b, s. 773-774. Yazar’a göre, idare tarafından bakım ve onarım ile ilişkili verilen talimatların ısrarla yerine getirilmemesi sebebiyle tahribe sebep olma durumunda emirleri yerine getirmeyenlerin taşınmaz kültür ve tabiat varlığına zarar verme suçunu işlediklerinin kabulü gerekir. Taşınmaz kültür ve tabiat varlığının devlet malı niteliğinde sayılması ve idarenin vereceği bakım ve onarım hususundaki talimatlara uymamanın kanuni gereklilik olduğu gözetildiğinde zarar verme unsurunun kapsamı idarece verilecek emirleri kasten yerine getirmemeyi de içerecek şekilde belirlenmelidir. Bkz. ÇOLAK, 2011 b, s. 766-767.

30 Bir düşünceye göre, kişinin eski eserleri bozmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için, eski eserleri bozmanın suç olduğunu anlayabilecek bilinç ve öğrenim düzeyinden başka, bozduğunun eski eser olduğunu anlayabilecek bilinç ve öğrenim düzeyinde de olması gerekir. Bkz. UMAR/ ÇİLİNGİROĞLU, 1990, s. 336.

31 UMAR, 1981, s. 96. UMAR/ ÇİLİNGİROĞLU, 1990, s. 336-337.

32 UMAR, 1981, s. 91, 96. Aynı yönde bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 271-272.

**Suçun özel görünüş biçimleri** incelendiğinde, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının yıkılması, bozulması, tahribi, yok olması veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramaları fiilinin bölünmesi mümkün olduğundan, anılan suça **teşebbüs** mümkün gözükmemektedir.<sup>33</sup>

Korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının zarara uğramalarına sebebiyet vermek fiilinin bir suç işleme kararına dayalı olarak birden çok defa gerçekleştirilmesi durumunda dahi **zincirleme suç** hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Gerçekten, anılan suçla himaye sağlanan hukuki değer taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması olduğu gözetildiğinde bu değeri ihlal eden her davranış “...her ne suretle olursa zarara uğramasına sebebiyet vermek” biçiminde düzenleme yapılarak aynı yaptırıma bağlanmıştır.<sup>34</sup> Bu itibarla, örneğin, aynı taşınmazın yıkımının zamana yayılarak kısımlar halinde yapılması durumunda teselsülün varlığından söz edilemeyecektir.

Koruma kurulu kararlarına aykırı veya izinsiz inşaat yapımı sırasında taşınmazın yıkılması, tahribi, zarar uğraması gibi hallere sebebiyet verilmesi durumunda **fikri içtima** kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı hususu irdelenmelidir. Kanaatimizce, bir tek fiille *KTVKK’nin 65. maddesinin ayrı fıkralarının ihlal edildiği hallerde*; ilke olarak fikri içtima kuralı gereği bu fiiller için öngörülen cezalardan en ağırı ile failin cezalandırılması gereklidir.<sup>35</sup> Örneğin, failin sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmazın önce kasten yıkılmasına sebebiyet verip sonrasında ise aynı yerde izinsiz olarak inşaat faaliyette bulunması kural olarak, aynı kasıt altında işlenen bir fiil olup fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. Yine, aynı kasıt altındaki fiil ile hem koruma altındaki taşınmazın yıkılması, tahribi, zarar uğraması gibi hallere sebebiyet verilmesi suçunun hem de imar kirliliğine neden olma (TCK md. 184) suçunun birlikte gerçekleştiği durumlarda ise fikri içtima kuralı gereği bu fiiller için öngörülen cezalardan en ağırı ile (yani 2863/ md. 65/a) failin cezalandırılması gereklidir. Ancak, failin *ayrı suç işleme kastı ile hareket ettiğinin belirlenmesi ya da hukuki veya fiili kesintinin*

33 Aksi görüş için bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 272.

34 Krş. KANADOĞLU, 2003, s. 272.

35 Bu konuda bkz. UMAR/ ÇİLİNGİROĞLU, 1990, s. 339. Aksi yönde bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 273.

*bulunduğu durumlarda* ise fiillerinin ayrı suçları oluşturacağı kuşkusuzdur.

**Suçta iştirak** bakımından ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel kurallar bu suç için de geçerlidir.

#### 1.4.2. Sit Alanlarında ve Koruma Alanlarında Şartlara Aykırı İzinsiz İnşaat ve Fizikî Müdahalede Bulunma Suçu (2863 sayılı KTVKK md. 65/b)

“Sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahalede bulunma” olarak adlandırılabiliriz<sup>36</sup> fiil, KTVKK'nin 65/b maddesi ile suç olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

**Suçun hukuki konusu**, sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapılması suretiyle koruma altındaki kültür ve tabiat varlıklarına zarar verilmesini önlemektir.

**Suçun faili, mağduru, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru** yönünden KTVKK'nin 65/a maddesinde düzenlenen “korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının zarara uğramasına sebebiyet vermek” suçuna ilişkin olarak yaptığımız açıklamaların bu suç için de aynen geçerli olduğunu hatırlatmalıyız.<sup>37</sup>

**Hukuka aykırılık unsurunu** ortadan kaldıracak bir sebep, bu suç için öngörülmemiştir. Ancak, sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapılması fiilinde bazı durumlarda hukuka uygunluk sebebi olarak “hakkın kullanılması” hali gündeme gelebilecektir. Gerçekten, sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahalede bulunma fiilinin suç oluşturabilmesi için *iki şartın birlikte gerçekleşmesi* gereklidir.

Bu itibarla, yapılan fizikî ve inşaat müdahalelerin, geçiş dönemi koruma esasları ile kullanma şartlarına uygun olması durumunda ve koruma amaçlı imar planlarında öngörülen hükümlere göre yapılması halinde, *müdahaleler izinsiz olsa dahi* suç oluşturmayacaktır.<sup>38</sup> Bir başka anlatımla, fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için; *yapılan fizikî veya inşaat müdahale hem taşınmazın korunma ve kullanım kurallarına aykırı olmalı hem de izin alınmaksızın gerçekleştirilmiş bulunmalıdır*. Dolayısıyla, *salt izinsiz fizikî ve inşaat müdahale yapmak ya da kurallara aykırı müdahalede bulunmuş olmak*, fiili tek başına hukuku aykırı hale getirmeyecektir. Bu itibarla, koruma kurulundan izin alınmaması sebebiyle durdurulan *inşaata daha sonra kurulca onay verilmesi durumunda* hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden fiil suç oluşturmayacaktır.<sup>39</sup>

**Suçun maddi unsuru**, sit alanlarında ve koruma alanlarındaki taşınmazlara izinsiz olarak fizikî ve inşaat müdahalede bulunmaktır.<sup>40</sup>

KTVKK'nin 65. maddesinin (b) fıkrasında<sup>41</sup> *iki ayrı suç tipine* yer verilmiştir. İlk olarak, **sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak** fiili suç olarak tanımlanmıştır. İkinci olarak ise, **koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak** fiili cezalandırılmaktadır.

Öncelikle, sit alanlarında ve koruma alanlarında inşaat ve fizikî müdahale yapılmasının *hem şartlara aykırı hem de izinsiz olmasının* 2863 sayılı Kanun'un 65/b. maddesindeki suçun maddi unsurunun oluşması için gerekli olduğunu vurgulayalım. Bu itibarla, yapılan *inşaat ve fizikî müdahale izinsiz olsa bile şartlara uygunsa* suç oluşturmayacaktır.

38 ÇOLAK, 2011 b, s. 774.

39 Belirtilen düşünce ve buna dayanak oluşturan 13.03.1995 tarih ve 1996/9-41-64 sayılı CGK kararı için ayrıca bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 319.

40 Aynı yönde bkz. ÇOLAK, 2011 b, s. 772. KANADOĞLU, 2003, s. 318.

41 KTVKK Madde 65/b: “Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.”

36 Belirtilen fiil “izinsiz fizikî ve inşaat müdahalelerde bulunma suçu” olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. ÇOLAK, 2011 b, s. 768.

37 Bkz. 1.4.1.'de yer alan açıklamalarımız.

Fizikî ve inşaf müdahalenin ne olduğu, Kanun'un 9. maddesine göre belirlenmelidir. Buna göre, esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkmak, yakmak, kazı veya benzeri işler inşaf ve fizikî müdahale sayılır (KTVKK md. 9/ son cümle). Görüldüğü üzere, kanun koyucu örnekleme metoduyla inşaf ve fizikî müdahale sayılabilecek işleri göstermiş; "...ve benzeri işler" ibaresiyle de belirttiği örneklerin sınırlı olmadığını ortaya koymuştur.<sup>42</sup> Bu itibarla, sit alanlarında veya koruma alanlarındaki taşınmazlara yapılacak her türlü fizikî ve inşaf müdahale, taşınmazın onarımı ve onun hayatiyetini devam ettirmek amaçlı olsa dahi, *izinsiz olarak yapılması durumunda*, belirtilen suçun maddi unsurunu oluşturacaktır. Örneğin, korunması gerekli taşınmaz yok olmuş olsa bile, hazırlanacak rekonstrüksiyon projesine onay alınmadan inşaat yapılamayacaktır.<sup>43</sup> Gerçekten, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının aslına uygun olarak korunabilmesi ve yapılacak her türlü müdahalelerin biçimi ile niteliğinin koruma bölge kurullarınca denetlenerek uygunluğunun belirlenmesi gereklidir. Diğer taraftan, sit alanları ile koruma alanlarında hangi tür ve şekilde inşaf faaliyet yapılabilirliğinin de yine koruma kurullarınca verilecek izin prosedürüne bağlanması belirtilen alanların korunması bakımından hayati önem taşımaktadır. Bu itibarla, sit alanları ile koruma alanlarında "fizikî ve inşaf faaliyet" niteliğindeki her türlü çalışma, koruma kurulundan izin alınmaksızın yapıldığı takdirde, anılan suçun maddi unsurunu oluşturabilecektir.

Sit alanlarında veya koruma alanlarında ağaç dikmek gibi zemine müdahale niteliği taşıyan fiillerin de fizikî müdahale olarak kabul edileceği kuşkusuzdur. Diğer taraftan, "müdahale" sadece zemine müdahale edilmesiyle sınırlı bulunmayıp; sit alanlarında ve koruma alanlarında bulunan korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tanımlanmamış yapılarla ilgili müdahaleleri de kapsayacaktır.<sup>44</sup>

**Suçun nitelikli hali** olarak KTVKK'nin 65/b maddesinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

42 Koruma kurulundan izin alınmadan, korunması gerekli taşınmazın yeniden kullanıma açılması veya kullanımlarının değiştirilmesi durumları da 65/a maddesindeki maddi unsurun gerçekleşmemesi halinde 65/b maddesindeki suçu oluşturur. Bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 319.

43 KANADOĞLU, 2003, s. 319.

44 ÇOLAK, 2011 b, s. 773.

**Suçun özel görünüş biçimleri** incelendiğinde, sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz olarak fizikî ve inşaf müdahalede bulunmak fiilinin bölünmesi mümkün olduğundan, anılan suça **teşebbüs** mümkün gözükmektedir.

KTVKK'nin 65/b maddesindeki şartlara aykırı izinsiz inşaf ve fizikî müdahale fiilleri, özellikleri gereği bir anda gerçekleştirilebilecek türden bulunmayıp; aksine devamlı nitelik taşımakta olup, bu itibarla hafriyat, temel atma, duvarların yapılması ve çatının örülmesi gibi inşaf ve fizikî faaliyetin süregelen evreleri **müteselsil suç** oluşturmayacaktır.<sup>45</sup>

Sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz olarak inşaf ve fizikî müdahalede bulunulması durumunda -şartları olduğu takdirde- **fikri içtima** kurallarının uygulanması mümkün gözükmektedir.<sup>46</sup> Bu bağlamda, aynı fiil ile hem 2863 sayılı Kanun'un 65/b maddesindeki suçun hem de bir başka suçun (örneğin, TCK md. 184'de tanımlanan imar kirliliğine neden olma suçu) olduğu durumlarda fikri içtima kuralı gereği, failin sadece bir tek fiilden cezalandırılması gereklidir.<sup>47</sup> Ancak, failin ayrı suç işleme kastı ile hareket ettiğinin belirlenmesi ya da hukuki veya fiili kesintinin bulunduğu durumlarda, fiillerin ayrı suç oluşturacağı kuşkusuzdur.

**Suçta iştirak** bakımından ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel kurallar bu suç için de geçerlidir. İzinsiz müdahaleyi yaptıran kişilerle birlikte müdahaleyi bizzat yapanlar da suç faili kabul edilecektir. 2863 sayılı Kanun'un 65/b maddesindeki "yaptıranlar" ifadesi, fiilin gerçekleştirilmesinde birlikte hareket eden iş sahiplemini ya da müdahaleden yarar sağlayanları ifade etmekte olup; kamu görevlilerinin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>48</sup>

45 KANADOĞLU, 2003, s. 319-320.

46 KTVKK 65/a maddesine ilişkin açıklamamız için bkz. 1.4.1.

47 "...TCK'nın 44 maddesinde düzenlenen fikri içtima kaidesinin objektif koşullarının "tek bir fiilin bulunması" ve "birden fazla kanun hükmünün ihlali"nden ibaret olduğu, sanığın işlediği fiille birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verdiği anlaşılmalı, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima hükmünün uygulanarak, eylemine temas eden en ağır hüküm olan 2863 sayılı Kanunun 65/b maddesi gereğince cezalandırılması gerekir, eylemin bölünerek, İmar Kirliliğine Aykırılık suçundan düşme kararı verilmesi kanuna aykırı olduğundan..." Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 13.03.2013 tarih ve 2012/13095 E. - 2013/6106 K. sayılı kararı (UYAP, Erişim tarihi: 11.05.2013).

48 ÇOLAK, 2011 b, s. 772.

## 2. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İNCELENEN SUÇ TİPLERİNE İLİŞKİN İPTAL KARARI<sup>49</sup>

### VI- ESASIN İNCELENMESİ

#### A- 2863 Sayılı Kanun'un 9. Maddesinin İncelenmesi

Başvuru kararında 2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan sınırlamaların mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldırıcı nitelikte olduğu, yasa koyucunun bunun farkında olması nedeniyle Kanun'un 15. maddesinde taşınmaz kültür varlıklarının kamulaştırılmasını öngördüğü ancak uygulamada tespit yapıldıktan sonra uzun yıllar geçmiş olmasına rağmen kamulaştırmaların yapılmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, Koruma Yüksek Kurulu'nun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınacak kararlara aykırı olarak koruma altına alınan kültür ve tabiat varlıkları ile sit alanlarına inşaat ve fizikî müdahalede bulunulamayacağı, bunların yeniden kullanıma açılmayacağı ve kullanımlarının değiştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca kural inşaat ve fizikî müdahaleyi tanımlamıştır. Buna göre esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşaat ve fizikî müdahale olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla koruma alanlarında yapılacak onarım, inşaat, tesisat, sondaj, yıkım, yakma ve kazı gibi işlemlerin Koruma Yüksek Kurulunca belirlenen ilke kararlarına ve bu kararlara uygun olarak alınmış olan bölge koruma kurulu kararlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bu kurallara uyulmaması halinde Kanun'un 65. maddesine göre cezai yaptırım uygulanması öngörülmüştür.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe

yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. İtiraz konusu kural taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkilerini önemli ölçüde kısıtladığından özel mülkiyet altındaki koruma altına alınmış varlıklar açısından önemli bir sınırlama teşkil etmektedir. Bu sınırlamanın Anayasa'ya uygun olabilmesi için Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin ilkelere uygun olması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesinde her hakkın yalnızca ilgili maddedeki sebeplerle sınırlandırılması öngörülmüştür. Diğer taraftan sınırlamanın sınırı olarak demokratik toplum düzenine aykırı olmama ilkesinin yanında, öze dokunmama, ölçülülük ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olmama koşulları da getirilmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilirliği öngörülmüştür. Ayrıca mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'da mülkiyet hakkının kapsamı diğer bazı maddelerde yer alan hükümlerle çerçevelenmiştir. Bu bağlamda kıyılarına ilişkin 43., toprak mülkiyetine ilişkin 44., kamulaştırmayı düzenleyen 46., tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63., tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168., ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddelerde Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı güvencesinin çerçevesini belirleyen kurallar yer almaktadır.

Anayasa'nın "tarih kültür ve tabiat varlıklarının korunması" başlıklı 63. maddesinde devletin, tarih kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlama ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alma ödevine yer verilmiş ve özel mülkiyet konusu olan varlık ve değerlere getirilecek sınırlamaların ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımların ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 2863 sayılı Kanun'un çıkarılma nedeni devletin bu ödevleri yerine getirmesini sağlamaktır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'da öngörülen meşru bir amaç güttüğü anlaşılmaktadır.

49 Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımlanan metninin sadece zorunlu gördüğümüz bölümlerine orijinaline sadık olarak -ancak bazı kısımlarını vurgulamak suretiyle- yer verdiğimizizi belirtmeliyiz.



Ancak Anayasa'nın 13. maddesine göre temel haklara getirilen sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması ve hakkın özüne dokunmaması gerekir. Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların kamu yararı ile malikin bireysel yararı arasında makul bir denge gözetmesi gerekir. **2863 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların ölçülü olup olmadığını değerlendirebilmek için** Kanun'un diğer maddelerinde getirilen düzenlemeler de göz önüne alınmalıdır. Kanun'un 9. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile sit alanlarına inşaat ve fizikî müdahalelerin ancak Koruma Yüksek Kurulu ilke kararları ve bölge koruma kurullarınca belirlenen kurallar çerçevesinde yapılmasına izin verilerek malikin mülkünü kullanmasına bazı sınırlamalar getirmiştir. Ölçülülük ilkesinin geçerli olabilmesi için sınırlamalar kamu yararını amaçlamakla birlikte, kamu yararının sağlanmasının bütün külfeti malik üzerinde bırakılmamalıdır. Kanun'un çeşitli maddelerinde özel mülkiyet altındaki korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili olarak sağlanacak yardım ve kolaylıklar düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Kanun'un 12. maddesinde taşınmaz kültür varlıklarının onarımına Kültür ve Turizm Bakanlığınca aynı, nakdi ve teknik yardım sağlanması öngörülmüştür. Aynı şekilde Kanun'un 15. maddesinde bu taşınmazların Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanacak bir program çerçevesinde kamulaştırılması kural altına alınmıştır. Diğer taraftan Kanun'un 21. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının ve bunlarda yapılacak bakım ve onarımların belli koşullarda her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un ilgili maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, özel mülkiyetteki tabiat ve kültür varlıklarının kullanımına belli sınırlamalar getirilmekle birlikte, taşınmaz sahiplerinin bazı kolaylıklardan ve yardımlardan yararlandırılması ve belli bir program dâhilinde taşınmazının kamulaştırılmasını isteme hakkı tanındığı görülmektedir. **Bu**

**yönüyle değerlendirildiğinde Kanun'un birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.** Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 2. ve 5. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

#### **B- 2863 Sayılı Kanun'un 65. Maddesinin (a) ve (b) Bentlerinin İncelenmesi**

Başvuru kararlarında, 2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Kanun'un 9. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde mülkiyet hakkının özüne dokunduğu, bu nedenle Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu, diğer taraftan idari organlara suç teşkil eden fiilleri belirleme yetkisi tanındığı ve hukuki belirlilik ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek kurulların Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) fıkrasında korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenlerin, (b) fıkrasında ise sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanların cezalandırılması öngörülmüştür. Buna göre korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar cezaî yaptırıma tabi tutulmuştur.

Anayasa'nın 35. maddesinde **mülkiyet hakkı** güvence altına alınmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma

olanağı tanıyan temel bir haktır. İtiraz konusu 65. maddenin (a) ve (b) bentlerinde yer alan kurallar yukarıda incelenen 2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen sınırlamalara uymayanlara uygulanacak yaptırımı düzenlemektedir. Bu nedenle Kanun'un 9. maddesine ilişkin gerekçede belirtilen nedenler Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri açısından 65. maddenin (a) ve (b) bentleri yönünden de geçerlidir. **Bu kurallarla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez. Bu nedenle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir.**

Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi "belirlilik" tir. Bu ilkeye göre, **yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.**

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçların kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezaların kanuniliği" ilkesi öngörülmüştür. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "**suçta ve cezada kanunilik**" ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir şüpheye yer bırakmayacak

biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. **Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelere olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır.** Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakta ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır.

İtiraz konusu Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımların cezalandırılması öngörülmektedir. Kanun'un tespit ve tescil başlıklı 7. maddesinde **korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği öngörülmüştür. Ancak bu tespit ve tescilin maliklere tebliği öngörülmemiştir.** Maddenin ilk halinde maliklere tebliğ de öngörülmüşken 17. 6. 1987 tarih ve 3386 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tebliğ zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

Öte yandan, koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapan ya da yaptırımların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada **suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme**

**yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaza yapılan hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. Kanun'un 57. maddesinin, birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına verilmiştir.** Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun'un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Ancak **Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır. Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.**

#### VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa

Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. 21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının **iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden**, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkralara ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

#### VIII- SONUÇ

21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun;

**1- 14.7.2004 günlü, 5226 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,**

**2- 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

**3- 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 11.4.2012 gününde karar verildi.**

### 3. İPTAL KARARININ DAYANDIĞI GEREKÇELER VE DEĞERLENDİRİLMESİ

#### 3.1. Başvuru Gerekçesi

2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) fıkraları Kanun'un 9. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde; *mülkiyet hakkının özüne dokunduğu*, bu nedenle Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu, diğer taraftan *idari organlara suç teşkil eden fiilleri belirleme yetkisi tanındığı ve hukuki belirlilik ilkesinin ihlal edildiği* belirtilerek, anılan kuralların Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

#### 3.2. Mülkiyet Hakkının Sınırlanması Yönünden İnceleme

Anayasa Mahkemesi ilk olarak, 2863 sayılı Kanun'un 9 ve 65/a-b maddeleriyle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 13. (temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması) ve 35. (mülkiyet hakkının korunması) maddelerine uygunluğu yönünden inceleme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre,

*"Anayasa'nın "tarih kültür ve tabiat varlıklarının korunması" başlıklı 63. maddesinde devletin, tarih kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlama ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alma ödevine yer verilmiş ve özel mülkiyet konusu olan varlık ve değerlere getirilecek sınırlamaların ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımların ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 2863 sayılı Kanun'un çıkarılma nedeni devletin bu ödevleri yerine getirmesini sağlamaktır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'da öngörülen meşru bir amaç güttüğü anlaşılmaktadır."*

*"...Bu kurallarla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez. Bu nedenle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir."*

Anayasa'nın 13. maddesindeki "sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması ve hakkın özüne dokunmaması" ilkeleri açısından ise Mahkeme:

*"Kanun'un ilgili maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, özel mülkiyetteki tabiat ve kültür varlıklarının kullanımına belli sınırlamalar getirilmekle birlikte, taşınmaz sahiplerinin bazı kolaylıklardan ve yardımlardan yararlandırılması ve belli bir*

*program dâhilinde taşınmazının kamulaştırılmasını isteme hakkı tanındığı görülmektedir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde Kanun'un birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez"*

düşüncesini yerinde olarak dile getirmiştir.

**Anayasa Mahkemesi böylelikle,** 2863 sayılı Kanun'un 9. ve 65/a-b maddeleriyle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların ve bu anlamda korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının zarara uğramasına sebebiyet vermek ile sit alanlarında izinsiz müdahale yapma fiillerinin suç olarak tanımlanarak yaptırıma bağlanmasının Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir.

İnsanlığın ortak mirası olan kültür ve tabiat varlıklarının korunarak gelecek nesillere aktarılmasında kamu yararı bulunduğu kuşkusuzdur. Bu korumayı gerçekleştirmek isteyen kanun koyucu bazı idari tedbirler getirmiş (izin, onay prosedürü gibi); son çare olarak da (ultima ratio) ceza hukuku araçlarına başvurmuştur. Bu anlamda, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına yönelik bazı fiiller ile sit alanları ve koruma alanlarında izinsiz yapılacak fizikî ve inşâî müdahalelerin suç olarak tanımlanması kaçınılmaz görülmüştür. İşte, bu durumlarda mülkiyet hakkının sınırlanmasında kamu yararı görülmekle birlikte, bu amaçla yapılan sınırlamalar meşru bir amaç gütmekle; demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olup mülkiyet hakkının özüne dokunmamaktadır.

#### 3.3. Belirlilik İlkesine Uygunluk Yönünden İnceleme

Anayasa Mahkemesi, 2863 sayılı KTVKK'nin 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarını "hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi" olarak vurguladığı "belirlilik ilkesi" yönünden de değerlendirmeye tabi tutmuştur.

Anayasa Mahkemesi'ne göre,

*"... Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır. Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakta*

ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır.”

2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) fıkrasında korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar vermek; aynı maddenin (b) fıkrasında ise sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak fiilleri suç olarak tanımlanarak bu fiilleri işleyenlerin cezalandırılması öngörülmektedir. İşte bu noktada, anılan fiillerin **maddi konusunu oluşturan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının nasıl belirleneceği ile sit alanlarının ve koruma alanlarının kim tarafından ve hangi usule göre tespit edileceği** konusu önem taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda yerinde olarak şu hususlara dikkat çekmiştir:

“Kanun'un tespit ve tescil başlıklı 7. maddesinde **korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği öngörülmüştür. Ancak bu tespit ve tescilin maliklere tebliği öngörülmemiştir.** Maddenin ilk halinde maliklere tebliğ de öngörülmüşken 17. 6. 1987 tarih ve 3386 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tebliğ zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.”

Söz edilen mevzuat çerçevesinde, 2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarında suç olarak tanımlanan fiillerin maddi konusunu nelerin oluşturduğu yani nelerin “korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı” ile “doğal sit alanı ya da koruma alanı” olduğunun belirlenmesinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılacağı açıktır (2863/ md. 7).

Suçların kanunda açık ve seçik olarak belirtilmesi ve bunun kişilere sağladığı güvence olarak ifade edilebilecek olan “kanunilik ilkesi”<sup>2</sup> gereği “suç yaratma” mutlaka bir “kanunla” ve “ancak yasama organı tarafından” yapılabilecektir.<sup>3</sup>

Diğer taraftan, TCK'nin 2/2. maddesinde yer verilen “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” ilkesi, idari işlemlerle suç ve ceza konulamayacağını açıkça ifade eden ve kanunilik ilkesini güvenceye alan bir hükümdür.<sup>4</sup> Bugünün kanun koyucusunun ise, devlet idaresi, kamu düzeni, genel sağlık ve ekonomiye ilişkin hafif suçların yaptırımını idareye bıraktığı ileri sürülmektedir.<sup>5</sup> Diğer taraftan, ceza kanunu bir fiili suç olarak tanımladıktan sonra bu alanda yürütme organının tüzükle, yönetmelikle düzenlemeler yapabileceği savunulmakla birlikte,<sup>6</sup> iptal davasına konu oluşturan “korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanları ile koruma alanlarının tespiti” hususları idarenin genel düzenleyici işlemleri ile gerçekleştirilmeyip “karar” niteliğindeki idari işlemlerle gerçekleştirilmektedir.<sup>7</sup> Belirtilen idari işlemlerin ise ilgililerine bildirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu itibarla, KTVKK'nin benimsediği metoda dayanarak korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanları ile koruma alanlarının tespiti ve sonucunda da bu kararlara aykırı fiillerin suç olarak kabul edilmesi durumunda, ceza hukukunun *belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine* anılan suç tipleri bakımından uyulmadığı gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi, *koruma bölge kurullarınca yapılacak tespitlere ilişkin kararların ulaşılabilir ve öngörülebilir olup olmadığı* hususunda, yerinde olarak şu değerlendirmelerde bulunmuş ve “Anayasaya aykırılık” sonucuna ulaşmıştır:

“...Öte yandan, koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapan ya da yaptıranların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada **suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaz yapıları hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. Kanun'un 57. maddesinin, birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına**

**verilmiştir.** Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun'un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Ancak **Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır."**

"Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kuralarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır."

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

"Açık (beyaz) ceza normu" ile ihlaline ceza hukuki neticesi bağlanan hükmün bir kanunla, idarenin düzenleyici işlemi veya idari bir emirle ortaya çıkması ceza hukukunda kabul edilmektedir.<sup>8</sup> Ancak, ihlaline ceza yaptırımı bağlanan bu hükmün bilinebilmesi ve öngörülebilmesi gerekliliği kuşkusuzdur. KTVKK'nin 65/a-b maddelerinde bir açık ceza normuna yer verilerek yaptırımı belirtilmiş; ancak bu yaptırımı bağlanan hükmün tespiti idarenin düzenleyici işlemine bırakılmıştır. Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi açık ceza normu söz konusu olduğunda "yaptırımı bağlanan hükmün (davranışın) bilinmemesi mazeret sayılmaz" biçiminde anlaşılabilir. Ancak, cezalandırılabilir bir fiilden söz edebilmek için norma aykırılık oluşturan davranışın yani "yükümlülüğün bilinmesi" şarttır. KTVKK'nin 65/a-b maddesi örneğindeki açık ceza normunda idarenin düzenleyici işlemine bağlanan hükmün bilinebilmesi ise, ancak bu idari işlemin ilgiliye tebliği veya ilanı ile mümkün olabilecektir.<sup>9</sup> Gerçekten, vatandaşın bilme yükümlülüğü karşısında devletin de pek tabii ki bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Açık ceza normu söz konusu olduğunda idarenin

işlemine bağlanıp açıklanmayan ve bildirilmeyen bir yükümlülüğün bilinme yükümlülüğünden söz edilememesi ise belirlilik ilkesinin bir sonucudur.

Koruma bölge kurulu kararlarının, açıklama ve bildirme yükümlülüğünün gerçekleşmesi yönünden irdelenmesi gereklidir. KTVKK, kültür ve tabiat varlığı olarak belirlenen nitelikleri taşıyan bütün taşınmazların tescil edilmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım yerine, gerekli olanların tescil edilmesini hükme bağlamıştır.<sup>10</sup> Halbuki, yürütme organının çerçeve kanuna dayanarak suç yaratabilmesinin kabul edilebilmesi için, yasak fiillerin neler olduğunu tespit edip önceden kişilere duyurması, bunları yayınlaması şarttır.<sup>11</sup> Bu itibarla, koruma bölge kurulu kararlarının ilan ve tebliğine yer verilmediğinden belirtilen nitelikteki her taşınmaz malikinin kendi taşınmazının korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edilmiş olduğunu bilmesi de beklenemeyecektir. Bu durum, idari bir organın (koruma bölge kurulu) ilan ve tebliğ edilmeyen; dolayısıyla öngörülebilir olmayan "karar" niteliğindeki bir idari işlemle bazı fiillerin suç olarak kabul edilerek ceza yaptırımına bağlanması sonucunu doğuracaktır.<sup>12</sup> Böylelikle, suçun ne olduğu açıklanmaksızın kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanması olasılığı doğmaktadır. Böyle bir düzenleme ise, ceza hukukunun belirlilik ilkesine uygun değildir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik ilkesi açısından kararda görülen yaklaşımı ile Anayasaya aykırılık sonucuna ulaşması kaçınılmaz olmuştur.

#### 4. İPTAL KARARININ SONUÇLARI

Anayasa Mahkemesi, anılan kararı ile 2863 sayılı KTVKK'nin 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline (oybirliğiyle) hükmetmiştir. Ancak, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (AYMKYUHK) 66/3. maddesi gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Kısacası, Anayasa Mahkemesi inceleme konusu kararı ile suç ve ceza koyan bir normun Anayasaya aykırı olduğunu tespit etmiş; ancak oluşabilecek yasama boşluğunun sakıncalarını önlemek için iptal kararının yürürlüğe girişini bir yıl süreyle ertelemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi (itiraz) yoluyla gelen davada verdiği iptal kararı, herkes için (erga omnes) bağlayıcıdır. Bu bakımdan, anayasaya aykırılık itirazında bulunulan davanın amacına ulaşabilmesi için iptal kararının geriye yürütülmesi ve iptal edilen normun yok sayılarak karar verilmesi gerekir.<sup>50</sup>

#### 4.1. İptal Kararının Yürürlüğe Girişinin Ertelenmesi

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımı tarihinde *iptal edilen*<sup>51</sup> kanun hükmü yürürlükten kalkar. Ancak, Anayasa Mahkemesi gerekli gördüğü hallerde bir yıldan fazla olmayacak bir süre ile iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleyebilmektedir (AY md. 153/3, AYMKYUHK md. 66/3). Anayasa Mahkemesi'ne bu yetkinin tanınmasının yerinde olup olmadığı hususu doktrinde tartışılmakla birlikte,<sup>52</sup> bu yetkinin ancak çok istisnai olarak ve iptal kararının derhal yürürlüğe girmesi ile kamu düzeni bakımından gerçekten tehlikeli bir boşluğun doğabileceği durumlarda kullanabilmesi gerektiği tartışmasıdır.<sup>53</sup> Kuşkusuz, genel kapsamlı bir iptal sonucu yaratılmasının ve o alanda kanun boşluğu doğmasının

50 CANSEL, Erol: "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar" **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl: 1992, Cilt: 9, s. 95.

Farklı bir durumda, yani fail lehine sonuçlar doğuran bir kanunun iptali halinde ise iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar işlenmiş fiiller için hakkında lehe hüküm uygulanmaya devam edecektir. Bu konuda bkz. ÖNDER, 1991, s.169.

Failin lehine olan kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptali konusunda kapsamlı bir değerlendirmeye için ayrıca bkz. ARSLAN, Çetin: "TCK'nin 258. Maddesi Üçüncü Fıkrasının İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir İnceleme" **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 43-64.

51 Doktrinde, Anayasanın "iptal kararı" terimini kullanması karşısında tezadın daha da arttığı, geçmişte etki etmemenin Anayasa Mahkemesine butlan kararı değil, Anayasaya aykırı kanunu kaldırma yetkisinin tanınması halinde daha makul olacağı haklı olarak ileri sürülmektedir. Bkz. EREM, Faruk: "Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası" **Adalet Dergisi**, Ankara 1962, S. 5-6, s. 469.

52 Bu konuda ayrıca bkz. KUZU, Burhan: "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu" **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 1987, C. 52, s. 190-191.

Karşılaştırmalı hukukta, böyle bir düzenleme Avusturya Anayasasında (md. 140) yer almaktadır. Ancak, İtalya ve Federal Almanya'da iptal kararlarının yürürlüğe girmesinin ertelenmesi söz konusu değildir. Bkz. KUZU, 1987, s. 201-204. TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Beta Basım A.Ş. İstanbul 2009, s. 222.

53 ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 410. TEZİÇ, 2009, s. 222.

önlenmesi amacıyla iptal kararının yürürlüğe girmesi ertelenmektedir.<sup>54</sup> Bu anlamda, 2863 sayılı KTVKK'nin 65/a-b maddelerine ilişkin iptal kararının yürürlüğe girmesinin ertelenmesi de belirtilen normlarla ceza hukuku himayesi altına alınan hukuki değerlerin korunmasız kalmasını önlemek yani kamu düzenini korumak amaçlı olup; bu bağlamda yerinde bir tercih olarak gözükmektedir.

#### 4.2. İptal Kararının Yürürlüğe Girişinin Ertelenmesinin Sonuçları

İptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi durumunda anayasa hukukunun *anayasa mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi* ile ceza hukukunun *kanunilik ilkesi* arasında bir çatışma ya da çelişki oluşup oluşmadığı hususu irdelenmelidir. Kuşkusuz, Anayasaya aykırılığı belirlenmiş bir normun bir yıla kadar varabilecek bir süre için daha yürürlüğünü devam ettirmesi sakıncasız sayılamaz.<sup>55</sup> Bu itibarla, suç ve ceza içeren bir normun Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi ve buna ilişkin kararın yürürlüğünün ertelenmesine karar verilmesinin devam eden yargılamalara ve infaz edilmekte olan mahkûmiyet hükümlerine ne surette etki edeceği konusu, temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması bağlamında çözümü oldukça hassas bir problem olarak ortaya çıkmaktadır.

Anayasa hukukunda *iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi* geçerlidir (AY md. 153/5). Ancak bu ilke, somut norm denetiminde anayasaya aykırılık itirazında bulunan tarafın iptal kararının sonuçlarından bizzat yararlanmaması anlamına gelmemektedir.<sup>56</sup> Ceza hukukundaki *suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi* ise, hangi fiillerin suç olarak tanımlanarak yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir tereddüde yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi; ceza normunun açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekliliği anlamındadır. Kanunilik ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden birisi olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin önemli teminatlarından birini oluşturmaktadır. Bu itibarla, anayasaya

54 AZRAK, Ülkü: "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği" **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl: 1984, C. 1, s. 165.

55 CANSEL, 1992, s. 92. Aynı yönde bkz. ÖZBUDUN, 2005, s. 410. TEZİÇ, 2009, s. 222.

56 ÖZBUDUN, 2005, s. 411. Krş. BİLGE, Necip: "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu" **Ankara Barosu Dergisi**, Haziran 1990, Yıl: 47, S. 3, s. 362-363.

aykırılığı sebebiyle iptal edilen bir kanun hükmüne dayanarak *bir fiili halen suç olarak kabul etmeye devam etmek ve karşılığında da yaptırım uygulamak* kanunilik ilkesi bakımından problemlili gözükmektedir.

Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kanunun, iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi ile teknik bakımdan geçerliliğini korusa bile sosyolojik açıdan meşruluğunu yitirmiş olacağı söylenebilir.<sup>57</sup> Dolayısıyla, anayasaya aykırılığı sebebiyle iptal edilmiş bir kanunun kamu vicdanında da artık hukuki değerden mahrum hale geldiği tartışmasızdır. Öyleyse, hukuki değerden yoksun bir norma dayanılarak bazı fiillerin suç sayılması ve faillerine yaptırım uygulanmasının da kanunilik ile hukuk devleti ilkeleri karşısında izahı güç gözükmektedir. Kısacası, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesini lâfzî olarak değil; amaçsal ve makul biçimde yorumlayarak ilkenin uygulanışı ile istisnalarını her olaya göre kamu yararı, kamu düzeni, kararlılık, kazanılmış haklar, eşitlik, hakkaniyet, adalet vs. gibi kavramlar açısından belirlemeye çalışmak gereklidir.<sup>58</sup>

#### 4.2.1. Görülmekte Olan Davalar Bakımından

Yargıtay, 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan devam eden davalara ilişkin olarak "...mevcut durum itibarıyla yürürlükte olup tatbik edilmesi gereken kanun maddesinin, henüz iptal hükmü yürürlüğe girmediği halde yok sayılmasının ve anılan madde uyarınca mahkûmiyet veya zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilemeyeceği sonucuna varılmasının, Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilen "somut norm denetimi" uygulamasının amacına aykırı olduğu..." biçiminde düşüncesini ortaya koymuştur.<sup>59</sup> Yüksek Mahkeme'ye göre, iptal hükmünün yürürlüğe girmesine kadar yani bir yıllık erteleme süresi içinde de *anayasaya aykırılığı*

*belirlenerek iptal edilmiş olan suç ve ceza koyan norm* aynen uygulanmaya devam edilmelidir.

Yargıtay'ın, Anayasa Mahkemesi'nce iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda iptal edilen norma dayanılarak yürütülen muhakemelere dair doktrinde ifade edilen tartışmalara değinmeyen bu içtihadına katılmaya imkan bulunmamaktadır. Gerçekten, hakkaniyete ve kanunilik ilkesine uygun bir muhakeme gerçekleştirme amacının, kamuoyu nezdinde meşruiyetini yitirmiş bir norma dayanarak bireylerin mahkûm edilmemesini gerektirdiği kuşkusuzdur.

İptal kararının yürürlüğe girmesine ilişkin bir yıllık erteleme süresinin bitiminden önce verilecek kararlar, aynı konuda süre bitiminden sonra verilecek karar arasında çelişki olacağı ve eşitliğin bozulabileceği<sup>60</sup> gözetildiğinde, mahkemelerin bu problemi aşmak için bir çözüm ortaya koymaları gereklidir. Kanaatimizce, belirtilen durumda, iptal edilen normu uygulaması beklenen ancak anayasaya aykırılığının belirlenmiş olması sebebiyle uygulamakta çekimser davranan mahkemelerin önünde iki seçenek bulunmaktadır. İlk olarak, iptal edilen normun anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecekler;<sup>61</sup> ya da bir yıllık erteleme süresinin sonuna kadar bir anlamda hüküm vermekten kaçınarak muhakemeyi uzatabileceklerdir.

İlk seçenekte, iptaline karar verilen ve yürürlük tarihi ertelenen bir kanunun uygulanmasına görülmekte olan dava sırasında muhatap olan kimse def'i yolu ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilecek (AY md. 152/1) ve mahkeme resen bu noktayı dikkate alacağından, vatandaşlar bu yolla kendilerini anayasaya aykırılığından dolayı iptaline karar verilen bir kanunun etkisinden koruyacak durumda olacaklardır.<sup>62</sup> Bu durumda, anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliğinin objektif

57 ÖZBUDUN, s. 410. Krş. ROSSİ, Paolo: "Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü" (Tercüme: TOSUN, Öztekin), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 1963, C. XXIX, S. 1-2, s. 344.

58 KUZU, s. 225-226. Krş. EREM, 1962, s. 469. Cansel, gerek doktrin gerekse mahkeme içtihatlarıyla Anayasa'nın 153/5. maddesindeki görünüşte katı düzenleme biçimine açıklık getirilmeye ve hükmün geri yürümezliği ilkesinin istisnalarının araştırılmaya başlandığını vurgulamaktadır. Bkz. CANSEL, 1992, s. 94.

59 Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 14.06.2013 tarihli ve 2013/8294-16324 sayılı kararı. (**Ulusal Yargı Ağı Projesi-UYAP Bilişim Sistemi**).

60 BİLGE, 1990, s. 364.

61 Kuzu, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda erteleme süresinin sonuna kadar aynı kanunla ilgili iptal başvurularına bakmamakta olduğundan söz ederek, bu durumda mahkemelerde def'i yoluyla Anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülebileceğini haklı olarak belirtmektedir. Bkz. KUZU, 1987, s. 191.

Belirtilen konuda örnek bir karar için bkz. 1972/18 E.-1972/24 K., **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 10. s. 397.

62 BOYACIOĞLU, Ahmet: "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Def'i Yolu ile Denetlenmesi" **Adalet Dergisi**, 1962, S. 7-8, s. 729.



bir nitelik kazanacağı kuşkusuzdur.<sup>63</sup> Gerçekten, Anayasanın 152. maddesinin ilk fıkrası<sup>64</sup> iptal kararının geriye yürütülmesi gerektiğinin bir delilini oluşturmaktadır.<sup>65</sup>

İkinci seçenek olarak ise, iptal edilen kanun hükmüyle ilgili olarak devam eden davaları Anayasa Mahkemesinin belirlediği erteleme süresiyle paralel olarak ertelemeleri, bir başka ifadeyle "yargılamanın uzatılması" ihtimali gündeme gelmektedir. Bu durumun hâkimin hak ve nesafet icabı davranması suretiyle haksızlık tehlikesini bertaraf edici nitelikte olduğu ileri sürülse de;<sup>66</sup> bu seçeneğe başvurulması her zaman mümkün olmayacağı gibi tartışma da yaratacaktır.<sup>67</sup> Gerçekten, bu biçimde bir uygulamanın, Anayasa'nın 141/4. maddesindeki "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" kuralına aykırı olacağı kuşkusuzdur. Diğer taraftan, belirtilen yola başvurmamanın hukuki olmayacağı gibi, "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı" (AY md. 153/6) kuralını dolanmak olarak yorumlanabilmesi de gündeme gelebilecektir.

Mahkemelerin uygulamasında çözüm olarak gözüken söz ettiğimiz her iki seçenekte de "iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelenmesi" kuralının pratikte beklenen amaca hizmet edip etmediği konusunda kuşku doğmaktadır.<sup>68</sup> Bir başka deyişle, belirtilen fiili uygulamalar ile iptal kararının geriye yürümezliğine ve herkesi bağlayacağına ilişkin *anayasal kurallar bir anlamda uygulanmamış olmaktadır*. Böylelikle, "iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelenmesi" kararı da işlevsiz yani sözde kalmaktadır. Bu itibarla, geriye yürümezlik kuralı katı bir kural olmayıp bir ilke kuralıdır; mutlak

manada anlaşılmalıdır, istisnaları vardır.<sup>69</sup> Bu bağlamda, iptal kararlarının geriye yürümeme ilkesini kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile aynı doğrultuda yorumlarsak problem aşılmış olacaktır.<sup>70</sup> Sonuç olarak, ceza muhakemesi devam ederken verilen iptal kararı sanık lehine bir sonuç oluşturmuşsa -yürürlüğü ertelenmiş olsa bile- dikkate alınmalıdır.<sup>71</sup>

#### 4.2.2. Kesinleşmiş ve İnfaz Aşamasındaki Hükümler Bakımından

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının iptal edilen kanuna dayanılarak verilmiş bulunan ve kesinleşmiş mahkûmiyet kararları üzerindeki etkisinin ne olacağı hususu -bazı ülkelerin aksine-<sup>72</sup> Anayasamızda düzenlenmiş değildir. Bu itibarla, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesinin sonucu olarak bu karardan önce kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazına devam edileceği akla gelebilir-se de bunun adalet ve ceza hukuku ilkelerine aykırı olacağı şüphesizdir.<sup>73</sup> Kuşkusuz, kanunun iptali sonucu fiilin suç olma niteliği ortadan kalkacağına göre suç olmayan bir fiilden dolayı cezanın infazına devam edilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.<sup>74</sup>

Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş bir kanun hükmüne göre kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün infazının mümkün görülmesi, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması kuralına ve özellikle suç olmaktan çıkmış bir fiilden dolayı cezanın infaz edilemeyeceği kuralına tamamen aykırı bir durumdur.<sup>75</sup> Gerçekten, TCK'nin 2/1. maddesine göre, "*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.*" TCK'nin 2. maddesinden çıkan bu sonucu iptal kararının geriye yürümezliği ilkesi

63 TEZİÇ, 2009, s. 222.

64 Anayasa madde 152/1: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."

65 BİLGE, 1990, s. 362-363.

66 ROSSİ, 1963, s. 342.

67 AZRAK, 1984, s. 164-165. Aynı yönde bkz. BİLGE, 1990, s. 364. Bilge'ye göre, iptal edilen kanun hükmüyle ilgili olarak devam eden davaları Anayasa Mahkemesinin belirlediği erteleme süresiyle paralel olarak ertelemeleri uygulanması güç bir çözüm olarak görülmektedir. Bkz. BİLGE, s. 364.

68 TEZİÇ, 2009, s. 222-223.

69 KUZU, 1987, s. 200. Aynı yönde bkz. KÖKÜSARI, İsmail: **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri**, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş. İstanbul 2009, s. 260.

70 KUZU, 1987, s. 211.

71 Krş. KÖKÜSARI, 2009, s. 260.

72 BİLGE, 1990, s. 360. ÖZBUDUN, 2005, s. 411.

Alman Anayasasında da bu konuda hüküm bulunmadığı, ancak iptal edilen bir kanuna göre verilen kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. İtalyan Anayasası da Almanya'dakine benzemekle birlikte, iptal kararı ilgili kanunu yayımı tarihinden itibaren yürürlükten kaldırmakta, yani karar geriye yürümektedir. Bu konuda ayrıca bkz. BİLGE, 1990, s. 360-361.

73 ÖZBUDUN, 2005, s. 411.

74 KUZU, 1987, s. 223. Aynı yönde bkz. CANSEL, 1992, s. 99.

75 EREM, 1962, s. 469.

ortadan kaldırmış değildir.<sup>76</sup> TCK'nin 7/1. maddesine göre ise *"işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar."* Anayasanın "iptal kararlarının geriye yürümeyeceği" hükmü, ceza hükmü taşıyan kanunun iptali söz konusu olunca hukukun temel ilkelerinden birisi olan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi ile çatışmaktadır.<sup>77</sup> Gerçekten, hukuk güvenliği ile kişi güvenliği çatışırsa *kişi güvenliği tercih edilmelidir.*<sup>78</sup> Bu itibarla, anayasaların da üstünde olan hukukun temel ilkesinin uygulanmasına öncelik tanımak ve sanık lehine sonuç doğuran iptal kararını derhal uygulamak gerektiği düşüncesindeyiz.

Gerçekten, iptal kararlarının geriye yürümesi veya yürümemesi meselesi "adalet" ile "hukuk güvenliği" arasında bir hukuk değeri seçimi olup, bu iki değer karşılaştırıldığında hukuk güvenliği daha ağır basmakla birlikte geriye yürümezlik ilkesini mutlak manada anlamamak gereklidir.<sup>79</sup> Ancak, hukuk güvenliği ile adalet ilkelerini birbirinin tam karşıtı olarak değerlendirmek de yerinde olmayıp; problem ancak tekil olaylarda söz konusu olan menfaatlerin tartılmasıyla çözümlenebilecektir.<sup>80</sup> İptal kararının derhal yürürlüğe gireceğini kabul eden Almanya'da bile bu ilkenin harfiyen uygulamasından doğabilecek sakıncaları gidermek için iptal edilen kanuna dayanılarak verilen mahkûmiyet hükümleri için yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.<sup>81</sup> İtalya'da ise iptal kararının kanunu yayın tarihinden itibaren ortadan kaldırdığı kabul edilmekte, böylelikle iptal kararı geçmişe etkili olmaktadır.<sup>82</sup> İtalya'da diğer taraftan, "anayasaya aykırılığı beyan olunan kuralın tatbiki neticesinde kesin bir mahkûmiyet hükmü verilmişse, infazı ve bütün cezaî neticelerinin ortadan kalkacağı" hususu bir kanunla düzenlenerek problem nihai olarak çözülmüştür.<sup>83</sup>

76 EREM, 1962, s. 469-470.

77 KUZU, 1987, s. 223.

78 GÖZLER, 2011, s. 87.

79 KUZU, 1987, s. 201. Krş. AZRAK, 1984, s. 359.

80 AZRAK, 1984, s. 359-360.

81 KUZU, 1987, s. 202.

82 KUZU, 1987, s. 203.

83 1953 tarihli ve 87 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri için bkz. ALA-

### 4.3. Değerlendirme

Sanığın lehine sonuç doğuran bir iptal kararı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi kapsamında değerlendirilerek uygulanmalıdır. Bu bağlamda, TCK'nin 2. maddesinde ifade edilen normu **"Anayasaya uygun bir kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz"** biçiminde anlamak gereklidir. Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırılığı tespit edilerek iptal edilmiş bir ceza normunun ise artık "anayasaya uygun kanun" olmadığı ve kanunilik ilkesinin şartlarını yerine getiremeyeceği kuşkusuzdur. Gerçekten, anayasaya aykırılığı kesin olarak belirlenmiş bir hükmün uygulanması, *anayasa düzeni ile çelişki* göstermektedir.<sup>84</sup> Kuşkusuz, anayasa yargısı ile anayasanın bir bütün olarak değerlendirilmesi de sağlanmış olmakla;<sup>85</sup> anayasaya aykırılığı yargı kararıyla tespit edilmiş suç ve ceza hükmü getiren bir kanunu uygulamanın anayasaya aykırı olacağı muhakkaktır. Bu itibarla, hukukun temel ilkelerinden olan *kanunilik ilkesinin bir bakıma ihmal edilerek* iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi gerekçesine dayanılarak *suç ve ceza getiren ancak anayasaya aykırılığı belirlenmiş hükümlerin uygulanmasına devam edilmesi* -anayasal bir yetkinin kullanılması olarak gözükmek dahi- hukukun genel ilkelerine uygun değildir.<sup>86</sup>

Ceza hukuku düzeninin bir değerler sistemi bütünü olduğu<sup>87</sup> nazara alındığında, kanunilik ilkesinin bu sistemin vazgeçilmez bir parçası olduğu tartışmasızdır. Kökeni 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'a kadar uzanan kanunilik ilkesini,<sup>88</sup> ceza hukukunun güvence fonksiyonunun temel taşı olarak nitelemek ve her şartta uyulmasını sağlamak hukuk devletinin temel görevlerindedir.

CAKAPTAN, Uğur: "İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1961, C. XVIII, S. 1-4, s. 506.

84 İÇEL/ DONAY, 2005, s. 101.

85 ONAR, Erdal: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2003, s. 92-93.

86 Bu anlamda, "Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği" hükmünün hiç olmazsa somut norm denetimi açısından değiştirilmesinin zorunlu olduğu da problemin çözümü açısından önerilmektedir. Bkz. BİLGE, 1990, s. 368.

87 Bu konuda ayrıca bkz. HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 11-12.

88 Kanunilik ilkesinin tarihsel gelişimi hakkında bkz. İÇEL/ DONAY, 2005, s. 74-79.

Gerçekten, kanunilik ilkesi günümüzde anayasal bir ilke olarak kabul görüp hukuk devletinin bir unsuru olarak benimsenmiş; diğer taraftan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (md. 11/2. bend) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 7) ile de uluslararası düzeyde teminat altına alınmıştır. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sisteminin anayasa ile sağlanan güvencelerin korunmasını amaçladığı<sup>89</sup> gözetildiğinde de kanunilik ilkesinden vazgeçilmesi hiçbir şartta düşünülemeyecektir. Bu itibarla, ceza hukuku yaptırımlarının uygulanma ihtimali gündeme geldiğinde adalet ve hakkaniyet düşünceleri gözetilerek kanunilik ilkesinin uygulanması hukuk güvenliğine tercih edilmeli ve *sanık lehine olan iptal kararı derhal uygulanmalıdır*. Aksi düşüncenin kabulü, anayasaya aykırı olduğu yargı kararıyla tespit edilmiş bir ceza normunun salt hukuk güvenliğini sağlamak adına uygulanması anlamına gelecektir ki, böyle bir uygulama adil olmadığı gibi toplum nezdinde meşruiyeti de bulunmayacaktır.

Ülkemizde, konunun hakkaniyete uygun olarak çözümü için düşünceler ortaya konulduğu görülmekte; nihai çözümün ise, Anayasanın 153. maddesinde yapılacak bir değişiklikle gerçekleştirileceği ifade edilmektedir.<sup>90</sup> Kanaatimizce, bu hususta Anayasa değişikliği yerine İtalyan sistemine benzer şekilde *TCK'nin 2. maddesinin "Anayasaya uygun bir kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz"* şeklinde değiştirilmesi, tereddütleri ortadan kaldırmak için yeterli olacaktır. Böylelikle, iptal kararlarının geçmişe yürümesinin yani fail lehine uygulama yapılabilmesinin önündeki tereddütler ortadan kalkacaktır. Bu bağlamda, Anayasa koyucunun dahi "kanunsuz suç olmaz" ilkesini ihlal etme yetkisine sahip bulunmadığını<sup>91</sup> vurgulamak isteriz.

89 ONAR, 2003, s. 141-142.

90 Bu önerinin sahibi Özgenç'e göre Anayasanın 153. maddesi; "İptal kararları geriye yürümez. Ancak, bir suçun unsurlarına, sair cezalandırılabilme şartlarına, cezasına, ceza mahkûmiyetinin kanuni neticelerine ilişkin kanun hükümlerinin iptali halinde; lehe sonuç doğuran iptal kararları, geriye etkilidir" şeklinde değiştirilmelidir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 130.

Bu konuda bir başka düşünceye göre ise, Anayasa'nın 152. maddesi "lehe kanunun geriye yürüyebileceği" konusunda anayasal dayanak oluşturmakta olup, Ülkemizde bu konuda anayasa değişikliğine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bkz. KÖKÜSARI, 2009, s. 261.

91 KUZU, 1987, s. 190.

## SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, 2863 sayılı KTVKK'nin 65/a ve b maddelerindeki "korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının zarara uğramasına kasten sebebiyet vermek" ile "sit alanlarında ve koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak" fiillerine ilişkin düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiş, iptal hükmünün yürürlüğünü ise kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl süre ile ertelemiştir.

Anayasa'mızda, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi kabul edilmiş; yine zorunlu hallerde iptal kararının yürürlüğe girişinin bir yıla kadar ertelenebilmesine imkân tanınmıştır. Bu süre içinde kanun koyucu iptal kararıyla oluşacak hukuksal boşluğu doldurmak için pek tabii ki bu konuda yeni bir kanuni düzenlemeye ivedilikle girişecektir. Ancak, ceza normuna ilişkin ve fail lehine sonuç doğuran bir iptal kararı konusu olduğunda, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesiyle amaçlanan hukuki güvenlik yanında suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi de hukuk devleti ile temel hak ve özgürlükler açısından bir o kadar önem taşımaktadır. Gerçekten, bu durumda iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği dönemde iptal edilen norma dayanılarak yürütülen muhakemeler için doktrinde önerilen ve mahkemelerde de başvurulan -ister iptal edilen normun anayasaya aykırılığı iddiasıyla aynı konuda da olsa yeniden konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne götürmek biçiminde olsun; ister erteleme süresinin sonuna kadar da olsa yargılamayı uzatmak ve hüküm vermekten kaçınmak biçiminde olsun- tüm çabalar suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine uygun bir muhakeme gerçekleştirmek ve adalete ulaşmak uğrunadır. Bu anlamda, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesinin sıkı biçimde uygulanmamasının amaca uygun bir çözüm olduğu inancıyla, iptal edilen ve kamu nezdinde meşruiyetini yitirmiş bir norma dayanarak bireylerin mahkûm edilmemesi ve haklarındaki mahkûmiyet kararlarının infaz edilmemesinin, hem adalet ve mantık ilkelerine hem de adil yargılanma teminatına uygun bir çözüm olacağı inancındayız. Ülkemizde, konunun nihai olarak çözümü için ise Anayasa değişikliği yerine İtalyan sistemine benzer şekilde *TCK'nin 2. maddesinin "Anayasaya uygun bir kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye*

*ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” şeklinde değiştirilmesi tereddütleri gidermek için yeterli olacaktır.*

### KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN, Uğur: “İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1961, C. XVIII, S. 1-4, s. 493-517.
- ARSLAN, Çetin: “TCK’nin 258. Maddesi Üçüncü Fıkrasının İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir İnceleme” **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 43-64.
- AZRAK, Ülkü: “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği” **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 1, Yıl: 1984, s. 151-168.
- BİLGE, Necip: “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 1990, S. 3, ss. 359-368.
- BOYACIOĞLU, Ahmet: “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Def’i Yolu ile Denetlenmesi” **Adalet Dergisi**, 1962, S. 7-8, s. 716-730.
- CANSEL, Erol: “Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar” **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl: 1992, Cilt: 9, s. 87-104.
- ÇOLAK, Nusret İlker: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul Mart 2011. (ÇOLAK, 2011 b).
- ÇOLAK, Nusret İlker: “Kültür ve Tabiat Varlığı Olarak Tescil Kararı, Hukuki Niteliği ve Sonuçları” **e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Kasım 2011, S. 117, <http://www.e-akademi.org/makaleler/nicolak-9.pdf> (erişim tarihi\_29.11.2012). (ÇOLAK, 2011 a).
- ERDEM, Hüseyin: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Hüküm İfade Etmeye Başlayacağı Zaman: Yargı Organları Bağlamında Değerlendirme” **Adalet Dergisi**, Ankara 2012. S. 44, s. 101-122.
- EREM, Faruk: “Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası” **Adalet Dergisi**, Ankara 1962, S. 5-6, s. 459-471.
- GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.
- İÇEL, Kayıhan/ DONAY, Süheyl: **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım 1. Kitap**, Dördüncü Bası, Beta Basım A.Ş. İstanbul 2005.
- KANADOĞLU, Sabih: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Açıklamalar Yargıtay-Danıştay Kararları Mevzuat**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- KÖKÜSARI, İsmail: **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri**, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş. İstanbul 2009.
- KUZU, Burhan: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 1987, C. 52, s. 185-227.
- MUMCU, Ahmet: “Eski Eserler Hukuku ve Türkiye” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1969, Cilt 26 Sayı 3-4, s. 45-78. (MUMCU I).
- MUMCU, Ahmet: “Eski Eserler Hukuku ve Türkiye” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1971 Cilt 28 Sayı 1-4, s. 41-76. (MUMCU II).
- ONAR, Erdal: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2003.
- ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. İstanbul 1991.
- ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- ROSSİ, Paolo: “Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü” (Tercüme: TOSUN, Öztekin), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 1963, C. XXIX, S. 1-2, s. 324-347.
- SOYASLAN, Doğan: **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. Ankara 1990.
- SOYASLAN, Doğan: “Ceza Hukuku ile Diğer Hukuk Dalları ve Özellikle Anayasa Hukuku’nun İlişkisi” **Jale G. Akipek’e Armağan**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya 1991, s. 105-144.
- TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Beta Basım A.Ş. İstanbul 2009.
- UĞUR, Hüsamettin: “Suçta ve Cezada Kanunîlik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 91, Ankara 2010, s. 301-334.
- UMAR, Bilge: **Eski Eserler Hukuku**, Ege Üniversitesi Yayını, İzmir 1981.
- UMAR, Bilge/ ÇİLİNGİROĞLU, Altan: **Eski Eserler Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 11, Ankara 1990.
- <http://www.anayasa.gov.tr>  
<http://www.resmigazete.gov.tr>  
<https://uyap.gov.tr>

# Avrupa Kamu Düzeninin Bir Parçası Olarak Çoğulcu Demokrasinin Temel Gereklere

Hakemli Makale

**Sadi Vakkas GÖZLÜĞÖL**

\*Dr., Vali, Merkez Valileri Kurulu, İçişleri Bakanlığı, Ankara. e-mail: svgozlugol@hotmail.com

---

## ÖZET

---

Demokrasi, günümüz modern toplumlarını oluşturan ırksal, dinsel, düşünsel ve kültürel grupların çoğulculuğuna dayanan, bütün bireyleri ve grupları kendi özellikleriyle eşit şekilde kabul ve muamele eden siyasal bir rejimdir. Bu rejimde, bir taraftan, demokratik kurumlar saydam, hesap verebilir, katılıma, tartışmaya ve işbirliğine açık, birey veya grup ihtiyaçlarına zamanında, yerinde ve gereği gibi cevap veren durumdadır. Diğer taraftan, birey veya gruplar, istisnasız ve ayrımsız bir şekilde, insan hak ve özgürlüklerini pratikte kullanabilmektedirler. Bu hak ve özgürlükler, ima yoluyla da olsa uzlaşma, müzakere veya lütuf konusu edilmemektedirler. Bu anlamda demokrasi, çeşitli etkinlik düzeylerinde de olsa, hemen hemen bütün toplumlar için evrensel bir arzu haline gelmiş bulunmaktadır. Bu makalede, gerçek demokrasinin yaşatılmaya çalışıldığı Avrupa kamu düzeninin önemli bir parçasını oluşturan çoğulcu demokrasinin temel gereklere incelenmektedir. Konu, bilhassa etnik ve dinsel çeşitliliği içinde barındıran Türkiye bakımından da önemli görülmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Çoğulcu demokrasi, demokrasinin geliştirilmesi, çoğulculuk, çeşitlilik, farklılıklar.

---

## ABSTRACT

---

### PREREQUISITES FOR PLURALIST DEMOCRACY AS AN ESSENTIAL PART OF EUROPEAN PUBLIC ORDER

Democracy, as a political regime, is based on multiplicity of racial, cultural, intellectual or religious groups which form today's modern society. In this regime, the establishment and overriding purpose of democratic institutions is based on strengthened pluralist individuality in their own manner. On the one hand, all democratic institutions accept and treat all individuals and groups in an equal manner, without any discrimination. National institutions based on responsive, transparent, accountable, participatory and collaborative processes and networks are well designed for enabling institutions and persons to cooperate with each other and live together in peace. On the other hand, without any exception every person has been able to enjoy their rights and freedoms that cannot be seen as a matter of compromise, negotiation or favour by any public authority in any manner. In this sense, democracy has become a universal inspiration to almost all societies today, however, in multiple level of effectiveness. In this article, greater attention has been paid to the prerequisites for pluralist democracy as an essential part of the European public order to ensure real democracy. The issue is of particular importance to Turkey that constitutes ethnic and religious diversity to a great extent.

### Key Words

Pluralist democracy, democracy promotion, pluralism, differences, diversity.

## Giriş

Günümüzün toplumları pek çok açıdan çoğulcu yapıdadırlar. Bu toplumlar genellikle etnik, dinsel veya kültürel olarak, farklı birey veya gruplara sahiptirler. Farklı birey veya grupların kendi özgün farklılıklarıyla hayat bulabilmeleri için bu toplum yönetimlerinin etkin, fakat adil ve meşru bir hukuk düzeni içinde bulunmaları gerekmektedir. Böyle bir düzenin asgari şartları, yani değerleri, bugüne kadar test edilerek yerleşmiş bulunmaktadır. Söz konusu asgari şartların başında demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hak ve özgürlüklerinin hayat bulması gelmektedir.

Şüphesiz, hızlı ve genel bir küreselleşme süreci yaşayan dünyamızda kapalı toplum düzeni anlamını yitirmiştir. Bütün devletler farklı da olsa belirli problemlere sahiptirler. Hemen hemen bütün devletler farklı derecelerde bu problemlerin olumsuz etkilerine maruzdurlar. Bu problemler birbirleriyle ilişkili ve sınır aşan nitelikte olduğundan,<sup>1</sup> bütün uluslararası düzeylerde demokratik yollarla işbirliği, müzakere ve yardım ihtiyacı açıktır. Fakat, bu uluslararası işbirliği zenginliklerin, ilerleme ve yenilik üzerine bilgilerin paylaşılması suretiyle yapılmalı; uluslararası teşvik, örneğin silah ve mühimmat temini yoluyla değil, problemlerin çözümü, meydan okumaların üstesinden gelme konusunda yardımla olmalıdır.

Çünkü, insanlık bugüne kadar pek çok acı, pek çok zorlu zamanlar yaşamış; bugün sahip bulunduğu demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hak ve özgürlükleri gibi değerler için çok ağır bedeller ödemiş bulunmaktadır. Ülkeler yıkılmış, insanlık onuru çiğnenmiştir. Bütün bu süreçlerde gelişen belirli değerler ve standartlar evrensel değerler arasında yer almış bulunmaktadır.<sup>2</sup>

1 Örneğin, 11 Eylül 2001 tarihinde ABD'de gerçekleşen terör olayları sadece ABD'de değil, küresel düzeyde olumsuz etkilerde bulunmuştur. Bkz. Bob Cunningham, 'Pluralist Democracy: Balancing Publicity, Privacy, and Secrecy', *Administrative Theory & Praxis*, Volume 25, Number 2, 2003, s. 302-305.

2 Bununla birlikte, çağımızda ne ulusal ne de uluslararası düzeyde ideal anlamda adil ve meşru bir hukuk düzeni tesis edilememiştir. Bütün coğrafyalarda, bilhassa Afrika, Asya ve Orta Doğu'da artarak devam eden şiddet olayları, silahlı çatışmalar, insan hak ve özgürlüklerinin en ağır şekillerde ihlalleri karşısında ne ulusal rejimler ne de uluslararası hukuk düzeni etkin olamamaktadır. Bunun pek çok sebebi olmakla birlikte, esas itibarıyla, bir taraftan bozulmuş yönetimlerin kamu kudreti kullanma gücünü bırakmamaya çalışmaları, diğer taraftan kimi küresel anlamda güçlü ve etkili devletlerin çıkar taleplerini uluslararası barış ve güvenliğinin önüne koymalarından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, bireysel olarak

Bilhassa Avrupa bölgesinde yaşanan unutulmaz acılar sonucu ulaşılan bu değerleri hem ulusal düzeyde hem bölgesel ve hem de uluslararası etkin bir kamu düzeninin tesisi ile yaşatılması adına temel bir zorunluluk olarak kabul etmek gerekmektedir. Bu evrensel değerlerin erdeminden ideal anlamda yararlanabilmek için bunların önyargısız ve ayrımsız bir şekilde, sadece ulusal düzeyde değil evrensel düzeyde de uygulanmaları gerekmektedir. Çünkü, yaşayan çoğulcu demokrasinin temellerini insan hak ve özgürlüklerinin bir yaşam biçimi haline gelmesi oluşturmaktadır. Evrensel bir insan tutkusu olan özgürlük, ancak demokratik kurumların ve prosedürlerin geliştirilmesiyle gerçekleştirilebilir. Uygarlık, ancak özgürlük ve adalet üzerine temellendirilebilir. Bu yüzden, sıkı bir şekilde özgürlüğe, adalete, demokrasiye, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne adanmış toplumlara uygar ülkeler denilmektedir. Özgürlük ve adalet tam anlamıyla ancak güvenli bir ortamda sağlanabilir. Gerçek ve kalıcı güvenlik, insan öncelikli politikalarla, özgürlük ve adalet temelinde sağlanabilir. Diğer bir ifadeyle, güvenlik kaygıları, barış ve huzur içinde insan onuruna yakışır şekilde yaşamının, hak ve özgürlüklerin ve iyi yönetim gibi evrensel değerlerin herkes tarafından tam anlamıyla yaşanmasını engellememeli veya zayıflatmamalıdır.

Türkiye açısından bakıldığında, Türkiye'nin Avrupa kamu düzenine uyumlu düzenlemelerde bulunması Osmanlı Devleti tanzimat düzenlemelerinin bir devamı olarak, çeşitli etkinlik düzeylerinde de olsa, devam etmektedir.<sup>3</sup> Bu anlamda, Türkiye hem bu kamu düzeninden ciddi boyutlarda etkilenmekte, hem de dünyanın en istikrarsız bir coğrafyasına komşu olmanın meydan okumalarına karşı koymaya çalışmaktadır. Bu itibarla, bu makalede esasen Avrupa kamu düzeninin temellerini oluşturan çoğulcu demokrasi anlayışı, işlevsel demokratik kurumlar, demokratik seçme ve seçilme sistemi, halkın karar ve uygulama süreçlerine eşit katılım fırsatı, ifade özgürlüğü, ayrımcılık yapılmaması, eşitlik ve kişisel gelişim hakkı ile açık ve hesap verebilir yönetim ağları incelenmektedir.

toplumlar ve bir bütün olarak uluslararası toplum demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hak ve özgürlüklerinin ideal anlamda yaşanması veya yaşatılmasından uzaklaşmaktadır.

3 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013), s. 25-36.

Son tahlilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin yorumuyla sınırlı kalmıştır.<sup>4</sup>

Bu incelemeyle, Türkiye'nin çoğulculuk, demokratik ve açık toplum, saydam, hesap verebilir ve katılıma dayalı yönetim yapısı, demokratik karar verme süreçleri, hukukun bütün kamusal işlevlere üstün kılınması, etkin ve zamanlı adaletin sağlanması, insan hak ve özgürlüklerine saygı ile insan onuruna dayalı yönetim ağlarının geliştirilmesi kapasitesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır. Söz konusu amaç anlamında yapılacak hukuki ve idari düzenlemelerin, geliştirilecek ve uygulanacak politika ve stratejilerin Türkiye'nin yargı yetkisi alanında bulunan herkese daha iyi bir gelecek sağlama adına önemli etkilerde bulunacağına inanılmaktadır.

## I. AVRUPA KAMU DÜZENİ

### 1. Genel Olarak

Avrupa kamu düzeni, genel olarak demokrasi, hukukun üstünlüğü ile insan hakları ve temel özgürlükleri üzerine kurulu bulunmaktadır. Günümüz itibarıyla Avrupa Konseyi (AK)'ni oluşturan 47 devlet, sadece Avrupa devletleri değil kimi Asya devletleri de, bu düzenin dinamik ve işlevsel bir şekilde geliştirilmesinde etkin rol almaktadırlar.<sup>5</sup>

İnsanlığın toplum halinde yaşama ve toplum yönetimi konusunda önemli kazanımlarından birisi hiç şüphesiz demokrasidir. Yalın bir ifadeyle, halkın yönetimini ifade eden demokrasi özellikle son on yıl itibarıyla siyasal yapıların meşruluk kaynağı olarak görülmektedir. Bu anlamda bir siyasal düzenin, kurumun veya topluluğun demokratik addedilmesi buna dahil insanların katılımına eşit fırsat sağlayan süreçlerle gerçekleştirilmesine bağlı bulunmaktadır.<sup>6</sup> Çoğulcu demokrasilerde devlet, birbirini düzelten, denetleyen veya dengeleyen pek çok güç merkezine sahip siyasi sistemlerce işletilmektedir.<sup>7</sup>

4 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları için bkz. The European Court of Human Rights, *HUDOC Database* [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx].

5 Avrupa Konseyi'nin yapısı ve faaliyetleri hakkında genel olarak bkz. Official Web Site of the Council of Europe [http://hub.coe.int/web/coe-portal/home, erişim 25 Temmuz 2013].

6 Hans Agné, 'Why Democracy Must Be Global: Self-founding and Democratic Intervention', *International Theory*, Volume 2, Issue 3, November 2010, s. 382-383.

7 Cunningham, s. 299.

Günümüzde genel bir hızlı etkileşim ve değişim süreci yaşanmaktadır. Özellikle, refah düzeyi daha yüksek olan ülkelere göç bu ülkelerde çeşitliliğin artmasına yol açmaktadır.<sup>8</sup> Bilhassa, Avrupa toplumlari içinde artan çok-kültürlülük ve çeşitlilik geleneksel devlet yapısını, yani homojen toplum yapısını değiştirmiş bulunmaktadır.<sup>9</sup> İnsan düşünceleri, inançları, ihtiyaçları çeşitlenerek artmıştır. Haklı savunma, ahlâk, meşruiyet, sivillik ve otorite gibi kavramlar herkes için kabul edilebilir sebepler olmaktan çıkmıştır. Sonuçta, çoğulculuk hassas bir durum haline gelmiştir.<sup>10</sup> Bundan öte, kapalı toplum düzeni bugün bir anlam ifade etmemektedir.

Uyum içinde yaşamayı sağlamanın önemli bir yolu olarak Avrupa bölgesinde çoğulculuğun geliştirilmesi bakımından AK'nin önemli katkısı yanında, aynı zamanda Avrupa Birliği (AB), hukuku, politikaları ve programları yoluyla özellikle dil ve kültür çeşitliliği bakımından çok yönlü çoğulcu siyasal demokrasinin tesisine önemli katkılarda bulunmaktadır. Gerçek, çeşitliliğin çoğulculuğun özünde bulunmasıdır. Bölgesel ve ulusal çeşitliliklere saygı hukuk tarafından (Maastricht Antlaşması m. 151), özellikle 'çeşitlilik içinde birlik' politikasıyla teşvik edilmektedir.<sup>11</sup> Araştırmalar, örneğin, Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde etnik çeşitliliğin artmasının toplumda güveni artırıcı etkide bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu yüzden, modern toplumlar eğitim, tolerans, sosyal ve ekonomik programlar gibi çeşitliliği artırıcı araçlarla çoğulcu toplum yapısını güçlendirmeye çalışmaktadırlar.<sup>12</sup>

### 2. Avrupa Kamu Düzenine Hâkim Demokrasi Anlayışı

Günümüzde, siyasal hayata demokrasi anlayışının

8 Oguzhan C. Dincer, 'Ethnic Diversity and Trust', *Contemporary Economic Policy*, Volume 29, Number 2, April 2011, s. 284.

9 Leonardo Álvarez Álvarez, 'Education and Pluralism: Towards a Democratic Theory of Education in Europe', *Intercultural Human Rights Law Review*, Number 6, 2011, s. 349.

10 James Bohman and Henry S. Richardson, 'Liberalism, Deliberative Democracy, and "Reasons that All Can Accept"', *The Journal of Political Philosophy*, Volume 17, Number 3, 2009, s. 253-261.

11 Özellikle, dil çeşitliliği anlamında bkz, Alessia Vacca, 'A Comparative Approach between the Council of Europe Treaties and the European Union Framework in the Legal Protection of Minority Languages', *Revista de Llengua i Dret*, Volume 53, 2010, ss. 111-136.

12 Dincer, s. 292.

hâkim kılınması küresel düzeyde belirli şekillerde güvence altına alınmaktadır. Şüphesiz, kurumsal olarak bunun en etkili şeklini AK'nin bölgesel düzeyde sağladığı hukuki ve yargısal güvence sistemi oluşturmaktadır.

Esas itibarıyla, Avrupa coğrafyasında bir anayasal yargı sistemi gibi işleyen otorite AİHM, AK üyesi 47 devletin -ki bunların 28'i aynı zamanda AB üyesidir- sahip bulunması gereken asgari demokrasi şartlarını ulusalüstü (supranasyonal) düzeyde şekillendirmektedir. Bu bakımdan AİHM, Avrupa kamu düzeninin de etkin bir teminatını oluşturmaktadır.

Çoğulculuğu, demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü teşvik eden Avrupa insan hakları hukuku, Avrupa kamu düzeninin özü ve esasını oluşturmaktadır. 28 AB üyesi devlet dahil 47 AK üyesi devlet ülkesinde geçerli değer bulan demokrasi anlayışı, **çoğulcu demokrasi** anlayışıdır. Avrupa kamu düzeninin dayandığı **çoğulcu** demokrasi anlayışı, esas itibarıyla, AİHM'nin hakemliğinde şekillenmektedir. AİHM, 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'ni<sup>13</sup> bilhassa Avrupa modern toplumlarındaki sosyal gelişmeleri, toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak, statik değil, dinamik bir şekilde yorumlamakta, bireye atfedilen üst önem ve değerden dolayı öncelikle bireysel ihtiyaçlara cevap vermeye çalışmaktadır.

AİHM, yargılamasının ulusal düzeylerde etkin uygulama alanı bulabilmesi adına, devlet egemenliklerine saygı göstermekte ve devletlere esnek takdir alanı bırakmakta; çeşitli ulusal kaynakları ve yöntemleri, karmaşık ve çoğulcu yapıları dikkate almaktadır. Buna ek olarak, ahlâk gibi ulusal hassas konulara önemli dikkat göstermektedir. Bu yaklaşımla, AİHM yargılaması ulusal otoriteler nezdinde daha geniş kabul görmektedir.<sup>14</sup> Bu kabul sayesinde, devletler modern gelişmeler ışığında daha yüksek bir koruma düzeyi sağlama, çoğulcu bir toplum düzeni geliştirme adına AİHM içtihadının rehberliğinden yararlanabilmektedirler.

13 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokoller için bkz. The European Court of Human Rights, *Official Texts* [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487\_pointer, erişim 11 Eylül 2013].

14 Daniel Rietiker, 'The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law - No Need for the Concept of Treaty Sui Generis', *Nordic Journal of International Law*, Volume 79, 2010, s. 114.

AİHS'nin hem Başlangıç hükümleri hem de düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 9), ifade özgürlüğü (m. 10), toplanma ve dernek kurma özgürlüğü (m. 11) ve serbest seçimler hakkı (1 Nolu Protokol, m. 3) gibi hükümleri devlete bilhassa toplumda gerçek demokrasiyi tesis ve geliştirme adına demokratik çoğulculuğu koruma ve geliştirme konusunda belirli pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bu hükümler açıkça AİHM içtihadıyla genişlemekte ve gelişmektedirler.<sup>15</sup>

Nitekim, AİHM, *United Communist Party of Turkey and Others v Turkey* davasında, demokrasinin şüphesiz bir şekilde Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliği olduğunu vurgulamıştır. Bu, ilk olarak, AİHS'nin Başlangıç hükümlerinde açıktır. Başlangıç hükümleri, AİHS ile demokrasi arasında, 'insan hak ve özgürlüklerinin en iyi şekilde korunması ve geliştirilmesi, bir taraftan, etkin bir siyasi demokrasiyle, diğer taraftan, ortak bir anlayış ve insan haklarına riayetle yerine getirilebilir' ifadesiyle çok açık bir ilişki kurmaktadır. Başlangıç hükümleri, ayrıca Avrupa ülkelerinin siyasi gelecekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü ortak mirasına sahip olduklarını ifade etmektedir. AİHM, bu ortak mirasın AİHS'nin temel değerleri arasında bulunabileceğinden bahisle AİHS'nin demokratik toplum değerleri ve ideallerini korumak ve geliştirmek için dizayn edildiğini defaatle ifade etmektedir. Buna ek olarak, AİHS'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri içerdikleri hakların kullanımına müdahalenin 'demokratik bir toplumda gerekli' olma ölçüsüyle değerlendirilmesini gerektirmektedirler. Bu haklardan herhangi birine müdahalenin haklı olabilmesi için, sadece **demokratik toplum niteliğinden** kaynaklanması gerekmektedir. Şu halde, demokrasi AİHS tarafından tasarlanmış tek siyasi model olarak gözükmemektedir ve ona uygun tek modeldir. AİHM, AİHS'nin belirli hükümlerini demokratik toplumun karakteristiği olarak tanımlamaktadır. Böylece, AİHM, ilk yargılamalarından itibaren AİHS'nin Başlangıç ve diğer hükümleri anlamında demokratik bir toplumda, davaların yargı önünde tarafların huzurunda, kamuya açık yürütülmesi gerektiğini hükme bağlamıştır ki adil yargılanma hakkına ilişkin bu temel ilke AİHS'nin 6.

15 Jean-François Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Human Rights Handbooks Series No 7 (Council of Europe Publishing, Belgium, 2007), s. 48.



maddesinde tanınmaktadır. AİHM, pek çok davada ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel gerekliliklerinden, her bireyin ve demokrasinin gelişimi için temel şartlardan biri olduğunu ifade etmiştir. Bu anlamda, AİHM, etkin siyasal demokrasinin karakteristik bir ilkesini içeren 1 Nolu Protokol'ün seçme ve seçilme özgürlüğüne ilişkin 3. maddesinin başat önemine işaret etmektedir.<sup>16</sup>

AİHM, ayrılmaz bir şekilde birbiriyle ilişkili ve zorunlu olarak demokratik seçimler, insan hak ve özgürlükleri ve hukukun üstünlüğüyle bağlantılı bulunan liberal demokrasiye açıkça önem atfetmektedir. AİHM'ne göre, demokrasi zorunlu olarak çoğulculuk temelinde değişmekte ve bu nedenle çoğulculuğu güvenceye almak ve geliştirmek devletin yükümlülüğüdür. Demokrasi tam olarak 'değerlerin çoğulculuğu'ndan ayrılmaz. Diğer bir ifadeyle, çoğulculuk demokratik toplumların tanımlayıcı bir değeridir. Örneğin, farklı siyasi görüşleri yansıtan siyasi partilerin varlığı çoğulculuk için zorunludur. Bunun için, devlet siyasi partilerin ifade ve toplanma özgürlüklerini tam anlamıyla kullanabilmeleri için çoğulcu bir siyasi ortam sağlamakla yükümlüdür.<sup>17</sup>

Şu halde, gerçek bir demokraside çeşitlilik, özellikle ekonomik, siyasi ve sosyal çeşitlilik barış, zenginlik ve ilerleme için temel bir güç kaynağı olarak değerlendirilmektedir. Bu anlamda, farklılıklara saygı ve tolerans her sektörde teşvik edilmektedir. Demokrasinin özü olarak *farklılık* her sese alan açılabilmesi için değerli görülmektedir. Çünkü, tolerans kültürü olmaksızın, sosyal uyum ve barış içinde birlikte var olma mümkün olamaz. Ve farklılık olmaksızın, insan hakları ve temel özgürlüklerinin etkin bir şekilde kullanılabileceği ortak bir alan söz konusu olamaz.

## II. ÇOĞULCU DEMOKRASİ ANLAYIŞININ TEMEL GEREKLERİ

Şüphesiz, Avrupa kamu düzenine hâkim olan çoğulcu demokrasi anlayışının gerekleri bu bölümde ele alınan hususlardan ibaret değildir. Ancak,

burada Avrupa insan hakları hukuku bakımından üst öneme sahip kimi hususların incelenmesiyle yetinilmektedir.

### 1. Demokratik Kurumlar

Avrupa kamu düzeni bağlamında gerçek demokrasi, devredilemez ve bölünemez evrensel insan hak ve özgürlüklerini korumanın, güvenceye almanın ve geliştirmenin zorunlu asgari şartlarının diğer bir ifadesidir. Gerçek demokrasi olmaksızın, bir taraftan, insanlar onurlarına uygun şekilde evrensel haklarını kullanamazlar; diğer taraftan da, evrensel insan hakları olmaksızın demokrasi veya demokratik kurumlar var olamazlar.<sup>18</sup> Devlet kurumlarının ve kapasitesinin buna uygun şekillenmesi gerekmektedir. Demokratik kurumlar, sadece teoride değil pratikte de herkesin hak ve özgürlüklerini sürekli ve tam olarak kullanabilmelerine imkân ve fırsat veren asgari şartlarını oluşturmak üzere dizayn edilmişlerdir. Diğer bir ifadeyle, bu, devlet hayatında sürekli bir demokratikleşme insan hak ve özgürlüklerinin sürekli ve etkin şekilde korunması ve geliştirilmesi anlamına gelmektedir.

Gerçek demokraside, her insan, istisnasız ve ayrımsız bir şekilde, sırf insan olmakla hak ve özgürlüklere sahiptir. Bu anlamda insan hak ve özgürlükleri, siyasal iktidarın herhangi bir seviyesinde bulunan kişi veya grubun lütfu konusu edilemezler. Ancak bu şekilde işleyen kamu kurumları demokratik, adil ve meşru addedilebilirler. Agné'nin ifadesiyle, meşru kurumlar kamu yararı veya halkın güçlü aidiyet duygusuna dayanmaktadır ki bu kendi kendine meşru kurumların varlığını öngörmektedir.<sup>19</sup>

### 2. Serbest Seçimler, Seçme ve Seçilme Özgürlüğü

Genel olarak, AİHS Başlangıcı'nda 'etkin siyasal demokrasi' anlayışına önemli vurgu yapılmaktadır. Etkin siyasal demokrasinin temel bir parçası olarak serbest seçimler hakkı, özel olarak, AİHS'ne Ek 1 Nolu Protokol'ün 3. maddesi hükmüyle güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre devlet, 'halkın yasama seçiminde görüşlerini serbetçe ifade

16 *United Communist Party of Turkey and Others v Turkey* (Case no. 113/1996/752/951) [GCJ] 30 January 1998, para 45.

17 Kevin Boyle, 'Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case', *Essex Human Rights Review*, Volume 1, Issue 1, July 2004, s. 8, 15-16; Mark W. Janis, Richard S. Kay and Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials* (Third Edition, Oxford University Press, New York, Oxford, 2008), s. 348-356.

18 David Beetham, *Democracy and Human Rights* (Polity Press, USA, 1999), s. 89-92; Rory O'Connell, 'Towards a Stronger Conception of Democracy in the Strasbourg Convention', *European Human Rights Law Review*, Issue 3, 2006, s. 281-293.

19 Agné, s. 383.

etmesini sağlayan şartlar altında, makul zaman aralıklarında, gizli oyla serbet seçimler yapmak zorundadır.' Burada, ilk bakışta, seçim usulüne ilişkin şartlar öngörülmektedir. Buna göre, seçimlerin demokratik olarak değerlendirilebilmesi için 'serbestçe', 'makul zaman aralıklarında', 'gizli oyla' ve halkın serbest iradesinin ifade bulmasını sağlayan şartlarda yapılması gerekmektedir.<sup>20</sup> Bununla birlikte, AİHM'ne göre, bu hükümler devletin **belirli** bir seçim sistemi uygulamasını gerektirmemektedir; bundan öte, devletlere demokratik seçimlerin gereklerini yerine getirmeleri bakımından geniş bir takdir alanı bırakmaktadır.<sup>21</sup>

Yerel veya ulusal seçimlerde seçme ve seçilme hakkının anlamına uygun şekilde kullanılmasının sağlanması devletin serbest seçimler yapma yükümlülüğünün temel gereklerindedir.<sup>22</sup> Örneğin, oy verme hakkına ilişkin olarak, devlet gerektiğinde bilgi sağlama, geliştirme, soruşturma ve koruma konularında pozitif tedbirler almakla yükümlüdür.<sup>23</sup> Buna uygun olarak, devlet etkin siyasal demokrasiyi geliştirmek amacıyla bireyler için eşit siyasi haklar gerçekleştirmek zorundadır. Etkin siyasal demokrasiye ilişkin ilk ve en önemli siyasi hak, devletin yasama organının oluşturulmasında halkın görüşünün serbestçe yansıtılmasını güvence altına almak için gizli oyla makul zaman aralıklarında serbest seçimler yapmasını gerektirmektedir (1 Nolu Protokol, m. 3). Vurgulamak gerekir ki gerçek demokrasi, devletin eşit siyasi hakları koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı bulunmaktadır. Şüphesiz, **plebisit** ve **referandum** gibi araçlarla da seçme ve seçilme özgürlüğünün kullanılmasında halkın tercihini serbestçe, her türlü korku ve endişeden uzak bir şekilde yansıtmasına imkân sağlar nitelikte olmalıdır. AİHS, devletin yönetim aşlarında, politika ve karar verme süreçlerinde vatandaş katılımının güçlendirilmesini bir yükümlülük olarak

öngörmektedir. Vatandaşlara kendi hayatlarına etkiye bulunacak politika ve kararların şekillenmesinde eşit fırsatla daha geniş bir rol alma imkânı sunulması gerekmektedir. Açıktır ki oyların gizliliği, idari düzenlemeler, uygun kural ve usuller, gerekli kaynakların tahsisi gibi kapsamlı pozitif tedbirler alınmaksızın seçme ve seçilme hakkının kullanımı mümkün olamaz.<sup>24</sup> Devletin yönetim aşlarında vatandaş katılımının desteklenmesi yükümlülüğü, kişilerin ilgili oldukları bilgilere uygun şekilde ulaşabilmesi için bütün durumlarda etkin ve pratikte kullanılabilir prosedürler sağlanmasını gerektirmektedir.<sup>25</sup> Bu bağlamda, ilgili kişilere nasıl katılım sağlayacaklarına ilişkin bilgiye ulaşma hakkı tanınmaktadır.

Seçimler anlamında güncel bir sorun, devletin hukuki ve idari tedbirler olarak oy kullanma hakkını yurt dışında yaşayan vatandaşları için genişletmesi 1 Nolu Protokol'ün 3. maddesi hükmünün gereklerinden olup olmadığı tartışmasıdır. Bu soruna ilişkin **Sitaropoulos ve Others v Greece** davasında, AİHM böyle bir gereklilik görmemiştir.<sup>26</sup> Bununla beraber, bu konunun Avrupa bölgesinde tartışılması, en azından Türkiye bakımından devam edebilir niteliktedir.<sup>27</sup>

Yukarıda ifade edildiği üzere, AİHM taraf devletlere seçim sistemine ilişkin geniş bir takdir alanı tanımaktadır. Örneğin, AİHM, Türkiye'nin bir partinin parlamentoya girebilmesi için yüzde 10 barajını geçmesi gerektiği düzenlemesinde bu oranı fazla bulmakla birlikte, buna ilişkin düzenlemenin devletin takdir yetkisi alanında kaldığı ve dolayısıyla ülkeye özgü şartlar altında bu düzenlemenin 1 Nolu Protokol'ün 3. maddesi hükmünün ihlâlini oluşturmayacağı sonucuna ulaşmıştır.<sup>28</sup> Nitekim, şartların değişmesiyle bu oranın azaltılması konusu yoğun tartışma konusu olmaya başlamış bulunmaktadır. Demokratik siyasal katılımı

20 *Mathieu-Mohin and Clerfayt v Belgium* (App no. 9267/81) [Plenary J] 2 March 1987, para 54.

21 *Mathieu-Mohin and Clerfayt v Belgium* (App no. 9267/81) [Plenary J] 2 March 1987, para 54.

22 O'Connell (2006), s. 283; Baroness Hale, 'Common Law and Convention Law: The Limits to Interpretation', *European Human Rights Law Review*, Issue 5, 2011, s. 540; Özbudun, s. 89.

23 Rory O'Connell, 'Realising Political Equality: The European Court of Human Rights and Positive Obligations in a Democracy', *Northern Ireland Legal Quarterly*, Volume 61, Issue 3, 2010, s. 267-269.

24 O'Connell (2006), s. 292-293; O'Connell (2010), s. 263-264.

25 *McGinley and Egan v the United Kingdom* (Case no. 10/1997/794/995-996) [CJ] 9 June 1998, para 101.

26 *Sitaropoulos and Others v Greece* (App no. 42202/07) [CJ] 8 July 2010 (Referred to the Grand Chamber 22 November 2010), para 41.

27 Said Vakkas Gözlüğü, *Positive Obligations of the State to Protect and Promote Human Rights and Fundamental Freedoms: Within Borders and Beyond, under the European Human Rights Law* (L'Aracne Editrice, Roma, Ottobre 2013), s. 176.

28 *Yumak and Sadak v Turkey* (App no. 10226/03) [GCJ] 8 July 2008, paras 147-148.

kolaylaştırıcı ve temsili artırıcı şekilde azaltılmış bir oran, şüphesiz gerçek demokrasi uygulamasına daha uygun düşer.

### 3. Eşit Katılım Fırsatı

AİHS'de öngörülen demokrasi anlayışı, vatandaşların özgür iradeleriyle yasama temsilcilerini seçebilecekleri *temsili* bir demokrasi anlayışıdır. Bu kavram zorunlu olarak çoğulculuk, tolerans, açık görüşlülük veya şok edici de olsalar fikir ve düşüncelere saygı gibi birbirinden ayrılmaz kavramları içermektedir. Gerçek demokrasi, katılımcı ve liberal demokrasi anlayışı gibi kimi başka demokrasi niteliklerini de gerektirir. Günümüzde karşılaşılan meydan okumalara genel çare olamasa da *katılımcı* demokrasi anlayışı, özellikle yoksulluğun azaltılması ve terörizmle mücadele anlamında, daha geniş kabul görmektedir.<sup>29</sup>

Katılımcı demokrasi bağlamında, devlet bir taraftan bilhassa engelli ve zayıf grupların seçim sistemine eşit şekilde katılmalarını sağlamalı; diğer taraftan, yaygın ve baskın siyasi grupların kırılğan gruplar üzerinde baskı uygulamasını önlemelidir. Herkesin eşit siyasi haklara sahip olması temelde devletin bu iki pozitif yükümlülüğü üzerinde değişmektedir.<sup>30</sup>

AİHS herkese eşit haklar ve özgürlükler tanıdığından, AİHM önündeki olayları hassasiyetle incelemeli ve siyasi gücün adil olmayan avantajlar elde etme amacıyla kötüye kullanılması konusunda titiz olmalıdır. Buna göre, AİHM, siyasi süreçlerin toplumda engelli ve zayıf grupları marjinalize etmemesi adına, devlet için zamanın ruhuna ve gelişen sosyal ihtiyaçlara uygun olarak yeni pozitif yükümlülükler geliştirmelidir. Etkin siyasi demokrasinin tesis edilmesi suretiyle, bilhassa engelli ve zayıf grupların hak ve özgürlükleri güvenceye alınabilir ve siyasi süreçte risklerden uzak eşit katılıma sahip olabilirler.<sup>31</sup>

### 4. İfade Özgürlüğü

İnsan hakları perspektifinden bakıldığında, AİHM'nin içtihadı dinsel, kültürel, düşünsel ve etnik olarak çoğulcu bir demokrasinin kabulü yönündedir. Ancak, bu çoğulcu kabul mutlak, sınırsız bir yaklaşımın kabulü anlamına gelmemektedir.

Nitekim, AİHM, toplumda demokratik uyumun tesisi adına, iftira, küfür, hakaret ve nefret ifadesi üzerine sınırlamalar getirmektedir.

Gerçek demokrasinin diğer bir temel gereği olan ifade özgürlüğü (AİHS m. 10) bağlamında, AİHM, 'işleyen bir demokrasinin ön şartlarından biri olarak ifade özgürlüğünün anahtar önemini hatırlatmaktadır. Bu özgürlüğün gerçek ve etkin kullanımı, devletin sadece bu özgürlüğün kullanılmasına karışmaması üzerinde değişmemekte, fakat kimi pozitif koruma tedbirlerini almasını gerektirmektedir. Bu, özel alanda bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerlidir.'<sup>32</sup>

Bu bağlamda, devlet sadece dikey ilişkilerde değil, ayrıca yatay ilişkilerde bireylerarası iletişimde ifade özgürlüğünü etkin bir şekilde korumak zorundadır.<sup>33</sup> Zira, AİHM ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için hayati önemde olduğunu sıkça vurgulamaktadır. Böyle bir toplumda, ifade özgürlüğü, kamuoyunun herşeyden öte almaya hakkı bulunan, özellikle basın-yayın yoluyla bilgi ve genel yarara ilişkin fikir ve düşüncelerin dağıtımına ve yayılmasına hizmet etmektedir.<sup>34</sup> AİHS'nin 10. maddesi hükmüne göre, kamu otoriteleri için ne kadar sarsıcı olursa olsun, halkın, bireylerin ve kamuoyunun farklı perspektifler hakkında bilgilendirilme hakkı bulunmaktadır. İfade özgürlüğünün kullanılmasında AİHS'nin istediği, sadece devletin yalın bir şekilde karışmama tutumu değil, ayrıca pozitif koruma tedbirleri alması yönündedir. Böylece negatif nitelikte bir hak pozitif nitelikte bir yükümlülüğe dönüşebilmektedir.<sup>35</sup> Böyle yükümlülükler, ancak devletin *nihai garantörü* olduğu çoğulculuk ilkesi üzerine temellendirilmekle

32 *Özgür Gündem v Turkey* (App no. 23144/93) [CJ] 16 March 2000, paras 42-46; *Appleby and Others v the United Kingdom* (App no. 44306/98) [CJ] 6 May 2003 (Final 24 September 2003), para 39; *Palomo Sánchez and Others v Spain* (Apps nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06) [GCJ] 12 September 2011, para 59.

33 *Palomo Sánchez and Others v Spain* (Apps nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06) [GCJ] 12 September 2011, para 60. Ayrıca bkz. Dimitris Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, Routledge Research in Human Rights Law (Routledge, London, New York, 2012), s. 42-47.

34 *Observer and Guardian v the United Kingdom* (App no. 13585/88) [Plenary CJ] 26 November 1991, para 59; *Information-verein Lentia and Others v Austria* (App no. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90) [CJ] 24 November 1993, para 38.

35 *Özgür Gündem v Turkey* (App no. 23144/93) [CJ] 16 March 2000, paras 40, 42.

29 O'Connell (2006), s. 284-286, 292.

30 O'Connell (2010), s. 264.

31 O'Connell (2010), s. 266.

başarılı bir şekilde yerine getirilebilirler. Çünkü, modern toplumda devlet çoğulculuğun nihai garantörü olarak görülmektedir.<sup>36</sup>

İfade özgürlüğünün demokratik toplumlar için en üst düzeyde önemi sayesinde, devletin, gazete haberlerine karşı kişilere cevap hakkı tanınması ve mahkemede dava konusu yapabilmesi için makul bir fırsatı güvenceye alması,<sup>37</sup> bütün ilgili kişilerin kamusal tartışmalara katılımı için uygun şartları hazırlama, fikir ve görüşlerini korkusuz ve endişesiz bir şekilde ifade edebilmelerini sağlama,<sup>38</sup> basın gibi ifade serbestisi olan diğer özel kişilere karşı herhangi bir tehdit veya şiddet yöneltilmesini önleme<sup>39</sup> yükümlülüklerini pozitif şekilde yerine getirmesini gerektirmektedir.

Nitekim, AİHM, *Dink v Turkey* davasında, devletin sadece bireyin ifade özgürlüğüne herhangi bir müdahaleden kaçınmasını değil, ayrıca bireyin ifade özgürlüğünü, özel kişiler dahil, saldırılara karşı koruma yükümlülüğü altında bulunduğuna hükmetmiştir. Somut olayda, devletin Dink'i aşırı milliyetçi grup üyelerinin saldırısına karşı koruyamadığı sonucuna ulaşmış, dolayısıyla Türkiye'nin AİHS'nin 10. maddesi hükmüyle öngörülen yükümlülüğünü ihlâl ettiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>40</sup>

İfade özgürlüğü, modern toplumların diğer bir endişe konusu olan aşırı nitelikte (uç, ifrata kaçan) ifade üzerine yoğunlaşılmasını gerektirmektedir. Buradaki soru, demokratik ve çoğulcu açık bir toplumda bütün ifade formlarının tolere edilebilir olup olmadığı veya Avrupa insan hakları hukukunca tanınan ifade özgürlüğü anlamında ifadenin aşırı şekilleri üzerine belirli sınırlamalar konulup konulamayacağı şeklindedir. Bu ve benzeri sorulara, esas itibarıyla, AİHM içtihadı ışık tutmaktadır.

Hatırlanmalıdır ki AİHS, Avrupa'nın çok izdirap çektiği faşizm ve komunizm gibi aşırı akımlara karşı bir tepki olarak ortaya konulmuştur. AİHS, bu aşırılıklarla mücadele için demokratik değerler

ve idealler üzerine temellendirilmiştir. Bu bağlamda, AİHM mütemadiyen, bir taraftan demokratik değerleri geliştirmek ve çoğulculuğu teşvik etmek, diğer taraftan da ayrımcılık, anti-semitizm, yabancı düşmanlığı, ırkçılık gibi belirli aşırılık formlarına alan açmamak adına içtihadını geliştirmektedir.<sup>41</sup> AİHM, istikrarlı bir şekilde, böyle ifade formlarını mütecevaz ve AİHS'ne aykırı bulmaktadır.

Nitekim, AİHM, *Erbakan v Turkey* davasında, toleransın ve bütün insanların eşit onuruna saygının demokratik çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturduğunu vurgulamıştır. Kural olarak, hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti kabul, teşvik ve tahrik eden veya yayan bütün ifade formlarını sınırlamak ve hatta önlemek belirli demokratik toplumlarda gerekli değerlendirilmektedir.<sup>42</sup> AİHM, *nefret* ifadesine açıkça büyük dikkat ve özen göstermektedir. İfade özgürlüğünün üst önemi itibarıyla, AİHM, bireylerin hakları, özellikle gazetecilerin ve politikacıların görüşlerini korkusuz ve gerçek bir şekilde ifade edebilmeleri ile aşırılığın, diğerlerini rahatsız, rencide ve şok edici şekilde ciddi yayılması arasında hassasiyetle bir denge aramaktadır.<sup>43</sup>

AİHM, belirli şartlar altında, nefret içeren konuşmaları ifade özgürlüğü (AİHS m. 10) veya toplanma ve dernek kurma özgürlüğü (AİHS m. 11) koruması kapsamı dışında bırakma konusunda dikkatli görülmektedir. Temelde, AİHS'nin kurumsal çerçevesi kendi korumasını kendi araçlarıyla yapmaktadır. AİHS'nin *hakların kötüye kullanımının yasaklanmasına* ilişkin 17. maddesi hükmü, 10. maddesi 2. paragrafı ve 11. maddesi 2. paragrafı buna açık örnek oluşturmaktadır. AİHS'nin bu açık hükümlerinden hareketle, AİHM, söz konusu konuşma veya yorumun nefret ifadesi ve AİHS'nin temel değerlerinin (m. 17) inkârını oluşturduğu veya ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için sınırlamalar konulmasını zorunlu gördüğü durumlarda (m. 10(2) ve 11(2)) AİHS ile sağlanan korumadan nefret ifadesini hariç tutmaktadır.

Nitekim, Belçika parlamentosu üyesi ve Ulusal

36 *Manole and Others v Moldova* (App no. 13936/02) [CJ] 17 September 2009 (Final 17 December 2009), para 107.

37 *Melnichuk v Ukraine* (App no. 28743/03) [CD] 5 July 2005.

38 *Dink and Others v Turkey* (Apps nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09) [CJ] 14 September 2010 (Final 14 December 2010), para 137.

39 *Özgür Gündem v Turkey* (App no. 23144/93) [CJ] 16 March 2000, paras 42-43.

40 *Dink and Others v Turkey* (Apps nos 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09) [CJ] 14 September 2010 (Final 14 December 2010), para 137.

41 Gözlüğü, s. 180.

42 *Erbakan v Turkey* (App no. 59405/00) [CJ] 6 July 2006 (Final 6 October 2006), para 56.

43 *Handyside v the United Kingdom* (App no. 5493/72) [Plenary J] 7 December 1976, para 49.

Cephe Partisi başkanı Féret, seçim kampanyası süresince 'Belçika'nın İslâmlaştırılmasına karşı dur', 'yanlış entegrasyon sürecine son ver' ve 'Avrupalı olmayan işsiz kişileri ülkelerine gönder' gibi sloganlar taşıyan broşürlerin dağıtılmasından dolayı **ırksal ayrımcılığı yayma suçundan** hüküm giymiştir. Bu hükme göre, Féret, 10 yıl süreyle parlamento üyeliğinden yoksun bırakılmış ve kamu hizmetine mahkum edilmiştir. Féret, ifade özgürlüğünün Belçika devletince ihlâl edildiğini AİHM nezdinde iddia etmiştir. AİHM, **Féret v Belgium** davasında, Féret'in yorumlarının açıkça güvensizliği, reddi veya hatta yabancılara karşı nefret duygularının, özellikle konuya ilişkin daha az bilgili toplum üyeleri arasında, artırılmasına neden olduğunu ortaya koymuştur. Féret'in bir seçim bağlamında iletilen mesajı yüksek yankı bulmuş ve açıkça ırksal nefretin yayılmasıyla sonuçlanmıştır. Féret'in mahkumiyeti 'düzensizliği önleme ve başkalarının, yani göçmen toplumu üyelerinin haklarını koruma' gerekçesine dayanmaktadır. AİHM yargılamasında, söz konusu mahkumiyet kararıyla AİHS'nin 10. maddesi hükmünün ihlâl edilmediği sonucuna ulaşmıştır.<sup>44</sup> Diğer bir ifadeyle, AİHM, nefret ifadesi olan slogan veya konuşmaları ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemiştir.

Tabiatıyla, modern toplumlarda ifade özgürlüğü farklı formlarda tezahür edebilmektedir. Bunun önemli bir formu, kişinin kendi **özgün imajını** oluşturabilme hakkıdır.<sup>45</sup> Gerçekten, AİHM, Monako kraliyet ailesi üyesi Prenses Caroline'le ilgili **Von Hannover v Germany** davasında,<sup>46</sup> Caroline'in herhangi bir resmi sıfatı olmadığı veya devleti temsil etmediğinden, sıklıkla kamusal alanda bulunsa da paparaziler tarafından bilgisi ve onayı olmadan çekilen fotoğraflarının özel hayatının detaylarına ilişkin bulunduğunu ifade etmiştir. Bu gerçeklere dayanarak, AİHM, kişiliğin bireysel

gelişiminin özel hayatın korunmasında temel öneme sahip bulunduğuna hükmetmiştir. Bu koruma özel aile çerçevesi ötesinde sosyal bir boyutu da kapsamaktadır. AİHM, bundan da öte, genel kamu tarafından bilinseler bile herkesin özel hayatına saygı ve meşru bir koruma beklentisine sahip olması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>47</sup> AİHM, kişilerin imaj hakkına, özellikle gazeteciler tarafından olmak üzere, üçüncü kişilerce saygı gösterilmesini güvence altına almayı devletin yükümlülüğü olarak görmektedir. Bu pozitif yükümlülük, bir taraftan, demokratik çoğulculuğun korunması ve gerçek demokrasinin geliştirilmesi amacıyla yasama ve düzenlemede bulunulmasını gerektirmektedir. Bunun için devlet pozitif tedbirler almak, açık ölçütler koymak ve modern toplumda çok iyi bilinen figürlerin özel hayatlarının sadece özel alanlarında korunması gerekenler ile buna nisbeten daha geniş korunmaya sahip olan kamusal figürler arasındaki çizgiyi net bir şekilde belirlemek adına açık yasama faaliyetinde bulunması gerekmektedir. Diğer taraftan, ulusal otoriteler, bu olayda anayasa mahkemesi, ulusal hukuku AİHS gereklerine uyumlu şekilde yorumlamak durumundadırlar. AİHM, bu yargılamasıyla, bireyin özel ve aile hayatına ifade özgürlüğü karşısında öncelik tanır gözükmektedir.<sup>48</sup>

Kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkına demokratik toplumların temel ön şartlarından biri olarak önemli dikkat gösterildiği AİHM'nin bu yargılamasından da açıkça görülmektedir. Ayrıca, AİHM'nin bu yaklaşımı bireylere oldukları gibi yüksek değer atfettiğini de açık bir şekilde göstermektedir.

## 5. Ayrımcılık Yapılmaması

Demokrasiler için temel bir ilham kaynağı olan 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi 1. maddesi hükmüyle 'bütün insanların onur ve haklar bakımından eşit ve özgür doğduklarını' ifade etmektedir. Bu itibarla, düzeyi veya konumu ne olursa olsun, demokratik toplumun bütün kamu otoritelerinin mantalitesi bu evrensel gerçekle uyumlu olmalıdır. Devlet, hukuk veya düzenlemeleriyle inanç, renk, kültür, etnik köken, cinsiyet veya zenginliğe dayalı ayırım yapamaz. Bu, devlet için bir

44 **Féret v Belgium** (App no. 15615/07) [CJ] 16 July 2009 (Final 10 December 2009). Ayrıca, dinsel nefret konuşması için bkz. **Pavel Ivanov v Russia** (App no. 35222/04) [CJ] 20 February 2007; ırksal nefret konuşmasına ilişkin **Leroy v France** (App no. 36109/03) [CJ] 2 October 2008 (Final 6 April 2009); siyasi konuşmaya ilişkin **Otegi Mondragon v Spain** (App no. 2034/07) [CJ] 15 March 2011 (Final 15 September 2011).

45 Bireyler farklı olma, yani belirli durumlarda diğer bireylerden farklılaşma hak ve özgürlüğüne sahiptirler. Bkz. John Finnis, 'Equality and Differences', *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 56, Issue 1, 2011, s. 44.

46 **Von Hannover v Germany** (App no. 59320/00) [CJ] 24 June 2004 (Final 24 September 2004).

47 **Von Hannover v Germany** (App no. 59320/00) [CJ] 24 June 2004 (Final 24 September 2004), para 69.

48 Akandji-Kombe, s. 39-40.

tercih değil, bir pozitif yükümlülüktür.<sup>49</sup> Devlet, aynı zamanda yazılı olmayan herhangi bir yolla, kamu otoritelerinin tutum ve davranışları yoluyla ayırım yapmayan bir şekilde işlevlerini yerine getirmek durumundadır.<sup>50</sup>

Nitekim, AİHM, bir aşırılık formu olan **ayrımcılığ**ı net bir şekilde reddetmektedir. AİHM, **D. H. and Others v the Czech Republic** davasında,<sup>51</sup> bir kişiye etnik orijini nedeniyle ayrımcılık yapılmasının ırksal ayrımcılığın bir formu olduğunu ifade etmiştir. AİHM'ne göre, 'ırksal ayrımcılık, özellikle ayrımcılığın haksız bir türüdür ve tehlikeli sonuçları açısından yetkililerin buna özel dikkat, itina ve özen göstermesini gerektirmektedir. Bu sebeple, kamu otoritelerinin mümkün olan bütün araçları kullanarak ırkçılıkla mücadele etmeleri gerekmektedir. Bu mücadele, çeşitlilik ve farklılığın bir tehdit olarak değil, bir zenginlik kaynağı olarak kabul edildiği bir toplumun demokrasi anlayışını güçlendirir'.<sup>52</sup>

AİHM'ne göre, modern demokratik toplumlar farklı kültürlere saygı ve çoğulculuk ilkelerine dayalıdır. Bu anlamda, örneğin, yalnızca veya belirli bir ölçüde kişinin etnik orijinine dayalı muamale arasında fark görmemektedir.<sup>53</sup>

## 6. Eşitlik ve Kişisel Gelişim Hakkı

Toplumda eşitlik ve kişisel gelişim hakkının herkes için sağlanması ve sürekli olarak geliştirilmesi gerçek demokrasi için olmazsa olmaz (*sine qua non*) niteliktedir. İstisnasız ve ayrımsız herkes için eşitliğin geliştirilmesi, tarzı ve tutumuyla insan onuruna dayalı bir eşitlik anlayışı devletin bütün işlevlerine hâkim olmalıdır. Bu anlamda devletin

eşitliği ve kişisel gelişimi teşvik pozitif yükümlülüğü sadece kamusal alanı değil özel alanı da kapsamaktadır. Bu amaçla, devlet bütün tedbirleri **pro-aktif** ve sürekli şekilde almak zorundadır. Örneğin, devlet, prosedürler ve hükümlerden kaynaklanan problemleri çözmek durumundadır. Gerçek ve tüzel kişilerin işlerini ideal bir şekilde geliştirmelerini engelleyebilir nitelikte veya kişisel gelişimlerinde zorluğa neden olabilecek bütün engelleri ortadan kaldırmalıdır.

Etnik, dinsel veya kültürel çeşitlilik ve farklılıkların sosyal çatışmalara yol açmayacak şekilde uyum içinde yaşanmasına imkân veren ortamı hazırlamak devletin yükümlülüğüdür. Çeşitlilik ve farklılık içinde herkesin -gerçek veya tüzel kişiler- kanun önünde eşit bulunduğuna güveni ve kamu makamlarından eşit muamele göreceğine inancı kişisel gelişime yol açtığı kadar ekonomik ilerlemeye, yeni buluşlara ve yeniliklere de yol açmaktadır. Bu anlamda güvensizliğin bulunduğu ülkelerde yeniliklerin gelişmesi hemen hemen mümkün görülmemektedir.<sup>54</sup>

Açıktır ki devletin yükümlülüğü, hem özel hem de kamusal alanda gerçek ve tüzel kişileri sadece hukuk ve politikalar karşısında avantajlar ve dezavantajlar bakımından eşit kılma değil, ayrıca bireylerin bütün bireysel özellikleriyle, kalite ve ayırddedici nitelikleriyle kabulünü gerektirmektedir.<sup>55</sup> Bunun gerçekleştirilmesi insan onuruna üst değer verme ve insan onuru için temin anlamına gelmektedir. Bu, ayrıca, herkesin kendi en iyi yapabilirliğine sürekli eşit fırsat sunma anlamına gelmektedir. Bu, herşeyden öte, bir tercih, bir hayat şekli konusu olarak kişilerin kapasite ve yetenekleriyle paralel büyümesi ve gelişmesi için zorunludur. Bu, aynı zamanda, her bireyin kendi özgün kalitesini ilerletmesine, tüzel kişilerin daha zengin bir toplum yolunda kendi işlerini geliştirmek için eşit fırsatlara sahip olmasına yol açmaktadır.

İfade etmek gerekir ki adil ve makul bir eşitliğin sağlanabilmesi için **farklı durumlar** eşit şekilde değil, **farklı şekilde ele alınmalıdır**.<sup>56</sup> Nitekim, AİHM, **D. H. and Others v the Czech Republic** and

49 Türk Anayasası'na göre de, devlet, örneğin kadın ve erkek arasında eşitliği sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Bu anlamda, devletin toplumda kırılanlığı bulunan kadın, çocuk ve yaşlı gibi gruplara yönelik alacağı tedbirler eşitlik ilkesine aykırı görülmemektedir (m. 10).

50 Lucy Vickers, 'Promoting Equality or Fostering Resentment? The Public Sector Equality Duty and Religion and Belief', *Legal Studies*, Volume 31, Issue 1, March 2011, s. 136; Özbudun, s. 152-155.

51 **D. H. and Others v the Czech Republic** (App no. 57325/00) [GCJ] 13 November 2007, para 176.

52 **Nachova and Others v Bulgaria** (Apps nos. 43577/98 and 43579/98) [GCJ] 6 July 2005, para 145; **Timishev v Russia** (Apps nos. 55762/00 and 55974/00) [CJ] 13 December 2005 (Final 13 March 2006), para 56.

53 **Timishev v Russia** (Apps nos. 55762/00 and 55974/00) [CJ] 13 December 2005 (Final 13 March 2006), para 58; **D. H. and Others v the Czech Republic** (App no. 57325/00) [GCJ] 13 November 2007, para 176.

54 Dincer, s. 284.

55 Vickers, s. 149-150.

56 Alexandra Timmer, 'Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review*, Volume 11, Issue 4, 2011, s. 710-712. Bilhassa bkz. Finnis, ss. 17-44.

in the *Opuz v Turkey* davalarında,<sup>57</sup> ayrımcılığın, benzer durumlardaki kişilere objektif ve makul haklı bir neden olmaksızın farklı şekilde muamele edilmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, AİHS'nin 14. maddesi hükmü taraf devletlerin gruplar arasındaki gerçek eşitsizlikleri düzeltmek için gruplara farklı muamele etmesine engel oluşturmamaktadır. Belirli durumlarda farklı muamele yoluyla eşitsizliği düzeltme çabasında başarısızlık, AİHS'nin herhangi bir hükmünün ihlâlini oluşturabilir niteliktedir. AİHM, belirli bir gruba oransız bir şekilde zararlı etkileri olabilecek genel bir politika veya tedbirin, o grubu özellikle hedeflemese de, ayrımcı olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. AİHS'ne potansiyel ayrımcılık oluşturan bu ayrımcılık *de facto* bir durumdan da kaynaklanabilir.<sup>58</sup> Devlet kişilerin haklarına eşit hukuki koruma sağlamalı; bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde dikkat ve itina göstermelidir. Bundan sorumluluk gerektiren bir eksikliğin iradi olması da gerekmemektedir.<sup>59</sup>

Adil ve makul eşitlik için sadece şekli (formal) eşitlik yeterli görülmemekte, ayrıca esastan (substantive) eşitliğin sağlanması gerekmektedir: Şekli eşitlik veya ayrımcılıkta, aynı durumda bulunan kişilere aynı uygulamanın veya muamelenin yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, kişiler din, ırk veya cinsiyet özelliklerinden dolayı farklı muameleye tâbi tutulmamaktadır.<sup>60</sup> Buna karşın, esastan eşitlik veya ayrımcılıkta, negatif yönlü

ayrımcılık yapılmaması hakkında pozitif yönlü gerçek eşitlik<sup>61</sup> hakkına doğru artan önem verilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, esastan eşitlik devlete sadece ayrımcılığı yasaklamayı değil, ayrıca eşitliği pratikte etkin şekilde sağlamak üzere pozitif tedbirler alma yükümlülüğünü yüklemektedir.<sup>62</sup> 12 Nolu Protokol'le güçlendirilen AİHS'nin 10. maddesi hükmüyle tanınan eşitlik hakkı, taraf devletlerin pratikte eşitliği etkin şekilde sağlamak için ayrımsız bir şekilde önceden var olan eşitsizlikleri ve dezavantajları ortadan kaldırmak üzere pozitif tedbirler almasını da gerektirmektedir.<sup>63</sup>

AİHM, böylece, esastan eşitlik yaklaşımı yoluyla gerçek eşitliği sağlamak için, devlete, örneğin fiili eşitsizlikleri düzeltilmesi<sup>64</sup> veya örneğin Roman ebeveynleri eğitimin önemi hakkında eğitmesi<sup>65</sup> gibi pozitif eşitlik yükümlülükleri yüklemektedir. Devletin pozitif yükümlülüğü dini, kültürel veya ahlâki nitelikli açık veya gizli önyargılara dayalı kalıpları (önkabulleri) ortadan kaldırmak ve bu suretle sonuçta eşitliği teşvik ve geliştirmektir. Söz konusu kalıplara karşı bir yaklaşımla, her duruma çözüm olmasa da, AİHM taraf devletlere ayrımcılıkla, özellikle yaygın cinsiyet eşitsizliğiyle daha etkin bir şekilde mücadelede yardımcı olmaktadır.<sup>66</sup>

Bundan öte, Timmer, kamu otoritelerinin kural, düzenleme ve uygulamalarının grup üyeliği veya cinsiyet kalıpları gibi temellerde kategorize edilmemesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Örneğin, insan hak ve özgürlükleri üzerine kapsamlı genel sınırlamalar (blanket restrictions) konulmamalıdır; aksine, özellikle belirli kırılğan gruplar hakkındaki olumsuz kalıplardan sakınmak amacıyla, sınırlamalar bireyselleştirilmelidir.<sup>67</sup> Nitekim, bu yaklaşımla AİHM, kimi davalarda, kuralların gruplara değil; bireye dayalı değerlendirmeye alan açması gerektiğini hükme bağlamıştır. Kurallar toplumda çeşitli düzeylerde her tür önyargıya veya önkabule bağlı durumda olmamalıdır. Açıklamak

57 *D. H. and Others v the Czech Republic* (App no. 57325/00) [GCJ] 13 November 2007, para 175; *Opuz v Turkey* (App no. 33401/02) [CJ] 9 June 2009 (Final 9 September 2009), para 183.

58 Bkz. *Zarb Adami v Malta* (App no. 17209/02) [CJ] 20 June 2006 (Final 20 September 2006), para 76. Ayrıca bkz. "*Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*" v *Belgium* (Merits), (Apps nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63 and 2126/64) [Plenary J] 23 July 1968, para 10; *Thlimmenos v Greece* (App no. 34369/97) [GCJ] 6 April 2000, para 44; *Hugh Jordan v the United Kingdom* (App no. 24746/94) [CJ] 4 May 2001 (Final 4 August 2001), para 154; *Willis v the United Kingdom* (App no. 36042/97) [CJ] 11 June 2002 (Final 11 September 2002), para 48; *Okpiz v Germany* (App no. 59140/00) [CJ] 25 October 2005 (Final 15 February 2006), para 33; *Stec and Others v the United Kingdom* (Apps nos. 65731/01 and 65900/01) [GCJ] 12 April 2006, para 51.

59 *Opuz v Turkey* (App no. 33401/02) [CJ] 9 June 2009 (Final 9 September 2009), paras 184-191.

60 Anne Smith and Rory O'Connell, 'Transition, Equality and Non-discrimination', in Antoine Buyse and Michael Hamilton (eds), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights, Justice, Politics and Rights* (Cambridge University Press, Cambridge, 2011), s. 189.

61 Gerçek eşitlik üzerine genel olarak bkz. Anne Phillips, 'Really' Equal: Opportunities and Autonomy', *The Journal of Political Philosophy*, Volume 14, Number 1, 2006, ss. 18-32.

62 Smith and O'Connell, s. 189-190.

63 Smith and O'Connell, s. 192-194.

64 *Stec and Others v the United Kingdom* (Apps nos. 65731/01 and 65900/01) [GCJ] 12 April 2006. Ayrıca bkz. Timmer, s. 712-713.

65 *Oršuš and Others v Croatia* (App no. 15766/03) [GCJ] 16 March 2010, para 177.

66 Timmer, s. 737-738.

67 Timmer, s. 718-722.

gerekirse, kural, düzenleme ve uygulamalar sadece 'kadın ev yapar ve erkek ekmek kazanır' gibi erkek ve kadın gruplandırmasına; benzeri ırk, köken veya renk gibi önyargılara dayandırılmamalıdır.<sup>68</sup>

## 7. İşlevsel Yönetişim Ağları

Avrupa kamu düzeninin temel bir aktörü olarak devlet, yargı yetkisi alanında bireylere gelişimleri için gerekli, onurlu bir hayatı mümkün kılan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını, güvenli çalışma şartları, karar alma süreçlerine katılımı, insani kapasitesini kullanma adına eşit fırsatlar sağlama gibi onurlu hayat standartları sunan **etkin yönetişim ağları** kurmak ve geliştirmekle yükümlüdür.<sup>69</sup>

İşlevsel, pratik ve etkin bir kamu hizmeti ağı kapasitesi insan hakları ve özgürlüklerini tamamıyla yaşatmanın önemli bir önşartıdır. Bu anlamda devletin ulusal kapasitesi zorunlu olarak tamamen adalet, özgürlük, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve gerçek demokrasi üzerine şekillendirilmelidir. Zira, kamu gücü kullanan bütün yetkililer hukukun üstünlüğü altında hareketlerinden, hareketsizliklerinden veya ihmallerinden hukuka karşı hesap verebilir durumdadırlar. Bu, aynı zamanda, ekonomi ve iş sektörü için de istikrarlı ve güvenli bir hukuk düzeninden ve açık serbest bir piyasaya karşı sorumlulukları veya yararlanmaları bakımından geçerlidir.<sup>70</sup>

Nitekim, McCorquodale, yönetişim ağında bir açıklığın veya zayıflığın sınıraşan şirketlerin, üçüncü kişilerin veya vatandaşların insan hak ve özgürlüklerinin yaşanmasına etki eden faaliyetlerini kontrol bağlamında ulusal kapasitesini zayıflatacağına işaret etmektedir. Devlet, yönetişim

açığını kapatmak, üçüncü kişileri insan haklarının herhangi bir suretle ihlâl hareketlerinden sorumlu tutmak ve hesap verebilir kılmak ve sonuçta yargı yetkisi alanında genel kontrol sağlamak için kanun, düzenleme veya idari tedbir gibi araçlarla genel kapasite ve yeteneğini güçlendirme temel yükümlülüğü altındadır.<sup>71</sup>

Bu bağlamda, hem AİHS hükümleri hem de AİHM kararları, taraf devletlerin bütün otoritelerini bağlayıcı nitelikte olduğundan, bütün otoritelerin tâbi bulunduğu hukuk ve düzenlemelerin Avrupa insan hakları hukukuna uygun olması gerekmektedir. Bu anlamda, devlet ulusal kamu düzenini Avrupa kamu düzenine sürekli bir şekilde uyarlamak durumundadır.

Nitekim, Türkiye anayasal olarak insan hakları hukukuna herhangi bir norm çatışması durumunda da üstünlük tanımış bulunmaktadır (Türk Anayasası m. 90). Zira Türkiye, sadece AK bağlamında değil, ayrıca AB bağlamında da yargı yetkisi alanında insan hakları ve temel özgürlüklerini koruma ve geliştirme yükümlülüğünü üstlenmiş bulunmaktadır.<sup>72</sup>

## Sonuç

İdeal anlamda, bireysel olarak devletlerin ve bir bütün olarak uluslararası toplumun yeryüzünde bütün insanlar ve devletler için daha iyi bir hayat yolunda ilerleme sürecine girmesi gerekmektedir. Bunun temel şartı, özgürlüğün pratikte bireylerin mutlu olabilecekleri şekilde kullanılabilmesidir. Diğer bir ifadeyle, özgürlük kimi kamu otoritelerinin veya üçüncü kişilerin gölgesi, etkisi veya telkini altında bulunmamalıdır. Bunun için her devletin veya uluslararası kurumun diğer devlet veya kurumlardan alabileceği değerler ve dersler bulunmaktadır.

68 *Opuz v Turkey* (App no. 33401/02) [CJ] 9 June 2009 (Final 9 September 2009), para 58; *Alajos Kiss v Hungary* (App no. 38832/06) [CJ] 20 May 2010 (Final 20 August 2010); *Konstantin Markin v Russia* (App no. 30078/06) [CJ] 7 October 2010 (Referral to the Grand Chamber 21 February 2011), para 58; *Kiyutin v Russia* (App no. 2700/10) [CJ] 10 March 2011 (15 September 2011).

69 United Nations Conference on the Human Environment, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, *Principle 1*, Stockholm, 5-16 June 1972 [http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503, erişim 20 Ağustos 2013]. Ayrıca bkz. Sandra Fredman, 'Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights', *University of Oxford Legal Research Paper Series No 38/2006*, August 2006, ss. 1-29 [http://ssrn.com/abstract= 923936, erişim 11 Haziran 2013], s. 29.

70 Robert McCorquodale, 'Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law', *Journal of Business Ethics*, Volume 87, Issue 2, 2009, s. 396.

71 Robert McCorquodale, 'Feeling the Heat of Human Rights Branding: Bringing Transnational Corporations within the International Human Rights Fence', *Human Rights & Human Welfare*, Volume 1, Issue 4, October 2001, s. 28; Kate Macdonald, 'Re-thinking 'Spheres of Responsibility': Business Responsibility for Indirect Harm', *Journal of Business Ethics*, Volume 99, Issue 4, 2011, s. 549, 555, 560.

72 Füsün Türkmen, 'Turkey's Participation in Global and Regional Human Rights Regimes', in Zehra F. Kabasakal Arat (ed), *Human Rights in Turkey* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007), ss. 249-261. İnsan hak ve özgürlükleri bağlamında Türkiye'nin tarihsel süreçte kurumsal düzenlemeleri ve ilerlemeleri hakkında örnek bir çalışma için bkz. Zehra F. Kabasakal Arat (ed), *Human Rights in Turkey* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007).



Şüphesiz, ulusal veya uluslararası düzeylerde karşılaşılan problemler ve meydan okumalar birbiriyle etkileşim halindedir ve birbirlerine bağlı olarak değişmektedirler. Bu sebeple, söz konusu sorunlar hiçbir devletin veya toplumun kendi başına çözebileceği nitelikte değildirler. Bu itibarla sorunlar, bütün düzeylerde farklılıklara saygı, farklıya tahammül, tolerans, diyalog, birbirini dinleme, anlama, birbirinden öğrenme, bireysel karakterleri kabul, çeşitli düzeylerde işbirliği ve yardımlaşma yoluyla farklı perspektiflerden bakışla ele alınmalıdır.

Zira, çağımızda kapalı toplumlar veya *buyuran* siyasal iktidarlar dönemi kapanmış bulunmaktadır. Saydam, hesap verebilir, katılıma ve tartışmaya açık yönetim ağılarıyla işleyen *çoğulcu* toplumlar dönemi başlamış bulunmaktadır. Bunun için ayrımcılığın bütün formlarının ortadan kaldırılması, demokratik çoğulculuğun uygulanması, kişiler için gelişme ve iyi yönetim hakkının pratikte sağlanması, daha dinamik bir gerçek demokrasi kavramında derinleşme, daha güçlü bir hukukun üstünlüğü kavramının uygulamaya geçirilmesi, insan hak ve özgürlüklerinin en azından AB standartlarında yaşatılması, özel hayatın ve kişisel verilerin korunması, demokratik temsil ve liderlik, yerindenlik, karar alma ve uygulama süreçlerine vatandaş katılımı, saydamlık ve hesap verebilirlik konuları temel önem arz etmektedir.

Şu halde, demokrasi anlayışında derinleşmiş, pratikte hukukun üstünlüğüne tâbi, lütuf konusu yapmadan daha yüksek standartlarda insan hak ve özgürlüklerini yaşatan, dinamik demokratik ilerleme süreçlerine sahip bir Türkiye sadece ulusal düzeyde bir adalet, özgürlük ve güvenlik alanı oluşturmayacak, ayrıca sınırları ötesinde küresel bir barış, adalet ve güvenlik düzeninin aktif ve etkin bir aktörü olacaktır. Türkiye, bu bağlamda, AB'yle hukuki, siyasi ve kültürel entegrasyonunun geliştirilmesi yanında, sorunlu Orta Doğu coğrafyasında yaşayan herkes için bir adalet, özgürlük, barış ve güvenlik alanı modeli oluşturabilir kapasitede bulunmaktadır.

## Kaynakça

- Agné, Hans, 'Why Democracy Must Be Global: Self-founding and Democratic Intervention', *International Theory*, Volume 2, Issue 3, November 2010, ss. 381-409.
- Akandji-Kombe, Jean-François, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Human Rights Handbooks Series No 7 (Council of Europe Publishing, Belgium, 2007).
- Álvarez, Leonardo Álvarez, 'Education and Pluralism: Towards a Democratic Theory of Education in Europe', *Intercultural Human Rights Law Review*, Number 6, 2011, s. 349-378.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, The European Court of Human Rights, *HUDOC Database* [<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx>, erişim 21 Mayıs 2013].
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri, The European Court of Human Rights, *Official Texts* [[http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer), erişim 11 Eylül 2013].
- Beetham, David, *Democracy and Human Rights* (Polity Press, USA, 1999).
- Bohman, James and Richardson, Henry S., 'Liberalism, Deliberative Democracy, and "Reasons that All Can Accept"', *The Journal of Political Philosophy*, Volume 17, Number 3, 2009, ss. 253-274.
- Boyle, Kevin, 'Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case', *Essex Human Rights Review*, Volume 1, Issue 1, July 2004, ss. 1-16.
- Cunningham, Bob, 'Pluralist Democracy: Balancing Publicity, Privacy, and Secrecy', *Administrative Theory & Praxis*, Volume 25, Number 2, 2003, ss. 299-308.
- Dincer, Oguzhan C., 'Ethnic Diversity and Trust', *Contemporary Economic Policy*, Volume 29, Number 2, April 2011, ss. 284-293.
- Finnis, John, 'Equality and Differences', *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 56, Issue 1, 2011, ss. 17-44.
- Fredman, Sandra, 'Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights', University of Oxford Legal Research Paper Series No 38/2006, August 2006, ss. 1-29 [<http://ssrn.com/abstract=923936>, erişim 11 Haziran 2013].
- Gözlüğü, Said Vakkas, *Positive Obligations of the State to Protect and Promote Human Rights and Fundamental Freedoms: Within Borders and Beyond, under the European Human Rights Law* (L'Aracne Editrice, Roma, Ottobre 2013).

- Hale, Baroness, 'Common Law and Convention Law: The Limits to Interpretation', *European Human Rights Law Review*, Issue 5, 2011, ss. 534-543.
- Janis, Mark W., Kay, Richard S. and Bradley, Anthony W., *European Human Rights Law: Text and Materials* (Third Edition, Oxford University Press, New York, Oxford, 2008).
- Kabasakal Arat, Zehra F. (ed), *Human Rights in Turkey* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007).
- Macdonald, Kate, 'Re-thinking 'Spheres of Responsibility': Business Responsibility for Indirect Harm', *Journal of Business Ethics*, Volume 99, Issue 4, 2011, ss. 549-563.
- McCorquodale, Robert, 'Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law', *Journal of Business Ethics*, Volume 87, Issue 2, 2009, ss. 385-400.
- McCorquodale, Robert, 'Feeling the Heat of Human Rights Branding: Bringing Transnational Corporations within the International Human Rights Fence', *Human Rights & Human Welfare*, Volume 1, Issue 4, October 2001, ss. 21-29.
- O'Connell, Rory, 'Realising Political Equality: The European Court of Human Rights and Positive Obligations in a Democracy', *Northern Ireland Legal Quarterly*, Volume 61, Issue 3, 2010, ss. 263-279.
- O'Connell, Rory, 'Towards a Stronger Conception of Democracy in the Strasbourg Convention', *European Human Rights Law Review*, Issue 3, 2006, ss. 281-293.
- Official Web Site of the Council of Europe [<http://hub.coe.int/web/coe-portal/home>, erişim 25 Temmuz 2013].
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013).
- Phillips, Anne, "'Really' Equal: Opportunities and Autonomy", *The Journal of Political Philosophy*, Volume 14, Number 1, 2006, ss. 18-32.
- Rietiker, Daniel, 'The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law - No Need for the Concept of Treaty Sui Generis', *Nordic Journal of International Law*, Volume 79, 2010, ss. 245-277.
- Smith, Anne and O'Connell, Rory, 'Transition, Equality and Non-discrimination', in Antoine Buyse and Michael Hamilton (eds), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights, Justice, Politics and Rights* (Cambridge University Press, Cambridge, 2011), ss. 185-207.
- Timmer, Alexandra, 'Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review*, Volume 11, Issue 4, 2011, ss. 707-738.
- Türkmen, Füsün, 'Turkey's Participation in Global and Regional Human Rights Regimes', in Zehra F. Kabasakal Arat (ed), *Human Rights in Turkey* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007), ss. 249-261.
- United Nations Conference on the Human Environment, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Principle 1*, Stockholm, 5-16 June 1972 [<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>, erişim 20 Ağustos 2013].
- Vacca, Alessia, 'A Comparative Approach between the Council of Europe Treaties and the European Union Framework in the Legal Protection of Minority Languages', *Revista de Llengua i Dret*, Volume 53, 2010, ss. 111-136.
- Vickers, Lucy, 'Promoting Equality or Fostering Resentment? The Public Sector Equality Duty and Religion and Belief', *Legal Studies*, Volume 31, Issue 1, March 2011, ss. 135-158.
- Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, Routledge Research in Human Rights Law (Routledge, London, New York, 2012).

# 1982 Anayasasında Başbakan

Hakemli Makale

**Fatih ÖZKUL**

\*Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

---

## ÖZET

---

**B**u çalışmanın konusunu, 1982 Anayasasının hükümleri ışığında başbakanlık makamının incelenmesi oluşturmaktadır. Anayasamız yürütme organı içerisinde Cumhurbaşkanını güçlendirmeye çalışmış olsa da, Başbakan'a da çok önemli görevler ve sorumluluklar yüklemiştir. Siyasal tarihimize baktığımızda, özellikle koalisyon hükümetlerinin görevde olmadıkları zamanlarda, Başbakanların sistem içerisindeki ağırlıklarının daha da arttığı görülmektedir. Çalışma, Başbakanın göreve atanması, görev ve yetkileri, görevinin sona ermesi, sorumluluğu ve başbakan'a vekâlet şeklinde beş ana bölümden oluşmaktadır. Konular genel hatlarıyla incelenmiş ve gerekli görüldüğü oranda tarihsel örnekler üzerinde durulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

1982 Anayasasında başbakan, Türkiye'de başbakanlık makamı, 1982 Anayasasında başbakanın görev ve yetkileri, Türkiye'de hükümet sistemi, Türkiye'de parlamenter sistem.

---

## ABSTRACT

---

### THE PRIME MINISTER IN THE 1982 CONSTITUTION

**T**he subject of this study is to examine the prime minister of Turkey under the light of the provisions of the 1982 Constitution. Even though the 1982 Constitution aimed to strengthen the President of the Republic, it also gives very important duties and responsibilities to the Prime Minister. As we look our political history, we can see the expansion of the Prime Minister's significance in the system, especially in the lack of coalition government. This article consists of five main parts as the appointment, duties and authority, termination of the duty, responsibility and the representation of the prime minister. The topics are examined in general terms and historical examples are emphasised when necessary.

### Key Words

The prime minister in the 1982 Constitution, prime ministry in Turkey, duties and the responsibilities of the prime minister in the 1982 Constitution, governmental system in Turkey, parliamentary system in Turkey.

## GİRİŞ

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında güçlü bir yürütme organı oluşturulmaya çalışılmıştır. Yürütme organı içerisinde özellikle Cumhurbaşkanı güçlendirilmeye çalışılmış olsa da, siyasi tarihimizin gelişimi ile birlikte Başbakanın konumu da gittikçe önem kazanmıştır. 1982 Anayasasında Başbakan, diğer Bakanlar karşısında hiyerarşik bir güce sahiptir. 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine karar verilmesiyle birlikte Cumhurbaşkanının anayasal gücü artmıştır; ancak bu değişiklik, istikrarlı bir yasama çoğunluğu tarafından desteklenen Başbakanın potansiyel gücünü görmemize engel olmamalıdır. Anayasanın 112. maddesinde yer alan, Başbakanın Bakanlar Kurulunun başkanı olması, bakanlıklar arasında işbirliğini sağlması, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetmesi ve bu siyasetin yürütülmesinden sorumlu olması, yine Başbakanın Bakanların görevlerini Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirmelerini gözetmek ve düzeltici önlemler almakla yükümlü olmasına ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında, yürütme organı içerisinde Başbakanın çok güçlü Anayasal yetkilere sahip olduğu söylenebilir.

Bu çalışmada, yakın siyasi tarih ve anayasal gelişimimiz doğrultusunda büyük bir öneme sahip olan Başbakanın, 1982 Anayasası hükümleri doğrultusunda belirlenmesi ve atanması, görev ve yetkileri, görevinin sona ermesi, sorumluluğu ve Başbakana vekâlet konuları genel hatları ile hükümet sistemi de gözetilerek incelenmeye çalışılmıştır.

## I. BAŞBAKANIN GÖREVE ATANMASI

Anayasamızın 109. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme doğrultusunda, Başbakan Cumhurbaşkanınca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içerisinde atanmaktadır.<sup>1</sup> Burada, Cumhurbaşkanının Başbakanı seçme işleminin bir atama işlemi mi olduğu üzerinde durmak gerekir. Aslında Cumhurbaşkanı yaptığı seçme işlemi ile birlikte bir milletvekilini Bakanlar Kurulunu kurmakla

görevlendirmekte onu atamamaktadır.<sup>2</sup> Dolayısıyla söz konusu işlemi atamadan ziyade, bir belirleme işlemi olarak nitelendirmek daha doğru bir yaklaşım olarak gözükmektedir.<sup>3</sup> Başbakan olarak atanma işlemi ancak Bakanlar Kurulunun oluşturulması, Cumhurbaşkanına bildirilmesi ve Cumhurbaşkanının da Bakanlar Kurulu listesini kabul etmesiyle tamamlanmış olmaktadır.<sup>4</sup> Anayasamızda Cumhurbaşkanını belli bir kişiyi Başbakan olarak atamaya zorlayacak bir hüküm mevcut değildir. Cumhurbaşkanı hukuken istediği herhangi bir milletvekilini Başbakan olarak atayabilir. Ancak Başbakan olarak atanan milletvekili hükümeti kurup yasama organından güvenoyu isteyeceği için, Cumhurbaşkanının güvenoyu alabilecek bir milletvekilini Başbakan olarak ataması uygun olacaktır. Partilerin içtüzüğünde kimin Başbakan olacağı belirtilmiş olması durumunda, bu belirlemeye uygun hareket edilebilir. Azınlık hükümeti kurulması durumunda ise dışarıdan destek alan siyasi parti liderinin Başbakan olarak atanması en akılcı çözüm olarak gözükmektedir.<sup>5</sup> Koalisyon hükümeti kurulması durumunda koalisyon protokolüne uygun davranmak mantıklı bir yaklaşım olacaktır.<sup>6</sup> Başbakanı atamak Cumhurbaşkanı için

2 Örneğin Yavuz, uygulama ve Anayasal düzenleme arasındaki farklılıktan dolayı, Anayasanın 109. maddesinde "Başbakanın atanması" terimi ile "hükümeti kurmakla görevlendirilme" uygulaması arasındaki çelişkiye dikkat çekmekte ve Anayasal düzenlemenin uygulamaya uygun hale getirilmesi için Anayasa değişikliği önermektedir. YAVUZ, Bülent, **Parlamentar Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasasında Başbakan**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s. 206.

3 OKŞAR, Mustafa, **1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 223-224.

4 Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu listesini kabul etmesi ile birlikte, Başbakanın atanma işleminin tamamlandığı yönündeki görüşler için bkz., TURHAN, Mehmet, **Siyaset ve Anayasa**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 2000, s. 283; ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2007, s. 268; GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 563; YAVUZ, 2008, s. 205-206.

5 GÖZLER, 2000, s. 586; ARMAĞAN, Servet, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, I. Kitap, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 104-105; KERSE, Ahmet, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanlığı**, Sümer Matbaası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973, s. 104-105. ARMAĞAN, Servet, **1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 33, YAVUZ, 2008, s. 207-208. ÖZTÜRK, Namık K., **Cumhurbaşkanı ve Parlamentar Sistem**, Atilla Yayınları, Ankara, 1999, s. 83-84; TURHAN, Mehmet, **Siyaset ve Anayasa**, Gündoğan Yayınları, Ankara, tarihsiz, s. 286.

6 Koalisyon hükümetlerinin kurulması aşamasında, birbirine

1 1982 Anayasasının yapımı sırasında Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunca hazırlanan metinde, Başbakanın Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olmayanlar arasından da atanabileceği düzenlenmiştir. Bkz., İZGİ, Ömer / GÖREN, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, Türkiye Büyük Millet Meclisi Basımevi, Ankara, 2002, s. 1003-1006.

bir yetki olduğu gibi aynı zamanda da bir görevdir. Cumhurbaşkanı ülkenin bir an önce hükümete kavuşması, yürütme işleminin aksamaması ile de görevlidir.<sup>7</sup> Dolayısıyla fiilen Başbakanın kim olacağını belirleyen Cumhurbaşkanı değil yasama organıdır.<sup>8</sup>

## II. BAŞBAKANIN GÖREV VE YETKİLERİ

### A. Bakanları Seçmek ve Görevlerine Son Verilmek Üzere Cumhurbaşkanına Önermek

Anayasamızın 109. maddesi Bakanları seçme ve görevlerinden alınmaları için Cumhurbaşkanına öneride bulunma yetkisini Başbakana vermiştir. Zaten Anayasanın 112. maddesinde de, Bakanların Başbakana karşı sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır. Bu yetki Başbakanın tek başına kullanabileceği ve hukuki olmakla birlikte, siyasal niteliği de bünyesinde barındıran bir yetkidir. Dolayısıyla yapılan işlemler kural olarak yargı denetimine de tabi olmamalıdır. Ancak siyasal açıdan sorumsuz olan Cumhurbaşkanı da, atanan Bakanı siyasal açıdan değil, hukuki açıdan değerlendirmeye tabi tutabilir. Bakanlarla çalışacak olanın

Başbakan olmasından dolayı, Cumhurbaşkanının Bakan atamasında Başbakanın yetkisine dolaylı da olsa müdahale etmemesi gerekir.<sup>9</sup> Anayasamız Bakan olarak atanacak olan kişinin milletvekili olması şartını aramamış, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmasını yeterli görmüştür. Bu düzenleme Başbakanın Bakan seçebilme olanağındaki takdir yetkisinin genişliğini gözler önüne sermektedir. Özellikle koalisyon dönemlerinde Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu listesine yapacağı müdahaleler, hükümetin yasama organından güvenoyu alamaması sonucunu bile doğurabilir. Cumhurbaşkanı Bakan atama yetkisini ancak Başbakanın önerisi üzerine kullanabilmektedir. Bunun tek istisnası Anayasanın 114. maddesi uyarınca geçici Bakanlar Kurulu oluşturulurken ortaya çıkmaktadır. Maddenin 1. fıkrasına göre genel seçimlerden önce Adalet, İçişleri ve Ulaştırma Bakanları Başbakan tarafından atanmaktadır.<sup>10</sup>

Anayasamız 109. maddesi ile Başbakana gerektiğinde Bakanların görevlerine son verilmesini önerme yetkisini de vermiştir. Bu yetki de Başbakanın Bakanlar Kurulu ile birlikte değil, tek başına kullanabileceği bir yetkidir.<sup>11</sup>

yakın güçte olan koalisyon ortağı siyasi parti genel başkanlarının hangisinin Başbakan olacağı sorun yaratabilir. Bu sorunu aşmak için dönüşümlü Başbakanlık formülü düşünülebilir. Örneğin 24 Aralık 1995 tarihinde yapılan genel seçimler sonrasında 53. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Cumhuriyet Halk Partisinin dışarıdan desteklediği Anavatan ve Doğruyol Partileri Koalisyonu şeklinde kurulmuştur. Başbakanın Anavatan mı yoksa Doğruyol Partisinden mi olacağı konusundaki anlaşmazlık, dönüşümlü Başbakanlık formülü ile aşılmaya çalışılmıştır. Aynı çözüm 54. Hükümet döneminde de düşünülmüştür.

7 KERSE, 1973, s. 102. Örneğin siyasi tarihimizden örnek verecek olursak, 9. İnönü Hükümeti 25 Aralık 1963 tarihinde istifa etmiş ve aynı gün Cumhurbaşkanı hükümeti kurma görevini tekrar İnönü'ye vermiştir. 21 Haziran 1977 tarihli Ecevit Hükümetinin 3 Temmuz 1977 tarihinde güvenoyu alamaması üzerine aynı gün istifa etmiştir. Bir gün sonra hükümeti kurma görevi Demirel'e verilmiştir. 26 Ocak 1974 tarihli Ecevit Hükümeti 18 Eylül 1974 tarihinde istifa etmiş, iki gün sonra Cumhurbaşkanı tarafından hükümeti kurma görevi tekrar Ecevit'e verilmiş, Ecevit'in temaslari sonucunda hükümeti kuramadığını açıklaması üzerine aynı gün hükümeti kurma görevi Demirel'e verilmiştir. Demirel'in de hükümeti kuramaması üzerine altı gün sonra görev Ecevit'e verilmiştir. Bkz; ÖZER, Atilla, **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1981, s. 141-142.

8 ÖZER, 1981, s. 142-143; YAVUZ, Bülent, "Çeşitli Parlamenter Hükümet Sistemi Uygulamalarında ve Türkiye'de Başbakanın Göreve Gelmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı:1-2, (2007), s. 1237; BİLİR, Faruk, "Başbakanın Hukuki Durumu ve Başbakana Vekâlet", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, S.1-2, 2003, s. 3-4

9 GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 236-237; Siyasi tarihimizde uygulamada farklı örnekler de görülmüştür. 1972 yılında Suat Hayri Ürgüplü'nün kurduğu hükümet Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmiştir. Bkz., 16.05.1972 tarih ve 14189 sayılı **Resmî Gazete**. Yine, 60. hükümette İçişleri Bakanlığı görevini yürüten Beşir Atalay, Adalet ve Kalkınma Partisinin 58. ve 59. hükümet listelerinde Millî Eğitim Bakanı olarak yer almış, fakat dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından veto edilmiştir. Bkz., **Radikal Gazetesi**, 18 Kasım 2002, 14 Mart 2003. Kamuoyuna yansıyan bilgilere göre 58. Hükümet döneminde Başbakan Gül tarafından sunulan listede, Vecdî Gönül Başbakan yardımcısı iken, Cumhurbaşkanı tarafından Millî Savunma Bakanı; Adalet Bakanlığı için sunulan üç isimden (Burhan Kuzu - Ertuğrul Yalçınbayır - Cemil Çiçek) Cemil Çiçek'i Adalet Bakanı olarak seçilmiştir. Bkz., **Vatan Gazetesi**, 19 Kasım 2002.

10 Bu atama işlemlerinde Cumhurbaşkanının onayı gerekmemekte, sadece kendisine bilgi verilmektedir. 12 Haziran 2011 seçimlerinden önceki bilgilendirme yazısı için bkz., 08.03.2011 tarih ve 27868 Mükerrer sayılı **Resmî Gazete**.

11 Siyasi tarihimizde Başbakanın önerisi üzerine Bakanların görevlerine Cumhurbaşkanı tarafından son verildiği görülmüştür. 8. Cumhurbaşkanı Turgut Özal, eşi Semra Özal'ın Anavatan Partisi İstanbul İl Başkanlığına seçilmesine karşı çıkan Millî Savunma Bakanı Hüsnü Doğan'ı, dönemin Başbakanı Yıldırım Akbulut'un da teklifi ile görevinden almıştır. Bkz., AKIN, Rıdvan, **Gazi'den Günümüze Cumhurbaşkanlığı**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 143; **Hürriyet Gazetesi**, 23 Şubat 1991. Yine, 1982 Anayasasında iki Bakanın daha görevlerinden alındığını görüyoruz. Maliye Bakanı Vural Arıkan Başbakan Turgut Özal'ın isteği üzerine Cumhurbaşkanı Kenan Evren tarafından, koalisyon döneminde Milliyetçi Hareket Partisinden Devlet Bakanı Sadı Somuncuoğlu

Cumhurbaşkanının Başbakanın görevden alınmasını önerdiği Bakanın görevine son vermesi hukuki ve siyasi açıdan yerinde bir davranış olacaktır. Zaten Anayasanın 112. maddesinin 2. fıkrasında, her Bakanın Başbakana karşı sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. İşte bu nedenle hem Bakan seçme hem de görevden alınmasını önerme, Başbakanın siyasi takdirinde olan işlemler olarak kabul edilmeli ve kural olarak yargı denetimine tabi olmamalıdır. Burada Başbakanı sınırlayacak olan, özellikle koalisyon dönemlerinde parti içi dengeler olacaktır.<sup>12</sup> Başbakanın Bakan seçme, görevlerine son verme, görev değişikliği yapabilme<sup>13</sup> yetkisi onun Bakanlar Kurulundaki güçlü konumunu daha da işlevsel hale getirebilmektedir.

### B. Bakanlar Kuruluna Başkanlık Etmek

Anayasamızın 112. maddesindeki düzenleme doğrultusunda Bakanlar Kurulunun başkanı Başbakandır. Zaten, Bakanlar Kurulunun Başbakanın başkanlığında toplanıp karar alması ve her Bakanın Başbakana karşı sorumlu olması hususları birlikte dikkate alındığında, Bakanlar Kurulunun en önemli aktörünün Başbakan olduğu ortaya çıkmaktadır.<sup>14</sup> Ancak şunu belirtmeliyiz ki, Bakanlar Kurulu kararlarında her ne kadar Başbakanın görüş ve istekleri belirleyici de olsa, Kurul birlikte hareket etmekte, dolayısıyla şeklen de olsa alınan kararlarda Bakanların da imzaları bulunmaktadır.<sup>15</sup>

ise Devlet Bahçeli'nin talebi doğrultusunda, Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel tarafından görevlerinden alınmışlardır. Bkz., **Hürriyet Gazetesi**, 27 Ekim 1984-9 Mayıs 2000.

12 ARMAĞAN, 1978, s. 38-38; ÖZER, 1981, s. 150; GÖZÜBÜYÜK, 1999, s. 238-239; TÜRE, İlknur, "Koalisyon Hükümetlerinde Başbakanlık", **Mülkiye Dergisi**, Cilt:25, Sayı 27, Ankara, 2001, s. 71-86.

13 Uygulamada görev yerleri değiştirildiği için yeni atandığı bakanlıktan, partisinden istifa eden Bakanlar da bulunmaktadır. Örneğin, Anavatan Partisi iktidarı döneminde Ulaştırma Bakanlığından Çevre Bakanlığına atanan Veysel Atasoy Partisinden istifa etmiştir. Bkz., TÜRE, Fatih, "Parlamentar Sistemde Başbakanın Gücünü Belirleyen Etkenler", **Mülkiye Dergisi**, Cilt:27, Sayı: 238, Ankara, 2003, s. 195.

14 3056 Sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 4. maddesinde de, Başbakanın Bakanlar Kurulunun başkanı, Bakanlıkların ve Başbakanlık Teşkilatının en üst amiri olduğu belirtilmektedir. Bkz., ERDOĞAN, Mustafa, "Başbakanlık Hükümeti mi?", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:44, Sayı:3, Ankara, 1989, s. 229-247.

15 YAYLA, Yıldızhan, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1986, s. 181-182; GÖZLER, 2000, s. 595.

Anayasamıza göre Cumhurbaşkanı Bakanlar Kurulunun üyesi değildir. Cumhurbaşkanı ancak gerekli gördüğü ve Anayasanın 104. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca belirlenen hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmektedir. Tarafsız olması gereken Cumhurbaşkanının Kuruldaki fonksiyonu, görüşmeleri yönetme ve uzlaştırma olarak değerlendirilmektedir.<sup>16</sup> 2007 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esasının benimsenmesi karşısında, halkça seçilen Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu toplantılarında daha aktif ve belirleyici bir rol üstlenebileceği ihtimal dâhilinde olmasına rağmen, yine de Bakanlar Kurulunun en güçlü aktörünün Başbakan olduğu söylenebilir. Anayasanın 112. maddesi uyarınca, Başbakanın sahip olduğu yetkiler onu Bakanlar Kurulunun şekli başkanı olmaktan çıkarmakta ve özellikle koalisyon hükümetlerinin olmadığı dönemlerde, uygulamada Kurul faaliyetlerinin ve hükümet politikasının gerçek belirleyicisi haline getirmektedir.<sup>17</sup> Uygulamada Başbakanın katılmadığı toplantılara Başbakan yardımcısının başkanlık ettiği görülmektedir.<sup>18</sup>

### C. Bakanlar Arasında İşbirliğini Sağlamak, Bakanların Görevlerini Yerine Getirmesini ve Hükümetin Genel Siyasetinin Yürütülmesini Gözetmek

Anayasamızın 112. maddesi Başbakana Bakanlar arasında işbirliğini sağlama, görevlerini Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirip getirmediğini denetleme ve bu amaçla düzeltici önlemler alma yetkisini vermektedir. Bakanlar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmek, hükümetin bir bütün halinde çalışmasını sağlamak Başbakanın en önemli görevlerinden birisidir.<sup>19</sup> Bu doğrultuda Başbakan, Bakanların görevlerinde hükümetin siyasi programına uygun davranıp davranmadıklarını denetleyebilecek ve gerektiği takdirde, görevden alınmaları için Cumhurbaşkanından talepte bulunabilecektir. Zaten, hükümetin

16 DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 93; ARMAĞAN, 1978, s. 48-49.

17 YAVUZ, 2008, s. 236-237.

18 ARMAĞAN, 1978, s. 49.

19 ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 221. Danıştay 6. Dairesi de bir kararında, bakanlıklar arasında çıkan uyuşmazlıkların Başbakan tarafından çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz., 2 Nisan, 1998 Tarih ve 1997/5111 E., 1998/1975 sayılı Karar.

siyasi politikasında Başbakanın veya Bakanlar Kurulundan farklı düşünceye sahip olan bir Bakan beklenen de görevini bırakmasıdır.<sup>20</sup> 1982 Anayasasının 112. maddesi uyarınca Bakanların Başbakana karşı sorumlu oldukları unutulmamalıdır.<sup>21</sup> Koalisyon hükümetleri döneminde ise Başbakan yukarıda belirtilen yetkilerini ancak koalisyon protokolü doğrultusunda kullanabilecektir.<sup>22</sup>

Başbakanın bu yetkileri özellikle parlamenter hükümet sisteminin gelişim seyri içerisinde gelişmiş ve Başbakanın eşitler arasında birinci<sup>23</sup> olduğu, hukuki açıdan olmasa bile siyasi açıdan Bakanların hiyerarşik amiri olduğu kabul edilmiştir.<sup>24</sup>

#### D. Milli Güvenlik Kuruluna Katılmak

Anayasasının 118. maddesindeki düzenleme doğrultusunda, Başbakan Milli Güvenlik Kurulu üyesi olarak kurul toplantılarına katılmaktadır. Milli Güvenlik Kurulu Anayasasının 118. maddesinde düzenlenmiş bir Anayasal kuruluştur. Kurul, Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan Yardımcıları, Adalet,

20 ATAY, Ender E, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 179; DURAN, 1982, s. 70-79. Gözler, Başbakanın Bakanlara emir ve talimat verme yetkisinin bulunduğunu, bir Bakanın işlemini geri almasını veya değiştirmesini isteyebileceğini, fakat Bakan tarafından yapılan bir işlemin Başbakan tarafından iptal edilemeyeceğini düşünmektedir. Bkz., GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt:1-2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003, s. 218. Yıldırım ise Bakanların Başbakanın emir ve talimatlarına uymak zorunda olmadıklarını düşünmektedir. Bkz., YILDIRIM, Turan, **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 85.

21 Duran, burada konuya farklı bir bakış açısı getirmektedir. Duran'a göre Anayasasının 105. maddesine yer alan, Başbakanın Bakanlar kurulunun başkanı olarak Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlama ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetme görevi, Başbakanın görevinin Bakanlara Kurulu içinde ancak genel siyasetin yürütülmesi ile sınırlı olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla Başbakan, Bakanlar üzerinde bunun ötesinde bir yetkiye sahip değildir. DURAN, 1982, s. 132. Yine Armağan, buradaki sorumluluğun hukuki değil siyasi olduğunu, hukuki sorumluluğun Bakanın kendisinde kalacağını düşünmektedir. Bkz., ARMAĞAN, 1978, s. 137.

22 ARMAĞAN, 1978, s. 49-50.

23 ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2000, s. 36.

24 ONAR, Erdal / KONTACI, Ersoy, "Bakanların Bireysel Siyasal Sorumluluğuna Eleştirel Bir Bakış", **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 564-565; KUZU, Burhan, "Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 53, Sayı:1-4, 1988-1990; SOYSAL, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 338. Duran ise bu yetkilere rağmen, Başbakanın Bakanlar üzerinde hiyerarşik amir konumunda olmadığını düşünmektedir. Bkz., DURAN, 1982, s. 80.

Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından oluşur. Cumhurbaşkanının katılmadığı zamanlarda Kurul, Başbakanın başkanlığında toplanır. Kurulun gündemi, Başbakan ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir. Milli Güvenlik Kurulunun devletin varlığı ve bağımsızlığına, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliğine, toplumun huzur ve güvenliğinin korunmasına yönelik alınmasında zorunluluk gördüğü tedbirlere yönelik kararları Bakanlar Kurulunca değerlendirilir. 1982 Anayasasının ilk düzenlemesinde 118. maddenin 3. fıkrasının sonunda "öncelikle dikkate alınır" ibaresi vardı. Anayasada 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile anılan ibare yerine "değerlendirilir" ibaresi getirilmiştir. Kurul kararları tavsiye niteliğinde olduğu için, Bakanlar Kurulu açısından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ancak tavsiye niteliğinde de olsa, anılan kararların kamuoyundaki etkisi büyük olabilmektedir.<sup>25</sup> Dolayısıyla Başbakan özellikle tek parti hükümetinin iktidarda olduğu zamanlarda Kurulun en belirleyici üyesi haline gelebilmektedir.

#### E. Yönetmelik Çıkarmak

Anayasamız 124. maddesinde getirdiği düzenleme ile Başbakana yönetmelik çıkarma yetkisi vermiştir. Maddede Başbakan yerine Başbakanlık terimi kullanılmış olsa da, anılan yetkiyi Başbakanın kullanacağı açıktır.

25 Milli Güvenlik Kurulu kararlarının kamuoyu ve siyaset sahnesindeki etkilerine yakın tarihimizden verilebilecek bir örnek 28 Şubat 1997 sürecidir. 28 Şubat Milli Güvenlik Kurulunun toplantı tarihidir. Bu toplantıda Genelkurmay Başkanı İsmail Hakkı Karadayı ve diğer komutanlar, köktendinciliğin yayılmasını önlemek için on sekiz maddelik bir önlemler demeti önermişlerdir. Milli Güvenlik Kurulu da bu toplantıdan itibaren yapılan aylık toplantılarda da, irticanın Türkiye'nin güvenliğine karşı büyük bir tehdit olarak gösterilmesi üzerine, esasen tavsiye niteliğinde olan Kurul bildirişi tüm kamuoyunda ve siyaset sahnesinde tartışılır olmuştur. 54. Hükümeti oluşturan koalisyonun Başbakanlık görevini sürdüren Necmettin Erbakan görevinden istifa ederek, koalisyon protokolü uyarınca Tansu Çiller'in hükümeti kurmakla görevlendirilmesini talep etmiştir. Bkz., 19.06.1997 tarih ve 23024 sayılı **Resmi Gazete**. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel ise koalisyon protokolünün kendisini bağlamadığını belirterek, hükümet kurma görevini Mesut Yılmaz'a vermiştir. Bkz., 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı **Resmi Gazete**. Ayrıca bkz., AKŞİN, Sina, **Kısa Türkiye Tarihi**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008, s. 301-304; ERDOĞAN, Mustafa, **Rejim Sorunu**, Vadi Yayınları, Ankara, 1997, s. 43-54.

### III. BAŞBAKANIN GÖREVİNİN SONA ERMESİ

#### A. Türkiye Büyük Millet Meclisi Seçimlerinin Yenilenmesi

Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesi tek başına Başbakanın görevini sona erdirici bir neden olarak görülmemelidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından verilen seçimlerin yenilenmesi kararında Anayasanın 114. maddesi uyarınca geçici Bakanlar Kurulu oluşturulmakta, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma Bakanları değiştirildikten sonra, mevcut Bakanlar Kurulu yeni Bakanlar Kurulu oluşturulana kadar görevinde kalmaktadır. Anayasanın 116. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde ise, Bakanlar Kurulu ile Başbakanın görevi sona ermekte ve yeni bir Bakanlar Kurulu oluşturulmaktadır. Bu durumda Bakanlar Kurulu çekilmekte ve Cumhurbaşkanı geçici Bakanlar Kurulunu kurmak üzere bir Başbakan atamaktadır. Geçici Bakanlar Kuruluna Adalet, İçişleri ve Ulaştırma Bakanları, Türkiye Büyük Millet Meclisindeki veya Meclis dışındaki bağımsızlardan olmak üzere siyasi parti gruplarından oranlarına göre üye seçilir. Yukarıda belirtilenlerden de anlaşılacağı üzere, Cumhurbaşkanınca seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi durumunda, Başbakan ile birlikte tüm Bakanlar Kurulu üyeleri yeniden atanmaktadır.

#### B. Başbakanın Ölmesi

Ölümlerle birlikte Başbakanın görevi de sona erecektir. Başbakanın görevinin sona ermesi Bakanlar Kurulunun da görevini sona erdireceğinden, yeni hükümet kurulana kadar Bakanlardan biri Cumhurbaşkanı tarafından Başbakan olarak atanabilir.<sup>26</sup>

Üzerinde tartışılması gereken bir başka konuda, Başbakanın görevini yapamayacak şekilde ağır bir hastalığa yakalanması durumudur. Anayasamızda bu tür bir ihtimalin gerçekleşmesi durumunda nasıl hareket edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada, Cumhurbaşkanı vekâleti düzenleyen Anayasanın 106. maddesinin kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla

26 YAVUZ, 2008, s. 213. 1924 Anayasası döneminde, dönemin Başbakanı Refik Saydam'ın 1942 yılında vefat etmesi üzerine, 2. Cumhurbaşkanı İsmet İnönü yeni hükümet kurulana kadar İçişleri Bakanı Fikri Tüzer'i vekâleten Başbakanlığa atamıştır. Bkz., 09.07.1942 tarih ve 5153 sayılı **Resmi Gazete**.

gelebilir. Anayasanın anılan maddesinde belirtilen durumların gerçekleşmesi halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Cumhurbaşkanına vekâlet etmekte ve ona ait yetkileri kullanmaktadır.<sup>27</sup> Ancak kanaatimizce bu zorlama bir yorum olacaktır; dolayısıyla mevcut yasal boşluğun Anayasaya eklenecek bir hükümlerle doldurulması en akılcı yol olarak gözükmektedir.<sup>28</sup> Başbakana vekâlet konusu üzerinde çalışmanın V. bölümünde durulacaktır.

#### C. Başbakanın İstifa Etmesi

Görevdeki bir başbakan çok çeşitli nedenlerle istifa etmek isteyebilir veya istifa etmek zorunda kalabilir. İstifa yenilik doğurucu ve tek taraflı kullanılan bir hak olup kabule bağlı değildir.<sup>29</sup> Ancak Başbakanın görevinden istifa etmesinin siyasi boşluk doğurma ihtimalinden dolayı, Anayasamız 104. maddesi ile Başbakanın istifasının Cumhurbaşkanı tarafından kabul edileceğini öngörmüştür. Burada, Cumhurbaşkanının istifayı reddetme hakkı bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı Başbakanın istifasını kabul ederek yeni Bakanlar Kurulu kurulana kadar Başbakanın görevinde kalmasını isteyebilir.<sup>30</sup> Cumhurbaşkanı kendiliğinden de Başba-

27 1961 Anayasası döneminde, Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel hastalığı sebebiyle görev yapamaz duruma düşmüştür. 1961 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı makamının hangi durumlarda boşalmış sayılacağına açık bir biçimde düzenlenmemiş olması ve Cumhurbaşkanının hayatta olup yurt içinde bulunması sebebiyle vekâlet müessesesi de işletilemediği için, ortaya Anayasal bir problem çıkmıştır. Bu konuda görüşlerine başvuru Prof. Dr. Bülent Nuri Esen ve Prof. Dr. Muammer Aksoy, yeni Cumhurbaşkanının seçilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmişlerdir. Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel'in artık görevini yerine getiremeyeceğine ilişkin sağlık raporu doğrultusunda, dönemin Başbakanı Demirel, hükümet yazısıyla Türkiye Büyük Millet Meclisinden Cumhurbaşkanlığı seçiminin yapılmasını istemiş ve Meclis, Cumhurbaşkanlığı makamının boşaldığına karar vererek aynı gün yeni Cumhurbaşkanını seçmiştir. Bkz., **Türkiye Büyük Millet Meclisi Birleşik Toplantı Tutanak Dergisi**, 5. Birleşim, 114 sayılı karar, 28.03.1966; ARCA YÜREK, Cüneyt, Çankaya Gelenler Gidenler, Detay Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 151; ÖZDEMİR, Hikmet, **Atatürk'ten Günümüze Cumhurbaşkanlığı Seçimleri**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 193-194.

28 YAVUZ, 2008, s. 214. Okşar, böyle bir durumun gerçekleşmesi durumunda Başbakanın yasama organı tarafından güvensizlik oyu ile düşürülmesinin ve yeni Bakanlar Kurulu kuruluncaya kadar Başbakanlık görevinin vekâleten yürütülmesinin en uygun çözüm yolu olacağını ileri sürmektedir. Bkz., OKŞAR, 2012, s.253.

29 GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 254-255; GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 1997, s. 568-570.

30 Aslında görevdeki Başbakanın kendisinin ve dolayısıyla hükümetin istifasını sunduktan sonra yenisi kurulana kadar görevine devam etmesi bir zorunluluk değildir. Burada önemli olan konu Bakanlar Kurulunun yani hükümetin görevine devam etmesi ve dev-



kandan görevden çekilmesini isteyebilir. Özellikle koalisyon dönemlerinde, Başbakanın diğer siyasi partilerden olan Bakanlar ile görüş ayrılığına düşmesi ve bu durumun da hükümetin faaliyetlerini olumsuz yönde etkilemesi halinde, Cumhurbaşkanı Başbakanı görevinden çekilmesini isteyebilir.

Güvensizlik oyu alınması durumunda da Başbakanı beklenen görevinden istifa etmesidir. Acaba güvensizlik oyu alan Başbakan ve dolayısıyla hükümet görevinden istifa etmediği takdirde nasıl bir yol izlenebilir? Bu konuda Başbakanı istifaya zorlayacak normatif bir düzenleme bulunmamakla birlikte, parlamenter sistemin doğası gereği, Başbakanın istifa etmemesi durumunda sistem krize sürüklenerek ileride üzerinde durulacağı üzere siyasal sorumluluğun doğmasına yol açabilir. Bakanlar Kurulunun parlamentodan güvenoyu alamaması veya önceden sağlanan güveni kaybetmesi durumunda, görevinin sona ermesi kaçınılmaz bir sonuçtur. Anayasada düzenleme altına alınmamış olsa bile, Parlamenter hükümet sisteminin mantıksal yapısı gereği, parlamentonun güvenini sağlayamamış olan bir Bakanlar Kurulunun ve dolayısıyla Başbakanın görevinde kalarak varlığını sürdürmesi mümkün gözükmemektedir. Burada, 1982 Anayasasında güçlü yetkiler ile donatılmış olan yürütmenin diğer kanadı Cumhurbaşkanının devreye girmesi de düşünülebilir. 5678 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte, halk tarafından seçilecek olan Cumhurbaşkanlarının Anayasal yetkilerini zorlayacakları, dolayısıyla hükümeti azil yetkileri olmasa bile, Başbakanı ve hükümeti kamuoyu önünde istifaya zorlayabilecekleri olasılık dahilindedir. Dolayısıyla, 5678 sayılı Yasayla Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esasının benimsenmesi ile birlikte, mevcut görüşlerin yeniden gözden geçirilmesinde fayda vardır. Ancak en sorunsuz yol konunun Anayasada

let işlerinin aksamasıdır. Nitekim uygulamada da böyle olduğu görülmektedir. 6. Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk, 1974 yılında düşürülmediği halde istifa eden Ecevit hükümetinin, yeni hükümet kuruluncaya kadar görevde kalmasını istemiştir. Bkz; ONAR, Erdal, "Türkiye Büyük Millet Meclisinin Denetim İşlevi", **TBMM ve Millî Egemenlik, 6. Millî Egemenlik Sempozyumu**, Ankara, 22 Nisan 1990, s. 38-39. Yine 1961 Anayasası döneminde Başbakan Nihat Erim aşırı yorgunluktan dolayı istifa etmiş ve görevine de devam etmek istememiştir. Millî Savunma Bakan Ferit Melen Cumhurbaşkanı tarafından yeni hükümet kurulana kadar Başbakan vekilliğine atanmıştır. Bkz., 18. 04.1972 tarih ve 14163 sayılı **Resmî Gazete**.

açıkça düzenlenmesidir.<sup>31</sup> Başbakanın görevinden istifa etmesi durumunda kabineyi oluşturan diğer Bakanlar da görevlerinden ayrılacaklardır.<sup>32</sup>

#### **D. Başbakanın Siyasal Sorumluluğu Gereği Görevinin Sona Ermesi**

Başbakanını siyasal sorumluluğu sonucu görevinin sona erebileceği haller göreve başlarken güven oylaması, görev sırasında güven oylaması ve gensoru önergesi olup, bu konulara aşağıda, Başbakanın siyasal sorumluluğu başlığı altında değinilecektir.

#### **E. Meclis Soruşturması ve Yüce Divana Sevk**

1982 Anayasasının 113. maddesinin 3. fıkrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı ile Yüce Divana sevk edilen bir Bakanın bakanlıktan düşeceği, Başbakanın Yüce Divana sevk edilmesi halinde ise hükümetin istifa etmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>33</sup> Meclis soruşturmasının<sup>34</sup> asıl işlevi cezai sorumluluk doğurmak ve Bakan veya Başbakanın yargılanmasının yolunu açmaktır.<sup>35</sup> Meclis soruşturması sırasında aslında Meclis adli bir görev yapmaktadır.<sup>36</sup> Yüce Divana sevk sonucunda Bakanın veya hükümetin istifa etmiş sayılacak olmasından dolayı, meclis soruşturmasının kural

31 Nitekim, yarı başkanlık sistemini benimsemiş olan Fransız 5. Cumhuriyet Anayasasına göre belli şartların gerçekleşmesi durumunda Cumhurbaşkanı azil yetkisini kullanabilmektedir. Ülke bazında karşılaştırmalı örnekler için bkz; GÖZLER, Kemal, **Devlet Başkanları**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001, s. 171-174. Yavuz, Cumhurbaşkanının Başbakanı azil yetkisinin, Başbakan ile Bakanlar arasında veya Başbakan ile yasama organı arasında çıkacak olan uyumsuzluklara münhasıran kabul edilmesi ve bu doğrultuda düzenleme yapılması gerektiğini düşünmektedir. YAVUZ, 2007, s. 215.

32 Avusturya Anayasası Başbakanın tek başına istifa edebilmesini kabul etmiştir. Bkz; ARMAĞAN, 1978, s. 114.

33 Burada amaçlanan yargılama faaliyetinin hiçbir baskı altında kalmadan yapılması ve yürütme organının kamuoyu önünde yıpranmasının önüne geçilmesidir. Bkz., FEYZİOĞLU, Metin, **Meclis Soruşturması**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006 s. 131-132.

34 Meclis soruşturması hakkında bkz., KAPICI, Ferhat, **Meclis Soruşturması**, Adil Yayınevi Ankara, 2001; TÜLEN, Hikmet, **Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması**, Mimoza Yayınları, Konya, 1999; ONAR, 1990; FEYZİOĞLU, 2006.

35 Soru, gensoru ve meclis araştırması ile Başbakan veya Bakanların yargılanması yolunu açmak mümkün değildir. GÖZLER, 2000, s. 429.

36 BALTA, Tahsin B., **Türkiye'de Yürütme Kudreti**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s. 12; ARMAĞAN, 1978, s. 115.

olarak bir siyasi denetim vasıtası olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>37</sup> Ancak, Yüce Divana sevk edilen Başbakanın beraat etmesi halinde meclis soruşturmasının sonucunun cezai değil, siyasi sorumluluk doğurucu olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Acaba Yüce Divana sevk edilip beraat eden bir Başbakan görevine geri dönebilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Zaten Yüce Divana sevk edilmiş bir Başbakana Meclisin güvenini yitirmiş olduğu da söylenebilir. Yüce Divana sevk edilen ve hükümeti düşmüş bir Başbakanın, yeni Bakanlar Kurulu kurulana kadar görevine devam etmesi de olanak dâhilinde gözükmemektedir. Burada, Cumhurbaşkanı tarafından bir Bakanın vekil olarak atanması ve Başbakan vekili başkanlığındaki hükümete, yenisi kuruluncaya kadar görevine devam etme imkânının sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>38</sup>

Unutulmaması gereken bir husus da, Başbakanın Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından ancak görevi ile ilgili suçlardan dolayı yargılanabileceğidir. Başbakan görevi dışındaki suçlardan dolayı, ancak milletvekili dokunulmazlığı kaldırıldıktan sonra genel mahkemelerde yargılanabilmektedir. 1982 Anayasası Başbakanın görevi ile ilgili suçların neler olduğuna ilişkin bir düzenleme getirmemiştir.<sup>39</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6. maddesinin c bendi uyarınca kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da, herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılmalıdır. Kaldı ki, Başbakanın görevinin neler olduğuna ilişkin bir düzenleme, günümüz yürütme organının gün be gün artan faaliyet ve görev alanları düşünülüğünde konuyu daha da çıkmaza sokacaktır. Ülkemizde bugüne kadar görevdeki bir Başbakanın Yüce Divana sevk edilmesi yaşanmamıştır. Ancak görevden ayrılan bir Başbakan meclis soruşturması ile Yüce Divana sevk edilebilir.<sup>40</sup>

37 YAVUZ, 2007, s. 225.

38 OKŞAR, 2012, s. 499; FEYZİOĞLU, 2006, s. 132-133.

39 1924 Anayasası 47. maddesi ile Bakanların görev ve sorumluluklarının özel bir kanunla düzenleneceğini belirtmiş olmasına rağmen, uygulandığı süre içerisinde bu konuya hasredilmiş bir kanun yürürlüğe girmemiştir.

40 Örneğin Mesut Yılmaz Başbakanlık görevinden sonra hakkın da açılan meclis soruşturması ile Yüce Divana sevk edilmiştir. İlgili Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı için bkz., 01.11. 2004 tarih ve 25361 sayılı **Resmi Gazete**.

## F. Bütçe Kanunu Tasarısının Reddedilmesi

Bütçenin kabul edilmesi yasama organının Bakanlar Kuruluna ve onun uygulamalarına duyduğu güvenin göstergesidir. Dolayısıyla hazırlanan bütçenin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından reddedilmesi, yasama organı tarafından artık Bakanlar Kuruluna güven duyulmadığı anlamına gelmektedir. Bütçesi kabul edilmeyen hükümet ve dolayısıyla Başbakanın istifa etmesi gerekmektedir.<sup>41</sup>

## G. Başbakanın Milletvekilliğinin Sona Ermesi

Milletvekili sıfatının nasıl sona ereceği ve izlenecek usul Anayasanın 84. maddesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla milletvekilinin istifa etmesi, milletvekili seçilmeye engel bir suçtan hükümlü olması veya kısıtlanması, milletvekilliği görevi ile bağdaşmayacak bir görevi sürdürmekte ısrar edilmesi, Meclis çalışmalarını özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içinde toplam beş birleşim günü katılmama milletvekilliğinin düşmesine sebep olmaktadır. Yine Anayasanın 101. maddesinin son fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanı seçilmek, yeniden milletvekili seçilememek, 76. maddenin f. fıkrası uyarınca Türk vatandaşlığını kaybetmek de milletvekilliği sıfatını sona erdirecektir.<sup>42</sup>

Başbakanın milletvekilliğinin sona ermesi halinde, Başbakanlık görevinin de sona ereceğini kabul etmek gerekir.<sup>43</sup> Kaldı ki, Anayasamız 109. maddesinin 2. fıkrasında Başbakanın Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanacağını açıkça belirtmiştir. Uygulamada Başbakanın yeni seçimlerde milletvekili seçilememesi durumunda, Cumhurbaşkanı'nın Başbakandan görevine devam etmesi konusunda ricada bulunduğu ve Başbakanın da bu doğrultuda yeni Bakanlar

41 ÇAĞAN, Nami, "Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Kontrolü", **Anayasa Yargısı Cilt:2**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 207; ARSLAN, Süleyman, **Bakanlar Kurulunun İktisadi ve Mali Alandaki Görev ve Yetkileri**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Yayın No:204, Ankara, 1982, s. 130-131; GÖZLER, 2000, s. 572.

42 Daha ayrıntılı bilgi için bkz., ONAR, Erdal, "1982 Anayasasında Milletvekilliği'nin Düşmesi", **Anayasa Yargısı, Cilt:14**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1997, s. 387-465; TIRYAKIOĞLU, Bilgin, "1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi (Merve Safa Kavakçı Olayı)", **Faruk Erem Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 1999, s. 557-594; BİLİR, Faruk, **Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi**, Nobel Yayınları, Ankara, 2001.

43 YAVUZ, 2007, s. 228.

Kurulu kurulana kadar görevine devam ettiği görülmektedir.<sup>44</sup> Ülkemizde uygulanan seçim sisteminin göz önüne aldığımızda, baraj altında kalmayan bir siyasi parti liderinin milletvekili seçilememesi olasılığı neredeyse yok denecek kadar azdır. Seçim barajı altında kalan bir iktidar partisinin kurduğu Bakanlar Kurulunun Başbakan dâhil hiçbir üyesinin milletvekili seçilememesi olasılığı ise daha yüksektir.<sup>45</sup> Böyle bir durumda seçim öncesi Başbakan olan kişinin yeni hükümet kuruluncaya kadar görevine devam etmesi en uygun yaklaşım olarak düşünülebilir.<sup>46</sup>

Burada milletvekilliği sona eren bir Başbakanın görevinin nasıl sona erdirileceği sorusu akla gelebilir. Anayasamız Başbakanın istifa etmesi ya da Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından görevinden düşürülmesi hakkında hüküm öngörmesine rağmen, görevine son verilmesi veya azledilmesi hakkında bir hüküm öngörmemiştir. Bu halde, Başbakanın Cumhurbaşkanı tarafından görevinden azledilebileceği düşünülebilir. Uygulamada siyasi ve hukuki sorun yaratabilecek olan bu çözüm yerine, konunun Anayasal düzenleme ile hüküm altına alınması gerekmektedir.

## H. Başbakanın Cumhurbaşkanı Seçilmesi

Anayasamızda Başbakanın Cumhurbaşkanı seçilmesi halinde nasıl bir yol izleneceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>47</sup> Ancak Anayasamızın 101. maddesinde, Cumhurbaşkanı seçilen kişinin milletvekilliği sıfatının sona ereceği düzenlenmiştir.

44 Başbakanın milletvekili seçilememesi durumunda görevinin kesin olarak sona ereceği, bu halde, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunun bir üyesini Başbakan vekili olarak atayarak, Bakanlar Kurulunun görevini sürdürmesini sağlamanın yönetimde süreklilik ilkesi gereği en doğru yol olduğu ileri sürülmektedir. Bkz., GÖZLER, 2000, s. 588; YAVUZ, 2007, s. 228.

45 Örneğin 57. Hükümetini (Ecevit Hükümeti) oluşturan siyasi partiler (Demokratik Sol Parti-Milliyetçi Hareket Partisi-Anavatan Partisi) 3 Kasım 2002 tarihli milletvekili genel seçimlerinde baraj altında kalmışlar ve Bakanlar Kurulunun hiçbir üyesi anılan seçimde milletvekili olamamışlardır.

46 OKŞAR, 2012, s. 491. Nitekim 3 Kasım 2002 tarihli genel seçimler sonrasında milletvekili seçilemeyen 57. Hükümetin Başbakanı Bülent Ecevit istifasını Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'e sunmuş; Sezer Ecevit'ten yeni hükümet kurulana kadar görevine devam etmesini istemiştir. Ecevit de 58. Hükümet kurulana kadar görevine devam etmiştir. Bkz., 05.11. 2002 tarih ve 24927 sayılı **Resmi Gazete**.

47 Yakın siyasi tarihimizden örnek vermek istersek, 8. Cumhurbaşkanı Turgut Özal ile 9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel Başbakan iken Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Cumhurbaşkanı seçilmişlerdir.

Bu düzenlemeden milletvekilliği sona eren bir Başbakanın Başbakanlık görevinin de sona ereceği sonucunu çıkarabiliriz. Üzerinde durulması gereken bir başka konu da, Başbakanın Cumhurbaşkanı seçilmesi durumunda hükümetin görevine devam edip edemeyeceği ve boşalan Başbakanlık makamının nasıl doldurulacağıdır. Burada hükümetin görevinin hemen sona ereceğini kabul etmek, yönetimde doğacak boşluk da göz önünde alındığında doğru bir yaklaşım olarak gözükmektedir. Başbakanlık görevinin, yeni hükümet kuruluncaya kadar bir Bakan tarafından yerine getirilmesi çözüm yolu olarak düşünülebilir.<sup>48</sup>

## I. Parti Liderliğini Yitirme

Başbakanın parti liderliğini kaybetmesi halinde Başbakanlık görevinin de sona ereceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Zaten Başbakan olarak seçilebilmek için de parti lideri olma şartı aranmamaktadır.<sup>49</sup> Parti liderliğini kaybeden bir Başbakanın, milletvekillerinin desteğini de kaybetmiş olmasından dolayı, Başbakanlık görevinden istifa etmesi ve yerine yeni parti liderinin geçmesinin uygun olacağı düşünülebilir.<sup>50</sup>

## IV. BAŞBAKANIN SORUMLULUĞU

Başbakanın sorumluluğunu siyasi, cezai ve hukuki sorumluluğu olmak üzere üç ana başlık altında inceleyebiliriz.

48 Nitekim 8. Cumhurbaşkanı Turgut Özal, 7. Cumhurbaşkanı Kenan Evren'in görev süresinin dolmasından bir süre önce seçilebilmiştir. Bu nedenle seçildiği an milletvekilliği de sona ermiş; ancak bir süre sonra and içerek görevine başlayabilmiştir. O ara dönemde Özal'ın milletvekilliği bittiği için Başbakanlığı da sona ermiştir. Bu sebeple Cumhurbaşkanı Evren, Başbakan yardımcısı Ali Bozer'i Başbakan olarak görevlendirmiştir. Özal Cumhurbaşkanı olarak and içip göreve başlayınca hükümeti kurma görevini Yıldırım Akbulut'a vermiş, Akbulut'un kurduğu hükümet onaylanıncaya kadar Bozer'in vekâleti devam etmiştir. Bkz., 01.11.1989 tarih ve 20329 sayılı **Resmi Gazete**. Yine, 1993 yılında 9. Cumhurbaşkanı seçilen Süleyman Demirel'e Başbakan Yardımcısı Erdal İnönü vekâlet etmiştir. Bkz., 16.05.1993 tarih ve 21583 Sayılı **Resmi Gazete**.

49 Yakın siyasi tarihimizde bu durumun örneği yaşanmıştır. 3 Kasım 2002 seçimlerinde Recep Tayyip Erdoğan Adalet ve Kalkınma Partisinin lideri olduğu halde, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmadığı için milletvekili, dolayısıyla da Başbakan olamamıştır. Hükümeti kurmakla Milletvekili Abdullah Gül görevlendirilmiştir. Bkz., **Milliyet Gazetesi**, 17 Kasım 2002.

50 Örneğin, Başbakan Yıldırım Akbulut Anavatan Partisinin genel başkanlığını kaybetmesi üzerine görevinden istifa etmiş ve yerine partinin yeni genel başkanı hükümeti kurmakla görevlendirilmiştir. Bkz., GÖZLER, 2000, s. 592.

## A. Siyasal Sorumluluğu

Parlamente hükümet sisteminde siyasal sorumluluk bireysel ve kolektif olmak üzere iki türdür.<sup>51</sup> Başbakanın siyasal sorumluluğu ile kastedilen, Başbakanın ve dolayısıyla Bakanlar Kurulunun görevlerine devam edip etmeyeceklerini belirleyen sorumluluktur. Başbakan ile Bakanlar Kurulunu birbirinden ayırabilmek mümkün görülmemektedir. Başbakanın siyasal sorumluluk ile görevinin sona ermesi, Bakanlar Kurulunun da görevinin sona ermesine sebep olacaktır. Yani Başbakanın siyasal sorumluluğu, aynı zamanda Bakanlar Kurulunun kolektif sorumluluğu anlamına gelmektedir. Siyasal sorumluluğun asıl amacı hükümet ile yasama organı arasında işbirliği ve uyumu sağlamaktır.<sup>52</sup>

### 1. Göreve Başlarken Güven Oylaması

Her hükümetin iktidara gelirken bir hükümet programı olur.<sup>53</sup> Hükümet programı Bakanlar Kurulunun iç ve dış siyasette belirlediği amaçlara ilişkin bir metindir.<sup>54</sup> Bu metin hukuki bağlayıcılıktan ziyade, hükümeti benimseyen kişiler tarafından moral bağlayıcılık içermektedir.<sup>55</sup> Ancak hükümet, sunduğu programı ile kendisini yasama organına karşı bağlamaktadır.<sup>56</sup> Başbakanın kurduğu hükümetin göreve başlarken yasama organından güvenoyu alamaması Başbakanın istifasını, hükümetin de görevi bırakmasını gerektirecektir.<sup>57</sup> Dolayısıyla güvenoyu alamamış bir hükümet kendisine tanınan anayasal yetkileri kullanamamalıdır.<sup>58</sup> Anayasamızın konuyla ilgili 110. maddesi

51 TURHAN, Mehmet, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 36.

52 YAVUZ, **2007**, s. 218.

53 GÖZÜBÜYÜK, **1998**, s. 238.

54 ARMAĞAN, **1978**, s. 65-66.

55 DURAN, Lütfi, "Türkiye'de Planlamanın Hukuki Rejimi", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:3, Türkiye Ortadoğu ve Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1975, s. 3.

56 ARMAĞAN, **1978**, s. 66.

57 Ülkemizde Cumhuriyet tarihi boyunca kurulan üç hükümet kurulduktan sonra güvenoyu alamamıştır. Bunlardan ilki Sadi İrmak Hükümetidir (17.11.1974-31.03.1975). Diğer iki hükümet ise birer azınlık hükümeti olan II. Ecevit Hükümeti (21.06.1977-21.07.1977) ile II. Çiller Hükümetidir (05.10.1995-30.10.2005). Bkz., **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Dönem 4, Cilt:7, 1974 s. 252; **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Dönem 5, Cilt:1, 1977, s. 76; **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Dönem 19, Cilt:94, 1995, s. 558; ONAR, **2004**, s. 94.

58 Yakın siyasi tarihimizde farklı bir uygulama görülmüştür. 1961 Anayasası döneminde 38. Türkiye Cumhuriyeti (Sadi İrmak Hükümeti, 17.11.1974-31.03.1975) güvenoyu alamamasına rağmen, işgü-

ncelendiğinde, göreve başlarken yapılan güven oylamasında, 110. maddede düzenlenen görev sırasındaki güven oylamasından farklı olarak özel bir çoğunluk aranmadığı, bir anlamda hükümet kurmanın kolaylaştırılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Anayasamızın 96. maddesinde düzenlenen genel karar yeter sayısına ulaşamayan bir Başbakan ile hükümetinin istifa etmesi gerekir.

### 2. Görev Sırasında Güven Oylaması

Anayasamızın 111. maddesi Başbakana, gerek gördüğü takdirde, Bakanlar Kurulu ile de görüştüğünden sonra Türkiye Büyük Millet Meclisinden güvenoyu isteme imkânı sağlamaktadır. Bu sayede hükümet, görev sırasında yasama organının çoğunluğunun desteğinin halen arkasında olduğunu göstererek icraatlarında daha emin ve cesaretli adımlar atabilir.<sup>59</sup> Görev sırasında güven oylaması özellikle, Bakanlar Kurulu ile yasama organı arasında önemli bir anlaşmazlığın çıkması durumunda bir çözüm yolu olarak kullanılabilir. Örneğin, yasama organının Başbakandan, Bakanlar Kurulu içerisindeki bir veya birkaç Bakanın faaliyetleri sebebiyle görevden alınmasını istemesi halinde Başbakanın önüne iki seçenek çıkmaktadır. Başbakan böyle bir durumda Cumhurbaşkanı'dan Bakanların görevden alınmasını isteyebileceği gibi, eleştirileri tüm Bakanlar Kuruluna yapılmış gibi kabul ederek Meclisten güvenoyu da isteyebilir.<sup>60</sup> Yapılacak olan oylama sonrasında hükümet yeterli oyu aldığı takdirde, yasama organı ile arasında doğan bu sıkıntıdan güçlenmiş olarak çıkacaktır. Başbakan yasama organı ile arasında hiçbir anlaşmazlık olmasa bile siyaseten güçlenmek amacıyla görev sırasında güven oylamasına başvurabilir.<sup>61</sup>

der hükümet olarak Güneydoğu illerinin bir kısmında sıkıyönetim ilan etmiş, fakat bu karar Meclis tarafından kabul edilmemiştir. ONAR, **1990**, s. 47-48, 57-58.

59 ÖZBUDUN, Ergun, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 342-343.

60 ARMAĞAN, **1978**, s. 107-108. Süleyman Demirel'in başkanlığındaki 43. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinde, dönemin Dışişleri Bakanı Hayrettin Erkmen hakkında aslında bütünüyle hükümetin sorumluluğunu gerektiren bir gensoru önergesi verilmiştir. Millet Meclisinin 5 Eylül 1980 tarihli 130. Birleşiminde yapılan oylama sonucunda güvensizlik önergesi kabul edilmiş ve Dışişleri Bakanı Hayrettin Erkmen, Cumhuriyet tarihimizin düşürülen ilk Bakanı olmuştur. Demirel, gerçekte hükümetin dış politikasını ilgilendiren bireysel gensoru önergesini üstlenerek görev sırasında güvenoyu talep etmemiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., ONAR / KONTACI, **2011**, s. 566-581.

61 26 Mart 1989 tarihinde yapılan mahalli seçimlerden sonra

Batı ülkelerinde siyasi gövde gösterisi olarak sıklıkla kullanılabilen görev sırasındaki güven oylaması, ülkemizde daha az kullanılmamaktadır.

### 3. Gensoru

Gensoru yasama organının yürütme organına karşı kullanılabileceği en etkin denetim yoludur. Meclis yeterli çoğunluğu sağladığı takdirde, Anayasanın 99. maddesi uyarınca gensoru ile Bakanlar Kurulunu veya tek bir Bakanı düşürebilir. Aslında gensoru önergesi ile Bakanlar Kurulu belirli bir konu veya izlediği siyaset hakkında Meclise açıklama yapmaya davet edilmektedir. Dolayısıyla gensoru, Bakanların siyasi sorumluluklarını gündeme getiren<sup>62</sup>, görevden düşürülebilmelerine imkân sağlayan ve esas muhatabı Başbakan olan bir denetim mekanizmasıdır.<sup>63</sup> Bu amaçla bir Bakanın veya hükümetin her türlü uygulaması önerge konusu olabilir. Ancak gensorunun etkinliği, yasama organındaki siyasal çoğunluğun dağılımına göre değişir.<sup>64</sup> Örneğin yasama organında tek bir siyasal partinin çoğunluğu sağlamış olması halinde gensoru etkili bir denetim yolu olarak kullanılamayacaktır.<sup>65</sup> Yasama organında birden fazla siyasal partinin, birbirlerine net üstünlük sağlayamayacak şekilde bulunması halinde, özellikle koalisyon dönemlerinde gensoru kendisinden beklenenin çok üstünde bir performans gösterebilir. Azınlık hükümetlerinin iktidarda olduğu dönemlerde, hükümete dışarıdan destek veren partilerine desteğini çekmesi ile hükümet de düşeceği için, gensoru görevdeki bir hükümet için ölüm kalım mücadelesi haline dönüşebilir.<sup>66</sup>

dönemin Başbakanı Turgut Özal Bakanlar kurulunda önemli değişiklikler yapmıştır. Bu kapsamlı değişikliklerden sonra Özal, Anayasanın 11. maddesi uyarınca yasama organından güvenoyu isteminde bulunmuştur. Söz konusu güven istemi yasama organının 95 red oyuuna karşı 289 güvenoyu ile kabul edilmiştir, Bkz., 13 Nisan 1989 tarih ve 20138 sayılı **Resmi Gazete**. Ayrıca bkz., Lütfi Duran, "Cumhurbaşkanı Ne Yapabilirdi?", 20.04.1989 tarihli **Cumhuriyet Gazetesi**.

62 Gensoru siyasal sorumluluktan ayrı olarak düşünülmemesi gereken bir denetim yoludur, Bkz., TURHAN, 1989, s. 143.

63 NEZİROĞLU, İrfan, **Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 172-173.

64 OKŞAR, 2012, s. 472.

65 Böyle bir durumda Başbakan ve dolayısıyla Bakanlar Kurulu güven tazeleme imkânına bile sahip olabilmektedir. İBA, Şeref, **Parlamento Hukuku**, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2010, s. 215.

66 ARMAĞAN, 1978, s. 108-109.

Gensoru ile hedeflenen bir diğer husus da, Bakanlar Kurulu ya da belli bir Bakanın görevi ile ilgili faaliyetlerinin beğenilmemesi durumunda, bu konuda karşılıklı görüşme yapılmasıdır. Gensoru ile muhalefet hükümeti düşüremese bile, ona yönelik eleştirileri kamuoyuna sunma şansı yakalamaktadır.<sup>67</sup> Böyle bir durum da çoğulcu demokrasi anlayışına uygun olacak ve yasama organındaki azınlığın sesini duyurabilme, düşüncelerini halk ile paylaşabilme imkânına sahip olmasına yol açacaktır. Buna karşılık iktidar da gensoru görüşmelerinde, yürüttüğü politikaların doğruluğunu savunma imkânına sahip olmaktadır.<sup>68</sup>

Yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminde olan 1982 Anayasası gensoru önergesi vermeyi 1961 Anayasasına göre daha zor hale getirmiştir.<sup>69</sup> 1961 Anayasasına göre gensoru önergesi en az on milletvekili veya meclisteki bir parti grubu tarafından verilebilirken, 1982 Anayasası anılan önergeyi vermek için en az yirmi milletvekilinin veya bir siyasal parti grubunun bir araya gelmesini aramaktadır.<sup>70</sup>

### B. Cezai Sorumluluğu

Cezai sorumluluk teriminden anlaşılması gereken, Başbakanın ceza hukukundan kaynaklanan sorumluluğudur. Başbakanın cezai sorumluluğu, kişisel eylemlerinden doğan cezai sorumluluğu ile göreviyle ilgili eylemlerinden doğan cezai sorumluluğu olarak ikiye ayrılır. Bu ikili ayrımın pratikteki

67 YAVUZ, 2007, s.222.

68 ARMAĞAN, 1978, s. 134.

69 YAVUZ, 2007, s. 223. 1961 Anayasası döneminde gensoru görüşmeleri sırasında yaşanan sıkıntılar 1982 Anayasası ile aşılmaya çalışılmıştır. Örneğin 1961 Anayasası döneminde Ulaştırma Bakanı hakkında Millet Partisi Grubu adına 470 sayfalık bir gensoru önergesi verilmiş ve bu önerge 8 birleşimde okunabilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 106. maddesiyle gensoru ile yasama organında okunacak olan metne 500 kelime sınırlanmıştır. Bkz., İBA, Şeref, **Parlamentar Denetim Yolları Etkinliği ve Susurluk Örneği**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1997, s. 109-112; İBA, Şeref, "Parlamento Hukukunda Obstrüksiyon ve Giyotin Kavramları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:52, Sayı:1, Ankara, 2003, s. 147-155.

70 Siyasal tarihimizde 1961 Anayasası döneminde iki, 1982 Anayasası döneminde iki olmak üzere toplam dört gensoru önergesi sonucuna ulaşmıştır. 31 Aralık 1977 tarihinde Başbakan Süleyman Demirel başkanlığındaki Bakanlar Kurulu, 5 Eylül 1980 tarihinde Dışişleri Bakanı Hayrettin Erkmen'in, 25 Kasım 1998 tarihinde önce Devlet Bakanı Güneş Taner'in, daha sonra Başbakan Mesut Yılmaz'ın güvensizlik önergeleri ile düşürülmeleri sağlanmıştır. Bkz., **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, 31.12.1977 tarihli 85. Birleşim, Cilt:2, s. 97; **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Yasama Dönemi:5, Cilt:16/1, 05.09.1980 tarihli Birleşim, s. 107; 26.11.1998 tarih ve 23535 sayılı **Resmi Gazete**.

önemi kendisini yargılama usulündeki farklılıkta gösterir. Başbakan aynı zamanda bir milletvekili olduğu için, kişisel suçlarından dolayı yasama dokunulmazlığı kaldırıldıktan sonra suçu işlediği yer ceza mahkemesince yargılanmakta iken, görevi ile ilgili suçlarından dolayı yasama organı tarafından Anayasanın 100. maddesi uyarınca meclis soruşturması sonucunda Yüce Divana sevk edildiği takdirde, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanmaktadır.

### 1. Kişisel Suçlarından Doğan Cezai Sorumluluğu

Başbakan da gerçek bir kişi olarak görevi dışında suç işleyebilir. Başbakan araba kullanırken trafik kazası yapabilir veya kasten birini yaralayabilir. Bu tür fiiller görev ile ilgili olmadığından, ilgili yargılama Yüce Divanda değil, yasama dokunulmazlığı kaldırıldıktan sonra, Türk Ceza Kanunu hükümleri doğrultusunda yargılama yapmaya yetkili ve görevli yer mahkemesince yapılacak, bu süre zarfında da zamanaşımı işlemeyecektir.<sup>71</sup> Kişisel suçlardan dolayı yargılanmanın temelinde, Anayasamızın 38. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 8. maddesinde kabul edilen mecburiyet ilkesi yer almaktadır. Anılan Kanunun 8. maddesi gereğince, Türkiye’de suç işleyen kişinin milliyeti ve durumu ne olursa olsun, ilgiliye Türk Ceza Kanunu uygulanacaktır.

Başbakan bir suç işlediğinde Cumhuriyet savcısı kendiliğinden veya şikâyet üzerine harekete geçerek soruşturma başlatabilecek, ancak Başbakan milletvekili olduğu için milletvekili dokunulmazlığından faydalanacaktır. Dolayısıyla Anayasanın 83. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Başbakan, Meclis kararı olmadıkça sorguya çekilemeyecek, tutuklanamayacak ve yargılanamayacaktır. Başbakanın kişisel fiillerinden dolayı yargılanabilmesi için, Türkiye Büyük Millet Meclisince yasama dokunulmazlığının kaldırılması gerekmektedir.

### 2. Görevi ile İlgili Suçlarından Doğan Cezai Sorumluluğu

1982 Anayasasının 148. maddesinin 3. fıkrasında

71 Yasama dokunulmazlığının zamanaşımına etkisi hakkında bkz., ARSLAN, Çetin, “Yasama Dokunulmazlığının Zamanaşımına Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:57, Sayı:1, Ankara, 2008, s. 1-58.

Anayasa Mahkemesinin, Bakanlar Kurulu üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılayacağı belirtilmektedir. Bu düzenlemeden Bakanlar Kurulu üyesi olan Başbakan hakkında da, görevi ile ilgili bir suçtan dolayı ceza hukuku genel hükümlerinden farklı olarak, ayrı bir cezai sorumluluk kabul edilmiş olduğunu söylemek mümkündür.<sup>72</sup>

Burada aklımıza hangi eylemlerin görev ile ilgili olup olmadığı sorusu gelebilir. Anayasamızda ve diğer yasalarda görev suçlarının katalog olarak neler olduklarına ilişkin açıklayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece Türk Ceza Kanununda memurların, kamu görevlisi sayılanların işleyebilecekleri suçlara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Başbakanın Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından memur sayılması durumunda, görevi ile ilgili tüm eylem ve işlemlerinden sorumlu olacağı, belirli sınırlar içerisinde denetim ve üst amir olmasından doğan sorumluluk çerçevesinde, Bakanların işlemlerinden dahi sorumlu olacağı söylenebilir. Aslında, daha önce de üzerinde durduğumuz gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6. maddesinde, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla, ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi kamu görevlisi sayılmaktadır. Başbakanın kamu görevlisi olduğunda şüphe yoktur; ancak hangi faaliyetlerin kamu görevi ile ilgili alana gireceği konusu uygulamada problem çıkarabilir. Dolayısıyla belirli eylemlerin kamu görevi ile ilgili olacağına ilişkin bir düzenleme de anlamsız olacaktır. Görev sınırının kapsamının fiil, kast ve aradaki illiyet bağının yorumlanması yoluyla belirlenmesi daha sorunsuz bir yol olarak gözükmektedir.

Başbakanın görevi ile ilgili bir suç işlediğinin tespit edilmesi halinde ise devreye Anayasanın 100. maddesi girecek ve anılan maddede öngörülen usul ile yapılacak meclis soruşturması sonucu doğrultusunda Başbakan Yüce Divanda yargılanacaktır.

### C. Hukuki Sorumluluğu

Başbakanın hukuki sorumluluğu ile özel hukuktan yani medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukukundan doğan sorumluluğu kastedilmektedir.

72 ARSLAN, Çetin, *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Nobel Yayınları, Ankara, 1999, s. 76; FEYZİOĞLU, 2006, s. 13-14.

Bu alanda Başbakanın diğer gerçek şahıslar gibi özel hukuk hükümlerine tabi olacağı şüphesizdir. Başbakanın hukuki sorumluluğunu, kişisel ve göreviyle ilgili eylemlerinden doğan hukuki sorumluluğu şeklinde bir ayrıma tabi tutarak incelememiz konuyu daha anlaşılır kılacaktır.

## 1. Kişisel Eylem ve İşlemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu

Başbakanın göreviyle ilgili olmayan kişisel eylem ve işlemlerinden dolayı sorumsuzluğu bulunmamaktadır. Başbakanın özel hukuktan doğan sorumluluğu diğer gerçek kişiler gibi tamdır. Başbakan bir gerçek kişi olarak özel hukuk ilişkilerine, örneğin ticaret hukuku, borçlar hukuku, medeni hukuktan doğan ilişkilere taraf olabilir. Başbakan bir gayrimenkul alıp bunu satabilir, kendisine miras kalabilir. Başbakan hak ve fiil ehliyetine sahip bir kişi olarak bir yakınının evini kiraya verebilir, kendisine ev kiralayabilir. İşte tüm bu işlemlerde Başbakan sade bir vatandaş gibidir. Kendisine alacak davası, tazminat davası açılabilir, hakkında icra takibi yapılabilir.

Başbakanın haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu da tamdır. Örneğin, bir trafik kazası sonucu kusurlu olarak yaralanmaya sebep olduğu takdirde, haksız fiilden doğan maddi zararı ödemelidir. Aksi halde karşı taraf, kendisine alacak davası açarak doğan zararın tazmin edilmesini isteyebilir.

## 2. Göreviyle İlgili Eylem ve İşlemlerden Doğan Hukuki Sorumluluğu

Başbakanın göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğu tamdır. Ancak burada, Başbakanın hizmet kusuru teşkil eden eylem ve işlemleri ile kişisel kusur teşkil eden eylem ve işlemlerini birbirinden ayırmak gerekir.

### a. Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Eylem ve İşlemleri

Başbakanın hizmet kusurundan doğan sorumluluğunun temelinde idarenin kusurlu sorumluluğu ilkesi yatmaktadır.<sup>73</sup> Burada Başbakanın bir hizmetten kaynaklanan, o hizmetin düzenlenmesinden ya da işletilmesinden kaynaklanan kusuru söz konusudur. Ancak hizmetten kaynaklanan kusurdan

bir zarar doğmuş ise, ortaya çıkan bu zarardan kişisel olarak Başbakan değil, idare sorumlu olacaktır. Keza, Anayasamızın 125. maddesinin son fıkrasında idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, hizmet kusuru teşkil eden eylem ve işlemlerden doğan zararın tazmini için idareye karşı tam yargı davası açılmalıdır.<sup>74</sup>

### b. Kişisel Kusurundan Kaynaklanan Eylem ve İşlemleri

Başbakan görevi süresince kişisel kusur teşkil eden eylem ve işlemlerde de bulunabilir. İdare hukukunda kişisel kusur ile hizmet kusuru birbirlerinden ayrılmakta ve kamu görevlilerinin bazı eylemlerinin kişisel kusurdan kaynaklandığı kabul edilmektedir.<sup>75</sup> Başbakanın görevi ile ilgili olsa da, kişisel kusur oluşturan eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğu için zarar gören kişilerin, isterlerse idareye karşı hizmet kusuruna dayanarak idari yargıda, isterlerse doğrudan Başbakana karşı borçlar kanunu uyarınca adli yargıda dava açabilecekleri ileri sürülebilir. Ancak, Anayasamızın 129. maddesinin 5. fıkrasında, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla Başbakana karşı, görev ile ilgili kişisel kusurundan dolayı adli yargıda borçlar hukuku hükümlerine göre dava açılmayacaktır. Başbakanın kişisel kusuru söz konusu olsa da, açılacak olan dava kendisine karşı değil, Başbakanlığa karşı ve idari yargıda olacaktır.<sup>76</sup> Bu davada Başbakanlık tazminat ödemeye mahkûm olduğu takdirde, Başbakanlığın Başbakana rücu etmesi mümkündür.

## V. BAŞBAKANA VEKÂLET

Anayasamızda Başbakana vekâlet ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Başbakanın görevinden ölüm, çekilme, hastalık, yurt dışı gezileri veya başka sebeplerle ayrılmak zorunda kalması her zaman imkân dâhilindedir. Burada Başbakan yardımcılığı üzerinde durmak gerekebilir. Çünkü Başbakana kısa süreli vekâlette

73 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2004, s. 606-610.

74 GÖZLER, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2008, s. 328-334.

75 GÜNDAĞ, 1997, s. 249.

76 GÖZLER, 2000, s. 617.

ilk düşünülmesi gerekenler Başbakan yardımcılardır.<sup>77</sup> Uygulamada Başbakanın kısa süreli yurt dışına çıkması hallerinde Başbakanın teklifi üzerine bir Bakan da Cumhurbaşkanı tarafından Başbakan vekilliğine atanabilmektedir.<sup>78</sup> Bu tür geçici görevden ayrılma durumları sorun doğurucu nitelikte görülmemektedir.<sup>79</sup> Başbakanın görevinin sona ermesi halinde ise farklı bir boyuta adım atılabilir. Böyle bir durumda Cumhurbaşkanı, görevdeki Başbakandan yeni hükümet kurulana kadar görevine devam etmesini istemektedir. Yeni hükümet kurulunca da mevcut Başbakan görevinden ayrılmaktadır. Ancak görevinden istifa eden bir Başbakan yeni hükümet kuruluncaya kadar görevinde kalmak istemeyebilir.<sup>80</sup> Derhal yeni bir Başbakan atanarak hükümetin kuruması da mümkün olmayacağından, bir Bakanın Başbakanlığa vekâleten atanması en makul yol olarak gözükmektedir. Cumhurbaşkanlığı ve Bakanlık makamları için Anayasa'nın 106 ve 113. maddeleri ile hüküm altına alınmış olan vekâlet kurumunun, Başbakanlık için de Anayasada düzenlenmesi yaşanması muhtemel sorunları en aza indirecektir.<sup>81</sup>

## SONUÇ

Hükümet sistemi tartışmaları ve sistem içerisindeki aktörlerin konuları gündemimizi uzun süredir meşgul eden bir konudur. Aslında seçilen

hükümet sistemi her ne olursa olsun, siyasal hayattaki genel eğilim iktidarın kişiselleşmesi yönündedir. 1982 Anayasasında güçlü bir yürütme organı öngörülmüş ve yürütme organı içerisinde de özellikle Cumhurbaşkanı önemli görev ve yetkiler ile donatılmıştır. Ancak zaman içerisinde, dünyadaki genel eğilime paralel olarak Başbakan giderek güçlenmiş ve en temel siyasal aktörlerden birisi haline gelmiştir. Anayasa Başbakana tek başına politika belirleme imkânı vermiştir.

Hükümetin ve dolayısıyla ülkenin genel siyasetini belirleyen kişinin Başbakan olduğu söylenebilir. Teoride Başbakan hükümet içerisindeki Bakanlardan birisi olsa da, özünde yürütme organını Başbakandan oluşturmaktadır. Kabine içerisinde Başbakan hem hukuki açıdan hem de siyasal açıdan güçlendirilmiştir. 1982 Anayasası, Başbakana diğer Bakanlar karşısında hiyerarşik bir güç kazandırmıştır. Aslında, Anayasanın 112. maddesinde öngörülen, Başbakanın Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, bakanlıklar arasında işbirliğini sağlamasına, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetmesine, Bakanların Başbakana karşı sorumlu olmalarına, Başbakanın Bakanların görevlerini Anayasa ve kanunları uygun olarak yerine getirmelerini gözetme ve düzeltici önlemler almakla yükümlü olmasına yönelik düzenleme bile, Başbakanın ne denli güçlü bir konuma sahip olduğunun göstergesidir.

1982 Anayasasındaki diğer düzenlemeleri de göz önüne aldığımızda, Başbakanın Bakanlar karşısında eşitler arasında birinci (primus inter pares) konumundan öte, gerçek bir lider olduğunu görmekteyiz. Merkezi idarenin başı olan Başbakanı Bakanlar karşısında güçlü konuma getiren bir diğer neden de, Başbakanın partisinin genel başkanı olmasıdır. Parti disiplini sayesinde Başbakan, özellikle kendi partisine mensup Bakanlar üzerinde büyük bir otoriteye sahiptir.

Başbakanın siyasal sorumluluğu Bakanlar Kurulunun siyasal sorumluluğuna paraleldir. Yani Bakanlar Kurulunun veya bir Bakanın siyasal sorumluluğu, Başbakanın da siyasal sorumluluğunu doğurmaktadır, onun şahsında somutlaşmaktadır. Kaldı ki, yürütme organı ve idari teşkilat açısından, Bakanlar Kurulu ile Başbakanı birbirinden ayrı düşünmek de mümkün değildir. Başbakan kişisel suçlarından dolayı milletvekili dokunulmazlığı kaldırıldıktan sonra, genel hükümlere göre görevli

77 3046 Sayılı Kanununun, 643 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 4. maddesinde, Başbakana yardım etmek ve Bakanlar Kurulunda eşgüdümü sağlamak üzere hükümetin oluşumunu ve genel siyasetin yürütülmesinin gerektirdiği sayıda Bakanın, Başbakan yardımcısı olarak görevlendirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

78 Uygulamada ilk örnek 37. Koalisyon-Ecevit Hükümeti döneminde yaşanmıştır. Ecevit 1974 yılında İskandinav ülkelerine ziyaret etmek için geçici olarak boşalttığı makamına, Başbakan yardımcısı ve koalisyon ortağı Necmettin Erbakan yerine, kendisine bir Devlet Bakanının vekâlet edeceğini açıklamıştır. Bkz., BİLİR, Faruk, "Başbakanın Hukuki Durumu ve Başbakana Vekâlet" **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20. Yıl Armağanı**, Cilt:2, Sayı:1-2, Konya, 2003, s. 111-125.

79 Ancak burada vekâlet edenin kullanabileceği yetkiler tartışma yaratabilir. Örneğin Gözler, Başbakan vekilliğine atanan vekilin ancak sınırlı yetki kullanabileceğini, önemli konularda inisiyatif kullanamayacağını ileri sürmektedir. Bkz., GÖZLER, 2000, s. 595.

80 27 Mart 1972, 14 Nisan 1972 ve 17 Nisan 1972 tarihlerinde, dönemin Başbakanı Nihat Erim istifa etmiş ve yeni hükümet kurulana kadar görevinde kalmak istememiştir. Bu gelişme üzerine Ferit Melen, Cumhurbaşkanı tarafından yeni hükümet kurulana kadar Başbakan vekili olarak atanmıştır. Bkz., GÖZLER, 2000, s. 593, dn. 71.

81 GÖZLER, 2000, s. 594.



ceza mahkemesince yargılanırken, meclis soruşturması sonucunda göreviyle ilgili suçlardan dolayı ancak Yüce Divanda yargılanabilir. Başbakanın kişisel eylemlerinden dolayı özel hukuktan doğan sorumluluğu tamdır. Göreviyle ilgili hizmet kusurundan doğan eylem ve işlemlerinden dolayı, kişisel olarak Başbakan değil idare sorumludur. Göreviyle ilgili kişisel kusurundan doğan eylem ve işlemlerinden dolayı ise ilgili dava, kendisine rücu edilmek kaydıyla idare mahkemesinde açılabilir.

Yürütme organı içerisinde Cumhurbaşkanına karşı en büyük rakip, merkezi idarenin başı olan Başbakandır. Anayasamızda 5678 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esasının benimsenmesi, yürütme organı içerisinde tam bir iki başlılık meydana getirmiştir. Cumhurbaşkanının, sahip olduğu Anayasal yetkilerine ek olarak, halk tarafından seçilmenin getireceği meşruiyet gücü de eklendiğinde, Başbakan ile Cumhurbaşkanı arasında Anayasal yetki çatışmaları çıkması kuvvetle muhtemeldir. Başbakan ile halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının aynı dünya görüşüne sahip olmamaları durumunda sistemin işleyişi tıkanabilir. Dolayısıyla, siyaset sahnesinde Başbakan Cumhurbaşkanı çekişmesini, önceki örneklerine oranla çok daha nitelikli sonuçları olacak şekilde görmemiz imkân dâhilindedir.

#### KAYNAKÇA

- AKIN, Rıdvan, **Gazi'den Günümüze Cumhurbaşkanlığı**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.
- AKŞİN, Sina, **Kısa Türkiye Tarihi**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008.
- ARCAYÜREK, Cüneyt, Çankaya Gelenler Gidenler, Detay Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- ARMAĞAN, Servet, **1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978.
- ARMAĞAN, Servet, **Türk Esas Teşkilat Hukuku, I. Kitap**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- ARSLAN, Çetin, **Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi**, Nobel Yayınları, Ankara, 1999.
- ARSLAN, Çetin, "Yasama Dokunulmazlığının Zamanaşımına Etkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:57, Sayı:1, Ankara, 2008,
- ARSLAN, Süleyman, **Bakanlar Kurulunun İktisadi ve Mali Alandaki Görev ve Yetkileri**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Yayın No:204, Ankara, 1982.
- ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2000.
- ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2007.
- ATAY, Ender E., İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- BALTA, Tahsin. B., **Türkiye'de Yürütme Kudreti**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.
- BİLİR, Faruk, **Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi**, Nobel Yayınları, Ankara, 2001.
- BİLİR, Faruk, "Başbakanın Hukuki Durumu ve Başbakana Vekâlet" **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20. Yıl Armağanı**, Cilt:2, Sayı:1-2, Konya, 2003.
- ÇAĞAN, Nami, "Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Kontrolü", **Anayasa Yargısı Cilt:2**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1986.
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982 .
- DURAN, Lütfi, "Cumhurbaşkanı Ne Yapabilirdi?", 20 Nisan 1989 tarihli **Cumhuriyet Gazetesi**.
- DURAN, Lütfi, "Türkiye'de Planlamanın Hukuki Rejimi", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:3, Türkiye Ortadoğu ve Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1975.
- ERDOĞAN, Mustafa, "Başbakanlık Hükümeti mi?", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:44, Sayı:3, Ankara, 1989.
- ERDOĞAN, Mustafa, **Rejim Sorunu**, Vadi Yayınları, Ankara, 1997.
- ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- FEYZİOĞLU, Metin, **Meclis Soruşturması**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.
- GÖZLER, Kemal, **Devlet Başkanları**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt:1-2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2004.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2008.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 1997.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.

- İBA, Şeref, **Parlamentar Denetim Yolları Etkinliği ve Susurluk Örneği**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1997.
- İBA, Şeref, "Parlamento Hukukunda Obstrüksiyon ve Giyotin Kavramları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:52, Sayı:1, Ankara, 2003.
- İBA, Şeref, **Parlamento Hukuku**, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2010.
- İZGİ, Ömer / GÖREN, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, Türkiye Büyük Millet Meclisi Basımevi, Ankara, 2002.
- KAPICI, Ferhat, **Meclis Soruşturması**, Adil Yayınevi, Ankara 2001.
- KERSE, Ahmet, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı**, Sümer Matbaası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973.
- KUZU, Burhan, "Parlamentar Rejimde Devlet Başkanının Konumu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:53, Sayı:1-4, 1988-1990.
- NEZİROĞLU, İrfan, **Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- ONAR, Erdal, "Türkiye Büyük Millet Meclisinin Denetim İşlevi", **TBMM ve Milli Egemenlik**, 6. Milli Egemenlik Sempozyumu, Ankara, 22 Nisan 1990.
- ONAR, Erdal, "1982 Anayasasında Milletvekilliği'nin Düşmesi", **Anayasa Yargısı**, Cilt:14, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1997.
- ONAR, Erdal / KONTACI, Ersoy, "Bakanların Bireysel Siyasal Sorumluluğuna Eleştirel Bir Bakış", **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011.
- OKŞAR, Mustafa, **1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ÖZDEMİR, Hikmet, **Atatürk'ten Günümüze Cumhurbaşkanı Seçimleri**, Remzi Kitabevi, İstanbul 2007.
- ÖZER, Atilla, **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1981.
- ÖZTÜRK, Namık K., **Cumhurbaşkanı ve Parlamentar Sistem**, Atilla Yayınları, Ankara, 1999.
- SOYSAL, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, "1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi" (Merve Safa Kavakçı Olayı)", **Faruk Erem Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 1999.
- TURHAN, Mehmet, **Siyaset ve Anayasa**, Gündoğan Yayınları, Ankara, tarihsiz.
- TURHAN, Mehmet, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989.
- TURHAN, Mehmet, **Siyaset ve Anayasa**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 2000.
- TÜLEN, Hikmet, **Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması**, Mimoza Yayınları, Konya, 1999.
- TÜRE, Fatih, "Parlamentar Sistemde Başbakanın Gücünü Belirleyen Etkenler", **Mülkiye Dergisi**, Cilt:27, Sayı: 238, Ankara, 2003.
- TÜRE, İknur, "Koalisyon Hükümetlerinde Başbakanlık", **Mülkiye Dergisi**, Cilt:25, Sayı 27, Ankara, 2001.
- YAVUZ, Bülent, "Çeşitli Parlamentar Hükümet Sistemi Uygulamalarında ve Türkiye'de Başbakanın Göreve Gelmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XI, Sayı:1-2, 2007.
- YAVUZ, Bülent, **Parlamentar Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasasında Başbakan**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008.
- YAYLA, Yıldızhan, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1986.
- YILDIRIM, Turan, **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007.
- 09.07.1942 tarih ve 5153 sayılı Resmi Gazete.
- 08.04.1972 tarih ve 14163 sayılı Resmi Gazete.
- 16.05.1972 tarih ve 14189 sayılı Resmi Gazete.
- 13.04.1989 tarih ve 20138 sayılı Resmi Gazete.
- 01.11.1989 tarih ve 20329 sayılı Resmi Gazete.
- 16.05.1993 tarih ve 21583 sayılı Resmi Gazete.
- 19.06.1997 tarih ve 23024 sayılı Resmi Gazete.
- 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmi Gazete.
- 26.11.1998 tarih ve 23535 sayılı Resmi Gazete.
- 05.11.2002 tarih ve 24927 sayılı Resmi Gazete.
- 01.10.2004 tarih ve 25361 sayılı Resmi Gazete.
- 08.03.2011 tarih ve 27868 mükerrer sayılı Resmi Gazete.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Birleşik Toplantı Tutanak Dergisi**, 5. Birleşim, 114 sayılı karar 28.03.1966.
- Millet Meclisi Tutanak Dergisi** Dönem 4, Cilt:7, 1974.
- Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Dönem 5, Cilt:1, 1977.
- Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, 31.12.1977 tarihli 85. Birleşim, Cilt:2.
- Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Yasama Dönemi 5, Cilt:16/1, 05.09.1980 tarihli Birleşim. **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Dönem 19, Cilt: 94, 1995.
- Hürriyet Gazetesi: 27 Ekim 1984, 23 Şubat 1991, 9 Mayıs 2000.
- Vatan Gazetesi: 19 Kasım 2002.
- Radikal Gazetesi: 18 Kasım 2002, 14 Mart 2003.
- Milliyet Gazetesi: 17 Kasım 2002.
- Danıştay 6. Dairesinin 2 Nisan, 1998 Tarih ve 1997/5111 esas, 1998/1975 sayılı kararı.

# Gönüllü Vazgeçme

Hakemli Makale

**Hale AKDAĞ**

Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Görevlisi

---

## ÖZET

---

Gönüllü vazgeçme suçun icrasına başladıktan sonra suçtan vazgeçen fail için cezasızlık yaratan bir kurumdur. Esası tartışmalı olmakla beraber, genelde suç politikası sebebiyle düzenlendiği ve amacının faili suçu tamamlamaktan caydırmak olduğu kabul edilir. Failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için dışarıdan bir etki olmaksızın, iradesiyle vazgeçmesi ve suçun tamamlanmasını engellemesi şarttır. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme farklı düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu düzenleme faille belirli şartların gerçekleşmesi halinde, suç tamamlansa bile cezadan kurtulma olanağı tanır. Bazı suçlardan gönüllü vazgeçmek, teşebbüse elverişli olmamaları nedeniyle mümkün değildir.

### Anahtar Kelimeler

Gönüllü vazgeçme, teşebbüs, iradi vazgeçme, suçun tamamlanması, şeriklerin gönüllü vazgeçmesi

---

## ABSTRACT

---

### VOLUNTEERS DISCLAIMER

Abandonment of an act is an exculpatory defence adoption which is a political choice aimed to urge the actor to quit the criminalized activity. Defendant, in order to benefit from this defence shall abandon the act by her/his own free will and also prevent its outcomes. Abandonment of crimes committed by a group of actors is subject to different provisions where an actor might benefit from such defence even if the act has been completed. For crimes whose nature do not allow application of provisions regarding attempt, abandonment defence is also not available.

### Key Words

Abandonment, attempt, voluntary abandonment, committed crime, abandonment of accessories

## I. GİRİŞ

Gönüllü vazgeçme bir cümleyle; bir suçun icra hareketlerine başlayan failin, bu icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi ya da icra hareketlerini tamamlasa bile neticenin gerçekleşmesini önlemesi ve bu nedenle icrasına başladığı suçtan dolayı ceza almaması olarak tanımlanabilir.

Bu kuruma ilk kez 16. yüzyıl hukukçularınca değinilmiştir. İlk kez Ortaçağ hukukçularınca ortaya atılan teşebbüs kavramı, gönüllü vazgeçmenin de tartışılmasına neden olmuştur.<sup>1</sup> Aslında daha da geçmişte, M.Ö. 360'da, *Plato* birini öldürmek niyetine sahip olan kişinin katil gibi yargılanması gerektiğini savunmuş, ancak ölüm sonucu gerçekleşmediği için ölüm yerine sürgünün daha uygun bir ceza olacağını kabul etmiştir.<sup>2</sup>

Hukukumuzda hem 765 hem 5237 sayılı TCK'larında gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Ancak bu kanunların düzenlemeleri ve kullandıkları terminoloji farklıdır. Gönüllü vazgeçmeyle ilgili açıklamalar yapılmadan önce bu farklara değinilmesi gerekir.

765 sayılı kanunda<sup>3</sup> teşebbüs icra hareketlerinin tamamlanmaması (eksik teşebbüs) ve icra hareketleri tamamlandığı halde neticenin gerçekleşmemesi (tam teşebbüs) olarak ikiye ayrılıyordu. Eksik teşebbüsün düzenlendiği 61. maddede gönüllü vazgeçme de düzenleniyordu.<sup>4</sup> Bu düzenlemeye göre fail icra hareketlerini bitirmeden önce ihtiyarıyla vazgeçerse (gönüllü vazgeçerse) ceza almıyordu.<sup>5</sup> Bu durumda bile icra hareketlerinden vazgeçmenin gönüllü vazgeçme sayılabilmesi için failin, o zamana kadar yaptığı tüm hareketleri ve neticelerini ortadan kaldırması gerekiyordu. Sadece neticenin önlenmesi gönüllü vazgeçme için yeterli değildi.<sup>6</sup> İcra hareketleri tamamlandıktan sonra, yani tamamlanmış veya tam teşebbüs

aşamasında kalmış suçtan vazgeçmekse zaten gönüllü vazgeçme kabul edilmiyordu.<sup>7</sup> Bu aşamadan sonra failin pişmanlık göstermesi ve neticenin gerçekleşmesini önlemesi "etkin pişmanlık" (faal nedamet) olarak adlandırılıyordu. "Suç öncesi etkin pişmanlık" adı verilen bu kurum ETCK'de düzenlenmediği için fail bu durumda tam teşebbüsten sorumlu tutuluyordu.<sup>8</sup> Ancak kanunun 59. maddesi uyarınca takdiri indirim yapılarak sanığın iyi niyetinin ödüllendirilmesi mümkündü.<sup>9</sup> Failin suç tamamlandıktan sonra pişmanlık göstermesiyle "suç sonrası etkin pişmanlık" olarak adlandırılıyor ve belirli şartlar gerçekleştirilmişse cezayı hafifleten sebep kabul ediliyordu.<sup>10</sup> Yine doktrin tarafından yapılan bu adlandırma bazı suçlara özel olarak düzenlenen ve suç tamamlandıktan sonra gerçekleşen özel pişmanlık hallerini kapsıyordu.<sup>11</sup> Kısaca, ETCK'de etkin pişmanlığı düzenleyen genel bir hüküm yoktu.

ETCK dönemindeki durumu şöyle özetlemek mümkündür:

İcra hareketi başladı		İcra hareketi tamamlandı		Netice gerçekleşti	
	Gönüllü vazgeçme		Suç öncesi etkin pişmanlık		Suç sonrası etkin pişmanlık
İcra hareketi tamamlanmadan önce. Tamamlanan hareket başka suça vücut veriyorsa sadece o suçtan sorumluluk.		İcra hareketi tamamlandıktan sonra, netice gerçekleşmeden önce. Kanunda düzenlenmiyor, takdiri indirim.		Suç tamamlandıktan sonra. Kanunda yer alan şartlar gerçekleşirse cezada indirim.	

ETCK döneminde icra hareketlerinin tamamlanması ancak neticenin gerçekleşmemesi şeklinde ortaya çıkan (suç öncesi) etkin pişmanlığın, açık bir hükümlerle düzenlenmemiş olması eleştiriliyordu.<sup>12</sup> Buna karşın, kanunda açık düzenleme

1 AKSOY, Pervin, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 184-185.

2 LIPPMAN, Matthew, **Contemporary Criminal Law**, 2. Basım, Sage, 2010, s. 180.

3 Bundan sonra ETCK olarak anılacaktır.

4 DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: 1, 6. Basım, İstanbul, 1976, s. 478-479.

5 TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, (a), s. 109.

6 ERRA, Carlo, "Teşebbüste İhtiyarıyla Vazgeçme", (çev. S. Erman), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1944, Cilt: 10, Sayı: 1-2, (s. 679-720), s. 716.

7 EREM, 1973, s. 344.

8 DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Basım, Seçkin, Ankara 2009, s. 429.

9 ERDOĞAN, 2010, s. 94.

10 ÖZBEK, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi**, 3. Basım, Seçkin, Ankara, 2006, s. 457.

11 CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Basım, Beta, İstanbul, 2008, s. 464.

12 EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**,

olmasa bile etkin pişmanlığın cezasızlık sebebi olduğu yönünde bir görüş vardı. Bu görüş gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasının, teşebbüsün şartlarından ikisinin (neticenin failin elinde olmayan sebeplerle gerçekleşmemesi ve failin kastının bulunması) oluşmamasından kaynaklandığını, kanunun düzenlemesinin sadece hukuki bir gerçeği tekrarladığını söyler. Gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık arasında teşebbüsün şartlarının bulunmaması açısından bir fark yoktur, dolayısıyla etkin pişmanlığın cezalandırılması, istisnai bir düzenlemedir. Cezai sorumluluk yaratan istisnaların açıkça düzenlenmesi gerekir, oysa kanunda böyle bir hüküm yer almamaktadır. Başka bir dayanak noktası; neticenin, failin elinde olmayan sebeplerle gerçekleşmediği teşebbüsle, fail tarafından engellendiği etkin pişmanlığın, bir tutulamayacak olmasıdır. Bu durumların ilki daha ağırdır ve engellenmeleri hukuki yönden, failin iradesi yönünden farklıdır, dolayısıyla aynı cezai hükümlere bağlanmaları mümkün değildir.<sup>13</sup>

Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen ancak etkin pişmanlığa yer vermeyen ETCK'nın aksine 5237 sayılı kanun<sup>14</sup> gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlığı birbirinden ayırmamış ve aynı hükümlere tabi kılmıştır.<sup>15</sup> Yani ETCK'de sadece icra hareketleri devam ederken söz konusu olan gönüllü vazgeçme, TCK'de icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin gerçekleşmediği durumları da kapsar.<sup>16</sup> Gönüllü vazgeçmeyle etkin pişmanlık aynı kabul edilip, aynı hükümlere tabi kılınır.<sup>17</sup> Böylece suçun icrası sürecindeki tüm aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hale gelir.<sup>18</sup> Etkin pişmanlıkta suç tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra ortaya çıkar ve sonuçları özel hükümlerde düzenlenir.<sup>19</sup> Bazı suçlar açısından; suç tamamlandıktan sonra, soruşturma başlamadan önce, soruşturma evresinde, hüküm verilmeden önce,

hatta infaz aşamasında etkin pişmanlık özel olarak düzenlenir, cezasızlık ya da indirim sebebi olabileceği öngörülür.<sup>20</sup> Zaten tüm suçlar etkin pişmanlığa konu olmaya uygun değildir.<sup>21</sup> Dolayısıyla genel bir düzenleme yapılmaması yerindedir.

TCK dönemindeki durumu şöyle özetlemek mümkündür:

İcra hareketi başladı		İcra hareketi tamamlandı		Netice gerçekleşti	
	Gönüllü vazgeçme				Etkin pişmanlık
Netice gerçekleşene kadar ve neticenin önlenmesi şartıyla. Tamamlanan hareket başka suça vücut veriyorsa sadece o suçtan sorumluluk.				Suç tamamlandıktan sonra. Kanunda yer alan şartlar gerçekleşirse cezada indirim.	

Gönüllü vazgeçmeyle etkin pişmanlık arasında nitelik farkı bulunmadığı savunulmuştur. Soyut olarak, irade ve hareket yönünden ikisi aynıdır, sadece somut olayda farklı zamanlarda ortaya çıkarlar.<sup>22</sup> TCK'deki düzenleme suç tamamlanmadan önce etkin pişmanlıktan bahsedilmesinin doğru olmadığı, gönüllü vazgeçmenin teşebbüsün tüm aşamaları için geçerli olması gerektiği görüşüne dayandırılır. Tam-eksik teşebbüs ayrımı doğru bulunmadığı için, bu görüşün yerinde olduğunun kabul edildiği belirtilir.<sup>23</sup>

TCK'de cezanın, zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirleneceği söylenir. Bu da eksik ve tam teşebbüs ayrımını gerektirir, aksi takdirde hakim cezayı belirlerken kullanacağı kriterin ne olacağı problemi doğar. Bu sebeple, gönüllü vazgeçmenin mevcut düzenlemesinin suç politikasını aştığı ve mevcut sistemde adaletsizliğe yol açtığı savunulur.<sup>24</sup>

Etkin pişmanlıkla gönüllü vazgeçmenin hukuki sonucunu aynı şekilde düzenlemek yanlıştır. Bu kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır; etkili pişmanlık gösteren faili, gönüllü vazgeçene göre

Cilt: I, 10. Basım, Ankara, 1973, s. 349.

13 BAYRAKTAR, 1968, s. 138-139.

14 Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

15 HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 2. Basım, Us-A, Ankara, 2010, s. 342-343.

16 ERDOĞAN, Yavuz, "Gönüllü Vazgeçme", **Terazi**, Yıl: Ağustos 2010, Sayı: 13, s. 93.

17 AYDIN, Nurullah, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, 2. Basım, Adalet, Ankara, 2009, s. 85.

18 ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Basım, Seçkin, Ankara, 2008, s. 441.

19 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2008, s. 470.

20 DEMİRBAŞ, 2009, s. 434-435.

21 ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Basım, Turhan, Ankara, 2007, s.750.

22 BAYRAKTAR, Köksal, "Faal Nedamet", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1968, Cilt: 33, Sayı: 3-4, (s. 120-154), s. 125.

23 ÖZGENÇ, 2008, s. 442.

24 AKSOY, 2007, s. 189.

daha imtiyazlı kılar.<sup>25</sup> Bu düzenleme ayrıca yerleşmiş bazı kavramların birbirine karışmasına yol açacağı için de isabetsizdir.<sup>26</sup>

Sonuç olarak, doktrinin yaptığı bir ayrımın ve yarattığı kavramların, bir anda farklı şekilde düzenlenmesi doğru değildir; eski ve yeni kanun dönemindeki bu terminoloji farkı problemlere sebep olabilir. Kaldı ki, sadece vazgeçmenin yeterli görülmediği, aynı zamanda aktif bir hareketle suçun tamamlanmasının engellenmesini gerektiren bir aşamaya gönüllü vazgeçme adı vermek, lafzi olarak da doğru değildir. Failin pişman olup, etkin bir şekilde bunu ortaya koymasını gerektiren aşamanın adının etkin pişmanlık olması zaten mantıklı olmalıdır.

Buna rağmen konuyla ilgili açıklamalar yapılırken kanun hükmü esas alınmış ve "gönüllü vazgeçme" her iki durumu da belirtmek için kullanılmıştır. Farklarını belirtmenin gerekliliği olduğu yerlerde, ETCK dönemindeki terminoloji doğrultusunda icra hareketlerinin tamamlanmamasından eksik teşebbüs, bunların tamamlanması ancak neticenin gerçekleşmemesindenense tam teşebbüs olarak bahsedilmiştir.

## II. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN ESASI

Gönüllü vazgeçmenin suç teorisindeki yeri hakkında farklı görüşler vardır. Bunların biri failin fiili elinde olmayan sebeple tamamlayamamasının suç tipinde bir unsur olduğu ve gönüllü vazgeçmenin bu unsuru ihlal etmediği için cezalandırılmadığı yönündedir. Bu durumda cezalandırılabilen bir fiil olmadığından diğer ortakların da bundan yararlanacağı savunulur. Başka bir görüş gönüllü vazgeçmenin kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğu ileri sürer. Bunların yanında failin kastettiği fiilden değil, o ana kadar gerçekleştirdiği fiilden sorumlu tutulması sebebiyle gönüllü vazgeçmenin cezayı azaltan sebep olduğu görüşü vardır. Başka bir yaklaşım, kişi ceza olmadığından gönüllü vazgeçmenin cezayı düşüren bir sebep olduğu söyler. Ancak baskın görüş, gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran bir kişisel sebep olduğu ve suç ortaklarına etkisi olmadığı yönündedir.<sup>27</sup>

Gönüllü vazgeçen faille ceza verilmemesi

çeşitli sebeplerle eleştirilmiştir. İcraya başlayan failin cezalandırılmamasının adalet duygusunu zedeleyeceği, tehlikeliğini gösteren failin cezadan kurtulmaması gerektiği bunlardandır. Failin vazgeçmesinin gönüllülüğünün belirlenmesinin zorluğu da öne sürülmüştür. Başka bir eleştiri bu düzenlemenin icra hareketlerini bitiren faili, kurtulma şansı kalmadığı düşüncesiyle, suçü tamamlamaya iteceğidir.<sup>28</sup> Bu son eleştiri, gönüllü vazgeçmenin yeni düzenlemesiyle geçerliliğini yitirmiştir.

Gönüllü vazgeçmenin esası sadece teorik önem taşımaz, hangi teorinin benimsendiği bu kurumun geçerlilik koşullarını da etkiler.<sup>29</sup>

### A. Hukuki Teoriler

Hukuki teorilerin hepsi, vazgeçmenin suçun unsurlarından birini ortadan kaldırdığını savunur. Hangi unsurun ortadan kalktığına ilişkinse farklı görüşler vardır.<sup>30</sup>

*Latagliata* gönüllü vazgeçmenin, teşebbüsün tipik olmasını engellediğini savunur.<sup>31</sup> *Ranieri* ise gönüllü vazgeçen failin suç ehliyetinin olmadığını, ceza uygulanırken bu ehliyet göz önüne alınacağı için faili cezalandırmanın hukukun mümkün olmadığını söyler.<sup>32</sup>

Vazgeçme halinin teşebbüsün bozucu şartı olduğu, failin vazgeçmediği takdirde cezalandırıldığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe, bozucu şarttan bahsedilebilmesi için geçerli bir hukuki durum olması gerektiği, ancak gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık durumlarında teşebbüsün zaten hiç ortaya çıkmadığı eleştirisi getirilmiştir. Bunun yanında, gönüllü vazgeçme mümkün olduğu sürece teşebbüsün söz konusu olamayacağı gerekçesiyle, gönüllü vazgeçmeyi bekletici bir şart olarak görenler vardır. Bunlara karşı olarak, cezalandırılması askıda kalacak olsa da teşebbüsün var olduğu söylenmiştir.<sup>33</sup>

Hukuki teorileri kendi aralarında şöyle gruplandırmak mümkündür,

28 ÖNDER, 1992, s. 415.

29 SÖZÜER, Adem, *Suçta Teşebbüs*, Kazancı, İstanbul, 1994, s. 235.

30 SÖZÜER, 1994, s. 235.

31 AKSOY, 2007, s. 185.

32 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 479-780.

33 ERRA, 1944, s. 691 vd.; BAYRAKTAR, 1968, s. 135-136.

25 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 344.

26 DEMİRBAŞ, 2009, s. 435.

27 ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Basım, Beta, Cilt: II-III, İstanbul, 1992, s. 415.

## 1. Sübjektif Teoriler

### a. İptal Teorisi

Bu teoriye göre gönüllü vazgeçmenin sorumluluğu kaldırmasının nedeni, vazgeçme iradesiyle beraber failin kastını iptal etmiş, kötü niyetinin yerine iyi niyetini ortaya koymuş olmasıdır.<sup>34</sup> Failin, ortadan kalmış olan kötü niyet sebebiyle cezalandırılması yerinde değildir.<sup>35</sup> Ayrıca gönüllü vazgeçmede suçun manevi unsuru bulunmaz, dolayısıyla fail cezalandırılmaz.<sup>36</sup> Bu görüş Almanya'da *Berner*, İtalya'da *Civoli* tarafından savunulmuştur.<sup>37</sup> İptal teorisine, bir kere ortaya çıkan kastın neden iptal edildiğini açıklayamadığı ve vazgeçmenin hukuken geriye değil, ileriye yönelik etki göstereceği eleştirileri getirilmiştir.<sup>38</sup> Bu eleştirilere göre gerçekleştirilmiş olan hareketler sadece niyet değiştiği için iptal edilemez ya da yok sayılamazlar.<sup>39</sup>

### b. Butlan Teorisi

Bu teoriye göre suçun icra hareketlerinden vazgeçen failin, baştan itibaren suç işleme iradesinin bulunmadığının kabulü gerekir.<sup>40</sup> İrade olmadığına göre, kötü niyeti cezalandırmanın bir sebebi de yoktur. Ayrıca irade olmadan yapılan hareketler, icra hareketi kabul edilemez.<sup>41</sup> Bu teoriye göre failin iradesi, tek bir iradenin parçalarından ortaya çıkar.<sup>42</sup> Bu görüş, varsayım dayandığı gerekçeyle eleştirilmiştir.<sup>43</sup> Vazgeçme anına kadarki hareketlerin yapılmış olduğu, sadece kastın ortadan kalkmasının bunların yok sayılmasını sağlamayaacağı da belirtilmiştir.<sup>44</sup>

### c. Kastın Zayıflığı (Tehlikesizlik) Teorisi

Bu teori failin, suç işleme kastının yeterli yoğunlukta olmaması sebebiyle cezalandırılmayacağını ileri sürer.<sup>45</sup> Gönüllü vazgeçme kastı kaldırmasa da failin suç işlemek için yeterli yoğunluk ve

derecede kötülük iradesinin olmadığını gösterir.<sup>46</sup> *Messina* bu yüzden gönüllü vazgeçen failin kusurlu olmadığını belirtir.<sup>47</sup> Bu görüş tehlikeliliği esas alan pozitivistler tarafından savunulmuş, zayıf suç işleme iradesinin failin tehlikeli olmadığını gösterdiği söylenmiştir.<sup>48</sup> Tehlikesizlik görüşü varsayım dayandığı gerekçeyle eleştirilmiştir.<sup>49</sup> Ayrıca bu teorinin kabulü için kötü niyetin devam etmesinin veya failin tehlikeliliğinin teşebbüsün unsuru olması gerektiği, ancak kanunun böyle bir şart koşmadığı da ifade edilmiştir.<sup>50</sup>

### d. Karine Teorisi

Fail suça teşebbüs ederek, suçun tamamlanmasını istediği yönünde bir şüphe yaratır.<sup>51</sup> Failin gönüllü vazgeçmesi, onun başından beri suçun tamamlanması açısından yeterli bir potansiyel iradeye sahip olmadığını gösterir.<sup>52</sup> Dolayısıyla fail karineden ibaret olan suç işleme iradesi sebebiyle cezalandırılmaz.<sup>53</sup> Bu görüş, ortada kast yönünden bir şüphe varsa zaten teşebbüsün söz konusu olamayacağı, dolayısıyla gönüllü vazgeçmeden de bahsedilemeyeceği söylenerek eleştirilmiştir.<sup>54</sup>

## 2. Objektif Teoriler

Objektif teori taraftarları icra başlangıcı ve neticenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunurlar. Bu yüzden, fail vazgeçmeyle hareketinin tüm iz ve eserlerini ortadan kaldırmışsa, geleceğe yönelik olarak icra ve neticenin varlığından bahsetmek mümkün değildir.<sup>55</sup> Yani teşebbüsün objektif unsuru yoktur ve hukuka aykırılıktan, dolayısıyla cezalandırılabilir fiilden bahsedilemez.<sup>56</sup>

Bu teorileri savunan yazarlardan; *Binding* failin vazgeçmeyle hareketlerini yapılmamış saydığını ve kurala aykırılığı ortadan kaldırdığını, *Frank* suça teşebbüsün toplum barışını bozduğunu ancak failin vazgeçmeyle bu barışı yeniden

34 DEMİRBAŞ, 2009, s. 429.

35 ÖNDER, 1992, s. 416.

36 ERRA, 1944, s. 690.

37 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 479.

38 SÖZÜER, 1994, s. 236.

39 ERRA, 1944, s. 694.

40 DEMİRBAŞ, 2009, s. 430.

41 ÖNDER, 1992, s. 416.

42 AKSOY, 2007, s. 207.

43 SÖZÜER, 1994, s. 236.

44 AKSOY, 2007, s. 210-211.

45 DEMİRBAŞ, 2009, s. 430.

46 SÖZÜER, 1994, s. 236.

47 AKSOY, 2007, s. 185.

48 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 479.

49 SÖZÜER, 1994, s. 236.

50 ERRA, 1944, s. 693.

51 SÖZÜER, 1994, s. 236.

52 ÖNDER, 1992, s. 416.

53 DEMİRBAŞ, 2009, s. 430.

54 SÖZÜER, 1994, s. 237.

55 ÖNDER, 1992, s. 416-417.

56 SÖZÜER, 1994, s. 237.

sağladığını, *von Hippel* vazgeçmenin teşebbüsün olumsuz unsuru olduğunu ve teşebbüsün söz konusu olabilmesi için var olmaması gerektiğini savunmuşlardır.<sup>57</sup>

Bu teori, kendisinden gönüllü vazgeçilse de teşebbüsün teşebbüs olduğu, gerçekleşen olayların varlık aleminden kaldırılmasının doğru olmadığı söylenerek eleştirilmiştir.<sup>58</sup> Bu görüşler eylem ya da hukuka aykırılığın ortaya çıkmadığını savunurlar, ancak vazgeçme bir kere tüm unsurlarıyla ortaya çıkmış olan teşebbüsün varlığını etkilemez.<sup>59</sup>

## B. Suç Politikası Teorileri

Suç politikası teorileri, gönüllü vazgeçmenin suçu değil, cezayı ortadan kaldırdığı yönündedir.<sup>60</sup> Bu teorilerin taraftarları, tipik fiili gerçekleştirilmeye başlayan failin vazgeçmesinin, o zamana kadar yaptıklarını yok saydıramayacağını savunurlar.<sup>61</sup>

### 1. Psikolojik Zorlama Teorisi

*Feuerbach*, bütün ceza hukuku teorileri gibi gönüllü vazgeçmenin esasını cezanın genel önleme amacıyla ve manevi cebrinde bulur.<sup>62</sup> Hareketini tamamlamaktan gönüllü vazgeçen fail bunu cezalandırılmaktan korktuğu için yapar. Dolayısıyla ceza artık gereksiz hale gelir; devletin ceza tehdidi amacına ulaşmış, hukuk düzeni korunmuştur.<sup>63</sup>

Bu teori tahminlere dayandığı, iddialarını deneysel olarak kanıtlamadığı için eleştirilmiştir. Vazgeçmenin çoğunlukla tesadüfi dış şartlar sebebiyle gerçekleştiği, saiklerin çok farklı olduğu ve bu teorinin iyimser bir tahmin olduğu söylenmiştir.<sup>64</sup>

### 2. Altın Köprü Teorisi

*Franz von Liszt* failin icra hareketlerine başlamakla arkasındaki tüm köprüleri yıktığını söyler. Devlet bu köprüler yerine altın bir köprü kurar, fail hareketten vazgeçerse cezalandırılmayacağını

açıklarsa, kişiler suç işlemekten vazgeçebilirler.<sup>65</sup> Bu teorinin temel fikri faile suçu tamamlamaması için bir neden sunmak, faili buna teşvik etmektir.<sup>66</sup> Bu teori, gönüllü vazgeçmenin esasını açıklayanlar arasında en geniş kabul görendir.<sup>67</sup>

Altın köprü teorisi gönüllü vazgeçmenin nedeni olarak gösterilen saikin, gerçekte oluşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Cezasızlık vaadinin faili bir miktar etkileyebileceği, ancak bu etkinin fiile başlayan kişiyi geri döndürecek kadar güçlü olmayacağı savunulmuştur. Ayrıca failin, fiili gerçekleştirirken sonuçlarını düşünce kadar mantıklı bir muhakeme içinde olduğunun kabul edilemeyeceği belirtilmiş,<sup>68</sup> failin kanunlar hakkında bu kadar bilgi sahibi olmasının kesin görülemeyeceği vurgulanmıştır.<sup>69</sup>

Bu teori, mağduru koruma düşüncesiyle yeniden yorumlanmıştır. Bu bakış açısı altın köprü inşa etmenin amacının mağdura kurtulma şansı vermek olduğunu söyler, bu yüzden köprüünün mümkün olduğunca uzun süre var olması gerektiğini savunur. Bu görüşü savunanlardan *Weinhold* cezadan vazgeçilmesinin, sadece bunun mağdurun çıkarlarına uyduğu durumlarda söz konusu olması gerektiğini belirtir. Ancak bu görüş de gönüllü vazgeçmeyi her suç tipi için farklı tanımlamakla eleştirilmiş, bu durumun kusur prensibiyle bağdaşmayacağı söylenmiştir.<sup>70</sup>

### 3. Af Teorisi

Bu teoriye göre gönüllü vazgeçen fail devlet tarafından affedilir, aslında hukuken cezalandırılabilir olan davranışı cezalandırılmayarak ödüllendirilir.<sup>71</sup> Çünkü fail vazgeçmeyle kısmen, gerçekleştirdiği haksızlığı telafi eder ve eyleminin toplum düzenini bozucu etkisini kaldırır. Bu yüzden de hoşgörüyü hak eder.<sup>72</sup> Failin bu ödül için gönüllü olarak vazgeçmesi yeterlidir, ayrıca ahlaki bir saik aranmaz.<sup>73</sup>

57 SÖZÜER, 1994, s. 237.

58 TOZMAN, 2008 (a), s. 195-196.

59 SÖZÜER, 1994, s. 237-238.

60 AKSOY, 2007, s. 186.

61 İÇEL, Kayıhan/EVİK, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Basım, Beta, Cilt: II, 2007, s. 256.

62 ÖNDER, 1992, s. 417.

63 DEMİRBAŞ, 2009, s. 430.

64 TOZMAN, 2008 (a), s. 202.

65 DEMİRBAŞ, 2009, s. 431.

66 HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Basım, Adalet, Ankara, 2011, s. 419.

67 ÖNDER, 1992, s. 417.

68 TOZMAN, 2008 (a), s. 197.

69 SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Basım, Yetkin, Ankara, 2005, s. 291-292.

70 TOZMAN, 2008 (a), s. 198-199.

71 DEMİRBAŞ, 2009, s. 431.

72 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2008, s. 466.

73 SÖZÜER, 1994, s. 239.



Bu teori ödüllendirme, hoşgörü gibi ifadelerin kanundaki düzenlemeyi farklı şekilde tekrarlamaktan ibaret olduğu söylenerek eleştirilmiştir. Asıl soru, bu ödülün sebebidir ve af teorisi buna cevap vermez.<sup>74</sup>

**Manzini** kanun koyucunun, failin vazgeçme iradesini yasallaştırdığını ve cezai sorumluluğunu kaldırdığını; **Rossi** vazgeçmenin kendine özgü bir cezayı kaldıran neden olduğunu; **Vannini** vazgeçmenin cezalandırmayı kaldıran sübjektif neden olduğunu ifade etmişlerdir. Gönüllü vazgeçmenin cezayı düşüren bir sebep olduğunu ya da o ana kadar tamamlanan bir suç varsa failin ondan sorumlu tutulması sebebiyle, cezayı azaltan bir kurum olduğunu savunan yazarlar da vardır.<sup>75</sup>

#### 4. Cezanın Amacı Teorisi

Cezanın amacı teorileri gönüllü vazgeçmenin esasının açıklanmasında önemli yer tutar. Bu teorilerden birine göre vazgeçmenin cezalandırılmayı, fiilin korunan menfaat üzerinde yarattığı tehlikenin azlığından kaynaklanır. **Berz** gönüllü vazgeçmeyle failin, hukuki değer üzerindeki tehlikeyi bizzat önlediğini savunur. Bu yüzden hem failin tehlikeliliği azdır, hem de fiilin tehlike derecesi ceza için gereken oranda, katlanılmaz nitelikte değildir.<sup>76</sup>

Teşebbüsün cezalandırılmasının amacının insanları suç işlemekten caydırmak olduğu söylenir.<sup>77</sup> Dolayısıyla, suç işlemekten zaten caymış kişiyi cezalandırmak, artık gereksizdir. Ancak bu görüş cezanın ödetme işlevinin de olduğu göz önüne alındığında yetersiz kalır.<sup>78</sup>

#### C. Karma Teori

Bu teori gönüllü vazgeçmenin esasının tek yaklaşımla açıklanamayacağını savunur. Gönüllü vazgeçmenin esasını açıklamak için faille beraber; cezanın amacına, mağdura, kamunun hukuki konunun korunmasındaki menfaatine de bakılmalıdır.

74 TOZMAN, 2008 (a), s. 200.

75 AKSOY, 2007, s. 186-187.

76 ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 1010-1011.

77 HALL, Daniel E., **Criminal Law and Procedure**, 5. Basım, Delmar, 2009, s. 212.

78 TOROSLU, Haluk, "Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme", **Halk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt: 2, Yetkin, Ankara, 2009, s. 1184.

Gönüllü vazgeçmenin şart ve sınırlarını, bunların birbirini dengeleyen çatışması belirleyecektir.<sup>79</sup>

#### D. TCK'NİN DÜZENLEMESİ

TCK'nin düzenlemesine göre; suçun failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamasının teşebbüsün unsuru olduğu, dolayısıyla vazgeçme durumunda bu unsurdan ve teşebbüsten bahsedilemeyeceği savunulmuştur. Bu durumda teşebbüs hukuken doğmaz. Vazgeçmeyi teşebbüsün olumsuz unsuru sayan bu görüş, failin tamamlanan suçtan sorumlu olacağı hükmünün yorumlanmasında yetersiz kalır.<sup>80</sup> Kanunda gönüllü vazgeçen failin o zamana kadar gerçekleştirdiği fiilin başka bir suç teşkil etmesi durumunda bu suçtan sorumlu olacağı düzenlenmesinin, kanun koyucunun suç politikası teorilerini kabul ettiğini gösterdiği söylenir.<sup>81</sup>

Gönüllü vazgeçme durumunda teşebbüsün oluşmayacağı görüşü; suçun unsurlarının suç kastı, hareket, netice ve nedensellik bağı olduğu, kesilmenin iradi olmamasının unsurlar arasında yer almadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>82</sup> Ancak vazgeçmenin ihtiyari olmaması suçun olmasa da, teşebbüsün unsurudur. Dolayısıyla bu şart gerçekleşmediği sürece kişinin, cezai sorumluluğu genişleten bir kurum olan teşebbüsten sorumlu tutulamayacağını düşünmek mantıklıdır.

Etkin pişmanlığın esasının hukuki teorilere dayandığını savunan bir başka görüş, bunu kastın suçun her aşamasında bulunması gereğine bağlar. Ceza hukukunu ilgilendiren fiilin belli unsurları olmalıdır ve manevi unsurun temel görünüm şekli olan kast bunlardandır. Kişi, ancak suçun tüm aşamalarında var olan kastından sorumlu tutulabilir, oysa etkin pişmanlık durumunda kast ortadan kalır. Dolayısıyla fiil temelsiz kalır ve ceza hukukunu ilgilendirme niteliğini kaybeder, bu nedenlerle failin cezalandırılmaması gerekir.<sup>83</sup> Etkin pişmanlık için yapılan bu açıklamalar, gönüllü vazgeçme için de geçerlidir.

ETCK döneminde suç politikası teorilerinin kabul edildiği savunulmuş ve bu görüş gönüllü vazgeçmenin sadece eksik teşebbüste kabul edilmiş olmasına bağlanmıştı. Bu görüşe göre hem tam

79 TOZMAN, 2008 (a), s. 203.

80 SÖZÜER, 1994, s. 241.

81 ÖNDER, 1992, s. 421.

82 ERRA, 1944, s. 495.

83 BAYRAKTAR, 1968, s. 137.

hem eksik teşebbüs, suç failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanmazsa söz konusu olur. Bunun mefhum-u muhalifinden; failin suçun tamamlanmamasını kendi iradesiyle istemesi ve sağlaması durumunda teşebbüsten sorumlu olmayacağı anlamı çıkar. Bu akıl yürütmeye göre, gönüllü vazgeçmenin esası hukuki teorilerle açıklanıyor olsaydı, hem eksik hem de tam teşebbüs durumunda bu kurumun kabul edilmesi gerekirdi. Oysa kanun sadece eksik teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçen failin sorumlu olmayacağını düzenlemişti. Dolayısıyla ETCK'nin, suç politikası görüşlerine ağırlık verdiğini kabul etmek gerekiyordu. Bu yüzden de sadece vazgeçen suç ortağının cezalandırılmayacağı, diğer ortakların teşebbüsten sorumlu olacağı sonucuna ulaşıyordu.<sup>84</sup>

Bu görüş kabul edilirse, TCK'de gönüllü vazgeçmenin esasının suç politikası teorilerine dayanıp dayanmadığının tartışılması gerekir. Suç politikası teorilerinin kabul edildiğine kanıt olarak gösterilen düzenleme değişmiş, hukuki teorilerin varlığı için gerekli olduğu söylenen duruma getirilmiştir. Bu da, failin gönüllü vazgeçmesi durumunda şeriklerin de cezalandırılmaması olasılığını gündeme getirir. Bu konu aşağıda, *iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme* bölümde daha ayrıntılı incelenmiştir.

Doktrinde, genel olarak suç politikası görüşleri kabul edilir<sup>85</sup> ve gönüllü vazgeçmenin kişisel cezasızlık nedeni olduğu savunulur.<sup>86</sup>

TCK'nin düzenlemesinin, altın köprü teorisi kapsamında kabul edilmesi gerektiği savunulduğu gibi,<sup>87</sup> af teorisinin ağır bastığı da ifade edilmiştir.<sup>88</sup>

### III. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Gönüllü vazgeçmede kural teşebbüsten sorumlu olmamadır. Bu durum ceza siyasetine uygundur; bir kere suç yoluna giren failin cezadan kurtulmayacağı düşüncesiyle suçu tamamlamasına engel olur. Vazgeçmeyle kanun, suç iradesini daha güçlü bir şekilde engeller.<sup>89</sup>

Gönüllü vazgeçme failin icra hareketlerine başladıktan sonra kendi isteğiyle buna son vermesidir.<sup>90</sup> TCK failin suçu işlemekten vazgeçmesindeki sosyal yararı esas alarak, ceza politikası nedeniyle failin cezalandırılmayacağını düzenlemiştir. Bu düzenlemeyle hem İtalyan Ceza Kanunu'ndan hem de ETCK'den farklı olarak suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engellemek gönüllü vazgeçme kapsamında kabul etmiştir.<sup>91</sup>

Gönüllü vazgeçme, başka ülkelerin hukuklarında da kabul edilen bir cezasızlık sebebidir, ancak eksik ve tam teşebbüs aşamasındaki vazgeçme genellikle farklı düzenlenir.

İtalyan hukukunda gönüllü vazgeçme, İtalyan Ceza Kanunu'nun teşebbüsü düzenleyen 56. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında yer alır. Bunların ilki eksik, ikincisiyle tam teşebbüs durumunda vazgeçmeyi düzenler. 56/3'e göre fail icra hareketlerinden ihtiyarıyla vazgeçerse sadece o zamana kadarki hareketleri bir suça vücut veriyorsa o suçun cezasıyla cezalandırılır. 56/4'e göreyse neticenin gerçekleşmesini ihtiyarıyla engellerse teşebbüsten ceza alır ancak ceza 1/3'ünden yarısına kadar indirilir.<sup>92</sup>

Alman hukukunda gönüllü vazgeçme 24. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre icra hareketlerinden gönüllü vazgeçen veya neticenin gerçekleşmesini engelleyen fail teşebbüsten sorumlu olmaz.<sup>93</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nde 52 farklı ceza kanunu oluşu, bir konuda bu hukukun yaklaşımını belirlemeyi oldukça zor hale getirir. Ancak *American Law Institute* tarafından hazırlanan ve tavsiye niteliği taşıyan *Model Penal Code*, bu kanunların ortak noktalarının çoğalmasını sağlamıştır.<sup>94</sup> Günümüzde hem pek çok ceza kanunu, hem *Model Penal Code*, hem de doktrin gönüllü vazgeçmeyi geçerli bir savunma olarak kabul eder.<sup>95</sup>

90 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 343.

91 TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş, Ankara, 2006, s. 268.

92 İtalyan Ceza Kanunu için bkz. <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2205>. (erişim tarihi 10.11.2012)

93 YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, *Alman Ceza Kanunu*, Beta, İstanbul, 2009, s. 20.

94 ROBINSON, Paul H./DUBBER, Markus Dirk, *An Introduction to the Model Penal Code*, <http://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf>. (erişim tarihi 10.11.2012)

95 FLETCHER, George P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford,

84 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 482-483.

85 AKSOY, 2007, s. 212.

86 ÖZGENÇ, 2008, s. 438; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. Basım, Seçkin, Ankara, 2008, s. 292-293.

87 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 344; ÖZBEK, 2006, s. 458.

88 SOYASLAN, 2005, s. 292.

89 EREM, 1973, s. 342.

Yani ABD'de de failin suç fikrini değiştirmesi, dışarıdan bir etki olmaksızın kendi rızasıyla fiilden vazgeçmesi, suç tamamlanmadığı sürece geçerli kabul edilen bir savunmadır.<sup>96</sup> Ancak ülkedeki eski yargı kararları aksi yöndeydi; bir kere suç işleme kastı icra hareketleriyle ortaya konduğunda failin teşebbüsten sorumluluğunun doğduğu ve ister dış etkenler ister içsel bir pişmanlık sebebiyle vazgeçsin, sorumluluğunun devam edeceği söyleniyordu.<sup>97</sup>

İngiliz hukukundaysa failin vazgeçmesi kabul edilmemektedir, yani icra hareketlerine başlayan failin suçu tamamlanması için bir sebep yoktur. Buna karşın yardım edenin vazgeçmesi geniş kabul gören bir savunmadır; kişi kendi iradesiyle suça devam etmemeyi seçerse sorumluluktan kurtulabilir.<sup>98</sup>

## A. İcra Hareketlerinden Vazgeçme

### 1. İcra Hareketi

Hazırlık ve icra hareketleri ayırımının doğmasına ümanist doktrinin, kişinin haklarına tecavüz etme endişesi sebep olmuştur. Kanunlarda icra başlangıcı tasvir edilmez ve bunun bütün suçlara uygulanabilmesi mümkün değildir. Ancak şu kesindir ki, hazırlık hareketleri kesin bir suç işleme kararını göstermezler ve tehlike arz etmezler.<sup>99</sup> Bu yüzden hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması kuraldır.<sup>100</sup>

İcra hareketlerinin, işlenmek istenen suç için gerekli olan hareketlerin tamamlanmasıyla sona erdiği savunulur.<sup>101</sup> Suçlunun tehlikeliliğini esas alan pozitif okul failin icra hareketlerini tamamlayacağını kesin olmadığını, her an vazgeçebileceğini söyler. Bu yüzden ETCK'de eksik teşebbüs olarak düzenlenen durumda faile ceza verilmesi gerektiğini savunur. Kanun teşebbüsü cezalandırarak teorik bir tehlikeyi değil, failin bir davranışını cezalandırmaktadır.<sup>102</sup> Dolayısıyla kişinin

kimseye zarar vermemiş ve gönüllü vazgeçmesi sebebiyle artık tehlikesi de kalmamış fiilinin cezalandırılması zaten gereksizdir.

İcra ve hazırlık hareketlerini birbirlerinden ayırmak çok zordur. Bir ölçü olarak; icra hareketlerinin devam ettikleri takdirde suçun tamamlanmasını mümkün kılan, hazırlık hareketlerininse ne kadar devam ederlerse etsinler suç teşkil etmeyecek hareketler olarak görülebileceği öne sürülmüştür.<sup>103</sup>

TCK'deki düzenlemeye göre kanun koyucu teşebbüsü, icra hareketlerinin devamı zorunlu olan ve olmayan olarak ikiye ayırmıştır. Bunların ilkinde çekilen silahla ateş edilmesinin zorunlu olması örneği verilebilir, bu gibi durumlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için icrayı devam ettirmek yeterlidir. İkinciye örnek olarak zaman ayarlı bombanın bir yere yerleştirilmesi verilebilir, bu gibi durumlardaysa gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için fiilin tamamlanmasının engellenmesi gerekir.<sup>104</sup>

İcra hareketlerinden vazgeçme negatif özellik taşır, karar verilen suç faaliyetinin sonuna kadar götürülmemesidir. Ancak ihmali hareketli suçlarda icra hareketinden vazgeçme, ancak pozitif bir fiille mümkündür; yapılmayan hareketin yapılmasıyla gerçekleşir.<sup>105</sup> Bazı icrai hareketli suçlar açısından da durum budur. Örneğin treni yoldan çıkarmak için rayların üzerine bir engel koyan kişi, ancak bu engeli kaldırırsa gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.

Görüldüğü üzere, icra hareketlerinden vazgeçmenin aktif şekilde gerçekleştirilmesi zorunlu olabilir. Dolayısıyla bunların negatif nitelik taşıdığını kesin olarak söylemek ve etkin pişmanlıkla farkını buna dayandırmak mümkün değildir.<sup>106</sup>

TCK'nin 36. maddesine düzenlemenin aşırı olduğu eleştirisi getirilmiştir. Eleştiriye göre düzenleme, birini öldürmek için ateş eden kişinin hedefi iskalaması ve sonra öldürmekten vazgeçmesi durumunda teşebbüsten sorumlu tutulmasını engeller.<sup>107</sup> Buna karşı, bu durumda icra hareketleri

2000, s. 185.

96 HALL, 2009, s. 213.

97 BOYCE, Ronald N./DRIPPS, Donald A./ PERKINS, Rollin M., **Criminal Law and Procedure**, 10. Basım, Foundation, 2007, s. 449.

98 ELLIOTT, Catherine/QUINN, Frances, **Criminal Law**, 4. Basım, Longman, 2002, s. 210.

99 EREM, 1973, s. 352.

100 EREM, 1973, s. 320.

101 BAYRAKTAR, 1968, s. 152.

102 EREM, 1973, s. 351 vd.

103 EREM, 1973, s. 320.

104 TOZMAN, 2008 (a), s. 192-193.

105 TOROSLU, 2006, s. 267.

106 BAYRAKTAR, 1968, s. 124-125.

107 TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", **Türk Ceza Kanunu Reformu**, İkinci Kitap, 2004, s. 13.

tamamlandığı için failin sorumluluktan kurtulmayacağı ileri sürülmüştür. Failin sorumluluktan kurtulması için suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekir. Verilen örnekte fail bunlardan birini yapmadığı için gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz ve teşebbüsten sorumlu olur.<sup>108</sup> Yani fail, mağdurun zararının doğduğu durumlarda çaba sarf etmesi şartıyla teşebbüsten sorumlu olmazken; mağdurun zarar görmediği durumlarda engellenebilecek bir sonuç olmadığından teşebbüsten ceza alacaktır.<sup>109</sup> Bu örnek ETCK döneminde, gönüllü vazgeçmenin ancak icra hareketleri tamamlanmamışsa söz konusu olacağını açıklamak amacıyla verilmiştir. Tabancayla bir kere ateş edildikten sonra icra hareketlerinin tamamlandığı, tekrar ateş etmemenin sadece icra hareketlerini tekrarlamamak olduğu söylenmiştir. Tüm *iter criminis*'in bitirildiği, ancak harici bir sebeple neticenin meydana gelmediği durumda yeniden bir harekete girişmeyen kişi, yine de teşebbüsten sorumlu olur. Aksi, teşebbüs derecesinde kalan suçların neredeyse tamamının cezalandırılmamasını gerektirir.<sup>110</sup> Kısaca, bu örnekte failin teşebbüsten sorumlu olması, gönüllü vazgeçmenin sadece icra hareketleri tamamlanana kadar kabul edilmesine dayandırılır. TCK'nın icra hareketleri tamamlandıktan sonra da gönüllü vazgeçmeyi kabul etmesi, verilen örnekte failin teşebbüsten sorumlu tutulup tutulmayacağını tartışmayı gerektirir.

Söz konusu tartışma, ancak kişinin birden fazla kurşunu varsa gereklidir. Tek kurşunu olan fail, tekrar ateş etmediği için gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacak ve teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.<sup>111</sup> Bu durum tamamen aynı fiili gerçekleştiren faillerin ne kadar farklı hükümlere tabi olabileceklerini göstermesi açısından önemlidir.

Konunun çözümü için gönüllü vazgeçme ile icra hareketlerinin tekrarlanmaması kavramlarının farkının belirlenmesi gerekir. Bir el ateş eden ancak ıskalayan kişi icra hareketlerini tamamladığı için artık vazgeçme mümkün değildir, teşebbüsten sorumludur. Failin yaptığı şey sadece icra hareketlerini tekrarlamaktan vazgeçmektir.

Buna benzer bir örnek, failin her gün az miktarda zehir vererek mağduru öldürmeye karar vermesi ancak ilk günden sonra bundan vazgeçmesidir. Bu olaylar arasındaki fark, zehir örneğinde icra hareketlerinin tamamlanmamış olmasıdır. Bu aşamada vazgeçen fail öldürmeye teşebbüsten değil, yaralamadan sorumlu tutulmalıdır. Buna karşın doktrinde, ilk durumda da failin başka kurşunu varsa gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerektiği görüşü vardır. Bu görüş, söz konusu durumda fail kendi alanından çıkıp mağdurun alanına girmiş olduğu ve somut bir tehlike yarattığı için kabul edilemez. Ancak, TCK'nın düzenlemesi icra hareketleri tamamlandıktan sonra da gönüllü vazgeçmeyi kabul ettiği için, bu açıklamalar gereksiz kalmaktadır.<sup>112</sup> Tek el ateş edip ıskalayan faili teşebbüsten sorumlu tutmak, ıskalayan ve hastaneye götürüp ölmesine engel olan failden daha ağır ceza almasına sebep olabilecektir.

Bu tip adaletsizliklere yol açmamak için, icra hareketlerini tamamlayan ancak neticenin gerçekleşmesini engellemeye çalışan fail açısından cezasızlık değil, indirim sebebi yaratılması daha uygun olurdu.<sup>113</sup> İtalyan Ceza Kanunu'nun 56/4'teki düzenlemesi de bu yöndedir.

İcra hareketlerinin ne zaman tamamlanmış sayılacağına ilişkin sübjektif ve objektif teoriler de bu konuda farklı sonuçlara ulaşırlar. Sübjektif teori failin düşüncesini esas alır. Buna göre fail tipik fiilin oluşması için gerekli her şeyi yaptığını düşünüyorsa icra hareketleri tamamlanmış, başka hareketlere gerek olduğunu düşünüyorsa tamamlanmamıştır. Bu teori kabul edilirse başka kurşunu olduğu halde tek el ateş eden fail, yapması gereken başka hareketler olduğunu düşündüğü için icra hareketlerini tamamlamamıştır. Objektif teoriye failin o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketlerin objektif olarak neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını esas alır. Buna göre nedenselliğe son verme ve suçun tamamlanmasını engelleme hala failin elindeyse, icra hareketleri tamamlanmamıştır. TCK, objektif teoriyi kabul eder. Dolayısıyla örnek olayda tek el ateş etmek neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olduğundan, icra hareketleri tamamlanmıştır.<sup>114</sup>

108 HAKERİ, 2011, s. 421.

109 AKSOY, 2007, 231.

110 ERRRA, 1944, s. 716.

111 BAKICI, Sedat, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 2. Basım, Adalet, Ankara, 2008, s. 817.

112 AKSOY, 2007, s. 193-194.

113 AKSOY, 2007, s. 233.

114 ÖZTÜRK/ERDEM, 2008, s. 295.

İngiliz hukukunda mağdura tek el ateş eden ve iskalayan failin durumunun klasik bir suça teşebbüs olduğu söylenir. Ancak bunun işlenemez suçla, örneğin failin mağdura zehir zannederek zararsız bir madde verdiği durumla farkının ne olduğunun tartışılması gerektiği belirtilir. Sadece ilkinin teşebbüs olduğu sonucuna kusuru ve fiili esas alan yaklaşımların bir arada değerlendirilmesiyle ulaşılır. Fail sübjektif olarak kast ettiği failden sorumludur, ancak var olduğunu zannettiği duruma göre ceza alması kabul edilmez.<sup>115</sup> Silah örneğinde failin hem iradesi hem de somut durum neticeyi gerçekleştirmeye müsaittir. Buna karşın zehir örneğinde failin iradesi mağduru öldürmek olsa da, somut durum zarar doğurmaya ya da tehlike yaratmaya elverişli değildir. Bu yüzden sadece silah örneğindeki fail teşebbüsten sorumludur.

Etkin pişmanlıkta fail, *iter criminis*'e tamamen hakimdir ve sonucu önler. Tekrarlanmayan teşebbüste neticeyi failin elinde olmayan nedenler önler, failin tek yaptığı hareketi tekrarlamamaktır.<sup>116</sup>

Ateş edip isabet ettiremeyen failin sorumluluğunun değerlendirilmesi gönüllü vazgeçmenin esasını açıklayan teorilere göre ayrı ayrı yapılmalıdır. Suç politikası teorilerine ağırlık verilirse, failin tekrar ateş etmemesini sağlamak için gönüllü vazgeçmenin kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak hukuki teorilere ağırlık verilirse, anlatılan olayda zaten tüm unsurlarıyla ortaya çıkmış bir teşebbüsün olduğu kabul edilmelidir. Fail icra hareketlerini tamamlamış ve aynı anda elinde olmayan sebeple netice gerçekleşmemiştir. Her ne kadar sadece neticenin engellenmesi bile gönüllü vazgeçme kabul ediliyorsa da, bunun için failin olayı hala neticeyi engelleyebilecek kadar hakimiyeti altında bulundurması gerekir. Oysa örnekte olay tamamen failin hakimiyet sahasından çıkmıştır; neticenin gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesine failin etki etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçilebilecek sınır aşılmıştır. Bunlara karşın failin mağduru öldürmek amacıyla ateş edip yaraladığı, sonra pişman olup hastaneye götürdüğü durumda bile adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamadığı düşünüldüğünde, isabet ettirememesi durumunda da teşebbüsün söz konusu

olamayacağı sonucuna varılabilir. Hatta failerin alacakları cezalara bakıldığında, mantıklı olanın bu olduğu izlenimi doğar. Aksi takdirde ateş eden ancak iskalayan fail adam öldürmeye teşebbüsün cezası olarak 9-13 yıl arası hapis cezasına çarptırılacakken, mağduru yaralayan ve sonra ölümden kurtulmasını sağlayan failin cezasının 8 aydan 2 yıla kadar olması mümkündür. Dolayısıyla fail için mağduru yaralamak ve sonra hastaneye götürmek, ona hiç zarar vermemekten daha karlıdır. Bu sonuçta suç politikası teorilerine tamamen aykırıdır.

Adam öldürme suçunda gönüllü vazgeçmenin farklı düzenlenmesinin daha doğru olacağı savunulmuştur. Çünkü örneğin; tabancayla adam öldürmeye kalkışan ve gönüllü vazgeçerek neticeyi engelleyen fail yaralamadan sorumlu tutulacakken, mağduru boğmak üzere nehre atan ve sonra vazgeçerek kurtaran fail bu suçtan dahi sorumlu olmayacaktır.<sup>117</sup>

## 2. İradi Vazgeçme

Fail vazgeçme iradi değilse teşebbüsten sorumludur, iradiyse gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.<sup>118</sup> Fail, icra hareketleri tesadüfi bir nedenle kesildiyse gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz.<sup>119</sup>

Failin vazgeçmesinin iradiliğini belirlemede iki temel teori vardır; psikolojik teori ve normatif teori. Psikolojik teori gönüllülüğü failin hala suçu gerçekleştirebileceğini düşünüp düşünmediğine göre belirler. Normatif teorinin genel kabul gören yaklaşımıysa vazgeçmenin gönüllülüğünü failin hukuki zemine dönmesine bağlar. Buna göre gönüllülüğün en uygun kriteri, failin vazgeçmesinin suç planına aykırı olmasıdır. Bu iki teori genelde aynı sonuca varırlar, ancak üç temel yapıda farkları ortaya çıkar. Bunların ilki failin birden fazla hedefinin olduğu ve bunlardan birini, ancak diğerlerini ihmal ettiğinde gerçekleştirebildiği durumlardır. Örneğin, iki kişiyi öldürmeyi amaçlayan fail kişilerden birini yaralar, ancak diğerinin kaçmaması için fiile son verir ve diğer kişiyi öldürür. Psikolojik teori bu olayda gönüllü vazgeçmeyi kabul eder. Çünkü fail ilk kişiyi değil diğerini öldürmeyi seçmiş, dolayısıyla

115 ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 4. Basım, Oxford University Press, 2003, s. 454.

116 BAYRAKTAR, 1968, s. 126.

117 AYDIN, Devrim, "Suça Teşebbüs", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2006, Cilt: 55, Sayı: 1, (s. 85-114), s. 106.

118 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 749.

119 ERRA, 1944, s. 703.

ilk kişiyi öldürmemeye konusunda kendisini zorlayan bir neden yokken seçim yapmıştır. Oysa normatif teori bu durumda gönüllü vazgeçmeyi kabul etmez. Failin vazgeçmesinin sebebi suç işleme kararından dönmesi değil, planı çerçevesinde diğer kişiyi öldürmeyi daha önemli görmesidir. Yasal zemine dönmeyen fail cezadan kurtulmaya hak kazanmaz. İkinci durum failin amacına daha kolay ve risksiz ulaşmak için vazgeçmesidir. Örneğin mağdur tecavüzden kurtulmak için faile biraz dinlendikten sonra kendisiyle rızasıyla beraber olacağını söyler, bekledikleri sırada yakınlardan geçen birini yardıma çağırır ve kurtulur. Psikolojik teori failin tecavüzü ertelemek zorunda olmadığını, bu yüzden gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerektiğini savunur. Normatif teoriye bu durumda failin düşüncesini değiştirmedeğini, sadece amacına daha kolay ulaşmak istediğini, dolayısıyla gönüllü vazgeçmenin söz konusu olmadığını belirtir. Üçüncü ve son durumsa failin aşılması güç bir engelden dolayı vazgeçmesidir. Buna örnek olarak karısını öldürmek için bıçaklayan kişinin kapıya gelen çocuğunu görmesi ve annesini çocuğun gözünün önünde öldürmek istemediği için vazgeçmesi verilebilir. Psikolojik teoriye göre bu durumda gönüllü vazgeçme söz konusu değildir. Çünkü çocuğun gelişiminin yarattığı sarsıntı faili fiiline devam edemeyecek hale sokmuştur. Oysa normatif teori bu durumda failin düşüncesinin değiştiğini, yasal zemine döndüğünü, dolayısıyla cezalandırılmamaya hak kazandığını ve gönüllü vazgeçmeden yararlanacağını savunur. Psikolojik teoriye göre fail, gözletlendiğini fark ettiği veya ihbar edilmekten ya da cezalandırılmaktan korktuğu için vazgeçtiğinde, karşı konulmaz bir zorlama sebebiyle değil iradesiyle vazgeçmiştir. Bu durumlarda fail suçu gerçekleştirme olasılığını ve riski tartarak, mevcut durumun suçu işlemesine değmeyeceğine karar verir ve gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerekir. Oysa normatif teori failin burada suçla ilgili düşüncesini değiştirmedeğini, sadece amacını mevcut duruma uydurduğunu savunur. Failin suçtan beklediği yararı sağlayamayacağı düşüncesiyle vazgeçmesi durumunda gönüllülük olmadığını, dolayısıyla ödüllendirilmesi gereken bir davranış bulunmadığını ve gönüllü vazgeçmeden yararlanmaması gerektiğini söyler. Fail suç saiki ortadan kalktığı için, örneğin eşinin sevgilisi zannederek öldürmek

istediği kişinin aslında o kişi olmadığını anladığı için, vazgeçerse gönüllü vazgeçme yoktur. Çünkü bu durumda zaten fiile devam edilmesi amacı gerçekleştirilmeyecektir.<sup>120</sup>

Vazgeçmenin gönüllülüğüyle ilgili egemen görüş **Frank**'in formülüdür. Bu formüle göre fail "İcra hareketlerine devam edecek ve neticeyi gerçekleştirecek imkanım var ama ben bunu istemiyorum." diyorsa vazgeçme gönüllüdür. Ancak fail "İcra hareketlerine devam etmeyi veya neticeyi gerçekleştirmeyi istesem de, buna muktedir değilim." diyorsa gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez.<sup>121</sup> Bu formül vazgeçmenin gönüllülüğünden ziyade, vazgeçmeye uygun olan ya da olmayan davranışları belirlediği söylenerek eleştirilmiştir.<sup>122</sup>

Yukarıda bahsedildiği gibi gönüllü vazgeçmenin izlenen suç siyasetinin gereği olduğu ve faili suçu tamamlamamaya teşvik etmeyi amaçladığı söylenir. Buna göre gönüllü vazgeçme cezaı kaldıran şahsi sebeptir.<sup>123</sup> Ancak suç politikası yaklaşımını kabul etmeyen bir görüş de vardır. Buna göre gönüllü vazgeçme ümanist doktrine uygun bir kurumdur. Ancak gönüllü vazgeçmede iradiliğin yeterli sayılmaması, aynı zamanda içtenliği de aranması gerekir. Bu yüzden kişi fiilinden yakalanma korkusuyla veya suçu daha iyi şartlar altında işleme isteğiyle vazgeçmişse sorumluluktan kurtulmamalıdır. Suçun icrasından vazgeçmekle suçtan vazgeçmek aynı şey değildir. Ayrıca suç politikası görüşleri failin her zaman cezaı hesapladığı varsayımına dayanır Oysa bu kanıtlanmış değildir. Özellikle etkin pişmanlık durumunda failin sadece cezadan kurtulmayı amaçladığı düşünülemez; insanın kötü olandan vazgeçme imkanı ve iktidarı gerçektir.<sup>124</sup> Pozitivistler de failin etkin pişmanlıktan yararlanması için tam bir pişmanlığın olması gerektiğini savunurlar. Failin ancak toplumsal yönden tehlikeli olmadığında ceza almayacağını, bununsa samimi bir pişmanlıktan ileri geleceğini düşünürler.<sup>125</sup>

Vazgeçme iç veya dış faktörlerden kaynaklanabilir. İç faktörler tamamen failin iç dünyasından kaynaklanır ve gönüllü vazgeçmeyi doğurur.

120 TOZMAN, **2008** (a), s. 227 vd.

121 ÖNDER, **1992**, s. 418.

122 TOZMAN, **2008** (a), s. 228.

123 ÖZGENÇ, **2008**, s. 438.

124 EREM, **1973**, s. 353-354.

125 BAYRAKTAR, **1968**, s. 149.

Bu kararda hiçbir dış etkenin payı olmamalıdır. Gerçek pişmanlık, merhamet, suçu başka zamana bırakma, kötümserlik, yakalanma ve cezalandırılma korkusu bunlara örnek verilebilir. Dış faktörse maddi ve manevi olarak iki şekilde ortaya çıkabilir. Maddi faktörlere failin anahtar kırıldığı için eve girmekten vazgeçmesi ya da mağdurun karşı koyması örnekleri verilebilir. Bu gibi durumlarda failin gönüllü vazgeçtiğinden bahsedilemez. Manevi faktörlere failin köpeğin havlamasından korkup kaçması ya da baykuşun ötüşünü uğursuz sayarak hareketlerine son vermesi örnekleri verilebilir. Bu gibi durumlarda vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı tartışmalıdır. Dış manevi faktörler sebebiyle vazgeçmenin gönüllü kabul edilemeyeceğini savunan görüşler vardır. Ancak bu durumda gönüllülük belirlenirken somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekir. Fail suçu sonuna kadar götürebileceğini düşündüğü halde vazgeçmişse gönüllüdür; *iter criminis*'te daha fazla ilerleyemeyeceğini düşündüğü için vazgeçmişse değildir.<sup>126</sup> Dış manevi faktörün varlığı halinde failin vazgeçmesinin bu etkene bağlı olduğu, dolayısıyla gönüllü vazgeçmenin söz konusu olmaması gerektiği belirtilir. Buna karşın maddi bir dış etki yoksa vazgeçmenin gönüllü kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüş de vardır.<sup>127</sup>

Gönüllülük, dış şartlar değişmediği halde failin kararı değiştiğinde açıkça vardır. Failin cezadan korkarak vazgeçmesi tek başına gönüllülüğü ortadan kaldırmaz. Fail fiile devam etme ya da fiilden vazgeçme konusunda seçme şansına sahipse gönüllülük vardır. Örneğin, mağdurun karşı çıkması durumda fiile zor kullanarak devam etme şansı olduğu halde bunu yapmayan failin gönüllü vazgeçtiği kabul edilmelidir.<sup>128</sup> Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları da bu yöndedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi mağdurun aşılabilir direnmesi dışında bir sebep olmaksızın vücuda organ veya sair cisim sokma şeklindeki nitelikli cinsel saldırıdan vazgeçmenin gönüllü vazgeçme kabul edilmesi ve faillere basit cinsel saldırıdan ceza verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>129</sup> Bu karar sadece mağdurun kırıl-

bilir direnmesinin vazgeçmenin iradiliğini etkilemeyeceğini ortaya koyması açısından önem taşır.

Başkalarının konuşmalarından ikna olarak fiilden vazgeçen fail de gönüllüdür. Ancak bu durumda konuşmalarda ihbar tehdidi olmaması gerekir. Fail icradan başka bir saikle vazgeçmişse gönüllü vazgeçme söz konusu olmaz. Suçu başka birine karşı, başka bir konu üzerinde işlemek veya başka bir suçu gizlemek, kendisine başka bir yarar sağlamak için icra hareketlerinden vazgeçen fail suçtan gönüllü vazgeçmemiştir. Yakalanma veya ceza korkusuyla vazgeçen failin gönüllü vazgeçip vazgeçmediğine somut olaya bakılarak karar verilmelidir. Dış şartların değişmesi sebebiyle suçtan vazgeçen failse genellikle gönüllü vazgeçmiş olmaz. Yargıtay, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığına karar verilirken somut olayın koşullarına bakılması gerektiğini savunur.<sup>130</sup> Yakalanma korkusuyla vazgeçmenin sanığın iradesine bağlı bir gönüllü vazgeçme kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Yargıtay 5. CD'nin 19.11.1968 tarih, 3338/3397 sayılı kararındaki görüşü bu yöndedir.<sup>131</sup> Buna karşın yakalanma ve cezalandırılma korkusuyla vazgeçen failin gönüllü olduğunun kabulü mümkündür.<sup>132</sup> Gönüllü vazgeçmede failin saiki değil, sadece iradesinin olup olmadığı dikkate alınır. Dolayısıyla ceza veya yakalanma korkusuyla vazgeçen fail dış bir gücün etkisinin olmaması şartıyla gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ancak dıştan gelen bir etki bu korkuyu yarattıysa yararlanamaması gerekir.<sup>133</sup> Zaten gönüllü vazgeçmenin esasının suç politikası teorilerinde olduğu savunuluyorsa bu görüşün kabulü zorunludur. Bu teorilere göre gönüllü vazgeçmenin amacı faile ceza vermeyerek onu fiili tamamlamaktan caydırmaktır. Dolayısıyla yakalanma ve cezalandırılma korkusu durumunda failin gönüllü vazgeçmeden yararlanacağını kabul etmek zorunludur. Yoksa gönüllü vazgeçmenin amacının, gönüllü vazgeçmeye engel olacağı savunulmuş olur.

Fail kendisinden şüphelenildiğini, delillerin aleyhine olduğunu fark eder ve yakalanmaktan korktuğu için vazgeçerse suçu tamamlayabilecek

126 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 484 vd.

127 AKSOY, 2007, s. 201 vd.

128 HAKERİ, 2011, s. 424 vd.

129 5. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 11.10.2010, Esas Numarası: 2006/13156, Karar Numarası: 2010/7375.

Dairenin aynı yöndeki bir başka kararları için bkz. 5. Ceza Da-

iresi, Karar Tarihi: 12.10.2009, Esas Numarası: 2009/10390, Karar Numarası: 2009/11320; 5. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 01.06.2009, Esas Numarası: 2009/3381, Karar Numarası: 2009/6645.

130 HAKERİ, 2011, s. 424 vd.

131 AKTAŞ, Yusuf, **Cezanın Kurulması**, Ankara, s. 38.

132 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 487.

133 ERRA, 1944, s. 700 vd.

durumda olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer fail suçu sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde vazgeçmiş ve neticeyi önlemişse vazgeçme iradidir. Failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerekir. Ancak fail icraya başlarken göze aldığı riskler dışında bir sebeple, suçu tehlikesizce işleyemeyeceğini anladığı için vazgeçmişse iradilik yoktur.<sup>134</sup> Yani fail, suçun icrasına başladığı sırada var olan riskler dışındaki sebeplerle suçu tamamlayamayacağını düşündüğü için vazgeçerse gönüllü vazgeçme yoktur.<sup>135</sup> Yargıtay bu konudaki bir kararında; hırsızlık amacıyla eve giren failin, ev sahipleri uyanıp kendisine ne aradığını sorunca evden bir şey almaksızın kaçmasının, gönüllü vazgeçmeye vücut vermeyeceğini ifade etmiştir.<sup>136</sup>

Gönüllü vazgeçme için failin pişmanlık duyarak icra hareketlerine son vermesi gerektiği yönünde bir görüş vardır.<sup>137</sup> Vazgeçmenin iradiliğini yeterli bulmayan, amacına da bakılması gerektiğini savunan görüşler bunu; failin ancak gerçek bir pişmanlıkla suçtan vazgeçiyorsa tehlikesiz sayılabileceğine, suçu daha elverişli koşullarda işlemek için vazgeçen faili cezalandırmamanın hükmün amacıyla bağdaşmayacağına dayandırırılar. Ancak failin vazgeçmede samimi olmasını aramak kanunun lafzına ve gönüllü vazgeçmenin esasına uygun olmaz.<sup>138</sup> Kanuna göre failin vazgeçmesinin samimiliğini aramaya gerek yoktur. Yargıtay 5. Ceza Dairesi de 23.06.1967 tarih, 1210/1993 sayılı kararında; vazgeçme ister pişmanlıktan, ister ceza korkusundan, isterse acımadan ya da tiksintiden kaynaklansın, fail kendi isteğiyle vazgeçtiyse nedene bakılmaksızın cezasızlıktan yararlanacağını belirtir.<sup>139</sup> Kişilerin iç dünyasındaki sebepleri araştırmak ceza adaletinin görevi değildir. Gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için belli bir saikin aranması failin kanıtlayamayacağı ve hakimlerin uygulama olanağı bulamayacağı bir şart yaratır. Bunların yanında, vazgeçmede samimiliği arayan kanunlarda bu şart açıkça belirtilir.<sup>140</sup> Oysa vazgeçmenin gerçek bir pişmanlıktan kaynaklanması

ETCK'da (ve TCK'da) gerekli görülmemiştir.<sup>141</sup> Saik, sadece kanunun açıkça düzenlediği yerde araştırılmalıdır ve TCK'de böyle bir düzenleme yoktur.<sup>142</sup> Dolayısıyla failin saiki önem taşımaz, gerçek bir pişmanlık ya da utanç duymasına gerek yoktur. Önemli olan seçme özgürlüğü varken fiilden vazgeçmesidir.<sup>143</sup>

Yargıtay gönüllü vazgeçmenin, fail fiili sonuna kadar götürebileceğini düşündüğü halde icra hareketlerini kesmişse söz konusu olduğunu belirtir. Buna karşın failin icra hareketlerini kesme sebebi, icrayı daha ileri götüremeyeceğini, *iter crimis*'de ilerleme imkanı kalmadığını düşünmesiye, failin elinde olmayan nedenlerle icrayı bırakması söz konusudur, vazgeçme gönüllü değildir ve fail teşebbüsten sorumlu olur.<sup>144</sup> Yani uygulamada failin kanaatinin ne olduğu araştırılmaktadır.<sup>145</sup>

Manevi zorlamayla vazgeçen failin bile iradi vazgeçtiği düşüncesi vardır. Buna göre irade kişinin karar verme yeteneği olduğuna göre manevi zorlama failin başka türlü davranma imkanını ortadan kaldırmadığı sürece gönüllülüğü etkilemez. İrade zorlanmış olsa da iradedir. Buna karşın "ihtiyarilik" kavramının hukuken daha dar algılanmasının gerektiği, sadece iradi değil aynı zamanda serbest iradeyle verilmiş bir vazgeçme kararına gerek olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre dış manevi sebepleri iradeyi zorlayanlar ve zorlamayanlar olarak ikiye ayırmak gerekir. İradeyi zorlamayan dış manevi sebepler failin; suçtan yarar sağlayabilecek ve özel bir tehlikeye maruz kalmaksızın onu tamamlayabilecek durumda olduğu halde suç işleme kararını gözden geçirdiği ve vazgeçtiği durumlarda söz konusudur. Böyle durumlarda vazgeçme ihtiyaridir. Buna karşın dış manevi unsur failde yakalama veya cezalandırılma korkusu ya da neticenin yararlı bir şekilde elde edilememesi riski yaratmışsa ihtiyari vazgeçmeden bahsedilemez. Bu konuda vurgulanması gereken şudur; söz konusu belirleme somut olaya göre değil failin subjektif durumuna göre yapılmalıdır. Aslında devam edebileceği fiili tamamlamanın mümkün olmadığını düşünen fail gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz.

134 BAYRAKTAR, **1968**, s. 151-152.

135 AKTAŞ, s. 39.

136 6. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 03.11.2009, Esas Numarası: 2008/2496, Karar Numarası: 2009/14265.

137 BAKICI, **2008**, s. 817.

138 DÖNMEZER/ERMAN, **1976**, s. 484.

139 AKTAŞ, s. 39.

140 ERRA, **1944**, s. 683.

141 DÖNMEZER/ERMAN, **1976**, s. 483.

142 EREM, **1973**, s. 244.

143 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, **2008**, s. 467.

144 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 25.04.1983, Esas Numarası: 6/98, Karar Numarası: 194.

145 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, **2008**, s. 468.



Ancak devam edilemez fiili tamamlayabileceğini düşündüğü halde vazgeçen fail gönüllü vazgeçmeden yararlanır.<sup>146</sup> Bu ayırmada hangi teorinin kabul edildiği önem taşır. Suç politikası teorileri faili vazgeçirme amacı güderler dolayısıyla onlar açısından bu yaklaşım doğrudur. Önemli olan failin iradesini ortaya koymasıdır. Ancak hukuki teoriler somut olayda teşebbüsün unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakarak dolayısıyla onlara göre bu yaklaşım kabul edilemez. Somut olayda suçtan geri dönme imkanı kalmadıysa fail ne düşünürse düşünsün gönüllü vazgeçme söz konusu olmaz. Buna karşın aslında tamamlanabilecek fiile devam edemeyeceğini zannederek vazgeçen fail yine de bunu iradesiyle yapmıştır ve gönüllü vazgeçmeden yararlanma olasılığı vardır.

İsnat yeteneğini kaybetmiş olan fail gönüllü vazgeçebilir. Bu durumda failin özgür bir kararı olmadığı için kusurunun ortadan kalkmayacağı ve gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacağı yönünde bir görüş vardır. Ancak gönüllü vazgeçmenin kusurla ilgisi yoktur; cezayı kaldıran bir kişisel nedendir. Bu yüzden fail, fiile başlamadan önce kendini isnat yeteneğini kaldırabilecek bir duruma sokmuş ve bu durumdayken fiili tamamlamamış, örneğin polis çağırmışsa, gönüllü vazgeçmeden yararlanmalıdır.<sup>147</sup>

Failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için fiile nihai olarak son vermesinin gerekmediği, sadece mevcut durumda işlenmekte olan suçtan vazgeçmesinin yeterli olduğu söylenir.<sup>148</sup> Buna karşın gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için failin suç kastını terk etmesi gerektiği,<sup>149</sup> suçun daha sonra tamamlamak amacıyla yarıda bırakılmasının gönüllü vazgeçme kabul edilemeyeceği görüşü de vardır.<sup>150</sup> Çünkü bu durumda suç kastı terk edilmez sadece ertelenir.<sup>151</sup> Bununla beraber kanunda gönüllü vazgeçmenin "suç işleme kararı"ndan değil, "suçun icrası"ndan vazgeçmek olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla fail hangi saikle vazgeçerse geçsin sorumlu olmamalıdır.<sup>152</sup>

Aynı yaklaşıma göre fail suç için kullandığı araç sağlıklı bir icra sağlayamadığı için, suçu daha etkili vasita veya yöntemlerle işlemek amacıyla vazgeçerse gönüllü vazgeçme yoktur. Bu durumda hem suç kastı devam eder hem de vazgeçmenin sebebini vasitanın yetersizliği oluşturur.<sup>153</sup> Maddi konunun yokluğu ya da hareketin elverişsizliği durumlarında da gönüllü vazgeçme söz konusu olmaz. Çünkü fail istese de fiile devam etme imkanından yoksundur.<sup>154</sup> Fiile başlarken elverişli olan vasita sonradan elverişsiz hale gelmesi ya da maddi konunun sonradan ortadan kalması durumlarında da durum aynıdır.<sup>155</sup> Benzer şekilde, vasitanın yetersizliği sebebiyle vazgeçme gönüllü vazgeçme kabul edilemez.<sup>156</sup>

Oysa bu durumlarda bir değerlendirme yapılmalı ve failin gönüllü vazgeçmeden yararlanma olasılığı kabul edilmelidir.<sup>157</sup> Fail icra hareketlerine sadece ara vermişse, çok kısa bir süre sonra bıraktığı yerden devam etmek niyetindeyse gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez. Örneğin, suç işleme şeklinin veya aracının değiştirilmesinde durum budur. Ancak fail icra hareketlerine gönüllü olarak, uzun bir süre için ara vermişse daha sonra aynı suçun icrasına tekrar başlasa bile ilk icra hareketleri açısından gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.<sup>158</sup> Yani bu değerlendirmede hareketler arasındaki zaman aralığına bakılmalıdır. Hareketlerin farklı kabul edilmesine yetecek bir zaman aralığı yoksa gönüllü vazgeçme de olmaz. Buna karşın hareketler arasında uzun bir zaman aralığı varsa failin ilk suçtan gönüllü vazgeçtiği kabul edilmelidir.<sup>159</sup>

Bu noktada, mutlak imkansızlık hallerinde işlenemez suçun ortaya çıktığı vurgulanmalıdır. İşlenemez suça teşebbüs mümkün değildir. Teşebbüs sadece nispi imkansızlık hallerinde ortaya çıkabilir.<sup>160</sup> Dolayısıyla yukarıdaki değerlendirmeler ancak nispi imkansızlık halleri için yapılabilir. Mutlak imkansızlık halinde teşebbüsten sorumluluk doğmayacağı için gönüllü vazgeçme-

146 ERRA, 1944, s. 707 vd.

147 TOZMAN, 2008 (a), s. 245.

148 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 343-344.

149 MALKOÇ, 2008, s. 287.

150 DEMİRBAŞ, 2009, s. 432.

151 MALKOÇ, İsmail, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 3. Basım, Malkoç Kitabevi, Cilt: I, 2008, s. 289.

152 TOROSLU, 2009, s. 1210.

153 MALKOÇ, 2008, s. 287.

154 AKSOY, 2007, s. 192.

155 SOYASLAN, 2005, s. 293-294.

156 TOROSLU, 2006, s. 267-268.

157 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 487.

158 TOZMAN, 2008 (a), s. 216 vd.

159 TOROSLU, 2009, s. 1200-1201.

160 ERSOY, Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj, Ankara, 2002, s. 122.

nin tartışılması da gereksizdir. Bu konu aşağıda "Gönüllü Vazgeçmeye Elverişli Olmayan Suçlar" başlığı altında daha ayrıntılı anlatılacaktır.

Failin suçun kendisine beklediği kadar kazanç sağlamayacağını fark ettiği için vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçmiş olmayacağı söylenir. Bu bir hırsızın değerli bir şey çalma niyetiyle başladığı hareketten, değersiz bir şeyle karşılaştığı için vazgeçmesi durumunda doğrudur. Buna karşın, birinin yolunu kesen ve "Ya paranı ya canını!" diyen failin, mağdurun sadece 10 TL'si olduğunu öğrendikten sonra "Neyse, boş ver." demesi durumunda teşebbüsten sorumlu tutulması pek mümkün görünmez. Ancak mağdurun hiç parası yoksa teşebbüsten sorumluluk doğar.<sup>161</sup> Yargıtay'ın bir kararındaki karşı oy bu konuya değinmiştir. İlgili karşı oya göre; bir lokantaya giren ancak bir şey almadan çıkan failin vazgeçme sebebinin lokantada alınacak bir şey bulamaması mı, yoksa gönüllü vazgeçmesi mi olduğu değerlendirilmelidir.<sup>162</sup> Bu karşı oy, fiilden umduğu çıkarı sağlayamayacağını anladığı için ya da nispi elverişsizlik sebebiyle vazgeçen failin durumuna değinmesi açısından önem taşır. Karşı oydan, lokantada çalınacak bir şey olmaması sebebiyle vazgeçen failin gönüllü vazgeçmiş kabul edilemeyeceğinin düşünüldüğü anlaşılmaktadır.

Failin öngörmediği zorlukları göze almak istememesi sebebiyle vazgeçmesinin, gönüllü vazgeçme kabul edilemeyeceği söylenir.<sup>163</sup> Buna karşın fail suçu gerçekleştirmenin öngördüğünden daha ağır veya riskli olması sebebiyle vazgeçtiğinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği de öne sürülmüştür. Bunun için suçun riskinin öngörülen önemli ölçüde fazla olmaması gerekir.<sup>164</sup> Eğer risk, dışarıdan bir etki kabul edilebilecek derecede fazlaysa gönüllülük kabul edilemez.

Bu konuyla ilgili tartışılan bir örnek şöyledir: Kişiyi öldürmek üzere olan kiralık katil, kişinin kendisine daha fazla para teklif etmesi sebebiyle onu öldürmekten vazgeçer. Bu durumda kiralık katilin sorumluluğu nasıl belirlenecektir? Burada failin saiki önem taşımaz. Amacı daha fazla para

olmak olsa bile suçun işlenmemiş olması tercihi ne öncelik tanınmalıdır. Yoksa katil daha az para olacak olsa bile adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu olma riskini göze almayıp, aynı zamanda tanık olan mağduru öldürmeyi seçebilir.<sup>165</sup> Buna karşın, katilin gönüllü vazgeçme kriterlerine uygun davranmasına rağmen gönüllü vazgeçmenin kabul edilmemesi gerektiği de söylenir. Buna sebep olarak bu durumda gönüllü vazgeçmenin amacının gerçekleşmediği, altın köprü'nün amacına aykırı bir durumun söz konusu olduğu gösterilir.<sup>166</sup> Ancak failin vazgeçme saikinin iyi veya kötü niyetten kaynaklanması önemli değildir. Suçu daha iyi şartlar altında işlemek için vazgeçmek bile gönüllüdür.<sup>167</sup> Dolayısıyla kiralık katil örneğinde failin, saiki ne olursa olsun, kişiyi öldürme imkanı varken bundan vazgeçtiği için gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması gerekir.

Buna benzer bir örnek de ölmesi için denize atılan mağdurun kendini kurtarması için faile para teklif etmesi durumudur. Bu şartlar altında mağdurun kurtaran fail iradesiyle sonucun gerçekleşmesini engellemiştir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmeden yararlanır.<sup>168</sup>

Vazgeçen failin bunu kendi iradesiyle yaptığını kesin olarak ortaya koyması gerektiği söylenir.<sup>169</sup> Ancak şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bu konuda uygulanacağı da öne sürülmüştür. Buna göre fail, özgür iradesiyle vazgeçmediği veya mecburi olarak bu şekilde davranmaya itildiği belirlenmediği sürece, gönüllü vazgeçmeden yararlanır.<sup>170</sup>

## B. Suçun Tamamlanmasını veya Neticenin Gerçekleşmesini Önleme

### 1. Genel Olarak

Fail, vazgeçtiği ana kadar yaptığı hareketler bir netice doğurmaya elverişliyse bu neticeyi engellemekle yükümlüdür. Hareketinin yarattığı tehlike devam eden fail bu tehlikeyi engellemediği sürece gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz.

Bu durumda icra hareketleri tamamlanmıştır. Fail sadece neticenin gerçekleşmesini

161 FLETCHER, 2000, s. 191.

162 10. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 14.11.2005, Esas Numarası: 2004/4963, Karar Numarası: 2005/15429.

163 LAFAYE, Wayne R., *Criminal Law*, 4. Basım, Thomson West, 2003, s. 607.

164 TOZMAN, 2008 (a), s. 248-249.

165 ERDOĞAN, 2010, s. 107.

166 HAKERİ, 2011, s. 427.

167 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 747.

168 AYDIN, 2006, s. 105-106.

169 AKSOY, 2007, s. 199-200.

170 TOZMAN, 2008 (a), s. 242.

önlemeye çalışır.<sup>171</sup> Dolayısıyla bu şarta sahip gönüllü vazgeçme ancak tam teşebbüs aşamasında söz konusudur.<sup>172</sup> Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemek pozitif bir nitelik taşıyor; yeni bir faaliyetin gerçekleştirilmesini gerektirir.<sup>173</sup> Bu yüzden bu durumda failin iradesini belirlemek icra hareketlerinden vazgeçmeye göre daha kolaydır.<sup>174</sup> Ancak henüz icra hareketlerinin tamamlanmadığı bazı durumlarda da gönüllü vazgeçmenin varlığı için failin pozitif bir hareketi gerekli olabilir. Dolayısıyla bu ölçüt ikisini ayırmada yeterli değildir.<sup>175</sup>

Hareket tamamlandıktan sonra neticenin gerçekleşmesi engellenirse vazgeçmenin değil pişmanlığın söz konusu olduğu söylenmiştir. Çünkü zaten yapılmış olan bir hareketten vazgeçilemez. Pişmanlıkta ancak cezanın miktarına etki edebilir.<sup>176</sup> ETCK döneminde doğru olan bu yaklaşım TCK'nin terminolojisine uymaz. Bu uyumu sağlamak için gönüllü vazgeçmede icra hareketlerinden değil, suçtan vazgeçildiği kabul edilebilir. Dolayısıyla suç tamamlanana kadar vazgeçme mümkün olur ve "gönüllü vazgeçme" ibaresinin lafzıyla içeriği arasında uyum sağlanır.

Neticenin gerçekleşmesinin engellenmesinin cezasızlık sebebi olması suç politikası teorilerine uygundur. Fail *iter criminis*'in ileri aşamalarında vazgeçse bile ceza almaz. Böylece failin vazgeçmesi desteklenir ve mağdurun daha fazla zarar görmesi engellenir. Ayrıca cezanın amaçlarından biri failin ıslahı, topluma yeniden uyum sağlamasıdır. Suçu tamamlamayan fail açısından bu amaçlara zaten ulaşılmıştır.

## 2. Suçun Tamamlanması veya Neticenin Gerçekleşmesi

Madde metninde bu iki kavramın birden yazılması gereksizdir. Netice gerçekleşirse zaten suç tamamlanmış, suç tamamlanmışsa netice gerçekleşmiştir. Bu yüzden maddede suçun değil icranın tamamlanmasından bahsedilmesi daha yerinde olurdu.<sup>177</sup> Hatta bu bile gerekli değildir çünkü suç

ya icra hareketlerinin tüketilmesiyle ya da neticenin gerçekleşmesiyle tamamlanır. Bu olasılıkların ilki sırf hareket suçları, ikincisi neticeli suçlar için geçerlidir. Her iki durumda suçun tamamlanması ibaresi gereksizdir.

İhmalî suçlar için de aynı durum söz konusudur. İhmalî suç ya neticenin gerçekleşmesiyle ya da kanunda belirtilen süre içinde hareketin yapılmamasıyla tamamlanmış olur. İlk olasılıkta yapılan bir icra hareketi olmadığı için icra hareketinden vazgeçme söz konusu olamaz. İkinci olasılıktaysa kanunda yazan süre geçene kadar ihmalî fiil ceza hukukunu ilgilendirmez. Bu süre geçtikten sonra suç tamamlanmış olur. Fail yapması gereken hareketi bu süre geçene kadar herhangi bir zamanda yapabileceği için bu tip suçlara teşebbüs mümkün değildir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmeden de bahsedilemez.

Sonuç olarak madde metninde sadece "suçun tamamlanmasını" ibaresinin yer alması yeterlidir.

Pozitivist okul suçlunun tehlikeliliğini esas alır, bu yüzden icra hareketlerinin tamamlanması ile tamamlanmış suç arasında fark görmez. Her iki durumda da fail korkunçluğunu ortaya koymuştur. Hatta *Ferri* projesine göre hakim tam teşebbüs durumunda faile tamamlanmış suçun cezasını verebilir.<sup>178</sup> ABD hukukunda *Model Penal Code* teşebbüsün tamamlanmış suçun cezasıyla cezalandırılmasını öngörür. Ancak bu yaklaşım genel olarak kabul edilmemiştir.<sup>179</sup>

İcra hareketleri bittikten sonra neticenin gerçekleşmesinin engellemesi, icra hareketlerinin tamamlanmaması gibi, kastın yoğunluğunu etkileyen bir sübjektif sebeptir. Ancak neticenin gerçekleşmemesinde yeni bir faaliyet, neticeyi engelleme çabası, dolayısıyla aktif bir nitelik vardır.<sup>180</sup>

Suç teşebbüs aşamasında olduğu sürece fail iradesini geri çevirerek kendini cezai sorumluluktan kurtarabilir. Fail sübjektif olarak suçun tamamlanması için yapması gereken her şeyi yaptığına inanıyorsa gönüllü olarak suçun tamamlanmasını engellemelidir.<sup>181</sup> Ancak tam teşebbüs her suç açısından mümkün değildir. Bazı fiillerin icra

171 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 344.

172 DEMİRBAŞ, 2009, s. 429.

173 TOROSLU, 2006, s. 267.

174 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2008, s. 468.

175 BAYRAKTAR, 1968, s. 143-144.

176 ERRA, 1944, s. 682.

177 YURTCAN, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Ka-

zancı, 2004, s. 94.

178 EREM, 1973, s. 351-352.

179 ROBINSON/DUBBER, (*An Introduction*), s. 1.

180 EREM, 1973, s. 349.

181 ROBBERS, Gerhard, *An Introduction to German Law*, 4. Basım, Nomos, 2006, s. 159.

hareketleri tamamlandıktan sonra oluşmaması imkansızdır.<sup>182</sup>

Fiil hala devam etse dahi, tipik kabul edilmesi için gereken tüm şartlar varsa gönüllü vazgeçme söz konusu olmaz. Örneğin tek el ateş ederek mağduru yaralayan fail, ateş etmeye devam etme imkanı olduğu halde bunu yapmadığı için gönüllü vazgeçmiş olmaz, teşebbüsten sorumludur. Ancak mağduru hastaneye yetiştirir ve ölmesini engellerse gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.<sup>183</sup>

Mütemadi suçta da suç tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme mümkün değildir. Bu tip suçlarda suçun tamamlanması ve sona ermesi farklı zamanlarda olabilir. Gönüllü vazgeçme ancak tamamlanma anına kadar mümkündür. Bundan sonra fiil devam ediyor olsa da gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.

İcra hareketleri tüketildikten sonra suçun tamamlanmaması için çaba gösteren failin hukuk sistemince ödüllendirilmesi gerekir. Ancak aynı fiili işleyen ve aynı pişmanlığı gösteren kişilerin tamamen rastlantısal olan sonuç sebebiyle birbirlerinden çok farklı cezalar almalarının ne kadar adil olduğu tartışılmalıdır. İkisi de adam öldürmeye teşebbüs eden ve icra hareketlerini tamamladıktan sonra gönüllü vazgeçen kişilerden birinin, mağdur tıbbi müdahale sonucu kurtulduğu için sadece yaralamadan, diğerininse daha yetersiz tıbbi müdahalede bulunduğu için mağdurun ölmesi sonucu kasten öldürmeden sorumlu olma olasılığı vardır. Bu konu, Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nce Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'ne TCK'nin gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla başvurulmuştur. Başvuruyla ilgili davada sanık mağduru ciddi şekilde yaralamış sonra pişman olarak ambulansın gelmesini sağlamıştır. Adli Tıp Kurulu olayda derhal tıbbi müdahale gerçekleştirilmesinin mağdurun ölmesine engel olduğu yönünde rapor vermiştir. Dolayısıyla fail gönüllü vazgeçmeden yararlanmış ve adam öldürmeye teşebbüsten değil kasten yaralamadan sorumlu tutulmuştur. Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi yasakoyucunun kanun yaparken diğer ölçütlerin yanında genel, objektif, adil, hakaniyete uygun kurallar koymasının da gerektiğini

182 EREM, **1973**, s. 348.

183 PISAPIA'dan Aktaran, AYDIN, **2006**, s. 105.

belirtmiştir. Mağdurun yaşamasının olayın gelişmiş bir bölge olan İzmir'de gerçekleşmesi ve hekimlerin becerisi sayesinde olduğu vurgulanmıştır. Bu yüzden, tedavi olanakları sınırlı başka bir bölgede aynı hareketi gerçekleştiren kişiyle ilgili farklı hükümlerin uygulanmasının gerekebileceği belirtilmiştir. Bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu Anayasa'ya aykırılık iddiası reddedilmiştir.<sup>184</sup>

Her ne kadar Anayasa'ya aykırılık iddiası reddedilmişse de, Ağır Ceza Mahkemesi'nin TCK'nin 36. maddesinin sonuçlarıyla ilgili yaptığı değerlendirmeler oldukça önemlidir.

### 3. Önleme

Failin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme şeklindeki gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için suçu işlemekten vazgeçmesi yeterli değildir. Bunların gerçekleşmesini engellemesi gerekir. Engellemezse tamamlanmış suçtan sorumlu olur. Bu durumda TCK 62'de düzenlenen takdiri indirim nedenlerinin faille uygulanması mümkündür.<sup>185</sup> Failin cezasından 61. maddeye dayanarak da indirim yapılabilir.<sup>186</sup>

Fail ancak harekete geçirdiği nedensel süreci bilinçli ve iradi olarak, aktif bir hareketle keserse gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.<sup>187</sup> Yanlışlıkla, bilmeden suçun tamamlanmasını engelleyen fail açısından, gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez.<sup>188</sup>

Failin davranışı başka sebeplerle beraber neticenin gerçekleşmesini önleyebilir. Bu durumda failin davranışının neticenin önlenmesinde diğer sebeplerle beraber nedensel olması yeterlidir.<sup>189</sup>

Failin hangi tür davranışının gönüllü vazgeçme oluşturacağı konusunda iki görüş vardır. Bunların ilki failin engelleme için en uygun aracı seçmesi gerektiğini söyler. Diğer görüşse failin engellenmenin nedensel sürecini devreye sokmasının yeterli olduğunu savunur.<sup>190</sup>

Failin sonucu bizzat önlemesi zorunlu görülmemelidir. Sonucun başkaları tarafından

184 Anayasa Mahkemesi, KT. 03.01.2008, E. 2005/75, K. 2008/1.

185 TOROSLU, **2006**, s. 268.

186 MALKOÇ, **2008**, s. 287.

187 HAKERİ, **2011**, s. 421.

188 BAYRAKTAR, **1968**, s. 146.

189 TOZMAN, **2008** (a), s. 274.

190 TOZMAN, **2008** (a), s. 261.

engellenmesine yönelik ciddi çaba gösteren fail de gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir. Örneğin mağduru öldürmek için nehre atan, ancak sonra yardım çağıran fail, mağduru olay yerine gelenler kurtarsa dahi gönüllü vazgeçmeden yararlanmalıdır.<sup>191</sup> Yani neticenin gerçekleşmemesi üçüncü kişi tarafından sağlanabilir. Bu durumda üçüncü kişiyi harekete geçiren failse gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ancak üçüncü kişinin hareketi failin teşviki dışında bir nedenden kaynaklandıysa gönüllü vazgeçme söz konusu olmaz.<sup>192</sup> Başka bir deyişle fail neticeyi bizzat engelleyemese bile, en azından engellenmesinde nedensel katkısı varsa gönüllü vazgeçmeden yararlanmalıdır. Ayrıca failin neticenin engellenmesi yönünde iradesinin olması zorunludur.<sup>193</sup> Fail pişman olup başkasının neticenin gerçekleşmesini engellemesine izin verse bile, kendisinin aktif bir davranışı olmadığı için gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz.<sup>194</sup> Bu iki durum arasındaki fark; ilkinde üçüncü kişiyi failin bizzat harekete geçirmesi, ikincide sadece kendi kendine harekete geçen üçüncü kişiyi engellemesidir.

Yargıtay'ın mağduru önce öldürmek amacıyla yaralayan ama ardından kurtulmasını sağlayan failin, kasten adam yaralamadan sorumlu olacağına ilişkin kararları vardır.<sup>195</sup>

Yargıtay kararlarından birinde; arkadaşını 24 yerinden bıçaklayan ancak sonrasında güvenlik görevlisine, polis ekiplerine, 155 ve 112'ye haber vererek kurtarılmasını sağlayan sanığın silahla kasten yaralamadan ceza alması gerektiği belirtilmiştir. Bu kararda yaraların yerleri ve nitelikleri nedeniyle ve 61. madde uyarınca cezanın alt sınırından uzaklaştırılması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>196</sup> Bu karar özellikle kanuni cezasızlık ya da indirim sebebinin aynı zamanda takdiri indirim sebebi olarak kullanılmayacağını vurgulaması açısından önemlidir.

191 AYDIN, **2006**, s. 104-105.

192 BAYRAKTAR, **1968**, s. 146.

193 HAKERİ, **2011**, s. 422-423.

194 TOZMAN, **2008** (a), s. 259.

195 1. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 20.10.2010, Esas Numarası: 2009/6725, Karar Numarası: 2010/6815; 1. Ceza Dairesi Karar Tarihi: 09.02.2010, Esas Numarası: 2009/10077, Karar Numarası: 2010/707; 1. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 21.11.2007, Esas Numarası: 2007/5320, Karar Numarası: 2007/8627.

196 11. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 16.02.2011, Esas Numarası: 2010/6188, Karar Numarası: 2011/798.

Failin hareketi ve neticenin gerçekleşmemesi arasındaki illiyet bağı belirlenirken, objektif ve sübjektif kıstaslar uygulanmalıdır. Öncelikle failin hareketinin önceki hareketi silecek güçte olup olmadığına bakılır. Buna olumlu cevap verilerek objektif illiyet bağı belirlendikten sonra failin iradesiyle hareket edip etmediği yani sübjektif durumu incelenir. Bu iki kıstas varsa ve uyum halindeyse illiyet bağının varlığı kabul edilir. Peki fail pişman olmuş ve neticeyi engellemek için harekete geçmiş, ancak bundan önce başka bir hareket neticeyi engellemişse ne yapılacaktır? Bu durumda etkin pişmanlığın söz konusu olmayacağı savunulmuştur. Buna göre gönüllü vazgeçme için pişman olmak yeterli kabul edilemez. İradenin ve ondan doğan hareketlerin neticeyi engelleyebilecek nitelikte olması da aranır.<sup>197</sup>

Bütün bu tartışmalar açısından, irade kriterinin esas alınması mantıklı görünür. Çünkü fail bu olasılıkların her birinde, gerek nedensel bir süreç başlatmayarak gerek üçüncü kişiyi engelleyerek, suçu tamamlayabilecek durumdadır. Bu tabii ki vazgeçmeye yönelik hiçbir hareket gerçekleştirilmeyen failin gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı anlamına gelmez. Ancak vazgeçme iradesi olan ve bu yönde aktif bir çaba gösteren fail açısından gönüllü vazgeçmenin sınırlarının mümkün olduğunca geniş tutulması bu kurumun amacına daha uygun görünür.

Failin tüm çabalarına rağmen netice önlenmediyse fail gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz.<sup>198</sup> Ancak madde gerekçesinde bunun aksini belirten ve doğru kabul edilemeyecek bir önerme vardır. **"Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir."** Bu cümleye göre failin neticenin gerçekleşmemesi için gösterdiği ciddi çaba da gönüllü vazgeçme kabul edilir ve fail teşebbüsten sorumlu olmaz. Bu ifade madde metnindeki düzenlemeye aykırıdır. Netice gerçekleşirse fail tamamlanan suçtan sorumlu olur, ancak cezasında TCK 62 uyarınca takdiri indirim nedeni uygulanabilir.<sup>199</sup>

Gönüllü vazgeçmeyle ilgili kural bu yönde olduğu halde istisnai durumlarda failin tamamlanan

197 BAYRAKTAR, **1968**, s. 147.

198 HAKERİ, **2011**, s. 423.

199 AYDIN, **2006**, s. 105.

suçtan değil, teşebbüsten sorumlu olması gerektiği yönünde bir görüş vardır. Bu istisnai durum iki şartın gerçekleşmesini gerektirir. Neticenin gerçekleşmesini engelleyen sebebin failin tahmin edemeyeceği nitelik taşıması ve failin önleyici hareketlerinin aslında neticenin gerçekleşmemesi için yeterli olması. Buna örnek olarak mağdura ateş eden failin pişman olarak onu hastaneye götürmeye çalışması, ancak mağdurun yolda meydana gelen trafik kazasında ölmesi verilir.<sup>200</sup> Tam teşebbüs halinde gönüllü vazgeçmenin kanunda açıkça düzenlenmediği ETCK döneminde bu yorum mümkündür. Ancak TCK'nin açık düzenlemesi karşısında bu görüşün kabulüne imkan kalmaz. Zaten örnek olayda kaza yeni bir illi seri başlatarak failin hareketiyle netice arasındaki illiyet bağıntısını keser. Dolayısıyla fail ancak teşebbüsten sorumlu tutulabilir.

Somut olayda neticenin gerçekleşmesi zaten mümkün değilse, ancak fail bunu bilmeden neticeyi engellemek için ciddi çaba gösterirse, gönüllü vazgeçmeden yararlanması mümkündür.<sup>201</sup> Bu durumda failin, mağduru kurtarmak için gerçekten elinden gelenin en iyisini yapmaya uğraşması gerekir.<sup>202</sup>

### C. SONUÇLARI

Gönüllü vazgeçmeden sonra iki suç söz konusu olabilir; vazgeçilen suç ve gerçekleşen suç. Gönüllü vazgeçen fail sadece gerçekleşen suçtan sorumlu olur. Ancak gerçekleşen suçun cezasının vazgeçilen suçunkinden fazla olması durumu tereddüt yaratır ve gönüllü vazgeçmenin amacına aykırıdır.<sup>203</sup>

Gönüllü vazgeçmede failin o zamana kadar tamamlanan suçtan sorumlu tutulması bu suç açısından hukuksal değer ihlalinin tamamen gerçekleşmiş oluşuna dayanır.<sup>204</sup> Bir kere yapılmış olan şey yapılmamış hale getirilemez. Aksi, suçlularla uzlaşmak olur.<sup>205</sup> Bu konuya tipik bir örnek, bir Yargıtay kararına konu olmuştur. Yargıtay

ilgili kararında; büfenin kepengini kırdıktan sonra herhangi bir dış neden olmaksızın hırsızlıktan vazgeçen failin, sadece o ana kadar gerçekleşen mala zarar suçundan sorumlu olacağını belirtmiştir.<sup>206</sup>

Tamamlanan suç gönüllü vazgeçmeye konu olan suçun unsuru olabilir. Bu suçların birbirinden tamamen bağımsız ve hukuken farklı olması da mümkündür.<sup>207</sup> Her iki durumda fail sadece gerçekleştirdiği kısımdan sorumlu olur.<sup>208</sup> Bileşik suçlar için dahi durum aynıdır. Vazgeçme durumunda suçlar bağımsız hale gelir.<sup>209</sup>

Failin gerçekleştirdiği fiilin başka bir suça vücut vermesi akla geçitli suçu ya da daha geniş anlamıyla karma suçu getirir. Karma suç niteliği taşıyan tipik fiiller daha hafif bir suçu da kapsar. Bu suçların koruduğu hukuki değerler farklıdır. Geçitli suçsa karma suçun bir türüdür ve özelliği her iki suç tarafından korunan menfaatin aynı olmasıdır. Karma suçun bileşik suçtan farkı, suçlardan birinin diğerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olmasının zorunlu görülmemesidir.<sup>210</sup>

TCK'nin düzenlemesi geçitli suçlar açısından çözümü zor problemler yaratır. Örneğin mağduru öldürmek amacıyla hareket eden failin yaralanan mağduru pişman olarak hastaneye götürdüğünü ve ölmesini engellediğini varsayalım. Bu durumda fail adam öldürmeye teşebbüsten değil o zamana kadar gerçekleştirmiş olduğu adam yaralamadan sorumlu olur. Oysa failin kastı yaralamaya yönelik değildir ve bu durumda hangi esaslara göre failin bu suçtan sorumlu tutulabileceği muğlaktır. Kast açısından çok azı kapsar desek bile burada sorumluluğun esası kusurlu sorumluluk değil, objektif sorumluluk olur. Çünkü failin yaralamaya yönelik kastı yoktur.<sup>211</sup> Ancak özellikle geçitli suçlarda failin sadece daha ağır olan neticeyi istediğini hafif olana ilişkinse kastının olmadığı söylemek zordur. Çünkü bu fiillerden biri gerçekleştirilmeden diğerinin tamamlanması zaten mümkün değildir. Dolayısıyla burada failin yaralama kastına da sahip olduğu kabul edilmelidir. Bir fiilin kendisinden

200 BAYRAKTAR, 1968, s. 147.

201 SÖZÜER, 1994, s. 250.

202 TOZMAN, Önder, "Suça Teşebbüs", **Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul, 2010, (s. 177-202), (a), s. 202.

203 EREM, 1973, s. 342-343.

204 ÜNVER, 2003, s. 1011.

205 ERRA, 1944, s. 683.

2066. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 23.02.2006, Esas Numarası: 2004/722, Karar Numarası: 2006/1709.

207 HAKERİ, 2011, s. 428.

208 ÖNDER, 1992, s. 420.

209 SOYASLAN, 2005, s. 296.

210 AKSOY, 2007, s. 204-205.

211 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 343.

ayrılması imkansız sonuçlarının doğrudan kast kapsamında kabul edildiği düşünüldüğünde, failin yaralama kastının olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Failin teşebbüsten sorumlu olmayacağı yönündeki kural emredicidir. Vazgeçmenin gönüllü olduğu anlaşıldığında hakim cezasızlığa karar vermek zorundadır. Bu düzenlemenin emredici değil yetki verici şekilde yapılmasının daha doğru olacağı savunulmuştur. Böylece hakim failin saikini araştırma şansının olacağı belirtilmiştir.<sup>212</sup>

Gönüllü vazgeçme durumunda dahi failin teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini savununlar vardır. Bu görüş vazgeçmenin başlanmış olan icra hareketlerini ortadan kaldırmayacağını, *iter criminis*'e giren kimsenin teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini söyler. Ayrıca bunun suç politikası teorileri açısından daha doğru olduğunu, icraya bir kere başladıktan sonra cezadan kurtulmayacağını bilen failin suçun icrasına başlamaktan çekineceğini belirtir. Bu görüşü savunanların bir kısmıysa samimi vazgeçmenin failin cürmi enerjisinin daha az olduğunu gösterdiğini iddia eder. Bu yüzden teşebbüsün cezasından indirime gidilmesi gerektiğini söyler. Ancak gönüllü vazgeçmenin tamamlanan vasıta suç dışında teşebbüsü cezasız bırakacağı görüşü genel kabul görür.<sup>213</sup>

#### IV. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE ELVERİŞLİ OLMAYAN SUÇLAR

Gönüllü vazgeçme yukarıda da belirtildiği gibi ancak teşebbüsün söz konusu olduğu aşamada gerçekleşebilir. Bu yüzden teşebbüsü mümkün olmayan suçlardan gönüllü vazgeçmenin de mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Bu konuyu açıklamak için hangi suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı ortaya konmalıdır.

Teşebbüsün mümkünlüğüünün her somut olayda değerlendirilmesi gerekse de bazı suçlar teşebbüse elverişli değildir.<sup>214</sup> Bu elverişsizlik suç tipinin yapısından kaynaklanabileceği gibi kanunun düzenlemesinden de kaynaklanabilir.<sup>215</sup>

**Tamamlaması öne alınan suçlara**, yani korunması amaçlanan değere zarar vermeyen davranışların tamamlanmış suç haline getirildiği

suçlara teşebbüs mümkün değildir.<sup>216</sup> Bu suçlara teşebbüs niteliğindeki hareketler kanunda suç olarak düzenlenir. İcra hareketleri belli bir aşamaya varmışsa suç tamamlanmasa bile tamamlanmış gibi cezalandırılır.<sup>217</sup> Yani bu suçlar aslında teşebbüse elverişlidirler. Ancak kanunun açık düzenlemesi sebebiyle teşebbüs aşamasında kalan suç tamamlanmış gibi cezalandırılır.<sup>218</sup> Tamamlanması öne alınan suçların cezalandırılmaları için korunan hukuki menfaatin ihlal edilmiş olması aranmaz.<sup>219</sup> Bu suçların teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandırmadıkları da savunulur. Bu görüşe göre söz konusu suçlar salt kalkışma hareketinin cezalandırıldığı "kalkışma suçları"dır.<sup>220</sup> Kısaca bu suçlar açısından teşebbüsle tamamlanmış suç ayırmanın pratik bir yararı yoktur.<sup>221</sup> Hangi görüş kabul edilirse edilsin bu suçlar hazırlık hareketlerinin bitmesi ve icra aşamasına geçilmesiyle tamamlanır. Yani kişi ya ceza hukukunu ilgilendirmeyen alanda kalır ya da suç yolunda gönüllü vazgeçmeyeceği kadar ilerlemiş olur. Dolayısıyla bu suçlar açısından gönüllü vazgeçme söz konusu olamaz.

Bazı suçlara teşebbüs, maddi unsurları nedeniyle mümkün değildir.<sup>222</sup>

**İhmal suçları** açısından; sırf ihmal suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığı<sup>223</sup> ancak ihmal suretiyle icra suçlarına teşebbüs edilebileceği söylenir. Buna karşın sırf ihmal suçlarında bir *iter criminis* mümkünse suça teşebbüs edilebileceğinin kabulü gerektiği yönünde bir görüş vardır.<sup>224</sup> Gönüllü vazgeçme açısından bu değerlendirme aynıdır. Failin *iter criminis*'te ilerleme imkanı varken bunu yapmaması gönüllü vazgeçme olarak kabul edildiğine göre, suç yolunun olduğu tüm fiillerde gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir.

Sırf ihmal suçlarında kanun koyucu hareketin yapılması için belirli bir süre öngörmüşse bu süre dolana kadar teşebbüs hükümlerinin

212 EREM, 1973, s. 345.

213 ERRA, 1944, s. 686-687.

214 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 344.

215 ÖNDER, 1992, s. 427.

216 TOROSLU, 2006, s. 269.

217 ÖZGENÇ, 2008, s. 437.

218 DEMİRBAŞ, 2009, s. 440.

219 AYDIN, 2006, s. 109.

220 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 345.

221 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 494.

222 ELLIOTT/QUINN, 2002, s. 208.

223 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 345.

224 TOROSLU, 2006, s. 270.

uygulanacağı yönünde bir görüş vardır.<sup>225</sup> Buna örnek olarak belirli bir sürede tamamlaması gereken işi yarım bırakarak tatile giden görevli verilir. İş başkalarınınca tamamlanırsa kişinin teşebbüsten sorumlu olacağı söylenir.<sup>226</sup> Ancak fiilin yapılması gereken zaman geçmişse suç tamamlanır, bu süre geçmediyse herhangi bir normun ihlali söz konusu olmaz.<sup>227</sup> Yani kanunun emrettiği hareket yapılmışsa suç yoktur, yapılmamışsa suç tamamlanmıştır. Bu ihtimallerden birinin gerçekleşmesinden öncesi hukuken önem taşımaz. Aksinin kabulü manevi unsurun soyut olarak cezalandırılması anlamına gelir ki bu mümkün değildir.<sup>228</sup> Dolayısıyla hareketi yapmama kastı olan ancak süre geçmeden vazgeçip yükümlülüğünü yerine getiren kişi gönüllü vazgeçmiş olmaz. Çünkü fiili henüz ceza hukukunun sınırlarına girmemiştir ve failin sorumluluğu zaten yoktur.

İhmal suretiyle icra suçları aslında icra suçlarıdır dolayısıyla bunlara teşebbüs mümkündür.<sup>229</sup> Suç oluşturan sonucu gerçekleştirmeye karar vererek yükümlülüğünü yerine getirmemeye başlayan kişi suç yoluna girmiştir. Bu zamandan sonra neticeyi gerçekleştirmekten vazgeçmesi ve yükümlülüğünü yerine getirmesi durumunda gönüllü vazgeçme söz konusu olur. İhmalin ne zaman teşebbüs aşamasına geldiğine ilişkin düşünceler arasında en geniş kabul gören doğrudan tehlikeye düşürme görüşüdür. Buna göre suçun icrası suçun hukuki konusunun doğrudan doğruya tehlikeye düşmesiyle başlar. Ancak teşebbüsün kabulü için bu objektif tehlike yeterli değildir. Failin ihmalinin tehlikeliliği konusundaki subjektif düşüncesi de önemlidir. Yani icranın başlamış sayılabilmesi için hukuki konu açısından bir tehlikenin doğması ya da artması ve failin sonucu göze almış olması gerekir. *Roxin* bu değerlendirmeden önce failin olayı hakimiyet altında tutup tutmadığına bakılması gerektiğini savunur. Olay failin müdahale edebileceği alandan çıktığında teşebbüs vardır. Olay hala failin hakimiyeti altındaysa doğrudan tehlikeye düşürme görüşü doğrudan doğruya doğmasıyla yani neticenin

gerçekleşmesine yakın zamanda icra hareketi başlamış kabul edilir.<sup>230</sup>

ETCK döneminde ihmal suretiyle icra suçlarında eksik teşebbüsün mü yoksa tam teşebbüsün mü gerçekleştiğinin belirlenmesi önemli bir problemdi. Ancak TCK'yle bu ayrıma son verildi.<sup>231</sup> TCK'de gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık ayrımının yer almaması nedeniyle konumuz açısından bu ayrımın önemi kalmamıştır. Netice gerçekleşene kadar her aşamada gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanılabilir.

İngiltere'de Ceza Kanunu Tasarısı'nda, ihmal suçlara teşebbüsün cezalandırılması önerilmektedir.<sup>232</sup>

**Sırf hareket suçlarına** teşebbüsün mümkün olmadığı söylenir. Çünkü icra hareketlerinin bitmesiyle suç tamamlanır, dolayısıyla icra hareketlerinin bitmesi ama neticenin gerçekleşmemesi değildir.<sup>233</sup> Tek hareket ile tamamlanan suçlar açısından bu doğrudur. Ancak birden fazla icra hareketinin gerçekleştirilmesini gerektiren suçlarda teşebbüs mümkündür.<sup>234</sup> Bu teşebbüs ancak ETCK'de eksik teşebbüs olarak adlandırılan şekilde gerçekleşebilir.<sup>235</sup> Bunun içinse hareketin bir oluşum sürecine sahip olması ve parçalara bölünebilmesi gereklidir.<sup>236</sup> Sırf hareket suçlarından gönüllü vazgeçme sadece icra hareketlerinin tamamlanmaması durumunda söz konusu olur.<sup>237</sup> Örneğin tehdit mektubunu gönderen fail daha sonra bundan vazgeçer ve mektup mağdurun eline ulaşmadan ona ulaşmış yok ederse gönüllü vazgeçme gerçekleşir.

**Durum suçları** olarak adlandırabileceğimiz suçlara da teşebbüs mümkün değildir. Bu suçlara örnek olarak, uyuşturucu bulundurmaya verebiliriz.<sup>238</sup> Bu suçlar bir anlamda sırf hareket suçlarına benzerler. Kişi kanunun yasakladığı durumda bulunduğu anda suç tamamlanır. Bundan öncesiye ceza hukukunu ilgilendirmez.

230 TOZMAN, Önder, "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, Sayı: 84, (s. 160-187), (a), s. 170 vd.

231 HAKERİ, 2011, s. 417-418.

232 ELLIOTT/QUINN, 2002, s. 210.

233 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2008, s. 463.

234 EREM, 1973, s. 334.

235 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 492.

236 TOROSLU, 2006, s. 271.

237 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2008, s. 465.

238 ELLIOTT/QUINN, 2002, s. 208.

225 ÖNDER, 1992, s. 429.

226 AYDIN, 2006, s. 109.

227 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 345.

228 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 493-494.

229 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 345.



**Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara** teşebbüsün mümkün olduğunu kabul edenler vardır. Ancak genel olarak bu suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı söylenir.<sup>239</sup> Çünkü kişi bu tür suçlarda bir neticeyi gerçekleştirmek kastıyla hareket eder, ancak bundan daha ağır bir netice meydana gelir.<sup>240</sup> Fail fiiliyle gerçekleşen sonuç arasında nedensellik bağı olduğu için bu neticeden sorumlu tutulur ve cezalandırılır.<sup>241</sup> Yani bu suçlarda iki olasılık vardır; ya failin kastının bulunduğundan daha ağır netice meydana gelmemiştir, ya da gelmiştir.<sup>242</sup> Fail ağır netice gerçekleşmezse sadece kast ettiği suçtan sorumlu olur. Ağır netice gerçekleşirse de sadece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur.<sup>243</sup> Bu suçlarda gerçekleşen ağır netice failin kast ettiği netice olmadığı için teşebbüs söz konusu olamaz.<sup>244</sup> Ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun ortaya çıkması için failin taksirli olması gerekir. Buna karşın teşebbüs ancak kast varsa söz konusudur.<sup>245</sup> Buna paralel olarak gönüllü vazgeçme sadece kişinin doğrudan kast ettiği suçu işlemekten vazgeçmesi durumunda ortaya çıkar. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından gönüllü vazgeçme mümkün değildir.

**Tehlike suçlarına** teşebbüs sık rastlanmasa da mümkündür.<sup>246</sup> Soyut ve somut tehlike suçları için durum aynıdır.<sup>247</sup> Örneğin işaret ve engel koymama suçunu düzenleyen TCK 178'de "**...tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri kaldıran ya da bunların yerini değiştiren kişi cezalandırılır.**" denir. Yani yol yapım çalışmasını gösteren trafik işaretlerinin sökerken yakalanan fail bu suça teşebbüsten sorumlu olacaktır.<sup>248</sup> Buna karşın tehlike suçlarında teşebbüsün mümkün olmadığı da haklı olarak ileri sürülmüştür. Buna göre hem tehlike suçlarının hem teşebbüsün amacı bir menfaatin tehlikeye düşürülmesini cezalandırmaktır. Oysa "tehlikenin tehlikesi" "tehlikesizlik"

olur. Dolayısıyla tehlike suçuna teşebbüsü cezalandırmak teşebbüsün mantığıyla bağdaşmaz.<sup>249</sup>

Bazı suçlara teşebbüs, manevi unsurları sebebiyle mümkün değildir.<sup>250</sup>

**Taksirli suçlara** teşebbüs mümkün değildir.<sup>251</sup> Çünkü teşebbüse ancak kişinin işlemeyi kast ettiği suç açısından mümkündür.<sup>252</sup> Ayrıca kast suçun tüm unsurlarına yönelik olmalıyken, taksirde sadece hareket bilinmekte ve istenmektedir.<sup>253</sup> Yani taksirin sadece kanundaki tanımı değil, teşebbüsün mantıksal açıklaması da taksirli suçlara teşebbüsün mümkün olmamasını gerektirir.<sup>254</sup> Failin suç işleme kastından vazgeçmesi anlamına gelen gönüllü vazgeçme doğal olarak taksirli suçlar açısından söz konusu olamaz. Çünkü bu suçlarda zaten vazgeçilebilecek bir kast yoktur.

**Olası kastla işlenen suçlara** teşebbüsün mümkün olup olmadığını değerlendirmek için tartışma yaratabilecek durumlarda bu tür kastın mı yoksa doğrudan kastın mı olduğunu değerlendirmek gerekir.

Hayatın doğal akışı içinde gerçekleştirilen hareketin mutlaka yaratacağı neticelerin doğrudan kast kapsamında görülmesi gerektiği yönünde bir görüş vardır. Buna göre söz konusu neticeler gerçekleşmeseler dahi failin teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir.<sup>255</sup> Buna karşın bu zorunlu neticeler açısından olası kastın kabul edilmesi ve sadece gerçekleşenlerin faile yüklenmesi gerektiği de savunulur. Bu görüş sadece belirli bir kişiye ve amaca yönelik hareketin maksadını oluşturan unsurların doğrudan kast kapsamında kabul edilmesi gerektiğini belirtir.<sup>256</sup>

Bu konuda teşebbüsü failin "isteme"siyle sınırlı tutmanın mantıklı olup olmadığı tartışılır. Failin "bilme"sinin cezai sorumluluk için yeterli kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durulur. Örneğin HIV virüsü taşıyan fail cinsel tacizde

239 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 345.

240 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 751.

241 AYDIN, 2006, s. 107-108.

242 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 491.

243 DEMİRBAŞ, 2009, s. 441.

244 HAKERİ, 2011, s. 415.

245 İÇEL/EVİK, 2007, s. 252.

246 TOROSLU, 2006, s. 270.

247 HAKERİ, 2011, s. 415.

248 AYDIN, 2006, s. 110.

249 MANTOVANI, Ferrando, **Diritto Penale Parte Generale**, Cedam, 2007, s. 437.

250 ELLIOTT/QUINN, 2002, s. 208.

251 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 345.

252 ÖZEN, Muharrem, "TCK'nda Taksir", **Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul, 2010, (s. 111-145), s. 143.

253 ÖNDER, 1992, s. 428.

254 AYDIN, 2006, s. 108.

255 ÖZGENÇ, 2008, s. 236.

256 DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: II, 5. Basım, İstanbul, 1974, s. 241-242.

bulunduğu mağduru öldürmeye teşebbüs etmiş sayılacak mıdır?<sup>257</sup>

Kastın “bilme” unsuru doğrudan ya da dolaylı olmasını etkiler. Fail suçun bir unsurunun varlığını kesin olarak bilmiyorsa, sadece bu unsurun varlığından şüpheleniyorsa kastın doğrudan mı dolaylı mı olduğu tartışılmalıdır. **Lampe** fiilin netice dışındaki unsurları bakımından olası kastı tartışır. Bu konuda kişinin kendisine ait olduğundan emin olmadığı bir malı satması örneğini verir. Böyle bir durumda cezalandırılabilirliğin sadece mal gerçekten kişiye ait değilse söz konusu olacağını savunur. Çünkü failin kastı sadece bu durumda ortaya çıkar. Sonuç olarak, sadece mantıki düşüncelerden kaynaklanan netice sebebiyle olası kasta teşebbüsün cezalandırılmayacağını söyler.<sup>258</sup> Başka bir görüş fail unsurunun varlığından şüphelendiği halde riski kabul ediyor ve kesin bir bilgiye ulaşmadan fiili gerçekleştiriyorsa kastının olduğunu ileri sürer. Bunun için failin yanılığa düşmemiş olması ve öngördüğü riski kabullenmesi gerekir. Buna karşın olası kastın kanuni tanımı, bilmek unsurundaki şüphenin olası kasta vücut vermesine engel değildir.<sup>259</sup>

Teşebbüsle ilgili tartışmalara baktığımızda olası kasta teşebbüs edilemeyeceği konusunda neredeyse görüş birliği olduğunu söyleyebiliriz. Ancak ne zaman olası kastın ne zaman doğrudan kastın söz konusu olacağı konusunda görüş birliği yoktur. Teşebbüse müsait olan ya da olmayan suçlar bakımından tartışma buradan doğar.

Olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğu çünkü olası kastın türü olduğu yönünde bir görüş vardır.<sup>260</sup> Alman hukukunda genel olarak bu suçlara teşebbüsün mümkün olduğu savunulur ancak ayrıntılı açıklama yapılmaz.<sup>261</sup> Olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün, neticenin kastı belirlemesi sebebiyle mümkün olmadığı da söylenir.<sup>262</sup> Türk doktrininde baskın görüş bu yöndedir.<sup>263</sup> Dolayısıyla bu suçlar açısından gönül-

lü vazgeçme söz konusu olamaz. Olası kast ancak netice gerçekleşirse vardır, gönüllü vazgeçmeyle ancak netice henüz gerçekleşmemişse.

Belirli bir hedef olmaksızın gerçekleştirilen fiiller açısından olası kast vardır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.12.2005 tarih 167 karar sayılı kararındaki görüşü bu yöndedir.<sup>264</sup> Dolayısıyla böyle durumlarda kimse zarar görmezse failin teşebbüsten sorumlu tutulması mümkün değildir. Failin hareketinin ayrıca bir suç olarak düzenlenmesi bunun dışındadır.

**Şarta bağlı kastın** teşebbüse yol açıp açmayacağı tartışılmıştır. Bu durumda fail suçu belirli bir koşulun gerçekleşmesi halinde işlemeye karar verir. İngiltere’de bu konu **R v. Hussey** davasında tartışılmıştır. Davada failler içinde değerli bir şey bulurlarsa çalmak saikiyle bir karavana girmiş ve karavanda oldukça değerli dalış ekipmanı bulunmasına rağmen bir şey çalmamışlardır. Davada faillerin dalış ekipmanını çalmaya teşebbüs ettiği iddia edilmiştir. **Lord Scarman** temyiz mahkemesinde sadece değerli bir şey varsa çalma kararının çalma iradesi olarak kabul edilemeyeceğini söylemiştir. Bu yüzden şarta bağlı kast sorumluluğun doğması için yeterli görülmemiştir. Buna karşın sorumluluğun, şarta bağlı kast yeterli görülmediği için değil, iddia dalış ekipmanının çalınmasına yönelik olduğu için doğmadığı da belirtilmiştir. Bu olaya göre şarta bağlı kast iddia ortaya dikkatlice konulursa teşebbüse yol açar.<sup>265</sup> Bu konu pratikte gönüllü vazgeçme açısından problem yaratmaz. Failler her durumda gerçekleştirdikleri fiil suç teşkil ediyorsa sadece ondan sorumlu tutulurlar.

**Mütemadi suça** teşebbüs edilemeyeceği söylenir.<sup>266</sup> Ancak teşebbüsün mümkün olduğu da savunulur. Bu suçlar için suçun tamamlanması ve bitmesi kavramları kullanılır. Suç tamamlanana kadar teşebbüs mümkündür. Bu andan sonraysa icra devam etse bile teşebbüs söz konusu olamaz.<sup>267</sup> Buna karşın mütemadi suçlarda gönüllü vazgeçmenin suçun bitmesine kadar mümkün olduğu da ileri sürülür.<sup>268</sup> Suç fiil kanuni tipe tam olarak uyduğu anda tamamlanır. Failin

257 LIPPMAN, 2010, s. 181.

258 TOZMAN, Önder, “Türk ve Alman Hukukunda Olası Kartla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: Nisan 2010, Sayı: 12, (b), s. 145.

259 HAKERİ, 2011, s. 199-200.

260 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2008, s. 463.

261 TOZMAN, 2010 (b), s. 148.

262 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 345.

263 TOZMAN, 2010 (b), s. 168.

264 HAKERİ, 2011, s. 199-200.

265 ELLIOTT/QUINN, 2002, s. 207.

266 EREM, 1973, s. 337.

267 ÖZGENÇ, 2008, s. 437.

268 ÖZTÜRK/ERDEM, 2008, s. 294.

henüz amacını gerçekleştirmemiş olması önem taşımaz. Suçun tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçme imkansızdır. Tamamlanma anı cezalandırılan ve cezalandırılmayan alanların sınırını çizer. Suçun sona ermesiyse suç yolunun kapandığı anı ifade eder.<sup>269</sup> Yani suç tamamlanana kadar gönüllü vazgeçme mümkündür ancak bu andan sonra, suçun icrası devam etse bile gönüllü vazgeçme söz konusu olamaz. Fail bu andan sonra "suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini" engelleyemez çünkü suç zaten tamamlanmıştır.

Toplu bir durum ifade eden **zincirleme suç** teşebbüs edilemez. Ancak zincirleme suç oluşturulan her bir suçta teşebbüs mümkündür.<sup>270</sup>

**İşlenemez suç** teşebbüs mümkün değildir. Çünkü elverişlilik teşebbüsün unsurlarından biridir. Maddi konu mevcut, hareket ve vasita elverişli olmadığı sürece teşebbüsten bahsedilemez.<sup>271</sup>

Burada maddi konunun bulunmamasının mutlak ya da nispi oluşu göz önüne alınarak bir ayırma gidilmelidir. Fail suçu işlediği anda maddi konunun bulunması mümkün değilse işlenemez suç vardır ve fail cezalandırılmamalıdır. Aksi durumdaysa failin teşebbüsten sorumlu olması gerekir. Örneğin bir yankesici mağdurun aslında boş olan cebine elini atarsa hırsızlığa teşebbüsten sorumlu olmalıdır.<sup>272</sup> Vasita açısından da mutlak ve nispi elverişsizlik ayrımı yapılmalıdır. Vasita hiçbir şekilde neticeyi oluşturmaya elverişli değilse mutlak elverişsizlik vardır. Bu durumda işlenemez suç söz konusudur ve teşebbüsten sorumluluk doğmaz. Vasitanın aslında elverişli olması ama somut olayda başka sebeplerle neticenin gerçekleşmesine yetmemesi durumdaysa nispi elverişsizlik vardır ve teşebbüs söz konusu olur.<sup>273</sup>

Tehlike teorisi olarak adlandırılan başka bir yaklaşım bu tip suçların cezalandırılabilirliğini mutlak nispi ayrımı yapmadan tartışır. Bu teori failin yarattığı tehlikeyi esas alır. Fiil neticeyi gerçekleştirmese bile, failin tasavvuruyla istenen netice

birbirine uyuyorsa, işlenemez suçta teşebbüsün ortaya çıkacağını söyler. Ancak hukuki konu üzerinde tehlike yaratılmamışsa veya yaratılan tehlike önemsizse teşebbüs söz konusu olmaz. Hareketin tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığı somut olaya göre objektif olarak belirlenir. Sadece failin bilgisi göz önüne alınmaz. Buna göre kişiye zehir zannederek şeker veren kişi teşebbüsten sorumlu olacakken, şekerle insan öldürebileceğini zanneden kişi ceza almaz.<sup>274</sup>

Alman hukukunda işlenemez suçta teşebbüs cezalandırılır.<sup>275</sup> Ancak Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüsü düzenleyen 23. maddesinin 3. fıkrası, bu durumda mahkemenin ceza vermeyebileceğini ya da cezadan indirimine gidebileceğini düzenler.<sup>276</sup> Yani bu durum takdiri bir cezasızlık ya da indirim nedenidir.<sup>277</sup> Örneğin mahkeme alerjisi olmayan birini üzüm suyuyla öldürmeye çalışan faille ceza vermeyebilir.<sup>278</sup> İngiliz hukukunda bu konuda iki yaklaşım vardır; kusur odaklı ve fiil odaklı yaklaşım. Bunların ilki tamamen subjektiftir. Failin sorumluluğunu var olduğunu düşündüğü duruma göre belirler. İkincisiyse durumda gerçek bir tehlike olmadığına işaret eder ve objektif tehlike yokken insanlara yaptırım uygulamanın baskıcı olduğunu savunur.<sup>279</sup> ABD hukukunda bir görüş işlenemez suçta failin manevi unsura sahip olduğunu ve maddi unsuru gerçekleştirdiğini vurgular. Suçun tamamlanmasını failin bilinmediği dış sebepler engellediği için, failin teşebbüsten sorumlu olmasının mümkün olduğunu söyler.<sup>280</sup> Ancak failin neticeye ulaşmasının kesinlikle mümkün olmadığı nadir durumlarda "içkin imkansızlık" vardır ve bu geçerli bir savunmadır; voodoo bebeğine iğne batırarak adam öldürmeye çalışmak gibi. Kanun böyle istisnai durumlar dışında işlenemez suçta teşebbüs sorumluluğunu ortadan kaldıracabilecek bir savunma olarak kabul etmez.<sup>281</sup> **Model Penal Code**'un 5. maddesinin 1-a bendindeyse işlenemez suçta

274 ÖZBEK, 2006, s. 460.

275 JESCHECK, Hans-Heinrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, (çev. F. Yenisey), Beta, İstanbul, 2007, s. 42-43.

276 YENİSEY/PLAGEMANN, 2009, s. 20.

277 ÖZBEK, 2006, s. 461.

278 ROBBERS, 2006, s. 158.

279 ASHWORTH, 2003, s. 453.

280 HALL, 2009, s. 214.

281 LIPPMAN, 2010, s. 190.

269 TOZMAN, Önder, "Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: III, Sayı: 1, (b), s. 142.

270 EREM, 1973, s. 337.

271 ALACAKAPTAN, Uğur, **İşlenemez Suç**, s. 23 vd.

272 GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin, Ankara, 2007, s. 124-125.

273 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 336.

teşebbüsün cezalandırılacağı açıkça düzenlenir.<sup>282</sup> Ancak yukarıda da belirtildiği gibi bu metin bağlayıcı değildir.

Bir suçta teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni hukuki değer tehlikeye sokulmasıdır. Dolayısıyla elverişsizlik durumunda faile ceza verilmemesi gerekir.<sup>283</sup>

**Mefruz suçta** teşebbüs mümkün değildir. Çünkü kanunilik ilkesine göre tipiklik olmazsa suç da olmaz.<sup>284</sup>

**İtiyadı unsur sayan suçlara** teşebbüs mümkün değildir. Çünkü bu tip suçlarda hareketler itiyadı ortaya çıkarana kadar suç teşkil etmez. Bu tip suçlarda gerçek bir *iter criminis* yoktur.<sup>285</sup>

**Cezalandırılabilme şartı içeren suçlara** teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde bir görüş vardır.<sup>286</sup> Bu yaklaşım şart gerçekleşmezse tamamlanmış suçun dahi cezalandırılmamasını gerekçe gösterir.<sup>287</sup> Ancak aslında bu suçlara teşebbüs mümkündür. Sadece bu teşebbüs cezalandırılmaz.<sup>288</sup> Bunlara karşın cezalandırılabilirlik koşulu gerçekleşirse ve henüz suçun neticesi ortaya çıkmamışsa, diğer koşulların varlığı halinde, failin teşebbüsten sorumlu tutulabileceği de öne sürülür.<sup>289</sup>

**Kabahatlere** teşebbüs kural olarak cezalandırılmaz. Ancak kanunda açık düzenleme varsa sorumluluğun doğması mümkündür.<sup>290</sup> İngiliz hukukunda da düzenleme bu yöndedir.<sup>291</sup>

**İştirak** Alman hukukunda teşebbüs derecesinde kalsa dahi cezalandırılır. Alman Ceza Kanunu'nun 31. maddesinde bundan vazgeçme düzenlenir.<sup>292</sup> İngiliz hukukundaysa iştiraka teşebbüs cezalandırılmaz.<sup>293</sup> TCK'nin düzenlemesi de bu yöndedir.

282 BOYCE/DRIPPS/ PERKINS, 2007, s. 451.

283 ÜNVER, 2003, s. 1006 vd.

284 SOYASLAN, 2005, s. 301.

285 EREM, 1973, s. 337.

286 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 493.

287 EREM, 1973, s. 337.

288 HAKERİ, 2011, s. 415.

289 İÇEL/EVİK, 2007, s. 253.

290 YURTCAN, Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, E-kitap, 2011, s. 58.

291 ELLIOTT/QUINN, 2002, s. 207-208.

292 JESCHECK, 2007, s. 47.

293 ELLIOTT/QUINN, 2002, s. 208.

## V. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

TCK'nin 41. maddesi, 36. maddede düzenlenen gönüllü vazgeçmenin iştirak halinde işlenen suçlar açısından nasıl uygulanacağını gösterir. Bu yüzden düzenlemenin 36. maddede yer alması daha yerinde olduğu çünkü maddeler arasında küçük de olsa fark bulunduğu söylenmiştir.<sup>294</sup>

### A. Gönüllü Vazgeçen Suç Ortağı

Gönüllü vazgeçmenin esasını açıklayan görüşlerden hangisinin kabul edildiği bu konu açısından önem taşır. Hukuken cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığını kabul etmeyen teoriler kabul edilirse hiçbir suç ortağının ceza almaması gerekir. Çünkü iştirak için en azından teşebbüs aşamasına gelmiş bir suç olmalıdır. Oysa suç politikası teorileri kabul edilirse fail cezalandırılmasa bile ortada teşebbüs aşamasında kalan bir suç vardır. Dolayısıyla iştirak edenlerin cezalandırılması mümkündür. Buna karşın failin vazgeçmesi durumunda diğer şeriklerin cezalandırılmayacağı da ileri sürülür. Bu yaklaşım; gönüllü vazgeçmenin objektif bir cezasızlık sebebi olduğu, taliki bir şart olduğu ya da failin cezalandırılmadığı yerde şeriklerin cezalandırılmayacağı gibi gerekçelerle savunulmuştur.<sup>295</sup> TCK'de suç ortaklarından birinin vazgeçmiş olması durumu açıkça düzenlenir ve sadece bu ortağın gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı söylenir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmenin objektif bir sebep ya da taliki bir şart olduğu ileri sürülemez. Ancak failin cezalandırılmadığı durumda ona yardım edenlerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışılmaya değer bir konudur. Bu konuya aşağıdaki *failin gönüllü vazgeçmesi* bölümünde değinilecektir.

Amerika'da içtihat hukukuna göre failler ceza almıyorsa yardım edenlere de ceza verilemiyor. Ayrıca yardım edenlerin hüküm giymesi usul kuralları nedeniyle daha zordu. Oysa kanunlar bu durumu değiştirmiş ve faillerle yardım edenlerin aynı cezaları alacağını düzenlemiştir. Bir tek fiilden sonra yardım eden kişi hala daha az ceza alır.<sup>296</sup>

294 KOYUNCU, Ali, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 2. Basım, Adalet, 2006, s. 241.

295 ÖNDER, 1992, s. 421.

296 HALL, 2009, s. 210.

Gönüllü vazgeçme kişiye bağlı bir cezasızlık sebebidir, bu yüzden diğer şeriklere sirayet etmez.<sup>297</sup> Doğrudan vazgeçenin kişiliği, istek ve istemiyle ilgilidir.<sup>298</sup> Tüm suç ortakları anlaşarak suçtan vazgeçmişlerse cezasızlıktan hepsi yararlanır.<sup>299</sup> TCK'nin 41. maddesi de sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının bu hükümlerden yararlanacağını belirtir. Bu eylemli pişmanlığın bir tür ödüllendirilmesidir. Ancak ortağın bundan yararlanabilmesi için bir şekilde suçtaki nedensel katkısını gidermiş olması gerekir. Sadece iştirak iradesinden caymak yeterli görülmez.<sup>300</sup> Ortağın nedensel katkısı amacına ulaşmışsa veya etkisini sürdürüyorsa gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez.<sup>301</sup>

Ortaklardan birinin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemek için çaba sarf etmesi gerekmediği yönünde bir görüş vardır. Buna göre şerik diğer ortaklara bir şey söylemeden veya başka bir eyleme girişmeden ayrılabilir bile TCK 36'daki şartlar gerçekleşirse bu hükümden yararlanır.<sup>302</sup> Ancak bu görüşün kabulü madde düzenlemesini anlamsız hale getirir. TCK'nin 41. maddesi kişinin suçun işlenmesini engelleme girişimi başarısız olsa dahi sorumlu olmayacağı durumları düzenler. Bahsedilen görüşün kabul edilmesi, suç işlense de işlenmese de gönüllü vazgeçen ortak sorumlu olmayacağından, bu düzenlemeyi gereksiz hale getirir.

Ciddi çabanın ne olduğu her somut olayda olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenir.<sup>303</sup>

İştirak halinde işlenen bir suçtan gönüllü vazgeçildiğinde TCK'nin 41. maddesinin uygulanması gerekir. Bu madde suç ortağına TCK'nin 36. maddesinde düzenlenenlerden daha fazla yükümlülük yükler. Gönüllü vazgeçme hükümleri için TCK'nin 36. maddesine bakılacak olsa da, TCK'nin iştirakte gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 41. maddesinde yer alan şartlar gerçekleşmezse suç ortağı gönüllü vazgeçmeden

yararlanamaz. Bu maddeye göreyse suç ortağının sadece kendi katkısını gidermesi her zaman yeterli değildir. Genel kural olarak suçun işlenmesini engellemesi gerekir. Bu şartın iki istisnası vardır. Şerik, suç onun çabası dışında bir sebeple gerçekleşmez ya da ciddi çabasına rağmen işlenirse, gönüllü vazgeçmeden yararlanır.<sup>304</sup> Bu konuya aşağıda değinilecektir.

İştirak halinde işlenen suçlarda fail, azmettiren veya yardım eden söz konusu olabilir. Bunların her birinin gönüllü vazgeçmesine ayrı ayrı değinmek gerekir.

### 1. Failin Gönüllü Vazgeçmesi

Şeriklerin, fail en azından teşebbüs derecesinde bir suç işlemediyse cezalandırılmaları mümkün değildir. Fail gönüllü vazgeçmesi ayrıca tartışılmalıdır.

Gönüllü vazgeçmenin esasının hukuki teorilerde bulunduğunu, bu nedenle failin vazgeçmesi durumunda ortada cezalandırılabilen bir tipik fiilin olmadığını ve cezasızlığın tüm suç ortaklarına sirayet edeceğini savunan görüşler vardır.<sup>305</sup> Bu görüşler savunulurken vazgeçme iradesi olmayan suç ortaklarının suçtan kurtulmasının haksız olduğu, dolayısıyla düzenlemenin değiştirilmesi ve suç politikası teorilerine uygun hale getirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>306</sup> Genel kabul gören suç politikası görüşleri kabul edilirse şerikler cezalandırılabilir. Çünkü hareket hala cezalandırılabilir nitelik taşıyor, faile sadece suç politikası nedeniyle ceza verilmez.<sup>307</sup> Teşebbüs icraya başlamayla beraber gerçekleşir ve suçtan vazgeçilse bile hukuken varlığını sürdürür. Vazgeçen fail sadece amaçsal düşüncelerle cezasız bırakıldığı için şeriklerin cezalandırılması gerekir.<sup>308</sup>

Failin gönüllü vazgeçmesi durumunda diğer şeriklerin sorumluluğunun devam ettiği ve eksik teşebbüsten sorumluluklarının söz konusu olduğu görüşü vardır.<sup>309</sup> Çünkü bu durumda failin hukuka

297 DEMİRBAŞ, 2009, s. 433.

298 AKTAŞ, s. 40.

299 ERRA, 1944, s. 717.

300 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 365.

301 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 367.

302 ERDOĞAN, 2010, s. 108.

303 DONAY, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta, İstanbul, 2007, s. 60.

304 TOZMAN, Önder, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, Sayı: 82, (s. 1-34), (b), s. 203.

305 BAYRAKTAR, 1968, s. 140.

306 SÖZÜER, 1994, s. 242-243.

307 DEMİRBAŞ, 2009, s. 431.

308 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 481-482.

309 DEMİRBAŞ, 2009, s. 433.

aykırı fiili hala hukuk dünyasında mevcuttur.<sup>310</sup>

Yargıtay'ın bir kararının karşı oyunda bu konu açısından önem taşıyan açıklamalar yer alır. İlgili karşı oya göre; bir lokantaya giren ancak bir şey almadan çıkan fail gönüllü vazgeçmiş kabul edilse bile, cezasızlıktan bir tek kendisi yararlanır. O sırada dışarıda gözcülük yapan sanık hakkında ilgili maddelere göre ceza hükmü kurulması gerekir. Gönüllü vazgeçen sanık hakkındaysa ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilmelidir.<sup>311</sup> Gönüllü vazgeçmeyle ilgili tartışmalı noktalara değinen bu karşı oy özellikle; asli failin gönüllü vazgeçmesi durumunda dahi yardım edenin sorumluluğunun devam edeceğini belirtmesi açısından önemlidir.

Teorilerden bağımsız olarak, asli failin cezalandırılmadığı bir fiil sebebiyle yardım edenlerin cezalandırılması haksız görünmektedir. TCK'nin 40. maddesinin 3. fıkrasına göre, yardım edenlerin iştirak kapsamında sorumlu tutulabilmeleri için suçun en azından teşebbüs aşamasına gelmesi gerekir. Ancak bu düzenleme sorumluluğun başlangıç anını düzenler. Dolayısıyla fail gönüllü vazgeçtiği halde suç ortaklarının sorumluluğunun devam etmesine gerekçe gösterilemez. Bir fiili gerçekleştiren kişi ceza almazken sadece ona yardım edenlerin ceza alması toplumun adalet duygusunu zedeleyebilir. Azmettirense fiile sadece yardım eden değil sebep olan kişidir. Dolayısıyla onun için durum farklıdır. Azmettirenle ilgili açıklamalar aşağıda **azmettirenin gönüllü vazgeçmesi** başlığında yapılacaktır.

Asli failin sadece vazgeçmesinin gönüllü vazgeçmeden yararlanması için yeterli olduğu ileri sürülür. Çünkü kendisi zaten tipik fiili işleyenlerden biridir. Buna karşın fiilin teklifini esas alan ve bu durumda failin cezasız kalmayacağını savunan görüşler de vardır. Bu görüşler fiilin tüm failler için tek olduğunu ve bölünemeyeceğini belirtirler. Failin fiilin sadece bir kısmını gerçekleştirmesi önemli değildir. Suç tamamlanırsa hepsi için tamamlanmış olur.<sup>312</sup> Zaten, sadece yardım edenin bile fiilin tamamlanmasını engellemekle yükümlü tutulduğu bir sistemde, ondan daha tehlikeli ve önemli bir suç ortağı olan failin bu yükümlülüğünden kurtulması mantıklı değildir.

Bununla beraber, suç planına göre fail olan kişinin suç ortaklığının değişmesi sebebiyle yardım eden olarak sorumlu tutulması mümkündür. Bu olasılıkta fail niteliği taşıyacak kişi suçun gerçekleşmesine yardım edecek hareketlerde bulunur ancak daha sonra vazgeçer. Önemli nokta kişinin yaptığı hareketlerin icra hareketi niteliği taşıyamamasıdır. Bu şartlar altında kişi fail olarak değil yardım eden olarak sorumlu tutulabilir. Bunun için fiilin işlenmesini engellemeye çalışması ve başaramaması gerekir. Söz konusu durumda kişinin suça hala nedensel katkısı vardır ve suç tamamlanmıştır. O yüzden cezalandırılmaması mümkün değildir.<sup>313</sup>

Failin icra hareketleri başlamadan vazgeçmişse ayrı değerlendirilmelidir. Bir suçta beraber işlemek için anlaşılması ancak icra hareketleri başlamadan faillerden birinin vazgeçerek olay yerini terk etmesi durumunda bu failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği söylenir. Ancak bunun için diğer ortaklara manevi destek verecek bir durumun bile oluşmamış olması, diğer ortakların fiili vazgeçen ortaktan herhangi bir destek beklemeden gerçekleştirmiş olmaları gerekir. Buna karşın plan bir tehlike doğurmuşsa, failin bu tehlikeyi ortadan kaldırmadıkça sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.<sup>314</sup> TCK açısından da henüz hiçbir nedensel katkısı olmayan fail hazırlık hareketleri sırasında sadece pasif bir davranışla vazgeçerse sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmelidir. Çünkü bu durumda henüz teşebbüs aşamasında bir suç, dolayısıyla iştirak söz konusu değildir. Tehlikenin doğmasıyla teşebbüs aşamasına geçildiği olarak değerlendirilebilir ve failin sorumluluğu ancak 41. maddeye uygun şekilde ortadan kalkar.

İhmalî hareketle suçun tamamlanmasının engellenmesi mümkünse ve suç ortağı bunu biliyorsa, hareketsiz kalma gönüllü vazgeçmeyi doğurur. Bu durumda suçun tamamlanması önlenmiştir. Kişinin aktif bir harekette bulunmaması sorumluluğunun devamını gerektirmez.<sup>315</sup> Suçun tamamlanmasını doğrudan vazgeçen failin hareketi sağlayacak idiyse, sadece vazgeçme bu failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması için yeterlidir.<sup>316</sup>

310 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2008, s. 469.

311 10. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 14.11.2005, Esas Numarası: 2004/4963, Karar Numarası: 2005/15429.

312 AKSOY, 2007, s. 217-218.

313 TOZMAN, 2009 (b), s. 212-213.

314 WILLIAMS, Glanville, **Criminal Law**, 2. Basım, Gaunt, 1998, s. 384-385.

315 TOZMAN, 2009 (b), s. 220.

316 AKSOY, 2007, s. 219.

## 2. Yardım Edenin Gönüllü Vazgeçmesi

Yardım eden henüz hazırlık hareketleri sırasında katkısını tamamen etkisiz hale getirmişse TCK 41'in uygulanması gerekmez. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için en azından teşebbüs aşamasına gelmiş bir suçun varlığı gerekir.<sup>317</sup> Yani yardım eden, fail icra hareketlerine başlamadan önce vazgeçmiş ve suçun işlenmesine o zamana kadar yaptığı katkıyı gidermişse sorumlu olmaz. Yardım eden, fail icra hareketlerine başladıktan sonra vazgeçmiş ve icra hareketlerinin tamamlanmasına engel olmuşsa gönüllü vazgeçmiştir ve yine sorumlu olmaz.<sup>318</sup> Yardım eden suçtan hazırlık hareketleri aşamasında vazgeçmiş buna rağmen icra hareketleri başlamışsa TCK 41'in uygulanması mümkündür. Bu vazgeçmenin varlığı için suçun teşebbüs aşamasına gelmesi gereğine aykırı değildir; TCK 41 teşebbüsün vazgeçmeden önce gerçekleşmesini şart koşmaz. Yardım edenin vazgeçmesinden bahsedilebilmesi için fiilin ona isnat edilebilir olması gerekir. Bu durumda yardım edenin hazırlık hareketleri sırasındaki çabası, sağlanan katkının tamamen etkisizleştirilmesi şartıyla, cezasızlığını sağlayabilir.<sup>319</sup> Ancak suç ortağının hem katkısını tamamen gidermesi hem de teşebbüsün ona isnat edilebilir olması mümkün görünmemektedir. Yardım eden ya henüz hazırlık hareketlerinde nedensel katkısını giderir ve zaten ceza hukukunu ilgilendiren alana hiç girmemiş olur, ya da suça nedensel katkısı vardır ve gönüllü vazgeçmeden yararlanması için TCK 41'deki şartları yerine getirmesi gerekir. Burada düşünülebilecek olan hazırlık hareketleri sırasında vazgeçen ancak hareketinin katkısını tamamen gideremeyen suç ortağının durumu. Bu durumda normal değerlendirmenin dışına çıkılması gerekmez. Eğer suç ortağının hareketi TCK'nin 41. maddesindeki şartları sağlarsa çabasını ne zaman göstermiş olursa olsun gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerekir.

Yardım edenin icra hareketleri başlamadan önce vazgeçmesi ve o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketlerin suç olmaması durumunda sorumlu olmayacağı görüşü de vardır.<sup>320</sup> Buna göre

yardım eden suça hiç katılmadan gönüllü vazgeçmişse sorumlu olmaz.<sup>321</sup>

Faile yardım etme konusunda anlaşan ancak bu yardımı gerçekleştirilmeyen kişi sorumluluktan kurtulmaz.<sup>322</sup>

Suç ortağı katkı sağlamış gibi görünüyorsa ancak hareketinin suçun işlenmesine yardım etmesi mümkün değilse ve kendisi bunun farkındaysa sorumluluğu doğmaz. Baştan itibaren suçun tamamlanması amacıyla hareket etmeyen suç ortağının durumunun tartışılması gereksizdir.<sup>323</sup>

Yardım edenin katkısının elverişliliği konusunda hataya düşmesi ayrıca tartışmalıdır. Buna örnek olarak suç ortağının faile zararsız bir madde olduğunu zannederek zehir temin etmesi verilebilir. Bu durumda yardım edenin suçun tamamlanması açısından kastı olmadığı için sorumlu tutulamayacağı görüşü vardır. Faile önce zehir veren, daha sonra bunu zararsız olduğunu zannettiği bir başka öldürücü maddeyle değiştiren yardım edenin durumunun da aynı olduğu belirtilir. Hazırlık evresinde gerçekleştirilen hareketlerin zamanının önemli olmadığı söylenir. Ancak bu durumda yardım edenin hala suça kasıtlı olarak katıldığı görüşü de vardır. Bu görüşe göre yardım eden yanlışlıkla da olsa nedensel katkısını giderememişse ve fail fiili onun katkısı üzerine kurmuşsa, yardım edenin suçun tamamlanması kastını bırakması önem taşımaz. Çünkü fiile nedensel katkısı devam etmektedir. Böyle bir durumda yardım edenin sorumluluktan kurtulması ancak nedensel süreçte önemli bir sapma olursa mümkündür. Yardım edenin hazırlık aşamasında dahi sadece suçun tamamlanması iradesinden vazgeçmesi yeterli değildir. Sorumluluktan kurtulması için suça olan tüm katkısını gidermesi gerekir.<sup>324</sup>

Kısaca bu durum iki şekilde ortaya çıkabilir; ya failin baştan itibaren suça yardım etme kastı yoktur ya da önceden var olan kast sonra ortadan kalkmıştır. İkinci durum kendi içinde vazgeçme iradesinin hazırlık hareketleri sırasında ve icra hareketleri sırasında ortaya çıkması şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir. En başta suç işleme iradesi olmayan kişinin iştirak iradesinin varlığı kabul edilemez. Dolayısıyla sorumluluğu manevi unsur

317 TOZMAN, 2009 (b), s. 207.

318 DEMİRBAŞ, 2009, s. 434.

319 TOZMAN, 2009 (b), s. 208.

320 İÇEL/EVİK, 2007, s. 259.

321 BAKICI, 2008, s. 904.

322 WILLIAMS, 1998, s. 385.

323 TOZMAN, 2009 (b), s. 208-209.

324 TOZMAN, 2009 (b), s. 210.

olmadığı doğmaz. Hazırlık hareketleri sırasında hareketinin nedensel etkisini kaldırmaya çalışan ancak hata sonucu bunu başaramayan failin durumu tartışmalıdır. Bu konuda sonuca varmak için en doğrusu somut olaya göre değerlendirme yapmaktır. Son olarak, yardım eden icra hareketlerine geçildikten sonra vazgeçer ancak hata sonucu fiili engelleyemezse sorumluluktan kurtulamaz. Bu aşamada sorumluluktan kurtulmanın şartları konusunda açıkça belirtilmiştir.

İştirak edenin suça sağladığı illi değeri ortadan kaldırılıp kaldırmadığı somut olaya göre belirlenir.<sup>325</sup> Failin fiili tamamlanmadığı sürece yardım edenin fiili de tamamlanmaz.<sup>326</sup> Vazgeçme olanağı ancak fiil tamamlandıktan sonra ortadan kalkar. Suç işleme kararından hazırlık hareketleri sırasında vazgeçen ancak nedensel katkısı suç tamamlanana kadar devam eden yardım eden açısından da durum budur; vazgeçme olanağı yoktur.<sup>327</sup>

Gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için suçun işlenmesini engellemenin gerekli kılınmasının özellikle yeri kolayca doldurulabilecek, önemsiz suç ortakları açısından ağır bir şart yarattığı savunulur. Bu kişilerin fiilin tamamlanmasını önlemele-ri zor olduğu için düzenlemenin vazgeçmeye çok da teşvik edici nitelik taşımadığı belirtilir. Buna karşın suç ortağının sadece kendi katkısını kaldırarak gönüllü vazgeçmeden yararlanamamasının, bunun için suçu önlemesinin aranmasının isabetli olduğu da söylenir.<sup>328</sup> TCK açısından; fail henüz icra hareketleri bitmemişken sadece vazgeçerek, aktif bir hareket yapmayarak sorumluluktan kurtulduğu halde<sup>329</sup> yardım edene aktif olarak suçun tamamlanmasını engelleme görevi yüklemenin bazı durumlarda çok doğru olmayacağı düşünülebilir. Çünkü yardım eden hem daha az tehlikeli hem de suç açısından daha önemsizdir. Bununla beraber fiili bizzat engelleyemeyecek olan suç ortağı en azından yetkili mercilere haber vererek sorumluluktan kurtulabilir. Dolayısıyla bu şartın ağır olduğu söylenemez. Aksine gönüllü vazgeçmenin

amacına ve mağdurun çıkarına en uygun olan, suç ortaklarının fiilin tamamlanmaması için ellerinden geleni yapmakla yükümlü tutulmalarıdır.

Vazgeçen suç ortağı suçun tamamlanmasını üçüncü kişilerin yardımlarıyla da engelleyebilir. Yardım edenin bu durumda gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için üçüncü kişinin suçu engelleyebileceğinden emin olması ve gerekirse engelleme faaliyetine bizzat katılması gerekir. Suç ortağı yardımın gelmemesi veya yeterli olmaması riski bulunduğunu düşünüyorsa sadece yardım çağırarak sorumluluktan kurtulamaz.<sup>330</sup>

Suç ortaklarından biri fiilin tamamlanmaması için hareket eder ve diğerleri onu desteklerse, destekleyen suç ortakları da gönüllü vazgeçmeden yararlanmalıdır.<sup>331</sup>

İngiliz hukukunda, suç işlendikten sonra failin adaletten kaçmasına yardım etmek de iştirak kapsamında kabul edilir. Ancak iştirakin bu türü diğerlerinden ayrı tutulmuş ve en fazla iki yıl hapis cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir.<sup>332</sup> TCK'ye göreyse iştirak sadece suçun tamamlanmasından önce söz konusu olabilir. Bundan sonra gerçekleştirilen fiiller ancak TCK'nin 283. maddesinde düzenlenen suçluyu kayırma suçuna vücut verebilir.

Yardım eden kendi vazgeçtiği ana kadar oluşan suçtan sorumlu tutulacaktır.<sup>333</sup> Örneğin hırsızlık suçu için gözcülük yapan suç ortağı failer eve girdikten sonra TCK'nin 36. maddesindeki diğer şartlara uyararak vazgeçerse, konut dokunulmazlığını ihlal suçuna iştirak etmiş olur.

Yardım edenin dış etkenler sebebiyle vazgeçse bile gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağı ileri sürülür.<sup>334</sup> Ancak TCK'nin 41. maddesi 36. maddesinden ayrı düşünülmemelidir. İştirak halindeki suçtan vazgeçen suç ortağının her iki hükümdeki şartları sağlamalıdır.

### 3. Azmettirenin Gönüllü Vazgeçmesi

Azmettirenin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için hareketinin illi değerini ortadan kaldırması, yani faili icra hareketlerinden vazgeçirmesi

325 ÖZEN, Mustafa, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2007, Sayı: 70, (s. 239-253), s. 252.

326 EREM, 1973, s. 346.

327 TOZMAN, 2009 (b), s. 211.

328 TOZMAN, 2009 (b), s. 205-206.

329 ÖZTÜRK/ERDEM, 2008, s. 294-295.

330 TOZMAN, 2009 (b), s. 220.

331 TOZMAN, 2009 (b), s. 221.

332 FITZGERALD, P. J., *Criminal Law and Punishment*, Oxford, 1962, s. 110.

333 MALKOÇ, 2008, s. 317.

334 AKSOY, 2007, s. 219.



gerekir. Faili vazgeçiremezse sorumluluktan kurtulmak için icra hareketlerinin tamamlanmasına herhangi bir şekilde engel olması gerekir. Azmettiren ancak bu durumlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.<sup>335</sup> Tüm çabasına rağmen kişinin suçu işlemede engelleyemezse, en azından durumu yetkili mercilere bildirerek icra hareketlerinin tamamlanmasına engel olmalıdır.<sup>336</sup>

İngiliz hukukunda azmettirenin, açık ve kesin bir şekilde tavsiyesini geri aldığı kanıtlanması durumunda sorumluluktan kurtulup kurtulmayacağı tartışılır.<sup>337</sup> Buna karşın Amerika'da azmettirenin ya da teşvik edenin bu iradesinden vazgeçtiğini fiilden önce failine bildirmesi halinde cezai sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilir.<sup>338</sup> Manevi iştirakin esası düşünüldüğünde bu yaklaşım mantıklı görünmektedir. Eğer manevi şerikin davranışı faili cesaretlendiriyorsa, bu davranışından vazgeçmesinin de aynı şekilde cesaretini kırması beklenir. Dolayısıyla failin işleyeceği suçtan önce ona artık destek vermediğini beyan eden kişinin, suça herhangi bir nedensel katkısının olduğu kabul edilmez. Ancak TCK'nin düzenlemesi açıktır. İştirak eden nedensel katkısını kaldırmadığı sürece sorumluluktan kurtulamaz. Azmettirenin nedensel katkısıysa suçun tamamına yayılır. Dolayısıyla TCK'ye göre azmettirenin sadece vazgeçtiğini failine bildirmekle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

Azmettiren, failin suçu işlemede engellerse gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Failse bu durumda teşebbüsten sorumlu olur. Buna karşın azmettirenin faili ikna etmekle kendi fiilini tamamladığı, failin suçu işlemede engellese bile sorumluluktan kurtulamayacağı görüşü de vardır. Ancak bu görüş kabul edilemez. Çünkü ortakların katkısı ne olursa olsun suçun maddi unsuru hepsi için aynıdır.<sup>339</sup> Fail suçu tamamlamadığı sürece gönüllü vazgeçme hepsi için mümkündür.

Azmettiren, fail daha icra hareketlerine başlamadan onu engeller ya da engellenmesini sağlarsa gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Çünkü bu durumda henüz azmettirenin

sorumluluğu doğmamıştır.<sup>340</sup> Gönüllü vazgeçme ancak fail icra hareketlerine başladıktan sonra fiilin tamamlanmasını engeller ya da engelletirse söz konusudur.<sup>341</sup> İcra hareketleri başlamadan önceki davranışlar ceza hukukunu ilgilendirmez.

Azmettiren failin suçu işlemede engellerse fail de gönüllü vazgeçmiş olur ve ikisinin cezai sorumluluğu birden kalkar. Oysa azmettiren faili ikna edemez ve yetkili mercilere haber vererek suçun işlenmesi engellerse sadece kendisi sorumluluktan kurtulur. Failse teşebbüsten dolayı cezalandırılır.<sup>342</sup>

Azmettirenin faili icra hareketlerine başladıktan sonra caydırmasına ayrıca değinilmelidir. Bu durumda azmettirenin çabalarını dışarıdan etki kabul edersek fail teşebbüsten sorumlu olur. Azmettirenin çabasını göz ardı edilebilir bir etki olarak değerlendirirsek failin de gönüllü vazgeçmeden yararlanması mümkündür. Bu değerlendirmenin nasıl yapılacağı yukarıda "İradi vazgeçme" başlığı altında anlatılmıştır.

## B. Suçun Gönüllü Vazgeçenin Gayreti Dışında Nedenle İşlenememesi

Suç ortağının bu durumda gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için gerekli gayreti göstermiş olması şarttır. Bu düzenleme Alman Ceza Kanunu'nun 24/2 maddesine benzer.<sup>343</sup> Suç ortağı suçu objektif olarak engelleyemiyorsa subjektif olarak gayret göstermesi aranır.<sup>344</sup>

Düzenleme suç ortağının ancak hareketinin illi değerini kaldırırca gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı yönündeki mutlak anlayışı değiştirmiştir. Bunu başaramayan kişi de tamamen tesadüfi bir sebeple suçun işlenememesi halinde cezai sorumluluktan kurtulur.<sup>345</sup>

Suç ortaklarından birinin vazgeçme iradesi varken başka bir suç ortağı suçun tamamlanmasını engelleyebilir. Bu durumda suçu engelleme ortağa 41/2-a'nın uygulanacağı söylenebilir.<sup>346</sup> Doğal olarak bu, suçun önlenmesi için çaba sarf etmesi şartına bağlıdır.

335 DEMİRBAŞ, 2009, s. 434.

336 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2008, s. 469.

337 WILLIAMS, 1998, s. 383.

338 PERKINS, Rollin M., *Criminal Law and Procedure*, 2. Basım, Brooklyn, 1959, s. 307.

339 EREM, 1973, s. 346-357.

340 BAKICI, 2008, s. 903.

341 TOZMAN, 2009 (b), s. 219.

342 İÇEL/EVİK, 2007, s. 259-260.

343 TOZMAN, 2009 (b), s. 193.

344 TOZMAN, 2008 (a), s. 223.

345 ÖZBEK, 2006, s. 504.

346 TOZMAN, 2009 (b), s. 222.

### C. Suçun Gönüllü Vazgeçenin Gayretine Rağmen İşlenmesi

Bu durumda kabul gören üç temel görüş vardır.

Gönüllü vazgeçen ortak suça nedensel katkısını gidermiş olduğu halde diğer ortaklar suçu işlerlerse iştirakten sorumlu olmaz.<sup>347</sup> Bu hükmün azmettiren açısından uygulanması mümkün değildir çünkü azmettirenin nedensel katkısı sadece suç gerçekleşmediğinde kalkar.<sup>348</sup>

Gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için suç ortağının nedensel katkısını kendi iradesiyle ve tamamen ortadan kaldırmış olması gerekir. Suç ortağı sadece suça katkısını ortadan kaldırmanın neticesi engelleyemeyeceğini biliyor ya da düşünüyor başka önlemlere başvurmak zorundadır. Ancak vazgeçenin başvurduğu önlemlerin objektif olarak sonucu engellemeye en elverişliler olması zorunlu değildir. Kendine göre en uygun şekilde davranması yeterlidir. Bu önlemlerin suçu engelleyemeyeceğini fark ederse derhal en iyi sonuç alacağını düşündüğü aracı devreye sokmalıdır. Bunun sınırı düşüncesine göre un uygun olan yöntemin kendisi açısından tehlike yaratıyor olmasıdır. Bu durumda tehlikeden kaçınılabilir ve yine kendine en uygun görünen yolu seçer.<sup>349</sup> Bu yaklaşım kusurluluğu kaldıran genel bir neden olan istenemezlik ilkesine uygundur. TCK'nin 28. maddesinde yer verilmiş olan istenemezlik ilkesi kıyasen diğer durumlarda da uygulanmalıdır. Suç ortağının gerçekleştirdiği davranış dışında bir davranışın kendisinden istenip istenemeyeceği göz önünde tutulmalı, bunun istenmesi insani görünmüyorsa sorumlu olmadığı kabul edilmelidir.<sup>350</sup> Ancak burada suç ortağının istenemez durumun doğmasına bizzat sebep olduğu gözden kaçırılmamalı ve bu ilke masum insanlara kıyasen daha kısıtlı uygulanmalıdır.

Buna karşın failin suçu engellemek için gösterdiği çabanın ciddiliğinin objektif olarak belirlenmesi gerektiği de ileri sürülmüştür. Bu görüş failin suçu engellemek için subjektif olarak ciddi çaba göstermesini yeterli bulmaz. Failin subjektif değerlendirmesi doğrultusunda sorumluluktan

kurtulması mümkün olursa, failin hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağını söyler. Çünkü fail savunmasında her zaman elinden geleni yaptığına inandığını iddia edecektir.<sup>351</sup>

Suç ortağının vazgeçtiğinden diğer ortakların haberi yoksa ve vazgeçen ortağın planlanan hareketlerine güvenerek suçu daha rahat işlemişlerse, vazgeçen ortak gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz. Tabii ki ortağın sadece vazgeçtiğini duyurması gönüllü vazgeçmeden yararlanması için yeterli değildir. Suçu önlemek için çaba göstermesi zorunludur.<sup>352</sup>

Suç ortağı, fiile katkısını gidermişse ve diğer suç ortaları onun katkısına ihtiyaç duymaksızın suçu tamamlayabilmişse bu maddeden yararlanır. Bu durumun suç ortağının katkısının teşebbüs için nedensel olması, ancak suçun tamamlanması için nedensel olmaması durumunda gerçekleşebileceği belirtilir. Örnek olarak A'nın B'ye hırsızlık için evin anahtarını vermesi ama kapı zaten açık olduğundan anahtarın kullanılmaması verilir.<sup>353</sup> Ancak bu örnekte A sadece anahtarını geri almışsa sorumluluktan kurtulabilir.<sup>354</sup> Yoksa gerekli çabayı göstermiş kabul edilemez.

### D. Gönüllü Vazgeçmenin Suçu İşlenemez Hale Getirmesi

Gönüllü vazgeçen suç ortağının hareketi olmazsa suçun işlenemez suç haline gelmesi durumunda diğer ortakların sorumluluğunun ne olacağı ayrıca tartışılmalıdır. Böyle bir durumda, işlenemez suçun farklı yaklaşımları farklı sorumluluklara yol açar.

Yukarıda belirtildiği gibi kanun soyut bir tehlikeyi değil, kişinin davranışını cezalandırır ve işlenemez suç buna göre değerlendirilmelidir.<sup>355</sup> Elverişlilik ya da elverişsizlik somut olaya göre belirlenmelidir.<sup>356</sup>

Söz konusu durumda suç tamamlanmadığı ya da netice gerçekleşmediği için gönüllü vazgeçen suç ortağının sorumluluktan kurtulacağı şüphesizdir. Bu sadece ihmali hareketle neticenin önlenbilmesine örnektir. Ancak diğer ortakların

347 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2010, s. 366.

348 TOZMAN, 2009 (b), s. 219.

349 TOZMAN, 2009 (b), s. 227 vd.

350 HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", **Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, (s. 337-369), s. 368-369.

351 TOROSLU, 2009, s. 1207.

352 TOZMAN, 2009 (b), s. 228-229.

353 ÖZTÜRK/ERDEM, 2008, s. 297.

354 ÖZBEK, 2006, s. 504.

355 EREM, 1973, s. 352-353.

356 EREM, 1973, s. 354.

teşebbüsten mi ceza alacakları yoksa işlenemez suç dolayısıyla sorumluluklarının mı doğmayacağı tartışılmalıdır.

Örneğin, iki failin mağduru öldürmek için anlaştığını düşünelim. Suç planına göre faillerin her biri farklı zamanlarda mağdurun içkisine tek başlarına tamamen zararsız olan ancak bir arada ölümcül hale gelen maddeler atacak olsunlar.

Bu faillerden ilkinin maddeyi atmasında nispi elverişsizlik olduğu ileri sürülebilir. Çünkü suç sadece ikinci failin davranışı gerçekleşmezse işlenemez hale gelecektir. Buna göre ilk fail teşebbüsten sorumlu olur. İkinci suç ortağı açısından ilk failin davranışı gerçekleşmediği için mutlak elverişsizliğin söz konusu olduğu ve sorumluluğunun doğmayacağı savunulabilir.

## VI. ETKİN PİŞMANLIK

Eski adıyla suç sonrası etkin pişmanlık suç tamamlandıktan sonra suçun zararlı veya tehlikeli etkilerini azaltmak veya ortadan kaldırmak için girilen aktif çabayı ifade eder. Bu kurumun gönüllü vazgeçmeyle karıştırılmaması gerekir. Suç sonrası pişmanlık bazen cezayı azaltan bazen de tamamen kaldıran bir sebep olarak öngörülür.<sup>357</sup>

Etkin pişmanlıkta zaten kamu düzeni ihlal edilmiştir. Sadece suçun etkileri tamir edilmektedir ve bu takdiri ya da kanuni bir indirim sebebidir.<sup>358</sup>

Etkin pişmanlığı cezasızlık sebebi olarak düzenleyen yabancı kanunlar olduğu gibi, indirim sebebi olarak kabul edenler de vardır. Ancak ETCK bu kurumu genel olarak düzenlememişti. Sadece bazı suçlara özgü cezasızlık veya indirim sebebi olarak kabul edilmişti.<sup>359</sup>

Etkin pişmanlık TCK'nin genel hükümlerinde düzenlenmemiştir. Bu yüzden tüm suçlar açısından değil sadece hakkında düzenlendiği suçlar için uygulanabilir. Etkin pişmanlık bazı suçlar açısından cezayı kaldıran veya azaltan bir şahsi sebep olarak düzenlenir Bazı durumlardaysa mahkum olunan cezayı bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırır.<sup>360</sup>

TCK'nin sisteminde etkin pişmanlığın suç tamamlandıktan sonraki aşamada belli suçlar için cezasızlık veya indirim yaratan bir şahsi sebep

olduğu söylenir.<sup>361</sup> Bu kurumun düzenlediği durumlarda aslında suç yolu kapanmış, yani suç tamamlanmıştır.<sup>362</sup>

## VII. SONUÇ

TCK'de gönüllü vazgeçmenin kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Bu her ne kadar faileri caydırmak ve mağdurların daha ağır zarar görmesi riskini azaltmak açısından yerindeyse de, uygulamada problem yaratabilecek niteliktedir.

Failin gönüllü vazgeçip vazgeçmediğine karar verilirken iki temel değerlendirmenin yapılması gerekir; fiil tamamlanmış mı ve vazgeçme iradi mi.

Fiil amaçlanan netice gerçekleşene kadar tamamlanmaz ve gönüllü vazgeçme bu zamana kadar mümkündür. İradilik içinse, failin fiile devam edebilirliği esas alınmalıdır.

Fail; dış maddi etmenler, tesadüfi nedenler, suç tamamlandı zannı veya nispi elverişsizlik sebepleriyle vazgeçerse gönüllü vazgeçmiş kabul edilemez. Buna karşın saike bakılmaksızın, iç etmenler sebebiyle vazgeçen fail gönüllü vazgeçmiştir. Bu etmenler pişmanlık, merhamet, tiksinti ya da utanç olabilir. Dış manevi etmenler; yakalanma veya ceza korkusu, mağdurun direnci, ikna, suçu erteleme düşüncesi, göz önüne alınmayan risk gibi sebeplerse mutlak olarak olmasa da gönüllü vazgeçmeye yol açabilir. Bu durumlarda gönüllü vazgeçmenin kabulü için failin hala bir seçme şansının olması gerekir. Oysa bu nedenler failin suça devam etme ihtimalini kaldıracak ağırlıktaysa gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.

Özellikle yakalanma veya cezalandırılma korkusunun gönüllü vazgeçmeye yol açacağı kabul edilmelidir. Çünkü gönüllü vazgeçmenin amacı zaten faile cezalandırılmama imkanı tanıyarak, suçtan vazgeçmesini sağlamaktır. Ancak bunun için bu korkunun polis arabası görülmesi gibi bir dış maddi etmeden kaynaklanmamış olması gerekir.

TCK'nin 36. maddesi kapsamındaki gönüllü vazgeçmeden yararlanılması için suçun tamamlanmaması mutlak bir şarttır. Oysa 41. maddede düzenlenen iştirak halindeki suçlarda gönüllü vazgeçmede bu kuralın istisnaları düzenlenmiştir. Suç ortağının bu istisnalardan yararlanması suçun tamamlanmasını engellemek için kendisinden beklenilecek en ciddi çabayı göstermesine bağlıdır.

357 TOROSLU, 2006, s. 269.

358 BAYRAKTAR, 1968, s. 126-127.

359 DÖNMEZER/ERMAN, 1976, s. 488-489.

360 HAKERİ, 2011, s. 429-430.

361 ÖZGENÇ, 2008, s. 443.

362 AYDIN, 2006, s. 107.

Bu konuyla ilgili bir başka önemli nokta da asli failin vazgeçmesinin etkisidir. Fiili gerçekleştiren kişi cezalandırılmazken sadece yardım edenlerin sorumlu tutulması haksız görünmektedir. Ancak kanunun lafzı bu yödedir.

#### KAYNAKÇA

- AKSOY, Pervin, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- AKTAŞ, Yusuf, **Cezanın Kurulması**, Ankara.
- ALACAKAPTAN, Uğur, **İşlenemez Suç**.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Basım, Turhan, Ankara, 2007.
- ASHWORTH, Andrew, **Principles of Criminal Law**, 4. Basım, Oxford University Press, 2003.
- AYDIN, Devrim, "Suça Teşebbüs", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2006, Cilt: 55, Sayı: 1, (s. 85-114).
- AYDIN, Nurullah, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, 2. Basım, Adalet, Ankara, 2009.
- BAKICI, Sedat, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, 2. Basım, Adalet, Ankara, 2008.
- BAYRAKTAR, Köksal, "Faal Nedamet", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1968, Cilt: 33, Sayı: 3-4, (s. 120-154).
- BOYCE, Ronald N./DRIPPS, Donald A./ PERKINS, Rollin M., **Criminal Law and Procedure**, 10. Basım, Foundation, 2007.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Basım, Beta, İstanbul, 2008.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Basım, Seçkin, Ankara 2009.
- DONAY, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta, İstanbul, 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: 1, 6. Basım, İstanbul, 1976.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: II, 5. Basım, İstanbul, 1974.
- ELLIOTT, Catherine/QUINN, Frances, **Criminal Law**, 4. Basım, Longman, 2002.
- ERDOĞAN, Yavuz, "Gönüllü Vazgeçme", **Terazi**, Yıl: Ağustos 2010, Sayı: 13.
- EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, Cilt: I, 10. Basım, Ankara, 1973.
- ERRA, Carlo, "Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme", (çev. S. Eрман), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1944, Cilt: 10, Sayı: 1-2, (s. 679-720).
- ERSOY, Yüksel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İmaj, Ankara, 2002.
- FITZGERALD, P. J., **Criminal Law and Punishment**, Oxford, 1962.
- FLETCHER, George P., **Rethinking Criminal Law**, Oxford, 2000.
- GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin, Ankara, 2007.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, (s. 337-369).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 2. Basım, Us-A, Ankara, 2010.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Basım, Adalet, Ankara, 2011.
- HALL, Daniel E., **Criminal Law and Procedure**, 5. Basım, Delmar, 2009.
- İÇEL, Kayıhan/EVİK, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Basım, Beta, Cilt: II, 2007.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, (çev. F. Yenisey), Beta, İstanbul, 2007.
- KOYUNCU, Ali, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 2. Basım, Adalet, 2006.
- LAFAVE, Wayne R., **Criminal Law**, 4. Basım, Thomson West, 2003.
- LIPPMAN, Matthew, **Contemporary Criminal Law**, 2. Basım, Sage, 2010.
- MALKOÇ, İsmail, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, 3. Basım, Malkoç Kitabevi, Cilt: I, 2008.
- MANTOVANI, Ferrando, **Diritto Penale Parte Generale**, Cedam, 2007.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Basım, Beta, Cilt: II-III, İstanbul, 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi**, 3. Basım, Seçkin, Ankara, 2006.
- ÖZEN, Muharrem, «TCK'nda Taksir», **Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul, 2010, (s. 111-145).
- ÖZEN, Mustafa, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 70, (s. 239-253).
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Basım, Seçkin, Ankara, 2008.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10. Basım, Seçkin, Ankara, 2008.
- PERKINS, Rollin M., **Criminal Law and Procedure**, 2. Basım, Brooklyn, 1959.
- ROBBERS, Gerhard, **An Introduction to German Law**, 4. Basım, Nomos, 2006.
- ROBINSON, Paul H./DUBBER, Markus Dirk, **An Introduction to the Model Penal Code**, <http://www.>

[law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf](http://law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf).  
(erişim tarihi 10.11.2012)

- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Basım, Yetkin, Ankara, 2005.
- SÖZÜER, Adem, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı, İstanbul, 1994.
- TOROSLU, Haluk, "Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme", **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt: 2, Yetkin, Ankara, 2009, (s. 1173-1210).
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş, Ankara, 2006.
- TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", **Türk Ceza Kanunu Reformu**, İkinci Kitap, 2004.
- TOZMAN, Önder, "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2009, Sayı: 84, (s. 160-187).
- TOZMAN, Önder, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2009, Sayı: 82, (s. 1-34).
- TOZMAN, Önder, "Suçta Teşebbüs", **Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul, 2010, (s. 177-202).
- TOZMAN, Önder, "Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: III, Sayı: 1.
- TOZMAN, Önder, "Türk ve Alman Hukukunda Olası Kartla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: Nisan 2010, Sayı: 12.
- TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer**, Seçkin, Ankara, 2003.
- WILLIAMS, Glanville, **Criminal Law**, 2. Basım, Gaunt, 1998.
- YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu**, Beta, İstanbul, 2009.
- YURTCAN, Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, E-kitap, 2011.
- YURTCAN, Erdener, **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, Kazancı, 2004.
- <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2205>. (erişim tarihi 10.11.2012)



# Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması

Hakemli Makale

**Oytun CANYAŞ**

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. (Assistant Professor, TOBB University of Economics and Technology, Faculty of Law) ocanyas@etu.edu.tr

## ÖZET

Hukuk teorisinde norm çatışması, yoğun olarak incelenmiş bir konudur. Bu çerçevede KELSEN, ROSS, RAZ, DWORKIN, MUNZER, ELHAG/BREUKER/BROUWER ve PECZENIK gibi yazarlar, norm çatışmalarının saptanması ve sınıflandırılması konusunda çeşitli görüşler ileri sürmüşlerdir. Söz konusu görüşler, çatışma sorununu ya muğlak sınıflandırmalarla incelemekte ya da deontik mantık gibi spesifik bir mantık türüne indirgemektedir. Bu nedenle, vergi yargılaması normları arasındaki çatışmaların analizinde bu yaklaşımlardan herhangi biri tercih edilmemiştir. Bunun yerine norm çatışmasının saptanması için ölçüt önerilmiş ve bu ölçütten hareketle de yeni bir sınıflandırma yapılmıştır. Bu bağlamda norm çatışması, bir normun uygulanmasının diğer bir normu ihlal etmesi olarak tanımlanmış ve uygulanan iki bağımsız normun davranış koşullarının aynı olup olmasını esas alan bir sınıflandırma ortaya konmuştur. Davranış koşulları aynı olan iki norm arasındaki çatışma mantiki çatışmadır. Mantiki çatışmalar da hukuki sonuç unsuru ile diğer koşullar arasındaki farklılıklardan hareketle tam ve kısmi norm çatışmaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Davranış koşulları farklı iki norm arasındaki çatışma ise "gerçek çatışma"dır.

Vergi yargılaması normları, İdari Yargılama Usul Kanunu, Vergi Usul Kanunu ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun gibi pek çok yasada yer almaktadır. Çalışmada, vergi yargılaması normları arasındaki çatışmalar, "kısmi norm çatışması" olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda anılan normlar arasındaki çatışmaların büyük kısmı, İYUK m.2/1-a'da öngörülen bağımsız normun "diğer koşulları" arasındaki uyumsuzluklardan kaynaklanmaktadır. Vergi yargılaması normları arasında gerçek çatışma haline ise rastlanılmamıştır.

### Anahtar Kelimeler

Norm Çatışması, kısmi norm çatışması, tam norm çatışması, vergi yargılaması normu, deontik mantık

## ABSTRACT

### NORM CONFLICTS IN PROCEDURAL TAX LAW

Norm conflicts in legal theory is a subject which has been intensively studied. In this regard, authors like KELSEN, ROSS, RAZ, DWORKIN, MUNZER, ELHAG/BREUKER/BROUWER and PECZENIK have asserted different ideas on determination and classification of norm conflicts. The aforementioned ideas scrutinize the conflict problem by abstract classifications or abbreviate it to a specific logic like the deontic logic. Therefore, none of these approaches has been preferred in analyzing the conflict between the tax norms. Instead of this, a new criterion has been suggested for the determination of norm conflict and a new classification has been made pursuant to this new criterion.

In this regard, norm conflict has been described as to mean where the application of a norm violates another norm and a classification which is based on the similarities between the circumstances of two independent applicable rules has been revealed. A conflict between the two norms of which behavioral circumstances are the same is a logical conflict. Logical conflicts are separated into two as total and partial norm conflicts basing upon the differences between the legal consequence element and the other circumstances. A conflict between the two norms which have different behavioral circumstances is a "real conflict".

Procedural tax norms take part in many codes like the Administrative Procedural Law and Procedural Administrative Tax Law and the Law on the Collection Procedure of Public Claims. In this study, the conflicts between the procedural tax norms have been qualified as "partial norm conflicts". In this regard, many of the conflicts between the aforementioned norms have its source from the incompatibilities between the "other circumstances" of the independent norm in art. 2/1-a of Administrative Procedural Law. A real conflict between the procedural tax norms has not been encountered.

### Key Words

Norm conflicts, partial norm conflicts, total norm conflicts, procedural tax norms, deontic logic

## GİRİŞ

Hukuk sistemleri hukuk normlarından oluşur<sup>1</sup>. Hukuk normları<sup>2</sup>, olması gerekene yönelik davranış kalıplarını içeren irade görünümüdür<sup>3</sup>. Söz konusu normları işlev, yapı ve konu itibarıyla pek çok ayrıma tabi tutmak mümkündür<sup>4</sup>. Konu itibarıyla yapılan bir sınıflandırmada vergi hukuku normları; vergi usul, vergi yargılaması ve vergi ceza normu gibi alt gruplara ayrılabilir<sup>5</sup>. Çalışmada irdelenecek vergi yargılaması normlarının konusu<sup>6</sup>, vergi uyumsuzluklarının yargısal çözümüne katılan süljelerin tabi olduğu davranış kalıplarıdır. Vergi uyumsuzlukları vergi yasalarındaki bireysel ve düzenleyici idari işlemlerden kaynaklandığından, vergi yargılaması normları da bu işlemlerin yargısal denetimiyle sınırlıdır<sup>7</sup>. Zira vergi uyumsuzlukları, vergi yasalarının uygulanmasından doğar. Bir yasanın uygulanması ise hiyerarşik olarak daha

alt düzeyde yeni bir norm yaratmaktadır<sup>8</sup>. İdare ve vergi hukuku kapsamında yer alan yasaların uygulanması, idari işlem tesisi yoluyla olmaktadır. Bu durumda vergi yasalarının uygulanması da<sup>9</sup> vergilendirme işlemleri (bireysel idari işlemler) ve düzenleyici işlemler aracılığıyla sağlanır<sup>10</sup>. Dolayısıyla, vergi hukukunun Anayasa yargısı boyutu için gündeme gelebilecek Anayasa yargısı normları, vergi sorumluluğundaki rücu mekanizması gibi çok sınırlı bir alanda uygulama bulabilecek hukuk muhakemesi normları<sup>11</sup> ve son olarak vergi suçlarının muhakeme sürecinde geçerli olabilecek ceza yargısı normları “vergi yargısı normları”nın dışındadır.

Türk Vergi Hukuku'nda vergi yargılaması normları tek bir yasada toplanmamış; aksine birden fazla yasaya dağılmıştır. Vergi yargısı, idari yargı kolunun alt dalı olduğundan<sup>12</sup> vergi yargılaması normları da esas olarak idari yargı mevzuatında yer almaktadır. Bu bağlamda vergi yargısının temel hukuki kaynakları 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare, İdare Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun<sup>13</sup> ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu<sup>14</sup>'dur. Bununla birlikte, özel idari usul kodları olmalarına karşın 213 sayılı Vergi Usul Kanunu<sup>15</sup> ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda da<sup>16</sup> vergi yargılaması

1 HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu**, US-AAAnkara,1996, s.33

2 KELSEN'in norm hiyerarşisi teorisinde hukuk normları salt genel ve soyut kuralları değil; somut ve özel durumları (mahkeme kararları gibi) da kapsar (KELSEN, Hans, **Reine Rechtslehre**, 1934, s. 82-83'den aktaran ARAL, Vecdi, **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2471, İstanbul, 1978, s.49-50). Bu yaklaşım Türk Öğretisi'ndeki ana akımdan farklıdır (Bkz. İŞİKTAÇ, Yasemin, **Hukuk Normunun Mantıksal Analizi Ve Uygulaması**, 2. Basım, Filizkitapevi, İstanbul, 2004, s.113; İŞİKTAÇ, Yasemin, METİN, Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003, s.118-119). Aksi görüş için bkz. ONAR, S.S, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3.Bası, İstanbul, 1966, s.26.

3 HAFIZOĞULLARI, 1996, s.5-8. GÜRİZ ise, normu, belirli bir davranışı yasaklayan veya emreden olması gerekene ilişkin davranış kuralı olarak tanımlamaktadır (GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007,s.303). VISSER ve VAN KRALINGEN ise, hukuk normunu belir bir şeyi (davranışı) emreden, yasaklayan veya bu davranışa izin veren önerme olarak tanımlamaktadır (VISSER, P.R.S./ VAN KRALINGEN, R.W., “Reasoning about definitions in statutes”: J.A.P.J. Breuker, R.V. De Mulder, J.C. Hage (eds.), **Legal knowledge based systems JURIX 91: Model-based legal reasoning**, The Foundation for Legal Knowledge Systems, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1991, s.114).

4 Hukuk normlarıyla ilgili ayrımlar için bkz. HART, H.L.A., **The Concept of Law**, Second Edition, Calendon Law Series, New York, 1997,s. 79 vd.; İŞİKTAÇ, METİN, 2003, s.142 vd.

5 Bu doğrultuda bkz. ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet, ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.6; KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 3. Bası, Yetkin yayınları, Ankara, 2004, s.55-57.

6 Vergi yargılaması normlarından oluşan vergi yargılaması hukuku, şekli vergi hukukunun kapsamı içerisinde yer almaktadır (KUMRULU, Ahmet, **Vergi Yargılaması Hukukunun Kuramsal Temelleri**, Çoğaltma, Ankara, 1989, s.23; Öncel/ Kumrulu/ Çağan, 2003, s.5; KARAKOÇ, Yusuf, **Vergi Yargılaması Hukuku**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s.18.

7 Vergi uyumsuzluklarını daha geniş ele alan görüşler için bkz. KARAKOÇ, 2004, s.480.

8 Kelsen,1934, s. 82-83'den aktaran ARAL, 1978, s.50; ONAR, 1966, C.I, s.261.

9 Normlar hiyerarşisinde yasaların uygulanmasının anlamı için bkz. KELSEN,1934, s. 83'den aktaran ARAL, 1978, s.50.

10 Buna karşılık hakim görüş vergi uyumsuzluklarını salt vergilendirme işlemlerinden doğan uyumsuzluklarla sınırlandırmak yönündedir (Örnek için bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.169; AKSOY, Şerafettin, **Vergi Yargısı Ve Türk Vergi Yargısı Sistemi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.65 vd.). Halbuki düzenleyici işlemler de vergi yasalarının uygulanması anlamına geldiğinden bu tür idari işlemlerden çıkan uyumsuzlukların yargısal çözümünde geçerli olan normlar da vergi yargısı normudur. Söz gelimi, Anayasa m.73/4'e göre vergi yasasındaki yetkiye dayanılarak tesis edilen Bakanlar Kurulu Kararı'ndan doğan uyumsuzluğu çözümlen normlar da vergi yargısı normudur. Zira uyumsuzluk vergi yasasının uygulanmasından doğmaktadır.

11 Buna karşılık, İYUK m.31/2 hükmü gereği HMK'nın bazı hükümleri de vergi yargısı normudur.

12 ÖNCEL/ KUMRULU/ ÇAĞAN, s.186

13 Bundan sonra “BilVMK” olarak ifade edilecektir.

14 Bundan sonra “İYUK” olarak ifade edilecektir.

15 Bundan sonra “VUK” olarak ifade edilecektir.

16 Bundan sonra “AATUHK” olarak ifade edilecektir.



normları yer almaktadır<sup>17</sup>. Öte yandan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda da vergi yargılaması normu bulunmaktadır<sup>18</sup>.

Vergi yargılaması normlarına -temel idari yargı mevzuatı- dışında da rastlanması, norm çatışması sorununu gündeme getirebilmektedir. Bu çalışmanın konusu belirli vergi yargılaması normları arasında ortaya çıkan hangi tür uyumsuzlukların norm çatışması olarak nitelendirilebileceğini saptamaktır. Buna ilaveten çatışmaların kaynağını daha açık ortaya koyabilmek maksadıyla vergi yargısı normları arasındaki çatışmalar belirli bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur.

Bu doğrultuda ilk olarak hukuk teorisinin temel konularından olan norm çatışması incelenmiştir. Norm çatışması kavram ve türlerine ilişkin açıklamalarımız sadece vergi hukuku için değil; tüm hukuk dalları için işlevsel olabilecektir. Norm çatışması kavramı ele alındıktan sonra vergi yargılaması normları arasındaki çatışmalar analiz edilmiştir. Vergi yargılaması normları arasındaki çatışmaların nasıl çözümleneceği sorunu ise bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bir başka söyleyişle çalışmanın amacı hangi koşullarda vergi yargılaması normları arasında çatışma olup olmadığını tespit edecek ölçüde ulaşmaktır. Çatışmanın mevcudiyeti tespit edildikten sonra -hangi normun uygulanacağı sorunu- ise ancak bir başka çalışmanın konusu olabilecektir.

## I. NORM ÇATIŞMASI

### A. GENEL ÇERÇEVE

"Norm çatışması" kavramının hukuk teorisinin karmaşık konularından biri olduğu söylenebilir. Konuya ilişkin öğreti oldukça geniştir. Bu çerçevede öğretide deontik<sup>19</sup> bakımdan hangi normların çatışabileceğinden norm çatışmalarının türlerine değin değişik konularda pek çok yazar farklı görüş belirtmiştir<sup>20</sup>. Hatta KELSEN gibi bazı yazar-

ların konuya ilişkin görüşlerinin zaman içerisinde değiştiğini gözlemlemek dahi mümkündür<sup>21</sup>. Söz konusu tartışmalar çalışma konumuzla ilgili olduğu ölçüde bu bölüm içerisinde sergilenmeye çalışılacaktır.

Bu noktada çok genel bir "norm çatışması" tanımıyla söze başlamak gerekirse; norm çatışmaları, aynı somut olaya uygulanacak iki hukuk norm arasındaki uyumsuzluktur<sup>22</sup>. Daha kapsamlı bir tanım ileride<sup>23</sup> yapılacaktır<sup>24</sup>. Öğretide norm çatışmalarına ilişkin karşılaştığımız temel tartışmaları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Hukuk sistemlerinde "norm çatışması" var olabilir mi?
- Çatışan sadece hukuk kuralları mıdır? Hukuk kuralları dışında hukuk ilkeleri de kendi aralarında veya hukuk kuralları ile çatışabilir mi?
- Norm çatışmaları nasıl saptanır? Normlar arasındaki hangi uyumsuzluklar çatışma olarak nitelendirilebilir?

Hukuk sistemlerinde aynı somut olaya eş zamanlı olarak uygulanması mümkün olmayan, birbirleriyle uyumsuz normlar her zaman vardır. Bununla birlikte bazı yazarlar, hukuk sistemlerinin norm çatışmalarını barındıramayacağını savunmuşlardır<sup>25</sup>. KELSEN'in ilk görüşlerine göre,

**national Law** Vol. 17, 2006, , s.414; ELHAG, Abdullatif A.O/BREUKER, Joost, A.P.J./BROUWER, Bob W., "On the Formal Analysis of Normative Conflicts", in H. Jaapvan den Herik et.al. (eds), *Legal Knowledge Based System, JURIX 1999*, The Twelfth Conference, Nijmegen: GNI, 1999, s.35-36; ROSS, Alf, **Law and Justice**, The Lawbook Exchange Ltd., 1959, s.128 vd.; PECZENIK, Aleksander, **On Law and Reason**, Law and Philosophy Library Volume 8, Springer, 2008, s.340 vd.

21 VRANES'in aktardığına göre, KELSEN ilk dönem çalışmalarında norm çatışmasını mantiki bir çelişki olarak görürken son dönem çalışmalarında görüşünü değiştirmiştir (VRANES, 2006, s.399).

22 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.35-36

23 Bkz. Bölüm I/B-3.

24 KELSEN ise, iki norm arasında çatışmayı, bir normu uygulamanın diğer bir normu ihlal etmesi veya ihmal etme olasılığının bulunması olarak tanımlamaktadır (KELSEN, Hans, "Derogation", H. Klecatsky, R. Marcic, and H. Schambeck (eds), **Die Wiener Rechtstheoretische Schule** (1968), ii, s. 1438'den aktaran VRANES, 2006, s.414).

25 KELSEN, Hans, **Allgemeine Theorie der Normen**, 1979, s.99'dan aktaran KAMMERHOFER, Jörg, **Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective**, Routledge, New York, 2011, s. 141; Bentham, **Introduction To The Principles Of Morals And Legislation**, In J. Bentham, *Fragment On Government With An Introduction To The Principles Of Morals And Legislation*, (V. Harrison Ed. 1960'dan aktaran RAZ, Joseph, "Legal Principles and Limits of Law", **The Yale Law Journal**, V.81, 1971-1972, s.829; DWORKIN, Ronald, M. "The Model of Rules", **University of Chicago Law**

17 Örnek hükümler için bkz. VUK m.377; 6183 sayılı AATUHK m.58

18 Bkz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 27 ve Ek m.1

19 Aşağıda açıklanacağı üzere deontik mantık, ödev, izin, yasak gibi normatif kavramlara dayanan mantık türünü ifade etmektedir (HANSEN, Jorgen, PIGOZZI, Gabriella, VAN DER TORRES, Leendert, "Ten Philosophical Problems in Deontic Logic", **Dagstuhl Seminar Proceedings** 07122 Normative Multi-agent Systems, <http://drops.dagstuhl.de/opus/volltexte/2007/941>, (erişim tarihi: 7/8/2013), s.1).

20 Bu konuda önemli gördüğümüz çalışmalar şu örnekler verilebilir: VRANES, Erich, "The Definition of Norm Conflict in International Law and Legal Theory", **The European Journal of Inter-**

hukuk normları arasında bir mantık ilkesi olan çelişmezlik ilkesi gereği herhangi bir çatışma olması mümkün değildir. Zira böyle bir uyumsuzluk ortaya çıktığında normlardan biri otomatik olarak geçerliliğini kaybedecek; çatışma ortaya çıkar çıkmaz çözümlenmiş olacaktır<sup>26</sup>. DWORKIN ise, hukuk normlarını kurallar ve hukuk ilkeleri olarak ayırdıktan sonra, hukuk ilkeleri arasında çatışma olabileceğini ancak hukuk kurallarının çatışamayacağını ileri sürmektedir. Zira yazar, iki hukuk kurallı arasında çatışma olduğunda bu kurallardan birinin geçerli olacağını diğerinin ise lex superior; lex posterior-lex specialis gibi ilkelere dayalı olarak uygulanmayacağını belirtmektedir<sup>27</sup>. Yazara göre, hukuk ilkeleri ise çatışabilir ve bunlar arasında ağırlığı olan ilkenin geçerli olacağı çıkarımı yapılabilir<sup>28</sup>. Hukuk kuralları arasında çatışma olduğunda ise hukuk ilkelerinde olduğu gibi bunlardan birinin diğerinden daha önemli olduğu, bu nedenle de önemli/ağırlığı fazla olan kuralın geçerli olacağı söylenemez<sup>29</sup>.

Görüldüğü üzere KELSEN ve DWORKIN'in görüşü, norm çatışmalarının varlığını reddetmekten ziyade çatışma olduğunda iki normdan birinin geçerli olacağı ve bu yolla hukuk sistemindeki tutarsızlığın giderileceği düşüncesine dayanmaktadır. Bizim de katıldığımız aksi düşünceye göre, iki norm arasında çatışma ortaya çıktığında çatışan normlardan biri kendiliğinden hukuk sisteminden silinmez. Her iki norm da aynı düzeyde geçerli olmaya devam eder. Bu durumda somut olaya çatışan normlardan birinin tercih edilerek uygulanması çatışmayı ortadan kaldıracaktır. Böyle bir tercihte bulunabilmek için lex posterior, lex specialis, ölçme ve dengeleme (weighing and balancing) gibi belirli yöntemler kullanılmaktadır. Bu yöntemler yapılan tercihi haklılaştırma fonksiyonu üstlenecektir.

Öğretide tartışılan konulardan bir diğeri norm çatışmalarının sadece hukuk kurallarına özgü olup olmadığıdır. Esasen bu tartışma hukuk sisteminin

kapsamına ilişkindir. Eğer hukuk sisteminin salt kurallardan oluştuğu kabul edilirse norm kavramının kapsamı daraltılmış olacak ve bu daralmanın sonucu olarak norm çatışmasıyla kastedilen salt kural çatışmaları olacaktır. Buna karşılık, hukuk sistemlerinin kuralların yanı sıra ilkeleri de kapsadığı görüşü savunulursa, ilkeler arasında çatışma olabileceği sonucuna varılabilecektir. Daha önce de belirtildiği üzere, DWORKIN, "The Model of Rules" isimli çalışmasında hukuk normlarının ilkelerden ve kurallardan oluştuğunu ileri sürmüş ve asıl çatışan normların ilkeler olduğunu ifade etmiştir<sup>30</sup>. Yazara göre ilkeler geçmişte yürürlükte olan anayasa, yasa, yargı kararları gibi normlarda yer alan ahlaki önermelerdir. Hukuk kuralları ile ilkeler arasındaki temel fark, kuralların uyumsuzluğa uygulanmaları durumunda, o uyumsuzluğun bütünüyle kurala göre çözümlenmesidir. Oysa ilkeler,<sup>31</sup> kurallara nazaran daha geniş, muğlak ve genel normlar olup, bunların somut olayı sonuçlandırıcı bir karakteri bulunmamaktadır. Dolayısıyla uyumsuzluğun bütünü o ilkeye göre çözümlenmesi mümkün değildir<sup>32</sup>. Diğer taraftan ilkeler, belirli bir amacı, değeri gerçekleştirme hedeflediklerinden kendilerinin somut örnekleri olan kuralları açıklamanın ötesinde onları haklılaştırma işlevi de görürler<sup>33</sup>.

Çalışma konumuz bakımından önemli olan ilkelerin hukukun kapsamı içerisinde yer almasına bağlanan sonuçlardır<sup>34</sup>. Hukuk sistemine ilkeler de dahil edildiğinden, bunlar arasında veya bunlar ile kurallar arasında çatışmaların varlığını kabul etmek de kaçınılmaz olacaktır. Nitekim hukuk teorisinde pek çok yazar hukuk ilkeleri arasında çatışmaların var olabileceğini kabul etmekte ve hatta bu çatışmaların çözümü için öneriler getirmektedir<sup>35</sup>. Bize göre de hukuk ilkeleri hukuk sisteminin kapsamı içerisindedir. Dolayısıyla bu ilkeler var

30 DWORKIN, 1967-1968, s.27. DWORKIN'in görüşlerinin eleştirisi için bkz. HART, 1997, s.259-263.

31 "Hiç kimse başkasının hatası nedeniyle menfaat sağlamamalıdır/ one shouldn't be able to profit from one's own wrong" ilkelere örnek olarak verilebilir (BIX, Brian, **Jurisprudence**, Fifth Edition, Carolina Academic Press, North Carolina, 2009, s.91).

32 BIX, 2009, s.91.

33 HART, 1997, s.260.

34 Kural-ilke tartışmaları için bkz. DWORKIN, 1967-1968, s.27 vd.; HART, 1997, s.259 vd.; RAZ, 1971-1972, s.830; BIX, 2009, s.91-93

35 PECZENIK, 2008, s.341; ZORRILLA, David Martinez, "The Structure Of Conflicts Of Fundamental Legal Rights", **Law and Philosophy** (2011) 30, s.729; DWORKIN, 1967-1968, s.29

**Review**, V.35, 1967-1968, s.27; MUNZER, Stephen, "Validity and Legal Conflicts", **The Yale Law Journal**, Vol.82, No.6, May 1973, s.1141. Norm çatışmalarının olamayacağı görüşü Kelsen'in ilk dönem görüşlerini yansıtmaktadır.

26 KELSEN, Hans, **Reine Rechtslehre** (2nd ed. 1960)1960, s.209-210'dan aktaran KAMMERHOFER, 2011, s.144.

27 DWORKIN, 1967-1968, s.27; RAZ, 1971-1972, s.830.

28 DWORKIN, 1967-1968, s.27; MUNZER, 1973, s.1156-1157

29 DWORKIN, 1967-1968, s.27; MUNZER, 1973, s.1156-1157

olduklarına göre bunlar arasında uyumsuzluk, çelişme de mümkün olabilecektir. Bu tür bir çatışmayı çalışma konumuzla bağlantılı iki ilke üzerinden örneklendirebiliriz. Bilindiği üzere genel normun sonraki norm olması durumunda *lex posterior* ilkesi sonraki normun uygulanmasını; *lex specialis* ilkesi ise özel normun (önceki tarihli) uygulanmasını öngörmektedir. Dolayısıyla sonraki norm genel norm olduğunda, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinin birlikte uygulanması tutarsız sonuç vermektedir<sup>36</sup>. Çalışma konumuzu oluşturan vergi yargılaması normları "kural" olduklarından ilke çatışmaları kapsam dışında bırakılmıştır.

Hukuk normlar arasındaki çatışmalar daha çok kural çatışmaları olarak irdelenmiştir<sup>37</sup>. Öğretide bu tür çatışmaların anlamına, saptanmasına ve türlerine ilişkin pek çok görüş bulunmaktadır<sup>38</sup>. Çalışma konumuz bakımından son derece önemli olan bu görüşler aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

## B. NORM ÇATIŞMALARININ TÜRLERİ

Hukuk normlar arasındaki çatışmalar mantıksal çatışmalar ve gerçek çatışmalar<sup>39</sup> olmak üzere iki farklı yaklaşım çerçevesinde ele alınabilir<sup>40</sup>. Aşa-

ğıda her iki yaklaşım sırasıyla açıklanmıştır.

### MANTIKSAL ÇATIŞMALAR

Mantıksal çatışmalar, norm çatışması kavramının ana eksenini oluşturmaktadır. İki hukuk normu arasındaki mantıksal çatışma, hukuk normlarının yapısal olarak mantık önermeleri olmasına dayanmaktadır. Bu çerçevede mantıksal çatışmalar iki çelişik önermenin aynı anda geçerli olamamasına dayanmaktadır<sup>41</sup>. Dolayısıyla mantıksal çatışmaların temellerini çelişmezlik ilkesinden ve üçüncü halin imkânsızlığı ilkesinden aldığı söylenebilir<sup>42</sup>.

Hukuk teorisinde normlar arasındaki mantiki uyumsuzluklar genellikle deontik mantık sorunu olarak ele alınmıştır<sup>43</sup>. Deontik mantığı esas alan görüş, hukuk normlarını emredici, yasaklayıcı, izin verici gibi deontik modalitelere<sup>44</sup> ayırmakta ve bunlar arasındaki uyumsuzluklardan hareketle

suzluğa dayalı olarak çatışmasında; normlar eşanlı olarak mantiki ve amprik açıdan uygulanmakla birlikte, bu uygulama hukuki ve ahlaki bakımdan reddedilmesi gereken sonuçlar doğurmaktadır. Diğer taraftan her iki norm tek başına uygulandığında bu tür olumsuz etkiler doğmamaktadır. PECZENIK, değerlendirici çatışmalara çifte mali yükümlülük halini örnek olarak vermektedir. Yazara göre, bir kimseye av hayvanlarını vurma karşılığı yüklenen iki farklı resmi düzenleyen normlar mantiken uyumsuz olmayacaktır. Ancak bir kimsenin aynı mali yükümü doğuran olay için iki farklı yükümlülükler ödevli kılınması ahlaka aykırıdır (PECZENIK, 2008, s.340-341). Bizim görüşümüze göre yazarın verdiği örneklerin her ikisi de aynı zamanda mantiki uyumsuzluğu da düzenlemektedir. Öte yandan iki normun ahlaken çatışması, ahlak-hukuk kuralları ayırımının gereği olarak hukuk normları arasındaki çatışmaların dışındadır. Açıklanan nedenlerle değerlendirici uyumsuzluklar birer norm çatışması olarak çalışmamızın kapsamına alınmamıştır.

41 İŞIKTAÇ/ METİN, 2003, s.259

42 İŞIKTAÇ/ METİN, 2003, s.259. Ancak bu çalışmada mantiki uyumsuzlukların iki normdan birini geçersiz kıldığı düşüncesi savunulmamaktadır. Norm çatışmalarını mantiki uyumsuzluk olarak ele almak ile bunlar arasındaki uyumsuzluğun mutlak olarak mantik kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğini ileri sürmek birbirinden farklıdır. VRANES'in de belirttiği üzere, hukuk normları doğruluk değeri alamayacağından bu yolla norm çatışmaları çözülemez (VRANES, 2006, s.413). Dolayısıyla birbiriyle mantiken uyumsuz iki normdan birinin mantik yoluyla geçersiz kılınması mümkün gözükmemektedir. Hukuk sisteminde birbiriyle çelişen iki hukuk normu bulunabilir. Ancak sonuçta hukuk normları yapısal olarak mantik önermeleridir. Doğru ve yanlış değeri almasalar da iki norm arasındaki uyumsuzluk bu yolla sergilenebilir. Bu çalışmadaki önerilen sınıflandırma da çözüm yerine kavramın belirlenmesinde hukuk normunun mantıksal analizine dayanmaktadır.

43 PECZENIK, 2008, s.340 ; HART, 1997, s.27 vd.; MUNZER, 1973, s.114; VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.114-115; ELHAG/BREUKER/ BROUWER, 1999, s.39

44 Deontik hukuk normları hakkında kapsamlı bilgi için bkz. MOORE, Ronald, "The Deontic Status of Legal Norms", *Ethics*, Vol. 83, No. 2 (Jan., 1973), pp. 151-158.

36 Sonraki normun genel norm olması durumundaki çatışmaların çözümü için bkz. ROSS, 1959, s. 132; PECZENIK, 2008, s. 342 vd. ; SÖZER, Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim*, Beta Yayınları, İzmir, 2008, s.51, İŞIKTAÇ/ METİN, 2003, s.261.

37 Bundan sonra aksi belirtilmedikçe hukuk normu ile hukuk kuralı eş anlamlı olarak kullanılacaktır.

38 Bkz. ROSS, 1959, s.128 vd. ; PECZENIK, 2008, s.340 ; HART, 1997, s.27 vd.; MUNZER, 1973, s.114; VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.114-115; VRANES, 2006, s.409

39 Bu bölümde yer alan "gerçek çatışmalar" ile öğretilerde GÖZLER'in ifade ettiği "gerçek çatışmalar" birbirine karıştırılmamalıdır (GÖZLER'in tanımı için bkz. GÖZLER, 2012, s.350). Aşağıda ROSS'un sınıflandırması bölümünde ele alınacağı üzere, GÖZLER'in gerçek çatışma olarak ifade ettiği çatışmalar da birer mantiki çatışmadır. Burada bahsedilen "gerçek çatışmalar" ise İŞIKTAÇ-METİN'in sınıflandırmasında yer alan ve "gerçek karşıtlık" olarak ifade edilen durumlardır. (Gerçek karşıtlık için bkz. İŞIKTAÇ/METİN, 2003, s.259)

40 PECZENIK, 2008, s.340. PECZENIK, mantiki uyumsuzlukların yanı sıra, amprik ve değerlendirici-değer yargısı içeren uyumsuzluklardan bahsetmektedir. İki normun amprik uyumsuzluğu söz konusu olduğunda da iki norm mantiken uyumsuzdur; ancak iki normun eşanlı uygulanamaması başka bir nedenden kaynaklanmaktadır. Söz gelimi bir norm, A kişinin işgünlerinde 04:00'den 16:00'ya kadar çalışmasını zorunlu kılarken diğer bir norm 16:00'dan 03:00'e kadar çalışmasını zorunlu kılmaktaysa her iki norm amprik olarak da uyumsuzdur. Zira hiç kimse gerçek yaşamda 23 saat çalışamaz (PECZENIK, 2008, s.340). Bize göre, bu tür uyumsuzluklar da mantiki uyumsuzlukların türüdür.

İki normun değerlendirici/değer yargısal (evaluatively) uyum-

norm çatışmalarını saptamaktadır. Öğretiye son dönemde hâkim olan görüşlerin büyük ölçüde deontik mantığa dayandığı söylenebilir<sup>45</sup>. Daha eski olan görüşün ise<sup>46</sup> norm çatışmalarını -açıkça ifade edilmemekle birlikte- klasik mantık çerçevesinde ele aldığı belirtilebilir. “Diğer yaklaşımlar” başlığı altında yer verdiğimiz bu görüşlerin kapsamına ünlü hukukçular ROSS ve KELSEN’in tanım ve sınıflandırmaları ile öğretide “ortak uyum testi” olarak adlandırılan görüş girmektedir<sup>47</sup>.

Her iki yaklaşımın norm çatışmalarını kavrama-anlamlandırma biçimleri farklı olmakla birlikte, vardıkları sonuçlar benzerdir. İki yaklaşım arasındaki farklılık norm çatışmalarının çözümlenmesi için önerdikleri yöntemlerde ortaya çıkmaktadır. Deontik mantığa dayalı yaklaşım, çatışmaların çözümü için klasik çözüm yöntemleri (lex posterior-lex specialis ve lex superior) dışında yöntemler önermektedir<sup>48</sup>. Buna karşılık, diğer yaklaşımların soruna klasik yöntemlerle çözüm bulmaya çalıştığı ifade edilebilir<sup>49</sup>.

### Deontik Mantığa Göre Norm Çatışmaları

Deontik mantık, ödev, izin, yasak gibi normatif kavramlara dayanan mantık türüdür<sup>50</sup>. Deontik mantığa dayanan sınıflandırmalarda bu ayırım esas alınmakta ve hukuk normları emredici, yasaklayıcı, izin verici normlar olmak üzere üçe

ayrılmaktadır<sup>51</sup>. Bu normlara “yetki verici normları” da eklemek mümkündür<sup>52</sup>.

Emredici hukuk normları, bir kimseye hukuki ödev yükleyen normlardır<sup>53</sup>. Bu ödev belirli bir davranışı yapma biçimindedir<sup>54</sup>. “Yasaklayıcı normlar” ise, belirli bir davranışın yapılmasını yaptırıma bağlar. Dolayısıyla belirli bir davranışın yapılmamasını öngören normlardır. “İzin verici normlar” ise, norm öznesine belirli bir davranışı yapma veya yapmama izni verir<sup>55</sup>. “Yasaklanmamış her şeye izin verilmiştir” gibi öncüllerden hareket edilecek olursa, hukuk sistemlerinde “izin verici norm”ların ayrıca bir işlevi olmaz<sup>56</sup>. Ancak normlar hiyerarşisinde izin verici normlar ile emredici normların çatışma olasılığı bulunması “izin verici norm” adı altında ayrı bir kategori yaratmayı haklı kılmaktadır<sup>57</sup>.

İki hukuk normunun deontik mantık bakımından uyumsuzluğu, norm öznesinin iki normu eşzamanlı/simultane olarak uygulayamaması halidir<sup>58</sup>. LINDAHL bu durumu “gerçekleştirilemezlik testi”

45 PECZENIK, 2008, s.340 ; HART, 1997, s.27 vd.; MUNZER, 1973, s.114; VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.114-115; ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.39

46 Bu durum, hukuk normlarını deontik mantık bakımından ele alan yaklaşımın göreceli olarak yeni olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk normlarını deontik mantık bakımından ele alan ilk çalışma G.H. von Wright’ın 1951 tarihli “Deontic Logic” isimli çalışması olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla norm çatışmalarını deontik mantık bakımından ele alan çalışmalar bu tarihten sonraya işaret etmektedir. Bizim rastladığımız en eski çalışma MUNZER’in 1973 tarihli “Validity and Legal Conflicts” isimli makalesidir (Bkz. MUNZER, 1973.). Deontik mantığın hukuki muhakeme yöntemi olarak kullanılmasının kısa tarihçesi için ayrıca bkz. STELMACH, Jerzy, BROZEK, Bartosz, “Methods of Legal Reasoning”, Springer, Dordrecht, 2006, s.31. Norm çatışmalarını deontik mantık dışında gören çalışmalar ise daha eski olup norm çatışmalarına klasik mantık çatışmaları olarak yaklaştıkları söylenebilir.

47 Bkz. ROSS, 1959, s.128 vd.; VRANES, 2006, s.413; ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.37 vd.

48 Bu yöntemler için bkz.

49 Söz gelimi bkz. ROSS, 1959, s.131 vd.

50 HANSEN, 2007, s.1. Deontik mantık-hukuk normları ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. STELMACH/BROZEK, 2006, s.29 vd.

51 HART ve MUNZER normları sadece “ödev yükleyen norm” ve “yetki verici norm” olarak ayırmışlardır (HART, 1997, s.27 vd.; MUNZER, 1973, s.114). VISSER ve VAN KRALINGEN ise, ödev yükleyen, izin verici, yasaklayıcı ve yargılama (norms of adjudication) olarak dörde ayırmaktadır (VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.114-115). ELHAG ve Diğerleri ise, emredici, yasaklayıcı ve izin verici normlardan bahsetmektedir (Elhag, Breuker, Brouwer, 1999, s.36). VRANES ise emredici, izin verici ve yetki verici normlara ilaveten yasaklayıcı normlardan da bahsetmektedir. Bu ayırım çatışmaları daha açık sergileyebileceği düşünüldüğünden tercih edilmiştir (VRANES, 2006, s.409). Diğer bir sınıflandırma için bkz. IŞIKTAÇ/METİN, 2003, s.148 vd. Diğer taraftan emredici normlar ve yasaklayıcı normların, ödev yükleyen normların alt türleri olduğu söylenebilir (VRANES, 2006, s.404).

52 HART’ın işaret ettiği “yetki verici normlar” (power-conferring rules) ise, kişilere amaçlarına ulaşmalarını sağlayacak yetkiler veren normlardır. Dolayısıyla “yetki verici normlar”, emredici ve yasaklayıcı normlar gibi normun öznesine herhangi bir ödev yüklemeler. Bunun yerine, hukukun cebri çerçevesi içerisinde ödev ve hak yaratma mekanizmaları oluştururlar (HART, 1997, s.27). Yetki verici iki norm arasında doğabilecek çatışmalar -vergi yargılaması hukukunda çıkma olasılığı bulunmadığından- incelenmeyecektir. VISSER ve VAN KRALINGEN, yetki verici norma örnek olarak, Hollanda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bir kimseyi işveren statüsüne sokma yetkisi veren normu göstermektedir (VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.114). Yetki verici normlar arasındaki çatışmalar için bkz. VRANES, 2006, s.399.

53 MUNZER, 1973, s.1141

54 HART, 1997, s.27; VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.114

55 MUNZER, 1973, s.1141

56 VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.114

57 VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.114

58 PECZENIK, 2008, s.340; ZORILLA, 2011, s.732.

ile ifade etmektedir<sup>59</sup>. Diğer bir anlatımla bu durumda normlardan birinin uygulanması diğerinin ihlali sonucunu doğurur. Hukuk normları arasındaki deontik mantık çatışmaları, yukarıda açıklanan emredici, yasaklayıcı, izin verici normlar arasında vuku bulur. Bu bağlamda emredici iki norm arasında; bir emredici norm ile yasaklayıcı norm arasında; bir emredici veya yasaklayıcı norm ile izin verici norm arasında ya da iki izin verici norm arasında çatışma çıkabilir<sup>60</sup>. Şimdi sırasıyla bu çatışma hallerini açıklayalım:

Emredici iki normun çatışması mantıki uyumsuzluklara dayalı çatışmaların ilkinin oluşturur. Ancak öğretilerde norm çatışmaları bu tür normların çatışmasından ziyade emredici-yasaklayıcı normlar ile emredici/yasaklayıcı-izin verici veya izin verici-izin verici normlar bakımından irdelenmiştir. Gerçekten de öğretilerde VRANES dışında emredici iki normun çatışabileceğine işaret eden bir yazara rastlanmamıştır<sup>61</sup>. Adı geçen yazara göre, bir kural bir kimseyi 100 birim ödemekle yükümlü kılmışken diğer bir kural aynı kimseyi aynı şartlar altında 200 birim ödemekle ödevli kılsa iki emredici normun çatışması söz konusu olabilecektir<sup>62</sup>. Zira, ikinci norma uymak birincisini ihlal etmek anlamına gelecektir. Buna karşılık, birinci norm uygulandığında ikinci norm ihlal edilmiş olmaya çağından çatışma ortaya çıkmayacaktır<sup>63</sup>.

Bir emredici norm ile yasaklayıcı norm arasındaki uyumsuzlukların çatışma olduğu noktasında öğreti görüş birliği içindedir<sup>64</sup>. Hatta denilebilir ki norm çatışmasıyla ilk anlaşılan, bir emredici norm ile yasaklayıcı norm arasındaki uyumsuzluktur. Bu olasılıkta bir norm belirli bir davranışı düzenlerken (emredici norm) diğeri aynı davranışı yasaklamaktadır (yasaklayıcı norm)<sup>65</sup>. Normların öznesi

bağımsız olarak iki normdan birini uygulayabilir; ancak bu normlardan herhangi birini uygulaması diğer normun ihlali sonucunu doğuracaktır<sup>66</sup>. Diğer bir ifadeyle norm öznesinin her iki norma eş anlamlı uyumu olanaklı değildir<sup>67</sup>. Örneğin, bir norm doktorlara yolda buldukları yaralı kimsele tıbbi yardım ödevi yüklerken; diğer bir norm bu davranışı yasaklayabilir. Bu durumda iki ödev yükleyen norm arasında çatışma bulunmaktadır<sup>68</sup>. Başka bir örnek trafik kurallarından hareketle oluşturulabilir<sup>69</sup>:

N<sub>1</sub>: "Sollamak yasaktır". (yasaklayıcı norm)

N<sub>2</sub>: "Sollamak zorunludur". (emredici norm)

Görüldüğü üzere, normun öznesi bu normlardan birini uyguladığında diğerini ihlal etmektedir. Kişi ilk normu uygularsa (sollamazsa), ikinci normu ("sollamak zorunludur" kuralını) ihlal etmiş olacaktır. Buna karşılık, ikinci normu uygularsa da (sollar ise), sollamayı yasaklayan birinci kuralı ihlal etmiş olacaktır. Öğretilerde bu tür mantıki uyumsuzluklar "zıt çatışma" (contrary conflict) olarak adlandırılmaktadır<sup>70</sup>.

Mantıki uyumsuzluklara dayalı norm çatışmaları bir emredici veya yasaklayıcı norm ile izin verici norm arasında da çıkabilir<sup>71</sup>. Çelişkili çatışma (contradictory conflict)<sup>72</sup> olarak ifade edilen bu olasılıkta, bir norm belirli bir davranışta bulunmayı yasaklarken diğer norm o davranışta bulunmaya izin vermektedir. Bu durumda bir kimse izin verici normda yer alan davranışı sergilerse, emredici veya yasaklayıcı normda yer alan davranışı ihlal etmiş olacağından ortaya norm çatışması

66 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.39; ZORILLA, 2011, s.733

67 ZORILLA, 2011, s.733

68 MUNZER, 1973, s.1142

69 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.44.

70 VRANES, 2006, s.409; PECZENIK, 2008, s.340. LINDAHL, bu tür çatışmaları "Uyum Çatışmaları (Compliance Conflicts)" olarak adlandırmaktadır. Uyum çatışmaları emredici nitelik taşıyan iki deontik operatör arasında çıkmaktadır. Yukarıda verilen bir kuralın sollamayı yasaklarken diğerinin zorunlu kılması LINDAHL'ın terminolojisiyle uyum çatışmasıdır ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.40).

71 VRANES, 2006, s.409; PECZENIK, 2008, s.340, ZORILLA, 2011, s.733, MUNZER, 1973, s.1142. Bu bakımdan öğretilerde norm çatışmalarını salt emredici normlar arasında çıkabileceğini ifade eden tanımlar şiddetle eleştirilmektedir. Bkz. VRANES, 2006, s.409; PECZENIK, 2008, s.340, ZORILLA, 2011, s.733, MUNZER, 1973, s.1142.

72 VRANES, 2006, s.409; PECZENIK, 2008, s.340.

59 (Elhag, Breuker, Brouwer, 1999, s.39)

60 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.36-37; PECZENIK, 2008, s.340; ZORILLA, 2011, s.732; MUNZER, 1973, s.1142; VRANES, 2006, s.398; KAMMERHOFER, 2011, s.144

61 VRANES, 2006, s.398.

62 VRANES, 2006, s.398

63 VRANES, 2006, s.398

64 Bkz. MUNZER, 1973, s.1142; VRANES, 2006, s.398; PECZENIK, 2008, s.340; Kammerhorfer, s.144; ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.42.; VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.114; ZORILLA, 2011, s.733. ELHAG ve diğerleri bir norm öznesinin o normu diğer bir normu ihlal etmeden uygulayamaması halini "gerçek çatışma" olarak adlandırmaktadır. (ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.42).

65 KAMMERHOFER, 2011, s.144; MUNZER, 1973, s.1142

çıkacaktır<sup>73</sup>. Tam tersi durumda da norm çatışması çıkabilecektir<sup>74</sup>. Söz gelimi, bir norm bütün doktorlara yolda yaralı buldukları kimselere yardım da bulunmayı yasaklarken diğer norm doktorların yolda buldukları yaralı kimselere müdahale etmelerine izin verebilir<sup>75</sup>. Böyle bir durumda bir doktor izin verici normdan hareketle, yolda bulunduğu yaralı bir insana yardım ederse yasaklayıcı normu ihlal etmiş olacaktır. Yukarıda sergilenen trafik kurallarından hareketle yasaklayıcı norm-izin verici norm çatışmasına başka bir örnek verilebilir:

N<sub>1</sub>: "Sollamak yasaktır".(yasaklayıcı norm)

N<sub>2</sub>: "Sollama yapılabilir".(izin verici norm)

Görüldüğü üzere, sollama yapılmasına imkân veren norm (izin verici norm) uygulandığında sollama yapmayı yasaklayan norm (yasaklayıcı norm) ihlal edilmiş olacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu olasılıkta herhangi bir norm çatışması çıkmayabilir. Zira, normun öznesi, somut olayda izin verici normdaki davranış koşulunu (sollamak) gerçekleştirilmeyebilir<sup>76</sup>. Bu durumda yasaklayıcı norm ihlal edilmediğinden herhangi bir norm çatışması ortaya çıkmayacaktır. Hatta bu noktadan hareketle bazı yazarların bu tür çatışmaları gerçek norm çatışması olarak nitelendirmedikleri görülmektedir<sup>77</sup>.

Norm çatışmalarının iki izin verici norm arasında da çıkabileceği belirtilmektedir<sup>78</sup>. Bir norm, öznesine belirli bir davranışta bulunma izni verirken; diğer bir norm söz konusu davranışı yapmalarına izin vermiş olabilir<sup>79</sup>. Söz gelimi bir norm, doktorların yolda rastladıkları yaralı kimseleri tedavi etmelerine izin verirken diğer bir norm bu kimseleri tedavi etmemelerine onay vermiş olabilir<sup>80</sup>. Bu durumda iki izin verici normun çatıştığı belirtilmektedir<sup>81</sup>. Buna karşılık, VRANES gibi iki

izin verici norm arasında çatışma olmayacağını savunan görüş de vardır<sup>82</sup>. Yazara göre, belirli bir ödevi yapmaya izin veren bir norm ile belirli bir ödevi yapmamaya onay veren norm karşılaştığında ortada norm çatışması bulunmamaktadır<sup>83</sup>.

### Diğer Yaklaşımlar

Daha önce de belirtildiği üzere hukuk normları arasındaki mantık uyumsuzluklar salt deontik mantıkla açıklanamamaktadır. Bu görüşün yanı sıra hukuk normları arasındaki çatışmaları -açıkça belirtmeseler de- klasik mantık önermeleri arasındaki uyumsuzluk olarak ele alan görüşler de bulunmaktadır. Norm çatışmalarını klasik mantıkla çözümlenmekten ziyade onu kullanarak sergileyen söz konusu görüşler, ROSS<sup>84</sup> ve KELSEN'in<sup>85</sup> görüşleriyle öğretide "ortak uyum teorisi"<sup>86</sup> olarak adlandırılan yaklaşımlardır.

#### aa. Ross'un Sınıflandırması

ROSS, norm çatışmalarını aynı olgusal şartlara bağlanmış iki norm arasında uyumsuz hukuki sonuçlar çıkması hali olarak tanımlamaktadır<sup>87</sup>. Yazar norm çatışmalarını üçe ayırmaktadır: Bütün-Bütün; Bütün-Kısmi ve Kesişim<sup>88</sup>. Çalışmamızda ROSS'un "bütün-bütün" ve "bütün-kısmi" olarak adlandırdığı çatışma türleri sırasıyla "tam norm çatışması" ve "kısmi norm çatışması" olarak ifade edilmiştir.

#### aaa. Tam Norm Çatışması

Bu olasılıkta iki normdan hiçbirisi diğeri ile çatışmaksızın uygulanamaz<sup>89</sup>. Dolayısıyla her iki norm aynı özne, davranış konusu gibi soyut norm unsurlarını barındırmaktadır<sup>90</sup>. Eğer her iki normun olgusal şartları birer daire ile sembolize edilirse, bu

73 MUNZER, 1973, s.1142; ZORILLA, 2011, s.733

74 ZORILLA, 2011, s.733

75 MUNZER, 1973, s.1142

76 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.44

77 Bu görüş için bkz.ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.44. Ancak bu görüş, norm çatışmaları bakımından belirleyici olanın mantık uyumsuzluk bulunması olduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir(ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.44). Ödev yükleyen norm-izin verici norm çatışmasına vergi hukukundan bir örnek için bkz.VRANES, 2006, s.412.

78 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.44

79 MUNZER, 1973, s.1142

80 Ibid.

81 Ibid.

82 VRANES, 2006, s.409

83 Bu konuda bilgi için bkz. VRANES, 2006, s.409

84 Bkz. ROSS, 1959, s.128 vd.

85 KELSEN, 1968, s.1438'den aktaran VRANES, 2006, s.414

86 MUNZER, 1973, s.1142-1143;ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.37

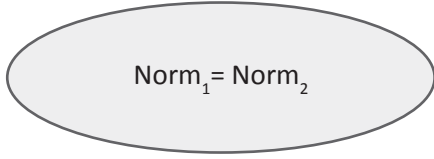
87 Bkz. ROSS, 1959, s.128 vd.

88 ROSS, 1959, s.128 vd. SÖZER de ROSS'un tam çatışma ve kısmi çatışma sınıflandırmasını benimsemiş gözükmektedir. Ancak adı geçen yazar kesişim çatışmalarından bahsetmemektedir. Bkz. SÖZER, 2008, s.56

89 ROSS, 1959, s.128; ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.37

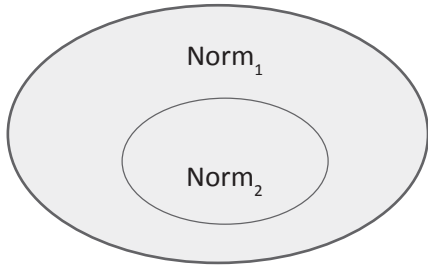
90 Elhag, Breuker, Brouwer, 1999, s.38

olasılıkta her iki daire çakışır<sup>91</sup>. Aşağıda bu durum şematik olarak gösterilmiştir<sup>92</sup>:



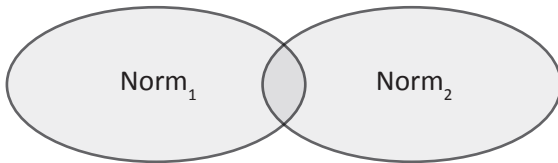
### **aab. Kısmi Norm Çatışması**

ROSS'un genel norm-özel norm çatışması olarak da adlandırdığı bu olasılıkta, iki normdan biri diğer norm ile çatışmaksızın uygulanamazken; diğer normun öteki normla çatışmaksızın uygulanabildiği durumlar mevcuttur<sup>93</sup>. Aşağıda bu tür çatışmalar yine daireler aracılığıyla şematik olarak gösterilmiştir<sup>94</sup>:



### **aac. Kesişim Çatışmaları**

ROSS'a göre, bazı hallerde her iki normun birbiriyle çatıştığı ve çatışmadığı alanlar mevcuttur<sup>95</sup>. Gerçekten de bazı durumlarda iki normun kapsamaları farklı olduğu için eş zamanlı olarak birbirlerini ihlal etmeksizin uygulanmaları mümkündür. Ancak aynı zamanda söz konusu iki normun birbirleriyle çatıştıkları bir alanın bulunması da olasıdır<sup>96</sup>. Bu durum aşağıdaki şekilde şematiğe edilebilir<sup>97</sup>:



91 ROSS, 1959, s.128

92 Elhag, Breuker, Brouwer, 1999, s.38. ELHAG ve diğerlerinin çalışmasında tam çatışma ile kısmi çatışma şekilleri birbiriyle karşılaştırılmıştır. Şemati gösterimin açıklaması için bkz. ROSS, 1959, s.128-129.

93 ROSS, 1959, s.129;ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.38

94 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.38

95 ROSS, 1959, s.129

96 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.38

97 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.39

ROSS'un çalışmasında kesişim çatışmalarına ilişkin daha fazla açıklamakla bulunmamaktadır. Ancak anılan yazarın kesişim çatışmalarında iki normun çatışmayabileceği hallerin de bulunabileceğini belirtmesi, aşağıda açıklanan<sup>98</sup> "gerçek çatışmalar" benzeri bir durumu ifade etmeye çalıştığı izlenimini uyandırmaktadır.

### **bb. Kelsen'in Sınıflandırması**

Daha önce de belirtildiği üzere KELSEN, norm çatışmalarını bir normu uygulamanın diğer bir normu ihlal etmesi veya ihmal etme olasılığının bulunması hali olarak tanımlamaktadır<sup>99</sup>. Yazar bu tanımdan hareketle norm çatışmalarını dörde ayırmıştır: "İki taraflı çatışmalar"- "Tek Taraflı Çatışmalar"; "Tam" ve "Kısmi" Çatışmalar.

"İki taraflı norm çatışması"nda, iki normdan hangisi uygulanırsa uygulansın diğeri ya ihlal edilmekte veya ihlal edilme olasılığı bulunmaktadır<sup>100</sup>. "Tek taraflı norm çatışması"nda ise, iki normdan sadece birinin uygulanması diğerinin ihlali sonucunu doğurmaktadır<sup>101</sup>. "Tam norm çatışması", bir norm bir ödevi emrederken diğeri yasaklıyorsa söz konusu olacaktır<sup>102</sup>. Görüldüğü üzere, bu çatışma hali emredici norm-yasaklayıcı norm çatışmalarını tasvir etmektedir. "Kısmi norm çatışması", bir normun kapsamı diğerinden sadece kısmen farklıysa söz konusu olmaktadır<sup>103</sup>.

KELSEN'e göre çatışmanın iki norm arasında çıkma ihtimalinin bulunması yeterlidir. Bu açıklama özellikle "izin verici norm"lar ile "diğer normlar" arasındaki çatışmalar bakımından önemlidir. Zira izin verici normlar ile diğer normlar arasında uyumsuzluk, normun verdiği izin uygulandığında çıkacaktır. VRANES, KELSEN'in bu görüşlerini şu örnek üzerinden sergilemektedir.

N<sub>1</sub>: "A ülkesinden yapılan mal ithalatına sınırlama getirmek yasaktır".

N<sub>2</sub>: "A ülkesi, çevreyi korumak için gerekli tedbirleri almıyorsa, bu ülkeden yapılan mal ithalatının yasaklanmasına izin verilebilir".

B Devleti, birinci normu uyguladığında ikinci

98 Bkz. I/B-2.

99 KELSEN, 1968, s.1438'den aktaran VRANES, 2006, s.414

100 KELSEN, 1968, s.1438'den aktaran VRANES, 2006, s.414

101 Ibid.

102 Ibid.

103 Ibid s.415. KELSEN'in açıklamaları bu haliyle ROSS'un sınıflandırmasıyla benzerlikler taşımaktadır.

normu ihlal etmiş olmayacaktır. Zira, ithalatı yasaklamadığı sürece kendisine ikinci normla verilen izni kullanmamış olacaktır. Ancak B devleti, ikinci norm ile kendisine verilen yetkiyi kullanır ve A ülkesinden ithalatı yasaklarsa, birinci normu ihlal etmiş olacaktır. Bu nedenle, çatışma “tek taraflı” ve ancak izin uygulandığında çıkacak niteliktedir<sup>104</sup>.

### **Ortak Uyum Testi**

Hukuk teorisinde norm çatışmasını saptamak üzere geliştirilen bir diğer teori de “ortak uyum testi”dir. Anılan teoriye göre norm çatışması, aynı norm öznesinin birinci normu uygulamasının ikinci normu ihlal edip etmemesini esas almaktadır<sup>105</sup>. Eğer birinci normun uygulanması ikinci normun ihlali sonucunu doğuruyorsa (diğer bir deyişle birinci norm uygulandıktan sonra ikinci norm uygulanamıyorsa) iki norm arasında çatışma bulunmaktadır<sup>106</sup>. Dolayısıyla, ortak uyum testinde, iki normun öznesinin eş zamanlı olarak uygulanması mantiken imkânsızdır<sup>107</sup>.

Ortak uyum teorisinin eleştirildiği en önemli nokta söz konusu teorinin izin verici normlar arasındaki çatışmayı açıklamadaki yetersizliğidir<sup>108</sup>. Buna göre ortak uyum teorisi sadece emredici ve/veya yasaklayıcı normlar arasındaki çatışmaları saptamaya uygundur<sup>109</sup>. MUNZER, bu durumu norm çatışmalarının sadece normların soyut olarak çatışması olarak anlaşılamayacağını ileri sürerek eleştirmektedir. Yazara göre, norm çatışmasından bahsedebilmek için hukuk normları soyut olarak çatışmanın yanı sıra somut olayın gerçekleşmesi durumunda da çatışmalıdır<sup>110</sup>. Emredici ve izin

verici normları açıklarken verilen doktor-yaralı örneklerini hatırlayacak olursak, bunların tamamında normlar soyut olarak (bizim deyişimizle mantiken) çatışmaktadır. Ancak bu örneklerden sadece ilk iki örnekte (emredici norm-yasaklayıcı norm çatışmasının aktarıldığı ilk örnek ile emredici/yasaklayıcı norm ile izin verici norm çatışmasının aktarıldığı ikinci örnek) normlar arasında mantiki çatışmanın yanı sıra somut olay bazında da çatışma vardır. Gerçekten de birinci örnekte norm öznesinin ödevlerden birini yerine getirmesi (yolda rastladığı yaralıları tedavi etmesi) kendiliğinden ikinci ödevin (bu durumu yasaklayan normun) ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır. İkinci örnekte ise çatışma, somut bir durumdan norm öznesinin izin veren norma uygun davranışı gerçekleştirerek ödev yükleyen normu ihlal etmesi halinde doğar (Yaralıların tedavi edilmesine izin veren normun uygulanmasından). İki izin verici norm arasındaki çatışmayı irdeleyen üçüncü örnekte ise çatışma somut olay bazında değil mantiki düzeyde gerçekleşmektedir<sup>111</sup>. Böyle bir çatışmayı ortak uyum testi açıklayamamaktadır.

### **GERÇEK ÇATIŞMALAR**

Hukuk normları arasındaki çatışmalar mantiki uyumsuzluklarla sınırlı değildir. Öğretide bir de “gerçek çatışmalar”dan<sup>112</sup> bahsedilmektedir<sup>113</sup>. Gerçek çatışmalarda her iki norm arasında mantiki bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Zira, her iki norm birbirinden farklı konuları düzenlediğinden bunların unsurları da değişiktir. Bununla birlikte, normlardan birinin uygulanması diğer bir normu ihlal edebilmektedir. Gerçek çatışmaları aşağıdaki iki normdan hareketle açıklayabiliriz<sup>114</sup>:

N<sub>1</sub>: “Hayatı tehlikede olan birini kurtarmak zorunludur”.

104 VRANES, 2006, s.415

105 VRANES, 2006, s.413

106 VRANES, 2006, s.413

107 MUNZER, 1973, s.1142-1143

108 Ortak uyum testi bazı durumlarda iki emredici norm arasındaki çatışmayı da açıklayamayabilmektedir. Söz gelimi aynı hukuk sisteminde yer alan birinci normun telif haklarını 40 yıl; ikinci normun ise 50 yıl boyunca koruduğunu varsayalım. Bu durumda ortada bir çatışma vardır; ancak ortak uyum testi bu çatışmayı saptayamayacaktır. Zira, birinci normun uygulanması ikinci normu ihlal etmeyecektir. Diğer bir anlatımla ilk norm uygulandıktan sonra da ikinci norma uyum sağlanabilir. Şöyle ki, birinci normun uygulanması telif hakkının 40 yıl boyunca korunması sonucunu doğurur ancak bu uygulandıktan sonra telif hakkını ilave bir 10 yıl daha korumak mümkündür. Başka bir anlatımla birinci normdan sonra ikinci norm da uygulanabilmektedir. Bu nedenle ortak uyum testi bu örneği çatışma olarak kabul etmeyecektir. Oysa bu örnekte her iki örnek arasında çatışma vardır (VRANES, 2006, s.414).

109 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.37

110 MUNZER, 1973, s.1146

111 MUNZER, 1973, s.1144. İki izin verici norm arasındaki çatışma şu örnekle de açıklanabilir:

“Tüm yolcular hareketten bir saat önce yerlerini alabilir”

“Tüm yolcular hareketten bir saat önce yerlerine oturmadan imtina edebilir.”

Dolayısıyla trenin hareket saati 17:00 ise saat 16:00’da yerini alan bir yolcu ikinci izin verici kuralı da ihlal etmeyecektir. Bu nedenle her iki kural mantiken çatışıyor gözükmekteyse de somut olayda çatışmamaktadır (MUNZER, 1973, s.1146).

112 Daha önce de belirtildiği üzere IŞIKTAÇ-METİN “gerçek karşıtlıklar” terimini kullanmaktadır (Işıktaç, Metin, s.259). Biz bunun yerine “gerçek çatışma”lar terimini tercih ettik.

113 IŞIKTAÇ/METİN, 2003, s.259

114 ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.43; IŞIKTAÇ/METİN, 2003, s.259



N<sub>2</sub>: “Askeri bölgelere girmek yasaktır”.

Bir çocuğun girilmesi yasak olan askeri bölgede göle düştüğünü ve hukuk düzeninin hayati tehlikede olan bir kimseyi kurtarma ödevi yüklediğini varsayalım. Bu durumda bir kimse çocuğu kurtarmak için askeri yasak bölgedeki göle girdiğinde N<sub>2</sub>'yi ihlal etmiş olacaktır<sup>115</sup>. Buna karşılık askeri yasak bölgeyi girilmesini yasaklayan kuralı ihlal etmemek için çocuğu kurtarmadığında da N<sub>1</sub> ihlal etmiş olacaktır.

Görüldüğü üzere gerçek çatışmalarda her iki normun davranış koşulları (“hayati tehlikede olan birini kurtarmak”-“askeri bölgeye girmek”) birbirinden tamamen farklı konuları düzenlemektedir. Oysa aşağıda açıklanacağı üzere mantıki çatışmalarda “davranış koşulları” aynıdır. Bununla birlikte bu tür çatışmalar da norm çatışması kapsamı içerisinde yer alır. Sonuçta hukuk düzeninde yer alan iki norm aynı anda uygulanamamakta ve tutarsızlık oluşmaktadır. Ancak gerçek çatışmaların *lex posterior-lex specialis* gibi klasik yöntemlerle çözümlenmesinin mümkün olmadığını belirtmek gerekir.

### C. ÖNERİLEN SINIFLANDIRMA

Yukarıda ele alınan görüşler, çatışma sorunu ya soyut sınıflandırmalarla incelemekte ya da deontik mantık gibi spesifik bir mantık türüne indirgemektedir. Deontik mantığa dayalı yaklaşımların getirdiği yenilik, norm çatışmalarını mantık kurallarına dayalı olarak çözümlenmektedir<sup>116</sup>. Oldukça karmaşık olan bu yöntem öğretide hukuk normlarının mantık önermeleri gibi doğruluk değeri taşıyamayacağı belirtilerek haklı olarak eleştirilmektedir<sup>117</sup>. Dolayısıyla en azından şimdilik deontik mantığı esas alan yaklaşımlara bir sonuç bağlamak mümkün gözükmemektedir. Diğer yaklaşımlar altında ele alınan görüşler ise çatışma sorunu *lex posterior ve lex specialis* gibi klasik yöntemlerle çözümlenmeye çalışmaktadır. Dolayısıyla bunlar çatışma sorununu mantıksal bir sorun olarak ele almakta; ancak mantık kurallarını çatışmaların çözümlenmesinde kullanmamaktadırlar. Ancak

115 İŞIKTAÇ/METİN, 2003, s.259

116 Örnek çalışma için bkz. ROYAKKERS, Lamber, DIGNUM, Frank, “Defeasible Reasoning with Legal Rules”, in M.A. Brown and J.Carno, editors, *Deontic Logic, Agency and Normative Systems (Workshops in Computing)*, pages 174-193, Springer-Verlag, 1996.

117 VRANES, 2006, s.413.

diğer yaklaşımlar da içerdikleri sınıflandırmaların belirsizliği bakımından eleştiriye açıktır.

Açıklanan nedenlerle vergi yargılaması normları arasındaki çatışmaların analizinde bu yaklaşımlardan herhangi biri tercih edilmemiştir. Bunun yerine norm çatışmalarını saptamak üzere aşağıda yer alan ölçüt önerilmiş ve bu ölçütten hareketle de yeni bir sınıflandırma yapılmıştır. Söz konusu ölçüt ve sınıflandırma da diğer yaklaşımlar gibi norm çatışmalarını mantıksal açıdan irdelemekte; ancak çatışmaların çözümünde mantığı esas almamaktadır. Zira daha önce de belirtildiği üzere hukuk normları doğruluk değeri alamayacaklarından bu kurallardan hareketle çatışan normlardan birini geçersiz kılmak olanaklı değildir.

### GENEL ÇERÇEVE

Bu çerçevede önerilen sınıflandırma, hukuk normlarının yapısal olarak mantık önermeleri olmalarından hareket etmektedir<sup>118</sup>. Norm çatışmalarının hukuk normlarının bu özelliğinden hareketle daha açık bir şekilde sergilenebileceği düşünülmektedir. Kendi tanım ve sınıflandırmamızı açıklamadan önce hukuk normlarının mantıksal analizinde kullanılan ve sınıflandırmamıza esas aldığımız bazı kavramlara değinmek faydalı olacaktır.

*Bağımsız hukuk normu:* Hukuk normları, aralarındaki bağlantı bakımından “bağımlı-bağımsız normlar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>119</sup>. Bu ayrımın özünü genel ve soyut bir normdan doğrudan birel norm yaratılıp yaratılamayacağı hususu oluşturmaktadır<sup>120</sup>. Bağımsız normlar doğrudan, tek başlarına birel normlar yaratılabilen normlardır. Söz konusu normlar yapısal olarak daima koşullu (hipotetik) normlardır. Koşullu (hipotetik) normlar, konusu yapmak ya da yapmamak olan “davranış koşulu” ile o davranış koşulu gerçekleştiğinde ortaya çıkacak hukuki sonucu açıklayan “hukuki sonuç/yaptırım”dan oluşur<sup>121</sup>.

118 Hukuk normlarının yapısal olarak mantık önermeleri olduğu yönündeki görüş için bkz. İŞIKTAÇ/METİN, 2003, s.133

119 HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 278; İŞIKTAÇ, 2004, s. 125; İŞIKTAÇ, METİN, 2003, s. 153.

120 CANYAŞ, Oytun, *Vergi Normlarında İdarenin Takdir Yetkisinin Saptanması*, Mali Akademi, 2012, s.88.

121 HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 278; İŞIKTAÇ, 2004, s. 125; İŞIKTAÇ, METİN, 2003, s. 153. Bağımsız normlar tam ve tam olmayan (eksik) norm ve açık norm olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu ayrımın temelinde normun içerdiği davranış koşuluyla, bu davranışın gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak hukuki sonuç/yaptırımın normda belirlenip belirlenmediği yatmaktadır. Bu konuda bkz. HA-

Bağımsız hukuk normları her zaman koşullu (hipotetik norm) olduklarından davranış koşulu ile hukuki sonuç arasında nedensellik bağı vardır. Söz konusu nedensellik bağı "ise" bağlacıyla kurulur. Bağımsız normların davranış koşulu ve hukuki sonuçları farklı hukuk dallarında değişik terimlerle ifade edilebilir. Söz gelimi, idare hukukunda bağımsız bir normun davranış koşulu "sebeup" unsuru, hukuki sonuç kısmı ise "konu" unsuru olarak ifade edilir<sup>122</sup>. Ceza hukukundaki bağımsız normlarda davranış koşulu "kural" ile ifade edilirken; hukuki sonuç kısmı "müeyyide" adını almaktadır<sup>123</sup>. Vergi hukukunda tarh işlemleri bakımından davranış koşulu, yasalarda "vergiyi doğuran olay" adını almaktayken hukuki sonuç unsuru, tarh işleminin tesisidir.

**Örnek: 765 sayılı mülga TCK m.448:**

*"Her kim, bir kimseyi kasten öldürür (ise), 24 seneden 30 seneve kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur".*

A

B

Yukarıdaki norm tipik bir bağımsız normdur. Zira, bu norm tek başına birel hukuki işlem yaratabilen bir normdur. Normun "A" olarak ifade edilen ilk kısmı "bir kimseyi öldürme" fiili olarak ifade edilen davranış koşulunu ve "B" olarak ifade edilen ikinci kısmıysa "24-30 yıl arasında ağır hapis cezası" olarak ifade edilen hukuki sonuç/müeyyide kısmını ifade etmektedir. Normdaki davranış koşulu yaşamda gerçekleştiğinde bu normdan doğrudan başka bir norm (müeyyide) tesis edilebilir<sup>124</sup>.

**Bağımlı hukuk normu:** Doğrudan birel (somut ve özel) norm yaratamayan normlardır. Bağımlı normların varlık nedeni birel norm yaratabilen

bağımsız normlardır<sup>125</sup>. Dolayısıyla "bağımlı normlar", bağımsız normların kapsam ve sınırlarını, gerçekleşeceği koşulları belirleyen normlardır<sup>126</sup>. Söz konusu normlar daha çok bağımsız normların hukuki sonuç unsurunun uygulanması için gerekli koşulları belirleme işlevini üstlenmektedir. Bu nedenle, mantıki kıyas sürecinde davranış koşullarıyla aynı sırada yer alırlar. Bağımlı normların atıf normları, tanım normları, tanıma normları, yorum normları gibi alt türleri bulunmaktadır<sup>127</sup>. Bağımsız normlarda yer alan hukuki olay ve/veya hukuki sonuç unsurları kural olarak bağımlı normlarda görülmemektedir<sup>128</sup>. Örneğin 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 16.maddesinin 7. fıkrasında aynı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen "hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı"nın ihlal eden davranışlar idari yaptırıma bağlanmıştır. "Hakim durum" ise aynı Kanunun 3.maddesinde "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket" olarak tanımlanmıştır. Tanımlayıcı nitelikli bu norm tipik bir bağımlı normdur. Zira salt bu tanımlayıcı normdan hareketle, hiyerarşik olarak alt kademede yer alan birel bir norm yaratılamaz. Bu normun fonksiyonu aynı Kanunun 16. maddesinde idari para cezasını düzenleyen norm gibi diğer bağımsız normların uygulanmasını sağlamaktır.

**Hukuk Normlarının Uygulanması Süreci:** Bir normun uygulanması, hiyerarşik olarak alt kademede yeni bir norm yaratmaktır. Çalışmada sınıflandırmayı yalın tutmak bakımından normun uygulanması, yasa türünden bir normdan bireysel bir norm<sup>129</sup> (söz gelimi birel idari işlemin ya da

FIZOĞULLARI, 1996, s. 278; CANYAŞ, 2012, s.88 vd. Başka bir yasal sınıflandırma için bkz. VISSER/VAN KRALINGEN, 1991, s.115.

122 Burada sebep ve konu unsurlarıyla kastedilen idari işlemlerin sebep ve konu unsurları değil; yasalarda soyut olarak yer alan sebep ve konu unsurlardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. CANYAŞ, 2012, s.88 vd.

123 TOROSLU, Nevzat, **Ceza hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2005, s.32-33.

124 Dolayısıyla bağımsız normlardan hareketle alt kademede bir norm yaratmak mantıktaki hipotetik kıyas sürecine göre işlemektedir. Bu bağlamda üst kademede bir normdan alt kademede yeni bir norm yaratılmasında geçerli olan "modus ponens"/önbileşenin=davranış koşulunun evetlenmesidir. Bu konuda bkz. CANYAŞ, 2012, s.96.

125 HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 278; IŞIKTAÇ, 2004, s. 125; GÖZLER, Kemal, **"Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu"**, Ekin Yayınevi, Bursa, 1999, s. 55.

126 HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 273; IŞIKTAÇ, 2004, s. 127.

127 Bağımlı normların türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. IŞIKTAÇ, 2004, s. 127 vd.

128 İstisnası için bkz. CANYAŞ, 2012, s.117 vd. Bağımlı normlar, genellikle kategorik norm olarak ifade edilir. Kategorik normlar, özne, yüklem ve kupoladan oluşan normlardır(Bkz. ÖZLEM, Doğan, **Man-tık**, Ara Yayıncılık, İstanbul, 1990, s. 122).

129 KELSEN'in normlar hiyerarşisinde bireysel idari işlemler, sözleşme gibi hukuki işlemler ve mahkeme kararları da norm olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu yaklaşım norm kavramını genel ve soyut kurullarla sınırlandırmamaktadır. Bireysel norm olarak adlandırdığımız bu tür normlar belirli kimse veya nesnelere ilişkin olduğundan normlar hiyerarşisindeki en alt katmanı oluştururlar(ONAR, 1966, C:1, s.268; ARAL, 1978; GÖZLER, 2012, s.196).

hükmün/yaptırımın) yaratılmasıyla sınırlı olarak ele alınmıştır<sup>130</sup>.

Bir yasadan birel işlem ya da yargısal hüküm tesisi, bağımsız normlardan hareketle işleyen bir süreçtir. Hukuk normları yapısal olarak mantık önermeleri olduklarından bağımsız normun uygulanması süreci mantıktaki kıyas süreciyle ortaya konabilir<sup>131</sup>. Bu çerçevede bağımsız normun uygulanması mantıktaki koşullu (hipotetik) kıyas sürecidir<sup>132</sup>. Söz konusu kıyas sürecinde, "büyük önerme" bağımsız norma, "küçük önerme" bağımsız normdaki davranış koşulunun yaşamda gerçekleşmesine ve "vargı"(sonuç) kısmı da yaratılan birel norma (bireysel işlem veya hükme) karşılık gelmektedir<sup>133</sup>. Bağımsız normun uygulanması, bu normda soyut olarak belirlenmiş davranış koşulunun yaşamda gerçekleşmesi aracılığıyla mümkün olur. Bu aşama mantıki kıyasta, modus ponens (ön bileşenin evetlenmesi) olarak ifade edilmektedir<sup>134</sup>. Bağımsız normda soyut olarak belirlenmiş davranış koşulunun yaşamda gerçekleştiği tespit edildiğinde, normda düzenlenen hukuki sonucun somut olayda uygulanmasına karar verilir<sup>135</sup>. Böylelikle genel ve soyut bir normdan belirli bir kişi veya nesneyi esas alan yeni bir norm yaratılmış olur<sup>136</sup>.

130 Normun uygulanması hakkında bkz. CANYAŞ, 2012, s.88 vd.

131 Bilindiği üzere kıyas, verilmiş önermelerden sonuç çıkarma işlemidir. Kıyasta iki başlangıç ve bir sonuç olmak üzere üç önerme bulunur. Bu hükümlerden büyük terimi içeren "büyük önerme", küçük terimi içeren "küçük önerme" ve bu önermelerin kabulüyle zorunlu olarak çıkan üçüncü önerme de "sonuç/vargı" olarak adlandırılır(ÖZLEM, 1990, s. 150). Görüldüğü üzere mantıktaki kıyas ile hukuk metodolojisinde yer alan kıyas yöntemi birbirinden farklı süreçlere işaret etmektedir. Dolayısıyla iki süreç birbirine karıştırılmamalıdır.

132 CANYAŞ, 2012, s.94

133 CANYAŞ, 2012, s.97

134 Ibid.

135 Takdir yetkisi içeren normlarla ilgili özellikli durumlar için bkz. CANYAŞ, 2012, s.117 vd.

136 Bağımsız normun uygulanma süreci, aşağıda 6183 sayılı AAT-HUK m.13'de düzenlenen ihtiyati haciz kurumundan hareketle örneklendirilmiştir:

**Büyük Önerme:** Borçlu kaçmış (ise), ihiyati haciz tatbik olunur.

(önbileşen=davranış koşulu) (artbileşen=hukuki sonuç)

**Küçük Önerme:** Boçlu "A", kaçmıştır.

(önbileşen=Hukuki olay/davranış koşulunun evetlenmesi)

**Sonuç:** O halde, "A" hakkında ihtiyati haciz tatbik olunur(Birel normun/işlemin yaratılması)

Görüldüğü üzere, amme borçlusu A hakkında ihtiyati haciz işlemi

Bağımsız hukuk normlarının uygulanması sürecinde, bağımlı normların konumunun da ortaya konması gerekmektedir. Zira aşağıda gösterileceği üzere hukuk normları arasındaki çatışmaların çoğu bağımlı normlar arasında çıkmaktadır. Normun uygulanması sürecinde bağımlı normlar, hukuki sonucun doğmasının koşullarını oluştururlar. Söz gelimi, bir tanım normu niteliğindeki bağımlı norm ile davranış koşulunda yer alan bir kavram tanımlanmış olabilir. 4054 sayılı Rekabet Kanunu m.16/7 ile m.3'de yer alan "hakim durum" kavramı arasındaki bağlantıyı hatırlayalım. 4054 sayılı Rekabet Kanunu m.16/7'de aynı Kanunun 6.maddeinde düzenlenen "hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı"nın ihlal eden davranışlar idari yaptırıma bağlanmıştır. Bu durumda idari yaptırım sonucunun doğması için "hakim durumun kötüye kullanılması" olarak belirlenmiş davranış koşulunun yaşamda gerçekleşmesi gerekir. Rekabet Kanunu m.3'de "hakim durum"un anlamını belirleyen hüküm<sup>137</sup>, davranış koşuluna yönelik bir bağımlı normdur. Bu tür koşulların mutlaka davranış koşuluna yönelik olması gerekmez. Zamanaşımı ya da dava açma süreleri gibi doğrudan hukuki sonucun uygulanmasının koşulunu da oluşturabilir. Bu tür koşullar ister davranış koşuluna yönelik olsun ister olmasın en nihayetinde somut olayda hukuki sonucun ortaya çıkmasının koşullarıdır. Bu özellikleriyle bağımsız normun uygulanma sürecinde "ise" bağlacının önünde yer alırlar. Diğer bir anlatımla davranış koşullarının yanı sıra bu koşullara da uygunluk sağlanmış ise bağımsız normda düzenlenen hukuki sonuç somut olay bakımından doğar. Çalışmada davranış koşulundan ayrı olarak öngörülmüş bu koşullar "diğer koşullar" olarak adlandırılmıştır.

"Diğer koşullar", çoğu zaman bağımsız normun dışında ayrı bir normda yer almaktadır. Bu durumda diğer koşulların öngörüldüğü norm bir "bağımlı norm"dur. Buna karşılık bazı hallerde, "diğer koşullar" belirli bir bağımsız normun içerisinde yer alabilmektedir.

(bireysel işlem) tesis edebilmek için AATHUK m.13'de öngörülen bağımsız normda yer alan davranış koşulunun (borçlunun kaçmış olması) yaşamda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Yaşamda borçlu A'nın kaçmış olduğu tespit edilebiliyorsa, AATHUK m.13 uygulanacaktır. Diğer bir anlatımla bu durumda AATHUK m.13 bağımsız normunda soyut olarak düzenlenen hukuki sonuç (ihiyati haciz işleminin tesisi), borçlu A hakkında doğacaktır.

137 4054 sayılı Rekabet Kanunu m.3:

Hâkim Durum: "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket*"

## NORM ÇATIŞMALARININ SAPTANMASI İÇİN ÖNERİLEN SINIFLANDIRMA

Kanaatimizce norm çatışmaları, belirli bir hukuk sisteminde yer alan iki normdan birinin uygulanmasının diğer normu ihlal etmesidir. Yukarıda değinildiği üzere bir normun uygulanması alt kademede daha dar kapsamlı yeni bir norm yaratmaktadır. Yasa düzeyinde bir normdan alt kademede yeni bir norm yaratan normlar, bağımsız normlardır. Bu nedenle norm çatışmaları ancak iki bağımsız normun uygulanma sürecinde ortaya çıkabilir. Bağımsız normun uygulanması sürecinde ön koşul, o yasada belirtilen davranış koşulunun yaşamda gerçekleşmiş olmasıdır. Dolayısıyla bir normun uygulanmasının, diğer bir normu ihlal edilebilmesinin ön koşulu da o normun davranış koşulunun gerçekleşmiş olmasıdır. Söz gelimi farklı yasalarda aynı fiile (davranış koşuluna) farklı yaptırımlar öngören iki ceza normunun çatışabilmesi için ön koşul, bir kimsenin o fiili işlemesidir.

Bu özellikten hareketle, hukuk normları arasındaki çatışmaların davranış koşullarından hareketle sınıflandırılabilceği sonucuna ulaşılabilir. Davranış koşulları aynı olan iki hukuk normu çatışabileceği gibi davranış koşulları farklı olan iki hukuk normu da -ender de olsa- çatışabilir. Birinci tür çatışmalar yukarıda "mantıksal çatışmalar" olarak adlandırılan çatışmaların doğumuna yol açar. Davranış koşullarının farklılaştığı ikinci tür çatışmalar ise öğretide "gerçek çatışmalar"<sup>138</sup> olarak adlandırılan çatışmaları doğurur. Bu ayrımın pratik sonucu norm çatışmalarını çözümleyen yöntemler bakımındandır. Hiyerarşik olarak aynı katmanda yer alan normlar arasındaki mantıki çatışmalar *lex posterior* ve *lex specialis* gibi klasik yöntemlerle çözümlenebilir. Buna karşılık, gerçek çatışmaların çözümü *lex specialis-lex posterior* gibi klasik yöntemlerinin kullanımıyla olanaklı değildir. Bunların çözümünde *weighing and balancing* (ölçme ve dengeleme) gibi başka yöntemler devreye girmektedir<sup>139</sup>.

Aynı davranış koşulları içeren iki norm arasındaki çatışmalar bakımından değişik sınıflandırmalar yapmak mümkündür. İlk olarak, aynı davranış koşulunu içeren iki normun "hukuki sonuç" unsurları da aynı olabilir. Söz gelimi iki ceza normu da aynı fiil ve aynı nitelikte-nicelikte

yaptırım ihtiva edebilir. Buna karşılık, bu normların hukuki sonuç kısmının uygulanabilmesinin diğer koşulları arasında farklılıklar olabilir. Söz gelimi fiili, yaptırımı aynı olan iki ceza normunun manevi unsurları, tabi oldukları zamanaşımı hükümleri farklı olabilir.

Bu konuda ikinci bir olasılık, davranış koşulları aynı olan iki normun belirlenen diğer koşullarının da aynı olması buna karşılık, hukuki sonuçlarının farklılaşmasıdır. Örneğin diğer koşulları ve davranış koşulları aynı olan iki normun biri hukuki sonuçun doğumunu emrederken diğeri yasaklıyor olabilir. Birinde diğer koşulların, ötekindeyse hukuki sonuçların farklılaştığı her iki olasılık "kısmi norm çatışmaları" olarak ifade edilebilir.

Hukuk sistemlerinde bir de "tam norm çatışması" olarak ifade edilebilecek norm çatışmaları da bulunmaktadır. Tam norm çatışmaları, aynı davranış koşuluna sahip iki normun hem diğer koşulları (bağımlı normlarda) hem de yaptırımlarında uyumsuzluk bulunması halidir. Bir başka ifadeyle, tam norm çatışmalarında davranış koşulları dışındaki tüm unsurlar çatışmaktadır.

Davranış koşullarından hareketle yapılan bu sınıflandırma ile "norm toplanması" olarak adlandırılabilcek durumları birbirinden ayırt etmek gerekir. Hukuk sistemlerinin davranış koşulları aynı, hukuki sonuçları farklı iki norm barındırdığı durumlarda "norm toplanması" söz konusu olabilecektir. Norm toplanması-norm çatışması ayrımı bakımından diğer koşulların aynı olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle norm toplanmalarını, ilk bakışta kısmi norm veya tam norm çatışmaları olarak nitelendirmek mümkündür. Halbuki norm toplanmaları ile norm çatışmaları birbirlerinden farklı kavramlardır. Zira norm toplanmalarında davranış koşulu aynı, hukuki sonuçları farklı iki normdan birinin uygulanması diğerinin ihlali sonucunu doğurmamaktadır. Burada sadece aynı davranış koşulunu içeren iki normun hukuki sonuçları toplanmaktadır.

Norm toplanmalarına vergi ve ceza hukukundan örnek vermek mümkündür. Uluslararası hukuksal çifte vergilendirme norm toplanması halidir<sup>140</sup>. Zira aynı davranış koşulu birden fazla

138 Bkz.Başlık I/B.

139 Anılan yöntem için bkz. PECZENIK, 2008, s.61 vd.

140 Çifte vergilendirmenin norm toplanması değil; norm çatışması olduğu yönündeki görüş için bkz. SOYDAN YALTI, Billur, "Uluslararası Vergi Anlaşmaları", Beta Yayın Dağıtım, İstanbul, 1995, s.63 vd.

devlet tarafından vergilendirilmektedir. Öte yandan ceza hukukundaki fikri içtima hali de norm toplanmasının çözüm yönteminden başka bir şey değildir. Gerçekten de Türk Ceza Kanunu<sup>141</sup> m.44, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasını öngörmektedir. Dolayısıyla anılan hüküm aynı davranış koşuluna ve fakat farklı yaptırımlara (hukuki sonuçları) tabi suçları düzenlemektedir. Her iki örnekteki normlardan birinin uygulanması diğerinin ihlali sonucunu doğurmamaktadır. Bununla birlikte normların bu şekilde uygulanmalarının muhatapları üzerinde olumsuz etkiler doğurması muhtemeldir. Söz konusu olumsuz etkiler, uluslararası hukuksal çifte vergilendirme bakımından mahsup, istisna gibi tek taraflı yöntemler veya çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarıyla; ceza hukukunda ise TCK m.44 gibi en ağır yaptırımın verilmesini öngören hükümlerle giderilmeye çalışılmaktadır.

Norm çatışmalarının saptanmasında davranış koşullarının yanı sıra tartışılması gereken bir diğer unsur normu uygulayacak öznedir. Norm çatışmaları kural olarak aynı norm öznesinin uyguladığı iki norm arasında ortaya çıkar. Norm öznelerinin aynı olması çatışan iki normun hukuk sisteminde üstlendikleri işlevlerin özdeşliğinden kaynaklanır. Söz gelimi, bir idari usul normu ile bir idari yargılama normu çatışamaz. Zira her iki normun hukuk dünyasında üstlendikleri işlevler farklıdır. Bu işlevlere koşul olarak bu normların özneleri de farklılaşır. Bir idari yargı normunun öznesi yargı merciidir. Bir idari usul normunun ki ise idari mercilerdir. Buna karşılık, çatışan iki yargılama normunun; iki idari usul normunun; iki maddi hukuk normunun (söz gelimi ik ceza normunun) özneleri aynıdır. Diğer bir anlatımla, bu tür normları aynı özne uygular. Bununla birlikte istisnai olmakla, aynı işlevi üstlenen iki normun özneleri farklılaşabilir. Söz gelimi ispat kuralları işlevsel olarak muhakeme normlarıdır. Ancak İYUK m.20/1 ve VUK m.3/son örneğinde olduğu üzere bu normlar farklı özneler tarafından uygulanabilir. Ancak bu durum son tahlilde analizi değiştirmemektedir. Zira, her iki norm da işlevsel olarak muhakeme normu olduğundan aralarında çatışma çıkabilecektir.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, norm çatışmasından bahsedebilmek için çatışan normların hukuk sistemlerinde aynı işlevi üstlenmeleri gerekmektedir. Normların üstlendiği işleve koşul olarak, çatışan normların özneleri de kural olarak özdeş olacaktır. İstisnai olarak aynı işlevi üstlenmiş çatışma halindeki iki normun özneleri farklı olabilir. Söz gelimi, davranış koşulu aynı, diğer koşulları farklı olan bir idari yaptırıma karar verecek idari merciler yasa koyucu tarafından farklılaştırılmış olabilir. Bu durumda norm özneleri farklı olmakla birlikte, her iki norm da aynı işlevi üstlendiklerinden çatışma ortaya çıkacaktır. Aşağıda buraya kadar ki açıklamalarımız şematize edilmiş ve örneklerle gösterilmeye çalışılmıştır.

## aa. Aynı Davranış Koşullarına Sahip İki Norm Arasında Çatışma

### aaa. Tam Çatışma

$$[a_1]Vb \longrightarrow c_1$$

$$[a_2]Vb \longrightarrow c_2$$

$[a_1]$ = "c<sub>1</sub>" hukuki sonucunun doğması için gerekli diğer koşullar grubu

$[a_2]$ = "c<sub>2</sub>" hukuki sonucunun doğması için gerekli diğer koşullar grubu

V= ve

b= davranış koşulu

c<sub>1</sub>= birinci normun "hukuki sonuç" unsuru

c<sub>2</sub>= ikinci normun "hukuki sonuç" unsuru

*Açıklama:*  $[a_1]$  ve  $[a_2]$  olarak ifade edilen; zanaşımı, norm öznesi, tanımlar gibi "diğer koşullar" bir bağımsız normun içinde yer alabileceği gibi başka bir normda da öngörülmüş olabilir. Hatırlanacağı üzere, bağımsız normun dışında diğer koşulları barındıran normlar "bağımlı normlar"dır. Diğer koşullar aynı bağımsız normların içinde düzenlenmişse ortada tek bir norm çatışması vardır. Buna karşılık, diğer koşulların en azından bir kısmı, bağımsız normun dışında ayrı bir normda (bağımlı normda) yer alıyorsa iki farklı norm çatışması söz konusu olacaktır. Zira bu olasılıkta hukuki sonuçları farklı olduğu için çatışan iki bağımsız normun yanı sıra diğer koşulları içeren iki bağımlı norm çatışmaktadır. Tam norm çatışmaları aşağıdaki örnek üzerinden sergilenebilir:

141 Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

**ÖRNEK<sub>1</sub>:**

HUKUKİ SONUCUN YARATILMASI	HUKUKİ SONUCUN YARATILMASI
$[a_1]Vb \longrightarrow c_1$	$[a_2]Vb \longrightarrow c_2$
<p><b>4207 sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun m. 2<sup>142</sup>:</b></p> <p>“Sağlık, eğitim-öğretim ve kültür hizmeti veren yerler ile kapalı spor salonlarında ve toplu taşımacılık yapılan her türlü nakil vasıtaları ve bunların bekleme salonlarında, kamu hizmeti yapan kurum ve kuruluşlardan beş veya beşten fazla kişinin görev yaptığı kapalı mekanlarda tütün ve tütün mamullerinin içilmesi yasaktır. ...”</p> <p>m.5: “Tütün ve tütün mamullerinin içilmesinin yasaklandığı ve yasağa ilişkin yazılı uyarıların bulunduğu yerlerde tütün ve tütün mamulleri içenlere, ... yazılı uyarı gösterilmek suretiyle yasağa uyması, aksi takdirde o yeri terk etmesi gerektiği bildirilir...”</p>	<p><b>Kabahatler Kanunu m.39:</b></p> <p>“(1) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında tütün mamulü tüketen kişiye,... elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. ...</p> <p>(2) Toplu taşıma araçlarında tütün mamulü tüketen kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. ...</p> <p>(3) Özel hukuk kişilerine ait olan ve herkesin girebileceği binaların kapalı alanlarında, tütün mamullerinin tüketilemeyeceğini belirtir açık bir işarete yer verilmesine rağmen, bu yasağa aykırı hareket eden kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir...”</p>
<p><math>[a_1]</math>= “Sağlık, eğitim-öğretim ve kültür hizmeti veren yerler ile kapalı spor salonlarında ve toplu taşımacılık yapılan her türlü nakil vasıtaları ve bunların bekleme salonlarında, kamu hizmeti yapan kurum ve kuruluşlardan beş veya beşten fazla kişinin görev yaptığı kapalı mekanlar”</p> <p><math>b</math>= tütün mamulü tüketmek</p> <p><math>c_1</math>= uyarı</p>	<p><math>[a_2]</math>= “Kamu hizmet binalarının kapalı alanları, toplu taşıma araçları, özel hukuk kişilerine ait olan ve herkesin girebileceği binaların kapalı alanlar”</p> <p><math>b</math>= tütün mamulü tüketmek</p> <p><math>c_2</math>= elli Türk Lirası idarî para cezası</p>
<p><b>AÇIKLAMA:</b> Görüldüğü üzere her iki normun da davranış koşulları (tütün mamulü tüketmek) aynıdır. Bununla birlikte, iki normun da diğer koşulları ve yaptırımları farklıdır. İkinci normun uygulama alanı birinci normdan daha geniştir. Öte yandan her iki normun davranış koşulu gerçekleştiğinde doğacak hukuki sonuçlar da farklıdır. İlk norm temel olarak uyarı ile yetinirken ikinci normda 50 TL'lik bir idari para cezası öngörülmüştür. Özetle aynı davranış koşuluna bağlanmış her iki normun diğer koşulları ve yaptırımları uyumsuzdur. Biz bu tür çatışmaları “tam norm çatışması” olarak adlandırıyoruz.</p>	

**aab. Kısmi Çatışma****Birinci Olasılık:**

Bu olasılıkta davranış koşulları aynı olan iki bağımsız normun hukuki sonuç unsurları da aynıdır. Ancak bağımsız normların uygulanması için gerekli diğer koşullarda farklılık bulunmaktadır<sup>143</sup>.

$$[a_1]Vb \longrightarrow c$$

$$[a_2]Vb \longrightarrow c$$

$[a_1]$ = “c” hukuki sonucunun doğması için gerekli diğer koşullar

$[a_2]$ = “c” hukuki sonucunun doğması için gerekli diğer koşullar

$V$ = ve

$b$ = davranış koşulu

$c$ = hukuki sonuç

142 Yasanın değişikliklerden sonraki hali için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4207.pdf> (erişim tarihi:10.9.2013).

143 Farklı hükümler içeren diğer koşullar bağımsız normun içinde düzenlenmişse ortada tek norm çatışması bulunacaktır. Buna karşılık diğer koşullar bağımsız normun dışındaki normlarda (bağımlı normlarda) yer alıyorsa, bağımsız normdaki diğer koşulların da çatışması şartıyla, iki farklı norm çatışması ortaya çıkabilecektir.

**ÖRNEK<sub>2</sub>:**

NORM	NORM
[a <sub>1</sub> ]Vb → c	[a <sub>2</sub> ]Vb → c
<p><b>4207 sayılı Kanun m.2/(1):</b> Tütün ürünleri;</p> <p>a) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında,</p> <p>b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında,</p> <p>c) (<b>Değişik: 24/5/2013-6487/26 md.</b>) Hususi araçların sürücü koltukları ile taksi hizmeti verenler dâhil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında,</p> <p>ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında,</p> <p>d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde, tüketilemez.</p> <p><b>4207 sayılı anun m.5:</b> "2 nci maddenin birinci ... fıkralarında belirtilen alanlarda tütün ürünleri tüketenler ...5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesi hükmüne göre cezalandırılır".</p>	<p><b>Kabahatler Kanunu m.39:</b></p> <p>"(1) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında tütün mamulü tüketen kişiye,... elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. ...</p> <p>(2) Toplu taşıma araçlarında tütün mamulü tüketen kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. ...</p> <p>(3) Özel hukuk kişilerine ait olan ve herkesin girebileceği binaların kapalı alanlarında, tütün mamullerinin tüketilemeyeceğini belirtir açık bir işarete yer verilmesine rağmen, bu yasağa aykırı hareket eden kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir..."</p>
<p>[a<sub>1</sub>]= "Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında, Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaları kapalı alanlarında, hususi araçların sürücü koltukları ile taksi hizmeti verenler dâhil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında..."</p> <p>b= tütün mamulü tüketmek</p> <p>c_ elli Türk Lirası idarî para cezası</p>	<p>[a<sub>2</sub>]= "Kamu hizmet binalarının kapalı alanları, toplu taşıma araçları, özel hukuk kişilerine ait olan ve herkesin girebileceği binaların kapalı alanlar"</p> <p>b= tütün mamulü tüketmek</p> <p>c_ elli Türk Lirası idarî para cezası</p>
<p><b>AÇIKLAMA:</b> 4207 sayılı Kanun'un son hali ile Kabahatler Kanunu m.39'dan hareketle oluşturduğumuz bu örnekte iki norm kısmen çatışmaktadır. Zira, davranış koşulları (tütün mamulü tüketmek) aynı olan iki normun hukuki sonuç (elli Türk Lirası idarî para cezası) kısımları özdeşdir. Bununla birlikte her iki normun uygulanması için gerekli diğer koşullarda farklılık bulunmaktadır. 4207 sayılı Kanunun 2.maddesinin son hali tütün mamulleri tüketme yasağının kapsamını genişletmiştir.</p>	

**İkinci Olasılık:**

Bu olasılıkta uyumsuzluk, iki normun hukuki sonuç kısımlarından doğmaktadır. Her iki normun da davranış koşulları ile diğer koşulları aynıdır. Böyle bir çatışma daha çok hukuki sonuçların değişik deontik modalitelerle ifade edildiği durumlarda görülebilir. Söz gelimi davranış koşulları ve diğer koşulları aynı olan iki normdan biri o davranışı emrederken diğeri yasaklamışsa ya da diğeri yasaklarken başka

bir norm izin veriyor ise, ortada kısmi bir çatışma vardır. Dolayısıyla norm çatışmalarını salt deontik mantığa dayalı açıklayan yazarların görüşü bizim sınıflandırmamızda kısmi norm çatışmalarına girmektedir. Aşağıda bu tür çatışmaların ne şekilde doğduğu örnekle gösterilmiştir:

$$[a_1]Vb \longrightarrow c_1$$

$$[a_1]Vb \longrightarrow c_2$$

### ÖRNEK<sub>3</sub>:

BİRİNCİ NORM	İKİNCİ NORM
$[a_1]Vb \longrightarrow c_1$	$[a_1]Vb \longrightarrow c_2$
New York Sözleşmesi <sup>144</sup> m.5/2-b <sup>145</sup> : "...hakem kararının tanınma ve icrası mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı ise (tanınma ve icra talebi reddolunabilir)".	MÖHUK <sup>146</sup> m.62/1-b <sup>147</sup> : "Mahkeme, hakem kararı ... kamu düzenine aykırı ise,... yabancı hakem kararının tenfizi istemini <u>reddeder</u> "
{a1}= Diğer koşullar grubu b = Kamu düzenine aykırı olmak (davranış koşulu) V= ve c <sub>1</sub> = reddolunabilir (hukuki sonuç)	{a1}= Diğer koşullar grubu b = Kamu düzenine aykırı olmak (davranış koşulu) V= ve c <sub>2</sub> = reddeder (hukuki sonuç)
AÇIKLAMA: New York Sözleşmesi m.5/2-b normu ile MÖHUK m.62/1-b normlarının davranış koşulları (Kamu düzenine aykırılık) ve diğer koşulları aynıdır. Ancak her iki normun hukuki sonuç kısımlarında farklılık bulunmaktadır. Zira, birinci normun hukuki sonuç kısmı "reddolunabilir" biçimindeki izin verici bir modaliteyle ifade edilmiştir. İkinci normunki ise "reddeder" biçimindeki emredici modaliteyle ifade edilmiştir. Dolayısıyla iki normdan biri öznenin hukuki sonucu gerçekleştirmesine izin verirken diğeri aynı sonucun yapılmasını emretmektedir.	

### ab. Farklı Davranış Koşullarına Sahip İki Norm Arasında Çatışma

Bu olasılıkta iki bağımsız normun davranış konuları birbirinden tamamen farklıdır. Dolayısıyla söz konusu normların düzenleme konuları da farklıdır. Söz konusu farklılık iki normun diğer koşullarının ve hukuki sonuçlarının da birbirlerinden farklı olması sonucunu doğurur. Uygulamada söz konusu normlardan birinin uygulanması diğer normun ihlali sonucunu doğurabilir. Bu durumun yasa koyucunun ihlal edilen norma yönelik hukuka uygunluk

nedenleri öngörmemesinden kaynaklandığı söylenebilir. Yukarıda belirtildiği üzere bu haller öğretilerde "gerçek çatışma" olarak adlandırılan hallerdir. Aşağıda bu tür bir çatışma gösterilmeye çalışılmıştır.

$$[a]Vb \longrightarrow c$$

$$[d]Vf \longrightarrow g$$

$[a]= c$  hukuki sonucunun doğması için gerekli diğer koşullar

$b= c$  hukuki sonucunun doğması için gerekli davranış koşulu

$c=$  hukuki sonuç

V= ve

$[d]= g$  hukuki sonucunun doğması için gerekli koşullar

$f= g$  hukuki sonucunun doğması için gerekli davranış koşulu

$g=$  hukuki sonuç

Gerçek çatışmalar kısmında verilen örnek bu olasılığı birebir açıklamaktadır. Hatırlanacağı üzere, örnekte askeri bölgelere izinsiz girilmesi yasaklanmıştı. Böyle bir normun davranış koşulu, "askeri bölgelere izinsiz girmek" olacaktır. Aynı normun askeri bölgelere izinsiz girilmesi durumunda "c hukuki sonucunu" (söz gelimi 6 ay-2 yıl arası hapis cezası) düzenlendiğini varsayalım. Aynı hukuk sisteminde yer alan başka bir norm ise "hayatı tehlikede bulunan insanları kurtarma" ödevi yüklemektedir. Bu ödevde aykırılık ise "g" hukuki sonucuna (3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası) bağlanmış olsun. Dolayısıyla anılan normun davranış koşulu "hayatı tehlikede bulunan insanları kurtarmak" olacaktır. Görüldüğü üzere her iki normun davranış koşulları ve hukuki sonuçları farklıdır. Söz konusu normların diğer koşullarında da farklılık olacaktır.

Yaşamda bu normlar arasında çatışma olabilir. Zira bir kimse hayatı tehlikede olan bir kimseyi kurtarmak için askeri bölgeye izinsiz girebilir. Hukuk sistemlerinde bu çatışmaları önlemenin yolu hukuka uygunluk nedenleri/istisnalar yaratmaktır. Ancak pozitif hukukta bu tür çözümler bulunmadığında çatışma kaçınılmaz olacaktır. Gerçek çatışmalarda normlar, hiyerarşik olarak aynı katmanda bulunuyorsa lex posterior, lex specialis gibi klasik çatışma çözme yöntemlerinin kullanılamayacağını belirtmek gerekir. Hiç

144 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi

145 Bağımsız norm olarak ifade edilmiştir.

146 Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Kanunu.

147 Bağımsız norm olarak ifade edilmiştir.



şüphesiz gerçek çatışmaya yol açan normlar hiyerarşik olarak farklı katmanlarda ise lex superior ilkesi çatışmayı çözümlenecektir.

## II. VERGİ YARGILAMASI NORMLARI ARASINDAKİ ÇATIŞMALARIN ANALİZİ

Çalışmanın bu bölümünde vergi yargılaması normları arasındaki çatışmalar öğretideki görüşler ve önerdiğimiz görüş bakımından iki başlık altında analiz edilecektir.

### VERGİ YARGILAMASI NORMLARININ ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLERDEN HAREKETLE ANALİZİ

Hatırlanacağı üzere öğretide norm çatışmalarını açıklayan görüşler deontik mantığa dayalı yaklaşımlar ve diğer yaklaşımlar olmak üzere iki başlık altında incelenmişti. Deontik mantıkta yapılan "emredici", "yasaklayıcı" ve "izin verici" normların tamamı vergi yargısı normlarını içeren yasalarda yer alır. Söz konusu normlar arasında en çok emredici normlar yaygındır. İYUK m.7/1'de yer alan "Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür"; VUK m.377/1'deki "Mükellefler ve kendilerine vergi cezası kesilenler, tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı vergi mahkemesinde dava açabilirler" ve son olarak 6183 sayılı AATUHK m.58/1 "Kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkın da tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir" hükümleri emredici vergi yargılaması normlarına örnek olarak verilebilir.

Yasaklayıcı vergi normları ise oldukça enderdir. Vergi yargılaması hukukunda yemin ve kural olarak tanık türünden delilleri yasaklayan VUK m.3/B-2 hükmü<sup>148</sup> en azından bu tür delillere getirdiği sınırlama bakımından yasaklayıcı norm olarak nitelendirilebilir.

İzin verici vergi yargısı normlarının ise nicelik olarak emredici normlarla ile yasaklayıcı normlar

arasında olduğu söylenebilir. Bu tür normlar yargı mercilerine takdir yetkisi veren normlardır<sup>149</sup>. Bu çerçevede izin verici vergi yargısı normlarına daha çok yargısal sürelerle ilişkin normlarda rastlamak mümkündür. İYUK m.16/3'de yer alan "Taraflar, yapılacak tebliğlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde cevap verebilirler. Bu süre, ancak haklı sebeplerin bulunması halinde, taraflardan birinin isteği üzerine görevli mahkeme kararı ile otuz günü geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir" hükmü izin verici vergi yargısı normlarına örnektir.

Konumuz bakımından asıl önemli olan husus emredici, yasaklayıcı ve izin verici vergi yargısı normları arasında çatışma çıkıp çıkmadığıdır. Kanaatimizce, vergi yargısı normları arasında deontik normlar bakımından ortaya çıkan çatışmalar, emredici iki norm ile emredici ve yasaklayıcı normlar arasında çıkabilmektedir. Tespit edilebildiği kadarıyla vergi yargısı normları arasında emredici norm-izin verici norm çatışması bulunmamaktadır.

Vergi yargılaması hukukunda iki emredici normun çatışmasına İYUK m.2 ile VUK m.377/1 hükümleri örnek olarak verilebilir:

İYUK m.2/1-a: (emredici norm)	VUK m.377/1: (emredici norm)
İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları	Mükellefler ve kendilerine vergi cezası kesilenler, tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı vergi mahkemesinde dava açabilirler.

Görüldüğü üzere vergi yargılaması hukukunda sübjektif dava ehliyetini düzenleyen iki emredici norm bulunmaktadır. Söz konusu normlardan ilki daha geniş olan menfaat ihlali kriterini esas alırken, ikinci norm, sadece yükümlü<sup>150</sup> ve kendilerine ceza kesilenlerin dava ehliyeti olduğunu hükme bağlamaktadır. AATUHK m.58'de ödeme emrine karşı açılacak davaları 7 günlük hak düşürücü süreye bağlayan hükümle İYUK m.7/1'de vergi mahkemelerindeki dava açma süresini 30 gün

148 VUK m.3/b-2: "Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz".

149 Takdir yetkisi kavramı için bkz. CANYAŞ, 2012.

150 VUK m.8/3 uyarınca vergi sorumluların da sübjektif dava ehliyeti vardır.

olarak öngören hüküm, emredici iki vergi yargısı normunun çatışmasına başka bir örnektir.

Vergi yargısı normlarının bazıları doğrudan-lafzi olarak yasaklama fiili içermeseler de, barındırdıkları davranış kalıbından hareketle yasaklayıcı norma çevrilebilirler. Bu çerçevede VUK m.3/B-2'de yer alan *"İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir"* hükmü İYUK m.20/1'deki re'sen tahkik ödevini belirli bir konuda yasaklamaktadır. Hatırlanacağı üzere, İYUK m.20/1, *"Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar"* hükmünü barındırmaktadır. Dolayısıyla, VUK m.3/B-2 hükmü, *"VUK kapsamındaki işlemlerin hukuki denetiminde iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde incelemeleri, yargı merciinin kendiliğinden yapması yasaktır"* biçimine dönüştürülebilir. Normun konusunu oluşturan davranış kalıbını esas alan bu dönüşüm ile yasaklayıcı norm olarak ifade edilen VUK m.3/B-2 normu, İYUK m.20/1'de düzenlenen re'sen tahkik ilkesi ile çatışma halindedir.

Vergi yargısı normları arasındaki çatışmalar ROSS'un sınıflandırmasına göre analiz edildiğinde, gerek İYUK-VUK gerek İYUK-AATUHK çatışmalarının *"kısmi çatışma"* olduğunu söylemek mümkündür. Zira, uyumsuz normlardan biri diğer norm ile çatışmaksızın uygulanamazken; diğer normun öteki normla çatışmaksızın uygulanabildiği durumlar mevcuttur<sup>151</sup>. Bu çerçevede VUK m.377/1, İYUK m.2 ile çatışmaksızın uygulanabilirken; İYUK m.2'nin VUK m.377/1 ile çatışmaksızın uygulanmadığı durumlar vardır. Bu konuda tarh işlemine karşı açılacak davalarda yeminli mali müşavirlerin sübjektif dava ehliyetlerinin varlığına ilişkin tartışmaları örnek gösterebiliriz<sup>152</sup>. Zira yeminli mali müşavirlerin İYUK m.2/1'de düzenlenen menfaat ihlali kriterine göre sübjektif dava ehliyetleri bulunmaktayken; VUK m.377/1 hükmüne göre ehliyetlerinin varlığından söz edilemez. Aynı şekilde AATHUK-İYUK çatışmaları da ROSS'un

sınıflandırmasıyla kısmi çatışmadır. Daha önce verilen AATUHK m.58 ve İYUK m.7/1'de öngörülen ve dava açma sürelerini düzenleyen hükümler arasındaki uyumsuzluklar bu konuda örnek olarak verilebilir. Zira, ödeme emrine karşı 7 gün içinde dava açılması İYUK m.7/1'i hiçbir şekilde ihlal etmezken; davanın İYUK m.7/1 kapsamında 8. günde açılması AATUHK m.58'de düzenlenen 7 günlük hak düşürücü süreyi her zaman ihlal eder. Vergi yargısı normları arasında ROSS'un tam çatışma olarak adlandırdığı çatışma ise hiçbir zaman görülmez. Öte yandan söz konusu normlar arasında kesişim halinde çatışmaya da rastlanılmamıştır.

Vergi yargılaması normları arasındaki çatışmalar KELSEN'in yaklaşımı bakımından değerlendirildiğinde ise şu sonuçlara varmak mümkündür. Vergi yargısı normları arasında çatışmalar *"tek taraflı norm çatışmaları"*dır. Zira çatışan iki normdan sadece birinin uygulanması diğerinin ihlali sonucunu doğurur. Bu konuda yine VUK m.377/1-İYUK m.2/1 örneğini verebiliriz. Aynı şekilde idari yargıda duruşmayı düzenleyen İYUK m.17/1<sup>153</sup> ile VUK mük m.378<sup>154</sup> hükümleri de tek taraflı norm çatışmalarına örnektir. Öte yandan deontik mantık terminolojisine dayanan KELSEN'in *"tam norm çatışması"* vergi yargılaması hukukunda vardır. Zira, anılan durumda bir emredici norm ile yasaklayıcı norm arasındaki çatışma KELSEN tarafından *"tam norm çatışması"* olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla emredici-yasaklayıcı vergi yargısı normları arasında çatışma örneği olarak verilen İYUK m.20/1-VUK m.3/B-2 çatışması KELSEN'in tam norm çatışmalarına da örnektir. KELSEN'in kısmi norm çatışması olarak adlandırdığı çatışma ise ROSS'un sınıflandırmasında geçen tanımla örtüşmektedir. Bu nedenle ROSS'Un kısmi norm çatışmasında geçen açıklamalar KELSEN'inki için de aynen geçerlidir.

Konumuzu oluşturan normlar arasındaki çatışmaların *"ortak uyum testi"* bakımından analize gelince; ortak uyum testinin yaklaşımı ROSS

153 İYUK m.17/1: *"Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve yirmibeşbin Türk Lirasını aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır"*.

154 VUK mük. m.378: *"Danıştay ve Vergi Mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile, mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinler"*.

151 ROSS, 1959, s.129; ELHAG/BREUKER/BROUWER, 1999, s.38

152 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. CANYAŞ, Oytun, **Yeminli Mali Müşavirlerin Vergisel Sorumluluğu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006.

ve KELSEN'in kısmi norm çatışması olarak adlandırıldıkları durumla benzerdir. Hatırlanacağı üzere, ortak uyum testi norm çatışmalarını bir normun uygulanmasının ikinci normun ihlali sonucunu doğurması olarak tanımlamaktadır. Bu durumda vergi yargısı normları arasında kısmi çatışma örneği olarak verdiğimiz norm çatışmalarının tamamında yapılan açıklamalar ortak uyum testi için de geçerlidir. Bir başka deyişle, bu hallerde vergi yargısı normları arasında ortak uyum testine göre de çatışma mevcuttur.

### VERGİ YARGISI NORMLARI ARASINDAKİ ÇATIŞMALARIN ÖNERİLEN GÖRÜŞ ÇERÇEVESİNDE ANALİZİ

Vergi yargılaması normları arasındaki çatışmaları önerdiğimiz sınıflandırma bakımından analiz edebilmek için söz konusu normların uygulanma süreci ortaya konulmalıdır. Bu çerçevede öncelikle bağımsız norm niteliği taşıyan vergi yargısı normları saptanacak ve bu normlar unsurlarına ayrılacaktır. Daha sonra vergi yargısında yer alan bağımsız normların uygulanması için gerekli "diğer koşullar" belirlenmeye çalışılacaktır. Böylelikle vergi yargısında bağımsız normların uygulanma süreci içerisinde hangi unsurların çatıştığı sergilenebilecektir.

Açıklamalarımıza geçmeden önce bir noktanın altını çizmek gerekir. Vergi yargılaması normları, vergi uyumsuzluklarının yargısal usullerle çözümlenmesini konu edindiğinden bu normların öznesi "vergi yargısı mercileri"dir. Diğer bir anlatımla bu normlar, vergi ödevlileri veya vergi idaresi tarafından değil, yargı mercileri tarafından uygulanır. Yargı mercilerinin uyumsuzluğu çözümlenmek için verdikleri kararların vergi idaresi tarafından yerine getirilmesi bu özelliği değiştirmemektedir. Söz gelimi vergi yargısı mercisinin re'sen tahkik yetkisi (İYUK m.20/1) uyarınca vergi idaresinden bilgi ve belge istemesi durumunda verilen ara kararlar uygulanan norm bir yargı normudur. Ancak normun muhatabı vergi idaresidir.

### VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA BAĞIMSIZ NORMLAR

Bu noktada asıl irdelenmesi gereken husus vergi yargısı mercilerinin hangi normları uyguladığıdır. Hatırlanacağı üzere, yukarıda doğrudan somut ve bireysel norm yaratabilen normlar "bağımsız

norm" olarak adlandırıldı. Yargı normları bakımından ara karar<sup>155</sup> veya nihai karar/hüküm verilmesini sağlayan yargı normları bağımsız normlardır. Bu bağlamda, idari yargıda nihai karar/hüküm İYUK m.2/1-a<sup>156</sup> ve m.2/1-b<sup>157</sup>'de yer alan iki temel bağımsız yargı normu aracılığıyla verilir<sup>158</sup>:

İYUK m.2/1-a'dan hareketle vergi yargısı mercilerinin uygulayacağı birinci bağımsız norm;"*İdarî işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı ise, iptal edilir*" biçiminde ifade edilebilir. Görüldüğü üzere bu normun davranış koşulu, "*İdarî işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı*" olmasıdır. Bu davranış koşulunun gerçekleşmesi durumunda yargıç "iptal" yaptırımını uygulayacaktır. Dolayısıyla söz konusu bağımsız normun hukuki sonucu "iptal"dir.

İdare ve vergi yargılaması hukukunda geçerli olan ikinci bağımsız norm ise İYUK m.2/1-b'de öngörülmüştür. Anılan bağımsız norm; "*İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel haklar muhtel olmuş ise, tazminat, istirdat gibi yaptırımlara*<sup>159</sup> karar verilir" biçiminde ifade edilebilir. Anılan bağımsız normun davranış koşulu, "*İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel haklar muhtel olması*"dır. Hukuki sonuç unsuru ise yargı mercisinin bu hakların onarımı için vereceği tazminat, istirdat gibi yaptırımlardır. Sonuç olarak, idare ve vergi yargılaması hukukunda yargı mercileri, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu saptadıklarında ya iptal ya da tazminat, istirdat gibi yaptırımlara hükmederler. Açılan davada hem idari işlemin hukuka aykırı olduğu hem de bu işlemde kişisel hakkın muhtel olduğu iddiası varsa yargı mercii, iptal ve tam yargı davasının yaptırımlarına birlikte hükmeder. Bu durum İYUK m.12'de düzenlenmiştir.

Vergi yargılaması hukukunda "ara karar" verilmesini sağlayan bağımsız normlar da vardır.

155 Ara karara hükmedilmesini sağlayan bağımsız normlara İYUK m.27'de düzenlenen "yürütmenin durdurulması kararı" verilebilir.

156 İYUK m.2/1-a:" İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları"

157 İYUK m.2/1-b: "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları".

158 Tam yargı davalarının için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, 16. Bası, , Ankara, 2002, s.384 vd; CANDAN, Turgut, **İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi**, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.169.

159 Bkz. İYUK m.17

Bu tür normlara İYUK m.27'de düzenlenen "yürütmenin durdurulması kararı" örnek verilebilir. İYUK m.27/1'e göre, idari yargı mercileri, "... idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda,... yürütmenin durdurulmasını karar verebilirler". Görüldüğü üzere anılan hüküm, davranış koşulu (idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi) ve hukuki sonuç (yürütmenin durdurulması kararı verme) unsurlarından oluşan bağımsız bir normdur. Bağımsız norm niteliği taşıyan ara kararlardan bazıları çalışma konumuzun kapsamına girmektedir<sup>160</sup>.

### VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA BAĞIMSIZ NORMLARIN UYGULANMASININ DİĞER KOŞULLARI

İdare ve vergi yargılaması hukuklarında yer alan pek çok hukuki kurum yukarıda sergilenen iki bağımsız normun uygulanmasının "diğer koşulları"ni oluştururlar. Bu bağlamda, ehliyet, dava açma süresi, delil, duruşma, bilirkişi, keşif, görev gibi konuları düzenleyen yargılama normları, yukarıda ele alınan iki bağımsız normun uygulanabilmesinin -davranış koşulları dışındaki- "diğer koşulları"dır. Hatırlanacağı üzere, "diğer koşullar", bağımsız norm ile aynı önerme içinde değilse; başka bir anlatımla ayrı bir norm olarak düzenlendiyse "bağımlı norm" adını almaktadır. Vergi yargısı normları arasındaki çoğu çatışma bu tür bağımlı normlar arasında çıkmaktadır.

### VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA NORM ÇATIŞMALARININ ANALİZİ

Bu saptamalar ışığında vergi yargılaması normları arasındaki çatışmaların kısmi norm çatışmalarının ilk haline girdiği söylenebilir. Zira vergi mahkemelerinde görülen davalar kural olarak iptal davası olduğundan davranış koşulu ve hukuki sonuç kısımları idari yargılama usulü hukukundakiyle aynıdır. İdari yargılama normları ile vergi yargısı normları arasındaki asıl farklılık "davranış koşulu" ve "hukuki sonuç" (iptal yaptırımı) dışında kalan "diğer koşullar"dadır. Vergi yargılaması

hukukunda ehliyet, süre, ispat, duruşma gibi konulardan oluşan diğer koşullar VUK, AATUHK ve hatta 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda<sup>161</sup> yer almaktadır. Söz konusu bağımlı normlar İYUK veya 2576 sayılı BİİVMK'nda yer alan bağımlı normlarla çatışabilmektedir. Örneğin VUK m.378'deki sübjektif ehliyet koşulu ile İYUK m.2'deki sübjektif ehliyet koşulu çatışmaktadır. Her iki unsur da iptal yaptırımının uygulanmasını sağlayan "diğer koşullar" kapsamında yer almaktadır. Vergi yargılaması hukukundaki kısmi norm çatışmalarını şu şekilde örneklendirebiliriz:

### ÖRNEK<sub>4</sub>:

İdari yargılama usulü hukukuna göre iptal yaptırımına hükmedebilmesinin gösterimi	Vergi yargılaması hukuku hükümlerine göre iptal yaptırımına hükmedebilmesinin gösterimi
[a <sub>1</sub> ]Vb c	[a <sub>2</sub> ]Vb c
"Menfaati ihlal edilmiş kimseler tarafından tebliğini izleyen günden itibaren 60 gün içinde diğer koşulları sağlayarak iptal davasına konu edilen idari işlemler, hukuka aykırı ise, iptal edilir".	"VUK m.378'de sayılan kimseler tarafından tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içinde diğer koşulları sağlayarak iptal davasına konu edilen vergilendirme işlemleri, hukuka aykırı ise, iptal edilir".
[a <sub>1</sub> ]=İYUK'da iptal yaptırımına hükmedilebilmesi için gerekli diğer koşullar. Örneğin, ehliyet, davanın süresi içinde açılması gibi  (b) = davranış koşulu (İdari işlemin hukuka aykırı olduğunun saptanması) V= ve c <sub>1</sub> hukuki sonuç (yargı merciinin iptale hükmetmesi)	[a <sub>2</sub> ]=İYUK ve VUK'da iptal yaptırımına hükmedilebilmesi için gerekli diğer koşullar. Örneğin, ehliyet, davanın süresi içinde açılması gibi b= davranış koşulu (İdari işlemin hukuka aykırı olduğunun saptanması) V= ve c <sub>2</sub> hukuki sonuç (yargı merciinin iptale hükmetmesi)
AÇIKLAMA: Vergi mahkemelerinde görülenler kural olarak iptal davası olduğundan yargı merci, dava konusu idari işlemin hukuka aykırı olduğunu tespit ettiğinde işlemi iptal edecektir. Dolayısıyla İYUK m.2/1-a da yer alan davranış koşulu ve hukuki sonuç idari yargılama usulü hukukuyla aynıdır. Buna karşılık sübjektif ehliyet koşulu ya da ödeme emrinde olduğu dava açma süreleri <sup>161</sup> gibi diğer koşullar İYUK'daki koşullarla çatışmaktadır.	

Vergi hukukunda kısmi norm çatışması olduğu düşünülecek bazı durumlarda ise ortada herhangi bir norm çatışması bulunmamaktadır. Bu

160 Bkz. Kabahatler Kanunu m.27. Çatışmanın çözümü için bkz. Kabahatler Kanunu m.3 ve Ek m.1

161 Bkz. AATUHUK m.58

durum çatıştığı düşünülen normların üstlendikleri işlevlerin farklılığından kaynaklanmaktadır. Bu farklılığa koşut olarak normların özneleri de değişmektedir. VUK m.112/4 normu ile İYUK m.2/1-b normları arasındaki ilişki bu konuda çarpıcı bir örnektir. Zira VUK m.112/4<sup>162</sup> fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerde belirli tarihler arasında geçen süre için tecil faizi ödenmesi ödevini vergi idaresine yüklemektedir. Bu ödev, yargısal bir uyumsuzluğun çözümlenmesiyle bağlantılı değildir. Anılan norm özel bir idari usul yasası olan VUK'ta yer alan bir maddi hukuk normudur. Oysa tam yargı davalarını düzenleyen İYUK m.2/1-b yargılama normudur. Bu özelliği nedeniyle öznesi yargı merciidir.

Bununla birlikte VUK m.112/4 ile İYUK m.2/1-b normlarının çatışma içinde olup olmadığı tartışılabilir<sup>163</sup>. İYUK m.2/1-b, yargı merciine, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel haklar muhtel olmuş ise, bu hakların onarımı görevi vermektedir. VUK m.112/4 ise, vergi fazla veya yersiz tahsil edilmişse yükümlünün malvarlığında eksilme meydana geldiğini kabul etmektedir. Diğer bir anlatımla yasa koyucu anılan normla yükümlünün kişisel haklarının muhtel olduğunu öngörmüştür. Görüldüğü üzere her iki normun, öngördüğü hukuki sonuçların doğumu hukuka aykırı idari işlemlerden dolayı hakkın muhtel olmasına bağlanmıştır. Dolayısıyla mantıksal çatışmalar için temel unsur olarak belirlediğimiz davranış koşullarında aynılık VUK m.112/4 ve İYUK m.2/1-b bakımından gerçekleşmiştir.

Buna karşılık, her iki normun hukuki sonuçları ve diğer koşulları farklıdır. İYUK m.2/1-b'de kişisel hakkı onaracak yaptırım zararın nicelik ve

niteliğine göre serbestçe belirlenebilirken; VUK m.112/4'de ise tecil faizi yaptırım olarak belirlemiştir. Her iki normun diğer koşullarındaki farklılık ise normların kapsamlarıyla ilintilidir. İYUK m.2/1-b normunun uygulama alanını tüm idari işlem ve eylemler oluşturmaktadır. VUK m.112/4'ün kapsamına ise sadece fazla veya yersiz tahsil edilen vergiler (hukuka aykırı tarh işleminden doğabilecek bazı zararlar) girmektedir.

Buraya kadar ki açıklamalarımız İYUK m.2/1-b ile VUK m.112/4 arasındaki çatışmaların kısmi çatışmaların ikinci türüne girdiği izlenimini uyardırmaktadır. Ancak kesin sonuca ulaşmak için bu normlardan herhangi birinin uygulanmasının diğer normun ihlali sonucunu doğurup doğurmadığı tespit edilmelidir. Söz gelimi, tahsil edilen bir vergiye karşı açılan iptal davasında, aynı zamanda tahsil tarihi ile yargılamanın sonlanacağı dönem için gecikme faizi oranında bir tazminat talep edilmiş<sup>164</sup> ve yargı mercii faize hükmetmişse, VUK m.112/4 normu ihlal mi edilmiş olacaktır?<sup>165</sup>.

Kanaatimizce yargı mercii açılan davada faize hükmettiğinde VUK m.112/4 normunu ihlal etmiş olmaz. Zira yargı mercii, yargı normunu uygulamaktadır; VUK m.112/4 normunu ihlal edebilmesi için anılan normun bir yargılama normu olması gerekir. Ancak bu koşulla yargı mercii VUK m.112/4 hükmünü uygulayabilirdi. Halbuki, VUK m.112/4 hükmü vergi idaresinin fazla veya yersiz tahsil ettiği tüm durumlarda tecil faizi ödemesi öngören maddi hukuk normudur. Vergi idaresi bu ödevini ihmal ederse, bu durum ayrıca iptal davasına konu edilebilecektir. Görüldüğü üzere her iki normun vergi hukukundaki işlevi ve buna koşut olarak özneleri farklıdır. Bu nedenle de aralarında çatışma bulunmamaktadır. Yargı mercii, faiz talebiyle karşı karşıya geldiğinde VUK m.112/4 normu İYUK m.2/1-b'de kendisine verilen emri ortadan kaldırmadığından, tarh işleminin hukuka aykırılığını saptadığında faize hükmetmek zorundadır.

Bu saptamanın rahatsız edici sonuçlar doğurma olasılığı yadsınamaz. Zira İYUK m.12 uyarınca açılan bir davada yargı merciiinin faize

162 VUK m.112/4: "(Ek : 22/7/1998 - 4369/2 md. ; iptal: Anayasa Mahkemesi'nin 10/2/2011 tarihli ve E.: 2008/58, K.: 2011/37 sayılı Kararı ile.; Yeniden Düzenleme: 31/5/2012-6322/14 md.) Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müraacaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir".

163 Bu bağlamda İYUK m.28/6 ile VUK m.112/4 arasında çatışma bulunmadığını belirtmek gerekir. Zira her iki normun davranış koşulu farklıdır. İYUK m.28/6'nın davranış koşulu, "mahkeme kararlarının süresinde uygulanmaması"; VUK m.112/4'ünki ise "fazla veya yersiz vergi tahsil edilmiş olması"dır. Dolayısıyla her iki norm arasında mantıksal bir çatışma bulunmamaktadır. Öte yandan iki norm arasında gerçek çatışma bulunduğu da söylenemez.

164 Bu durumda İYUK m.12 uyarınca iptal ve tam yargı davalarının birlikte açıldığını kabul etmek gerekir.

165 İdari davalarda hükmedilen faizinin niteliği hakkında bkz. CANYAŞ, Oytun, "Vergi Davalarında Mükellef Lehine Hükmedilmeyen Faizin Tazminat Niteliği", **Danıştay Kararları Işığında Vergilendirme İlkeleri**, Ankara Hukuk Toplantıları, AÜHF Yayınları No:300, 2011, s.133-147.

hükmetmesi, vergi idaresinin VUK m.112/4 gereği iadeyi ikinci bir faiz ekleyerek yapma ödevini ortadan kaldırmamaktadır. Her iki norm da emredici normdur ve öznelinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır<sup>166</sup>. Ortaya çıkan bu sonucun herhangi bir yöntemle çözümünü pozitif hukuk bakımından olanaklı değildir. Her iki norm arasında çatışma olmadığından *lex specialis-lex posterior* gibi klasik yöntemlerle çatışmanın çözümü imkansızdır. Bu çerçevede çözüm, ancak mevzuatta yapılacak bir değişiklik ile iki norm arasında bağlantı kurularak mümkün olabilecektir<sup>167</sup>.

## SONUÇ

Norm çatışmaları hukuk teorisinin en karmaşık konularından biridir. Bu karmaşıklığa koşturarak norm çatışmaları hakkında öğretide pek çok yarar çeşitli görüşler ortaya koymuştur. Söz konusu yaklaşımların güçlü ve zayıf yanları bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmada norm çatışmaları yeniden tanımlanmış ve bu tanımlamaya dayalı yeni bir sınıflandırma yapılmıştır. Bize göre, norm çatışmaları, belirli bir ülkede belirli bir zamanda geçerli hukuk sisteminde yer alan iki normdan birinin diğerini ihlal etmeden uygulanamamasıdır. İki normdan birinin diğerini ihlal etmeden uygulanamaması her iki normun da aynı davranış koşullarına sahip olması veya farklı davranış koşullarına sahip olmasına göre iki başlık altında incelenebilir.

Birinci durumdaki çatışmalar, "mantıki çatışma"lardır. Mantıki çatışmalar da kendi içerisinde farklı türlere ayrılabilir. Bu çerçevede aynı davranış koşuluna sahip iki normun hem hukuki sonuç unsuru hem de farklı bir normda veya aynı norm içerisinde gösterilen diğer koşullarında farklılık olabilir. Bu olasılık çalışmada "tam norm çatışması" olarak adlandırılmıştır. Buna karşılık mantıki çatışma, aynı davranış koşuluna sahip iki

normun hukuki sonuç veya diğer koşullarında da ortaya çıkabilir. Çalışmada bu olasılık ise "kısmi norm çatışması" olarak ifade edilmiştir. Çatışan normların davranış koşullarındaki farklılığı esas alan ikinci durumda ise "gerçek çatışma" olarak adlandırılmıştır. Bu noktada çalışmada yapılan sınıflandırmanın vergi hukukuna özgü olmadığını; tüm hukuk dallarında norm çatışmalarının saptanmasında kullanılabileceğini belirtmekte fayda vardır.

Norm çatışmalarına saptamalar İYUK-VUK çatışmalarına aktarıldığında şu sonuçlara varılmıştır. Vergi yargılaması normları arasındaki çatışmalar mantıki çatışmalardır. Diğer bir anlatımla, vergi yargılaması normları arasında çatışmalar aynı davranış koşuluna sahip iki normdan birinin uygulanmasının diğerini ihlal etmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. VUK'ta yer yargılama normlarının büyük kısmı İYUK m.2/1-a'da yer alan bağımsız normun uygulanmasının koşullarını belirlemektedir. Dolayısıyla bu hükümler İYUK m.2/1-a'nın "diğer koşulları" ile ilgilidir. Öte yandan İYUK'un pek çok hükmü de İYUK m.2/1-a'nın uygulanmasıyla ilgili "diğer koşullar"ı ihtiva etmektedir. Vergi uyumsuzlukları arasındaki çatışmalar İYUK m.2/1-a bağımsız normunun uygulanmasını sağlayan "diğer koşullar"da çıkmaktadır. Bu nedenle vergi uyumsuzlukları arasındaki çatışmalar çalışmada önerilen sınıflandırmada "kısmi norm çatışması" kapsamı içerisinde yer almaktadır.

## KAYNAKÇA

- AKSOY, Şerafettin, **Vergi Yargısı Ve Türk Vergi Yargısı Sistemi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- ARAL, Vecdi, **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2471, İstanbul, 1978.
- BİX, Brian, **Jurisprudence**, Fifth Edition, Carolina Academic Press, North Carolina, 2009.
- CANDAN, Turgut, **İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi**, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- CANYAŞ, Oytun, **Yeminli Mali Müşavirlerin Vergisel Sorumluluğu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006
- CANYAŞ, Oytun, "Vergi Davalarında Mükellef Lehine Hükmedilmeyen Faizin Tazminat Niteliği", **Danıştay Kararları Işığında Vergilendirme İlkeleri**, Ankara Hukuk Toplantıları, AÜHF Yayınları No:300, 2011, s.133-147.

166 Bu tür rahatsız edici sonuçlar yasa koyucunun VUK'u ana işlevi dışında kullanmaya çalışmasından doğmaktadır. VUK, temel olarak bir idari usul kodudur. Bu çerçevede anılan Kanuna yargılama ve ceza normları gibi başka işlevleri olan normlar yerleştirmek hukuk sisteminin bütünlüğünü bozabilmektedir.

167 Örneğin İYUK m.12'de yapılacak bir düzenlemeyle fazla veya yersiz tahsil edilmiş davalarda ancak iptal davası sonuçlandıktan sonra faiz talebi konulu dava açılabilir (ki bu talep tam yargı davası açılması anlamına gelmektedir) hükmüne bağlanabilir. Dolayısıyla İYUK m.12'nin getirdiği iptal ve tam yargı davasını birlikte açabilme imkânı fazla veya yersiz vergiler için geçerli olmayacaktır. Şüphesiz ideal olan hukuka aykırı idari işlemlere karşı gündeme gelecek yargısal usuller arasında bu tarz ayrımlar yapmamaktadır.

- CANYAŞ, Oytun, **Vergi Normlarında İdarenin Takdir Yetkisinin Saptanması**, Mali Akademi, 2012.
- DWORKIN, Ronald, M. "The Model of Rules", **University of Chicago Law Review**, V.35, 1967-1968, s.14-46
- ELHAG, Abdullatif A.O/BREUKER, Joost, A.P.J./ BROUWER, Bob W., "On the Formal Analysis of Normative Conflicts", in H. Jaapvan den Herik et.al. (eds), *Legal Knowledge Based System*, **JURIX 1999**, The Twelfth Conference, Nijmegen: GNI, 1999, p.35-46
- GÖZLER, Kemal, "**Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**", Ekin Yayınevi, Bursa, 1999.
- GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, 9.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, 16. Bası, , Ankara, 2002.
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu**, US-AAncara,1996.
- HART, H.L.A., **The Concept of Law**, Second Edition, Calendon Law Series, New York, 1997.
- HANSEN, Jorgen, PIŁOZZI, Gabriella, VAN DER TORRES, Leendert, "Ten Philosophical Problems in Deontic Logic", **Dağstuhl Seminar Proceedings 07122 Normative Multi-agent Systems**, <http://drops.dagstuhl.de/opus/volltexte/2007/941>, (erişim tarihi: 7/8/2013)
- İŞIKTAÇ, Yasemin, METİN, Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, **Hukuk Normunun Mantıksal Analizi Ve Uygulaması**, 2. Basım, Filizkitapevi, İstanbul, 2004.
- KAMMERHOFER, Jörg, **Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective**, Routledge, New York, 2011.
- KARAKOÇ, Yusuf, **Vergi Yargılaması Hukuku**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.
- KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 3. Bası, Yetkin yayınları, Ankara, 2004.
- KEYMAN, Selahattin, **Hukuka Giriş**, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2010
- KUMRULU, Ahmet, **Vergi Yargılaması Hukukunun Kuramsal Temelleri**, Çoğaltma, Ankara, 1989.
- MOORE, Ronald, "The Deontic Status of Legal Norms", **Ethics**, Vol. 83, No. 2 (Jan., 1973), pp. 151-158
- MUNZER, Stephen, "Validity and Legal Conflicts", **The Yale Law Journal**, Vol.82, No.6, May 1973, s.1140-1174
- ONAR, S.S, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3.Bası, İstanbul, 1966.
- ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet, ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- ÖZLEM, Doğan, **Mantık**, Ara Yayıncılık, İstanbul, 1990.
- PECZENIK, Aleksander, **On Law and Reason**, Law and Philosophy Library Volume 8, Springer, 2008.
- RAZ, Joseph, "Legal Principles and Limits of Law", **The Yale Law Journal**, V.81, 1971-1972, s.823-854
- ROSS, Alf, **Law and Justice**, The Lawbook Exchange Ltd., 1959.
- ROYAKKERS, Lamber, DİGNUM, Frank, "Defeasible Reasoning with Legal Rules", in M.A. Brown and J.Carno, editors, **Deontic Logic, Agency and Normative Systems ( Workshops in Computing)**, pages 174-193, Springer-Verlag, 1996.
- SOYDAN YALTI, Billur, "**Uluslararası Vergi Anlaşmaları**", Beta Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.
- SÖZER, Ali Nazım, **Hukukta Yöntembilim**, Beta Yayınları, İzmir, 2008
- STELMACH, Jerzy, BROZEK, Bartosz, **Methods of Legal Reasoning**, Springer, Dodrecht, 2006.
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2005.
- VISSER, P.R.S., VAN KRALINGEN, R.W., "Reasoning about definitions in statutes": J.A.P.J. Breuker, R.V. De Mulder, J.C. Hage (eds.), *Legal knowledge based systems JURIX 91: Model-based legal reasoning*, The Foundation for Legal Knowledge Systems, Lelystad: Koninklijke Vermande, pp. 113-122, 1991.
- VRANES, Erich, "The Defination of Norm Conflict in International Law and Legal Theory", **The European Journal of International Law** Vol. 17, 2006, p.395-418
- ZORRILLA, David Martinez, "The Structure Of Conflicts Of Fundamental Legal Rights", **Law and Philosophy** (2011) 30:729-749





# Polisin Hukuka Uymak Konusundaki Gönülsüzlüğü Üzerine Bir Tartışma

Hakemli Makale

**Furkan KARARMAZ**

Arş. Gör. Furkan KARARMAZ, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi.

---

## ÖZET

---

Polis, modern devletin gelişim sürecinde ortaya çıkmıştır. Bu nedenle polis, modern devletin karakteristiklerinden biridir. Polis etkinliğinin toplumsal niteliği, polisin hangi ihtiyaçları karşılamak ve hangi boşluğu doldurmak üzere ortaya çıktığının incelenmesi ile belirlenebilir. Bu amaçla polisin ve polisi içerisinden çıkarmış olan jandarmanın ortaya çıktığı döneme bakmak faydalı olacaktır. Polis hukukun bir kısmını uygularken bir yandan başka kısımlarını ihlal edebilmektedir. Bu ihlallerin kişisel olmadığı bazı durumlarda genellik arz ettiği görülmektedir. Polisin hukuka uymak konusunda sorun yaşamasının nedenleri üzerine çalışmalar yapan siyaset ve hukuk sosyologları başlıca iki neden üzerinde durmuşlardır. Bunlar polisin siyasete bulaşması ve kurumsal yabancılaşmadır. Belirtilen durumlar bazı düşünürlerce polisliğin eksiklik ve kusurları olarak görülmektedir. Bazı düşünürler ise belirtilen durumların polisliğin doğası gereği ortaya çıktığını savunmaktadırlar.

### Anahtar Kelimeler

Modern devlet, polis, kurumsal yabancılaşma, polis şiddeti, iç güvenlik.

---

## ABSTRACT

---

### A DISCUSSION ON POLICE'S RELUCTANCY ABOUT ABIDING LAW

Police has emerged in the process of development of the modern state. For this reason police is one of the characteristics of the modern state. The social nature of policing can be determined by examining the needs that police met and the gaps that police filled. For this purpose, it will be useful to look at the period which police and gendarmerie emerged. While enforcing law, police can violate it as well. Other than personal violations, in some cases these violations can be general. Political and legal sociologists propose two main reasons for this contradiction: involvement in politics and institutional alienation. Certain thinkers evaluate these situations as deficiencies and misconducts of policing. But some thinkers argue that these situations are expected results of the nature of policing.

### Key Words

Modern State, police, institutional alienation, police violence, internal security.

## GİRİŞ

*“Her bağlamda ve her türlü şiddet biçimi karşısında değerlendirme yapmak, çok zor olmasına karşın bir o kadar da gereklidir.”<sup>1</sup>*

Modern devletin ve polis şiddetinin ortaya çıkışı, ortak bir sürecin sonucudur. Modern devletin ortaya çıkışını zorunlu kılan toplumsal ve ekonomik koşullar, polise duyulan ihtiyacı ortaya çıkaran koşullardır. Başka bir deyişle, bu süreçte ortaya çıkan ihtiyaçları karşılayan kurum ve sistemlerin toplamına biz bugün modern devlet demekteyiz. Bu bakımdan polisi ortaya çıkaran koşulları ve polisin üstlendiği işlevi anlamak, modern devletin işleyişini ve niteliğini anlamak yolunda büyük mesele kat etmemizi sağlayabilir.

Bu çalışma kapsamında polisin ne olması ya da ne yapması gerektiği üzerine düşünmek yerine polisin gerçekte ne yaptığının ipuçlarını arayacağım. Bu doğrultuda polis teşkilatının ve sonradan bünyesinden polis teşkilatını çıkaracak olan jandarma teşkilatının tarihine bakmak, bunların üstlendiği işlevi görmek bakımından faydalı olacaktır. Bunun ardından polisin hukuka uymak konusunda gösterdiği gönülsüzlüğün nedenlerini tartışacağım. Bu bağlamda bu halin, kurumun doğasına aykırı bir sorun olduğunu öne süren düşünürler ile tam aksine kurumun doğasının bu olduğunu öne süren düşünürlerin görüşlerini karşı karşıya getireceğim.

Şiddet ise, bu araştırma kapsamında, özneler arası ilişkilerin düzenini kuran veya mevcut düzeni koruyan bir yapıp-etme üslubu olarak ele alınacaktır.<sup>2</sup> Şiddetin birçok tanımı arasından bazı eksiklikleri olmasına rağmen bunu seçmek, polisi ve polis şiddetini anlamak bakımından büyük avantajlar sağlamaktadır. Hukuku kuran şiddet ve hukuku koruyan şiddet arasında bir sınır çizgisi değil bir belirsizlik mıntıkası (*zone of indistinction*<sup>3</sup>) bulunmakta ve polis eylemi de tam bu mıntıkada yer almaktadır.

1 KEANE, John, Şiddetin Uzun Yüzyılı, (çev. B. PEKER), 1. Basım, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1998, s. 93.

2 Benjamin'in ifadesiyle “hukuku kuran veya hukuku koruyan şiddet” olarak. BENJAMIN, Walter, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine”, (çev. E. GÖZTEPE), Şiddetin Eleştirisi Üzerine, (der. A. ÇELEBİ), 1. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 29.

3 Agamben'e ait olan bu kavram orijinal olarak sağ-sol, özel-kamusal, liberal-muhafazakâr gibi kategorilerin birbiri içinde çözülüp ayrılmaz hale geldiği alanları betimlemek amacıyla kullanılmaktadır. AGAMBEN, Giorgio, **Kutsal İnsan**, (çev. İ. TÜRKMEN), 1. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 13.

Şunu da belirtmek gerekir ki, polis şiddeti, hem siyaset hem hukuk felsefesinde tartışmalı, müphem ve çok kritik bir noktada bulunmasına rağmen, üzerine çok az çalışma yapılmış bir konudur. Polis alt-kültürü, polisin sosyalleşmesi, polis meslek yüksekokullarında kurum kültürünün etkisi, polisin şiddet algısı gibi konularda yapılan az sayıda çalışma da genelde anket tekniğinin kullanıldığı nicel deneysel araştırmalar şeklinde gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmaların çok az işlenmiş bu alandaki bilgi birikimine katkıları yadsınmaz, ancak çalışmaların geneline polistiğe dair muhafazakâr veya liberal anlayışların hâkim olması, kolluğun yapısal veya tarihsel analizine veya kolluğa dair siyaset felsefesi yaklaşımlarına hiç yer verilmemiş olması, bu alan üzerine eleştirel yaklaşımın gelişmediğini göstermektedir.

## POLİSİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Polis tarihi, jandarma tarihinin içerisinden başlanmaktadır ve o da “devletin inşasının, yani idarenin merkezileşmesi, bireylerin gözetim altına alınması ve meşru şiddetin tekelleşmesi ile gerçekleşen uzun sürecin tarihi içerisinde yerini bulur.”<sup>4</sup> Bu süreç, feodal düzenin çözülüp, modern devletin ortaya çıkış sürecidir.

İktidar gücünün, çok sayıda iktidar sahibince, özellikle sahip olduğu askeri gücün düzeyi oranında paylaşıldığı feodal düzen, bu iktidar sahiplerinin birbirlerine karşı sorumlulukları, birbirleri üzerinde yetkileri, kısaca bunlar arasındaki karmaşık ilişkiler ağından ibaret görünmektedir.<sup>5</sup> Bu düzenin çöküşünün ve değişiminin muharrik gücünü oluşturan ekonomik gelişmeler bu çalışmanın konusuna dâhil değil, ancak modern devlet üzerine belirteceğim, bu ekonomik koşulların talep ettiği iktidar yapısını da kısaca ortaya koyacaktır. Bu yapı, gücün ve şiddetin merkezileştiği, yoğunlaştığı ve bunun sonucunda toplumun mutlak olmamakla birlikte önemli oranda edilgenleştiği bir yapıdır<sup>6</sup>. Bu halde bireyler,

4 WEBER, Max, **Le Savant et Le Politique**, Paris, Plon, 1959'dan aktaran Jean-Noël Luc, “Fransız Jandarma Teşkilatının Tarihi Hakkındaki Araştırmaların Gelişimi”, (çev. E. ÖKTEM), **Jandarma ve Polis: Fransız ve Osmanlı Tarihciliğine Çapraz Bakışlar**, (der. N. LÉVY, vd.), 1. Basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2009, s. 27.

5 PIERSON, Christopher, **Modern Devlet**, (çev. N. KUTLUĞ ve B. ERDOĞAN), 1. Basım, Çivi Yazıları Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 26.

6 PIERSON, 2011, s. 26.

gündelik hayatlarında fiziksel şiddeti kullanma ve hatta çoğu zaman denetleme veya bertaraf etme imkânından yoksundurlar. Devletin şiddet olaylarının gündelik yaşamdan silineceğine dair verdiği güvence de aslında, çok daha sert ve bireylerin karşı koymasının imkânsız olduğu bir şiddetin gerçekleşeceği tehdididir.<sup>7</sup> Fakat böyle bir güvencenin varlığı şiddetin gündelik yaşamdan tamamen silinmesini sağlamamaktadır. Hatta devlet de şiddetin kontrol altında olduğu intibainın oluşmasından yana değildir. Şiddetin hala her an her yerden fırlayabileceği hissi, devletin şiddet tehdidini ve uygulamasını meşrulaştırması bakımından sürekli pekiştirilmektedir.<sup>8</sup>

Bu yapının ortaya çıkışının toplumun edilgenleştirilmesini hem amaçladığını hem de şart koştuğunu belirtmişim. Bu noktada, devletlerin tebası olan büyük kitlelerin edilgenleştirilmesi, sadece yönetmek ile mümkün olmadığından, devletin artık yöneteceği toplumu yaratmak zorunluluğu ile de karşı karşıya kaldığı görülmektedir.<sup>9</sup> Sadece cezalandırmak, *a posteriori* olması nedeniyle tehditleri engellemediğinden, tehditleri henüz oluşmadan engellemek amaçlanmış, bu amaç doğrultusunda topluma nüfuz edebilecek iç güvenlik örgütleri oluşturulmaya başlamıştır.

Burada bir parantez açmak gerekiyor. Literatürde, polis üzerine yapılan tartışmalardan biri ve en önemlisi tam burada, bu noktada başlanmaktadır. Bu noktada alınan tavra göre de söz konusu çalışmanın tabiri caizse rengi belli olmaktadır. Bu geleneğe uyarak ben de henüz kapıda belirtmeliyim ki resmi söylemle paralellik arz eden ve "*polis suçluları yakalayıp adalete teslim eder*" şeklinde özetlenebilecek kabulü bu çalışmanın müspet kuramsal referansları arasına almadım. Zira polisin ortaya çıkışına yönelik elde ettiğim tarihsel bilgiler bu görüşü temelsiz bırakmaktadır.

İngiltere'de, kolonilerdeki tacirlerin korunması, kölelerin ve işgücünün kontrolü amacıyla kurulmuş ilk polis teşkilatının<sup>10</sup> ardından ancak kırk yıl sonra görevi -hakikaten- suçluları

yakalayıp adalete teslim etmek olan 'dedektiflik' sisteminin oluşturulmuş olması<sup>11</sup>; Fransa'da 1825-1900 yılları arasında polise ayrılan bütçe payının en yüksek olduğu yılların, suç oranının değil devlet üzerindeki baskının arttığı yıllar olması<sup>12</sup>; ABD'de ilk polis teşkilatının 1835 yılında Meksika sınırında yoksul göçmenlerin çıkarttığı sorunlar üzerine ve ikincisinin de 1905 yılında Pennsylvania'daki kömür ve demir işçilerinin grevlerinin bastırılması amacıyla kurulmuş olması<sup>13</sup> vb. bilgiler modern polis teşkilatının işlevinin ve varlık amacının suç ve suç oranlarının artışıyla açıklanamayacağını göstermektedir.<sup>14</sup> Polis, hem etkinliğinde hem de imge olarak çok daha fazlasını içermektedir. Baudrillard terminolojisine atıfta bulunarak polisin devletin *ikonası* olduğunu söyleyebilir ya da ayaklarımı yere biraz daha sağlam basarak özellikle Kıta Avrupası'nda polis ve toplum düzeninin birbiriyle örtüşen anlamlara sahip olduğu görüşüne katılabilirim.<sup>15</sup> Bu perspektifte polis, tıpkı ulusal eğitim gibi devletin topluma nüfuz etmesinin en etkin araçlarından biri olarak yorumlanmaktadır. Buna göre polisin kullanmaya yetkili olduğu idari güç, istenilen davranış ölçütlerini tebaaya aşlamak ya da mevcut durumu sürdürmeye çalışmak amacını da taşımaktadır.<sup>16</sup> "İstenilen davranış ölçütlerini kazandırma" ifadesini başka bir yerde eğitimin tanımı olarak görmek şaşırtıcı olmaz sanırım. Giddens'in "Disiplin prosedürlerinin ve resmi amirliğin, bazı davranış özelliklerini ona tabi olanlara aşlamak ya da sürdürmeye çalışmak için kullanılmasından türeyen şey"<sup>17</sup> şeklindeki idari

7 BAUMAN, Zygmunt, **Modernity and the Holocaust**, Oxford, 1993, s. 12-18, 27-30, 107-111'den aktaran KEANE, 1998, s. 42.

8 KEANE, 1998, s. 64.

9 PIERSON, 2011, s. 81.

10 ÇELİKSU, Sinan, **Siyaset Bilimi Yaklaşımı İle Polis Kurumu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 32.

11 PALMER, Stanley H., **Police and the Protest in England and Ireland, 1780 - 1850**, Cambridge, Cambridge University Press, 1981'den aktaran ERGUT, Ferdan, "Polis Çalışmaları İçin Kavramsal Bir Çerçeve", **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 34, Sayı:1, s. 73.

12 GILLIS, A. R. "Crime and State Surveillance in Nineteenth Century France", **American Journal of Sociology**, 1989, Vol. 95, No: 2'den aktaran ERGUT, 200, s. 74.

13 WEINER, N. L., "Modern Policing", **Policing in America**, (ed. D. W. POPE ve N. L. WEINER) London, Croom Helm, 1981'den aktaran ÇAĞLAR, Ali, "Polis ve Polisliğin Ortaya Çıkışı" **Polis Bilimleri Dergisi**, Yıl: 1999, Cilt: 1, Sayı: 4, s. 128.

14 Polis teşkilatının ortaya çıkışı ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. ERGUT, Ferdan, **Modern Devlet ve Polis**, 1. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.

15 FORSTENZER, Thomas, **French Provincial Police and the Fall of the Second Republic**, Princeton, Princeton University Press, 1981'den aktaran ERGUT, "2001, s. 60.

16 ERGUT, 2001, s. 59.

17 GIDDENS, Anthony, **Ulus Devlet ve Şiddet**, (çev. C. ATAY), 1.

güç tanımını da buraya eklenince polis, eğitim ve disiplin ilişkisi iyice dikkat çekici ancak bir o kadar da müphem olmaktadır. Böylece polisin ideolojik bir işlevinin olduğu da kabullerim arasında yerini almış oluyor.

Elimizdeki tarihsel verilere baktığımızda, polisin tam da işçilere ve diğer sıradan insanlara politik hakların verilmeye başlandığı bir sürecin içinde şekillendiğini görmekteyiz. On dokuzuncu yüzyılın sonlarına doğru, toplumsal olaylara ve protesto gösterilerine müdahale yetkisinin verilmesi ile de modern polisin artık tam manasıyla ortaya çıktığı görülmektedir.<sup>18</sup>

Türkiye için bu sürecin Osmanlı Devleti'nde 1869'da bir nizamname ile, taşrada meydana gelen suçları işleyenleri tespit etme, tutuklu ve hükümlüleri nakletme, karakol bekçiliği, devriye gezme, yangınlara müdahale etme, postaları korumaya, gümrük güvenliğini sağlama gibi görevleri olan asakir-i zabtiye'nin kurulmasıyla başladığını söylemek mümkün.<sup>19</sup> Belirtmek gerekir ki bu ilk adımlar, özellikle İngiltere olmak üzere Avrupa devletlerinin baskıları sonucunda ortaya çıkmıştır. Buradaki amaç da Osmanlı Devleti üzerindeki ekonomik hâkimiyetin verimliliğini arttırmak olarak görülmektedir.

Avrupa örneğinde görüldüğü gibi Osmanlı'da da Asakir-i Zabtiye, ilgili nizamnamede belirtilenin aksine, taşra halkı ve köylüler için büyük önem arz eden küçük hırsızlık gibi suçlarla hiç ilgilenmemiştir.<sup>20</sup> Bu birlikler ağırlıklı olarak kamu düzenine ve büyük mülkiyete yönelik suçlarla mücadeleyle meşgul olmuş ve vergi tahsilâtı ve eşkiya takibi gibi işlerde kullanılmıştır.<sup>21</sup> Bu haliyle bu süreçte Osmanlı Devleti'nin bir satılık devleti olmak, başka bir deyişle modernleşmek gibi bir yetinin olmadığı ve devletin, sınırları içerisindeki her yere nüfuz etmesinin ilk aracı olan Asakir-i Zabtiye'nin misyonunun da, taşra halkına güvenlik

ve huzur getirmek değil taşranın kolonizasyonunu sağlamak olduğu görülmektedir.<sup>22</sup>

Osmanlı Devleti'nde iç güvenlik ve denetleme mekanizmalarının, iç dinamikler etkisiyle dönüşme uğraması ancak İttihat ve Terakki'nin iktidar gücü kazanması ve "milli iktisat" anlayışının bu dönemde yönetime hâkim olmasıyla başlamıştır.<sup>23</sup> Bu dönemde yerli burjuva sınıfı oluşmaya başlamış ve batının "tehlikeli sınıfları" "muzır eşhas" tabiri ile Türk siyasetine girmiştir.<sup>24</sup>

Cumhuriyetin kurulmasından sonra, polisin "profesyonelleştirilmesi" alanında çalışmalar yapılmaya başlanmış, ancak 1937 yılında Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun çıkarılmasına kadar geçen süreçte bu alanda önemli değişiklikler gerçekleştirilmemiştir. Polis teşkilatının merkezileştirilmesi ise ancak bu kanunla tamamlanabilmiştir. Bundan sonra, 1965'te toplum polisi oluşturulmuş, 1982'de bunun yerine çevik kuvvet kurulmuş, 1986'da özel harekât ve anti-terör timlerinin kurulmasıyla da Türk polis teşkilatı bugünkü haline ulaşmıştır.<sup>25</sup>

## GÖNÜLSÜZLÜK

Polislik, görünen o ki, bir etkinliktir. Polis etkinliği, hukukun veya idarenin genel prensiplerine değil tüzüklere bağlı olması nedeniyle bu etkinliğin teorisini yapmaya çalışanlardan çok daha hızlı değişir ve o anın şartlarına ayak uydurur.<sup>26</sup> Bunun da ötesinde çoğu zaman anın şartlarını belirleme niyetindedir. Ancak bu hal, polisin teorisini yapmaktan vazgeçmeyi değil tam aksine daha dinamik bir biçimde bu meselenin üzerine gitmeyi gerektirir. Zira bu başarılmadıkça, polisin hukuka uymak, adil olmak gibi konularda gösterdiği gönülsüzlükle baş etmek mümkün görünmemektedir.<sup>27</sup>

Polisin bu gönülsüzlüğü hakkında siyaset felsefecileri, siyasete bulaşma ve yabancılaşma olmak üzere iki temel neden ortaya koymuşlardır. Bu düşünürlerin görüşleri, ortaya konan nedenlerin beklenmedik, olağanüstü sorunlar olduğunu

Basım, Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2008, s. 224.

18 TILLY, Charles, **Kolektif Şiddet Siyaseti**, (çev. S. ÖZEL), 1. Basım, Phoneix Yayınevi, Ankara, 2009, s. 317.

19 ÖZBEK, Nadir "Tarih yazıcılığında Güvenlik Kurum ve Pratiklerine İlişkin Bir Değerlendirme", **Jandarma ve Polis: Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar**, (der. N. LÉVY, vd.), 1. Basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2009, s. 10.

20 UZER, Tahsin, **Makedonya Eşkiyalık Tarihi ve Son Osmanlı Yönetimi**, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1979, s. 24-50'den aktaran ÖZBEK, 2009, s. 12.

21 ÖZBEK, 2009, s. 13.

22 ÖZBEK, 2009, s. 16.

23 Ferdan ERGUT, 2001, s. 61-63.

24 Ferdan ERGUT, 2001, s. 62.

25 KARAKAŞ, Mehmet, "Türk Polisinin Şiddet Algılaması", **Ege Üniversitesi Sosyoloji Dergisi**, Yıl: 2004, Sayı: 12-13, s. 84.

26 MILLIOT, Vincent, "Bir Tarihyazım Denemesi: Yeni Bir Polis Tarihine Doğru mu?", çev. Burak ONARAN, **Jandarma ve Polis: Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar**, (der. N. LÉVY, vd.), 1. Basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2009, s. 92.

27 MILLIOT, 2009, s. 107.

ya da tam tersine polis etkinliğinin doğasının bunları gerektirdiğini ve içerdiğini savunmak bakımından ikiye ayrılmış olsalar da, polisin gerçekte neye benzediğini ortaya koymak bakımından bize faydalı olacaklardır.

Öncelikle siyasete bulaşma konusunu ele alalım. Türk emniyet teşkilatına baktığımızda polisin çalışmalarını yönlendirecek olan politika ve kararların, merkezde, Emniyet Genel Müdürlüğü'nce alındığını görüyoruz. Emniyet Genel Müdürü ise İçişleri Bakanı tarafından üçlü kararname ile atanmakta ve İçişleri Bakanlığı'na karşı sorumlu olmaktadır. Bu haliyle polis, hükümetin bir parçasıdır. Hükümetin siyasetinin polis üzerinde etkili olmaması bu halde düşünülemez. Hükümetin politik pozisyonu ister istemez, bu merkeziliğin yarattığı kolaylık ile polisi de etkisi altına alacak, polisi siyasi bir araç haline dönüştürebilecektir. Üstüne üstlük polis memurları da zamanla, oy kaygısı güden, kamuoyu gözünde meşru olmayı varlığının garantisi olarak gören bir hükümetin en göz önündeki ve halka nüfuz etme bakımından etkin aracı olma haline ayak uydurmak zorunda kalacaklardır.<sup>28</sup> Bu durum da hükümet doğrudan müdahale etmese dahi polisin politik bir sorumluluk taşıdığını düşünerek siyasete bulaşmasına sebep olacaktır. Bir partinin zor kullanma aracına dönüşen polis teşkilatı içerisinde, bu hali adil bulmayan memurlar dahi görevde ilerleme hatta görevine devam edebilme kaygısı ile bu duruma ayak uydurmaya mecbur kalabileceklerdir.<sup>29</sup> Ayrıca, kamuoyu denetiminin ve sivil toplumun yönetime katılımının zayıf olduğu ülkelerde ve tabii ki ülkemizde, meşru görülen resmi ve örgütlü bir şiddet biçimine katılmak politik güç veya tatmin sağlama bakımından da çekici olacaktır. Bu halde bu şiddetin katlanarak artması kaçınılmazdır.<sup>30</sup> Keza devrim, geniş çaplı reform veya -Türkiye'deki gibi- devletin yeniden inşası gibi süreçlerde ve özellikle bu dönüşümlerin dirençle karşılaşmasının söz konusu olduğu durumlarda polisin siyasete bulaşması ve uyguladığı şiddetin katlanması kuvvetle muhtemeldir.<sup>31</sup>

Siyasete bulaşmanın polisin etkinliğinde bozulmaya veya yozlaşmaya neden olduğunu dile getiren argümanları böylece özetleyebiliriz. Bu argümanlara karşı siyaset bilimcilerinin bir kısmı ise, siyasete bulaşmanın, polis etkinliğinin, koşullara bağlı, olağanüstü veya istenmeyen bir yönü ya da bir yozlaşma hali olmadığını, aksine olağan ve beklenen bir durum olduğunu öne sürmektedir. Bu düşünürlere göre polisin, egemenliğin sürdürülmesi genel amacı içerisinde üstlendiği misyon siyasete bulaşmayı hatta siyaset yapmayı da içerir. Basitleştirecek olursak "polis neden siyasete bulaştı" diye sormak ile "bu uçağın neden kanadı var" diye sormak bu görüşü savunan düşünürlere göre aynı derecede mantıksızdır.

Bu görüşteki düşünürlere biri olan Cox'a göre polis siyasete bulaşmış veya politikleşmiş değildir. Polis zaten politika üreten bir mekanizmadır. Polis hangi kanunun, ne ölçüde, kime karşı ve hangi ortamda uygulanacağı konusunda politikalar üretmektedir.<sup>32</sup> Bunu da siyasete bulaştığı için değil, görevinin bir parçası olduğu için yapmaktadır. Bu halde, kanun ne kadar tarafsız olursa olsun, polisin takdir hakkı ve dolayısıyla siyaset yetkisi vardır. Kanunun ne olduğuna ise, kâğıdın üzerine harfleri koyanlar değil, onları yorumlayan ve uygulayan olan polisler karar vermektedirler.

Hukuku korumak ve bizzat hukuku kurmak yetkileri arasında gidip gelmeyi sağlayan bu esneklik, polisin yasanın bıraktığı her boşlukta hukuku icat etmesini, boşluk olmayan durumlarda da yasayı kendisine mal etmesini mümkün kılar.<sup>33</sup> Polisin bu karakteri, egemenlik gücünü elinde bulunduranlarca kullanılması her an mümkün olan bir yetkinlik oluşturur. Egemenin veya daha da daraltırsak hükümetin de bu esnekliğe ihtiyacı vardır. Hükümet, polis vasıtasıyla, anayasa ile verdiği hakların asıl ve gerçek sınırlarını ortaya koyar.<sup>34</sup> Ayrıca bir hükümetin baskıcılığı hiçbir zaman doğrusallık arz etmez. Bir hükümet hiçbir zaman kesin ve net bir biçimde az baskıcı veya çok baskıcı değildir. Hükümetin üslubu her zaman seçicidir. Bazı

28 MILLIOT, 2009, s. 106.

29 GÜLTEKİN, Recep / ÖZCAN, Yusuf Ziya, "Türkiye'de Polis ve Politika İlişkisi", **Polis Bilimleri Dergisi**, Yıl: 1999, Cilt: 1, Sayı: 4, s.71.

30 TILLY, 2009, s. 73.

31 BAYLEY, David, "Police and the Political Development in Eu-

rope", **The Formation of National States in Western Europe**, ed. Charles TILLY, Princeton, Princeton University Press, 1975, s. 361'den aktaran Ferdan ERGUT, 2001, s.68.

32 GÜLTEKİN / ÖZCAN, 1999, s. 71.

33 DERRIDA, Jaques, "Yasanın Gücü, Otoritenin Mistik Temeli", (çev. Z. DİREK), Şiddetin Eleştirisi Üzerine, (der. A. ÇELEBİ), 1. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 104.

34 ERGUT, 2001, s. 67.

kesimlere baskı uygular, bazı kesimleri hoş görür ve bazılarını ise bizzat destekler.<sup>35</sup> Bu bileşim her-kese eşit uygulanacak yasalar koymakla asla elde edilemeyeceğinden hükümet esnek araçlara ihtiyaç duyar. Benjamin bu esnekliğin baskı yönünde kullanıldığı durumu şöyle ifade etmektedir:

“Aslında kolluk gücünün ‘hukuku’, devletin her ne pahasına olursa olsun ulaşmaya çalıştığı ampirik amaçlarını, belki çaresizlikten, belki de her hukuk düzenindeki iç bağlantılardan dolayı, artık hukuk düzeni aracılığıyla güvence altına alamadığı noktayı ifade eder. Bu nedenle kolluk gücü, hukuksal amaçlarla hiçbir ilgisi olmadığı halde yurttaşları zorbaca taciz ederek idari düzenleyici işlemlerle örgütlenmiş hayatlarına karışmadığı ya da onları açıkça izlemediği durumlarda, açık bir yasal düzenlemenin olmadığı pek çok olaya ‘güvenlik sebebiyle’ müdahale eder.”<sup>36</sup>

Polisin, yasaya uymada veya adil davranmadaki gönülsüzlüğünü anlamak için başvurulan diğer bir kavram da yabancılaşma ve özellikle de kurumsal yabancılaşma kavramıdır. Baudrillard’a göre kurumsal yabancılaşma, kurumun, yasaları veya başka türlü hukuksal makamları umursamayıp doğrudan kendi işinin ya da bu işi yürütürken uyguladığı yöntemlerin üslubunu göz önünde tutmasıdır.<sup>37</sup> Bu tanımı polise uyguladığımızda, işini yürütürken kullandığı ağırlıklı üslubu şiddet olan bir kurum karşımıza çıkar. Bu halde polis, yabancılaşması sonucunda, hukuksal makamları, yasaları göz ardı edecek, şiddetin kurallarını (ya da kural-sızlığını) başvuru noktası olarak alacaktır. Yasanın, ya da yasal makamların olmadığı, sadece şiddetin belirleyici olduğu bir ortamda da polis, ülke içinde şiddeti uygulayan birincil mekanizma olması nedeniyle “devlet benim” hatta “ben devletim” deme hakkı ve görevini kendisinde görecektir. Yabancılaşma arttıkça, polis kendisini ülkenin tek sahibi ve milletin menfaatlerinin tek koruyucusu sayacaktır. Yine, tek başvuru noktasının şiddet

olması sebebiyle, toplumdaki farklılıkları dostlar ve düşmanlar olarak iki gruba ayırabilecektir.<sup>38</sup> Hatta dostlar ve düşmanlar ayrımı bile bu noktada çoğulcu kalabileceğinden doğrudan biz ve onlar şeklinde tekçi bir ayrıma gidilebilecektir.

Tıpkı politikleşmenin kurumun bir eksikliği olarak görülemeyeceğini savunan düşünürler gibi Baudrillard da kurumsal yabancılaşmanın, kurumun bir eksikliği olmadığını savunmaktadır. Ona göre bu tür bir yabancılaşma, kurumun “tamamlanmamış bir proje” olmasından ya da doğasına henüz ulaşamamasından kaynaklanmamakta, tam aksine kurum aşırı gerçekleştiği için ortaya çıkmaktadır.<sup>39</sup> Ona göre kurum “bir hiper-gösterilen haline gelmiş, noktasal anlam için işlevsiz kılınmıştır.”<sup>40</sup> Ancak bu ifadedden Baudrillard’ın kurumun yabancılaşmış halinden ayrı olarak noktasal bir anlamı olduğunu öne sürdüğü de çıkarılabilmektedir. Bu açıdan bakınca Baudrillard’ın yabancılaşmayı kurumun anlamına ve doğasına ilişkin görmediğini savunmak da mümkün görünüyor. Bu konu tartışmaya açıktır. Ancak bu durum, Baudrillard’ın kurum hakkındaki görüşlerinin, “polisin gerçekte ne yaptığı” şeklindeki sorunsalını irdeleme yolunda, çalışmama yaptığı katkının değerini değiştirmemektedir.

## SONUÇ YERİNE

Modern devletin gösterilen niteliklerinden biri, kurumların toplumu korumak adına birbirlerini dengeleyecek nitelikte oluşturulmasıdır. Ancak aslında, toplumun topluma karşı kurumlarca ve hatta (kurumların -öngörülen veya öngörülme-yen- yozlaşması ve yabancılaşması sonucunda) kurumların topluma karşı kurumlarca korunması söz konusu olmaktadır.

Tarihe baktığımızda, sosyal ve ekonomik gelişmelerin zorlamasıyla devletin toplumun tamamına ve derinlemesine nüfuz etme çabalarının ortaya çıktığını ve bu çabalarla eşzamanlı olarak iç güvenlik mekanizmalarının evrim geçirdiğini görüyoruz. Bu evrim içerisinde ordu içerisinde jandarmayı çıkarmış ve jandarmanın bünyesinden de polis meydana gelmiştir. Son ikisinin ortaya çıkış süreçleri ve ilk dönemlerindeki işlevleri ise, bize bunların öncelikle siyasal ve ekonomik gücü

35 TILLY, Charles, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**, (çev. K. EMİROĞLU), 1. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2001, s. 99.

36 BENJAMIN, 2010, s. 28.

37 BAUDRILLARD, Jean, **Kötülüğün Şeffaflığı**, (çev. I. ERGÜDEN), Ayrıntı, İstanbul, 1998’den aktaran, KÖKSAL, Emrah, “Kurumsal Yabancılaşma”, **Polis Bilimleri Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 12, Sayı: 2, s. 118.

38 KÖKSAL, 2010, s. 112.

39 KÖKSAL, 2010, s. 115.

40 KÖKSAL, 2010, s. 114.

elinde bulunduranların çıkarı yönünde çalıştıklarını gösteriyor. Ancak vatandaşların güvenliğinin de bu mekanizmaların görevlerine dâhil olduğu deneysel olarak kolayca ispatlanabilir. Bu bakımdan polisin ve jandarmanın ikili bir karaktere sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Polisin yasalara uymak, insan haklarına saygılı olmak ya da özetle adil davranmak konusundaki gönülsüzlüğünün nedenlerine baktığımızda, bu gönülsüzlüğün polisin niteliğinin ve etkinliğinin bir parçası olduğu görüşünün ağırlıklı olduğunu gördük. Dönemden döneme düzeyi değişebilse de bu gönülsüzlüğün polisliğe içkin olduğunu savunmak belirtilen görüşler ışığında makul görünmektedir. Bu halde bu gönülsüzlüğün yarattığı ölümcül derecede olumsuz sonuçların ve hak ihlallerinin önünün alınmasının, bir dönemin polise uygulamalarının veya emniyet anlayışının eleştirilmesi ile asla mümkün olmayacağı açıktır. Polisin bu hali, tüm alanlarına nüfuz ederek yaşamı yok etmeyi ve yönetilmeye en uygun biçimde yeniden yaratmayı öngören bir siyaset anlayışının uzantısıdır. Günümüz siyasetine hâkim olan bu anlayışın çeşitli görünümelerini ele alıp eleştirmek, çözümün bütünlüklü ve temelden bir eleştiriyi zorunlu kıldığını akıldan çıkarmamak şartıyla anlamlı bir çaba olabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bu çalışmadakiler de dâhil olmak üzere, polis üzerine belirtilen kuramsal tezler, mutlaka ampirik çalışmalar yapılarak değerlendirilmeli ve yorumlanmalıdır. Türkiye’de bu alan fazlasıyla ihmal edilmiştir. Akademinin polis etkinliğinin dinamizmine yetişmesi bu alandaki ampirik çalışmaların sayısı artmadığı sürece mümkün görünmemektedir.

#### KAYNAKÇA

- AGAMBEN, Giorgio, **Kutsal İnsan**, (çev. İ. TÜRKMEN), 1. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 13.
- BENJAMIN, Walter, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine”, (çev. E. GÖZTEPE), Şiddetin Eleştirisi Üzerine, (der. A. ÇELEBİ), 1. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2010.
- ÇAĞLAR, Ali, “Polis ve Polisliğin Ortaya Çıkışı” **Polis Bilimleri Dergisi**, Yıl: 1999, Cilt: 1, Sayı: 4.
- ÇELİKSU, Sinan, **Siyaset Bilimi Yaklaşımı İle Polis Kurumu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- DERRIDA, Jaques, “Yasanın Gücü, Otoritenin Mistik Temeli”, (çev. Z. DİREK), Şiddetin Eleştirisi Üzerine, (der. A. ÇELEBİ), 1. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2010.
- KÖKSAL, Emrah, “Kurumsal Yabancılaşma”, **Polis Bilimleri Dergisi**, 2010, C. 12, S. 2.
- ERGUT, Ferdan, “Polis Çalışmaları İçin Kavramsal Bir Çerçeve”, **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 34, Sayı:1.
- ERGUT, Ferdan, **Modern Devlet ve Polis**, 1. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- GIDDENS, Anthony, **Ulus Devlet ve Şiddet**, (çev. C. ATAY), 1. Basım, Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2008.
- GÜLTEKİN, Recep / ÖZCAN, Yusuf Ziya, “Türkiye’de Polis ve Politika İlişkisi”, **Polis Bilimleri Dergisi**, Yıl: 1999, Cilt: 1, Sayı: 4.
- KARAKAŞ, Mehmet, “Türk Polisinin Şiddet Algılaması”, **Ege Üniversitesi Sosyoloji Dergisi**, Yıl: 2004, Sayı: 12-13.
- KEANE, John, Şiddetin Uzun Yüzyılı, (çev. B. PEKER), 1. Basım, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1998.
- KÖKSAL, Emrah, “Kurumsal Yabancılaşma”, **Polis Bilimleri Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 12, Sayı: 2.
- LUC, Jean-Noel, “Fransız Jandarma Teşkilatının Tarihi Hakkındaki Araştırmaların Gelişimi”, (çev. E. ÖKTEM), **Jandarma ve Polis: Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar**, (der. N. LÉVY, vd.), 1. Basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2009, s. 27.
- MILLIOT, Vincent, “Bir Tarihyazım Denemesi: Yeni Bir Polis Tarihine Doğru mu?”, çev. Burak ONARAN, **Jandarma ve Polis: Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar**, (der. N. LÉVY, vd.), 1. Basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2009.
- ÖZBEK, Nadir “Tarihyazıcılığında Güvenlik Kurum ve Pratiklerine İlişkin Bir Değerlendirme”, **Jandarma ve Polis: Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar**, (der. N. LÉVY, vd.), 1. Basım, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2009.
- PIERSON, Christopher, **Modern Devlet**, (çev. N. KUTLUĞ ve B. ERDOĞAN), 1. Basım, Çiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2011.
- TILLY, Charles, **Kolektif Şiddet Siyaseti**, (çev. S. ÖZEL), 1. Basım, Phoneix Yayınevi, Ankara, 2009.
- TILLY, Charles, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**, (çev. K. EMİROĞLU), 1. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2001.





# “Equitable Estoppel And CISG”

Peer-Reviewed Article

**Talya Uçaryılmaz**

Bilkent University, LL.M

---

## ABSTRACT

---

Equitable estoppel is one of the most important doctrines in the Common Law Jurisdictions. The concept of estoppel which can be seen as one of the crucial principles of the public international law and the international commercial law, is aimed to protect one party from being harmed as a result of the other party's contradictory deeds, statements or promises. Although the Civil Law does not contain an estoppel doctrine, it contains several basic principles that serve to the same goal which can be summarized as to achieve justice through equity. This study examines whether the doctrine of equitable estoppel can be found compatible with the CISG (The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) which targets to facilitate international trade and to create uniformity in its application.

### Key Words

CISG, venire contra factum proprium, equitable estoppel, promissory estoppel, protection of reliance

---

## ÖZET

---

Equitable estoppel Common Law Sistemi'ne dahil olan yargı çevrelerince benimsenen en önemli doktrinlerden biridir. Devletler genel hukuku ile uluslararası ticaret hukukunda mevcut olan can alıcı ilkelerden birisi olarak görülebilen “estoppel” kavramı, bir tarafın çelişkili eylem, beyan ya da vaatlerinden dolayı karşı tarafın zarar görmesini engelleme amacı taşımaktadır. Söz konusu doktrin Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemi'nde yer almamakla birlikte, bu hukuk sistemi de “estoppel” ile aynı amaca hizmet eden çeşitli temel ilkeleri içerisinde barındırır. Bu çalışmada “equitable estoppel” doktrininin uluslararası ticareti kolaylaştırma ve uygulamada yeknesaklık sağlama amacını taşıyan “CISG” (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) ile bağdaşır bağdaşmayacağı tartışılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

CISG, “venire contra factum proprium”, “equitable estoppel”, “promissory estoppel”, güvenin korunması

## INTRODUCTION

As Aristotle explained; the essence precedes the existence. The theory of equitable estoppel is a useful theory to reach equity and justice in the Common Law jurisdictions. Although the doctrine of equitable estoppel cannot be found in the vocabulary of the Continental Law, the essence of this concept lies within the general principles of the Civil Law. In other words whether it is called estoppel or not, the same understanding exists in the Continental Law with different technical specialties. On the other hand, one of the most important attempts to create an international body of law governing the sales law can be seen as the CISG that is The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods which is drafted in 1980. The CISG entered into force for Turkey on August 1, 2011. As the scholars among the world assert that the role of Turkey in international trade is very significant and that this significance will highly increase in the following years, the need to evaluate certain specific characteristics of this convention arises.<sup>1</sup> The examination of the question whether the concept of equitable estoppel is regulated within the CISG is a difficult quest since the wordings of the convention do not mention about the doctrine of estoppel. However it can be suggested that several provisions of the convention reflects the idea of the protection of reliance and the prohibition of contradiction. Additionally as the CISG aims to facilitate international trade amongst several states from different jurisdictions, it can be found plausible that a concept which has reflections in both the Common Law and Continental Law is adopted as a principle of CISG. As the convention is the outcome of a compromise between different law systems, the equitable estoppel doctrine is a notion that is in harmony with the spirit of the CISG.

## THE CONCEPT OF EQUITABLE ESTOPPEL

In order to examine whether the notion of equitable estoppel can be found in the depth of the CISG, the developments of the doctrine of equitable estoppel should be analyzed. Etymologically, the

word “estoppel” originates from the old French term “estoppe” which means to “stop up” or another French word “estoupail” which means a “stopper plug.” The legal term of estoppel indicates a situation where the promisor is barred from relying on his or her legal rights once he or she promised not to do so and from exercising his or her legal rights on the basis that the promise has been relied upon to the promisee’s detriment.<sup>2</sup>

Although the understanding of it can slightly differ according to the various philosophical tendencies, the notion of justice can be considered as a concept that is inherently adopted by all mankind. However the means to achieve this quasi-utopic ideal changes according to the law systems. The Common Law and Continental Law adopt different methods to reach the solutions that are as close as it is possible to the idea of justice. In this stage it can be said that the notion of equity plays an important law in both of these two systems. The concept of equity in the frame of the Continental Law has its roots back to the Roman Law. In the framework of *aequitas* in Roman Law, several sub-principles such as *bona fide* or the good faith, *pacta sunt servanda* or the principle of agreements must be kept and the prohibition of *venire contra factum proprium* or the prohibition of contradictory behavior is adopted.

On the other hand in the context of the Common Law, the concept of equity was also considered as a major tool to achieve justice. The notion of equity was begotten by the chancellors in the Ancient England. Because of this reason, the High Court of Chancery which was also known as the *Curia Cancellariae*, emerged as a separate body for the administration of equity in the fourteenth century.<sup>3</sup> In order to reach the most equitable outcomes, The Common Law Courts developed several doctrines one of which was the doctrine of equitable estoppel. It is asserted that the first mention on the concept of estoppel was in *The Institutes of Laws of England* that was written by Sir Edward Cook and published in 1628.<sup>4</sup> The

1 JOHNSON, P., William, “Turkey’s Accession to the CISG: The Significance for Turkey and for Sales Transactions With U.S. Contracting Parties.” *Ankara Law Review*. Year: 2011, Vol: 08 ( p. 1-52) p. 3

2 GUOQING, Liu, “A Comparative Study of the Doctrine of Estoppel: A Civilian Contractarian Approach in China.” *Canberra Law Review*. Year: 2010, Vol: 1 (p. 1-28) p. 1

3 ANENSON, T., Leigh, “The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation.” *The Review of Litigation*. Year: 2008, Vol: 27, No: 3 (p. 377-440) p. 378

4 GUOQING, 2010, p. 2

basis of the doctrine of estoppel is explained by the scholars as the policy of making certain formal legal transactions conclusive by preventing a party from asserting the contrary. It is also declared in academia that the concept of estoppel is the reflection of the protection of the legitimate expectations of one party in the Common Law.<sup>5</sup>

As this doctrine is developed and strengthened with the jurisprudence, the legal decisions are the most accurate source to trace it down. In one decision, the purpose of the doctrine of equitable estoppel was explained as "to prevent a party from taking inequitable advantage of a situation he or she has caused."<sup>6</sup> It can be said that the Courts developed the doctrine of equitable estoppel to block the inequity caused by one party due to his or her contradictory conduct to the disadvantage of the other party. The notion of estoppel was originally confined to formal matters of deeds and records and to matters *in pais* that are the informal words or conduct. However the need to provide equity extended the use of the doctrine beyond its technical understanding and the Common Law started to apply this principle to various cases.<sup>7</sup>

The most famous cases which describe the principle of equitable estoppel is the *Montefiori v. Montefiori* and *Pickard v. Sears* cases that are decided in the early England. The Case of *Montefiori v. Montefiori*<sup>8</sup> was decided in 1762 by Lord Mansfield. In this case, a brother sued another to compel the return of a promissory note that was given in order to create the impression of wealth and facilitate the defendant's marriage but the Court denied the relief. The second leading case of equitable estoppel is the Case of *Pickard v. Sears*<sup>9</sup> that is decided by Lord Denham in the next century. In the case, a mortgagee recovery for allowing the defendant to purchase the owner's property at an execution sale was denied by the Court. Lord Denham emphasized that where a party willfully causes another to believe the

existence of a certain state of things and to act on that belief by his words or conduct, and later on alters his previous position, he is barred from claiming this particular issue against the other party.<sup>10</sup>

The Common Law Courts created the defense of equitable estoppel in order to avert a party's contradictory arguments advanced at the expense the rights of other parties. It is said that the need to prohibit the inconsistent conduct or conflicting allegations came from the Latin principle *allegans contraria non est audiendus*. This Roman principle was adopted by the English Law during the Enlightenment. As it can be seen, even though the Common Law and Continental Law can *prima facie* seem different, several principles lie on the same foundations. One of these principles that can be traced in both systems is the Common Law principle of equitable estoppel which takes different names and forms in the Continental Law. It is declared that the defense of equitable estoppel is a golden rule erected into law and that the primary principle that governs the equitable estoppel, which is a highly deep doctrine in terms of its scope of application, is morality.<sup>11</sup> The Courts underlines that the doctrine of equitable estoppel is based on the grounds of public policy, fair dealing, good faith, and justice.<sup>12</sup>

The doctrine of equitable estoppel in the English Law can be deeply understood by analyzing the elements of it in general. The first element of application of the principle is the element of reliance. This element can be summarized as one party has to rely on other party's conduct and words in order to apply the equitable estoppel against the contradictory party. The reliance must be reasonable according to the circumstances. It is said that the requirement of reliance is the major difficulty in invoking equitable estoppel.<sup>13</sup> As declared in the nineteenth century, "*the reliance was binding in equity in much the same way that consideration operated at law.*"<sup>14</sup> However it is said that in modern litigation, the doctrine of estoppel is liberalized and the strict requirement

5 CARTWRIGHT, John, "Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law." **Electronic Journal of Comparative Law**. Year: 2006, Vol: 10, No: 3 (p. 1-22) p. 6

6 *Horn v. Cole*, (1868) 51 N.H. 287, 289

7 ANENSON, 2008, p. 385

8 *Montefiori v Montefiori*, (1762) 1 Black. W. 363.8

9 *Pickard v. Sears*, (1837) 112 E.R. 179

10 ANENSON, 2008, p. 387

11 ANENSON, 2008, p. 388

12 ANENSON, 2008, p. 388

13 ANENSON, 2008, p. 389

14 GUOQING, 2010, p. 7

of reliance is softened. Without reliance, the doctrine of estoppel extends to an infinite variety of situations. It is defended that the Courts have expanded the equitable estoppel to facilitate the protection of weaker parties and preservation of the integrity of the justice system.<sup>15</sup>

Another general element of the estoppel doctrine can be counted as intent. After the *Pickard* Decision, the Courts started to relax the *mens rea* element to include also culpable negligence. In this stage the liability focuses on what the party to be estopped knew or should have known. It must be noted that the bad faith or fraud is not required for this situation.<sup>16</sup> In one of his decisions, Lord Denham explained that “*a party who negligently or culpably stands by and allows another to contract on the faith and understanding of a fact which he can contradict, cannot afterwards dispute the fact in the action against the person whom he has himself assisted in deceiving.*”<sup>17</sup>

The Case of *Jorden v. Money*<sup>18</sup> is another well-known nineteenth century case. This particular case distinguished the representation of facts from the representation of intentions, since the representation of facts can base a claim of estoppel. In the case Mrs. Jorden repeatedly declared that she would never enforce a bond against Mr. Money to which he was responsible for paying off the debt of £1200. The statement was considered as a representation of intention and not of fact. It is said that after this case the doctrine of estoppel evolved into a more equitable principle since it emphasises the equitable reliance and future intention rather than contractual consideration and existing facts.<sup>19</sup> In a parallel manner in the *Hughes v. Metropolitan Ry.*<sup>20</sup> which was decided in 1877, the doctrine of equitable estoppel is explained in concrete terms by the Court. In the case the plaintiff gave notice to the defendant who was the lessee to repair the premises within six months. The lease provided that otherwise it would be forfeited. One month later, the parties entered into negotiations for the purchase of the leasehold interest by the

defendant but the negotiations did not turn into a sale. During these negotiations, the defendant did nothing to further the repairs. When the six month notice had expired, the plaintiff brought an action for eviction. The Court held that the negotiations had suspended the operation of the original notice and amounted to an implied assurance by the plaintiff that he would not enforce his right to compel forfeiture upon the expiration of the notice. It is declared in academia that the major negativity of the English understanding of estoppel is the complexity of the doctrine due to the dual court system in the English legal history. The English law subdivides the defense of estoppel into estoppel by record, estoppel by deed, estoppel by convention, promissory estoppel and proprietary estoppel. The promissory and proprietary estoppels construct the doctrine of equitable estoppel.<sup>21</sup>

The doctrine of equitable estoppel has been played a major role not only in England but also in other Common Law Countries such as The United States of America, Canada or Australia. It can be said that there are three different approaches taken by the Common Law jurisdictions. The English approach is defined as a restrictive equitable approach while the American approach is a contractarian one. On the other hand, Australia adopts an unconscionability-based approach.<sup>22</sup> The most significant difference between the different systems of Common Law can be seen as the doctrine of estoppel can only be used defensively in England. However in the other jurisdictions the doctrine of estoppel is not only used as a shield but also as a sword.<sup>23</sup>

It is said that in America, the defense of estoppel is very popular since the Court system wants to merge law and equity to achieve justice.<sup>24</sup> It must be noted that in the United States Law the concept of equitable estoppel is understood as a broader concept of equitable defenses. The term “promissory estoppel” is rather used to describe the notion of English equitable estoppel. The United States Courts also admit that the concept of estoppel is aimed to “*prevent the unconscientious and*

15 ANENSON, 2008, p. 389

16 ANENSON, 2008, p. 399

17 *Gregg v. Wells*, (1839) 113 Eng. Rep. 35 (Q.B.)

18 *Jordan v. Money* (1854) 5. H. L. C. 185

19 GUOQING, 2010, p. 9

20 *Hughes v. Metropolitan Ry.* (1877) App. Cas. 439

21 GUOQING, 2010, p. 7

22 GUOQING, 2010, p. 2

23 GUOQING, 2010, p. 8

24 ANENSON, 2008, p. 381

*inequitable assertion or enforcement of claims or rights which might have existed or been enforceable by other rules of law.*"<sup>25</sup> It must be stated that for more than fifty years before the 1926 proposal for a promissory estoppel section in the *Restatement of the Law of Contracts*, the Courts of the United States regularly applied the principle of promissory estoppel and granted relief where a promisee had acted with justifiable reliance on commercial promises. Nevertheless Langdell and Holmes focused on the bargain in the doctrine of consideration for the purpose of theorizing the contract law, and excluded the element of justifiable reliance. The element of justifiable reliance was a reflection of the Roman conception of *causa* but later the theory developed in to the model of consideration for modern contract law. Nevertheless it is said that the courts tended to afford relief in cases where the promisee had acted in justifiable reliance on a promise.<sup>26</sup>

The American Law Institute which was formed in February of 1923 drafted the first *Restatement of the Law of Contracts* in 1933. In this sense the Article § 90 provided that *"a promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise."* The first element of the concept of promissory estoppel according to the *Restatement of 1932* was that the promisor must reasonably foresee the consequence of his or her promise. This element can be understood as the element of intent in the English Law. Another element can be explained as the promise must have induced a definite and substantial reliance or detriment on the part of the promisee. The notion of injustice on the other hand was very controversial since it contains an inherent subjectivity in itself. It is said that during the subsequent fifty years, Fuller's understanding of natural law affected the application of the article by focusing on the protection of the promisee's reliance.<sup>27</sup> Nonetheless In 1981, the *Second Restatement of Contracts* was issued. As the new article asserts *"a promise*

*which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires."* It can be stated that the elimination of "definite and substantial character" reflects the shift from the reliance-based approach to a promise-based approach. However the doctrine of estoppel can be applied with or without a contract in question such as the pre-contractual liability problems or quasi-contracts.

It is generally accepted that the concept of estoppel is one of the best defenses in a difficult case. One of the reasons is that the notion of estoppel can be applied in a diversity of cases depending to the factual circumstances that broadens its scope of application. Moreover the concept of equitable estoppel gives the Court a massive discretion which can be found important for eliminating the unjust results of the strict laws. It is said that such freedom of the Court operates as a safeguarding tool for a more favorable judgment.<sup>28</sup>

## II. THE ROOTS OF THE EQUITABLE ESTOPPEL IN THE LAW OF CONTRACTS

After deeply examining the legal history and developments of the doctrine of equitable estoppel, the next step should be tracing down the general principles of law that lies under the notion of estoppel in order to make an accurate analyze of the CISG in this context. As it can be understood from the legal evolution of this concept, the doctrine of equitable estoppel has several aspects that is related to the general principles of Civil Law that arise from the Roman Law. These principles can be considered as the principle of good faith, the prohibition of contradiction or the prohibition of abuse of rights. Some scholars declared that since in the Continental Law vocabulary one cannot see the term "estoppel", there is no counterpart of this concept in the Continental Law.<sup>29</sup> However it can be argued that even though the terminology

25 *Konstantinidis v. Chen*, 626 F.2d 933, 937 (D.C. Cir. 1980)

26 GUOQING, 2010, p. 7

27 GUOQING, 2010, p. 5

28 ANENSON, 2008, p. 381

29 MATTAR, Mohamed, Yehia, "Promissory Estoppel: Common Law Wine in Civil Law Bottles." *Tulane Civil Law Forum*. Year: 1998, Vol: 4 ( p. 71-150) p. 74

is different, the concept of equitable estoppel serves to the identical aim of various concepts of the Civil Law. A rich variety of the principles and rules analogous to estoppel are used in the Continental Law. In this stage the main focus can be identified as the protection of reliance.<sup>30</sup>

The comparative analysis demonstrates that in certain Civil Law countries such as France or Lebanon, the Courts started implicitly or explicitly referring to the doctrine of estoppel. As an example, in 2008 a Court in Beirut gave an interim judgment that is based on the doctrine of equitable estoppel of the Common Law. The court overruled an objection that was raised against the validity of an arbitration agreement while the bank had appeared throughout the arbitration process without raising such an objection.<sup>31</sup> It is said that the Courts in the Continental Law jurisdictions use the similar legal reasoning but with different names such as the inadmissibility for a party to contradict itself to the detriment of another or the breach of the duty of loyalty and good faith in proceedings that is the *bona fide* principle. The performance and interpretation of the contracts in the Continental Law are governed with these principles. Article 1134 of the Code Napoléon of France and the Article 221 of the Lebanese Code of Obligations can be considered as the appropriate examples for this situation.<sup>32</sup>

Some jurisdictions also refer to more specific legal theories instead of the theory of estoppel. One of these theories is *théorie de l'apparence* of Swiss and French Law. Another one is the abuse of right doctrine that is adopted by many Continental Law jurisdictions. Another one can be thought as the *Lex Mercatoria* rule of *non credit venire contra factum proprium* which can be translated as "no one may set himself in contradiction to his own previous conduct". Also in the German, Belgian, and Dutch Laws the similar theories exist. In a similar manner Swiss case law has also developed a special category of liability that can be found close to the doctrine of estoppel.<sup>33</sup>

### The Principle of Good Faith and the Prohibition of the Abuse of Right

As Cicero once stated; "these words, good faith, have a very broad meaning. They express all the honest sentiments of a good conscience, without requiring a scrupulousness which would turn selflessness into sacrifice; the law banishes from contracts ruses and clever maneuvers, dishonest dealings, fraudulent calculations, dissimulations and perfidious simulations, and malice, which under the guise of prudence and skill, takes advantage of credulity, simplicity and ignorance."<sup>34</sup> The principle of good faith or *bona fide* which derives from the Roman Law of Contracts, is adopted by nearly all of the Civil Law jurisdictions. The doctrine of the equitable estoppel in the Common Law and the principle of good faith in the Civil Law can be considered as the principles which belong to the same family that is the "equity". It is declared in academia that *bona fides* which was one of the most fertile principles that help to develop the Roman Law, is absorbed by *aequitas* which is a broader concept.<sup>35</sup>

In this stage it must be accepted that the concept of good faith is *per se* ambiguous. It is stated that a clear definition of this concept does not exist and that this doctrine is applied intuitively.<sup>36</sup> The contemporary scholars suggest that the principle of good faith has no general positive meaning of its own. Nevertheless it serves to exclude the concrete forms of bad faith such as evading the spirit of the deal, lack of diligence, willfully rendering the imperfect performance, abuse of power or failure to co-operate in the other party's performance.<sup>37</sup> It can be said that the concept of good faith is a general and fertile concept that creates a number of sub-principles. One of these principles is the prohibition of the abuse of right. Not only good faith but also the prohibition of the abuse of right is derived from the maxims that were developed by the Roman Law. The rule of "*male enim*

30 MATTAR, 1998, p. 74

31 *FransaBank v. Habib*. Beirut 3rd Ch., 18 December 2008

32 SAKR, Marwan, "The Emerging Use of Estoppel by Lebanese and French Courts: Towards a "Civil Law Estoppel"?" **Lexis Nexis Emerging Issues Analysis**. Year: 2009 (p. 1-40) p. 1

33 SAKR, 2009, p. 3

34 CICERO, *De Officiis*. 3.17

35 ZIMMERMANN, Reinhard/WHITTAKER, Simon, **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge University Press, Cambridge, 2000 p. 18

36 MILLER, Alan/PERRY, Ronen, "Good Faith Performance." **Iowa Law Review**. Year: 2013, Vol: 98 ( p. 689-744) p. 697

37 MILLER/PERRY, 2013, p. 699

*nostro iure uti non debemus.*<sup>38</sup> which can be translated as “we shall not abuse of our rights” is a principle that was unchangeably accepted during the reign of the Roman Law.<sup>39</sup> Parallely, in his masterpiece *Römische Geschichte*, Mommsen asserts that “*qui suo iure utitur neminem laedit*” or in other words “the one who uses his right cannot harm another.”<sup>40</sup>

The contemporary Continental Law jurisdictions with Romanist tradition, contain important provisions about the principle of good faith. The Article 242 of the German Civil Code BGB dictates that the obligations must be performed in good faith according to the trade usage. It is declared that this provision operates as a legal anchor to protect the good faith.<sup>41</sup> In a similar manner the Article 1134 of the French Civil Code states that “*the agreements legally formed have the force of law over those who are the makers of them. They cannot be revoked except with their mutual consent, or for causes which the law authorizes. They must be executed with good faith.*” However it is accepted that this provision cannot be expanded to give relief in all the cases of commercial impossibility.<sup>42</sup> Nevertheless it is obvious that it clearly reflects the essentiality of the principle of good faith for the French Law.

The comparative law scholars assert that the direct reference to estoppel is an increasing trend in France and Lebanon.<sup>43</sup> In an arbitration case, the Commercial Chamber of the French *Cour de Cassation* relied on the principle of good faith and created a broader obligation to protect the legitimate confidence between contracting parties that is nearly identical to the doctrine of equitable estoppel.<sup>44</sup> Even though in the case the term

estoppel was not used explicitly, In a comment of another decision, this concerning case was referred as “*illustrating a mechanism of estoppel in reality.*”<sup>45</sup> On the other hand The French *Cour de Cassation* made an explicit and direct application of estoppel in 2005 as a principle of international commercial law applicable to international arbitration.<sup>46</sup> In this stage another example from the French Law can be examined. In France, the Orléans Court of Appeals dismissed a claim for damages due to an alleged termination of a contract, on the grounds that the claimant was requesting the performance in-kind of the same contract against the same respondent. The Court of Appeals found in this domestic judicial dispute, a situation of estoppel.<sup>47</sup>

Alongside of the French Law, the Lebanese Courts also started to base their decisions on the doctrine of equitable estoppel. It is said that in Lebanon the trend to utilize the doctrine of estoppel in the Court decisions essentially emerge from the application of the general principles of good faith and the prohibition of the abuse of right. Moreover the Sharia Law also contains a similar general provision. The article 100 of the *Mejelle* that was the Civil Code of the Ottoman Empire which affected the Turkish and Lebanese Modern Civil Codes indicates that “*the attempt of every one, who tries to destroy a thing done by him, is rejected*”. The commentators explain that this article refers to a general principle of the law of contracts for prohibiting contradictory behaviors. Additionally it is asserted that some English translations of the *Mejelle* explicitly refer to this article as “estoppel”. As many Lebanese precedents consider that the article is still a part of the legal Corpus of Lebanon, it is seen as a basis for a Lebanese rule of estoppel.<sup>48</sup> In one case that is decided in 2000, the Beirut Court of Appeals dismissed a claim to annul a contract signed by a CEO exceeding the financial limits set forth in the company’s statutes. In this decision, The Court based its reasoning on the doctrine of estoppel and article 100 of the *Mejelle* since the CEO was aware

38 GAIUS, *Ins.*.1.53

39 RICCOBONO, Salvatore, “The Doctrine of Abuse of Right in the Roman Law.” *The Hague Congress on Comparative Law*. The Hague, 1937, p. 391

40 MOMMSEN, Theodore, *The History of Rome: Volume: II*, Benediction Classics, Oxford, 2011, p. 459

41 KEE, Christopher /OPIE, Elisabeth, “The Principle of Remediation.” *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. Wildy, Simmons & Hill Publishing, London, 2008, p. 240

42 KEE/OPIE, 2008, p. 240

43 SAKR, 2009, p. 4

44 SAKR, 2009, p. 5

45 SAKR, 2009, p. 6

46 *Golshani v. Islamic Republic of Iran*, (2005) Civ. 1st Ch. 6 July 2005, JCP G

47 SAKR, 2009, p. 6

48 SAKR, 2009, p. 4

of the limits of his powers but did not disclose it to the other contracting party before.<sup>49</sup> In this stage it must be told that the Lebanese Courts did not refer to the concept of abuse of right as the legal basis for the rule of non-contradiction in the execution of contractual obligations. However it is defended that it is possible to do so in the light of the French jurisprudence.<sup>50</sup>

The Turkish Courts also utilize the underlying principles of the equitable estoppel especially under the umbrella idea of good faith and the prohibition of the abuse of right. As the Article 2 of the Turkish Civil Code asserts, “every person is bound to exercise his rights and fulfill his obligations according to the principles of good faith. The legal order does not protect the manifest abuse of a right” Although the Turkish Courts did not refer to the doctrine of estoppel yet in their decisions, the concept of the prohibition of the abuse of a right operates as a similar mechanism. This mechanism prohibits one party from the use of his or her right to the detriment of the other.

It can be said that the Common Law remedies are analyzed in two different spheres such as the legal remedies and the equitable remedies. The equitable remedies provide relief to the parties in detriment when there is not any relief that is provided by the written laws. The concept of equity in the sense of the Romanist tradition is not entirely different from this understanding. The notion of *aequitas* of the Roman Law which evolved to the modern concept of equity is an important tool to utilize when the positive law does not provide a just solution or when there is a *lacuna* in the written laws.<sup>51</sup> The concept of equity is closely linked to the several legal principles such as *bona fides*. Consequently it can be suggested that the doctrine of equitable estoppel of the Common Law is not very different from the basic legal principles of the Civil Law since both concepts derive from the crucial notion of equity.

### **The Prohibition of *Venire Contra Factum Proprium***

In academia, it is suggested that certain general

49 SAKR, 2009, p. 5

50 SAKR, 2009, p. 6

51 MUCKLEY, Peter, *Equity and Law*. (trans. Tella, y, J, F, María) Martinus Hijhoff Publishers, Boston, 2005, p. 24

principles may be a source for a rule of estoppel in the framework of Civil Law. These principles derive from the Roman Law such as the principle of *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* which means no one alleging his own turpitude is to be heard, the principle of *fraus omnia corrumpit* which means fraud corrupts everything and the principle of *non concedit venire contra factum non valet* which means the prohibition of a party to contradict with itself to the detriment of another party.<sup>52</sup>

The Roman maxim of the prohibition of *venire contra factum proprium* can be translated as “no one can contradict his own act” or “no one is allowed to go against the consequences of his own act.” This doctrine can also be understood as it is prohibited to enforce a right in contradiction to one’s previous conduct, when that conduct, interpreted in good faith, would justify the conclusion.<sup>53</sup> This principle can be considered as the founding stone of the Common Law doctrine of equitable estoppel. The scholars also assert that the prohibition of *venire factum contra proprium* is a broad concept which encompasses the doctrine of estoppel.<sup>54</sup> Moreover in a United Nations Conference on the Law of Treaties, it is explicitly declared that the prohibition of *venire contra factum proprium* and the doctrine of estoppel reflect the same legal concept in essence.<sup>55</sup>

It is said that the doctrine applies in the cases where a conduct by one party may have created a situation contrary to reality which is apparent and capable of influencing the conduct of others. According to the doctrine, the apparent conduct constitutes the basis for trust by another party who proceeded in good faith and therefore acted in a manner that would cause him or her a detriment. Likewise the prohibition of *venire contra factum proprium* is also linked with the principle that “he who by his representation leads another to do what he would otherwise not have done or refrain from doing what he would otherwise not

52 SAKR, 2009, p. 4

53 MATTAR, 1998, p. 74

54 KEE/OPIE, 2008, p. 239

55 **United Nations Conference on the Law of Treaties**. 26 March - 24 May 1968. 67th meeting of the Committee of the Whole. Vienna, Austria. [http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st\\_sess.pdf](http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st_sess.pdf). (05.09.2013)



have done, shall not subject such person to loss, injury, or detriment.”<sup>56</sup> As it can be understood, the concept of the prohibition of the contradictory behavior and the mechanism of equitable estoppel lies on the same ideals. It is states that the doctrine of equitable estoppel shifts the loss from the innocent party who originally incurred it to the other party who is or should be liable for that loss just as the prohibition of *venire contra factum proprium* dictates.<sup>57</sup>

## II. THE REFLECTIONS OF THE EQUITABLE ESTOPPEL IN THE PROVISIONS OF THE CISG

It is said that the concept of the equitable estoppel is recognized as a general principle in the international commercial law. Although the word “estoppel” is not a part of the language of the CISG, it is accepted that it lives in the shadows of the several Articles of the Convention.<sup>58</sup> It is admitted that the principle of good faith which lies behind the doctrine of estoppel is a common principle of *Lex Mercatoria*.<sup>59</sup> The UNIDROIT Principles on the International Sale of Goods articles 1.7 and 1.8, the article 1.106 of The European Principles of Contract Law and several articles of CISG can be considered as an example for this situation. According to the article 1.7 of the UNIDROIT Principles, “each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. The parties may not exclude or limit this duty.” Moreover the article 1.8 dictates that “a party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment.” As it can be seen the principle of the prohibition of *venire contra factum proprium* is explicitly regulated in this body of law. The article 1.106 of The European Principles of Contract Law sets a similar rule on the principle of good faith. It is said that as these bodies of *Lex Mercatoria* contain good faith and fair dealing as a general principle, it can be understood that the

Contracting States share similar values.<sup>60</sup>

The CISG does not contain a general prohibition of *venire contra factum proprium* as the UNIDROIT principles do. However, the idea of good faith is an important notion of the CISG. In this stage the Article 7 of the CISG must be examined. The article that focuses on the interpretation of the contract, dictates that “(1) in the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.” As it can be seen this provision of the CISG that is influenced by the German concept of “*treu und glauben*” is about the interpretation of the contracts.<sup>61</sup> It is asserted that the Convention contains no explicit provision that imposes a duty of good faith on the parties. Nevertheless the Article 7 of the Convention can also be considered as a general provision on the importance of the good faith as a fundamental principle according to the philosophy of the CISG. Schlechtriem also asserted that the principle of good faith is a general principle of the CISG that affects a great number of provisions in the Convention. It is accepted by the scholars that the principle of good faith is a norm of behavior in equity. As some lawyers consider, numerous unwritten general principles are included in the CISG such as good faith, reasonableness, and estoppel.<sup>62</sup>

On the other hand there are also scholars who suggest that a general principle that is similar to estoppel was not contemplated to fall within the sphere of the application of the CISG. It

56 MATTAR, 1998, p. 75

57 MATTAR, 1998, p. 76

58 KEE/OPIE, 2008, p. 232

59 AUDIT, Bernard, **The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria**. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>, (05.09.2013)

60 KING, Colin, “The CISG-Another One of Equity’s Darlings?” **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**. Year: 2004, Vol: 2 (p. 249-268) p. 263

61 SCHWENZER, Ingeborg/ HACHEM, Pascal, “Article 7 of the CISG”, **Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods (CISG)**. (ed. Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenger.) Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 96

62 LOOKOFESKY, Joseph, “Walking the Article 7(2) Tightrope Between CISG and Domestic Law.” **Journal of Law and Commerce**. Year: 2005, Vol: 25, No: 87 (p. 87-105) p. 89

is argued that the statement that the doctrine of estoppel is based on the good faith is not sufficient.<sup>63</sup> However even the scholars who adopt the opposite view accept that a customized solution is possible within the open terms of the Convention since the general principles of the CISG are flexible.<sup>64</sup> The CISG is founded on general principles and a judge will use his or her discretionary power based on good faith. It can be said that the principle of estoppel can be used as a specific application of this process.<sup>65</sup> In this sense it is indicated in The Digest of the Article 7(2) that some Courts have recognized the principle of estoppel as a general principle of the CISG.<sup>66</sup> In a parallel manner in a Russian arbitration panel, it is declared that the international arbitration practice should apply the doctrine of estoppel to the international sales contracts on the grounds of the Article 7 of the CISG.<sup>67</sup>

Also, it can be added that The Secretariat Commentary<sup>68</sup> of the CISG demonstrates that there are various applications of the principle of good faith within the CISG.<sup>69</sup> It is said that such examples can be counted as the Articles 16(2)(b) on the non-revocability of an offer, 21(2) on the status of late acceptance, 29(2) on to the preclusion of a party from relying on a provision in a contract that modification or abrogation of the contract must be in writing, 37 and 38 on the rights of a seller to remedy the non-conformities in the goods, 40 on the reliance of the seller to a notice of non-conformity in certain circumstances, 49(2), 64(2) and 82 on the loss of the right to declare the contract avoided and 85 to 88 on the obligations to preserve goods.<sup>70</sup> It can be said

that some of these provisions are open to be considered as the possible applications of estoppel.

As it is accepted the principle of good faith has two dimensions in terms of the application of the Courts. The first aspect is that it is a general principle that is utilized in interpreting the CISG. On the other hand the second aspect is that it is a principle that is regulated in the provisions of the CISG. It can be said that the notion of estoppel is an example of this aspect.<sup>71</sup> In academia it is suggested that the idea of equity will use the notion of estoppel to protect a future right even in the absence of a consideration in the Common Law sense. The term that is referred is the conscience of the parties. It is declared that the idea of estoppel is adopted as a mean to ensure good faith.<sup>72</sup>

In this point it must be noted that the objective of the CISG is to facilitate the international trade. This objective is nourished by the principle of good faith which provides the flexibility that the CISG aims. It is also said that the broader approach to estoppel examines whether it is unconscionable for a party to be permitted to deny the state of affairs which he or she has allowed or encouraged another to assume to his or her detriment. This aspect is considered as an inherent part of the CISG. The fundamental purpose of the doctrine of estoppel that is to provide protection against the detriment which would arise from a party's change of position demonstrates that the principle of estoppel applied in the CISG and equity are parallel conceptions.<sup>73</sup>

Schlechtriem claims that estoppel can be used as a gap-filling principle due to the conflicting conducts. Nevertheless it is argued by him that this approach would increase the uncertainties of the examination and notice provisions and also prevent negotiations.<sup>74</sup> On the other hand it is known that the Arbitration Tribunal of the Federal Chamber of Commerce in Austria adopts this approach. In this case the argument on the possible

63 ZELLER, Bruno, "Protecting Reliance: Equitable Estoppel and the CISG." *European Journal of Law Reform*. Year: 2007, Vol: 641 p. 647

64 ZELLER, 2007, p. 652

65 LOOKOFSKY, 2005, p. 89

66 **Digest of Article 7 Case Law**. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-07.html>. (05.09.2013)

67 *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*. 27 July 1999. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727rl.html>. (05.09.2013)

68 **Text of Secretariat Commentary on Article 6 of the 1978 Draft** (draft counterpart of CISG Article 7 (1)) <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-07.html>. (05.09.2013)

69 KING, 2004, p. 258

70 SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**.

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>. (05.09.2013)

71 SCHLECHTRIEM, (Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods)

72 KING, 2004, p. 265

73 KING, 2004, p. 272

74 SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof**. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem3.html>. (05.09.2013)

increase of the uncertainties of certain provisions can be found plausible. However this approach may also promote good faith in the international transactions which is a generally shared principle by all the law systems and have more benefits than its unwanted costs.

There are scholars who defend that the word "estoppel" is not a good term to use since the language of an international convention must be chosen with great care for not to create confusions.<sup>75</sup> As the essential principle of the CISG is to promote uniformity in its application and observance of the good faith in its interpretation by ensuring its international character, no Civil or Common Law bias should be adopted. Therefore it is suggested to use the term "remediation" as a non-biased term.<sup>76</sup> The remediation is defined as the action that is taken to prevent, minimize, remedy or mitigate the effects of the identified unacceptable risks. However it can be defended that whether the terminology is more appropriate or not, the elements of this concept also reflect the Common Law notion of estoppel and the Civil Law notion of good faith principles. As the essence of the concept is not different, this dispute can be found minor.

A major point to focus in this point is that the Common Law doctrine of estoppel can be applied in the various stages of the contracts such as the pre-contractual stage, the interpretation of the contract or the determination of the remedies.<sup>77</sup> It is said that the defense of estoppel is crucial in terms of the pre-contractual negotiations or in a state of *quasi-contractus* in terms of Roman Law. In this stage one may consider whether the Civil Law notion of *culpa in contrahendo* on the pre-contractual liability which derives from the Pandect law on the basis of good faith is regulated by the CISG or not. It is submitted that the CISG does not provide a regime for the breach of the pre-contractual duties. Nonetheless it is also defended that the domestic rules of *culpa in contrahendo* should be applicable irrespective of that the contract is governed by the CISG.<sup>78</sup>

Schlechtriem stated that the Vienna Conference rejected a proposal by the German Democratic Republic of a general clause of *culpa in contrahendo* and that this subject remained in the sphere of the domestic law applicable according to the rules of the conflict of laws. The proposal intended to cover the cases in which the negotiations have already progressed so far that one side relying on the belief that a contract would materialize has made considerable expenditures.<sup>79</sup>

On the other hand there is a view which suggests that in some exceptional cases such as the case when the seller has innocently induced the buyer to conclude the contract by not correctly informing him or her about certain defects of the goods, the CISG prevails over the domestic law.<sup>80</sup> Although in some situations there are special regulations in the CISG that prevail over the domestic law, it can be said that here is a plausible area of compromise. In this sense it can be decided that in general the domestic law applies for the pre-contractual negotiations. Consequently the notion of estoppel will be applicable in case of the domestic law is part of the Common Law. On the other side if the domestic law is part of the Continental Law, the doctrine of *culpa in contrahendo* will provide the necessary protection on the grounds of the principle of *bona fide*. For this reason, in order to analyze the application of the doctrine of estoppel in the context of the CISG, it can be found more appropriate to focus on the contractual stage rather than the pre-contractual stage. In a parallel manner several Convention commentators suggest that the doctrine of estoppel can be capable of settling the problems of avoidance and revocation.<sup>81</sup>

### The Article 8 of the CISG

It is said that one article that can be found related to the doctrine of the equitable estoppel is the Article 8 of the CISG. The Article 8 of the CISG on the interpretation of statements or other conduct of a party is regulated in the Part I amongst the General Provisions. The article states that "(1) for

75 KEE/OPIE, 2008, p. 233

76 KEE/OPIE, 2008, p. 235

77 CARTWRIGHT, 2006, p. 7

78 HUBER, Peter/MULLIS, Alastair . **The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners**. European Law Publishers, Mu-

nich, 2007, p. 28

79 SCHLECTRIEM, (**Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof**.)

80 HUBER/MULLIS, 2007, p. 29

81 LOOKOFISKY, 2005, p. 94

*the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was. (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances. (3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.”* It is said that the Article 8 refers to what a person of the similar background engaged in the same occupation or trade as the recipient of the statement would understand it to be.<sup>82</sup>

Although it is considered that the Article 8 is focused not only the interpretation of the contract but also the statements and conducts of the parties. In one of the cases,<sup>83</sup> the German Court applied the Article 8(2) of the CISG to the post-contractual conduct of the party as a waiver. The case can be summarized as a dispute between a German seller and an Austrian buyer on a sale contract of the surface-protective film. The buyer found that the good was defective and notified the seller the next day that was twenty four days after the delivery. The buyer paid the expenses of fixing the good and brought a claim for reimbursement of these expenses against the seller. The appellate Court dismissed the buyer's claim but the *Bundesgerichtshof* reversed the decision. As the CISG is found applicable, the Supreme Court held that the seller had waived its right to rely on the Articles 38 and 39 of the CISG on the examination and the lack of conformity of the goods. It is stated by the Court that a seller can waive its rights not only expressly but also in an implied way if only there are specific indications that would cause the buyer to understand the seller's

action as a waiver. The fact that a seller enters into negotiations over the lack of conformity cannot necessarily be regarded as a waiver. Each case should be considered according to the specific circumstances. In this case the buyer could reasonably understand that the seller would not invoke the delay in giving a notice of non-conformity and the seller had waived its right to rely on such delay. The scholars assert that the reasoning of the Court is an equivalent of the Common Law doctrine of estoppel.<sup>84</sup> Nonetheless, there are also opposite views about the application of the doctrine of estoppel. Some scholars suggest that the doctrine of estoppel and the Article 8 of the Convention cannot achieve the same results since the doctrine only works to create a contract when technically none exists.<sup>85</sup> Although opposite views exist, it can be decided that the majority opinion and the Court practices show that the CISG contains a hint of estoppel which can be used for altering or adding a term to a contract.

### **The Article 16 of the CISG**

Another provision that openly reflects the doctrine of estoppel in the CISG can be considered as the Article 16 on the revocability of the offer. This article is regulated in the Part II of the Convention which explains the formation of the contract. As the article states, “(1) *until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance. (2) However, an offer cannot be revoked: (a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or (b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.*”

The article 16(2)b expressly states the principle that a person should not act in a contradictory manner.<sup>86</sup> As it can be understood by the wordings of the Article 16(2)b, it explicitly protects the reli-

82 SUN, Chan, Leng, “Interpreting an International Sale Contract.” **Singapore International Arbitration Centre Conference**. Singapore, 2005 p. 77

83 *Bundesgerichtshof*. 25 November 1998. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981125g1.html>. (05.09.2013)

84 SUN, 2005, p. 77

85 ZELLER, Bruno. “Determining the Contractual Intent of Parties under the CISG and Common Law -- A Comparative Analysis.” **European Journal of Law Reform**. Year: 2002, Vol: 4, No: 4 (p. 629-643)

86 SCHROETER, Ulrich, “Article 16 of the CISG”, **Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods (CISG)**. (ed. Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer.) Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 309

ance of the offeree on the offer. The scholars also suggest that the underlying norm of the Article 16(2)(b) is the "reliance theory." According to this concept, the offeror's right to revoke an offer is suspended in order to prevent the injustice upon the offeree since it would be unjust if the offeror knew or should have known of the offeree's reliance upon an offer remaining open and revokes it nonetheless. Reasonable reliance can be created by a communication by the offeree before or in the course of dealings. There could also be a well-known and existing usage in the industry that such offers remain open unless expressly stated otherwise.<sup>87</sup> In this stage it must be noted that *per se* reliance is not sufficient. It is required by the CISG that the offeree must have acted in reliance on the offer. It is explained that an act performed in reliance of the binding nature of the offer may be starting the production of the goods, the acquisition of the materials, the conclusions of other contracts, the undertaking of costly calculations or the rental of a storage space. Moreover it can be added that an "act" does not have to be a positive act. The "failure to act" such as a demonstrable failure to solicit further offers is also considered in this context.<sup>88</sup> In this point, it can be said that this situation can be an example of estoppel since the national Court which will apply the CISG to solve the legal problem must prohibit or "stop" the offeror from revoking his or her offer if the conditions of the article are met.

In a similar manner the scholars assert that the structure of the Article 16 mixes two competing approaches. The first paragraph of the article reflects the general rule of the revocability of the offer while the second paragraph sets two exceptions of the general rule. Some commentators consider this provision as the rule of "firm offer".<sup>89</sup> It is said that the first case that is reflected in the sub-paragraph a is the Civil Law notion of the irrevocability while the second case that is reflected in the sub-paragraph b is found similar to the Common Law notion of promissory

estoppel.<sup>90</sup> The Digest of the Article 16 asserts that the sub-paragraph (b) of paragraph (2) can be considered as an evidence of a general principle of estoppel.<sup>91</sup> For some scholars on the other hand, this provision goes further than the doctrine of estoppel of Common Law.<sup>92</sup> It reflects the prohibition of the *venire contra factum proprium* as a general principle applicable to revocation of a declaration of avoidance of the contract. In this stage it is also important to state that the domestic legal rules on the promissory estoppel are not pre-empted. However when the CISG provides the equivalent of the promissory estoppel as in the example, the CISG prevails.<sup>93</sup> It can be said that the wording of this sub-paragraph can seem unfamiliar to the Civil Law lawyers. However whether the Civil Law contains the institution of estoppel or not, since there are other mechanisms to provide equity within this law system, the lawyers from the Civil Law jurisdictions should not be philosophically stranger to the concept of estoppel. Again in this article the compromise between the Civil and Common Law is visible.<sup>94</sup>

In one case that is decided by the Arbitral Tribunal of Denmark in 2000 and reviewed by the Supreme Court of Denmark in 2006<sup>95</sup>, it is explicitly indicated that the Article 16(2)b refers to the Common Law principle of estoppel. The case involved a sale of casting mould machine that is designed to mass produce concrete slabs for pig sties from a Danish seller to a Canadian buyer. In their contracts the parties agreed that the seller would install the machine in Canada and help the buyer to start the production. The buyer specified that the good should be larger than the one which was previously manufactured by the seller

87 DIMATTEO, Larry. "Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG." *Belgrade Law Review*. Year: 2011, No: 3 (p. 67-83) p. 75

88 SCHROETER, 2010, p. 309

89 MATHER, Henry, "Firm Offers Under the UCC and the CISG." *Dickinson Law Review*. Year: 2000, Vol: 31 (p. 31-56) p. 48

90 VINCZE, Andrea, **Remarks on whether and the extent to which the UNIDROIT Principles may be used to help interpret Article 16 of the CISG.** <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni16.html>. (05.09.2013)

91 **Digest of Article 16 Case Law.** <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-16.html>. (05.09.2013)

92 AZZOUINI, Ahmed., **The Adoption of the 1980 Convention on the International Sale of Goods by the United Kingdom.** <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azzouni.htm>. (05.09.2013)

93 SUN, 2005, p. 77

94 VINCZE, (**Remarks on whether and the extent to which the UNIDROIT Principles may be used to help interpret Article 16 of the CISG.**)

95 *Supreme Court of Denmark*. 3 May 2006. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060503d1.html>. (05.09.2013)

for a business in Denmark. After the machine was installed on the buyer's premises and the production commenced, the buyer complained about the quality of the slats produced and demanded that the seller should repair or modify the machine. The seller attempted to help the buyer to produce better slabs but became unsuccessful. The buyer on the other hand claimed that the seller had fundamentally breached its obligations to deliver the good in accordance with the contractual specifications, declared the contract avoided and demanded repayment of the price. After the seller refused to accept the buyer's avoidance, the buyer revoked its avoidance and took steps to provide the necessary repairs and modifications by third parties. Nevertheless the buyer later started arbitration proceedings and demanded damages for both the cost of repair and lost production. The tribunal applied the CISG since it was the domestic law of the seller's country. It is concluded by the tribunal that the machine and mould delivered did not conform to the contract under the Article 35 of the CISG and that the seller had committed a fundamental breach since he had not repaired the machine within a reasonable time. In this stage, it is also declared that the seller had unjustifiably refused to accept the buyer's avoidance and that the buyer was entitled to revoke its avoidance in accordance with the Articles 7(2) and 16(2)(b) of the CISG. The buyer was entitled to repair the machine and recover damages for the expenses incurred under the Article 74 of the CISG. Nevertheless the tribunal reduced the amount of damages because of that the buyer failed to promptly inform the seller of its decision to revoke its termination and initiate its own repairs.

It is said that this attempt constituted a failure by the buyer to fully mitigate its loss. It is said by Schlechtriem that whether a declaration of avoidance is binding upon the declaring party, is governed but not settled by the CISG. In this case the tool that will help to settle is seen as the doctrine of "estoppel" which is a general principle of the Convention.<sup>96</sup> Some scholars predict that the Courts will use the Article 16(2)(b) of the CISG just

as the American Courts have used the doctrine of promissory estoppel.<sup>97</sup> In the light of these information, it is plausible to assert that the provision of the Article 16(2)(b) of the CISG supports the idea of the equitable estoppel since it adopts a perspective of equity.<sup>98</sup>

One crucial case about the concept of estoppel in the CISG is a dispute on a sale contract of clathrate between a Canadian seller and an American buyer.<sup>99</sup> The decision is held by the U.S. District Court for the Southern District of New York in 2002. The buyer which is an American corporation called *Geneva Pharmaceuticals* that develops, manufactures and distributes a generic drug to treat blood clots, obtained sample amounts of clathrate from the seller which is a Canadian company named *Barr Corporation*. The buyer sent the reference letter that demonstrates the application to the Federal Drug Administration for the approval of the drug. Before the buyer obtained the approval yet, the seller concluded an exclusive purchase agreement with a third party. After having the approval the buyer sent a purchase order to the seller for 750 kg of clathrate which was denied by the seller. The buyer sued the seller due to the breach of the contract and demanded that it must be estopped from rejecting the order. It is claimed by the buyer that there is an industry usage that the buyers could rely on implied supply commitments. The Court which found that the contract is governed by the CISG, examined that the buyer's initial proposal was an offer according to the Article 14(1) and the seller has accepted the offer based on the Article 18(3) of the CISG. Under the "implied-in-fact" contract, the seller was obligated to supply calthrate if the buyer gave it commercially reasonable notice of an order. It can be said that the Court applied the Article 16(2)(b) of the CISG just as it establishes a modified form of promissory estoppel that does not require foreseeability or detriment.

### The Article 29 of the CISG

Another example of the doctrine of estoppel in

96 LOOKOFSKY, Joseph, **Understanding the CISG in the USA: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 120

97 MATHER, 2000, p. 132

98 KING, 2007, p. 21

99 *The U.S. District Court for the Southern District of New York*. 21 August 2001. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020821u1.html>. (05.09.2013)

the provisions of CISG can be counted as the Article 29 of the Convention on the writing requirements in case of the modification of the contract. The article is found among the general principles of the Part III that regulates the sale of goods. As the article states “(1) a contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties. (2) A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.”

In this stage it must be emphasized that the second sentence of the second paragraph of the article explicitly defines the concept of estoppel. It can be said that with this provision, a great importance is attributed to the reliance of one party on the conduct of the other. It is also accepted in the scholarly works that the Articles 16 and 29 clearly prevent a party from allowing the other to rely on a state of affairs and to act to their detriment.<sup>100</sup> In the guide of the Article 29, it is declared that the exception of the Article 29(2) can lead to the interpretational difficulties. Nevertheless it is also admitted that the rule is based on the principles contained in the *mißbrauchseinwand* of the German Law, *nemo suum venire contra factum proprium* principle of the Roman Law or the doctrine of estoppel of the Anglo-American Law. It can be defended that all of these principles are related on the principle of good faith and the prohibition of the abuse of rights.<sup>101</sup> It is possible to state that the concerning provision which contains an important principle that is reflected both in the Continental and Common, can be adopted uniformly by the Contracting States rather than causing interpretational difficulties.<sup>102</sup>

It is commented that the Article 29(2) of the CISG recognizes the will of the parties to agree on the possibility of having the written contract

modified or terminated exclusively in a written form. This provision also applies to the situations in which the parties agree on other formalities such as a signature or the presence of a witness. The commentators defend that this provision limits the scope of that requirement by the application of the prohibition of *venire contra factum proprium* as an equivalent to the application of the doctrine of estoppel.<sup>103</sup>

It is also argued that the “no oral modification” or “NOM” clauses operate like a private statute of frauds. It can be said that this view also supports the underlining concept of the good faith in this article. According to a view, whether the reliance of one party on the conduct of the other party renders the “NOM” clause ineffective or not, is found in the Articles 8, 16(2)(b) and 80 of the CISG. As the Article 80 on the exemptions states, “a party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party’s act or omission.” It is defended that these concerning articles adopt the principle of estoppel, or *venire contra factum proprium* as a general principle applicable within the Convention.<sup>104</sup>

Another important problem can be thought as whether the statements made by one party and the reliance of the other party on such statements are sufficient to apply the Article 29(2) of the CISG or not. In this point, it is stated that the CISG principle only refers to conduct. The UNIDROIT principle adopts a similar rule. However the Article 2. 106 of The European Principles of Contract Law also mentions about the possibility of the reliance on the statements made by the other party. The scholars suggest that the statements can be considered within the scope of the Article 29 only if the other party relied on them by interpreting the term “conduct” in a flexible manner.<sup>105</sup>

The reliance is also essential in this context. The fact that one party has relied on the other party’s conduct must have resulted in some kind of action being taken by that party. It is said that

100 *The U.S. District Court for the Southern District of New York*, 21 August 2001

101 SCHROETER, Ulrich, “Article 29 of the CISG”, **Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods (CISG)**. (ed. Peter Schlechtriem/ Ingeborg schrnzer.) Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 484

102 **Guide to Article 29**. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp29.html>. (05.09.2013)

103 VISCASILLAS, Perales, Pilar, “Modification and Termination of the Contract (Art. 29 CISG)” **Journal of Law and Commerce**. Year: 2005, Vol: 25 (p. 167-179) p. 176

104 VISCASILLAS, 2005, p. 177

105 VISCASILLAS, 2005, p. 178

the second sentence of the Article 29(2) explicitly requires the action to be active and that mere passive reliance is not protected.<sup>106</sup> Non-exhaustively the active actions can be exemplified as manufacturing of contractually agreed goods in accordance with an orally amended specification, making considerable expenditures for this purpose or changing the financial planning in reliance on the other party's declaration.<sup>107</sup>

In order to see the importance of this view, one may examine the judgments of the Courts on the international disputes. An important case in this context is an arbitration case that was decided by Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft of Austria in 1994.<sup>108</sup> The case is related to a contract of sale of rolled metal sheets between an Austrian seller and a German buyer. In the case the parties agreed that the goods would be delivered in installments 'FOB Rockstock'. After receiving the first two deliveries, the buyer sold the goods to a Belgian company and the latter shipped them to a Portuguese manufacturer who refused to accept the rest since he found that the goods were defective. The German buyer sent a notice of non-conformity to the Austrian seller but it refused to pay damages. Nonetheless the seller gave a justifiable impression that it recognized the lawfulness of the complaint despite the lateness of transmission. Consequently the buyer commenced the arbitration proceedings. The arbitrator decided that the CISG applies as the international sales law of Austria. In the proceedings, it is found that in the contract the parties derogated from the Articles 38 and 39 of the CISG and the buyer had not complied with the contractual requirements on the examination of the goods and notice. According to the contract the notice should be delivered within two months of delivery. The important point is that the arbitrator held that the seller was estopped from claiming that the notice was not timely. In order to conclude this decision the arbitrator applied the Article 7(2)

and referred to the Articles 16(2)b and 29(2) of the Convention. In the case it is emphasized that the fact that the seller did not immediately reject the complaint as having been made after the expiry of the contractually agreed time-limit is not very important. According to the arbitrator the main point was that even after the complaint had been made, the seller remained in contact with the buyer in order to keep itself informed on the part of the Portuguese ultimate customer and the Belgian intermediary. Moreover the seller repeatedly made statements to the buyer from which the latter could reasonably infer that the seller would not set up the defense of late notice.

The case can be found crucial in this frame since it is held that estoppel on the basis of the prohibition of *venire contra factum proprium* is a general principle that is reflected in the CISG. It is said in the decision that the reasoning is based on the principle of good faith and is strongly related with the principle of estoppel on the grounds of the prohibition of *venire contra factum proprium*. It is also declared that a legal position of a party is regarded as forfeited when the conduct of that party reflects that it is no longer wished to exercise the right or defence and when the other party acted in reliance of this situation.

## CONCLUSION

The CISG does not explicitly mention the doctrine of "estoppel" which comes from the Common Law tradition. On the other hand, most scholars assert that in the provisions of the CISG the reflections of the concept of estoppel can be clearly observed. In this stage one can think that as the CISG is an independent body of law that aims to create uniformity in its application and to facilitate international trade, it is not appropriate to adopt a notion which is specific to Common Law. Nevertheless it must be understood that even though the mechanism of estoppel comes from the Common Law and does not exist in the Continental Law, the underlying philosophy and the aim of the doctrine is also adopted by the Civil Law system.

The notion of estoppel is based on the need to achieve equity which is a commonly adopted notion by all the law systems from Common Law to Civil Law. Moreover the notion of equity generally

106 SCHROETER, 2010, p. 486

107 SCHROETER, 2010, p. 486

108 Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft of Wien. 15 June 1994. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html>. (05.09.2013)



overlaps with the concept of good faith which is a founding stone for the Continental Law. It is said that several articles in the CISG such as the Article 16(2)b and 29(2), are designed to prevent the parties from acting in a manner that the law consider unacceptable.<sup>109</sup> It can be argued that such actions are essentially the actions that are found unacceptable by both the Common Law and Civil Law since it is contradictory with the notion of equity. As the CISG is a method of compromise between different methods and principles of law systems, it can be found plausible that the Convention contains the notion of estoppel as a general principle since it reflects the values that are inherently adopted by both the Common and Civil Law regardless of the terminology. It can be concluded that the doctrine of estoppel that is adopted in the CISG is a hybrid principle that is shared by the Common Law through its doctrine of estoppel and by the Continental Law through its principle of *bona fides*.

---

#### BIBLIOGRAPHY

---

- ANENSON, T., Leigh, "The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation." **The Review of Litigation**. Year: 2008, Vol: 27, No: 3 (p. 377-440)
- AUDIT, Bernard, **The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria**. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>, (05.09.2013)
- AZZOUINI, Ahmed., **The Adoption of the 1980 Convention on the International Sale of Goods by the United Kingdom**. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azzouni.htm>. (05.09.2013)
- CARTWRIGHT, John, "Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law." **Electronic Journal of Comparative Law**. Year: 2006, Vol: 10, No: 3 (p. 1-22)
- Digest of Article 7 Case Law**. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-07.html>. (05.09.2013)
- Digest of Article 16 Case Law**. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-16.html>. (05.09.2013)
- DIMATTEO, Larry. "Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG." **Belgrade Law Review**. Year: 2011, No: 3 (p. 67-83)
- Guide to Article 29**. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp29.html>. (05.09.2013)
- GUOQING, Liu, "A Comparative Study of the Doctrine of Estoppel: A Civilian Contractarian Approach in China." **Canberra Law Review**. Year: 2010, Vol: 1 (p. 1-28)
- HUBER, Peter/MULLIS, Alastair . **The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners**. European Law Publishers, Munich, 2007
- JOHNSON, P., William, "Turkey's Accession to the CISG: The Significance for Turkey and for Sales Transactions With U.S. Contracting Parties." **Ankara Law Review**. Year: 2011, Vol: 08 ( p. 1-52)
- KEE, Christopher /OPIE, Elisabeth, "The Principle of Remediation." **Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday**. Wildy, Simmons & Hill Publishing, London, 2008
- KING, Colin, "The CISG-Another One of Equity's Darlings?" **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**. Year: 2004, Vol: 2 ( p. 249-268)
- LOOKOFSKY, Joseph, **Understanding the CISG in the USA: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Kluwer Law International, The Hague, 2004
- LOOKOFSKY, Joseph, "Walking the Article 7(2) Tightrope Between CISG and Domestic Law." **Journal of Law and Commerce**. Year: 2005, Vol: 25, No: 87 (p. 87-105)
- MATHER, Henry, "Firm Offers Under the UCC and the CISG." **Dickinson Law Review**. Year: 2000, Vol: 31 (p. 31-56)
- MATTAR, Mohamed, Yehia, "Promissory Estoppel: Common Law Wine in Civil Law Bottles." **Tulane Civil Law Forum**. Year: 1998, Vol: 4 ( p. 71-150)
- MILLER, Alan/PERRY, Ronen, "Good Faith Performance." **Iowa Law Review**. Year: 2013, Vol: 98 ( p. 689-744)
- MOMMSEN, Theodore, **The History of Rome: Volume: II**, Benediction Classics, Oxford, 2011
- MUCKLEY, Peter, **Equity and Law**. (trans. Tella, y, J, F, María) Martinus Hijhoff Publishers, Boston, 2005
- RICCOBONO, Salvatore, "The Doctrine of Abuse of Right in the Roman Law." **The Hague Congress on Comparative Law**. The Hague, 1937
- SAKR, Marwan, "The Emerging Use of Estoppel by Lebanese and French Courts: Towards a "Civil Law Estoppel"?" **Lexis Nexis Emerging Issues Analysis**. Year: 2009 (p. 1-40)
- SCHLECHTRIEB, Peter. **Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof..** <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtrieb3.html>. (05.09.2013)
- SCHLECHTRIEB, Peter. **Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtrieb.html>. (05.09.2013)
- SCHROETER, Ulrich, "Article 16 of the CISG", **Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods (CISG)**.

---

109 KEE/OPIE, 2008, p. 244

- (ed. Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer.)  
Oxford University Press, Oxford, 2010
- SCHROETER, Ulrich, "Article 29 of the CISG", **Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods (CISG)**. (ed. Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer.) Oxford University Press, Oxford, 2010
- SCHWENZER, Ingeborg/ HACHEM, Pascal, "Article 7 of the CISG", **Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods (CISG)**. (ed. Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer.) Oxford University Press, Oxford, 2010
- SUN, Chan, Leng, "Interpreting an International Sale Contract." **Singapore International Arbitration Centre Conference**. Singapore, 2005
- Text of Secretariat Commentary on Article 6 of the 1978 Draft** (*draft counterpart of CISG Article 7 (1)*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-07.html>. (05.09.2013)
- United Nations Conference on the Law of Treaties**. 26 March - 24 May 1968. 67th meeting of the Committee of the Whole. Vienna, Austria. [http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st\\_sess.pdf](http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st_sess.pdf). (05.09.2013)
- VINCZE, Andrea, **Remarks on whether and the extent to which the UNIDROIT Principles may be used to help interpret Article 16 of the CISG**. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni16.html>. (05.09.2013)
- VISCASILLAS, Perales, Pilar, "Modification and Termination of the Contract (Art. 29 CISG)" **Journal of Law and Commerce**. Year: 2005, Vol: 25 (p. 167-179)
- ZELLER, Bruno. "Determining the Contractual Intent of Parties under the CISG and Common Law -- A Comparative Analysis." **European Journal of Law Reform**. Year: 2002, Vol: 4, No: 4
- ZELLER, Bruno, "Protecting Reliance: Equitable Estoppel and the CISG." **European Journal of Law Reform**. Year: 2007, Vol: 641
- ZIMMERMANN, Reinhard/WHITTAKER, Simon, **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge University Press, Cambridge, 2000

# Anayasa Yapımı Sürecindeki Zorluklar: Hukuk Devleti ile Demokrasi Arasındaki Etkileşimde Katılımı ve Çeşitliliği Koruma Sorunları

Hacettepe Hukuk Fakültesi Açılış Töreni Konuşması, Ankara  
8 Ekim, 2012

## “CHALLENGES IN THE CONSTITUTION MAKING PROCESS: PROBLEMS OF PARTICIPATION AND PROTECTING DIVERSITY IN THE INTERPLAY BETWEEN RULE OF LAW AND DEMOCRACY”

Çeviri

**Prof. Dr. Gerhard ROBBERS**

Trier Üniversitesi

(Çeviri: Doç. Dr. Sedat Çal, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Anayasalar bir ülkenin yasal temelini oluşturur. Toplumı yönetmek için zorunlu olan kuralları içerir. Günümüzde çoğu ülke bu kuralların yazılı olduğu bir temel belgeye sahiptir. Avusturya, İsrail ve İngiltere gibi birkaç ülkede ise bir kaç belge hep birlikte anayasayı oluşturur. Bazen, anayasal belgeler, ister bir ister birkaç belgeden oluşsun, gelenekler veya hatta dinsel kurallar gibi anayasa hukukunun diğer kaynaklarıyla bütünleşir. Her halükarda, bir ülkenin anayasaya sahip olması gerektiği düşüncesi tüm dünyada benimsenmiştir. Anayasalar arasında ne türlü benzerlik veya farklılıklar olursa olsun, açık olan husus şudur ki kimi ortak düşünceler en azından anayasa hukukunda egemen durumdadır. Yeryüzünde açık biçimde demokrasiyi benimsemeyip hukuk devleti ile temel hak ve özgürlüklere saygılı olan bir ülkeyi bulmak zordur. En azından kuramsal olarak, bu düşüncelerin bütün dünyada kabul edildiğini söyleyebiliriz.

Anayasalar birbirinden farklıdır. Kısa veya uzun metinleri olabilir, kimi istikrarlıdır (değiştirmek güçtür), kimi kolayca değiştirilebilir. Anayasada öngörülen devlet kurumları hem yapısal nitelik hem de sahip oldukları erk olarak farklıdır. Ancak, çoğunlukla anayasalar ülkenin öz kimliğine ilişkin bir fikir verir. Genellikle bir hukuk düzeninde yasalar o ülkenin anayasasına aykırı olamaz. Tüm diğer yasalar ve sair hukuk kuralları anayasanın söylediğine uygun olmalıdır.

Anayasalar gerçekliği (yaşamı) yönetmeyi öngörür. Tüm yasalar gibi anayasalar da yaşamın gerçeklerini ve devletin etkinliklerini yönlendirmek durumundadır. Bunu her daim yapmazlar. Kimi ülkelerde anayasalar katıdır ve tam bir uygulaması görülür. Kimi ülkelerde ise anayasaya uyum saygısı zayıftır. Bu durumlarda güzel cümlelerle yazılmış, ikna edici ve aslında adil ve hakkaniyetli olarak değerlendirilebilecek bir algıya mükemmel uygunluk içinde bir anayasa görülebilir. Bununla beraber, bu ülkede gerçek durum hayli tahammül edilemez de olabilir. Anayasalar salt propaganda amacıyla kötüye kullanılabilir, ama yine de bu durumlarda gelişmeyi sağlayacak biçimde bir ölçüt olarak yararlanılabilir.

Anayasalar gelişir. Çoğu anayasada anayasanın değiştirilmesine ilişkin hükümler bulunur. Genellikle bu hükümler yasama sürecine dair normal süreçten farklıdır ve anayasa değişikliklerini

daha zorlaştırır. Diğer yandan, anayasanın hiçbir sözü yorumdan kaçamaz. Kelimeler aynı kalsa dahi, bunların neyi ifade ettiği zaman içinde değişir. Anayasanın metni dar veya geniş biçimde yorumlanabilir; sözgelimi, eşitliğin yahut özgürlüğün neyi ifade ettiği kuşaktan kuşağa, ülkeden ülkeye ve kültürden kültüre değişir.

Anayasalar dinle de ilgilidir. Din, tüm dünyada anayasaların temel bir konusu durumundadır. Kilise ya da sair dini cemaatler ile devlet arasında bir tür ayrılığa gidilmesi yaygındır. Bu ayrılığa dair düzenleme keskin ya da ılımlı kelimelerle yapılabilir. Dini ötelemek için dışlayıcı olabileceği gibi, yaygınlaşması özgürlüğüne sıcak yaklaşım da içerebilir. Genellikle olduğu gibi, uygulama bu konuda belirleyicidir. Kimi anayasalar belli bir dini veya inancı devlet dini olarak gösterirler, bunlarda çoğunluğun dini veya kilisesi halkın kilisesi olarak belirlenir. Kimileri kendilerini açık biçimde İslami cumhuriyet olarak tanımlar veya Hıristiyanlığa atıf yapar. Seküler veya dini türden bu aşikar kimlikler mutlaka diğer dinlere ayrımcı muamele yahut din özgürlüğünün yok edilmesi anlamına gelmez.

Ünlü Alman anayasacı Peter Häberle şöyle diyor: Bir anayasa, sadece yasal bir metin veya normatif kurallar sistemi değil, fakat bir devletin kültürel gelişiminin ifadesi, bir halkın kendi kültürel portresi, onun kültür mirasının aynası ve istemlerinin temel yapısıdır. Şunu ekleyebiliriz burada; bu durum bir anayasanın başarılı biçimde gerçekleştirilmesi, halkın kimliğinin bir ifadesi olması durumunda sözkonusudur, bir halkın üzerine empoze edilen yabancı bir hukuk düzeninde değil. Bir anayasa, yaşayabilmek için kabul görmek ihtiyacındadır; halk bu anayasa ile yaşamalıdır ki anayasa kendini gerçekleştirebilsin. Bu aynı zamanda şu demektir; anayasal hükümler halkın iradesini yansıtmalıdır, halk kendisini bu anayasa içinde ifade ediyor olabilmelidir. Anayasanın kabul görmesi, tüm toplum kesimlerinin kendisini özdeşleştirebildiği zaman en iyi biçimde gerçekleşebilir. Dolayısıyla, toplumun değişik kesimleri anayasada kendilerini, umutlarını, kimliklerini, gereksinimlerini buluyor olmalıdır. Sadece bir kesimin yahut çoğunluğun bunu yapabilmesi, toplumu fesat edecek bir virüsün bün-yeye girdiğine delalet eder. Anayasa barışı sağlamak içindir, yok etmek değil. Dolayısıyla, anayasa düşüncesinin bizzat kendisi, çeşitliliğin kabulünü, farklılığa saygıyı ve uzlaşma yeteneğini gerektirir.

Din konusuna dönersek, ki günümüzde yaşamın en netameli alanlarından biridir, şunu soracağım:

Devlet ile dinlerin ilişkisi en iyi biçimde nasıl kurgulanabilir? Bunu küreselleşmiş bir dünyada uluslararası insan hakları düzenlemelerini ve devlet kavramının üzerinde mutabakat sağlanmış bulunan demokrasi ile hukuk devleti gibi temel yapıları dikkate alarak tartışmak gerekir. Şimdi söyleyeceklerim sorular sormak içindir, yanıtlar vermek değil. Bunu belirtiyorum çünkü bir tartışmaya davet etmek istiyorum. Keza, bunu vurguluyorum, çünkü ben de sizlerden duymak, dinlemek ve öğrenmek istiyorum.

Anayasalar dine bir yer bulmak zorundadır. Dini tamamen dışlamaya çalışan girişimler tarih boyunca başarısız kalmıştır. İnsanlar dinin olumlu katkılarından, toplumsallaştırıcı gücünden yararlanabildiklerinde toplumlar gelişme sağlamıştır. Bu aynı zamanda bir demokrasi sorunudur: İnsanlar dini inanışlarını ve dinsel gereksinimlerini yasal düzende temsil ediliyor bulabilmelidir; tüm toplum, bütün çeşitliliği içinde. Buradaki sorunsalımız, ekonomik, kültürel ya da siyasal gereksinimler için de aynıdır. Bu aynı zamanda bir hukuk devleti sorunudur: Hukuk, tüm halkın bütün gereksinimlerini, tüm halkın bütün çeşitliliği içinde karşılamak zorundadır. Halk, hukuk devletine katılım sağlayabilmelidir.

Bunu yapmanın bir yolu, seküler devlet nosyonuna dönmektir. Bunu yaparken, "seküler" kavramını olumlu bağlamda anlamak gereklidir. Ben kendi ülkeme, Almanya örneğine dönerek bunu yapacağım. Her ne kadar Alman anayasası devletin seküler olduğunu söylemese de, sekülerlik Almanya'da siyasal tartışmaların merkezinde olagelmıştır. Sekülerlik Almanya'da anayasal bir terim değildir. Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'dan din ve dünya görüşü bağlamında Alman devletinin "tarafsız" olması zorunluluğunu çıkarmaktadır. Bununla beraber, terimler bir-biri içine geçmektedir ve özünde benzer olarak algılanabilir.

Sekülerlik -ve tarafsızlık- devletin bir dinle veya dinsel kurumla kendisini özdeşleştirmemesini gerektirir. Devlet belirli bir dini cemaate herhangi bir özel eğilim içermekten, yahut böyle bir kurumun belirli çıkar veya ideolojilerini doğru addetmekten kaçınmak zorundadır. Diğer yandan,

dinsel kurumlar toplumsal kurumlardan daha olumsuz konumlandırılmamalıdır; dinsellik karşıtı devlet politikaları tarafsız yaklaşımla uyumlu olmayacaktır, çünkü bunlar dine karşı bir ayrımcılık demektir. Dolayısıyla, devlet ateizmini destekleyen bir karar, yasaklanmak durumundadır.

Dahası; tarafsızlık, müdahale etmemeyi ifade eder, yani, devlet dinsel cemaatlerin faaliyetlerine karışmamak durumundadır. Bu, Anayasa'da açıkça belirtilmektedir: "Dinsel cemaatler kendi işlerini herkese uygulanan hukuk kurallarına uyarak kendileri bağımsız biçimde düzenler ve yönetir."

Tarafsızlık belirli değerlere karşı tarafsızlık demek değildir. Çok açıktır ki Temel Yasa (anayasa) ve onun üzerinden bütün bir hukuk düzeni insan onuru, özgürlük ve eşitlik gibi esaslı değerler üzerinde yükselmektedir. Bununla birlikte, tarafsızlık belirli bir dinsel veya felsefi kavram, öğretisi veya kurumdan ilintisizliği gösterir. Devlet, dinsel ortamda geliştirilmiş değer ve kavramları kullandığında, devletin tarafsızlığı ihlal edilmiş olmaz.

Tarafsızlık aynı zamanda pozitif tarafsızlığı ifade eder. Bu kavram, devletin dini aktif biçimde desteklemesini ve dinin kendini geliştireceği ortamı sağlamasını zorunlu kılar. Bu, örneğin devletin yasaları çıkarırken dinsel gereksinimleri dikkate almasını gerektirir ve olanaklı kılar: Devlet yetkilileri şehir planlarında dinsel cemaatlerin kendi topluluklarının ibadet gereksinimlerini karşılamak üzere binalar yapmasına uygun alanlar sağlamalıdır. Bu pozitif tarafsızlık kavramı, resmi söylemde egemendir ve sadece hukuksal söylemin bir ifadesi sayılmaz. Mahkemeler ve devlet yetkililerince aktif biçimde desteklenir ve uygulanır.

Bu meyanda Almanya, Müslümanlarının gereksinimlerini karşılamak durumundadır. Almanya'nın, kökleri Türkiye'ye dayanan çok sayıda bireyin gereksinimlerini karşılaması gerekmektedir. Bizim Almanya'da bu yönde almamız gereken uzun bir yol var. Pozitif tarafsızlık olarak anlaşılan bir sekülerlik bir toplumun hepsini tüm meşru çıkarları, hak ve özgürlükleriyle bir araya getirir. Anayasalar değişimi ve gelişmeyi olanaklı kılmalıdır.

Seküler devlet, böylece, bir dinsel özgürlük devletidir, vatandaşlarının dinsel yaşamına saygı duyan, insan haklarına dayalı ifade özgürlüğü

çerçevesinde dini destekleyen bir devlet. Seküler devlet dinsel cemaatlerin özerkliğini garanti altına alır, dinin gelişmesi için gerekli koşulları sağlar ve kamusal demokratik sürece katkılarını öngörür.

Bütün bunlar keza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düşünce ve inanç özgürlüğünü garanti altına alan 9. maddesinde yer almaktadır; bu hak, topluca veya bireysel olarak yahut alenen veya kendi çevresinde din veya inanç değiştirme, düşünce veya inancını açıklama, ibadetini yerine getirme veya yayma özgürlüğünü içermektedir.

Demokratik bir toplumda, sınırlamalar ancak zorunlu ise sözkonusu olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, demokratik toplum kaçınılmaz biçimde dinsel çeşitliliği öngörür. Düşünce ve inanç özgürlüğünü ele alırken, Mahkeme, bunların inananlar için kimliklerini ve yaşam algılarını belirleyen en temel öğeler olduğuna değinmekte, bunların aynı zamanda ateistler, agnostikler, şüpheciler ve ilgisizler için de değerli bir varlık olduğunu belirtmektedir. Mahkeme'ye göre, asırlar boyunca zorlukla kazanılan ve demokratik toplumdan ayrılmaz nitelik içeren çeşitlilik, bunların üzerinde yükselmektedir.

Mahkeme, devlet yetkililerinin kültürel farklılıkları değerlendirme konusunda sahip oldukları takdir aralığının önemini kabul etmektedir. Bu husus, dinsel ve kültürel konularda farklılıklara saygıyı koruyarak Avrupa'nın birleşmesine yönelik aşamalı süreçte önemlidir. Bununla birlikte, Mahkeme, dinsel özgürlükler konusundaki değerlendirme aralığını belirlerken "tartışma konusuna, yani demokratik toplum nosyonunun öz niteliği olarak gerçek dinsel çeşitliliği sağlama gereksinimine" özen göstermek gerektiğini vurgulamaktadır.

Sınırlamalar "temel hakları ve diğer insanların özgürlüklerini korumak" için zorunlu olduğu takdirde de yapılabilecektir. İnsanlar diğerlerine saygı göstermekten kaçınabilir, bir toplum hoşgörüsü eksikliğinde olabilir, yine, çeşitlilik kimilerince şiddete yönelik algılanabilir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca, her ne kadar dinsel farklılıklar uyumsuzluğa yol açabilse de, bu durumlarda sözkonusu olan "çeşitliliğin korunması ve demokrasinin düzgün biçimde işlerliğidir. Bundan ötürü, böylesi durumlarda yetkililerin rolü çeşitliliği kaldırarak değil, rakip gruplar arasında hoşgörüyü

sağlamak suretiyle gerilimin kaynağını bertaraf etmek olmalıdır.”

### **Opening of the Faculty of Law of the Hacettepe University, Ankara**

**October 8, 2012**

#### **Challenges in the Constitution Making Process:**

#### **Problems of Participation and Protecting Diversity in the Interplay between Rule of Law and Democracy**

**Gerhard Robbers, University of Trier**

Constitutions represent the legal basics of a country. They contain the rules that are fundamental for governing the community. Today, most countries of the world have one central document in which all or most of these rules are laid down. In a few countries, such as Austria, Israel or the United Kingdom, several documents taken together form the constitution. Sometimes, constitutional documents, be they one or more, are combined with other sources of constitutional law such as custom or even religious rules. In any case, the idea that a country should have a constitution has been adopted throughout the world. Whatever differences or similarities between constitutions there may be it is obvious that some common ideas govern at least constitutional law. There is hardly a country in the world that does not explicitly state to be a democracy and that it should respect the rule of law and fundamental rights. At least in theory, these ideas have been accepted throughout the world.

Constitutions differ. They are long or short, stable or easily changed. Government institutions as established by the constitutions vary in structure and powers. Mostly, however, constitutions give an idea of the very identity of a country. Usually, no other law of a given legal system may contradict the constitution of that specific country. All other laws and legal rules must then comply with what the constitution says.

Constitutions are meant to rule reality. As all law intends to do constitutions should direct the facts of life, the actions of governments. They not always do. In some countries, constitutions are strong and they are implemented in fact. In other countries, the respect for the constitution is weak. In such cases there may well be a

convincing constitution, nicely worded, and in perfect harmony with what can be regarded as being good and just. Nevertheless, the factual situation in that country may well be intolerable. Constitutions can be misused as mere propaganda, but constitutions then can serve as yardsticks to insist on improvement.

Constitutions develop. Most constitutions contain explicit provisions providing for the amendment of the constitution. Usually, these provisions differ from the normal process of legislation and make the change of the constitutions more difficult. On the other hand, no wording of a constitution can escape interpretation. Even if the words remain the same, the understanding of what these words mean, develops during time. The text of a constitution can be interpreted narrowly or generously, and what equality means or freedom differs from generation to generation, from country to country, and from culture to culture.

Constitutions relate to religion. Religion is a central topic of constitutions throughout the world. Some sort of separation between churches or other religious communities and the state is predominant. Separation may be radical in words or moderate. It can be hostile in order to push away religion or it can be friendly to let religion have the freedom to flourish. As usual, much depends on practice. There are a number of constitutions declaring a certain religion or confession to be the religion of the state, the predominant religion or a church to be the people's church. Others define themselves explicitly as Islamic republics or refer to Christianity. These explicit identities as secular or religious do not necessarily lead to unequal treatment of other religions or even to a loss of religious freedom.

Peter Häberle, the famous German constitutionalist, has said that a constitution “is not only a legal text or a normative system of rules, but also an expression of a state of cultural development, a means of the cultural self-portrayal of a people, mirror of its cultural heritage and fundament of its hopes”. One may add that this is the case when a constitution succeeds, when it is in fact an expression of the identity of a people, not just a mere octroy, an alien part of law imposed on the people. A constitution needs to be accepted

in order to be alive, a people must live its constitution to make it happen. That means also that the constitutional provisions should represent the will of the people - that people can identify with them. Acceptance of a constitution is best achieved when all parts of society can identify with it. That means the diverse parts of society must be able to find in the very constitution themselves, their hopes, their identity, their needs. If only one part - and be it the majority - can identify with the constitution, the germ of destruction is laid in the center of society. Constitution is meant to enable peace, not destruction. The very idea of constitution, therefore, requires acceptance of diversity, requires respect for difference, requires the ability for compromise.

If we turn to religion - today again one of the most explosive fields of life - I will ask:

How best should the relationship between State and religions be structured? This must be discussed in a globalized world, in view of international human rights instruments and in view of agreed basic structures of statehood such as democracy and the rule of law. And all that I will say now is meant ask questions, not to give final answers. I mean this to engage in a process of discussion. I mean this to hear, to listen, and to learn myself.

Constitutions must give religion a place. All attempts in history to do away with religion have failed. Whenever people have succeeded to make use of the positive contribution of religion, to make use of its power of community building, societies have flourished. This is also a question of democracy: People must be able to find their religious convictions and their religious needs represented in the legal order, all people in all their diversity. It is the same question as to economic needs, cultural needs or political needs. This is also a question of rule of law: The law must accommodate all people with all their needs, all people in all their diversity. People must be able to participate in the rule of law.

One way of doing this is turning to the notion of a secular state. In doing so, it is necessary to understand the idea "secular" in a positive sense. Let me do so in turning to my own country, Germany. Secularity has become a central point in the political discussion in Germany, although the

German constitution does not say that the state is secular. Secularity is not a constitutional term in Germany. The Federal Constitutional Court takes from the constitution that the German state has to be 'neutral' in view of religion and world views. However, the terms merge and they can be seen similar in substance.

Secularity - and neutrality - requires the state not to identify with a religion or a religious organization. The state is not allowed to have any special inclination to a particular religious community or to judge such an organization's particular merits or ideologies to be true. On the other hand, religious institutions must not be placed in a more disadvantageous position than societal groups; anti-religious state policies would be incompatible with a neutral approach, because these would discriminate against religion. This prohibits a decision in favour of state atheism.

Neutrality, furthermore, means nonintervention, that is, the state is not allowed to take decisive action in the affairs of religious communities. This is made particularly clear by the constitution: 'Religious societies shall regulate and administer their affairs independently within the limits of the law that applies to all.'

Neutrality does not mean neutrality in respect of specific values. It is quite clear that the Basic Law and with it the entire legal system is based on strong values such as human dignity, freedom, and equality. However, neutrality means not to identify with a specific religious or philosophical concept, teaching or institution. State neutrality is not violated when the state takes up values and concepts that have been developed in the religious sphere.

Neutrality also means positive neutrality. This concept obligates the state to actively support religion and to provide for the space religion needs to flourish. This makes possible and requires, for example, for the state to include religious needs in planning law: State authorities have to provide for real estates in their urban development plans on which religious communities can construct places of worship according to the needs of the population. This concept of positive neutrality is predominant in the official discourses and not only in the law. It is actively supported and implemented by the courts and state authorities.

This requires Germany also to accommodate Muslim needs. It requires Germany to accommodate the needs of the many people who have their origins in Turkey. We in Germany have still a long way to go in this direction. Secularity understood as positive neutrality integrates all people of a society with all their legitimate interests, their rights and freedoms. Constitutions must enable change and development.

The secular state is thus a state of freedom of religion, a state that respects the religious life of its citizens, a state that supports religion as an expression of freedom based in human rights. The secular state guarantees the autonomy of religious communities, it provides the necessary conditions for religion to flourish, and welcomes their contributions to the public democratic process.

All this is found also in the European Convention of Human Rights in its Article 9 which guarantees the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

Limitations must be "necessary in a democratic society". The European Court of Human Rights has found that democratic society necessarily presupposes religious pluralism. In articulating the importance of freedom of religion or belief, the European Court has noted that it is "one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it". Similarly, the Court has acknowledged the significance of the "pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society

The Court has recognized the importance of a margin of appreciation of cultural difference that State authorities have in this area. This is vital to the gradual process of European integration while maintaining respect for difference in relation to religious and cultural matters. Nonetheless, the Court has made it clear that in delimiting the margin of appreciation that applies to religious

freedom issues, it "must have regard to what is at stake, namely the need to secure true religious pluralism, an inherent feature of the notion of a democratic society".

Limitations can also be made when necessary to "protect the fundamental rights and freedoms of others." People can deny respect for other people, a society may face intolerance, diversity may even be taken by some as a pretext for violence. Indeed, the European Court of Human Rights has made clear that under Article 9 of the European Convention, even though religious differences may result in discord, what is at stake in such cases "is the preservation of pluralism and the proper functioning of democracy . . . . Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other."