

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

# HUKUK GÜVENLİĞİ

8-9 KASIM 2013  
ANKARA



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 277

*Kamu Hukukçuları Platformu*  
*HUKUK GÜVENLİĞİ*

ISBN: 978-605-9050-33-3

© Türkiye Barolar Birliği  
Şubat 2015, Ankara

Türkiye Barolar Birliği  
Ođuzlar Mah. Barış Manço Cad.  
Av. Özdemir Özok Sokađı No: 8  
06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)  
Faks: 312 286 55 65  
[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)  
[yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr)

Baskı  
Şen Matbaa  
Özveren Sokađı 25/B  
Demirtepe-Ankara  
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

# HUKUK GÜVENLİĞİ

**Hazırlayan**

Doç. Dr. Ece Göztepe

8-9 KASIM 2013

ANKARA

## İÇİNDEKİLER

### AÇILIŞ KONUŞMALARI

<b>Av. Sema AKSOY</b> Ankara Barosu Başkanı .....	9
<b>Av. Berra BESLER</b> Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı .....	13
<b>Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM</b> Kamu Hukukçuları Platformu İcra Kurulu Başkanı.....	15

### BİRİNCİ GÜN

#### BİRİNCİ OTURUM

##### *Bildirilerin Sunumu*

<b>Yrd. Doç. Dr. Selda ÇAĞLAR</b> “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik – Hukuk Güvenliği İlişkisi” .....	25
<b>Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM</b> Oturum Başkanı .....	139
<b>Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU</b> “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi” .....	141

**BİRİNCİ GÜN**  
**İKİNCİ OTURUM**  
*Bildirilerin Sunumu*

<b>Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM</b>	
Oturum Başkanı .....	187
<b>Doç. Dr. Funda BAŞARAN YAVAŞLAR</b>	
“Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi” .....	189

**BİRİNCİ GÜN**  
**ÜÇÜNCÜ OTURUM**  
*Bildirilerin Yorumları*

<b>Prof. Dr. Oktay UYGUN</b>	
Oturum Başkanı .....	241
<b>Birinci Bildiri Üzerine:</b>	
Yrd. Doç. Dr. Berke ÖZENÇ.....	241
Doç. Dr. Sedat ÇAL.....	248
Prof. Dr. Rona AYBAY .....	257
<b>İkinci Bildiri Üzerine:</b>	
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN.....	264
Av. Turgut KAZAN.....	268
<b>Üçüncü Bildiri Üzerine:</b>	
Prof. Dr. Nami ÇAĞAN.....	274
Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ.....	277
Yed. Doç. Dr. Burak PINAR .....	283

**BİRİNCİ GÜN**  
**DÖRDÜNCÜ OTURUM**

*Tartışmalar*

**Prof. Dr. Rona AYBAY**

Oturum Başkanı ..... 293

**İKİNCİ GÜN**  
**BİRİNCİ OTURUM**  
*Katılımcıların Katkıları*

**Prof. Dr. Oktay UYGUN**

Oturum Başkanı ..... 333

**İKİNCİ GÜN**  
**İKİNCİ OTURUM**

*Bildiri Sunanların Yorum ve Eleştiriler Üzerine*  
*Genel Değerlendirmeleri*  
*Genel Değerlendirme ve Kapamış Konuşması*

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM**

Oturum Başkanı ..... 375

*Kamu Hukukçuları Platformu*

---

*Açılış Konuşmaları*





**SUNUCU-** Kamu Hukukçuları Platformu'nun dördüncü toplantısına hepiniz hoş geldiniz. Programımızın açış konuşmalarını yapmak üzere Ankara Barosu Başkanı Sayın Av. Sema Aksoy'u kürsüye davet ediyorum.

**Av. Sema AKSOY (Ankara Barosu Başkanı)-** Türkiye Barolar Birliği'nin çok değerli başkan yardımcısı, değerli genel sekreterim, değerli yönetim kurulu üyeleri, disiplin kurulu üyeleri, değerli meslektaşlarım, Kamu Hukukçuları Platformu'nun değerli üyeleri, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

SEMA AKSOY'UN  
KONUŞMASI

Çok önemli ve aslında gündem maddesi sayabileceğimiz bir konuyu dile getirdikleri için de Platform'a çok teşekkür ediyorum.

Ülkemizde uzun zamandır hukuki güvenlik sorununun yaşandığı kuşkusuz. Ülkemizde yaşayan her birey kendine güvenip "ben suç işlemem" diyebilse de, "ben asla yargılanmam" diyememektedir. Hukuk dışı uygulamalar, adalete duyulan güveni ve kamu düzenini derinden sarsmaktadır. Hukuk devletin ön şartlarından biri olan hukuk güvenliği ilkesiyle, bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm fiil ve muamelelerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici metotlardan kaçınmasını gerekli kılar.

Hukuk güvenliğini, kişilerin can, mal, namus ile din ve vicdan emniyetlerinin hukuk kuralları tarafından korunacağına olan inanç olarak ifade edebiliriz. Hukuk kurallarının kişiler tarafından öngörülebilir olması ve kişilerin hukuk düzenine, dolayısıyla devlete olan güven ve bağlılığı, hukuk güvenliği bilinciyle mümkündür.

Bununla birlikte devletin yasama organı eliyle çıkarmış olduğu kanunların uygulamaya geçirilmesi sürecinde devreye giren, idarenin işlem ve eylemlerinin de kanunlara uygun olması gerekmektedir. Bu durum kamu hukukunda yasal yönetim biçimi olarak ifade edilmektedir.

Hukuk devleti ise bu kuralların sözde değil, özde uygulandığı yönetim düzenidir. Slogan niteliğinde kulağa hoş gelen hukuk kurallarının olması tek başına yeterli olmayıp o kuralların uygulanmasındaki metot, adalete olan güveni sarsıyorsa, hukuk güvenliği bilinci de sarsılmış demektir.

Adil yargılama ilke ve kurallarının defalarca ve ısrarla ihlal edildiği, yargılama devam ederken dahi toplumda yaygın şekilde tartışılan özel görevli mahkemelerin uygulamaları, yargısız infaza dönüşmüş, makul sürenin üstündeki tutukluluk süreleri, dünya hukuk tarihine geçen gizli tanık uygulaması başta olmak üzere, ceza yargılamasında sanıktan delile gidilmesi temelinde “suçsuzluğunu ispat et” diyen çağdışı uygulamalar, haberleşme özgürlüğünü hiçe sayan yasadışı dinlemeler, özel hayatın gizliliğinin yok edilmesi, son dakika önergeleriyle gece yarısı getirilen düzenlemeler; savundukları sanıklar, girdikleri davalar, yaptıkları savunmalar yüzünden tutuklanan avukatlar; Anayasa'nın koruması altında bulunan düşünceyi açıklama hakkını kullananlara yönelik emniyet güçlerinin şiddet boyutuna varan ölçsüz güç kullanımı ve daha birçok üzümlere tanık olduğumuz, gözlemlediğimiz ve yaşadığımız hukuk dışı uygulamalar, artık tahammül sınırını aşmıştır ve Türkiye’de adalete duyulan güveni ve kamu düzenini derinden sarsmış bulunmaktadır.

Hukuk güvenliğinin teminatı, hukukun üstünlüğü temel ilkemizdir. Hukukun üstün olduğu ve egemenliğin kayıtsız

şartsız millete ait olduğu modern, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletinde, güçlü olduğu için haklı olmak yoktur. Hukukun üstünlüğünden kasıt, yasaların üstünlüğü değildir; hukukçular ya da yargıçlar devleti hiç değildir. Kast edilen, hukuka saygı ve bağlılıktır. Üstünlük, demokratik hukuk devleti çerçevesinde Anayasa ve yasalardadır.

Hukukun üstün olduğu devletlerde, milli irade üstündür. Egemenlik millettendir. Temel hak ve özgürlükler anayasal güvence altındadır. Demokratik kurum ve kurallar vardır ve nihayet bağımsız ve tarafsız olduğu için yargıya güven tamdır. Anayasalarda yer alan temel hak ve özgürlüklerin kullanılmaları esas, kanunda açıkça gösterilen hallerde sınırlandırılmaları ise istisnadır.

Devletin şekli, işleyişi ve organları Anayasa'da açıkça belirtilmiştir. Güçler ayrılığı ilkesine uygun olarak, kurumların yetki ve sorumlulukları açıkça kanunlarda yer alır. İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Bu denetim, Danıştay ve diğer idari yargı kuruluşları tarafından gerçekleştirilir.

Yasalar karşısında herkes eşittir. Hiçbir kişi, kurum ya da kuruluşa üstünlük ve ayrıcalık tanınamaz. Tüm yöneticiler ve kamu görevlileri, eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulurlar. Vatandaşlar demokratik katılım hakkına sahiptirler. Devlet egemenliğini vatandaşıyla paylaşmak zorundadır. Ayrıca devlet, insan hak ve özgürlükleri, uluslararası hukuk, çevre, kadın, çocuk hakları gibi evrensel konularda egemenliğini, bazı ulusal ve uluslararası kuruluşlarla da paylaşmak zorundadır.

Bu ortamda çoğulculuk, katılımcılık, özgürlük ve eşitlik unsurlarıyla şekillenen ve meşruiyet kaynağı halk olan demokrasi ile insan hak ve özgürlükleri iç içedir. Böyle bir devlette hakkının ihlal edildiğini düşünen herkes, tabii hâkim prensibi çerçevesinde bağımsız ve tarafsız mahkemelere başvurabilir. Hukuk devletinin olmazsa olmazı, yürütmenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır. Yargının olmazsa olmazı da mahkemelerin tam anlamıyla bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır.

Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini zorunlu sayan, faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uyan devlettir. Bu düzenle tebaa değil, özgür insan vardır; kul değil, hak ve yükümlülüklerle donatılmış yurttaş vardır.

Bu çerçevede Türkiye'de hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla geçerli olduğunu, uygulamaların tümüyle yasalara uygun olduğunu söylemek maalesef mümkün olamamaktadır. Yargı bağımsızlığı, hukuk devleti için olmazsa olmazdır. Herkes yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık bir yargılamayla görülmesini isteme hakkına sahiptir.

Yargı bağımsızlığının güçlendirilmesinin, yargı tarafsızlığının geliştirilmesinin, yargının verimliliği ve etkinliğinin artırılmasının, yargıda mesleki yetkinliğin yükseltilmesinin, hâkim ve savcılarının bağımsızlığının, kişilerin hak ve özgürlüklerinin en önemli teminatı olduğu hiçbir zaman unutulmamalıdır.

Adil yargılanma hakkı da, bireyin ve toplumun güvencesidir. Adil yargılanmanın olmadığı yer, hukuk devleti olamaz. Avukata baskının olduğu yerde, adil yargılama olamayacağı gibi, hukuk devleti de barınmaz. Ancak ve ancak iddia ve savunmaya eşit olanaklar sağlanması sonucu, yani silahların eşitliği ilkesi yerine geldiğinde, adalet mülkün temeli olarak addedilebilir ve yargı adalet dağıtılabilir hale gelebilir.

Toplumsal barış ve adalet, devletin egemenlik hakkını kullanarak oluşturduğu hukuk düzeni marifetiyle herkese eşit ve adil yaklaşımı ile sağlanabilir. Hukukun intikamcı siyasi niyetlere araç edilmek istenmesi, tarihte birçok kez vuku bulduğu gibi, kimsenin yararına değildir.

Ankara Barosu olarak kişi ve kurumların her tür hukuki güvenceden yoksun bırakılmasına yönelik, sistematik bir hal alan özel uygulamaları asla kabul etmeyeceğimizi, hukukun üstünlüğüne, Cumhuriyetimizin temel ilkelerine ve meslek onuru-

na sahip çıkma kararlılığımızı daima sürdüreceğimizi bir kez daha yineleyerek hepimize saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

**SUNUCU-** Ankara Barosu Başkanımıza konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Şimdi de konuşmalarını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkan vekili Sayın Av. Berra Besler'i kürsüye davet ediyorum. (Alkışlar)

**Av. Berra BESLER (Türkiye Barolar Birliği Başkan Vekili)-** Türkiye Barolar Birliği'nin Sayın Genel Sekreteri, Yönetim Kurulu üyeleri, Baro Başkanlarım, Kamu Hukukçuları Platformu'nun Sayın başkanı, ülkemizin değerli akademisyenleri, basınımızın seçkin temsilcileri ve saygıdeğer konuklar,

BERRA BESLER'İN  
KONUŞMASI

Ankara Barosu'nun da katkılarıyla Kamu Hukukçuları Platformu ile birlikte düzenlemiş olduğumuz "Hukuk Güvenliği" konulu toplantıya onur verdiniz, hoş geldiniz. Sizleri Türkiye Barolar Birliği adına saygıyla selamlıyorum.

### **Değerli Konuklar,**

Sizlerin de çok iyi anımsayacağınız gibi, 03 Nisan 2009 tarihinde İstanbul'da Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen bir toplantıda Prof. Dr. Friedrich Müller'in verdiği bir konferansın ardından, kamu hukukçuları arasında işbirliğini kurumsallaştıracak ilk adımları atmak üzere bir Platform oluşturulmuştu.

Yıllık toplantılar düzenleyerek, insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi konularında ortaya çıkan anayasal ve yasal sorunları bilimsel verilerin ışığı altında incelemek ve tartışmak üzere oluşturulan, ülkemizin çok değerli akademisyenleri ile hukukçularının katıldığı "Kamu Hukukçuları Platformu", oluşumundan bu yana hep olduğu gibi, bu yıl da IV. toplantısını bizleri onurlandırarak Türkiye Barolar Birliği'yle birlikte gerçekleştirecek.

### **Değerli katılımcılar,**

Bu toplantılara, başladığı günden itibaren heyecanla katılan, değerli fikirleri ile bizleri aydınlatan pek çok hukukçunun yetişmesinde emeğini cömertçe bizlere sunmaktan yaşa-

mı boyunca vazgeçmeyen çok değerli hocam Prof. Dr. Aydın Aybay'ı bugün bu salonda gözüm çok arıyor. Kendisini minnet ve saygı ile anıyorum. Ve yine hepimize emeği geçen ve dün yitirdiğimiz çok değerli hocamız Prof. Dr. Belgin Erdoğan'ı saygı ve rahmetle anıyor, hukuk camiamıza ve çok değerli ailesine Türkiye Barolar Birliği adına taziyelerimizi sunuyorum.

### **Saygıdeğer konuklar,**

Tüm faaliyet, işlem ve eylemleri hukuk kurallarına uyan, kendisini bu kurallarla bağlı sayan hukuk devleti, insan haklarının yaşama geçmesini, adaletin gerçekleşmesini, güvenliğin sağlanmasını amaçlar.

Çağdaş devletin belirleyici kimliği olan hukuk devletinin ön şartlarından biri olan ve bugünkü toplantıya konu edilen hukuk güvenliği ilkesi de bireylerin her alanda hukuki güvenliğinin sağlanmasını hedeflemiştir.

Bu ilke;

Hukuk normlarının öngörülür olmasını,

Bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duya-bilmelerini,

Devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu sarsacak tutum ve davranışlarda bulunmamasını gerekli kılar.

Bir ülkede, ihtiyaç ölçüleri yeterince değerlendirilmeden, hukuki istikrarı ve belirginliği yok edecek şekilde hukuk kurallarında sıklıkla değişiklikler yapılıyorsa, bu değişiklikler kazanılmış haklara geriye doğru uygulanıyorsa, savunma hakkı kısıtlanıyorsa, yargı bağımsız ve yargıç tarafsız kalamıyorsa, savcılar Cumhuriyet'in savcısı olamıyorlarsa, hukuk devleti ve hukuk güvenliğine neler oluyor diye sorgulamak gerekiyor.

Türkiye'de vazgeçilemeyecek olan hukuk devleti ilkesi acaba ne durumdadır? Ona neler olmaktadır? İşte bugün başlayacak olan ve çok önemsendiğim bu toplantıda, bilimsel verilerin ışığı altında Kamu Hukukçuları Platformu'nun çalışma prensipleri çerçevesinde bunları tartışacağız.

### Değerli konuklar,

Günümüz koşullarında çok önemli olan ve iki gün sürecek toplantıda, “Hukuk devleti açısından hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği ilişkisi”, “Ceza hukuku ve uygulamasında hukuk güvenliği” ve “Vergi hukukunda hukuk güvenliği” başlıkları altında pek çok kişinin muhatap olduğu, maruz kaldığı, gerçekten toplumumuzu son derece tedirgin eden olayların yaşandığı konularda tebliğler sunulacak ve hemen sonra bu konular tartışmaya açılarak değerlendirmeler yapılacaktır.

Hukuk güvenliğinin alabildiğine sarsıldığı, hukuk devletinin onarılmaz yaralar aldığı bu dönemde, Kamu Hukukçuları Platformu'nun IV. toplantısında sorunlara ışık tutacak olan çok önemli ve yararlı çalışmalar yapılacağına, toplumumuzu aydınlatacak mesajlar verileceğine içtenlikle inanıyorum. Üstün başarı dileklerle, Türkiye Barolar Birliği adına sizlere saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

**SUNUCU-** Sayın Berra Besler'e konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Şimdi konuşmalarını yapmak üzere Kamu Hukukçuları Platformu İcra Kurulu Başkanı Prof. Dr. Fazıl Sağlam'ı kürsüye davet ediyorum. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Kamu Hukukçuları Platformu İcra Kurulu Başkanı) -** Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu'nun değerli başkan ve mensupları, Platformumuzun değerli üyeleri, konu hakkında bir şey söylemeyeceğim. Çünkü üç değerli arkadaşımız zaten konuyu bütün boyutlarıyla bizlere sunacaklar. Arkasından zaten tartışmaları yürüteceğiz.

Benim söyleyeceğim şeyler daha çok toplantının biçimi ve oluşumuyla ilgili. 3 Nisan 2009 günü kurulan Kamu Hukukçuları Platformu, bugün dördüncü bilimsel toplantısını yapıyor. Bu sürekliliğin sağlanmış olmasından hepimiz tabii büyük gurur duyuyoruz.

Platformumuz, gönüllü olarak bir araya gelen kamu hukukçularından oluşuyor. Bizim bütçemiz yok. Biz gönüllü çalış-

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

FAZIL SAĞLAM'IN  
KONUŞMASI

mayla buralara ulaşan bir grubuz. Siyasal çıkarlara ve siyasal çevrelere bağlı olmaksızın, değişik görüşte insanlar olarak bir araya geliyoruz ve bilimin gereklerini ön plana çıkararak, doğruyu bulmaya çalışıyoruz.

İşte bu amacı içtenlikle benimseyen ve onun gerçekleşmesi için gönüllü olarak aktif katkı sunan arkadaşlarımız olmasaydı, bugüne ulaşamazdık. Yani bu dördüncü toplantıya ulaşamazdık. Her yıl birileri bu işe nöbetleşe el veriyor ve bu yükü paylaşıyor.

Deneyim ve bilgi birikimi, bu tür etkinlikleri besleyen en önemli kaynaktır. Bunu sağlamak üzere bu yıl çalışmalarımıza yeni bir boyut eklenmiştir. Birikimlerimizi değerlendiren, etkinliklerimiz hakkında sürekli bilgi akışını sağlayan Kamu Hukukçuları Platformu internet sitemiz kısa bir zamanda hazırlanıp faaliyete geçmiş bulunmaktadır. Böylece kurumsallaşmanın önemli bir adımı da atılmış oluyor. Bunun gerçekleşmesinde en önemli maddi desteği sağlayan sevgili Bülent Tanör'ün eşi Öget Tanör başta olmak üzere, bu girişimi yaşama geçiren ve bu sitenin yönetim ve sorumluluğunu üstlenen Prof. Dr. Oktay Uygun'a teşekkür borçluyuz.

Oktay Uygun aynı zamanda girişim ve icra kurulumuz içinden bu toplantının hazırlanmasında eşgüdüm ve yönetim görevini üstlenmiş olan arkadaşımızdır. Kendisine gönüllü olarak yardımcı olan diğer arkadaşlarımız Girişim ve İcra Kurulu'ndan Ece Göztepe, gönüllü katkılar sunan Hakan Üzeltürk, Funda Başaran Yavaşlar, Ozan Ergül, Selda Çağlar, Hamide Tacir, İlker Gökhan Şen, Bülent Yücel ve Aysun Altunkaş'a teşekkür ediyoruz.

Tabii Girişim ve İcra Kurulu'ndaki diğer arkadaşlarımızın desteğini de unutmuş değilim. Onlar bir bütün olarak bu desteği sürekli kılanlardır.

Bu yılki toplantımızı, Ankara Barosu'na önermekle, bugüne kadar Türkiye Barolar Birliği'nin verdiği desteği Barolarımızın



da paylaşmasını amaçladık. Bu amacımız devam edecek. Yani bundan sonraki toplantıyı İstanbul Barosu'na ve ondan sonrasını İzmir Barosu'na sunmayı amaçlıyoruz.

Metin Feyzioğlu'nun Başkanlığı altında toplanan Baro Yönetim Kurulu, kendilerine sunduğumuz projeyi benimsedi ve kabul etti. Feyzioğlu'nun TBB Başkanlığına seçilmesinden sonra TBB de bu desteği paylaşma kararı aldı. Bu toplantımızı onların işbirliğine ve maddi desteğine borçluyuz. Başta Metin Feyzioğlu ve Sema Aksoy olmak üzere TBB ve Ankara Barosu Yönetimine KHP adına şükranlarımı sunmayı bir görev sayıyorum.

Aslında üniversitelerin üstlenmesi gereken bir görevi benimseyerek akademik potansiyelin önünü açan, toplantı konularımızı kendi görev alanları olarak benimseyen TBB ve Ankara Barosu gibi kurumların varlığı, akademik ve demokratik yaşamımızın en büyük şansıdır.

Bu açıklamaların arkasından, toplantılarımızla ilgili somut konulara geliyorum.

1) Önce Kıbrıs toplantısı kitabının Yakın Doğu Üniversitesi tarafından yayımlandığını ve toplantıya katılan tüm KHP mensuplarına gönderildiğini müjdelemek isterim. Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Yıldırım Uler, Kıbrıs toplantısının ve kitabının hazırlanmasında aktif katkıları olan Muhammed Erdal ve Erkut Sivrikaya bu toplantımızda da aramızdalar. Fakültede yeni göreve başlayan 11 araştırma görevlisi, "gerekirse üçer kişi olarak odaları paylaşırız" diyerek ısrarla toplantımıza katılmak istediler. Ben de onlara Kıbrıs toplantısı kitabından onar adet birlikte getirme görevi verdim. Kitaplar şu anda giriş masasında. Kıbrıs toplantısı kitabını alamamış olan arkadaşlarımız, ilgili çizelgeye ad-soyad ve iletişim bilgilerini doldurup imzalamak karşılığında kitabı edinebilirler.

2) Bir tereddüdüm vardı, geçen yıl burada Türkiye Barolar Birliği desteğiyle yaptığımız toplantının kitabı acaba bu toplantıya yetişir mi diye. Şimdi onun da müjdesini aldım. Kitabın

bir örneği bana verildi. O kitap da artık masada. Onları da arkadaşlarımız imza karşılığı edinebilecek.

Yani dördüncü toplantımıza geldik, ama üç toplantının da kitabı çıkmış durumda. Bundan gurur duyuyoruz ve bu gururu bize yaşatan bütün arkadaşlarımıza şükranlarımızı arz etmek istiyoruz. (Alkışlar)

3) Toplantıda sunulacak bildirileri, katılımcılara bir ay önceden ulaştırmayı başaran bir başka girişim olduğunu sanmıyorum. Bununla övünüyoruz. Ama bizim toplantılarımızın verimliliği ve başarısı da buna bağlı. Bu yıl bildirilerin sizlere ulaşımını internet sitemiz aracılığıyla sağladık. Doğaldır ki bunu bildiri sahipleri Selda Çağlar, Tuğrul Katoğlu ve Funda Başaran Yavaşlar'ın görev bilincine ve sorumluluğuna borçluyuz. Kendilerine özellikle teşekkür ediyorum.

4) Ayrıca, mutfağın asıl sahibi olarak toplantı hazırlıklarını bizimle aynı duyarlılıkta paylaşan tüm Baro görevlilerine de teşekkürü bir borç biliyoruz.

5) Son değineceğim nokta, toplantının yönetimiyle ilgili: Toplantı yönergemiz internet sayfamıza konuldu. Sanırım okumuşsunuzdur. Özetle içeriğini tekrarlamak gerekirse: Katılımcılar söz almak için yazılı olarak başkanlığa başvuracaklar. Bu başvuruda ad-soyad, unvan ve kurum belirtilecek. Bu usul, söz alma istemlerinin ve sırasının gözden kaçırılmasını önüyor. Benimsediğimiz yöntem sayesinde böyle bir durum söz konusu olmayacak. Başvurular bildirilerin sunumu sırasında da yapılabilecek. Bu başvurular sıraya girecek ve böylece konuşma süreleri de oturum süresine göre ayarlanabilecek. Ayrıca bant çözümleri sırasında yapılan yazılı başvurular, adlarda ve unvanlarda yanlışlık yapılmasını önleyecek. Söz alma başvurularında öncelik, katılım beyanında bulunan arkadaşlarımızdır. Zaman ölçüsünde diğer katılımcılara da söz verilebilir.

Bu yıl ilk oturumumuzu yorumculara ayırdık. Yorumcuların uzmanlık ve deneyimleriyle toplantımızı ve tartışma ortamını zenginleştireceğine inanıyoruz.

Bu yılki toplantının başkanlık görevini değerli arkadaşlarımız Rona Aybay ve Oktay Uygun'la birlikte üstlenmiş bulunuyoruz. İki günlük toplantımızı sıra ile yönetmeye çalışacağız.

FAZIL SAĞLAM'IN  
KONUŞMASI

Şimdi artık toplantımızı başlatabiliriz. Ama bildiri sahiplerini kürsüye davet etmeden önce, bundan sonraki çalışmalarımızı belirleyecek olan internet sayfamızın tanıtımı ile ilgili kısa bir sunumumuz olacak. Bunu yerine getirmek üzere sözü değerli arkadaşım Oktay Uygun'a vermek istiyorum.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN** - Değerli katılımcılar, Fazıl hocanın da belirttiği gibi, Platformumuz birkaç ay önce bir internet sitesi hazırladı ve yayıma başladık. Bu sitenin hazırlanması biraz daha kurumsallaştığımızı gösteriyor. Üyelerimizle olan iletişimimizi artık daha sağlıklı yürütebileceğiz. Bildiğiniz gibi, Platformumuzun bir bütçesi yok; her faaliyetimiz için yeni bir sponsor bulmak durumundayız. Platformumuzun bir sekreteryası da yok. Belirli dönemlerde 200 civarında üyemizle sürekli yazışmamız, iletişim içinde olmamız gerekiyor, otel rezervasyonlarını yapmamız, kitapları göndermemiz, duyuruları iletmemiz gerekiyor. Bütün bunları artık internet sitemiz üzerinden yapmayı planlıyoruz. Tabii ki, bu söylediğimin gerçekleşmesi için üyelerimizin internet sitemizi düzenli olarak ziyaret etmeleri yararlı olacaktır. Önemli duyuruları, eskiden olduğu gibi, üyelerimizin elektronik posta adreslerine göndermeye devam edeceğiz. Şimdi, zamanı iyi kullanarak 10 dakikada sizlere internet sitemizi tanıtmak istiyorum.

OKTAY UYGUN'UN  
KONUŞMASI

Şu anda ana sayfamızı görüyorsunuz. Burası, Platformumuz hakkında bilgilerin yer aldığı bölüm. Kuruluş tarihimiz ve amacımız belirtilmiş. Ardından, Girişim ve İcra Kurulu tanıtılıyor. Kurul başkanımız Fazıl hocanın resmini ben seçtim. Kurul üyeleri, çok değerli hocamız Prof. Ülkü Azrak, benimle birlikte Sayın Kemal Gözler, Ece Göztepe ve Selin Esen var. Bu kısımda toplantı yönergemize de yer verdik. Katılımcılar yönergeyi okuyup toplantıların nasıl yürütüldüğü hakkında bilgilenebilirler. Bu kısımda da duyurular var. Eskiden bu

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

OKTAY UYGUN'UN  
KONUŞMASI

duyuruları tek tek posta adreslerine gönderiyorduk. Bu çok zahmetli bir iş. Üstelik bazı gönderiler “spam” olarak işlem gördüğünden üyelerimize ulaşmıyordu. Artık duyurularımızı internet sitemiz üzerinden de paylaşma imkânına kavuştuk.

Yıllık toplantılarımızı burada bulabiliyoruz: 2010, 2011, 2012, 2013 şeklinde. Bir tanesine tıklayalım. İşte, 2010 toplantısı. Bildiriler, konuşmacılar, düzenleme kurulu görülebiliyor. Bildiriler kitap olarak yayımlandığında, kitabı PDF formatında sitemize yüklüyoruz.

Katılımcılar kısmında üyelerimizin listesini bulabilirsiniz. Anayasa hukuku, idare hukuku ve genel kamu hukuku anabilim dallarında görev yapan tüm öğretim elemanları, araştırma görevlisinden profesörüne kadar doğal üyemizdir. Bu formu doldurmalarını ve bize iletmelerini istiyoruz. Otomatik olarak üyelik kaydı gerçekleşecektir bu meslektaşlarımızın. Bu alanlar dışında kalan, hatta hukukçu olmayan, ama insan hakları, hukuk devleti, demokrasi konularıyla yakından ilgilenen herkesi de üye olarak kabul ediyoruz; girişim ve icra kurumumuzun onayı ile.

Bir başka sayfa, “İz Bırakanlar” başlığını taşıyor. Artık aramızda olmayan çok değerli kamu hukukçularımızın tanıtılacağı bir sayfa bu. Şu anda sadece 2002’de kaybettiğimiz Prof. Bülent Tanör için bir sayfa hazırlayabildik. Hedefimiz her yıl en az iki kamu hukukçumuzun bu sayfalarda tanıtılması. Bu konuda da sizlerden yardım bekliyoruz. Elinizde eski hocalarımıza ilişkin fotoğraflar, anılar varsa, bunları internet sitemiz aracılığıyla bize iletirseniz çok memnun oluruz.

“İz Bırakanlar” bölümünde neler var, daha yakından bakalım. 30 civarında anı yazısı var; vefatından sonra Bülent Tanör’ü anmak için düzenlenmiş etkinliklerin afişleri var, özgeçmişi var. Bülent Tanör’ün hayatını, çocukluğundan, gençliğinden vefatına kadar fotoğraflarla anlatan bir bölüm var. Bunları slayt show şeklinde de verebiliyoruz. Bu show’un müziği de var, Bülent Tanör’ün en sevdiği müzik parçasını kullandık: “*Jovano Jovanke*”, Nigel Kennedy çalıyor. Bu köşede, Bülent Tanör

hakkında paylaşmak istedikleriniz var. Bu hocalarımızla ilgili anılarınızı, yazmak istediklerinizi, görüşlerinizi bize iletebilirsiniz. Şu anda bir kişi yazı gönderdi. Bülent Tanör'ün öğrencisi Berke Özenç; kendisi zaten bugün yorumcumuz olacak. Son olarak, bu kısımda Bülent Tanör'ün yayınları var. Bu format çerçevesinde, çok değerli kamu hukukçularımızı bu sayfalarda yaşatmak istiyor ve sizden katkı bekliyoruz.

Burada fotoğraflar sayfamız var. Eski toplantılarımızda çekilen fotoğraflara buradan ulaşabilirsiniz. Mümkün olduğunca, her konuşan kişinin iki fotoğrafını koymaya çalıştık. Tabii şu anda en çok Fazıl Sağlam'ı görüyorsunuz, sürekli kürsüde olduğu için. 2001 Kıbrıs toplantısına ilişkin, ne yazık ki sadece dört fotoğraf var elimizde. Bu kez hazırlıkliyız; şu anda profesyonel bir fotoğrafçı aramızda dolaşüyor, toplantımızın önemli anlarını ve katılımcıları fotoğraflıyor. Çay-kahve arası verdiğimizde beni de fotoğraf çekerken görürseniz şaşırmayın. İşte 2010 Ankara toplantısı. Gördüğünüz gibi artık aramızda olmayan Prof. Aydın Aybay'ın bir konuşması sırasında çekilmiş bu fotoğraf.

Son olarak iletişim sayfamız var. Buradan da bize ulaşabilirsiniz. Günlük olarak cevap vermeye çalışıyoruz. Şu anda bu işi tamamen ben üstlenmiş durumdayım. Meslektaşım Selda Çağlar da elektronik posta adreslerimizden birini kontrol ediyor. İnternet sayfamızın tanıtımını burada bitiriyorum. Söz tekrar Fazıl Sağlam'da, buyurun hocam.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM** - Efendim yeni bir konuşma yapacak değilim. Yalnız şimdi masaya gelirken çantamdaki ağırlığı hissettim. Yani iki toplantımızın kitapları çantamda. Bugün bu kitapları sizlere takdim etmek, bende büyük bir sevinç ve gurur yarattı; çok duygulandım. Bunu sağlayan tüm arkadaşlara tekrar teşekkürlerimi sunuyorum. Başta geçen yılki kitabı bize yetiştirme gayretini gösteren Ozan Ergül olmak üzere. Kıbrıs toplantısının kitabında da Muhammet Erdal ve Erkut Sivrikaya'nın büyük gayretleri var. Bu kitap belki biraz gecikti diyebilirsiniz. Ama Kıbrıs'taki koşulları bilerseniz, kitabın olağanüstü bir gayretle bugüne yetiştiği konusunda yeterli bir fikir

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

FAZIL SAĞLAM'IN  
KONUŞMASI

sahibi olursunuz. Bu arkadaşlarımızın orada verdikleri mücadeleyi ben yakından biliyorum. O kitabın buraya ulaşması da çok büyük bir kazanç. Umarım bundan sonra artık gecikme olmaksızın her yıl önümüzdeki toplantıya, bir öncekinin kitabı yetişmiş olur.

Evet, ben artık arkadaşlarımı yanıma davet etmek istiyorum. Selda Çağlar, Funda Başaran Yavaşlar ve Tuğrul Katoğlu arkadaşlarımızı. (Alkışlar)

Bu tür toplantılarda tabii zaman biraz sarkar. Bu nedenle benim de artık daha fazla uzatmamam gerekir. Hoş geldiniz.

Evet, ilk sözü Selda Çağlar'a veriyorum. Çok yoğun bir doçentlik çalışmasının toplantı konumuzla doğrudan bağlantılı bölümünü güncelleştirerek ve geliştirerek sizlere sunacak. Buyurun Selda Hanım.

*Kamu Hukukçuları Platformu*

---

*Hukuk Güvenliği*

***BİRİNCİ GÜN***

***Birinci Oturum***





# HUKUK DEVLETİ AÇISINDAN HUKUKİ BELİRLİLİK - HUKUK GÜVENLİĞİ İLİŞKİSİ

*Selda ÇAĞLAR\**

---

<b>Giriş</b>	1. Erişilebilirlik
I. Hukuki Belirlilik: Kapsam ve Sınırlılıklar	2. Kesinlik
A. Tarihsel ve Teorik Gelişim Süreci	II. Hukuki Belirliliği Etkileyen Faktörler: Türk Hukuk Düzeni Üzerinden Değerlendirme
1. Genel Çerçeve	A. Yasanın Tür ve Niteliği
2. Belirlilik Ya da Belirsizlik: Karşıtlık Üzerinden Değerlendirme	1. Kod Yasa - Temel Yasa
B. Hukuki Belirlilik - Hukuki Güvenlik İlişkisi	a. Kod Yasa
C. Unsurları Bakımından Hukuki Belirlilik	b. Temel Yasa
	2. Çerçeve Yasa
	3. Torba Yasa

---

\* Yrd. Doç. Dr., Trakya Üniversitesi İ.İ.B.F. Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri A.B.D. (scağlar@trakya.edu.tr) Bildiri, "Selda Çağlar; *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, Beta, Birinci Baskı, Nisan 2013" künyeli eserin son bölümü esas alınarak Anayasa Mahkemesi kararları, yasalar ve ilave literatür bilgileri doğrultusunda güncellenmiş bir çalışmadır. Ayrıca gönüllü olarak metnin tamamını okuyan, yazım kuralları açısından olduğu kadar içerikle ilgili görüş ve değerlendirmelerini de ekleyerek önemli katkıda bulunan hocam Prof. Dr. Fazıl Sağlam'ın izniyle kendisinin okuma esnasında aldığı notlara da yer verilmiştir.

B. Yasa Kuralının Türü ve Yapısı	Takdir Yetkisi Alanının Sınırları
1. Ek Madde	<i>a. Yürütme ve idareye bırakılan takdir alanının belirsizliği</i>
2. Geçici Madde	<i>b. Yasada kullanılan terimlerin belirsizliğine bağlı olarak genişleyen idari alan</i>
C. Yasaların Dili ve Sistematiği	
D. Takdir Yetkisi	E. Kural Çatışmaları
1. Yasamanın Takdir Yetkisi ve Sınırları	
2. Yasamanın Yürütmeye Bıraktığı	<b>Sonuç</b>

---

## GİRİŞ

Modern devletlerin kurulmasıyla birlikte devletin yapı ve işleyişi ile toplumsal yaşam alanlarının hukuk kurallarıyla düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Devletin işleyiş ve faaliyetlerinin hukuka tabi kılınması, birey/toplum/devlet ilişkilerinin kapsam ve sınırlarının hukuk kuralları tarafından çizilmesi, toplumsal düzenin kurulmasına ve kişi güvenliğinin sağlanmasına aracılık edecek hedefler olarak dile getirilmiştir. Yöneten güce karşı yönetilene koruma yolunda alınan hukuki önlemler, “hukuk devleti” adı altında kavramlaştırılmış, bir takım kurumsal güvencelerle desteklenerek bir hukuk ilkesine dönüştürülmüştür. Kavramsal ifadede hareketle “hukuk devleti”, kendisinden hukuk ve devleti bağdaştırması, siyaseti hukukun kontrolü altına alması beklenen bir ilke olarak değerlendirildiğinde, siyaset ve hukukun kesiştiği bir alanda yer aldığı gözlemlenir. Sırf bu neden bile “hukuk devleti”nin siyaset ve hukuk dünyasında hakkında en çok teori üretilen ilke konumunu açıklamaya yetmektedir.

Köken olarak klasik liberal devlet sistemi içinde doğan ve bu sistemin ihtiyaçlarına yanıt vermek üzere planlanan hukuk devleti, bir “anlayış” olmaktan öteye geçip bütünlüklü bir ilkeye dönüştürülme süreci içinde yoğun tartışmalara konu olmuştur. Doğal hukuk ve pozitif hukuk taraftarları arasında olduğu kadar bu iki hukuk anlayışının kendi içinde de yaşanan görüş ayrılıkları, ortak değer ve unsurlar üzerine kurulu

bir hukuk devleti ilkesi tasarımını geciktirmiş, teorik yaklaşımların olgunlaşması süreci uzun bir zaman almıştır. Bu süreçte kendisinden yöneten-yönetilen ilişkisinin yanı sıra kişiler arası ilişkileri de güvence altına alması beklenen hukuk devleti, bu işlevleri yerine getirmesini sağlayacak yeni unsur ilaveleriyle genişletilmiş, kapsamı genişlediği ölçüde daha muğlak ve tartışmalı bir ilke konumuna gelmiştir. Hukuk devletinin insan hakları ve demokrasiyi de içine alan bir ilke olarak kabul edildiği rejimlerin bir kısmında aşkın bir kavram olarak “her derde deva” çözüm aracı konumuna getirilen ilke, özünden ve varlık nedeninden uzaklaşmaya başlamıştır.

Bu noktada sorunun kaynağına inildiğinde, insan hakları ve demokrasi kavramlarıyla iç içe tasarlanan bir hukuk devleti anlayışıyla insan haklarına dayalı demokratik devlet anlayışının ön koşulu olarak hukuk devleti anlayışı arasındaki farkın gözden kaçırıldığı görülmektedir. Aradaki farkı anlamak için bir hukuk ilkesi olmakla birlikte siyasetle de yakın bağları bulunan “hukuk devleti”nin tarihsel köklerine inmek, ilkenin hangi amaca hizmet etmek üzere ortaya çıktığını dikkate almak gerekir. Ayrıca kuvvetler ayrılığı, demokrasi ve insan hakları gibi ilke ve kurumların da siyasal ve toplumsal tarihini iyi okumak, hangi amaca hizmet ettiklerini doğru değerlendirmek zorunludur. Bu bakış açısıyla yola çıkıldığında, “hukuk devleti”nin tarihsel köklerinde demokratik ve insan haklarına dayalı devlet düzeni kurma iddiasının olmadığı, sadece hukuk kuralları üzerine bir toplum ve devlet düzeni inşasının hedeflendiği söylenebilir. Hukuka dayalı devlet düzeni fikri, ahlak, din, siyaset veya gelenek ve görenek gibi subjektif nitelik taşıyan kurallara dayalı devlet yönetiminin keyfiliğe yönelme, kişiler üzerinde baskı ve tehdit yaratma riskini bertaraf etmek üzere ortaya atılan alternatif bir düzen fikridir. Devletin her tür faaliyeti ile kişi/toplum/devlet ilişkilerinin objektif, genel, belirli ve sürekli niteliğe sahip hukuk kuralları üzerine oturtulması talebini karşılayan bir devlet düzenini oluşturma amacı, “hukuk devleti” ilkesinin varlık nedenidir. İlkenin özü budur ve asgari unsurlar belirlenirken bu özden uzaklaşılması gerekir.

Asgari unsurlar dendiğinde ise, devletin yönetim ve siyasetini normatif ve kurumsal güvencelere bağlayan hukuki standartlar ile hukukun -yöneten ve yönetilenlere yönelik rehberlik işlevini ön plana alan bir hukuki güvenlik hedefine hizmet edecek usulî ve maddi ilkeler anlaşılmalıdır. Daha açık ifadeyle hukuk kurallarının genel, aleni, anlam açısından makul oranda açık ve anlaşılır, sürekli ve kesin olması, geriye yürüme yasağına bağlılık, yasallık prensibi uyarınca idarenin yasal ve yargısal denetimi, *due process*<sup>1</sup> güvenceleri, bağımsız ve tarafsız yargı, eşitlik ve ayrımcılık yasağı, hukuk devletinin gerekli-asgari- temel ilke ve unsurları içinde mutlaka yer almalıdır. Ancak hukuk güvenliğini sağlamada bu unsurların yeterli olamayacağını da vurgulamak gerekir. “Hukuk devleti” hukukun genel ilkelerine bağlı, uluslararası hukuka uygun, tutarlı, rasyonel ve uygulanabilir kurallara dayalı bir hukuk düzeni olmalıdır.

Şekli unsurlar üzerine hukuk devleti kurgusu, bu öze sadık kalarak devletin keyfi yönetimini engellemede temel bir işlev üstlenebilmektedir. Ancak bu noktada, “yönetenlerin keyfiliği” kavramına geniş bir anlam yüklenmesi gerekir ki, hukukun baskı aracı olarak kullanımı engellenebilsin. Bu bağlamda keyfilik kavramını, devlet yetkilerinin baskı yapma/zorlama, engelleme, manipüle etme, yönetilenlere eşit ilgi ve saygı göstermeksizin, farklı çıkar ve görüşleri dikkate almaksızın kullanılmasına yönelik tüm işlem ve eylemleri içerecek genişlikte anlamlandırmak gerekmektedir. Diğer deyişle hukuk devletin şekli gereklilikleri, adalete yönelimi de içeren unsurlar bütünü olarak ele alınmalıdır. Bu kabulün sonucu olarak hukuki eşitlik, salt şekli eşitlik değil, dezavantajlı kişi ve grupları

---

<sup>1</sup> *Due process*, Amerikan hukuk tarihinde “hukukun uygun usulleri içermesi ve uygun hukuki usule göre davranılması” anlamına gelen (şekli hukuka ait) bir kavram iken, günümüzde hukukun usulî güvencelerinin yanında hukukun adalet, hakkaniyet, eşitlik ve özgürlük gibi temel değerleri kapsayacak bir içeriğe sahip olması gerektiğini ifade eden geniş bir anlama kavuşmuştur. Kavramın hukuki kökeni ve uygulaması için, Kerem Altıparmak, “‘Due Process of Law’ kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, AÜHFD, Cilt.45, Sayı.1-4, Yıl.1996, s.219-250

diğerleriyle eşitleme konusunda devlete yükümlülük getiren bir içeriğe göre belirlenmelidir. Şekli unsurlara dayalı hukuk devleti anlayışının zayıf yönü olarak kabul edilen hukuki yetkilerin ya da bizzat hukukun kötüye kullanılması ancak bu şartlarda bertaraf edilebilir.<sup>2</sup>

Hukuk devleti, devletin güç ve yetkilerinin belli kurallara bağlanarak kişilere karşı keyfi kullanımını önlemek amacıyla geliştirilmiş koruyucu bir ilke olarak kabul edildiğinde, hukuka tabi kişilere devlet gücü tarafından yapılacak uygulamaları önceden görme imkânı sunan, hukuk kurallarının sürekli, istikrarlı ve ahenk içinde uygulanacağı konusunda güvence veren bir hukuk sistemi aklı gelir. "Hukuk devleti"nin 'hukuki güvenlik' olarak ifade edilen bu işlevinin gerçekleşebilmesi, bir yandan tüm kurum ve kuruluşlarıyla devletin hukuka bağlı kalmasını gerektirir, diğer yandan ise devlet/toplum/birey ilişkilerinde kişilere hukuka uygun davranma sorumluluğu yükler. Kamusal ya da özel, resmî ya da sivil herkesin hukuka uygun davranabilmesi, hukukun bilinmesine ve anlaşılmasına bağlıdır. Devlet organlarının bu gereklilikleri karşılayacak şekilde yasa yapması ve uygulaması zorunludur.

Ancak önemle vurgulanmalıdır ki, hukuk devletinin kendisinden beklenen bu işlevi yerine getirebilmesi için hukuk gü-

---

<sup>2</sup> Keyfiliğin içeriği ve anlamı için, Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, s.58-66; Post-komünist dönem Orta Avrupa ülkeleri dar anlamda şekli hukuk devleti unsurlarına yöneltilen eleştirilerin haklılık payını göstermek bakımından önemli örneklerdir. Bunun için, Jiří Příbáň, "Legitimacy and Legality after the Velvet Revolution", in *The Rule of Law in Central Europe The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, Eds. Jiří Příbáň and James Young, Ashgate/Dartmouth, 1999, s. 29-55; Miroslav Kusý, "Does the Rule of Law (Rechtstaat) Exist in Slovakia?", in *The Rule of Law in Central Europe The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, s.101-117; Istvan Pogandy, "(Re)Building the Rule of Law in Hungary: Jewish and Gypsy Perspectives", in *The Rule of Law in Central Europe The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, s.159; Jacek Kurczewski, "The Rule of Law in Poland", in *The Rule of Law in Central Europe The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, s.181-203

venliği ile adalet ilkesi arasında tercih yapmaması, due process güvencelerini karşılayan bir ölçüde bu ilkelerin birlikteliğine ve uygun dengesine yer vermesi gerekmektedir.<sup>3</sup> Bu anlamda şekli bir unsur olarak hukuki belirlilik ile hakkaniyet ve dürüstlük anlamında adalet, birbirleriyle rekabet içinde değil, hukuk devletinin uzlaştırılabilir ilkeleri olarak değerlendirilmelidir.<sup>4</sup> Uzlaşmanın nasıl sağlanacağı hakkında bir ölçüt vermek gerekirse, hukuken belirliliği sağlanmış bir normun hukukun sınırlarını aşmayan bir ölçüde adaletsizlik yaratmasına göz yumulabileceği, daha kapsamlı bir adalete hizmet etmesi bakımından hukuki belirlilik ilkesine üstünlük tanınabileceği söylenebilir. Buradaki hukuki sınır, ortaya çıkan adaletsiz sonucun ölçülü, makul bir sebebe dayandırılarak haklı gerekçelerle açıklanabilir olmasıdır. Bu aşamada, yasakoyucunun yükümlülüğü ön plandadır. Yasakoyucu sadece belirli, açık, öngörülebilir norm yaratmakla değil, aynı zamanda normun ya da yasanın bütünüünün hukuki sınırları aşacak düzeyde aşırı adaletsizlik üretmemesini sağlayacak bir düzenleme yapmakla yükümlüdür. Başlangıçta böyle bir dengenin kurulmasının zor olduğu durumlarda ise, denge sağlama işi yargı organının yükümlülüğü olarak değerlendirilmelidir. Somut uyumsuzluğa uygulanacak norm, makul gerekçelerle tolere edilemeyecek ölçüde aşırı adaletsizlik geliştiriyorsa, yargıcın normu anayasa, uluslararası hukuk ve hukukun genel ilkelerine uygun yorum yöntemiyle uygulayarak sorunu çözmesi gerekecektir.

Bu bildiride “hukuki belirlilik- legal certainty” ilkesi, yukarıda kapsam ve içerik bakımından sınırları çizilmeye çalışılan “hukuk devleti” ilkesinin temel unsurlarından biri olarak, farklı hukuk sistemlerinde geliştirilen teori ve uygulamalarla

<sup>3</sup> Bu konuda geniş bilgi ve zengin bir literatür için, Amalia Amaya, “Legal Justification by Optimal Coherence”, *Ratio Juris*. Vol. 24 No. 3, September 2011, s. 304-329.

<sup>4</sup> Bu konuda Ralbruch’un formülünü öneren ve Almanya’daki örnekleriyle açıklayan makale için, Robert Alexy, “Legal Certainty and Correctness”, [www.fd.unl.pt/.../ma/jsb\\_MA\\_16919.docx](http://www.fd.unl.pt/.../ma/jsb_MA_16919.docx) (18.01.2013); Paul Henrich Neuhaus, “Legal Certainty Versus Equity in the Conflict of Laws”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 28, No. 4, Autumn, 1963, Duke University School of Law, s.798-807.

bağlantı içinde hukuk güvenliği ile ilişkisi koparılmadan ele alınacak, hukuk devleti içindeki yeri ve işlevi tespit edilmeye çalışılacaktır. Başka bir deyişle, hukuki belirlilik ilkesinin gereklerini karşılayan bir hukuk düzeninin hukuk güvenliğinin sağlanmasına ne yönde katkı vereceği, hukuk devletinin gelişimine nasıl etki edeceği tartışmaya açılacaktır. Hukuki belirlilik, hukuk devletinin şekli bir unsuru olması nedeniyle yazılı hukuk kaynakları esas alınarak incelenecek, yargı kararlarına hukuki belirlilik/hukuk güvenliği değerlendirmeleriyle sınırlı kalmak kaydıyla yer verilecektir. Yargı kararlarının öngörülebilirliği ise, konunun dışında tutulacaktır.

Hukuk düzenindeki belirlilik ya da belirsizliğin büyük ölçüde yazılı hukuk metinlerinin türüne, yazım diline, bu metinlerin mevzuat ve hukuk düzenindeki diğer yasalarla ilişkisine bağlı olarak gelişmesi, söz konusu ilkenin yasal düzenlemeler açısından ele alınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle çizilen sınırlar içinde hukuki belirlilik ilkesi ile hukuk devleti bağlantısını daha net ortaya koyabilmek amacıyla hukukta belirsizlik yaratan faktörler, yasa yapım sürecini de içerecek şekilde yasalarla bağlantılı olarak değerlendirilecektir. Bildirinin Türk hukuku hakkında fikir verebilmesini sağlamak amacıyla hukuki belirsizliğe neden olan etkenlerin Türk hukuk düzeni açısından ele alınması tercih edilmiştir. Çünkü yasa ve yasa yapım süreciyle bağlantılı olarak ortaya çıkan hukuki belirsizliklerin bir kısmı, büyük ölçüde Türk hukuk düzenine özgüdür. Buradan elde edilecek verilerle Türkiye’de hukuki belirlilik ilkesinin uluslararası hukukta kabul edilen ilke ve standartlara uygun bir hukuk devleti anlayışının gerekliliklerini karşılayıp karşılamadığını değerlendirmek, alınması gereken hukuki ve yapısal önlemlere dikkat çekmek mümkün olabilecektir.

### **I. Hukuki Belirlilik: Kapsam ve Sınırlılıklar**

Daha önce de değinildiği gibi, hukuki belirlilik ilkesinin hukuk devletinin şekli bir unsuru olması, belirlilik/belirsizlik olgusunu yasaların oluşturduğu hukuk düzeninde araştırma, hukuki belirliliği azaltan ya da ortadan kaldıran faktörleri bu

bağlamdan ayrılmadan bulmaya çalışma faaliyetini ön plana çıkarmaktadır. Ancak bu durumda da, “hukuk düzeninde optimum ölçekte ‘hukuki belirlilik’ elde edebilmek için hukuk devletinin diğer şekli unsurları da hesaba katılarak bir ölçüt geliştirilebilir mi” sorusu gündeme gelmektedir. Ne var ki, özellikle hukuki belirlilik ilkesinin temel unsurlarından “kuralların açıklığı” unsuru ile ilgili olarak mutlak bir ölçüt bulmak adeta olanaksızdır. Kuralların dil, anlam ve kapsam bakımından mümkün olduğunca farklı yorumlara yer bırakmayacak şekilde her durumda açık ve anlaşılır olmasını sağlayacak bir ölçüt yoktur. Bazı olgularda belirsizliğin asgari ölçülerde tutulabilmesi de başarı olarak kabul edilir. Çünkü pozitif hukukta “belirlilik” ilkesi, değerlerden çok bir hukuk tekniği sorunudur. Buna rağmen, toplumsal ve siyasal yaşamı düzenleyen tüm kurallarda *şaf bir belirlilik* elde edilmesi mümkün ve gerçekçi değildir. Siyasal ve toplumsal koşullar, ahlâki değerler, siyasal yapı ve siyasi iklim, düzenlemenin yapılacağı alana ilişkin koşul ve dayatmalar kaçınılmaz olarak kuralları etkilemektedir. Bir başka şekilde ifade edilirse, kültür, din, ideolojiler ve tabii hukuk anlayışının normatif önermeleri, pozitif hukukla farklı boyutlarda etkileşim içindedir. Önemli olan, hukuk düzeninin yapısı ve hukukun içsel etkenleriyle dış faktörlerin hukuki belirliliği azaltan/ortadan kaldıran ya da belirsizliğe neden olan etkilerini saptayarak hukuki belirliliği en yüksek düzeyde sağlayan normatif ve yapısal-kurumsal işleyişin sağlanmasıdır. Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda yol gösterici bir içtihadı bulunmaktadır. Mahkemeye göre, yasakoyucu *pratik olarak genel, soyut düzenlemeye elverişli olanı* gerçekleştirmelidir.<sup>5</sup>

Bu bölümde hukuk devletinin bir unsuru olarak “ hukuki belirlilik” ilkesi, kavramsal çerçeve ve içerik açısından ele alınacak, ilkenin maksimum düzeyde işlev görmesini sağlayacak unsur ve yöntemler üzerinde durulacaktır. Kapsam ve içerik saptama faaliyetinin zorluğu göz önüne alındığında, anlatım kolaylığı sağlaması bakımından kavramın tersinden yola çıkı-

<sup>5</sup> Osman Can, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD)*, Cilt.9, Sayı.1-2, 2005, s.96-97



olarak geliştirilen “belirsizlik” teorilerine yer verilmesinin hukuki belirlilik ilkesini daha iyi anlatabileceği düşünülmektedir. Ayrıca Amerikan hukukçularının “hukuki belirlilik” (legal certainty) yerine “hukuki belirsizlik” (legal indeterminacy) kavramını kullanmayı tercih etmesi de, konunun bu bakış açısıyla ele alınmasını verimli kılabacak başka bir etkidir. Diğer yandan bildiride hukuki belirlilik ilkesi hukuk devletinin hukuki güvenliği sağlama temel işlevinin bir parçası olarak pozitif hukuk düzeni içinde yer alan yazılı hukuk metinleri, özellikle yasal düzenlemeler bakımından ele alındığı için hukuki güvenlik ile ilişkinin doğru kurulması gerekmektedir. Bu çerçevede, hukuki belirlilik ilkesinin tarihsel ve teorik gelişim süreci hakkında bilgi verilmesi (A), hukuk güvenliğini sağlama işlevi açısından değerlendirilmesinin (B) yanında genel çizgileriyle unsurlarına (C) değinilmesi aydınlatıcı olacaktır. Son başlıkta ise, hukuki belirliliği etkileyen faktörler (D) Türkiye’deki mevzuat örnekleri ve Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden Türkiye’ye özgü bir sınıflandırmaya tabi tutulacak ve değerlendirilecektir.

### A. Tarihsel ve Teorik Gelişim Süreci

Hukuki belirlilik, hukuk devleti ilkesinin şeklibir unsurudur. Bir cümleyle ifade edilen bu saptamanın altında zengin bir teori, siyasi ve hukuki geçmiş ve gelişim öyküsü yatmaktadır. Hukuki belirlilik ilkesinin bir anda kurumsallaşmadığı, teorik alt yapıya bağlı olarak belli bir zaman boyutu içinde anlamını bulduğu, fakat hukuk tarihiyle eş zamanlı olarak hukukta belirliliğin her zaman istenen bir şey olduğu bilinmektedir. Çeşitli hukuk düzenlerinde farklı dönemlerde farklı düzeylerde de olsa, hukuki belirlilik ilkesi, hukukun/hukuk devletinin bir parçası olarak gündeme gelmiş, hukukun belirliliğinden söz edilemeyeceğini ileri süren karşıt görüşlerden beslenerek negatif bir dille de olsa ifade edilmiş, hukuk teorisi içinde her dönem varlığını sürdürmüştür. Bu anlamda hukuki belirlilik kavramının neyi ifade etmek üzere kullanıldığı, hangi teoriler üzerine kurgulandığı bilgisi önem taşımaktadır. Teorik yaklaşımların coğrafi alanda uygulamayı nasıl şekillendirdiği konusuna genel bir çerçeve içinden bakmak (1), hukuki belirlilik

kavramına farklı dil ve içerikle yaklaşan, hukukta belirliliği değil, belirsizliği ön plana çıkaran yaklaşım farklılıklarına işaret etmek (2) bizi kavramın bu günkü anlamına götürecektir, ilkenin unsurlarının netleşmesine kılavuzluk edecektir.

### 1. Genel Çerçeve

Şekli bir ilke olan hukuki belirlilik, yürürlükteki hukukun bilinebilirliği anlamında neredeyse hukukun varlığıyla eş zamanlı bir geçmişe sahiptir.<sup>6</sup> Zira ağırlıklı olarak Roma hukukundan esinlenen kodifikasyon hareketlerinin dünyanın her bölgesine hızla yayılmasının itici gücü, hukukun herkesçe bilinebilirliğinin sağlanmasıdır. Aynı ya da benzer alanları düzenleyen yasaların sistematik biçimde bir araya getirilip tek metinde toplanması faaliyeti olarak açıklanabilecek kodifikasyon, yazılı hukuku izleme ve uygulamayı kolaylaştırma, hukuku herkes için erişilebilir kılma amacına hizmet eden bir faaliyet olarak düşünülmüştür. Yasaların ilgili kişilere rehberlik işlevini yerine getirebilmesi ve böylelikle hukuki güvenliğin tesis edilebilmesi bakımından kodifikasyon, bilinen en eski yöntemdir. Asıl etkisini 19. yüzyılda göstermiş olan kodifikasyon hareketi, Kıta Avrupası ülkelerinde özel hukuk alanında oldukça yaygın bir coğrafyada uygulanmış, hukuki öngörülebilirliğin önemli bir güvencesi haline gelmiştir. Sömürgeleşmeyle birlikte hareket, Latin Amerika, Asya ve Afrika'daki kolonilerde de etkili olmuş, Anglo-Amerikan hukuk sistemleri ise bu yöntem uzunca bir süre uzak durmuştur. İngiliz hukuk sisteminde, hukukun genel ilkelerine ve geleneklerine uygun karar vereceği yolunda yargıçlara duyulan aşırı güven ve parlamentoya tanınan üstün güç, yasaların dil ve anlam açısından açık olup olmadığı konusunun gündeme getirilmesini geciktirmiştir. 19. yüzyılın ikinci yarısında İngiliz hukukunda yargı kararlarıyla yaratılan hukukun baskın konumu devam etmekle birlikte yazılı hukuk da önem kazanmış; ancak sistematize edilmiş kural-lar bütünü olarak kodifikasyon yöntemi hiç kullanılmamıştır.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Osman Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", s.92-93

<sup>7</sup> Tarihsel süreç içinde dünya devletlerini kodifikasyon hareketleri ile ya-

Amerika'da Jeremy Bentham ve William Sampson gibi yabancı kökenli hukuk düşünürlerinin etkisiyle 1820'lerden 1850'lere kadar olan dönemde kodifikasyon söylem düzeyinde de olsa gündeme gelmiş, uygulama konusunda ise yeterli desteği bulamamıştır. Bunun başta gelen nedeni, Amerikan hukuk sisteminin üyesi olduğu "Common law" hukuk geleneğinde yargıçların sabit, katı kurallara göre karar vermek zorunda tutulmasının yargıçların takdir yetkisini sınırlandıran, değişen toplumsal koşulları ve somut olayın öznel durumunu dikkate almalarını engelleyen bir etken olarak değerlendirilmesidir. "Hukuki belirlilik" ile "esneklik" ve "eşitlik" arasında bir çatışma olduğunu kabul eden Amerikan hukukunda hâkim düşünce, hukukun temelinde eşitlik ve adaletin yattığı, yargı kararlarının da bu amaca hizmet etmesi gerektiği yönündedir. 19. yüzyılda Kuzey Amerika'da bu yaklaşımın dışında kalan tek eyalet, common law geleneğinden ziyade özel hukuk alanında kodifikasyon geleneğine yakın duran Louisiana'dır. 1812 Louisiana Anayasası'nda "yargıçların kararlarını yasal düzenlemelere göre vermeleri gerektiği"ni belirten hükmün de etkisiyle, Louisiana'da yazılı hukuk metinlerinin belirliliği önemli bir unsur kabul edilmektedir. Bu kabulün özünde, "yetki sınırlarını açık ve şeffaf biçimde gösteren yazılı kurallar, yargıçların muğlak, belirsiz ifadeler içeren içtihatlarından daha güvenlidir" inancı yatmaktadır.<sup>8</sup>

Anayasalaşma hareketlerinin damgasını vurduğu 20. yüzyılda "hukuk devleti" bir ilke olarak Avrupa anayasalarında

---

sallık ve ekonomik gelişim boyutları açısından analiz eden bir çalışma için, Daniel Berkowitz, Katharina Pistor and Jean-Francois Richard, "Economic Development, Legality, and the Transplant Effect", Law and Development Paper No.1, CID Working Paper No. 39, March 2000, s.6-7; İngiliz hukuk sisteminde yargının parlamentonun koyduğu kurallara karşıdaki tutumu ve İngiliz hukuk sistemiyle Kıta Avrupası hukuk sisteminin karşılaştırılması için, Franz Neumann, The Rule of Law Political Theory and Legal System in Modern Society, s.229-265

<sup>8</sup> Louisiana hukukunun istisnai konumu ile ilgili teorik tartışmalar için, John A. Lovett, "On the Principle of Legal Certainty in the Louisiana Civil Law Tradition: From the Manifesto to the Great Repealing Act and Beyond", *Louisiana Law Review*, Volume 63, Number 4, Summer 2003, s.1397-1448

ifade edilir olmuş, anlamı ve işlevi üzerine yapılan tartışmalarla unsurları geliştirilmiş, “hukuki belirlilik” bu unsurlar arasında yerini almıştır. Hukuk sistemleri arasındaki farklılıklara bağlı olarak çoğu zaman eşitlik ilkesi ve adalet değeriyle çatışmalı bir ilişki içinde ele alınan hukuki belirlilik, en dar hukuk devleti tanımında bile üzerinde uzlaşılan bir unsur olmaya devam etmiştir. “Hukuk devleti” ilkesinin henüz hukukun bir niteliği olarak değerlendirilmediği dönemlerde bile hukukun bilinebilirliği ve erişilebilirliği, hukuk düzenlerinin temel değeri kabul edilmiştir. Örneğin özel hukuka ilişkin yasaların bilinebilirliği, gelecek olaylara uygulanabilirliği ve açıklığı üzerine yaptığı açıklamalarda Hobbes, kuralların yazılı, sözlü ya da iradenin tatminkâr biçimde belirtilmesine elverişli olmasını, yanlış ile doğrunun, kurala uygunluk ile aykırılığın ayırt edilmesi bakımından zorunlu bir nitelik olarak görmüştür.<sup>9</sup>

“Hukuki belirlilik” ilkesinin hukuk devleti tanımlarında yer alması yine aynı yüzyılda gerçekleşmiştir. Hayek’in en basit anlamıyla “devletin önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş kurallara bağlı olması” diye ifade ettiği hukuk devleti, hukukun öngörülebilirlik vurgusu üzerine inşa edilen bir şekilde tanımlanmıştır. Hayek’e göre bu tür kurallar, bireylere devletin zorlayıcı gücünü belli durumlarda nasıl kullanacağını öngörme ve kendi hayatlarını buna göre planlama imkânı verecektir.<sup>10</sup> Raz’ın hukuk devleti tanımında da öngörülebilirlik, devlet faaliyetleri karşısında bireyleri koruyucu ve eylem gücünü artırıcı etkiye sahip bir ilke olarak yer almaktadır. Raz’ın düşüncesinde hukuk devleti esasen kamu idaresinin kamusal faaliyetlerini ilgilendirmekle birlikte, özel alandaki hak/yetki tesis eden kuralların insan davranışlarına yön verebilmesi açısından da hukukun öngörülebilirlik şartlarını taşıması gerekir.<sup>11</sup> Fuller’in

<sup>9</sup> Yahya Zabunoğlu, “Thomas Hobbes-Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri”, AÜHFD, Cilt.16, Sayı.1-4, Yıl.1959, s.280-285

<sup>10</sup> Ofer Raban, The Fallacy of Legal Certainty: Why Vague Legal Standards May Be Better For Capitalism and Liberalism”, Public Interest Law Journal, Vol.19, 2010, s.178-179; Richard Bellamy, Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy, s.66-74

<sup>11</sup> Joseph Raz, “Hukuk Devleti ve Erdemi”, s.149-157.

hukuk teorisinde hukukun, özellikle yasaların içeriği ne olursa olsun, bir toplumsal aygıt olarak insan davranışlarına yol gösterme işlevini yerine getirebilmesi için kuralların açık, sürekli, tutarlı, geleceğe yönelik ve genel olması, uyulması mümkün emirleri içermesi ve kamuya duyurulması önem taşımaktadır. Yasakoyucunun niteliği ile birlikte yasaların ve usul hukukunun kalitesi için gerekli en yüksek standartların ancak bu ilkelere karşılanabileceğini savunan Fuller, teorisinde “belirlilik” yerine “açıklık” deyimini kullansa da, içerik temelde aynıdır. Kurallar ya da düzenlemeler insan davranışlarını yönlendirebiliyor ve bunlara uyulabiliyorsa, kurallar tarafından ileri sürülen gereklilikler muhataplarınca belirli bir düzeyde anlaşılabilirse, hukukun “açıklık” unsuru karşılanmış sayılmaktadır. Ancak Fuller’e göre bu durum, her bir hukuk kuralının sıradan vatandaşlarca anlaşılabilir olması anlamına da gelmemektedir. Çünkü çok sayıda kuralın muhatapı vatandaşlar değil, kamu görevlileri ve hukuk uzmanlarıdır. Bu itibarla Fuller teorisinde “açıklık”, sadece hukukun ne olduğunu anlamaya ihtiyacı olanların onu anlayabilmesini sağlamaya hizmet eden bir gerekliliktir.<sup>12</sup>

Geleneksel yaklaşıma göre hukukun belirliliğini etkileyen faktörler, yasalastırma işleminin niteliği, yöntemi, diğer deyişle yasa yapım usulü ve süreci, yasaların değiştirilmesi, hukuk düzeni içinde karşılıklı ilişkisi, hukuk sisteminin bir bütün olarak yetkinliği, karmaşıklığı, tutarlılık ve uyumluluğu olarak sıralanmaktadır. Söz konusu faktörler arasında yasa yapım sürecinde kullanılacak hukuk diline ise özel bir önem atfedilmiş, sosyal yapı içinde dilin yayılım gücüne bağlı olarak hukuk dilinin hukukun bir takım özelliklerini belirleyen etkisi ön plana

<sup>12</sup> Andrei Marmor, “Hukuk Devleti ve Erdemi”, s.173-207; Lon L Fuller, *The Morality of Law*, s. 46-91; Chris Reed, “How to Make Bad Law: Lessons from Cyberspace”, *The Modern Law Review*, Volume 73, Issue 6, November 2010, s. 916-920; Hukuki belirlilik ilkesinin geleneksel hukuk devleti teorisindeki yeri ve anlamıyla günümüze ilişkin değerlendirmeler arasındaki fark ve gelişimine ilişkin bir çalışma için, Stefano Bertea, “Towards A New Paradigm of Legal Certainty”, *Legisprudence* 2, 2008, s. 25-45, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2112999](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2112999) (02.02.2013)

çıkarılmıştır.<sup>13</sup> Pozitivizmin doğasından kaynaklanan bu bakış açısı, hukukun tek bir alanına yöneldiği ve hukukta muhakemenin önemini dikkate almadığı için eleştirilmiş; hukukun yapım aşamasına odaklanan, uygulanma aşamasındaki tartışma ve muhakemeleri gözardı eden bu yaklaşımın sınırlı bir hukuk teorisi olduğu öne sürülmüştür. Hukuki belirlilik ilkesinde geleneksel yaklaşımla çağdaş yaklaşım arasında yaşanan çatışma, hukukun belirleyicileri olarak iki devlet organından hangisinin üstün olacağına kadar uzanmıştır.<sup>14</sup> Hukuk teorisi açısından yapılan tartışmalarda, hukukta belirliliği sağlayanın hukuk kuralları mı, yoksa yargı içtihatları mı olduğu üzerinde durulmuş, hukuki sonuçların hangisi tarafından belirlendiği ekseninde sürdürülmüştür. Söz konusu sorunu somut hukuki uyuşmazlıkların sonucunun hukuk tarafından belirlenip belirlenmediğiyle ilgili olarak 3 soru - 3 yanıtla açıklayan Lawrence Solum'a göre yargıçların kararlarını belirleyen şeyin ne olduğu sorusunun ilk yanıtı, hukuk kurallarıdır. İkinci yanıt, hukuk kurallarının önemli rol oynadığı kabul edilmekle birlikte, yargıçların kararlarında tercihler, politika gibi başka etkenlerin de rol oynayabileceğini kabul eden yanıtıdır. Üçüncü yanıtta ise, hukuk kurallarının hiçbir etkiye sahip olmayıp yargıçların istedikleri her kararı haklı gösterebileceği ileri sürülebilecektir.<sup>15</sup> Solum'un soru ve yanıtı, hukuki belirlilik ilkesinin hukuk teorisi içindeki yerini aydınlatmaya yardımcı olmasından dolayı yol göstericidir. Örneğin sonuncu yanıt, katı realist yaklaşımın savı olarak değerlendirilebilir. İkinci yanıt, ılımlı realistler ile ılımlı pozitivistlerin düşüncesini yansıtmaya, ilk yanıt ise, katı pozitivism düşüncesinin ürünü olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşımlar içinde gelişen görüş ayrılıklarından farklı teorik yaklaşımların üretildiği, mevzuatın hukuku belirleyici rolüne her bir grup tarafından farklı yanıt verildiği de göz önüne

<sup>13</sup> Stefano Bertea, "Towards A New Paradigm of Legal Certainty", s. 6.

<sup>14</sup> Hukuki belirlilik temelinde tartışmalar genellikle yasaların katı, yargısal içtihatların ise esnek ve dinamik yapısı üzerinden karşılaştırmalı olarak yürütülmektedir. Jeremy Waldron, "Thoughtfulness and The Rule of Law", New York University Public Law and Legal Theory Working Papers 263, 2011, s.1-20.

<sup>15</sup> Gülriç Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", s.1-18.

alınmalıdır. Örneğin hukukun tartışmalı muhakeme yoluyla şekillendiği, buradaki tartışmaların sadece yargı kurumlarında değil, sivil toplum gibi zeminlerde de sürdürülmesi gerektiğini ön plana çıkaran çağdaş yaklaşımın ılımlı kanadı, aynı zamanda yazılı hukuk normlarının esas alınması gerektiğini de kabul etmektedir.

Yasakoyucunun rolünü öne çıkaran gelenekselciler ile tartışmalı bir muhakeme sistemini öncelikli bulan çağdaş düşünce taraftarları arasındaki uzlaşmazlığın ortak bir zeminde değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Ortak uzlaşım noktalarının bulunması konusunda çağdaş yaklaşımın ılımlı kanadı tarafından kabul edilen ve belli ölçüde Habermas'ın hukuk teorisini yansıtan görüşlere daha fazla dikkat sarf edilmesi yerinde olacaktır.<sup>16</sup>

### **2. Belirlilik Ya da Belirsizlik: Karşıtlık Üzerinden Değerlendirme**

Hukuki belirlilik (legal certainty) kavramı, Kıta Avrupası hukuk sisteminin temel bir karakteristiğidir. 20. yüzyılın başlarında Kıta Avrupası hukuk sisteminde altın çağını yaşayan "hukukun belirliliği" düşüncesi, açık ve belirli kurallara dayalı hukuk sistemi aracılığıyla ilişkiler alanını güvenceye kavuşturmayı hedeflemiştir. Eşitlik ve adalet ise, o dönem için hukukun amaçları arasında öncelikli ilkeler değildir. En azından 1. Dünya Savaşı'na kadar bu eğilim devam etmiştir. Bu döneme kadar geleneksel içtihat hukukuna dayalı İngiliz hukuk sisteminde yazılı mevzuat sayısı günden güne artmış, Kıta Avrupası'nda hukukun yönlendirilmesinde yargı kararları önemli bir rol üstlenmeye başlamış, common law ile statute law arasındaki geniş aralık daralmıştır.<sup>17</sup> Kısa bir süre sonra

---

<sup>16</sup> David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy* Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, s. 242-247; John Braithwaite, "Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty", *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 27, 2002, s. 47-82 .

<sup>17</sup> Paul Henrich Neuhaus, "Legal Certainty Versus Equity in the Conflict of Laws", s. 795-797.



ise, hukuki belirliliğe karşı eşitlik-adalet talepleri yükselmiş, bu talepler Avrupa Hukuku'nda belirleyici bir rol oynamış, 21. yüzyılda ise hukuki belirlilik talebi tekrar yükselişe geçmiştir. Bu dönemde hukuki belirlilik, Avrupa ortak hukukunda hukuk devletinin bir unsuru olarak kabul edilmiş, Avrupa Adalet Divanı (ADD) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarında günden güne gelişen bir ilke haline gelmiş, Avrupa Konseyi (AK) ve Avrupa Birliği (AB) kurumlarının işbirliğiyle gelişen Avrupa hukuk bütünleşmesinin yapı taşlarından biri olmuştur. Bölgesel gelişimin yanında Avrupa ulusal hukuk sistemlerinde de temel bir ilke olarak kabul edilen hukuki belirlilik Almanya'da *Rechtssicherheit*, Fransa'da *sécurité juridique*, İspanya'da *la seguridad jurídica*, İtalya'da *certezza del diritto*, Benelux ülkelerinde *rechtszekerheid*, İsveç'te *rättssäkerhet* deyimleriyle ifade edilmektedir. İngilizce konuşulan ülkelerde *legal certainty* deyimiyile yerleşen ilke, Avrupa dışındaki ülkelere de aynı kavramlaştırmayla yayılmıştır.<sup>18</sup>

OECD'nin son yayınlarından birinde, hukuk temeline dayalı bir toplum oluşturma amacını ifade eden hukuk devleti ilkesinin, her şeyden önce hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik yararına kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Bu gereklilik, Avrupa kıtasında yürürlükte bulunan tüm yasal düzenlemelerin verili bir eylemin bütün sonuçlarının makul bir dereceye kadar öngörülebilmesini, fikir edinilebilmesini sağlayacak açıklıkta olması anlamına gelmektedir. Yasa ve diğer yasal düzenlemelerin kamuya duyurulması, tanımlanmış açık ifadeler içermesi, haklı beklentileri koruması, geçmişe yürüme yasağına uyması, metinlerin tutarlılık ve bütünlük arz etmesi, kamusal kurumların yetki ve faaliyetlerinde bu nitelikteki yasal düzenlemelere uygun hareket etmesi ve mahkeme kararlarının bağlayıcılığı hukuki belirlilik ilkesinin alt unsurları olarak kabul edilmiş, hukuki belirlilik Avrupa hukuk sisteminin kap-

---

<sup>18</sup> James R. Maxeiner, "Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law", in *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Edited by: Mortimer Sellers and Tadeusz Tomaszewski, Chapter IV, Springer, 2010, s.31-32.



samlı bir ilkesi konumuna yükselmiştir.<sup>19</sup> Avrupa ülkeleri hukukta belirliliği sağlamak üzere mevzuatın kalitesi ve yasama süreçlerinin yapısına ilişkin çeşitli tedbirleri hayata geçirmiştir. Hali hazırda bu yönde gelişim süreci devam etmektedir. Avrupa hukuk sistemi içinde pozitif hukuka bağlılığı esas alan Kıta Avrupası ile common law geleneğine bağlı Büyük Britanya hukukunda hukuk devleti ve hukuki belirlilik farklı yönlerde ve farklı derecelerde kabul gören ilkeler olmakla birlikte, zaman içinde çarpıcı farklılıkların törpülenmesi, söz konusu ilkenin Avrupa ortak değeri olarak ifade edilmesini mümkün kılmıştır. İngiliz hukukunda yazılı hukukun önem kazanmaya, hukuk devleti ilkesinin anayasal düzeyde yasalara geçirilmiş bir ilke olarak korunmaya başlanması, Kıta Avrupası ülkelerinde ise yargının yükselen konumu, özellikle yüksek yargı içtihatlarının hukukun belirlenmesinde ve yasakoyucunun yönlendirilmesinde önemli rol üstlenmeye başlaması bu yargıyı destekler niteliktedir.

Amerikan hukuk sisteminde ise hukuki belirlilik, dilsel karşılığı ve içeriği bakımından farklı, Avrupa ve İngiliz hukukundaki yaygın kullanımın gerisinde bir kavramdır. Amerikan İngilizcesinde *legal certainty* diye bir deyim yoktur, onun yerine *legal determinacy* deyimini kullanılır. Ancak Amerikan akademisyen ve hukukçuları arasında kavramın olumlu anlamı da Avrupa'daki kadar itibar görmemektedir. Kavrama başvurulacaksa, genelde olumsuz ekle (*legal indeterminacy*) kullanımı tercih edilmektedir. Kavramsal farklılık, basit bir tercih meselesi olarak algılanmamalıdır. Tercihin gerisinde Avrupa ve Amerika kıtalarının hukuki belirlilik kavramına yüklediği anlam yatmaktadır. Bir kere Avrupa hukuk sisteminde kullanılan *legal certainty*, Amerikan *legal indeterminacy* kavramına göre daha geniş kapsamlıdır. Avrupa hukukunda *legal certainty* iki ayrı fonksiyona sahiptir: (1) Kişilerin hukuka uygun davranabilmeleri için rehberlik etme. (2) Yasa yapım yetkisi (yasama) ile hukuku uygulama yetkisini (yürütme ve yargı) kontrol al-

<sup>19</sup> James R. Maxeiner, "Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law", s.43-45.

tına alma ve böylece kişileri devletin keyfi faaliyetlerine karşı koruma. *Legal indeterminacy* ise sadece ikinci fonksiyona sahiptir. Daha açık ifadeyle hukukun uygulanması, uygulamayla ortaya çıkacak sonuçların önceden belirlenebilmesiyle ilişkili bir anlama sahiptir.<sup>20</sup>

19. yüzyılda Amerikan yargıçları tarafından kavram, Avrupa'daki meslektaşlarıyla aynı anlamda (legal certainty/legal uncertainty) kullanılmakta, yargısal değerlendirmeler, yasal metinlerde kişiler için yasak davranış ve alanların ne olduğunun açıkça anlaşılıp anlaşılmadığı üzerinden yapılmaktaydı. Diğer deyişle yasal belirlilik/belirsizlik, yasaların sıradan insanlar tarafından kavranmasıyla bağlantılı olarak yargıçların yasal metinleri anlama ve kavramaya çalışma, kararlarını metne dayandırma kaygısı ile ilişkili bir kavramdı. 20. ve 21. yüzyıl Amerikan hukukunda ise, kişilerin hukuka uyma arayışlarına yanıt vermek amacına yönelik bir hukuktan ziyade, yüksek mahkeme yargıçlarının içtihatlarıyla oluşan hukuka daha fazla değer verildiği görülür.<sup>21</sup> Bunun görünen nedenlerinden biri, Amerikan hukukçuları arasında hukukun mahkemelerle yetkili idari kurumların kararlarından ibaret sayılması gerektiği düşüncesinin hâkimiyeti ve yaygınlığıdır. Bu düşünce bir yanılla hukuki realizmle, diğer yanılla kurallara duyulan şüphecilikle (rule-scepticism) ilişkilidir. Kurallara duyulan güvensizlik, yasal kuralların - davranış kuralları ile yetki kuralları dahil - büyük ölçüde sözel ifadeler bütünü olmasından kaynaklanmaktadır. Söz dizimi olarak kuralların herkes için aynı anlama gelemeyeceği, normun kapsam ve sınırlarının ancak somut olaylara uygulanırken belirlenebileceği, bunun için de resmi görevlilerin veya profesyonel hukukçuların rehberliğine ihtiyaç olduğunu kabul eden bu anlayış, "*kuralları karşılayan olgular gerçekleşmedikçe kuralların tek başına bir işlerliği olamaz*" şeklinde ifade edilmekteydi.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> James R. Maxeiner, "Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law", s. 48-49.

<sup>21</sup> James R. Maxeiner, "Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and Rule of Law", s.524-525.

<sup>22</sup> Hukukta formalizm ve kuralcılık karşıtlarının temel savunuları ile

Hukukun soyut kurallarla değil, kuralların somut olaylara uygulanması yoluyla oluşacağı ve belirgin hale geleceği yaklaşımı, kural kuşkuculuğunun yanı sıra yargıç kararlarından oluşan bir hukuka daha fazla itibar etme eğilimini de içinde barındırmaktadır. 20. yüzyılın ilk yarısında Amerikan realistleri, “hukuki belirsizlik” sorununu hukuki şekilcilikle mücadele bağlamında değerlendirmiştir. İkinci yarısında ise Eleştirel Hukuk Çalışmaları taraftarlarınca kavram, hukuk devletine bir saldırı aracı olarak kullanılmış; hukuk devletinin bir mit haline dönüştüğü, dini inanç gibi ele alındığı ileri sürülmüştür.<sup>23</sup> Eleştirel Hukuk Çalışmaları grubuna göre Amerika’da hukuk devleti ideali, evrensel kurallarının tek biçimde, aynı tarzda uygulanmasıdır ve Dünya Bankası’yla birlikte gelişmekte olan devletlere bu yönde hukuk ihracı, hukuk devleti retoriklerinin arkasına gizlenmiş emperyalist politikaların parçasıdır. Eleştiriler, “yeni hukuk devleti” modeli olarak ileri sürülen bu yaklaşımın hukuk devleti ilkesinin bağımsızlık unsurunu ortadan kaldırdığı iddiası üzerine odaklanmaktadır. Çünkü ABD ve Dünya Bankası’nın üzerinde uzlaştığı “yeni hukuk devleti”, hukuk devletinin politik ya da diğer gayri meşru etkilerden uzak, eğitimli profesyonel kadrolara sahip hiyerarşik yapıda mahkemelere ve yetenekli hukuk danışmanlarına ihtiyaç gösterdiği, hukukun öngörülebilmesi için yargı kararlarının rasyonel ve profesyonel hukukçular tarafından öngörülebilir düzeyde olmasını ifade eden bir anlayışa dayalıdır. Bunun yanı sıra politik kurum ve yapıların hukukun özerkliğine saygı duyması zorunluluğuna dikkat çekilmekte, bu anlayıştan uzaklaşırsa global hukuk devleti inşasının başarılı olamayacağı savunulmaktadır.

Bu nitelikte bir hukuk devleti ihracına faaliyetin getireceği mali yük nedeniyle de karşı çıkılmaktadır. Karşı argümanın dayanağı, ABD Uluslararası Gelişme Ajansı ve Dünya

---

Hart’ın bunlara yanıtları için, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford University Press, 1994, s.124-153.

<sup>23</sup> Özellikle hukuk devletinin “hukuki belirlilik” unsuru bir mit olarak değerlendirilmiştir. Bu varsayımın eleştirisi için, Franz Neumann, *The Rule of Law Political Theory and Legal System in Modern Society*, s.228-239.

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

Bankası'nın 1980-1990 yıllarını kapsayan süreçte global hukuk reformu için 1 milyar dolar harcamış olmasıdır. Dünya Bankası geliştirmekte olan devletlerle yapacağı kredi sözleşmelerini ülkede istikrarlı ve güvenilir bir hukuk düzeninin geliştirilmesi koşuluna ve belli kriterlere bağlamaktadır. Yardımlar, *kuralların uygulanmasını güvence altına alacak kurumların işlev ve uygulamalarının yazılı hukuk kurallarına dayalı bir sistem içinde gerçekleştirilmesi* koşuluyla yapılmaktadır. Dünya Bankası, toplumsal istikrar ve ekonomik büyümenin, ancak bu yönde bir hukuk düzeni içinde gerçekleşebileceğini kabul eden bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu yaklaşımlardan hareketle evrensel ölçekte hukuku tek kalıba sokma gayreti içinde "yeni" diye ileri sürülen hukuk devleti modelinin iki öngörü üzerine inşa edildiğini söylemek mümkündür:

(1) Hukuk sistemlerine vakıf olma konusunda güvenilir bir rehber elde edilecek.

(2) Toplumsal uyumsuzlukların çözümünde hukukun birincil rolü hayata geçirilecek, toplumsal ilişkiler ve uyumsuzluklar istikrarlı ve öngörülebilir yazılı hukuk kurallarıyla düzenlenecektir.

Bu varsayımların gerçekleşmeyeceğini ileri sürerek karşı çıkan temel yaklaşımların da iki grupta ele alınması mümkündür:

(1) Hukuku evrensel çapta belli şekillere bağlamanın gereklilikleri, ekonomik faaliyetlerle bağlantısı ya da farklı politik, sosyal ve kurumsal bağlamlara nasıl uyarlanacağı üzerinde düşünsel bir uzlaşmaya varılmaksızın şekli hukuk modelinin dayatılması, devletleri kendi hukuk düzenlerinden, sosyal ve politik bağlamlarından koparan bir hukuk modelidir.

(2) Amerikan hukuk sistemi, hukuk devletinde olması gereken özelliklerin pek çoğuna kendisi bile sahip değildir.

ABD ve Dünya Bankası tarafından geliştirilen hukuk devleti modeline yapılan itirazlar, bu modelin global düzen ve yerel devletler üzerindeki etkilerini hukuki ilişkinin tarafları

ve modelin işlevi açısından değerlendirip gerekçelendirilmektedir. Global düzen açısından bakıldığında, ilişkilerin tek tip kurallara göre düzenlenmesinden kimin fayda sağlayacağı sorgulanmaktadır. Bu noktada, modelin global ölçekte sadece belli türdeki ilişki alanlarını hukuki güvenceye kavuşturduğu ileri sürülmekte, sınırlı alanlarda şekli unsurlara dayalı hukuk devleti anlayışı reddedilmektedir. Çünkü hukuk devleti olarak ileri sürülen model, açık, belirgin kurallara dayalı hukuki ilişkiler alanını ticaret ve ekonomi ile sınırlamaktadır. Ayrıca ilişkinin tarafları arasında ekonomik güç dengesinin kurulması yönünde bir hedefi de bulunmamaktadır. Daha açık ifadeyle, modele karşı olanlar ilişkide sadece büyük sermaye sahibi yabancı yatırımcıların korunduğunu, “yeni” olarak ileri sürülen hukuk devleti modelinin aslında eski klişelerin tekrarı olduğunu düşünmektedirler. Hukuk reformu desteği verilen devletler açısından ise sorunu bir kaç yönüyle ele almaktadırlar. Öncelikle hukuk ihracı yapılan yerel devletlere karşı kullanılan dil ve üsluba bakıldığında, hukuk sistemlerinin sosyo-ekonomik gelişme ve istikrarın bel kemiği olarak yansıtılmasının devletleri aldatan ve yanlış yönlendiren bir sonuç ürettiğini ileri sürmektedirler. Bu bakış açısından hareketle, verici devletler ve finansal yardım kuruluşlarının abartılı ve muğlak dili terketmesi, hukuk devletinin koşullarını yerine getirmede yerel devletlerin karşılaştıkları sorun ve güçlüklerle odaklanması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Finansal ve insani kaynak sorunlarıyla yapısal güçlüklerin ortadan kaldırılmasına yönelik verilecek desteklerin, devletin sosyo-ekonomik koşulları, siyasi ve hukuksal kültür kodları dikkate alınarak planlanması, hukuk devletinin gereklerini kendi dinamikleri ile yerine getirebilecekleri güce kavuşturulmaları hedefine bağlanması önerilmektedir. Bu ilkelere bağlı bir hukuk devleti modelinin daha gerçekçi, daha iyi niyetli ve pratik açıdan da sonuç alınabilir nitelikte olduğu savunulmaktadır.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Frank Upham, “Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy”, Working Papers, Democracy and Rule of Law Project- Rule of Law Series, Number 30, September 2002, Carnegie Endowment for International Peace, s.9-11.

Yeni hukuk devleti modelini empoze etmeye çalışan ABD'nin kendi devletinde bu modeli hayata geçiremediği yönündeki eleştiriler ise genelde yargı alanı, özelde yargıçların konumuna ilişkin gözlemlere dayanmaktadır. Amerika'da yargıçların seçimle işbaşına gelmesi ve çoğunun bir siyasi parti ya da partizan platformların üyesi olmasının yargıç bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmektedir. Federal yargıçların seçimle değil, atamayla işbaşına gelmeleri açısından da fark olmadığını ifade eden görüşlerde, yargıçların geçmişteki politik bağlarının atanma sürecini etkilediği, görev süreleri içinde federal yargıçların politik görüşlerinden sıyrılmadığı, muhafazakâr görüşlü yargıçlardan oluşan bir heyetin liberal kararlara imza atmasının çok istisnai bir durum olduğu iddia edilmektedir.<sup>25</sup> Eleştirel Hukuk Okulu'nun temsilcileri arasında "hukukun politikadan başka bir şey olmadığı"nu savunan radikal realistlerin yanında Amerikan yargıçlarının kendilerinin bile hukuki belirliliğin sağlanabilir bir hedef olmadığını dile getirdiğini beyan eden ılımlı görüşlere de yer verilmekte, hatta hukuki belirliliğin istenen bir şey olmadığı inancını taşıyanlar bulunmaktadır. Amerika'da çoğunluğunu akademisyenlerin oluşturduğu realist hukuk akımı, 1920 ile 1930 yılları arasında Amerikan hukuk sistemindeki şekilciliği eleştiren küçük bir grup iken, bu gün "hepimiz realistiz" sloganını kullanan büyük bir yargıçlar grubuna dönüşmüş görünmektedir.<sup>26</sup> Slogan, Amerikan hukukçularının yargıç yapımı kararların karmaşıklığı ile yasalardaki eksiklik ve sınırlamaların farkında olduklarını, hukuki belirliliğin bu koşullarda mümkün olmayacağına inandıklarını göstermektedir. Ancak hukuki belirsizliğin mutlak olduğuna inanan realistlerin yanı sıra hukukun daima belirsiz olduğunun iddia edilemeyeceğini savunan realist hukukçuların bulunduğunu da belirtmek gerekir. İlimli realistler olarak nitelenebilecek yargıçlar, Amerikan Ticaret Kanunu ile Avrupa mevzuatı örnek alınarak yapılan

<sup>25</sup> Bu iddiaları destekleyen örnekler için, Frank Upham, "Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy", s.14-16

<sup>26</sup> James R. Maxeiner, "Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and Rule of Law", s. 524-525.

diğer alanlardaki yasaları örnek göstererek yazılı hukukun oldukça geniş yer kapladığını ve Amerikan hukukunda belirliliğin büyük ölçüde sağlandığını düşünmektedirler.<sup>27</sup>

Dünya Bankası hukuk devleti modelinin Amerika'da gerçekleştirilmesini olanaksız kılan bir diğer etkenin Amerikan hukuk sisteminin yapısal özellikleri olduğu düşünülmektedir. Dile getirilen bu yöndeki düşünceler iki temele dayandırılmaktadır:

1. Amerikan devlet sisteminin yapısı,
2. Amerikan yargı sisteminin kurumsal işleyiş özellikleri.

Birincisinde federatif yapı üzerine kurulan devlet sisteminde yürürlükteki çoklu hukuk düzeninin tek tip hukuk uygulamasına izin vermeyeceği iddia edilmekte, ticari ve finansal faaliyetlerin 51 devletin (50 eyalet+Federal devlet) kendi yasal düzenlemeleri ve yargı kararlarıyla yürütüldüğü bir sistemde hukukun şekli bütünlüğünün sağlanamayacağı ileri sürülmektedir. İkincisinde ise, Amerikan yargısının jüri sistemi üzerine kurulu yapısı hukuk devleti önünde bir engel olarak değerlendirilmektedir. Jüri sistemiyle hukuk devleti kurumunun bağdaştırılamayacağı üzerine yoğunlaşan tezlerde, ceza hukuku ve adaleti açısından mahkemelerde jüri kurulmasının çeşitli gerekçeleri olabileceğini kabul edilmekle birlikte jüri sisteminin "hukuk devletine uygunluk" kriterleri arasında yerinin olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşler uyarınca jüri sistemi, hukukun olaylara rasyonel biçimde uygulanması ya da daha özetle "insanların değil, hukukun yönetimi" olarak tanımlanan hukuk devletiyle bağdaştırılamaz. Zira sıradan insanlardan oluşan jüri üyelerinden hukuk kurallarını anlama ve yorum-

---

<sup>27</sup> James R. Maxeiner, "Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law", s.45-49; Amerika'daki gibi İngiltere hukuk sisteminin de zengin bir mevzuata sahip olduğu ve hukukun işleyişinde yazılı kuralların önemli etkisinin bulunduğu söylenebilir. Bunun yanı sıra, artık Kıta Avrupası'nda yasama organından ziyade yargı yapımı hukuka(içtihat hukukuna) eğilimin arttığı dile getirilmektedir. Bunun için, Paul Henrich Neuhaus, "Legal Certainty Versus Equity in the Conflict of Laws", s.795-797.



lama konusunda bir hukukçu düzeyinde bilgi sahibi olması, olayları hukuki bakış açısıyla değerlendirmesi beklenemez. Yargılama usulünün de bu savı desteklediği, özellikle vakaların ve delillerin taraflarca getirilmesi usulünün (adversarial system), tek tip kural ve uygulamayı içeren yeni hukuk devleti anlayışıyla uyuşmadığı belirtilmektedir. İhtilaf halindeki tarafların delillerini bağımsız yargıç/bilirkişi ya da jüriye sunarak çözüm aradıkları yargılama sisteminin, doğruyu/adaleti korumadığı, avukatların karşı tarafın delillerini çürütmek ve davayı müvekkilinin kazanmasını sağlamaya yönelik (hukuk dışı elde edilen bilgiler ile doğru olup olmadığına bakılmaksızın tüm kanıtların dahil olduğu) her türlü çabayı göstermesine izin verdiği ifade edilmektedir. Adalet sistemiyle bağlantılı itirazın diğer yönü ise, ABD’de adalete erişimde yaşanan sıkıntılara işaret etmektedir. Yoksullar başta olmak üzere çoğu kişinin adalete erişim imkânından yoksun olduğu tezinde, federal ve federe devletlerin soruna çözüm üretmeye istekli olmadığı, yeterli kaynak aktarımı yapılmadığı iddia edilmekte, herkesin adalete erişemediği bir sistemde hukuk devletinden söz edilemeyeceği ileri sürülmektedir.<sup>28</sup>

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, hukuk devleti genel teorisinden ayrı olarak çağdaş Amerikan doktrininde “hukuki belirsizlik” konusu daha çok yüksek yargı kararları açısından ele alınmakta, anayasal ve hukuk teorisi bağlamında muğlak yasa metinleri karşısında yargıçların hukuk yaratmadan bu tür yasalara dayanarak nasıl karar verebilecekleri sorunu üzerinde daha fazla durulmaktadır. Bu soruna yönelik tartışmalar, yüksek yargıçların önlerindeki uyuşmazlığı doğru ve uygun bir şekilde çözebilmek için yasaya ne kadar dayanacağını belirleyen ölçütler ekseninde yapılmaktadır. Daha açık ifadeyle, yasaların abartılı ölçüde muğlak olup olmadığına, eğer belirsizlik söz konusuysa, bunu azaltacak yöntemlerin neler olabileceği üzerine yoğunlaşarak, belli ölçütlerin geliştirilmesine çaba sarfedilmektedir. Bu noktada, Amerikan hukuk sisteminde “hukuki belirlilik”, *tam anlamıyla çözümü mümkün olmayan bir*

<sup>28</sup> Frank Upham, “Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy”, s.14-19.



konu olarak algılanmakta, çaba ve enerjinin hukukta belirsizliği azaltmaya yöneltilmesi gerektiği düşünülmektedir. Ancak bu faaliyetin yargı kurumları -hatta sadece yüksek yargı- üzerine odaklanması, federal ve federe devlet yasama organlarının bu konudaki rolü ve görevini dışlayan bir yaklaşımla hareket edilmesi, çözümün eksik kalmasına neden olmaktadır. Sorunun yasama organı dışlanarak sadece yargı organı açısından ele alınmasında, Amerikan hukuk sisteminde yasama organının Avrupa hukuk sistemlerinden daha geç kurumsallaşmasının, hali hazırda yasa yapım teknikleri ve metodolojisi açısından bir sisteme sahip olunmamasının da payı vardır.

### B. Hukuki Belirlilik - Hukuki Güvenlik İlişkisi

Hukuk devleti, devlet ve insan faaliyetlerine yön veren, yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan ilkeler bütünüdür. Devletin organ ve kurumları bakımından bu ilkeler birer sınırlama niteliği taşıırken, vatandaşlar açısından hukuki güvenlik içinde yaşamının araçları olarak işlev görmektedir. Hukuki güvenlikle bağlantılı olarak “genellik” ve “öngörülebilirlik”, hukuk devletinin iki temel unsuru kabul edilir. Genellik unsuru, hukukun özel kişi ya da durumlara değil, herkesi kapsayacak biçimde genel, soyut ve tarafsız, geçmişe uygulama yasağı çerçevesinde ileriye yönelik, kamuya açık kurallar üzerine inşa edilmesi anlamını taşır.<sup>29</sup> Rousseau’nun çalışmalarında hukukun genelliği, yasa ve yasayı yapan genel irade bağlamında üç boyutta ele alınmaktadır:

(1) *Özü itibarıyla genellik*: Genel iradenin özel çıkarları değil, kamu yararını ifade etmesi anlamına gelir. Böylece genel irade, bir kişinin ya da grubun özel çıkarlarından çok yurttaşlardan oluşan halkın çıkarlarına yöneliktir.

(2) *Konusu itibarıyla genellik*: Genel irade özel bir konuyu dü-

<sup>29</sup> Hayek’in “genellik” anlayışı ile yasaların belirliliği arasında ilişki kuran bir çalışma için, David Edmond Neuberger-Lord Neuberger of Abbotsbury, “General, Equal and Certain: Law Reform Today and Tomorrow”, *Statute Law Review* 33(3), 2012, s.323-338.

zenlemekte ise, artık özü de değişmiş demektir. Diğer ifadeyle, konusu özel olan irade/yasa, genel irade/yasa değildir. Bireysel işlem niteliğindeki bir kural, genel iradenin yansımaları olarak kabul edilemez. Bu bakımdan yasa, yurttaşları bir bütün ve davranışları da soyut olarak ele alır.

(3) *Bağlayıcılık itibarıyla genellik*: Genel iradenin konu bakımından genelliğinin bir sonucu olarak onun herkesten kaynaklanan ve herkesi bağlayan bir irade olduğunu söylemek mümkündür. Böylece yasa, herkesi bağlayıcı bir ilke olarak belirmektedir.<sup>30</sup>

Hukukun öngörülebilirliği ise, hukukun anlam açısından belirgin ve açıkça ifade edilmiş, istikrarlı ve birbiriyle uyumlu kurallar ile önceden tahmin edilebilir uygulamalara dayanmasıdır. Hukuk kurallarının etkili, uygulanabilir, herkesçe anlaşılabilir ve aleni olması, hukuka duyulan güvenle birlikte siyasi iktidara duyulan güveni de içinde barındıran, hem dikey hem de yatay ilişkilerde geçerli ortak değerlerdir. Bireylerin hukukun gerektirdiği şeyi önceden bilmeleri ve davranışlarını buna göre düzenlemelerini sağlayan bir ilke olarak hukuki öngörülebilirliğin hukuki belirlilik ile ilişkisi, bu noktada çok açıktır. Hukuk kurallarının bütünüyle belirsiz olduğu kabul edildiğinde, hukuki öngörülebilirlikten de söz edilemeyecektir. Ken Kress'in hukuk devletiyle ilgili değerlendirmelerinde hukukun belirsizliği için yaptığı metafizik ve epistemolojik belirsizlik ayrımı, bu ilişkinin daha iyi anlaşılmasını sağlamaktadır. Kress, metafizik belirsizliği hukukun var olup olmadığıyla, epistemolojik belirsizliği ise hukukun bilinip bilinemeyeceğiyle ilişkilendirmiştir. Hukuk devleti değerlendirmeleri açısından, hukukun bilinebilirliğine vurgu yapan epistemolojik belirlilik önemlidir ve bu durum hukukun öngörülebilirliğiyle de yakından bağlantılıdır. Zira hukuk bilinmediği sürece hukuki sonuçların öngörülmesi mümkün değildir.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Rousseau'da yasaların genelliği, kamu yararını sağlama işlevi görmektedir. Bunun için, Onur Sır, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasa Uyumluğunun Yargısal Denetimi*, s. 62-75.

<sup>31</sup> Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *AÜHFD*, Cilt.51,

Hukukun genelliği ve öngörülebilirliği, alt ilkeleriyle birlikte ağırlıklı olarak hukukun normatif düzenine ilişkindir. Liberal hukuk devleti teorisinde iktidarın yapılanması ve sınırlanmasının hukuksal formu olarak yasallık, bir yandan devlet faaliyetlerinde keyfiliğin önlenmesinin vazgeçilmez şartı, diğer yandan toplumun bütün üyelerinin eşit bireyler olarak muamele görmesinin temel aracıdır. Daha açık bir ifadeyle, herkes yasaların sağladığı korumadan yararlanmada, yasaya itaat konusunda, yasaların getirdiği borç ve yükümlülüklerde eşittir.<sup>32</sup> Ancak “yasallık” ilkesi, kuralların uygulanması ve yasallığın kurumsallaştırılması bağlamında kurumsal sistemle de yakın ilişki içindedir. Liberal hukukta “yasa” kavramı, sadece hukuki güvenlik ilkesinin temeli değil, aynı zamanda bireysel özgürlüğün geliştirilmesinin kurumsal çerçevesini oluşturan bir araçtır. Bizzat yasakoyucu dahil, “kimsenin yasanın üstünde yer alamayacağı” tezine bağlı olarak liberal hukuk devleti teorisi, *yasa* ve *yasallık* ilkesi üzerine inşa edilmiştir.<sup>33</sup> Devletin yetkilerini hukuk yoluyla ve yasallığın genel ilkelerine uygun biçimde kullanması ödevi, devlet ile hukuk rejiminin kurumsallaşması arasında kurulan ilişkinin gereğidir. Bu ödev yurttaşlarca önceden bilinen, fiillerinin ne tür hukuki sonuçlarla karşılaşacağını farkında oldukları açık kuralların herkese istikrarlı biçimde uygulanmasını ve uygulamanın da bir takım usulî güvencelere bağlanmasını gerektirir. Şunu da belirtmek gerekir ki, geçerli hukuk sadece davranış normlarından değil, sözleşme, vaat, evlilik, vatandaşlık gibi kurumsal olguları açıklayan kurucu normlardan da oluşur.<sup>34</sup>

Diğer yandan kurallar ve kurumlar arasındaki ilişki, yasa yapan, kural koyan ve uygulayan devlet (yasama-yürütme ve

---

Sayı.2, Yıl.2002, s.7-8

<sup>32</sup> Rukiye Akkaya Kia, Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk, s. 92-95.

<sup>33</sup> Mithat Sancar, “Devlet Akı” Kıskaçında Hukuk Devleti, s.36-37, s.52-54; Fakat yasallık ilkesi liberal teoride hukuk devletinin asgari içeriğidir. İkinci şartı ise, yasanın belli bir içeriğe sahip olması, yani insan haklarına uygunlukla belirlenmesidir. Bu şart da, hukuk devletinin, “yasal despotizm” den farklı olma iddiasının temelini oluşturur.

<sup>34</sup> Ertuğrul Uzun, Akıl Tutkunu Hukuk, s.131-133.

yargı) organlarının faaliyetleriyle adil yargılama ilkesine bağlı çalışan bağımsız ve tarafsız yargı denetiminde somutlaşır. Buradan hareketle, hukuk normlarının genellik ve öngörülebilirlik ilkelerinin gereklerini tam olarak karşılayabilmesinde yasa/kural koyucular ile uygulayıcıların yetkinliği, hukuk devletini sağlama ve güçlendirme iradesi ile bu konudaki samimiyeti önem kazanmaktadır. Siyasi etkenlerle birlikte norm yoluyla elde edilmek istenen amacın da normun konusu, özne ve fiilin seçiminde, standart ve ilkelerin belirlenmesinde etkili olduğunu unutmamak gerekir. Özetle, iç ve dış etkenlerle şekillenen bir normun genellik ve öngörülebilirlik ilkelerinin gereklerini karşılayıp karşılamadığı, normun türüne, yapısına, düzenlediği alan ve amacına bağlı olarak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede “genellik” unsurunun “öngörülebilirlik” unsuruna göre daha az karmaşık olduğu, en azından uygunluğun/aykırılığın saptanması ve denetiminin daha kolay olduğu belirtilmelidir. Zira “genellik” belli kişi veya sınıflar lehine ayrımcılığı önleyerek ve hukuki eşitliği sağlayarak keyfi yönetimi engelleme amacına hizmet eden bir ilkedir. Bu nedenle eşitlik, ayrımcılık yasağı ve objektiflik alt ilkeleri açısından değerlendirmeye tabi tutulması yeterlidir.<sup>35</sup> Öngörülebilirlik ise, hukukta kesinlik (yasallık ilkesi-kuralların geleceğe yönelik ve tutarlı ve nispeten sürekli olması-değişmezliği), açıklık ve belirlilik, rasyonelite, hesaplanabilirlik gibi çok sayıda karmaşık ve devletin tüm kurumlarına sorumluluk yükleyen alt ilkelerle bağlantılı olarak analiz edilebilen bir unsurdur. Bir hukuk normunun öngörülebilirlik açısından denetiminde, sadece sözel değil, analitik mantık kategorilerinin de kullanılması gerekir. Yasakoyucu, bu özelliği karşılayan kuralların seçiminde pek çok değişkenin etkisini hesaplamak ve teste tabi tutmak durumundadır. Bu farklılık, Anayasa Mahkemesi kararlarının tahlininde daha net ortaya çıkacaktır.

---

<sup>35</sup> Genel kurallar koymakla sınırlandırılmamış bir parlamento ve hükümetin çıkaracağı kanun ve yasal düzenlemelerin keyfi ve eşitsiz yönetime yol açacağı yorumu için, Friedrich A. Von Hayek, Hukuk, Yasama ve Özgürlük Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzeni, s.152-155.

### C. Unsurları Bakımından Hukuki Belirlilik

Hukuk devletinin belirlilik ilkesi, vatandaşların devletle-riyle ilişkisinde (dikey) olduğu kadar kişiler arası ilişkilerde (yatay) de etkili bir ilkedir. Dikey etki, “kendi eylemlerine devlet tarafından verilecek muhtemel yanıtı önceden bilebilmek” anlamında vatandaşlar lehine işleyen bir fonksiyon görmektedir. Böylece kişiler devlet tarafından hangi davranış ya da durumlara müdahale edileceğini veya cezalandırılacaklarını bilir, devlet gücünün tezahürlerini ölçebilir, bunun dışında kalan işlem ve eylemler bakımından özgür olacaklarını var sayar. Herkesin toplumsal davranışlarını yönlendiren, yasaklamaları ya da sınırlamaları içeren kuralların neler olduğunu, nasıl bir düzen içerdiğini ve kendisine hangi surette uygulanacağını önceden bilmesi, siyasi iktidarın keyfi uygulamalarına karşı hukukun zamansal güvenilirliğini, yani yasaların yürürlükte olduğu, uygulanabilir olduğu zaman dilimi hakkında farkındalık geliştirilmesine de katkıda bulunur.<sup>36</sup> Yasaların dil ve anlam bakımından açık ve belirli olması, yasalara uymakla yükümlü kişilerin yanı sıra yasaları uygulamakla yükümlü resmi görevlilerin hukuka uygun davranmalarını sağlamak açısından da önemli bir işleve sahiptir. Yatay ilişkiler bakımından ise, kişiler arası veya toplumla ilişkilerde neyin problem veya ihtilaf yaratacağı ya da ihtilaf halinde sorunun nasıl çözüleceğinin önceden bilinebilmesi mümkün olur.<sup>37</sup>

Hukuki belirlilik ilkesi, hukuk düzeniyle ilişki içindeki kişilere devlet gücü tarafından yapılacak uygulamaları önceden görme imkânı sunacak düzeyde açık, anlaşılır, erişilebilir, sürekli, düzenli, tutarlı ve geleceğe yönelik yasal düzenlemelerin yürürlükte olduğu bir hukuk sistemini önceleyen, kamusal gü-

<sup>36</sup> Rukiye Akkaya Kia, *Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk*, s.84-85.

<sup>37</sup> Brian Z. Tamanaha, “A Concise Guide to the Rule of Law”, in *Relocating The Rule of Law*, (Ed.) Gianluigi Palombella and Neil Walker, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, s. 7; Realist hukuk teorisinin hukukta kesinlik ve belirliliğin katı formalizme yol açacağı ve toplumsal gerçeklikleri karşılayamayacağı endişesi ve eleştirileri için, Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, s. 50-53, s.111-119.

cün kullanımını hukuk kurallarına bağlayarak öngörülebilirliği sağlamaya hizmet eden bir hukuk devleti ilkesidir. Bir takım koşullara bağlı olarak anlam kazanan hukuki belirlilik ilkesinin “erişilebilirlik (1) ve “kesinlik” (2) şeklinde gruplandırılabilen iki unsur üzerine inşa edildiğini söylemek mümkündür. Erişilebilirlik unsuru, hukukun aleniliği bağlamında yasal düzenlemelerden haberdar olmayı, normların içerik ve anlamına erişebilmeyi ifade eden, bu amaçla yasal düzenlemelerin ilân veya başka yollarla kamuya duyurulmasını, normların açık ve anlaşılır olmasını gerektiren bir kapsama sahiptir. Bildiride hukuki belirlilik ilkesi pozitif hukuk metinleri üzerinden analiz edildiği için bu bağlamda erişilebilirlik, yasalara fiziken erişimin -yasaların elde edilebilmesi- yanında, metinlerin anlaşılabilir olmasını da içeren bir anlamda kullanılmaktadır. Kesinlik unsuru, yasal düzenlemelere ve bunlara dayanarak yapılan uygulamalara ilişkin özelliklere dayanır. Bu özellikler, idarenin işlem ve eylemlerini yasalara bağlı olarak yerine getirmesi, yazılı hukuk metinleriyle uygulama arasında, yasal düzenlemelerin kendi içinde ve birbirleri arasında uyumluluk göstermesi, sık sık değiştirilememesi anlamına gelecek şekilde sırasıyla, “yasallık”, “tutarlılık”, “süreklilik” ve “geçmişe yürüme yasağı” alt unsurlarından oluşan bir bütünü ifade etmektedir.

### 1. Erişilebilirlik

Hukukun erişilebilirliği, yasal düzenlemelere fiilen ulaşabilme/elde edebilme imkânına sahip olmayı ve metinlerin anlamına erişimi ifade eder. Yasal düzenlemelere fiilen erişim (accessibility), mevzuatın yayınlanmasına, ilgililere ulaştırılmasına bağlıdır. Ayrıca mevzuatın sistematik bütünlük ve istikrarlı bir yapı içinde olması, ilgililere izleyebilme kolaylığı sağlayacağından fiili erişilebilirlik kapsamında değerlendirilmelidir.

Politik iradenin yasa formunda hazırlanan hukuki metinlerle objektif iradeye dönüştüğü yasalar, yayınlanmak ve kamuoyunun bilgisine sunulmakla kamusallaşır, kamuyu yürütme ve yasamanın keyfililiğine karşı koruyan, hukuki güvenliği sağ-

layan bir işlev üstlenir. Yasalar bakımından yayınlanma zorunludur ve istisnası yoktur. Diğer hukuki düzenlemeler için getirilecek yayın sınırlamalarında ise, kamuya açıklık ilkesini ortadan kaldıracak ya da bundan elde edilecek faydayı azaltacak önlemlerin alınmamasına özen göstermek gerekir. Kamuya açıklık, yasal düzenlemelerin çoğunlukla muhatabının sıradan insanlar olduğu hesaba katılarak, mümkün olduğu ölçüde herkesin erişebileceği yöntemlerle sağlanmalıdır. Yönetmelik, genelge, yönerge, tebliğ vb. adlarla kabul edilen idarenin düzenleyici işlemlerinde belgelerin adından ziyade üzerinde etkili olacağı konu ve kişiler açısından değerlendirme yapılmalı, kamuya açık ya da kurum içi bildirim kararı verilirken erişilebilirlik unsurunun ihlâlinden kaçınılmalıdır.

Türkiye’de yasa niteliğindeki düzenlemeler, Resmî Gazete’de yayınlanmakla kamuya duyurulmakta, ayrıca Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Başbakanlık internet sitelerinden düzenli olarak yayınlanmaktadır. Bunun yanı sıra resmi kurumların internet sayfalarından da ilgili mevzuata ulaşılabilmektedir. Yasalara fiziksel erişim konusunda yine de bir takım sıkıntılarla karşılaşmaktadır. Örneğin TBMM internet sitesinde yasa metinleri sadece Genel Kurul’da ilk kabul edildiği şekliyle verilmekte, değişikliklerin işlendiği metinlere erişilememektedir. “Kanun sorgu formu” nun altında kanunların değiştirilmiş metinlerine ve son haline Başbakanlık bünyesinde bulunan <http://www.mevzuat.gov.tr> adresinden ulaşılabileceği notu düşülmüş olmakla birlikte, bu notun profesyonel kişiler dışında bir yasaya sadece adı ve/ya numarası ile ulaşmaya çalışan sıradan vatandaşların gözünden kaçması olasıdır. Bu olasılığın göz önüne alınarak TBMM internet sitesinin tüm değişiklikleriyle yasa metinlerini kamuya açması erişilebilirlik kanallarını genişleten basit bir önlem olacaktır.

Yasal düzenlemelere ulaşılabilirlik konusundaki asıl sorun, yasaları açıklama ve uygulamayı yönlendirme görevi üstlenen genelge, yönerge gibi yasa altı metin alanına ilişkindir. Türk hukuk düzeninde yaygın kullanıma sahip ve büyük ölçüde yayınlanma zorunluluğuna tabi yönetmelikleri de bu sorunun



dışında tutmak mümkün değildir. Zira Türkiye’de ilgili yönetmelikler geç çıkarıldığı için yönetmelik düzenleninceye kadar olan süreçte uygulama genelge, yönerge gibi idari işlemler üzerinden yürütülmektedir. Hukuki açıdan abes ya da aykırı bir yönü bulunmayan bu uygulama kapsamında yer alan düzenlemelere herkes kolaylıkla erişebiliyorsa hukuki belirlilik ilkesi bakımından da tartışmalı bir durum ortaya çıkmayacaktır. Ancak Türkiye’de bu nitelikteki düzenlemeler genellikle sadece ilgili kurumlara gönderilmekte, yasalardan etkilenecek kişiler, yasaların uygulanmasına ilişkin usul ve bilgileri içeren bu tür düzenlemelerden haberdar olamamaktadır. Kamuoyuna düzenli olarak duyurulmayan, aleniyetin ilgili kamu kurumlarının inisiyatifine bırakıldığı bu yöndeki uygulama, o noktada mevzuata erişilebilirlik sorununu da beraberinde getirmektedir. Oysa üst hukuk metinlerine bağlı açıklamaları içeren bu tür düzenlemelerden haberdar olmak, yasa ya da yönetmeliğin ilgilisi için son derece önemlidir. Dış dünyayı etkileyen yönleri bulunmasına rağmen kamuya açıklanmayan, erişimi bakımından bir standarda bağlanmayan bu nitelikteki idari işlemler, sadece “şeffaf devlet” ilkesi değil, “hukuki belirlilik” ilkesi açısından da birer ihlâl kaynağı haline gelebilmektedir.

Diğer adsız işlemlere göre yönetmelikler daha yaygın bir iletişim ağı ile kamusallaştırılsa da, yayınlama yoluyla sağlanan şeffaflık hukuki belgenin anlam bakımından da açıklığının göstergesi değildir. Yönetmelik hükümleri yeterince açık değilse ya da uygulama konusunda tereddüde yol açan hükümler içeriyorsa, sorun yine kamuoyuna her zaman açılmayan genelgeler yoluyla çözülmeye çalışıldığı için yönetmeliklerin yayınlanması bilinebilirliğin sağlanmasına yetmemektedir. Genelge, yönerge türü düzenlemeler, Resmi Gazete vb. yayın araçlarıyla yayınlanmaz, düzenleyici kurumun internet sitesinden de elde edilemezse ya da yayınlansa da değişiklikler nedeniyle kısa sürede yayından kaldırılırsa, yasaların uygulanması hakkında sağlıklı bilgi edinmek mümkün olmayacaktır. Bilgi edinme hakkının varlığı da tek başına soruna çözüm üretmeye yetmeyecektir. Zira haktan yararlanarak metinlere erişebilmek için öncelikle bu tür bir metnin varlığından haberdar olmak gere-



kir. Diğer yandan kendi deneyimlerimiz göstermiştir ki, sayı ve tarih bilgileri verilerek hakkında bilgi istenen yürürlükten kaldırılmış eski genelgelere erişim, söz konusu hakkın işletilmesiyle de mümkün değildir. Kısaca yasal düzenlemeden bir şekilde haberdar olursa bile, bilgi edinme hakkının kurumsal uygulamasından kaynaklanan aksaklıklar erişimi zedelemektedir. Alt hukuk metinlerine erişimin kamu kesimleriyle sınırlı tutulmaması, özellikle kamusal faaliyetleri düzenleyen mevzuatın tüm boyutlarıyla herkesin erişimine açılmasına özen gösterilmesi, gerekli hukuki alt yapının bu amaca hizmet edecek şekilde tesis edilmesi yönündeki önlemlerin bir an önce alınması önem taşımaktadır. Yasal düzenlemelerin türü ne olursa olsun, dış düzeni etkileyen her metin kamuya yaygın ve kolay erişim imkânıyla açılmalı, hukuk devleti ilkesinin zorunlu unsuru aleniyet, en üst düzeyde yerine getirilmelidir. Siyasi irade bu yönde olduğu sürece, bilişim teknolojilerinden yararlanarak hukukun tüm boyutlarıyla erişime açılması zor değildir. Hukukun bilinebilirliğini sağlamaya yönelik her düzenleme, “bir hakkın ilgilisi için yerine getirilmesi” olarak algılanmalıdır. Yasal düzenlemeleri yaygın erişim ağı içinde kamuya açan bir devlet, tüm faaliyetlerini öngörülebilir kılmakla hukuki güvenliğin yanı sıra devlete duyulan güveni de pekiştirecektir.

Görüldüğü gibi, idari işlemlerin muhatapları tarafından öngörülebilmesini sağlamak üzere yönetmelikler dahil idarenin her tür düzenleyici işleminin ilgili yürütme ve idari birimler tarafından zamanında tamamlanması ile hukukun belirliliği arasındaki ilişki açıktır. Makul bir sürede tamamlanmayan mevzuat, ilgilileri için belirsizliğin devamı anlamına gelmekte, kişiler henüz yapılmamış olan düzenlemelerin kendilerine ne tür yükümlülük getireceğini veya ne ölçüde hizmet edeceğini bilememektedir.<sup>38</sup> Bu anlamda hukukun erişilebilirliği, yasal olarak düzenlenmesi gerektiği halde gecikmiş idari düzenlemeleri de kapsayacak şekilde değerlendirilmeli, bu yöndeki beklentileri karşılayacak önlemler alınmalıdır. Anayasal zo-

<sup>38</sup> Taha Ayhan, “Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararları Işığında AB İdare Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemlerde Hukuk Güvenliği İlkesi”, s.166.

runluluk kapsamında düzenlenmesi gereken yasaların yapılması ya da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarıyla ya da yasama iradesiyle yürürlükten kaldırılan hükümlerin yerine gerektiği halde yenisinin ikame edilmemesi şeklindeki yasama ihmalleri için de sorunun benzer olduğunu ve bu konuda da hukuki önlemlere ihtiyaç olduğunu belirtmek gerekir.

Mevzuatın anlam ve içeriğine erişilebilirlik (legal certainty) ise, fiili erişilebilirliğe göre daha teknik ve karmaşık bir konudur. Yasaları anlaşılır kılmanın çeşitli yolları vardır. Yasama ve dil bilgisi teknikleri ile yöntemlerini etkin biçimde kullanmak bu konuda alınabilecek önlemlerden sadece biridir. Bu önlemi hayata geçirmek için yasama sürecini de içine alacak şekilde yürütülen yasal faaliyetlerde birden fazla anlamı olan, farklı anlamlardan hangisinin kullanıldığı anlaşılabilen muğlak ve belirsiz kavramlara yer verilmemesi, yasal metinlerin açık ve yalın bir dille yazılması için gerekli ve uygun tekniklerin kullanılması, kurumların bu amaca yönelik yöntemleri uygulamaya geçirecek şekilde yapılandırılması önem taşımaktadır.<sup>39</sup> Ancak yasaların açıklığı ve anlaşılabilirliği, sadece teknik ve usulî önlemlerle sağlanabilecek bir konu değildir. Kaldı ki, her konuda dil ve anlam bakımından açık yasal düzenleme yapmak olanaksızdır. Bazı durumlarda normun kapsam ve sınırlarını belirleme konusundaki güçlükler ya da siyasi tercihler nedeniyle normun uygulama alanının bilinçli olarak muğlak bırakılması söz konusu olabilmektedir. Düzenlenmesi gereken alanlar çok teknik ve uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulan alanlar ise ya da siyaseten yürütmeye takdir yetkisi tanınması gerekiyorsa, kazüistik norm yapmaktan kaçınılır. Bu durumlarda yasa yapım tekniği ve yöntemlerine ilişkin önlemler, özellikle yasakoyucu ya da düzenlemeyi yapan idarenin konuya ilişkin bilgi eksikliğinin giderilmesinde, gerekli uzman yardımlarının alınmasında ve düzenlemenin süre açısından üzerinde yeterince çalışabile-

---

<sup>39</sup> Henri Capitant, "Kanunun Manasının Tayininde İhazari Çalışmaların Değeri", Tercüme Eden: Hakkı Demirel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl.1956, Cilt.13, Sayı.1-2, s.53-68; Robert A. Duperron, "Interpretation Acts-Impediments to Legal Certainty and Access to the Law", Statute Law Review 26(1), 2005, s.64-68.

cek şekilde planlamasında işe yarayan çözümlere imkân vermekle sınırlı bir katkı sağlayabilir.<sup>40</sup>

İHAM kararlarında da yasaların mutlak bir kesinlik içinde hazırlanmasının güç olacağı, şekil ve şartların uygulama alanını belirleme konusunda ulusal mahkemelere bir esneklik payı tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle hukuki bir düzenleme ne kadar açık olursa olsun, mahkemelerin kısmen yorumda bulunması kaçınılmaz bir durumdur.<sup>41</sup> Hukuki belirliliği azaltan önlemler üzerinde daha sonra durulacağı için ayrıntıya girmeden şunu belirtmekle yetinelim: Yasal düzenlemeler uygulayıcılar ve bu düzenlemelerden etkilenecek tüm ilgililer için konunun elverdiği ölçüde anlam açısından açık olmalı, yoruma en az ihtiyaç duyulacak şekilde kaleme alınmalıdır. Bu amaca varabilmek için en pratik yol, öncelikle yasa yapım sürecinde kullanılacak uygun teknik ve yöntemleri belirlemek, kurumsal ve çalışma düzenini bu yönde yapılandırmaya çalışmaktır.

## 2. Kesinlik

Hukukta kesinlik, hukuksal güvenlikle yakın ilişki içinde olup kişilerin yasadaki belirli bir kesinlik düzeyinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilebilmesini sağlayan bir unsurdur. Uygulamacılar bakımından ise, normun anlamı ve uygulanma yöntemi hakkında tereddüde düşmeden faaliyette bulunmayı sağlar.<sup>42</sup> Bu anlamda “kesinlik” unsuru bir kaç açıdan ele alınabilir:

<sup>40</sup> İşlevsel anlamda yasama faaliyeti olarak değerlendirilen idarenin düzenleyici işlemleriyle birlikte yasa yapım performansına ilişkin bilgi ve değerlendirmeler için, Mehmet Tefik Özcan, “Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti”, s.534-549; Irina Bogdanovskaia, “The Legislative Bodies in The Law-Making Process”, s. 23, <http://www.nato.int/acad/fellow/97-99/bogdanovskaia.pdf> (26.02.2013).

<sup>41</sup> Müslüm Akıncı, “Normatif Düzen Kalitesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.3, Sayı.1, Yıl.2012, s.193.

<sup>42</sup> Müslüm Akıncı, “Normatif Düzen Kalitesi”, s.188-192.

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

yasal düzenlemelerin geleceğe dönük etkisi (with prospective effect),

(istikrar ilkesiyle bağlantılı olarak) yasaların ve yargısal içtihatların hukuk güvenliğini tehlikeye atacak düzeyde sık değiştirilmemesi (süreklilik-stability),

kamusal faaliyetlerin yasalara bağlılığı (yasallık-legality),

yasal düzenlemeler ve normlar arasında uyumluluk (tutarlılık-consistency).

Geleceğe dönük etki, yasal düzenlemelerin yürürlüğe girmeden önceki olgulara değil, yürürlük sonrası uyumsuzluk ve olaylara uygulanması anlamını taşır. Geçmişe etkili yasaların, halihazır hukuk düzeni içinde mevcut olmayan yeni bir hukuki çözüm ortaya koyarak sistemi değiştirdiği, bazen ise mevcut belli hükümleri sistem dışına çıkardığı gözlenebilir. Ancak hukuk düzenine eklenen yeni hüküm, hak ve yükümlülük dengesini bozacak bir etki üretiyorsa ilgili kişiler bakımından kazanılmış haklar doktrininin gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Bu durumda Avrupa Mahkemelerinin (AAD ve İHAM) kararları örnek alınarak kazanılmış hakların istisnai bir uygulama olarak korunması şartıyla hukuk güvenliğine olumsuz bir etki önlenebilir.

Hukukun genel ilkesi olan “kazanılmış haklara saygı” ya da AAD ve İHAM’ın kullandığı “haklı beklentilerin korunması” önlemine başvurulmasını gerektiren nedenlerden biri, ülkedeki hukuk düzeninin veya genel olarak toplumsal sistemin adalete aykırı sonuçlarını gidermektir. Örneğin Türkiye’de çek mevzuatının, tüketici kredilerinin faiz oranlarının, mali suçlara ait veya çeşitli mahkumiyetleri kapsamına alan genel veya kısmi afların geçmişe etkili yasalar eliyle düzenlendiği görülür.<sup>43</sup> Bu yönde bir uygulamaya başvurmadan önce geçmişe etkili olması düşünülen yasama tasarruflarının somut durumlar

---

<sup>43</sup> Mehmet Tevfik Özcan, “Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti”, s.549-550.

üzerindeki etkisi, ayrımcılık yasağı, eşitlik, adalet, hakkaniyet ile olan bağı dikkatli bir değerlendirmeden geçirilmeli, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması arasında ölçülü bir denge kurulmalıdır. Hukuk normlarının yürürlük öncesi durumlara uygulanabilmesi için muhatapların lehine menfaatlerin bulunması yeterli değildir. Uygulamadan zarar görecekt olanların zararlarının giderilmesi de hukukun kesinliği ve dolayısıyla hukuk güvenliği açısından aynı derecede önemlidir. Ayrıca “kazanılmış hak kavramı”nın daha dar kapsamlı olup geriye yürümezliği tam anlamıyla açıklayamayacağı<sup>44</sup>, geriye yürüme yasağının, olumlu veya olumsuz tüm geçmişi koruma altına aldığı unutulmamalıdır. “Kazanılmış hak” kavramının sınırlarının genişletilmesi hukuk devletinin önemli güvencesi sayılan geçmişe yürüme yasağını istisnai ilke olmaktan çıkaracak düzeye gelmemeli, hukuk güvenliği belli kişi ve gruplara hasredilen bir işlev olarak algılanmamalıdır.

Hukuki düzenlemelerin sürekliliği ile hukuki kesinlik arasında kurulacak ilişkide “süreklilik”, mevzuatın olağan süreç ve zorunluluklar dışında sıklıkla değiştirilmemesi anlamına gelmektedir. Kural olarak yürürlüğe girdiği andan itibaren hukuk normlarının öngörülmeleyen bir zaman süresi boyunca yürürlükte kalacağı varsayılır, yaşamın buna göre düzenleneceği beklentisi oluşur. Toplumsal ilişkiler, kamusal faaliyet alanlarına ilişkin yetki ve görevler ile kişilerin hak ve sorumluluklarını düzenleyen normların yürürlükte kalmaya devam edeceği varsayımı üzerine kurulur, kamusal ve özel yaşam bu doğrultuda planlanır. Yazılı hukuk metinlerinin sıklıkla değiştirilmesi ise hukukun öngörülebilirlik işlevini zayıflatan, istikrarın bozulmasına yol açan ve nihayetinde hukukun güvenilirliğini zedeleyen sonuçlar doğurabilmektedir.<sup>45</sup> Gerekli ve zorunlu durumlar dışında kuralların sıklıkla değiştirilmesi, yasal düzenlemelerin iç ve dış bütünlüğünün bozulması riskini beraberinde getirmekte, kural çatışmalarına da uygun zemin

<sup>44</sup> Tekin Akıllıoğlu, “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt.17, Sayı.3, Eylül 1984, s.43-45.

<sup>45</sup> Müslüm Akıncı, “Normatif Düzen Kalitesi”, s.191.

hazırlamaktadır. Kendi içinde ve ilgili mevzuat bakımından tutarlılığını yitiren çatışmalı normatif düzenin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde belirlilik yerini belirsizliğe bırakmaya meyillidir.<sup>46</sup>

Hukuk sisteminde çatışan ya da birbirlerinin değerini azaltan yasal düzenlemelerin varlığı sorununu normlar hiyerarşisi, özel yasa-genel yasa ya da yürürlük tarihi bakımından geçerlilik ilişkisi içinde çözmek her zaman mümkün değildir. Genellikle aynı konu ya da kişileri farklı boyutlarıyla ilgilendiren yasal düzenlemeler arasında ortaya çıkan bu sorunun giderilmesinde iş yargıya düşmektedir. Ancak hukuki güvenlik açısından önemli olan sorunun yargıya taşınmadan önceki süreçlerde çözüm üretilmesidir. Bu amaçla yeni yasal düzenlemeler veya değişiklikler yoluyla hukuk sisteminde düzenlemelerin anlamı, kapsamı, sunduğu güvenceler ve uygulama açısından karışıklık yaratılmasına, öngörülebilirliğin ortadan kaldırılmasına engel olacak tedbirlerin alınması gerekir. Yasa yapım süreci ve öncesinde yapılacak araştırmalar, elektronik ortamda mevzuat bilgi sisteminin kurulması, sürekli güncellenmesi, ilgili ve ilişkili yasal düzenlemelerin bir araya toplanması gibi önlemler, tasarı ve teklif aşamalarında sorunun çözülmesine, çatışmalı bir hukuk düzeninin ortaya çıkmasına engel olabilecektir. Aynı yasal düzenleme içinde ya da mevzuat kapsamında veya uyum yasaları bakımından yaşanan benzer sorunların da benzer yöntemlerle çözülmesi, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin ihlâlini önlemeye yardımcı olacaktır.

Hukukta kesinlik, yasallık ilkesini de içeren bir kapsama sahiptir. “Yasallık”, özellikle ceza ve idare hukukunda uygulama alanı bulan bir genel hukuk ilkesidir. Ceza hukukunda suç ve cezaların yasalarla düzenlenmesi, idare hukuku alanında ise daha çok idarenin yetki ve görevleri ile bu yetkilerini kullanım usulü ve sınırlarına ilişkin olup idari işlem ve eylemlerin

---

<sup>46</sup> Yasal düzenlemeler arasındaki çatışma ve karşıtlık sorunu örnekleri ve yargısal değerlendirmeye ilişkin bilgi için, Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, s. 65-70.

mutlaka yasa niteliğinde bir hukuk metni içinde yer alması, uygulamanın buna göre yapılması anlamına gelmektedir. İlkenin temel amacı, kamusal işlem ve eylemlerde kişi hak ve özgürlüklerine yönelik keyfî müdahalelere karşı kişileri korumaktır. Bu anlamda yasallık ilkesi, sadece idari işlemlere değil, yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kullanım sınırlarının belirlenmesinde de etkilidir. Söz konusu ilke, hukukta belirliliği sağlama güvencesine ek olarak normlar hiyerarşisi içindeki aykırılıkların önlenmesi ve giderilmesinde de etkindir. Yasaların anayasaya, idare ve yürütmenin düzenleyici işlemlerinin yasalara dayanması ve uygun olması zorunluluğu, ilkeden sapılması halinde denetim sistemlerinin devreye girmesiyle birlikte kurumsal müdahaleleri de beraberinde getirir. Devlet organları ve idareye verilecek takdir yetkisi ya da değerlendirme marjının da bu çerçevede düşünülmesi gerekmektedir.

## **II. Hukuki Belirliliği Etkileyen Faktörler: Türk Hukuk Düzeni Üzerinden Değerlendirme**

Bildiride hukuki belirlilik hukuk devletinin geniş kapsamlı şekli bir unsur olarak kabul edilmiş, yasa yapım sürecini de kapsayacak biçimde pozitif hukuk düzeni açısından ve özellikle yasalarla ilişkili olarak ele alınmıştır. Çalışmanın tutarlılığı açısından olumlu ya da olumsuz faktörlerin de yasalara bağlı olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda yasanın türü (A), yasa kurallarının türü ve yapısı (B), yasaların dili ve sistematigi (C), takdir yetkisinin alan ve sınırları (D) ile kurallar arasındaki çatışmaların (E) hukuk düzeninin belirliliğini ne yönde etkileyeceği üzerinde tartışılmalıdır. Mevzuat ve Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden yapılacak değerlendirmeleri Türk hukuk sistemi üzerinden yürütmek ise, Türk hukukunda kullanılan yasama yönteminin mevzuat üzerindeki etkisini, yasaların dili ve anlamını, geçmişi kapsayan düzenleme zorunluluğunun dayanaklarını, yasa enflasyonunun yarattığı olumsuz sonuçları, yürütme ve idareye bırakılacak düzenleme alanının kapsamı ile yasaların yargısal denetimi hakkında fikir edinmemizi sağlayacaktır.



### A. Yasanın Tür ve Niteliği

Anayasa Mahkemesi (AYM) 2003 yılında TBMM İçtüzüğü değişikliğine karşı yapılan başvuruya ilgili yürütmeyi durdurma kararında şu değerlendirmeye yer vermiştir: *Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır. Meclis çalışmalarını düzenleyen İçtüzük kurallarının da bu nitelikleri taşıması, hukuk devletinin bir gereği olduğu kadar, kuşkusuz, milletvekillerinin Anayasa'nın 87. maddesinde belirtilen görevlerini yerine getirebilmeleri ve yetkilerini kullanabilmelerinin de ön koşuludur.*<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu değerlendirme üzerine inşa ettiği yürütmeyi durdurma kararının dayanağı, değiştirilen İçtüzük hükmünün belirli, açık ve öngörülebilir bir hukuk düzenini tehdit etme potansiyeli taşımasıdır. Kararı konumuz açısından önemli kılan asıl nokta ise, AYM tarafından "siyasal iktidarın hukukla sınırlı olduğu" nun ilkesel olarak kabul edilmesidir. Karardan yapılan yukarıdaki alıntının ilk cümlesi, hukuk devleti ile devletin kurumsal ve işlevsel olarak bu ilkeye her yönüyle sadık kalabilmesinin temel kuralını açıklamaktadır. Sanatsal bir metaforla, bu ilişkiyi hukukla politikanın dansı olarak adlandırmak, dansın koreografisini de yasaların tasarımı olarak değerlendirmek mümkündür. Bu anlamda yasaların siyasetle ilişkisinin iki yönü olduğu söylenebilir. Birincisi, yasaların büyük çoğunlukla siyasal iktidarın politik plan ve programlarını olgunlaştırılarak yasa formuna dönüştür düzenlemeler olması, diğeri yasa yapım sürecinde siyasi aktörlerin etkisidir. Yasa yapım faaliyetlerinde uzmanlık bilgisi, sivil toplum ve kamuoyunun katılımı ise sınırlı bir etkiye sahiptir ve genelde belirleyici de olamamaktadır.<sup>48</sup> Yasanın

<sup>47</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2003/30, Karar Sayısı: 2003/38, Karar Günü: 29.4.2003, Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 9.7.2003-25169.

<sup>48</sup> Hukuk-politika ve hukuk devleti ilişkisi ve eleştirisi için, Bakır Çağlar, "Politikada Hukuk Devleti Anlayışının Yeri ve Önemi", İnsan Hakları Yılığ, Cilt.19-20, 1997-1998, TODAİE, s.11-21; Onur Sır, Hukuk Devle-



türü, düzenleyeceği alan, amacı, geçerlilik zamanı, diğer yasalar ve kurullarla ilişkisi, hukuk düzeni içindeki yeri konusunda temel karar verici kurum, siyaset ve onu kullanan siyasal iktidardır. Hukuk devletinin belki de en zorlandığı alan bu nedenle yasama sürecidir. Çünkü siyasi pazarlıklar bazen hukuk devletinden beklenen işlevlerin de önüne geçerek hukuk düzeninde baskın ve belirleyici bir konuma yükselbilmektedir.<sup>49</sup>

Bu çerçeveden bakıldığında yasaların türü, iç yapısı, yasanın dili ve anlatımı, kapsam ve sınırları hukuk devletini yakından ilgilendiren faktörler olarak öne çıkar. Yasaların türüne ilişkin yapılan seçim, yasaların iç yapısını, kapsamını, yasama usulünü ve yürürlükteki yasalarla kurulacak ilişkileri belirlemesi açısından hukuki belirlilik üzerinde oldukça etkilidir. Bu etkiyi daha yakından görmek üzere, birbiriyle ilişki içinde tanımlanan kod yasa ve temel yasa (1) birlikte ele alınacak, çerçeve yasa (2) ile Türkiye’de yaygın kullanım alanına sahip torba yasa (3) ayrı başlıklarda değerlendirilecektir.

### 1. Kod Yasa - Temel Yasa

Kod yasa ve temel yasa birbiriyle karıştırılan yasa türleridir. Bu karışıklık, yeni yanlışlar türetilmesine neden olduğu ölçüde her bir yasa türünün açık tanımına olan ihtiyaç daha da artmaktadır. Yasaların tür bakımından sınıflandırılmasındaki karmaşanın nedenlerinden biri, kavramların farklı anlamlarda kullanılması ya da aralarındaki sınırın net olarak çizilememesidir. Genelde kod yasa ve temel yasa aynı anlama gelecek şekilde kullanılmakta, çerçeve yasa bunların karşısında konumlandı-

---

ti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, s.192-201; Carl Schmitt, “Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı”, s.137-140; Ronald Dworkin, Hakları Ciddiye Almak, s.116-118; Hukukun oluşturulmasında etkili dışsal faktörler için, Dadaşhan Celaleddin Kavas, “Türkiye’de Hukukun Oluşturulması ve Demokrasi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.14, sayı.1, Yıl.2006, s. 97-129.

<sup>49</sup> Bu etkileşim için, Thomas H. Little, “Understanding Legislative Leadership beyond the Chamber: The Members’ Perspective”, Legislative Studies Quarterly, Vol.20, No.2, May 1995, s. 269-289.

ılmaktadır.<sup>50</sup> Kod yasa ve temel yasa ayrımı netleştirilirse, çerçeve yasanın konumu ve anlamını belirlemek kolaylaşacaktır. Ancak amacımız bu ayrımlar üzerine tartışmak değil, bu yasa türlerinin hukuki belirlilik üzerine etkisini değerlendirmektir.

### a. Kod Yasa

Kod yasa belli, somut bir ihtiyacın karşılanmasına değil, ülkenin hukuk düzeninin bütün birikimlerini sistemleştirerek başlı başına bir alanı yasa formunda düzenleme amacına hizmet eden yasalara verilen isimdir. Bir alanı bütünüyle yeniden düzenlediği için önceki mevzuatın ilgasını gerektiren kod yasalarda eski mevzuata gönderme yapılmaz. Yürürlükteki yasalara değişiklik getirmesi söz konusu olmadığı için kod yasa da değişiklik hükmü, çerçeve ya da ek madde de bulunmaz.<sup>51</sup> Genellikle medeni hukuk, ceza hukuku, borçlar ve ticaret hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku gibi alanları düzenleyen geniş kapsamlı yasalar, kod yasa olarak nitelenir.

Kod yasa için temel belirleyici faktörün “yürürlükteki bir yasada değişiklik yapmama” olduğunu kabul eden ve buradan hareketle bir ilin adının değiştirilmesine ilişkin yasanın kod yasa sayılması gerektiğini ileri süren görüşlere<sup>52</sup> ise katılmak mümkün değildir. Kod yasa sayılmanın tek kriteri “yürürlükteki bir yasada değişiklik yapmayan yeni bir yasa olmak” değildir. Kod yasa, “kodifiye etme” eylemine atıfla tanımlanmalıdır. Kodifikasyon ya da kodifiye etme ise, etimolojik olarak bir derlemeyi, toplamayı ifade eder. Diğer deyişle “kanunlaştırma”, “kanun halinde toplama” anlamına gelir ve bu nedenle kapsamlı bir içeriğe sahiptir. Kişisel, toplumsal, ekonomik ya da siyasi yaşamın büyük bölümünü ilgilendiren alanları her yönüyle düzenleyen kanunlaştırma hareketinin sonucunda or-

<sup>50</sup> Fahri Bakırcı, “Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine”, AÜHFHD, Cilt.54, Sayı.3, Yıl.2005, s.223.

<sup>51</sup> İbrahim Araç/Şeref İba, “Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine”, s.44; Mehmet Tevfik Özcan, “Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti”, s.539-540.

<sup>52</sup> Fahri Bakırcı, “Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine”, s.233-234.

taya çıkan yasalardır. Bu yönüyle kod yasa, zaten olağan yasa faaliyetinden farklı olarak yetkin hukukçuların egemenliğinde yürütülen, yasama organının ise onay makamı olarak dahil olduğu bir sürecin ürünüdür.<sup>53</sup>

Kod yasa ile temel yasa arasında ise karşılaştırma yapmaya gerek yoktur. Çünkü kod yasa daha ziyade yasanın konu ve kapsamı ile ilgili geçmişteki hukuki, toplumsal, siyasal ve diğer birikimleri dikkate alan ve bu birikimleri derleyen, olağan yasama aşamalarını izleyerek yasalaşan bir yasa türü iken; temel yasa Meclis aşamasındaki süreçte özel yasama yönteminin uygulanmasını öngören Türkiye'ye özgü bir yasa türüdür. İki yasa türünün birbirinin yerine kullanılması nedeniyle ortaya çıkan yanlış anlamaları önlemek amacıyla karşılaştırma yapılması, TBMM İçtüzüğü'nde temel yasanın kod yasalara da uyan bir içerikle düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca bir alanı hukuki reform niteliğinde ilk kez düzenleyen "Medeni Kanun", "Borçlar Kanunu", "Türk Ceza Kanunu" gibi ana kanunlardan söz edilirken "temel kanun" deyiminin kullanılması da karışıklığın sürmesine neden olmaktadır.<sup>54</sup> Temel yasa hakkındaki açıklamalarla bu durum biraz netleşecektir.

## b. Temel Yasa

Genel olarak iki tür yasa yapma yöntemi vardır; birisi normal, diğeri hızlandırılmış yoldur. Madde bazlı görüşme ve oylamaya dayanan normal usul, teknik açıdan "genel yasama yöntemi" olarak adlandırılırken, hızlandırılmış yolla yasa yapımına "özel yasama yöntemi" denmektedir. Özel yasama yönteminin bizdeki karşılığı ise "temel yasa" olarak adlandırılmıştır. Kod yasa gibi "temel yasa" kavramının da anayasal ya da yasal kaynağı bulunmamaktadır. 1996 yılında TBMM tarafından İçtüzük'te yapılan değişiklikle kabul edilen bu yasa

<sup>53</sup> Mehmet Tevfik Özcan, "Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti", s.539.

<sup>54</sup> Şeref İba, "Ülkemizde Temel Kanun ve Torba Kanun Uygulamaları", Ankara Barosu Dergisi, 2011/1, s.198; Taner Geçmez, "Özel Yasama Yöntemi Olarak Temel Kanun", TBB Dergisi, 2013 (104), s. 266-267.

türü, madde sayısı fazla, kapsamı geniş yasaların daha hızlı görüşülmesine olanak veren bir yöntemi öngörmektedir.<sup>55</sup> İçtüzüğün 91. maddesinde temel yasa için bir tanım geliştirilmemiş olmakla birlikte, temel yasa sayılmak için hangi özelliklerin bulunması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre, *bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya teklifler...*(m.91), temel yasa sayılmaktadır. Sıralanan özellikler göz önüne alındığında, bu özelliklerin kümülatif olmadığı, her birinin bağımsız bir varlığı olduğu kabul edilmelidir. Yazım tekniğinde kullanılan noktalı virgüller de bu düşüncüyü desteklemektedir. Ayrıca eğer tüm niteliklerin bir arada olması aransaydı, bu usulün kullanımı imkânsızlaşır. Maddede sayılan niteliklere sahip yasalardan hangisinin temel yasa sayılacağına ise Meclis Danışma Kurulu veya siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulun karar verecek olması, bu özellikleri taşıyan bir yasanın otomatik olarak “temel” nitelikte sayılmayacağı anlamına gelmektedir. Ancak Genel Kurul’a verilen bu yetki, İçtüzük’te sayılan özelliklere sahip olmayan tasarı ve tekliflerin de aynı yöntemle yasalaştırılmasına fırsat verecek şekilde kullanıma açıktır.<sup>56</sup>

1996 yılında İçtüzük değişikliğiyle yürürlüğe giren özel yasama yöntemini ilk düzenleyen hükümde bir yasanın te-

<sup>55</sup> Millet Meclisi İçtüzüğünün Başlığı İle Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu İçtüzüğe Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında, Karar No.424, Karar Tarihi: 16.5.1996; Volkan Has, *Türk Parlamento Hukuku'nun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni*, s.266.

<sup>56</sup> Semra Gökçimen, *Kanun Yapım Süreci Sempozyumu* 17.01.2011, s.171; Temel yasa uygulaması ile ilgili genel bilgi için, İzzet Eroğlu, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Danışma Kurulunun İşlevleri”, *Yasama Dergisi*, Sayı.8, Ocak-Şubat-Mart-Nisan 2008, s.45-51.

mel yasa olarak Genel Kurula götürebilmesi için Danışma Kurulu'nun oybirliğiyle karar alması aranmıştır.<sup>57</sup> Oybirliği sağlanmasında yaşanan güçlükler, 2001 yılında İçtüzüğü'nün bu duruma çözüm üretecek şekilde değiştirilmesine neden olmuştur. İçtüzük değişikliği, özel görüşme ve oylama usulüne ilişkin esas ve çerçevenin belirsiz olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından 2003 yılında iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararını, hukuk devletinin istikrarı sağlama işlevi ile TBMM'nin genel olarak yetki ve görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 87. maddesine dayandırmıştır. Hukuk devletinin siyasal iktidarı sınırladığı, devlet faaliyetlerini kurallara bağlamakla istikrara hizmet ettiği, istikrarın özünün ise hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik olduğu vurgulanan kararda, bunu gerçekleştirmek için kuralların genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olması gerektiği ifade edilmiştir. 87. maddeyle ilgili değerlendirmede ise, yasama görev ve yetkilerinin yasama faaliyetlerine etkili biçimde katılarak mümkün olacağı, bunun da Meclis çalışmalarını düzenleyen İçtüzük kurallarının "belirlilik", "genellik", "soyutluk" ve "öngörülebilirlik" özelliklerine sahip olmasıyla gerçekleşebileceği belirtilmiştir. AYM bu saptamalar ışığında değerlendirdiği dava konusu maddede yer alan "temel kanun", "ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunları" gibi deyimlerin pek çok yasanın bu kapsam içinde düşünülmesine yol açacak düzeyde belirsiz olduğu kanaatine varmıştır. Söz konusu maddenin iptal gerekçesinde her tasarı veya teklife özgü ayrı biçimlerde uygulanacak görüşme ve oylama usulünün önceden bilinmemesi nedeniyle objektif olmadığı, dava konusu kuralın belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özelliklerini taşımadığı, bu nedenle yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığını beyan eden AYM, ilgili hükmü Anayasa'nın 2. ve 87. maddesine aykırı bulmuştur.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> "Temel kanun" uygulamasının hukuki alt yapısı ve parlamento geçmişine ilişkin bilgi için, Taner Geçmez, "Özel Yasama Yöntemi Olarak Temel Kanun", s. 271-277, s.280-286.

<sup>58</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2001/129, Karar Sayısı: 2002/24, Karar Günü:

Anayasa Mahkemesi, önceki kararı doğrultusunda 2003 yılında İçtüzük'te yapılan yeni düzenlemeyi<sup>59</sup> de aynı gerekçelerle, ancak bu kez yasama organına yeni yapacağı düzenlemenin nasıl olması gerektiği konusunda yol göstererek bir kez daha iptal etmiştir. Karar, "temel yasa" dan ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirmesi, kapsam ve çerçevesinin belirlenmiş olması bakımından önemlidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıması bir yasanın temel yasa olarak kabulünün göstergesidir.* Bu yorum, kapsamlı yasal düzenlemelere ilişkin tasarı ve tekliflerin maddede sayılarının fazlalığı nedeniyle Genel Kurul çalışmalarının aksamadan yürütülebilmesi için özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulmalarına gerek duyulabileceğini kabul eden, belirtilen durumlar dışında özel görüşme ve oylama usulünün yaygınlaştırılmasına neden olabilecek düzenlemeleri ise Anayasaya aykırı sayan bir saptamanın ürünüdür.<sup>60</sup>

Halihazırda yürürlükte olan temel yasa ile ilgili İçtüzük hükmü, TBMM tarafından 2005 yılında kabul edilen ve Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararında belirttiği unsurların aynen aktarıldığı düzenlemedir.<sup>61</sup> Söz konusu İçtüzük hükmü

---

31.2.2002, Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 18.6.2002-24789; TBMM İçtüzüğünde 2001 yılında yapılan değişikliklerle getirilen özel yasama yöntemine ilişkin hükümlerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali ile birlikte özel yasama yöntemi hakkında bilgi ve değerlendirme için, Ozan Ergül, "Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış", AÜHFİD, C.51, Sa.4, Yıl.2002, s. 99-130.

<sup>59</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde Değişiklik Yapılması Hakkında, Karar No.766, Karar Tarihi: 10.4.2003, m. 4.

<sup>60</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2003/30, Karar Sayısı: 2003/38, Karar Günü: 29.4.2003, Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 9.7.2003-25169.

<sup>61</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde Değişiklik Yapılması Hakkın-

dava konusu edilmiş ise de, Anayasa Mahkemesi İçtüzük hükmünün 2003 yılında verdiği karara uygun olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir.<sup>62</sup>Danışma Kurulunun özel görüşme ve oylama yöntemi uygulanması konusunda oy birliğine varamadığı durumlarda, siyasi parti gruplarının önerisi üzerine özel yasama yönteminin uygulanmasına Genel Kurul tarafından karar verilebileceğini düzenleyen İçtüzük hükmünde nitelikli çoğunluğun aranmamış olmasına karşı yapılan itiraz da reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu hükme ilişkin ret kararında, Anayasa'da başka bir kural yoksa, üye tamsayısının üçte biri ile toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin salt çoğunlukla karar vereceğini düzenleyen Anayasa'nın 96. maddesine dayanmıştır. Oysa özel usulün uygulanmasına salt çoğunlukla karar verilebilmesi, yasama organında çoğunluğu oluşturan siyasi parti grubunun, yani iktidarın uygun gördüğü tasarı ve teklifleri özel görüşme ve oylama yöntemine tabi tutmasına fırsat vermekte, muhalefetin görüş bildirme imkânını sınırlamaktadır.<sup>63</sup>

Belirtilen kararlar açısından bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin "temel yasa" kavramını iki ölçüte bağlı olarak kabul ettiği görülmektedir:

- (1) Bir hukuk dalının sistematik ve kapsamlı bir düzenlemeye tabi tutulması zorunluluğu.
- (2) Mevzuat bütünlüğünün sağlanması yoluyla hukuk düzeninin istikrara kavuşturulması.

Kişiler ve toplumun günlük yaşamı ile geleceği açısından önemli olgu ve durumları düzenleyen ve bu bakımdan da son

---

da, Karar No.766, Karar Tarihi: 10.4.2003, m. 4.

<sup>62</sup> "Dava konusu tümcede, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı da gözetilerek temel yasa kavramını açıklayan niteliklere, soyut ve öngörülebilir özelliklere yer verildiği, ayrıca temel yasa kavramı ile benimsenen yöntemin, Yasama organı üyelerinin Anayasa'nın 87. maddesinde belirtilen yetkilerini kullanmalarını ve görevlerini yerine getirmelerini engellemeyeceği sonucuna varılmıştır." AYMK, Esas Sayısı: 200/74, Karar Sayısı: 2005/73, Karar Günü: 26.10.2005, Resmî Gazete Tarih-Sayısı: 21.10.2006-26326.

<sup>63</sup> Bu konuya özgü eleştiriler için, Volkan Has, "Türk Parlamento Hukuku'nun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni", s. 272-274.



derece önemli olan ceza hukuku, medeni hukuk, borçlar ve ticaret hukuku, sosyal güvenlik ve iş hukuku gibi hukuk alanlarının bütünlüklü bir yapıya kavuşturulmasıyla birlikte hukuk sistemindeki parçalı ve karmaşık yapıya son verilmesi amacına yönelik kodifikasyon işlemi, bu iki koşulu da bünyesinde taşımaktadır. Bu tür yasaların genelde madde sayısı açısından ve düzenledikleri alan itibarıyla geniş kapsamlı olmaları, pratik açıdan hızlandırılmış yasama usulüne tabi tutulmalarını gerektirebilir. Ayrıca konusunda uzman hukukçuların hâkim olduğu bir süreçte, uzun hazırlık çalışmalarından sonra büyük ölçüde tamamlanmış olarak Meclis'e sunulan ve genelde değişiklik yapılmaksızın ya da sınırlı değişikliklerle onaylanan bu tür yasa tasarılarının özel yasama usulüne tabi tutulması hukuk devleti ve hukuki belirlilik açısından sakıncalı değildir. Ancak bir hukuk alanını kodifiye etmekle ilgisi bulunmayan, “yasanın ilgili alanda temel alınması, bundan sonra çıkarılacak yasaların bu temel yasadan hareketle ve ona uygun olarak çıkarılması, var olan düzenlemelerin bu yönde değiştirilmesi” amacına hizmet etmesi beklenen yasa teklifi ve tasarılarının “temel yasa” sayılmak için Meclis'te hızlandırılmış usule tabi tutulması gerekmez. Çünkü bu ölçütlere uyan yasa, kısa bir metin ya da bir çerçeve yasa da olabilir. Örneğin 5378 sayılı Özürlüler Kanunu, özürlülerin eğitim, istihdam, sağlık, rehabilitasyon, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini sağlamak, önlerindeki engelleri kaldırmaya ilişkin tedbirleri alarak topluma katılmalarını mümkün kılmak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmayı hedefleyen bir yasa olarak, özürlüler için temel yasa niteliğindedir.<sup>64</sup> Özürlülerin neredeyse tüm yaşam alanlarına ilişkin hukuki ilke ve standartları içermesi, bu alanlara yönelik ilgili yasaları değiştirmesi gibi özellikleri açısından oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Fakat bir hukuk alanını bütünüyle sistematik biçim-

---

<sup>64</sup> 5378 Sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 1/7/2005, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 7/7/2005 Sayı: 25868, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 44.



de düzenlediği söylenemez, zira çerçeve yasa niteliğindedir, madde sayısı da azdır. Ayrıca uzman hukukçular tarafından teknik bir hazırlık sürecinden geçerek değil, siyasal iktidarın özürlü politikalarını hayata geçirmek üzere ilgili bakanlıkların dahil edildiği bir süreçte tasarı olarak hazırlanmış, yine siyasal iktidarın hâkim olduğu bir ortamda yasalaşmıştır. Bu yönüyle de kodifiye yasa değil, fakat bir temel yasadır.

5378 sayılı yasa gibi azımsanmayacak sayıda insan grubunun haklarını ve yaşamlarını düzenlemek üzere hazırlanan bir hukuk metninin hızlandırılmış seri usule göre yasalaşması hem usulî hem de sonuçları bakımından hukuk devleti ile bağdaşmaz. Yasaların yasama sürecinin her evresinde, fakat özellikle Parlamento aşamasında milletvekillerinin, ilgili sivil toplum kuruluşlarının ve kamusal kurumların görüşlerini net olarak ifade etmesine izin verecek süre ve yapısal olanakların sunulduğu bir ortamda yapılması, sadece demokratik ve şeffaf devlet olmanın gereği değil, hukuka aykırılıkların ya da hukuki belirsizliklerin giderilmesi için de fırsat olarak değerlendirilmelidir. Örneğin özürülülerin çeşitli yaşam alanlarını düzenleyecek bir yasa taslağının her maddesi üzerinde makul sürelerde tartışılması, özürülülerin insan hak ve özgürlüklerini diğerleriyle eşit temelde kullanabilmelerine yönelik ortak çözümlerin üretilmesine yardımcı olacaktır. Meclis Genel Kurulu aşamasındaki bu süreçte, yasanın dil ve anlam bakımından muğlak yönlerinin giderilmesi mümkün olabilecek, tutanaklara geçen görüşler yasa metninin içeriği hakkında özürülü birey ve aileleri için yol gösterici olacaktır. Çocuk Koruma Kanunu<sup>65</sup>, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun<sup>66</sup>, Milli Eğitim Temel Kanunu<sup>67</sup> gibi temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren, dezavantajlı toplumsal grup ya da konumlara ilişkin yasa

<sup>65</sup> 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Kabul Tarihi: 03/07/2005, Resmi Gazete Tarihi: 15/07/2005, Resmi Gazete Sayısı: 25876.

<sup>66</sup> 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Kanun Kabul Tarihi: 8/03/2012, Resmi Gazete Tarihi: 20/03/2012, Resmi Gazete Sayısı: 28239.

<sup>67</sup> 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu, Kanun Kabul Tarihi: 14/6/1973, Resmi Gazete Tarihi: 24/6/1973, Resmi Gazete Sayısı: 14574.

tasarı ve teklifleri söz konusu olduğunda hukukun belirliliği ve öngörülebilirliği daha da önem kazanmakta, yasa yapım sürecinin hukukun belirliliğini maksimum düzeyde sağlayacak şekilde yapılandırılması ve işletilmesi gerekmektedir.

Meclisin yasama faaliyetleri arasında sıkça kullanılmaya başlanan özel yasama yöntemi, kendisinden beklenen amaca hizmet edecek şekil ve ölçüleri aşmamalıdır. Bu nedenle öncelikle TBMM İçtüzüğü'nde "özel yasama yöntemi"ni düzenleyen hükmün başlığının "temel kanun" değil, "özel yasama yöntemi" olarak değiştirilmesi, bu yöntemin istisna sınırlarına uygun biçimde içerik ve madde sayısı bakımından yoğun ve yüklü yasa tasarılarına özgü bir yöntem olduğunun açıkça hükme bağlanmasında fayda vardır. TBMM'nin 21. Yasama döneminde yedi, 22. Yasama döneminde yirmidokuz ve 23. Yasama döneminde ellibir, 24. Yasama döneminde yirmidokuz adet yasanın "temel yasa" olarak görüşülmesi<sup>68</sup>, "temel yasa" statüsünün bağlandığı "özel yasama usulü"nü istisna sınırlarını aşarak geniş yorumlanan bir uygulama alanı içinde işletildiğini göstermektedir. Bu yasaların çok küçük bir bölümü dışındakilerin olağan yöntemlerle görüşülmesi gerektiği halde sırf kabul sürecini hızlandırmak için "temel yasa" sayılması, "temel yasa" kavramına aykırı olduğu kadar hukuk devleti ilkesinin hukuki belirlilik unsurunu da bertaraf etme riski taşımaktadır. 23. Yasama yılında kabul edilen Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hariç, diğer yasalar için bir alanın bütünüyle ya da kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi söz konusu olmadığı ya da madde sayısı itibarıyla hızlandırılmış usule göre yasalasması gerekmediği halde özel yasama usulüne göre işlem yapılması, Anayasa Mahkemesi kararını ve bu karara göre düzenlenen İçtüzük hükmünü aşan boyutlara varmıştır. Bu yasalar arasında Tohumculuk Yasası, Orman Mühendisliği Yasası, Mesleki Yeterlilik Yasası, Vakıflar Yasası, Özel Eğitim Kurumları Yasası, Petrol Yasası, Konut Finansmanı Yasası gibi madde

<sup>68</sup> Şeref İba, "Ülkemizde Temel Kanun ve Torba Kanun Uygulamaları", s.198; Bu yasama dönemlerine ilişkin ayrıntılı veriler ve değerlendirme için, Taner Geçmez, "Özel Yasama Yöntemi Olarak Temel Kanun", s. 287-295.

sayısı sınırlı, içeriği dar ve spesifik konulara özgü yasalar da bulunmaktadır. Temel yasa usulü kullanılarak yasalaşanlardan bir kısmı ise, “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” adı altındaki torba yasalardır.<sup>69</sup> AB uyum süreci içinde seri yasalaşma hareketinin etkisiyle de sıkça başvurulmuş usulün amacını aştığı gözlenmektedir. Bir bölümü kapsamlı, bazıları ise birkaç maddeden oluşan bu nitelikteki yasaların Genel Kurul’dan hızlıca geçirilmesini Meclis’in iş yüküyle açıklamak da mümkün görünmemektedir. İktisat hukukuyla örtüşmeyen zorlama uygulamaları genel yasama usulüne alternatif bir sisteme dönüştürülen “temel yasa” usulü, kısa vadede iş yükü sorununa çözüm üretirken orta ve uzun vadede aynı düzenlemeler tekrar değiştirilmek ihtiyacıyla Meclis’e gelmekte, zaman ve enerji kaybına yol açmaktadır.<sup>70</sup> Diğer yandan çoğunlukçu demokrasi modeline dönüşün sinyallerini vermektedir.<sup>71</sup> Bu anlamda temel yasa uygulaması sadece hukuk devletini değil, çoğulcu demokrasi ilkesini de tehdit eden boyutlarıyla birlikte ele alınmalıdır.<sup>72</sup>

Anayasa Mahkemesi kararındaki “temel yasa” niteliğinin İktisat hukukuna aynen aktarılması, yasamaya geniş takdir alanı sağlamıştır ve bu noktada Anayasa Mahkemesi’nin de payı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, önceki iptal kararlarında “temel yasa”nın anlamına yönelik bir yorum geliştirmede için anayasaya aykırılıkların devam ettiğini görünce “temel yasa”ya bir içerik getirmek zorunda kalmıştır. 2003

<sup>69</sup> TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 5. Yasama Yılı, 56. Birleşim, 30 Ocak 2007

<sup>70</sup> Eleştiriler için, Fahri Bakırcı, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012, Cilt.1, Ankara Barosu Yayınları, 2012, s. 315-316.

<sup>71</sup> İktisat hukukuna ilişkin eleştiriler için, Fahri Bakırcı, “Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine”, s.230-232; Uygulamaya dönük eleştiriler için, Taner Geçmez, “Özel Yasama Yöntemi Olarak Temel Kanun”, s.293-295; Şeref İba, “TBMM İktisat Değişikliklerinin Anlamı: 1996 Sonrasına Bakış”, Yasama Dergisi, S.6, Temmuz-Ağustos-Eylül 2007, s. 89-90.

<sup>72</sup> Çoğulcu demokrasi-hukuk devleti ilkesi arasındaki ilişki için, Oktay Uygun, “Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi”, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Haziran 2010- Ankara, Yayına Hazırlayan: Ece Göztepe, TBB Yayını, Ocak 2011, Ankara, s. 54-55.

yılında verdiği iptal kararındaki açıklamalarına bakıldığında, Meclis'e geniş bir takdir alanı bırakmak istemediği izlenimi edinilse de, kararda "temel yasa" nitelemesinin sınırları ve kapsamı belirsizdir. Anayasa Mahkemesi, 2005 yılında yapılan başvuruda "temel yasa"nın anlamını ve kapsamını sınırlı bir içerikle açıklayabilir ya da "temel yasa" kavramına başvurulmaksızın İktüzük hükmünün "özel yasama usulü"nü istisnai ve sınırlı bir uygulama olarak değerlendirerek, bu uygulamayı bir hukuk alanının sistematik olarak yeniden düzenlenmesi koşuluna bağlayabilirdi. Örneğin temel hak ve özgürlüklere, dezavantajlı kişi ve gruplara yönelik yasalarla toplumun büyük çoğunluğunu etkileyen yasaların bu yolla görüşülmesini yasaklayabilirdi. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarında "haklı sebep" ölçütüne hiç başvurmamış olması şaşırtıcıdır. Oysa Anayasa Mahkemesi kararlarında genellikle yasama organının yasa yapımındaki takdir yetkisinin sınırlarını çizen bu ölçüt, kullanılan yetkinin "kamu yararı" amacına yönelik ve elde edilecek sonuçla orantılı olması, ölçülü bir şekilde kullanılması koşullarına bağlı tutulması bakımından hukuk devletini korumada etkin bir rol oynamaktadır.

Elbette ki özel yasama usulünün hukuk devleti ilkesine aykırı biçimde kullanılmasıyla ilgili sorumluluğun tek muhatabı Anayasa Mahkemesi değildir. Bu yetkinin kullanımını belirlemede yasama organının ve özellikle siyasi iktidarın da payı bulunmaktadır. Nedeni ve amacı ne olursa olsun, yasa yapımı hukuk devletinin en duyarlı olduğu devlet faaliyetidir. Çünkü yürütme ve idare bu yasalar üzerinden faaliyet gösterecek, diğer düzenleyici işlemler yetkilerini bu yasalardan alacaktır. Ayrıca yasalar ağırlıklı olarak insana yönelik ya da insanı ilgilendiren alanları düzenledikleri için yürürlüğe girdiği andan itibaren çok sayıda kişiyi etkilemektedir. Hızlı yasalasma, hukuki pratikleri de hızla değiştirmekte, hukuk devletini tehdit eden, hukuku belirsizleştiren sonuçlar doğurmaktadır. Bu yolla kabul edilen yasalar, genelde kısa süre sonra tekrar değiştirilme ihtiyacıyla karşı karşıya kalmakta ve "temel yasa" kabul edildiği için değiştirilmesinde de aynı yöntem uygulanmakta, hatalar zinciri bu şekilde devam etmektedir.

Devlet organlarının keyfi faaliyetlerine, yetkilerin kötüye kullanılmasına karşı bir güvence olarak kabul edilen hukuk devleti ilkesinin hızlı yasalaşma ya da parlamentonun yükünü hafifletme gibi pragmatik amaç ve yöntemlere kurban edilmemesi, bunun yerine yasa yapım sürecine ve parlamentonun yapısal sorunlarına makul çözümler aranması gerekmektedir. Yapılması planlanan yeni Anayasa'da TBMM'nin kullandığı bu usule bir sınır getirmek üzere ya temel yasanın anlamı, kapsamı ve sınırlarını net olarak belirleyen bir hükme yer verilmesi ya da hukuki belirlilik ilkesine uygun biçimde özel yasama usulünün hangi yasalara ilişkin uygulanacağını açıklanması yoluna gidilmelidir. Böylece, yasalarla düzenlenen konu ve alanlara ilişkin ilke ve standartlarda uyum, mevzuatta birlik sağlanabilecektir.

### 2. Çerçeve Yasa

Çerçeve yasa, mevcut bir ya da daha fazla yasaya yollama yaparak onlara madde veya hüküm ekleyen, bunların tamamını veya bir kısmını değiştiren ya da yürürlükten kaldıran yasalara verilen isimdir.<sup>73</sup> Çerçeve yasanın özelliği, yasanın düzenlediği kişi ve konularla ilişkili diğer yasaları da çerçeve yasanın amacına uygun hale getirecek şekilde değiştirmek olduğu için, çerçeve yasa maddelerine taşıyıcı madde denmektedir. Çerçeve madde ise, bir hükmü yürürlükteki başka bir yasaya taşıyan madde olarak tanımlanmaktadır.<sup>74</sup> Bu nedenle uygulamada taşıyıcı madde, diğer deyişle çerçeve yasanın maddesi ile değiştirilen yasa maddelerinin birbirine karıştırılmasını önlemek için çerçeve maddede değiştirilecek olan yasanın tarihi, sayısı, adı ve değiştirilen maddesinin açıkça yer alması, çerçeve yasadaki maddelerin büyük harfle ("MADDE" olarak), değişiklik yapılan yasanın maddesinin ise küçük harfle ve madde numarasıyla birlikte yazılması gibi tedbirlere başvurulmaktadır. Böylece çerçeve yasaya bakıldığında hangi maddenin çerçeve yasaya,

<sup>73</sup> ÖnderCanpolat, Hukuki Düzenleme Tekniği, Düzenleyici Etki Analizi (DEA) ve Yasa Yapım Süreci, s.26

<sup>74</sup> Şeref İba/ Rauf Bozkurt, 100 Soruda Parlamento Hukuku, s.62-63

hangisinin değiştirilen yasaya ait olduğu ayırt edilebilmektedir. Başbakanlığın uyguladığı bu yöntem TBMM tarafından uygulanmamakta, ayrımsız olarak tüm yasa maddeleri büyük harfle yazılmaktadır. Uygulamada, çerçeve yasa içinde değiştirilen yasa maddesinin de büyük harfle yazıldığı görülür.<sup>75</sup> Yasa maddelerinin yazımı bakımından devletin iki organı arasındaki bu farklılığın giderilmesi ve kabul edilen tek tip madde düzeninin tüm resmi sitelerde aynı şekilde yer alması, yasalara erişilebilirlik ve dolayısıyla hukuki belirlilik açısından önemli bir gelişme olarak değerlendirilmelidir.

Taşıyıcı maddenin adres gösterilen yasaya uygun bir şekilde işlenmesi ve bu değişikliğin hangi yasa ile ne zaman yapıldığının belirtilmesi de hukuki belirlilik açısından önemlidir. Fakat uygulamada çerçeve yasalar kamu kurum ve kuruluşlarının resmi olarak yasaları izlediği ve Başbakanlık tarafından üç ayda bir güncellenen Kanunlar Külliyesi'ne işlenirken çerçeve yasaların "çerçevesi" aktarılmamakta, yasa yapıları değişiklikler değiştirilmiş biçimiyle metne işlenmekte, değişikliği yapan çerçeve yasanın tarih ve sayısı parantez içinde gösterilmektedir. Böylece değiştirilen maddenin küçük harflerle yazılması, eskiden de küçük harflerle yazılmış olan maddelerin numaralarının sistematizasyonunun korunmasını sağlamaktadır. Bu yönde bir uygulama Başbakanlıkla ilgili birimin tercihidir. Ancak bütün madde numaraları küçük olarak yazıldığında değiştirilen yasanın sistematizasyonu açısından uygunluk sağlanmakla birlikte, değişikliğin çerçevesiyle birlikte işlenmesi zorunlulu-

---

<sup>75</sup> Örneğin, MADDE 1 - 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki "7/A" maddesi eklenmiştir. "Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi" MADDE 7/A- Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi; özel istihdam bürosunun, geçici işgücü talebini karşılamak amacıyla iş sözleşmesi düzenlediği işçisini, iş görme edimini yerine getirmek üzere ücret karşılığında bir başka işverene devrini ifade eder ve bu faaliyet Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilmiş özel istihdam büroları tarafından yerine getirilir....., İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 5920, Kabul Tarihi: 26/6/2009

ğuna uyulmadığı için çerçeve yasa maddelerinin işlenmesi açısından hatalı sonuç doğmaktadır.<sup>76</sup>

Yasa değişikliklerinin ilgili yasa maddesine işlenmesi konusunda da sıkıntılar vardır. Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Mevzuat Bilgi Sistemi e-Mevzuat çerçevesinde tüm değişiklikler yasa da ilgili yerine işlenip değiştiren yasanın tarihi, sayısı ve hangi maddesiyle değiştirildiği bilgisi parantez içinde verilirken, TBMM'nin sitesindeki yasalara değişikliklerin işlenmediği gözlenmektedir. TBMM'nin resmi internet sitesinden çok sayıda yasa taranarak varılan bu sonuca somut örnek olarak 4857 Sayılı İş Kanunu gösterilebilir. Söz konusu yasa kabul edildiği 2003 yılından bu yana 2006, 2008, 2009 ve 2012 yıllarında değişiklikler geçirmiştir. İş Kanunu'na Mevzuat Bilgi Sisteminden bakıldığında tüm değişiklikler yerine işlenmiş ve açıkça görülebilirken, TBMM'nin internet sitesinden erişilen İş Kanunu, halen orijinal metniyle durmaktadır. TBMM'nin internet sitesinden yapılan taramalarda yasanın adı verildiğinde yasanın kendisi ile birlikte yasada değişiklik yapan kanun adları alt alta sıralı olarak gelmektedir.<sup>77</sup> Fakat yasaya bakmak isteyen kişinin değişiklik yapan yasaları tarayarak bu değişiklikleri yasanın orijinal metnine kendisinin yerleştirmesi gerekmektedir ki, sıradan vatandaşın bunu beklemek abestir. Oysa yasaların herkesin kolaylıkla erişebileceği bir düzen ve sistematik içinde yayınlanması, hukuk devleti ve hukuki belirlilik ilkelerinin gereğidir. Yasalara erişilebilirlik konusunda eksik yapılanma, devletin başka bir kurumu için söz konusu olduğunda belki hoş görülebilir, ancak yasa yapımından sorumlu asıl organın, yasanın tam ve doğru metnine erişilebilirliğini zayıflatan uygulamaları için aynı hoşgörüyü göstermek müm-

<sup>76</sup> Fahri Bakırcı, "Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine", s.236-237

<sup>77</sup> İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22/5/2003, Yayımlandığı R. Gazete Tarih: 10/6/2003 Sayı: 25134, Mevzuat Bilgi Sistemi e-Mevzuat, <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.4857&MevzuatIlski=0&sourceXmlSearch=>, Aynı yasanın TBMM'ndeki metni için, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4857.html> (2.04.2013)



kün değildir. Bu tür uygulamaların Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te "Çerçeve tasarlarda, ilgili mevzuata işlenemeyecek ve onun dışında kalarak tek metin olma özelliğini bozacak hükümlere yer verilmez." (m.4/1-d) kuralının ihlali olduğunu da belirtmek gerekir.

Yasaya erişilebilirlikle ilgili çerçeve yasalar bakımından gözlenen bir diğer sorun, çerçeve yasanın değiştirdiği yasaya değil, kendi maddelerine gönderme yaptığı zaman ortaya çıkan karışıklıktır. Çünkü bu gönderme hükmü, değiştirilen yasaya işlenememektedir. Örneğin Anayasayı 2001 yılında değiştiren 4709 sayılı Yasanın geçici maddesi, aynı yasa içindeki bir maddeye gönderme yaparak, bu maddenin Anayasa'nın 67. maddesinde yaptığı değişikliğin Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ilk genel seçimlerde uygulanmayacağını hükme bağlamış olmakla birlikte değişiklik, Anayasa'nın ilgili maddesine işlenememiştir. Uygulamada değiştirilen yasaya işlenemeyen hükümler, değiştirilen yasa metninin altında ayrı bir bölümde "Ana Kanuna İşlenemeyen Hükümler" başlığıyla yazılmaktadır.<sup>78</sup> Bu yöntem bir çözüm olarak kabul edilemez. İşlenemeyen hükmün yasa metninden sayılması hukuk ve yasa tekniğine aykırı olduğu gibi hukuki belirlilik ilkesini de zayıflatmaktadır.

Çerçeve yasalarla ilgili üzerinde durulması gereken diğer konu, çerçeve yasayla başka bir çerçeve yasanın değiştirip değiştirilemeyeceğidir. Genelde hukuk tekniği bakımından değiştirilememesi gerektiği söylenir. Fakat Türkiye'de bu kurala uyulmadığını gösteren örneklere rastlanmaktadır. 5378 Sayılı Özürlüler Kanunu, hukuk devleti ilkesini iki açıdan ihlâl eden bir değişikliğe konu olması bakımından hayli çarpıcı bir örnektir. 2005 yılında kabul edilen 5378 sayılı Yasa, hem çerçeve hem de temel yasa niteliğindedir. Yasanın ilk iki bölümünde özürlülere verilecek hizmetlerin, bu hizmetlerin yerine getirilmesin-

---

<sup>78</sup> Fahri Bakırcı, "Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine", s.238-239; Bu uygulama örneği için, Askeri Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22/5/1930, Yayımlandığı R. Gazete Tarih: 15/6/1930, Sayı: 1520, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 11 Sayfa: 367.



de gözetilecek esasların düzenlemesi bakımından temel yasa, son bölümünde ise pek çok yasayı değiştiren, yeni hükümler ekleyen veya kaldıran hükümlere yer verilmesi nedeniyle çerçeve yasa olarak değerlendirilebilir. Bu durumda başka çerçeve yasayla değiştirilmemesi gerektiği halde program hüküm niteliğinde olup kamu ve özel sektör kurumlarına özörlünlere verilecek bazı hizmetler bakımından geçiş süresi tanıyan geçici hükümle ilgili sürenin dolmasından kısa bir süre önce değiştirilmiş, süreler uzatılmıştır. Yasanın değişiklik öncesi geçici 2. ve geçici 3. maddelerinde, kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmî yapıların, mevcut tüm yol, kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanlar, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel alt yapı alanlarının, gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapının, şehir içinde belediyeler tarafından sunulan ya da denetimleri altındaki toplu taşıma hizmetlerinin özörlülerin erişilebilirliğine uygun hale getirilmesi için yerel yönetimlere, kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu hizmeti sunan özel kişilere 7 yıllık süre tanınmıştır.<sup>79</sup> Geçici maddelerdeki sürenin bitimine yakın bir tarihte, Temmuz 2012'de torba yasa olarak nitelenen bir çerçeve yasayla süre 8 yıla çıkarılmış, alınacak önlemlerin denetim ve gözetimini yapmak üzere her ilde komisyonların oluşturulması, aykırılıkların para cezasına tabi tutulması öngörülmüştür.<sup>80</sup>

6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la yapılan değişiklik, hem hukuk tekniği açısından sorunlu, hem de hukuk devletinin hukuki belirlilik ve eşitlik-ayrımcılık yasağı ilkelerine, bu ilkelerle bağlantılı temel hak ve özgürlüklere açıkça aykırıdır. Hukuk tekniği ya da yasama tekniği açısından bakıldığında, "geçici hüküm" kavramının anlamı üzerinde durmak gerekir.

<sup>79</sup> 5378 Sayılı Özörlünlere ve Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 1/7/2005, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 7/7/2005 Sayı: 25868, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 44

<sup>80</sup> Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6353, Kabul Tarihi: 4/7/2012, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 12/7/2012, Sayı: 28351, madde34

“Geçici hüküm”, geçicidir. Anayasa Mahkemesi’nin 28.1.1992 tarihinde Anayasa’nın geçici 15. maddesiyle ilgili olarak verdiği kararda geçici hüküm, “...genellikle geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrık hükümler..” olarak tanımlanmıştır.<sup>81</sup> Anayasa’nın yine aynı maddesiyle ilgili verdiği bir başka kararda, “...Bir yasada, öncelik alan geçici maddeler, uygulanıp sonuçları tümüyle alındıktan sonra işlemlerini yitirirler. Tersine durumda, yasalardaki geçici maddeler, yasanın bir ayrıklık olarak kapsadıkları konularla birlikte geçerliliklerini sürdürürler.” denilmiş, geçici hükümlerin süre açısından geçerliliği, elde edilmek istenen sonuca varılıp varılmaması açısından değerlendirilmiştir.<sup>82</sup> “Geçici madde”nin anlamı ve işlevi ile ilgili değerlendirmelerde AYM tarafından kavrama verilen anlamın Anayasa’nın geçici 15. maddesi ile ilgili olduğu, Özürlüler Kanunu’nun geçici hükümlerinin ise aynı nitelikte olmadığı dikkate alınmak zorundadır. Özürlüler Kanun’unun geçici 2. ve 3. maddesi, özürliülerin toplumsal yaşama katılımlarının önünde engel olarak duran, erişilebilirlik sorunlarını çözmek üzere fiziksel, yapısal ve kurumsal önlemlerin alınması için tanınan uyum sürecine ilişkin hükümlerdir ve bu sürenin dolmasıyla beraber yürürlükten kaldırılmaları gerekir. Ayrıca Kanun’un geçiş hükümleriyle, elde edilmek istenen sonuçlar için yeterince süre tanındığı açıktır. Devlet organları ve resmi kurumların bu süreleri iyi kullanmaması, gevşek ve plansız davranıldığı için amaca varılamamış olması karşısında sorununun çözümü yeni süre tanımak değildir, tersine hukuken hesap sorulmasını gerektirecek bir vakıadır. Sürekli uzatmalarla amacın bir gün elde edilmesini beklemek Anayasal hukuk devleti ile bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararlarında ifade ettiği gibi, *yasa normları arasında geçici hüküm, niteliği gereği istisnaidir ve kural olarak değiştirilmez*. İstisnanın istisnası kurala tekabül eder ve artık durum istisna olmaktan çıkar.

<sup>81</sup> AYMK, E.1992/7, K.1992/2, Karar Tarihi: 28.1.1992, R.G. Tarih-Sayı: 12.03.1992-21169

<sup>82</sup> AYMK, E.2000/37, K.2000/14, Karar Tarihi: 16.6.2000, R.G. Tarih-Sayı: 30.6.2000-24095

Hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik açısından bakıldığında ise, özürhüleri hak ve hizmetlere erişilebilirlik sorunlarının bu sürenin sonuna kadar çözüleceğı beklentisi hiçe sayılarak hukuk güvenliğı ortadan kaldırılmıştır. Özürhüleri ve ailelerinin yasayla vaat edilen önlemlerin alınacağı, yedi yıllık sürenin sonunda erişilebilirlik sorunlarının büyük ölçüde çözülmüş olacağı beklentisi hiçe sayılmıştır. 5378 Sayılı Kanun'un ilgili geçici maddelerini yürütmek ve uygulamak üzere sorumlu bakanlık ve kurumların bu dönemde yönetmelik ve benzeri düzenlemeleri yapmamış olması, bu nedenle gerekli denetim ve müeyyidelerin uygulamaya konulamaması, tamamen yürütmenin ve idarenin ihmaliştir. Söz konusu yedi yıllık süre içinde ilgili Bakanlık ve Başbakanlığın bu konuya ilişkin çıkardığı birkaç genelge dışında alınan hukuki bir önlem yoktur. Erişilebilirlik/ulaşılabilirlik konusunda stratejik planın yapılmasında da çok geç kalınmış, uygulamaya yönelik girişimler birkaç projeye sınırlı kalmıştır. 2005 yılında yürürlüğe girmiş bir yasanın gereklerini yedi yıl içinde yerine getirmeyen yürütme ve idare organlarının ihmalinin sonuçlarını gidermek yasa organının görevi olmamalıdır.

Devletin pozitif edimlerini yerine getirmesi, sorumluların gerekli önlemleri alması için öngörülen geçiş sürelerinin uzatılmasına yönelik yasa değişiklikleri, ancak çok zorunlu durumlara özgü, makul ve haklı kılınabilir nedenlere bağlı olması koşuluyla hukuk devleti ilkesinin ihlali sayılmayabilir. Özürhüleri Kanunu açısından ise söz konusu koşulların oluştuğı söylenebilir. Hukuk tekniğı açısından sorunlu, hukuki belirlilik ilkesine aykırılığı gözle görünür bir yasa değişikliğı, haklı nedenlere dayalı savunulabilir bir amaca hizmet etmelidir. Özürhüleri Kanunu'ndaki değişikliğın amacı belirsizdir. Hükmün aynısını tekrardan ibaret olan Değişiklik Kanunu gerekçesinden de bir şey anlaşılamamaktadır.

6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un ilgili hükmüne karşı Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmış, ancak ilgili hükümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığı kararı verilmiştir.

Kararda Anayasa Mahkemesi'nin 6353 sayılı Yasa'nın ilgili 34. maddesine yönelik yorumu da şaşırtıcıdır. Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet, 5. maddesindeki "devletin temel amaç ve görevleri", 10. maddesindeki "eşitlik-ayrımcılık yasası" ile bağlantılı olarak değerlendirmede, 6353 sayılı Yasayla getirilen süre uzatımının engellilerin lehine sonuç doğuracağına kanaat getiren Anayasa Mahkemesi, bu kanaatini şöyle ifade etmiştir; *Bina ve diğer sosyal ve kültürel alt yapı tesisleri ile toplu taşıma hizmetlerinin engellilerin erişim ve kullanımına uygun hale getirilmesi gerek Anayasa gerekse EHS'nin Devlete yüklediği engellilerin hak ve özürlüklerinin kullanımının önündeki hukuki ve fiili engelleri kaldırma ödevinin bir gereğidir. Dava konusu kurallarla, 5378 sayılı Kanunla engellilerin toplumun diğer kesimleriyle eşit şekilde hak ve özgürlüklere erişebilmeleri için getirilen ayrıcalıklar ortadan kaldırılmamış, sadece ilgili kurum ve kişilere yüklenen ödevin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, kanunda öngörülen süre uzatılmıştır. Kaldı ki, bu üç yıllık süre sonunda Kanun'da öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması durumu cezai yaptırıma bağlanarak, ilgili kişi ve kurumların, en fazla üç yıllık süre içerisinde bu ödevlerini ifa etmeleri sağlanmaya çalışılmıştır.*<sup>83</sup>

Kararda Özürülüler Kanunu'nun geçici hükümlerinde yapılan değişiklik hukuk tekniği açısından değerlendirilmediği gibi hukuk devleti ilkesi açısından da ele alınmamıştır. Oysa iptal davasında söz konusu değişiklik hükümlerinin hukuk devletinin hukuki belirlilik ve diğer unsurlarını hangi yönlerden ihlâl ettiği ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi dosyada ileri sürülen nedenlerle de bağlı değildir. Kararda engellileri toplumun diğer kesimlerinden ayıran, aileleriyle birlikte izole ortamlarda yaşamak zorunda bırakan, kamu hizmetlerinden yararlanmalarını, temel haklarını kullanabilmelerini önleyen başta fiziksel koşullar olmak üzere engellerin ortadan kalkacağına dair haklı beklentiler hesaba katılmamıştır. İlgili değişiklik hükümleri, hukuki belirlilik ilkesiyle bağlantılı olarak "haklı beklentilerin korunması", "yasallık", "yasaların

<sup>83</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2012/102, Karar Sayısı: 2012/207, Karar Günü: 27.12.2012, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 2.4.2013-28606 (Mükerrer)

sürekliliği ve kesinliği” unsurları açısından değerlendirilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesinin somut olaylar üzerine etkisini değerlendirirken mutlaka göz önüne alınması gereken bu nitelikleri göz önüne almadığı gibi, “haklı neden” ölçütüne de başvurmamıştır. Özürlüler Kanunu’nun geçici hükümlerinde yer alan sürenin yeni bir yasayla uzatılması, diğer deyişle devletin yükümlülüklerini ertelemesinin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı, bu nedenin zorunlu, ölçülü ve orantılı olup olmadığı araştırılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi kararında Türkiye’nin taraf olduğu Engelli Hakları Sözleşmesi’ne atıfla “aşamalı gerçekleştirme-progressive achievement” kavramına başvurulması önemli bir gelişme gibi görünse de, kavram uluslararası engelli hukukundaki anlamından farklı yorumlanarak istenilen sonucu sağlayamamıştır. Engelli Hakları Sözleşmesi açısından “aşamalı gerçekleştirme”, engellilerin sosyal ve ekonomik haklardan tam olarak yararlanmalarının aşamalı olarak sağlanmasını öngörmekte, bu yükümlülüğü devlete vermektedir. Aynı şekilde uluslararası insan hakları hukukunda kavram, ekonomik ve mali yük getiren insan hakları uygulamalarının devlet tarafından programa bağlanarak makul bir süre içinde yerine getirilmesini ifade etmektedir. Bu anlamda kavramın devletlere hakların yerine getirilmesini belirsiz bir süreyle erteleme ya da yükümlülüklerinden bütünüyle kaçınma izni verir şekilde yorumlanması söz konusu değildir.<sup>84</sup> BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS)’nin devlet yükümlülüklerini düzenleyen 2. maddesinde de kullanılan “aşamalı gerçekleştirme” (progressive achievement) kavramı, Sözleşme’nin denetim organı Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK)’nin genel yorumuyla açıklanmıştır. 3 No’lu Genel Yorum’da “aşamalı gerçekleştirme” yükümlülüğünün hakların hayata geçirilmesi için alınacak tedbirlerin taraf devletler-

<sup>84</sup> Sözleşmenin hazırlık safhasındaki tartışmalarda “aşamalı gerçekleştirme” ye bu şekilde anlam yüklenmiştir. Bunun için, Matthew C. R. Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights A Perspective on its Development, Clarendon Press-Oxford, 1995, s. 130-131

ce “mümkün olan en kısa sürede” alınması anlamına geldiği belirtilmiş, tedbirlerin kararlı ve somut olması, Sözleşme’deki yükümlülükleri tam olarak yerine getirmeyi hedeflemesi gerektiği vurgulanmıştır.<sup>85</sup> ESKHS’nde düzenlenen hakların izlenmesi ve korunmasına yönelik 1986 yılında kabul edilen “Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Uygulanmasına İlişkin Limburg Prensipleri”nde de yer verilen “aşamalı gerçekleştirme” kavramı uyarınca taraf devletlerin hakları hayata geçirmek için mümkün olan en hızlı şekilde harekete geçmesi gerekmektedir. Kavramın hiçbir koşulda hakların tam olarak gerçekleştirilmesi yönündeki çabaları belirsiz bir süreyle erteleme hakkı vermediğinin ifade edildiği belgede tüm taraf devletlerin Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmek için derhal harekete geçme yükümlüğü altında olduklarının da altı çizilmiştir ( İlke 2/1, parag.21).<sup>86</sup>

Özürlüler Kanunu ile özürlüler lehine alınması gereken önlemler ile evrensel kabule dayalı «aşamalı gerçekleştirme» arasındaki ilişkiye bakıldığında, devlet ve kurumlarının pozitif edimleri başlatma sürecinde çok geç kaldığı, önemli bir kısmı için ise harekete dahi geçmediği görülmüştür. Kanun hükümlerini yürütmekten sorumlu Bakanlar Kurulu, geçici hükümlerle yükümlülük altına giren kamusal ve yerel idarelerin bu yükümlülüklerini nasıl ve hangi kaynaklarla yerine getireceği konusunda yedi yıl boyunca bir yönetmelik çıkarmamış, gerekli finansal ve idari önlemleri almamıştır. Daha açık ifadeyle, Özürlüler Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden itibaren ilk beş yıl içinde ortada «aşamalı gerçekleştirme» kavramın karşılayacak resmi bir faaliyet söz konusu olmamıştır. Yasal sürenin bitimine iki yıl kala 2010 yılında planlama başlamış, ulaşılabilirlik stratejisi ve eylem planı yapılarak kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve koordinas-

<sup>85</sup> CESCR, General Comment No.3, The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1): . 14/12/90., Fifth session, 1990

<sup>86</sup> “Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol.9, 1987, s. 122-135.

yonu için çalışmalara başlanmıştır.<sup>87</sup>Öngörülen geçiş süreci içinde Kanun'a dayalı yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda vakit kaybetmeksizin yasal, idari, yargısal ve diğer önlemlerin alındığını, uygulamaya küçük adımlarla da olsa başlandığını, amaca yönelik faaliyet sürecinin kesintisiz devam ettiğini gösteren somut bir dayanak bulmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin, yapılan değişikliğin hakkın/yetkinin kötüye kullanımı olup olmadığını araştırması, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca sınırlama niteliğindeki süre uzatımının ölçülü, makul, amaçla orantılı ve zorunlu olup olmadığını değerlendirmesi gerekirdi. "Aşamalı gerçekleştirme" kavramına başvurulacaksa da, kavramın uluslararası kullanımına uygun anlamı araştırılmalı, değişiklik hükmü bu kapsamda değerlendirilmeliydi.

Torba yasaya ilişkin sonraki açıklamalarda netleşecek olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı göstermiştir ki, içerik, kapsam, alan ve konu bakımından birbirinden farklı çok sayıda yasanın tek bir yasayla değiştirilmesi, hukuki denetim olanağını zayıflatmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu tür yasa değişikliklerinin itiraz edilen her maddesini aynı titizlikle değerlendirememektedir. Bu tür kararlarda, değişiklik kapsamına alınan bazı yasaların ayrıntılı bir biçimde değerlendirildiği ve iyi analiz edildiği, bunun sonucu olarak Anayasa'ya aykırı durumların gözden kaçırılmadığı ve sorunlarının çözüldüğü, bazı yasalar için ise oldukça kısa, ilgili yasanın maddelerini tekrar eden, değerlendirme içermeyen ifadelerle yetinildiği, gerekçe açısından tatmin etmediği ve sonuçta Anayasaya aykırılıkların giderilmediği gözlenmektedir.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Bu konuda bir çalışma için, Selda Çağlar, "Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye'de Erişebilirlikleri", AÜHFD, 61 (2) 2012, s. 558-565.

<sup>88</sup> Anayasa Mahkemesi'nin anayasa ile ilgili yorumlarında yöntem bilimi araçlarından yararlanması, karar gerekçelerini bilimsel kanıt yöntemlerine göre kurgulaması, üzerinde ciddi olarak düşünülmesi gereken bir konudur. Bu konuda kapsamlı bir çalışma için, Bertil Emrah Öder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta, Kasım 2010, İstanbul.



### 3. Torba Yasa

“Torba yasa” kavramı, Türkiye’ye özgü gayrı-resmi bir kavramdır. Hukuk sisteminde bu isim altında bir yasa türü bulunmamaktadır. Fakat kavram o kadar yerleşmiştir ki, bilimsel çalışmalarda, dava dilekçelerinde ve elbette basındaki kullanımıyla, çok sayıda yasanın aynı yasal düzenlemeyle değiştirildiği yasalara verilen ad olarak genel-geçer bir isim olmuştur. Bu kullanım haksız da değildir. Çünkü değişiklik tek bir yasa-ya ilişkin olmadığı için değişiklik yapan tasarıya bir ad verilememekte, “torba yasa” dendiğinde ise, bu nitelikte güncel olan hangi düzenleme varsa, onun kastedildiği anlaşılmaktadır. Tanımlamak gerekirse torba yasa, konu yönünden birbiriyle ilgisi olmayan ve çok fazla sayıda yasada ek ve değişiklik yapan yasalara verilen isimdir. Bir yasanın torba yasa olup olmadığının temel göstergelerinden biri, yasanın başlığıdır.<sup>89</sup> İçerik itibarıyla yürürlükteki birden fazla yasayı etkilediği için genellikle “çeşitli kanunlarda” diye başlayan yasalarla, “bazı kanun ya da kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapan kanun” adıyla yürürlüğe giren yasaların, torba yasa niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

Torba yasaların hukuki belirsizliği arttıran çeşitli özellikleri bulunmaktadır. Bu özelliklerin bir kısmı doğrudan belirsizlik yaratırken, bir kısmı yasama kalitesini düşüren özellikler olup hukuk tekniği açısından düşük nitelikli yasaların ortaya çıkmasıyla ilişkilidir. Torba yasaların hukuki belirliliği doğrudan etkileyen en tipik yönü, yasanın konu veya kapsamı hakkında fikir verecek bir adının olmamasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi torba yasalar, “çeşitli kanunlarda” ya da “bazı kanunlarda” diye başlayan ve değişiklik yapıldığını ifade eden deyimlerle nitelenir ve bir sayı verilir. Fakat yasanın neyi düzenlediği bilinmediğinden sıradan vatandaşlar için yasanın bir sayı alması tek başına erişebilirliği sağlamamaktadır. Numarasından ziyade zihinlerde iz bırakan yasanın adıdır ve bu ad düzenle-

---

<sup>89</sup> Şeref İba, “Ülkemizde Temel Kanun ve Torba Kanun Uygulamaları”, s. 199.



me konusuyla yasa arasındaki bağın ilk göstergesidir. Zira adını yaklaşık olarak bilen veya konusundan anahtar kavramları çıkaran kişiler, artık son derece yaygın kullanılan internet taramasıyla yasa metnine ulaşabilmektedir. Bu nedenle yasalara verilecek isimlerin belli standart ve kurallara bağlanması önem taşımaktadır. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te, her taslağa bir ad konulacağı, çerçeve taslaklarda mevzuatın adına taslağın adında yer verileceği, çerçeve taslağın birden fazla kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik öngörmesi durumunda taslağa "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" veya "Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı" gibi adlar yerine, yapılan değişikliklerle ulaşılmak istenen amacı belirleyebilecek nitelikte bir ad verilmesi gerektiği açıklanmıştır (m.11/1, m.11/2).<sup>90</sup> Ancak uygulamada bu kuralın çerçeve ve torba yasalar için neredeyse hiç işlerliği yoktur.

Torba yasalarda yasaya fiziken erişimle de sorun çözülmektedir. Yasanın kapsamında yer alan çok sayıda yasadın hangisinde ne yönde değişiklik yapıldığını anlamak, diğer deyişle yasanın içeriğine hâkim olmak konusunda da sıkıntı bulunmaktadır. Onlarca yasada değişiklik yapan bir torba yasanın yüzleri aşan maddesi arasında aranılan yasayı ve yasanın ilgili maddesini bulmaya çalışmak, gerçekten de torbanın içinde el yordamıyla bir şey aramaya benzemektedir. Örneğin 2011 yılında kabul edilen 6111 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da,<sup>91</sup> 66

<sup>90</sup> Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Bakanlar Kurulu Kararı: 19/12/2005-2005/9986, Resmî Gazete: 17.2.2006/26083.

<sup>91</sup> Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 13.2.2011; Diğer örnek için, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5335, Kabul Tarihi: 21/4/2005, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 27/4/2005 Sayı: 25798.

adet yasa ile 7 adet kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapılmıştır. Toplam 234 maddeden oluşan yasaya 1 yasa tasarısı, 59 adet yasa teklifi verilmiştir. Tasarının ilk hali, 7'si geçici madde olmak üzere toplam 120 madde iken, esas komisyondaki yeni madde ilavesi ve madde bölünmeleri nedeniyle tasarı 10'u geçici olmak üzere toplam 234 maddeye çıkmıştır. Genel Kurulda kabul edilen son haliyle yürürlükteki Yasa, 18'i geçici olmak üzere toplam 234 maddeden oluşmaktadır.<sup>92</sup> Yasa dikkatli bir gözle okunduğunda bile metne hâkim olmak çok güçtür. Çok sayıda yasanın çok sayıda maddesine yapılan göndermeler, tarihler, uzun maddeler ve cümleler, yasanın yoğunluğunu aşırı arttırmış, metni ürkütücü hale getirmiştir. Bu yasadan vatandaşın kendisini ilgilendiren bir soruna çözüm üretmesine imkân olmadığı gibi, profesyonel hukukçular ve uygulayıcı idarelerin de ilgili hükmü bulması, gönderme yapılan yasalarla bağlantı kurması, yorumlaması ve soruna uygulaması zorlu bir faaliyeti gerektirmektedir. İdarenin kişilerle, kişilerin yasalarla neredeyse her ilişkisinden devlet lehine bir alacak doğması muhtemel birbirinden farklı konuların tek metinde düzenlenmesi karmaşa üretmeye yetmektedir. Çalışma mevzuatında köklü değişiklikler yapan, sosyal güvenlik sistemini yeniden yapılandıran bir düzenlemenin kendi içinde ve ilgili yasalarla tutarlı ilişki kurmasını beklemek mümkün görünmemektedir. Bu durumda hukuki belirsizliğin getireceği sorunlarla mücadele baştan göze alınmış demektir.

Torba yasaların bilinebilirliği ve anlaşılabilirliği konusundaki güçlükler, uygulanmasını da zorlu bir faaliyet haline getirmektedir. Sorun, yasa hükümlerini açıklayan, uygulamayı yönlendirilen çok sayıda yasa altı metinlerle çözülmeye çalışılmakta, fakat karmaşık bir yasanın uygulanmasını gösterecek yönetmeliklerin sade, açık bir dil ve anlatımla yazımı konusundaki güçlükleri aşmak her zaman mümkün olmadığı için yeterli olamamaktadır. Bu durumda yönetmeliklerin de açıklanması gerekmekte, uygulama ilgili idarelerce genelge, yönerge gibi

---

<sup>92</sup> Şeref İba, "Ülkemizde Temel Kanun ve Torba Kanun Uygulamaları", s. 200.

düzenlemelerle yönlendirilmektedir. Bu zincirin sonucu, aynı konuda farklı idari birimlerce farklı bakış açılarıyla düzenlenen çok sayıda yasal metinden oluşan karmaşık bir mevzuata varmaktadır. Bu noktada yasaların erişilebilirliği, kesinliği ve istikrarı ilkelerinin ihlâli gerçekleşmiş olmaktadır. 6111 sayılı Yasa örneğinde bu durum çok açıktır. Devletin kamu alacaklarına kavuşmasını, diğer deyişle hazineye sıcak para girdisini sağlamak amacıyla geniş kapsamlı bir mali af düzenleyen yasa hükümlerinin uygulanmasında ciddi sıkıntılar yaşanmıştır. Yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte mali aftan kimlerin hangi koşullar altında yararlanacağı konusu kamuoyunda sıklıkla tartışılmış, vatandaşlar uygulama hakkında basın yoluyla bilgilendirilmeye çalışılmıştır. Çünkü bu tür aflarla tanınan fırsatların değerlendirilebilmesi verili sürelerin kaçırılmamasına bağlıdır. Harekete geçebilmek için ise öncelikle yasadan haberdar olmak, kendi durumunun yasa kapsamına girip girmediğini belirlemek, süreci anlamak, başvuru yeri ve usulünü öğrenmek gerekir. İlgililerin yasayı anlayabilmesinde kamuoyu açıklamalarının yanında, profesyonel yardım almaları ya da ilgili kamu kurumlarından bilgi edinmeleri de birer seçenektir. Fakat bu süreçte idarelerin, hem aşırı başvuru yoğunluğu hem de yasanın içeriğine tam anlamıyla hâkim olamamaktan kaynaklanan nedenlerle doğru ve sağlıklı bilgi vermeleri güç olmakta, bu belirsizlik içinde hukuka uygun işlem yapmaları konusunda sıkıntı yaşanabilmektedir.

Bütün bunlar göz önüne alındığında, bu tür yasalarla ihlâl edilen hukuk devleti ilkesinin kendisinden beklenen koruma ile yasadan beklenen hedeflere erişim düzeyi arasında orantılı, ölçülü bir denge bulunup bulunmadığı sorgulanmalıdır. Yürütme organı bünyesinde özellikle torba yasaların uygulama ve sonuçlarını değerlendirecek kurumların, birimlerin oluşturulması, bu tür yasaların getirdiği ve götürdüklerinin sayısal verilerle, bilimsel yöntemlerle analiz edilmesi gerekmektedir. Belki buradan çıkacak sonuçlarla torba yasa uygulaması ya hukuki belirliliği ihlal etmeyecek şekilde yapılandırılır ya da bu uygulamadan vazgeçilir.

## B. Yasa Kuralının Türü ve Yapısı

Yasalar kurallardan oluşur. Bir yasa düzenlenirken kuralların doğru ad ve belli sıra içinde dizilmesi, yasa yapım tekniğinin en başta gelen standardıdır. Yasa kuralı olarak önce “madde” gelir. Tümünden gelim yöntemiyle genelden özele doğru yapılan kural sıralamasında, madde en genel hükümdür. Madde, sırasıyla fıkra, bent, alt bent, cümle ve ibarelerden oluşur. Madde dışında kalan kurallar için herhangi bir tür ya da farklı yapı söz konusu değildir. Yasa maddelerinde ise, ek madde (1) ve geçici madde (2) gibi ayrımlarla maddenin şekli ve amacı yönünden farklılaşmalara gidilebilir. Yasalarda yer alan bu türden maddeler, genelde yasanın bütünü ve mevzuat içindeki yeri bakımından belirsizlik üretme potansiyeline sahiptir.

### 1. Ek Madde

Çerçeve ve torba yasalarla ilgili açıklamalarda da kullanılan bir madde türü olan ek madde, yürürlükteki yasaya sonradan çıkarılan bir yasayla eklenen maddeyi ifade etmektedir. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te ek madde, “çerçeve taslaklarla mevzuata eklenecek hükümlerin mevcut maddelerden birine eklenmemesi durumunda, eklenecek hükmün düzenlendiği madde” olarak tanımlanmıştır (m.3/1-ç). Aynı Yönetmeliğin “Ek ve geçici maddeler” başlıklı 16. maddesinde ise, çerçeve taslaktan söz edilmeksizin “Mevzuatta yapılacak yeni düzenlemenin mevcut maddelerden birine eklenmemesi ve mevcut maddelerin sıralamasına uygun düşmemesi durumunda ek madde uygulamasına gidilir.” denmiş, ek maddenin yürürlük maddesinden ve varsa geçici maddelerden önce yer alacağı belirtilmiştir (m.16/1). Ancak uygulamada özellikle ek maddenin yeri bakımından bu kurala her zaman uyulmadığı görülür. Örneğin çerçeve yasalara ilişkin kurala aykırılık örneği olarak gösterdiğimiz 5378 sayılı Özürlüler Kanunu’nda değişiklik yapan Yasa, değiştirdiği geçici hükümlerden birine fıkra eklemiştir. Geçici hükümlerin uygulanmasıyla ilgili olan, fakat kalıcı olması istenen kurumsal yapılanmayı düzenleyen

hüküm, geçici maddeye “ek fıkra” olarak işlenmiştir. Kural olarak geçici maddeye ek yapılamaması gerekir. Çünkü ek madde kalıcıdır. Geçici madde işlevini tamamlayıp yürürlükten kalktıktan sonra ek maddenin yürürlüğü devam edecektir. Ancak yasa içinde bağlı olduğu hükümlerin yürürlükten kalkmasıyla birlikte, ek hükmün yeri ve işlevi başlı başına sorun teşkil edecek, müstakil bir hüküm olmadığı için varlığını neye göre devam ettireceği belirsiz kalacaktır. Bu nedenle bağlantısını yitiren bir hükmün yürürlükten kalkması zorunludur. Eğer varlığı devam ettirilmek isteniyorsa, ek fıkra müstakil bir madde olarak düzenlenmeli ve yasaya bu şekilde yerleştirilmelidir.

Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, tasarlarda mükerrer maddelere yer verilmeyeceğini, yürürlükteki metinlere ek madde eklenmesi yoluna gidileceğini, eklenecek yeni madde düzenlemenin belirli bir bölümünde yer alması gerekiyorsa, maddenin ilgili bölümde “MADDE .../A-” şeklinde numaralandırılacağını hükme bağlamıştır (m.16/2). Ayrıca bu şekilde yapılan eklemeler dışında ek maddelerin yürürlük maddesi ile varsa geçici maddelerden önce geleceği ve kendi aralarında numaralandırılacağı belirtilmiş, ek fıkraların yerleşim ilkelerine yönelik bir hükme ise yer verilmemiştir. Ek madde oluşturulması ile ilgili kurallara her zaman dikkat edilmediği, önceki çerçeve yasalarla eklenmiş ek madde numaraları dikkate alınmadan mükerrer ek madde düzenlendiğini gösteren örnekler<sup>93</sup>, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile bu konudaki eksikliğin giderilmesinin faydalı olacağını düşündürmektedir.

<sup>93</sup> 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’na 9.4.1990 tarihli 418 sayılı KHK’nin 12. maddesi ile “Ek Madde 31” eklenmiş, daha sonra 17.5.1990 tarihli 3649 sayılı Yasayla 657 sayılı Yasaya yeniden “Ek Madde 31” eklenmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 5.2.1992 tarihli kararında 418 sayılı KHK’nin iptaliyle birlikte bu KHK’nin yetki yasasına dayanılarak daha önce çıkarılmış yasaların da dolaylı olarak iptaline karar verilmiştir. Böylece, 657 sayılı Yasa’nın mükerrer ek maddesi de yürürlükten kalkmıştır. AYMK, Esas Sayısı: 1190/22, Karar Sayısı: 1992/6, Karar Günü: 5.2.1992, Resmi Gazete Tarih-Sayı:27.11.1993-21771, Erdin Bayram, “Kanun Sistematiğinde ‘Madde’”, Yasama Dergisi, Sayı.8, Ocak-Şubat-Mart-Nisan 2008, s. 110.

Yürürlükteki bir yasaya ilişkin yeni madde düzenlemesinin ilgili yasaya eklenmesi sırasında mevcut maddelerin teselsül ettirilmesi yerine “ek madde” olarak eklenmesinin pratikteki faydası, yasa maddelerinin birbirine ya da diğer yasaların ek yapılan yasa maddelerine daha önceden yaptığı atıfların zımnen geçersiz olmasını engellemesidir. Ek madde yoluyla yasanın mevcut maddeleri teselsül ettirilmeden yasanın sistematığı korunmuş olur.<sup>94</sup> Ancak yürürlükteki eski tarihli bazı yasalarda “ek kanun” olarak geçen ve hukuk sistemindeki yeri ve anlamı belirsiz bir kavram bulunmaktadır. Yürürlükteki bir yasaya başka bir yasayla ekleme yapıldığında değişikliğe konu olan yasada “ek madde” olarak değil, “ek kanun maddesi” olarak ek kanunun sayı ve tarihiyle işlendiği görülmektedir. “Ek Kanun” adıyla geçen yasalar, bir kaç istisna dışında yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>95</sup> Fakat yürürlükten kaldırılan bu nitelikteki yasaların bazı hükümleri şu an yürürlükte bulunan yasalara “ek madde” olarak tescil edilmiştir. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nda bulunan “Ek Madde 1”, “Ek Madde 2” ve “Ek Madde 3”, 20/5/1933 - 2183 sayılı Ek Kanunun 1, 2 ve 3. madde hükümleri olup ek madde haline getirilmiştir.<sup>96</sup> Aynı uygulama 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda da söz konusudur.<sup>97</sup> 1632 sayılı Kanun’da “ek madde” olarak düzenlenen maddelerin yanına parantez içinde gösterilen ek kanuna ilişkin bilgi

<sup>94</sup> Şeref İba/ Rauf Bozkurt, 100 Soruda Parlamento Hukuku, s.65; Erdin Bayram, “Kanun Sistematığında ‘Madde’”, s. 108.

<sup>95</sup> Halen yürürlükte olan Hava Taarruzlarına Karşı Korunma Kanununa Ek Kanun, Kanun Numarası: 5593, Kabul Tarihi: 13/3/1950, Yayımlandığı R. Gazete Tarih: 18/3/1950 Sayı: 7460, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 31 Sayfa: 1746; Yürürlükten kaldırılanlara örnek, Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Aşevleri Hakkındaki Kanuna Ek Kanun, Kanun Numarası: 5661, Kabul Tarihi: 24/3/1950, Yayımlandığı R. Gazete Tarih: 1/4/1950 Sayı: 7472, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 31 Sayfa: 2030; Ankara Üniversitesi 1962 yılı Bütçe Kanununa Ek Kanun, (Resmî Gazete ile yayımı: 7.3.1962 - Sayı: 11053), No. Kabul tarihi: 30.3.1962.

<sup>96</sup> Askeri Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22/5/1930, Yayımlandığı R. Gazete Tarih: 15/6/1930, Sayı: 1520, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 11 Sayfa: 367

<sup>97</sup> Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14/7/1965, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 23/7/1965 Sayı: 12056, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 4 Sayfa: 3044.

dışında 1632 sayılı Kanun'a yapılan bu eklemelerin hangi yasayla yapıldığına ilişkin bir bilgi verilmemiş, gerekli işleme yapılmamıştır.<sup>98</sup> Bu eksiklik, sadece hukuk tekniği açısından bir sorun olarak algılanamaz, hukuki belirliliği etkileyen sonuçları da vardır. Zira değişiklik yapan yasanın bilinmesi, yasaların erişilebilirliği açısından önemlidir.

## 2. Geçici Madde

Geçici maddeler, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te de ifade edildiği gibi, yasaların geçiş hükümlerini düzenleyen maddelerdir (m.3/1-d). Söz konusu Yönetmelik uyarınca yeni kabul edilen yasa hükmü ile düzenleme uygulamaya başlayınca ya da yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde yapılacak işlem ve düzenlemeler, uyuşacak ilke ve kurallar ile daha önceki düzenlemelerden doğan hakların korunmasına ilişkin hususlar ve buna benzer başka geçişler, geçici madde ile düzenlenir (m.16/3). Geçici maddeler, geçiş dönemi bitse de, başka bir yasayla yürürlükten kaldırılmadığı sürece yürürlükte kalmaya devam eder. Bu önlem, geçici maddenin geçiş hükümlerinde düzenlenen işlemlerin yerine getirilip getirilmediği ya da uygulama değerini yitirip yitirmediği konusunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlık olasılığına karşı alınır. Fakat geçici hükümlerle devamlı nitelik taşıyan durumların ya da yasa maddelerinin yürürlüğe girmesi, yürürlükten kalkması gibi konuların düzenlenmemesi gerektiği halde bu temel kurala da uyulmadığı gözlenmektedir. 2004 yılında kabul edilen Yükseköğretim Kurumları Teşkilâtı Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesi, «Çeşitli mevzuatta Mimar Sinan Üniversitesine yapılmış olan atıflar Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesine yapılmış sayılır.»<sup>99</sup> hükmüyle örnekler-

<sup>98</sup> Sözü edilen Yasanın metnine Başbakanlık mevzuat biriminden erişilmiş ve bu metinde gerekli işlemlerin yapılmadığı görülmüştür. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.3.1632&MevzuatIliSki=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=3&No=1632> (3.04.2013)

<sup>99</sup> Yükseköğretim Kurumları Teşkilâtı Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5076, Kabul Tarihi:



den yalnızca biridir. Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışına İlişkin Kanun'da da bu nitelikte bir hüküm vardır: Geçici Madde 2-(3), "3/6/2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanununun geçici 5 inci maddesi bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren uygulanmaz."<sup>100</sup> hükmü, aslında bir başka yasanın geçici maddesini kaldıran bir hükümdür. Geçici maddelerin bir başka yasanın geçici maddesiyle kaldırılması, hem gereksiz, hem de hukuk tekniğine ve hukuki belirlilik ilkesine aykırı bir uygulamadır.

Türk hukukunda geçici madde, yasanın bazı hükümlerinin geçmişe uygulanacağını göstermek için de kullanılmaktadır. 8.2.2007 tarihinde kabul edilen Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun geçici 3. maddesindeki, "Bu Kanunun 12 nci maddesi 2006-2007 öğretim yılından itibaren uygulanır." hükmündeki yasa içi gönderme, 12. maddenin "bir bölümü bitirilmiş öğretim dönemini" de kapsayacak şekilde uygulanacağını hüküm altına almıştır.<sup>101</sup> İlgili maddenin yasaların geçmişe yönelik uygulanmasının genelde hukuk devleti ve özelde hukuki kesinlik bakımından hukuki belirlilik ilkesini ihlâl etmemiş sayılması için zorunluluk ve ölçülülük kriterleri açısından değerlendirilmesi, geçmişe yürümenin haklı kılınması gerekir. Ayrıca ilgili maddenin yazım tekniği bakımından da uygunsuz bir düzenleme olduğu söylenebilir. Hükmün mutlaka geçmiş dönemi kapsamaması isteniyorsa, bu durum yürürlük maddesiyle hüküm altına alınabilirdi. Dahası, Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 12. maddesine 4/7/2012 tarihinde kabul edilen bir torba yasayla yeni fıkralar eklenmiş, 12. maddenin kapsamı oldukça genişlemiştir.<sup>102</sup> Bu durumda 12. maddenin diğer fık-

---

22/1/2004, Yayınlandığı R. Gazete Tarih: 29.1.2004, Sayı: 25361.

<sup>100</sup> Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışına İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 5710, Kabul Tarihi: 9/11/2007, Yayınlandığı R.Gazete Tarih: 21/11/2007, Sayı: 26707, Yayınlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 46.

<sup>101</sup> Özel Öğretim Kurumları Kanunu, Kanun Numarası: 5580, Kabul Tarihi: 8/2/2007, Yayınlandığı R.Gazete Tarih: 14/2/2007, Sayı: 26434, Yayınlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 46.

<sup>102</sup> Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması-



raları bakımından da uygulamanın 2006-2007 öğrenim dönemini kapsayacak şekilde geçmişe yürütülmesi gerekecektir. Bu noktada, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkelerinin ihlâli ayrıca tartışmaya yer bırakmayacak kadar açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.7.1981 tarihli bir yasa hükmünün iptali talebini Anayasa'nın geçici 15. maddesi kapsamında olması nedeniyle reddettiği kararda, geçmişe etkili uygulamaların geçici hükümlerle yapılabileceği, ayrıca aynı yasa içindeki diğer hükümlere göre "özel hüküm" niteliğinde sayılacağı ve öncelikle uygulanacağı belirtilmiştir. Kararda, "*Geçici maddeler genellikle geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrık hükümleri içerirler. Hukukta genel kural olarak, yasalar, yayımlanmalarından sonraki olaylara ve durumlara uygulanırlar. Bu ilkenin en çarpıcı ayrıklığı, yasalardaki geçici kurallardır. Bu nedenle yasaların geçici maddeleri ile esas maddeleri arasında farklılık varsa, özel niteliği nedeniyle, geçici maddeler esas maddeden önce uygulanırlar. Çünkü yasakoyucu, kuralın ayrıklığında kamu yararı görmüştür*" gerekçesiyle Anayasa'nın geçmişi etkileyen geçici 15. maddesi kamu yararına bir düzenleme olarak kabul edilmiştir.<sup>103</sup>

Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nu değiştiren 6353 sayılı torba yasanın iptali için açılan davada ise, Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na ilişkin yukarıda açıkladığımız değişiklik hükmünün iptali istenmediği için Anayasa Mahkemesi'nin bu maddeyle ilgili yorumunun nasıl olabileceği konusunda görüş bildirmek mümkün değildir. Ancak ilgili yasa hükmü, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmediği ya da yasama organınca değiştirilmediği sürece hukuka aykırılığın devam edeceği belirtilmelidir.

---

na Dair Kanun, Kanun Numarası: 6353, Kabul Tarihi: 4/7/2012, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 12/7/2012, Sayı: 28351, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 52, m. 42.

<sup>103</sup> AYMK, Esas Sayısı: 372, Karar Sayısı: 2000/14, Karar Günü: 15.6.2000, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 30.6.2000-24095.

Geçici maddelerin değiştirilmesi ile ilgili yaşanan sorunlar bakımından Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te bir çözüm öngörülmemiştir. 5378 sayılı Özürlüler Kanunu'nun geçici maddelerinin 6353 sayılı torba yasayla değiştirilerek ek fıkra eklenmesine ilişkin açıklamalarda da belirtildiği gibi, geçici maddeleri değiştiren hükümler niteliği gereği geçici olmalıdır ve ek hükümle değiştirilmeleri mümkün değildir. Örneklenenler dışında kalan durumlarda ise geçici maddelerin değiştirilip değiştirilemeyeceği, değiştirilecekse ne tür bir maddeyle değiştirileceği konusu tartışmalıdır. Geçici hükümde değişiklik yapılamayacağını, ancak aynı alanda yeni bir geçici hüküm ihdasına gitmek gerektiğini savunan görüşlerin<sup>104</sup> yanı sıra belli koşullarda değiştirilebileceğini ileri süren görüşlere de yer verilmektedir. Geçici madde hükümlerinin uygulama kabiliyeti devam etmekteyse, örneğin henüz geçiş dönemi tamamlanmamış veya değişiklik sadece geçiş dönemine ilişkin sürenin uzatılmasını öngörüyorsa ya da istenen değişiklik yeni kişilerin de geçici madde hükmünden yararlanmasını sağlayacaksa, geçici maddeye ek ve değişikliklerin yapılabileceği kabul edilmektedir.<sup>105</sup>

Geçici hükümlere ek madde yoluyla değişiklik yapılamamasının gerekçesini daha önce açıklamıştık. Ek hüküm dışında yapılacak değişikliklere gelince, bu değişikliğin de yeni bir geçici hükümle yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi halde geçici hükümler değişiklik yoluyla sürekli hale getirilebilir, hukuk devletine aykırı kullanımlara imkân veren bir fırsata dönüşebilir. İstisnai olan bir uygulamanın yaygınlaştırılmasına fırsat verecek şekilde bu yöndeki uygulamalara göz yumulması, hukukun genel ilkelerinin ihlâli ve hakkın kötüye kullanımlarına vize vermek anlamına gelir. Geçici hükümlerin sınırlı amacını genişleten uygulamaların hukuk devletini tehlikeye sokacağını da unutmamak gerekir.

---

<sup>104</sup> Fahri Bakırcı, "Yasalarda ve Yasa Maddelerinde Geçicilik Üzerine", *Meclis Bülteni Dergisi*, S: 111, 2004.

<sup>105</sup> Erdin Bayram, "Kanun Sistematğinde 'Madde'", s. 114-115.

Yasalarda geçici madde sayısının çokluğu da hukuki belirlilik ilkesine aykırı bir özelliktir. Geçici maddeler yukarıda da belirtildiği gibi, istisnai bir uygulamayı gösterir ve istisna kuralına uygun olarak sayıları sınırlı tutulmalıdır. Ancak yürürlükteki yasaların bir kısmında 6-10 kadar geçici maddeye yer verildiği görülmektedir. Geçici maddelerin bazılarının çok sayıda fıkra içerdiği düşünüldüğünde, madde sayısından ziyade içerik olarak Yasa'nın birçok konusu, geçiş süreci içinde değerlendirilmek zorunda bırakılmaktadır. 83 geçici maddesiyle bu alanda rekortmen yasa, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'dur.<sup>106</sup>

### C. Yasaların Dili ve Sistematiği

Hukuk toplum sistemi içinde yer alan bir alt sistemdir ve her sistem gibi etrafında kendisinden daha karmaşık bir çevre ile var olur. Ekonomi, din gibi hukuk sistemi de toplumun bütününden farklılaştığı oranda kendine özgü bir iletişim<sup>107</sup> yapısı kurar. Luhmann'ın "sistem kuramı"nda sosyal sistemlerin iletişim yapısı biri olumlu, diğeri olumsuz ikili kodlarla çalışır. Hukuk sisteminin kullandığı kod ikilisi "hukuka uygun/hukuka aykırı" olarak ifade edilir. Kodun değerlerinin doğru ya da yanlış konumlandırıldığını veya nasıl konumlandırıldığını belirleyen bakış açıları ise "program" olarak adlandırılır. Sistem kuramına göre programlar, kodları kullanılabilir kılacak

<sup>106</sup> Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun No. 6362, Kabul Tarihi: 6/12/2012; Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun No. 6356, Kabul Tarihi: 18/10/2012; Gelir Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 193, Kabul Tarihi: 31/12/1960, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 6/1/1961, Sayı: 10700, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 4 Cilt: 1 Sayfa: 850; Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu, Kanun No. 6253, Kabul Tarihi: 1/12/2011; Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6009, Kabul Tarihi: 23/7/2010; Elektrik Piyasası Kanunu, Kanun No. 4628, Kabul Tarihi: 20/2/2001.

<sup>107</sup> Sistem kuramına göre ana hatlarıyla "ileti", "ifade" ve "anlama"nın bütünü olan iletişim, bazı özgül yöntemlerle birlikte esas olarak dili kullanır. Gökçe Çataloluk, "Hukuk Sisteminin İletişimsel Yapısı: Kodlar ve Programlar", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2010, Cilt.1, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s. 209. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2010-hukuk-kurultayi-1-cilt.pdf> (28.08.2013).

“ek semantik öğeler”dir. Hangi şartlar altında neyin hukuka uygun, neyin aykırı olduğuna ilişkin ayrıntı vermeyen hukuk kodunun bu ihtiyacı programlarla karşılanır. Hukuk sisteminin programları anayasalar, yasalar, mahkeme kararları ve sözleşmelerden oluşan pozitif hukuktur<sup>108</sup> ve çoğunlukla yazılı olarak ifade edilirler. Hukuk kurallarının ve mahkeme kararlarının yazıyla ifade edilmesi hukuk ve dil arasındaki bağı daha da güçlendirmiştir.

Günümüzde yazılı hukuk metnlerinin hukukun en önemli kaynağı olarak kabul edilmesi, hukukun düzen fonksiyonunun yerine getirilmesinde yazılı hukuk kurallarına önemli misyon ve görevler yüklenmesine yol açmıştır. Hart’ın “open texture- açık metin” teorisine göre analiz edildiğinde, hukuk yasal kurallara, yasal kurallar dilsel ifadelere, dilsel ifadeler de dile bağlıdır. Hart’ın hukuki belirlilik analizi çerçevesinde devam edecek olursak; dilin kendisi açık bir yapıya sahip ise, dilin ifadesi de bu yapı içinde açık olacak, dolayısıyla yasal kurallar ve hukuk yorumlanmaya ihtiyaç göstermeyecek şekilde bütünüyle belli bir kesinliğe kavuşabilecektir. Hart’ın hukuku open-texture olarak algılayan teorisi, katı pozitivismeye yol açacağı, hukukun genel ilkelerini ve yazısız hukuk kaynaklarını göze almayan bir hukukun tam olarak hukuk sayılmayacağı, zor vakıaların çözümünde yazılı hukukun her zaman yeterli olmadığı ve mutlaka yoruma ihtiyaç gösterdiği gerekçeleriyle çok sert eleştirilmiştir.<sup>109</sup> Ancak Hart’ın teorisi, hukukta semantik yaklaşımın üzerinde durulması ve tartışılması gereken bir konu olduğuna dikkat çekmesi bakımından olumludur. Zira dil ve dilbilgisi kurallarına uygun düzenlenmiş bir yasa, içeriğin ifadeye yansımada aranan doğruluk ve yöneldiği kitle tarafından anlaşılabilirlik özellikleri açısından daha başarılı

---

<sup>108</sup> Gökçe Çataloluk, “Hukuk Sisteminin İletişimsel Yapısı: Kodlar ve Programlar”, s. 208-212.

<sup>109</sup> Hart’ın open-texture teorisi, bu teoriye getirilen eleştiriler ve hukukta semantik yaklaşıma alternatif yaklaşım ve teoriler için, Scott Alan Anderson, Legal Indetermination In Context, The Ohio State University, 2006, s. 1-257.

olacaktır.<sup>110</sup> Bu yönüyle dil, hukukta belirliliğin ve öngörülebilirliğin sağlanmasında önemli bir işlev üstlenmektedir.<sup>111</sup>

Hukukun belirliliği Ken Kress tarafından “metafizik” ve “epistemolojik” olarak ikili ayrım içinde ele alınmaktadır. Bu ayrıma göre metafizik belirsizlik, hukukun var olup olmadığına, epistemolojik belirsizlik hukukun bilinip bilinemeyeceğine ilişkindir. Hukuk devleti değerlendirmeleri açısından önemli olan hukukun epistemolojik belirliliğidir. Diğer deyişle hukukun vatandaşlar tarafından bilinebilir ve anlaşılır olmasıdır.<sup>112</sup> Ancak yasalar soyut kuralları içerir. Ayrıca kişileri, olayları, durumları kategorize eden, belli sınıflamaları zorunlu kılan yapısıyla her zaman aynı düzeyde açık, net ve anlaşılır yasal metinler elde etmek mümkün olmayabilir. Yasayla düzenlenmesi gereken alanın kapsamı geniş, ilişkiler ağı karmaşık, politik ve toplumsal zeminde tartışmalı, konusu teknik ve sınırları net değilse, açık ve anlaşılabilir bir yasa metninin ortaya konması zorlaşır. Diğer yandan, yeni bir yasa yapılması ile mevzuatı değiştirmek üzere yasa yapımı arasındaki farklılıkların da hesaba katılması gerekir. Bütünlüklü bir alanı ilk kez ya da yeni baştan düzenlemek üzere yapılan kodifikasyon, teknik ve uzmanlık bilgisine ağırlık verilen, uzun hazırlık evresinden geçen, yasa üzerinde politikanın etkisini nispeten sınırlayan, evrensel kuralların dikkate alınmasına özen gösterildiği bir faaliyet olması bakımından hukuki belirliliği sağlamada göreceli bir avantaja sahiptir.<sup>113</sup> Alanı düzenleyen diğer yasalar için de önemli bir

<sup>110</sup> Selim Erdin, “Yasaların Dili”, Mecmua-Ankara Üniversitesi’ne Armağan, Ankara, 2008, s. 228-229. <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/mecmua/08.pdf> (28.08.2013).

<sup>111</sup> *Dilin işlevi hukuk devleti ilkesiyle, dolayısıyla belirlilik ilkesiyle haklı kılınmış bir sınırlama işlevidir. Ama normu kavrama açısından yeterli değildir. Çünkü normun içinde genellikle yer alan nesnedeki değişimi dil her zaman kavrayamaz. Ama bu nesne, dilsel ifade ile (norm programı ile) seçilen belirli ve sınırlı bir alan olmalıdır. Ama dilsel ifade değişmediği halde bu alan (norm alanı) değişir. İşte bunun içindir ki normun sözü bu değişimi kavramakta ve onu içerecek biçimde normu somutlaştırmakta yetersiz kalır.* Prof. Dr. Fazıl Sağlam’ın bildiri metnini titiz bir okuma ve değerlendirme esnasında eklediği bu notun paylaşılmasında fayda olduğunu düşündüm. S.Ç.

<sup>112</sup> Özkök, Gülriz (2002), “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, AÜHFD, Cilt.51, Sayı.2, s. 7-8.

<sup>113</sup> *Bu noktada da düzenlenen alanın özel hukukun ya da ceza hukukunun klasik*

referans metni olması, bu tür yasaların hukuk düzeni içinde fazla uyum sorunu yaşamamasını sağlar. Aynı saptama temel yasalar için de geçerlidir. İlgili diğer yasaların temel yasadaki ilke ve standartlar göz önüne alınarak yapılması gerekeceğinden, temel yasanın anayasaya, hukukun genel ilkelerine ve uluslararası hukuka uygun olarak yapılması, hukuka uygun sayılması için yeterlidir. Ancak her iki tür yasanın da düzenledikleri alanda “temel” nitelikte olmasının getireceği hukuki sorumluluk yükü ağır olduğu için yine de çok dikkatli bir dille kaleme alınması gerekir.

Hukuki belirlilik ilkesini zorlayan yasa türleri genelde temel ve kod yasa dışında kalan olağan yasalar ile değişiklik yasalarıdır. Yasada kullanılacak dilin seçimi, ifade şekli ve metinsel tasarımı, mevzuat içinde temel nitelikte olmasa da önemli bir yere sahip olağan yasalar ile değişiklik getiren yasaların hukukun bütünlüğünü, kesinlik ve istikrarını bozmayacak şekilde yapılmasında önemli etkidir. Yasanın türü, düzenlediği alan ve kapsamından bağımsız olarak genel bir belirleme yapmak gerekirse; yasal düzenlemelerin yazımında kullanılan dil, sadece ilgili yasa metnini değil, yasanın hukuk düzeni içindeki yerini, diğer yasal düzenlemelerle ilişkisini ve kendisine bağlı alt hukuk normlarının düzenlenmesi ve uygulamasını da etkileyen, bu yönüyle ciddiye alınması gereken, hukuki yazım tekniklerinin hukuki belirlilik ilkesinin unsurlarını karşılayacak şekilde yapılandırılmasını zorunlu kılan önemli bir araçtır. Yasa metninin dil bilgisi kurallarına uygun, seçilen kelime ve kavramların doğru ve yerli yerinde kullanılmış olması, yasanın anlamını en iyi şekilde ortaya koyması, yasa normlarının tereddüde yer vermeyecek ölçüde açık ve kesin bir anlama sahip olması, yasanın içinde bulunduğu düzenleme alanı bakımından hukuki belirliliğin sağlanmasına, istikrarlı, güvenilir bir hukuk düzeni elde edilmesine katkı verecektir.

---

*dalları olması ile anayasal kurallar olması büyük farklılıklar yaratır. Çünkü anayasal düzenlemelerde nesnel boyut çok daha ön plana geçmektedir.* Prof. Dr. Fazıl Sağlam'ın notu.

Yasaların açık ve anlaşılır bir dille yazılmasının temel bileşenleri aynı zamanda yasanın kendi içinde ve diğer yasalar arasında içerik ve bağlamsal açıdan uyumluluk, kesinlik ve kavranabilirliğinin en üst düzeyde sağlanabilmesiyle ilgili unsurlardır. Günümüzde yasalarda mümkün olan en yüksek düzeyde belirliliğin elde edilmesi, bir amaç olarak ifade edilmekte, bu konuda bir takım ilke ve standartlar kabul edilmektedir. Çeşitli ülke uygulamalarına bakıldığında, ilke ve standartların ağırlıklı olarak yasa yapım sürecine ilişkin teknik ve yapısal önlemlere işaret eden bir sistemin kurulmasıyla bağlantılı olduğu, önceliğin yasa metninin şekilsel özelliklerine verildiği görülür. Bu çerçevede yasanın başlığı, amacı, kapsamı, temel ilkeleri, kavram ve konularına ilişkin tanımlar, kullanılacak hak ve yetkilere, kurumsal düzen, yapı ve işlemlere ilişkin açıklamalar, bağlanacağı şartlar, doğuracağı hukuki sonuçlar, diğer yasalarla ilişkisi, yürürlük ve yürütmeye ilişkin kurallar belli ilke ve standartlara tabidir. Örneğin yasalara mutlaka bir ad verilmesi yönündeki temel ilke, adın kısa, fakat yasanın içerik ve bağlamını doğrudan ifade edecek bir kapsam ve nitelikte olmasını öngörür. Ancak yasa tasarısına kısa bir ad vermek uğruna tasarının amacı ve kapsamını izahtan uzak bir adlandırmanın da yapılmaması gerekir.

Yasanın anahtar kelime ve kavramları tanımlanmaya ihtiyaç gösteriyorsa, metin içinde ne anlama geldikleri tanımlanmalı, tanımlar bir takım temel ilkelere uygun olmalıdır. Bu konuya ilişkin temel ilkeler arasında öncelik, normların yasanın aynı bölümünde toplanmasına, tanımların yasanın politikası ve gerekçesiyle uyumlu bir kapsama sahip olmasına verilmelidir. Çünkü tanımlama ile tanımlanan bölümün anlamı ve sınırları belirlenir. Tanımlanan alan tanımlamaya göre genişler veya daralır. Tanımın yasanın amaç ve sınırlarını doğru ifade etmesi<sup>114</sup>, yasanın ilgisini ve uygulayıcısını doğru olarak yönlendirmesi gerekir. Yasakoyucuyu "tanımlar" bölümü yapmaya

<sup>114</sup> Akman Akyürek, "A.B.D.'de Hukuki Yazım Tekniği ve Kanun Tasarılarının Hazırlanması", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt.25, Sayı.2, 1992, s. 150-153



sevk eden etkenler, yasada kullanılan bazı kelime ve kavramların sözlük anlamından farklı bir anlamı ifade etmesini, günlük kullanım dilinden farklı bir anlama gelmesini gerektirebilir. Ancak tanımlama hangi ihtiyaçtan kaynaklanırsa kaynaklansın, tanım açık ve anlaşılabilir olmalıdır. Başka deyişle, tanımın tanımlanmaya ihtiyacı olmamalıdır. Her anlama gelebilecek, kavram belirsizliği yaratabilecek tanımlar yapmaktan kaçınılmalı, tanımlarda kullanılan kelimeler yerinde kullanılmalıdır.

Yasalarda açık ve anlaşılır dilin kullanılması ise, geniş kapsamlı ilkeler bütünü içinde ele alınması gereken bir konudur. Yasanın kendi içinde ve ilgili mevzuat bakımından terminoloji birliğinin sağlanması, kelimelerin anlam ve söz dizimlerinin muğlak olmaması, maddelerin doğru bir şekilde bölümlendirilmesi, her bir bölümün kısa, özlü ve olumlu cümlelerle tek bir konuyu düzenlemesi, maddelerde genel kural ve istisna ilişkisi ile konular arasında uyumun gözetilmesi, dil bilgisi kurallarına uyulması, noktalama işaretlerinin doğru yerde kullanılması, yasanın kapsamına giren kişi, işlem ve olguların açıkça gösterilmesi, yasa içi ve dışı atıfların anlaşılabilir nitelikte olması yönündeki ilkelere uyulmalıdır. Atıflarla ilgili kurallar ise, hukuki belirlilik açısından özel bir öneme sahiptir. Özellikle yasanın başka bir yasa hükmüne atıf yapması, gönderen yasa ile gönderilen yasa hükmünün bağlantı içinde değerlendirilmesini gerektirdiği için bu tür hükümler arasında anlam ve konu bakımından uyumluluk bulunması zorunludur. Ayrıca atıf yapılan yasanın yürürlükte olup olmadığını da dikkate almak, hukuk düzeninden kalkmış bir yasaya atıfla hukuku belirsizleştirmemek, öngörülebilirliği zedelememek gerekir. Bir yasayla diğer yasa hükümlerinin yürürlükten kaldırılması konusunda da, hangi yasada hangi hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı açıkça belirtilmeli, “diğer yasaların bu yasaya aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır” şeklinde hukuki belirsizliği arttıran hükümlere yer verilmemelidir.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> Şeref İba, Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler, s.365; Hüsnü Merdanoglu, “Hukuk Metinlerimizin Sorunları ve Çözüm Yolları”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt.27, Sayı.1, Mart 1994, s. 113-122; Anthony Watson-



Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin "Taslak hazırlamada uyulacak ilkeler" başlıklı 4. maddesinde, taslakların kapsam maddesinin herhangi bir tereddüde yol açmayacak açıklıkta düzenlenmesi, taslağın kapsamı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmuyorsa taslakta ayrıca kapsam hükmüne yer verilmemesi (m.4/-e); taslağın madde metinlerinin kısa ve anlaşılır biçimde düzenlenmesi, ayrıca içinde açıklayıcı hükümlere yer verilmemesi gerektiği belirtilmiştir. (m.4/1-e) Türk hukuk mevzuatında torba yasalar başta olmak üzere, temel nitelikteki yasalarla olağan yasaların büyük bölümünde yazım diline ilişkin genel kabul gören bu kuralların en az bir veya birkaçının ihlâl edildiği gözlenmektedir. Yasaların adından başlayan sorunlar, bir sayfayı kaplayan maddeler, yarım sayfa tutan cümleler, ek ve geçici maddelere ilişkin daha önce aktardığımız sorunlar, bağlantısız maddeler, yasanın amacı ya da kapsamına uygun olmayan içerik, atıflarda özensizlik, anlaşılmaz dil, bölümler ve madde altı hükümlerle madde metni arasında ya da yasa maddeleri arasında uyumsuzluk olarak sıralanabilecek sorunlar listesi, şekli, maddi ve teknik açıdan karmaşık bir hukuk düzenine yol açmaktadır.

"Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun/Kanun Hükmünde Kararname" adıyla yürürlükte çok sayıda yasa bulunmaktadır. Kısaca Özürlüler Kanunu diye adlandırılan, tam adı "Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" olan 5378 sayılı Yasa ise, adı itibarıyla

---

Brown, "In Search of Plain English- The Holy Grail or Mythical Excalibur of Legislative Drafting", Statute Law Review 33(1), 2011, s.7-23; Watson-Brown, Anthony (2009), "Defining 'Plain English' as an Aid to Legal Drafting", Statute Law Review 30(2), s.85-96; Strengthening plain language: public benefit and professional practice, Editor: Neil James, Clarity 64 May 2010, Journal of the international association promoting plain legal language, s. 1-64; Csaba Varga, "Doctrine and Technique in Law", s. 23-37; Maurice B. Kirk, "Legal Drafting: Curing Unexpressive Language", Texas Tech Law Review, Vol. 3: 23, 1971, s. 23-54; Dennis Kurzon, "Clarity and Word Order in Legislation", Oxford Journal of Legal Studies, Vol.5, No.2, Summer 1985, s. 269-275; Brenda Danet, "Language in the Legal Process", Law & Society Review, Vol.14, No.3, Spring 1980, s. 445-564.

farklı algı yaratan örneklerden sadece biridir. Özürlülere ilişkin yürürlükte bir yasa olmadığı halde 5378 sayılı Yasaya verilen ad, olmayan özürlüler kanununda değişiklik yapılmış izlenimi vermektedir. “Tanımlar” maddesinde ise, yasa metni içinde geçmeyen kavramların tanımı yapılmıştır. Oysa bu Yasa, özürlülere verilecek hizmetlerle ilgili çok sayıda yasaya hüküm eklemiş veya değiştirmiştir. Yasa’da geçen tanımlar, eğer değişiklik getirilen yasalar bakımından da esas alınır, durum daha da karmaşıklaşacaktır. Çünkü değişiklik getirilen yasaların bir kısmı aynı kavramları kendi yasası bakımından zaten tanımlamıştır. Tanımlar arasında farklılık olduğunda çerçeve yasadaki tanımın mı, yoksa değiştirilen yasadaki tanımın mı kabul edileceği sorununun çözümü genel yasa-özel yasa uygulaması içinde yapılırsa özel yasanın önceliği olacak, yasaların kendi tanımları esas alınacaktır. Bu durumda 5378 sayılı Yasa’daki tanımların varlığı hem anlamsız hale gelecek, hem de hukuki belirsizliği arttıran, ilgililer açısından kafa karıştıran bir sonuç doğuracaktır.

Yakın tarihte kabul edilen 6360 sayılı “On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”<sup>116</sup>, yasa yapım ilkelerine çoklu aykırılık taşıyan bir başka örnektir. Yasa’nın adı bilindik sorunu yine gündeme getirmektedir. 6360 sayılı Yasa bir çerçeve yasadır ve konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunmayan birden fazla düzenlemeye ilişkin değişikliklerin tek bir çerçeve yasayla yapılmaması gerektiği halde, bu kurala uyulmayarak torba yasa niteliğinde düzenlenmiştir. Pasaport Kanunu, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu gibi konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunmayan birden fazla düzenlemeyi değiştiren Yasa, bazı köy ve il özel idarelerini de kaldırmıştır. 27 fıkra içeren yaklaşık bir sayfalık geçici madde metnine yer verilmiştir (Geçici Madde 1). “Amaç” ve “kapsam” maddelerine ise yer verilmemesi nedeniyle Yasa’nın sistematik açıdan izlen-

<sup>116</sup> On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Kanun No. 6360, Kabul Tarihi: 12/11/2012.

mesi güçtür. Ayrıca Yasa'nın 3. maddesiyle başlayan ve "çeşitli hükümler" adı altında toplanan geriye kalan hükümleri, bölümün başlığından da anlaşıldığı gibi, çeşitli ve birbiriyle ya da Yasa'nın konusuyla bağlantı içinde olmayan yasalarda yapılan değişikliklere ilişkindir. Yasalarda "çeşitli hükümler" başlıklı hukuken bir temeli olmayan, ayrıca hukuki belirsizlik üreten bölümlere son verilmesi gerekir. Bu tür bölümlerin, hukuk devleti ilkesinin çoklu ihlâline neden olduğu çok açık olmasına rağmen, bu yöndeki uygulamalara devam edilmesi özensiz yasa yapımının kanıtlarından sadece biridir.

Torba yasalar, daha önce de açıklandığı gibi başlı başına bir hukuk devleti sorunu haline gelmiştir. Yasa yapımı konusunda kabul edilen Yönetmelik hükümleri ile genel anlamda kabul edilen standart ve ilkelerin çok dışında düzenlemeler olarak hukuki belirsizliğin temel kaynağı ve örneği durumdadırlar. 2005 yılında kabul edilen ve toplam 36 maddelik 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29 maddesi, başka yasalarda yapılan değişikliklere ilişkindir.<sup>117</sup> 29 madde ile 54 yasada değişiklik yapılmıştır. Bu yasaların birbiriyle bağlantısı ya da 5335 sayılı Yasa'yla bağlantısı olmadığını ayrıca açıklamaya gerek yoktur. Bu durum zaten torba yasaların tipik özelliğidir. Yasa'nın geçici madde sayısı 10 olup bu maddelerin bazılarında 10-14 satırlık cümleler bulunmaktadır (Geçici Madde 9 ve 10). Yasa'nın yürürlük maddesinde 12 ayrı yürürlük tarihi öngörülmüştür. Torba yasaların ortak özelliği olarak bu Yasada da "amaç" ve "kapsam" maddelerine yer verilmemiştir. Ek ve geçici maddelere de madde başlığı konmamıştır. Bu yöndeki örnekleri arttırmak mümkündür.<sup>118</sup>

<sup>117</sup> Kanun Numarası: 5335, Kabul Tarihi: 21/4/2005, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 27/4/2005 Sayı: 25798, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 44.

<sup>118</sup> İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun No. 5763, Kabul Tarihi: 15/5/2008; Özel Öğretim Kurumları Kanunu, Kanun Numarası: 5580, Kabul Tarihi: 8/2/2007, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 14/2/2007, Sayı: 26434, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 46; Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar

### D. Takdir Yetkisi

Anayasa'nın genel esaslarından biri, yasama yetkisinin TBMM'ne ait olmasıdır. Bu yetkinin devredilemeyeceği aynı hükümle emredici biçimde dile getirilmiştir (m.7). Anayasa'nın 11. maddesinde de Anayasa kurallarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarıyla diğer kuruluş ve kişileri bağladığı, yasaların Anayasaya aykırı olamayacağı hükmü yer almıştır. Bu anlamda yasama organının Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla her tür yasayı çıkarma, değiştirme ve yürürlükten kaldırma yetkisi olduğu söylenebilir. Yasama organının bu konudaki takdir yetkisini değerlendirecek makamlar, onay işlemi sırasında Cumhurbaşkanı, yasa yürürlüğe girdikten sonra anayasal denetim talep edilirse, Anayasa Mahkemesi'dir. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan denetim, sadece yasama organının yetkisini anayasal sınırlar içinde kullanıp kullanmadığını belirleme açısından değil, yasamanın takdir yetkisinin sınırlarının çizilmesinde, böylelikle benzer alanlara ilişkin sonraki yasaların bu sınırlara uygun olarak yapılmasında yasamaya yol göstermesi bakımından da önemlidir. Bu saptamaya göre Anayasa Mahkemesi'nin yasama organının yasa yapımına ilişkin takdir yetkisini hukuk devleti ilkesi açısından incelediği kararlarını iki başlıkta ele almak mümkündür:

1. Yasamanın takdir yetkisi ve sınırları
2. Yasamanın yürütmeye bıraktığı takdir yetkisi alanının sınırları

---

Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6111, Kabul Tarihi: 13.2.2011; Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6327, Kabul Tarihi: 13/6/2012; İlköğretim ve Eğitim Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6287, Kabul Tarihi: 30/3/2012; Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6009, Kabul Tarihi: 23/7/2010; Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5838, Kabul Tarihi: 18.2.2009; Elektrik Piyasası Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 5784, Kabul Tarihi: 9/7/2008.

Yasamanın takdir yetkisi ile hukuki belirlilik ilişkisinin ikincisinde daha belirgin olduğu gözlenecektir.

### 1. Yasamanın Takdir Yetkisi ve Sınırları

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında yasalar, zorunlu unsurları, amaçları, düzenlediği alan ve konuları, hukuk düzeninde meydana getireceği değişiklikler, diğer deyişle hukuki sonuçları üzerinden değerlendirilmekte, yasa metninin Anayasal sınırlar içinde kalıp kalmadığı kararı buna göre verilmektedir. Yerleşik içtihatlarda, yasakoyucunun bu yetkisini Anayasa'da öngörülen temel ilkelere ve güvencelere aykırı olmamak koşuluyla kullanacağı kabul edilmekte, yasamanın takdir yetkisi genellikle "kamu yararı" ölçütü ile sınırlandırılmaktadır. Bazı kararlarda kamu yararıyla birlikte "adalet" ve "hakkaniyet" değerine de yer verildiği, yasamanın takdir yetkisinin bu kavramlar esas alınarak değerlendirildiği gözlenmektedir. "*Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir*".<sup>119</sup> cümlesi kararların çoğunda kalıp ola-

<sup>119</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2012/102, Karar Sayısı: 2012/207, Karar Günü: 27.12.2012, R.G.2 Nisan 2013-Sayı: 28606 (Mükerrer); AYMK, Esas Sayısı: 2011/70, Karar Sayısı: 2012/77, Karar Günü: 24.5.2012, R.G. Tarih-Sayı: 06.10.2012-28433; AYMK, Esas Sayısı: 2011/110, Karar Sayısı: 2012/79, Karar Günü: 24.5.2012, R.G. Tarih-Sayı: 21.07.2012-28360; AYMK, Esas Sayısı: 2011/134, Karar Sayısı: 2012/83, Karar Günü: 24.5.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.02.2013-28558; AYMK, Esas Sayısı: 2012/28, Karar Sayısı: 2012/134, Karar Günü: 27.9.2012, R.G. Tarih-Sayı: 01.01.2013-28515; AYMK, Esas Sayısı: 2010/85, Karar Sayısı: 2012/13, Karar Günü: 26.1.2012, R.G. Tarih-Sayı: 06.10.2012-28433; AYMK, Esas Sayısı: 2011/114, Karar Sayısı: 2012/28, Karar Günü: 22.2.2012, R.G. Tarih-Sayı: 21.07.2012-28360; AYMK, Esas Sayısı: 2011/116, Karar Sayısı: 2012/39, Karar Günü: 15.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 21.07.2012-28360; AYMK, Esas Sayısı: 2002/132, Karar Sayısı: 2003/48, Karar Günü: 4.6.2003, Resmi Gazete tarih/sayı: 19.12.2003/25321; AYMK, Esas Sayısı: 2002/39, Karar Sayısı: 2004/125, Karar Günü: 29.12.2004, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 25.10.2005 - 25977; AYMK, Esas Sayısı: 2012/100, Karar Sayısı: 2013/84, Karar Günü: 4.7.2013, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 2.8.2013 - 28726.

rak kullanmaktadır. Kamu yararı” ölçütü, bazen “kamu düzeni” ile birlikte kullanılarak kamu yararının yönleneceği alanı göstermekte<sup>120</sup>, bazense her iki kavram birlikte “yasaların geriye yürümezliği ilkesi”nin istisnasını oluşturmaktadır.<sup>121</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen her iptal ve itiraz dosyası, ilgili yasanın denetimiyle beraber yasama yetkisinin denetimini de zorunlu kılmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin de ifade ettiği gibi, yasanın bütünü ya da denetlenen normun amacı bakımından anayasallık denetiminin işlevi sınırlıdır. Bu sınırlılık kararlarda; *“Bir normun amacı anayasallık denetimi açısından sınırlı bir işleve sahiptir. Anayasa’nun açıkça amaç öngörmediği durumlarda Anayasa’nın 2. maddesindeki “hukuk devleti” ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Kamu yararının subjektif niteliği dolayısıyla bir yasanın kamu yararı dışında bir amaç güttüğü, ancak açıkça görülebilen durumlarda Anayasa’ya aykırılık nedeni olarak görülebilir. Amaç yönünden Anayasa’ya aykırılıktan söz edilebilmesi için kamu yararı dışında özel bir çıkarın gözetildiğinin tespiti gerekir.”* şeklinde ifade edilmektedir.<sup>122</sup>Anayasa Mahkemesi, bu sınırın dışına çıkmamaya özen göstermektedir. Hukuk devleti açısından yaptığı değerlendirmelerde, yasaların kamu yararını gözetme zorunluluğunu ifade ederken dikkatli bir dil kullanan, düzenlemenin kamu yararına uygun olup olmadığının belirlenmesini ve takdirini yasama organına bırakan kararlarında *“Anayasa’ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, in-*

<sup>120</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2011/43, Karar Sayısı: 2012/10, Karar Günü: 19.1.2012, R.G. Tarih-Sayı: 05.04.2012-28225.

<sup>121</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2005/128, Karar Sayısı: 2008/54, Karar Günü: 7.2.2008, R.G. Tarih-Sayı: 01.07.2008-26923; AYMK, Esas Sayısı: 2006/37, Karar Sayısı: 2008/141, Karar Günü: 18.9.2008, R.G. Tarih-Sayı: 23.12.2008-27089; Esas Sayısı: 2009/39, Karar Sayısı: 2011/68, Karar Günü: 28.4.2011, R.G. Tarih-Sayı: 15.10.2011-28085.

<sup>122</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2007/105, Karar Sayısı: 2008/75, Karar Günü: 6.3.2008, R.G. Tarih-Sayı:18.03.2009-27173; AYMK, Esas Sayısı: 2011/125, Karar Sayısı: 2012/46, Karar Günü: 22.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.02.2013-28558; AYMK, Esas Sayısı: 2007/63, Karar Sayısı: 2009/152, Karar Günü: 5.11.2009, R.G. Tarih-Sayı: 15.04.2010-27553.

*celenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır.*"<sup>123</sup> yorumu, AYM'nin yasamanın siyasi iradesine müdahaleden, aktivist tavır almaktan kaçındığını göstermektedir. Bu yorum, yasama yetkisinin kamu yararına uygun olarak kullanılacağına karine olarak kabul edildiğini, karinenin aksinin ispatının ise çok açık delillerin varlığına bağlandığını göstermektedir. Aksi deyişle, yasama yetkisi özel çıkarlara hizmet edecek şekilde kullanılmadığı sürece, kamu yararına ve dolayısıyla Anayasaya uygun olduğu farz edilir. Fakat bu değerlendirme, yasamanın görev ve yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığını belirlemeye yarayan bir ölçüttür. Anayasaya uygunluk açısından bu ölçütün yeterli olmayacağı açıktır. Özel çıkarlara hizmet etmeyen bir yasanın siyasal çıkarlara ya da örtülü amaçlara hizmet etmesi mümkündür.<sup>124</sup> Bu tür amaçların meşruluğu ise, ölçülülük ilkesi ile birlikte anayasayla korunan diğer değer ve ilkelere uygunluk koşuluna bağlıdır. Bir yasa kamu yararı amacına hizmet etmekle birlikte hak ve özgürlüklere ölçüsüz müdahale ediyor olabilir. Yasamanın takdir yetkisinin keyfi olarak kullanımını engellemek Anayasa yargısının varlık nedenlerinden biri olduğuna göre her iki durumda da bu olguların araştırılması hukuk devleti açısından zorunluluk, çoğunlukçu demokrasi pratiklerini frenlemek bakımından da bir gerekliliktir.

Anayasa Mahkemesi de bu sorunun farkına varmış olmalı ki, zaman içinde "kamu yararı" ölçütünü hukuk devleti ilkesi ile bağlantılı olarak kullanmaya başlamış, bazı kararlarda kamu yararına uygunluğu hukuk devletine uygunluk ile özdeş tutmuştur.<sup>125</sup> Bazı kararlarda ise yasama yetkisi, hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak Anayasa'nın 13. maddesindeki sı-

<sup>123</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2011/113, Karar Sayısı: 2012/108, Karar Günü: 18.7.2012, R.G. Tarih-Sayı: 01.01.2013-28515; AYMK, Esas Sayısı: 2006/20, Karar Sayısı: 2006/25, Karar Günü: 22.2.2006, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 10.01.2007-26399; AYMK, Esas Sayısı: 2007/105, Karar Sayısı: 2008/75, Karar Günü: 6.3.2008, R.G. Tarih-Sayı: 18.03.2009-27173.

<sup>124</sup> Erdoğan Teziç, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun 'Esas' Açısından Denetimi", Anayasa Yargısı Dergisi, 2. Cilt, 1985, s.29-32

<sup>125</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2008/44, Karar Sayısı: 2011/21, Karar Günü: 20.1.2011, R.G. Tarih-Sayı: 14.04.2011-27905.



nırlamalar çerçevesinde değerlendirilmiştir. 13. madde kapsamındaki değerlendirmelere genelde yasaların ceza hukukuna ilişkin kişi güvenceleriyle temel hak ve özgürlükleri ihlâl ettiği iddiasına dayanan davalarda başvurulmuştur.<sup>126</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki içtihatlarında gelinen son nokta, hukuk devletini kamu yararıyla birlikte veya bağımsız olarak farklı ölçütlere bağlamak ve yasamanın takdir yetkisini bu ölçütler üzerinden değerlendirmektir. Yasama yetkisinin hukuk devletiyle bağlantılı olarak sınırlandırılmasında kullanılan ölçüt, "ölçülülük" ilkesidir. Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kabul ettiği "ölçülülük" ilkesine göre yasama yetkisi "elverişlilik", "gereklilik - bazı kararlarda zorunluluk" ve "orantılılık" olarak adlandırılan üç alt unsura dayalı teste tabidir. "Elverişlilik", başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını; "gereklilik", başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli/zorunlu/kaçınılmaz olmasını, "orantılılık" ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Hukuk devletinin "devlet yetkilerinin keyfi olarak kullanılmasını önleme" temel işlevini öne çıkaran üçlü tarama testi, bazen devletin diğer organ ve kurumlarının yetkisi ve işleyişi ile yasama yetkisinin uzlaştırılmasında, çoğunlukla kişi hak ve özgürlükleri ile kişilere sağlanan hukuki güvencelerin korunmasında kullanıma girmektedir.<sup>127</sup>

<sup>126</sup> AYMK, Esas Sayısı: 1989/6, Karar Sayısı: 1989/42, Karar Günü: 7.11.1989, R.G. Tarih-Sayı: 06.04.1990-20484; AYMK, Esas Sayısı: 2009/11, Karar Sayısı: 2011/93, Karar Günü: 9.6.2011, R.G. Tarih-Sayı: 16.11.2011-28114; AYMK, Esas Sayısı: 2010/40, Karar Sayısı: 2012/8, Karar Günü: 19.1.2012, R.G. Tarih-Sayı: 6.3.2013-28579.

<sup>127</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2012/102, Karar Sayısı: 2012/207, Karar Günü: 27.12.2012, R.G. Tarih-Sayı: 2.4. 2013-28606 (Mükerrer); AYMK, Esas Sayısı: 2012/80, Karar Sayısı: 2013/16, Karar Günü: 17.1.2013, R.G. Tarih-Sayı: 23.1. 2013-28537; AYMK, Esas Sayısı: 2012/28, Karar Sayısı: 2012/134, Karar Günü: 27.9.2012, R.G. Tarih-Sayı:1.1. 2013-28515; AYMK, Esas Sayısı: 2007/63, Karar Sayısı: 2009/152, Karar Günü: 5.11.2009, R.G. Tarih-Sayı: 15.04.2010-27553; AYMK, Esas Sayısı: 2012/128, Karar Sayısı: 2013/7, Karar Günü: 10.1.2013, R.G. 23.3.2013-28596; AYMK, Esas Sayısı: 2009/11, Karar Sayısı: 2011/93, Karar Günü: 6.2011, R.G. Tarih-Sayı: 16.11.2011-28114; AYMK, E.2007/95, K.2011/61 Karar Günü: 30.3.2011, R.G. Tarih-Sayı: 05.07.2011-27985; Söz konusu ölçütler Prof. Dr. Fazıl



## 2. Yasamanın Yürütmeye Bıraktığı Takdir Yetkisi Alanının Sınırları

Anayasa Mahkemesi'nin yasa yapım faaliyetine ilişkin takdir yetkisi kavramına başvurduğu kararlarının bir kısmında yasaların hukuki güvenlik ve onunla bağlantılı olarak hukuki belirlilik ilkesini karşılayıp karşılamadığı sorunu irdelenmiştir. Fakat yasaların hukuki belirlilik ilkesi açısından değerlendirildiği her kararda, yasamanın takdir yetkisi üzerinde durulmamıştır. Hukuki belirlilik ilkesi genelde, yasamanın yürütme ve idareye düzenleme yapma yetkisi verdiği yasalar bakımından iki nedene bağlı olarak iptal nedeni sayılmıştır; birincisi yürütme ve idareye bırakılan takdir alanının belirsizliği, diğeri ise yasada kullanılan terimlerin belirsizliğine bağlı olarak genişleyen idari alan.

### a. Yürütme ve idareye bırakılan takdir alanının belirsizliği

Anayasa Mahkemesi önüne gelen yasalar, yasa yapımında asli yetkiye sahip yasama organı tarafından yapıldığı için nihayetinde bu organın takdirinde kabul edilse de, özellikle karar gerekçelerinde yasama organıyla beraber yürütme ve idarenin yetki sınırlarının çizilmesi zorunluğu bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin "verginin yasallığı" ve "idarenin yasallığı" ilkeleri üzerine değerlendirmelerinde bu olgu daha net olarak görünmektedir. Anayasa Mahkemesi söz konusu ilkelerin zorunlu sonucu olarak, yürütme ve idarenin düzenleme yetkisini kullanabileceği alanları, yasayla düzenlenmesi zorunlu konular dışında kalan, temel esas ve ilkeleri yasayla saptan-

---

Sağlam'ın doçentlik tezi olarak hazırladığı eserinde derinlemesine analiz edilmiştir. Doç. Dr. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özütü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 506, S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları:4, Ankara 1982; Alman Anayasa Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesi'nin tutumunu karşılaştıran bir çalışma için, Zafer Gören, "Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Anayasa Mahkemesi ve Parlatentonun Karşılıklı Etkileşimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt.13, Ölçülülük ilkesinin anayasa yargısındaki rolü için, Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği" *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt.10, 1993, s. 25-48.

miş, sınırları net olarak çizilmiş alanlar şeklinde ifade etmiştir. Yürütme ve idareye bırakılan düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin devri olarak nitelenmemesi için yasaların bu yönden taşınması gereken özelliklerini de içtihatlarında açıklamıştır. Buna göre; *Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa koyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla özel bir uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir.*<sup>128</sup> *“Hukuk devleti ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller. Bunu gerçekleştirmenin başlıca yolu ise kural konulmasını gerektiren durumlarda bunların genel, soyut ve anlaşılabilir olmasını sağlamaktır. Bu bakımdan, kanun koyucunun bir konuyu ayrıntılı şekilde düzenleme yetkisi bulunmakta ise de, temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, diğer ayrıntıların kanunda düzenlenmemesi hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturmaz.”*<sup>129</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı dönüşen yorumu, somut olayın niteliğine göre genellikle düzenleme konusunun teknik ve uzmanlık isteyen bir alana ait olması ya da değişen ekonomik koşul ve gelişmelere göre idareye takdir yetkisi tanınmasının zorunlu olmasına dayandırılmaktadır. Bir

<sup>128</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2010/85, Karar Sayısı: 2012/13, Karar Günü: 26.1.2012, R.G. Tarih-Sayı: 06.10.2012-28433; Benzer bir değerlendirme için, AYMK, Esas Sayısı: 2009/45, Karar Sayısı: 2011/88, Karar Günü: 2.6.2011, R.G. Tarih-Sayı: 28.3.2013-28601; AYMK, Esas Sayısı: 2011/44, Karar Sayısı: 2012/99, Karar Günü: 21.6.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2013-28586.

<sup>129</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2011/44, Karar Sayısı: 2012/99, Karar Günü: 21.6.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2013-28586.

karar gerekçesinde bu durum çok net açıklanmıştır; “...iptali istenilen kuralda; muhammen bedelin, hangi yerlerde, hangi madenler için, hangi koşullar altında, kim tarafından belirleneceği ve bu bedel belirlenirken hangi kriterlerin değerlendirileceği açık, net, anlaşılır ve nesnel bir şekilde belirtildiğinden, kuralda belirsizlik ve hukuk devletine aykırılık bulunmamaktadır. İptali istenilen kuralda tanımı yapılan muhammen bedel, çıkarılacak olan madenin cinsine, rezervoine ve bulunduğu yere göre değişebilecek nitelikte olup bu bedelin belirlenmesi teknik ve uzmanlık gerektiren işlerdendir. Bu bağlamda, kuralda temel ilkeler ve sınırlar gösterilerek çerçeve çizildikten sonra, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren hususları düzenleme yetkisinin idareye verilmesinde Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”<sup>130</sup>Bir başka kararında; Anayasa’nın 7. maddesine göre, yasama organı Anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla, herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılabilir. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakabilir. İtiraz konusu kurala bu açıdan yaklaşıldığında; serbest bölgelerin yer ve sınırlarının hangi yöntem izlenerek kurulacağı, serbest bölgeyi kuracak kamu veya özel kuruluşun ne şekilde belirleneceği, serbest bölgenin yönetim usul ve esaslarının ne olacağı, işletici kuruluşun idareyle ve bölgede faaliyette bulunanlarla ilişkileri gibi hususların zamana, günün koşullarına, yabancı devletlerin uygulamalarına göre sık sık değişebilecek teknik konular olduğu düşünülerek, yasakoyucu tarafından kanunla 3218 sayılı Yasa’nın amacının yer aldığı 1. maddesiyle çizilen yasal çerçeve içinde kalmak suretiyle ve yürürlükteki diğer yasal kurallara aykırı olmamak üzere,

<sup>130</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2010/85, Karar Sayısı: 2012/13, Karar Günü: 26.1.2012, R.G. Tarih-Sayı: 06.10.2012-28433; Benzer bir yorum için, AYMK, Esas Sayısı: 2011/59, Karar Sayısı: 2012/34, Karar Günü: 1.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 2.4.2013-28606 (Mükerrer); AYMK, Esas Sayısı: 2011/106, Karar Sayısı: 2012/192, Karar Günü: 29.11.2012, R.G. Tarih-Sayı: 2 Nisan 2013- 28606 (Mükerrer).

Bakanlar Kurulu'na yasayla tanınan yetki, yasama yetkisinin devri şeklinde nitelendirilemez» diyerek iptal talebini reddetmiştir. Bu karara karşıoy kullanan Fazıl Sağlam, itiraz konusu kuralda Bakanlar Kurulu'na verilen yetkilere ilişkin temel ilkelerin yeterli bir çerçeve sunmadığını ve sınırların belirgin olmadığını ifade ederek, bu eksikliğin yargısal denetimi güçleştireceğini, yasanın yargısal denetimi sağlayacak bir yeterliğe ve somutluğa sahip olmadığını ileri sürmüştür.<sup>131</sup>

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bu konuyu açıkça ifade etmiş ve bir takım ölçütler getirmeye çalışmıştır. Buna göre, yasakoyucu genel kurallar koyup idareye takdir yetkisine göre düzenleyebileceği alan bırakırken gene anayasada öngörülen idarenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlamalıdır. Anayasa Mahkemesi bu nitelikteki kararlarında nesnel kuralın ölçütünü *“temel esaslar” veya “temel hükümler”in yasada yer alması, “uzmanlık” ya da “yönetim tekniği”ne ilişkin konuların dü-*

<sup>131</sup> Esas Sayısı: 2002/39, Karar Sayısı: 2004/125, Karar Günü: 29.12.2004, Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 25.10.2005 - 25977; Benzer nitelikte karşıoy kararları için, “Herhangi bir konunun yasayla düzenlenmiş olduğunun kabulü için, yetki veren yasada temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, belirsiz, geniş bir alanın yürütmeye bırakılmaması gerekir. Düzenleme yetkisinin bu kapsamda kullanılması, hakkaniyete uygun adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde, kişilerin hukuk güvenliğinin sağlanması için de önemlidir. Yargısal denetimin gereği gibi yapılması da idarenin sınırları belli olan alanlarda yetki kullanmasına bağlıdır. İtiraz konusu kuralla idareye hazineye ait taşınmazları, ilgili kooperatiflere doğrudan satma yetkisi verilirken bunları satın satmama, birden fazla istekli varsa dilediğine satma konusunda hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkesiyle bağdaşmayacak biçimde geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu “doğrudan satılabilir” ibaresinin, Anayasa'nın 2., 8. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.” AYMK, Esas Sayısı: 2012/54, Karar Sayısı: 2012/188, Karar Günü: 29.11.2012, R.G. Tarih-Sayı: 2 Nisan 2013- 28606 (Mükerrer); AYMK, Esas Sayısı: 2011/106, Karar Sayısı: 2012/192, Karar Günü: 29.11.2012, R.G. Tarih-Sayı: 2 Nisan 2013- 28606 (Mükerrer); AYMK, Esas Sayısı: 2010/40, Karar Sayısı: 2012/8, Karar Günü: 19.1.2012, R.G. Tarih-Sayı: 6.3.2013-28579; AYMK, Esas Sayısı: 2007/105, Karar Sayısı: 2008/75, Karar Günü: 6.3.2008, R.G. Tarih-Sayı: 18.03.2009-27173; AYMK, Esas Sayısı: 2003/87, Karar Sayısı: 2005/110, Karar Günü: 28.12.2005, Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 16.11.2006-26348.

zenlenmesinin ise yürütmeye bırakılması şeklinde açıklamıştır.<sup>132</sup> Fazıl Sağlam'ın karşıoy yazısında da belirtildiği gibi, idareye düzenleme yetkisi ve dolayısıyla belli bir takdir hakkı tahsis edilirken, düzenleme alanının teknik ve uzmanlık isteyen bir iş olup olmadığına ya da değişen koşullara göre idarenin hareket alanını genişletmek adına verilen yetkinin yargısal denetimi zayıflatmaması ya da bu imkânı ortadan kaldırmaması gerekir. Aksi halde hukuk devletinin “belirlilik” ile birlikte “devlet faaliyetlerinin yargısal denetime tabiliği” unsurlarının ihlali kaçınılmaz olacaktır.

### **b. Yasada kullanılan terimlerin belirsizliğine bağlı olarak genişleyen idari alan**

Anayasa Mahkemesi'nin hukuki belirlilik/belirsizlik açısından değerlendirme yaptığı kararların bir kısmı ise, yasa hükümlerinde kullanılan kavramlara ilişkindir. 15.2.2011 tarihli 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un olağanüstü durumların ortaya çıkardığı kriz zamanlarında ifade ve haber alma özgürlüğünün sınırlandırılmasını düzenleyen hükmünün belirsiz olduğu iddiasına dayanan başvuruya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı, yasamaya tanınan takdir yetkisiyle hukuki belirlilik arasındaki ilişkiyi açıkça göstermesi bakımından iyi bir örnektir. Söz konusu Yasa hükmünde “olağanüstü durumların ortaya çıkardığı kriz zamanları” örneklerle açıklanmış, bu dönemlerde de ifade ve haber alma özgürlüğünün esas olduğunun altı çizilmiş, ikinci fırasında ise, “ancak milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda, Başbakan veya görevlendireceği bakan geçici yayın yasağı getirebilir”

<sup>132</sup> AYMK, Esas Sayısı: 1967/41, Karar Sayısı: 1969/57, Karar Günü: 23-25.10.1969, Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 12.3.1971/13776; AYMK, Esas Sayısı: 1962/281, Karar Sayısı: 1963/52, Karar Günü: 7.3.1963, Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 11.5.1963/11400; AYMK, Esas Sayısı: 1977/1, Karar Sayısı: 1977/20, Karar Günü: 5.4.1977, Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 5.12.1977/16130, Aktaran, Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt. 3, 1986, s. 209-211.

denilmiştir. Dava dilekçesinde, maddenin başlığının “*olağanüstü dönemlerde yayınlar*” olmasına rağmen kuralda yer alan “*olağanüstü durumlar*” ibaresi ile “*milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı haller*” ve “*kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar*” ibarelerinin soyut ve belirsiz olduğu, geçici yayın yasağının çerçevesinin çizilmediği, dava konusu kuralın belirsizliği nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesinin ihlal edildiği öne sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde, kuralda yer alan “*olağanüstü durumlar*”, “*milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı haller*” ve “*kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar*” ibarelerinin içerik ve kapsamının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesinin mümkün olmadığını, ayrıca bu ibarelere doktrin, uygulama ve yargı kararlarıyla zaman içerisinde anlam kazandırılarak ibarelerin genel çerçevesinin belirlendiği ve içeriğinin somutlaştırıldığını ifade etmiştir.<sup>133</sup>

Bu nedenle dava konusu kural ile geçici yayın yasağı getirilebilmesi için gerekli durum ve şartların temel esasları ve çerçevesinin belirlenmiş olduğunu kabul etmiş, dava konusu kuralın

---

<sup>133</sup> İşte AYM’nin yukarıda işaret ettiğim 1961 Anayasası dönemine ilişkin kararları tam da bu noktada önem kazanıyor. Yukarıda “unutuldu” demiştim, ama değindiğin kararlar artık bu içtihadattan kesin ve bilinçli olarak dönüldüğünü gösteriyor. Çünkü “*olağanüstü durumlar*”, “*milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı haller*” ve “*kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar*” Anayasa’nın 119 ve 120. Maddeleri ile basın hürriyeti ile ilgili maddelerin yayın yasağına ilişkin bölümlerinden somutlaştırma yapılmadan aktarılmış ölçütlerdir. Oysa bunların tümü yasama organına yöneltilmiştir. Bunları somutlaştırma görevi yürütme organına aktarılamaz. Üstelik bunlar için öngörülmuş Sıkıyönetim Yasası Olağanüstü Hal Yasası gibi özel yasalar ve bu yasalarca yetkili kılınmış makamlar anayasa gereği mevcutken. Ayrıca olağanüstü hal KHK’leri de böyle durumlar için öngörülmüştür. Ama bunların özelliği ilan edilen olağanüstü yönetim ile sınırlı olmasıdır. Bütün bunlardan bağımsız olarak hiçbir somutlaştırma yapmadan başbakanı ya da onun görevlendireceği bakanı yayın yasağı koymakla yetkili kılmak AY ile ve AYM’nin 61 AY Dönemine ilişkin kararları ile bağdaştırılamayacağı gibi Başbakana anayasada yer almayan yetkilerin verilmesi anlamına gelir.. Bu tür belirsiz kavramların Anayasadaki muhatabı ise yürütme ya da idare değil yasama organıdır. Bu kararlar yasama organı, kendisine yöneltilmiş belirsiz kavramları belirleme yetkisini idare makamlarına devretmiş ve idarenin takdir yetkisi alanına aktarmış oluyor. Prof. Dr. Fazıl Sağlam’ın aldığı notlardan. S.Ç.

hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yönü bulunmadığına karar vermiştir. 6112 sayılı Kanun'un geçici yayın yasağı kararına ilişkin yetkiyi Başbakan veya görevlendireceği bir bakana veren hükmüne yapılan itiraz, bu yetkinin kullanılacağı durumların seri karar almayı zorunlu kıldığı ve gerekçesiyle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, yetkinin kullanımına ilişkin Kanun'da "olağanüstü durumlar", "milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı haller" ve "kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar" olarak sıralanan koşulların belirlenmesinde de yasakoyucunun takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmiş ve ayrıca incelemeye gerek görmemiştir. Kanun hükümlerinde yer alan "gizlilik taşıyan bilgi" ve "her türlü sır" kavramlarının belirsiz olduğu iddiasını ise, bu kavramların kapsam ve içeriğinin önceden kanun koyucu tarafından belirlenmesi ve tek tek sayılmasının mümkün olmadığını, anılan ibarelerin RTÜK'ün kanunla düzenlenmiş görev ve yetkileri kapsamında olan konuları içerdiğinin açık olduğunu öne sürerek reddetmiştir.<sup>134</sup> Karar gerekçesinde kapsamı, sınırları ve anlamı açısından belirsiz olduğu iddia edilen kavramların doktrin görüşleri, uygulama ve yargı kararlarıyla zaman içinde anlamının ortaya çıktığını ve bu konuda bir tereddüt olmadığını ileri süren Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne katılmak mümkün değildir. "Milli güvenlik" kavramı, Anayasa Mahkemesi'nin ileri sürdüğü üç bilgi kaynağında da net bir tanıma kavuşturulamamıştır. MGK ve MGK Genel Sekreterliği Kanunu'nda yer alan "milli güvenlik" tanımı<sup>135</sup> ise, içinde ayrıca tanımlanmaya ihtiyaç gösteren belirsiz kavramları barındırması nedeniyle tam bir tanım kabul edilemez (m.2/a). Özellikle kişi hak ve özgürlükleri aleyhine sonuç doğuracak düzenlemelerde herkesçe bilinen ve kabul edilen objektif bir anlamı olan kavramlar dışında kalan kavramların mümkün olduğu ölçüde somutlaştırılması gerekir. Somutlaştırma olanağı bulunduğu halde soyut kavram ve ilkelere yer veren yasanın belirsiz olduğu varsayılmalıdır.

<sup>134</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2011/44, Karar Sayısı: 2012/99, Karar Günü: 21.6.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2013-28586.

<sup>135</sup> Kanun Numarası: 2945, Kabul Tarihi: 9.11.1983, R.G. 11.11.1983-18218.



Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında tartışılması gereken diğer konu, olağanüstü hal ya da sıkıyönetim ilanını gerektirmeyen "olağan dışı durumlar" a özgü kriz dönemlerinin anayasal açıdan anlamının belirlenmemiş, bu dönemlerde ifade ve haberleşme hürriyetlerinin anayasal sınırlarının tahlil edilmemiş olmasıdır. İptali istenen hükümde "savaşlar, terör amaçlı saldırılar, doğal afetler ve benzeri olağanüstü durumlar" dan söz edilmekte, olağan üstü hal ya da sıkıyönetim kararı aranmamaktadır. Olağan üstü yönetim usulleri, ancak Anayasa'nın öngördüğü ölçüler içinde yasayla düzenlenmiş kurallara uygun olarak idareye seri hareket imkânı veren, hürriyetlerin bir süre kısıtlanmasını veya durdurulmasını sağlayan geçici, otoriter yönetimdir.<sup>136</sup> Kaldı ki bu dönemlerde bile Anayasa'nın 15. maddesindeki sınırlamaların gözetilmesi, bazı hak ve özgürlüklere dokunulmaması gerekmektedir. Düşünce ve haber alma özgürlüğü bu anlamda sert çekirdekli haklardan değildir, ancak 15. maddede kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağına ve bundan dolayı suçlanamayacağı belirtilmiştir. İfade hürriyetinin bu sınırlar çerçevesinde korunması zorunludur. Ayrıca düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin Anayasa'nın 26. maddesinde bu hürriyetlerin hangi nedenlere bağlı olarak sınırlandırılacağı sayılmış, kullanım şekli, usulü ve şartlarının kanunla düzenleneceğine hükmedilmiştir. "Kanunla düzenleme" nin ne anlama geldiği yukarıdaki Anayasa Mahkemesi kararlarında da açıktır. Bu özgürlüğün kullanımıyla ilgili düzenleme yapma ya da karar verme yetkisi yürütmeye bırakılacaksa, yasada yetkinin esasları, ilkeleri, şartları, sınırları ve kullanım usulü çok açık, tereddüde yer vermeyecek biçimde açıklanmalıdır. Anayasa'nın 26/3 hükmünde, haber ve düşüncelerini yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümlerin, bunların yayımını engellemek kaydıyla düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmayacağı belirtilmekle, haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanımının düzenleyici işlemlerle engellenemeyeceği açıktır. Başbakan ya

---

<sup>136</sup> Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.1, Sayı.2, Aralık 1997, s.222-231



da görevlendireceği bakanın “geçici yayın yasağı” verme kararı, bir düzenleyici işlem niteliğinde olmasa da, yürütmenin idari bir işlemidir. İdarenin işlem türü ne olursa olsun, temel hak ve özgürlüklere müdahale ancak anayasal ve yasal sınırlar çerçevesinde mümkündür.

Anayasa’nın haberleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemesinde haberleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesini gerektirecek nedenler sayılmış, bu nedenlere bağlı olarak yapılacak sınırlamaların ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciinin yazılı kararına dayandırılmış ve bu kararların yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulması gerektiği belirtilmiştir (m.22/2). Bu durumda yargı kararına dayanılmadıkça, haberleşmenin yürütme ve idare eliyle engellenmesi söz konusu olamaz. Anayasa’nın 22/3 hükmünde “istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirtilebileceği” ibaresinin ise dar yorumlanması, Anayasa’nın 13. maddesindeki sınırlama ölçütleri çerçevesinde uygulanması gerektiği açıktır.

Anayasa Mahkemesi’nin temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına gelebilecek yetkileri yürütme ve idareye bırakan yasa hükümlerine ilişkin denetimde çok daha özenli bir değerlendirme yapması zorunludur. Yukarıdaki somut olgudan hareketle, söz konusu yasa hükümlerinin ifade ve haber alma özgürlüklerini düzenleyen Anayasa hükümlerindeki sınırlama nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması, eğer nedenler bakımından örtüşme varsa, yasanın Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçütlere göre değerlendirilmesi gerektiği halde bu yönde bir araştırma yapılmaksızın soyut ifadelerden hareketle karara varılmış olmasının Anayasay’la bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır. Anayasa’nın 13. maddesi ve hukuk devleti ilkesi ile bağlantılı olarak yapılacak dikkatli bir araştırmayla yürütmeye verilen takdir yetkisinin tehlikelerine dikkat çeken bir karar, bu nitelikteki yasalar açısından yasamanın hukuk devleti ve hukuki belirlilik ilkelerine daha fazla özen göstermesini sağlamak bakımından da isabetli olurdu.<sup>137</sup>

<sup>137</sup> Yürütmenin düzenleyici işlemlerinin sınırı ve yargısal denetimi ile ilgili bilgi için, Cengiz Arıkan, Türk anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin

Yasada kullanılan terimlere bağlı olarak gelişen hukuki belirsizlik ve bu belirsizliğin yarattığı geniş takdir alanı üzerine kamuoyunu epeyce meşgul eden ve ardından Anayasa Mahkemesi'ne taşınan 6278 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ise, yürütmeye verilen takdir yetkisinin sınırları ile hukukun belirliliği-öngörülebilirliği ve güvenliği arasındaki ilişkiyi gündeme taşınması bakımından üzerinde durulması gereken başka bir örnektir. 6278 sayılı Kanun az sayıda maddesiyle tipik bir değişiklik kanunudur. Kısa bir Kanun olmakla birlikte 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu (kısaca MİT Kanunu)'nda yaptığı değişiklik nedeniyle bir anda kamuoyunun gündemine oturmuş, anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'ye taşınmıştır. 6278 sayılı Kanun kamuoyu, siyaset ve hukuk alanında tartışmalı kılan nokta, MİT mensuplarının görev suçlarından dolayı cezai takibatını Başbakan'ın iznine bağlayan MİT Kanunu'nun 26. maddesinde yaptığı değişikliğin, başta hukuk devleti olmak üzere Anayasa'nın diğer hükümlerine aykırılık taşıdığı iddiasıdır. Söz konusu değişiklik öncesi MİT Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca, "MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan ötürü haklarında cezai takibat yapılması başbakanın iznine bağlıdır". 6278 sayılı Kanun'la

---

Devredilmezliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 119-176; Lütfi Duran, "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 30, Sayı 3-4 (1964), s. 466-492; Müslüm Akıncı, "Normatif Düzen Kalitesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 3, Sayı. 1, Yıl 2012, s. 202-210; Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965; Onur Karahanoğulları, "Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği (Bir Öneri: Birlikte Yasama)", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 31, Sayı 2, Haziran 1998, s. 41-61; Şabahattin Yürekli, "Bakanlar Kurulu'nun Vergilendirme Yetkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 1997, Sayfa sayıları belirtilmemiş. [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1\\_2\\_17.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_17.pdf) (2.03.2013); F. Ebru Günd, "Yürütmenin Düzenleyici İşlemlerinin Yargısal Denetimleri", Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. XI, Sayı. 1-2, Haziran-Aralık 2007, s. 754-775; Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yaşama Yetkisi ile Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 54, Sayı 1-4, 1991-1994, s. 33-44.

yapılan değişiklik sonrası aynı hüküm, “MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından başbakan tarafından görevlendirilenlerin görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanununun 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlıdır” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece MİT mensuplarına ilaveten *belirli bir görevi ifa etmek* üzere başbakan tarafından görevlendirilen kamu görevlilerinin cezai takibatı da Başbakanın iznine bağlanmış, suç kapsamı kişi ve unsur bakımından genişletilmiştir. Diğer yandan madde, suçun unsurları ve doğrudan soruşturulamayacak kişilerin kimler olacağı bakımından belirsizleştirilmiştir. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 26. maddesinin değişmeden önceki şeklinde, haklarında cezai takibat yapılması Başbakan’ın iznine bağlı olan grup yalnızca (Milli İstihbarat Teşkilatı) MİT mensupları ile sınırlı tutulmuş, bu nitelikteki kamu görevlilerinin soruşturma izni bakımından yasanın kapsamı açıkça gösterilmiş idi.

Değişiklik Kanunu’nun ilgili hükmüne yapılan itiraz özellikle *belirli bir görevi ifa etmek* ibaresi üzerine yoğunlaşmış, bu ibarenin belirsiz olduğu ve yürütmeye Anayasa aykırı biçimde geniş takdir yetkisi verdiği ileri sürülmüştür. Söz konusu değişikliğin “soruşturma izni” nin kapsamını hem kişiler hem de olası suç unsuru yönünden belirsiz hale getirdiği, haklarında cezai takibat yapılması Başbakanın iznine bağlı olan kamu görevlileri konusunda takdire bağlı belirsiz bir yetki içerdiği ve Anayasa’nın hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu iddiası Anayasa Mahkemesi’ne taşınmıştır.<sup>138</sup> Anayasa Mahkemesi anaya-

<sup>138</sup> Aynı iddia 3713 sayılı Kanun’un başlığı ile birlikte 10. maddesini de değiştiren, fakat 2937 sayılı MİT Kanunu’nun 26. madde hükmünü bu değişiklikten istisna tutan torba yasa niteliğinde “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Erteleme Hakkında Kanun” ’a karşı da ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi benzer

saya aykırılık sorununu anayasa hükümlerine değil, değiştirilen MİT Kanunu'nun bütünü içinde çözmeye çalışmıştır. Bu çerçevede, MİT'in görev ve yetkilerinin 2937 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olduğu, iptali istenen kuralda yer alan "belirli bir görev" ibaresinden MİT'in kanunla belirlenen görevlerinin anlaşılması gerektiği ve görevlendirilecek olan kamu görevlisinin de kanunla belirlenmiş olan yetkileri kullanacağı yönünde bir değerlendirmeye kuralda belirsizlik bulunmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca dava konusu kural uyarınca Başbakan tarafından *belirli bir görevi ifa etmek* üzere görevlendirilecek kişilerin de kamu görevlisi olması gerektiğinden, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda kamu görevlisi olabilmenin asgari şartlarının açıkça yazılı olduğunu ileri süren Anayasa Mahkemesi, görevlendirilecek kişilerin nitelikleri bakımından da belirsizlik bulunmadığına kanaat getirmiştir.<sup>139</sup>

AYM, yasaların hukuki belirsizlik nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu iddiasını taşıyan başvurulara ilişkin kararlarında genelde belirlilik ilkesinin anlamını ve hukuki güvenlik ile bağlantısını doğru bir tespitle ortaya koymaktadır. 2937 sayılı MİT Kanunu'na ilişkin yukarıdaki kararında da "belirlilik" ilkesini, "hukuksal güvenlikle bağlantılı olarak bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmesi anlamına geldiği, bireylerin ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebileceği ve davranışlarını ayarlayabileceği" şeklinde açıklamıştır. "Normların öngörülebilir olması, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesi, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması" olarak açıklanan hukuk güvenliğinin şartları bakımından da AYM, uluslararası mahkeme kararları ve doktrin doğrultusunda isabetli

---

nitelikte bir karar vermiştir. AYMK, Esas Sayısı: 2012/100, Karar Sayısı: 2013/84, Karar Günü: 4.7.2013, R.G. Tarih-Sayı: 2.08.2013-28726

<sup>139</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2012/19, Karar Sayısı: 2013/17, Karar Günü: 17.1.2013, R.G. Tarih-Sayı: 12.05.2013-28645.

saptamalarda bulunmuştur. Ancak AYM'nin bu kararlarla birlikte benzer nitelikteki diğer kararlarında dikkat çeken yön, norm somutlaşmasına<sup>140</sup> gidilmemesi ve eksik değerlendirmede bulunulmasıdır. Müller öğretisinde norm "norm metni"nden farklı olarak ancak somut olayda ortaya çıkabilir. Somutlaşma olarak ifade edilen bu olgu, norm metninin dilsel anlamını değil, norm metninin sunduğu çerçevede farklı unsurların da dikkate alınmasını gerektirir. Farklı unsurlar arasında diğer yorum yöntemlerinin getirdiği bakış açıları da yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi MİT Kanunu kararında norm metninin dilsel anlamını yine aynı Kanun hükümlerinden yola çıkarak değerlendirmiş, sözel yorum dışında başka yorum yöntemlerine başvurmamıştır. Oysa Kanun teklifinin kısa gerekçesinde Başbakan tarafından görevlendirilecek kişilerin "özel bir görevin ifası"na yönelik görev yapacağı belirtilmiştir.<sup>141</sup> Teklifi esas komisyon olarak görüşen Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği metinde de aynı ibare kullanılmıştır.<sup>142</sup> Bu ibare kamuoyu ve muhalefet partileri tarafından Kanun teklifinin İstanbul Özel Yetkili Cumhuriyet Savcısının MİT Müsteşarı hakkında Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 250'nci maddesine dayanarak başlattığı soruşturmadan Müsteşarı ve diğer bürokratları kurtarma amaçlı bir değişiklik olarak algılanmıştır. MİT Kanunu'nun 26'ncı maddesini bir engel olarak görmeyen Özel Yetkili Cumhuriyet Savcının Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 250'nci maddesine dayanarak MİT Müsteşarı ve bazı görevlileri hakkında soruşturma başlatması ve akabinde verilen değişiklik teklifinin kişiye ve olaya özgü olduğu iddialarını tetiklemiştir. Söz konusu ibareler Meclis Genel Kurulu'nda da tartışılmış, kanun teklifini veren iktidar partisi adına söz alan milletvekil-

<sup>140</sup> Somutlaştırma, normun yorumlanması ile birlikte her somut olayda nasıl uygulandığını da belirleme faaliyeti olarak tanımlanabilir. Yorum yöntemleriyle birlikte norm somutlaşması ile ilgili bilgi için, Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta, Kasım 2010, İstanbul, s. 297-299.

<sup>141</sup> Kanun teklifinin gerekçesi için, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0343.pdf>(9.09.2013).

<sup>142</sup> Adalet Komisyonu'nun raporu için, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss164.pdf> (9.09.2013).

lerinin bu iddialara verdikleri yanıtlarda, aslında böyle bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı, fakat gelişen olaylar ve uygulamadaki yanlış yorumlamaların böyle bir düzenlemeyi Meclis gündemine getirmek zorunda bıraktığı açıkça ifade edilmiştir. Bu nitelikteki beyanlar tutanaklarda yer almaktadır.<sup>143</sup> Kanun teklifinin Meclis Genel Kurul'unda görüşülmesi esnasında ileri sürülen itirazlara dayalı olarak iktidar partisinin önerisiyle “belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin” şeklinde değiştirilmesi, Adalet Komisyonu aşamasında Kanun teklifine geçici hüküm eklenerek kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hâlen devam eden soruşturma ve kovuşturmalar hakkında da 26 ncı madde hükümlerinin uygulanacağını belirtilmesi ve bu maddenin de Genel Kurulda kabul edilmesi, ilgili şüpheleri destekler niteliktedir.<sup>144</sup> Anayasa Mahkemesi yasama yetkisinin genelliği ilkesini bu veriler ışığında değerlendirebilecekken, dava konusu kuralın durumlarına uyan herkese ve her olaya uygulanabilecek nitelikte olmasından yola çıkarak somut bir soruşturmayı ya da kovuşturmayı engellemek için yasalaştırılmadığına kanaat getirmiştir. Bu görüş, değişiklik teklifini savunan iktidar partisi adına Genel Kurulda ileri sürülen “kişi/kişilere özgü düzenleme”ye verilen anlamla aynı doğrultudadır. Buna göre, *bir düzenlemenin kişiye özel olabilmesi için bir defaya mahsus ve sadece o kişiye uygulanıp daha sonra uygulama imkânının kalmaması gerekir. Oysaki bu düzenleme MİT Kanunu kapsamında, MİT mensubu olan tüm ilgililer hakkında bun-*

<sup>143</sup> “...Aslında, böyle bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır fakat gelişen olaylar ve uygulamadaki yanlış yorum ve uygulamalar neticesinde böyle bir düzenlemeyi Meclis gündemine getirmek ve uygulamadaki yanlış yorum ve uygulamaların önüne geçmek amaçlanmıştır.... Soruşturma makamı, bahsetmiş olduğum MİT mensubu ve görev tanımını çok dar yorumlayarak izin alması gereken bir soruşturmada izin almamış, yasakoyucunun gerçek iradesine aykırı hareket etmiştir. Bu nedenle de bu yasa teklifini hazırlamak ve bu yorum ve uygulama yanlışlıklarına bir son vermek gerekmiştir.” AKP Parti grubu adına Recep Özel’in konuşmasından bir bölüm, [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=21131&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=150](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21131&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=150), s. 68 (9.09.2013).

<sup>144</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2012/19, Karar Sayısı: 2013/17, Karar Günü: 17.1.2013, R.G. Tarih-Sayı: 12.05.2013-28645. [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=21131&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=150](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21131&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=150), s. 58-123 (9.09.2013).

*dan önce yapılmış soruşturma, kovuşturma ile bundan sonraki tüm soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanacaktır.*<sup>145</sup>

Anayasa Mahkemesi bu kararında değil, ama önceki tarihli bir kararında soyut kuraldan etkilenecek kişiler bakımından yaptığı değerlendirmede, soyut bir kuralın gerçekte tek bir kişiyi ya da sınırlı sayıda kişiyi ilgilendiriyor olmasının onun bu niteliğini ortadan kaldırmayacağını, bireysel nitelikte bir işlemden söz edilebilmesi için somut olarak bir kişinin hukuki durumunda değişiklik yapan bir irade açıklamasının bulunması gerektiğini belirtmiştir. Kapatılan Başbakanlık bağlı kuruluşlarının bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin bakanlık müşaviri ve araştırmacı kadrolarına atanmış sayılmalarını öngören kanun hükmünde kararname hükmünün iptali vesilesiyle yapılan bu değerlendirmede dava konusu kuralın doğrudan belirli bazı kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapıp yapmadığı esas alınmıştır. Dava konusu kuralla doğrudan belirli bazı kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapılmasına yönelik bir düzenleme söz konusu olmadığından bireysel işlemin varlığından söz edilemeyeceğine kanaat getirilmiştir.<sup>146</sup> Bir başka kararında ise Anayasa Mahkemesi'nin, *"Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını yansıtmakta, yasaların kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Hukuk güvenliği ve adalet, çağdaş kamu yönetimi anlayışında, istikrar olgusunun temelini oluşturmaktadır."* açıklaması ile *"Kanunların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durum gözetmeyen, önceden saptanıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir."*<sup>147</sup> şeklindeki değerlendirmesi birlikte ele alındığında, MİT Kanunu değişikliğindeki geçici hüküm-

<sup>145</sup> AKP Parti grubu adına Recep Özel'in konuşmasından bir bölüm, [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=21131&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=150](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21131&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=150), s. 71 (9.09.2013).

<sup>146</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2011/82, Karar Sayısı: 2012/150, Karar Günü: 11.10.2012, R.G. Tarih-Sayı: 18.07.2013-28711.

<sup>147</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2008/31, Karar Sayısı: 2011/94, Karar Günü: 9.06.2011, R.G. Tarih-Sayı: 21.10.2011-28091.



le aslında tam olarak “özel bir durum” gözetilmiş, “belli kişiler” hedef alınmış, birilerinin hukuki durumu hukuk devleti ilkesine aykırı bir korumayla değiştirilmiştir. “Belli kişiler”in anlamı, düzenlemede mutlaka isim zikretmek olarak değerlendirilmemelidir. Anayasa Mahkemesi yasakoyucunun iradesini araştırarak bu sonuca kolaylıkla varabilir, kararında Cumhuriyet Savcısı tarafından ilgili kamu görevlileri hakkında başlatılan soruşturmaya itiraz edilmesi, hukuka aykırılık iddialarının ileri sürülmesi imkânının açık olduğu gerekçesiyle en azından geçici hükmün anayasaya aykırı olduğuna hükmedebilirdi. Değişiklik Kanunu ile Başbakan’a verilen yetkinin belirsizliği ile ilgili olarak da, söz konusu yetkinin kamu yararı-kişisel yarar olgusu açısından sorgulanması, kamu yararı<sup>148</sup> olduğu kanaatine varılırsa hükmün bu açıdan Anayasa’nın 13. maddesi kapsamında “ölçülülük” testine tabi tutulması, söz konusu hükümdeki değişikliğin gerekli/zorunlu olup olmadığı, belirsizliğin getireceği sorunlarla MİT görevlerinin yerine getirilmesi halinde elde edilecekler arasında orantılı bir ilişki bulunup bulunmadığı araştırmasının sonuçlarıyla gerekçelendirilmiş bir karar verilmesi yerinde olurdu.

Anayasa’nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti demokratik bir hukuk devleti olup buna göre Devletin tüm organlarının Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı olması görev ve yetkilerinin bu çerçevede konulan yasalarla

---

<sup>148</sup> Anayasa Mahkemesi’nin kamu görevlilerinin hukuki durumuyla ilgili kamu yararı değerlendirmesinden bir pasaj; Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti kavramının temel gereklerinden birisi de hukuk güvenliği ilkesidir. Hukuk güvenliği bireyin hukukî durumunun süreceği yönündeki beklentilerinin belli koşullar içinde güvence altına alınması anlamına gelir. Ancak hukuk güvenliği ilkesi zaman içinde değişen şartlara ve gelişen ihtiyaçlara göre kanunlarda değişiklik yapılmasına engel değildir. Bir hukuk sisteminin değişen ihtiyaçlara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip olması gerekir. Aksi takdirde hukuk sisteminin durağanlaşması ve toplumun dinamik yapısına uyum sağlayamayarak ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle kanun koyucu Anayasa’da öngörülen koşullar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin durumları ile ilgili olarak da kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir. AYMK, Esas Sayısı: 2011/113, Karar Sayısı: 2012/108, Karar Günü: 18.07.2012, R.G. Tarih-Sayı: 1.01.2012-28515.



belirlenmesi, yürütme organına bırakılan yetkilerin açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Öte yandan “hukuk devleti” ilkesi gereği yürütme organının faaliyetlerinin “belirlilik” dolayısıyla “hukuki güvenlik ilkesi” sonucunda “öngörülebilir olmasını” gerektirmektedir. Bu ilkeye göre yasanın uygulamasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. “Belirlilik” kişilerin hukuki güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısıyla hukuki güvenlik sağlamayan kurallar, Anayasa’nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. maddesi ile bağdaşmaz. Bu durumda kuralda yer alan iptali istenilen ibareler, haklarında cezai takibat yapılması Başbakanın iznine bağlı olan kamu görevlileri konusunda takdire bağlı belirsiz bir yetki içerdiğinden hukuk devleti ilkesine ve Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi’nin hukuki belirlilik ilkesinin getirdiği korumayı açıklayan ve işlevsel kılan isabetli kararlarının bulunduğunu da belirtmek gerekir. Örneğin Avukatlık Kanunu’na ilişkin verdiği yakın tarihli kararında Anayasa Mahkemesi avukatlık mesleğine kabule engel haller arasında sayılan itiraz konusu kuralın belirsiz olduğu, yoruma açık ve çalışma hürriyetini keyfi olarak sınırlandırdığı iddiasını, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin anlam ve kapsamını net olarak çizerek çözüme kavuşturmuş, söz konusu kuralı iptal etmiştir. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkelerini hukuk devletinin önkoşullarından kabul eden kararda hukuki güvenlik, kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan bir ilke olarak hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kıldığı yönünde açıklanmıştır. Belirlilik ilkesi ise, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu kapsamda belirlilik ilkesi için Yüksek

Mahkeme'nin ölçütü, kanun metninin bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmasıdır. Dolayısıyla, uygulama öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir. İtiraz konusu kuralda, adayın avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmesi durumunun avukatlık mesleğine giriş engeli olacağını hükme bağlamaktadır. Kuralda yer alan “*avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar*” ile söz konusu tutum ve davranışların “*çevresince bilinmesi*” kavramlarının muğlak ve objektiflikten uzak olduğunu, adayların hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağını ve bunların çevrece bilinmesinin ne demek olduğunu belirtmediğini ve bu nedenle avukat adaylarının mesleğe kabulünde barolara sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verildiği görüşünü benimseyen Yüksek Mahkeme, mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında barolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kuralın avukat adayları için öngörülebilir olmadığı, baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterince koruma sağlamadığı gerekçesiyle hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı bulmuştur.<sup>149</sup>

### E. Kural Çatışmaları

Kural çatışmaları dendiğinde, normlar hiyerarşisi bağlamında üst hukuk metni ile alt düzey hukuk metinleri arasındaki (dikey) hüküm uyumsuzlukları ile aynı düzeyde yer alan yasal düzenlemeler arasında ve/ya düzenleme içi kural uyumsuzlukları veya tekrarları kastedilmektedir. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği'nin “Taslak hazırla-

---

<sup>149</sup> AYMK, Esas Sayısı: 2012/116, Karar Sayısı: 2013/32, Karar Günü: 28.2.2013 R.G. Tarih-Sayı: 13.08.2013-28734; Aynı nitelikte diğer kararlar için, AYMK, Esas Sayısı: 2013/39, Karar Sayısı: 2013/65, Karar Günü: 22.5.2013 R.G. Tarih-Sayı: 12.07.2013-28705; AYMK, Esas Sayısı: 2010/29, Karar Sayısı: 2010/90, Karar Günü: 16.07.2010 R.G. Tarih-Sayı: 4.12.2010-27775.

mada uyulacak ilkeler” başlıklı 4. maddesi, hukuk düzeninde kural çatışmaları ve hüküm tekrarlarıyla yargı kararlarına aykırı hüküm tesisini engellemek için bir takım önlemlere yer vermiştir. Buna göre, taslaklar hazırlanırken yargı kararlarının göz önünde bulundurulması ve düzenlenen alanlara ilişkin mevzuatın tamamının gözden geçirilerek, gerekiyorsa mevcut hükümlerde gerekli değişikliklerin yapılması veya anılan hükümlerden ihtiyaç duyulanların taslağa alınarak ihtiyaç duyulmayan hükümlerin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir (m.4/1-c ve ç).

Aynı konunun aynı düzeyde birden fazla hukuk metninde benzer ya da farklı biçimde düzenlenmesi durumunda kural- lar arasında uyumsuzluk ya da tekrar riskinin yaşanma olasılığı, dikey aykırılıklara göre daha yüksektir. Çünkü normlar hiyerarşinde alt metnin üst metne dayanması zorunluluğu ile aykırılıkların ortadan kaldırılabilmesine imkân veren hukuki usuller hukuk devleti ilkesinin korunmasına, hukuki belirsizliklerin giderilebilmesine yardımcı olmaktadır. Bir konu aynı hiyerarşi içinde yer alan birden fazla yasal düzenlemenin konusu olduğunda ise, uygulanacak kuralın bulunması sorunu ortaya çıkmaktadır. Kural çatışması özel yasa - genel yasa, özel hüküm - genel hüküm, hatta Anayasa Mahkemesi kararlarında görüldüğü gibi, esas hüküm - geçici hüküm gibi ayrımlara gidilmekle de çözülemiyorsa, sorun daha da büyüyecektir. Aynı olayı düzenleyen iki ayrı yasa, ikisi de genel veya ikisi de özel nitelikte ise, sonraki yasanın uygulanması esastır. Ancak kod yasalarda bir alan bütünüyle düzenlendiği için meşru kılınabilir bir gerekçe olmaksızın genel-özel ya da önceki-sonraki yasa ayırımına gidilmemesi, alana ilişkin mevzuatın kod yasayla uyumlaştırılması uygun olacaktır. Uyumlaştırma yapıncaya kadar geçen sürede ise, uygulanacak yasa ya da hüküm konusunda belirsizlik yaşanması olasıdır. Örneğin eski Vergi Usul Kanunu suçun tanımlanması ve ceza sınırlarının belirlenmesi gibi konuları düzenlemiş, cezalandırma işlemi ile ilgili konularda ise ceza hukukuna atıf yapmıştı. Türk Ceza Kanunu 2004 yılında yeniden düzenlendiğinde, Vergi Usul Kanunu ile Yeni

Türk Ceza Kanunu arasında uyumsuzluklar ortaya çıkmış, bu durum Vergi Usul Kanunu'nun 2008 yılında yapılan uyum yasasıyla değiştirilmesine kadar sürmüştür.<sup>150</sup>

Esas madde ve geçici madde arasında aynı hususta yer alan farklı düzenlemelere ise, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu iyi bir örnektir. 5520 sayılı Kanun'un 35. maddesinde yer alan *"Diğer kanunlardaki muafiyet, istisna ve indirimlere ilişkin hükümler, kurumlar vergisi bakımından geçersizdir. Kurumlar vergisi ile ilgili muafiyet, istisna ve indirimlere ilişkin hükümler, ancak bu Kanun, Gelir Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanununa hüküm eklenmek veya bu kanunlarda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir. Uluslararası anlaşma hükümleri saklıdır."* şeklindeki düzenleme, aynı Kanun'daki geçici hükümle uygulanamaz hale getirilmiştir. 5520 sayılı Kanun'un Geçici 1/9 hükmünde yer alan *"Bu Kanunun yürürlüğünden önce kurumlar vergisine ilişkin olarak başka kanunlarda yer alan muafiyet, istisna ve indirimler bakımından 35 inci madde hükmü uygulanmaz."* ibaresi nedeniyle esas madde niteliğindeki 35. madde ile geçici 1/9 hükmü arasında ortaya çıkan karşıtlık, Anayasa Mahkemesi içtihatları doğrultusunda değerlendirildiğinde, uygulanma bakımından geçici hükmün önceliği olduğu söylenebilir.<sup>151</sup>

Aynı konuya ilişkin kurallar arasında uyumsuzluk, bir yasayla başka yasaya atıf yapılan kuralın değiştirilmesi durumunda da ortaya çıkabilmektedir. Zira atıf kuralı, atıf yapan yasanın bütününden koparılacak şekilde değiştirilirse, bu kuralın kendisine gönderme yapan yasayla bağı kalmayacaktır. Atıf yapan yasanın temel nitelikte bir yasa olması durumunda, atıf kuralının bu yasaya uygun olarak değiştirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu kurala uyulmadığında ise sorunu özel-genel yasa çerçevesinde çözmek, temel yasanın genel ni-

<sup>150</sup> Bu konu ve ilgili yasa hakkında ayrıntılı bilgi için, Ümit Süleyman Üstün/Hilmi Ünsal, "Vergi Cezaları Konusunda 5728 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 16, Sayı. 2, Yıl. 2008, s. 111-126.

<sup>151</sup> Erdal Kuluçlu, Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, *Sayıştay Dergisi*, Sayı. 71, s. 8-11, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der71m1.pdf> (2.04.2013).

telikte olduğundan hareketle diğer yasa özel ise, uygulamada önceliği ona vermek gerekmektedir. Temel yasa karşısındaki yasa da genel nitelikteyse, uygulanacak yasanın belirlenmesinde yürürlük tarihi esas alınmalıdır. Fakat yürürlük tarihine bağlı uygulamada yasanın mı, yoksa ilgili hükmün yürürlük tarihinin mi esas alınacağı sorusunun yanıtlanması gerekir. Olması gereken, yasa eski tarihli de olsa, değiştirilen hüküm doğal olarak atf yapan yasadaki sonraki bir tarihte yürürlüğe gireceği için bu hükmün uygulanmasıdır.

Son olarak hukuk düzeninde hüküm uyuşmazlığı yaratma konusunda potansiyele sahip torba yasaların da bu yönden ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Bilindiği gibi torba yasa uygulamasıyla birbirinden bağımsız ve genellikle farklı konu ve alanlara yönelik pek çok yasadaki değişiklik yapılmaktadır. Bu değişiklikler ilgili yasalara işlenebiliyorsa kurallar arası çatışma ya da uzlaşmazlık sorunu yaşanmayabilmektedir. Fakat torba yasadaki hiçbir yasaya işlenemeyecek hükümlere yer verildiğinde kural çatışmaları ortaya çıkmaktadır. Örneğin, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>152</sup> 30. maddesi bu niteliktedir. Söz konusu maddede *"belli kişi ve kurumlar tarafından atamayla görev gelenler ile bazı meslek grupları hariç tutularak, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı alanların genel bütçeye dahil dairelerin, katma bütçeli idarelerin, döner sermayelerin, kefalet sandıklarının, sosyal güvenlik kurumlarının ve bütçeden yardım alan kuruluşların kadrolarına açıktan atanamayacakları ve diğer kanunların bu fıkraya aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı"* hü-

<sup>152</sup> Kanun Numarası: 5335, Kabul Tarihi: 21/4/2005, Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 27/4/2005 Sayı: 25798, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 44; Benzer nitelikte bir başka hüküm İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 21 maddesinde bulunmaktadır. İlgili maddeyle 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 13/g maddesine "Bu Kanunda İl İstihdam Kurullarına yapılan atflar ile 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda İl Mesleki Eğitim Kuruluna yapılan atflar İl İstihdam ve Mesleki Eğitim Kuruluna yapılmış sayılır." cümlesi eklenmiştir. Maddenin son paragrafında "3308 sayılı Kanunun bu maddede aykırı hükümleri uygulanmaz." cümlesi yer almaktadır. İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun No. 5763, Kabul Tarihi: 15/5/2008.

küm altına alınmıştır. Torba yasalar müstakil hüküm içermediği sürece hüküm uyumsuzluğu olasılığı nispeten daha düşüktür, ancak 30. madde türü hükümlere yer veriliyorsa, ileri tarihlerde uyumsuzluğun çıkmayacağını hiçbir güvencesi yoktur. Dahası, 5335 sayılı yasanın 30. maddesindeki gibi diğer yasaların aykırı hükümlerinin uygulanmayacağına hükmediliyorsa, uyumsuzluğun hukuki belirsizlik yaratmasına neredeyse kesin gözüyle bakmak gerekir. Çünkü sonraki tarihte bu hükme aykırı bir hükmün yürürlüğe girmesi durumunda, ilgili kişilerden bu hükmün uygulanmayacağını bilmeleri beklenemez. Doğaldır ki, kişi kendisini ilgilendiren konuya bu yasadaki hükmün uygulanacağını beklemektedir. Torba yasanın ilgili hükmüne yönelik bir yönetmelik çıkarılmadıysa ya da bu konuyu düzenlemek üzere genelge, tebliğ vb. belgeler uygulayıcı kamu kurum ve kuruluşlarına gönderilmediyse, uygulamanın da torba yasa değil, diğer yasa yönünde işletilmesi gerekecektir. “Yasayı bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının torba yasalarda geçerli olmasını beklemek hakkaniyete aykırı sonuçlar üretmektedir. Somut olaya uygulanacak kuralın bulunmasında yargıçların bile karmaşık yapıları torba yasaların tümüne hâkim olması mümkün değildir. Torba yasaların hukuki belirsizlik üretme konusunda daha önce değinilen sakıncalarına bu tür karmaşa üretme tehlikesi de eklendiğinde, torba yasa uygulamasından vazgeçmek için çok fazla sebep olduğu görülmelidir.

### SONUÇ

Uygulamaya yönelik standartlarıyla hukuk devleti, asgari bir adalet öneren, hukuki kurumların adaletsizliği destekleyecek şekilde kullanılmasını tamamen ortadan kaldıramasa bile önemli ölçüde engelleyen bir ilke olarak nitelenebilir. Hukuk devleti bu anlamıyla kamusal alanda yurttaşlara eşit değer ve onurla muamele edilmesini sağlayacak, tarafsız, soyut, genel, istikrarlı, öngörülebilir normlar düzeni ve uygulamalarıyla özel alanda da medeniliğin, eşit ilgi ve saygının somutlaşmasına yardımcı olacaktır. Aksi halde yasa yapımı ve uygulanmasına ilişkin yetkilerin ve diğer devlet faaliyetlerinin makul ve rasyonel gerekçelerle haklı kılınmadığı, kişiler arası ilişkiler-

de adalete yönelimden uzaklaşıldığı her durum hukuk devleti kisvesi altında meşrulaştırılma potansiyeline sahiptir. Hukuka uygunmuş ya da hukukun kendisiymiş gibi gösterilen güç kullanımını keyfiyet ve/ya zorbalıktan ayırt etmenin mümkün olmadığı bu koşullarda hukuk, yönetilenlere güvence sunmak yerine tahakkümün koruyucusuna dönüşür.<sup>153</sup> Totaliteryen rejimlerde siyasi düzen faaliyetlerinin öngörülememesini anayasa ve yasalarla nitelenen bir politik sistemin bulunmamasına, hukuk kurallarının belirsiz ve değişken yapısını ise, bu rejimlerde yaşayan nüfusun büyük ölçüde şiddet ve terör yoluyla kontrol edilmesine bağlayan Hannah Arendt'in açıklamaları da tam olarak bu durumu anlatmaktadır.<sup>154</sup> Lenin dönemi Rusya'sında parti=devlet, Nazi döneminde ise Hitler=devlet teoremini doğrulayan siyasal sistemlerin hukuk dışı işleyişi, bu rejimlerin hukuk devleti olarak kabul edilmesini engelleyen en önemli faktördür. Nitekim Hitler döneminde önemli yasaların bir kısmı, siyasal iktidarın elini güçlendirmek için yayınlanmaz, geçmiş dönemdeki olaylara da uygulanırdı.<sup>155</sup> Yasaların ilgililerce bilinmesi, siyasi rejimin konjonktüre göre değişen kararlar almasını engelleyici bir durum olarak değerlendirilirdi.

Yaşanmış örneklerden yola çıkıldığında, devlet yönetimine ilişkin uygulamaların yasalara dayandırılmasının hukuk devleti olmaya yetmediği açıktır. Hukuk kurallarının siyasal iktidarın keyfine göre değiştirildiği, yayınlanmadığı, geçmişe yürütüldüğü rejimlerde vatandaşlara hukuki güvenlik sunan bir hukuktan söz edilemez. Hukuk devletinin şekli unsurlarının kökleştiği ve tam olarak yerine getirildiği rejimlerde ise, hukuki güvenliği ortadan kaldıracak girişimler toplumdan destek görmeyeceği için başarılı olamaz. Daha açık söyleyişle, siyasal iktidar tarafından bu yöndeki tutumlar rasyonel ve makul

<sup>153</sup> Keyfilik ve hukuk devleti ilişkisinin geniş bir değerlendirmesi için, Timothy Sandefur, "In Defense of Substantive Due Process, or the Promise of Lawful Rule", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 35, No.1, Winter 2012, s. 284-350.

<sup>154</sup> Jiří Příbáň, "Legitimacy and Legality after the Velvet Revolution", s. 29-30.

<sup>155</sup> Lon L Fuller, The Morality of Law, s. 38-41.



gerekçelerle haklılaştırılmadığı, toplum ikna edilemediği sürece, hukuk düzeniyle oynamak mümkün değildir. 1989 öncesi Sovyet ve Doğu Avrupa ülkelerinde hukuka bağlılığın değil, bizzat hukukun rejime tabi olduğu bir siyasal sisteme karşı geliştirilen muhalefet, rejimin sonunu getirmiştir.

Tarihsel süreçte yaşanan bu tür deneyimler, hukuk devleti alanında çalışan doktrin ve yargı içtihatlarının katkısıyla “hukuki belirlilik” kavramının ortaya çıkmasında ve bu unsurun hukuk devletinin özü olarak kabul edilmesinde etkili olmuştur. Avrupa yargı kurumlarında uzun süredir, Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında ise yakın tarihli bir gelişme olarak mevzuatın hukuk devletiyle ilişki içinde “belirlilik” açısından değerlendirildiği görülmektedir. Ancak “hukuki belirlilik” değerlendirmesine yer veren Anayasa Mahkemesi kararlarında İHAM ve AAD kararlarından farklı bir kullanım söz konusudur. Anayasa Mahkemesi “hukuki belirlilik” yerine “belirlilik” kavramını kullanmayı tercih etmekte, “hukuki güvenlik” kavramını ise ayrı bir hukuk ilkesi olarak ifade etmektedir. Bu kavramlaştırmanın doğruyu yansıttığı söylenemez. Çünkü hukuki güvenlik, hukuk devletinden beklenen bir işlevdir; bir ilke ya da hukuk devletinin zorunlu unsuru değildir. Hukuki güvenlik, hukuk devleti olmayı hak eden bir hukuk sisteminin kişiler için güvenilir sonuçlar yaratacak şekilde planlanması ve işletilmesi anlamına gelmektedir. Farklı bir söyleyişle, hukuki güvenlik hukuk devletini oluşturan bir unsur değil, sonuçtur. Hukuki belirlilik, güvenilir bir hukuk düzeni sağlamanın araçlarından biridir, aynı zamanda hukuk devletinin temel unsurudur.

Hukuk devletinin şekli bir unsur olarak kabul edilen hukuki belirlilik, hukukun içeriğinden bağımsız, fakat onunla doğrudan ilgilidir. Hukuki belirliliğin yasal düzenlemelerin içeriğiyle ilişkisi, bu düzenlemelerin anlam açısından belirliliği söz konusu olduğunda, yani yasal metnin içerik olarak anlaşılabilirlik niteliğiyle sınırlıdır. Çünkü hukuki belirlilik, yasal metinlerin neyi düzenlediğinden çok nasıl düzenlendiği ile ilgili bir unsurdur. Bu anlamda, yasa yapım sürecinin ve yasal düzenlemenin şekli yapısının hukukta belirliliği sağlayacak



şartlara uygun biçimde planlanması daha da önem kazanır. Yasal düzenlemelerin dil ve anlam açısından açıklığı, sistematığı, yasa içi-dışı atf kurallarına uygunluğu, metnin tutarlılığı, yasa içi ve mevzuat kurallarıyla uyumluluğu, kamuya duyurulması şeklinde özetlenebilecek erişilebilirlik şartlarını yerine getiren bir hukuk düzeninin, pozitif hukuk bakımından belirliliği sağladığı söylenebilir. “Yasal idare” ve genel anlamda “yasallık” ilkelerinin de, hukuk belirlilik ile bağlantı içinde hukuk devletinin şekli unsurları olarak değerlendirilmesi gerekir.

Hukukta belirsizliği arttıran durumlar ise, yukarıda da ifade edildiği gibi, yasa yapım sürecinin yapı ve işleyişiyle yasaların belirliliği/belirsizliği arasındaki güçlü ilişki gözden kaçırılmadan değerlendirilmelidir. Yasa tasarılarının yürütme ve yasama organındaki hazırlık ve yazım sürecinde kullanılan yöntemler, hukuk tekniğinin gereklerini ve hukuki belirlilik ilkesinin kriterlerini taşımaz ise, kabul edilen yasaların hukuk devletiyle uyumlu olduğu söylenemeyecektir. Bu konuda alınacak önlemlerden ilki, yasa yapımının çoklu disiplin yaklaşımını gerektiren bir faaliyet olduğunu kabul etmek, yasalarda kullanılacak dil ve anlam bakımından dilbilim uzmanlarıyla yasama uzmanlarının işbirliği içinde olmasını sağlamaktır. Yasaların amacına erişimini olduğu kadar yazımında da açıklığı sağlayan diğer önlem ise, yasaların sosyolojik ve antropolojik verilerini dikkate alarak ihtiyacı en iyi karşılayacak dil ve içerikle yazılmasıdır. Siyaset bilimi uzmanlık alanı ile yasanın konusuna göre uzmanlık bilgisi gerektiren alanlar arasında işbirliğine gitmek, nitelikli yasa yapımının bakımından son derece önemlidir. Yasaların bilgi, belge ve araştırmalara dayalı olarak, çağdaş yasama tekniklerini kullanarak yapılması, yasanın sadece niteliğini arttırmaz, hukuk düzeninde açıklık ve güvenin sağlanmasına da yardımcı olur.

Devlet işlerinin niteliği ve ihtiyaçlar, bu idealin her zaman karşılanmasına uygun değildir. Siyasi gereklilikler, acil ihtiyaçlar yasama sürecinin hızlandırılmasını ya da geniş takdir yetkisini zorunlu kılabilir. Türkiye’ye özgü olarak hukuki belirliliği etkileyen faktörler açısından yapılan değerlendirmede bu sorunlara değinilmiştir. Ancak yasamanın yasa yapımına ilişkin

kullandığı takdir yetkisi ile yürütme ve idareye tanınan takdir yetkisinin sınırları belirlenirken siyasi önceliklerle hukuki gerekliliklerin dengelemesi zorunludur. Yukarıda açıklandığı üzere, temel yasa olarak nitelendirilen yasalara ilişkin yasama usulü ile torba yasa sistemi, hukukta belirliliği ciddi ölçüde azaltmakta, hukuk tekniğine olduğu kadar hukuk devletine de aykırı sonuçlar doğurmaktadır. İhtiyaçların planlanmasındaki aksaklıklar, yasaların ek maddelerle ve geçici hükümlerle sık sık değiştirilmesine yol açmakta, sonuçta yasal düzenin iç ve dış tutarlılığı bozulmaktadır. Artık Türkiye’de ilgililerin aradığı yasa ve hükümleri bulması çok zorlaşmış, hukuka erişim ciddi bir problem haline almıştır. Yasalara fiziken erişimin yetmediği görülmekte, yapılan değişikliklerin, atıfların nerede yer aldığını ve ne anlama geldiğini çözmek profesyonel hukukçuları bile zorlamaktadır. Mevzuat bütünlüğünü bozan, kural çatışmalarına yol açan bu tür durumlar, hukuki belirliliği zayıflatmakta, hukuka güvenilirliği ortadan kaldırmaktadır. Hukuk devleti ilkesini anayasanın temel ilkesi olarak kabul eden bir devlet, hukuku siyasete göre şekillendirecekse hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca siyaset ile hukuk arasındaki ilişkiyi bu dengelere uygun olarak kurmak durumundadır.

Hukuk devletine ilişkin aksaklıkların bir kısmı anayasal düzenden kaynaklanmaktadır. Yeni anayasa çalışmalarında Anayasa’nın devlet organlarıyla ilgili hükümlerinin hukuk devleti ilkesini güvenceye kavuşturacak şekilde yeniden ele alınması, kişiler için hukuk devletinin gerektirdiği koruma ve güvence sistemlerinin bu bakış açısıyla düzenlemesi gerekmektedir. Bu çerçevede, hukuk devletinin hukuki belirlilik unsurunu da içerecek şekilde daha somut hükümlerle düzenlenmesi, hukuk devleti ilkesinin anayasal organlara karşı güvence altına alınması bir önlem olarak düşünülmelidir.

Yasama organının çalışmalarını düzenleyen İçtüzüğün hukuk devleti ve hukuki belirlilik ilkelerini karşılayan bir yasa yapım sürecini içerecek şekilde değiştirilmesi de zorunlu görünmektedir. Ayrıca, yasa yapım süreci içinde ve dışında yasa-

ların izlenmesi ve yerleştirilmesi ile duyurulmasından sorumlu (yürütme organı bünyesinde yer alan) odak kurumun yapı ve çalışma sistemi bu nitelikleri karşılayacak şekilde yeniden yapılandırılmalıdır.

\*\*\*

### **Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Kamu Hukukçuları Platformu İcra Kurulu Başkanı) -**

Biraz önce Selda'ya bir not bırakmıştım, ama pişman oldum. Galiba bıraktığım not onu biraz telaşlandırmış. Oysa önüne koyduğum not, 10 dakika daha vakti olduğunu belirtiyordu. Beş dakika sonra yeni bir hatırlatma yapacaktım. Ama Selda ona fırsat bırakmayıp konuşmasını beş dakika önce bitirdi. Buna istemeden neden olduğum için üzgünüm.

Selda Çağlar toplantı öncesi hazırlıklarda bize en çok katkıda bulunan arkadaşlardan biri. Bu konunun ortaya çıkışında belki Selda'nın doğrudan bir rolü yok. Doğrudan rolü olan Funda Hanım, o önerdi bize bu konuyu, ama tesadüfe bakın ki, Selda Çağlar'ın bu alanda doçentlik çalışması var. Tabii ister istemez yük onun üzerinde kaldı. Yani daha yeni bitirmiş doçentlik çalışmasını, biz ona bir de burada tebliğ sunma görevini verdik. Aslında bir doçentlik tezinden tebliğ üretmek sanıldığı kadar kolay bir şey değil. Aslında daha zor bence. Çünkü doçentlik çalışması onun çocuğu gibi. Böyle çalışmalarda belli bölümleri dışarda bırakmak, çocuğundan bir şeyler koparmak gibi gelir insana. Selda bu sorunu, slâyt gösterisi ile çözmeye çalıştı. O da ona ayrı bir yük oldu, çünkü onu da hazırlamak ayrı bir şey. Bu kadar yoğun bir çalışma arkasından, bu slâyt gösterisiyle konuyu daha anlaşılır hale getirmesi nedeniyle kendisine teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Şimdi Tuğrul'un bildirisine geçeceğiz. Onunla ilgili de bir-iki şey söylemek istiyorum. Tuğrul'la birlikte biz İnsan Hakları Merkezin'de, İnsan Hakları Raporu'nun hazırlanmasında yoğun bir çalışma içinde olduk. Türkiye Barolar Birliği'nin aldı-

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

ğı karar üzerine hazırlanan bu Rapor, Nisan ayının sonlarına doğru kitap olarak çıktı. Henüz yaygın bir yankı bırakmamış olmasını talihsizlik olarak görüyorum. Çünkü gerçekten bu rapor, bence tam bir başvuru kaynağı oldu. Kitabı gözden geçirerseniz, çok yetkin bir çalışmanın ürünü olduğunu görebilirsiniz. Bu raporda son birkaç yılın insan hakları ihlallerinin çarpıcı bir tablosu ortaya konulmuş. Bu çalışmanın ana malzemesi TBB İHM'nin faaliyete geçirdiği "İnsan Hakları İzleme, Raporlama ve Arşivleme Projesi", kısa adıyla (İHİRAP) projesidir. Merkez Başkanı Serhan Özbek'in büyük emek verdiği bir projedir. Tuğrul Katoğlu İnsan Hakları Raporu'nda en yoğun görev alan arkadaşlarımızdan biridir.

Orada yaptığı çalışmanın bir bölümünü makale formatında geliştirip güncelleştirdi. Şimdi bize bu çalışma ile ilgili bildirisini sunacak. Bütün bu çabaları için kendisine önceden teşekkür etmek istiyorum.

Evet, söz sırası Tuğrul Katoğlu'nda.

# CEZA ve CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ

*Tuğrul KATOĞLU\**

## Giriş

Yürürlüğe giren ve yürürlükten kalkan hukuksal düzenlemelerin sayısı ve çeşitliliğinin, temel kanunların daha yürürlüğe girmeden çeşitli kereler değiştirilmesi ve bu kanunlarda daha sonra da yapılan çok sayıdaki esaslı değişikliklerin, kanunların uygulanışındaki yorum sorun ya da hatalarının bireyi ezen, huzursuz eden karmaşık resmi bir aygıt yarattığı kesin. Bu aygıtın, güç kullanma tekeline sahip olduğu da düşünüldüğünde huzursuzluğun korkuya dönüşmesi garipsenmemeli.

Her gün basın gibi çeşitli araçlarla kamuya yansıyan, ceza kanunlarından devlet personel rejimine, vergi kanunlarından borç ilişkilerine, muhakeme kanunlarından eğitim mevzuatına ve diğer pek çok normatif düzenlemeye ilişkin değişikliklerin hukukçular tarafından bile izlenmesi son derece güçtür. Bu değişikliklerin önemli bir kısmının da “torba yasalar” ile yapıldığı düşünüldüğünde, adından içeriğine ulaşılması olanaksız bir kanun değişikliği yığını ile karşı karşıya olunduğu açıktır.

---

\* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Bu kargaşanın boyutunun anlaşılması için sadece Anayasa'da yapılan değişikliklerin sayısını hesaplamak yeter.

Esasen ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından hukuki güvenlik ilkesinin ele alınacağı bu bildiriye değinileceği gibi, Türk Ceza Kanunu (TCK) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nda yapılan çok sayıdaki değişiklik, yasama, norm koyma faaliyetinin keyfileştiği, ciddiyetten uzaklaştığını göstermektedir. Bu durum kuşkusuz ceza ve ceza muhakemesi normlarına özgü olmayıp yeni Borçlar, Hukuk Muhakemeleri ve Ticaret Kanunlarının başlarına gelen de farklı değildir. İlgili oldukları alanların temel metinleri olan bu kanunların her biri "kod" dur ve özen gerektirir.

Bu tedirgin edici, hatta korkutucu değişikliklere, uygulamadaki hata ve duyarsızlıklar da eklendiğinde, gerek normlardan gerek bu normların uygulanmasından kaynaklanan güvensiz bir hukuk yaşamının varlığından bahsedilmelidir<sup>1</sup>. Yani güvenliği sağlaması gereken hukuk, güvenliği tehdit eder hale

<sup>1</sup> İngiliz parlamento üyesi Richard Sheridan, günümüzden yaklaşık iki yüzyıl önce, vergi kanunlarının hazırlanmasındaki hız, değiştirilmelerindeki sıklıktan şöyle yakınıyor: "Bundan önceki hükümet zamanında Parlamentodan çıkarılan vergi kanunlarının sayısı öylesine artmış, bilhassa yürürlükteki vergi kanunlarına ilave edilen ekler öylesine muğlak hale gelmiştir ki, vergilerin tatbikinden sorunlu hâkimlerin dahi işin içinden çıkılamayan bu bilmeceler karşısında, ellerinden, hayret ve şaşkınlıkla kaşlarını çatmak, kızgınlıkla başlarını sallamaktan başka bir şey gelmiyordu. Başka ne yapabilirlerdi ki! Bakıyoruz önce vergi kanunu çıkarılıyor, ardından alelacele, Parlamentodan henüz çıkmış bir kanunun bazı maddelerinin tadili ile ilgili yeni bir kanun teklifi önümüze konuyor. Nihayet bu da kanunlaşıyor, fakat çok şükür demeye vakit kalmadan Hükümet, yürürlükteki kanunu tadil eden kanunun kusurlu ve hatalı taraflarını düzelten ikinci kanunun eksikliklerini tamamlayacak yepyeni bir kanun teklifi karşımıza dikiyor. Gelelim, iş bununla bitmiş olmuyor. Bir müddet sonra, bir de bakıyoruz ki, yürürlükteki vergi kanununu tadil eden kanunun kusurlu yönlerini düzelten en son kanunun eksiklerini tamamlayacak yepyeni bir kanun teklif ediliyor. Böylece vatandaşlar, bir türlü sonu gelmeyen vergi kanunları fasit dairesinde bocalayıp duruyor. Bu ancak denize indirildikten sonra, dümenin konmadığı anlaşılan bir gemiyi akla getiriyor. Gemi, dümen takılması için tekrar kızağa alınıyor. Ne var ki, geminin denize her indirilişinde yeni yeni eksikliklerin, yeni yeni hataların farkına varılıyor. Omurgasındaki çemberlerin vidaları takılmadığından, omurgadaki bazı tahtaların kaybolmuş olduğu anlaşılıyor. Eksik tahtalar tamamlanıyor, yeniden çemberleniyor ve tam denize indirileceği sırada harcana bunca paraya rağmen, geminin tamamen parçalanmasına ve yeniden yapılmışına karar veriliyor." (Aktaran Kamil Mutluer, **Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, Üçüncü Bası'ya Önsöz'den, s. xiii, xiv.)

gelmiştir. Hukuki güvenlik ifadesinde, sıfatı oluşturan “*hukuki*” deyimini, aslında tehlikenin kaynağına işaret etmektedir<sup>2</sup>.

Bu bildiriye, özellikle ceza ve ceza muhakemesi hukuku ve uygulaması bakımından hukuki güvenlik ilkesinin kapsamı ile Türkiye’deki mevcut durumun bir fotoğrafı sunulmaya çalışılacaktır.

## I. TERİM SORUNU

### 1. “Hukuki Güvenlik” - “Hukuki Belirlilik”

Türk öğretisinde hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik kavramlarına akraba ancak farklı içerikler yüklenebildiği gibi<sup>3</sup>, neredeyse özdeş biçimde kullanıldığı çalışmalar<sup>4</sup> da bulunmaktadır.

Bugün hukuki güvenlik ilkesinin hukuk devleti bakımından önemi üzerinde bir uzlaşma bulunduğu açıktır. Farklı terimlerin kullanılabilmesine karşın, hukuk normlarının, hukuki güvenlik ilkesinin koşullarına uygun olması, normların muhatapları bakımından açık ve belirli olması, bu kişilerin kendilerini hukuka güvende hissetmelerini sağlamasının hukuk devletinin de bir gereği olduğunda<sup>5</sup> tartışma yoktur.

<sup>2</sup> Michele De Salvia, “La place de la Notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel>, Erişim tarihi: 10.6.2013, s. 2. Kötü yasamanın yarattığı kargaşa bakımından aynı değerlendirme için bkz. Olivier Dutheillet de Lamote, “La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel”, (exposé fait par M. Olivier Dutheillet de Lamote, membre du Conseil constitutionnel, à l’occasion de l’accueil de hauts magistrats brésiliens, le 20 septembre 2005), s. 9, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, Erişim tarihi: 10.6.2013. Dutheillet de Lamote, normlar kargaşasının yarattığı güvensizliğin üstesinden, hukuki güvenlik ilkesini uygulayacak yüksek mahkemelerin geleceği kanısındadır.

<sup>3</sup> Selda Çağlar, **Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi**, İstanbul, Beta, 2013, s. 187 vd.

<sup>4</sup> Osman Can, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 89 vd. Yazar, çalışmasında suç ve cezalarda kanunilik ilkesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Kanunilik ilkesi, hukuki güvenlik ilkesinin temel unsurudur.

<sup>5</sup> İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 6. B., İstanbul, Legal, 2010, s. 400.

Bu başlık altında, farklı terimlerin teke indirilmesi olasılığı tartışılacaktır.

Hukuki güvenlik ilkesinin farklı dillerde farklı biçimlerde ifade edildiği anlaşılmaktadır. Öğreti ve uygulama incelendiğinde, Fransızca “*la sécurité juridique*”, İngilizce “*legal certainty*”, İtalyanca “*certezza giuridica*”, Almanca “*Rechtssicherheit*” terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.

Hukuki güvenlik ilkesinden, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nce doğrudan ya da dolaylı olarak yararlanılan kararların Fransızca ve İngilizce resmi metinlerinde, “*la sécurité juridique*” ve “*legal certainty*” ifadelerinin, aynı kavramın (ilkenin) adı olarak karşılıklı ve birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir<sup>6</sup>. Bu kararlara ilişkin İtalyanca çalışmalar ya da ilgili metinlerde “*certezza giuridica*” (yani hukuki “kesinlik” ya da “belirlilik”) ifadesi kullanılmıştır<sup>7</sup>. Geçmişe uygulama yasağının ihlali dolayısıyla verilen *Ecer Zeyrek/Türkiye* kararının Türkçe çevirisinde ise, hukuki güvenlik kavramı yerine *legal certainty* karşılığı olarak “*yasal kesinlik kuralı*” deyimini kullanılmıştır. Bu ifadenin bilinçli bir tercihin ürünü olmaktan çok akla ilk gelen çeviri olduğu söylenebilir.

<sup>6</sup> Bkz. Assanidze/Gürcistan.” 175. Aux yeux de la Cour, la détention d’une personne pour une période indéterminée et imprévisible, sans que cette détention se fonde sur une disposition légale précise ou sur une décision judiciaire, est incompatible avec le principe de la sécurité juridique (voir, mutatis mutandis, Jėcius c. Lituanie, no 34578/97, § 62, CEDH 2000-IX), revêt un caractère arbitraire et va à l’encontre des éléments fondamentaux de l’Etat de droit.” (Hudoc) “ 175. The Court considers that to detain a person for an indefinite and unforeseeable period, without such detention being based on a specific statutory provision or judicial decision, is incompatible with the principle of legal certainty (see, mutatis mutandis, Jėcius v. Lithuania, no. 34578/97, § 62, ECHR 2000-IX) and arbitrary, and runs counter to the fundamental aspects of the rule of law.” (Hudoc) Aynı şekilde, Jecius Litvanya’ya Karşı, Medvedyev ve Diğerleri Fransa’ya Karşı, Ecer Zeyrek Türkiye’ye Karşı kararlarında birbirini karşılamak üzere la sécurité juridique ve legal certainty ifadelerine yer verilmiştir.

<sup>7</sup> *Medvedyev ve diğerleri/Fransa* kararına ilişkin değerlendirme için Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo servizio Penale, **Rassegna Annuale delgi Orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo**, 210; s. 24. Yine hukuki güvenlik terimi karşılığı “certezza giuridica” deyiminin kullanıldığı bir çalışma, Gianmarco Gometz, “Indici di certezza giuridica”, **Diritto e questioni pubbliche**, Palermo, 2012. S. 309 vd.



Türk öğretisinde, hukuki belirlilik teriminin tercih edildiği çalışmalarda, bu ilke bakımından dikkate alınan AİHM kararlarının Fransızca resmi metinlerinde de “*la sécurité juridique*” (hukuki güvenlik) ifadesi kullanılmıştır.

Hukuki güvenlik ilkesinin ele alındığı İtalyanca eserlerin İngilizce çevirilerinde de genellikle hukuki belirlilik ifadesinin tercih edildiği görülmektedir<sup>8</sup>.

Bu nedenlerle, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik deyimlerinin, aslında aynı içeriği ifade etmek üzere kullanıldığı sonucuna varılmalıdır.

### 2. “Hukuki Güvenlik” - “Hukuk Güvenliği”

Giriş kısmında, hukuki güvenlik ifadesi içinde yer alan “*hukuki*” sıfatının, güvenlik açısından ortaya çıkan tehlikenin kaynağı olduğu düşüncesine yer verildi. “*Hukuk güvenliği*” ifadesinde, hukuk sıfat olmaktan çıkmaktadır.

Almanca çalışmalarda, ilke için “*Rechtssicherheit*” - “*hukuk güvenliği*” deyiminin tercih edildiği görülmektedir<sup>9</sup>. Hukuki sıfatının, tehlikenin nitelik ve kaynağına ilişkin belirleyici anlamı, ilgili AİHM kararlarının İngilizce ve Fransızca metinlerinde sıfat biçimindeki kullanımın tercih edilmesi nedeniyle bildiride, “*hukuki güvenlik*” deyimini kullanılmıştır.

## II. KAVRAM

### Genel Olarak

Hukuk devleti başlı başına hukuki güvenlik sağlayan bir kurallar bütünü olarak anlaşılabilir. Hukuk devletinde devlet organlarının yetkilerinin belirlenmesi, aynı zamanda yurttaşların hukuki güvenlik içinde yaşamalarına hizmet eder. Hukuk

<sup>8</sup> Bkz. Bruno Leoni, **Freedom and the Law**, Expanded 3rd. Ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1991, s. 76 vd.’nda “Freedom and the Certainty of the Law” başlığı.

<sup>9</sup> Kavramın Almanca adı ve çevirisi bakımından verdiği destek ve yardım dolayısıyla değerli meslektaşım ve arkadaşım Ece Göztepe’ye teşekkürü borç bilirim.

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

kurallarının genel ve öngörülebilir olması hukuki güvenlik ilkesinin kurucu unsurlarıdır<sup>10</sup>. Hukuk kuralları, bir kişi ya da zümrenin özel çıkarlarını değil kamu yararını gözetmeli, genel ve objektif nitelik taşımalı, herkesi bağlamalıdır. Öte yandan bu kurallar, oluşturulmaları ve anlam bakımından uygulanmaları yani yorumlanmaları bakımından da öngörülebilir olmalıdır. Hemen yukarıda terim sorununa girerken değinildiği gibi, hukuk kurallarının, hukuki güvenlik ilkesinin kurucu unsurlarına uygun olması, bu normların muhatapları bakımından açık ve belirli olması, bu kişilerin kendilerini hukuken güvende hissetmeleri bakımından önemlidir<sup>11</sup>. Öngörülebilirlik, hukuk kurallarının oluşturulmasının yanı sıra uygulanmasını da kapsar. Devlet faaliyetleri yurttaşlarca öngörülebilir olmalıdır “düzenli idare ilkesi” ve “kazanılmış haklara saygı” da bu kavramla ilgilidir<sup>12</sup>. O halde hukuki güvenlik, hukuk kurallarının oluşumu süreci ve özelliklerinin yanı sıra yargı ve yürütme mensuplarının istikrarlı, birörnek ve uyumlu faaliyetlerini de ifade eder<sup>13</sup>.

*“Etimolojik olarak ‘güvenlik’ sözcüğü, tehlikeden korunduğu inancını taşıyan bir kimsenin güvenli ve sakin ruh halidir”. “Hukuki” sıfatı ise, daha ziyade tehlikenin kaynağına işaret etmektedir. “Yani biçimsel anlamda kanundan, düzenleyici işlemde ya da içtihatî bir hukuk kuralından kaynaklanan tehlike”<sup>14</sup>.*

Bu çerçevede, öngörülebilir olması gereken hukuk kuralları sadece biçimsel hukuk kuralları, kanunlar değildir. Uygulanacak hukukun öngörülebilir olması içtihat hukuku bakımından da dikkate alınması gereken bir ilkedir. Yani hâkimin olayda nasıl bir karar vereceği öngörülebilir olmalıdır. Justinianus’un *Corpus Juris Civile’* sine ya da başkaca yazılı kaynakların varlığı

<sup>10</sup> Çağlar, s. 187.

<sup>11</sup> Kaboğlu, s. 400.

<sup>12</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, 10. B., Ankara, İmaj, 2011, s. 45, 46. Aynı yönde Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 11. B., Bursa, Ekin, 2011, s. 87.

<sup>13</sup> Bkz. Gometz, s. 312, 313.

<sup>14</sup> De Salvia, s. 2.

ğına karşın Cumhuriyet ve İmparatorluk dönemlerinin önemli bir kısmında Eski Roma özel hukukunun içtihadı nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Arada vaz edilen yazılı kaynakların varlığına karşın bu nitelik varlığını korumuştur. Ancak belki günümüz ölçüsünde olmasa da bir hukuki güvenlik anlayışı oluşmuş, esasen yazılı olmayan bir hukuk düzenine karşın Romalılar, hukuki konumlarından emin bir biçimde ve hâkimlere güvenerek geleceğe dair kararlar verebilmişlerdir. Bruno Leoni, “*Romalı hukukçu, bir tür bilim insanıydı*” demektedir. Romalıların anladığı anlamda hukuki güvenlik, hukukun, ani ve öngörülemeyen değişikliklerden korunmasıdır<sup>15</sup>.

Öngörülebilirlik, hemen yukarıda söylendiği gibi, içtihat hukukunun kabul edildiği sistemler bakımından da gözetilmesi gereken bir ilkedir. Eski Roma hukukunun uygulamasından yüzyıllar sonra AİHM kararlarında da hukuk kavramının, taraf devletlerin anlayışından özerk olarak, biçimsel kanunların ve düzenleyici işlemlerin yanı sıra içtihadı da kapsar biçimde anlaşıldığı görülmektedir<sup>16</sup>.

Bu çerçevede, kanunların açıklığı, öngörülebilirliği, öngörülebilir yargısal kararlar ve idari faaliyetler gibi bileşenleriyle hukuki güvenlik, gerek Kıta Avrupası hukuku gerek içtihat hukukunun benimsendiği düzenler bakımından gözetilmesi zorunlu bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 8 Ekim 2003 tarih ve Esas 2003/67 sayılı kararının gerekçesinde,

*“Anayasa’nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan*

<sup>15</sup> Leoni, s. 81-83.

<sup>16</sup> Harris, David; Michael O’Boyle, Ed Bates, Colin Warbrick; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara, 2013, s. 337. Doğru, Osman; Atilla Nalbant; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Ankara, 2012, s. 858.

*kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür..”* değerlendirmesine yer vermiş ve hukuki güvenlik ilkesini hukuk devletinin bir amacı olarak kabul etmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatlığa engel hallere ilişkin 5. maddesinin ilk fıkrasının (c) bendini iptal ettiği 28 Şubat 2012 tarih ve Esas 2012/116 sayılı kararının gerekçesinde, başvuran kişinin “*avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmiş olması*” ifadesini açık olmayan ve belirsiz bir düzenleme olarak değerlendirmiştir<sup>17</sup>.

Fransız Anayasa Konseyi de, hukuki güvenlik kavramını iki konuda zımnen dikkate almıştır. Özellikle özel hukuk alanın-

---

<sup>17</sup> “Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak, Yasa ile sınırlanabilir. Anayasanın temel insan hak ve hürriyetlerinden olan çalışma hürriyetinin, Yasa ile sınırlanması sırasında da, kamusal gereklilikler ile temel insan hak ve özgürlükleri yönünden “ölçülülük” ve “belirlilik” ilkesi gözetilerek düzenleme yapılması esastır.

Yukarıda anılan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/1-c maddesinde avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmiş olması avukatlık mesleğine kabule engel haller arasında sayılmıştır.

Bu durumda, Anayasada yer bulan çalışma hürriyetinin yukarıda anılan Kanun hükmü ile sınırlandığı ve söz konusu hükmün avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışların hangi fiilleri kapsayıp hangilerini kapsamadığı noktasında belirlilik ölçütüne aykırı nitelikte olduğu, bunun yanında bir temel hak ve özgürlüğü kısıtlayan bu belirsiz düzenlemenin ayrıca çevresince biliniyor olma gibi bir başka muallak ve yoruma oldukça açık bir şekilde düzenlenmesiyle diğer bir sınırlama yoluna gidildiği anlaşılmakta olup 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/1-c maddesinde yer alan hükmün Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/1-c maddesinde yer alan, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak hükmünün Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dava dosyasının esastan görüşülmesinin Anayasa Mahkemesi'nce bu konuda bir karar verilineye kadar bekletilmesine 07.09.2012 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.”

da, ekonomik ilişkilerin etkilenmemesi bakımından kanunların geçmişe uygulanması olasılığının sınırlanması ve kanunların nitelikli olması yani iyi kanun hazırlanması<sup>18</sup>. Bir Anayasa Konseyi üyesinin ifadesiyle, yasama faaliyetindeki niteliksizleşme farklı biçimlerde kendini göstermektedir: *“Yanlış yöntemler, sinama yanılma kanunları, tereddütlü düzenlemeler, tutarsızlıklar, açıklık ve anlaşılabilirlikten yoksunluk ve biçimsel kanun niteliği taşımayan tasarruflarla düzenleme eğilimi”*<sup>19</sup>.

Konsey, 99-421 sayı ve 16 Aralık 1999 tarihli bir kararında 1789 Bildirgesi'nin anayasal değer taşıyan maddelerini ele aldıktan sonra, kanun önünde eşitlik ile ilgili 6. maddesinin hukuki güvenliği de içerdiğini kabul etmiştir. Buna göre, Konsey, yurttaşların kendilerine uygulanması ihtimali bulunan kanunları yeterince bilememeleri halinde kanun önünde eşitlik ilkesinin etkin olduğundan bahsedilemeyeceği görüşündedir. Konsey'e göre ilgililerin, kendilerine uygulanabilecek kanunları bilmesi ayrıca temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasının güvencesidir. Bildirge'nin 4. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sadece kanun ile sınırlanabileceği, 5. maddesinde ise, özgürlük ilkesi yani kanunla yasaklanmayan davranışların serbest olduğu kuralı öngörülmüş olup Konsey bu yönden de kanunun açıklığı ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesini dikkate almıştır<sup>20</sup>.

Anayasa Konseyi'ne göre, kanunkoyucu, Fransız Anayasası'nın 34. maddesi ile kendine verilen yetkiyi tamamen kullanmakla yükümlüdür. Bu yönden, Anayasa'nın aynı maddesinden kaynaklanan kanunun açıklığı ile 1789 Bildirgesi'nin 4, 5, 6 ve 16. maddelerinden kaynaklanan ve anayasal değere sahip bulunan kanunun bilinebilirliği ve ulaşılabilirliği, idari ya da yargısal makamlara başvurularına gerek bırakmaksızın kişilerin anayasaya aykırı yorumlardan, keyfilikten korunması amacıyla kanunkoyucuya yeterince belirli hükümler ve

<sup>18</sup> Dutheillet de Lamote, s. 2.

<sup>19</sup> Dutheillet de Lamote, s. 5, 6.

<sup>20</sup> Dutheillet de Lamote, s. 6, 7.

kuşkuya yer bırakmayacak metinler kaleme alma yükümlülüğü getirmektedir. (S. 2004-500, T. 29 Temmuz 2004) Söz konusu kararın Konsey'in hukuki güvenlik ilkesiyle ilgili tutumunun bir sentezi olduğu söylenebilir<sup>21</sup>.

O halde, hukuki güvenlik ilkesi, hukuk kurallarının genel ve uygulamalarının öngörülebilir olmasını, açık ve belirli bir biçimde düzenlenmelerini gerektirir.

### **2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Hukuki Güvenlik**

Hukuki güvenlik ilkesi, AİHM'nin, Sözleşme'nin yorumunda kullandığı başlıca kavram ya da ilkelerden biri olan Sözleşme'nin önsözünde yer alan "hukukun üstünlüğü" ne sıkı sıkıya bağlıdır<sup>22</sup>. Hukuk devleti anlayışının bir ifadesi olan hukukun üstünlüğü ilkesi "Avrupa ortak mirasının bir parçasıdır"<sup>23</sup>. Hukukun üstünlüğünü güvence altına almayı amaçlayan her devlet için keyfiliğe engel olmak temel bir yükümlülüktür. Sözleşme, temel hak ve özgürlüklere yönelik gayri meşru müdahalelere engel olmanın yanı sıra, temel hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu doğurmaya yol açabilecek nitelikte belirsiz hukuki durum ya da düzenlemelere karşı da koruma sağlamaktadır. Hukuki güvenlik ilkesinin hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağlantılı olması nedeniyle, hukukun üstünlüğü ilkesinden ayrı düşünülemez olan adil yargılanma hakkı gibi bazı hak ya da ilkelere de hukuki güvenlikle ilişkili olduğu kabul edilmiştir. Bu çerçevede hukuki güvenlik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin yorumu bakımından dikkate alınması gereken ve bileşenleriyle Sözleşme Hukuku'nu zenginleştiren bir ilke olarak kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Sözleşme sisteminin içtihadi niteliği dolayısıyla, hukuki güvenlik ilkesine yer verilen AİHM kararları, ilkenin ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından etkilerini belirlemek bakımından dikkate alınmalıdır. Hukuki

---

<sup>21</sup> Dutheillet de Lamote, s. 7.

<sup>22</sup> De Salvia, s. 1.

<sup>23</sup> Çağlar, s. 71.

<sup>24</sup> De Salvia, s. 1, 2; Çağlar, s. 72 vd.

güvenlik kavramına İlk olarak 1979 tarihli *Marckx* kararında yer verilmiştir. Karar'da, hukuki güvenlik ilkesinin, Sözleşme'nin ayrılmaz parçası olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme'nin birçok kararında hukuki güvenlik ilkesi doğrudan uygulanmış ya da dayanak olarak bu ilkedan yararlanılmıştır<sup>25</sup>.

### A. Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi Bakımından

Ceza hukuku bakımından biçimsel kaynaklara tekelci özellik tanınmanın sağladığı güvence tartışmadan uzaktır. Nitekim anayasalarda, uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve metinlerinde kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Bununla birlikte ceza hukukuna aykırılığı sadece biçimsel normlara itaatsizlikten ibaret sayan düzenler içinde otoriter olanlar da vardır. Başlı başına biçimsellik, başına buyruk, totaliter bir rejimde güvence sağlamamakla birlikte, insan haklarına dayanan, özgürlükçü bir anayasal düzende kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesi olacaktır. Cezai ihlal olarak suç bakımından da biçim ve içerik bir bütün oluşturur. Suç hem biçimsel ceza normlarının hem de kanunen korunan menfaatlerin ihalidir<sup>26</sup>. Bu nedenle normun içeriği ve fiilin ihlal ediciliğini dikkate almak gerekir<sup>27</sup>.

Suçun varlığı, ihlalin mevcudiyetine bağlıdır (*nullum crimen sine iniuria*). Söz konusu ilke 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 5. maddesinde yerini almış, John Stuart Mill'in çalışmalarlarıyla birlikte Anglo-Sakson hukuk havzası bakımından liberal hukuk anlayışının simgesi olma özelliğini kazanmıştır<sup>28</sup>. Biçimsel ve maddi (bünyesel) yönleriyle bir bütün oluşturan suç, cezai koruma altındaki bir varlık ya da menfaatin ihlalidir<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Bkz. De Salvia, s. 2, 3.

<sup>26</sup> Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, Seçkin, 2003, s. 79.

<sup>27</sup> Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, s. 43; Ferrando Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, 3. Ed., Padova, CEDAM, 1992, s. 140, 141. Selahattin Keyman, "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", *A.Ü.H.F.D'* den ayrı basım, Ankara 1989.

<sup>28</sup> Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani; *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2003, s. 81, 82.

<sup>29</sup> Cadoppi, Veneziani; s. 84. Suçun ihlal edici özelliği için bkz. Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini; *Corso di diritto penale*, Volume 1, 3. Ed., Milano,

AİHM kararlarında, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanları bakımından hukuki güvenlik ilkesine başvuru konularının başında suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geldiği söylenebilir. Sözleşme’de kanun kavramına farklı nedenlerle gönderme yapılmaktadır. Sözleşme’de kanun kavramı, kimi zaman sağlanan güvencenin kapsamını belirlemek kimi zaman da bir temel hak ve özgürlükten yararlanılmasının hangi durumlarda sınırlandırılabilceğini göstermek bakımından kullanılmıştır. Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, Sözleşme’nin 7. maddesinde güvence altına alınmıştır. Mahkeme kararlarında, kanunilik ilkesinin alt ilkelerini oluşturan kanunun tekelciliği, kanunun açıklığı ve geçmişe uygulanmazlığı ilkelerinin dikkate alındığı görülmektedir.

### a. Kanunun Tekelciliği Bakımından

Yukarıda da belirtildiği üzere, suç ve cezalarda kanunilik ilkesi Sözleşme’nin 7. maddesinde güvence altına alınmıştır. Söz konusu güvence, olağanüstü hal rejimlerinde de askıya alınmayacak bir güvencedir. Mahkeme, özellikle 7. maddenin ihlal edilip edilmediği değerlendirmek bakımından ulusal yargı makamlarının ulusal hukuku yorumlayışını denetlemektedir<sup>30</sup>. Mahkeme, ceza hukuku alanında aleyhe kıyas yoluna başvurulmasını kabul etmemektedir<sup>31</sup>.

### b. Kanunun Açıklığı Bakımından

Mahkeme, suçların kanunla **açıkça** tanımlanması gerektiğini, bu zorunluluğun ancak suç yaratan kanun hükmünden kaynaklanan ve bu kanun hükmünün uygulanması sonucunda söz konusu olabilecek ceza sorumluluğunun öngörülebilir

---

Giuffrè, 2001, s. 449 vd.

<sup>30</sup> Harris, O’Boyle, Bates, Buckley; s. 335.

<sup>31</sup> Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye Kararı için bkz. Doğru, Nalbant; s. 859. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 280, 281. Ayrıca, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok; **İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara, Seçkin 2006, s. 167.



olması halinde gerçekleşmiş olacağını kabul etmiştir<sup>32</sup>. Mahkeme, öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik kavramlarının kapsamının, ilgili kanun metninin içeriğinden, kanunun muhataplarının sayısı ve özelliklerinden hareketle değerlendirilmesi gerektiği kanısındadır. Yine Mahkeme'ye göre, iç hukuk, ilgilerin anlayabileceği, belli bir davranışın sonuçlarını makul bir düzeyde öngörebileceği biçimde kaleme alınmalıdır<sup>33</sup>.

### c. Ceza Kanunlarının Geçmişe Uygulanmazlığı Bakımından

Yine kanunilik ilkesinin kurucu unsurlarından, ceza kanunlarının geçmişe uygulanmazlığı ilkesi de Mahkeme tarafından dikkate alınmıştır. Mahkeme, ceza kanunlarının geçmişe uygulanmazlığı ilkesini, hukukunun üstünlüğü ilkesinin temel bir unsuru saymıştır<sup>34</sup>. Ceza kanunları bakımından kural, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen fiillere uygulanmasıdır. Esas olan fiilin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanundur. Geçmişe uygulama yasağı, ceza kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen fiillere uygulanmaması sonucunu doğurur. Bu ilke uyarınca, kimse işlendiği tarihte suç sayılmayan bir fiilden ötürü cezalandırılmayacağı gibi, fiilin suç olarak kabul edildiği tarihte öngörülenden daha ağır bir biçimde de cezalandırılmaz. İlke, sadece suç yaratan ya da ceza öngören ceza normları bakımından sonuç doğurmaz, fiilin işlendiği tarihte öngörülen ceza sorumluluğu rejiminden daha ağır bir rejime yol açan ikincil ceza normlarının faile uygulanmasına da engel olur<sup>35</sup>.

Geçmişe uygulama yasağının müjdeleyicileri tarihin çeşitli dönemlerinde ortaya çıkmıştır. Çiçero, vahim suçlar dışında ceza kanunlarının geçmişe uygulanmaması gerektiğini kabul

<sup>32</sup> De Salvia, s. 3.

<sup>33</sup> De Salvia, s. 3.

<sup>34</sup> Bkz. Doğru, Nalbant; s. 861.

<sup>35</sup> Tuğrul Katoğlu, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara, Seçkin, 2008, s. 67 vd.

etmişti<sup>36</sup>. Bununla birlikte Latince *nullum crimen nulla poena sine praevia legge poenali* sözü, eski Roma hukukçu ya da düşünürlerinin dile getirdiği bir deyim değildir. Bu söz ya da kalıbı ilk defa Anselm Feurbach kullanmıştır<sup>37</sup>.

Bilindiği gibi, Aydınlanma düşünürleri, devletin cezalandırma yetkisinin temelini tartışırken toplum sözleşmesi kavramına özel önem vermişlerdir. Örneğin Rousseau'ya göre, cezalandırma yetkisini toplum sözleşmesinden alan devlet, bu yetkiyi sözleşmenin sınırları içinde kalarak kullanılmalıdır. Bu sınırlardan en önemlisi cezada eşitliktir. Her birey, özgürlüğünün sınırlanmasını kabul ederken bunu eşit muamele kayıt ve şartı ile yapmaktaydı. Bu anlamda cezalandırma genel iradenin uygulanması idi ve mutlaka genel iradeyi yansıtan kanun vasıtasıyla olmalıydı. Toplum sözleşmesi, suç ve cezanın kanun ile öngörülmesini gerektirirken, ceza kanunlarının geçmişi uygulanmasına da engeldir<sup>38</sup>.

*Common law* sisteminin kabul edildiği düzenlerde dahi, geçmişe uygulama yasağının kabul edildiği görülmektedir. Yazılı kaynaklar içinde ilk defa 1776 Maryland, Virginia ve Delaware Anayasalarında, 1784 New Hampshire Anayasasında, 1787'de kabul edilen Amerikan Federal Anayasasında bu ilke ya da yasağa yer verilmiştir. Yani suç ve cezalar bakımından biçimsel kanunların tekelciliğini öngören 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nden daha önce<sup>39</sup>. Öte yandan, bugün *common law* sisteminin kabul edildiği düzenlerde dahi, ceza hukuku bakımından biçimsel kanunların tekelciliğinin kabul edildiği birçok devlet bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Yeni Zellanda ve Avustralya'nın farklı eyaletlerinde ceza kanunları kabul edilmiştir. İngiltere'de, *common law*

<sup>36</sup> Katoğlu, Zaman Yönünden, s. 70.

<sup>37</sup> Salvatore Camaioni, **Successione di leggi penali**, Padova, CEDAM, 2003, s. 9.

<sup>38</sup> Raymond Saleilles, **Individualisation de la Peine**, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927, s. 52.

<sup>39</sup> Paul Roubier, **Le droit transitoire (Conflits des Lois Dans le Temps)**, 2. Ed., Paris, Dalloz-Sirey, 1960, s. 71.

kaynaklı suçlar, mevcut durumla sınırlandırılarak, yeni suçlar öngörülmesi biçimsel kanunlara bırakılmıştır<sup>40</sup>.

Nihayet İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 11, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 15 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde geçmişe uygulama yasağına yer verilmiştir. Aynı şekilde, Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarının korunması için hazırlanan ceza kuralları Corpus Juris'inde kanunilik ilkesi öngörülerek, metnin gerekçesinde kanunilik ilkesi ile geçmişe uygulama yasağı ilişkisine yer verilmiştir.

Bu yasak ya da ilkenin suçla mücadele bakımından zaaf-lara yol açtığı savunulabilmiş, tarihin çeşitli dönemlerinde ceza kanunlarının geçmişe uygulanması söz konusu olabilmiştir. Örneğin, 19. Yüzyıl Fransı'nda "suç işlemeyi meslek haline getirenler" bakımından ceza kanunlarının geçmişe uygulanması kabul edilmiştir<sup>41</sup>. Aynı şekilde, özellikle siyasal hesaplaşma dönemlerinde bu ilkedен ödün verildiği pek çok örnek vardır. Modern tarihin birçok döneminde galipler ile mağluplar, güçlüler ile güçsüzler bakımından geçmişe uygulama yasağından sapmalar olmuştur. Modern ceza hukuku tarihi, biraz da maddi kanunilik ve biçimsel kanunilik, geçmişe uygulama ve geçmişe uygulanmazlık arasındaki sarkaç hareketinin tarihidir<sup>42</sup>. 1922 Sovyet Ceza Kanunu'nun 3. maddesi, Faşist dönemde 1923 ve 1926 yılında devletin korunmasına yönelik olarak İtalya'da yürürlüğe giren kanunlar, Almanya'da Nasyonal Sosyalist kanunlarda geçmişe uygulama yasağına ihlalini oluşturan düzenlemeler vardır. Nazi Almanyası'nda ölüm cezası öngörülen kanunlar dahi geçmişe uygulanabilmiştir. Savaş sonrasında Nürnberg yargılamaları, yine II. Dünya Savaşı sonrasında Faşistler ile Faşist işbirlikçilerinin cezalandırılması için çıkarılan kanunlar, Fransa'da savaş suçları için öngörülen 1944 tarihli kararname,

<sup>40</sup> Bkz. Katoğlu, Zaman Yönünden, s. 74 vd.

<sup>41</sup> Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel e t de législation pénale comparée*, 3. Ed., Paris, Sirey, 1947, s. 899.

<sup>42</sup> Bkz. Katoğlu, Zaman Yönünden, s. 83 vd.

Yunanistan'da 1967 yılında Albaylar Cuntası'nın çıkardığı "Ulus Karşıtı Fiiller Kanunu" başlıca sapma örnekleridir.

Kanunilik ilkesinin ihlal edildiği yakın bir örnek de Almanya'nın birleşmesinden sonra eski Doğu Alman kamu görevlilerinin yargılanmasıdır. Demokratik Almanya mevzuatına göre, işledikleri tarihte suç oluşturmayan hatta görevlerinin gereği olan fiillerden ötürü Federal Alman ceza mahkemelerinde yargılanan kamu görevlileri adalet fikrine dayanarak cezalandırılırken, Gustav Radbruch'un doğal hukuk anlayışından hareket edilmiştir<sup>43</sup>. Halbuki, Radbruch, adaletin, hukuk idesinin bir yönünü oluşturduğunu, bunun mutlaka yerinde-lik ve hukuki güvenlik ile tamamlanması gerektiğini dile getirmiştir<sup>44</sup>. Öte yandan bu yargılamalar, doğal hukukun, adalet fikrinin yanı sıra, bireylerin siyasi iktidarın keyfi uygulamalarından korunması amacını görmezden gelmiştir.

Ceza kanunlarının geçmişe uygulanmazlığını hukukun üstünlüğü ilkesi ve hukuki güvenliğin unsuru sayan AİHM, Demokratik Alman kamu görevlilerinin cezalandırılmasını Sözleşme'nin ihlali olarak görmemiştir. Mahkeme, Doğu Alman sınır muhafızlarının insan öldürme fiillerini, Demokratik Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda güvence altına alınana yaşama hakkının ihlali olarak değerlendirmiş<sup>45</sup> konuyu Sözleşme'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasında dikkate alınan uluslararası insancıl hukuk çerçevesinde karara bağlamamıştır<sup>46</sup>.

Mahkeme'nin geçmişe uygulama yasağı ihlallerini Sözleşme'ye aykırı bulmadığı bir başka bazı kararları da vardır. *C.R.* ve *S.W.* davalarında, evli erkeğin karısına tecavüzden sorumlu tutulamayacağına ilişkin istikrarlı İngiliz uygulama-

<sup>43</sup> Bkz. Katoğlu, Zaman Yönünden, s. 85.

<sup>44</sup> Gustav Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", Trans. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, V. 26, N. 1, 2006, s. 1 vd.

<sup>45</sup> Bkz. Doğru, Nalbant; s. 860.

<sup>46</sup> Harris, O'Boyle, Bates, Buckley; s. 340.

sından ayrılmak suretiyle sanıkların cezalandırılmasına olanak veren Lordlar Kamarası uygulamasının Sözleşme'yi ihlal etmediğine karar vermiştir<sup>47</sup>.

### B. Zamanaşımı ve Ceza Davalarının Süresi Bakımından

AİHM tarafından, ceza davalarının açılması bakımından nihai süreler (zamanaşımı) öngörülmemesinin, ilgililerin süresiz olarak dava tehdidi altında kalmasına yol açacağı kabul edilmiştir. Bu şekilde açılan ceza davalarında eski ve eksik kanıtlara dayanılmasının kaçınılmaz olduğu vurgulanarak, zamanaşımı süreleri öngörülmek suretiyle hukuki güvenlik ilkesinin güvence altına alınması gerektiği karara bağlanmıştır<sup>48</sup>.

### C. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bakımından

Sözleşme sisteminde kanun kavramının kullanıldığı bir başka alan temel hak ve özgürlüklere yapılan meşru müdahalelerin belirlenmesidir. Örneğin kişi özgürlüğünün sınırlanması ile ilgili hükümlerin de yer aldığı 5. madde ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin içtihatla kanun kavramı önemli bir yere sahiptir. Kişi özgürlüğü ancak kanun ile sınırlanabilir. Bu konuda Mahkeme, hukuki güvenlik ilkesinin mutlaka gözetilmesi gerektiği kanısındadır. Buna göre kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma koşulları kanunla açıkça belirlenmeli ve bizzat kanunun uygulanması öngörülebilir olmalıdır. İlgili tüm kanunlar belirli olmalıdır. Bu eşitlik ilkesinin de bir sonucudur Aynı şekilde, kişinin özgürlüğü bu kanunlara uygun olarak sınırlandırılmalıdır. Mahkeme, kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin iç hukuk kurallarının ihlal edilip edilmediğini inceleyebilir<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Bkz. Doğru, Nalbant; s. 859. Harris, O'Boyle, Bates, Buckley; s. 339. Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok; s. 166.

<sup>48</sup> Bkz. De Salvia, s. 5.

<sup>49</sup> *Baranowski ve Jecius* Kararları için Bkz. De Salvia, s. 3 ve aynı sayfada dipnot 11, 12; Çağlar, s. 75.

### D. Hukukun Üstünlüğü İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı İle İlişkisi Bakımından

İçtihatî hukukun en belirgin örnekleri belki de AİHS'nin 6. maddesine ilişkin olanlardır. Adil yargılanma hakkını güvence altına alan bu maddeye ilişkin içtihat ile ceza muhakemesi ve medeni muhakemeye ilişkin temel ilkeler belirlenmiştir<sup>50</sup>.

İçtihatîta adil yargılanma esasları sıklıkla hukuki güvenlik kavramı ile birlikte düşünülmüştür. Bu anlamda, Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasıyla güvence altına alınan mahkeme önünde adil yargılanma hakkının, Sözleşme'nin taraf devletlerin ortak mirasının (müktesebatının) unsuru olarak hukukun üstünlüğünü öngören önsözü doğrultusunda yorumlanması gerektiği kanısındadır. Yine Mahkeme'ye göre, hukuki ilişkilerin güvenliği, hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsurlarından biridir<sup>51</sup>.

Bu esaslardan hareketle Mahkeme, *Brumarescu* Kararı'nda Romanya başsavcısına kesin hükme karşı süresiz olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanıyan iç hukuk düzenlemesinin hukuki ilişkilerde güvenlik ilkesine aykırı olduğu ve bu nedenle de adil yargılanma ilkesinin ihlalini oluşturduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, *Miragall Escolano ve Diğerleri* Kararı'nda hukuki yollara başvuru hakkının (dava hakkının) kullanılmasına ilişkin süre gibi usul kuralları bakımından farklı ve öngörülemeyecek bir yoruma imza atan mahkeme kararının da Sözleşme'ye aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, söz konusu kurallar yargının düzenli işlemesi için öngörülmüş olup ilgililerin bu kurallara uyulmasına yönelik beklentileri korunmalıdır. Yine Mahkeme, *Coeme ve Diğerleri* Kararı'nda, muhakeme kurallarındaki belirsizlik dolayısıyla savunma makamının, savcılık makamı karşısında açık biçimde dezavantajlı duruma düşmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> De Salvia, s. 2; Çağlar, s. 72, 73.

<sup>51</sup> Bkz. De Salvia, s. 4.

<sup>52</sup> Bkz. De Salvia, s. 4, 5.

### III. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ BAKIMINDAN TÜRK CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU İLE UYGULAMASI

#### 1. İyi Yasama İyi Kanun Yapma Sorunu Bakımından

TCK ve CMK, yürürlüğe girdiği tarihten önce başlamak üzere, toplam on dört değişikliğe uğramıştır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanması Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik sayısı on altıdır. Özel ceza kanunları ya da özel kanunların ceza hükümlerinde yapılan çok sayıdaki değişiklik de gözden uzak tutulmamalıdır. Biçimsel kanunilik tek başına bir güvence olmaktan uzaktır. Kanunların nitelikli olması, biçime anlam ve işlev kazandıracaktır.

Hukuki güvenlik ilke ya da kavramının kapsamı belirlenirken, kanunların objektif, genel ve kişilik dışı olma özelliklerinin de bu kavramı oluşturan unsurlardan olduğu belirtilmişti. Son yıllarda yoğun biçimde çıkarılan "torba yasa"lar, kanunların bilinebilir, ulaşılabilir olma özelliğine aykırı durumlara yol açmaktadır. Bunun yanı sıra, çoğunlukla görülen lüzum üzerine ve kısa vadede çıkarılan torba yasalar ile öngörülen bazı hükümlerin kişiye özel hükümler olarak nitelendirilmesi mümkündür. Örneğin, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Kanunu altı yüze yakın maddeden oluşmaktadır. Esasen, özel kanunlardaki ceza hükümlerinin, Türk Ceza Kanunu'na uyumlu hale getirilmesi amacıyla hazırlandığı anlaşılan bu kanunun 569. maddesinde, tüp bayilerini ve dağıtıcı şirketleri **hukuki sorumluluktan** kurtaran koşullara da yer verilmiştir. Yakın tarihli bir örnek 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yine bir torba yasa ile yapılan bir değişikliktir. 5411 sayılı kanun'a 6487 sayılı Kanun ile eklenen Geçici 31. madde ile **derdest bazı ceza soruşturma ve kovuşturmalarında** uygulanmak üzere, kovuşturma ya yer olmadığı ya da düşme kararı verilmesi yolu açılmıştır<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> "Geçici Madde 31 - (Ek: 24/5/2013-6487/31 md.)

## 2. Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi Bakımından

Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi ile ilişkili farklı sorunlar olduğu görülmektedir. Farklı sorunlar, kanunilik ilkesinin kurucu unsurları altına ele alınacaktır.

### A. Kanunun Tekelciliği

Kanunu tekelciliği ilkesi ile ceza hukukunun kaynakları biçimsel anlamda kanun ile sınırlandırılmıştır<sup>54</sup>. Bu nedenle, ceza kanunları ile suç olarak öngörülme fiillerin suç sayılarak cezalandırılması mümkün değildir.

Bununla birlikte, kamunun yakından bildiği ve tartıştığı bazı davalarda, ceza kanunları ile açıkça suç sayılmayan hazırlık hareketlerinin, suça teşebbüsün varlığı için gerçekleşmesi gereken elverişli icra hareketleri gibi değerlendirildiği ve sanıkların hazırlık hareketleri dolayısıyla mahkum edildiği görülmektedir. Cezalandırılabilir teşebbüsün sınırlarını belirlemesi bakımından hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımı kişi hak ve özgürlüklerinin bir güvencesidir. Tereddütsüz biçimde suça yönelmeyen elverişli icra hareketlerinin söz konusu olmadığı olaylarda, cezalandırılabilir teşebbüsün varlığından bahsedilemeyecektir. Kanun'un hazırlık hareketlerini istisnai olarak cezalandırdığı haller vardır. Ancak kamunun ilgisinin yöneldiği mevcut davalarda verilen mahkumiyet kararlarına dayanak teşkil eden suç tanımları, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını öngörmemektedir. Bu durumda, ceza kanunları

---

Bankacılık mevzuatının uygulanmasıyla ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılmış başvuru veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı kapsamında karşılıklı olarak dostane çözüme ulaşılması hâlinde, ilgili kamu otoritesinin şikayet ya da yazılı başvurudan vazgeçme veya müdahillikten çekilme beyanının ilgili Cumhuriyet savcılığı veya mahkemeye ulaşması üzerine, dostane çözüm kapsamına giren fiiller nedeniyle yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanıklar hakkında kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir.

Yukarıdaki fıkra hükmü, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla derdest olan soruşturma veya kovuşturmalarda ilgili olarak uygulanır."

<sup>54</sup> Toroslu, s. 43.



ile suç sayılmayan fiillerin üstelik çok ağır bir biçimde cezalandırılması söz konusu olmuştur. Kanun'a aykırı olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırılması hem kanunilik ilkesinin hem de temel bir ilke olan "davranışsız suç olmaz" (*nullum crimen sine actione*) kuralının ihlalidir.

Kanunun tekelciliği ilkesi bakımından Türk hukukunda tartışılan bir başka konu, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç unsurlarının gösterilip gösterilemeyeceği olmuştur. "Yasama faaliyetinin yavaşlığı", özellikle "ekonomik ve mali alanlarda uzmanlık gerektiren hızlı düzenleme gereksinimi" gibi gerekçelerle, idarenin, düzenleyici işlemleri ile suç unsuru gösterebilmesi gerektiği savunulmuş, konu çeşitli kereler Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu ile mülga Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun'da Bakanlar Kurulu'na tanınan suçun unsurlarını belirleme yetkisinin anayasaya uygunluğu konusundaki tartışma ve Mahkeme kararları bilinmektedir. Bu çalışmada, çok iyi bilinen bu tartışmalar tekrar edilmeyecek, ancak TCK'nun 2. maddesinde, idarenin düzenleyici işlemleri bakımından öngörülen düzenlemenin etkisi kısaca değerlendirilecektir. TCK'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında, "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" hükmüne yer verilmiştir. Bu haliyle hüküm, ancak bir prensibi temsil etmekte, anayasa kuralı olmadığı için, kanunkoyucuya anayasal bir sınır da çizmemektedir. Söz konusu düzenlemenin, anayasa hükmü olmaması, Ceza Kanunu'nun da diğer kanunlar ile aynı hiyerarşik düzeyde bulunması karşısında başka bir sonuca varmak güçtür.

Nitekim idareye, düzenleyici işlemlerle suç unsuru gösterme yetkisi veren kanunların hala yapılabildiğinde dair güncel örnekler de bulunmaktadır. Bu çerçevede, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun defter tutma yükümlülüğüne ilişkin 64. maddesinin ilk halinde öngörülen düzenleme idareye suçun unsurlarını gösterme yetkisi vermekteydi. Madde'nin 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki hali şöyleydi:

*“(1) Her tacir, ticari defterleri tutmak ve defterlerinde, ticari işlemleriyle malvarlığı durumunu, Türkiye Muhasebe Standartlarına ve 88 inci madde hükümleri başta olmak üzere bu Kanuna göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak zorundadır. Defterler, üçüncü kişi uzmanlara, makul bir süre içinde yapacakları incelemede işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir verebilecek şekilde tutulur. İşletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesi defterlerden izlenebilmelidir.”*

Bu şekilde, Türkiye Muhasebe Standartları Kurumu’na suçun unsurlarını belirleme olanağı verilmekteydi.

Halen yürürlükte olan bir başka örnekte, idareye suç unsuru gösterme yetkisi verilmemekle birlikte, ilgili kanunun uygulanması için çıkarılan yönetmelikte suç tanımları öngörülmüştür. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 8 ve 9. maddelerinde, internet ortamında yapılan bazı yayınlara erişimin engellenmesi ile kişilerin haklarını ihlal eden yayın içeriğinin kaldırılması kararlarının yerine getirilmemesi fiilleri suç olarak tanımlanmış ve ceza müeyyidesi öngörülmüştür.

5651 sayılı Kanun’un uygulanmasına ilişkin 30.11.2007 tarihli Yönetmelik’te de aynı fiiller ayrıca suç olarak tanımlanmış, Kanun ile öngörülen ceza müeyyidelerine de bir kez daha yer verilmiştir. Kanun’daki suç tanımları ve cezanın yinelenmesi biçiminde de olsa, bir yönetmelikte bu tür düzenlemelerin öngörülmemesi gerekir<sup>55</sup>.

Öte yandan, Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen ceza kavramının, idari cezaları da kapsadığı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararları ışığında, Türk hukukunda yere alan kimi düzenleyici işlemlerde, idari cezaların belirlenmesi usulünü düzenleyen hükümlerin de anayasaya aykırı olduğu kabul

<sup>55</sup> Tuğrul Katoğlu, “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi- ne İlişkin 30.11.2007 Tarihli Yönetmeliğin 11 ve 19. Maddeleri Anayasaya Aykırıdır”. **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 70, S. 2012/4, s. 310 vd.

edilmelidir. Bu çerçevede, 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik ve yine aynı tarihte yürürlüğe giren Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik’te, anayasaya aykırı olarak idari para cezasına ilişkin hükümler öngörülmiştir.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’te para cezasının belirlenmesine ilişkin ilkeler, temel para cezasının hesaplanmasına, artırılmasına ilişkin esaslar, ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenler öngörülmüş, yine Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik’te de para cezasının verilmeyeceği, cezalarda indirim yapılabileceği hallere yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemelerin, Anayasa’nın 38. maddesinin yanı sıra 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “Kanunilik ilkesi” kenar başlıklı 4. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen “*Kabahatler karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktar, ancak kanunla belirlenebilir*” hükmüne de aykırı olduğu açıktır<sup>56</sup>.

## B. Kanunun Açıklığı

Ceza kanunları kaleme alınırken, hukuka aykırı olan ile hukuka aykırı olmayan davranışların kesin olarak ayrılmasına olanak verecek ifadelerin kullanılması gerekir<sup>57</sup>. Kanunun açıklığı ile kastolunan budur. Kanunun açıklığı ilkesinin öngörülebilirlik açısından güvence sağladığı konusunda bir kuşku yoktur.

Türk hukukunda kanunun açıklığı ilkesi çeşitli biçimlerde ihlal edilmektedir. Yasama norm koyma tekniğindeki sorunlar ve yazılı anlatım sorunları, kanunun açıklığı ilkesini ihlal eden başlıca nedenlerdir.

<sup>56</sup> Katoğlu, s. 316.

<sup>57</sup> Toroslu, s. 52.

Suç yaratan ceza normunda, kural ve müeyyide kısımlarının bulunması ideal bir durumun ifadesidir. Bugün özel kanunların ceza hükümleri bakımından emirler, yasaklar ve müeyyidelerin farklı madde hükümlerine dağılmış olduğu görülmektedir. Birçok düzenleme bakımından, kural ve müeyyidenin aynı normda öngörüldüğü söylenemez. Bu gibi durumlarda, kural ve müeyyide farklı kanun hükümlerinde öngörülmüştür. Genellikle, özel kanunların ceza hükümlerine ayrılan kısmında yer alan kurallarda ceza müeyyidesi öngörülürken ayrıca kanunun hangi hükümlerine aykırılık halinde bu müeyyidenin uygulanacağı da belirtilir. Ceza normu, “çeşitli hükümlere dağılmış haldedir”<sup>58</sup>. Bu tür düzenlemeler söz konusu olduğunda eksik ceza normundan bahsedilir. Zira suç yaratan ceza normunda bulunması gereken unsurlardan biri eksiktir. Kanunkoyucu, bu unsuru bir başka kanun maddesinde düzenlemek yoluna gitmiştir. Bu gibi düzenlemeler bakımından temel görev uygulamacıya düşmektedir<sup>59</sup>.

2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu gibi birçok kanunda, ceza hükümleri bakımından eksik norm tekniğine başvurulmuş, kural kanunların farklı hükümlerinde düzenlenirken, ceza müeyyidesine, ceza hükümleri altında yer verilmiştir. Bu yöntem, pratik gibi görünse, yaygın olarak kullanılsa da emredilen ya da yasaklanan fiilin içeriğinin belirlenmesi bakımından sıkıntılar yaratabilmekte, açıklık unsurunun güvence altına alınmaması dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlali söz konusu olabilmektedir.

Öte yandan, kural kısmını oluşturan emir ya da yasaklar bakımından, cezai sonuçları anayasa hükümleri dikkate alınmaksızın kanun hükmünde kararnamelemler ile de değişiklikler yapılması olasılığı dolayısıyla, eksik norm yöntemine ölçülü olarak başvurulmalıdır.

<sup>58</sup> Toroslu, s. 33, 34; Zeki Hafizoğulları, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, Seçkin, 1987, s. 285.

<sup>59</sup> Hafizoğulları, s. 286.

Nitekim mülga Sermaye Piyasası Kanunu bakımından bu tehlike ile karşı karşıya kalınmıştır. Kanun'un ceza hükümleri arasında düzenlenen 47. maddesinin (C) paragrafında gönderme yapılan Kanun'un önceki hükümlerinden bazıları 558 sayılı KHK ile değiştirilmiş, değişikliğin yapıldığı yıl Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 13.11.1995 tarih, 1995/45 Esas, 1995/58 Karar sayılı kararla bu değişiklikler iptal edilmiştir.

Ceza hükümlerinin düzenlenişine ilişkin tekniğin yol açtığı sorunlar dışında, özensiz suç tanımları yapılmasının da açıklık ilkesini ihlal ettiği söylenmelidir. Çalışmada özensiz suç tanımlarına birkaç örnek verilecektir.

TCK'nun 226. maddesinde "Müstehcenlik" suçları öngörülmüştür. Bu düzenlemeler arasında, Madde'nin dördüncü fıkrasında "**Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır**" denmektedir. Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ifadesinden ne anlaşılmalıdır? Eğer eşcinsel ilişki kastediliyor ise, bu tür cinsel ilişkinin kendisi yasaklamayan hukuk düzeninin bu ilişkinin örneğin fotoğrafını **bulundurmaya** yasakladığı sonucuna varmak gerekecektir.

Yakın tarihte yürürlüğe giren TTK'ndan da bu ilkenin ihlali oluşturulan örnekler verilebilir. TTK'nun 562. maddesinin onuncu fıkrasında gönderme yapılan Kanun'un 551. maddesindeki tanım, kanunun açıklığı ilkesine aykırıdır. Kanun'un 551. maddesinde, aynı sermayenin, devralınacak işletme ve ayınların değerlemesi sırasında emsale göre yüksek fiyat biçilmesi, aynı nitelik ya da durumunun farklı gösterilmesi ya da başkaca **yolsuzluklar yapılması** yasaklanmaktadır. Sadece yolsuzluk ifadesi ile yetinilen ve yasaklanan davranışın sınırlarının belli olmadığı bu düzenlemenin suç ve cezalarda kanunilik ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Bir fiilin sa-

dece adını ifade ile yetinip unsurlarını açıkça öngörmeyen bir düzenlemenin suç tanımı olarak kabul edilmesi olanaksızdır.

Yine TTK'nun 51. maddesinin üçüncü fıkrasında ceza müeyyidesine yer verilmiş, Kanun'un 46 ve 49. maddelerinde öngörülen emir ya da yasaklara aykırılık cezalandırılmıştır. Eksik ceza normu biçiminde bir düzenlenme söz konusu olduğundan emir ya da yasak öngörülen kanun hükümleri ile ceza müeyyidesi öngörülen hükümler uygulamacı tarafından bir araya getirilmelidir. Buna göre, Kanun'un 46. maddesinde öngörülen tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmamak, gerçeğe ve **kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla**, her ticaret unvanına ekler yapılabileceğine dair düzenlemeye aykırılık halinde üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunacaktır. Yani kamu düzenine aykırılık gibi kapsamı belirsiz bir yasak oluşturulmakta ve buna cezai sonuç bağlanmaktadır<sup>60</sup>.

### C. Kanunun Geçmişe Uygulanmazlığı

Eşyanın doğası gereği ihlalin zaman yönünden emri izlemesi esastır. Kural ihlali için önce bir kuralın bulunması gerekir. Ceza kanunlarının geçmişe uygulanmazlığı, kanunilik ilkesinin son kurucu unsurudur.

Türk hukuku bakımından, bu ilkenin ihlal edildiği ya da edilmeye çalışıldığı örnekler bulunmaktadır. 1951 yılında mülga ceza kanununda yapılan değişiklikler ile sertleştirilen ünlü 141 ve 142. maddelerin devam etmekte olan bir siyasi davaya uygulanması yönündeki gayretlere, mahkemenin geçit vermediği bazı tanıklıklardan anlaşılmaktadır.

27 Mayıs 1961'in ardından 765 sayılı TCK'nun 56 ve 146. maddelerinde yapılan değişikliklerin geçmişe uygulanması

---

<sup>60</sup> Tuğrul Katoğlu, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim ve Limited Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu". **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXIX, S. 1, 2013, s. 37.

girişimi de Türk hukukundaki geçmişe uygulama yasağı ihlali girişimlerine bir örnektir. Özellikle 56. maddenin üçüncü fıkrasının kaldırılmasının ardından Celal Bayar'ın ölüm cezasına mahkum edilmesi ve bu hükmün infaz edilmesi amaçlanmıştır.

Bilinen önemli bir başka örnek *Ecer ve Zeyrek/Türkiye Kararı*'na konu olmuştur. Hatırlanacağı üzere, AİHM, 1991 yılında yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu'nun 1988 ve 1989 yıllarında işlenen fiillere uygulanması nedeniyle, Türkiye'nin, Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>61</sup>.

Geçmişe uygulama yasağı bakımından güncel bir sorun da Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin yürürlükten kalkmasının ardından başlatılan "12 Eylül Davası"'dır. Geçmişe uygulama yasağı, konuyla ilgili bilgilerin verildiği başlıkta da dile getirildiği gibi, sadece yeni suç tanımları ve ceza müeyyidelerinin yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiillere uygulanmasına engel değildir. Bu yasak ayrıca, fiilin işlendiği tarihtekine göre aleyhe bir cezai rejim yaratan tüm düzenlemeleri kapsamaktadır. Bu çerçevede, suç teşkil eden fiillerin faileri bakımından sorumsuzluk öngören hükümler kaldırılarak yargılama yapılması, geçmişe uygulama yasağının ihlalidir. Örneğin, Anayasa'da öngörülen yasama sorumsuzluğunun yürürlükten kaldırılması ve önceki tarihlerde meclis çalışmaları sırasında sarf ettikleri sözler nedeniyle milletvekillerinin cezaen sorumlu tutulması geçmişe uygulama yasağının ihlali olarak kabul edilecektir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasındaki istisnai düzenlemenin sınırları tartışmaya açık olmakla birlikte, "12 Eylül Davası" olarak bilinen ve izlenen yargılamanın hukuki güvenlik ilkesi açısından sorunlu olduğu açıktır.

### 3. Ceza Davalarının Süresi - Dava Zamanaşımı Bakımından

Uygulamada, hukuk ya da ceza mahkemelerindeki davaların uzayıp gittiği bir sır değildir. 16 Şubat 2012 tarihli Radikal

<sup>61</sup> Doğru, Nalbant; s. 861.

Gazetesi'ndeki bir haber öncelikle başlığıyla dikkat çekmiştir: *“Bu Türk yargısı adamı katil eder!”* Mesut Hasan Benli imzalı haberden, bir ağır ceza mahkemesinin, borçlu maktulün, *“alacağını nasıl alıyorsan al, işte mahkemenin yolu”* biçimindeki sözünü haksız tahrik indirimi için geçerli bir neden olarak kabul etmiş, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin verdiği bozma kararı üzerine yerel mahkeme, *“Olay tarihinde de alacağını isteyen sanığa ekonomik olarak borcu ödeyecek durumda olmasına rağmen, Türk Hukuk Sistemi'nde alacağın tahsilindeki sıkıntılar ve bu sürecin uzunluğunun da bilinen bir gerçek olmasına rağmen, alacağını nasıl alıyorsa almasını”* söyleyip yöntem olarak da mahkeme yolunu gösterme şeklindeki davranışı mahkememizce tereddütsüz biçimde haksız bir fiil olarak kabul edilmiş ve bunun sanıkta bir hiddet meydana getirdiği tüm dosya kapsamı ile sabit bulunmakla, olayın başka bir sebeple işlenmediği de belirli olduğundan, sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği değerlendirilmiştir” gerekçeyle direnmiştir. İlgili Ceza Genel Kurulu kararına ulaşılmış ve haberin içeriği teyit edilmiştir.

Devamı sırasında sanıkların yaşlandığı, önce çocuk sonra torun sahibi olduğu, öldüğü ceza davaları vardır. Örnek olarak Devrimci Yol davasını anmak yeterlidir.

Bu çerçevede, ceza kovuşturmalarının makul sürede bitirilmesi, ilgililerin sürekli ceza müeyyidesi tehdidi altına bir yaşam sürmelerini engelleyecektir. Dava zamanlaşımının da bu anlamda bir güvence sağladığı unutulmamalıdır.

#### **4. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği - Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama Bakımından**

AİHM'nin kişi özgürlüğünün sınırlanması konusunda, hukuki güvenlik ilkesini dikkate aldığı yukarıda ifade edilmişti. Bu çerçevede Mahkeme, Tutuklama tedbirinin Sözleşme ve ilgili kanun hükümlerine uygun biçimde uygulanmasını dikkate almaktadır.

Tutuklama tedbiri, gerek ilgili kanuni düzenlemeler gerek uygulama nedeniyle Türkiye'de sadece hukukçuların değil



kamunun tüm dikkatinin yoğunlaştığı bir konu olmuştur. Bu yönüyle içinde bulunduğumuz dönem, 1789 Devrimi öncesi Fransa'sını hatırlatmaktadır. Devrim öncesinde, aydınlanmacı yazar ve düşünürlerin önemli bir kısmı, hukukçu olmadıkları halde ceza ve ceza muhakemesi sorunlarını tartışmışlardır. Edebiyatçıların felsefi metinler, filozofların edebi metinler kaleme aldığı bu dönemde, Candide'den Toplum Sözleşmesi'ne birçok eserde, cezalandırma yetkisi, direnme hakkı, yakalama ve tutuklama, işkenceyle özdeşleşen muhakeme ve infaz usulleri dikkat çeken başlıca konular olmuştur.

Bugün Türkiye'de, bir koruma tedbiri olan tutuklama, neredeyse Devrim arifesindeki Fransa ve Avrupa'da olduğu gibi hukukçu olmayanların dahi en yaygın olarak ilgilendiği bir konu haline almıştır. Sadece tutuklama değil, kişi özgürlüğünü sınırlandıran yakalama, gözaltı ve yakalama emri tedbirlerinin uygulanışı da tedirgin edici olmanın ötesine geçmiştir. Muhalif gösterilerde şiddet içeren toplu yakalamalar, toplu taşıma araçları ya da kolluk araçlarında uzun süre alıkoyma gibi uygulamaların kişi özgürlüğü ve güvenliği ile bağdaşmadığı açıktır.

Sadece kamuoyuna sıkça yansıyan yargılamalarda değil, birçok ceza soruşturması ve kovuşturması bakımından tutuklama tedbirine rahatlıkla başvurulabildiği görülmektedir. Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlatılarak yayınlanan 10 Ağustos 2010 tarihli Tutuklama Raporu'ndaki verilere göre, 2010 yılı Mart Ayı esas alındığında ceza ve tutukevlerinde bulunanların %51'i tutuklu, %49'u hükümlülerden oluşmaktadır<sup>62</sup>. Bugün resmi makamlar tarafından açıklanan ve devam etmekte olan kovuşturmalarda tutuklu iş oranını gösteren istatistiklerin de sorgulanması zorunludur. Zira birkaç yıldır, temyiz (kovuşturma evresinin kanun yolu devresi) incelemesinde bulunan dosyalardaki sanıkların CMK'na aykırı olarak, sanık değil hükümlü olarak kabul edilmesi söz konusudur. Böylece tutuklu sanık sayıları azalivermektedir.

<sup>62</sup> Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2010, s. 18.

Resmi olarak doğrulanması mümkün bulunmamakla birlikte, bazı soruşturma ya da kovuşturmalarda tutuklama tedbirine başvurulmamasının başlıca nedenleri arasında ceza ya da tutukevlerinde yer olmaması gösterilebilmektedir. Yani fizik koşulların olanak vermesi durumunda tutuklama oranının yükseleceği öngörülebilir<sup>63</sup>.

CMK'nda öngörülen ve tutuklama tedbiri ile adli kontrole ilişkin hükümlerde yapılan çeşitli değişiklikler de temel sorunları çözmeye yetmemiştir. Kapsamı bakımından esasen malumun ilamı olarak nitelendirilebilecek 2012 düzenlemeleri de tutuklama tedbirine başvurulması konusunda esaslı bir yargısal tutum değişikliği yaratmamıştır. 6352 sayılı Kanun ile CMK'nun 101. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen değişikliklerle, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek gösterilmesi zorunluluğu bir kez daha vurgulanmıştır. Aynı kanun ile adli kontrole başvurulmasını kısıtladığı düşünülen, özgürlüğü bağlayıcı cezalara ilişkin süre sınırlaması da kaldırılmıştır. Bununla birlikte, tutuklama tedbirine başvurulması, tutukluluk halinin devamı konularında esaslı bir tutum değişikliği olduğunu söylemek güçtür.

Tutuklama tedbirinin koşullarının gözetilmemesi, hukuka uygunluğu kuşkulu, güvenilirliği tartışmalı gizli tanık beyanlarına dayanarak tutuklama kararı verilmesi, savcılık tarafından itiraz edilmesi mümkün olmayan salıverme kararlarına bu makamca yapılan itiraz başvurularının kabul edilmesi, tutuklama ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlara karşı itiraz yolunun fiilen etkisizleşebilmesi gibi sorunlar, esasen mevcut kanuni düzenlemelerden değil uygulamadan kaynaklanmaktadır<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Tuğrul Katoğlu, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 69, S. 2011/4, s. 20.

<sup>64</sup> Katoğlu, s. 26.

Tutuklamaya ilişkin kanuni düzenlemeler ve uygulamadan kaynaklanan temel sorunlar aşağıda sıralanmıştır.

### A. Tutuklama Tedbirinin Kanuni Koşulları İle İlgili Sorunlar

Bilindiği gibi, tutuklama kararı verilebilmesi için, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması, şüpheli ya da sanığın kaçması, saklanması ya da kaçacağı şüphesini uyandıran olguların varlığı, delillerin karartılması, tanık ya da başka kişilere baskı yapılması olasılığına işaret eden somut verilerin bulunması gerekir. Bunun yanı sıra tutuklama yasağı bulunmamalı, adli kontrole başvurulabilecek durumlarda tutuklama kararı verilmemelidir.

Yine bilindiği gibi, CMK'nun 100. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan suçlar bakımından, bu suçların işlendiği yönünde kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde, tutuklama nedeninin varsayılabileceği öngörülmüştür. Öncelikle fıkrada sayılan suçlar bakımından da bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphenin bulunması ve bu durumun somut olgularla kanıtlanması gerekir. Üçüncü fıkrada bu koşula açıkça yer verilmiştir. Öte yandan tutuklama kararı verilebilmesi için bulunması gereken şüphe sebepleri, Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmesi için yeterli olan şüphe nedenlerinin ötesinde bir yoğunlukta olmalıdır. Kanun'un 170. maddesinde, kamu davası açılması bakımından delillerin "*yeterli şüphe*" oluşturması aranırken, 100. maddeye göre, tutuklama kararı verilebilmesi için yeterli şüphenin ötesinde "*kuvvetli suç şüphesinin varlığı*" somut olgularla saptanmalıdır<sup>65</sup>. AİHS sistemi ve AİHM kararları da değerlendirildiğinde görüleceği gibi, mutlaka şüpheli ya da sanığın söz konusu suçu işlediği yönün-

<sup>65</sup> Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu; **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. B., İstanbul, Beta, 2006, s. 758. Aynı yönde Bkz. Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Ankara, Savaş, s. 217; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan; **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. B., Ankara, seçkin, 2010, s. 403.

de makul bir kuşku, yani objektif bir gözlemciyi, bu kişinin suç işlediği konusunda ikna etmeye elverişli yoğunluktaki bir kuşku aranacaktır<sup>66</sup>.

Bununla birlikte, CMK m. 100/f. 3'te öngörülen suçlar bakımından kaçma ya da delilleri karartma koşulları açıkça aranmamıştır. Söz konusu düzenleme, bu suçlar bakımından yürütülen muhakeme faaliyetinde kategorik olarak tutuklamaya karar verilmesi sonucunu doğurabilmektedir. CMK m. 100/f. 3'teki suçlar bakımından sanki tutuklamanın kural olarak anlaşıldığı yönünde izlenim oluşmaktadır.

Gecikmede tehlike, haklı görünüş ve orantılılık muhakeme tedbirlerinin ortak koşulları arasındadır. 100. maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemede, gecikmede tehlikeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu koşulun bir ortak koşul olduğu ve bu suçlar bakımından da aranması gerektiği kabul edilmelidir<sup>67</sup>.

Söz konusu fıkra da öngörülen düzenlemenin “*aksi kabul edilebilir bir karineden ibaret*” olduğu ve bu suçlara ilişkin olarak yürütülen muhakemelerde de hâkimlerin, gerekçelendirmek kaydıyla şüpheli ya da sanıkların kaçmayacağı ya da delilleri karartmayacağı kanaatiyle tutuklama kararı vermemesi mümkündür<sup>68</sup>. Nitekim fıkra da, tutuklama nedeninin “varsayılacağından” değil “**varsayılabileceğinden**” bahsedilmektedir. Bununla birlikte, uygulamada bu hükmün adeta tutuklama zorunluluğu olarak anlaşıldığı gözlenmektedir<sup>69</sup>.

Öte yandan, 100. maddenin üçüncü fıkrasında gecikmede tehlikeye yer verilmemiş olması gerekçesinden hareketle, fıkra da sayılan suçlar bakımından kategorik olarak tutuklama kararı verilmesi Anayasa'nın 19. maddesine de aykırıdır.

---

<sup>66</sup> T. Raporu, s. 26.

<sup>67</sup> Katoğlu, Tutuklama, s. 22.

<sup>68</sup> Toroslu, Feyzioğlu; s. 220.

<sup>69</sup> Bkz. Nur Centel, Hamide Zafer; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. B., İstanbul, Beta, 2010, s. 341.

A.Y. m. 19/f. 3'te "Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir" denmektedir. Anayasa'da gecikmede tehlike koşuluna yer verilmiştir. Söz konusu anayasa hükmü doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Hükümde öngörülen bu koşul, 100. maddenin üçüncü fıkrasında sayılan suçlar söz konusu olduğunda da gözetilmeli, gerçekleştiği somut olgularla kanıtlanmalıdır<sup>70</sup>. Anayasa'nın 11. maddesinin ilk fıkrasında, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme karşısında yargılama makamlarının Anayasa'nın 19. maddesindeki koşullara uygun karar vermeleri bir zorunluluktur.

Anayasa'nın 19. maddesinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olması ve CMK'nun 100. maddesinin üçüncü fıkrasının da anayasaya uygun olarak yorumlanması sayesinde, söz konusu fıkra da bir değişiklik yapılmaksızın gecikmede tehlike koşulunun gözetilmesi mümkündür. Öte yandan, muhakeme tedbirlerinin ortak bir koşulu olması nedeniyle, gecikmede tehlikenin, açık kanuni düzenleme bulunmayan durumlarda da dikkate alınması zorunludur. Fıkra da öngörülen, tutuklama nedeninin varsayılabileceği yönündeki ifadede de, ilgili suçlar bakımından tutuklama tedbirine başvurulmasının kural haline getirilmediğini göstermektedir. Ancak tutuklama kararı verilmesinde doğru uygulamayı teşvik bakımından, 100. maddenin üçüncü fıkrasında sayılan suçlar için de delilleri karartma ya da kaçma şüphesinin varlığı fıkra metninde bir koşul olarak açıkça kabul edilmelidir.

## **B. Tutuklama Tedbirine İlişkin Koşulların Gözetilmemesi**

Gerek CMK m. 100 gerek AİHS m. 5 uyarınca, tutuklama kararı verilebilmesi için öncelikle isnat edilen fiilin suç teşkil

<sup>70</sup> Katoğlu, Tutuklama, s. 22, 23.

etmesi gerekir. Bilindiği gibi, tutuklama kararında, şüpheli ya da sanığın, isnat olunan suçu işlediği hususunda kuvvetli şüphe somut olgularla gösterilmelidir. Bununla birlikte, kamuya yansımış ve özellikle cezalandırılabilir teşebbüsün mevcudiyetinin son derece tartışmalı olduğu çeşitli davalarda, isnat olunan fiillerin suç niteliği kuşku götürürken tutuklama tedbirine başvurulmuştur. Bu çerçevede cezalandırılabilir teşebbüs kapsamına girmeyen ve ancak hazırlık hareketi olarak nitelendirilme olasılığı bulunan davranışların, suç olarak değerlendirilerek tutuklama tedbirine başvurulması, Anayasa'ya, AİHS'ne ve elbette CMK'na aykırıdır.

Adli kontrol tedbirler demetine yeterince başvurulmaması, orantılılık ilkesinin gözetilmediğini düşündürmektedir. CMK'nun 101. maddesi uyarınca somut olayda adli kontrol tedbirinin yetersiz kalacağına kanıtlanması gerekirken, bu yönde hiçbir olgu gösterilmeksizin tutuklama kararı verildiği görülmektedir. Uygulamada adli kontrol kararı verildikten sonra şüphelinin tutuklanabildiği yönünde bilgiler gelmektedir.

Kaçma şüphesini destekleyen olguların sunulmasında sorunlar vardır. Duruşmaya gelen sanığın, kaçma şüphesi dolayısıyla tutuklanması çelişkilidir. Özellikle yurtdışından duruşmaya gelen sanığa, yurtdışına çıkış yasağı konulmakla yetinilmemesini anlamak güçtür.

Delillerin karartılması, tanık ya da başkaca kişilere baskı yapıldığı iddiası somut olgularla desteklenmelidir. Örneğin görgü tanıklarına baskı yapılması tehlikesi, yargılama devam ederken zamanla azalacak ve ortadan kalkacaktır<sup>71</sup>. Delillerin karartılması gerekçesi de, deliller toplandıkça geçerliliğini yitirecektir<sup>72</sup>. Kamuoyuna yansıyan birçok önemli davada temel delillerin dinleme kayıtlarından oluştuğu, gizli tanık beyanla-

<sup>71</sup> Letellier/Fransa, 12369/86, 26 Haziran 1991. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Avrupa Konseyi-Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s. 43.

<sup>72</sup> Mamedova/Rusya, 7064/05, 1Haziran 2006, Avrupa İnsan Hakları, s. 44.

rından hareketle tutuklama kararları verildiği düşünüldüğünde, şüpheli ya da sanıkların delilleri karartma ya da tanıklara baskı yapma olasılığının olgularla desteklenmesinin çok güç olacağı düşünülmelidir. Bu durumlar, her oturumda olgularla kanıtlanmalı, önemini ve güncelliğini yitiren eski tehlikelere dayanarak tutukluluğun devamına karar verilmemelidir<sup>73</sup>.

BM Savcılarının Rolüne Dair Yönerge'de, "*Savcılar, ulusal hukuka uygun olarak ve sanıkların ve mağdurların haklarına bütünüyle saygı göstererek, devletlerin tutuklamanın aşırı kullanılmasından ve ayrıca hapisliğin olumsuz sonuçlarından kaçınmak için değişik usulleri kabul etme imkânını araştırırlar*" denmektedir<sup>74</sup>.

Tutukluluğun devamına ilişkin kararlar tutuklamaya ilişkin yeni bir karar gibidir. Önceki kararın otomatik olarak devamı haline gelmemelidir. İlk tutuklama kararına göre suç işleme şüphesinin daha yoğun olduğunun tespiti gerekir. Tutuklunun, tahliye nedenini kanıtlamak zorunda bırakılmaması gerekir. AİHM, bu tür uygulamaları m. 5'e aykırı bulmaktadır<sup>75</sup>.

Türkiye aleyhine verilen kararların önemli bir kısmında gerekçesiz olarak tutukluluğun devamına karar verilen işler söz konusudur.

AİHM'ne göre, "*Soyut kaçma tehlikesi tutukluluğun sürdürülmesinin makul bir gerekçesi değildir*".

m. 5/3 uyarınca "*teminata bağlayarak kişinin duruşmada hazır bulunmasının sağlanabileceği durumlarda, söz konusu kişinin serbest bırakılması gerekmektedir*".

Suçun niteliği ve ağırlığı da başlı başına tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin kararları haklı göstermeyecektir.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Katoğlu, s. 27.

<sup>74</sup> T. Raporu, s. 27.

<sup>75</sup> İljevkov/Bulgaristan, T. Raporu, s. 43.

<sup>76</sup> Müller/Fransa, T. Raporu, s. 44.

Tutuklama bakımından haklı nedenler gösterilememişse, en kısa süre bile makul süreden sayılmayacaktır.<sup>77</sup>

### C. Tutukluluk Halinin İncelenmesi İle İlgili Sorunlar

Tutukluluk halinin “incelenmesi” sonucunda verilen tutukluluk halinin devamına ilişkin kararların tatmin edici gerekçeler içermediği gözlenebilmektedir. Gerekçelerin tatmin edici olmaması, yeni gerekçeler bulunmaması halinde tutukluluk halinin devamını meşru bir zemine dayandırmak mümkün değildir. Öte yandan bu gerekçelerin, karar tarihinden önce hazırlandığına (“kes yapıştır”) dair örnekler basına yansımaktadır.

Kovuşturma evresinde tutukluluğun incelenmesi, soruşturma evresinde olduğu kadar sancılıdır. Ciddi inceleme yapılmamaktadır. AİHM, Sözleşme’nin 5. maddesi kapsamında itiraz yolunun etkili olmadığı yolunda karar vermiştir.<sup>78</sup>

### D. Azami Tutukluluk Süreleri

AİHM’nin temyizde geçen süreyi tutukluluktan saymamasının hukukumuz bakımından değerlendirilmesi gerekir. Kamuoyuna yansımış önemli bir ceza davasında on yıllık tutuklama süresinin dolduğu gerekçesiyle tutuklu sanıklar tahliye edilmişlerdir. AİHM’in söz konusu kararlarına koşut olarak, bir ağır ceza mahkemesi, temyizde geçen sürenin tutukluluk süresi olarak kabul edilemeyeceğini, bu aşamada, ilgililerin hükümlü olarak değerlendirileceğini kabul etmiştir. Bu kararların arkası gelmiştir. Bu yöndeki kararlara katılmak mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf devletler, Sözleşme ile getirilen güvencelerden daha ileri güvenceleri kabul edebilirler. Önemli olan, Avrupa İnsan hakları sisteminin sağladığı güvencelerin gerisine düşmemektir. Bu durumda, AİHM’nin kabul ettiğinden daha kısa bir tutuklama süresinin kabulü mümkündür. Bu yorum, Sözleşme’nin beşinci mad-

<sup>77</sup> Paladi/Moldova, T. Raporu, s. 44.

<sup>78</sup> Koştı vd./Türkiye, T. Raporu, s. 47.



desine de uygundur. Türk pozitif hukukunu ihmal ederek tutuklama süresini uzatmak, aslında Sözleşme'nin ihlalidir. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası, kanunlar ile insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler çeliştiğinde ilgili sözleşme hükümlerinin uygulanmasını amir olmakla birlikte, bununla amaçlanan, insan hakları bakımından daha güvenceli bir mekanizmanın kabulüdür. Kanunlara göre, daha kısa bir tutukluluk süresi söz konusu olacaksa, Sözleşme ve Sözleşme'ye ilişkin içtihat değil kanun hükümleri uygulanmalıdır<sup>79</sup>.

Nihayet Anayasa Mahkemesi'nin Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesine ilişkin olarak verdiği iptal kararına da değinmek gerekmektedir. 2.8.2013 tarih ve 28726 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan, ancak yürürlüğe giremeyen Esas 2012/100 sayılı iptal kararında, (..) *“Ceza yargılamasına ilişkin kuralları ve bu kapsamda suç türlerine göre tutukluluk sürelerini belirlemek kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında bulunmakla birlikte, gerek ulusal mevzuatta ve uygulamada gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, ilk derece mahkemelerince sanığın suçlu bulunarak mahkûm edilmesinden sonraki sürecin tutukluluk olarak değerlendirilmediği de nazara alındığında, dava konusu kuralda düzenlenen azami tutukluluk süresinin demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemeyecek kadar uzun olduğu, bu yönüyle kuralda tutuklamanın adeta bir ceza olarak uygulanabilmesine imkân tanınarak, tutuklama tedbiriyle ulaşılmak istenen hukuki yarar ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı arasındaki makul dengenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı aleyhine bozulmasına neden olduğu görülmektedir”* görüşüne yer verilmiştir. Ayrıca on yıllık sürenin orantılılık ilkesiyle bağdaştırılamayacağı değerlendirilmesi de yapılmıştır. Ancak Mahkeme, farklı yönlerden Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulduğu ve iptal ettiği kanun hükmünün, *“kararın derhal uygulanması kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden”*, kararın Resmi Gazete'de yayınlanmasından başlayarak bir yıl daha uygulanmasında sakınca görmemiştir. Yani Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu için iptal

<sup>79</sup> Katoğlu, Tutuklama, s. 25.

edilen bir hüküm, göz göre göre bir yıl daha uygulanacak bu sayede(!) “kamu düzeni de korunmuş olacaktır”.

### 5. Adil Yargılanma Hakkı Bakımından

#### A. Genel Olarak

Adil yargılanma; “bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır”<sup>80</sup>. Sözleşme’nin 6. maddesinden hareketle oluşturulan bu tanıma koşut bir tanım da Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinde öngörülmüştür.

Anayasa’da adil yargılama hakkına ilişkin temel düzenlemeler, esasen 36, 37, 138, 139, 140, 141 ve 142. maddelere yayılmıştır. Ayrıca aralarında temel muhakeme kanunlarının da yer aldığı çeşitli kanunlarda bu hakkın güvence altına alınmasına ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır.

Adil yargılanma hakkı, her şeyden önce hukukun üstünlüğü ilkesinin kabulünü gerektirir. Hukukun üstünlüğü ilkesine sıkı sıkıya bağlı olması nedeniyle hukuki güvenlik, adil yargılanma hakkının somutlaşması ile sağlanabilecektir. AİHM, adil yargılanma hakkı ile ilgili değerlendirmelerinde hukuki güvenlik ve hukukun üstünlüğü arasındaki ilişkiyi dikkate almıştır<sup>81</sup>. Türkiye, 2011 yılında, AİHM’nde en ikinci çok mahkum edilen ülkedir. Bu mahkumiyet kararları içinde adil yargılanma hakkı ihlalleri ağırlıktadır. 2012 yılında da durum farklı değildir. Adil yargılanma hakkı ihlallerini kişi özgürlüğü ve güvenliği ihlalleri izlemektedir.

---

<sup>80</sup> Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında) Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Ankara, Savaş, 2008, s. 22.

<sup>81</sup> Çağlar, s. 76, 77.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan kişisel başvuruların da önemli bir kısmı adil yargılanma hakkı ihlallerine ilişkindir<sup>82</sup>. Çalışmada, adil yargılanma hakkı, tüm bileşenleriyle ayrıntılı olarak ele alınmayacak, ancak bileşenleriyle birlikte bu hakkın güvence altında olup olmadığı ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü ile hukuk devletinin durumu ortaya konmaya çalışılacaktır.

12 Eylül 2010 referandumu öncesi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısına yönelik eleştiriler, referandum sonrasında Kurul'un yeniden yapılandırılmış hali için de geçerliliğini korumaktadır. Bu çerçevede gerek Kurul'un yapısında yürütmenin temsili, gerek fiilen yapılan seçimlerde yürütmenin temsilcilerinin ağırlığı, hâkimlik ve savcılık mesleğini yürütmenin etkisine açık tutmaktadır.

Hâkim ve savcılarının görev yerlerinin sık sık değiştirilmesi, kitlesel tayinler içeren "yaz kararnameleri", hâkim ve savcılarının etki altında olmaksızın görevlerini yürütmelerine engeldir. 12 Eylül referandumu sonrasında yedi bin civarında hâkimin görev yeri değiştirilmiştir.

Deniz Feneri Derneği soruşturmasını yürüten savcılarının başına gelenler, Danıştay Başkanı'nın, nükleer santral projeleri konusunda, "*Danıştay bunun da yürütmesini durdurabilir mi?*" sorusuna, "*Ne varsa durduruyoruz. Yok, durdurma yok artık. İlerleme var. Ben espri yapıyorum, siz ciddiye alıp yazıyorsunuz. Devletin, milletin lehine ne varsa yapılacaktır. Bunun lamı cimi yok. Öyle bir şey mi var? Onu durdur, bunu durdur. Durdurduk ne oldu?*" yanıtı, Başbakan'ın "*yargıya gerekeni söyledik*" biçimindeki açıklaması ve bu açıklamayı sadece "*dil sürçmesi*" olarak değerlendirebilen HSYK Başkanı'nun beyanı, yine Başbakan'ın Balyoz Davası ile ilgili "*Bizim de bazı sırlarımız var. Ama söyleyemem. Bir kısmı yargıya intikal etti. Balyoz'un içinde var*" yönündeki ifadeleri yargının bağımsızlık bakımından durumu hakkında fikir

<sup>82</sup> İnsan Hakları Raporu, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, TBB Yayını, Ankara, 2103, s. 266, 267.

vermektedir. Demokrasi ve Özgürlük İçin Avrupalı Yargıçlar Birliği'nin, (MEDEL) Türk yargı sistemine ilişkin hazırladığı raporda, hâkim ve savcıların korku içinde yaşadıklarına dikkat çekilerek, böylesi bir korkunun hâkim ve savcılarının kişisel ve kurumsal bağımsızlıklarına bir tehdit olduğu belirtilmiştir.

Türk ceza adaleti ve adil yargılanma ilişkisi bakımından bazı olayları, haberlerden hatırlayalım:

*“Telefonuna kasıtlı yüklemeye yapılan teğmenin şikâyeti 1.5 yılda 7 savcı dolaştı*

*‘Sehven’de yılan hikâyesi*

*Ergenekon operasyonları kapsamında tutuklandıktan sonra cep telefonuna, adli emanette “sehven” Hizbut Tahrir’le irtibatlı gösteren “rehber” yüklenen Teğmen Mehmet Ali Çelebi’nin, yasadışı yüklemeyi yapan Emniyet görevlileriyle ilgili açtığı dava yılan hikâyesine döndü. Buna ilişkin soruşturma dosyasının Fatih Cumhuriyet Savcılığı’nda “savcı savcı gezdirilmesi” nedeniyle iddianamenin 1.5 yıldır hazırlanamadığı ortaya çıktı.”*

*“Pınar Selek yeniden yargılanacak*

*Mısır Çarşısı’ndaki patlama davasında yerel mahkeme, Yargıtay’ın ‘Pınar Selek cezalandırılсын’ kararına “usüle aykırılık” nedeniyle direnmekten vazgeçti. Mahkemenin bu kararı salonda bulunan herkeste şok etkisi yarattı. Mütalaası sorulan savcı bile “Şok oldum” dedi. ‘Şok olan’ savcı, Selek’in ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılmasını istedi.”*

*“ Dünyanın dilindeyiz*

*Avrupa Yargıçlar Birliği’nin yayımladığı ve hükümete de iletilecek deklarasyonda, HSYK’nin atamalarının yargıçlar üzerinde baskı aracı olarak kullanıldığı vurgulandı.*

*Avrupa Yargıçlar Birliği (EAJ) Washington’da yaptığı toplantıda oluşturduğu deklarasyonda, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yeniden yapılandırılması sürecinde, kurula yargıyı temsil eden kişilerin değil, hükümetin görüşlerini ifade edenlerin da-*

*hil edilmesini eleştirdi. Hükümete de iletilecek olan deklarasyonda, HSYK'nin atamalarının yargıçlar üzerinde baskı aracı olarak kullanıldığı vurgulandı.”*

*“Balyoz Planı davasının bugün görülen 89'uncu duruşmasında bilirkişiler dinlendi.*

*Delillerin değerlendirilmeden savcının esas hakkındaki görüşünü açıklamasını protesto eden sanık avukatları da duruşmaya katılmadı.*

*.. taleplere ilişkin savcılığın, dinlenen tanıkların yeterli olması ve dosyadaki bilirkişi raporlarının aydınlatacak mahiyette olduğundan bu yöndeki taleplerin kabul edilmemesi yönünde mütalaa verdiğini söylemesinin ardından mahkemenin bu yönde alınan kararı açıklandı.*

*Mahkeme, bu gerekçelerle CMK'da bu şekilde bir düzenleme olmadığından, sanık ve avukatların tanık dinletilmesi ve dosyadaki dijital veriler üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması yönündeki taleplerini reddetti.”<sup>83</sup>*

### **B. Temel Adil Yargılanma Hakkı İhlalleri**

Adil yargılanma hakkının bileşenleri bakımından kanuni düzenlemelere ve uygulamalara bakıldığında şu gözlemler rahatlıkla yapılabilir.

Mevcut durumda özel yetkili mahkemelerin sonraki kanuni düzenleme ile sadece belli bazı davalara bakmakla görevlendirilmesi adeta olağanüstü mahkemelere dönüşmesine yol açmıştır. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından sorunlu düzenleme ve uygulamalar, makul süreyi aşan yargılamalar, gizli tanık ve devlet sırrına ilişkin tanık dinlenmesinde delillerin müşterekliği ilkesini ihlal eden düzenleme ve uygulamaların adil yargılanma hakkı ile bağdaştırılması mümkün değildir.

Duruşma devresinin asıl işlevi olan delillerin değerlendirilmesinin atlanması, CMK'nun 178. maddesi uyarınca, dinlen-

---

<sup>83</sup> Bağımsızlık konusunda basına yansımış açıklama ve bilgiler için bkz. İnsan Hakları Raporu, Adil Yargılanma Hakkı Başlığı.

mesi zorunlu olan savunma tanıklarının, mahkemeye getirilmesine rağmen dinlenmemesi, CMK'nun 217. maddesindeki açık düzenlemeye karşın hukuka uygunluğu kuşku delil araçlarının hükme esas alınmalarının hukukun üstünlüğüne ve adil yargılanma esaslarına aykırı olduğunda kuşku yoktur. Bu uygulamalarla birlikte, örneğin sanıkların on altı oturuma katılmaktan yasaklanmalarının, müdafilere getirilen kısıtlamaların ve müdafiler hakkında yapılan suç duyurularının, savunma hakkı ve "hakkaniyete uygun yargılama" ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir.

"Kes yapıştır" komutuyla, karar tarihinden önce yazıldığı anlaşılan tutuklamaya itirazın reddi kararları, kadın bir sanık hakkında babalık haklarından mahrumiyet kararı verilebilmesi gibi örnekler, kararlardaki gerekçelerin güvenilirliği ve geçerliliği konusunda kuşku yaratmaktadır. Karar oturumuna, sanık yakınlarının alınmaması, müzakerelere katılmayacak kişilerin katılımıyla müzakere yapılarak karar verilmesi, duruşmaların açık, kararların gerekçeli olması gereğini öngören Anayasa'nın 141. maddesine, duruşma ve karar ile ilgili CMK hükümleri, ve AİHS'nin 6. maddesine aykırıdır.

Soruşturmanın gizliliğinin ihlali, suçsuzluk karinesini işlevsiz hale getirmiş, sadece suç isnatlarının zamansız açıklanması ile de yetinilmemiş, bireylerin özel yaşamları, telefon görüşmeleri, yazışmaları, hatta günlükleri kamu ile "paylaşmıştır". Gizli kalması gereken soruşturmada gizli kalması gerekenler kamuya sızdırılmış, ancak şüpheli ve müdafilerin dosyaya erişim ve belge örneği alma hakları kolaylıkla sınırlandırılabilmiş, isnadı öğrenme hakkı çeşitli muhakemelerde ihlal edilmiştir.

Bu olguların yaygınlığından hareketle, adil yargılanma hakkına ilişkin değerlendirmelerin hemen başında sunulan adil yargılanma hakkı tanımında yer alan, bağımsız ve tarafsız mahkeme, doğal hâkim, makul süre, aleni ve hakkaniyete uygun muhakeme bileşenlerinin hayata geçtiğini söylemek güçtür. Aynı şekilde birçok muhakemede savunma hakkı ve suçsuzluk karinesi ağır hasara uğramıştır.

## SONUÇ

Bir düzende hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleşip gerçekleşmediğini gösteren ölçütlerden ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanlarına giren kurumlar, normatif yönden ve uygulama boyutuyla ele alınmaya çalışıldı. Kuşkusuz anayasa hukuku ve vergi-idare hukuku boyutlarıyla birlikte, hukuki güvenlik ilkesinin hayata geçip geçmediği konusunda daha kapsamlı bir yargıya varmak mümkün olacaktır. Varılacak sonuç, hukuki güvenlik ilkesi dolayısıyla hukuk devletinin gerçekleşip gerçekleşmediği sorunu bakımından da aydınlatıcı olacaktır.

Çalışmada ele alınan ölçütlerden hareketle Türk ceza adaletinin, hukukun üstünlüğü ve hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleşmesi bakımından kat etmesi gereken uzun bir yol olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır.

Hukuk devleti çağdaş düzenlerin asgari standartlarını ifade etmektedir. Çağdaş bir düzende, bu standartlar birer hedef değil, zaten bulunması gereken güvencelerdir. Bu nedenle, hukuki güvenlik ihtiyacı ya da hukuki güvensizlik duygusu, hukuk devleti talebi ya da hukuk devletinin güvencelerinden yoksunluk çığılığı olarak anlaşılmalıdır.

\*\*\*





*Kamu Hukukçuları Platformu*

---

*Hukuk Güvenliği*

***BİRİNCİ GÜN***

***İkinci Oturum***



**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Kamu Hukukçuları Platformu  
İcra Kurulu Başkanı)-**

Tuğrul Katoğlu'na çok teşekkür ediyoruz. Bildirisini okurken aldığım bazı notlar vardı. Ama, artık bir ara vermek gerekiyor. Aksi takdirde bu ziyafet bir işkenceye dönüşebilir. Bu arayı da, yarım saat olarak düzenlemiştik, ama sarkmalar nedeniyle arayı 20 dakikaya indirelim. 12.20'de bir Aydın hoca tavrıyla burada olmanızı diliyorum. Biliyorsunuz rahmetli Aydın Hoca, verilen aranın süresi dolar dolmaz, salona ilk gelen ve oturan kişi olurdu. Kendisini bu vesileyle saygıyla anmış olduk.

Teşekkür ediyorum.

*(Ara verildi)*

**Prof. Dr. Fazıl Sağlam** - Sanırım yeterince dinlendik. Şimdi 3. bildirisinin sunulmasına geçebiliriz. Sözü Funda Başaran Yavaşlar'a vermeden önce, kendisinin, bu toplantının ana konusunun seçilmesinde önemli rolü olduğunu belirtmeden geçemeyeceğim. Hukuk güvenliği konusu bize Funda Hanım tarafından önerilmiştir. Kendisiyle birkaç ön görüşme yaptık. Açıklamalarını dinledik. Sonuçta "hukuk güvenliği" kavramının değişik boyutlarıyla işlenmesine karar verildi. Ama Funda Hanımın katkısı öneri ile sınırlı kalmadı, hukuk güvenliğinin vergi boyutunu işleme görevini üstlendiği gibi toplantı hazırlıklarına da aktif bir biçimde katıldı. Şimdi söz kendisinin.



# HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİNİN BİR ALT İLKESİ OLARAK VERGİ HUKUKUNDA YASALLIK İLKESİ

*Funda BAŞARAN YAVAŞLAR\**

**1. Giriş: Hukuki Güvenlik İlkesinin Kökeni, Amacı ve Alt İlkeleri**

**2. Vergi Hukuku Bakımından Yasallık İlkesinin Ortaya Çıkış Nedeni, Amacı ve Günümüzde Amacı Gerçekleştirmeye Uygunluğu**

**3. Yasallık İlkesinin Anlamı: Yasakoyucunun Düzenleme Zorunluluğu (/Görevi)**

**3.1. Genel Olarak**

**3.2. Vergi Hukuku Özelinde**

**4. Vergilendirme Alanında Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin İçeriği ve Sınırları**

**4.1. İstisnaen, Yasama Yetkisinin Açık Devri Temelinde Bakanlar Kurulu'nca Düzenlenebilecek Konular Bakımından**

**4.2. Yürütmenin Genel Düzenleme Yetkisinin İçeriği ve Sınırları**

**5. Sonuç**

**1. Giriş: Hukuki Güvenlik İlkesinin<sup>1</sup> Kökeni, Amacı ve Alt İlkeleri**

---

\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

<sup>1</sup> Bu çalışmada, herhangi bir terminoloji tartışmasına girmeksizin, "hukuki güvenlik" ile "hukuk güvenliği" terimleri, özdeş terimler olarak kabul edilmişlerdir.

“Korku, çekinme ve kuşku duymadan inanma ve bağlanma duygusu”nu ifade eden güven<sup>2</sup>, insanoğlu bakımından yaşamın temel ihtiyaçlarından biridir. Sosyal bir varlık olan insanın bu ihtiyacı sadece kişisel ilişkileriyle sınırlı değildir; aynı zamanda içinde bulunduğu düzeni oluşturan kurallara da yöneliktir. Kişiler, ancak kurallarına güven duyabildikleri bir sistemde zarara uğrama tehlikesi olmaksızın, planlama ve buna bağlı olarak işlem ve eylemlerde (/tasarruflarda) bulunabilme imkânına sahip olurlar. Buna uygun şekilde, işlevlerinden biri “kaosu önleyip düzen sağlamak” olan hukuk devleti<sup>3</sup> (şekli hukuk devleti ilkesi<sup>4</sup>), özgürlükçü bir sistemin varlığı için *güvenilebilir bir hukuk düzeni* kurmak ve devam ettirmek<sup>5</sup>; başka bir deyişle, **hukuk güvenliği** sunmak zorundadır (hukuk güvenliği ilkesi / hukuki güvenlik ilkesi)<sup>6</sup>. Hukuk güvenliği, bir yandan bir düzen oluşturan ulaşılabilir, açık ve belirli yasal kuralların varlığını ve bunların yasalara uygun şekilde uygulanmasını, diğer yandan düzeni oluşturan kurallara ve idari davranışlara güvenin korunmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, hukuk güvenliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi için<sup>7</sup>:

1. öncelikle -düzen oluşturan- “hukuk kuralları”nın varlığı şarttır. Vergi hukukunu oluşturmada kullanılacak asli araç ise,

<sup>2</sup> Bkz. Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.525352ba1ea076.30218714](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.525352ba1ea076.30218714)

<sup>3</sup> Nitekim AYM’nin pek çok kararında hukuk devletini şu şekilde tanımlandığı görülmektedir: “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlilik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, hukuk güvenliği sağlayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa’nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelere bulunduğu bilincinde olan devlettir.” Örn. bkz. AYM t.04.06.2003, E.2001/392, K.2003/69 (23.11.2000 t. ve 4605 SK md.12, b.a)

<sup>4</sup> Şekli hukuk devleti ilkesi-maddi hukuk devleti ilkesi şeklindeki ayırım hakkında örn. bkz. TIPKE, StRO I, 105 vd.; krş. JARASS/PIEROÏH, Art.20, Rn.30

<sup>5</sup> Krş. KIRCHHOF, DStJG 27 (2004), 1

<sup>6</sup> HUSTER/RUX, in: Epping/Hillgruber, Art.20, Rn.168

<sup>7</sup> Bkz. ve krş. BIRK, DStJG 27 (2004), 9 vd.; MELLINGHOFF, DStJG 27 (2004), 25 vd.; WALDHOFF, DStJG 27 (2004), 129 vd.

“yasa”dır (AY md.73 III). Başka bir deyişle, vergi hukukunda kural, vergilendirmenin yasayla düzenlenmesidir. Dolayısıyla, burada karşımıza “**yasallık ilkesi**” çıkmaktadır ve bu ilke aşağıda kapsamlı şekilde açıklanmaktadır.

2. İlgilisinin varlığından haberdar olamayacağı kurallar, güven sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle, hukukun “ulaşılabilir (/öğrenilebilir)” olması şarttır. “**Ulaşılabilirlik ilkesi**” şeklinde ifade edilebilecek bu ilke, bizim sistemimizde, gerek yasalar ve gerek tüzük ile yönetmelikler bakımından anayasal ve yasal güvence altına alınmış durumdadır (AY md. 89 I, md.115 II, md.124 II atfıyla 3011 SK md.1 I<sup>8</sup>).

3. İlgilisinin içeriğini anlamadığı kurallar, güven değil aksine tehlike sunar. İlgililerin hak (/yetki) ve ödevlerini (/görevlerini) bilebilmeleri, haklarını kullanıp ödevlerini yerine getirebilmeleri için, gerek yasal düzenlemelerin ve gerek idari işlemlerin, ilgilileri tarafından anlaşılabilir olması gerekir. Bu, daha önce sadece belirlilik ilkesi şeklinde ifade edilen, son yıllarda ise yabancı literatürde “belirlilik ve açıklık” şeklinde iki ayrı alt ilkeye dönüşmüş olan “**belirlilik ve açıklık ilkeleri**” yoluyla sağlanmaktadır.

Her ne kadar, belirlilik ve açıklık ilkelerinin içeriği ve birbirleriyle ilişkisi konusunda üzerinde uzlaşmış bir görüş yoksa da<sup>9</sup>, **belirlilik ilkesinin**, hukuki düzenlemenin mümkün oldu-

<sup>8</sup> T. 24.05.1984, RG t.01.06.1984, S. 18418. Kanun’un 1’inci maddesinin 1’inci fıkrası şu şekildedir:

“Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin;

a) İşbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen,

b) Kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan,

c) C) Kamuyu ilgilendiren,

d) Yönetmelikler Resmi Gazete’de yayımlanır.”.

AY md.124’ü, “yönetmeliklerin duyurulmasının zorunlu olmadığı anlamında değil, bu duyurulmanın mutlaka Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle yapılmasının gerekmediği anlamında kabul etmek” gerektiği görüşünde ÖZBUDUN, 248; Yönetmeliğin Resmi Gazete’de yayınlanmasının, onun hukuki geçerliliğini etkileyen bir şekil unsuru olmadığı, sadece yürürlüğe girmesini etkilediği görüşünde YAYLA, s. 150 vd.

<sup>9</sup> Bkz. JEHKE, 28 vd. ve burada anılan çok sayıda yazar ve BVerfG kararı, 185 vd.; BIRK, § 2, Rn.175; SACHS, in: Sachs (Hrsg.) (5.Aufl.), Art.20, Rdn.124; TIPKE, StRO I, 136 vd.

ğunca muğlak olmayan, kesin kavramlarla formüle edilmesini (kullanılan kavramların belirliliğine yönelik bir talep)<sup>10</sup>; **açıklık ilkesinin** ise, düzenlemenin mümkün olduğunca açık ve anlaşılabilir olmasını ifade ettiğini belirtmek mümkündür<sup>11</sup>. Nitekim AYM'nin 2013 tarihli bir kararında, belirlilik ilkesi şu şekilde açıklanmaktadır<sup>12</sup>: *“Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde **açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir** olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, **belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini** zorunlu kılmaktadır. **Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar.** 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. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, **gerektiğinde hukuksal yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.**”*

Belirlilik ve açıklık ilkelerini, yasallık ilkesinden farklıdır. Yasallık ilkesi **“kim düzenleyecek”** sorusunu cevaplarken,

<sup>10</sup> JEHKE, 30; PAPIER, DStJG 12 (1989), 67 vd.; Örneğin, hangi alanda, kimler arasında, nerede ve ne zaman için geçerli olduğu belirtilmeksizin “örf ve adet” kurallarına atıf yapan bir yasa, ilkeye aykırıdır.

<sup>11</sup> JEHKE, 178 vd.

<sup>12</sup> AYM t.06.06.2013, E.2013/22, K.2013/73 (RG t.22.11.2013, S.28829; 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a, 24.07.2008 günlü, 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29. maddesiyle eklenen geçici 8. madde). Karardaki koyu renkli vurgulamalar, yazara aittir.



açıklık ve belirlilik ilkeleri “**nasıl düzenlenmeli**” sorusunun cevabını vermektedirler. Belirlilik ve açıklık ilkelerinin uygulanabilmesi için, öncelikle -yasal ya da idari- bir hukuki düzenlemenin varlığı şarttır.

Belirlilik ve açıklık nispeten göreceli kavramlar oldukları için, burada, bir hukuki düzenlemenin belirlilik ve açıklık ilkelerine uygun şekilde düzenlenip düzenlenmediğini tespit için **kimin ölçü** olarak alınacağı sorusu büyük önem taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki, “ölçü” olarak alınacak kişi, ilgili alanda çalışan uzman kişidir<sup>13</sup>. Eğer, ilgili alanda çalışan uzman kişi bakımından dahi düzenleme, açık, anlaşılır ve belirli değilse, çelişkiliyse, muğlak hukuki kavramlar içeriyorsa, düzenlemeye bağlı hukuki sonuçları anlayabilmek mümkün değilse, bu durumda artık o düzenleme açık ve belirli değil demektir. Hemen pek çok devlette, çok sayıda normun, üst ilkelere uyulmaksızın ve böylece bir sistem oluşturmaksızın yan yana getirildiği, dolayısıyla karışık ve karmaşık kurallardan oluşan vergi hukuku bakımından her iki ilkeye uygun davranılmasının önemi büyüktür. Alman AYM<sup>14</sup>, vergi hukuku bakımından belirlilik ve açıklık ilkelerini, vergi ödevlisinin (vergi danışmanını yardımıyla) vergi borcunu önceden hesaplayabilmesinin mümkün olması şeklinde uygulamaya aktarmıştır. Bu da öncelikle, belirsiz hukuki kavramlar kullanılmaması, fazla sayıda düzenlemeye gidilmemesi, düzenlemelerin nitelikli olması yoluyla sağlanabilir. Kanun koyucu, açık, belirli, çelişkisiz, anlaşılır, iyi formüle edilmiş, hukuki sonuçları mümkün olduğunda öngörülebilir düzenlemeler getirmelidir<sup>15</sup>.

Burada kısaca işaret etmek gerekir ki, AİHM'nin, açıklık ve belirlilik ilkelerini, öngörülebilirlik ilkesi altında, “maddi anlamda yasa”nın unsurları olarak *da* anladığını tespit yanlış olmayacaktır<sup>16</sup>. Çünkü AİHM'ye göre, “*Yasa kavramı, hem yazı-*

<sup>13</sup> LANG, in: Tipke/Lang, § 4, Rz.51 vd.; SCHMIDT-ASSMANN, 997-998; STERN, Bd.I, 772 vd.; TIPKE, StRO, 144

<sup>14</sup> BVerfGE 19, 253 (267); 34, 348 (365); 49, 343 (362)

<sup>15</sup> TIPKE, StRO I, 140 vd.; Krş. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, 46

<sup>16</sup> BİLİCİ/BAŞARAN YAĞAŞLAR, 64 ve bkz. burada 66-67; Ayrıca bkz. ve

lı hem de yazılı olmayan hukukla uzlaşmakta ve niteliksel kriterleri içermektedir ki, bu kriterlerin arasında özellikle ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik bulunmaktadır.”<sup>17</sup>

4. Hukuka güvenin sağlanabilmesi ve korunabilmesi için, yasal düzenlemelerin, -Anayasa ve yasalara uygun şekilde uygulamaya aktarılması gerekir. Bu, bir yandan idari işlem ve eylemlerin temelinde yasa olmasını<sup>18</sup>; diğer yandan, idarenin işlem ve eylemlerinin yasaya aykırı olmamasını<sup>19</sup> ifade etmektedir ki, böylece karşımıza **yasal idare ilkesi** çıkmaktadır (AY md.8, md.11, md.123).

Kanaatimizce, yasal idare ilkesi, yasallık ilkesiyle sıkı bağları olmakla birlikte, ondan farklı bir ilkedir<sup>20</sup>. Çünkü **yasallık ilkesi yasama organını görevlendirirken, yasal idare ilkesi yürütme organını görevlendirmekte ve sınırlandırmaktadır**. Dolayısıyla, bu ilkelerin muhatapları birbirinden farklıdır.

---

krş. ÇAĞAN, 173; UYGUN, 96 vd.

<sup>17</sup> *Korbely versus Hungary*, t.19.09.2008, application no:9174/02, § 70 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88429>); Benzer şekilde, “ulaşılabilirlik” ve “öngörülebilirlik (/tahmin edilebilirlik)” başta olmak üzere yasanın bazı niteliksel talepler içerdiğine işaret etmekte örn. *Vyarentsov versus Ukraine*, t.11.04.2013, application no: 20372/11, § 64; *Camilleri versus Malta*, t. 22.01.2013, application no: 42931/10, § 35 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116076>): “When speaking of “law” Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statute law as well as case-law and implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability (see *Cantoni v. France*, 15 November 1996, § 29, *Reports of Judgments and Decisions* 1996V; *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96,33209/96 and 33210/96, § 145, ECHR 2000VII; and *Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy*, no. 75909/01, §§ 107 and 108, 20 January 2009).”

<sup>18</sup> Örn. GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, 70-71; GİRİTLİ/BİLGEN/ AKGÜNER/BERK, 76 vd.; Krş. GÜNDAY, 42

<sup>19</sup> Örn. GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, 71; GÜNDAY, 41; GÜNEŞ Turan, 82 vd.

<sup>20</sup> Buna karşılık, örn. Alman Vergi Hukuku’nda, yasal idare ilkesi, yasallık ilkesinin içinde ele alınmaktadır. Şöyle ki, yasallık ilkesi gereğince, yasa, idari işlem ve eylemlerin sadece *sınırını* değil, aynı zamanda *dürtüsünü* de oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, yürütme organı, ne yasanın dışına çıkabilir, ona aykırı davranabilir, ne de yasal bir temel olmaksızın hareket edebilir. Bkz. BIRK, § 2, Rn.172; HAHN, 70, 76; JARASS-PIEROOTH, GG Art.20, Rn.31, LANG, in: Tipke/Lang, § 4, Rz. 150 vd.; TIPKE, StRO, Bd.I, 120 vd.; Yapıldığı açıklamalarla, Fransız Hukuku’nda da yasallık ilkesinin açıklanmasında yasal idare ilkesinden yararlanıldığı şeklinde bir fikir yatarmakta ÖZTÜRK, 151

Yasal idare ilkesi vergi hukukunda çok sıkı bir şekilde uygulanır. Yasada açıkça belirtilmediği sürece (örn. uzlaşma kurumu bakımından VUK ek md.1 vd.'da böyle bir açık düzenleme mevcuttur), idarenin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmez (bağlı yetki)<sup>21</sup>.

5. Kişilerin hukuka olan güvenlerinin korunabilmesi için, hukuki düzenlemelerin, yürürlüğe girdiği andan itibaren ileriye etkili olacak şekilde uygulanmaları ve devamlı olmaları gerekir. Bu ise, esas itibariyle, **güvenin korunması ilkesi**<sup>22</sup> yoluyla sağlanmaktadır. Güvenin korunması ilkesi içinde, bir yandan **geriye yürüme yasağı**, diğer yandan **yasa uygulamasına güvenin korunması ilkesi**<sup>23</sup> yer almaktadır.

Vergi hukuku bakımından **geriye yürüme yasağı**, ilgisince bir işlem ya da eylem gerçekleştirilmeye başladığı anda mevcut olmayan (veya getirileceği açıklanmamış) -ve ilgisinin hukuki pozisyonunu kötüleştiren- bir vergilendirme kuralının, işlem ya da eylemin gerçekleştirilmeye başlandığı andan itibaren uygulanacak şekilde geriye yürütülmesini ifade etmektedir. Ülkemizde, geriye yürümenin varlığını tespit bakımından Alman Hukuku'nun etkisiyle vergiyi doğuran olay esas alınmakta; vergiyi doğuran olayın başından itibaren uygulanması öngörülen hukuki düzenleme vergiyi doğuran olay bittikten sonra yürürlüğe girmişse "gerçek geriye yürüme", vergiyi doğuran olay devam ederken yürürlüğe girmişse "gerçek olmayan geriye yürüme"nin varlığı kabul etmektedir<sup>24</sup>. Geriye

<sup>21</sup> BİLİCİ, 36; ÇAĞAN, 136 vd., 146-147; Krş. KARAKOÇ, 177; Konu hakkında monografik bir çalışma için bkz. GERÇEK, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, 2006 ve ÜSTÜN, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, 2009

<sup>22</sup> JARASS-PIEROTH, GG Art.20, Rn.78; Buna karşılık, güvenin korunması ilkesini hukuki güvenlik ilkesinden ayrı bir ilke olarak ele almakta örn. ROBBERS, in: Bonner Kommentar, Art.20, Rdnr.1987 (Oktober 2009)

<sup>23</sup> Yasaları uygulayanlar yargıçlar ile idare olduğu için, yargı uygulamasına güvenin korunmasını da bu ilke çerçevesinde ele alan yazarlar bulunmaktadır. Bu konu doğrudan inceleme alanımıza girmediği için, burada sadece bu yaklaşıma işaret etmekle yetineceğiz. Geriye etkili yasa uygulamasıyla bağlantılı olarak konu hakkında kapsamlı bilgi için bkz. HEY, 646 vd.; LEISNER-EGENSPERGER, DStJG 27 (2004), 191 vd.; TIPKE, StRO, Bd.I, 171 vd.

<sup>24</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, 47 vd.; Krş. KARAKOÇ, 140 vd., özellik-

yürüme yasağını “kazanılmış hak” doktrininden hareketle açıklayan ve uygulayan Türk AYM<sup>25</sup>, kazanılmış hakkın ancak vergiyi doğuran olay bittiğinde ortaya çıktığı gerekçesiyle, sadece gerçek geriye yürüme’yi Anayasa’ya aykırı kabul etmek-

le 142-143; Böyle bir ayırım yapmaksızın, vergiyi doğuran olay gerçekleştiği tarihte hangi mevzuat yürürlükte ise, olaya o mevzuatın uygulanması gerektiğini görüşünde BİLİCİ, 34; İşaret etmek gerekir ki, Alman AYM, 31.05.1960 tarihli kararından (BVerfGE 11, 139) bu yana kullandığı gerçek geriye yürüme-gerçek olmayan geriye yürüme ayırımına son vermiş; 1983’den bu yana (ilk defa BVerfGE 63, 343’de ima; BverfGE 72, 200’den itibaren ise sürekli olarak), -gerçek geriye yürüme yerine- “hukuki sonuçların geriye yürümesi” ve -gerçek olmayan geriye yürüme yerine ise- “vergiyi doğuran olay bakımından geriye bağlama” ayırımını yapmaya başlamıştır. Vergiyi doğuran olay bakımından geriye bağlama, bir normun **konusal** uygulama alanıyla ilgilidir: eğer norm, hukuki sonuçların gerçekleşmesini, ilanından önceki durumlara bağlıyorsa; başka bir deyişle, ilanından önce gerçekleşmiş konuları da kapsamına alıyorsa, vergiyi doğuran olay bakımından geriye bağlama söz konusudur. Buna karşılık, bir hukuk normunun **zamansal** uygulama alanının başlangıcı, normun yürürlüğe girdiği bir zaman noktasından öncesindeyse; başka bir deyişle, normla öngörülen hukuki sonuçlar, normun ilanından önceki zaman dilimi için de geçerliyse, hukuki sonucun geriye etkililiği kabul edilmektedir. BVerfGE 63, 343 (353); 72, 200 (241); 97, 67 (78)’e atfen LANG, in: Tipke/Lang, § 4, Rz.174 ve burada dpn.57; SPINDLER, DStJG (27), 73 vd.

25 Örn. bkz. AYM, t.14.01.2003, E.2001/34, K.2003/2 (11.08.1999 günlü 4444 SK md.3 ile GVK’ya eklenen geçici md.57): “Vergi Usul Kanunu’nun 19. maddesine göre, vergi alacağı, vergi yasalarının vergiyi bağladıkları olayın meydana gelmesi veya hukuksal durumun oluşması ile doğar. Vergiyi doğuran olay, bir yandan devletin vergi alacağının, diğer yandan da mükellefin vergi borcunun doğmasına neden olur. Vergiyi doğuran olayı izleyen, beyanname verilmesi, tarh ve tahakkuk gibi işlemler verginin ödenebilir hale gelmesini sağlar. Vergiyi doğuran olay tamamlandıktan sonra, vergi yükünün artırılması geriye yürüme olarak nitelendirilebileceğinden kazanılmış hakların zedelenmesine yol açar.”; Benzer şekilde AYM t.04.06.2003, E.2001/392, K.2003/69 (23.11.2000 t. ve 4605 SK md.12, b.a); t.16.01.2003, E.2001/36, K.2003/3 (23.11.2000, 4605 SK md.1 ve md.2- MTV) (4605 Sayılı Kanun md.5 ile eklenen GVK geç md.58, f.1); t.13.07.1995, E.1994/85, K.1995/32 (04.05.1994 t. ve 3986 SK md.5, md.6 ve md.7, net aktif vergisi); t.06.07.1995, E.1994/80, K.1995/27, RG t.02.02.1996, S.22542 (04.05.1994 t. ve 3986 SK-ekonomik denge vergisi); AYM t.14.01.2003, E.01/34, K.03/2 (11.8.1999 t. ve 4444 SK md.3 ile GVK’ya eklenen geçici md.57): “İtiraz konusu kuralda, 1999 ilâ 2002 yıllarına ait gelirlerin vergilendirilmesinde gelir dilimlerine karşılık gelen vergi oranlarının beş puan artırılmak suretiyle uygulanacağı belirtilmiştir. Vergi oranları 14.8.1999 tarihinde yürürlüğe giren bu kural ile artırıldığına göre, 2000, 2001 ile 2002 yılları için vergilendirme dönemi başlamamış, vergiyi doğuran olay da meydana gelmemiştir. Bu durumda geriye yürüme ve buna bağlı olarak kazanılmış bir hakkın ihlâli söz konusu olmadığından vergilendirmede hukuk güvenliği ilkesinin zedelenmediği sonucuna varılmıştır.” (Kararlardaki koyu renkli vurgulamalar yazara aittir). Kararlar için bkz. [www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/)

tedir. Ancak böyle bir kabul, geriye yürüme yasağının yönelik olduğu amacı gerçekleştirmesine engel olmakta, ayrıca kişilerin vergiden kaçınma hakkını da ellerinden almaktadır<sup>26</sup>. Geriye yürüme yasağı, idari işlemler için de geçerlidir<sup>27</sup>.

**İdari uygulamaya olan güvenin korunması**, idari işlemlerin hukuki geçerlilik kazanması, idarenin verdiği sözlerin ve/veya bilgilerin idare bakımından bağlayıcı olması (özellikle VUK md.414'de düzenlenen özelge imkânı, VUK ek md.1'de düzenlenen uzlaşma ile KVK md. 13 V'de düzenlenen peşin fiyatlandırma anlaşmaları burada kapsam içine girmektedirler), idarenin uzun süreli bir yasal yorumuna güvenilebilmesi (örn. VUK md. 369'un aksine, yanılmanın sadece ceza kesil-

<sup>26</sup> Bkz. BAŞARAN, Mükellefin Dergisi, S.99 (Mart 2001), 106 vd. Bir örnek vermek gerekirse, 01.01.2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kurumlar vergisi oranını % 20'den % 40'a çıkaran yasal bir düzenleme, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olması halinde -yürürlük, vergiyi doğuran olayın (kazanç elde etmek) 31.12.2012'de tamamlanmasından sonra gerçekleştiği için *gerçek geriye yürüme* olarak kabul edilip- iptal edilirken, 31.12.2012'de yürürlüğe girmesi halinde -yürürlük, vergiyi doğuran olay bitmeden gerçekleştiği için *gerçek olmayan geriye yürüme* kabul edilip- iptal edilmeyecektir. Oysa, her iki durumda da, ilgilinin, 01.01.2012'deki (yani vergiyi doğuran olaya başlanırken geçerli olan) % 20'lik vergi oranını öngören yasal düzenlemenin o vergiyi doğuran olay bakımından kendisine uygulanacağına, başka bir deyişle 2012 vergilendirme yılı bakımından % 20 vergi ödeyeceğine yönelik güveni, korunmamış olmamaktadır. Üstelik, oranın % 40 olacağını daha en başta bilseydi vergiyi doğuran olaya başlamayarak "vergiden kaçınma hakkı"nı kullanılabilecek olan mükellefin, bu hakkını kullanması imkânı da engellenmiş olmaktadır. Benzer eleştiriler ve geriye yürüme yasağının, bulunulan tasarrufu (/işlem ve eylemleri) koruma amacıyla vergi planlama güvenliği sunan bir kurum olarak anlaşılması gerektiği yönünde görüşler için bkz. HEY, 130 vd.; LANG, in: Tipke/Lang, § 4, Rz. 177 vd.; TİPKE, StRO I, 156-157; krş. SPINDLER, DStJG (27), 85 vd.; BIRK, § 2, Rn.176 vd.; Bu yaklaşıma göre, geriye yürüme yasağı, vergiyi doğuran olayın bir bütün olarak tamamen gerçekleşmesine değil, aksine tasarrufla somut bir şekilde bağlantılı vergi normunun gerçekleşmesine bağlanmalıdır. **Vergi ödevlisinin belli bir işlem ya da eylemi gerçekleştirdiği anda geçerli olan hukuki duruma güvenebilmesi gerekir.** Eğer bir vergi yasası, somut bireysel vergiyi doğuran olayı -yasanın bildirilmesinden (yürürlük değil!) önce- ortaya çıkaran/gerçekleştiren tasarruflara yeni hukuki sonuçlar bağlıyor ya da mevcut hukuki sonuçları değiştiriyorsa, geriye yürüme yasağını ihlal ediyor demektir.

<sup>27</sup> Bkz. örn. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, t.03.07.1989, E.1988/5, K.1989/3, RG t.27.11.1989, S.20325; DVDDGK t.09.04.1993, E.1992/299, K.1993/63, www.danistay.gov.tr.; HEY, 680 vd.; LANG, § 4, Rz.183; TİPKE, StRO I, 168 vd.; GÖZLER, Anayasa Hukuku, 211-212; KARAKOÇ, 93; ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, 50

mesine değil, tarha da engel olması), idari işlemlerin keyfi şekilde kaldırılmasını veya değiştirilmesini yasaklama işlevlerine sahiptir<sup>28</sup>.

6. Nihayet, hukuka olan güvenin korunabilmesi için, ilgililere, hukuka aykırı durumlara -hukuk içinde- karşı durabilme ve en son aşamada, hukuka aykırılığı yargı denetime sunma imkânının tanınması zorunludur. Usul hukukunda etki gösteren bu ilke gereğince, ilgililere, sadece adil yargılama ilkesine de uygun bir yargısal koruma değil, aynı zamanda yargı öncesi hukuki koruma yollarını da sunmak; bu imkânlardan yararlanabilmeleri için, mevcut hukuka başvuru yolu/yolları ile bu yola/yollara ne kadar süre içinde ve nerede başvurulabileceği konusunda onları bilgilendirilmek gerekir. **Hukuki başvuru yollarının mevcudiyeti ve açıklığı ilkesi** şeklinde ifade edilebilecek bu ilke, sistemimizde, AY md. 40 I ve II, md. 125 I, c.1 ve md.36' da özel olarak güvence altına alınmıştır.

Bu çalışmada, hukuki güvenlik ilkesinin yukarıda ortaya konulan alt ilkeleri arasından yasallık ilkesi ele alınmaktadır.

### 2. Vergi Hukuku Bakımından Yasallık İlkesinin Ortaya Çıkış Nedeni, Amacı ve Günümüzde Amacı Gerçekleştirmeye Uygunluğu

Vergi Hukuku bakımından, yasallık ilkesinin belgeye dayalı kökeni, 13.yüzyıla, Büyük Özgürlük Fermanı'na (Magna Carta Libertatum) kadar uzanmaktadır<sup>29</sup>. İngiltere'de kralın yetkileri, ilk defa vergilendirme alanında, anılan bu belge ile sınırlandırılmış; Ferman'da belirtilen istisnalar haricinde, vergi toplanabilmesi için din adamları ve soylulardan oluşan belli bir grubun onayı öngörülmüştür<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Nitekim güvenin korunması ilkesini, aynı zamanda "yapılan tasarrufun korunması (Dispositionsschutz)" olarak da isimlendirilmekte HAHN, 84; LANG, in: Tipke/Lang, § 4, Rz. 53 vd.; SEER, in: Tipke/Lang, § 21, Rz.12. Yazarın, geriye yürüme yasağını da bu ilke içerisinde ele aldığına işaret etmek gerekir.

<sup>29</sup> 1215 tarihli Büyük Özgürlük Fermanı'nın (Magna Carta Libertatum) yasallık ilkesine ilişkin kısmı hakkında bkz.ÇAĞAN, 16; GÜNEŞ, 35-36

<sup>30</sup> ÇAĞAN, 15-16; GÜNEŞ, 35-36



Daha sonra gerek İngiltere’de ve gerek diğer ülkelerdeki gelişmeler sürekli bu yönde olmuş; iktidar sahiplerinin (kral, padişah) mali yükümlülükler konusundaki yetkileri giderek daha fazla kısıtlanmış, ve -çoğunlukla din adamları ve/veya soylu ya da derebeyi veyahut da iktidar sahibi tarafından seçilen kimselerden oluşan- bir meclis ya da parlamento kararı olmaksızın vergi alınmasına imkân tanınmaz olmuştur<sup>31</sup>. Örneğin, İngiltere’de 1628 tarihli Haklar Dilekçesi ve 1689 tarihli Haklar Demeci; Fransa’da 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Demeci; Osmanlı İmparatorluğu’nda 1808 tarihli Sened-i İttifak, 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu, 1856 tarihli Tanzimat Fermanı ve nihayet 1876 tarihli Kanun-u Esasi, iktidarı elinde bulunduran kral ve padişahların vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik belgelerdir<sup>32</sup>. Bunlar arasından, vergi getirilebilmesi için içinde halkın temsilcilerinin de yer aldığı parlamentoya yetki verilmesine hukuki temel oluşturanlar, “temsilsiz vergi olmaz” ilkesinin bir yansıması olarak kabul edilmelidirler<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Yasallık ilkesinin tarihi gelişimi konusunda bkz. ÇAĞAN, 13 vd.; GÜNEŞ, 33 vd., 77 vd.

<sup>32</sup> Örn. ABD’de, vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasına değil, İngiltere’den kazanılmasına ilişkin bir mücadele söz konusudur. İngiltere’nin Amerika’daki sömürgeleri, kendilerinin temsil olunmadığı İngiliz Parlamentosu tarafından kendileri üzerinde vergilendirme yetkisinin kullanılmasına karşı çıkmışlardır. Keza Almanya’da, Alman Birliği kurulduktan sonra, vergilendirme yetkisinin imparatorluk ile eyaletler arasında bölüşülmesine ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Bkz. ÇAĞAN, 20 vd.; GÜNEŞ, 42, 46

<sup>33</sup> İktidar sahibinin vergilendirme yaparken halktan ya da onun temsilcilerinden onay alması, İngiltere’de, 13. yy.’dan itibaren bir gelenek olarak karşımıza çıkmakta; 1628 Haklar Dilekçesi’nde ise, “halkın diğer özgür kişilerinin de yer aldığı parlamentonun onayı olmadan kralın mali yüküm getiremeyeceği” ifade edilmektedir. Fransa’da, 1789 Devrimi sonrasında ilan edilen İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi md.14’de, “tüm yurttaşların bizzat ya da temsilcileri aracılığı ile verginin gerekliliğini belirlemeye, vergilemeye serbestçe rıza göstermeye, vergi gelirlerinin kullanılmasını izlemeye ve verginin miktarını, matrahını, tahakkuk biçim ve süresini belirlemeye hakkı” olduğu belirtilmektedir. ABD’de, 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi md.6’da, hiç kimse “... kendi rızası ya da seçtiği temsilcilerin rızası olmaksızın kamu yararı için mal ve mülkü üzerinden vergilendirilemez ve bunlardan yoksun kılınamaz” denilmektedir. Osmanlı İmparatorluğu’nda, Kanun-u Esasi md.25’de “Bir kanuna müstenit olmadıkça vergi ve rüsumat namı ile ve nam aherle hiç kimseden bir akçe olunamaz.” düzenlemesi yer almaktadır. Kanun-u Esasi’de, padişahın, yasama yetkisini, padişah tarafından atanan “Ayan Meclisi” ile halk tarafından iki dereceli seçimle seçilen “Me-

Bu bağlamda, bireyin, otoritenin yetkilerini sınırlandıran başarılı ilk karşı duruş konusu olmakla övünen vergilendirme<sup>34</sup>, “temsilsiz vergi olmaz”dan “yasadışı vergi olmaz”a gelişen süreçte “yasallık ilkesi” yoluyla hukuk güvenliği sınırları içinde gerçekleş(tiril)me imkânı kazanmıştır. Bugün pek çok ülkede vergilendirme bakımından yasallık ilkesi kabul edilmiştir<sup>35</sup>. Ülkemizde ise, önce “*Vergiler ancak kanunla salınır ve alınır.*” şeklinde 1924 AY, md.85 I’de; ardından vergi dışındaki mali yükümlülükleri de içine alacak şekilde, “*Vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler ancak kanunla konulur.*” şeklinde 1961 AY md.61 II’de; nihayet “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*” şeklinde 1982 AY md.73 III’de anayasal garanti altına alınmıştır. İlkenin -yukarıda kısmen ve kısaca aktarılan- tarihi gelişiminin de ortaya koyduğu üzere, yasallık ilkesi, kökenini sadece hukuki güvenlik ilkesinde değil, aynı zamanda **demokrasi ilkesinde** de bulmaktadır<sup>36</sup>.

İster aynı ister nakdi olarak alınsın<sup>37</sup>, **vergi** her durumda **başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklere bir müdahaledir**<sup>38</sup>. Dolayısıyla, **iktidarı elinde bulunduran kimselerin keyfi şekilde vergilendirme yapmasının sınırlandırılmasının anlamı, onların vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkı ve diğer temel hak ve özgürlüklere keyfi ve**

---

busan Meclisi”nden oluşan “Meclis-i Umumi” tarafından kullanılması öngörülmüştür. Ancak padişaha Meclisi kapatma ve Meclis toplanmadığında kanun gücünde kararname çıkarma yetkisi verildiğinden (md.7 ve md.36), bu yasama yetkisi paylaşımı gayet zayıflatılmıştır. Bkz. ÇAĞAN, 18 vd.; GÜNEŞ, 34 vd., 86 vd.

<sup>34</sup> Krş. ÇAĞAN, 15 ve GÜNEŞ, 33-34

<sup>35</sup> Örn. Almanya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Brezilya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İsrail, İsveç, İspanya, İtalya, Japonya, Norveç, Portekiz, Rusya, Sırbistan, Yunanistan’da vergilendirme yetkisi yasamaya aittir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Separation of Powers in Tax Law, Ed. Dourado, 57 vd.

<sup>36</sup> JARASS/PIEROTH, Art.20, Rn.31; TIPKE, StRO I, 113

<sup>37</sup> Günümüzde, vergi ancak parayla ödenebilecek bir yükümlülüktür. Ancak geçmişte, verginin mal veya hizmet olarak da ödenmesi söz konusuydu. Bkz. örn. ERDEM/ŞENYÜZ/TATLIOĞLU, 89

<sup>38</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır, 147 vd.; ÇAĞAN, 100, 164 vd.; GÜNEŞ, 49 vd.



**sınırsız şekilde müdahalesini sınırlandırmaktır.** Temel hak ve özgürlükler sınırsız değildirler<sup>39</sup>, kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılabilirler<sup>40</sup>. Ancak sınırlama kural değil, istisnaidir<sup>41</sup> ve bu nedenle de anayasalarda sıkı koşullara bağlanmıştır<sup>42</sup>. İşte bu koşullardan biri de, sınırlamanın ancak yasama organı tarafından yapılabilmesidir. Dolayısıyla, **vergilendirme** (daha doğru bir ifadeyle **mali yükümlülükler**<sup>43</sup>) alanında, **yürütme organı kural olarak dışarıda bırakılmakta, yürütme organının görev ve yetkisi -esas itibariyle- yasaları uygulamakla**

<sup>39</sup> Örn. bkz. AYM t.12.10.1976, E.1976/38, K.1976/46 (20.09.1971 t. ve 1488 SK ile değişik AY md.38, f.2 ve f.3-kamulaştırma bedeli): *“Taşınır veya taşınmaz mallara sahip olabilmek bir haktır. Ne var ki, öteki temel haklarda olduğu gibi mülk edinmek hakkı da sınırsız değildir.”* (Karar’daki koyu renkli vurgulamalar yazara aittir.); AKIN, 411; TEZİÇ, Kanun Kavramı, 106 vd.

<sup>40</sup> Örn. bkz. AYM t.23.03.1976, E.1975/167, K.1976/19 (20.09.1971 t. ve 1488 SK değişik AY md.38, f.2 ve f.3-kamulaştırma): *“Sosyal nitelik taşıyan mülkiyet hakkının toplumla ve toplum yararı ile doğrudan doğruya ve yakından ilgili olması nedeniyle, bu konuda fertle toplum yararının karşılaştığı alanlarda, toplum yararının üstün tutulması gerekeceği tartışılmayacak kadar açıktır. Ayrıca Anayasa’nın 2. maddesinde sözü edilen sosyal hukuk devleti, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren, güvence altına alan, adaletli bir hukuk düzeni oluşturmak ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayarak kişi ile toplum arasında denge kuran devlettir. Toplum yararı bir yana bırakılarak sadece kişi yararlarına esas alınması Anayasa’nın yapısına ve adaletli hukuk düzeni kavramına da ters düşer.”*; t.12.10.1976, E.1976/38, K.1976/46 (20.09.1971 t. ve 1488 SK ile değişik AY md.38, f.2 ve f.3-kamulaştırma bedeli): *“Kamu yararının gerekli ve zorunlu kıldığı hallerde mülkiyet hakkına yasa kuralları yoluyla sınır konulabilir. ... Toplum yararının bireyler yararına üstün tutulması, sosyal hukuk devletinin temelini oluşturur.”*; t.20.11.2003, E.2002/32, K.2003/100 (03.01.2002 t. ve 4733 SK md.2-Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu ve Kurulu): *“Öte yandan, Anayasa Mahkemesi’nin bir çok kararında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ekonomik açıdan müdahaleci devlettir. Anayasamız, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte, aynı zamanda bütün çağdaş anayasalarda olduğu gibi kamu yararı amacıyla bunlara sınırlamalar getirilebilmesini ve özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir.”* (Kararlardaki koyu renkli vurgulamalar yazara aittir.); Özgürlüklerin sınırlandırılma nedenleri konusunda örn. bkz. KABOĞLU, Anayasa Hukuku, 242 ve a.y., Kolektif Özgürlükler, 129 vd.; KAPANİ, 217 vd.; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 122 vd.; UYGUN, 115; Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi md.29; AIHS md.2, f.2, md.7, f.2, md.15, f.2, md.8, md.9, md.10, md.11

<sup>41</sup> KAPANİ, 233

<sup>42</sup> Örn. Türk AY bakımından bkz. md.13; Alman AY md.1 vd.; Avusturya AY md.2 vd.

<sup>43</sup> Yasallık ilkesi, tüm mali yükümlülükler bakımından geçerli bir ilkedir (AY md.13, md.73 III). Bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır, 156

sınırlandırılmaktadır. Böylece *amaç*, vergi ödevlilerine daha fazla hukuk güvenliği sağlamaktır.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, *yasallık ilkesinin muhatabı, yasakoyucudur. Bu ilkeyle, anayasakoyucu doğrudan yasakoyucuya hitap etmekte ve vergilendirmeyi (mali yükümlülükleri) düzenleme konusunda onu görevlendirmektedir.*

Yasallık ilkesinin muhatabının yasakoyucu olması, daha en başta “şekli anlamda yasa-maddi anlamda yasa”<sup>44</sup> ayırımını vergi hukuku bakımından işlevsizleştirmektedir. Muhatap yasakoyucu olduğuna göre, öncelikle aranan tartışmasız şekilde “şekli anlamda yasa”dır. Ancak genel, soyut, nesnel ve sürekli olmayan yasal düzenlemelerin arzu edilen hukuki korumayı sağlamaktan uzak olacağı açıktır. Bu nedenle, şekli anlamda yasa-maddi anlamda yasa ayırımı üzerinde ilerlemekten çok, yasallık ilkesiyle, *vergilendirmenin, yasakoyucu tarafından çıkartılan genel, soyut, nesnel ve sürekli yasal düzenlemelerle yapılmasının* anayasal güvence altına alındığını belirtmek daha doğru olacaktır. Başka bir deyişle, Anayasakoyucu yasallık ilkesi yoluyla, **“yasanın, genel düzenleyici idari işleminden daha güçlü koruma sağlayan bir araç”** olduğunu kabul etmektedir. Nitekim AYM’nin yerleşik içtihatlarına<sup>45</sup> göre, *“Anayasa Koyucusu her çeşit mali yükümlünün kanunla konulmasını buyururken keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması ereğini gütmüştür.”*. Yine AYM’ye<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEZİÇ, Kanun Kavramı, 39 vd.; Ayrıca bkz. ÇAĞAN, 103; ÖZBUDUN, 187 vd.

<sup>45</sup> Örn. AYM ); t.07.11.1989, E.1989/6, K.1989/42, RG t.06.04.1990, S.20484 (03.12.1988 t. ve 3505 SK, md.15-geçici vergi); t.15.06.1971, E.1970/55, K.1971/57, RG t.24.02.1972, S. 14109 (28.05.1970 t. ve 1267 SK-gider vergilerindeki nispet ve hadlerini artırma konusunda Bakanlar Kurulu’na yetki verilmesi).

<sup>46</sup> AYM, t.26.10.1965, E.1965/25, K.1965/57, RG t.08.12.1965, S.12171 (29.04.1330 günlü Çarşı ve Mahallat Bekçileri Hakkında Kanun md.3-bekçi ücreti). Karar, çarşı ve mahalle bekçilerinin ücretine ilişkin olup iptali istenen düzenleme ile çarşı ve mahalle bekçilerine verilecek ücret için alınacak olan paranın (benzeri mali yükümlülüğün) miktarının, mükelleflerinin ve mali yükümlülüğün dağıtım şeklinin mahalli idare meclisleri tarafından, çarşı ve mahalle bekçileri hakkında hazırlanacak bir yönetmelik çerçevesinde belirlenmesi hükmüne bağlanmaktaydı. Benzer yaklaşım için bkz. AYM t. 24.03.1970, E. 1969/65, K. 1970/16, RG t. 21.07.1970, S. 13555 (15.05.1957 t. ve 6964 SK md. 20 I-ziraat odalarına giriş ücreti ve yıllık aidat).

göre, “... yönetmeliğin, kanun derecesinde kuvvetli ve istikrarlı bir teminat sayılamayacağı meydandadır. İdare kanunla bağlı olmayınca, yönetmeliğin bu hükmünü her zaman değiştirebilir.”.

Bu kabulün gerçeklere uygun olup olmadığı, başka bir deyişle, yasanın genel düzenleyici idari işlemlere oranla daha fazla hukuk güvenliği sağlayıp sağlamadığı araştırılması gereken bir konudur. Özellikle de, vergilendirme alanında da basit çoğunlukla yasal düzenlemelerde bulunmanın mümkün olduğu (AY md.96 I<sup>47</sup>), parlamentodaki çoğunluğuna dayanarak hükümetin istediği düzenlemeleri “yasa” şeklinde parlamentodan çıkartabildiği dikkate alındığında, yasallık ilkesinin amacını böyle bir sistemde gerçekleştirmeye uygun olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Ortaya atılan sorunun cevabını hemen vermek gerekirse, kanaatimizce, Anayasakoyucunun kabulü doğrudur, her durumda, “yasa”, “genel düzenleyici idari işlem”e oranla daha güçlü koruma sağlayan bir düzenleme aracıdır. Bunun nedeni ise, kanaatimizce, **yasalaşma usulünde**, buna bağlı olarak yasalardan toplumun çok daha büyük bir kesiminin haberdar olmasında ve böylece yasalaşma esnasında ve/veya sonrasında **daha fazla etki** gösterilebilmesinde<sup>48</sup>, nihayet **yanın normlar hiyerarşisindeki yerinde** yatmaktadır.

Şöyle ki, her ne kadar 17.02.2006 tarihli “Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te<sup>49</sup>, hem yasaların, hem

<sup>47</sup> AY md. 96 I gereğince, “Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.”

<sup>48</sup> Nitekim yasallık ilkesinin, bireylere, yasalar parlamentolarda açık görüşme ve tartışma yöntemleriyle hazırlandıklarından, getirilen düzenleme konusunda kamuoyunun etkin denetimi sağlama güvencesi sunduğunu belirtmekte KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, 231 ve -AKGÜNER, 1961 Anayasası’na Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, 1983, 122-123; TANİLLİ, Devlet ve Demokrasi, 1981, 184 ve TANÖR, Anayasa Meseleleri, 21’e atfen- UYGUN, 90; krş. GÜNEŞ, 221 vd.

<sup>49</sup> RG S.26083; Ayrıca bkz. 10.10.1098 tarih ve 3056 sayılı “Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun” (RG t. 19.10.1984, S. 18550) md. 2, *Başbakanlık*

de genel düzenleyici idari işlemlerin<sup>50</sup> taslak metinlerinin hazırlanmasına ilişkin bazı *ortak usul ve esaslar* öngörülmekteyse de, bu usul ve esaslar, düzenlemenin ilgili olduğu kimselerin getirilmek istenen düzenlemeden haberdar olmasını güvence altına almamaktadır. Nitekim Yönetmeliğin “görüş alma” kenar başlıklı 6’ncı maddesi incelendiğinde, düzenlemenin ilgili olduğu bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları ile diğer idari birimlerden görüş alınmasını zorunlu kılınmış, buna karşılık konuyla ilgili mahalli idareler, üniversiteler, sendikalar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum örgütlerinin görüşlerine başvurulması ile kamuoyunun -internet, basın ve yayın aracılığıyla- bilgilendirilmesi *ihtiyari* tutulmuştur.

Diğer yandan, AY md.88 II’de, kanun tasarı ve tekliflerinin TBMM’de görüşülme usul ve esaslarının İçtüzük ile düzenleneceği öngörülmüş, TBMM İçtüzüğü’nde<sup>51</sup> (md. 73 vd.) ise, **yasa tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi bakımından özel kurallar** getirilmiştir. Genel düzenleyici idari işlemler bakımından geçerli olmayan bu kurallar, kural olarak, mecliste yer alan tüm siyasi partilerin ve bağımsız milletvekillerinin yasa tasarı ve teklifinden haberdar olmasını sağlamaktadırlar. Özellikle, yasa tasarı ve tekliflerini inceleyen -ve siyasi parti gruplarının [meclisteki oranlarına göre üye sayısına sahip oldukları<sup>52</sup>] temsilcilerinden oluşan- komisyonlar<sup>53</sup>, -hükümeti oluşturan

---

Teşkilatının ana hizmet birimleri arasında **Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü**’nü anan md.7 ile anılan Müdürlüğün görevlerini sayan md. 8; Ayrıca bkz. *Adalet Bakanlığı*’nın ana hizmet birimleri arasında **Kanunlar Genel Müdürlüğü**’nü anan 29.03.1984 tarih ve 2992 SK (RG t.07.04.1984, S.18365) md. 8 ile bu Müdürlüğün yetki, görev ve sorumluluklarını düzenleyen md.13.

<sup>50</sup> Yönetmeliğin 1. maddesinde amaç, “Başbakanlık, bakanlıklar, bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanacak kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı eki kararlar ve diğer düzenleyici işlemlerin taslak metinlerinin hazırlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek” şeklinde açıklanmaktadır.

<sup>51</sup> Karar No: 584, Kabul Tarihi: 05.03.1973, RG t.13.04.1973, S. 14506.

<sup>52</sup> TBMM İçtüzüğü md.21 I atfıyla md.11, I’e göre, komisyonlarda siyasi parti gruplarına düşen üye sayısı, siyasi parti gruplarının parti grupları içindeki toplam sayısı içindeki yüzde oranları dikkate alınarak tespit edilecektir.

<sup>53</sup> TBMM komisyonları, İçtüzük md.20 vd.’da (Üçüncü Bölüm’de) düzenlenmektedir. İçtüzük md.20 I’de sayılan komisyonlar arasında, vergilendirmeyle ilgili konulara ilişkin özel bir komisyon yer almamaktadır. Vergilendirmeyle ilişkin konular, Plan ve Bütçe Komisyonu’na havale edilmek-

partinin komisyondaki oy çokluğu nedeniyle hükümetin isteği dışında bir sonucun ortaya çıkması üzerinde etkili değillerse de-, en azından konunun hükümet dışındaki diğer siyasi görüş temsilcileri tarafından da ele alınabilmesine ve farklı görüşlerin dile getirilmesine teorik olanak sunmaları bakımından önemlidirler. Kaldı ki, böylece söz konusu yasa tasarısı ve teklifle ilgili kişiler başta olmak üzere kamuoyu getirilmek istenen düzenlemeden haberdar olabilecek, ve ilgililer getirilmek istenen düzenlemenin haklarını korumaya uygun olması için gerekli demokratik çabaları gösterme imkânına sahip olacaklardır.

Kuşkusuz, gece yarısı son dakika önerleriyle<sup>54</sup> ve parla-

---

tedir. İçtüzük md.23 I ve II gereğince; “Tasarı, teklif veya kanun hükmünde kararnamelemlerin hangi komisyonda görüşüleceği, esas ve tali komisyonların hangisi olacağı, işin komisyonlara havalesi sırasında Başkanlık tarafından tespit edilir. Raporu Genel Kurul görüşmelerine esas olacak komisyona esas komisyon denir. Tali komisyonlar, işin kendilerini ilgilendiren yönü veya maddeleri üzerinde esas komisyona görüş bildiren komisyonlardır.” Bu düzenlemede Başkanlık ile kastedilen, TBMM Başkanlığıdır. İçtüzük md. 73 I-III gereğince, “Hükümetçe hazırlanan kanun tasarıları bütün bakanlarca imzalanmış olarak ve gerekçesi ile birlikte Meclis Başkanlığına sunulur. Gerekçede tasarının tümü ve maddeleri hakkında bilgiler, kaldırılması veya eklenmesi istenilen hükümlerin neler olduğu ve neden kaldırılması, değiştirilmesi veya eklenmesi gerekli görüldüğü açıkça gösterilmek lazımdır. Başkan, gelen tasarıları ilgili komisyonlara doğrudan doğruya havale eder ve bunu tutanak dergisine ve ilan tahtasına yazdırır.” İçtüzük md.35 I ve II gereğince ise, “Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarısı ve tekliflerini aynen veya değiştirilerek kabul veya reddedebilirler; ... . Ancak komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, ... .”

<sup>54</sup> “Değişiklik önerileri” kenar başlıklı TBMM İçtüzüğü md. 87:

“Kanunlarda veya İçtüzükte aksine bir hüküm yoksa, kanun tasarısı veya teklifinde bir maddenin reddi, tümünün veya bir maddenin komisyona iadesi, bir maddenin değiştirilmesi, metne ek veya geçici madde eklenmesi hakkında, milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önerileri verebilir. Bu esaslar dairesinde milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önerileri dahil her madde için yedi önerge verilebilir. Her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır. Ancak bu hak; ilgili siyasi parti grubuna mensup milletvekillerin kullanılmaması halinde, diğer siyasi parti grubuna mensup olanlarla bağımsız sayılan milletvekillerin kullanılabılır.

Değişiklik önerileri kanun tasarısı veya tekliflerinin basılıp dağıtılmasından itibaren Başkanlığa verilebilir. Ancak tasarısı veya teklifin görüşülmesine başlandıktan sonra verilecek değişiklik önerilerinde en az beş milletvekilinin imzası bulunmadıkça önerge işleme konulmaz.

Görüşülmekte olan tasarısı veya teklifin konusu olmayan sair kanunlarda ek ve değişiklik getiren yeni bir kanun teklifi niteliğindeki değişiklik önerileri işleme konulmaz.

Görüşülmekte olan tasarısı veya teklife konu kanunun, komisyon metninde bulunmayan, ancak tasarısı veya teklif ile çok yakın ilgisi bulunan bir

mentodaki çoğunluğa dayanarak yasalaştırılan düzenlemelerde, yasalaştırma usulünün bu önemli özelliğini dolanmak mümkünse de, bu durumda dahi, normlar hiyerarşisinde genel düzenleyici idari işlemlerin üstünde duran ve buna bağlı olarak daha dikkat çekici olan “yasa”dan, genel düzenleyici idari işlemlere oranla kamuoyunun çok daha büyük bir kesiminin haberdar olabileceği açıktır. Bununla birlikte, bu tür değişiklik önermeleri için Anayasa’da **nitelikli çoğunluğu** aramak, anayasal amacı gerçekleştirmeye daha fazla hizmet edebilecektir.

Dolayısıyla, yukarıda da belirtildiği üzere, her durumda, genel düzenleyici idari işlemlerin üstünde yer alan “yasa”, “genel düzenleyici idari işlem”e oranla daha güçlü koruma sağlayan bir düzenleme aracıdır ve yasallık ilkesinin amacı da, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, ilgililere yürütme karşısında güçlü bir hukuki güvence sağlamak, yürütmenin keyfi uygulamaları karşısında onları korumaktır.

---

maddesinin değiştirilmesini isteyen ve komisyonun salt çoğunlukla katıldığı önermeler üzerinde yeni bir madde olarak görüşme açılır.

Değişiklik önermelerinde, değiştirilmesi, kaldırılması veya eklenmesi istenen hükümler açıkça belirtilir. Açık olmayan ve şarta bağlı önermeler işleme konulmaz.

Değişiklik önermeleri gerekçeli olarak verilir. Değişiklik önermeleri ve gerekçeleri beşyüz kelimedenden fazla ise, önerge sahibi önermesine beşyüz kelimeyi geçmeyen bir özet eklemek zorundadır.

Başkan, değişiklik önermesi hakkında komisyona ve gruplara derhal bilgi verir.

Değişiklik önermeleri önce veriliş, sonra aykırılık sırasına göre okunur ve işleme konur. Beşten fazla imzalı önermelerde ilk beş imza okunur, önerge tutanağa eklenir.

Başkan, önergeye katılıp katılmadığını komisyona ve Hükümete sorar. Komisyon ve Hükümet katılmama gerekçelerini kısaca açıklayabilirler. Hükümetin veya komisyonun katılmadığı önerge, sahibi tarafından beş dakikayı geçmemek üzere açıklanabilir. Önerge sahibine, gerekçesinin okunmasını istediği önerge hakkında söz verilmaz.

Daha sonra önermeler işaret oyu ile ayrı ayrı oylanır. Komisyonun katılmadığı ve fakat Genel Kurulun kabul ettiği önerge ve ilgili maddeyi komisyon geri isteyebilir. Geri verilmesi kabul edildiği takdirde, komisyon önergeye göre yeni bir metin hazırlar veya kendi metninin aynen kabulünü isteyebilir. Genel Kurulun kararı kesindir.”



Doktrinde<sup>55</sup>, yasallık ilkesinin üç işlevi olduğu, bunlardan ilkinin, parlamentoya, hükümetin politikasını etkileme imkânı sağlama; ikincisinin, yasanın, devlet yönetimini bir düzenleme aracı olması ve bu bağlamda verginin yasa ile düzenlenmesi zorunluluğunu ifade etme; üçüncüsünün ise, parlamentonun yürütme üzerindeki etkisini garanti altına alma ve parlamentonun politik kararlara katılımını sağlama olduğu ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, hemen yukarıda yapılan açıklamalar, günümüzde parlamentonun yürütme organını etkileyip etkilemediği ve etkiliyorsa bunun derecesini tartışmaya açık hale getirmektedir. Nitelikli çoğunluğun aranmadığı yasalar bakımından, yasama ile yürütme arasında niteliksel bir fark olduğunu, yasamanın yürütmenin kararlarını etkileyebildiğini savunmak güçtür.

### 3. Yasallık İlkesinin Anlamı: Yasakoyucunun Düzenleme Zorunluluğu (Görevi)

#### 3.1. Genel Olarak

Hukukumuzda, “yasakoyucunun Anayasa’ya aykırı olmak şartıyla dilediği her konuyu yasayla düzenleyebilmesi”ni ifade eden *yasama yetkisinin genelliği ilkesi* gerek AYM kararlarında<sup>56</sup> ve gerek doktrinde<sup>57</sup> vurgulanmasına karşılık; *yasama görevinin asgari kapsamı* üzerinde fazla durulmamıştır. Başka bir deyişle, yasakoyucunun muhakkak düzenlemek “zorunda” olduğu çekirdek bir alan/kural(-lar) var mıdır sorusu

<sup>55</sup> Bkz. HAHN, 74 vd.

<sup>56</sup> Örn. bkz. AYM t.02.07.2009, E.2005/66, K.2009/102, RG t.07.10.2009, S.27369 (05.05.2005 t. ve 5345 SK md. 23, f.1 ve f.2): “Yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir. Hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu bakımından sınırlı olmadığı, Anayasa’ya aykırı olmamak koşuluyla her konunun düzenlenebileceği anlamına gelir. Bu çerçevede yasama organı, genel ilkeleri belirledikten sonra ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemeleri yürütme organına bırakabilir. Dolayısıyla, Yasakoyucunun belli konularda gerekli kuralları koymak suretiyle yasal çerçeveyi çizdiği durumlarda, çizilen bu çerçeveye uygun olarak bir takım tasarruflarla yasanın uygulanmasını sağlamak üzere yürütmeye tanınan yetkiler yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.”

<sup>57</sup> Örn. GÜNDAY, 43; TEZİÇ, Kanun Kavramı, 40, 80 vd.

yeterince ele alınmamıştır. Doktrinde<sup>58</sup>, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda, yasakoyucunun düzenleme yapma “zorunluluğu/yükümlülüğü”nden söz edilmekteyse de; ülkemizde yasallık ilkesiyle bağlantılı olarak konuyu daha çok yasama yetkisinin devri, yürütmenin düzenleme yetkisinin kapsamı çerçevesinde ele alındığını belirtmek mümkündür<sup>59</sup>, ki bu başka bir sorun olan **yasama görevinin asgari içeriği (/yasanın asgari hangi unsurları düzenlemesi gerektiği)** ile ilgilidir.

Buna karşılık Alman Hukuku’nda, muhakkak yasakoyucu tarafından düzenlenmesi zorunlu kurallar hakkında ikna edici bir teoriye ulaşabilmek mümkündür. Buna göre, GG md.20 III, açık şekilde *yasamanın “anayasal düzene bağlı” olduğunu* belirtmektedir. **Burada anayasal düzen ile kastedilen, anayasadaki düzenlemelerin tamamıdır, pozitif olmayan hukuk bu kapsama girmez**<sup>60</sup>. Bu nedenle, yasakoyucu, anayasal düzen sınırları içinde hareket serbestisine sahiptir. Ancak bu serbesti, hukuk devletine bağlı yasakoyucunun, kamu yararına uygunluk amacıyla sınırlıdır<sup>61</sup>. Yasakoyucunun anayasal düzene bağlılığı, anayasal düzenin maddi ve şekli gereklerine uyma yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir; fakat bu yükümlülük, yasakoyucunun “biçimlendirme özgürlüğü”nü sınırlandırmamaktadır<sup>62</sup>.

Yasakoyucu, anayasal düzeni gerçekleştirmek amacıyla yasalar çıkarmakla görevlidir. Belli temel alanlarda, devlet işlem ve davranışlarının yasalarla düzenlenmesi şarttır<sup>63</sup>. Bu temel alanların başında, temel haklara müdahaleler gelir. Yasalarla düzenlenmesi gereken alanların hangileri olduğunu tespit ko-

<sup>58</sup> Örn. KABOĞLU, Anayasa Hukuku, 248; TEZİÇ, Anayasa Hukuku, 201; Kanun Kavramı, 106; ÜYGUN, 27 vd., 71 vd.

<sup>59</sup> Örn. bkz. dpn. 56’da anılan AYM kararı; AYM t. 15.10.1991, E. 1990/29, K.1991/37, RG t.05.02.1992, S.21133 (3239 SK md.21 ile değişik VUK mük. md.257 I); Doktrinde ise örn. BALTA, 80 vd.; TEZİÇ, Kanun Kavramı, 87 vd.; ÇAĞAN, 126 vd.;GÜNEŞ, 171 vd.; ÜSTÜN, 57 vd.; YILMAZOĞLU, 49 vd.

<sup>60</sup> JARASS, in: Jarass/Pieroth, Art.20, Rn.34

<sup>61</sup> SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, Art.20, Rdnr.20

<sup>62</sup> SACHS, in: Sachs, Grundgesetz, Art.20, Rdn.94

<sup>63</sup> BVerfGE 98, 218 (251) (JARASS, in: Jarass/Pieroth, Art.20, Rn.44)



nusunda Alman AYM<sup>64</sup>, “**önemlilik teorisi**” ni (Wesentlichkeitstheorie) ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme’nin, bu teoriyi biçimlendirirken “temel haklar doktrini”ne başvurduğu görülmektedir<sup>65</sup>. Bu bağlamda, **önemlilik teorisi gereğince, temel hakların kullanımının söz konusu olduğu durumlarda, tüm temel kararları yasakoyucu bizzat almak zorundadır**. Ancak bunun ön şartı, söz konusu alanının kamusal düzenlemeye müsait olmasıdır<sup>66</sup>. Bu konu, doktrinde<sup>67</sup>, tüm genel ve bireysel *yükümler* kuralların, temel haklara fiili ve dolaylı bir müdahalede bulunduğu ve bu müdahale “*önemli*” olduğu süreçte, muhakkak yasakoyucu tarafından düzenlenmesi gerektiği şeklinde somutlaştırılmıştır. Ancak önemlilik teorisinin içeriği belirsiz olduğu gerekçesiyle, temel haklar doktrininin ise çok genel olduğu gerekçesiyle bazı yazarlarca<sup>68</sup> eleştirildiğini de belirtmek gerekir. Her halükarda, önemlilik teorisinin bugün -eleştirilere rağmen- doktrinde<sup>69</sup>, *sadece bir konunun yasayla düzenlenip düzenlenmemesi gerektiği konusunda değil, aynı zamanda getirilecek düzenlemenin içeriğinin nasıl olması gerektiği bakımından da belirleyici kabul edildiğine* işaret etmek gerekir. Başka bir deyişle, önemlilik teorisi, hem yasakoyucunun düzenlemek zorunda olduğu alanı/kuralı, hem de **düzenlemenin içeriğini** belirlemektedir.

### 3.2. Vergi Hukuku Özelinde

Yasallık ilkesinin ortaya çıkış gerekçesi ve amacı açıklanırken de vurgulandığı üzere, vergilendirme (ya da daha doğru

<sup>64</sup> BVerfGE 34, 165 (192-193); 40, 237 (248-249); 45, 400 (417); 48, 210 (221); 49, 89 (126-127); 58, 257 (268-269) (SCHMIDT-ASSMANN, in: Isensee/Kirchhof, Bd.I, Rn.64 ve burada dpn.182)

<sup>65</sup> BVerfGE 49, 89 (126-127) (SCHMIDT-ASSMANN, in: Isensee/Kirchhof, Bd.I, Rn.64 ve burada dpn.182)

<sup>66</sup> BVerfGE 61, 260 (275); 49, 89 (126); 77, 170 (230-231) (JARASS, in: Jarass/Pieroth, Art.20, Rn.46)

<sup>67</sup> Bkz. örn. JARASS, in: Jarass/Pieroth, Art.20, Rn.47 ff.

<sup>68</sup> SCHMIDT-ASSMANN, in: Isensee/Kirchhof, Bd.I, Rn.65. Bu bağlamda yazar, yasakoyucunun düzenlemesi gereken alanların belirlenmesi konusunda bir başka öneri olarak sunulan “*ifa idaresi* (Leistungsverwaltung)” ölçüğünü ileri sürmektedir.

<sup>69</sup> SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, Art.20, Rdnr.34

bir deyişle mali yükümlülük getirme), temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, önemlilik teorisi çerçevesinde de, **yasama görevinin asgari kapsamı içinde yer alan bir konudur. Bir hukuk devletinde, yürütmenin, temel hakları sınırlandırabilmesi mümkün değildir.** Bu sonuç, pozitif hukukumuzda AY md.73 III olmasaydı dahi, AY md.13'den hareketle ortaya konabilecek bir sonuçtur<sup>70</sup>. Ancak yasallık ilkesi **tüm mali yükümlülükler** bakımından AY md.73 III'de özel olarak düzenlenmiş olduğu için, yargı kararlarında ve doktrinde ilkeyle ilgili tüm açıklamalar, bu düzenleme çerçevesinde yapılmaktadır.

Yasallık ilkesiyle ilgili olarak ülkemiz uygulamasında en fazla yaşanan sorun, **yasanın asgari içeriğine** ve bu bağlamda düzenlenmesi yürütmeye bırakılabilecek konulara ilişkindir. Yasakoyucunun görevini yerine getirdiğini, verginin yasayla düzenlendiğini kabul edebilmek için, yasada asgari hangi unsurlar düzenlenmiş olmalıdır?

Anayasa Mahkememiz<sup>71</sup>, yerleşik içtihadıyla bu sorunun cevabını "**vergilendirmeye (/mali yüküme) ilişkin temel öğeler**" şeklinde vermektedir. Buna göre, AY md. 73 III'e uygun şekilde verginin yasayla konulduğunu, değiştirildiğini, kaldırıldığını kabul edebilmek için, vergilendirmeye ilişkin temel öğelerin (/unsurların) yasayla getirilmiş, yasayla değiştirilmiş ya da yasayla kaldırılmış olması şarttır. Böylece, Yüksek Mahkeme kararlarına göre de, yasallık ilkesi, **şeklen** yasa yapma tekniğine uygun her türlü düzenlemeyle verginin konulmuş, değiştirilmiş ve kaldırılmış olmasını yeterli görmemekte<sup>72</sup>;

<sup>70</sup> BAŞARAN YAVAŞLAR, Vergileendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır, 156

<sup>71</sup> Örn. AYM t.16.01.2003, E.2001/36, K.2003/3 (23.11.2000, 4605 SK md.1-MTV); t.16.01.2003, E.2001/36, K.2003/3 (23.11.2000, 4605 SK md.5 ile eklenen GVK Geçiçi 58. Madde, f.8); t. 15.04.1998, E.1997/78, K.1998/9 (25.05.1995 tarihli 4108 SK md.24 ile eklenen GVK mük. md.111); t.14.05.1997, E.1996/75, K.197/50 (25.5.1995 tarih ve 4108 SK md.24 ile ekli GVK mük. md.111-asgari vergi)

<sup>72</sup> Örneğin, tamamen usulüne uygun şekilde kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiş iki maddelik bir yasanın ilk maddesi "büyük şehirlerde yaşayan kimselerden alınacak bir yaşam vergisi" öngörse bile, yasallık ilkesine

yasal düzenlemenin içeriğine müdahale ederek, **hangi konuların mutlak bir şekilde yasa ile düzenlenmesi gerektiğini anlatmaktadır.** AYM'nin yasallık ilkesini uygulamak üzere geliştirdiği bu “**temel unsur**” kriterinin anlamı, ilkeyi uygulayabilmek bakımından büyük öneme sahipse de, AYM bu kavramı tanımlamamakta, sadece temel unsur olarak kabul ettiği hususları örnek olarak saymaktadır. AYM'ye göre, *“Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin yasalarla belir-*

---

uygun bir verginin getirildiğinden söz etmek mümkün değildir. Çünkü verginin konusu, matrahı, oranı, vergilendirme usulü gibi pek çok temel unsur yasada düzenlenmemiştir. Nitekim bkz. AYM t.29.03.1966, E.1965/45, K.1966/16 (15.07.1963 t. ve 5237 SK md.21, f.3-levha resmi): “Kanun koyucunun, sadece konusunu belli ederek bir malî yükümün alınmasına izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılması için yeter bir neden teşkil etmez. Malî yükümlerin; mükellefleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, müeyyideleri, zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bunlar, kişilerin sosyal ve iktisadî durumlarını ve hatta temel haklarını etkileyecek uygulamalara yol açabilirler. Bu bakımdan kanunla düzenlenmeleri zorunludur. Nitekim tarh ve tahakkuk ve tahsil usulleri ile müeyyideleri ve zamanaşımı, genel ve müşterek hükümler halinde kanunla düzenlenmişlerdir. Öteki yönler, yani mükellef, matrah ve oran yönleri, her malî yükümün özelliğine göre değişmekte olduklarından bu düzenleme her birisi için kanunla ayrı ayrı yapılmalı ve hiç olmazsa, ana hatları, başka bir deyimle çerçeveleri belirtilmeli ve bazılarının niteliklerine göre matrah ve oran için bu mümkün olmazsa yükümlerin en yüksek sınırları tâyin olunmalıdır. Aksi halde, idareye, keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınmış olur. İdare bu yetkiye dayanarak, mükellefler arasında dilediği gibi ayırımlar yapılabilecek ve çok ağır malî yükümler koyabilecektir. Bunun sosyal ve iktisadî düzen üzerindeki sakıncalı etkileri açıktır. Buna yer kalmamak için ilgili kanunlarda, yukarıda işaret edilen unsurlar ön görülmelidir. Anayasakoyucusu, malî yükümlerin kanunla konulmasını emrederken, keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunlarda yer almasını kastettiği şüphesizdir. Bu yapılmadıkça bir malî yüküm, kanunla konulmuş sayılmaz.”(Karardaki koyu renkli vurgulamalar yazara aittir.) Karar için bkz. [www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/)

lenmesi gerekir.”<sup>73</sup>. Nitekim AYM başka kararlarında da<sup>74</sup>, mali yükümün “konusu”, “yükümlüsü”, “mali yükümü doğuran olay”, “miktarı”, “oranı”, “alt ve üst sınırları”, “indirimleri”, “salınma biçimi”, “alınma zamanı”, “mali yüküm tutarı” ve “ödeme usulü” konularının yasa ile düzenlenmesi gerektiğini açıklamıştır.

Doktrinde<sup>75</sup> ise, verginin “ana kurucu temel unsurları”, “vergi konusu, vergiyi doğuran olay, vergi yükümlüsü, matrah ve oran” şeklinde sıralanmakta; verginin yasallığı ilkesinin, “vergi almada verginin kurucu temel öğelerinin yasa ile konulmasını değil, vergiden doğan ödev ve yöntem ilişkilerinin de kurucu temel öğeleri tamamlayan öğeler olarak yasa ile düzenlenmelerini gerektir” diği belirtilmektedir. Bu bağlamda, verginin tarhı, tebliği tahakkuku, vergi borcunun sona ermesinin yanı sıra, yükümlülerin ödevlerinin, denetlenmelerine ilişkin kuralların ve nihayet uzlaşma ile vergi yargılama süreci, vergi yargısı kararlarına karşı başvuru yolları, kabahat ve suçlar ile bunların yaptırımları,

<sup>73</sup> AYM t.15.10.2009, E.2006/124, K.2009/146, RG t.08.01.2010, S.27456 (213 sayılı Vergi Usul Kanunu md.114, f.2- zamanaşımı); t.16.01.2003, E.2001/36, K.2003/3 (23.11.2000, 4605 SK md.1- MTV) (Karardaki koyu renkli vurgulamalar yazara aittir.)

<sup>74</sup> Örn. AYM t.15.10.1991, E.1990/29, K.1991/37, RG t.05.02.1992, S.21133 (3239 SK md.21-VUK mük. md.257); t.07.11.1989, E.1989/6, K.1989/42, RG t.06.04.1990, S.20484 (03.12.1988 t. ve 3505 SK, md.15-geçici vergi); t. 31.03.1987, E.1986/20, K.1987/9, RG t.28.05.1987, S. 19473 (04.12.1985 t. ve 3239 SK-yer altı suyu kullanım ücreti); t. 26.03.1974, E.1973/32, K.1974/11, RG t. 21.06.1974, S. 14922 (14.06.1973 t. ve 1739 SK md. 38-öğrenim harç ve ücretleri); AYM, 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, “yasayla konulur” ibaresini, mali yükümlülüğün “miktar, matrah, oran, tarh, tahakkuk ve tahsil yöntemleri”nin belirlenmesi şeklinde anlamış (t.03.02.1977, E.1976/54, K.1977/8, RG t.08.05.1977, S. 15931 (Avukatlık Yasası md.81, f.2-baro giriş keseneği ve yıllık kesenek)) ve ilkenin getiriliş amacından hareketle, “konulan vergi veya mali yükümden bağışık tutma ve vergi oranında değişiklik yapma”nın da bu düzenlemenin kapsamı içinde yer aldığına hükmetmiştir (t.23.24. ve 25.10.1969, E.1967/41, K.1969/57, RG t.12.03.1971, S.13778 (28.07.1967 t. ve 933 SK-yatırım indirimi ile gümrükten alınan vergi ve resimler)); t.15.06.1971, E.1970/55, K.1971/57, RG t.24.02.1972, S.14109 (28.05.1970 t. ve 1267 SK-gider vergilerindeki nispet ve hadlerini artırma konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi)). 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu döneme ilişkin bazı kararlar için ayrıca bkz. DOĞRUSÖZ, Vergi Dünyası, S.43 (Mart 1985), 20, dpn. 11, 12 ve 14.

<sup>75</sup> GÜNEŞ, 134 vd.; Bkz. ve krş. ÇAĞAN, 100 vd.; DOĞRUSÖZ, 18 vd.; UYGUN, 104 vd.

yaptırımların uygulanması, kaldırılması ve indirilmesi, gecikme zamlarına ilişkin konuların da yasayla düzenlenmeleri, yasallık ilkesinin bir gereğidir<sup>76</sup>.

Kanaatimizce, AYM kararlarındaki temel unsur kavramını, yasallık ilkesinin amacına uygun şekilde belirlemek gerekir. Bu bağlamda, **vergilendirmeye ilgili olup da herhangi bir temel hak ve özgürlüğü etkileyen, onu sınırlandıran her husus bir temel unsurdur ve bu nedenle yasakoyucu tarafından düzenlenmelidir.** Bu çerçevede, doktrinde de ifade edildiği üzere, sadece vergiyi doğuran olay, verginin konusu, mükellefi, matrahı gibi *vergi borcunun oluşmasına etki eden*<sup>77</sup> ve *vergi borçlusunu belirleyen* maddi unsurlar değil, aynı zamanda, tahsil şekli (stopaj yoluyla ya da beyannameyle bildirim üzerine<sup>78</sup>), defter tutma (ve böylece bilgi verme) gibi *usule ilişkin konular* da, temel hak ve özgürlükleri etkiledikleri sürece birer temel unsurdur ve yasayla düzenlenmeleri şarttır.

Dolayısıyla, **yasallık ilkesi gereğince, yasakoyucu, vergilendirmeye (mali yükümlülüklerle) ilişkin temel unsurları belirleme konusunda sadece “yetkili” değil, aynı zamanda “görevli” olduğundan, vergilendirmenin temel unsurlarından istediklerini, istediği zaman ve istediği şekilde saptama gibi bir takdir yetkisine sahip değildir.** Yasakoyucu, vergilendirmenin temel unsurlarını, vergilendirmenin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğine sahip olduğu bilinciyle, vergi ödevlilerine mümkün en yüksek güven, koruma ve adaleti sağlamak üzere, her tür keyfi uygulamayı dışarıda bırakacak şekilde düzenlemek zorundadır. Vergilendirmeye ilişkin temel unsurların yasada eksik düzenlenmesi, Anayasa’ya aykırıdır.

Durum böyle olmakla birlikte, bu konuda AYM’nin genel yaklaşımı açık değildir. Yüksek Mahkeme’nin, eksik düzenleme

<sup>76</sup> Krş. ÇAĞAN, 100 vd.; GÜNEŞ, 144 vd.; Krş. DOĞRUSÖZ, 20-21.

<sup>77</sup> HAHN, 84

<sup>78</sup> Tahsil usulünün alınan verginin miktarında farklılaşmaya yol açtığı konusunda bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, Legal Mali Hukuk Dergisi, S.94 (Ekim 2012), 3 vd.

nedeniyle Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağına hükmettiği kararları olduğu gibi<sup>79</sup>, aksi yönde eksik düzenleme nedeniyle iptal kararı verdiği içtihatları da<sup>80</sup> vardır. Ancak vergilendirme bakımından, AYM'nin 2009 tarihli güncel sayılabilecek bir kararı<sup>81</sup> çarpıcıdır. Bu kararında AYM, "matrah takdiri

<sup>79</sup> Bkz. örn. AYM t.27.09.1988, E.1988/7, K.1988/27 (Vergi Usul Kanunu md.112, b.3-gecikme faizi): "Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında açıkça belirtilmiş olduğu üzere Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için bu konunun Yasa Koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Bu bakımdan eksik düzenleme nedeniyle veya mevcut bir kuralın uygulama alanını genişletmek amacıyla Anayasa'ya aykırılık iddiası öne sürülemez." (Karardaki koyu renkli vurgulamalar yazara aittir).; Aynı şekilde AYM t. 27.09.1988, E.1988/9, K.1988/28. Kararlar için bkz. [www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/); Ayrıca bkz. TEZİÇ, Anayasa Hukuku, 206 ve burada dpn.138'de anılan kararlar (E.1963/172, E.1963/144, E.1963/89, E.1985/1, E.1988/19). Yazar (206), eksik düzenleme halinde yasanın ne bütünüyle Anayasa'ya uygun, ne de aykırı olduğu görüşündedir.

<sup>80</sup> Örn. bkz. AYM t.12.06.2008, E.2004/103, K.2008/121 (RG t.23.12.2008, S.27089)'da Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU ve Serdar ÖZGÜLDÜR tarafından kaleme alınan Karşıoy Gerekesi'nde anılan AYM t.25.02.1986, E.1985/1, K.1986/4, AMKD S.22, 28; t.04.11.1986, E.1986/11, K.1986/26, AMKD S.22, 298; t.12.11.2002, E.2001/252, K.2002/102, AMKD S.39, C.1, 179; t.04.10.2006, E.2002/157, K.2006/97, RG t.27.03.2007, S.26475

<sup>81</sup> AYM t.15.10.2009, E.2006/124, K.2009/146, RG t.08.01.2010, S.27456 (Vergi Usul Kanunu md.114, f.2- zamanaşımı): "Vergi alacaklı olan devleti vergi alacağını takip etme ve harekete geçirme konusunda itici bir güç olan zamanaşımı, vergilendirmenin temel öğeleri arasındadır ve süre geçmesi suretiyle vergi alacağının kalkması sonucunu doğurur. Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, yaptırım gibi vergilendirmenin temel öğelerinden olan zamanaşımının da yasalarla belirlenmesi gerekir.

İtiraz konusu kuralda, vergi dairesince takdir komisyonuna başvuru yapıldıktan sonra matrahın tespiti, buna ilişkin kararın oluşturulması ve kararın gönderilmesinde bir süre öngörülmemekte, çalışma süresi tamamen komisyonun takdirine kalmaktadır. Ancak zamanaşımının durmasının süreye sınırlandırılmaması, vergi mükellefleri yönünden uygulamada keyfiliğe, haksızlığa, eşitsizliğe yol açacak sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

Verginin yasallığı ilkesi, vergi kurumunun hukuksal yapısının temel koşulu olup oranının, salınma biçiminin, alınma zamanının yönetim ve yükümlüler bakımından belirginliğine dayanır. Yükümlülere güven veren bu ilke, vergi yönetiminde de kararlılık sağlamakta, herkesi eşit biçimde kapsamına alan bir yurttaşlık görevinin göstergesini oluşturmaktadır.

İtiraz konusu kuralın ikinci tümcesinde, duran zamanaşımının işlemeye başlaması, ilgili takdir komisyonu kararının vergi dairesine tevdiine bağ-

için kendisine başvurulmuş takdir komisyonunun ne kadar süre içinde kararını verip vergi idaresine bildireceği” konusunda yasa düzenleme olmamasının, AY md.2’yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Böylece Yüksek Mahkeme, **mevcut yasa hükmünün Anayasa’ya uygun olup olmadığını değil; aksine, yasa hükmündeki eksikliğin (zamanaşımı durma süresinin yasa düzenlenmemiş olmasının) Anayasa’ya aykırılığını denetlemiş ve eksik düzenleme olmasını Anayasa’ya aykırı bulmuştur.**

Her ne kadar AYM, düzenlemenin -AY md.73 III’e değil, sadece- AY md.2’ye (hukuk devleti ilkesi), dolayısıyla belirlilik ve açıklık ilkelerine aykırılığı nedeniyle iptaline karar vermişse de, belirlilik ve açıklık ilkeleri “**var olan**” bir düzenlemedeki kavramların belirli, düzenlemenin ise açık ve anlaşılır olmasını öngörmektedir. Başka bir deyişle, olmayan bir kuralın (eksik düzenleme) “belirli ve açık olup olmadığı” denetimi yapılamaz. O halde, eksik düzenleme, belirlilik -ve açıklık- ilkelerinin konusunu oluşturamaz. Eksik düzenlemenin anlamı, yasakoyucunun yasallık ilkesinden kaynaklanan görevini yerine getirmemiş olması ve vergilendirmeye ilişkin temel unsurları düzenlememiş olmasıdır. Dolayısıyla, eksik düzenleme, yasallık ilkesinin ihlali anlamına gelir. AYM’nin bu kararı bilinçli bir şekilde, içtihadını bu yönde oluşturmak üzere verip vermediğini zaman gösterecektir.

---

lanmıştır. Takdir komisyonu kararının tevdi, bu komisyonun çalışma ve kararını oluşturarak tamamlama süresine bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bu durum, duran zamanlaşımının yeniden işleme başlama süresini, yükümlü yönünden öngörülemez hale getirmektedir.

Zamanaşımının durma süresinin belirsizliği, makul ve adil bir sürenin bulunmaması, vergi dairesince matrah takdiri için başvurunun sırf zamanlaşımını durdurmak için keyfi olarak kullanılmasında güvence sağlamayacağı gibi yükümlüye vergi tahsilâtının geciktiği süre kadar gecikme zammı ve faizi uygulanacak olması da yükümlünün vergi yükünü artırarak haksız sonuçlar doğmasına neden olabilir.

Zamanaşımı hükümlerindeki açıklık, sadece zamanlaşımı süresinin, başlangıç ve bitişinin yasa gösterilmesiyle kendisini göstermez. Vergilemede hukuksal kararlılığın sağlanması amacıyla getirilen zamanlaşımını durduran nedenlerle, durma süresinin ve duran zamanlaşımının işlemeye başlama tarihinin de açık, belirgin, somut ve öngörülebilir olması, keyfiliğe izin vermemesi yasallık ve hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

*Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.” (Karardaki koyu renkli vurgulamalar yazara aittir.)*



#### 4. Vergilendirme Alanında Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin İçeriği ve Sınırları

##### 4.1. İstisnaen, Yasama Yetkisinin Açık Devri Temelinde Bakanlar Kurulu'nca Düzenlenebilecek Konular Bakımından

Temel unsurların yasayla düzenlenmesi zorunluluğu, temel unsurları düzenleme yetkisinin başka bir organ ya da makama bırakılması yasağını da içerir<sup>82</sup>. Dolayısıyla, yasakoyucu, vergilendirme alanında temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kuralları düzenleme yetkisini yürütme organına devredemez. Nitekim AYM'nin<sup>83</sup> yasallık ilkesini -iptali istenen normun özelliklerine göre- "**yasama yetkisinin devri yasağı**" (AY md.7) ile birlikte ele almasının altında yatan neden de kanaatimizce budur.

Ancak bu kuralın Anayasa'da (md.73 IV, md.167 II) **iki istisnası** bulunmaktadır. İlk ve daha kapsamlı istisna, **AY md.73 IV**'de yer almaktadır. Anılan fıkra gereğince, "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.*"

Bu düzenleme çerçevesinde anayasal bir yetki devrinin şartlarını şu şekilde ortaya koymak mümkündür: **1.** yetki ancak yasayla verilebilir; **2.** yetki, sadece ve sadece Bakanlar Kurulu'na verilebilir (yoksa, Maliye Bakanlığı'na değil); **3.** yetki yalnızca, vergi -resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin- muafiyetleri, istisnaları, oranları ve indirimleri konusunda verilebilir; **4.** bu konularda yetki, ancak yasada alt ve üst sınırları gösterile-

<sup>82</sup> Keza burada kıyas yasağı da devreye girer. Ancak Alman Hukuku'nda, yasal boşluğun doldurulması eşitlik ilkesine hizmet edecek kıyasen uygulanacak yasa temelinde öngörülebilir ise, vergi ödevlisi aleyhine de olsa kıyas yapılabileceği yönünde görüş ve yargı kararları için bkz. örn. BIRK, § 2, Rn.174; TIPKE, StRO I, 177 vd.

<sup>83</sup> Örn. AYM t.02.07.2009, E.2005/66, K.2009/102, RG t.07.10.2009, S.27369 (05.05.2005 t. ve 5345 SK md. 23, f.1 ve f.2); t.16.01.2003, E. 2001/36, K. 2003/3, RG t.21.11.2003, S.25296 (23.11.2000 tarih ve 4605 SK md.10-motorlu taşıtlar vergisi miktarı)



rek verilebilir; 5.Bakanlar Kurulu'na yalnızca -yasayla tanınan alt ve üst sınırlar içinde- değişiklik yapma yetkisi verilebilir (yoksa, yasada düzenlenmemiş bir konuda düzenleme yapmak ya da kanunla düzenlenmiş bir konuyu ortadan kaldırmak yetkisi verilemez).

Muafiyet, istisna ve indirim kavramlarının üçü de “vergi dışı bırakma” anlamına gelmektedir. “Muafiyet”, yasada öngörülen vergiyi doğuran olayı gerçekleştirerek “mükellef” hukuکی statüsüne girmiş bir kimsenin vergi dışı bırakılması, ondan vergi alınmaması anlamına gelirken<sup>84</sup>; “istisna”, yasa gereğince üzerinden vergi alınması gereken bir konunun vergi dışı bırakılması anlamına gelmektedir<sup>85</sup>. “Vergi indirimi” ise, yasaya göre belirlenen bir miktarın matrahtan indirilmesi<sup>86</sup> ya da ödenecek vergiden indirilmesi<sup>87</sup> yoluyla vergi dışı bırakılmasıdır. Oran ise, vergi matrahına uygulanarak vergi miktarının hesaplanmasını sağlayan ölçüdür. Görüldüğü üzere, istisna, indirim ve oran, rakamlarla ifade edilebilecek konulardır. Bu nedenle de, bunların alt ve üst sınırlarını yasada göstermek kolaydır. Buna karşılık, muafiyet kavramı kişilerle ilişkili olduğundan, muaf tutulabilecek mükellefler konusunda alt ve üst sınırın yasada nasıl gösterileceği açıklanması gereken bir konudur. Bu-

<sup>84</sup> Örn. GVK md.15 I: “Yabancı devletlerin Türkiye’de bulunan elçi, maslahatgüzar ve konsolosları (Fahri konsoloslar hariç) ile elçilik ve konsolosluklara mensup olan ve o memleketin yurukluğunda bulunan memurları, Türkiye’de resmi bir göreve memur edilenler bu sıfatlarından dolayı ve karşılıklı olmak şartıyla Gelir Vergisi’nden muaftırlar.”

<sup>85</sup> Örn. GVK md.23, b.3: “Toprak altı işletmesi halinde bulunan madenlerde cevher istihşali ve bununla ilgili diğer bütün işlerde çalışanların münhasıran yer altında çalıştıkları zamanlara ait ücretleri”

<sup>86</sup> Örn. GVK md.31 I: “Çalışma gücünün asgarî % 80’ini kaybetmiş bulunan hizmet erbabı birinci derece engelli, asgarî % 60’ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ikinci derece engelli, asgarî % 40’ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ise üçüncü derece engelli sayılır ve aşağıda engellilik dereceleri itibariyle belirlenen aylık tutarlar, hizmet erbabının ücretinden indirilir.”

<sup>87</sup> Örn. KDV md.29 I, b.a: “Mükellefler, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak aşağıdaki vergileri indirebilirler:  
a) Kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi”

rada, yasakoyucunun listeleme yapı, listeden uygun göreceklere muafiyet getirme konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki vermesi düşünülebilir. Bir başka ve daha objektif yöntem ise, muaf tutulabileceklere ilişkin niteliklerin yasada ayrıntılı şekilde tanımlanması, bunlar arasından uygun görülenleri muaf tutma konusunda yürütmeye yetki verilmesidir<sup>88</sup>.

İstisnaların dar yorumlanması, genel kabul gören yorum kurallarından biridir<sup>89</sup>. Buna karşılık AYM, süreklilik kazanmış içtihatlarında, Bakanlar Kurulu'na, örneğin vergi oranlarını sıfıra kadar indirme yetkisi verilmesini şu gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulmamaktadır: *“Bir vergi tutarının Bakanlar Kurulu'nca sıfıra kadar indirilmesi hiçbir zaman o verginin kaldırılması anlamına gelmez. Bu durumda vergi bir kurum olarak devam etmekte olup Bakanlar Kurulu, ekonomik koşullara göre dilediği zaman bu tutarı yasa ile belirlenen sınırlar içinde kalarak arttırılabileceğinden, vergi tutarının Bakanlar Kurulu'nda sıfıra kadar indirilmesinin verginin kaldırılması anlamını taşıdığı ve bunun verginin yasallığı ilkesine aykırılık oluşturduğu yönündeki sav da yerinde görülmemiştir.”*<sup>90</sup>. Keza, Bakanlar Kurulu'na, Motorlu Taşıtlar

---

<sup>88</sup> Örneğin, 30.07.2003 tarih ve 4962 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkın Kanun” un (RG t.07.08.2003, S.25192) 20'inci maddesinde (f.1 ve f.2) “Gelirlerinin en az üçte ikisini nev'i itibarıyla genel, katma ve özel bütçeli idarelerin bütçeleri içinde yer alan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini amaç edinmek üzere kurulan vakıflara, Maliye Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınabilir. Bunların vergi muafiyetinden yararlanması ve muafiyetlerinin kaybedilmesine ilişkin şartlar, usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.” denilmekte, buna binaen vakıflara vergi muafiyeti tanınmasının şartları 1 Seri No'lu Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Genel Tebliğ'de belirlenmektedir. Kanaatimizce, muafiyetten yararlanma şartlarını yasakoyucunun belirlemesi şart olup; yasada yer alan şartları taşıyan vakıflar arasında hangilerine muafiyet tanınacağı konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi mümkündür. 4962 SK md.20 yasallık ilkesine aykırı olup; muafiyetten yararlanma koşullarını ve yararlanabilecek olanları adeta Maliye Bakanlığı belirlemiş olmaktadır.; Krş. YILMAZOĞLU, 72

<sup>89</sup> Bkz. GÖZLER, Yorum İlkeleri, KHP 2012, 24 vd.

<sup>90</sup> AYM t.21.02.2008, E.2005/73, K.2008/59, RG t.07.11.2008, S.27047 (Özel Tüketim Vergisi Kanunu md.12 II, b.a-özel tüketim vergisi oranı); Benzer şekilde t.19.03.1987, E.1986/5, K.1987/7, RG t.12.11.1987, S.19632 (01.12.1985 t. ve 3239 SK md.65-gelir vergisi stopaj oranı); t.29.12.2011, E.2010/62, K.2011/175, RG t.19.05.2012, S.28297 (Belediye Gelirleri Kanu-

Vergisi Kanunu (MTVK) md.5 ve md.6'da yer alan **vergi miktarlarını** belirlenen alt ve üst sınırlar içinde değiştirme yetkisi veren MTVK md.10'un, vergi miktarlarını değiştirme yetkisi vermesi nedeniyle, AY md.73 IV'e aykırı olup olmadığı kararda tartışma konusu dahi yapılmamıştır<sup>91</sup>.

Bununla birlikte, gerek AYM ve gerek Danıştay, Bakanlar Kurulu'nun kendisine tanınan yetkiyi kullanırken, yasakoyucunun tabi olduğu anayasal sınırlamalara tabi olduğunu -doğrudan ya da dolaylı şekilde- kabul etmektedirler. **Bakanlar Kurulu, yasakoyucunun da tabi olduğu anayasal vergilendirme ilkelerini aşan bir düzenleme yetkisine sahip olamaz.** Nitekim AYM'ye<sup>92</sup> göre, *"Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun yetki başlıklı 10. maddesine göre, vergi miktarları yeniden değerlendirme oranında her yıl artmakta ve bu usulle maktu vergilerin zamanla aşınması önlenmektedir. Ancak dava konusu kuralla belirtilen artışın yeterli olmaması veya değişen ekonomik koşullara uygunluğun sağlanması amacıyla Bakanlar Kurulu'na yeniden değerlendirme oranının %50 fazlasını geçmemek, %20 sinden az olmamak üzere yeni oranlar belirleme yetkisi de verilmiştir. Buna ek olarak Bakanlar Kurulu'na bir de bu tutarları yirmi katına kadar artırma yetkisinin verilmiş olması, yasama yetkisinin devrine yol açan ve vergi adaleti ile bağdaşmayan ölçüsüz bir düzenlemedir."* Keza Danıştay 7. Dairesi'ne göre<sup>93</sup>: *"Anayasa'nın 10'uncu maddesinde öngörülen*

---

nu md.96, fıkra (B)-eğlence vergisi)

<sup>91</sup> AYM t.16.01.2003, E. 2001/36, K. 2003/3, RG t.21.11.2003, S.25296 (23.11.2000 tarih ve 4605 SK md.10-motorlu taşıtlar vergisi miktarı); Buna karşılık doktrinde konuyla ilgili tartışmalar için bkz. ÜSTÜN, 202 vd. ve GERÇEK, 102

<sup>92</sup> AYM t.16.01.2003, E. 2001/36, K. 2003/3, RG t.21.11.2003, S.25296 (23.11.2000 tarih ve 4605 SK md.10-motorlu taşıtlar vergisi miktarı). Karardaki koyu renkli vurgulamalar, yazara aittir.

<sup>93</sup> 7.D. t.22.04.2004, E.2003/2594 (Karardaki koyu renkli vurgulamalar, yazara aittir.). Karara konu uyuşmazlık, 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu (ÖTVK) md.12, f.2, b.c'de, Bakanlar Kurulu'na tanınan ÖTVK'ya ekli (II) sayılı listedeki mallar için belirlenen oranları *bir katına kadar artırma, sifıra kadar indirme*; uygulanmakta olan oranları EURO normlarını sağlayan katalitik konvertör sistemi ile teçhiz edilmiş taşıtlarda *yarısına kadar indirme, kanuni oranına kadar çıkarma* yetkisiyle ilgilidir. Şöyle ki, bu maddeye binaen, 2003/6257 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın eki Karar (RG t.14.10.2003, S.25259) ile, ÖTVK'ya ekli (II) sayılı listede yer alan 87.03 gümrük tarife ve istatistik pozisyonunda bulunan, silindir hacmi

*kanun önündeki eşitlik ilkesi, idarenin yetkisini kullanırken uymak zorunda olduğu söz konusu hukuk kurallarının en önemlilerinden biridir. İdare, idare edilenler yönünden, hak yaratırken ve külfet getirirken, bu ilkeye uygun davranmakla yükümlüdür. Bu bakımdan; 3065 sayılı Kanunun 28'inci maddesinde Bakanlar Kurulu'na tanıyan yetkinin, herşeyden önce, **eşitlik ilkesine** ve bu ilkenin vergi alanındaki yansımaları olan **vergilemede adalet ilkesine** uygun olarak kullanılması gereklidir."*

Yasallık ilkesinin ikinci istisnasını öngören AY md. 167 II gereğince ise, "Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine ... ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir." AYM<sup>94</sup>, bu istisnayı, "Bir "ek mali yükümlülüğün konulması ", onun nevinin ve miktarının saptanması demektir. Türü ve miktarı belli olmayan bir yükümlülük konulamaz. Şu halde, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesi amacıyla ek mali yükümlülükler koymaya yetkili kılınan Bakanlar Kurulu, ülke ekonomisi ne gibi ek mali yükümlülükler konulmasını gerektiriyorsa, bunun nevinin ve miktarını saptamada serbest olacaktır." şeklinde yorumlamaktadır. Lafzi yorumla ulaşılan bu sonuç, tüm mali yükümlülükler bakımından geçerli bir ilke olan yasallık ilkesini anlamsızlaştırmaktadır. Bu nedenle, yasallık ilkesinin amacından hareketle, ek mali yükümlülüğün temel unsurlarının da muhakkak yasayla belirlenmesi; Bakanlar Kurulu'na ise, yasayla düzenlenen ek mali yükümlülüğün yürürlük zamanını belirleme (uygulamaya koyma ve uygulamadan kaldırma) konusunda yetki verilebileceğini kabul etmek

---

1600 cm<sup>3</sup>'ü geçmeyen motorlu taşıtlar için %27 olarak öngörülen vergi oranını (3) puan artırarak %30'a; 1600 cm<sup>3</sup> ile 2000 cm<sup>3</sup> (bu silindir hacmi dahil) arasında bulunanların %46 olan vergi oranını, %52'ye; 2000 cm<sup>3</sup>'ü geçenlerin %50 olan vergi oranını %75'e çıkarmıştır. Böylece, Bakanlar Kurulu Kararı ile, silindir hacmi 1600 cm<sup>3</sup>'ü geçmeyen motorlu taşıtların vergi oranı, %11,11; 1600 cm<sup>3</sup> ile 2000 cm<sup>3</sup> (bu silindir hacmi dahil) arasında olanların vergi oranı %13,04; 2000 cm<sup>3</sup>'ü geçenlerin vergi oranı ise, %50 oranında artırılmıştır. Sorun, bu Karar'ın hukuka aykırı olup olmadığıdır.

<sup>94</sup> AYM t.11.01.1985, E.1984/6, K.1985/1, RG t.17.06.1985, S.18787 (02.02.1984 t. ve 2976 SK md.3-ek mali yükümlülük)

gerekir<sup>95</sup>. Ancak AYM 2012 tarihli güncel bir kararında, eski içtihadını devam ettirdiğini ortaya koymuştur<sup>96</sup>.

Burada son olarak belirtmek isteriz ki, Bakanlar Kurulu, AY md.73 IV çerçevesinde kendisine tanınan yetkiyi, Bakanlar Kurulu Kararı (/Kararnamesi) çıkartarak kullanmaktadır<sup>97</sup>. Bakanlar Kurulu Kararı (BKK), Anayasa'da düzenlenmiş bir genel düzenleyici idari işlem türü değildir. Aksine, Anayasa'da Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacak genel düzenleyici idari işlem türü olarak "tüzük" gösterilmiştir (AY md.115). Dolayısıyla, *tüzük yerine niçin BKK'nın kullanıldığı* sorusunun cevabı, merak uyandırmaktadır. Bu konuda –en azından bu araştırma çerçevesinde tespit edilebildiği kadarıyla- herhangi bir BKK'da açıklama yer almadığından, muhtemel nedenler olarak şunların düşünülebilmesi mümkündür: 1. Tüzük çıkarılabilmesinin şartlarından biri, tüzüğün Danıştay incelemesinden geçirilmesidir (AY md.115, I). Bakanlar Kurulu, çıkarcığı düzenlemenin Danıştay incelemesine tabi olmasını arzu etmediği için, çıkartılabilmesi böyle bir şarta bağlı olmayan BKK'yı tercih etmektedir (/adeta tüzüğü dolanma aracı olarak BKK'yı kullanmaktadır); ve/veya 2. Danıştay incelemesi uzun sürebileceğinden, ivedilikle düzenleme yapılması gereken durumlarda tüzük yerine BKK tercih edilmektedir. Kanaatimizce, olağan düzenleme aracı tüzük olduğuna ve Anayasakoyucu tüzüğün Danıştay incelemesinden geçirilmesini emrettiğine

<sup>95</sup> Nitekim anılan karara **karşıoy** yazan Yekta Güngör ÖZDEN'e göre, AY md.167, f.2'nin AY md.73, f.3'e uygun şekilde yorumlanması gerekip maddenin amacı, Bakanlar Kurulu'na, ek mali yükümlülük gerekip gerekmediği saptamak ve gerekiyorsa kanunlarla belli edilecek ilkelere uygun zamanlamaya göre bunları yürürlüğe koymak ya da kaldırmak konusunda yetki vermektir. Bu karşıoya katılarak, AY md.167 II'yi, AY md.73 III çerçevesinde yorumlamak ve uygulamak gerektiği görüşünde GÜNEŞ, 198; BAŞARAN, Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır, 157-158; Krş. DOĞRUSÖZ, Vergi Dünyası Ş.43 (Mart 1985), 24-25

<sup>96</sup> AYM t.11.10.2012, E.2011/109, K.2012/145, RG t.28.03.2013, S.28601 (18.06.2009 t. ve 5911 SK md.1-ek mali yükler)

<sup>97</sup> Örn. GVK md.94'de yer alan stopaj oranları bakımından 1999/13230, 1993/5148, 2003/6577, 2006/11449 sayılı Bakanlar Kurulu Kararları; GVK md.103'deki vergi tarifesini değiştiren 2007/13044 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

göre, **düzenleyici BKK'yı<sup>98</sup> ivedelikle düzenlenmesi gereken konuları düzenleme aracı olarak kabul etmek** ve -Kanun Hükmünde Kararname'deki usule benzer şekilde (AY md.91, VII)- tüzüğe dönüştürülmesi gerektiğini kabul etmek, anayasal amacın gerçekleşmesine hizmet edecektir. Veya 3. Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile tüzük arasındaki amaç ve işlev farkından hareketle, kararnamenin, tüzüğün cevap vermediği bir alanda görev yaptığını söylemek mümkün olabilir. Çünkü tüzüğün yasanın ne şekilde uygulanacağını gösterme amacına karşın, Bakanlar Kurulu kararlarının yasanın ne şekilde uygulanacağını gösterme amacı bulunmamaktadır. Aksine, kararname ile vergi oranı, indirim, istisna ve muafiyetleri konusunda "yasada *değişiklik*" yapılmaktadır. Vergi oranı, indirim, istisna ve muafiyetleri konusunda yasadaki belirlemeleri -yasanın izin verdiği alt ve üst sınırlar içinde- "değiştirmek" ise, yasanın ne şekilde uygulanacağını göstermek anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, tüzük, yasada değişiklik yapmak üzere kullanılamayacağı için, yasada değişiklik yapma yetkisinin kullanılacağı tüzük dışında başka bir araca ihtiyaç var ki, bu da BKK'dır.

BKK ile tüzük arasında hiyerarşik açıdan nasıl bir ilişki olduğu konusunda ise, doktrinde farklı görüşler dile getirilmiş olmasına rağmen<sup>99</sup>, Anayasa'da özel olarak yer verilmiş olağan düzenleme aracı olan tüzüğün, Anayasa'da yer alamayan Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin hiyerarşik açıdan üstünde yer aldığı görüşünde olduğumu belirtmek isterim. Her durumda, konunun idare hukuku uzmanları tarafından açıklığa kavuşturulması yararlı olacaktır düşüncesindeyiz.

---

<sup>98</sup> Düzenleyici BKK ibaresi, genel düzenlemeler içeren BKK'ları ifade etmek; bunları, atamalarda kullanılan BKK'lar gibi diğer tür BKK'lardan ayırmak üzere kullanılmaktadır.

<sup>99</sup> Doktrinde, BKK'ya tüzüğün üstünde yer vermekte BİLİCİ, 48; KARA-KOÇ, 91; ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, 15



## 4.2. Yürütmenin Genel Düzenleme Yetkisinin İçeriği ve Sınırları

Yürütmenin<sup>100</sup> yasaları uygulama görevini, tüm ilgililer bakımından aynı içerikle gerçekleştirebilmesi, genel düzenleyici idari işlemler çıkarmasıyla mümkün olabilir<sup>101</sup>. Üstelik, böylece sadece eşitlik ilkesi değil, hukuki güvenlik ilkesi de sağlanmış olur.

İdarenin genel düzenleyici işlem yapabilmesi için yasal bir temele ihtiyaç olup olmadığı konusu, bir dönem, gerek anayasa hukuku ve gerek idare hukukunda kapsamlı tartışmalara sahne olmuş bir konudur<sup>102</sup>. Genel olarak, tartışmaların, “idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı” ve bununla bağlantılı olarak idarenin “genel ve asli (özerk) bir düzenleme yetkisine” mi, yoksa tam aksine “türev düzenleme yetkisine” mi sahip olduğu ekseninde yapıldığını belirtmek mümkündür<sup>103</sup>. Ancak **idarenin yasallığı ilkesi**, yasa olmadıkça idarenin düzenleme yapmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla, **idarenin, genel ve asli bir düzenleme yetkisi bulunmamaktadır**<sup>104</sup>. Yasallık ilke-

<sup>100</sup> AY md.8 gereğince, yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir. Ancak Anayasa'nın “Cumhuriyetin Temel Organları”nı düzenleyen Üçüncü Kısım'ının “Yürütme” başlıklı İkinci Bölümü'nde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu ile birlikte “idare” de yer almaktadır. Buna bağlı olarak, idareyi yürütmenin bir parçası olarak kabul etmek mümkündür. Nitekim idare deyiminin farklı anlamlara geldiğine işaret ettikten sonra, idarenin geleneksel anlamının “yürütme” alanı olduğunu belirtmekte BALTA, 5-6; İdareyi, “yasama ve yargı organları dışında, yürütme organı içindeki kamu makamları (otoriteleri)” olarak tanımlamakta GİRİTLİ/BİLGEN/ AKGÜNER/BERK, 15; İdare organının yürütme organının bir parçası olduğu görüşünde GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, 12 vd.; Organik anlamda idarenin, belli ölçüde yürütme organı ile özdeşleştiği görüşünde GÜNDAY, 9; idarenin yürütme organı içinde yer aldığını belirtmekte YAYLA, 142

<sup>101</sup> GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, sıra no: 90; GÜNEŞ Turan, 83

<sup>102</sup> Konu hakkında bkz. BALTA, Türkiye’de Yürütme Kudreti, 1960; GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, 1965; SARICA Ragıp, Türkiye’de İcra Uzrunun Tanzim Şalahiyeti, 1943; Son dönemde yapılmış kapsamlı bir çalışma için bkz. ÖZTÜRK, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, 2009; Ayrıca, hemen tüm genel anayasa hukuku ve idare hukuku kitapları.

<sup>103</sup> Tartışmalara genel bir bakış açısı için bkz. GİRİTLİ/BİLGEN/ AKGÜNER/BERK, 193 vd.

<sup>104</sup> GİRİTLİ/BİLGEN/ AKGÜNER/BERK, 76 vd., 197 vd.; İdarenin düzenle-

sinin sıkı bir uygulama alanı bulduğu vergi hukukunda ise, **ya-sada açıkça böyle bir yetki verilmedikçe, yürütmenin genel düzenleyici işlem yapma yetkisi yoktur**<sup>105</sup>.

Nitekim AYM'nin idarenin düzenleyici işlem yapma yetki-si konusundaki yaklaşımı şu şekildedir<sup>106</sup>: “1982 Anayasasının 8. maddesinde yürütme sadece görev olmaktan öteye bir yetki olma gücüne de kavuşturulmuştur. Sözü edilen maddeye ilişkin gerekçede “... yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle ortaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkarılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir” denilerek idarenin gerekli bazı yetkilere sahip kılındığı vurgulanmıştır.

Yürütmeye bir yetki olma gücünü veren esaslar Anayasa-nın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumundadır. Bun-lardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri olağanüstü haller ve sıkıyönetim sürecince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun sözü edilen hal-lerin gerekli kıldığı durumlara hasren kanun hükmünde ka-rarname çıkarmak, Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimle-

---

me yetkisinin kullanılabilmesi için, önce bir yasanın yürürlüğe konulmuş olması gerektiği görüşünde DURAN Lutfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, 389 (GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, 194-195); İstisnalar hariç, idarenin daha önce yasalarla düzenlenmemiş bir alanda düzenleme yapamayacağı görüşünde GÜNDAY, 208-209; ÖZTÜRK, 104 vd., 106-107; Aksi görüşte ÖZBUDUN, 229 vd.

<sup>105</sup> Krş. ÇAĞAN, 130: “Vergi kanunları, vergilendirmenin temel öğelerini belirleyerek uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına düzenleyici idari işlemlerde bulunma yetkisi verebilirler. ... bu düzenleme yetkisi de kanuni dayanağa gerek gösterir ve kanunla getirilen düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı niteliktedir.”

<sup>106</sup> AYM t.13.06.1985, E.1984/14, K.1985/7 (21.06.1984 t. ve 3029 SK md.1 (ile 2644 SK md.35'e ekli fıkra) ve md.2 (ile 442 SK md.87'ye ekli fıkra)- yabancı-lara mülk satışı ve fon mali yükümü); Benzer şekilde AYM t.09.10.1986, E.1986/18, K.1986/24 (22.04.1986 t. ve 3278 SK md. (ile 2644 SK md.35'e ekli fıkralar) ve md.2 (ile 442 SK md.87'ye ekli fıkralar)- yabancı-lara mülk satışı ve fon mali yükümü) (Karadaki koyu renkli vurgulamalar yazara aittir.)



riyle oranlarına ilişkin hükümlerde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemler üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymak ve bunları kaldırmaktan gibi hususlardır.

*Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada, ifadesini bulan yukardaki ayrık haller dışında, yasalarla, düzenlenmemiş bir alanda, yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da sonuca etkili değildir.”*

Anayasa’da, -vergi hukuku alanında<sup>107</sup>- idare tarafından çıkartılabilecek genel düzenleyici idari işlemler, tüzük ve yönetmelik şeklinde belirlenmiştir. Dolayısıyla, yürütme, genel düzenleme yetkisini kural olarak tüzük ve yönetmelikle kullanılmaktadır. **Tüzüğü** düzenleyen **AY md.115** gereğince, “*Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.*

*Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.*<sup>108</sup>”

**Yönetmeliği** düzenleyen **AY md.124 I** gereğince ise, “*Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*”

Tüzük ve yönetmelik arasında içeriksel bir farklılık olup olmadığı, başka bir deyişle, “-kanunun- uygulanmasını göster-

<sup>107</sup> AY md.91 I gereğince, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, verginin kanun hükmünde kararnamele düzenlenmesi mümkün değildir.

<sup>108</sup> Ayrıca bkz. Danıştay Kanunu md.23, b.d; md.48: “*Danıştay, ... tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini, ..., geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.*”

mek veya emrettiği işi belirtmek” ile “-kanunun- uygulanmasını sağlamak” ibareleri arasında bir fark olup olmadığı açık değildir. Yüksek Mahkeme kararlarında böyle bir farklılaştırma yapılmamaktadır. Nitekim genel olarak, doktrin<sup>109</sup> tarafından da takip edilen AYM’nin yerleşik içtihatları<sup>110</sup>, genel düzenle-

<sup>109</sup> CAĞAN, 130 vd.; DOĞRUSÖZ, Vergi Dünyası S.43 (Mart 1985), 20-21; GÜNEŞ, 173 vd., 179. Yazar haklı olarak, uygulamada pek çok yasada, vergilendirmenin ana öğeleri yeterince belirlenmeksizin yürütmeye yetki verilmesinin, “verginin aslını etkileyen, matrah ve oranını değiştiren kuralların yürütme organı tarafından çıkarılması”na yol açtığına işaret etmektedir.

<sup>110</sup> AYM t.11.12.1996, E.1996/49, 1996/46 (25.5.1995 günlü, 4108 sayılı Yasa’nın 24. maddesiyle eklenen GVK mük. md.111-*a*-gari vergi). AYM t.02.07.2009, E.2005/66, K.2009/102, RG t.07.10.2009, S.27369 (05.05.2005 t. ve 5345 SK md. 23, f.1 ve f.2): “Yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir. Hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu bakımından sınırlı olmadığı, Anayasa’ya aykırı olmamak koşuluyla her konunun düzenlenebileceği anlamına gelir. Bu çerçevede yasama organı, genel ilkeleri belirledikten sonra ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemeleri yürütme organına bırakabilir. Dolayısıyla, Yasakoyucunun belli konularda gerekli kuralları koymak suretiyle yasal çerçeveyi çizdiği durumlarda, çizilen bu çerçeveye uygun olarak bir takım tasarruflarla yasanın uygulanmasını sağlamak üzere yürütmeye tanınan yetkiler yasama yetkisinin devri anlamına gelmez. İptali istenen düzenlemelerden birincisinde Bakanlar Kuruluna verilen yetki, vergi dairesi başkanlıklarının kuruluş yerleri ve sayıları ile bunlara ilişkin değişikliklerle sınırlıdır. Yasa’nın 24. ve 25. maddelerinde, doğrudan merkeze bağlı olarak kurulabilecek vergi dairesi başkanlıklarının yetki ve görevleri, yetki alanı içindeki mükellefi tespit etmek, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin tarh, tahakkuk, tahsil, terkin, tecil, iade, ödeme, muhasebe ve benzeri işlemleri yapmak, bu işlemlere ilişkin olarak yaratılan ihtilaflarla ilgili yargı mercileri nezdinde talep ve savunmalarda ve gerektiğinde temyiz ve tashihi karar talebinde bulunmak, yargı kararlarının uygulanması işlemlerini yürütmek, vergi uygulamalarını geliştirmek ve iyileştirmek, mükelleflere kanunların uygulanması ile ilgili görüş bildirmek, mükellefi hakları konusunda bilgilendirmek ve uygulamalarında mükellef haklarını gözetmek, mükellef hizmetleri ile bilgi işlem, istatistik, bilgi toplama, eğitim, satın alma, kiralama, vergi inceleme ve denetimi, uzlaşma, takdir ve benzeri görevleri ve işlemleri yürütmek biçiminde açık ve geniş olarak sayılmıştır. Buna göre konunun esaslarının ve çerçevesinin yasayla belirlendiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, bir ildeki vergi potansiyeli, mükellef sayısı gibi kıstaslar dikkate alınarak gelir artırıcı önlemlerle mükellefler açısından sağlanacak kolaylıklar gözetildiğinde, vergi dairesi başkanlıklarının sayısı, kurulacakları yerler ya da bir ilde birden fazla kurulup kurulmayacağı, ilin neresinde kurulacağı, gerektiğinde yerinin değiştirilmesi gibi hususlar nüfus, şehirleşme, gelişme, yeni sanayi bölgeleri kurulması gibi değişkenlere bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla, büyüklük ve önemlerine göre vergi dairesi başkanlıklarının bakanlar kurulu, bunlara bağlı müdürlük-

lerle şubelerin kurulmasına veya faaliyete geçirilmesine ilişkin esasların Bakan tarafından belirlenmesinde Anayasanın belirtilen maddelerine aykırı bir yön görülmemiştir.”

AYM t.16.01.2003, E.2001/36, K.2003/3 (23.11.2000 t. ve 4605 SK md.1 ve md.2- MTV): “Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanasını gibi belli başlı temel öğelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir. Ancak yasa ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idarî işlem yapma yetkisi verilebilir.”

AYM t.16.01.2003, E.2001/36, K.2003/3 (23.11.2000 t. ve 4605 SK md.5 ile eklenen GVK Geçici 58. Madde, f.8): “... 8 sayılı fıkra göre, hayat standardı esasının uygulanmasına ilişkin usuller, Maliye Bakanlığı'na belirlenecektir. Yasama organı, vergilendirmenin temel öğelerini belirleyerek, uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına düzenleyici idarî işlemlerde bulunma yetkisi verebilir. Yürütme organı, uygulamaya ilişkin bu konuları düzenlerken vergi yasalarının verdiği yetki sınırları içinde kalmak zorundadır. 8. fıkrayla yürütme organına verilen yetki, vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin olmayıp yasayla getirilen düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı niteliktedir. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı değildir.”

AYM t.15.04.1998, E.1997/78, K.1998/9 (25.05.1995 t. ve 4108 SK md.24 ile eklenen GVK mük. md.111): “Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen “vergilerin yasallığı” ilkesi uyarınca, vergilendirme yetkisi yasama organına ait olup yürütme organının yasal dayanak olmaksızın bir idarî işlemle vergi koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak yasama organının, vergi alanında her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemesinin olanaklı bulunmadığı hallerde, vergilendirmenin temel öğelerini belirleyerek, uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına düzenleyici idarî işlemlerde bulunma yetkisi verilebilir. Yürütme organına verilen yetki, vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin olmayıp yasayla getirilen düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı niteliktedir. Yürütme organı, vergilendirme tekniğine ve ayrıntılara ilişkin konuları düzenlerken vergi yasalarının sınırları içinde kalmak zorundadır. İtiraz konusu madde ile getirilen kuralda, yasama organınca verginin konusu, yükümlüsü, vergiyi doğuran olay, verginin miktarı, ödeme şekli ve süresi gibi temel öğeler belirlenmiştir. Yedinci fıkradaki kural, Maliye Bakanlığına uygulamanın teknik ve ayrıntılarına ilişkin hususları düzenleme yetkisi verdiği için Anayasa'nın 73. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

AYM t.11.12.1996, E.1996/49, 1996/46 (25.5.1995 t. ve 4108 sayılı Yasa'nın 24. maddesiyle eklenen GVK mük. md.111-asgari vergi): ““8 sayılı fıkra göre, hayat standardı esasının uygulanmasına ilişkin usuller, Maliye Bakanlığı'na belirlenecektir. Yasama organı, vergilendirmenin temel öğelerini belirleyerek, uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına düzenleyici idarî işlemlerde bulunma yetkisi verebilir. Yürütme organı,

uygulamaya ilişkin bu konuları düzenlerken vergi yasalarının verdiği yetki sınırları içinde kalmak zorundadır. 8. fıkrayla yürütme organına verilen yetki, vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin olmayıp yasayla getirilen düzenlemelerle açıklayıcı ve tamamlayıcı niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı değildir."

AYM t.23/24/25.10.1969, E.1967/41, K.1969/57 (28.07.1967 t. ve 933 SK-kalkınma planının uygulanması esasları): "Genel kurallar koyma ve bunları değiştirme veya kaldırma yetkisi, Anayasa'nın 5. ve 64. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilkel yetkileri olup Meclisin bu yetkilerini herhangi bir kuruluşa veya kişiye aktarmasının yine Anayasa'nın 5. maddesi ile yasak edilmiş bulunmasına ve Anayasa'nın 6. maddesi uyarınca yürütme yetkisinin ancak bir yasaya dayanmasının zorunlu olmasına göre, ister tüzük, ister yönetmelik, isterse Bakanlar Kurulu kararı olsun, idarenin koyacağı düzenleyici kuralların idarenin, yetkisi sınırlarını aşmamış ve yasama yetkisi alanına taşmamış bulunması, vazgeçilmez bir koşuldur.

Anayasa'nın 5., 6., 64., 107. ve 113. maddelerinin hepsini birlikte gözönüne alırsak hukuki durumu şöylece açıklayabiliriz: Anayasa'nın 107. maddesi uyarınca tüzükler, ya yasaların uygulanması ereği ile ya da yasaların göstereceği yönleri düzenlemek üzere konulabilir, 113. maddesi uyarınca da yönetmelikler yalnızca yasaların veya tüzüklerin nasıl uygulanacağını belirlemek için yapılabilir. Demek ki, Anayasa'nın 5. ve 64. maddelerine göre ilkel bir yetki olan yasama yetkisine sahip yasakoyucu, belli konuda gerekli kuralları eksiksiz olarak koyacak, eğer uygun veya zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları iyice gösterilmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içindeki takdir yetkisine dayanarak, yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyup yasanın uygulanmasını sağlayacaktır. Anayasa'nın 6. maddesindeki yürütmenin yasalar çerçevesinde görevini yerine getireceği kuralının anlamı da budur.

Bir de idarenin bir bütün olup yasalarla düzenleneceği (Anayasa madde 112/2) kuralıyla Devletin sosyal bir hukuk devleti olması (Anayasa madde 2) dolayısıyla yurttaşlara bütün alanlarda fırsat eşitliği tanınmasının ve idarenin kişisel ölçülere yer bırakmayacak nesnel kurallara bağlanmasının gerekliliği ilkesi birlikte düşünülünce, yasakoyucunun, yürütmeye ya da idareye görev verdiği alanları eksiksiz olarak düzenlenmesi ve tanıdığı takdir yetkisinin sınırlarını kişisel amaçlara yönelen uygulamaları önleyecek biçimde belirtmesi zorunluğu ortaya çıkmaktadır. Yine hukuk devletinin gereklerinden bulunan ve Anayasa'nın 114. maddesinde yürütme ve idare açısından özellikle düzenlenmiş olan yargı denetiminin etkinlikle yapılabilmesi yolu ile hukuk devleti ilkesinin sözde kalmayıp gerçekleştirilebilmesi de, ancak az önce anılan koşullara uygun bir yasa düzenlenmesinin sonucu olabilir.

Söylenenleri özetleyecek olursak şu sonuca varırız; Yasa düzenlemek istediği alan yeterince düzenleyecek ve yürütmeye tanıyacağı yetkilen yine yeterince sınırlandırarak, yürütme ise, yasanın tanıyacağı sınırları belli yetkinin nasıl kullanılacağını düzenleyecektir."

AYM t.29.03.1966, E.1965/45, K.1966/16 (15.07.1963 t. ve 5237 SK md.21, f.3-levha resmi): "Kanun koyucunun, sadece konusunu belli ederek bir malî yükümlünün alınmasına izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sa-

yici idari işlemler arasında ayırım yapmaksızın, yürütmenin vergilendirme alanındaki düzenleme yetkisini şu şekilde değerlendirmektedir: *“Yasama organı, vergi alanına giren konuları ayrıntılarıyla düzenlemesinin olanaklı bulunmadığı hallerde, vergilendirmenin temel öğelerini belirleyerek, uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına düzenleyici idarî işlemlerde bulunma yetkisi verebilir. Yürütme organına verilen yetki, vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin olmayıp yasayla getirilen düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı niteliktedir. Yürütme organı, vergilendirme tekniğine ve ayrıntılara ilişkin konuları düzenlerken vergi yasalarının sınırları içinde kalmak zorundadır. İtiraz konusu madde ile getirilen kuralda, yasama organınca verginin konusu, yükümlüsü, vergiyi doğuran olay, verginin miktarı, ödeme şekli ve süresi gibi temel öğeler belirlenmiştir. Yedinci fıkradaki kural, Maliye Bakanlığı’na uygulamanın teknik ve ayrıntılarına ilişkin hususları düzenleme yetkisi vermiştir. Belirtilen nedenlerle, itiraz konusu madde ... Anayasa’nın 73. maddesine aykırı değildir.”*

AYM’nin “temel unsurlar” ile “uygulama, uzmanlık ve tekniğe ilişkin konular” arasındaki farkı net bir şekilde ortaya koy-

---

yılması için yeter bir neden teşkil etmez. Malî yükümlerin; mükellefleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, müeyyideleri, zamanlaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bunlar, kişilerin sosyal ve iktisadî durumlarını ve hatta temel haklarını etkileyecek uygulamalara yol açabilirler. Bu bakımdan kanunla düzenlenmeleri zorunludur. Nitekim tarh ve tahakkuk ve tahsil usulleri ile müeyyideleri ve zamanlaşımı, genel ve müşterek hükümler halinde kanunla düzenlenmişlerdir. Öteki yönler, yani mükellef, matrah ve oran yönleri, her malî yükümlünün özelliğine göre değişmekte olduklarından bu düzenleme hiçbirisi için kanunla ayrı ayrı yapılmalı ve hiç olmazsa, ana hatları, başka bir deyimle çerçeveleri belirtilmeli ve bazılarının niteliklerine göre matrah ve oran için bu mümkün olmazsa yükümlerin en yüksek sınırları tâyin olunmalıdır. Aksi halde, idareye, keyfî uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınmış olur. İdare bu yetkiye dayanarak, mükellefler arasında dilediği gibi ayırımlar yapılabilecek ve çok ağır malî yükümler koyabilecektir. Bunun sosyal ve iktisadî düzen üzerindeki sakıncalı etkileri açıktır. Buna yer kalmamak için ilgili kanunlarda, yukarıda işaret edilen unsurlar ön görülmelidir. Anayasa koyucusu, malî yükümlerin kanunla konulmasını emrederken, keyfî ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelere kanunlarda yer almasını kastettiği şüphesizdir. Bu yapılmadıkça bir malî yüküm, kanunla konulmuş sayılmaz.”

(Kararlardaki koyu renkli vurgulamalar bana aittir.) Kararlar için bkz. [www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/)).

maması<sup>111</sup>, ve hatta, vergilendirmenin temel unsurları arasında yer alan konularda yürütmeye verilen düzenleme yetkilerini Anayasa'ya uygun bulması<sup>112</sup>, yasallık ilkesinin uygulanması sonucuna yol açmaktadır. Öyle ki, Yüksek Mahkeme'ye<sup>113</sup> göre, Maliye Bakanlığı'na, "**VUK'a göre** tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi mecburiyetini kaldırma" konusunda yetki veren düzenleme, "*yasada amacının ve sonuçlarının belirlenmiş olması, günlük olayların izlenmesine, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konuların düzenlenmesine yönelik bulunması*" gerekçesiyle, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Dolayısıyla, **vergi hukuku alanında**, "uygulama, teknik ve uzmanlığa, ayrıntılara ilişkin olma" gibi kimi zaman temel unsurlardan ayırt edilmesi zor kriterler yerine<sup>114</sup>; yürütmeye düzenleyici işlem yapma yetkisini veren **yasada, temel ilke ve kurallar ortaya konulduktan sonra, içeriği, amacı, kapsamı ve uygulanma kriterleri**<sup>115</sup> belirlenerek yetki verilmesinin daha

<sup>111</sup> ÖZTÜRK, 146

<sup>112</sup> Bkz. örn. yukarıda dpn. 110'da anılan AYM kararları.

<sup>113</sup> AYM t. 15.10.1991, E. 1990/29, K.1991/37, RG t.05.02.1992, S.21133 (3239 SK md.21 ile değişik VUK mük. md.257 I)

<sup>114</sup> Örneğin, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç, değişik yöntemlerle vergi yasalarının dolanılıp vergi kaçırılmakta kullanılan gayet teknik bir kurumdur. Burada temel unsur-teknik konu ayrımı yapmak mümkün değildir.

<sup>115</sup> Çoğu yasada, uygulanma kriterleri konusunda bir belirleme yapılmadığı, aksine bu kriterleri belirleme yetkisinin -doğrudan ya da dolaylı şekilde- yürütmeye bırakıldığı görülmektedir. Örn. VUK ek md.1 vd.'da düzenlenen uzlaşma (eleştiri için bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, Vergi Sorunları Dergisi, S.257 (Şubat 2010), 163 vd.); Bir başka örnek bkz. 05.05.2005 t. ve 5345 SK md. 23'de vergi dairesi başkanlıklarının kuruluş yerleri ve sayıları ile bunlara ilişkin değişiklikler konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi. Burada yasama yetkisi devrinin olup olmadığını inceleyen AYM Kararı'nda (t.02.07.2009, E.2005/66, K.2009/102, RG t.07.10.2009, S. 27369 (05.05.2005 t. ve 5345 SK md. 23, f.1 ve f.2) Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesinin hukuka uygun olduğunu gerekçelendirmek amacıyla ifade edilen "kıstas ve değişkenler" (*ildeki vergi potansiyeli, mükellef sayısı, nüfus, şehirleşme, gelişme, yeni sanayi bölgeleri kurulması*), tam da yürütmenin yetkisini hangi kriterler çerçevesinde kullanabileceğini belirlemek ve sınırlamak amacıyla yasada içi doldurularak düzenlenmesi gereken konulardır.; Konuyla ilgili çok sayıda düzenleme örneği ve yargı kararları için örn. bkz. YILMAZÖĞLU, Vergilendirme Alanında Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkiler ve Sınırları; GERÇEK ve ÜSTÜN'ün monografik çalışmaları.



yararlı olabileceği düşünülebilir<sup>116</sup>. Doktrinde<sup>117</sup>, yasal düzenlemenin, yapılacak düzenleyici işlemlerin **yargısal denetimini mümkün kılacak esasları** açık ve net bir şekilde belirlemesi gerektiği haklı olarak dile getirilmektedir.

Bu açıklamalar, üçüncü kişilere hak ve ödevler getirmeleri şartıyla, adsız düzenleyici işlemler<sup>118</sup> şeklinde isimlendirilen genel düzenlemeler bakımından da aynen geçerlidir<sup>119</sup>. Şöyle

<sup>116</sup> Krş. GG md. 80 I, c.2

<sup>117</sup> GÜNEŞ Turan, 141-142; UYGUN, 94

<sup>118</sup> Terim için bkz. DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, 389 (GİRİTLİ/BİLGEN/ AKGÜNER/BERK, s. 207, dpn. 253); GÜNEŞ Turan, 186-187; ÖZAY, 428.

<sup>119</sup> Nitekim bkz. VDDGK t.18.04.2008, E.2007/49, K.2008/249, www.danistay.gov.tr: "Maliye Bakanlığına sirküler yayımlama konusunda verilen yetkinin amacı, mükelleflerin vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve duraksama yaratan hususlarda istemiş oldukları izahatın, her mükellefe ayrı ayrı verilmesi yerine, aynı durumda bulunan tüm mükelleflere aynı anda ve tek işlemle duyurulmasının sağlanmasıdır.

*Bu amaçla sirküler düzenlenirken, açıklama ile sınırlı olan yetki aşılp Kanunda yer almayan hukuki sonuçlar doğuran yeni düzenlemeler yapılmasına olanak bulunmamaktadır. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun yukarıda anılan 413'üncü maddesi uyarınca yayımlanan ve bilgilendirme mahiyetinde olan sirkülerlerin, hukuki sonuçlar doğuran, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken genel düzenleyici işlem niteliğinde olmadıkları kural olarak kabul edilse de, kanunu aşan nitelikte kural koyan sirkülerlerin, genel düzenleyici işlem mahiyetinde oldukları kabul edilerek, iptalleri için açılan davaların 2575 sayılı Yasanın 24 üncü maddesi uyarınca Danıştay'ca incelenerek sonuçlandırılmalarında usule aykırılık bulunmamaktadır.*

*Uyuşmazlık konusu Sirkülerin incelenmesinden, Vergi Usul Kanununun 413 üncü maddesinde Maliye Bakanlığına veya Bakanlığın yetkili kıldığı makama vergi uygulamaları ile ilgili olarak açıklama yapma konusunda verilen yetki aşılarak, yatırım indirimi ve özel maliyet bedeli uygulamaları yönünden Kanunda yer almayan hukuki sonuçlar doğuracak genel nitelikte düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, düzenlemenin yetki aşımı nedeniyle hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır."*

**VDDGK t.22.10.1999, E.1999/89, K.1999/439, DD, S.103** (www.danistay.gov.tr): "19 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Genel Tebliğinde, yeminli mali müşavirlerin yapacakları tasdikten sorunlu tutulmaları nedeniyle, hem katma değer vergisi iade işlemleri ve hem de gelir ve kurumlar vergisi beyannamelerinin tasdiki ile ilgili olarak iade edilecek katma değer vergisi tutarı ya da beyannamede yer alan matrah ve vergiye ilişkin rakamların doğruluğunun sağlanması için işlemlerini onaylayacakları mükelleflere mal ve hizmet satan alt firmalar nezdinde kademe sınırlaması yapılmaksızın karşıt inceleme yapmalarının zorunlu olduğu belirtilmiş ve nezdinde karşıt inceleme yapılacak yükümlülerin istenen defter ve belgeleri yeminli mali müşavirlere vermekten kaçınmaları halinde defterdarlıkların, bu defter ve belgeleri yerel denetim elemanları aracılığıyla temin ederek en kısa sürede yeminli mali müşavirler tarafından incelenmelerini sağlamaları kabul

ki, tüzük ve yönetmelik -ile KHK ve BKK- dışında idarenin diğer düzenleyici idari işlemleri, kural olarak **idarenin iç işleyişini** düzenlerler. Bu tür işlemler yoluyla üst makam, üst hukuk normunun ne şekilde anlaşılması ve uygulanması gerektiğine ilişkin **yorumunu** astlarına aktarır ve onları bu yorumla bağlı tutar. Ancak eğer bunlar idarenin iç işleyişini düzenlemenin ötesinde, üçüncü kişilerin menfaatlerini etkiliyor, onlara hak ve ödevler getiriyorlarsa bu durumda artık “icrai” niteliklidirler<sup>120</sup>. Bunlar hangi isim altında (tebliğ, sirküler, ilan, yönerge, vs.) çıkarılmış olurlarsa olsunlar, artık nitelikleri itibariyle **yönetmelik benzeri işlem** dirler ve buna bağlı olarak yönetmeliğin unsurlarını taşımaları şarttır<sup>121</sup>.

Son olarak, burada, uygulamada tüzük ve yönetmelikten çok, tebliğlerin kullanıldığını<sup>122</sup> ve yukarıda açıklamalar çerçevesinde bu tebliğlerin bir kısmının gerçekte “yönetmelik benzeri” olduklarını dikkate alarak, yürütmenin düzenleme aracı olarak ne zaman tüzük ve ne zaman yönetmeliği kullanması

---

edilmiştir....

*Yeminli Mali Müşavirlerin yapacakları inceleme, sözleşme imzaladıkları mükelleflerin işlemleri ile sınırlı olduğundan, 213 sayılı Yasanın vergi incelemesi başlıklı bölümünde incelemeye yetkili kılınmayan yeminli mali müşavirlerin, 19 sayılı Genel Tebliğ ile karşıt inceleme yapma, üçüncü kişilerin defter ve belgelerini isteme ve incelemeye yetkili kılınması anlamını taşıyan hükümlerinin yasal düzenlemeyi aşar nitelikte düzenleme içerdiği sonucuna varıldığından, davanın reddi yolundaki kararda yasaya uygunluk görülmemiştir.”*

<sup>120</sup> Krş. GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, 280-281, 298 vd.; YAYLA, 155

<sup>121</sup> ÖZAY, 428-429; YAYLA, 156; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, 193: “..., idarenin ... değişik isimler altında ve düzenleme yetkisine dayanarak yaptığı kimi başka düzenleyici işlemler de vardır. Ancak bunlar, ..., her ne isim altında yapırlarsa yapılsınlar, güçleri açısından “yönetmelik” sayılmalıdırlar ve Anayasa’nın (124)’üncü maddesinde belirtilen ilkelere uygun olmalıdırlar.”; ÖZBUDUN, 231

<sup>122</sup> Türkiye’de vergi yasalarının uygulanmasına yönelik tebliğlerin sayısının çok olması, vergisel alanda hukuki güvenliği sarsacak niteliktedir. Kaldı ki, bu tebliğlerin bir kısmı bazen sadece daha önceki tebliğ/tebliğlerin kimi maddelerini ilga etmekte, bu ise bir konuda, idarenin yasayı ne şekilde yorumladığı ve uyguladığı konusunda bilgi sahibi olmayı daha da güçleştirmekte ve adeta kargaşa yaratmaktadır. Durum hakkında genel bir fikir vermek üzere, sadece VUK’a ilişkin 430’dan fazla tebliğ olduğunu ve çoğunlukla, ne bu tebliğlerden hangisinin ya da hangilerinin VUK’un hangi maddesine ilişkin olduğu, ne de hangilerinin tamamen ya da kısmen başka bir tebliğle ilga edildiğine ilişkin açık bir bilgi bulunduğunu belirtmek mümkündür.



gerektiği konusunda bir kural konulup konulamayacağını sorusunu kısaca ele almak istemekteyiz. Şöyle ki, AY md.115 ve md.124, daha ilk bakışta, tüzük ile yönetmelik arasındaki temel farkın, bunları “çıkartabilecek olanlar” ile “çıkarılma usulleri”nde yattığını ortaya koymaktadır. Diğer yandan, AY md.124’de anılmamış olsa dahi, Bakanlar Kurulu’nun da yönetmelik çıkartabileceği kabul edilmektedir<sup>123</sup>. *Eğer tüzük ve yönetmelik arasında içeriksel farklılık yoksa*, bu durumda Bakanlar Kurulu’nun somut bir olayda düzenleme yetkisini kullanırken tüzük yerine yönetmeliği tercih etmesi, sadece “usul farklılığı” ile açıklanabilecek bir durum olacaktır. Böyle bir açıklama ise, tüzüğü, “kağıt üstünde var, fiilen yok bir araç” olarak kabul etmeye götürebilecektir. Çünkü Danıştay incelemesine tabi olmak istemeyen bir Bakanlar Kurulu’nun kolay kolay tüzüğü kullanmak istemeyeceği açıktır. Bu nedenle, genel yaklaşımın aksine, **birden fazla bakanlığı ilgilendiren konularda tüzük, tek bir bakanlığı ya da kamu tüzel kişiliğini ilgilendiren konularda ise yönetmelik çıkartılmasını** kabul etmek, Anayasa’da bu iki ayrı düzenleme aracına birlikte yer verilmesini anlamlı kılacaktır. Böyle bir yaklaşımda tüzük, birden fazla bakanlığın birlikte çalışarak, konuyu eşgüdümlü ve farklı yönleriyle düzenleme imkânı sunan bir araç olacaktır.

## 5. Sonuç

Hukuki güvenlik ilkesi, ulaşılabilir, açık ve belirli, anayasa-ya uygun şekilde uygulanır ve güvenilir kurallardan oluşan, hukuki başvuru yollarının da mevcut ve açık olduğu bir hukuk sistemini gerektirir. Her bilginin yeni düzenlemeyle ortadan kaldırıldığı veya yerinin değiştirildiği veya yeniden yapılandırıldığı bir ortamda, hukuk artık güvenilebilecek kurallar bütünü değil, olsa olsa bilinmeyen, dolayısıyla güvensizliğin

<sup>123</sup> Bkz. örn. GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 91; GÜNDAY, s. 210; YAYLA, s. 149; AY md. 124’ün gerekçesinde “yönetmelik çıkarabilecek kuruluşlar arasında Bakanlar Kurulu da sayılmıştır ...” şeklindeki ifadeye atıfla ÖZAY, s. 429.

kaynağıdır. Ancak alternatifi olmayan hukuk bir kenara bırakılmayacağına göre, hukukun ne şekilde oluşturulacağı, değiştirileceği ve uygulanacağı üzerinde, demokrasi ilkesi, güçler ayrılığı ilkesi ile temel hak ve özgürlükleri de etkin olarak koruyacak şekilde yeniden düşünmek gerekmektedir.

Hukuk güvenliğinin sağlanmasının atar damarlarından biri ise, yasallık ilkesidir. Yasallık ilkesinin muhatabı yasakoyucu, ilkenin kendisine verdiği görevi yerine getirmeli; yürütme organına yetki devri yoluyla sorumluluğundan kaçmamalıdır. Bu bağlamda, yasakoyucu, öncelikle, anayasal ilke ve kurallara uygun bir **vergi hukuku sistemi** kurmak zorundadır. Buna karşılık, vergiyi politikanın bir oyuncağı olarak algılayan, günlük istek ve/veya ihtiyaçlara göre sıkça değiştirilen, istisnaların kural haline geldiği, doğal bir vakıa olarak geriye yönelik uygulamalara konu olan, sadece “en kolay ve zahmetsiz şekilde vergi geliri elde etmeye” yönelmiş bir düzenlemeler topluluğu, ancak kaos sunabilir yoksa hukuk güvenliği değil! Bugün örneğin Borçlar Kanunu’nda yapılan değişiklikleri ne niceliksel ne de niteliksel olarak herhangi bir vergi kanununda yapılan değişikliklerle kıyaslamak mümkün değildir. Kanaatimizce, çoğu ülkede özel hukukun bireylere daha fazla hukuk güvenliği sunma başarısı, belirli ve açık temel ilke ve kurallara dayalı bir sistemi kurabilmiş olmasında yatmaktadır. Böyle bir sistemde, yürütmenin de yetki alanı büyük ölçüde bellidir ve yürütme güvenilirdir.

Yasakoyucunun görevini yerine getirmesini sağlamada, bilinçli bir kamuoyu (/vergi ödevlileri) kadar, AYM’nin de rolü hayati bir önemdedir. Vergi yasalarının, devletin gelir kaynaklarından yoksun bırakılacağı ve buna bağlı olarak devletin görevlerini yerine getirmesinin engelleneceği ya da güçleştirileceği gibi endişelerden arı olarak denetlenmeleri gerekir. Bu, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” şeklindeki AY md.11’in bir emridir. Aksi halde, AYM, yasakoyucuyu, yasallık ilkesine aykırı davranma konusunda “cesaretlendirir” olacaktır. Ancak yasallık ilkesine uygun olmayan düzenlemelerin iptal edilece-

ğinden emin olan bir yasakoyucu, ilkeye uygun davranma konusunda daha fazla özen gösterme motivasyonuna sahiptir.

**KAYNAKÇA:**

- AKIN İlhan, Kamu Hukuku, 5.B., İstanbul, 1987
- BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970
- BAŞARAN Funda, “Vergilendirme Ahlakı ve Hayat Standartı Esası”, Mükellefin Dergisi, S.99 (Mart 2001), 93 vd.
- BAŞARAN YAVAŞLAR Funda, “Mükellef Vergi Borcunu Bildirmek Zorunda Mıdır? -Beyannamenin Hukuki Niteliği, İçeriği ve Tarhın Anlamı Üzerine-“, Legal Mali Hukuk Dergisi, S.94 (Ekim 2012), 3 vd. ; “Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun mu?”, Vergi Sorunları Dergisi, S.257 (Şubat 2010), 163 vd.; “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Ankara, 2009, 147 vd.
- BİLİCİ Nurettin, Vergi Hukuku, 31. B., Ankara, 2013
- BİLİCİ/BAŞARAN, Non Bis İn İdem ve Yasallık İlkesi, Prof. Dr. Şükrü Kızılot’a Armağan, Ed. Nevzat Saygılıoğlu, Ankara, 2014, 49 vd.
- BIRK Dieter, Steuerrecht, 11.Aufl., Heidelberg, 2008; Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, DStJG 27 (2004), 9 vd.
- BONNER KOMMENTAR; Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Loseblatt)
- ÇAĞAN Nami, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul, 1982
- DOĞRUSÖZ Bumin, Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü, Vergi Dünyası S.43 (Mart 1985), 16 vd.
- DOURADO Ana Paula (Ed.), Separation of Powers in Tax Law, 2009 EATLP Congress, EATLP International Tax Series, Volume 7, 2010
- EPPING/HILLGRUBER, Grundgesetz, Kommentar, München, 2009

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

- ERDEM/ŞENYÜZ/TATLIOĞLU; Kamu Maliyesi, 10.B., Bursa, 2012
- GERÇEK Adnan, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara, 2006
- GİRİTLİ/BİLGEN/ AKGÜNER/BERK; İdare Hukuku, 5.B., İstanbul 2012
- GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu tarafından 29-30 Eylül 2012, Ankara’da düzenlenen *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* başlıklı toplantıda sunulu bildiri ;Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2007; İdare Hukuku Dersleri, 10.B, Ankara, 2010
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref; Yönetim Hukuku, 28.B., Ankara, 2009
- GÜNEŞ Gülsen ; Verginin Yasallığı İlkesi, 3.B, İstanbul 2011
- GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965
- HAHN Hartmut, Die Grundsätze der Gesetzmässigkeit der Besteuerung in rechtsvergleichender Sicht, Berlin, 1984
- HEY Johanna, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, Köln, 2002
- ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.); Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1. Auflg, Heidelberg, 1987
- JARASS/PIEROTH, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 7. Aufl., München, 2004
- JEHKE Christian, Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, Berlin, 2005
- KABOĞLU İbrahim, Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır, 1989 ; Anayasa Hukuku Dersleri, 2.B., İstanbul 2005
- KAPANİ Münci, Kamu Hürriyetleri, 6.B., Ankara 1981
- KARAKOÇ Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 4.B., Ankara, 2007
- KIRCHHOF Paul ; Vertrauensschutz im Steuerrecht, DStJG 27 (2004), 1 vd.

- LEISNER-EGENSPERGER Anna; Kontinuitaetsgewaehr in der Finanzrechtsprechung, DStJG 27 (2004), 191 vd.
- MELLINGHOFF Rudolf; Vertrauen in das Steuergesetz, DStJG 27 (2004), 25 vd.
- ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN; Vergi Hukuku, 17.B., Ankara 2009
- ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004
- ÖZBUDUN Ergun ; Türk Anayasa Hukuku, 8.B., Ankara 2005
- ÖZTÜRK Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara, 2009
- PAPIER Hans-Jürgen, Der Bestimmtheitsgrundsatz, DStJG 12 (1989), 61 vd.
- RUPPE Hans Georg ; Rechtsvergleichende Würdigung der Vertrauensschutztatbestaende, DStJG 27 (2004), 229 vd.
- SACHS Michael ; Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München, 2011
- SCHMID-ASSMANN Eberhard; Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof, Bd.I: Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1987, § 26, 565 vd.
- SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN; Kommentar zum Grundgesetz, 10. Auflg., 2004
- SPINDLER Wolfgang; Rückwirkung von Steuergesetzen, DStJG 27 (2004), 69 vd.
- STERN Klaus, Das Staatsrecht in der BDR, Bd. I, 2. Auflg., München, 1984
- TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 8.B., İstanbul 2006
- TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 12.B., İstanbul 2007 ve 9.B., İstanbul 2009
- Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı, İstanbul, 1972 (Kanun Kavramı)

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

TIPKE Klaus, Die Steuerrechtsordnung, Bd.I, 2. Aufl., Köln, 2000

TIPKE/LANG, Steuerrecht, 20. Auflage, Köln, 2010

UYGUN Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak Ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992

ÜSTÜN Ümit Süleyman; Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara, 2007

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, 2009

YILMAZOĞLU Yunus Emre, Vergilendirme Alanında Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkiler ve Sınırları, Ankara, 2011

WALDHOFF Christian, Vertrauensschutz in Steuerrechtsverhältnis, DStJG 27 (2004), 129 vd.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Kamu Hukukçuları Platformu İcra Kurulu Başkanı)-**

Evet, Funda Hanıma çok teşekkür ederim, o zamanında bitirdi, hiç aşmadı süresini. Bazen biz aşıyoruz, ama bildiri sunan arkadaşlarımız aşmıyorlar. Şimdi öğle tatili arası vereceğiz. Programa göre 14.00'te burada olmamız gerekir, ama şu anda saat 13.10. Yani 14.00'de toplanmak biraz gerçeğe aykırı düşer diye düşünüyorum. En azından bir saat ara verelim. Ama 14.15'i geçirmeyelim. Çünkü asıl bundan sonra, yorumcuların da katkılarıyla canlı tartışma ortamımız başlayacak.

Hepinize dikkatle dinlediğiniz için teşekkür ediyorum ve bundan sonraki çalışmada daha güçlü olmak üzere sizleri öğle yemeğine davet ediyoruz. 14.15'te toplanmak üzere.

*(Öğlen arası verildi)*

*Kamu Hukukçuları Platformu*

---

*Hukuk Güvenliği*

**BİRİNCİ GÜN**

**Üçüncü Oturum**





### **Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-**

OKTAY UYGUN'UN  
KONUŞMASI

Değerli katılımcılar, öğleden sonraki ilk oturumu başlatıyoruz. Öğleden önce bildirilerin sunumunu gerçekleştirdik. Şimdi bu bildirileri yorumlamak üzere çok değerli yorumcularımız var. Her üç bildiri için ayrı ayrı yorumcular var. Şu anda masada gördüğünüz meslektaşlarımız ilk bildiriye yorumlayacaklar. Ama konular birbirine çok yakın olduğu için, zaman zaman ceza hukuku ve idare hukuku boyutuna da girilebilirler. Şimdi birinci bildiri üzerine yorumcularımız, buradaki sırasıyla Prof. Dr. Rona Aybay, Doç. Dr. Sedat Çal ve Yrd. Doç. Dr. Berke Özenç. Konuşma sırasını sondan başa doğru belirledik. İlk sözü Yrd. Doç. Dr. Berke Özenç'e veriyorum. Kendisi Türk-Alman Üniversitesi'nde öğretim üyesi. Emekli olmadan önce İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde beraber çalıştık. Hukuk devleti ilkesinin kökenleri üzerine doktora tezi yazdı. Buyurun Berke Bey.

### **Yrd. Doç. Dr. Berke ÖZENÇ (Türk-Alman Üniversitesi)-**

BERKE ÖZENÇ'İN  
KONUŞMASI

Teşekkür ederim hocam. İstanbul Üniversitesi'ndeki asistanlığım sırasında Oktay hocanın çok büyük desteği oldu. Ama ayrıca bu sunuma da başlarken, Bülent Tanör'ü de anmak istiyorum. Kamu Hukukçuları Platformu'nun internet sitesinde onu anısına özel bir bölüm açıldı, hatta ben de onunla olan anılarımı yazdım bu bölüme. Özellikle hukuku, farklı disiplinleri kullanarak inceleme konusunda çok büyük katkıları olmuştu bana. Umarım bu bakış açısını konuşmama yansıtabilirim.

Ben şimdi Selda Hanımın bildiriyle ilgili bir değerlendirme yapmaya, daha doğrusu kendi ilgi alanlarımla kesişen bazı noktaların altını çizmeye çalışacağım. Ben bildiriye hem okuduğumda, hem de burada dinlerken çok temel bir noktada Selda Hanımla aynı görüşte olduğumu gördüm: Hukuk devletinin tanımının netleştirilmesi konusunda çok önemli bir ihtiyacın varlığı. Selda Hanımın bildirisinde vurguladığı, bazen de satır aralarında yer verdiği, hukuk devletini, özellikle belli asgari standartlar üzerinden netleştirme çabasıydı. Yani o kadar geniş bir kavram haline dönüyor ki hukuk devleti, içine insan haklarını, demokrasiyi de katıyoruz ve bir yandan bir sihirli değnek gibi, sanki her şeyi dönüştürebilecek bir sihirli değnek, ama diğer yandan, onun ne olduğuna dair çok az bir fikrimiz var.

Dolayısıyla bu kavramın netleştirilmesi açısından, hukuk devletinin, özellikle şekli unsurlarını öne çıkaran ve bu doğrultuda da hukuki güvenliği sağlamayı amaçlayan bir tanımın önemli olduğunu düşünüyorum.

Selda Hanım da bildirisinde, biraz önce söylediğim gibi demokrasi ve insan haklarına dayalı bir devlet düzeni kurma fikrinin, hukuk devleti kavramının kökenlerinde yer almadığını vurguluyordu. Ben bu konuyu biraz daha açmak istiyorum. İdealist bir perspektiften bakıldığında, hukukla yönetme idealinin, tarihsel olarak sanki yüzyıllar boyunca, gerek çeşitli düşünürler tarafından, gerekse bazı politikacılar tarafından savunulup belli bir tarihsel aşamada hukuk devleti dediğimiz kavramın kurumsallaştığına dair yaygın bir anlatı var. Bu açıdan tarihsel materyalist bir yöntemle derinleştirmek istiyorum Selda Hanımın tebliğini.

Şunu baştan söyleyebiliriz: Hukuk devletinin kurumsallaşması, en hafif tabiriyle yönetilenlerin ya da adlı adınca ezilenlerin, sömürülenlerin talebiyle ortaya çıkmadı. Burada temel kırılma noktası, kapitalist üretim ilişkilerinin gelişimiyle bağlantılı olarak karşımıza çıkıyor. Tarihte ilk defa üretim ilişkilerinde, doğrudan şiddet kullanımının ortadan kalkması - bunu çok basit örnekle feodal yapı ve onun öncesinde de

Roma üzerinden düşünebiliriz - bu toplumsal ilişki ağında var olan “doğrudan siyasi baskı”nın ortadan kalkıp piyasa mekanizmasının kurulması ve bu piyasa mekanizması karşısındaki soyut eşitliğin, üretim ilişkilerinin gelişimi ve sürdürülebilmesi açısından bir gereklilik olarak ortaya çıkması, aslında hukuk devleti dediğimiz şeyin maddi zeminini oluşturdu.

Yine hukuk devletinin özüne baktığımızda, bireylerin, bütün somut vasıflarından arındırılarak, hukuki bir özne olarak siyasi iktidarın karşısında eşitlenmesi söz konusu; tıpkı piyasa karşısında bütün bireylerin eşitlenmesi gibi. Eğer bu olmasaydı, biz toplumdaki tüm bireylerin, modern anlamda yurttaşların, eşit statüye sahip olarak toplumda var olmalarını zaten düşünemezdik. Çünkü kapitalizm öncesi üretim ilişkilerinin devamı için siyasi anlamda eşitsizlik elzem bir olguydu.

Bu temel üzerinde aslında ortaya çıkan diğer bir husus da, kapitalizmle bağlantılı olarak, üretim ilişkilerinin devamı açısından doğrudan çıplak şiddetin sürekli kullanımının artık bu sistemle bağdaşmamasıydı. Dolayısıyla bu açıdan yaklaştığımızda, şiddetin bu alandan dışlanması ve başka bir alanda siyasi iktidarın kurumsallaşması, ki bunu aslında üretim ilişkilerinden ve hâkim sınıflardan görece özerkleşen bir devlet aygıtının şekillenmesinde görüyoruz, çok önemli bir gelişme olarak ortaya çıktı.

Bu kırılmanın en önemli yansımalarından biri de, hâkim sınıflar açısından temel bir ayrışmanın yaşanmasıydı. Neydi bu ayrışma? Yine tarihte ilk kez devlet aygıtını oluşturan -buna elitler diyebilirsiniz, yönetici sınıflar diyebilirsiniz - bu sınıf fraksiyonuyla, iktisadi anlamda hâkim sınıfların, ki başlangıç itibarıyla çok daha genel bir burjuvazi tanımı yapabiliriz, bu yönetici sınıf ile arasında bir ayrışmayı, siyasi iktidarın sınırlandırılmasını da tarihte ilk kez bir gereklilik olarak ortaya çıkarmasıydı. Çünkü bunun öncesinde iktisadi ve siyasi alan iç içeydi ve yönetici sınıflar, aynı zamanda iktisadi olarak hâkim konumdaydı. Dolayısıyla iktisadi ve siyasi gücü elinde bulduran bu hâkim sınıfı sınırlandırmanız, o sistemin devamı açısından çok ciddi sorunları da beraberinde getirecekti. Burada

yaşanan dönüşüm de hukuk devleti dediğimiz kavramın kurumsallaşması açısından önemli bir zemin oluşturdu.

Bir ikincisi, siyasi iktidarın hâkim sınıflardan ayrılarak, görece bir özerk yapıyla modern devlet aygıtı içerisinde kurumsallaşmasıyla beraber çok önemli bir özellik, modernitenin aslında çok önemli bir özelliği; rasyonel bir yönetim yapısının kurulmasıydı. Aslında hukuk devleti dediğimiz şey, bir anlamda da bütün bu öngörülebilirlik, kesinlik, açıklık; bu rasyonel yapının işleyişi açısından da çok önemliydi.

Bu özetten sonra, tekrar başta vurguladığım yere dönmek istiyorum. Yani burada aslında hukuk devleti dediğimiz kavram, yönetenlerin çıkarları doğrultusunda, onların ve kapitalist üretim ilişkilerinin sağladığı zemin üzerinde ortaya çıkan bir yönetim yapısıydı. Burada Carl Schmitt'e atıf yapmak istiyorum, onun eleştirel düşünceleriyle birlikte, olanı olduğu şekliyle söyleme konusundaki açıklığı yol gösterici olabilir. Schmitt'e göre hukuk devleti, her şeyden önce liberal bir hukuk devletiydi ve bunun temel özelliklerini de Carl Schmitt, kişisel özgürlüklerin - ki, 20. yüzyılda bu tartışmayı da çok sıklıkla göreceğiz, hukuk devletinin özellikle sosyal hakları dışladığına dair - ve mülkiyet hakkının korunduğu, devlet aygıtının da bu yapının düzenli ve istikrarlı bir şekilde yürümesini sağladığı bir hukuk düzeni olarak tarif eder.

Hukuk devleti tartışmalarına dönecek olursak, Selda Hanımın bildirisindeki temel bir sorunun üzerinden gidebiliriz: Kökenlerinde hâkim sınıfların etkisini gördüğümüz hukuk devletinin en önemli öğelerinden biri olan hukuk güvenliği nasıl kullanabiliriz, nasıl işlevselleştirebiliriz? Siyasi iktidar, hukukun içeriğini nihai olarak belirleyici bir konumda ve sahip olduğu ideolojik aygıtlar vasıtasıyla oluşturduğu etki sayesinde, bu hukuku uygulayanların da, uygulama esnasında belli öncelikleri göz önünde bulundurarak hareket ettiklerini gözlemleyebiliriz.

Hukuk devleti, bu noktada tam da siyasi iktidarı, kendi iddiası doğrultusunda hareket etmeye zorlama noktasında bana

bir anlam ifade ediyor. Modern siyasi iktidar, özellikle meşruiyet anlamında da özgün bir niteliğe sahip. Sıklıkla vurgulandığı üzere, dinsel meşruiyet bağlarının kırılmasıyla birlikte, modern iktidarın temel iddiası, hukuki ve rasyonel bir siyasi iktidar olduğu ve bu zemin üzerinde de, hukukla yönettiğidir.

Bu iddianın özünde ben yine aşkın değerlerle, hukuk devleti şöyle olmalıdır, böyle olmalıdır gibi söylemleri değil de, tam da pozitivist bir yaklaşımla, hukuk devletini siyasi iktidarı, bu iktidarın aslen kendi iddiası doğrultusunda hareket etmeye zorlayıcı bir talep olarak görüyorum. Hukuk devleti üzerinden ileri sürülen talepler açısından da yine çok basit bir tanımın geçerli olduğunu düşünüyorum. Bu da siyasi iktidarın var olan hukuki kurallarla bağlı olarak hareket etmesidir.

Bu tabii ki eleştiriye açık bir nokta bir yandan; çünkü siyasi iktidarı yalnızca var olan hukukla bağlı tutmaya çalışmak, sanki bu kadar güçlü bir yapıya karşı sahip olduğumuz çok önemli mücadele araçlarından yoksun kalmak anlamına geliyor. Ama çok kapsamlı ve uygulamada sıkıntı yaratabilecek bir hukuk devleti tanımı yerine, tam da Selda Hanımın bildirisinde vurguladığı gibi, hukuki öngörülebilirliği, açıklığı içeren, dolayısıyla da siyasi iktidarı kendi - mesela Türkiye Anayasası açısından düşünürsek, devletin nitelikleri arasında hukuk devletinin sayılmasına burada atıf yapıyorum - iddiasına uygun bir şekilde davranmaya zorlama talebi olarak anlaşılan bir hukuk devleti tanımının çok daha işlevsel ve gerçekçi olduğunu düşünüyorum.

Burada hukuk devletinin, özellikle kavramsal olarak netleştirilmesinin, dediğim gibi bu asgari standartlarla, çok önemli olduğu kanaatindeyim. Çünkü gündelik hayatta, pratiklerde, hukuk devletine dair tanımlarda çok ciddi sıkıntılar ortaya çıkabiliyor ve bu siyasi iktidar tarafından da çok sıklıkla kullanılabilir.

Burada ben yalnızca iki tane kısa atıf yapacağım. İlki, şimdi tam da gündem oldu, kadim bir sorunumuz, hukuk devletiyle ilgili bir tanıma dair. Şöyle bir ifade; "hayat içkiden ibaret

değil, hayat seksten ibaret değil, bir kısım çağdaş düşünceye sahip olduğunu söyleyenler, sadece içki ve seksle olaylara bakıyorlar. Evet, onlar da bir insan için çok büyük ihtiyaçlar, onlara da ihtiyacımız var, onlar da bir şekilde tatmin edilecek, ama Türkiye bir hukuk devleti.”

Bu Bülent Arınç'ın -belki hatırlarsanız- bir ifadesiydi. Bir başka ifade *“Gidin Kazlıçeşme’de yapın dedim, anlamı var dediler. Ben de geçmişte Taksim’de miting yaptım, ama belki yarın Taksim’de miting alanı olmayacak. Yasak olmasına rağmen ben burada miting yaparım diyemezsiniz. Sana neresi gösterilirse orada miting yapmak zorundasın, burası hukuk devleti.”* Bu da Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın ifadesiydi, yakın zamanda Gezi olayları sırasında...

“Hukuk devleti dediğin şey, gidin orada yapın, gidin burada yapın diyebilirim ya da işte içki ve seksin önemine dair düzenlemeler de yapabilirim” ifadeleri, sanki hukuk devletinin şekli özellikleriyle bir tanımı savunulursa, bunlar karşısında savunmasız kalabilirdik izlenimini doğuruyor.

Aslında bunu destekleyen, yine ben Carl Schmitt'e atıf yapacağım, 1930'larda Almanya'daki hukuk devleti tartışmalarında, özellikle hukuk devletinin nasyonal sosyalizm açısından çok ciddi bir sıkıntı yaratmayacağını ileri sürüyordu Carl Schmitt ve diyordu ki, “eğer bizatihi yasama organı kontrol altında tutuluyorsa ve tıpkı bugün olduğu gibi hükümet, kavramın şekli anlamında yasa olan hükümet kararlarıyla Anayasa değiştiren yasalar yapmaya muktedir olursa, bir yasa devletine hükmetmekten, yargı ve idarenin yasallığı ilkesine bağlı kalmaktan daha rahat ne olabilir? Planı yapanın, bu plan doğrultusunda hareket etmesi, tabii ki çıkarımdır.” Schmitt bunu aslında iddia ediyor, oysa gerçekte hukukun bu asgari özelliklerine Nazi Almanyasında da kesinlikle bağlı kalınmıyor.

Örneğin, yine Selda Hanımın bildirisinde de var, geriye yürüyen yasalar, belirsiz kurallar, hatta Alman Ceza Yasası'nın 2. maddesine eklenen “sağlıklı bir milli şuur” uyarınca da cezalandırılması gereken eylemlerin de cezalandırılabilir olacağına

dair hüküm, hukukun bütün formel güvencelerinin ortadan kaldırıldığı bir yapı kuruluyor nasyonal sosyalist hukuki düzen içerisinde.

Dolayısıyla hukuk devletinin, bu asgari özellikleriyle tanımlanması ve hukuka bağlı bir siyasi iktidar talebi, bu söylemler karşısında ne gibi imkânlar sunar? Eğer siyasi iktidar Türkiye’de, yukarıdaki alıntılarda yer alan uygulamaları hayata geçirmek istiyorsa, öncelikle toplantı ve gösteri yürüyüşüne dair anayasal düzenlemeyi değiştirmesi gerekir. Aynı şekilde, konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğine dair hükümlerin kaldırılması gerekir. Bununla beraber Anayasa’nın 90. maddesinin kaldırılması gerekir ki, doğrudan bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun içtihatları, mahkeme tarafından uygulanan içtihatları kullanılmasın.

Sonuç olarak hukuk devletinin şekli tanımı, bizleri siyasi iktidar karşısında bazı savunma araçlarından yoksun bırakıyor gibi gözükse de, aslında bu anlamda tanımının netleştirilmesi ve yalnızca siyasi iktidarı bu anlamda kendi meşruiyet talebiyle bağlı olmaya zorlamasının, ben tarihsel olarak baktığımızda daha gerçekçi ve önemli olduğunu düşünüyorum. Bunun ötesi, zaten hukukun içeriğinin belirlenmesinde ve uygulanmasında, politik mücadeleler belirleyici oluyor her zaman için. Hukuk devletinin, hukukun öngörülebilirliği ve istikrarına dair asgari standartları, belki de yalnızca bu sömürü ilişkilerini ve bu iktidarın erkek egemen ve sermayeye dayalı yapısını ifşa etmek için bir araç olabilecek sadece. Ama bunun ötesinde hukuk devletinden dönüştürücü bir şeyler beklemenin, çok da makul bir şey olmadığını düşünüyorum. Dediğim gibi dönüştürücü olan siyasi mücadelelerdir.

Çok teşekkür ediyorum ilginiz için. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturma Başkanı)-** Çok teşekkür ederiz. Berke Özenç bize hukuk devleti ilkesinin tarihsel kökenleri üzerinde durarak, genel bilgiler sundu, genel bir bakış açısı verdi.

Şimdi hemen sözü Doç. Dr. Sedat Çal'a veriyorum. Buyurun efendim.

SEDAT ÇAL'IN  
KONUŞMASI

### Doç. Dr. Sedat ÇAL-

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Konuşmacıların konumlandığı masadan kalkıp da buraya, ayaklı kürsüye gelişimin nedeni, bir espriyle değinirsem “ufkî vaziyetten şakûlî vaziyete” geçişim, sadece elimdeki notlarımı uzaktan daha iyi görebilmemden ötürü.

Ben kısa kısa üzerinden geçeceğim birtakım noktaların, çok muntazam bir konuşma formatında hazırlamadım konuşmamı, böyle daha doğaçlama olacağını ve heyecan katacağını düşünüyorum. Notlarımı aldım önceden ve kürsüye çıkmadan da yeniden iyice bir okudum, ama buradaki konuşmaları dinlerken aklıma daha bir sürü şey geldi, gerçi muhtemelen onların çoğunu burada kürsüde konuşurken unutmuş, atlamış olacağım, peşinen bu eksiklik için özür dilerim.

Şimdi, arada biraz ironi ve espri de yapacağım. Espriler dinleyicilere çok sivri gelir mi diyecektim, neyse ki Sayın Berke hocam konuşmasında en az üç defa “seks” ve “içki” dedi. Ben bunların tam olarak “ne olduklarını” bilmiyorum diyerek azıcık ironi yapayım izninizle; ama artık bu noktadan sonra benim yapacağım espriler sanırım o kadar da “ajitatif” görülmeyecektir ümidindeyim.

Hukuksal güvenlik ve belirlilik: Bu konular üzerinde temel olarak kimi anekdotlar yardımıyla giderken Selda Hanımın makalesine kuşkusuz değineceğim, ama oradan korsan bir şekilde atlayıp vergi tarafına geçiş yaparak, vergi tarafındaki idare hukuku ile vergi bağlantılarından dolayı birkaç düşüncemi sizinle paylaşmak isteyeceğim yorum bağlamında, ya da benden önceki konuşmacıların bende yaptığı çağrışımlar bağlamında. Bu kısmi “yan sanayi” sapmaları için Sayın Başkandan ve sizlerden özür dilerim. Aslında en başta tartışmacı olmak niyetiyle yola çıktığımda da ortaya koyduğum irade vergi tarafında birkaç söz söyleme arzusuymdu, ama hasbelkader hukuk-



sal belirlilik tarafında nutuk irade etmeye uygun görüldüm muhterem heyet tarafından, herhalde idarecilerin vergiyle ne bağlantısı olabilir, olsa olsa bu taraf daha uygun düşer diye düşündüler.

Şimdi, hukuksal belirlilikle alakalı olarak en başta Selda hocamın yazılı sunum notlarından ve keza sunumu yaparkenki ifadelerinden aldığım bir ibareye değineceğim. Hukuksal güvenlik ve hukuksal belirlilik bağlamında, *“hukuksal belirlilik bir unsurdur, hukuksal güvenlik onun sonucudur”* diye bir değini var Sayın hocamızın ifadelerinde, ki bu ilk başta benim de altına imza atacağım ve keza önemle vurgulamak istediğim bir husus. Çünkü bir hususu irdelerken orada gözleyeceğimiz bir *‘hukuksal belirlilik’* ten söz edebiliriz ve bu bir öge olarak ele alınabilir, ama asla *“yeter unsur”* değildir. *“Gerek unsuru”* belki olur hukuksal güvenliğin ve hukuk devletinin, ama *“yeter unsuru”* asla değil. Hukuksal belirlilik içerisinde her şey *“belli belirlidir”*, ama hukuksal güvenliği sağlayacağı savını sanırım hepimiz kuşkuyla karşılarız.

Sözgelimi, yine hafif muziplik yaparak söyleyeyim, dün evdekilerle kavga ettiğiniz gerekçesiyle akşam eve dönmeden önce telefon edip de *“eve geldiğimde sizi döveceğim”* diye önceden uyarırsanız evdekileri, bu *‘belirlilik’* anlamına gelir mutlaka, ama hukuksal güvenlik anlamına hiç kuşkusuz asla gelmiyor.

Bizim yasalarımızda ve idarenin özellikle düzenleyici işlemlerinde hukuksal belirliliğin ne derece yer ettiği kuşkusuz bir yana, hukuksal belirliliğin olması, hukuksal güvenliği mutlaka ve asla tam olarak garanti etmiyor ve sağlamıyor; aynen *“mahkemelerin varlığı adalet için bir şans yaratır sadece”* sözünün vurguladığı gibi.

Yasa yapım sürecinde yine, hukuksal belirliliğin önemine atfen, torba yasalar bakımından yasa yapımı süreciyle ilgili ciddi eksiklikler dile getirildi bugün. Sanıyorum bu hususta ayrıca söylenmesi gereken belki şudur: Biliyorsunuz, idari yapımızda Başbakanlık Kanunlar Genel Müdürlüğü var; hü-

kümet yasa tasarılarında bu yapının oldukça etkin bir rol oynaması söz konusu olabiliyor, giderek belki Meclis içerisinde de yine aynı şekilde yetkin hukukçulardan oluşan bir yapıyı bürokratik anlamda kurgulamak mümkün olabilir, ama bu da olumlu işleyişi veya sonucu garanti etmeyecektir. Çünkü sizin yasayı Meclis'e sunarken çok güzel bir şekilde oluşturduğunuz hukuksal bütünlük ve kurgu, Meclis'teki türlü komisyonlarda ilgili yasa teklifi tartışılırken ya da Genel Kurul sırasında verilen acil ve hınzır önergelerle büyük ölçüde değişebilir ve çok farklı bir şeye dönüşebilir. Bu ara süreçte tüm bu hınzır sokuşturmaları denetleyerek bir bürokratik süreçten geçirmenizin çok fazla olanağı olmayabilir. Neticede bir tür kuaföre gidip saç kesimini istemeniz gibi, sonucu tam da garanti edemiyorsunuz, kuaför kendi bildiğince size bir şekil vermeye çalışıyor; ama neticede irade sizin. Siz çok rahatlıkla kendinizi gülünç duruma düşürme veya rezil etme özgürlüğünüzü kullanabilirsiniz; saç biçiminizde kullandığınız modelle, vesaire. Galiba benzer süreci yasalaşma bağlamında da dikkate almak ya da değiştirdiğimiz örneğe benzetmek mümkün.

Bunun dışında, yasalaşma sürecine ilişkin bu esprinin ya da bu eksikliğin aynısı, idarenin düzenleyici işlemleri dolayısıyla idare tarafında da haşmetli geçerliliğini sürdürüyor. Öğretide buna değinen görüşler aslında yok değil, idarenin düzenleyici işlem yapma sürecinin de yasalaşmayla benzer şekilde kurgulanması ve algılanması gerektiğine ilişkin. Ama ülkemizde malum, bir genel idari usul yasası yok. Hatta kimi muhterem hocalarımızın görüşlerinde, bu tür yasaların olması, iş yapmak isteyen idarecilere engel olur ve işte, sözgelimi çöpler toplanmaz, ortalığı çöp götürür, vesaire, türlü olumsuzluklara kapı açar gibi eleştirel bakışları görebilirsiniz. Ben bu görüşler karşısında, idarenin içinden gelen birisi olarak, derin hayretlere düştüğümü içtenlikle itiraf etmeliyim.

Ben yurtdışında hasbelkader birazcık uzunca bir süre yaşadım, kaldı ki, idare denilen aygıtın bir parçası olarak daha da uzun bir süreyi bu Leviathan'ın içinde bizzat görerek, yaşayarak geçirdim. Yurtdışında, idarenin idare edilenlere yönelik

görüş alma ve muhatap kabul etme, idari işlemi kurarken halkın katılımını sağlama süreçlerinin böylesi sakıncaları hiç de yaratmadığını gözlemledim ve yaşadım. “Günüşığında Yönetim Yasası” zaten hepimizin malumu, İl Han Özay hocamızın altını çizerek, kitabına da adını verdiği bir romantik ifadedir. Amerika’daki bu yasa, tam da bizim erişmeye çalıştığımız ‘aydınlıkta yönetim’ ortamını betimliyor. Bir zamanların “camdan karakol” söylemini eminim hepimiz anımsıyoruz; karakollar dahil tüm idareyi camdan kılma arzumuz, bir gün mutlaka bu topraklarda da tam ve eksiksiz biçimde uygulanma şansını bulacaktır eminim. Dolayısıyla, idarenin işlem yapma ve düzenleyici işlem çıkarma sürecinde muhataplarının ya da yönetilenlerin fikirlerini alma gereksinimi, herhalde önemle vurgulanması gereken bir eksikliğe yol açıyor ya da onu vurguluyor bizim gibi ülkeler bağlamında.

Yine, bu yasama süreciyle alakalı olarak, bir zamanlar Özal döneminde yapılan bir eleştiriyi anımsıyorum. “Komşu kızına mektup yazar gibi yasalar çıkarılıyor” denilmekteydi dönemin basın yayın organlarında. Dolayısıyla, son zamanlarda da buna yönelik eleştiriler var, yasama sürecinde kimi eksikliklerin, ciddi eksikliklerin varlığına yönelik. Sözgelimi, geçen günkü bir gazete haberine göre, bir yasanın yürürlüğe gireceği tarihin yasaya konulmasının unutulduğu ve bürokrasinin bundan ötürü paniklediği, en son eski tarihli bir yasada ‘yürürlük ifadesi ilgili yasal düzenlemede belirtilmiyorsa 45 günde yürürlüğe girer’ şeklinde bir hüküm olduğunu keşfederek rahatladıklarını anlatıyorlardı basında.

Dolayısıyla, yasalara ilişkin olarak, tam zamanını bilemeyeceğim, 1950’liler mi, yoksa Enver Paşa dönemi mi? Galiba Enver Paşa dönemiymiş; “yok yasa yap yasa, geride kalmaz hiçbir tasa” diye şu an icad ettiğim bir tür tekerlemeyle karışık söyleyeceğimiz espriye dönüyor gibi iş. “Biz hele bir yasa yapalım, kervan yolda düzülür, gerekirse bir tane daha çıkarırız, bir torbayla içine koyuveririz” diye gidiyor görünüyor yasa yapmalarımız ve o yoldaki perişan serencamımız. Hukuksal belirlilik bağlamında, öyle iç açıcı bir hukuksal güvenlikten ve hukuksal be-

lirlilikten söz edebilmek güç görünüyor korkarım, ki bu sadece bugünün sorunu da değil, elimizdeki “*toplumsal malzeme*” veya “*kültür*” yahut “*beşeri sermaye*” maalesef bu minvaldedir denilebilir. Kuşkusuz, insanlığın eriştiği bu çağın ortamında veya koşullarında hâlâ bu tür eksikliklerden şikayetçi olabilmemiz de bir acı gerçekliktir yüzümüze hüznle çarpan.

Bir diğer husus, yine bu yöneten yönetilen ilişkisi bağlamında. Biraz önce Magna Carta dolayısıyla da söylendi; Magna Carta'nın özgürlük mücadelesinde tarihsel bir ilk temel belge vesaire olduğuna ilişkin, gayet hoş ifadeler. Ne var ki, benim orada asıl merak ettiğim husus şudur: Magna Carta'nın ortaya çıkmasını sağlayan birkaç feodal beyin kralın keyfi vergileme erkine karşı çıkan itirazları veya direnişleri, yönetici erke karşı özgürlüklerin sağlanması bağlamında durumu ‘*belli bir kesim*’ için belki biraz kurtarıyor, ama o feodal beylerin azâmeti altındaki bireyler için, yani bakkal Hüseyin yahut serf veya köylü Adam için durum, keyfiyet değişiyor mu? İşte ondan çok emin olamıyorum! Sağlanan tam olarak kimin özgürlüğüdür? Birkaç feodalın mi, yoksa geniş halk yığınlarının mı? Nitekim benzer bir eleştiriyi bizde özgürlük hareketlerinin önemli bir belgesi olduğu kimi görüşlerde savlanan Sened-i İttifakla alakalı olarak, sanıyorum İlber Ortaylı hocaydı yahut Sencer Dıvıçioğlu da olabilir, dile getiriyor ve anılan belgeyi bir özgürlük temel belgesi olmak bir yana, “*eşkıyalık belgesi*” şeklinde nitelendiriyordu. Çok özür dilerim, Doğan Avcıoğlu, “*Türkiye'nin Düzeni*” adlı kitabında diyordu bunu, şimdi daha net hatırlıyorum.

Dolayısıyla, yöneten-yönetilen ilişkisinde yasama itibariyle ‘*ben sandıktan yetkiyi aldım da geldim*’ ya da yürütme itibariyle ‘*ben hükümetin başındayım, istediğimi yaparım, siz ancak beş yıl sonra kararınızı verirsiniz*’ anlayışı, ne demokratik gelişmiş ülkelerin ortaya koyduğu demokrasi anlayışına, yahut öğretinin kabul ettiği demokrasi kavrayışına, ne katılımcı demokrasi anlayışına uygun, ne de başka bir şekilde kabul edilebilir gözüküyor. Güncelin söylemiyle değinirsem, bu tür kadük bir demokrasi anlayışının rûz-ı mahşerde “*yatacak yeri*” yoktur!

Benim burada altını çizmek istediğim husus, idarenin özellikle düzenleyici işlemler yaparken sürekli biçimde muhataplarının görüşlerini dikkate alması ve görüşlerini önceden sorması gereksinimi. Bu bir tür, evlilikteki nikâhtan sonra “*ben ruhsatı aldım, ruhsat bendedir, istediğim gibi itaat şarttır*” anlayışına geliyor ki, keyfiyetin veya doğrusunun hiç de öyle olmadığını düşünüyorum, yahut sanıyorum genel olarak. Kanımca, idarelerin yönetilenlerle ilişkisi, bir tür “*sürekli flört*” halidir, idareler yönetilenlerin rızasını, yapacakları her işlemde ve her daim almak, aramak zorundadır; “*dost elinden gel olmazsa varılmaz, rızasız bahçenin gülü derilmez*” diyen Neşet Ertaş türküsünden de burada belli belirsiz bir ironiyle bahsederek, biz yönetilenlerin idareyle olan ilişkisinin adını iyice bir koyalım ve bu ilişkinin niteliğinin altını böylece kalın biçimde çizelim. Özetle, idare ile yönetilenler arasındaki bağlantının sürekli, daimi bir flört ilişkisi şeklinde olması ve sürekli rızayı gözetmesi gereksiniminin altını kuvvetlice vurgulamış olmakta büyük yarar var.

Hukuksal belirliliğin saydamlık gerektirdiğine de özellikle işaret edeyim. Bu saydamlık gereksinimi yine idarenin süreçlerinde bir sorundur. Biraz önce ilk sunumda belirtildiği üzere, yasalaştırma sürecinde yasa taslaklarının internet sayfalarına konulduğunu, büyük oranda saydamlığın sağlandığını söyleyebiliyoruz, ama idarenin işlem yapma sürecinde işlemlerini tesis etme yahut başka deyişle, özellikle yasama benzeri bir etkinlik içeren düzenleyici işlem yapma sürecinde aynı rahatlığı ve kurguyu görmek öyle çok rahatlıkla mümkün değil. Ben idarede uzun yıllar çalıştım, aynı daire içinde bir şube diğer şubeye bilgi vermez, bir tür “*bilgi saklar veya kaçırır*”. Bir daire diğerine - deyiş yerindeyse - hiç selam vermez, bilgiyi hastalıklı biçimde kesinlikle kıskanır ve saklar, eğilim genelde budur maalesef; böyle de bir durum var uygulamada genel olarak. Hemen Bruno Frappart'ı anımsayalım, İl Han Özay hocamızın “*Günüşğinde Yönetim*” kitabında alıntıladığı söyleminde yaklaşık olarak şunu diyordu; “*idare hasta ruhlu bir yaratıktır ve kendisinden istenen bir şeye hayır dediğinde zeokin doruğuna ulaştığını sanır.*”

Sözgelimi, yatırım tahkimi bağlamında Türkiye'nin yatırım andlaşması taslak modeline ilişkin olarak, yani karşılıklı yatırımların korunması ve teşviki dediğimiz antlaşma taslağı bağlamında, Amerikası, Fransızı, Kanadası, hemen hepsi model antlaşma taslağını koyar internete, diğer ülkelerle neyi müzakere ettiğini halkına anlatır ve halktan görüşlerini toplar. Ben bir ara bizde bu modelin var olmadığını söyledim. Hazine'deki arkadaşlarım bunu diyerek son derece fahiş bir hata yaptığımı ve bu modelin kendilerinde var olduğunu söyledi. Nerede model? Yanıt, "bizde". E peki, neden kamuya açmıyorsunuz? Yanıt, "çünkü *taslak modelimizi kamuya açarsak, abuk subuk yorumlar gelir, böyle müzmin muhalifler çıkar karşımıza, biz yola devam edemeyiz*"; mantık ve kurgu böyle! Bu, sadece model anlaşmayla alakalı; bundan hareketle eminim ki siz idarenin diğer düzenleyici işlemlerinde yaşanan süreci takdir edeceksinizdir!

Bunun dışında daha önemlisi, yine yasal belirlilik ve hukuksal güvenlikten bahsettik. Yasanın ne söylediğine sonuçta karar veren organ, malum, yargıdır; o bilinen 'yasama ve yargı diyalektiği' içerisinde. Kuşkusuz, yargı bir yasal düzenlemeyi farklı algılıyor veya içeriğini yasamanın niyet ettiğinden farklı biçimde öngörüyorsa, yasama hemen devreye girip o diyalektik ilişkiyle bunu değiştirebiliyor. Bunu nitekim son dönemlerde, son birkaç yıl içerisinde gördük. Uzun tutuklulukla alakalı sözgelimi, biz bunu öngörmedik deyip yasama yeniden devreye girebildi, yeni yasalar çıkardı ve saire. Ama problem ya da asıl sorunumuz şurada, bunu her yerde söylemeye çalışıyorum, birkaç yerde de yazdım naçizane; yargı kararlarını biz göremiyoruz kolayca, ortada yok bu kararlar bir "küll" olarak! UYAP'la belki yargı camiası bu kararlar bütününe erişiyor, ama sözgelimi avukatlar sadece kendi dosyalarına bakabiliyorlar, onun dışında muhterem akademiya ya da vatandaş ise sadece - o kararlara nasılsa eriştiklerini bir türlü çözemediğim ve bilemediğim - birtakım özel ticari şirketlerin internet sayfalarından ancak erişebiliyor, tabii, parasını ödeyerek!

Yargının ne söylediğini bilmeksizin birey olarak ben nasıl hukuksal güvenceye sahip olabileceğim, bunu cidden bilemi-

yorum. Sözgelimi, Ceza Kanunu'nda bir defa ödünç vermekle bu eylemin tefecilik suçunu oluşturacağını İzzet Özgenç hocamız bir makalesinde savunuyor ve yargıyı da bunu böyle yorumlamayı pozitif hukuka aykırı biçimde “süreklilik içinde aynı eylemi yapmakla suç ancak oluşur” şeklinde uygulamakla eleştiriyor. Zira yargımız, ilgili yasal düzenlemenin eski halindeki uygulamayı hâlâ benimseyerek, o alışkanlıkla belki, mevcut yasal düzenlemeyi farklı yorumlayıp “kişi birden çok kez aynı eylemde bulunarak, bunu bir tür alışkanlık haline getirmişse ancak tefecilik suçunu işlemiş sayılabilir” diyor. Eğer ben birey olarak sadece ilgili yasa hükmüne bakarsam, benim içinizden birine bir miktar ödünç para verip de altı ay sonra faiziyle geri almam tefecilikten içeriye düşmemi gerektirirken; yargı uygulamasını biliyorsam, bu eylemde bulunmaktan kaçınmak zorunda olmadığımı görüyor olacağım, zira bu eylemimin bir kez yapılmakla suç oluşturmayacağını biliyor olacağım. Kısacası, bu denli temel ve önemli bir güncel, hukuksal, hatta yaşamsal sorundur yargı kararlarına erişimin sağlanmıyor olması.

İki dakikada özetlersem; idarenin parasal gelir elde etme yöntemleri ve idarenin işlemlerinden harç ya da haraç, nasıl uygun görürseniz, bunları alma yetkisi önemli bir sorun alanıdır. Buna ilişkin olarak, belediyelerin mezar yeri ücretlerini belirlemesi gibi, belediyelerin zorladığı ve bana başka bir yere gömü olanağı tanımadığı bir yerde, benden belediye meclisi kararıyla mezarlık yeri bedeli alması ya da “mezar yeri satması” ve hatta son günlerin haberlerine göre özel kesime “özel mezarlık işletmeciliği” türü bir uygulamaya yol vererek bu yolsuz olanağı açması, ilginçtir ve bir tür metalaşma eleştirisi bağlamında ele alınmayı hak eder. Oysa, bu uygulama en azından bir “mali yükümlülük” tür, ama Anayasa Mahkemesi bunu, yani belediyelerin keyfince mezar yeri bedeli belirleyebilmelerini öngören uygulamayı onaylayabilmiştir, burada belediyelerce istenildiği miktarda alınan “bedel” bir mali yükümlülük değildir diyerek. Yani, beni hem bir yere zorlayacaksınız gömü için belediye olarak, hem de bunun bedelini o belediye belirleyecek! Ne kadar güzel bir iş bu böyle, diye ben naçizane biraz düşündüm ve eleştirdim Anayasa Mahkemesi'nin kararını bir



Armağan kitabında. Sağ olsunlar bu eleştiriyi göz ardı etmeyip kendi Armağan kitabında yayımladı Anayasa Mahkememiz, kendilerine müteşekkirim, eleştiriye tahammül bakımından.

Bir diğeri, idarenin türlü bedeller, türlü ücret tanımlamaları altında muhteşem bahaneler ve gerekçeler üreterek bireylere zorla bedel biçmesi meselesi. Sözgelimi elimizde çok muhteşem bir örnek var, Tohumculuk Yasası. Tohumculuk Yasası'nda hem tohumlarınızı sertifikalandırma, muayene ettirme, kontrol ettirme, kaydettirme ve benzeri çok sayıda işlem sayıyorsunuz, hem de bu "hizmet"ler için bedel alıyorsunuz ve bunların tümü bir mali yükümlülük niteliğinde bulunmasına karşın, keyfiyet maalesef Anayasa Mahkemesi tarafından göz ardı edilip "buradaki, idarece bireylere sunulan hizmetin bir bedelidir, idarece kamu hizmeti bedeli ise idarenin keyfince belirlenir" algısıyla onaylanmış durumda. Oysa, bu değinilen etkinlikler, idarenin kamu hizmeti değil, kolluk etkinlikleridir; kolluktan bedel alınamaz kural olarak, alınır denildiğinde de her halükârda bunun hukuksal niteliği fiyat, ücret veya bedel değil, "malî yükümlülük"tür. Yani, buradaki keyfiyet, bir tür Deli Dumrul'un, birey olarak hiç oralı olmayıp köprüden geçmeyi istemememe karşın, beni köprüden hem zorla geçirtip hem de üstüne para almasına benziyor.

Deli Dumrul'dan bir küçük sözle konuşmamı bitireceğim. Bunu da Brüksel'deyken bir Türk radyosunda dinlemiştim arabamda giderken. Bir yaşlı kadını geçirmeye çalışıyor kendi yaptığı köprüsünden Deli Dumrul ve kadın şaşkın, soruyor, "oğul hele bir söyle bana, neden köprüden geçeyim? Burası bir kuru dere yatağı zaten, senin köprüünün altında dere yok ki köprüye hacet olsun." Dumrul'un harikülade yanıtı ise şöyle, ve bana günümüzün ceberrut idarelerini anımsatıyor, onu da söyleyeyim: "Ana, her derenin üstünde köprü var mıdır? Yoktur. Nasıl ki her derenin üzerinde köprü olmaz, her köprüünün altında da illa bir dere aramayacaksın, uzatmadan, şimdi hemen köprüden geç ve parayı da öde."

Bizim idareyle ilişkimiz galiba buradan gidiyor. Bir Karadeniz türküsü şöyle der: "Askaros deresinin, yan tarafı derun-



*dur; bugün böyle gidelim, yarın Allah kerimdir.” Daha ne kadar idarelerin parasal tacizlerine katlanacağımızı bilemiyorum, ama hukuksal bağlamda bunu sorgulamak özellikle biz hukukçuların görevidir diye düşünüyorum; bugünlük buradan gidelim diyebiliriz belki, ama yarın Allah kerim dememek adına bu konuya artık behemahal eğilmek gerekiyor. Benim bu parasal konulara özellikle girmem, belki Hazineci köken içermemdedir, ama belki de filmlerdeki bilinen sözdendir: “Katili bulmak istiyorsanız kadını izleyin” diye yanılmıyorsam bir deyiş var. İdarenin neyi neden yaptığını merak etmek istiyorsanız, özellikle parayı izleyin diyeceğim, maalesef biraz böyle bir naif hassasiyetim yahut alınganlığım var bu konuda.*

Sabrınız için teşekkür ederim. (Alkışlar)

#### **Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-**

Bu esprili sunumu için Doç. Dr. Sedat Çal'a çok teşekkür ediyoruz. Özellikle hukuki belirliliğin her zaman hukuk güvenliği sağlamayabileceği argümanını sanırım hukuk felsefecileri de sonraki oturumlarda tartışacaktır. Şimdi saate bakıyorum, süre ile ilgili kısıtlamalara tamamen uymuşuz. Bir gecikme söz konusu değil. Şimdi söz sırası Prof. Rona Aybay'da, buyurun efendim.

#### **Prof. Dr. Rona AYBAY-**

Sayın Başkan teşekkür ederim. Sunuşumdan bazı bölümleri çıkarttım, onun için emin olabilirsiniz, 15 dakikayı aşmayacağım.

2009 yılında Kamu Hukukçuları Platformu'nun ilk fikri hazırlıklarından beri içinde olmanın onuruyla sizleri selamlıyorum. Her toplantısında bulundum; yükü taşıyan arkadaşlarımı hayranlık ve takdirle izledim. Kamu Hukukçuları Platformu'nun kısa, ama çok başarılı geçmişinde pek çok insanın, pek çok meslektaşın göz nuru var emeği var. Ama bu işin Anayasa Mahkemesi terminolojisiyle “odağında” olan birisi var, o da tabii Fazıl Sağlam. Odak teşkil etme gibi bir özelliği var Fazıl Sağlam'ın. Onun odak öncülüğü olmasaydı, herhalde

bugünlere gelmemiz pek mümkün olmayacaktı diye düşünüyorum. Onun için Fazıl Sağlam'ın, değerli dostum, meslektaşım ve aynı fakültede yıllarca birlikte hizmet etmiş olmanın onurunu yaşadığım değerli kardeşimin kişiliğinde Kamu Hukukçuları Platformu'nun bugünlere gelmesi için emek vermiş bütün arkadaşları selamlıyorum.

Şimdi bu oturumda görevim, çok değerli genç meslektaşım Yrd. Doç. Dr. Selda Çağlar'ın bildirisinin yorumcularından biri olmak; o görevi yerine getirmek için ev ödevimi yapmaya çalıştım. Gerçekten kendisini kutlamak istiyorum öncelikle. Eski tabirle “abidevi, yani anıtsal bir yapıtı ortaya çıkarmış, onun için kendisine sadece tebriklerimi sunarım, ama görevim gereği biraz da hocalık alışkanlığıyla bazı kusurlar da aradım, eksiklikler de aradım. Büyük kusurlar bulduğumu söyleyemem, ufak tefek şeyler buldum, onları da kendisine özel olarak bildireceğim.

Yalnız eşantıyon kabilinden bir tek şey söyleyeyim. Bir yerde aynen şöyle diyor: “Amerikan İngilizcesinde *legal certainty* diye bir deyim yoktur”. Şimdi öyle bürokratlar kaldı mı Türkiye’de bilmiyorum, eski bürokratlar son derece temkinli insanlardı. Bir şey sorulduğu vakit, var mı yok mu diye katiyen “yok” demezlerdi “kaydına rastlanmamıştır” derlerdi. Çünkü ola ki, yok değil vardır da, o görmemiştir. Selda Hanım da bu yanlışa düşmüş. O rastlamamış kaydına, ama ben rastladım. Örneğin “Black’s Law Dictionary” Amerikan hukukçularının el kitabıdır. Onu açtığınız zaman *legal certainty* deyimine rastlıyorsunuz, ama sizin kullandığınız anlamda mı, başka anlamda mı? O farklı bir şey, tartışılabilir; ama bu kadar kategorik konuşmak ve “yoktur” demek doğru değil.

Neyse bunu geçelim. Şimdi Selda Çağlar'ın hukuk devleti, hukuk güvenliği, hukuksal belirlilik kavramlarının anlamı ve birbirleriyle ilişkisi konusundaki ayrıntılı açıklamalarını sadece takdirle karşılıyorum. Okurken ben kendisine çok şey öğrendiğimi, yararlı bilgiler edindiğimi söylemek isterim. Biz hukukçuların kullandığımız deyimlere çok özen göstermemiz gerektiğini hep biliyoruz. Bu özen gösterilmezse tartışmaları-

mız da biraz kör dövüşü haline geliyor, yararlı olmaktan çıkıyor. Onun için “hukuk güvenliği” veya “hukuksal belirlilik” ve benzeri deyimleri mümkün olduğu kadar ortak bir anlayışta birleşecek şekilde algılamaya çalışmamızda yarar var.

Ben geçen yıl bu toplantının adı olan “Norm Somutlaşması” deyimine de karşı çıkmıştım, pek anlamlı bulmamıştım, hâlâ da anlayabilmiş değilim. Bugün de her üç konuşmacının da kavramlar üzerinde durduğunu gördüm, kendilerini kutluyorum. Kişisel görüşüm olarak şunu söyleyeyim: “Hukuksal belirlilik” deyimi seçilseydi daha doğru olurdu diye düşünüyorum. Yani hukuk güvenliği yerine hukuksal belirlilik denilse daha iyi olurdu.

Nedenlerini açıklamaya çalışacağım. Şimdi bakınız, tüketici bir liste vermek istemiyorum, ama bu “güvenlik” sözcüğü, ne kadar değişik bağlamlarda, ne kadar değişik anlamlarda kullanılabilir; görelim. Anayasada *kişi güvenliği var, milli güvenlik var, kamu güvenliği var, devletin iç ve dış güvenliği var, sosyal güvenlik var*. Bunlar, Anayasa maddelerinden çıkardıklarım; muhtemelen atladığım da olmuştur.

Şimdi görüldüğü gibi, *güvenlik* deyimi, bir yerde özgürlük kısıtlama ölçütü olarak da karşımıza çıkıyor. Öte yandan, kişinin can güvenliğinin sağlanması anlamında, kişinin öldürülmemesi anlamına geliyor. Kamunun huzurun bozulmasının engellenmesi, devletin içten dıştan gelebilecek tehditlere tehlikelere karşı korunması bağlamında da *güvenlik* deyimi kullanılabilir. Bir de bu anlamların tamamen dışında sosyal güvenlik, sosyal sigorta anlamında kullanılıyor.

Ceza hukuku alanında ise *güvenlik tedbirleri* diye başlı başına bir bahis var. Bir de güveni kötüye kullanma suçu var. Polis ve benzeri görevleri yerine getirenlere güvenlik görevlisi deniliyor. Uluslararası hukuk alanında sevgili Hüseyin Pazarıcı aramızdaysa, eksiğim varsa düzeltsin. Uluslararası *barış ve güvenlik* gibi Güvenlik Konseyi gibi deyimlerde geçiyor. Bir de makinelerle ilgili *güvenlik valfi, güvenlik subabı* filan gibi teknik deyimler var.

Ben diyorum ki, bu kadar çok değişik anlamlarda kullanılmış *güvenlik* sözcüğünü hukuksal güvenlik diye bir deyimde de kullanmaktan kaçınalım, onun yerine *hukuksal belirlilik* demek bence daha doğru. Nedenini şimdi açıklayacağım. Kabul ederseniz etmezsiniz, ama ben iki deyim arasında ister fark deyin, ister küçük fark anlamında nüans deyin, ciddi fark da görüyorum.

Bence, *hukuksal güvenlik*, ilke olarak var olan durumun korunmasını öngörüyor. Örneğin, can güvenliğinin korunması, devletin iç ve dış tehditlere karşı korunması, mülkiyetin hırsızlığa karşı, yağmaya karşı korunması gibi. Biraz bence statik bir kavram ifade ediyor güvenlik. Yani var olan durumun korunmasını anlatıyor.

Hukuksal belirlilikte ise, bunu aşan bir anlam var. Hukuksal belirlilikte çünkü sadece halen var olanı değil, var olanın değişmesi gerektiği zaman, o değişimin hangi yoldan, hangi yöntemlerle, hangi yetkililerce yerine getirileceğini de öngören bir anlam görüyorum ben.

Bilmiyorum katılırsınız katılmazsınız, ama yine de bir düşünün derim. Yani bu ikisi farklı kavramlar. Nitekim Selda Hanım, sunumunda birinden *unsur* diye söz ediyor, yani hukuk devletinin *unsuru* olarak hukuksal belirlilik, hukuksal devletin işlevi olarak *hukuk güvenliği* diyor. Bilmiyorum aynı anlamda mı kullanıyor, ama bence böyle bir ayırım var. Yani hukuk güvenliği var olanı korumayı amaçlıyor. *Hukuksal belirlilik* ise, belirli bir durum, eğer değişecekse onun nasıl ve ne zaman ve kimlerce, hangi usullerle değiştirileceğini de öngörüyor.

Şimdi değerli meslektaşım Selda Çağlar'ın, hukuksal belirlilik ilkesinin gerçekleşebilmesi için, yasaların yazımında özenli davranılması gerektiğini çok güzel ortaya koyduğunu görüyorum; bunu sunumunda da yazılı olarak tabii çok daha ayrıntılı olarak açıklamış bulunuyor. Yasalardan seçtiği çok çarpıcı örneklerle de, bu konunun daha da aydınlanmasını sağlıyor. Üstelik bu torba yasa, çerçeve yasa, geçici hüküm gibi gündelik dilimize de girmiş kavramları, hukukçu titizliğiyle inceleyerek, eleştirel bir gözle inceleyip ortaya koyuyor.

Şöyle saptamaları var: “*Torba yasalar başlı başına bir hukuk sorunu haline gelmiştir.*” Buna katılmamak mümkün mü? Selda Hanım burada yerden göğe haklı. Yine bildiriden bir saptama: 5335 sayılı Kanun, 29 madde ile 54 kanunda değişiklik yapmış. Düşünün, yürürlük maddesinde 12 ayrı yürürlük tarihi öngörülmüş, 10 tane geçici madde. Her biri en aşağı 10 satır filan. Bunları hep Selda Hanımın verdiği örneklerden çıkarttım.

Şimdi ben bunlara bakarak diyorum ki, arkadaşlar, bu torba yasa ve benzeri özensizlikler, artık bir teknik hukuk sorunu olmaktan çıkmıştır. Artık konu, yasama erkinin kullanımında ciddiyet, daha doğrusu ciddiyetsizlik sorunu haline gelmiştir. Yani Türkiye’de hukukun bu kadar geçmişi varken, bu kadar hukuk fakültemiz varken, kanun yazımında bu kadar özensizlik kabul edilebilir bir şey değil. Selda Hanımın bildirisindeki örnekler arasında ben atlamış olabilirim. Anayasadan alınmış bir örnek görmedim, ben şimdi ona bir örnek vermek istiyorum:

Anayasaya 2004 yılında eklenmiş bir fıkra, 38. maddenin son fıkrası. Bilenler, anımsayanlar mutlaka vardır. Aynen okuyorum: “*Uluslararası ceza divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.*” Şimdi bizim İstanbul Hukuk Fakültesi’ndeki eski hocalarımız şöyle bir tekerleme söylerlerdi: “*Hasan’la Hüseyin Muaviyenin üç kızıdır*” şimdi dikkat buyurun, bir cümleye o kadar çok yanlış sığdırılmış ki, insan neresinden düzeltmeye başlayacağını bilemiyor. Hasan’la Hüseyin üç değil, iki; kız dil, erkek; Muaviye’nin değil, onun can düşmanının çocukları. Anayasadaki bu hüküm aynen bana onu hatırlatıyor.

Bakın, bir kere Uluslararası Ceza Divanı değil, (sevgili Durmuş Tezcan ne der bilmiyorum) ama Mahkeme kendisi kuruluş belgesi olan, sözleşmede “*Court*”, yani mahkeme diyor. Bizimkiler niye ona Divan diyorlar, anlayabilmiş değilim.

İkincisi, “*uluslararası ceza divanına taraf olma*” diyor, Anayasa maddesi! Arkadaşlar, Uluslararası Ceza Divanına *taraf* olunur mu? Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni (Divanını) kuran sözleş-

meye (antlaşmaya) taraf olunur veya olunmaz. Nitekim Türkiye taraf da değil, 2004'ten bu yana 10 yıl geçti taraf olmuş değiliz, olacağımız da yok görünür gelecekte.

Bir başka şey de “vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez” diyor. Şimdi gündelik konuşmada ülke devlet anlamında kullanılır belki, ama biz hukukçular için ülke, sadece devleti oluşturan öğelerden bir tanesidir. Bunlara bakarak, işte Hasan'la Hüseyin tekerlemesini kullandım. Yersiz kullandığımı düşünmeyeceksiniz herhalde.

Şimdi Selda Hanımın bildirisinde, bir Anayasa Mahkemesi kararını kısaca inceliyor. Kısaca deyişimin nedeni, muhtemelen fazla incelemeye vakit bulamadı, çünkü Ağustos'ta yayımlandı bu karar. Belki de o yüzden yeterince değerlendirmemiştir. Bu, Amerikan hukukçularının deyimiyle *void for vagness*, yani belirsizlikten dolayı geçersiz sayılması ya da iptal edilmesi gereken bir hükmün güzel bir örneği.

Avukatlık Kanununda da şöyle bir hüküm var: “Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak” “Avukatlığa kabulde engeller” arasında sayılmış. Bu hüküm, iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne geliyor.

Bu hüküm, gerçekten baro yönetim kuruluna, bir avukatlık başvurusu yapan kişiyi reddetmek için sınırsız, âdeta belirsiz yetki veriyor. Anayasa Mahkemesi bunu hukuksal belirlilik ilkesine aykırı bulduğu için iptal etmiştir. Bazı çevrelerde eleştirilere yol açsa da, bence Anayasa Mahkemesi bu kadar geniş, bu kadar belirsiz yetki sebebiyle iptal etmekle yerinde bir iş yapmıştır.

Şimdi Danıştay'ın tam tersi bir karardan bir örnek vermek istiyorum. Danıştay'ın bu kararı, bence son derece yanlış. Ben, Türk Danıştayının dünyaya örnek olacak mükemmellikte kararlar verdiğini bilen ve bunu yabancı ülkelerde uluslararası hukuk toplantılarında övünçle dile getirmiş olan biriyim. Bu kararları açıkladığım vakit, kutlamalar almış oldu-

ğumu övünçle anımsarım. Dolayısıyla Danıştay'a karşı biraz insafli olmak gerektiğini biliyorum, ama bu karar maalesef Danıştay'a övünç verecek bir karar değil. Yoksa Danıştay'ın, mesela 1402'likler kararı, hükümet tasarruflarıyla ilgili kararları, Helsinki Son Senedi'ne atıf yapan kararları gibi uluslararası düzeyde ilgi toplayan kararları vardır.

Kısacası, kesinlikle Danıştay'a insafsızlık etmek istemiyorum; ama şimdi söyleyeceğim kararı verenler Danıştay'ın tarihine insafsızlık etmişlerdir. Biliyorsunuz disiplin soruşturması ve arkasından kovuşturma, bir zincir gibi birbirine bağlı iki işlem. Önce soruşturma yapılıyor, kovuşturmaya yer olup olmadığına karar veriliyor. Sonra kovuşturma aşamasına geçiliyor.

Şimdi kanun bakın Avukatlık Kanunu ne diyor? *“Yönetim kurulu ivedilikle ve herhalde ihbar, şikâyet veya istek tarihinden itibaren en çok bir yıl içinde disiplin kovuşturması hakkında bir karar vermeye mecburdur.”* Şimdi bundan daha net, daha açık bir ifade olabilir mi? Yani az önce sözünü ettiğim Avukatlık Kanununun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hüküm ne kadar belirsizse, bu da, tam tersine, olabildiğince apaçık biçimde belirli: *“mecburdur”* diyor.” Mecbur “kelimesinden daha kesin bir ifade bir kanunda olamaz.

Ama Danıştay'ın 8. Dairesi diyor ki, bu o kadar da kesin değildir. Çünkü diyor bu, soruşturmanın daha çabuk yapılarak, disiplin suçu işlemiş olan kişi veya kişilere daha etkin ve çabuk ceza verilmesini sağlamak amacıyla yazılmış bir hükümdür; ama idarenin iç işleyişiyle ilgilidir; başkalarını ilgilendirmez.

Arkadaşlar bu, kanunu tamamen ters anlamaktır; yani amaç sanki sadece ceza vermek gibi. Yani, hakkında soruşturma açılmış, avukatın suç işlediği muhakkak da, verilecek cezayı tayin için işlem yapılıyor sanki. Oysa, bir kere bu hükmün, İdarenin iç işleyişiyle ilgili olduğuna dair hiçbir pozitif dayanak yok. Bu, tamamen keyfi bir değerlendirme. İdarenin iç işi ne gibi konularda olabilir: Örneğin, “Müdür şu odada mı otursun bu odada mı otursun?”, “çay ocağı şu katta mı olsun bu katta mı olsun?” gibi konular olabilir. Bu öyle bir şey değil ki bu. Bu



## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

RONA AYBAY'IN  
KONUŞMASI

bir avukatın kişisel, mesleksel, toplumsal durumuyla ilgili bir sorun. Eğer, kanunun apaçık hükmüne karşın, bir yıl içinde bu soruşturma bitirilmezse, avukat suçlanmış olmanın etkisi altında kalmaya devam edecek. Yani, çağdaş hukuk anlayışı, soruna o açıdan bakmayı gerektiriyor.

Evet Sayın Başkan, şimdi bir toparlayayım:

Yrd. Doç. Dr. Selda Çağlar'ı bir kere daha kutluyorum, ufak tefek ifade zaafı o kadar önemli değil.

Sayın Kamu Hukukçuları Platformu yöneticilerimizi, başta Fazıl Sağlam olmak üzere, şu *hukuk güvenliği* deyimi üzerinde bir kere daha düşünmeye davet ediyorum.

Bir şey daha söyleyeyim. Bu Avukatlık Kanununun 140. maddesiyle ilgili konuyu çok daha geniş şekilde inceleyen bir makale Sayın Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan olarak bugünlerde yayınlanacak kitapta bulunabilir.

Beni dinlediğiniz için sizlere ve birkaç dakika vaktime tevazü ettiğim için müsamaha göstermesinden dolayı Başkana teşekkür ediyorum, sağ olun.

(Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-** Çok teşekkür ederiz her üç yorumcuya da. Onları şimdi yerlerine alabiliriz. İkinci bildiriye yorumlamak üzere Prof. Dr. Durmuş Tezcan ve Av. Turgut Kazan'ı davet ediyorum. Buyurun efendim. (Alkışlar)

İkinci bildirimiz, ceza hukuku alanındaydı, Sayın Tuğrul Katoğlu'nun bildirisiydi. Yine çok ünlü, iki çok saygın iki hukukçumuz yorumlarıyla bizi aydınlatacaklar. Buradaki sıraya uyalım diyorum, önce Prof. Dr. Durmuş Tezcan'ı dinleyeceğiz.

Buyurun efendim.

DURMUŞ TEZCAN'IN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN-**

Kamu Hukukçuları Platformu'nun, Ankara'da TBB Konferans Salonundaki 8-9 Kasım 2013 buluşması için Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU tarafından hazırlanan, "Ceza ve Ceza Muha-



kemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi” konulu sunum üzerine yorum yapmak üzere huzurunuzda çıkmış bulunmaktayım. Ancak üç gündür devam eden bir başka toplantıda bulunma zorunluluğum nedeniyle bu sabahki oturumda değerli konuşmacıları dinleme fırsatı bulamadığım için özür dilerim.

Sayın Katoğlu, bu çalışmasında, hukukun genel prensiplerinden biri olan hukuk güvenliği ilkesini önce terim olarak ele almış ve hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik konusunu tartışmıştır. Sonra, ikinci başlık altında kavramın içeriğini ayrıntılı bir şekilde değerlendirmiştir. Bu çerçevede, öncelikle hukuki güvenlik ya da hukuk güvenliği ilkesinin hukuk kurallarının genel ve uygulamalarının öngörülebilir, açık bir düzenleme olması gerekliliğini vurgulamıştır. Ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından hukuki güvenlik kavramının nasıl yorumlandığını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde değerlendirmiştir. Üçüncü başlık altında ise, Türk ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin uygulamaları çeşitli başlıkların altında ele alıp değerlendirmiştir. Sonuç kısmında ise, hukukumuzda ceza ve ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren konularda hukuk güvenliği açısından gelişmelerin yeterli olmadığını, daha kat edilecek bir hayli yolu olduğunu belirtmiştir.

Şüphesiz, kat edilecek yol bakımından her şeyin göreceli olduğunu söylemek abartılı olmaz. Çünkü amaç, iyinin sürekli daha iyisini bulmaya çalışmaktır. Önemli olan hukuk sistemimizde mevzuatın uygulanmasında hukuk güvenliğini en iyi şekilde sağlayacak bir anlayışın yasakoyucuya ve uygulamacılara hâkim olmasını sağlamaktır. Bu bakımdan değerli meslektaşımızın yaptığı çalışma, Türk ceza hukuku çalışmalarına büyük bir katkı olmaktadır.

Biz, hukuk güvenliği ilkesinden, öncelikle yasaların ve düzenleyici işlemlerin birbirleriyle uyumsuzluğunu ve sık sık değiştirilmesinin kişiler açısından yarattığı karmaşıklığı anlıyoruz. Bu nedenle, hukuk kuralları, anlaşılabilir, öngörülebilir ve normlar hiyerarşisine uygun olmalıdır. Çünkü “*kanunu bilmemek mazeret*

*ret sayılmaz*” kuralı ancak hukuk güvenliği sağlanan bir ortamda söz konusu olur. Ayrıca hukuk kurallarına dönük hukuk güvenliği ilkesinin yerleşip bugünkü anlamını kazanıp uygulamaya girmesi açısından, Sayın Katoğlu'nun tebliğinde de açıklandığı üzere, başta hukuk devleti anlayışını geliştiren Alman Federal Mahkemesi kararları ve rekabet hukuku ile ilgili Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 6 Nisan 1962 tarihli Bosch yorum kararı ve onu izleyen kararları ile 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times-Birleşik Krallık kararıyla başlayan AİHM kararları büyük öneme sahiptir. Bütün bu kararlar hukuk güvenliğinin sağlanması için hukuk kurallarının genel, uygulamalarının öngörülebilir ve **açık olması** gerekliliğini vurgulamaktadır.

Ülkemizde en başta yasakoyucu, yasa yapma tekniği ile bağdaşmayan torba kanun çıkarma alışkanlığını yaygın bir şekilde sürdürmektedir. Kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilgili olan ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında böyle bir uygulama hukuk güvenliğini açıkça tehdit etmektedir.

Türk hukukunda uzun yıllar hukuk güvenliğini açıkça tehdit eden yasak deliller sorununu çözme anlayışı 1988 yılında Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne resmi üyelik başvuru yapmasını izleyen dönemde büyük kazanmıştır. Gerçekten 18/11/1992 tarih ve 3842 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kabul edilen CMUK 135/a maddesinde “*İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz.*

*Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.*

*Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez” hükmüne yer verilmiştir.*

Yasak deliller konusunda AİHM ise, esas itibarıyla Sözleşmede (AİHS) korunan bir hakkın, yasak delillerle ihlali halinde

bir ihlalden söz etmek suretiyle bu sorununun kapsamını dar tutmaktadır. Ancak bu sınırlar içinde dahi birçok kararında Türkiye hakkında birçok mahkumiyet kararı vermiştir. Gerçekten ülkemizde 1985'li yıllara ve hatta 1990'lı yılların başlarına kadar, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda yasak deliller konusunda hukuk güvenliği ilkesi sağlanamamış, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı yeni CMK'da öngörülen düzenlemelerle, sorun çözülmeye çalışılmıştır. Böylece işkence ve benzeri muamele yasaklarıyla ilgili CMK m. 147 ve 148. maddeler ve özellikle m. 148/4 ile getirilen kural etkili olmuştur. Ayrıca CMK m. 206/II ve iddianın hukuka uygun delillerle ispat zorunluluğunu getiren 217. madde önemlidir. Nitekim bu hükümlerin mevzuatımıza girmesi nedeniyle son yıllarda, işkence vb. uygulamalar büyük oranda azalmıştır. Eğer böyle bir düzenleme olmasa idi, Gaefgen-Almanya kararına konu olan benzeri bir olayın Türkiye'de gerçekleşmesi halinde mahkum olmamız ihtimali yüksekti. Zira Gaefgen-Almanya Daire kararı ve onu izleyen Büyük Daire kararı, yasak deliller ile ilgili hukuk güvenliği açısından AİHM'nin içtihat oluşturan temel kuralları içermektedir. Buna göre, kollukta işkence tehdidiyle elde edilen delil hukuka aykırıdır. Fakat hangi saikle olursa olsun şüphelinin hâkim önündeki ikrarı geçerli olup bu ikrarın, müdafinin, müvekkilinin kollukta işkence tehdidiyle anlattıklarının tekrarından ibaret olduğu için yasak delil oluşturduğu şeklindeki savunmasının geçersiz kabul edilmiştir. Ayrıca işkence tehditinin failinin eylemle orantılı bir yaptırıma tabi tutulmamasının da AİHS m.3'ün ihlalini oluşturacağı kabul edilmiştir.

Öte yandan, AİHM, Yargıtay gibi yüksek mahkemelerin içtihat değişikliğinin kural olarak hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmediğini ve bu yüzden adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini pek çok kararında kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre, içtihatın gelişim göstermesi, kural olarak, adaletin gereği gibi dağıtılmasına aykırı değildir. Aksi bir uygulama ise, dinamik ve geliştirici bir yaklaşıma aykırı olup her türlü reforma ve iyileştirmeye engel teşkil edecektir. AİHM'nin bu tutumu, kendi içtihatları ile ilgili yaklaşımına da ters değildir (Bkz.

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

DURMUŞ TEZCAN'IN  
KONUŞMASI

15/10/2009 tarihli *Micallet-Malta*, Başvuru n°17056/06, § 81). Hukuk güvenliğinin gereği ve yasal güvenin korunması, süreklilik arz eden bir içtihatın kazanılmış hakka bağlı kalmasını gerektirmez (Bkz. AİHM'in 18/12/2008 tarihli *Unédic-Fransa kararı*, Başvuru n° 20153/04, § 74). Buna karşılık, AİHM'ye göre, önemli içtihat değişikliklerinin hukuk güvenliği açısından güçlü gerekçeler içermesi gerekir. Aksi takdirde adil yarılama hakkı ihlal edilmiş olur (Bkz. AİHM'in 14/01/2010 tarihli *Atanasovski - Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti kararı*).

Hukuk güvenliği ilkesi, bir başka yönüyle, adli ve idari makamların AİHS m. 6/2 ve Anayasa m. 38 de koruma altına alınan suçsuzluk karinesine de saygı gösterilmesini gerekli kılar. Nitekim 10 Nisan 1995 tarihli *Allenet de Ribemont-Fransa* kararında, Fransız Polis Teşkilatının bazı en üst görevlilerinin *Bay Allenet de Ribemont'u* açıkça, hiçbir esnekliğe yer vermeden azmettiren şekilde suç ortağı olarak göstermelerinin suçsuzluk karinesini ihlal ederek, hukuk güvenliği ilkesini de zedelediği sonucuna varmıştır. Bir başka deyişle, pekçok AİHM kararı, suçsuzluk karinesinin gereği olarak, devlet görevlilerinin veya bir kamu makamının suçluluğu kesin olarak kanıtlanmadan, hiç kimse suçlu olarak ilan edilemez.

Sonuç olarak, bir yandan genel olarak, diğer yandan da ceza ve ceza muhakemesi hukuku açısından hukuk güvenliği ilkesinin ele alındığı Doç. Dr. Tuğrul Katoğlu tarafından hazırlanan bu tebliğ, Türk hukukunda önemli bir konuyu gündeme getirmiş ve bundan sonra yeni çalışmalara zemin oluşturmuştur. Kendisini ve bu Platform'un değerli düzenleyicileri ile olanaklarını bu işe seferber eden TBB yönetimini kutluyorum.

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturma Başkanı)**- Çok teşekkür ediyoruz, zamanı idareli kullanmak için, hemen sözü Sayın Turgut Kazan'a veriyorum.

TURGUT KAZAN'IN  
KONUŞMASI

**Av. Turgut KAZAN**- Ben de öncelikle Kamu Hukukçuları Platformu'na teşekkür ediyorum. Böyle hukuk güvenliği gibi çok önemli bir sorunu gündeme getirdikleri için. Kendi bölü-

mümde de, tabii Tuğrul Katoğlu'na teşekkür ediyorum. Sunduğu bildiriden çok yararlandım. Saptamalarına aynen büyük oranda katılıyorum.

Evet, uygulanacak hukukun öngörülebilir olması gerekir, temel sorun bu. Katoğlu bunu vurguluyor. Tabii uygulanacak hukukun öngörülebilir olmasının madalyonda iki tarafı var. Birisi, metinlerin iyi olması; diğeri de, uygulayan yargıcın, uygulayıcının iyi olmasıdır.

Katoğlu hem Roma, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, hem Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yaparak, bu temel soruna yaklaşmış, tartışmış. Sonra kanunilik ilkesi, onun tekelciliği, açıklığı, geçmişe uygulanamazlığı ve zamanaşımı sorununu ele almış tartışmış. Kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından Ceza Kanunumuzla, Ceza Muhakemeleri Kanunumuzla değerlendirmiş. Kanunilikten kaynaklanan sorunları, geçmişe uygulanamazlığı, zamanaşımının pratikteki durumunu tartışmış. Ben genel olarak bu yaklaşımlara, bu değerlendirmeye katılıyorum. Sadece bu bölümde bir parantez açmak istiyorum, bir soru soracağım. Şimdi Anayasa'nın geçici 15. maddesiyle ilgili olarak Sayın Katoğlu, geçmişe uygulanamazlık ilkesinin ihlali diyor. Ben bunun çok doğru olduğu kanısında değilim. Çünkü bir düzenleme yapılmamıştır. Bir düzenleme yapılması da tartışıldı, ama kabul edilmedi.

Yani ben sonucuna dönük eleştiriye katılıyorum. Fakat geçmişe uygulanamazlık kuralının ihlali saymıyorum. Sonucuna şunun için katılıyorum: Geçici 15. maddeyi kaldırdığınız zaman yargılayamazsınız; ya onu af sayacaksınız, ya sorumsuzluk kuralı sayacaksınız. Kaldırıldığı tarihten öncesi için, zaten bir şey yapamazsınız. O yüzden geçmişe uygulanamazlık ilkesinin ihlali değil, bizim yargımızın nasıl bir yargı olduğunun göstergesidir. Ben hukuksal adının bu olduğuna inanıyorum.

Eğer parlamentoda o sırada öne sürüldüğü gibi, bir geçici madde konulsaydı "yargılanırlar" diye. Çünkü bu önerildi, o zaman o tartışma yapılırdı. Geçmişe uygulanamazlık yasağı ihlal edilmiştir Anayasa metniyle denilebilirdi diye düşünüyorum.

Hemen ardından, bildirin son bölümüne, hukuk güvenliği için asıl önemli olan bölümüne geçeceğim; adil yargılanma hakkı bölümüne. Şimdi tabii Durmuş Tezcan'a da bir atıf yapmam gerekiyor. İşkence kalktı filan, ama bence bu toplantıda ceza uygulamasıyla ilgili önemli bir eksiklik olarak kaldı sanıyorum - *sabahleyin önemli bir duruşmam vardı, o nedenle sabah oturumuna katılamadım*. İşkence kalktı da, gizli tanıklık geldi; daha kötü ve daha tehlikeli. O yüzden onun nasıl işlediğini ne kadar biliyoruz? O yüzden bir bu, bir de hukuka aykırı delil konusu çok önemli; yani yine kitaplara ne yazarsanız yazın. Şimdi sizin verdiğiniz o Yüce Divan kararında kime uyguladık biz bunu? Şu anda kime uyguladık? Birisi Yargıtay daire başkanı, diğeri AKP kurucusu; henüz bunu böyle bir örneğe uyguladık.

Doğru uyguladık, ama başka nerede uygulanıyor? O yüzden burada içtihat değişikliği elbette gayet doğal, ama şu anda Türkiye'de Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay içtihadı değişikliği, daha zenginleşen, daha gelişen bir hukukun gereği midir, yoksa hesaplaşmanın bir parçası mıdır? O yüzden genel doğruları, uygulamadaki yanlışları örtmek için kullanamayız. O içtihat değişikliğine de kısaca değineceğim.

Şimdi ülkemizde yargının durumu nedir? Çünkü sonuçta hukuk güvenliğini tartışıyoruz. Evet, metinleri doğru yazdık. Zaten Katoğlu'nun metninde, tutuklamayla ilgili filan bölümlerde metinlerin ne kadar doğru yazıldığını görüyoruz, ama sonuçta o metinler orada duruyor. Bizim yargımız hep sorunluydu; geçmişte de sorunluydu, bugün de sorunludur, ama bugün kendisi sorun oldu.

Yani bizim yargımız geçmişte de sorunluydu; çünkü bizim yargıcımız, savcımız kendisini hiç insanların güvenliği için bir güvence olarak görmedi. Daha doğrusu buradaki başlıkla söyleyeyim; hukukun güvenliği için, dolayısıyla insanların güvenliği için, bir mesleğin, önemli bir mesleğin içinde olduğunu hiç düşünmemiştir büyük bir çoğunluğuyla. Yani yüzde 95 gibi bir çoğunluğuyla. O yüzden metinleriniz de yetmiyor. Hele bugün, biraz önce söylediğim gibi, yargının kendisi sorun olmuştur. Yani bizde zaten eskiden beri fezleke iddianame olur-

du, giderek karar olurdu, ama şimdi kural olmuştur. Fezleke, iddianame, sonra karar.

12 Eylül referandumundan sonra, yargının kendisi sorun oldu. Bunun adını hiç çekinmeden, ısrarla koyalım ve altını çizerek koyalım. Bakın arkadaşlar, o referandum HSYK için yapıldı, yargının yapısı için yapıldı. O referandumda lütfen dikkat edelim, 167 adayımız vardı. 167 adaya Artvin'den, Bingöl'den, Van'dan, Tekirdağ'dan, Trabzon'dan, Zonguldak'tan 167 adaydan şöyle sıralandı; 114, 64, 104, 17, 133, 87, 22, 101, 21, 151, 122 sıradakileri. Arkadaşlar 11 bin yargıç var. Rakam doğru mu yaklaşık olarak?

Şimdi ta Hakkâri'dekiyle, ta Tekirdağ'daki gencecik insanlar, o birinci sınıf 167'yi bu sırayla nasıl buldu? İşte birileri onu dolaştırdı, sırayla böyle 114, 64, 104 sayılarına ulaşıldı. Böyle bir seçim oldu, adı seçim. Sonra 6110 sayılı kanun çıktı derhal. Kanun 14 Şubat 2011 günü çıktı arkadaşlar; 15 Şubat günü HSYK toplandı, nasıl HSYK olduğunu size anlattım.

İki şey daha söyleyeyim; benim müvekkilim İlhan Cihner, 11. Ceza Dairesi'nde tahliye olduğu gün, Prof. Dr. Ahmet Gökçen, hukukçu, açıklama yaptı "bu bir skandaldır" dedi. Biz şikâyetçi olduk, Daire şikâyetçi oldu, hakkında adil yargılamayı etkileme suçundan dava açıldı Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nde. O seçimden sonra Cumhurbaşkanı onu en objektif kişi diye HSYK'ye seçti. Kayseri Barosu Başkanı, ta İstanbul'a geldi, Silivri'ye dilekçe verdi "herkes mahkûm olsun" diye. Cumhurbaşkanı onu da HSYK'ye seçti. Dolayısıyla o seçimler ve Cumhurbaşkanının belirlediği kişilerden oluşan HSYK, 14 Şubat 2011'de kanun çıktı, 15 Şubat'ta seçim usullerini belirledi. 5532 aday vardı, kendisi sayıyı söyledi. Yani Danıştay'da 544, Yargıtay'a 4988. Arkadaşlar 6 gün çalıştı, dosya başına 31 saniye düşüyor. Ahmet Gökçen'le Ali Aydın'ın kafasında belirlediği insanlar HSYK tarafından Yargıtay'a 160, Danıştay'a 55 kişi seçildi. Nazım Kaynak başkan, Hüseyin Karakullukçu başkan ve Başbakan yardımcısı dedi ki, "Mevlâ'm verdikçe veriyor" dedi.



Şimdi bunları yaşarken, metinlerde şunu yaptık, bunu yaptık işkence kalktı. Arkadaşlar, en önemlisi Anayasa Mahkemesi, içtihatlar kökten değişti. Öyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat değişikliği doğaldır. Tabii ki doğaldır, ama 9. Ceza Dairesi, 11. Ceza Dairesi, Danıştay ve - *keşke temel değişiklikleri de gündemde olsa tartışsaydık* - 4. Hukuk Dairesi. İfade özgürlüğünün ve demokrasinin kilitlendiği yer 4. Hukuk Dairesidir. Gazetelerde okuyoruz, içtihatlar kökten değişti. Kim ki Başbakanı eleştirmiş hakaret sayılıyor. Kim ki Başbakanı eleştirmiş, tazminat davası. Hangi mahkemede reddedilmişse bozuluyor, yani tazminata dönüşüyor.

Şimdi bunları göre göre, "İçtihatlar doğal olarak değişir" diyemeyiz. Hayır, doğal olarak değişmez. İçtihatlar toplum vicdanını, demokrasiyi, hukuk devletini, hukuk güvencesini sağlayacak biçimde değişir, değişmelidir.

Dolayısıyla TCK ve CMK'yi değiştirmek ve iyileştirmek yetmez. Bu HSYK'yi değiştirmek gerekir, bu yapıyı değiştirmek gerekir. Bağımsız yargıyı yaratmadan, iyi işleyen bir yargı yaratmadan sorunları çözemezsiniz. Biz daha önce tabii bunu da benimsemiyorduk, çünkü HSYK diye bir şey olmaz, olmaması gerekir. Yani yargıçlar için ayrı, savcılar için ayrı bir yapı olması gerekir. Belki Danıştay ve Yargıtay'ın seçimi usulü, yani onların kendilerine ayrılan sayıyı seçmesi, diğerini de, o demokratik meşruiyet çok tartışılıyor ya biz karşı çıktık; nitelikli, ama çok nitelikli, çoğunlukla Meclisin seçmesini sağlamak gerekir.

O yüzden böyle bir değişikliği gerçekleştirmezsek, bu yargıyla sorunlarımız çözülemez. Bir örnek daha vereyim. Hasan Erdoğan ve AKP kurucusu neyle suçlandı? Rüşvet vermekle. Şimdi yargınız buysa böyle olur. Anayasa nerede yargılanacak diyor? Yüce Divan'da. İyi de, Anayasa'da yazmasına rağmen İlker Başbuğ niye Yüce Divan'da yargılanamadı? Bunun hukuksal açıklamasını nasıl yapabilirsiniz? Çünkü birisi Yargıtay Daire başkanıydı ve rüşvet verdiği iddia edilen de AKP kurucusuydu. Öbürü cezalandırıldı. Yani Başbakanla koalisyonun ortağı hizmet grubunun cezalandırılmasını istediği bir



genelkurmay başkanı olduğu için, dediler ki “darbe yapmak görev kapsamında değildir”. Peki, rüşvet almak görev kapsamında mı?

Yani iddiaya göre söylüyorum, rüşvet niçin alınır? Görevin verdiği yetkiyle. Rüşveti veren niye bana vermeyecek de Hasan Erdoğan'a verecek? Yani verdiği iddiasına göre söylüyorum. O yüzden bu deli saçması bir yaklaşım ve tartışmadır, ama toplum olarak hepimiz bunu âdeta kabul ettik. Böyle bakarsanız zaten hiçbir zaman darbe yapma eylemi için yargı yerini belirlemede hukuksal bir yaklaşım kuramazsınız, keyfiliğe kapı açarsınız.

Hem Katoğlu'na tekrar teşekkür ediyorum, hem de Platform'a teşekkür ediyorum. Umarım ki saçmalamadım. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN-** Sayın Kazan'ın belirttiği konuyla ilgili olarak bir açıklama yapmam gereği ortaya çıktı. Özür dilerim, benim söylediğimi açıklamak istiyorum.

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-** Peki, bir dakika süreniz var.

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN-** Söylediğim şu, aynen şunu söyledim: AİHM içtihatlarına göre, içtihadın gelişimi açısından dinamik ve geliştirici bir yaklaşım gerekir. Bu bakımdan içtihatlarda değişiklik kural olarak Sözleşme'ye aykırı değildir demektir.

Bu arada şunu söyledim hemen. Dedim ki, ancak bu değişikliklerin çok ciddi gerekçelerle gerekçelendirilmesi gerekir. Bu yapılmadığı zaman mahkûmiyet kararı olur. Nitekim dedim, Makedonya'yla ilgili 14 Ocak 2010 tarihli karar da bunu göstermektedir. Bunu bir yanlış anlaşılma olmasın diye belirtmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-**

Yorumcumuza değerli katkıları için teşekkür ediyoruz. Şimdi son bildiri üzerine yorumlarıyla bizi aydınlatacak olan Sayın Prof. Dr. Nami Çağan, Prof. Dr. Gülsen Güneş ve Yrd. Doç. Dr. Burak Pınar'ı davet ediyorum. Buyurun efendim. (Alkışlar) Programda belirtilen sırayla söz veriyorum. İlk söz Prof. Dr. Nami Çağan'da, buyurun efendim.

NAMI ÇAĞAN'IN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Nami ÇAĞAN-**

Sayın Başkan, değerli meslektaşlarım, önce bu toplantıyı düzenleyen Kamu Hukukçuları Platformu'na, değerli Başkan Sayın Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a ve toplantıya ev sahipliği yapan Türkiye Barolar Birliği'ne, değerli yöneticilerine teşekkür etmek isterim.

Değerli meslektaşım Sayın Doç. Dr. Funda Başaran Yavaşlar profesör olmak üzere. Umuyorum son kullanışımız bu unvanı, kendisi çok titiz ve kapsamlı bir çalışma yapmış, çok yararlandı. Bu konuşma ancak olumlu eleştirilebilir. Katılmadığım bir nokta var, onu da zaten söyleyeceğim.

Hukuki güvenlik ilkesinin üst başlık olarak seçildiği bu toplantıda, bu ilkenin bir alt ilkesi olarak yasallık ilkesini değerli arkadaşım kılı kırk yarararak incelemiş, söyleyecek fazla bir söz yok. Ben bundan 30 küsur yıl önce yazmış olduğum "*Vergilendirme Yetkisi*" başlıklı doçentlik tezimde, vergilendirme yetkisinin hukuki güvenlik ilkesi açısından sınırlarını incelemiştim. Benim inceleme planımda, hukuk devletinin alt ilkesi olarak yasallık ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, yargısal denetim ve hukuki güvenlik ilkesi vardı.

Yine o sistematik içinde hukuki güvenlik ilkesinin alt başlıkları olarak da, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı ve vergi yasalarının geçmişe yürümezliği ilkesi yine inceleme alanım içindeydi. Değerli meslektaşım Funda Başaran Yavaşlar, bu konuların tümüne farklı bir sistematik içinde değinmiştir. Gerçekten titiz bir çalışma yapmıştır.

Hukuk devleti ilkesinin bütün alt ilkeleri, yakın bir ilişki ve etkileşim içindedir. Vergi hukukunda belirlilik ilkesi, demokratik halk hareketlerinin başladığı, ancak hukuk devleti ilkesinin hiç telaffuz edilmediği 18. yüzyılda ünlü klasik iktisatçı Adam Smith tarafından ortaya atılmıştır. Yani, belirlilik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin ortaya çıkmasından önce ortaya çıkmıştır.

Vergilendirmede belirlilik ilkesi Adams Smith'in dört altın kuralından biridir. Hukuk devleti ilkesi, 18. yüzyılın sonunda, 19. yüzyılda kavram olarak yerleşmiştir. Buna sabah ilk konuşmacı Sayın Selda Çağlar da değindi. Gerçekten Adam Smith 18. yüzyılda 1776 yılında yazdığı, "*Milletlerin Zenginliği*" başlıklı ünlü eserinde aynen şöyle diyor: "Vergilendirmede keyfiliğin önlenmesi için, vergiler açık, belirli ve kesin olmalıdır. Vergilerin ödeme zamanı, ödeme şekli ve oranları, yükümlüler ve vatandaşlar yönünden önceden bilinmelidir". Yani bugün hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak anladığımız anlamda belirlilik ilkesi, Adam Smith tarafından 18. yüzyılda ortaya konulmuştur.

Hukuk devleti ilkesinin, hukuki güvenlik ilkesi açısından vergilendirmede belirlilik, yükümlülerin hukuki güvenliğini sağladığı gibi, idarenin de istikrarını sağlayan bir ilkedir. Değerli konuşmacının da belirttiği gibi, belirlilik ilkesinin ön koşulu vergilerin yasallığı ilkesi ve hatta onu daha da sertleştiren olaya bağlılık (Tatbestandsmäßigkeit) ilkesidir.

Yine Sayın konuşmacının belirttiği gibi, belirlilik ilkesi yasanın yürütmeye devrettiği vergilendirme yetkisinin de çerçevesinin anayasal kurallar doğrultusunda çizilmiş olmasını gerektirir. İdareye de, yargı organlarına da vergiyi doğuran olay ve verginin diğer temel unsurları konusunda takdir yetkisi bırakılmaz.

Sayın konuşmacıdan ayrıldığım nokta, dış ticaretin düzenlenmesiyle ilgili Anayasa'nın 167. maddesinin 2. fıkrası, ki ithalat ihracat ve dış ticaret işlemlerinde ek mali yükümlülüklerde ilgili olarak 73. maddeyi aşan yetkiler verilmesindedir.

Ama bu çok doğal karşılanmak gerekir. Çünkü bakıyoruz Batı ülkelerinin anayasalarına, hiçbirinde böyle bir düzenleme yok. Sadece Türk Anayasası'nda var, ama bunun haklı bir sebebi de var.

Haklı sebebi şudur: Gerek Anglo-Sakson hukukunda, gerek Kara Avrupası hukukunda dış ticaretin vergilendirilmesi, geleneksel olarak idarenin yetki alanı içinde sayılmıştır. Bu durum, dış ticaretin düzenlenmesinin kapsamında düşünülmüştür. Böyle olunca idareye yetki devredilmesine bile gerek görülmemiştir. Fakat Osmanlı İmparatorluğu'nda ve Cumhuriyet'in ilk yıllarında bizde böyle bir gelenek oluşmamıştır. Cumhuriyet'in ilk yıllarında da devam eden kapitülasyonlar, esas itibariyle dış ticaret alanında uluslararası vergilendirme yetkisini sınırlandırmıştır. Kapitülasyonlar kalktığı zaman ise dış ticaretin vergilendirilmesi, dış ticaret düzenlemelerinden bağımsız olarak yasallık ilkesi çerçevesinde düşünülmüştür. O nedenle de Anayasa'da dış ticaretin vergilendirilmesi alanında yetki devri ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Batı ile farklılık bu özellikten kaynaklanıyor.

Vergi hukukunda hukuki güvenlik ilkesinin diğer önemli unsuru kıyas yasağıdır. Hukukta kıyas, bir olay hakkında yasada yer alan bir kuralın, nitelikleri ona benzeyen, fakat yasayla düzenlenmemiş diğer bir olaya uygulanmasıdır. Vergi hukukunda kıyas yöntemiyle yorum, hukuki güvenlik ilkesine ve vergilerin yasallığı ilkesine açık biçimde ters düşmektedir.

Kıyas yasağı, belirlilik ilkesini bir anlamda tamamlamaktadır. Amaçsal yorum ve onun vergi hukukundaki izdüşümü olan ekonomik yaklaşım, kıyas noktasına kadardır. Ancak kıyas noktasına geldiği anda yasak başlar. Verginin konusu ve yükümlüleri, kıyas yoluyla genişletilemez, vergi yükü arttırılamaz. Vergi hukukunda kıyas yasağı, dolayısıyla yorumun da sınırını oluşturmaktadır. Bu yasak idareyi de, yargıyı da bağlar. Hukuki güvenlik ilkesi açısından önemli olan, yeni vergi doğurucu olaylar yaratan ve vergi yükünü arttıran kıyasın yasaklanmasıdır.

Öte yandan, yasallık ilkesi, yükümlü lehine kıyasın da yasaklanmasını gerektirir. Yükümlünün aleyhine yapılan bir kıyas hukuki güvenlik ilkesine ters düşer, ama lehe olan kıyas da yasallık ilkesine ters düşer. Dolayısıyla kıyasa hiçbir alan kalmıyor.

Vergi yasalarının geçmişe yürümezliği ilkesi de, hukuki güvenlik ilkesinin yine bir alt ilkesidir. Bu ilke çerçevesinde yapılan gerçek geçmişe yürüme, gerçek olmayan geçmişe yürüme ayırımına değerli arkadaşım değindi. Bu ayırım Alman Anayasa Mahkemesi'yle, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarıyla oluşan bir ayırımdır ve doktrin de, öğreti de bunu benimsemiştir.

Türkiye'de ne zaman yeni bir Anayasa hazırlığı ya da Anayasa değişikliği söz konusu olsa "vergilerin geçmişe yürümezliği ilkesi" tartışma alanına getirilir. Doktrinde ve Mahkeme içtihatlarında yer alan bu ilke, Batı ülkelerinin anayasalarında yer almamıştır. "Gerçek geriye yürüme", ilke olarak kabul edilmekle birlikte bu ilkeye belli koşullarla istisnalar tanınmaktadır. Aynı şekilde "gerçek olmayan geriye yürüme" ise ilke olarak Anayasa'ya aykırı görülmezken, buna da yine belli koşullarla istisnalar getirilmektedir. Dolayısıyla esnekliği yargı kararları ile kabul edilmiş bu ilkenin Anayasa'da yer almasına gerek yoktur.

Gerçekten bundan öteye söyleyeceğim her şey, değerli arkadaşımı tekrarlamaktan ibaret olacak. Onun için ben 10 dakikayla yetiniyorum. Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturma Başkanı)-** Çok teşekkür ederiz Sayın Nami Çağan. Şimdi söz sırası Prof. Gülsen Güneş'te, buyurun efendim.

**Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ-**

Teşekkür ederim Sayın meslektaşım. Ben de öncelikle Kamu Hukukçuları Platformu'na, Ankara Barosu'na, Türkiye Barolar Birliği'ne teşekkür ederek sözlerime başlamak istiyorum. Çok nitelikli, disiplinli, ciddi bir toplantı hazırlamışlar. Şimdiye kadar gerçekten her şey çok düzgün gitti, gerek tebliğlerle, gerek yorumlarla.

Yalnız ben bir şeye takıldım, şu tanıtım afişlerinde ve broşürlerinde bir tokmak var. Bilmiyorum bu bizim hukuk sistemimizde olan bir araç mı? Hangi nedenle seçildi, bu tokmakla mı hukuk güvenliğini sağlayacağız? Toplantı düzenleyicilerine sormak istiyorum. Açıkçası merak ettim, kim seçti bu imajı diye.

Bu tespitten sonra, yine Sayın oturma başkanı Prof. Dr. Oktay Uygun'un verdiği bir izin çerçevesinde, doğrudan doğruya Sayın değerli meslektaşım Doç. Dr. Funda Başaran'ın tebliğini değerlendirmeye geçmeden önce, toplantı hakkında da genel olarak birkaç söz söylemek istiyorum. Zaten Sayın hocam Prof. Dr. Nami Çağan'ın da belirttiği gibi, Funda her zamanki titizliğiyle konuları işlemiş, bize çok fazla söyleyecek söz bırakmamış. Belki birkaç noktada katkım olabilir diye düşünüyorum.

Şimdi, bu daha önceki oturumda da söylendi, hukuksal belirlilik mi olsun, güvenlik mi olsun diye. Tabii tercih kamu hukukçularının, ama benim gönlüm "*hukuksal güvenlik ilkesi*"nden yana. Hemen şu tespiti de yapmak istiyorum. Hukuksal güvenlik ilke olarak monografik ya da sistematik eserlerde çok fazla incelenmiş bir ilke değil benim bildiğim kadarıyla. Özellikle birkaç Alman hukukçusunun, tek tük rastlanan çalışmalarında bunları bulmak mümkün olabiliyor.

Bizim vergi hukuku alanımızda Prof. Öncel - Prof. Kumru lu - Prof. Çağan'ın değerli yapıtlarında, benim kürsü hocam Profesör Kaneti'nin kitabında birkaç yerde hukuksal güvenlik ilkesi olarak buna değiniliyor. İlke olarak ele alınmamasının sebebini bilemiyorum, toplantıda da başlık sadece hukuk güvenliği olarak konulmuş.

Tabii, hukuk güvenliği denilince, biraz yukarıya da gitmek gerekiyor. Hukuk felsefesi ve hukuk bilimi üzerine birtakım çalışmalara bakmak gerekiyor. Sanki özellikle genel hukuk teorisine iş düşüyor gibi geliyor bana. Çünkü kavramlar biraz karışmış durumda; belirlilik, açıklık, kesinlik, hukuki güvenlik, hukuksal güvenlik, hukuk güvenliği gibi. Hatta bazıları bunu işlev olarak nitelendiriyor, kimisi ilke diyor, bazıları unsur diyor. Onun için burada aslında genel hukuk teorisyenleri-

ne önemli bir görev düşüyor diye düşünüyorum; kavramların biraz toparlanması lazım. Hangisi alta gelecek, hangisi üstte yer alacak?

Sayın hocam Prof. Dr. Nami Çağan da biraz önce hepimizin çok yararlandığı değerli doktora teziyle ilgili sistematığı verirken söyledi. Mesela Doç. Dr. Funda Başaran arkadaşımızın incelediği sistematik ayrı, hocamızınki ayrı, benim “Verginin Yasallığı İlkesi” diye yine bir doktora tezim var, onun sistematığı farklı. O nedenle yukarıdan başlayarak, yani salt kamu hukuku olarak da değil, hukuk felsefesi, hukuk bilimi üzerine çalışanların da katkısıyla bu kavramların ya da ilkelerin ya da biraz yeknesaklaştırılması gerektiğini düşünüyorum.

Şimdi şu tespiti de yapmak gerekiyor. Cezalar ve vergiler, sabahtan beri konuşuyoruz ve anayasalar bunu kucaklayan, insanlığı parlamentolara, hukuk devletine getiren somut olaylar, parlamentoların oluşumu, hukuk devletinin gelişimi büyük ölçüde bu iki olgu sayesinde olmuş belki de. Yasalar da hukuk devletinin önde gelen kaynağı olarak bir düzende yürürlükleriyle, kesin ve açık kavramlarıyla, biçimcilikleriyle ve süreklilikleriyle hukuk güvenliğini sağlıyorlar. Ama tabii bu yasalar, maddi anlamda da olabilmekte, şekli anlamda da olabilmekte.

Bu ceza ve vergi olgusu için yasaların “maddi” anlamda olması yetmemekte, Anayasamızın 38. ve 73. maddelerinde mutlaka bu alanların “şekli” anlamda yasalarla, yani parlamento ürünü olan yasalarla düzenlenmesi gerektiği vurgusu yapılmakta. Demek ki, gerek ceza alanı, gerekse vergi alanı mutlaka şekli anlamda yasalarla düzenlenmesi gereken alanlar olarak karşımıza çıkmakta.

Evrensel hukuk açısından baktığımızda, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirdiğimizde, bu ikili olgunun buraya tamamen yansımadağını görüyoruz. Belki cezalarla ilgili olarak, cezaların yasallığı prensibini Sözleşme'nin hükümlerinde bulmak mümkün, ama vergilerle ilgili bunu bulamıyoruz. Yani Anayasamızda olduğu gibi direkt olarak

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde verginin yasallığı ilkesini göremiyoruz. Burada bir tespiti daha yapmakta yine fayda görüyorum. Şöyle ki çeşitli kavramlara, ilkelere ve gerekçelere dayanarak vergilerle ilgili ihtilafları da denetleme hakkını kendisinde gören İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, eğilim olarak artık şekli anlamda yasalara doğru kaydığını örneğin "Shchokin v. Ukraine" ve "Serkov v. Ukraine" gibi kararlarında izlemek, buna doğru yavaş yavaş yaklaşmakta olduğunu hissetmek mümkün olmaktadır.

Evet, bu tespitleri yaptıktan sonra, Sayın meslektaşım Doç. Dr. Funda Başaran'ın tebliğinde de, güvenlikle ilgili beş-altı tane noktanın belirlendiğini ve verginin yasallığı ilkesinin çekilerek çıkartıldığını ve bu çerçevede vergi alanında güvenliğin incelendiğini tespit etmek mümkün. Dediğim gibi her zamanki titizliğiyle çok başarılı bir biçimde bu tespitler ve değerlendirmeler yapılmış.

Vergi yasalarının geçmişe ya da geriye yürümesiyle ilgili olarak da yine Sayın Prof. Dr. Nami Çağan'ın da belirttiği gibi, birtakım tespitleri bulmak mümkün. Ben bu geçmişe yürüme olgusunun vergi hukuku alanında ciddi bir sıkıntı alanı olduğunu şahsen düşünüyorum. Siyasal iktidarların böyle yasaların boşluklarıyla, eksikleriyle, belirsizlikleriyle oynamayı çok sevdikleri bir ortamda, sanki Anayasaya "*geçmişe yürümeme ilkesi*"nin konulmasının hukuk güvenliğini daha fazla sağlayıcı olacağını düşünüyorum ve böyle öneriyorum.

2010 ya da 2011 senesinde Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde "Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler" konulu bir toplantı yapmıştık, yine çok değerli kamu hukukçuları, anayasa hukukçuları, mali hukukçular, hukuk felsefecileri icabet etmişlerdi toplantımıza. Benim oradaki bir tebliğimde de buna ilişkin ayrıntıları bulmak mümkündür. Ben geçmişe yürüme yasağının Anayasa'da yer almasının vergi güvenliği açısından uygun olacağını düşünüyorum.

Şimdi tabii bu geçmişe yürüme meselesi, kanunların yürürlüğüyle ilgili bir mesele. Kanunların ya da vergi kanunlarının



yürürlüğüyle ilgili bir başka sıkıntılı konumuz da, zaman zaman özellikle ekonomik kriz dönemlerinde olağandışı dönemlerde çıkartılan birtakım geçici yasalar. Yani bir takvim yılında vergilendirme yapıp ondan sonra kendisini ortadan kaldıran, yalnızca belli bir dönem için uygulanan vergi kanunları.

Mesela bunlara 1994 yılında rastladık, Tansu Çiller dönemindeki 5 Nisan kararlarından sonra. Daha sonra 1999 yılında Marmara depremi vesilesiyle getirilen birtakım vergiler oldu. Onun dışında 2003 yılında, Amerika'nın Irak'ı işgali sırasında birtakım tezkere vergileri adı altında. Tabii ben bunları hep kamuoyunda bilinen isimleriyle söylüyorum. Bunun gibi birtakım girişimler oldu.

Bundan sonra da böyle vergilerin gelip gelmeyeceği şüpheli. Nitekim Avrupa'yı saran ekonomik-mali kriz nedeniyle Fransa'da zengin vergisi diye birtakım vergiler getirildi. Daha sonra Fransız Anayasa Konseyi iptal etti bu vergileri. Dolayısıyla mümkün, Avrupa ülkelerinde bile olabiliyor. Orada da bir sıkıntı var. Kamu maliyesi hukukunda bir kural vardır. Şöyle ki, Bütçe'nin C cetvelinde, o yıl uygulanacak vergi kanununun mutlaka yer alması gerekir. Hâlbuki bu saydığım dönemlerde, bütçenin C cetvelinde bu kanunlardan hiçbirisi yer almamıştır, ki bu C Cetveli de "hukukta süreklilik ilkesi"ne hizmet etmektedir. Biz bazen dersleri anlatırken, öğrencilere sorarız "vergi kanunları nasıl kanunlardır?" diye. Tabii vergi hukukçusu olmasalar da birçok hocamız bunun cevabını bileceklerdir; eksik ya da topal kanunlar şeklinde doktrinde bir ifade vardır. Yani bütçenin C cetvelinden kuvvet almadıkça, o kanunların o yıl uygulanması mümkün olmamak gerekir. Mutlaka bütçenin C cetvelinde toplanacak vergilerin o yılki bütçede sayılması gerekir.

İşte burada bu koşullara uyulmaması suretiyle hukuk güvenliğini zedeleyen durumlar ortaya çıkmaktadır. Pat diye bütçe yılının ortasında çıkartılan olağandışı vergilerle ilgili kanunlar, kanuma göre hukuk güvenliği ilkesini büyük ölçüde zedelemektedirler.

Bunun dışında, Funda meslektaşımın, Sayın Doç. Dr. Başaran'ın vergi kanunlarıyla ya da genel olarak kanunlarla ilgili bazı tespitleri var. Kanunun daha güçlü koruma sağlayıp sağlamadığı konusunda. Ben de kendisine katılıyorum. Uygulamamızda gerçekten yasalar tamamen yürütmenin kontrolü altında parlamentoya getiriliyorlar ve parlamento da âdeta lastik damga konumunda ve bunu onaylayarak çıkartıyor. Bu kanunların yeteri kadar tartışıldığını söylemek mümkün değil. Aleniyet ya da öngörülebilirlik kazandıklarını söylemek mümkün değil. Kendisinin hatta bazı önerileri de var, daha güçlü koruma sağlayabilmesi için nitelikli çoğunlukla, özellikle değişiklik önerileri konusunda bazı önerileri var. Onlara da katıldığımı ifade etmek istiyorum.

Evet, son üç dakikam olduğu söylendi, hangi konuyu seçerek devam etsem diye bakıyorum. Bir de “*hukukun biçimciliğiyle*” ilgili olarak belirtmek istediğim birkaç husus var. Bu sadece açıklık ve kesinlikle ilgili değil. Açıklık ve kesinlik sözcükleri çok geçti, fakat hukukun bir de formel, yani biçimci yönü bulunmaktadır. Mesela medeni hukukta 18 yaşın tamamlanmasıyla rüşt kazanılır gibi böyle kesin sonuçlar bağlanmıştır birtakım olgulara. Vergi hukukunda da birtakım olgulara kesin sonuçlar bağlanmıştır: Bir gerçek kişi, bir takvim yılı içerisinde gelir elde ederse, vergiyi doğuran olay meydana gelir gibi. İşte bu gibi temel unsurların, ki Anayasa Mahkemesi'nin kararları da genellikle bu yönde paralel, bizi doğrulayan yönde, mutlaka bu biçimciliğin vergi yasalarında yer alması gerekiyor. Çünkü zaman zaman bunlardan kopmalar, kaymalar olabiliyor, özellikle sorumluluk durumlarının belirlenmesinde. Öyle bazı sorumluluk ifadelerine yer veriliyor ki kanunda, tamamen idarenin takdirine bırakılmış oluyor kimin sorumlu olduğunu tespit etmek.

Bu zaman çerçevesi içerisinde ben burada kesiyorum. Teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-**

Çok teşekkür ederiz Sayın Gülşen Güneş'e. Bu tokmakla ilgili bir cevap vermemiz gerekiyor. Sanırım Ozan Ergül bir

açıklama yapacak. Afiş işiyle Ozan ilgilendi ama afişi Platform olarak bizler bastırmadık. Bu işi Baro üstlendi. Toplantı afişinin hazırlanması işi muhtemelen teknik elemana gidiyor, o da toplantıya ilişkin kavramları arama motorlarına girdiğinde, internette görsel malzeme çekiyor. "Hukuk" yazınca neyin çıktığını biliyorum; adalet tanrıçası, kitap resimleri ve burada gördüğünüz tokmak çıkıyor. KHP logosunda da kitap ve tokmak var. Kitabı büyük, tokmağı küçük aldık. Neyi çağrıştırıyor bu simgeler? Kitap herhalde hukuk kurallarını, tokmak da o kuralları uygulayacak gücü. Eğer hukuku uygulayacak güç bağımsız, tarafsız ve adil bir güçse, tokmak tehlikeli değil. Yargımızı bağımsız, tarafsız ve adil yapamadığımız zaman, bu tokmak tehlikeli olur kuşkusuz.

**Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ-** Yalnız hocam hemen bir ekleme yapmak istiyorum. Bizim hukuk sistemimizde tokmak yok. Onun için başka bir şeyle bu ifade edilsedi daha doğru olurdu.

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-** Buldozer filan mı?

**Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ-** Bizde bilmiyorum, ben uygulamada yokum. Hâkimler tokmak vurarak idare ediyorlar mı duruşmayı? Bilmiyorum.

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı) -** Var var. Peki, şimdi söz sırası Sayın Burak Pınar'da. Buyurun Sayın Pınar.

**Yrd. Doç. Dr. Burak PINAR-** Sayın hocalarım, değerli katılımcılar, hepinizi selamlayarak başlamak istiyorum. Tabii sona kalan pozisyonunda olduğum için, doğal olarak bana da birtakım sorumluluklar yüklüyor. Kısa, öz, hızlı bir biçimde bitirme sorumluluğu.

İşimi de sağ olsun Sayın hocalarım kolaylaştırdılar. Çünkü her iki hocam da Funda hocamın çalışması üzerine söz söylenmeyeceğini söyleyerek bir giriş yaptıkları için, benim hiç hadime değil bu; bu da işimi kolaylaştırdı. Ama bir nokta itibarıyla de bu şans verildiği için, birkaç noktada ben de hocamın çalışmasını kendi bilgilerim çerçevesinde analiz etmek istedim.

Tabii burada hocalarımın soyut ve ilkesel açıdan baktıkları aşikâr, ama ben de biraz işe pozitif hukuk açısından bakayım, biraz uygulama açısından bakayım istedim. Yani hocamın çalışmasındaki sistematığe bağlı kalarak, fazla haddimi ve zamanımı aşmadan bu işi bitirmek istiyorum ve sizleri fazla sıkmak istemiyorum.

Hocamız çalışmasının başlangıcında şekli kanun hassasiyetiyle başlıyor ve bizim hukukumuzda geçerli olan şekli kanun anlayışının, doğal olarak vergi hukukunda da görüldüğünü söylüyor. Ama hocam çok da yerinde olarak, işin maddi kanun anlayışının da vergi hukukunda yer alması gerektiğini söylüyor. Yaptığı açıklamalarla bunun ne kadar gerekli olduğunu bize anlatıyor.

Her şeyden önce biz vergi hukukunda kanun olsun, ama içeriği ne olursa olsun anlayışını benimseyemeyiz. Çünkü vergilendirme temel haklara yapılan en temel müdahale olduğuna göre, bunun karşılığında da hukuksal güvenliğin sağlanması açısından, elimizde olan en temel şey kanun. Dolayısıyla kanunun içeriği de bizim açımızdan çok ciddi önem taşımakta ve maddi kanun anlayışının bu noktada karşılığını görmekteyiz; ama yine hocam bir soru sorarak çalışmasına devam ediyor.

Peki, yasama organının bir kanun içeriğinde yer alması gereken unsuru ya da asgari ölçütleri ne olmalıdır? Bu tartışmaya açılıyor. Bu noktada mevzuatımızda herhangi bir düzenleme yok, ama yapılacak olan çalışmalar bakımından, bizim alanımızın hassasiyeti gereğince, bir kanunun içeriğinde yer alması gereken husus, mali yükümlülüğün temel unsurlarıdır hocamın belirttiği üzere.

Peki, biz bunu nasıl dolduracağız? Şimdi mali yükümlülüğün temel unsurlarını belirlemek noktasında, yasama organına tanınmış olan aslında ilkesel bir yükümlülük var. Fakat bu pozitif hukuka yansımış değil, bu boşluğu Anayasa Mahkemesi dolduruyor. Anayasa Mahkemesi verginin temel unsurları olarak sayılabilecek olan konu, yükümlü, matrah, oran gibi hususların mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiğini söylüyor,

ama doktrin biraz daha öteye gidiyor. Diyor ki, sadece bunlar yetmez, hukuksal güvenliğin sağlanması açısından ödev ve yöntemlerin de belirlenmesi gerekiyor diyor; bu da tamam.

O zaman biz burada şu soruyu sormak mecburiyetinde kalıyoruz. Peki, biz kanunlara ya da Anayasa'ya kazüistik bir sayım yöntemiyle verginin temel unsurlarını koymalı mıyız ki, yasama organına bir yön çizebilelim? Doğal olarak bu soru iki tane de cevapla birlikte yine soruyu getirecek.

Evet, sayabiliriz. Peki, sayarsak kaygı nedir? Ya yetersiz kalırsa bu sayım ya da saymayalım. Şu anda yaşadığımız belirsizlik bundan kaynaklanmıyor mu zaten? Tabii burada şöyle bir dipnot açmak zorundayız. Bizim Anayasamızın en temel özelliği kazüistik olması. Bu kazüistik yapılanma içerisinde Anayasamız ve anayasa hukuku, gerekli ya da gereksiz birçok alanı kazüistik olarak düzenlemektedir ve vergi alanında bile dünya anayasalarına göre, ekonomik ve mali hükümleri ayrıntılı olarak düzenlerken, neden vergi alanında kazüistik yöntemi tercih etmemiştir ya da etmemektedir? Bunun ne gibi sakıncası olabilir ki?

Bana sorarsanız hiçbir sakıncası yok. Aksine bunu yapmama biz, Anayasa Mahkemesi'ne aslında bir boşluğu doldurma ortamı bırakıyoruz. Bu boşluğu doldurma ortamından sonra, Anayasa Mahkemesi'nin yaptıklarını eleştiriyoruz. Doğal olarak hocamın söylediği gibi, yasama organına verginin temel unsurlarıyla ilgili, eksik ya da değil, ama bir buyruk getirecek şekilde, bir düzenleme ihdas etme mecburiyetimiz var.

Aksi takdirde, zaten verginin temel unsurlarının ne olduğu, ne olmayacağı konusundaki geleneksel anlayışın dışında, Anayasa Mahkemesi'nin öyle bazı kararları var ki, verginin temel unsurlarını gerçekten bizim düşündüğümüz gibi yorumladığını görüyoruz.

O halde, bizim aslında yapmamız gereken, yasama organına verilen görevin tam olarak yapılmasını sağlamak. Yani vergiyle ilgili düzenlemelerin içini doldursun, Anayasa Mahkemesi'ne

işin çoğunu değil, azını bıraksın. Anayasaya uygunluk denetimi için şans versin, ama boşluk doldurma şansını da minimum ölçüde versin. En azından bu konuyla ilgili hocamla aynı fikirdeyim ve daha da ileri giderek, en azından bu konudaki düzenlemelerden Anayasa'nın kazüistik bir sayımı yapmasının sakıncalı olmadığını kendi adıma düşünüyorum.

İkinci olarak, bu düzenlemeler ışığında, hocamın yine üzerinde durduğu hususlardan bir tanesi, Bakanlar Kurulu'na verilen yetkiler konusu. Tabii bu yıllardır vergi hukuku alanının bizlerden önce de tartıştığı ve halen tartışmakta olduğu bir konu. Ama Bakanlar Kurulu'na verilen yetki, yine hocalarımın belirttiği gibi, aslında kural haline gelmiş ve Bakanlar Kurulu kendisinde bunu hak olarak görmeye başlamış.

Oysa tartışılması gereken en önemli noktalardan bir tanesi, Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkra hükmünden ortaya çıkacak olan lafzın doğru yorumlanıp yorumlanmadığı konusudur. Özellikle orada geçen muaflik kelimesi - *ki, hocam tebliğinde yer veriyor* - md. 73/IV kapsamında Bakanlar Kurulu tarafından kullanılabilir mi, kullanılmalı mı? Bence hayır. Çünkü verginin yükümlüsünün kim olacağı konusunu kanuna bırakıyorsak, kim olmayacağı konusunu da Bakanlar Kurulu'na bırakamayız. Bu konuda istisnayı bırakmayı anlayabiliriz, ama muafiyeti bırakmayı bence anlayamayız gibi geliyor.

Zaten hocam muaflıkla ilgili eleştirisini yapmış, ama fazla derine girmemiş. Ben kendi adıma hocamın yaptığı eleştiriye biraz daha katkıda bulunmak için, md. 73/IV'teki muafiyet hükmünün Bakanlar Kurulu tarafından kullanılamayacağını düşünüyorum.

Ayrıca yine 73/IV'teki düzenlemede yer alan sıkıntılardan bir tanesi de, yine klasik olarak bilinen ve Anayasa Mahkemesi'nin karara bağladığı maktu vergiler konusudur. Md. 73/IV'le yapılan düzenleme Bakanlar Kurulu'na maktu vergilerle ilgili bir düzenleme yetkisi veriyor mudur? Ben yine bu kanaatte değilim. Çünkü kanunun alt ve üst sınırları içinde diyerek, 73. maddenin 4. fıkrası sınırı çiziyorsa - *ki, hocam tek tek*

*maddeler halinde sundu bize - o zaman biz burada maktu vergilerle ilgili düzenlemede, beğenelim ya da beğenmeyelim, pratik bulalım ya da bulmayalım, kanunilik hassasiyetini taşımak durumundayız diye düşünüyorum.*

Çünkü maktu vergilerle ilgili düzenlemede, biz işi sadece *“evet kanunla yetki verdik, kanun da maktu vergilerle güncelleme yetkisini Bakanlar Kurulu’na bıraktı”* dersek, bundan sonraki adımlarda sıkıntı yaşamaya başlarız. Çünkü zaten bizim alanımızdaki en büyük problemlerden bir tanesi, yetki veren kanunun içeriğini doldurma sorunu. Dolayısıyla bu noktada, biz aslında yetki veren kanunun içeriğini dolduramadığımız ölçüde, evet şeklen kanunilik ilkesinin var olduğunu, ama madden olamadığını, madden olmadığı noktada da önce temel hak ve özgürlüklere müdahalenin çok profesyonelce ve hukuki kılıfla yapıldığını, daha da öteye giderek hukuksal güvenliğin ortadan kaldırıldığını söyleyebiliriz diye düşünüyorum.

Kaldı ki, bunun bir adım ötesinde zaten Bakanlar Kurulu da, belirtilen md. 73/IV kapsamındaki yetkileri ve bu yetkileri dışındaki birçok konuda, kanunlarda Maliye Bakanlığı’na yetkiler devretmekte. Dolayısıyla buradaki unsurun aslında temel bir idare hukuku problemi olarak analiz edilmesi gerekiyor. Çünkü Maliye Bakanlığı’na yapılan devirlerin bir kısmının, alt yetki devri anlamına geldiği, aslında vergi hukuku alanında görülmektedir ya da görülecektir.

Oysa biz işin Bakanlar Kurulu kısmına takılıp kaldığımız sürece, Bakanlar Kurulu’nun Maliye Bakanlığı’na yaptığı yeti devrinin niteliğini incelemekten uzak kalırız. Oysa Bakanlar Kurulu’na yetki tanınmanın bile tartışıldığı yıllardır aşikârken, bir de Maliye Bakanlığı’na alt yetki devriyle bir devir sağlarsak, o zaman zaten işin içinden çıkamaz hale geliriz. Zaten Anayasa Mahkemesi burada zaten konuyu kestirip atıyor; *“kanunla yetki veriliyor, o halde düzenleme yapılabilir”* diyor. Peki, içerik? Anayasa Mahkemesi hiç içeriğe girmiyor. Hele son yıllardaki kararlarında, genellikle suya sabuna dokunmadan ve Funda hcamın da belirttiği gibi mali gerekçelerle hukuk devletini, hukuki güvenlik ilkesini ihmal ederek kararlar veriyor.



Yine Funda hocamın tebliğinde yer verdiği Anayasa Mahkemesi kararlarından bir tanesi, bizim alanımızla ilgili. Aslında anayasa hukuku açısından da tartışılması gereken bir alanı ortaya koyuyor. Şöyle ki, kararın hocamın verdiği bölümünde, Anayasa Mahkemesi yürütmeyi yetkilendiren dört halden bahsediyor ve bunların iki tanesini vergi alanına hasrediyor. Bir tanesini, bizim Anayasa 167. maddeyle ilgili halimiz, diğeri de Bakanlar Kurulu'na bırakılan yetki. Ki anayasa hukuku kitaplarının, en azından genel eserlerde, belirtilen kısmı şöyledir: Yasamanın yetkili olması istisnadır ve bu yetkili olmanın istisna olmasının da kendine has gerekçesi vardır.

Peki, vergi hukukunda md. 73/IV'ün ve 167/II'nin yürütme yetkisi olarak kabul edilmesinin ne tür bir gerekçesi olabilir? Ekonomiye hızlı müdahale, bence böyle bir gerekçe olmaz. Çünkü yürütmeyi yetkilendirdiğiniz vakit, bunun çok özel gerekçesini belirtmek zorundasınız ki, olağanüstü hal KHK'leriyle ilgili bu hassasiyet anlaşılabilir. Peki, ya vergideki anlayış? Aslında Anayasa Mahkemesi zaten 1961 Anayasası dönemindeki kararlarından 1982 Anayasası dönemindeki kararlarına geçişte hafif hafif sertleşmeye ve temel hak ve özgürlüklere müdahaleye müsaade etmeye başlarken, aslında çizdiği saha anlamında da bizleri zor durumda bırakmaya başlıyor ve yürütmenin elini kolaylaştıracak gerekçeler ihdas ediyor. Benim şahsi fikrim, vergi hukuku alanında anayasal yetkilendirme yapan madde 73 ve 167 hükümlerinin bir yürütme yetkisi olarak değerlendirilmeyeceği yönündedir.

Yine Funda hocamın, düzenleyici işlemlerle ilgili görüşüne katılıyorum ve burada tabii şu soruyu da aslında Funda hocam bize sordu: İdare, düzenleyici işlem yapma konusunda bu kadar serbesttir? Yani Anayasa bize idarenin düzenleyici işlemlerinden bahsederken, idare kalkıp bu düzenleyici işlemler dışına çıkabilmektedir. Peki, bu doğru mudur, hukuki midir ya da anayasal mıdır?

Bir kere buna en kolay cevabı şöyle verebiliriz idareyi kurtarmak açısından. Bir idari usul kanunu yoktur, o halde bu yola başvurabiliriz. Ama işin bir de şu kısmına gelelim: İdare



tüzük ve yönetmelik dışındaki araçları kullanmaya başladığında, bu sefer aslında yargının da koruması altına girmeye başlıyor. Çünkü idarenin tüzük ve yönetmelik dışındaki düzenleyici işlemleri açısından olaya baktığımız vakit biz şunu görürüz. Kesin ve yürütülebilir işlem sınırı var mıdır, yok mudur? Yargı bu konuda çok nettir. Kesin ve yürütülebilir nitelikte görmediği düzenleyici işlemler konusunda inceleme yapmamakta, ilk incelemede reddetmektedir.

O zaman tüzük ve yönetmelik dışındakileri kesin ve yürütülebilir nitelikte kılma yönünde, idarenin aslında bir yükümlülüğü olmak zorundadır. Tabii karşı yönden şu soruyu da soralım bence. Peki, yaptıkları yürütmenin ya da idarenin iç işleyişine ait olmakla birlikte, acaba kesin ve yürütülebilir mi, mükellefin hukukunu etkilemekte midir? Şüphesiz bence. Dolayısıyla mükellefi bu noktada Bakanlar Kurulu'nun elindeki adsız işlemleri kullanırken, yargı nezdinde korumak gerekir diye düşünüyorum. O noktada Funda hocamın çizdiği sınırı biraz daha sertleştirilmesi gerektiğini ve idari usul yokluğunun bence burada gerekçe olmayacağını düşünüyorum.

Bunun dışındaki konuşmalarla ilgili olarak hocalarımız zaten geriye yürümezlik ve bütçeyle ilgili görüşlerini sundular. Ben sizleri daha fazla sıkmamak için burada kesip hepinize beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-** Çok teşekkür ederiz. Toplantımızın ilk iki bölümünü, yani bildirimler ve yorumlar kısımlarını tamamlamış olduk. 17.00'ye kadar çay kahve arası verip 17.00'de tartışma bölümü için toplanacağız. Buyurun efendim.

*(Çay kahve arası verildi)*



*Kamu Hukukçuları Platformu*

---

*Hukuk Güvenliği*

**BİRİNCİ GÜN**

**Dördüncü Oturum**



**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)-**

Sayın uğraşdaşlar, meslektaşların öz Türkçesi uğraşdaşlarıdır. Ben genç kuşaktan olduğum için, daha çok Türkçe kullanıyorum. Sayın uğraşdaşlar, değerli katılımcılar, bugünün son oturumunu yönetme görevi bana verildi. 16.45'te başlamamız gerekiyordu;15 dakika gecikme ile başlıyoruz. Bu tür gecikmeler doğaldır. Yani bir böyle bir toplantı için çok değil, az bile sayılır.18.45'te bitirmeyi hedefliyoruz. Söz alanların süreye riayet etmelerini rica ediyorum, ama sürenin ne olduğunu bilemiyorum. Herkes kendi sorusunun ne kadar süre alacağını kendisi takdir etsin.

Vaktiyle Burhan Felek diye bir ünlü yazar vardı, yazılarında sık sık fıkra anlatırdı. Onun söylediği bir söz var: "Her fıkranın kaldıracağı belli bir söz sayısı vardır" derdi. Yani herkes kendi sorusunun ne kadar zaman alacağını kendisi takdir etsin.

Aysun Hanım, KKTC Yakın Doğu Üniversitesi'nden genç meslektaşımız. Soruların toplanmasında ve sıraya konulmasında bana yardımcı olacak. Ben başkanlık yetkisini kötüye kullanarak, ilk sözü kendime veriyorum. Selda Hanımla ilgili yorumlarımı söylemeye fırsat buldum, fakat diğer konuşmacı arkadaşlarla ilgili iki küçük not eklemek istiyorum.

Bir tanesi sevgili Tuğrul Katoğlu kardeşimizin sunumunda bahsettiği Celal Bayar'ın "*Yassıada Duruşmaları*" diye tarihe geçen mahkemede yargılanmasıyla ilgili. Aramızda yaşı müsait

olan birkaç kişi var belki bu olayları hatırlayacak, belki de ben-  
den başka kimse yok. O zamanki Ceza Kanunu'nda 65 yaşını  
geçenler hakkında verilmiş ölüm cezalarının infaz olunmayaca-  
cağı, ömürboyu hapse dönüşeceği hükmü vardı.

O dönemde, yasama yetkisini fiilen elinde bulunduran Mil-  
li Birlik Komitesi adındaki askeri kurul, bu hükmü kaldırdı.  
Böylelikle 65 yaşını geçmiş olan Celal Bayar hakkında verile-  
cek ölüm cezasının infazı mümkün hale getirildi. Bu konuda  
da bir mütalaa yazıldı. Altında o zaman bize hocalık etmiş Sıd-  
dık Sami Onar, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu gibi çok değerli in-  
sanların imzaları vardı. Benim hatırladığıma göre Faruk Erem  
imzalamayı reddetmiş derlerdi, ama durumun pek de öyle ol-  
madığı hakkında da rivayetler var.

Hukuk tarihimizde övünçle anılacak bir sayfa oluşturma-  
dı bu "mütalaa". Gereçesi de şuymuş: Celal Bayar duruşma-  
lar sırasında bütün suçları üstüne alır, nasıl olsa ben ölümden  
kurtuldum diye, diğer sanıkları kurtarır, diye düşünülmüş!  
Yani hukuki bakımdan gerekçe olarak kabul edilemeyecek bir  
gerekçe. Ayrıca yargılama tekniği açısından ne kadar "amaca  
uygun bir değişiklik" bilmiyorum. Bu, hukuk tarihimizin pek  
parlak olmayan bir sayfasına sevgili Katoğlu'nun sunumu ve-  
silesiyle değineyim dedim.

Bir de şu var: genç kuşaklar olarak, tabii biz de böyleydik;  
yakın tarih konusunda bilgilerimiz pek net olmayabilirdi; İkinci  
Meşrutiyetle Birinci Meşrutiyeti, Balkan Harbi ile Birinci  
Dünya Harbini filan karıştırdığımız olurdu. Şimdiki genç ku-  
şaklar da aynı durumda; 12 Eylül'le 27 Mayıs'ı, 12 Mart'ı filan  
karıştırıyor olabilirler diye, ara sıra böyle açıklayıcı bilgiler ver-  
meyi yararlı görüyorum.

Sayın meslektaşımız Funda Başaran Yavaşlar'ın sunumuyla  
ilgili bir-iki küçük nokta söylemek istiyorum. Bir tanesi, Fun-  
da Hanım çok iyimser bir yaklaşımla, "Anayasa Mahkemesince  
iptal edileceği biline biline yasama organı kanun çıkarmaz" gibi bir  
cümle söyledi. Ben kendisini bu iyimserliğinden dolayı kutlu-  
yorum, ama aynı iyimserliği paylaşamıyorum. Çünkü yakın

geçmişimizde, örneğin Turgut Özal'ın başbakanlığı zamanında, yabancıların Türkiye'de taşınmaz mal edinmesinin daha liberalleştirilmesi diyelim, serbestleştirilmesiyle ilgili kanun çıkarıldı, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi. Kelimeler biraz değiştirilerek tekrar çıkarıldı, tekrar iptal edildi. Yanlış hatırlamıyorsam - sevgili Işıl Özkan ayrıldı mı aramızdan? Belki o hatırlar - sekiz veya dokuz, yanılıyor olabilirim, ama en aşağı üç-dört defa, aynı içerikle değiştirildiği muhakkak.

Turgut Kazan ne der bilmiyorum ama, bile bile, ısrarla aynı kanunu anayasaya aykırı olduğu bilinerek çıkarma, anayasayı ihlal suçunu oluşturmuyor mu?

Berke Özenç arkadaşımız, Anayasa'nın 167. maddesinin 2. fıkrasından bahsetti. O hükmü size söylememe, hatırlatmama gerek yok. Sorum şu: AB üyeliği eğer bir gün gerçekleşir ise, acaba bu hükümle bağdaşır mı Avrupa Birliği üyeliği? İkincisi de, bir genç arkadaşım hatırlattı, eğer böyle bir sorun ileride çıkacak değil, halen de çıkmış olabilir. Gümrük Birliğiyle Anlaşması ile nasıl bağdaşıyor bu madde?

Bu soruları da size yönelttikten sonra gelelim bir numaralı işimize: Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler arkadaşımızın sorusu var Funda Başaran'a vergi oranlarıyla ilgili.

### **Prof. Dr. Kemal GÖZLER-**

Öncelikle Funda Hanımın bildirisini çok sevdiğimi belirtmek isterim. Çok rahat bir şekilde izledim. Belki benim kullandığım argümanlara yakın argümanlar kullandığı içindir.

Bir noktada onun kullandığı bir argümanla ilgili tam öyle düşünmediğimi belirtmek isterim. Anayasa madde 73/III'te vergi koymakla ilgili genel hükmün konulduğu, 73/IV'te de kanunun belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içinde vergi oranlarında değişiklik yapma yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verildiğini belirttiniz. Bu hükmün istisna getiren bir hüküm olduğunu ve istisnaların dar yorumlanması ilkesi gereğince bu hükmün dar yorumlanması gerektiğini söylediniz. Bundan şöyle bir sonuç çıkardınız: Kanun, Bakanlar Kurulu'na vergi

oranını örneğin yüzde 35'ten yüzde 10'a kadar indirme yetkisini vermiş ise, bu kanun anayasaya uygun, ama yüzde 0'a kadar indirme yetkisi vermiş ise, anayasaya aykırı olacaktır. Zira kanunun Bakanlar Kurulu'na vergi oranını yüzde sıfıra indirme yetkisini vermesi, verginin fiilen kaldırıldığı anlamına gelebilir. Dolayısıyla ortada tereddütlü bir durum vardır. Tereddütlü durumlarda ise dar yorum yapmak gerekir. Dar yorumla, Anayasa madde 73/IV'ün, vergiyi kaldırma yetkisinin değil, vergi oranını indirme ya da artırma yetkisini Bakanlar Kurulu'na verdiği söylenebilir.

Ben tam öyle düşünmüyorum, sebebi şu: Bakanlar Kurulu'na bir vergi oranını sıfıra indirme yetkisinin kanunla verilmesi, vergilerin kanunla konulacağı kuralı karşısında bir istisna getiren bir hüküm müdür? Ben vergi oranının sıfıra indirilmesinin genel hüküm karşısında bir istisna olmadığını düşünüyorum. Burada "genel hükmün" ne olduğu tespit etmek lazım. Genel hüküm, sıfat-ı asliyeyi, yani genel niteliği düzenleyen hükümdür. İstisna hükmü ise, sıfat-ı arızayı, yani arızî niteliği, sonradan ortaya çıkan niteliği düzenleyen hükümdür. Verginin olması veya olmaması konusunda sıfat-ı asliye nedir? Sıfat-ı arıza nedir? Verginin olması mı asıldır? Olmaması mı?

Kanımca vergilendirme işlerinde asıl olan şey, insanların devlete vergi vermemesidir. İnsanların devlete vergi vermesi sıfatı asliyedir, asıl nitelik budur. Yeryüzünde vergi sonradan ortaya çıkmış bir şeydir. İnsan denilen varlık devletten de, dolayısıyla devlete ödenen vergiden de eskidir. Sonradan ortaya çıkan şey vergidir. Yani insanların vergi vermesi, sıfat-ı arıza, Latincesiyle *accidentalialia*'dır. Genel hüküm, sıfat-ı asliyeyi düzenleyen hükümdür. İstisna ise sıfat-ı arızayı düzenleyen hükümdür. O hâlde insanların devleti vergi vermemesi genel hüküm, insanların devlete vergi vermesi istisnadır.

Dolayısıyla genel hükmü genişletici yoruma tabii tutmamız lazım, sıfatı arıza niteliğindeki hükmü, yani istisna getiren hükmü ise daraltıcı yoruma tabi tutmamız lazım. Bu şu anlama gelir: Kanunla vergi konulması istisnadır; kanunla konulan verginin kaldırılması veya oranını sıfıra indirilmesi ise sıfat-ı



asliyeye geri dönüştür. Sıfat-ı asliyeden ayrılmak, sıfat-ı arıza cari kılmak için kanuna ihtiyaç vardır; ama sıfat-ı asliyenin kanuna ihtiyacı yoktur.

Bu sadece benim hukuk teorisinden çıkardığım, fıkıh usulünden çıkardığım bir sonuç değildir. Bu sonucu pozitif anayasa hukukumuzdan da çıkarabiliriz. Bakanlar Kurulu'nun, kanunun koyduğu vergiyi kaldırmakla, Anayasa'da çiğnediği bir hüküm yoktur\*. Bütün kanunilik ilkesinin temelinde Anayasamızın 13. maddesi yatar. 13. madde der ki, temel hak ve hürriyetlere ancak kanunla sınırlanabilir. Vergiyi kaldırarak hangi temel hak ve hürriyet sınırlandırılıyor? Verginin kaldırılması temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması değil, artırılması, genişletilmesi demektir. Temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmak için kanun gerekir; artırmak için değil. Açıkçası vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini sınırlandırırken kanun gerekir; arttırırken değil.

### Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)-

Değerli katılımcılar, usulü hatırlatayım. Herkes söz alabilir öngörülen usul dairesinde, yani yazılı olarak bize ismini bildirmesi şartıyla. Katılımcılar da, yarın topluca eleştirilere ve yorumlara cevap verecekler. Şu anda karşılıklı konuşmaya imkân vermemek durumundayız. Ama siz eğer bir katkıda bulunmak veya soru sormak istiyorsanız kürsümüz açıktır. Teşekkür ederiz.

Buyurun Kemal Bey devam edin.

\* **Kemal Gözler'in redaksiyon aşamasındaki notu:** Tartışmadan sonra, yukarıda yaptığım yorumumun (vergiyi kaldırmak için kanuna gerek olmadığı yolundaki düşüncemin) tutarlılığının Anayasamızın 73'üncü maddesinin "vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülükler, kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" diyen üçüncü fıkrası hükmü karşısında isabetinin şüpheli olduğunun farkına vardım. Madde 73/III'te açıkça "vergi..., kanunla ... kaldırılır" denmektedir. Dolayısıyla bir verginin Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılmasının Anayasamıza aykırı olacağı söylenebilir. Bu nedenle madde 73/III'teki, verginin kanunla kaldırılacağı yolundaki hükmün liberal bir hukuk mantığıyla bağdaşmadığını iddia edebiliriz. Liberal bir anayasa, verginin kanunla konulmasını şart koşmalı, ama kaldırılması için böyle bir şart koşmamalıdır. Liberal bir anayasa, yasama organı tarafından kanunla konulan bir verginin Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılabileceğini öngörebilir.

KEMAL GÖZLER'İN  
KONUŞMASI

### **Prof. Dr. Kemal GÖZLER-**

Yani liberal bir hukuk sisteminde özgürlük asıldır, liberal bir hukuk sisteminde vergi vermemek asıldır. Dolayısıyla vergi koymak için kanuna ihtiyaç var, vergiyi kaldırmak için kanuna ihtiyaç olamaz. Eğer biz vergi vermemek için kanun lazım diyorsak, bu bizim liberal bir hukuk sisteminden, totaliter bir hukuk sistemine girdiğimiz anlamına gelir. Totaliter bir hukuk sistemindeki temel mantık, hürriyet sahibi olmanız için kanuna ihtiyacınız olduğudur. Oysa liberal bir hukuk sisteminde hür olmamız için, kanunun bize hürsün demesine ihtiyacımız yoktur. Vergi vermemek için, kanunun sen vergi vermeyebilirsin demesine ihtiyaç yoktur.

O nedenle ben Bakanlar Kurulu'nun vergi oranını yüzde sıfıra indirebileceğini, bunda ne anayasaya bir aykırılık, ne hukuk teorisine bir aykırılık olduğunu düşünmüyorum.

Çok teşekkürler. Tekrar belirteyim, çok güzel bir tebliğ dinledim, çok teşekkürler ve aynı dilde konuştuğumuz için de çok mutlu oldum. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturma Başkanı)-** Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler'e teşekkür ediyoruz. Çok tahrik edici, her zamanki gibi bir şeye; sanıyorum yarın bunun üzerine bir hayli tartışma yapılacak.

Şimdi sırada Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç var. Buyurunuz efendim.

### **Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ-**

Adım Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji kürsüsünde çalışmaktayım.

Öncelikle bu güzel toplantı için düzenlemeyi yapan ve emeği geçen herkese içtenlikle teşekkür etmek istiyorum. Usule ilişkin bir şey önererek başlamak isterim. Benzeri bir toplantıyı daha önce Barolar Birliğinin hukuk günleri çerçevesinde yapmıştık. Yani sunuşun yapılmasının hemen peşinden tartışmacıların ve peşinden belki o tartışmacılardan sonra değerlendir-

YASEMİN IŞIKTAŞ'IN  
KONUŞMASI

menin yapılmasının fikri bütünlüğü daha fazla sağlayacağıyla ilgili bir öneride bulunmak istiyorum. Elbette takdir size aittir.

Şu âna kadar sunulan tüm tebliğler son derece başarılıydı, iftihar ettim genç arkadaşlarımla, tebrik ediyorum kendilerini. Kıymetli dostum Gülsen Güneş, hukuk felsefecisi olarak tebliğlerde geçen terim ve kavramların daha açık olarak tanımlanması ile ilgili görevi biz hukuk felsefecilerine yönlendirdi.

Kıymetli hocam Prof. Dr. Vecdi Aral'ı anarak başlamak isterim. Biz İstanbul'un hukuk felsefesi çalışanları olarak hukuk güvenliği kavramını, hukukun düzen fonksiyonundan giderek açıklamayı tercih ediyoruz. Hukukun ontolojik tanımını verdikten sonra, hukukun üç fonksiyonuna işaret ediyoruz ve düzen fonksiyonu altında hukukun sağladıkları içerisinde ele alıyoruz güvenliği.

Güvenlik kavramını da iki temel ayrıma tabi tutarak ele almaktayız. Birisi, hukuk aracılığıyla güvenlik; diğeri ise, hukukun güvenilir olması. Sanıyorum bu terminolojik ayırım eski de bir ayırımdır ve oldukça kıymetli olduğunu düşünüyorum. Yani Türkçe kullanımı açısından hukuki belirsizliğin, güvenlikle ilgili kavramların tamamını karşılamak için yetersiz olduğunu düşünüyorum. Biraz Anglo-Sakson eğilimler dolayısıyla da bu karışıklık belki ortaya çıkıyor.

Kıymetli hocam bu ayrımı yaptıktan sonra, güzel bir örneklerle şöyle derdi: *"Hukuk aracılığıyla güvenlik, şemsiye gibi yağmurdan bizi koruyan hukuk"* üstümüzü kuşatan manasında ilkesel anlamda; diğeri de, hukuki argümanın kullanım kolaylığını temin etmekle ilgili, uygulanan hukukun güvenilir olmasıdır.

Hızlıca devam etmek istersem, bir noktayı daha belirtmek isterim. Leon Fuller'ın *"Kral Rex'in Masalı"* diye anlattığı güzel bir örnek var. Kral Rex hukuk yapmak istiyor, kendi toplumsal yaşamını da düzenlemek için. Geneli kapsamayan, canı istediği zaman kaldırabileceği, terimlerinin belirsiz olduğu bir hukuk yapıyor ve bundan bir düzen çıkmasını bekliyor, olmuyor. Yani yasalı olmak, hukuk güvenliğini temin için belki bir

başlangıç koşul, ama iyi yasalı olmak sanıyorum hukuk güvenliğini asıl sağlayan şeydir.

Çok detaylandırmadan, kıymetli dostlarımla da belirttiği şeyleri belki ilkesel bazda tekrar ele almak isterim. Genellik, ilan edilmiş olma, yani açıklık ilkesi, hukukun geriye yürümezliği, çelişmezlik ilkesi, uyma imkânı, yani gerçekleştirilebilme imkânı, süreklilik, ilan edilen kurallarla uygulanan kurallar arasında bir bütünleşme; hukukun güvenilir olmasının temini açısından bu ilkelerin tamamı talep edilmektedir. Bunların tamamını talep ediyoruz hukuk argümanının bizim için bir güvenlik ortamını sağlayabilmesi için.

Tabii, bir felsefeci olarak şunu çok rahat bir şekilde de sorabilirim: Acaba bu saymış olduğumuz şeyler ahlaki ilkeler midir, yoksa usule ilişkin midir? Usulle içerik arasındaki mesafenin sanıldığı kadar uzak olmadığını biliyoruz. Usul aslında içeriğin gerçekleşme koşulları. Hukuk bu nedenle düzen fonksiyonu üstünden güvenliği ortaya koyabilir. Yani usulü net bir şekilde konulmamış bir hukuktan, adaleti veya uygulama başarısını çıkarma imkânına sahip değiliz.

Yine Fuller'la ilgili bir başka saptamada daha bulunmak isterim. Bu saymış olduğumuz niteliklere sahip güvenilir hukukun, aynı zamanda sosyolojik karşılığı olan yöneten yönetilen arasındaki ayırmda bir hakkaniyet çizgisi oluşturup oluşturmayacağına da sorgulanması gerekir; biraz üst perdeden bir soru soruyorum. Yani bizlerin niçin hukuka razı olduğumuzla ilgili sorunun cevabının da yine nitelikle hukuki argümanın ortaya çıkışıyla bağlantısını gösterdiğini belirtmek istiyorum.

Evet, "niçin razıyız hukuk içerisinde yaşamaya?" Çünkü bu hukuk bizim için aynı zamanda kabul ettiğimiz, rızamızı esas alabilen bir standarda dönüştüğü için. Yani adillikle ilgili tartışmayı konunun dışında bırakarak güvenliği temin etmek mümkün değildir.

Bir son söz belki; o da 5. yüzyılda Aziz Augustinus'un söylediği bir söz. "*Adalet olmadan devlet nedir ki? Büyümüş haydut çetelerinden başka.*"

Teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)-**

Sayın Prof. Dr. Işıktaç'a katkılarından dolayı teşekkür ediyoruz. Şimdi sırada KKTC'den, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nden genç bir meslektaşımız var, araştırma görevlisi Erkut Ziya Sivrikaya. Buyurun Erkut Bey. KKTC yasalarından örneklerle katkıda bulunmak istediğini belirtmiş. KKTC yasaları konusunda uzman olduğunu söyleyebilirim. Son zamanlarda KKTC Meclisi'ne yardımcı oluyor, organ nakliyle ilgili bir yasa çalışmasında.

**Arş. Gör. Erkut Ziya SİVRİKAYA-**

ERKUT ZİYA  
SİVRİKAYA'IN  
KONUŞMASI

Evet hocam umarım gerçekten öyle olur. Bakalım yasa hele bir çıksın da, henüz bir şey söylemek için erken. Hocalarıma ve bütün meslektaşlarıma saygılarımı sunarım öncelikle.

Ben, biraz Kıbrıs yasalarından örnek vermek istiyorum. Nasıl olmaması gerektiğine ilişkin. Yalnız Fazıl hocam da az evvel beni ikaz etti; "Kıbrıs hukukuna bu kadar haşın davranma, sırf kötü yönlerinden bahsediyor gibi görünme, güzel uygulamaları da var" diye.

Bundan evvelki toplantıda da Kıbrıs hukukundan bir örnek vermiştim, ailenin soyadı meselesi üzerine. Yani yeri geldiğinde güzel örneklerini de veriyorum.

Şimdi Selda hocam, Tuğrul hocam, Funda hocam hepsi hukuk güvenliği, hukukun bilinebilirliği, erişilebilirliği meselesinden bahsettiler. Benim vereceğim örnek Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza Yasasından. Hukuk güvenliği açısından yasaların nasıl olmaması gerektiğine dair güzel bir örnek bu. Vatana ihanet suçunu tespit eden madde KKTC Ceza Yasası madde 36.

Maddenin başlığı şu şekilde, daha maddenin başlığını okuduğum anda zaten hepiniz fark edeceksiniz, böyle olamaz diye. "İngiliz Yasalarına göre vatana ihanet suçu" maddenin başlığı; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza Yasasından bahsediyoy-

rum. Kıbrıs bir zamanlar kolonyayken elbette ki bir manası olabileirdi bu maddenin, ama artık Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti bağımsız bir devlet olduğu için, tutup da Ceza Yasasında başka bir ülkenin parlamentosunun çıkarttığı yasalara gönderme yapıyor olması ne kadar doğru? Yani şekli açıdan, fiziki açıdan erişilebilir değil. Yani Kıbrıs Resmi Gazetesi'nde yayınlanmıyor. Anlam açısından erişilebilir değil. Yani açık değil, açıklanabilir değil, İngilizce. Adeta KKTC vatandaşlarından İngilizce bilmesi ve İngiliz mevzuatını takip etmesi beklenmektedir. Vatana ihanet suçu KKTC Ceza Yasasında ölümle cezalandırılabilen bir suç olarak düzenlenmiş. Evet, bu arada Kıbrıs'ta hâlâ ölüm cezası var. Ölümle cezalandırılabilen bir suç, ama suçun tanımı yok. *“İngiltere’de yürürlükte olan yasalar uyarınca, plânlanması, tahayyül edilmesi, icat edilmesi, tasarlanması veya niyet edilmesi ihanet oluşturan herhangi bir fiil, konu veya teoriyi plânlayan, tahayyül eden, icat eden, tasarlayan veya niyet eden ve bu tür bir plânlama, tahayyül, icat, tasarlama veya niyeti, herhangi bir basılmış veya yazılmış yazıyı yayınlamak yolu ile veya başka bir açıkça görülebilen bir fiille ifade eden, tedavüle koyan veya beyan eden veya İngiltere’de işlenmesi halinde, ilgili zamanda İngiltere’de yürürlükteki yasa uyarınca hıyanet sayılan bir fiili işleyen herhangi bir kişi hıyanet suçu işlemiş olur ve ölüm cezası ile cezalandırılabilir”*. Gayet de kendisini belli ediyor, böyle bir madde nasıl olur Allah aşkına?

Ne şekil açısından, ne anlam açısından erişilebilir, anlaşılabilir, sistematik olarak Kıbrıs Türk hukukuyla bütünlüğü olmayan bir madde. Aynı şekilde KKTC Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası madde 3 İngiliz yasalarının ne zaman uygulanacağına dair bir düzenleme içeriyor.

Tuğrul hocam doğaya aykırı cinsel münasebetten bahsetmişti. Kıbrıs Ceza Yasasında belki duymuşsunuzdur, doğaya aykırı cinsel münasebet suçu vardır. Fakat bu suçun da tanımı yok. Sadece doğaya aykırı cinsel ilişki suçu denilmiş. Zaman zaman basında, Kıbrıs'ta “eşcinsellik suçtur” şeklinde haber çıkıyor. İşte doğaya aykırılık olarak eşcinsellik farz ediliyor, ama yasa tanımlamıyor, yasa eşcinsellik dememiş, sadece “doğaya aykırı cinsel münasebet” demiş.

Mahkeme kararlarına bakıyoruz, yani Kıbrıs Türk mahkemeleri hangi şartlarda bu suçtan yargılamış bir kimseyi diye. Sadece eşcinsellik değil, homoseksüel veya heteroseksüel ilişki fark etmez, eğer ilişki anal yolla gerçekleştirilmişse doğaya aykırı kabul ediyor Kıbrıs Türk mahkemeleri. Ama bu suçun tanımında tam olarak belirtilmemiş, mahkeme yorumluyor bunu çıkartıyor.

Bir de az evvel Yasemin hocam çok güzel bahsetti, ben ne diyeyim. Kendimce bir not tutmuştum, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliğiyle ilgili. Sedat Çal hocam da bahsetti, Durmuş hocam da bahsetti, Rona hocam da bahsetti. Bence de, nasıl hukuk devleti ve kanun devleti bir değilse, hukuki belirlilikle hukuki güvenlik, aynı şey değildir. Ama ben Durmuş hocama hak veriyorum. Yani aynıdır, çünkü galiba, Tuğrul hocam sizin tebliğinizde geçiyordu değil mi? Avrupa Birliği metinlerinde İngilizce metinlerde hukuki kesinlik, Fransızca metinlerde ise, hukuk güvenliğinin Fransızca karşılığı olarak geçiyor ve Avrupa Birliği bu metinlerin her ikisini birbirine eş sayıyor. Yani Fransızca hukuk güvenliği, İngilizce hukuki bilinebilirlik demiş ve birbirine eş saymış bunları, aynı manayı yüklemiş.

Dolayısıyla evet, ikisi de aynı şeydir ama aslında arada bir nüans da vardır demek istiyorum. Hani şimdi demeyin, Erkut çıktı ne şiş yansın ne kebab diye herkese hak veriyor. Hocam az evvel bahsetti, KKTC organ nakil yasası üzerine çalışıyorum. Avrupa Birliği'nin 2004 tarihli bir direktifi var organ nakline ilişkin. Avrupa Birliği ülkeleri arasında organ nakli alanında işbirliği yapılmasını sağlıyor. Avrupa Birliği diyor ki, tüm üye devletler zaten organ nakil sistemini oturtmuş temel ilkeleriyle, şimdi üye devletler arası işbirliği sağlayalım bir transplantasyon bölgesi oluşturalım. Teknik detayları düzenleyen bir direktif bu. Şimdi KKTC bunu yasa olarak alıp temel ilkeleri, yani şu an yürürlükteki yasayı, ki 1979 tarihli Türkiye Organ Nakil Kanunu'nun aynısıdır, yürürlükten kaldırıp teknik düzenlemelere ilişkin bu AB direktifini yasa olarak düzenlemeye çalışıyor.

Orada şöyle bir madde var, organ, yani insan kökenli biyolojik maddelerin ülkeler arası değişimine ilişkin. İngilizce metin



“import/export”, Almanca metin “Einfuhr/Ausfuhr”, Fransızca metin “importation/exportation” diyor. Yani Türkçe’ye tercüme edersek “ithalat/ihracat” olur. Ama aynı direktifi Türkiye tüzük olarak düzenlemiş ve “yurtdışına gönderilmesi/yurtdışından getirilmesi” ibaresi kullanılmış. İşte KKTC’de bu yasa tasarısı hazırlandığında, bu direktifi Türkçe’ye tercüme edip üzerine biraz daha fazladan hükümler ekleyip genişletip uzatıp biraz bozmuşlar. Sadece ithalat-ihracat deseler, Avrupa Birliğiyle uyum çerçevesinde kabul edilebilir, dahil edilmesi-hariç edilmesi kastedilmiş diyeceğim. Ama diyorlar ki: “Hücre ve dokuların ithalat-ihracatı, organların ülkeler arası değiştirilmesi”. Sonradan tasarıyı hazırlayan komisyon başkanı “ithalat/ihracat” ibaresini çıkartacağını belirtti, umarım öyle olur.

Buna ben niye girdim? Hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik arasında bir fark vardır, ama mecburen aynıdır. Avrupa Birliği metinlerinde aynı şekilde kabul edilmiştir diyoruz ya. İşte aynı şekilde Avrupa Birliği’nde İngilizce metinlerde “import/export” şeklinde, Almanca “Einfuhr/Ausfuhr” şeklinde düzenlenen direktif, bizde “yurtdışından getirilmesi/yurtdışına gönderilmesi” şeklinde düzenlenmiş. Esasında farklı terimlerdir, ama aynı anlamı taşımaktadırlar.

Bir de az evvel hocam kapitülasyonlardan bahsetti. Ben hukuk tarihçisi olduğum için hemen dayanamadım, oradan da biraz kısaca bahsetmek istiyorum. Nami hocam dış ticareti düzenleyen kapitülasyonlardan bahsetti. Fakat bunun başka türlü yapılabilmesinin imkânı yoktu evvelden. Yani evvelden İslam hukuku çerçevesinde bir “Dar’ül İslâm” olur, bir “Dar’ül Harp” olur, bir de ikisinin arasında bir “Dar’ül Aht” olur. Yani Müslüman ülke olmayıp da, bir ahitname imzalandığı için, arasında bir ilişkinin devam ettiği ülke. Yani ahitname yapılmamışsa, zaten o ülkeyle ticaret yapılamaz. O ülkenin bayrağını taşıyan gemiler düşman gemi sayılıp yağmalanır. Yağma da hukuki bir müessesedir o yıllarda. Yani sadece bizde değil, Avrupa’da da. İşte “De Jure Praedae” diye Grotius’un meşhur bir kitabı var. Hani Mare Liberum da bunun ufak cüzü oluyor.



Bu kadar şimdilik, ben daha fazla vaktinizi almayayım. Hatta biraz fazla vaktinizi almış olabilirim. Çok teşekkürler. (Alkışlar)

### **Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)-**

Teşekkür ederiz. Yani daha devam edecekseniz vakit var. Teşekkürler efendim.

Başkanlık yetkilerimi bir kere daha kısaca kötüye kullanarak, bir bilgiyi sizinle paylaşmak istiyorum; bilenler yok değildir. Kapitülasyonların kaldırılması girişimi, İttihat ve Terakki hükümeti tarafından Birinci Dünya Savaşı başlangıcında yapılmıştır. Tabii o zaman kapitülasyonlar, tanınmış olan devletlerin büyük bir kısmı İngiltere, Fransa, İtalya gibi, zaten düşman kategorisinde olduğu için onlarla ilgili imtiyazları kaldırmakta bir sorun yok. Fakat buna o zamanki çok kıymetli müttefikimiz, Osmanlı Devleti'ni savaşa sürüklemiş Almanya bile karşı çıkmıştır. Bir dipnot bilgisi olarak takdirlerinize sunarım.

Evet, şimdi yine Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden çok değerli kadim dostum meslektaşım Yıldırım Uler sırada görünüyor. Kendisi bir hayli uzakta, o gelene kadar ben şöyle diyeyim; Yıldırım Uler İstanbul Hukuk Fakültesi'nden mezun olup Ankara Hukuk Fakültesi'nde asistan olarak akademik hayata adım atmış. Şimdi de Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yakın Doğu Üniversitesi'nde dekan olarak görev yapmaktadır.

### **Prof. Dr. Yıldırım ULER (KKTC Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-**

YILDIRIM ULER'İN  
KONUŞMASI

Sırf kayda geçmek için galiba söz aldım ben, ama gelmişken bir daha altını çizeyim. Hakikaten kapitülasyonlar kaldırıldığı zaman Almanya kıyameti kopartmıştı ki, o sırada bizim müttefikimiz, düşmanımız değil. Hep birlikte kıyamet koparttılar.

Şimdi şunu söyleyeyim: Aslında benim Selda'yı kenara çekip işte bu da var demem uygundu, ama mademki geldim biraz daha uzatayım. Şimdi Yasemin Hanım hukukun güve-

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

YILDIRIM ULER'İN  
KONUŞMASI

nirliliğinden söz etti değil mi? Hukukçunun güvenilirliği ne acaba, biz nasılız? Şu torba yasalar çıkıyorsa eğer Türkiye'de, yani utanmamız lazım, gerçekten utanmamız lazım. Olacak şey değil, hakikaten olacak şey değil. Ama başka bir torba söyleyeyim sana; şu tam temel olan Anayasa.

Mesela Anayasa'nın 125. maddesine şöyle bir bakalım. Bu Burhan Felek'in dediğinden fazla kaç laf kaldırır? Kıyamet kadar laf kaldıracak bir şey. Bu 125. madde, uzun bir halde şu anda. Çünkü torba olarak dolduruldu bu. 114. maddeyken 1961 Anayasası'nda, birer cümlelik üç fıkra halindeydi. Anlamı fıkralardan ikinciye de çıkartsan, çok anlamlı fıkralardı bunlar. 1971'den itibaren kepçe kepçe bunlar dolduruldu içine. Son derece anlamsız, yani bunun ayrıntısına girmeye kalkarsam, hakikaten bitmez bu iş.

Hukuku etkileyecek olanlar, hukukçuyu çekiyor, yahu diyor işte şikâyetimiz şunlar, sen bir madde yazıversene. Hukukçu da yazıveriyor, ama hiçbir anlama gelmiyor. Yani iyice zırva şeyler çıkıyor. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)-** Çok teşekkürler katkısı için Sayın Yıldırım Uler'e. Şimdi sırada Yrd. Doç. Dr. Bülent Yücel Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden. Buyurun.

Bülent Yücel arkadaşımız Anayasa Hukuku Anabilim dalı öğretim üyesi.

BÜLENT YÜCEL'İN  
KONUŞMASI

**Yrd. Doç. Dr. Bülent YÜCEL (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-**

Öncelikle bu saate kadar yapılan sunum ve yorumlar için bütün hocalarımıza çok teşekkür ediyorum.

Genelde pozitif hukuk üzerinden sürdürülen açıklamalar ve tartışmalara farklı bir bakış açısıyla katkı sunmak isterim. Benim anayasayı ve anayasa hukukunu algılayışım ile ilgili olsa gerek, meselenin daha siyasal yönü ilgimi çekiyor. O yüzden "hukuk güvenliği" ya da "hukuki belirlilik" kavramlarına ilişkin olarak parlamentoyu çok önemsiyorum.

Derslerde de bahsederiz. Cumhuriyet'in niteliklerini anlatırken, hukuk devleti Cumhuriyet'in en temel niteliklerinden bir tanesidir ve hukuk devletini izah ederken, öngörülebilirlik, belirlilik çerçevesinde mutlaka hukuk güvenliğini anlatırız. Sonuçta pozitif hukuk üzerinden bir şeyler anlatırız ve pozitif hukuku örnekleriz. Oysa pozitif hukukun yaratıcısı parlamentodur ve burası siyasi bir arenadır. Bu arenada hukuki hareket tarzını belirleyen de büyük ölçüde İctüzük'tür. Bu sessiz anayasa aslında yönetilenlere uygulanacak olan kuralların nasıl yaratılacağını bize gösterir.

Siyasal değerlendirmenin temelini seçim sistemine bağlı olarak şekillenen "yasama çoğunluğu" kavramı oluşturmaktadır. Bu noktada dikkatimi çeken husus, hukukçunun yetersizliği ya da yasama organının ciddiyetsizliğini açıklamasının yetersizliğidir. Mesela Tuğrul hocanın 257. maddeyle ilgili bir örneği vardı. Ben ona torba madde dedim kendi kafamın içerisinde. Çünkü torba kanuna benzer biçimde aynı norm içinde üç-dört tane suç tipi oluşturulmuş gözüküyor. Acaba bu çok bilinçsiz bir üretim midir? Yoksa gerçekten bu bilinçli bir şey midir? Ben yasama çoğunluğunu elde etmiş siyasi partilerin, bunu hiç de bilinçsiz yapmadığını düşünenlerdenim. Hele hele İctüzüğü dediği gibi değiştirebilen, komisyonlarda istediği ağırlığa sahip ve Genel Kurul'da her istediğini yapabilecek bir noktadasanız ve buna güvenerek kendinizi "milli irade" biçiminde formüleleştiriyorsanız, meseleyi ciddiyetsizlik ya da yetersizlik olarak yorumlamak bana çok iyi niyetli ve iyimser bir yaklaşım gibi geliyor. Dolayısıyla kanunların torba kanun olması, hukukçuların yetersizliğinden çıkmıyor. Aksine, muhalefete rağmen yasama çoğunlukları onu öyle istediği için öyle ortaya çıkıyor.

Bugünkü konuşmalardan net bir biçimde anlıyoruz ki, belirlilik ve öngörülebilirlik hukuki güvenlik için çok önemli ve bunu sağlayamazsanız sonuç itibarıyla hukuk devletini de zayıflatıyorsunuz. Tam bu aşamada şu soru aklımı kurcalıyor, "ya öyle olması istenmiyorsa ne olacak?" Bu durumda hukukçular olarak çaresiz kalıyoruz. Dolayısıyla işin siyaset ayağını ihmal etmeden değerlendirmeleri yapmamız gerekiyor.

Daha fazla zamanınızı almak istemiyorum. İşin pozitif ayağı ve yapılan bu çözümler tabii ki önemli ama, norm eninde sonunda yasama organına geliyor ve kaderi orada oylanıyor. Bir husus daha var, onunla tamamlayacağım. Her konuyu ya da olasılığı tabii ki yasama organı düzenleyemez. Yani gözden kaırması söz konusudur. İnsan yapısı bir şey üretiyorsunuz. İşin bir de yargı ayağı var ve yargıdan somutlaştırma yapması bekleniyor. Mevzubahis olan kanun olduğuna göre, bunun iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne gittiğini düşünürsek, Anayasa Mahkemesi de "bu normu yorumla ve belirginleştir" gibi bir taleple karşı karşıya kalmaktadır.

Şimdi açıkçası Anayasa Mahkemesi'nin, yerinde olmak istemem. Çünkü yapacağı her türlü yorum sert bir eleştiri kısıncına girebilir. Şöyle ki Mahkeme, "bu bir politik sorundur ve ben politik sorun yöntemini uyguluyorum, dolayısıyla kendi kendimi sınırlıyorum" da diyebilir ya da âdeta hukuk yaratıcısı gibi de davranabilir. Böylece Anayasa Mahkemesi normun içini doldurur. Fakat oluşturacağı her türlü karar onun meşruluğunu sorgulatabilir. O yüzden işin bu kısmının da çok kolay olmadığını, çeşitli sıkıntıları bünyesinde taşıdığını söylemek istiyorum.

Sabrettiğiniz için çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturma Başkanı)-**

Değerli katılımcılar, sevgili meslektaşlar, sırada iki konuşmacımız var. Ece Göztepe ve Ozan Ergül. Yani vaktimiz çok müsait, lütfen söz almak isteyen arkadaşlarımız varsa, tereddüt etmesinler kürsümüz açık.

Şimdi Sayın Ece Göztepe buyurun, Bilkent Üniversitesi'nden. Kamu Hukukçuları Platformu'nun ilk gününden beri en ön saflarda kahramanca yük taşıyan, her türlü sorumluluğu seve seve gönüllü bir şekilde üstlenen sevgili arkadaşımız buyurun.

**Doç. Dr. Ece GÖZTEPE (Bilkent Üniversitesi)-** Çok sağ olun hocam. Öncelikle tebliğleri okumaktan çok büyük zevk aldığımı belirtmek istiyorum. Üç arkadaşımıza da çok teşekkür

ediyorum. Sunuşlarda metni okumanın ötesine geçtiler; o yüzden sunuşları dinlemek de ayrı bir zevk ve kazanımdı bizler için.

Benim Selda Çağlar'a, iki tane de Tuğrul Katoğlu'na sorum ve bir katkı olacak. Selda Çağlar'ın tebliğinin 20. sayfasında "kazanılmış hak ve hukuki güvenlik ilişkisi" düzenleniyor. Türkiye kazanılmış hak tartışmasını kamu hukuku bağlamında, aslında en son 2007 cumhurbaşkanı seçiminden sonra, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresiyle ilgili olarak tartışma olanağı buldu. Ama ne yazık ki bu tartışma sonlandırılmadan başka bir gündeme geçildi. Anayasa Mahkemesi'nin kendi içinde açıkça tutarsız ve siyasi dengelerin beklentilerine karşılık verme çabası içindeki kararı ise, soruna ışık tutmaktan çok uzak kaldı. Kanımca bu sorun hâlâ tartışılmayı ve yanıtlanmayı bekliyor kamu hukuku açısından. Hukukun değişmesiyle birlikte bir kamu hukuku statüsünün nasıl devam ettirileceği, kazanılmış hakkın nasıl korunacağı ya da nasıl tanımlanacağıyla ilgili bence önemli bir sorunla karşı karşıyayız. Tebliğde bunun geliştirilmesi ya da cevaplanmasına çalışılması iyi olacaktır diye düşünüyorum. Özellikle de sosyal güvenlikle ilgili olarak, kamu hukuku statüsündeki kişiler açısından sosyal güvenlikle ilgili köklü değişikliklerde, bu soru hiç yanıtlanmadan birçok yasal düzenlemenin yapıldığını görüyoruz.

Yine Selda Çağlar'ın tebliğinin 31. sayfasında, yasalardaki geçici maddelerle ilgili bir açıklama vardı. Anayasa'nın geçici 15. maddesiyle ilgili çok fazla bir açıklama yok, daha çok yasalardaki geçici maddelerin taşınması gereken niteliklerle ilgili hususlara değinilmiş. Ama burada Anayasa'daki geçici maddelerin işlevinin de bence ele alınması lazım. Özellikle de Anayasa'nın geçici 15. maddesinin, Selda Çağlar'ın yasalar için koyduğu kriterlerdeki geçicilikle ne kadar örtüştüğü çok önemli bir soru olarak duruyor karşımızda.

Bu noktada hem Tuğrul Katoğlu'na, hem de Turgut Kazan'ın yorumuna bir itirazım olacak. 2010 değişikliğinden beri, fakültemdeki değerli meslektaşım Tuğrul Katoğlu ve hocam Nevzat Toroslu ile Kenan Evren ve Tahsin Şahinkaya'nın yargılana-

bilmesinin koşullarını ve olanaklı olup olmadığını tartışıyoruz. Ben ceza hukukçularının tezlerine henüz ikna olmuş değilim. Tebliği dolayısıyla tekrar Tuğrul Katoğlu'nun argümanlarına sorularla birazcık cevap vermeye ya da kendi argümanlarımı güçlendirmeye çalıştım. Bunda da özellikle Selda Çağlar'ın, yasalarla ilgili geçici maddelerdeki kriterleri beni güçlendirdi.

Acaba Anayasa'nın geçici 15. maddesi, gerçekten geçici bir madde miydi? Baktığımız zaman, Anayasa'nın geçici 15. maddesinin geçici olmadığını görüyoruz. Siyaset bilimi literatüründe geçiş düzenlemeleri ya da çıkış güvenceleri olarak bilinen ve darbeyi yapanların kendilerini koruma amaçlı hükümlerinin bir örneğiymiş geçici 15. madde. Yani belli bir süreyle uygulanacak ve belli bir süre sonra ortadan kalkacak bir düzenleme olarak öngörülmemişti. "Anayasa'nın geçici 15. maddesinde, acaba gerçekten de bir geçicilik var mıydı?", öncelikle bunu sormamız lazım.

İkincisi, Turgut Kazan'ın ifade ettiği "12 Eylül darbecileriyle ilgili açık bir düzenleme yapılması gerekiyordu" tezine gelince: Burada açık bir düzenleme yapılmasa dahi, Roma hukukunun "kimse kendi davasının davacısı ve yargıcı olamaz" ilkesi burada bizim başlangıç noktamız olabilir. Bu anlamda ben geçici 15. maddenin bir "yargılama engeli" olarak tanımlanması gerektiğini düşünüyorum ve yapısı itibarıyla geçici olmadığı için, bir de üstüne üstlük 1982 Anayasası'nın orijinal halinde de değişmezlik ilkesi kapsamında olmadığı için, değiştirildiği anda bir yargılama olanağı tanıdığını savunuyorum.

Bunun dışında, geriye yürümezlik yasağı kapsamında değerlendirmediğimiz zaman, 38. maddeye aykırı bir uygulama da söz konusu olmayacak. Çünkü 38. madde, "işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" diyor. Oysaki 12 Eylül darbesini yapanların yargılanabileceği hükümler, 12 Eylül 1980 itibarıyla Türk Ceza Kanununda mevcuttu. O yüzden de geçici 15. maddenin doğası üzerine bence yeniden düşünülmesi ve bir yargılama engeli olmadığı sorunu tartışılmalı. Yani şu anda zaten yargılama yapıyor, ama bütünlüklü bir hukuki argüman üretmede bizim

çaba göstermemiz gerektiğini düşünüyorum. Ben bu vesileyle bir adım daha yol aldığımı kendi adıma düşünüyorum.

İkinci katkıda bulunmak istediğim husus, Tuğrul Katoğlu'nun geçmişe yürümezlik ilkesinin istisnası olarak söylediği ve Almanya'da sınırdaki askerlerin işlediği cinayetlerin cezalandırılmasıyla ilgili. Bu Alman hukukunda çok uzun süre kamuoyunu meşgul eden bir davaydı. İlk başta alt derece mahkemelerinden Yargıtay'a, oradan Alman Anayasa Mahkemesi'ne ve nihayetinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kadar gitti bu davalar. Başvurucular aynı zamanda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'ne de başvururdular ve her kademedede Alman Yargıtayı'nın kararı onandı. Ama bu kararların içeriğine baktığımız zaman, tek başına bir geçmişe yürümezlik ilkesine başvurulmadığını görüyorsunuz. Çünkü gerek Alman Yargıtayı'nın eşcinsellerin cezalandırılmasıyla ilgili karardan başlayarak, gerekse sonraki kararlarında, mahkemenin maddi adalet anlayışına dayanarak her zaman bir pozitif hukuk dayanağı da bulma çabası içinde olduğunu görüyoruz.

Batı Almanya'ya geçmeye çalışanların Berlin Duvarı'nda vurulduğu ve faillerin iki Almanya'nın birleşmesinden sonra yargılandığı davalarda hem Alman Yargıtayı, hem de Alman Anayasa Mahkemesi o zamanki Doğu Almanya'da Doğu Alman ceza kanunlarına ve Doğu Almanya'nın taraf olduğu ve uygar devletlerin imzaladığı uluslararası sözleşmelerdeki hükümlere bakarak, yaşam hakkının korunması yükümlülüğünün pozitif hukuk dayanaklarını bulmaya çalışıyorlar. Gerçekten de 1978 yılında Demokratik Alman Cumhuriyeti, Medeni ve Siyasal Haklar Anlaşması'na taraf oluyor. Her iki kararda da, pozitif hukukla maddi adalet anlayışı bir başlangıç noktası oluyor, ama her zaman bir pozitif dayanağı var. Bu formül, yine bir siyasal hesaplaşma olduğu doğru, ama bu siyasal hesaplaşmanın sınırsız bir şekilde yapılmadığının da kaydedilmesi lazım.

Yine iki Almanya'nın birleşmesinden sonra, yine çok uzun bir yargı süreci yaşamış olan bir başka husus daha var; Doğu



ECE GÖZTEPE'NİN  
KONUŞMASI

Alman gizli örgütünün çalışanlarının emekli haklarıyla ilgili. Doğu Alman gizli örgütünde çalışanların emeklilik hakkına sahip olup olmadıkları; yani en başta, aslında Duvardaki cinayetleri işleme emri verenlerin, Batı Alman devletinden emeklilik maaşı alıp alamayacaklarına ilişkin mesele. Federal Almanya, devletin sürekliliği ve devletin o zamanki hizmetinde, devletin normlarının uygulanmasının, burada haklı bir gerekçe oluşturduğunu ve kazanılmış hak olarak iki Almanya'nın birleşmesinden dolayı bu kişilerin sosyal güvenlik haklarına müdahale edilemeyeceğine karar verdi.

O yüzden de ceza yargılamasındaki mutlak maddi adalet anlayışının sınırının hâlâ korunduğunu, pozitif hukuk hükümleriyle ve diğerinde devletin sürekliliği ilkesiyle kazanılmış hakkın kamu statüsünde birleştirildiğini söylemek mümkün. Bu anlamda da tekrar geçici 15. Maddeye dönerek bitirmek istiyorum. Geçici 15. maddenin uygulanmasında cezai sorumluluğun öngörülebilir olması ve kanunun belirli olmasından bahsettik. Bu anlamda Milli Güvenlik Konseyi üyeleri açısından 12 Eylül sabahı itibariyle cezai sorumluluğun öngörülebilirliği ilkesi mevcut olduğu için, bence yargılanmalarında hem anayasal, hem de yasal düzeyde bir engel olmadığını düşünüyorum.

Çok teşekkürler. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturma Başkanı)-** Ece Göztepe'ye çok teşekkürler. Evet, sevgili Ozan Ergül, buyurun.

OZAN ERGÜL'ÜN  
KONUŞMASI

**Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-**

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli hocalarım ve meslektaşlarım; ben bir anayasa hukukçusu olarak, özellikle sabahki sunumlarda ve daha sonra yorumlarda, biraz evvel dinlediğimiz tartışmacı katılımlarında çokça geçen, çokça anılan torba kanun meselesiyle ilgili birkaç şey söylemek istiyorum.

Şimdi örneğin biraz evvel sevgili Bülent, İktüzüğün çok önemli olduğunu, yasama sürecinin çok önemli olduğunu ve



İçtüzüğün bu anlamda çok belirleyici olduğunu söyledi. Şunun altını çizmemiz lazım. Torba kanun uygulaması, her şeyden önce İçtüzüğü neredeyse tamamen anlamsız hale getiren bir uygulama. Bu bir yöntem değil şüphesiz, Tuğrul hoca haklı olarak tırnak içine aldı bu yöntemi. Bu bir yöntem değil, bu bir yöntemsizlik aslında ve Selda hocanın yasama sürecine ilişkin isabetle belirttiği bazı ilkeleri, örneğin yasama sürecinin şeffaf olması gibi, boşa çıkararak bir yöntemsizlik. Yasama ilkeleleri dediğimiz, Jeremy Bentham'ın meşhur kitabından bu yana söylenen, bugün de siyasi anayasacılık taraftarlarının idealize yasama süreci diye anlatmaya çalıştıkları süreçleri tamamen anlamsız hale getiren bir uygulama.

Biz bundan bir süre önce Ankara Barosu bünyesindeki Yasa İzleme Enstitüsü olarak bir torba kanun çalıştayı yaptık; bu çalıştaya dört tane de milletvekili geldi. Ama iktidar partisini temsilen bir milletvekili dahi, Sayın Başkanımızın ısrarlı davetlerine rağmen gelmedi. Bu çalıştaya katılanlardan Sayın Fahri Bakırcı Bey aramızda. Kendisi çok deneyimli bir Meclis bürokrati ve bu uygulamanın ne tür sakıncaları olduğunu çok yakından bilen, işin mutfağını bilen bir kişi olarak, çok önemli katkılarda bulundular.

Torba kanun uygulamasının hukuk sisteminde, hukuk güvenliği ve hukuk belirliliği açısından, yasama ilkeleri açısından yarattığı tahribatı kelimelerle anlatmak çok mümkün değil. Bugün onarmaya kalksak, gerçekten bu tahribatı herhalde birkaç on yılda gidermek ancak mümkün olacaktır.

Ne yapıyor bir kere torba kanun uygulaması? Her şeyden önce yasama süreciyle ilgili şeffaflığı ortadan kaldırıyor. Yasama komisyonları uygulamamızı tamamen taca atıyor. Neden? Çünkü bir komisyona gidiyor ve genellikle de Plan Bütçe komisyonuna gidiyor. Yani ihtisas komisyonu uygulamasını tamamen devre dışı bırakıyor. Bürokratların çok hâkim hale gelmesi söz konusu oluyor. İdarenin, bürokrasinin ve bakanlıkların çok hâkim bir duruma gelmesine sebep oluyor.

Bunun yanında, torba kanunlarda bir sistematik yok. Sistematik olmadığı gibi, sabahleyin belirtildi, belli bir amaçtan söz etmek de mümkün değil. Yine İttüyük'te belirtilen, Genel Kurul aşamasında ancak tasarı ya da teklifle yakın irtibat içindeki önergelerin verilebileceğine ilişkin sınırlayıcı hüküm de tamamen anlamsız hale geliyor. Çünkü görüşülmekte olan kanun tasarı ya da teklifi 70 ilâ 80 kanuna ilişkin olduğu için, burada belli bir amaçtan söz etmek mümkün değil. Yakın irtibat kurmak da mümkün değil herhangi bir konuyla. Dolayısıyla, her şeyle irtibatlı, ama uzaktan da olsa irtibatlı bir kanun var karşımızda. O zaman gelen önergeleri, değişiklik önergelerini, geri çevirme şansınız kalmıyor.

Sorunların uygulamaya yansıyan boyutları da en az yasama sürecine ilişkin olanlar kadar vahim. Takibi zorlaştırıyor, hukuk kurallarının bilinebilirliğini imkânsız hale getiriyor. İşte anlatılan bir anekdot var, isim zikretmeyeyim çok ünlü bir borçlar hukuku hocamız, daha doğrusu medeni hukuk hocasıdır, ama borçlar hukuku alanındaki çalışmalarıyla bilinir. Borçlar Kanunundaki âmâların imzasına ilişkin bir hükmün böyle bir torba kanun hükmüyle değiştirilmesi nedeniyle, bundan haberi olmadığını meslektaşlarına anlatıyor ve bundan yakınıyor. Nasıl takip edeceğiz biz bu kanunları, nasıl değişiyor bunlar diye şikayet edebiliyor.

Daha başka anlatılan anekdotlar var. Bir gün bir bakanlıktan bir yasama komisyonu üyesi aranıyor. Deniyor ki, efendim siz filanca kanunu değiştirmişsiniz. Telaşa kapılıyorlar, ne zaman değiştirmişiz diye. Komisyon başkanına gidiyorlar, komisyon başkanı "Allah Allah değiştirmiş miyiz biz bunu" diyor. Yani yasa böyle yapılırsa, burada hukuki güvenlik ilkesinden söz etmek mümkün olur mu?

Şimdi bu torba kanun meselesi, aslında Roma hukukunda yasaklanmış bir uygulama. Milattan önce 98'de Romalılar bunu yasaklamış. Roma'da biliyorsunuz kanun tasarı teklifleri, onu öneren kişilerin isimleriyle anılıyor. Caecilia ve Didia isimli iki senatör önermişler, milattan önce 98'de torba kanun uygulaması yasaklanmış. Bunu 2010 Anayasa değişikliği sıra-

sında da, bu kadar birbiriyle alakasız konular referanduma sunulmalı mı, sunulmamalı mı sırasında dile getirmeye çalıştık. Merak edenler için söylüyorum; Roma hukukçusu Pervin Sommer hocanın bu konuda çok öz bir makalesi var. Merak edenlere buradan söylemiş olayım. 2100 yıldır yasak olan bir şeyden bahsediyoruz.

İktidar çoğunluğu torba kanun uygulamasını şöyle savunuyor. Diyolar ki, efendim hızlandırılmış yönetime ihtiyaç var. Yasa yapmak çok meşakkatli bir iş, çok vakit alan bir iş. İşte bunu hızlandırmak için torba kanun yapıyoruz. Ama fayda-maliyet analizi diye de bir şey var; yani baktığımızda yarattığı tahribat, getirdiği faydanın çok ötesinde.

Daha ilginç bir şey söyleyeyim. İktüzüğün 91. maddesinde yanlış bir şekilde “temel kanun” diye bir kenar başlık var. Onun “temel kanunla” filan alakası kalmamıştır. Hızlandırılmış, benim özel yasama yöntemi dediğim yöntemle görüşüyorlar bir de torba kanunu. Torba kanun kendi başına bir sıkıntı, bir de bunu hızlandırılmış yöntemle görüşüyorlar.

Şimdi bir başka meseleye değinmek istiyorum. Türk doktrininde de hep şekli kanun deyince, yasama organı tarafından yapılan, adı kanun olan, normlar hiyerarşisinde belli bir yeri olan, ama kanunların genelliği ilkesi başta olmak üzere kanunların taşınması gerektiği düşünülen ilkelere aykırı kanunlar. Özellikle de genellik ilkesiyle çatışıyor bunlar.

Şimdi Batı hukuk doktrininde bir başka tabir kullanılmaya başlandı bununla ilgili, *ad hoc* kanun deniyor. Ad hoc kanun, yani kişiye veya duruma özel yasa diyebileceğimiz yasalar. Yani bunun Batı’da da örnekleri var. Hatta şöyle bir kitabı tanımını da vereyim: “Yasama organının, siyasal açıdan çıkarıcı bir sonuca ulaşmak için, belli bir olaya özgü olmak üzere ve bu belli olayı genel nitelikli yasaların kapsamından çıkarmak veya beklenmeyen bir şekilde belli sonuca ulaşmayı engelleyen yasaları değiştirmek için giriştiği faaliyetin sonucu olan yasalar” olarak tanımlanıyor *ad hoc* yasalar.

Fakat baktığımızda, Batı hukukunda bu tür *ad hoc* yasalara başvurulmasının temelinde şöyle bir motifin ve güdünün olduğunu görüyoruz. Toplumun azımsanmayacak bir kesiminin rahatsızlık duyduğu bir sonucu ortadan kaldırmaya yönelik olarak genellikle yasa yapma sürecine ve yasa yapma yetkisine başvuruluyor. Burada o toplumun belli bir kesiminin rahatsızlığının kaynağı çok farklı olabilir, birkaç örnek vereceğim şimdi.

Almanya'da Nazi savaş suçlularının emekli sandığından maaş almaması gerektiği düşüncesiyle, toplumda uyanan Nazi savaş suçlularına niye biz emekli sandığından maaş ödüyoruz itirazlarına kulak vererek belli kişi ya da kişileri bu haktan mahrum bırakmak üzere yasa yapılabilir.

Yani şimdi toplumun belli bir kesimi, Nazi savaş suçlularına Alman emekli sandığından para ödenmesin diyor ve Alman Meclisi bu yönde bir yasa yapabiliyor misal. Ama dikkat buyurun, toplumun belli bir kesiminin duyduğu bir rahatsızlık var burada. Ötenazi meselesi de böyle değerlendirilebilir. Bu konu İtalya'da gündeme gelmiş. Mahkemeler bu hakkı tanımışlar, uygulama aşamasına geçilirken itirazlar gelmiş. İtirazların kaynağında Katoliklik mi yatıyor, yoksa muhafazakarlık mı size bırakıyorum. Berlusconi o tarihte başbakan, diyor ki, "bu kişinin böyle bir hakkı olmamak gerekir, ben bunu genelgeyle yasaklamak istiyorum". Cumhurbaşkanı diyor ki, "ortada bir mahkeme kararı vardır, mahkeme buna hakkı olduğunu söylemiştir, genelgeyle bunu yapamazsın". İtalyan Cumhurbaşkanı geri çeviriyor ve imzalamıyor hükümet kararnamesini. Bunun üzerine İtalyan parlamentosu yasa yapmaya kalkıyor. Ortada bir mahkeme kararı varken, ötenazi hakkı yoktur biçiminde bir yasa yapmaya çalışıyor.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yine ilginç birkaç örnek olay aktarılıyor. Plastik cerrah Bayan Morgan ve kocası arasındaki ilişkilerden türeyen bir yasama olayı ile karşı karşıyayız. Morganlar boşanıyorlar ve bir tane kız çocuklarının velayeti anneye veriliyor. Sonrasında Bayan Morgan çocuğunu doktor eşine göstermek istemiyor. Mahkemeye başvuruyor koca, ço-

cuğu görme hakkı elde ediyor. Bayan Morgan yine kızlarını babaya göstermiyor. Ondan sonra bir de iddia atıyor ortaya: “Kızımıza cinsel tacizde bulunuyor babası” diyor. Fakat bu iddialarını mahkemede ispatlayamıyor ve çocuğu anneannesi-nin yanına Yeni Zelanda’ya kaçırıyor. Bunun üzerin mahkeme kararına karşı çıkmaktan (contempt of court) Bayan Morgan hapse konuyor.

Bir yasa çıkarılıyor, ilginç tabii bunu aslında her yerde de söylememek lazım. Bir organ nakli kanununun içine bir madde koyuyorlar. Bazı Temsilciler Meclisi üyeleri belli ki Bayan Morgan’ın hapse düşmesine çok üzülüyorlar. Diyorlar ki, Bayan Morgan toplumda seçkin bir insan, hapis yatmasın ve bunun için yasa yapıyorlar. Ama burada da bakın, hukukun o soğuk tarafının, hani sonuçlarının giderilmesine yönelik bir şey var. Sonuçta yasa Bayan Morgan’ı kurtarmak üzere Kongre’de çıkıyor, ancak Mahkeme söz konusu yasanın daha önce mahkeme kararlarıyla kızına tacizde bulunmadığı kanıtlanan Bay Morgan’ın yasa marifetiyle suçluymuş gibi gösterilmesi sonucunu doğurduğundan Amerikan Anayasası’na aykırı buluyor. “Bill of Attainder” kuralına aykırı olduğu tespit ediliyor.

Yine ABD’de yaşanmış başka bir ilginç örnek. Özellikle vergi hukukçularını ilgilendirebilir. 2008 ekonomik krizini bildiğiniz gibi Başkan Obama iktidara geldiğinde kucağında buluyor. Obama yönetimi çok tartışmalara sebep olan bir karar alarak, büyük bazı şirketlerin krizden kurtarılması için Hazineden yardım yapılması planını kabul ediyor. Bu yardımlar yapıldıktan sonra ilginç bir durumla karşı karşıya kalınıyor. Kurtulması amacıyla Hazineden kaynak aktarılan şirketlerden bir tanesi bu olayın baş kahramanı durumunda. Galatasaray’ın stadının yapımına bir teklif sunduğu için Türkiye’de bilinen bir şirket bu: AİG. Hazineden yardım alan bu şirketin, üst düzey yöneticilerine çok yüklü miktarda prim verdiği ortaya çıkıyor. Bu sefer Amerikan toplumu bir tepki gösteriyor. Deniyor ki, hem şirketi kötü yönetmişler ve batmasına sebep olmuşlar, hem de bu başarısız yöneticiler yüklü miktarda prim alıyorlar. Sonuçta bunlara verilen para, halkın parasıdır diyerek itiraz ediliyor.

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

OZAN ERGÜL'ÜN  
KONUŞMASI

Bunun üzerine Temsilciler Meclisi'nden bir yasa çıkıyor ve bu yasayla deniyor ki, Hazinesiden yardım alan şirketlerin yöneticilerine ödedikleri primlerden %90 vergi alınır. Primler ödenmiş olduğu için aslında geçmişe dönük bir yasa söz konusu.

Bu yasa Temsilciler Meclisi gündemindeyken Başkan Obama'nın ilginç bir yorumu var. Başkan Obama bu yasayı kast ederek, yasaların genel nitelikte olması gerektiğine vurgu yapıyor, ardından da diyor ki, "Amerikan Kongresi bir avuç insan için yasa yapmamalı". Nitekim Senato reddediyor Temsilciler Meclisi'nden geçen bu teklifi.

Şimdi Türkiye'ye geliyoruz. Özel nitelikte yasalar ya da *ad hoc* yasalar yapılıyor, ama bunların hiçbirinde bu tür, vicdanın tellerini sızlatan bir sonuç ya da toplumun belli bir kesiminde rahatsızlık ortaya çıkması filan söz konusu değil. Bunun yerine ne var? Belli grupların iktidar savaşları çerçevesinde ortaya çıkan ihtiyaçları gidermek için yasa yapılması var. Sabahleyin zikredildi, bir MİT Yasası çıkıyor ve "*görülmekte olan başlamış olan soruşturmalara da uygulanacaktır*" denilerek, açık bir biçimde kişiye özel bir yasa olduğu da ortaya konuyor. Bunda hiç tereddüt yok. Genel nitelikli görünümü verilerek özel amaçlı belli kişilere yönelik yasalar yapılmasının örneklerini Batı'da da görüyoruz. Yani bu özel nitelikli yasalara, genel nitelikli ve geleceğe dönük (geçmişe etkili olduğu halde) süsü de veriliyor. Bunlara böyle bir süs verilmekten kaçınılmıyor, ihmal edilmiyor bu. Orada da böyle, ama bizim Anayasa Mahkeme-miz durum çok açıkken, bunu çok rahatlıkla satın alıyor. Yani bu kendisine sunulan yemeği alıyor ve diyor ki "*Bu bağlamda genel, soyut, objektif niteliği haiz dava konusu kuralın durumlarına uyan herkese ve her olaya uygulanabilecek olması karşısında, yalnızca somut bir soruşturmayı ya da kovuşturmayı engellemek için yasalastırıldığından söz edilemez*" diyor. MİT Yasasında yapılan değişiklikle ilgili söylüyorum.

Hâlbuki geçici 4. madde konulmuş: "Açılmış olan soruşturmalara da uygulanır". Bir de sabahleyin zikredildi, benim de Sayın Turgut Kazan'ın paylaşımı sayesinde haberim olan, bu torba kanunla Bankacılık Kanunu 31. maddeye getirilen bir

düzenleme var. Bunun da belli bir kişiye dönük olduğu, bir kişiyi kurtarmak için çıktığı çok açık. Tipik bir *ad hoc* yasa.

Bakın toplumun vicdanıyla filan hiç alakası olan bir mesele değil ve nasıl çıktığını gazetelerde üç aşağı beş yukarı anlatmaya çalıştılar ve başka bir kişiye uygulanma imkânı da yok. Çünkü bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle derdest olan soruşturma ve kovuşturmalara ilgili olarak uygulanır denildikten sonra, yukarıdaki fıkrada düzenlemeye bakıyorsunuz, uygulamaya bakıyorsunuz, Banka Düzenleme Denetleme Kurulu'nun bu tür soruşturmalara, daha doğrusu uzlaşmaya gittiği kişilerle yargıya gitmemek - AİHM de dahil buna - şartı koyuyor. Dolayısıyla insanlar o BDDK'ye öyle bir taahhütte buldukları için, zaten AİHM'ye gitme şansları da kalmamış. Dolayısıyla 1. fıkra hükmünden yararlanabilecek başka kimse yok. Bu nedenle de bir kişi için çıkmış bir yasa söz konusu.

Son bir örnekle bitiriyorum, çok uzattım kusura bakmayın. Şimdi 6353 sayılı bir kanun var; bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılmasına dair kanun. Bunun bir 53. maddesi var. Diyor ki, 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici 2. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Sonra sayıyor. Diyor ki, işte Türk Borçlar Kanunu'nun şu maddeleri, şu tarihten itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği, kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır diyor; mülga Borçlar Kanunu hükümleri.

Berber çalıştığım sevgili asistan arkadaşım Murat, bunlara "zombi kanun" dedi. Hakikaten öyle, yaşayan ölü; yani Borçlar Kanunu ölmüş, ölüyü diriltiyoruz. İntibak hükmü filan değil bu dikkatinizi çekerim, sonradan çıkan bir kanunda yapıyor.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim. (Alkışlar)



**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)-** Efendim, Ozan Ergül arkadaşımıza da çok çok teşekkür ediyoruz. Şimdi biraz vaktimiz daha var, söz almak isteyen... Buyurun önce sizi gördüm, sonra.

Bu usule aykırı oldu, ama önceden yazılı almadık. Siz lütfen kendinizi tanıtın.

YASEMİN ÖZDEK'İN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Yasemin ÖZDEK (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-**

Şimdiye kadar söz alan arkadaşlar, Türkiye’de bir hukuki belirsizlik ortamının var olduğu tespitinde bulundular. Bu durumun nedenleri üzerine de çeşitli yorumlar, değerlendirmeler yapıldı. Ben bu durumun nedenlerini bütünlüklü olarak kavrayabilmek için sorunun hukuk ötesi boyutlarına, özellikle ekonomik temellerine bakmak gerekir diye düşünüyorum. O yüzden birkaç ekleme yapmak istedim.

Bugünkü hukuki belirsizliğin kaynaklarını anlayabilmek için, 1980 sonrası gündeme giren neoliberal politikalar eksenindeki dönüşüm sürecinden hareket etmek gerekiyor. Bu politikaların hukuk alanına çok önemli yansımaları oldu. Neoliberal dönüşüm, hukuki belirsizliği artıran torba yasaların da kökeninde yatıyor. Neden yasa yapma tekniği son yıllarda değişti ve artık “torba yasa” adıyla yeni bir yasa kategorisi oluştu? Kanımca, torba yasa tekniğinin kullanılmasının nedenlerinden bir tanesi, sermaye örgütlerinin ve şirketlerin çeşitli isteklerini toplu olarak bir yasada yerine getirmektir. Tabii, ben bu görüşü öncelikle torba yasalardaki ekonomiyle ilgili yasal değişiklikler bağlamında dile getiriyorum. Bu durumun bir göstergesi, Türkiye Yatırım Danışma Konseyi’ne hükümetin sunduğu ilerleme raporlarıdır. 2004’ten bu yana faaliyet gösteren bu konseye, 20 civarında çokuluslu şirket ile TÜSİAD, TOBB gibi sermaye kurumları katılır. Hükümetin bu konseye sunduğu yıllık ilerleme raporları, torba yasaların da gerçek esbabı mucibesi gibidir. Bu raporlara baktığımız zaman, hangi yasanın niye çıktığını anlayabiliyoruz. Torba yasaların ekonomiyle ilgili maddelerinin gerekçelerini anlamak açısından bu raporlar gayet güzel veri sunuyor.



Hukuki belirsizlik bağlamında değineceğim ikinci bir konu, tahkim gibi yargıyı özelleştiren yollardır. Tahkim, tamamen gizli bir yargısal yoldur. Tahkim yargılamasında alenilik yoktur, duruşma yoktur, şeffaflık yoktur, ilgililer davaya katılmaz, çoğunlukla gerekçeli kararlar da kamuya açıklanmaz. Örneğin uluslararası tahkim bağlamında hangi devlet aleyhine hangi şirketin dava açtığını bile bilmeyebilirsiniz. Yani buzdağının altında bir gizli yargılama dünyası var. Gizli işlediği için de pek farkında olunan bir konu değildir. Tahkim giderek yayılıyor, iç hukuk alanında da tahkim yargılaması dünyada artıyor. Tabii ki bu durumun kamu hukukuna çok önemli sonuçları var. Özel ve gizli yargılama hukuk devleti ilkesi ile uyumsuzdur. Gizli yargılama hukuki belirsizliği artırıyor.

Ceza hukukunda hukuk güvenliğini ortadan kaldıran uygulamalardan söz edildi. Son yıllarda “terörle mücadele” adına sanık haklarını ihlal eden yasalara ve yargılama süreçlerine tanık oluyoruz. Ceza hukukundaki bu değişim de, neoliberal politikaların baskıcı niteliğinden kaynaklanıyor. Bu durum, ABD ceza hukukunun küreselleşmesi ile de bağlantılıdır.

Ülkemizde hukuk güvenliğini ortadan kaldıran etkenler bunlardan ibaret değil elbette. Bütün bu küresel politikaların yanında, ülkemize özgü olarak AKP hükümetleri döneminde gündeme gelen rejim dönüşümüne de işaret etmek gerekir. İktidarın kural tanımayan keyfi yönetimi, hukuk güvenliğini ortadan kaldıran başlıca siyasal etken konumundadır.

Hukuk güvencesizliği konusu, aslında son yıllarda genel olarak her alanda yaratılan güvencesizlikle ilişkili bir konu. Mesela sosyal güvencesizlik, iş güvencesizliği, çalışma yaşamında güvencesizlik, gelecek güvencesizliği gibi çok boyutlu bir güvencesizlik söz konusu. Bir risk toplumunda yaşıyoruz, hukuki güvencesizlik de bu kapsamlı güvencesizleştirme sürecinin bir parçası. Sorun sadece sosyal devletin çöküşü değil, aynı zamanda hukuki güvencelerin de yok oluşu. Hukuk devletin var olan güvenceleri çöküyor ve kaotik bir sistem ortaya çıkıyor.

Bazı yasa-altı düzenlemelerin gizli tutulması da keyfiliği güçlendiren unsurlardan biridir. Örneğin Bakanlar Kurulu'nun "prensip kararları" olarak adlandırılan kararları bu türdendir. Prensip kararlarının Anayasa'da dayanağı yok. Bu tür kararlar, diğer Bakanlar Kurulu kararları gibi Resmi Gazete'de yayımlanmazlar. Yani gizli tutuluyorlar. Bazı prensip kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne giden vakalar aracılığıyla tespit edilmiştir. Örneğin, Bergama'da siyanürle altın çıkaran şirkete faaliyet izni verilmesine dair bir Bakanlar Kurulu prensip kararı var. Bu karar, *Taşkın ve diğerleri* davasında AIHM'den öğrenilmiştir. İç hukukta şirketin faaliyet iznini iptal eden yargı kararı olmasına rağmen, Bakanlar Kurulu bir prensip kararı ile bu yargı kararını yok sayarak şirketin altın çıkarma faaliyetine devam etmesini uygun görmüştür.

Bütün bu örnekler, bizi keyfi yönetim olgusuyla karşı karşıya getiriyor. Tarihin çok eski dönemlerine kadar geri giden keyfi yönetim biçiminin en önemli unsurlarından biri, gizlilik. Kuralların gizli tutulması, aslında kuralların olmadığı anlamına gelir. Roma'nın erken döneminde de 12 Levha Yasası'ndan önce yasalar gizli tutuluyordu. Pleblerin mücadelesi sonucu 12 Levha Yasası çıkarıldı, yasalar yazılı hale getirildi ve herkes için bilinebilir oldu. Tarihten de görüyoruz ki, keyfi iktidarlar kuralsızlıklarını halktan gizlemek için yasalarını dahi gizli tutmuşlar. Bugün yasalar gizli tutulmasa da, yasa-altı düzenlemeler gizli tutulabiliyor, yargılamalar gizli yapılabiliyor. Kaldı ki, "torba yasalar" içinde bir yasal değişikliğin izini sürmek de hayli güçleşmiştir.

Bugün kamu hizmetlerinin özel sektöre devredilmesiyle ilgili kamu-özel sözleşmeleri de gizli tutuluyor. Bu sözleşmeler, su, elektrik, sağlık gibi kamu hizmetlerinin birçok alanında imzalanıyor. Bu sözleşmelere ulaşmak mümkün değildir. Örneğin Kocaeli Büyükşehir Belediyesi'nin özel su şirketi ile yaptığı sözleşme bilgi edinme amacıyla istendiğinde "gizli evrak" denilerek verilmemiştir. Bu türden on binlerce sözleşme var ve bu sözleşmeler yürürlükte. Bazı yasal düzenlemeler, bu sözleşmelerin hükümlerine uyum için yapılıyor. Sözleşmeler, fiilen yasaların yerine geçiyor. 49 yıllık imtiyaz sözleşmeleri

yapılıyor, bu sözleşmelerin kurallarına göre halka faturalar çıkartılıyor, zamlar yapılıyor. Ancak kamu hizmetinin görülmesiyle ilgili bu sözleşmeler kamu tarafından bilinmiyor, gizli tutuluyor. Bu sözleşmelerin kamuya açıklanması talebini yükseltmek gerekir.

Bugün yönetimin keyfileştiğinin en açık göstergelerinden bir başkası, mahkeme kararlarının uygulanmamasıdır. Bu durum, adil yargılanma hakkının da ihlalini oluşturur. Mahkeme karar veriyor ama karar yerine getirilmiyorsa, o zaman yargılamaya da gerek yoktur.

Son olarak, Berke Özenç'in tartışma yaratıcı sunuşuna değineceğim. Berke hukuk devleti ilkesinin piyasa sisteminin gelişmesine paralel olarak ortaya çıktığını söyledi. Elbette liberal hukuk devleti kavramı, burjuvazinin kendi ihtiyaçlarından doğan bir talebi olarak ortaya çıkmıştır. Burjuvazinin hukuk devleti ilkesini savunurken amaçladığı, mülkiyetin korunması, sözleşmelerin uygulanması, kralların keyfi iktidarlarının sınırlandırılmasıdır. Ancak kökeni liberal olsa da, bazı temel kavramların liberal olmayan, daha kolektivist yorumları da gelişmiştir. Örneğin eşitlik, demokrasi, insan hakları gibi kavramlar bu türdendir. Hukuk devleti kavramı da benzerdir. Hukuk devleti de, üzerinde düşünmeye ve alternatif bir yorumunu geliştirme çabasına değer kavramlardandır. Bu çerçevede, şekli hukuk devleti yaklaşımıyla, yani yasallık ilkesiyle sınırlı düşünmemek gerekir. Bu, hukuk devletinin asgari içeriğidir. Maddi hukuk devleti yaklaşımını esas alarak, hukuk devletinin piyasa sistemini aşan yorumlarını geliştirmek üzere kafa yormamız gerekir diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)-**

Sayın Prof. Dr. Yasemin Özdek'e gerçekten çok teşekkür ediyorum. Güzel bir korsan demeyeceğim, zamanı müsaitti bir tebliğ sundu; üstelik doğaçlamadan bu sunumu yaptınız, çok teşekkürler.

Şimdi sırada değerli Murat Önok arkadaşımız var, buyurun efendim.

MURAT ÖNOK'UN  
KONUŞMASI

**Yrd. Doç. Dr. Murat ÖNOK (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-**

Değerli hocalarım, Sayın meslektaşlarım, sevgili Durmuş hocam sizleri ayrıca zikretme gereği duyuyorum. Aslında ben yarın söz almayı düşünüyordum, ama bugün Anayasa'nın mülga geçici 15. maddesine ilişkin tartışmalar yoğunlaşınca, o konuda birkaç görüş arz etmek istedim.

Şunu söyleyeyim: Ben darbecilerin yargılanmasını çok isterim, ama bakalım bu mümkün mü? Öncelikle, Anayasa geçici 15. maddeye bakalım, af hükmü müdür, sorumsuzluk hükmü müdür? Bu aslında tali bir mesele, birazdan onun nedenini göstereceğim. Ama şöyle bir açılım sağlayabilirim size: Aslında Anayasa'nın mülga 15. maddesini etkisiz kılan bir dayanağı, uluslararası hukukta veya uluslararası ceza hukukunda da bulmak mümkün. Bugün uluslararası hukukta oldukça ağırlıklı olan doktriner görüşe göre, bir rejim kendi işlediği uluslararası suçlar - ve bu arada insanlığa karşı suçlar - bakımından af veyahut sorumsuzluğa yol açan benzer tedbirlere başvursun, bunların geçersiz olduğu söylenmektedir. Hatta bir de Sierra Leone mahkemesi vardır. İsmine aldanmayın, ne Sierra Leone'si demeyin. Birleşmiş Milletler girişimiyle kurulmuş uluslararası bir ceza mahkemesidir. Kendi içtihadında uluslararası nitelikli bir mahkeme olduğunu söylemiştir. Bu mahkeme, bu tür afların geçersizliğine dair söz konusu kuralın örfi mahiyette olduğunu söylemiştir.

Bence bu tespiti tartışmalı, ama buradan yola çıkarsak acaba bu Türkiye açısından bir açılım sağlayabilir mi? Bunun cevabı uluslararası hukuk açısından şuna bağlı olacak: Acaba uluslararası örfi hukukun, Türk hukuk sisteminde yeri nedir ya da bir yeri var mıdır? Bana öyle geliyor ki, Anayasa 90/I sadece uluslararası antlaşmalardan bahsettiğinden, uluslararası örf ise sadece belirli maddelerde atıf yapıldığından, bu özel hükümler dışında bir düalist ilişki vardır uluslararası örf ile Türk

hukuku arasında. Yani uluslararası örfi hukuk, Anayasa'da belirtilen istisnalar dışında, bana Türk hukukunda uygulanabilir gelmiyor.

Bu bir parantezdi, esas meseleye gelirse, bu tartışmada çok temel bir şey bazen gözden kaçırılıyor. Bizde zamanaşımı Anayasa'da düzenlenmiştir. Anayasa 38'i okursak, 1. fıkra bildiğimiz kanunilik ilkesidir, hızlıca okuyorum: *"Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz..."*. Devam ediyor: *"Kimseye suçu işlediği zaman kanunda, o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."* Yani bu bildiğimiz, klasik kanunilik ilkesi, bir de aleyhe kanunun geçmişe yürütmesi yasağı var.

İkinci fıkrada ise; suç ve ceza zamanaşımından bahsedilmiş. Tabii, suç zamanaşımı diye bir şey yok ya, neyse, dava ve ceza zamanaşımı kastedilmiş. Bu fıkraya göre, dava ve ceza zamanaşımı konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Bizde dava zamanaşımı bakımından da aleyhe zamanaşımı hükmünün geçmişe yürütüleceği öngörülmüş.

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundan önce, maksimum dava zamanaşımı süresi, kesmeler dahil, 30 yıldır. Daha darbeye ilişkin yargılama ilk derece aşamasında ve 2013'ün sonundayız. Belki burada şu denilebilir, bu da zikredildi: İnsanlığa karşı suçlarda zamanaşımı kabul edilmez. Evet, bu konuda uluslararası antlaşmalar var, bu konuda örfi bir uluslararası hukuk kuralı da var, ama Anayasa 90/son'a dikkat: *"Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümleri, ulusal kanunlarla çatışma halinde öncelikle esas alınır."* Neye göre esas alınır? Kanunlara göre. Dikkat edelim, bizim normlar hiyerarşimizde, Anayasa m. 90 ve Anayasa m. 90/son'a göre, Anayasa her zaman üsttedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir konu olsa bile, önce Anayasamız gelir, sonra uluslararası antlaşmalar gelebilir. Buna bir itirazınız mı var hocam? İtirazınız var gibi geliyor.

**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)**- Sevgili Murat seni bölmeyeyim, evet itirazım var.

**Yrd. Doç. Dr. Murat ÖNOK-**

Evet, yani ama uluslararası hukuk kitaplarında hep böyle kabul ediliyor. Dolayısıyla, zamanaşımına dair bu kural Anayasamızda olduğu için, bu yine uluslararası antlaşmalara üstün gelecektir.

Burada bir çıkış yolu kalıyor. Nitekim bu öne sürüldü. Zamanaşımı süresi, hiçbir zaman işlemeye başlamamıştır ki, geçici 15. madde yüzünden sona ersin. Bu görüş öne sürülmüştür. Yani, ben bütün ceza kitaplarına tekrar baktım, zamanaşımı suçun işlenmesiyle işlemeye başlar. Bu süre durabilir, kesilebilir. Bunun sebepleri de kanunda tahdidi olarak gösterilmiştir. Suçun işlenmesiyle işlemeye başlamayan bir zamanaşımı süresi diye bir şey yoktur; ne eski kanunda vardı, ne yenisinde var, ne böyle bir doktriner görüş vardı, ne de böyle bir içtihat var.

Dolayısıyla geriye tek şansınız kalıyor. Anayasa m. 38/II'yi kaldırmak ve zamanaşımına ilişkin aleyhe hükmü geçmişe yürütmek. Herhalde bu da ceza hukukunun her türlü ilkesine aykırı olacaktır. Dolayısıyla, baştaki soruma dönersem, darbelerin yargılanmasını çok isterim, ama hukuka rağmen değil. Çünkü benim kanaatime göre, hukuksuzluktan hak, haksızlıktan da hukuk doğamaz.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)-**

Sevgili ve değerli genç meslektaşımız, değerli hukukçu kardeşimiz Murat Önok'a çok teşekkür ediyorum. Bana bu 90. maddeyle ilgili konuşma fırsatı verir gibi oldu. Geçen yıl bu toplantıda ben bu konudaki görüşümü söylemiştim, bir yıl sonra çok özetle yine söyleyeyim.

Bu 90. madde de özensiz yazılan bir hükümdür. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalardan bahsediyor. Anayasa'nın hiçbir yerinde, ama hiçbir yerinde kaydına rastlanmamıştır değil, kesinlikle söylüyorum. Temel hak ve özgürlük lafı yoktur. *Temel*

*hak ve hürriyetler* diye bir şey var, ama *temel hak ve özgürlükler* diye bir şey yok.

Türk mevzuatında “esas alınır” diye bir şey var mıdır? En azından Anayasa düzeyinde. Yoktur, sanıyorum. Esas alınır ne demek? Bunu, eğer üstün tutmak istiyorsanız, açıkça ulusal bir yasayla, uluslararası bir antlaşma hükmü çatıştığında, uluslararası antlaşma hükmü uygulanır dersiniz veya aynı anlamda başka bir şey dersiniz, ama esas alınır gibi, işi böyle tam işi ortada bırakacak bir şey Anayasa düzeyinde son derece yanlıştır.

Bir başka şey daha, geçen sene söyledim. Bunları ilk defa söylemiyorum, 10 yıldır yazar dururum, nadiren de olsa belki okuyan da oluyordur. Bu şu bakımdan da yanlış efendim. Şimdi bakınız ne diyor? “*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*” diyor, Türkiye’nin taraf olduğu yüzlerce binlerce bildiğimiz bilmediğimiz uluslararası antlaşma var. Temel hak ve hürriyetler yerine bu maddenin orijinalinde insan haklarıyla ilgili olarak yazılmıştı. Son dakikada, işte Meclisteki aklievveler temel hak ve özgürlükler diye bir şey yazdılar.

Değerli arkadaşlar, sevgili meslektaşlar; mülkiyet hakkı bu kavramın içinde midir, değil midir? Temel hak ve özgürlükler veya temel hak ve hürriyetler kavramının içinde midir, değil midir? Gayet tabii içindedir. Çünkü Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ek birinci Protokolü’nün birinci maddesi, mülkiyeti güvence altına almaktadır. Dolayısıyla bu kapsamda mülkiyet hakkını da onun içinde saymak zorundayız.

Peki, doğrudan veya dolaylı olarak mülkiyet hakkını ilgilendirmeyen herhangi bir uluslararası sözleşmeyi tasavvur etmek pek kolay gelmiyor bana. Çünkü Türkiye’nin taraf olduğu, konusu ne olursa olsun herhangi bir uluslararası antlaşma, şöyle veya böyle sizin veya benim veya bir başkasının Türkiye’de mülkiyet hakkını da etkileyecektir. Dolayısıyla bu maddedeki esas alınır sözünü, uluslararası antlaşma hükmü üstün tutulur diye anlarsanız, her türlü uluslararası antlaşma Türk hukukundan üstündür sonucuna varmak zorundasınız. Son derece



kötü yazılmış bir maddeyi, nasıl yazdılar Anayasa'ya bilmiyorum, kime danıştılar.

Bu vesileyle son birkaç dakikayı da, sevgili Ozan'ın söylediği bir sözle ilgili tepkimi belirterek bağlamak istiyorum. Şimdi Ozan Ergül kardeşimiz, kanunların Türkiye'de özensiz yazılmasının, böyle abuk sabuk, torba kanunun içinde 18 tane değişik yürürlük maddesi içeren kanunlar gibi, gençlerin tabiriyle abuk kanunlar diyeceğim, çıkmasının sebebinin bürokrasiye yükledi, sanık sandalyesine bürokrasiye oturttu.

Bence bu, bürokrasinin etkili olması sorunu değil, bürokrasinin kalitesiz olması sorunu sevgili Ozan. Çünkü Batı ülkelerinde bildiğimiz örnekler şunu gösteriyor: Kanunların yapılması aşamasında, eşimin görevi gereği yaptığı bir çalışma dolayısıyla Kanada'yla ilgili birinci elden bilgim var. Kanunların siyasi tercih olarak parlamentonun iradesini yansıtması doğal, ama kanunların yazılması aşamasında, bir de işin *zanaat* tarafı var. Yani hukuk bir sanat mıdır, zanaat mıdır tartışmasına girmeksizin söyleyeyim. Zanaat tarafı da olan bir şeydir hukuk. Yani bir kanun maddesini düzgün anlaşılır bir dille yazmak, kanunların genel bütünlüğü içinde gerek kavram olarak, gerek terminoloji olarak tutarlılığı sağlamak için bürokrasiye ihtiyaç var.

Bunu yabancı ülkeler yapıyor. Nasıl yapıyor? Bir, demin söylediğim Kanada ve muhtemelen başka ülkelerde olduğu gibi, kanunun yapılması aşamasında parlamento siyasi tercihini ortaya koyuyor. Fakat kanunun yazılması, kaleme alınması veya şimdi bilgisayara alınması diyelim, artık kalemle yazan kalmadı sanırım, o aşamada bürokrasi işe karışıyor ve tutarlılık sağlıyor. Sonra yine Amerikan İngiliz hukukunda...

*(Solandan konuşuluyor)*

**Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)-**

Evet, güzel bir espri. Bakın, kanunların yazılması ve ilk kabulü aşamasında, bürokrasinin böyle bir etkisi oluyor tutarlılık sağlama bakımından. Kanunlar yapıldıktan sonra da "*conso-*



lidation” diye zaman zaman yine bürokrasinin gayretiyle kanunlar yeniden gözden geçiriliyor, çelişkiler gideriliyor, yeni metinler tutarlı bir şekilde ortaya konuyor.

Bir de anımı söyleyeyim, 1970’lerin başlarındaydı, hangi yıl kesinlikle bilmiyorum. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Ferruh Bozbeylí’ydi, ben de Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzükleriyle ilgili, sonradan yayınlanmış bir çalışma için bilgi belge toplamaya çalışıyordum. Kendisinden randevu istedim, beni kabul etti.

Konuşurken, efendim dedi eskiden Türkiye Büyük Millet Meclisinde yıllarını vermiş bürokratlar vardı, bizi uyarırlardı. Efendim kanunu şöyle yapıyorsunuz, ama işte öbür kanunda şu, bilmem kaç sayılı kanunda şöyle bir hüküm var, bir de o açıdan bakın filan diye nezaketle bizi yönlendirirlerdi dedi. Böyle bir şeye bugün tabii bir-iki kişilik değil, belki çok ciddi bir bürokrat kadronun sırf teknik yardım olarak, işin zanaat tarafından katkıda bulunmak için ihtiyaç olduğunu düşünüyorum. Ama sevgili Yıldırım bir şey anlattı; durum öyleyse yani bazı kanunlar özellikle kafa karıştırmak için çıkarılıyorsa, ona tabii söyleyecek söz yok.

Buyur sevgili Ozan.

**Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL-**

Tam meramımı anlatamamışım. Ben bürokrasiyi suçlamadım. Fakat günümüzde yasama sürecinin işleyişi nedeniyle, âdeta tek kanatlı uçuyor uçağımız. Neden? İhtisas komisyonları devre dışı kaldı, kalıyor dedim hatırlarsanız. İhtisas komisyonları devre dışı kaldığı için, her konuda uzman olduğu varsayılan bir Plan Bütçe Komisyonu, sağlık konusundan tutun Borçlar Kanununa, işte vergi kanunlarından tutun vesaire kanuna hepsine bakıyor. Aslında uzman kurumlar da layıkıyla tartışmaya katılamıyor. Bürokrasinin yasama sürecinin ilk adımı olmak nedeniyle çok önemli olduğunun bilincindeyim. O kadar bilincindeyim ki, uzunca bir süredir Yasa İzleme Enstitüsü olarak bu süreçte yer alan bürokratların eğitimine yöne-

OZAN ERGÜL’ÜN  
KONUŞMASI

lik bir program hazırlama faaliyeti içindeyiz, ben de o ekibin içindeyim. Dolayısıyla benim söylemek istediğim şu: Eğer bürokrasiyle yasama süreci komisyonlarıyla, milletvekilleriyle, ihtisas komisyonlarının iyi işlemesiyle, Genel Kurulun sağlıklı işlemesiyle bir arada iki kanatlı olarak uçarsa hiçbir sorun yok. Ama şu anda Türkiye’de durum bu değil. Bir örnek vereyim. Sermaye Piyasası Kurulu Başkanı yasama komisyonuna kurulunu temsilen geliyor, görüşülmekte olan tasarı ile görevden alındığını orada öğreniyor. Alın size bir *ad hoc* kanun daha.

### **Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturma Başkanı)-**

Bürokrasiyle ilgili şu saptamayla kapatalım. Yani bürokrasinin kaliteli olması tabii gerekli, ama etkili olması için de parlamentomuzun ve milletvekillerinin bu, “her şeyi ben bilirim, el çabukluğuyla işi bitiririm” havasından çıkması gerekiyor. Bu noktada mutabık kaldık. Çok teşekkür ediyoruz.

Efendim katkılarınız için çok teşekkürler, sabırla dinlediğiniz için teşekkürler. Yarın sabah görüşmek üzere kapatıyorum. (Alkışlar)

*Kamu Hukukçuları Platformu*

---

*Hukuk Güvenliği*

***İKİNCİ GÜN***

***Birinci Oturum***



**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-** Yazılı başvuruları bir sıraya koyduk ve sözü ilk olarak Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Emrah Bilezikçi'ye veriyorum. Burada mı kendisi? Buyurun efendim.

**Ar. Gör. Emrah BİLEZİKÇİ (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-**

Merhabalar. Öncelikle bizim üniversitemizin coğrafi konumu sebebiyle bu tür akademik paylaşımların yapıldığı yerlere gelmemiz zor oluyor. Bu sebeple bu ortamı sağladığınız için, Platform'da emeği geçen bütün hocalarıma teşekkür ediyorum.

Benim eleştirim Funda hocamın tebliğine yönelik olacak. Hocamın tebliğinde hukuk güvenliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi için saymış olduğu 3. madde belirlilik ve açıklık ilkelere içerilmekte. Hocam haklı olarak, bir hukuki düzenlemenin belirlilik ve açıklık ilkelerine uygun şekilde düzenlenip düzenlenmediğini tespit etmekte kimin ölçü olarak alınacağı sorusunu sormuş, ama bence hatalı olarak "ilgili uzman kişi" demiştir.

Hatası hocamın bence şu: İlgili uzman kişiyi ölçüt olarak almak demek, diğer kişileri dışlamak demek; yani orta zekâyâ sahip herhangi bir bireyi. Hukuki güvenlik ilkesinin sağlanmasında bir unsur olan açıklık ve belirliliğin tespitinde, ölçü olarak ilgili uzmanların esas alınması, kanaatimce hukuki güvenlik ilkesini sağlamamakta, aksine zedelemektedir.

Şöyle ki, bir hukuki düzenlemenin muhatabı olan birey, herhangi bir ilgili uzmana muhtaç edilmeden hak ve ödevlerini bilme hakkına sahip olmalıdır. Yasayı bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi, beraberinde yasanın muhatabı olan bireylere, yasaları anlayabilmek hakkını da sunmalıdır. Bir norm metnin kendisi değil, metnin yorumlanmasından ortaya çıkan anlam olduğu için, metni yorumlamada kendi aklına değil, uzmanlara muhtaç bırakılan birey, bu konuda eksiklik sahibi olabilmektedir.

Açıklık unsurunun tespitinde ölçü olarak ilgili uzmanlara işaret etmek, sosyal veya ekonomik sebeplerle uzmanların yardımından mahrum kalacak bireyleri de ortaya çıkaracaktır. Hukuk dışında herhangi bir uzmanlık alanında, örneğin cebir alanında bir sayının kare kökünü bilememek, bize hukuk alanında olduğu gibi, yani her zaman muhatap olduğumuz hukuk alanında olduğu gibi, bir hukuk düzeni kuralını anlayamamak gibi bir dezavantajı ortaya çıkarmadığından, hukuk dışı alanlarda ilgili uzman kişiler ölçüt olarak alınabilir, ama hukuk alanında ölçüt olarak alınması gereken kişi bence orta zekâya sahip bireydir.

Son olarak, bireyler hukuk düzeninden hayatın hiçbir alanında kaçınamayacağı için, zorunlu olarak muhatap bırakıldığı için, ölçüt alınması gereken kişi ilgili uzman kişi değildir. Kanunun bazen yargılamada ya da başka durumlarda yer verdiği “hayatın olağan akışı veya ortalama zekaya sahip birey” ifadelerindeki kişi ya da durumlar esas alınmalıdır. Bu sebeple yasanın açıklık unsurunun ölçütünde anlaşılması gereken ölçüt ilgili uzman kişi değil, ortalama zekâya sahip birey olmalıdır.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)**- Çok teşekkür ederiz. Şimdi Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Yrd. Doç. Dr. Didem Yılmaz. Buyurun.

**Yrd. Doç. Dr. Didem YILMAZ (Bahçeşehir Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi)-**

Bu çalışmanın ikinci gününde söz almış olmaktan dolayı, daha doğrusu bana söz verilmiş olmasından dolayı çok büyük bir onur duyuyorum. Herkese günaydın diyorum.

Ben bir eleştiride bulunmayacağım, bir-iki konuda katkıda bulunmaya çalışacağım. Dün yapılan çalışmada, hukuki güvenliği ve belirliliği sağlaması için normların sahip olması gereken kriterleri oldukça detaylı ve zengin bir şekilde tartıştık. Acaba buna bir unsur daha eklemek mümkün değil mi? sorusunu sizinle paylaşmak istiyorum.

Bir normun istikrarlı bir şekilde uygulanabilir olduğuna ilişkin beklenti de aslında hukuki güvenliği ya da belirliliği sağlayan unsurlardan bir tanesi değil midir? Şu örnek geldi aklıma: Hepimizin bildiği gibi, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 63. maddesinde, bir para cezasına ilişkin bir hüküm var. Seçimlerde oy kullanmayanlara ilişkin bir para cezası, ama ben bu hükmün şimdiye kadar uygulandığını, para cezasının şimdiye kadar uygulandığını hiç görmedim.

Bir gün bu para cezasının uygulanması, aslında şimdiye kadar uygulanmamış olmasından kaynaklanan istikrarı bozmaz, keyfiliği ortaya koymaz mı? Bu yasa var, ama şimdiye kadar hiç uygulanmadı. Bir seçimde uygulanması ve daha sonraki seçimlerde uygulanmaması hukuki belirliliği zedelemeyebilir mi, hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaz mı? Dolayısıyla belki bu çerçeveden de bireylerin hukuki güvenliğini sağlayan bir unsur olarak istikrarlı uygulamanın, uygulanmayan yasal düzenlemelerin, özellikle cezai sonuç doğuran düzenlemelerin mevzuattan çıkarılmasının da bir unsur ve gereklilik olarak değerlendirilebileceğini düşünüyorum.

İkincisi, nasıl yasakoyucunun yasaları yaparken belirlilik, öngörülebilirlik, açıklık ilkelerine uygun davranmasını bekli-

yorsak, benzer şekilde içtihadî alanda da aramız gereken bazı kriterler yok mudur? diye soruyorum. Özellikle Anayasamızın 153. maddesinde belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliklerini de, hukuki güvenlik açısından tartışabiliriz.

Çünkü bir yasa hükmünü iptal ederken de, sonuçta Anayasa Mahkemesi'nin bir negatif yasakoyucu niteliğine sahip olduğunu söylüyoruz. Dolayısıyla bu, iki taraflı sağlanması gereken bir denklem değil midir? Konunun içtihadî boyutunu da ele almak gerekmez mi? diye soruyorum.

Anayasal boyuttan vermek istediğim bir örnek de referandum uygulamasına ilişkin. 2007 yılında, biliyorsunuz halkoylamasına sunulan Anayasa değişikliği, oylamaya 4 gün kala tekrar değiştirildi. Bence burada referandum sürecinde yapılan uygulama, bir hukuki belirsizlik yarattığı gibi, önemli de bir hukuki güvensizlik ortaya koydu. Dolayısıyla bundan sonra referanduma sunulacak metinlerin yasama organı tarafından her an değiştirilebilir olması gibi bir riski gündeme getirdi, 2007 yılında yaşadığımız olay. Bu konu da tartışılabilir diye düşünüyorum bu perspektiften.

Son olarak da, özellikle bir Anayasa yapım sürecinin içindeyiz uzun bir süredir ve sonuca varmayan bir süreç bu. Ama tam da bu konunun çok önemli bir materyal olduğunu düşünüyorum. Çünkü bu süreç hiçbir şekilde şeffaf değil, dolayısıyla hiçbir şekilde belirli değil. Dolayısıyla aslında toplum sözleşmesi olan anayasaların yapımında da bu hukuki belirlilik ilkelerini tekrar bir masaya yatırmak, belki tekrar tartışmak gerekmez mi? sorularını sizlerle paylaşmak istedim.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-**

Yrd. Doç. Didem Yılmaz'a teşekkür ediyoruz. Konuşmasına başlarken, önce "burada söz almaktan" diye başladı memnuniyetini belirtmek üzere, sonra bir düzeltme yaptı; "söz verilmemesinden" dedi. Aslında orada bir şey ima etmek istedi, sizler farkında değilsiniz. Dün akşam kokteylde sohbet ederken, az



önce bu kürsüde dile getirdiği eleştirileri bana anlatıyordu. Ben de, bunları yarınki oturumda bütün meslektaşlarımızla paylaşmanız daha iyi olur deyip bunu yazılı bir başvuru olarak kabul ediyorum dedim. İşte, bu sayede Didem Yılmaz'ı da dinleme şansına sahip olduk.

Bu arada seçimlere katılmayanlara verilecek idari para cezasının uygulanmıyor olması bana kadük hale gelmiş kanunlarımızı hatırlattı. Kurtuluş Savaşı yıllarında çıkartılan bir kanunda, sanırım adı Men-i İsrifat Kanunuydu, düğünlerde aşırı masraf yapılması yasaklanmıştı. Savaş bittikten sonra da kanun yürürlükte kaldı ama hiç uygulanmadı yani kadük oldu. Rona Aybay, bu kanunun 1960'larda Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğini söylüyor. 40 yıl boyunca uygulamadığınız bir kanunu bir gün aniden uygulamaya başlarsanız, hukuk güvenliği ilkesini zedelemiş olursunuz. Arka sıralardan duyulmamış olabilir, Rona Aybay bir başka örnek veriyor; diyor ki, her Türk vatandaşı, her sabah jimnastik yapmak zorundadır diyen bir kanunumuz da vardı. Anayasa Mahkemesi, kadük kaldığı için onu da iptal etti.

Bu kısa açıklamadan sonra yine katılımcılarımıza söz vermeye başlıyoruz. Şimdi sırada Prof. Ahmet Ulvi Türkbağ var. Buyurun Sayın Türkbağ. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-**

AHMET ULVİ  
TÜRKBAĞ'IN  
KONUŞMASI

Sayın Başkan, izininiz olursa ben sizin yanınızda konuşayım, kendimi daha rahat hissediyorum.

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-** Bir de konuşma yapacak arkadaşlarımızdan isim soyadı ve kurum bilgisini tekrar alalım. Çünkü bunlar toplantı kitabına geçerken bize gerekli olacak.

**Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ-** Günaydın. Efendim öncelikle burada olmaktan son derece mutlu olduğumu ifade etmek istiyorum. Bu toplantılara ben ilk kez geçen dönem, geçen yıl katılabildim. Çok verimli olduğu kanaatindeyim. Muhte-

AHMET ULVİ  
TÜRKBAĞ'IN  
KONUŞMASI

vanın dışında, burada akademik bir birliktelik de gerçekleşiyor. Master, doktora öğrencileri, yardımcı doçentler, doçent ve profesörler, hocalar bir araya geliyorlar. Nispeten de, akademik hiyerarşiden bağımsız demeyelim, en azından daha rahat, daha yumuşak bir havada gerçekleşiyor toplantılar. Meraklılar da geliyor. Dolayısıyla ben bu ortamın bilgilerimizin paylaşılmasının ötesinde, akademinin özü demek olan gelenek açısından da yararlı olduğuna inanıyorum.

Bunu ifade etmek için, bir fıkra anlatmak istiyorum. Bu fazla uzun sürmeyecek. Kemal hocam gülüyor, hocam sizinle ilgili değil. Hoca, her zaman için çok özel bir yere sahip, benim gönlümde, herhalde sizlerde de.

Şimdi bu akademik hiyerarşi meselesiyle ilgili çok basit bir şey, fazla da konuşmayacağım. Hukuk güvenliği kavramının bizim alan, hukuk felsefesi ve sosyolojisi açısından anlamını ifade etmeye çalışacağım birkaç cümleyle. Bir bütün olarak hukukun güvenilir olması ciddi bir önemi haiz.

Fıkra şu, bilenler olabilir, çok yoğun bir iletişim ortamı var. Bilenler hani sabretsinler, kusura bakmasınlar. Bir de ipucu vermesinler ki, sonucun etkisi herkes üzerinde görülsün.

Şimdi çok hoş antika eşyalar satan bir dükkân var. Biraz da tozlu mistik bir havası var. İçeri giriyor bir beyefendi, diyor ki satıcıya, “değişik, tüyleri parlak, hoş bir egzotik kuş var konuşuyor mu acaba?”. Satıcı diyor ki “konuşmak ne ki, bir yabancı dili vardır; size zamana uygun şeyler de söyler. Mesela sabahsa günaydın, akşamısa iyi akşamlar” der. “Ne kadar” diyor? *-yabancı fıkra-* “1500 dolar” cevabını alıyor. İkinci bir kuş görüyor, onun biraz arkasında. O da parlak, daha göz alıcı tüyleri var. Onu soruyor, diyor ki “bu kuş ne kadar?”. “Efendim” diyor satıcı “özelliklerini sayayım: İki yabancı dili var, sizin ruh halinize göre de ifadelerde bulunuyor, yani empati kurabilen bir kuş”, bazı insanlarda ne yazık ki yok bu özellik, neyse fıkraya devam edeyim. “Diyelim ki mahzunsunuz, kuş diyor ki “sıkılmayın bugün çok güzelsiniz” diyor mesela” diyor satıcı. Bu kuşu nerede bulsam ben alacağım! Yine müşteri soruyor, “bu

ne kadar?" "10 bin dolar" cevabını alıyor. Arkada bir kuş var, o bunlardan daha iyi, diyeceksiniz ki kuşa verdin gidiyorsun, uçurdunuz toplantıyı, hayır bitiyor bir kuşumuz daha kaldı. Müşteri soruyor "O kuş ne yapıyor?" satıcı diyor ki, "yalnız beyefendi ben sizi uyarayım, o 35 bin dolar". Müşteri soruyor "Ne yapıyor?". Satıcı "bütün bunların yaptığını yapıyor, bir de diyor borsa tahmini yapıyor, hepsi çıkmıyor, ama bizimkilerin de hepsi çıkmıyor" diye ekliyor.

Müşteri tam bunlar arasında düşünürken dükkânın sonuna doğru, böyle gayet eski bir kafesin, hatta sepetin içinde bir kuş görüyor. Tüyleri dökülmüş, parlak değil, son derece mütevazı bir kuş. Gidiyor yanına müşteri, soruyor "bu kuşu bunların arasına koymanız doğru mu veya fiyatı nedir, özellikleri nedir?". Satıcı, "bakın beyefendi" diyor "ben dürüst bir satıcıyım. İtiraf edeyim, bu kuşun ne yaptığını ben de bilmiyorum". Peki, "fiyatı nedir?" diye soruyor müşteri. "Fiyatı 150 bin dolar" cevabını alınca. "Beyefendi" diyor "deli misiniz? Öbürleri bakın saydınız 35 bin dolara kadar geldi ve işte üç dil biliyor, borsa tahmin ediyor, duygulardan anlıyor, etik yönü var, bu kuşun nesi var?". Satıcı biraz mahcup yineliyor, "bakın tekrar söylüyorum ne yaptığını bilmiyorum, ama öbür üçü buna hocam diyorlar" cevabını veriyor.

Şimdi bundan istediğinizi çıkarabilirsiniz. Kemal hocanın yorumla ilgili bütün ilkelerini uygulayın, Mecelle-iAhkâm-ı Adliye'nin genel ilkelerinden Latince bilinen bütün maksimleri uygulayın, istediğinizi çıkarabilirsiniz. Şimdi bunun için, hoca, öğrenci, araştırma görevlisi akademinin bir araya gelmesinin ben içerik paylaşımı kadar önemli olduğu kanaatindeyim.

Hukuk güvenliğine gelince; hukuk güvenliği hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanından bakıldığı zaman şöyle görünüyor: Herhangi bir vatandaş, eğer bir ülkede başıma bir şey geldiğinde hukuk beni koruyacaktır, hukuka başvurduğumda sonuç alabilirim, onun tarafından öngörülen prosedürler bana eşit olarak uygulanacaktır, benim hakkım en genel ve geniş anlamda hukuk yoluyla korunacaktır inancına sahipse ve bu inanç kamusal alanda yaygınlaşsa, o ülkede hukuk güvenliği vardır demektir.

Bir bakıma Churchill'in tarifine benziyor varılan nokta. Yani hukuk güvenliğini biz hukukçular hep metinlerin niteliği açısından alıyoruz ya da belirli temel ilkeleri açısından alıyoruz, ama bunun bir de muhatapları açısından böyle bir anlamı var. İnsanlar, yurttaşlar hukuka inanmıyorsa, hukukun taraflı olduğunu düşünüyorsa, kendi nitelikleri dolayısıyla hukuka yeterince ulaşamayacaklarını düşünüyorsa, hukukun çok iyi işlemeyeceğini, yaptırımlarının eksik olacağını düşünüyorsa, hukuk yerine kayırmanın, siyasetin, torpilin, hemşeriliğin, paranın ya da kaba kuvvetin belki daha başka şeylerin gerekli olduğunu düşünüyorsa, orada hukuk güvenliği yani hukukun güvenilirliği yoktur.

Peki, nasıl yapmak lazım, nasıl bu işi kurtarmak lazım? Şimdi demin söylediğim noktadan bence başlamak lazım, başka çare yok. Burada Bryan Hendricks'in bir görüşünü özetle ifade ediyorum: Bizim şu anki anlayışımız modern veya postmodern soyut bir devlet fikrinin karşısına bir hak ve özgürlük yumağı olarak bireyi yerleştirmek. Bu ikisini biz bu bağlamda değerlendiriyoruz ve bireyi yaptığımız hukuktan sorumlu tutuyoruz. Sizi bilgilendirdik, yasayı ilan ettik, yapmazsanız yaptırımla karşılaşacaksınız dedik. Bu anlayışta eksik olan nedir?

Bireyi ikna etmiyoruz, ikna etmeye çalışmıyoruz. Yani bu sürecin daha başından en sonuna kadar hukukun yapım ve uygulamasını, parlamenter sistemin klasik kanalları ve varsayımsal yolları dışında, onunla gerçek anlamda paylaşmıyoruz. Nasıl paylaşabiliriz? Şimdi şöyle düşünelim; hukuk fakültelerinde, hukuk eğitimi veren bir kurumda öğrencinin birinci sıfatı hukukçu, ikinci sıfatı yurttaş. Acaba bu iki rol birbiriyle çatışıyor mu? Bir bunu düşünmek gerektiği kanaatindeyim. Yani hukukçu rolüyle yurttaş rolü; eğer çatışıyorsa, bunlardan birini seçmek zorunda kalacaktır, o da iyi bir şey değil. İki, bizim hukukumuzu yaptırımdan ziyade ikna etmeye dayanması için ne yapmamız lazım? Bunun üzerine düşünmeliyiz.

Yukarıdaki mantık zincirini sürdürdüğümüzde, ortaya özetle şöyle bir sonuç çıkıyor: Sosyolojik ve pedagojik açıdan baktığımız zaman, bizim yurttaşlarımıza, *-herkes için geçerli bu-*

hukukun hukukçular tarafından kabul edilen bütün genel ilkelerini bilmiyorlar. Bu ilkeler demokrasi, hukuk devleti, laiklik, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gibi bütün hukukçuların hemfikir olduğu ilkelerdir. Bunları hukukçu olmayan eğitimli ve eğitimsiz insanlara anlatmak kolay olmuyor.

Şimdi şöyle söyleyeyim net olarak. Hart'ın bir kavramı var: Tanıma kuralı. Benim söylemeye çalıştığım, hukuk güvenliğinin iki yönlü olduğu, hukukun güvenilir kılınmasının, hocalarım çok güzel ifade ettiler, çok önemli olduğunu, ama aynı zamanda hukukun hitap ettiği kitlenin sadece yurttaş, hukuka tabi, süje veya hak ve özgürlükler öznesi olarak görülmenin yanında, hukukun aynı zamanda uygulayıcısı olarak da görülmesi gereğinin kabulü. Yani bizim hukukta gördüğümüz değerlerin, öncelikle yurttaş tarafından da anlaşılabilmesi lazım. Bu asla yukarıdan dayatılmış bir süreç olamaz, biz demokrasi içinde düşünüyoruz. Dolayısıyla hukuk güvenliğinin temel şartı, bana göre herkesin, yani yurttaşın ve hukukçunun tam olarak belirli bir hukuki değerler sistemine aşına olması ve bunu tartışabilmesinden geçiyor.

Son bir örnekle bitiriyorum. Oktay hocanın dünkü yönetimini ben mükemmel buluyorum. Ne anlamda mükemmel buluyorum? Şimdi bakın, kendisinden kıdemli hocalarımızı burada ağırladı, hepsi konuşma ve katkı yaptılar. Oktay hoca bu işi son derece ciddiyetle yaptı, hocalarımıza asla ve asla akademik nezaketin ötesinde davranmadı, süre ve usul konusunda da taviz vermedi. Hocalarımız da buna akademik nezaketle tepki verdiler. Böylece oturumlar çok hoş bir bağlamda gerçekleşti, bitti.

Bunun yapılabilmesi, Oktay hocanın nitelikleri kadar, onun ve diğer değerli hocalarımın da akademik geleneği özümsemiş olmasına bağlı. Taraflardan birinde bu olmazsa diğeri de eksik kalıyor ve o zaman siz istediğiniz kadar mükemmel olun, sonuç alamıyorsunuz. İşte hukuk güvenliği için hem hukukun belirlilik başta olmak üzere tüm gerekli niteliklere sahip olması, hem de uygulayıcı ve davranışlarını yönlendireceği grubun (yukarıdaki oturum örneğindeki gibi) onun değerlerini, ilkele-

rini özümsemiş ve benimsemiş olması gerekiyor. İlginize, sabrınıza ve desteğinize çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

### **Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-**

Çok teşekkür ederiz. Oturum başkanı olarak katılımcılar tarafından nasıl görüldüğümüzü de öğrenmiş olduk. Şimdi, yine konuşma talepleri alabiliriz, vaktimiz var. Sadece bildiri sunanlara ve yorumculara değil, burada katkıda bulunanlara yönelik de konuşma talepleriniz olabilir. Onları da alabiliriz. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim dalından Yrd. Doç. Dr. Elif Küzeci. Buyurun Sayın Küzeci, söz sizin.

ELİF KÜZECİ'NİN  
KONUŞMASI

### **Yrd. Doç. Dr. Elif KÜZECİ (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-**

Değerli hocalarım, değerli arkadaşlarım, Sayın Başkan, ben de söz verdiğiniz için teşekkür ediyorum. Fazla zaman almadan, aslında son dönemde demokratikleşme paketiyle birlikte tekrar gündeme gelmiş olan, fakat bir süredir de yasal düzenlemelerde, basın yayın kuruluşlarına yansıyan haberlerde artan oranda karşılaştığımız, kişisel verilerin korunması hakkıyla ilişkili ve tabii ki bu toplantının başlığı olan hukuk güvenliği ile ilişkili birkaç örnek vermek istiyorum.

Tabii gönül isterdi ki, örnekler olumlu yönde olsun, ama maalesef ki konuşmam bu konudaki sorunlara işaret eden birkaç örnekten ibaret olacak. Umarım ilginizi çeker.

İlk olarak hem normlar hiyerarşisinin anlamını, hem de varlık nedenini bence biraz sorgulamamıza neden olacak bir örnek üzerinde durmak istiyorum. Burada dikkat çeken unsurlardan biri, aslında dün değerli hocam Rona Aybay'ın da işaret ettiği, yasa ve hele ki Anayasa yazımındaki özensizlikle ilgili. Herkesin bildiği üzere, Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda sınırlamanın sınırları belirleniyor ve bunlar içerisinde biri de, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi.

Anayasa'nın 20. maddesine 2010 Anayasa değişiklikleriyle bir fıkra eklenmiştir. Bu hüküm kişisel verilerin korunması hakkını açıkça telaffuz ettiği için ilkesel anlamda olumlu bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Fakat hükmü incelediğimiz zaman, 20. Maddenin 1. Fıkrasında, var olan bir sorunun sürdüğünü görüyoruz: Hakkın kendisini değil, hakkı istemenin düzenlendiğini, herkesin kişisel verilerinin korunmasını "isteme" hakkına sahip olduğunun düzenlendiğini görüyoruz. Bunun yanında, belirtilen hüküm kapsamında, ancak kanunda öngörülen hallerde ya da kişinin açık rızasıyla kişisel verilerin işlenebileceğinin ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceğinin belirtilmiş olmasının, 13. maddede belirlenen ilkeye ve Anayasa sistematığına uygun olmadığını düşünüyorum.

Burada şöyle bir durum ile karşılaşyoruz: 13. madde diyor ki, Anayasa'nın ilgili hükmünde sınırlama nedenini belirteceksiniz. Oysa ilgili madde, yani 20. maddenin son hükmü, kanunda belirteceksiniz diyor. Ancak çerçeve nitelikte bir yasal düzenlememiz bulunmamaktadır. Anayasa değişikliğinin üzerinden üç seneden uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen çerçeve yasa halen yürürlüğe girmemiştir. Mevzuat içerisine serpiştirilmiş hükümler bulunmakta, ancak uygulamada karşılığını bulabildiğimizi söyleyebilmek güçtür.

Öte yandan örneğin şöyle bir düzenleme bulunmakta: Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu düzenlenmiştir\*. 13. madde 20. maddede sınırlama sebeplerini bulmamız gerektiğini söylüyor. 20. madde kanunda bulmamız gerektiğini söylüyor. Kanun bu konuda bir kurumun karar vermeye yetkili olduğunu söylüyor. Bu kurum bir yönetmelik çıkartıyor,

\* 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun sözü geçen 51. maddesi 9 Nisan 2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (E. 2013/122, K. 2014/74). Bu toplantı yapıldıktan sonra karar, 26.7.2014 tarih ve 29072 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.



“Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”. Bu yönetmeliğin kapsamında, yetersiz olmakla beraber güvence niteliğinde sayılabilecek bazı hükümler de yer alıyor ve hüküm bulunmayan hallerde, kurul kararı ve tebliğle düzenleme yapılacağı da ayrıca belirtiliyor. Ben bu durumu ilginç ve üzücü buluyorum, bu nedenle sizlerle de paylaşmak istedim.

Bunun yanında, dünkü toplantıda da konuşulmuştu. Bazen yasa kuralları güvenliği sağlamaktansa, tam tersine tehlikenin kendisi olabiliyor. Bu alanda buna ilişkin pek çok örnek var. Çok önemli bir tanesini paylaşmak isterim: Mevzuatımızda kişisel verilerin korunmasına yönelik çerçeve bir kanun olmamakla beraber, kişisel verilerin toplanmasına ve işlenmesine yönelik ve kanaatimce<sup>13</sup>. maddede yer alan öze dokunma yasasına aykırı sonuçlar doğurabilecek düzenlemeler var.

Bunlardan biri 663 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname-nin 47. maddesinde yer alan 1., 2. ve 3. fıkralar. Mealen söylüyorum; bu düzenlemeler gereğince, sağlık hizmeti alan kişilere ilişkin, sağlık hizmeti aldıkları sırada paylaştıkları bilgilerin tamamının Sağlık Bakanlığı'na, ilgili hekimler ya da kurumlar tarafından gönderilme zorunluluğu getiriliyor.

Bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitti. Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir konu kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyeceği için, 91. maddeye dayanarak iptal etti. Bunun üzerine Temmuz ayında oldukça da tartışma yaratmış ve dün niteliği dolayısıyla da bu toplantı içerisinde birkaç kez zikredilmiş bir torba kanun içerisinde, yine kanun hükmündeki kararnamenin 47. maddesine eklenmek üzere aynı düzenleme benimsenmiştir. Yani 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye baktığımız zaman, torba kanun dolayısıyla bazı hükümlerin aslında kanun hükmünde olduğunu görüyoruz. Çünkü iptal sonrasında ilgili hüküm yine bu KHK'ye eklendi.

Son örneğim, aslında meslektaşım ve fakültede de oda arkadaşım Didem Yılmaz'ın da işaret ettiği konuya, mahkeme



kararlarındaki öngörülebilirliğe ilişkin olacak. Yine kişisel verilerin korunmasına ilişkin, Türkiye İstatistik Kanunu'nda yer alan iki hüküm bulunmaktadır. Bu hükümler uyarınca, istatistik amacıyla olduğu söylenmek kaydıyla, gerçek kişilere, diğer kurumlara ve tüzel kişilere sınırsız bir şekilde her türlü sorunun sorulabileceğine, bu soruların Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı tarafından, istenilen şekil ve sürede yanıt verilmesinin zorunlu olduğu *-ki, bence bu bölümü de son derece önemli-* ve bunu karşılamak istemeyenlerin de, idari para cezasıyla karşılaşacağına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır.

Bu hüküm de Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiştir. 2008 yılında Anayasa Mahkemesi bir değerlendirme yaparak, kişisel verilerin korunmasının önemine işaret etmiş ve bu hükümleri iptal etmiştir. Herhangi bir sınırlama belirlenmeden, bütün bilgilerin toplanması, işlenmesi ve kullanılmasının Anayasa'ya aykırı olacağına karar verilmiştir.

Daha sonra yasakoyucu, iptalden kaynaklanan boşluğu doldurmak için yeni bir düzenleme daha yapmıştır. Yeni düzenlemede temel olarak eski hükmü benimsediği görülmektedir. Ancak yalnızca anketlerin yönelebileceği amaçlara ilişkin örnekler vermiştir-“sınırlı sayım” değildir ve istenilen her alanda anket çalışmalarının yapılmasını mümkün kılmaktadır - ve iki virgül arasında, “Anayasada belirlenen temel haklar ve ödevler çerçevesinde” ibaresini ekleyerek yeni düzenleme kabul edilmiştir. Bu hüküm ise itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne tekrar gitmiştir. Aslında hikâyesi de çok ilginç, ama vakit almak istemiyorum.

Zannediyorum itiraz yoluyla düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi'ne götüren iki yargıç -çünkü birleştirilmiş dosyalar bulunmakta - yargı kararlarının, hele ki Anayasa Mahkemesi'nin öngörülebilirlik unsuru dolayısıyla iptal edileceğini düşünmüş olabilir. Çünkü Anayasa'nın 11. maddesi dolayısıyla elbette ki anayasaya uygun hareket etmek durumundayız. Yani bence bu iki virgül arasındaki ifadenin getirdiği yeni bir şey bulunmamaktadır. Belki götürdüğü bazı şeyler olabilir.

Fakat bu sefer, 2011 yılında Anayasa Mahkemesi, bu yeni hükmü anayasaya aykırı bulmamıştır. Bu noktada ben hukuki güvenliği tartışırken, Anayasa Mahkemesi gibi üst bir yargı merciinin kararlarındaki öngörülebilirlik unsurunun da belki değerlendirilebileceğini düşünüyorum. Bir mahkeme, belki içtihadını değiştirebilir, ama burada 2008 yılında ve 2011 yılında arka arkaya verdiği iki karar arasında çok ciddi farklar görülebilmek mümkün.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir başka karar ise 5952 sayılı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanunun ilgili maddesine dair. İlgili madde, terörle mücadele alanında veri bilgi ve belgeleri toplamak, tasnif etmek, analiz ve değerlendirmeler yapmakla, bir araştırma geliştirme dairesi başkanlığını görevli kılmaktadır. Ancak bu noktada kanunda öngörülmüş herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Eğer konu bir şekilde terörle mücadeleyle, ki orada da belki değerlendirilmesi gereken unsurlar var, her türlü verinin toplanıp işlenebileceğini söylüyor. Anayasa Mahkemesi yakın zamanda verdiği kararında, bu hükmün de anayasaya aykırı olmadığına karar verdi. Karşılıklı yazılarında çeşitli tartışmalar olmakla beraber, bence burada üzücü olan husus, Anayasa'da açıkça kişisel verilerin korunması hakkına sahip olmamıza karşın, uygulamada ne yasal düzeyde, ne de yargısal düzeyde bu güvencelere kavuşamamış olmamız. Belki hukuki güvenlik konusunda sizlerin de ilgisini çekebilecek bir örnek olur diye düşünerek paylaşmak istedim.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-**

Çok teşekkür ediyoruz. Elif Küzeci, kişisel verilerin korunması hakkında uzman bir meslektaşımız. "Kişisel Verilerin Korunması" adlı bir kitabı var, ben çok yararlandım. Elif Küzeci'yi dinledikten sonra şunu fark ettim. Hukuk güvenliğinin en az olduğu alan, yeni teknolojilerin uygulandığı alanlar. Özellikle iletişim teknolojisi alanında, hukuk gelişmeleri çok geriden ta-

kip ediyor ve güvenlik sağlamaktan çok uzak. Artık postaneye gidip mektup atmıyoruz, iletilerimizi birtakım özel şirketler üzerinden gönderiyoruz. Bunların tümü devasa bilgisayarlar tarafından kayıt ediliyor, kontrol ediliyor. Bu bilgilerin nerede, ne zaman ve ne amaçla kullanılabileceğini bilmiyoruz.

Bilişim teknolojisi hukuk güvenliğini zayıflatmakla kalmıyor, bazı durumlarda tümüyle hukuk dışı bir alan da yaratıyor. Şu anda dünyanın en değerli parası hiçbir devletin kontrolünde değildir, hiçbir bankada kaydı yoktur. Gençler neden söz ettiğimi belki anlamışlardır; Bitcoin'den söz ediyorum. Bitcoin tamamen sanal ortamda varolan bir para. Bildiğimiz paradan farklı olarak bir kez harcanabiliyor, yani dolaşmıyor. Şu anda bir Bitcoin 137 dolardır ve bazılarına göre devletlerin çıkardığı paradan daha güvenlidir. Çünkü devletler enflasyonu azdırmak pahasına fazla para basabilirler. Oysa Bitcoin'in miktarını arttırmak çok zor. Pek çok kişi, internet üzerinden Bitcoin'e yatırım yapıyor. Hiçbir hukuk kuralının düzenlemediği bir alan söz konusu. Öngörülere göre, 15-20 yıl sonra pek çok insan artık normal ulusal paralarını değil, ama Bitcoin benzeri sanal paraları kullanacak. Hiçbir devletin yetki alanında olmayan, hiçbir hukuk kuralı tarafından düzenlenmeyen bu sanal paranın insanlar tarafından "güvenli" görülmesi şaşırtıcı. Geçende okuduğum bir makalede, bu sanal para hareketinin ileride kendi müşterisinin yanında kendi yurttaşını, hatta kendi devletini de yaratabileceğinden söz ediliyordu.

Şimdi söz sırası Araştırma Görevlisi Kahan Onur Arslan'd.,  
Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden.

**Ar. Gör. Kahan Onur ARSLAN (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Önce kıymetli hazirunu saygıyla selamlıyorum. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Genel Kamu Hukuku Anabilim dalında çalışıyorum, Araştırma Görevlisi Kahan Onur Arslan.

Ben naçizane bir katkı yapmak istiyorum. Son dönemlerde parlamento hukukuyla biraz ilgilenmeye başladım, bir buçuk senedir biraz bu alanda çalışıyorum. Şimdi dünkü tartışma-

larda, Bülent Yücel hocam hukuk güvenliği bakımından “ben parlamentoyu önemsiyorum” demişti. Kendisine bu noktada katılıyorum ve biraz daha ileriye götürmek istiyorum onun söylediklerini.

Ben parlamentonun ötesinde, parlamentonun öncesinin de hukuk güvenliği anlamında önemsenmesi gerektiğini düşünüyorum. Çünkü hepinizin malumu olduğu üzere kanun hazırlama işi, aslında sanıldığından çok daha karmaşık bir iş. Türk hukuk doktrininde de kanun önerisi hazırlama üzerine derli toplu çalışmaların sayısı günümüzde bile oldukça az. Çok az sayıda hocamız bu konuda ciddi anlamda çalışmalar yapmış durumda.

Kanun hazırlama işinde üç temel unsur var aslında: Etik unsur, teknik unsur, ifade ve üslup, bu şekilde ifade ediliyor. Teknik unsur ile ifade ve üslup konusuna değinmeyeceğim, ama etik unsur üzerine bir şey söyleyeceğim. Şimdi etik unsur dediğimizde, aslında tam da hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisinin alanı; pozitif hukuka kanun yapma sürecinde hukuk felsefesi veya sosyolojisinin yansımaları ifade ediyor etik unsur.

Bir yasa metninin özüne ilişkin hususları belirlerken önem kazanıyor. Yasa önerisinin öz ve ilkesinin adil ve ideal olup olmadığının belirlenmesinde yine etik unsur ön plana çıkıyor. Hukuk güvenliği bakımından ise, kanunun etik unsurunun en ideal şekilde sağlanması gerekli.

Peki, acaba kanun yapım sürecinde, bu en idealin bir metodu var mıdır? Şimdi bir kavramdan bahsetmek istiyorum. Bu arada öncelikle özür dileyerek söyleyeyim, biz dün akşam hocam 16.00 gibi katılabildik toplantıya. Akdeniz Üniversitesi'ndeki kongreden geldik. Eğer daha önce değinildiyse şimdiden özür dilerim. Düzenleyici etki analizi, bilmiyorum bahsedildi mi bununla ilgili?

Şimdi düzenleyici etki analizi, düzenleyici kalite kavramı kapsamında ortaya çıkmış bir teknik. Düzenleyici kalite kavramı ise, tüm dünyada süregelen kamu yönetiminde reform

çalışmaları kapsamında doğmuş. Devlet tarafından yapılan düzenlemelerin kalitesinin dünya çapında sürdürülebilir, ekonomik koşulların oluşması amacıyla çalışan tüm çevreler için önem kazanması sonucunda, OECD'nin devlet düzenlemelerinde kaliteyi arttırma hakkında OECD Bakanlar Konseyi tavsiye kararı 9 Mart 1995 tarihinde kabul edilmiştir.

Bu tavsiye kararıyla ilk defa düzenleyici kalite üzerine bir uluslararası standart kabul edilmiştir. Tavsiye kararının ekinde, düzenleyici kalitenin sağlanabilmesi için bir kontrol listesi yer alıyor ve bu listede yer alan düzenleyici reformda, cevaplanması gereken sorular, düzenleyici etki analizine olan ihtiyacı da açık bir şekilde ortaya koymakta aslında.

Sorular şunlar: Sorun doğru tanımlanmış mıdır? Devletin düzenleme girişimi meşru mudur? En uygun devlet eylemi düzenleme midir? Düzenlemenin yasal dayanağı var mıdır? Düzenleme için devletçi uygun görülen miktar ne kadardır? Düzenlemenin faydaları maliyetlerini karşılamakta mıdır? Etkilerin toplumdaki dağılımı şeffaf mıdır? Çok uzun değil, kusura bakmayın sıkmayacağım. Düzenleme kullanıcılar için belirgin, istikrarlı, anlaşılabilir ve ulaşılabilir mi? Bu soru doğrudan aslında hukuk güvenliğiyle ilgili olan soru. Konuyla ilgilenen tüm taraflar, görüşlerini bildirme fırsatını bulabilmişler midir? Düzenlemeye rıza gösterme nasıl sağlanacaktır?

Tavsiye kararıyla gündeme gelen bu sorular ve düzenleyici kalite, OECD'nin 1997 yılında hazırladığı düzenleyici reform raporunun da çekirdeğini oluşturmuştur. Düzenleyici etki analiziyle amaçlanan politika önerilerinin hedeflerinin, uygulamada karşılaşılabilecek olası risklerin, bu hedefe ulaşmada izlenebilecek alternatif tedbirlerin uygulama sonucunda ortaya çıkacak olası etkilerin tek bir çerçevede ortaya konulması.

Bu bakımdan düzenleyici etki analizi, karar almanın bir alternatifi olmadığı gibi, alınmış kararları meşrulaştırma aracı da değildir. Düzenleyici etki analizi sadece doğru kararı belirleme aracı olarak politika yapım sürecine dahil edilmesi gerekli olan

bir teknik. Çünkü düzenleyici etki analizi açıklık, katılım ve hesap verebilirlik sağlayarak, politik ve idari kararların kalitesini de arttırmakta.

Düzenleyici etki analizinin, düzenleyici reformlar kapsamında ülkemize girişi 2001 yılında OECD'ye yapılan gönüllü ülke incelemeleri başvurusuyla oluyor. İncelemeler sonucunda OECD tarafından Türkiye'de düzenleyici reformlar, ekonomik iyileşme için önemli destek adlı bir rapor hazırlanmış ve yasa-ma sürecine düzenleyici etki analizinin bütünleştirilmemiş olması, düzenleyici reform programının önemli bir eksiği olarak kabul edilmiştir.

Daha sonrasında 15 Haziran 2004 tarih ve 5227 sayılı "Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun" ile kamu yönetiminin yasal yapısında daha önce bulunmayan yeni kavramlar ve ilkeler düzenleniyor. Bunlar arasında katılımcılık, şeffaflık ya da saydamlık, hesap verebilirlik, etkililik, sonuca odaklılık, bürokraside sadelik ve bilgi iletişim teknolojilerinden yararlanma gibi, göze çarpan temel ilkeler var.

Bundan başka aynı kanunun 5. maddesinin c bendine; yapılacak yeni düzenlemeler ve kurulacak birimler için düzenleyici etki analizi yapılacağı da öngörülmüş.

17 Şubat 2006 tarihinde, 2005/9986 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan "Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" var. Bu yönetmelik ile hukuk sistemimiz düzenleyici etki analizi olarak adlandırılan bu yeni tekniği tam olarak benimsemiş durumda şu anda. "Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği"nin 24. maddesinde, milli güvenliği ilgilendiren konular ile bütçe ve kesin hesap kanunların ve kanun hükmünde kararnameler hariç olmak üzere, 17 Şubat 2007 tarihinden itibaren hazırlanacak kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile Başbakanlıkça uygun görülecek diğer düzenleyici işlemler için, düzenleyici etki analizi yapılması öngörülmektedir.

Ayrıca yürürlüğe konulması halinde etkisinin 10 Milyon TL'yi geçeceği tahmin edilen kanun ve kanun hükmünde kararname tasarıları için ise, düzenleyici etki analizi yapılması zorunludur.

Görüldüğü üzere, düzenleyici etki analizi bir yasama faaliyetinde kanun tasarısının her alanda doğuracağı sonuçların hesaba katılması ve teknik elemanlarca analize tabi tutulması demektir. Düzenleyici etki analizinin kanun yapım sürecinin ve kanun tekniğinin bir parçası haline gelmesi ve uygulama alanına girmesiyle birlikte, kavramın parlamento hukuku bakımından da büyük önem kazanacağı söylenebilir. Fakat düzenleyici etki analizi uygulamasının parlamento hukuku ve özellikle sağlıklı yasa yapım süreci yönünden olumlu katkılarının yanı sıra, zaman ve maliyet yönünden kayda değer bir külfet oluşturabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Görüldüğü üzere, gerek mevzuat hazırlama yönetmeliği, gerekse 5227 sayılı “Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkındaki Kanun” ile doğal hukukun ya da doğal hukukçuların ortaya koymaya çalıştıkları ideal kanun hazırlama ilkelerinin, üzerinde büyük ölçüde uzlaşılabilen temelleri pozitif hukukumuzda karşılık bulmaktadır. Bence düzenleyici etki analizinin, etkin şekilde uygulamaya geçirilmesi, hukuk güvenliğinin sağlanması adına önemli bir adım oluşturacaktır.

Bu noktada dün Sayın Yıldırım Uler hocanın hatırlattığı ve Sayın Rona Aybay hocamın dillendirdiği, “*acaba yasakoyucunun kanun yapım sürecinde hukuk güvenliğini sağlama niyeti var mı?*” sorusu meselenin özü aslında belki de.

Teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturma Başkanı)-**

Çok teşekkür ederiz. Aynı anda hem düzenleyici etki analizinin zorunlu kılındığı, hem de torba yasaların sıklıkla kullanıldığı bir sistemdeyiz; muazzam bir çelişki. Şimdi söz sırası Doç. Dr. Adnan Gerçek'te, Uludağ Üniversitesi Mali Hukuk Anabilim dalı, buyurun efendim.



### Doç. Dr. Adnan GERÇEK (Uludağ Üniversitesi Mali Hukuk Anabilim Dalı)-

Teşekkür ederim Sayın başkan. Çok değerli hocalarım, Sayın meslektaşlarım, öncelikle Kamu Hukukçuları Platformu'na vergi hukuku alanında bir konuyu ele aldığı ve vergi hukukçularının da bu Platform'a katılıp tartışma ve görüşlerimizi bildirme fırsatı verdiği için teşekkür ederim. Ben dün sunulan konulardan açıkçası çok yararlandım. Birkaç noktada katkıda bulunmak istiyorum, onun için söz aldım.

Öncelikle dünkü sunumları dinlerken, hem sevindim, hem de üzüldüm. Sevindim, çünkü şunu anladım: Bizler yıllardır vergi hukukçuları olarak, kanunlardaki sık değişiklikler, hukuki belirsizliklerden yakınıyoruz, ama maalesef diğer hukuk alanlarında çok hızlı değişiklikler olmadığından dolayı, kendimize yandaş bulamıyorduk. Şimdi ülkemizde bütün hukuk alanlarında hızlı bir değişim süreci yaşanıyor.

Her alanda kanun değişiklikleri yoğun bir şekilde başladığından, görüyorum ki genel olarak hukuk camiası "*artık bu kadar da değişiklik olur mu, hukuki güvenlik nereye gidiyor?*" noktasına gelmiş durumda. Yani bizim ne durumda olduğumuzu şimdi artık bütün hukukçular anlıyor diye biraz seviniyorum. Çünkü biz ortalama yılda iki defa kitaplarımızı güncelliyoruz ve hâlâ kitaplarımız günceli takip edemiyor, o durumda vergi hukuku.

Üzüldüm, tabii ki gönül isterdi ki bizler sizin yanınıza gelelim. Yani vergi hukukuna biraz hukuki istikrar gelsin ve biraz belirsizlik ortadan kalksın, daha istikrarlı yasalarla bu süreçlere devam edebilelim. Ancak maalesef görüyorum ki, ülkemizde demek bütün hukuk dallarında belirsizliğe doğru hızlı adımlarla bir gidiş var. O yüzden hukuki güvenlik, ciddi bir sorun olarak da karşımıza çıkıyor.

Mesela dünkü sunumlarda şu dikkatimi çekti: Olumsuz yöndeki örnekler hep vergi kanunlarıyla ilgiliydi. İşte en çok yasa değişikliği vergi kanunlarında, en çok geçici madde vergi



kanunlarında, birbirleriyle uyumsuz maddeler vergi kanunlarında. Hâlâ rekor bizde, yani kimseye bırakmış değiliz, ama bu gidişle korkarım sizler de bizi yakalayacaksınız bu değişikliklerden dolayı.

Dün Tuğrul hoca şunu ifade etmişti. “Ceza kanunlarında bazı değişiklikler oluyor, artık bu değişiklikleri biz heyecan verici olarak nitelendiriyoruz” demişti. Biz yıllardır zaten heyecan fırtınası yaşıyoruz. Yani o yüzden yaşanan gelişmeler bizim için çok da sürpriz olmadı.

Vergi hukukçularının özellikle vergi hukuku alanında yasalılık ilkesi katı bir şekilde uygulanması gerekir diye bir talebi vardır. Verginin temel unsurlarının mutlaka kanunda net bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Çünkü vergi hukuku teknik ve ekonomiye çok yakın bir alan olduğu için, birçok hukukçu vergi hukukuna “*hukuk mu acaba, yoksa ekonominin bir uygulama biçimi midir?*” diye yaklaşabiliyor.

Bu kadar teknik alan ve ekonomiye bu kadar yakın olunca, doğal olarak bu alanda her şeyi önceden öngörmek mümkün değil. Bu nedenle idareye mutlaka daha geniş bir takdir alanı bırakılmış durumda. İdarenin takdir yetkisine bırakılan alanın daha geniş olduğunu, daha fazla konuda olduğunu görüyoruz. Bu da şu sonucu doğuruyor: İdare gerek idari düzenleyici işlemlerde, gerekse bireysel işlemlerde takdir yetkisini alabildiğince kullanıyor. Çünkü kanunlarla zaten bu yetki kendisine verilmiş durumda.

Bunun özünde şu yatıyor: Bu özel uzmanlık gerektiren alanlarda en doğru kararı idare bilir. Dolayısıyla idareden en uygun işlemi yapması beklenir. Özünde çok güzel, hatta biz vergi hukuku alanında veya diğer hukuk alanlarında idarenin takdir yetkisini, yasalılık ilkesinin en uygun biçimde uygulanmasına zemin hazırlamak için vardır diyoruz.

Ancak maalesef uygulamaya baktığımızda şunu görüyoruz. Bir defa hepimiz biliyorsunuzdur, vergi idaresinde hukukçu neredeyse yoktur. İİBF mezunları devletin vergilerini toplamakla

görevlidir. Dolayısıyla takdir yetkisi denilince, genellikle biz istediğimizi yapabiliriz gibi bir algı vardır. Yani takdir yetkisinin kullanımında ölçülülük ilkesi ve diğer hukuk kaidelerine uyulacak mı dersenez; hayır, böyle bir anlayış zaten yoktur. Bu nedenle idare istediği şekilde takdir yetkisini kullanmaktadır. Kullanılan yetki ile ilgili denetim söz konusu olacaksa, sadece yerindelik denetimi yapılabilir. Dolayısıyla kimse idarenin takdir yetkisini denetleyemez düşüncesiyle takdir yetkisi keyfi kullanma yetkisine dönüşmektedir.

O yüzden özellikle vergi hukuku alanında, ülkemizde hukuk güvenliğini zedeleyen belki de en önemli sorun, yasal idare ilkesinin uygulanmaması sorunudur. İdare şöyle bir anlayış içindedir: Ben istediğim her şeyi yaparım, bana bu konuda takdir yetkisi de verilmiştir. Biz sıkça şununla da karşılaşırız. Örneğin, idare bir idari düzenleyici işlem yapıyor, kanuna açıkça aykırı. Tabii ki haliyle Danıştay'a yansıyor ve iptal ediliyor. Günümüzde gelir idaresinde tek bir ilke ön plandadır; vergilemede verimlilik ilkesi. Yani ne pahasına olursa olsun, verginin toplanması önemlidir. Bu adalete aykırımı, kanunilik ilkesiyle bağdaştırıyor mu önemli değildir. Bu nedenle idari düzenlemelerle, hatta özgelgelerle yeni yükümlülüklerin getirilmeye kalkışıldığını görüyoruz. Hiç özelleyle yeni yükümlülük getirilir mi? Ama bizim idaremiz getiriyor. İptal edildiğinde de, ilk torba kanunun içinde aynı düzenlemenin yer aldığını ve otomatik olarak çıktığını görüyoruz. Yani idare ben istediğimi yaparım gibi bir anlayış içindedir.

Bu noktada çok enteresan bir örnektir, çünkü sunumlara da katkı olması açısından belirtmek istiyorum. Uzlaşma müessesesi yasallık ilkesinin en çok ihlal edildiği müesseseler olarak gündemdedir. Uzlaşma müessesesinde milyonlarca liralık vergi ve cezaların bir anda sıfıra indirilebildiğini görüyoruz. Anayasa hükmü gereği vergi, kanunla konulur, değiştirilir ve kaldırılır, ancak vergi hukuku uzmanlık gerektiren bir alan olduğu için her özel durumu kanunla düzenlemek mümkün değildir. Bu nedenle uzlaşma müessesesi vardır. Uygulamada üç-beş bin liralık uyuşmazlıklarda yazılmamış bir teamül geçerlidir. Vergi-

nin yüzde 10'undan feragat eder idare, yüzde 90'ını ödersiniz, cezaların da yüzde 90'ını silip yüzde 10'unu ödersiniz; normal vatandaşa böyledir. Ancak son yıllarda, Gelir İdaresi Başkanlığı faaliyet raporlarına bakabilirsiniz; milyonlarca lirayı bulan verginin ve cezanın Merkezi Uzlaşma Komisyonu'nda (bu komisyon 3 milyon liranın üzerindeki uyuşmazlıklara bakar) neredeyse sıfıra indirildiğini görürsünüz. Neden acaba?

Bu noktada birçok vergi inceleme elemanı şunu söyler: Ben böyle yazıyorum, git mahkemede hakkını ara. İşte Danıştay eski başsavcımız Sayın Turgut Candan da burada. Ben şimdiye kadar idareye karşı tam yargı davası açılıp biz idarenin yapmış olduğu işlemlerden şu şekilde mağdur olduk diye bir davaya rastlamadım. Çünkü mükellef korkuyor. İdare her an ikinci, üçüncü, beşinci, onuncu bir vergi incelemesiyle mükellefin ekonomik hayatını bitirebilir. Böyle bir noktadayız.

Bir cümle de Anayasa'nın 73/IV maddesi ile ilgili söylemek istiyorum. Acaba Bakanlar Kurulu'na vergi oranını sıfıra kadar indirme yetkisi verilmişse, bu verginin kaldırılması anlamına gelir mi? Ekonomik anlamda belki evet, ama hukuken hayır tabii ki. Çünkü ekonomik konjonktür gereği, eğer kanunda bu oranı sıfıra kadar indirebilirsin denilmiş ise ve oran da sıfıra indirilmişse, o vergi halen varlığını sürdürmektedir. Şu anda Avrupa'nın birçok ülkesinde bankalardaki faiz oranlarının sıfır olduğunu biliyoruz. Böyle bir ekonomik konjonktürde vergi oranı da sıfır olabilir tabii ki. Burada yine ölçülülük ilkesinin devreye girmesi ve ona göre hareket edilmesi gerekiyor.

Son bir konu, geriye yürümezlik ilkesiyle ilgili. Vergi hukukunda geriye yürümezlik olmalı mı, olmamalı mı veya diğer alanlarda olmalı mı? Bu konuyla ilgili bizim bir projemiz var, şu anda devam ediyor. Genç meslektaşlarımızla birlikte 7 kıtada 30 ülke anayasasını taradık ve sonuçlarını elde etmeye başladık. Hangi anayasada vergilendirme ilkeleri ne şekilde formüle edilmiş, ne şekilde yer alıyor diye inceledik.

Dünkü oturumda geriye yürümezlik ilkesi gündeme geldi. Onun üzerine hemen bir baktım, 30 ülkenin 18 tanesinde geri-

ADNAN GERÇEK'İN  
KONUŞMASI

ye yürümezlik ilkesiyle ilgili anayasalarında düzenleme var. Anayasalardaki düzenleme biçimini üç gruba ayırabiliriz. İncelenen 30 ülkenin 3 tanesinde; Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya ve İspanya'da, ayırım yapılmaksızın tüm kanunların geriye yürütülemeyeceğine ilişkin hüküm vardır. 11 ülke anayasasında sadece ceza hükümlerinin geriye yürütülmeyeceğine ilişkin açıkça hüküm bulunmaktadır. 5 ülke anayasasında ise; Brezilya, Güney Kore, Portekiz, Rusya ve Yunanistan vergi kanunlarının geriye yürütülemeyeceğine ilişkin açık hüküm vardır.

Bizim ülkemizde, özellikle vergileme alanında yasallık ilkesini mümkün ise çığneyelim anlayışı bulunduğu için, benim şahsi kanaatim, belki bütün kanunlar açısından Anayasa'da açıkça geriye yürümezlik ile ilgili bir hüküm olması gerekir. Ancak özellikle vergi kanunlarının geriye yürütülemeyeceğine ilişkin Anayasa'da açık bir hükmün yer almasının yararlı olacağını düşünüyorum.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-**

Çok teşekkür ederiz değerli katkılarınız için. Kısa anayasa modelini savunanlar, bu sözlerden sonra bir kez daha düşünmek zorunda kalacaklar. Pek çok disiplinin yanı sıra, vergicilerin de anayasal düzenleme talepleri var. Bu şekilde nasıl kısa anayasa yapılabilir? Düşünmeye değer.

TURGUT CANDAN'IN  
KONUŞMASI

**Turgut CANDAN (Danıştay Emekli Başsavcısı)-** Özelge eski mukteza, kanundaki terim de bu aslında. Vergi Usul Kanununun 413. maddesinde düzenlenmiş. Bu maddeye göre, vergi mükellefleri vergi idaresinin yetkili birimine başvurarak, vergi kanunlarının uygulanması ya da mükellefiyetlerle ilgili bilgi alabiliyorlar.

İlgili birimin vermiş olduğu, yani kişiye özel olarak vermiş olduğu bu belge, mukteza ya da yeni adıyla, yeni Türkçe'de özelge deniyor. Danıştay içtihatlarına göre, bu bir idari işlem değil. İdari davaya konu olabilecek nitelikte bir idari işlem de-

ğil. Yani kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem değil, idarenin görüşü; dolayısıyla mükellefleri bağlamaz. Mükellefler uyabilir veya uymayabilirler.

Uymazlarsa, eğer uymama eylemi vergi kanunlarına bir aykırılık oluşturuyorsa, Vergi Usul Kanunu'nda bunun için öngörülmüş yollar var. Vergi incelemesi yapılır, akabinde de vergilendirme yöntemlerinden bir tanesi ikmalen re'sen veya idarece tarhiyat yapılır. Uyarlarsa ve daha sonra da muktezanın yanlış olduğu ortaya çıkarsa, bu vergi ceza hukuku yönünden yanılma halini oluşturur. Ceza kesilmez, son değişikliğe göre gecikme faizi de alınmaz.

Vergi idaresi, muktezaı bireysel olarak verir, yani isteyen kişiye yazılı talebi üzerine yazılı olarak verir. Bir de vergi idaresi şunu yapabilir: Muktezaı açıklanması istenen konu, çok sayıda mükellefi ilgilendiriyorsa, bunu sirkülerle de duyurabilir. Yani genel bir işlem yapar. Sirküler de düzenleyici nitelikte bir işlem değil, genel işlemdir, ama düzenleyici değildir, dava konusu olmaz; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun son içtihatları bu şekilde, eğer değişmezse.

Ancak bazen vergi idaresi sirkülerle düzenleme yapıyor. Sirkülerle yapmaması gereken düzenlemeyi, sirkülerle yapıyor. O zaman Danıştay şöyle diyor; yetkini aştin sen diyor. Açılan davalarda yetkisizlik sebebiyle sirkülerin iptaline karar veriyor.

Benim kişisel görüşümü sorarsanız yok hükmündedir bu şekilde yapılan düzenlemeler. Çünkü yasama alanına müdahalesidir idarenin vergi hukuku alanında; dolayısıyla yok sayılması gerekir. Ancak Danıştay içtihadı, bu sirküleri iptale mahkûm, hukuki sakatlık içeren düzenleyici işlemler olarak kabul ediyor ve iptal ediyor, iptaline karar veriyor.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-** Çok teşekkür ederiz. Sirkülerin ve özelgenin hukuki niteliğini de öğrenmiş olduk. Şimdi söz sırası Prof. Dr. Rona Aybay'da. Buraya mı gelmek istersiniz, orada mı? Buyurun.

### **Prof. Dr. Rona AYBAY-**

Efendim dünden beri birkaç defa huzurunuzu işgal ettim, beni bağışlayın çok konuştum ise. Şimdi belirli bir bildiri veya belirli bir teknik konu üzerinde değil, Kamu Hukukçuları Platformu'nun niteliği ve benim kişisel olarak gördüğüm büyük akademik değeri üzerinde birkaç söz söylemek istiyorum ve bir anımı sizlerle paylaşmak istiyorum.

Efendim, çok değerli meslektaşımız Galatasaray Üniversitesi'nden Prof. Dr. Ahmet Türkbağ'ın biraz önce söz aldığı anda üzerinde durduğu bir nokta beni konuşmaya sevk etti. O da, bu Kamu Hukukçuları Platformu'nun taşıdığı akademik değerlerin yanı sıra, gözden kaçırılmaması gereken önemli bir özelliği, bu "samimi" isterseniz "demokratik" diyebileceğimiz ortam.

Gerçekten Kamu Hukukçuları Platformu'nda öyle bir ortam var ki, akademik kıdem yaş, akademik unvan vesaire nitelikler, tabii karşılıklı saygı çerçevesinde anlam ifade etmiyor. Burada o bakımdan tam egaliteryan, eşitlikçi bir ortam var ve bu çok güzel bir şey.

Bu gençler için ne ifade ediyor bilmiyorum, eminim onlar da bunu takdir ediyorlardır, ama bizleri özellikle çok mutlu ediyor. En başta da tabii değerli dostum Fazıl Sağlam bundan çok büyük mutluluk duyuyor. Çünkü bizlerin yetiştiği ortamda, Tarık Zafer Tunaya, Bahri Savcı gibi birkaç istisna dışında, profesör dediğiniz insan maazallah, yanına salâvatla varılacak tipte insanlar idi. Birkaç istisna, saygıyla andığımız birkaç istisna dışında. Biz böyle bir ortamdan geldik ve bunun hiç de sağlıklı bir ortam olmadığını biliyorduk. Umarım yeni kuşaklar bu sağlıklı ortamı değil, şu samimi demokratik ortamı yaşayarak yetiştirilecekler ve kendilerinden sonrakilere de bu mirası devredebileceklerdir.

Kamu Hukukçuları Platformu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, elbette birinci önceliği Fazıl Sağlam başta olmak üzere, bu çorbada tuzu bulunan diyeyim herkes öncelikle akademik değe-

re, akademik niteliğe ağırlık veriyor idi. Ama hemen onun arkasından veya ona paralel olarak iki amaç daha öngörülüyordu.

Bir tanesi, “taşra üniversiteleri” gibi, biraz aşağılayıcı bir anlam ifade eden tabiri kullanmak istemiyorum. Büyük kentler dışındaki üniversitelerden gelen, özellikle genç meslektaşlarla aynı ortamı paylaşmak, onlarla akademik tartışmalar, yalnız kürsüde değil, yemek sırasında kokteyl sırasında kahve molası sırasında da devam ettirmektir. Bunu başarabildiğimizi görüyorum ve başta Fazıl Sağlam olmak üzere, bu çorbada tuzu olan herkesi eminim bu çok mutlu ediyor. Az önce bu kürsüde Erzincan Üniversitesi’nden iki genç meslektaşımız gayet güzel sunumlar yaptılar. Bu, emin olun gözlerimizi yaşartacak kadar bizi mutlu etti.

İkincisi de, akademik unvanların yarattığı o görünmez duvarı, zannediyorum ki yıkabildik. Burada üç günlük bir araştırma görevlisiyle, 40 yıllık profesör rahatlıkla karşıt görüşleri de savunma pahasına, görüş alışverişinde bulunabiliyorlar; bu hepimizi çok mutlu etmesi gereken ve aman üzerine titrenilmesi gereken bir özellik. Bunu kaybetmeyelim lütfen. Eminim gençler bunu takdir edecekler ve devam ettirecekler.

Şimdi geliyorum Kamu Hukukçuları Platformu’nun buna bağlı olarak ortaya çıkan ve beni çok mutlu eden bir yan ürününe, bir anıya. Geçen yıl, bugünlerde miydi geçen yılki toplantımız? Herhalde üç aşağı beş yukarı bir yıllık bir öykü bu. Bana verilen görev, Kemal Gözler arkadaşımızın bildirisine yorum yapmak idi.

Kemal Gözler uzaktan tanıdığım, yazılarından bildiğim, ama şahsen daha önce hiç karşılaşmadığım bir meslektaşımızdı ve bildirisini okuduğum vakit kendisini çok takdir ettim, fakat hukuk anlayışlarımız arasında da âdeta uçurum denecek kadar büyük farklılıklar olduğunu da gördüm. Bunları ifade ettim bildirisini eleştirirken.

Kürsüden inip yerime geçerken, Kemal Beyin önünden geçiyordum. Birden durdum, “umarım eleştirilerim sizi rencide etmemiştir” gibi bir şeyler söyledim. Yalnız Türkiye’de değil,



## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

RONA AYBAY'IN  
KONUŞMASI

dünyada bile nadir rastlanan büyük bir akademik nezaket ve zarafetle yerinden doğruldu, “sizin tarafınızdan eleştirilmek bile bana onur verir” dedi. Doğrusu, bu olgunluk karşısında çok duygulandım, söyleyecek söz bulamadım; bu işte Kamu Hukukçuları Platformu’nun çok önemli bir özelliği.

Burada kalmadı iş, sonra yemekte birlikte olduk. Benim kızımın sınıf arkadaşı olduğu gerçeği ortaya çıktı. Eşiyle iki sevimli çocuğuyla tanıştık. Ben İznik’te oturuyorum İstanbul’dan çok. Kemal Gözler’le aile dostluğu ve ziyaretler geliştirdik ve beni fakültesinde bir konferans vermeye davet etti. Büyük bir zevkle kabul ettim gittim. O gün çok güzel bir ortamda, çok büyük bir konukseverlikle beni ağırladılar. Bütün fakülteyi tatil etmişler, birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü sınıf öğrencilerini bir araya toplamışlar, onlara bir konferans verdim. Akademik yaşamımda yaşadığım en büyük mutlu günlerden biri oldu. Orada da kalmadı, sonra beni ders vermeye davet ettiler, onu da büyük bir onurla kabul ettim, hâlâ da devam ediyorum.

Yani diyeceğim, bu Kamu Hukukçuları Platformu’nun bu özelliklerine özen gösterelim ve bir yandan saygılı eleştirilerimizi yapalım, ama Türkiye’nin ihtiyacı olan, yalnız akademik anlamda değil, insani, beşeri anlamda da ihtiyacı olan bu güzel ortamı gençlere ve bizden sonrakilere aynı titizlikle özenle devredelim.

Çok teşekkür ediyorum, saygılar. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)**- Rona Aybay’a teşekkür ediyoruz. Şimdi söz sırası Cüneyt Ozansoy’da. Buyurun efendim.

CÜNEYT  
OZANSOY’UN  
KONUŞMASI

**Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı)** - Bu yeri tercih ettim, Ahmet Bey dostumun belki bıraktığı sevimli yerden devam ederim dedim.

Efendim bana Ahmet Bey dostumuzun kuşları az geldi, belki bir iki tane daha eklerim dedim. Fiyatları ne olur bilmiyorum. Kendisi daha bir antikacı tarifesi uyguladı. Ben idare



hukukçusu olduğum için, bir iki kuş daha oraya koysak acaba diyorum. Belki sayı dört beş olabilir, bir özel kuş daha. O ne yapıyor sorusuna belki *-af buyurun-* bu da “*dağılın ulan*” diye hepsine söylediğinde dağılıyorlar. Herhalde idarede böyle bir işe yarıyor kuş.

Belki başka bir kuş daha olabilir. O pek bir kibirli duruyor olabilir. Onu sorar belki müşteri. Vallahi bunun görevi çok özel, kimin kimi ne zaman öpeceğine kararı o veriyor. Fıkra da yabancı ülkede geçtiğine göre, bizi de Ceza Kanunu’yla baş başa bırakmaz. Onun fiyatı nedir efendim? Bunun fiyatı yok, alana üste para veriyoruz belki diyebilirler.

Efendim tabii bu hikâye beni bir yazarın hoş bir anısına da götürdü. Galiba Ankara’da bir antikacıda dostuyla otururken içeri bir müşteri giriyor. Bu da bir antikacı hikâyesi, ama başından geçmiş, galiba Kale civarında bir yerde. Müşteri biraz merakla sağa sola bakıyor, vitrinde bir testi beğeniyor. Eline alıyor bakıyor, hoşlandığı belli. Fiyatını soruyor, fakat bayağı yüksek bir rakam söylüyor antikacı. Alamıyor adam. Çıkıyor dışarıya. Hikâyeyi nakleden yazar da merak ettim diyor, nedir bunun özelliği? Efendim bu Rodos testisidir. Peki, özelliği nedir? Özelliği Rodos testisi olması. Peki, bunu nereden biliyorsun? Vallahi ben bilmiyorum, getiren öyle söyledi, biz de ondan aldık. Getiren nereden biliyormuş? O da onun Rodos testisi olduğu ona söylenerek alınmış. Bu sizinki kadar şirin bir hikâye değil, ama Türkiye’deki birtakım müesseselerin, tabii özellikle kamu hukuku müesseselerininin, galiba biz bahsederken aslında hepsi biraz Rodos testisi.

Öyle mi, değil mi? Olsun olmasın, ama öyle söylediler. Kimse o testinin ne olduğunu bilmediği gibi, nereden geldiğini, Rodos testisini diğer testilerden ayırıp Rodos testisi yapanın ne olduğunu bilmiyor, ama bir biçimde biz özellikle hukukçuların çok fazla Rodos testisi var. Bunu olumsuz anlamda söylemiyorum, ama beni şuraya getirsin istiyorum. Oktay Bey dostum da uyarır uzatırsam.

Biraz tabii biz hukukçular çok fazla kendi terminolojimiz ve kendi kurumlarımızla fazla hemhal durumdayız. Bunun anlamı bence şu: Bir norm öngörülebilir biçimde yazılabilir, daha iyi yazılamayabilir ve biz ona ulaşabiliriz. Sadece uzmanların değil, uzman olmayanların da anlayabildiği sarahatte de olabilir vesaire vesaire. Ama bu bizim derdimiz gibi geliyor, olmalı bizim derdimiz. Ama norm, sadece panellerde derslerde bizim bir derdimiz değil. O norm bir bakıma, o *-affedersiniz-* “dağın ulan” ya da “burada öpüşülmez” diyenlerin elinde hayata geçiyor, biz hayata geçirmiyoruz. Yasama organı ne kadar hayata geçiriyorsa bir normu, biz de o kadar geçiriyoruz.

Dolayısıyla Başbakanlık'ta Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü diye bir yer vardır. Aslında gündemimizin bir kısmı oraya da ait olmak sayılır, öyle sayılmak gerekir, ama norm hayata geçer. Bununla şunu söylemek istiyorum: Biz hukukçular ihmal mi etmeliyiz bu yaptığımızı? Asla, ama bir de başka bir tarafı var. O başka tarafı, Kemal dostum beni bağışlasın, gerçi onda son zamanlarda biraz makas değiştirme görüyorum epistemolojik konumunda, ama pozitivizmdir, Hart'tır, odur budur, bunlar bizim Rodos testimiz. Dolayısıyla idarenin elindeyken norm ne oluyor?

Dolayısıyla iki düzeyli bir epistemoloji olmak gerekir. Biz hukukçular olarak Hart ve onun gündemiyle hesaplayabiliriz. Kemal Bey dostum gibi, ben tümüyle farklı bir pozisyonu, antipozitivist olarak orada bulunabilirim. Ama bunlar bizim aramızdaki epistemolojik konumlar ve hiçbirimizin Türkiye'nin 10 bini aşan normu hayata geçirmeyle ilgili bir iktidarı zaten yok.

Tekrarlıyorum; bunun değerini asla düşürmez, ama Kemal'in pozitivist, benim antipozitivist olmamın hayata ilişkin şu kadar bir yansıması olduğu kanısında da değilim. Peki, neden hayatı ayırıyorum hukukla ilgili? Çünkü esas olarak bir kamu hukukçusu sıfatıyla, beni tabii normlar düzenlemeler çok ilgilendiriyor, ama hayatta karşılaşılan ne? Hayatta karşılaşılan bir kamu gücü var. O kamu gücü hangi epistemolojik pozisyondan güç alıyor?

Hemen söyleyeyim; bir, tabii hukukta, ama felsefi anlamda değil. Hukuku yaratan da devlet olduğu için, zaten devleti aşan ve kendisine tabi kılan bir devlet algısı. İdaremizde öyle bir şey olamaz. Yani hukuku yaratan bir öznenin yine hukuk tarafından kendisinden hesap sorulabilmesi algılanabilir bir şey değil. Sıkıntımız o.

Bunun anlamı ne? Bunun anlamı bence şu: Biraz sakallıya atıf yapıp ondan güç alayım. Boğulmakta olanların kendini saçından çekerek kurtarmaya çalışması gibi pozisyona bazen düşebiliriz. Nedir bu? Hiçbir uygulayıcının derdi ve referansı olmayan bazı şeylerle de ilgilimiz. Bağışlayın uzattım, iki üç cümleyle bitireyim.

Peki, bir önerin var mı? Çok orijinal bir önerim yok, ama aynı yoldan gitsek de birkaç makası denemekte fayda olduğunu düşünüyorum. Türkiye’de normların nasıl yorumlandığı meselesi Kemal’le benim dostane akademik tartışma tarzım bir şey olabilir. Başka bir şeye daha da bakalım da, onu bir kenara bırakarak değil.

Türkiye’de kamu gücünün sosyolojisi, Türkiye’de kamu gücünün kültürü, Türkiye’de kamu kültürünün hayata geçişi. Bu ne? Bu pek bizim hukuk alanı değil diye yüz vermediğimiz bir şey. Saf hukuk değil. Sen çok iştahlı oldun bütün akademik kariyerinde ve bence de çok saygıya değer bir iştah, bir pozisyonudur, ama bu bizim evimizi temizlemeyle ilgili bir pozisyon; bu epistemoloji sadece akademisyenlere ait.

Şimdi ben soruyorum; biz pozitivist olsak ne olur, olmasak ne olur? Çok şey olabilir. Bunu uygulayanın böyle bir derdi hiç yoksa ve ben bu normu senin referanslarınla değil, devlet menfaati böyle gerektirebildiği için. Şu an norm ne yazarsa yazsın “dağılım ulan” demeyi gerekli gördüğüm için. Başbakanın ne yapacağı, iktidarın ne yapacağı, bunları her panelde keşfetmeye gerek yok. Anayasa hukuku giriş kitaplarında var, ama tuhaf, her gün Başbakan tarafından azarlanan bir ülke olmayı kanıksadık. Kızıyoruz belki ama, bir vakıa. Hukuku yanlış anlamak sorunu değil, azarlamak azarlanmak sorunu.

Bir biçimde o zaman ne oluyor? Otorite azarlayabilir de. Otorite belli bir oy oranına sahipse, hukuku bizden başka türlü de yorumlayabilir; işte biraz sıkıntı bu.

Şununla bitireyim, çok zorladım sabrınızı. Her panelde renkli bir kişilik olduğunu bilirsiniz. Özellikle Turgut yey ve Danıştay camiasının çok uzun süre gözdesiydi İl Han Özay hocam. Kitabına benden de hasbelkader bir şey aldığı için, onun da biraz güveni ve şımarıklığıyla takılmayı çok severdim. Hoşgörülüydü. Hocam çok seviyordu bu günışığında yönetim lafını, kitabına da koydu. Sanki bana şunu hatırlatıyor. Karakollar duvardan değil de, camekândan hepsi, içeriye görüyoruz. Al sana günışığı, al sana Taksim'de günışığı, al sana Kızılay'da günışığı. Işık mı yetmiyor? Kızardı tabii biraz bana.

O nedenle görülebilirliğin, öngörülebilirliğin çok büyük bir değeri olmakla, her şey olmadığını bilelim. Görmeye değer şeyler yaratarak belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayalım. Öngörülebilirlik kendi başına çok aman aman bir içeriğe sahip değildir. Daha burjuvazi oluşmadan, kapitalizm olmadan, bunlar meydana çıkmadan dahi ticaretle uğraşan kesim, girdiği hukuki ilişkilerin hem kendisini, hem de akıbetini garanti altına almak istemiştir, çok da anlaşılmıştır.

Bunun için öngörülebilir bir hukuk ister, bunun için devletin ya da otoritenin müdahale etmediği, edemediği bir yargıç ister. Dolayısıyla Ege kıyısından bilmem oraya gönderilen amforadaki zeytinyağının başına ne geleceğini bilmeye de ilgilidir bu. Öyle birkaç kişi oturup hukuk devleti şöyle olsun filan. Şüphesiz sosyolojik iktisadi dinamiklerle ilgili; sonra tabii işlendi şu oldu bu oldu, ama bugün de öyle.

Bizim güvenlik dediğimiz şey, güvenlik bilinebilir dediğimiz şey, dönüşüyor mu acaba? Devlet dönüşüyor, bir şeyler dönüşüyor. Sermaye sınıfı her halükârda öngörülebilir ilişkilerden vazgeçebilir mi? Belki onlar da bizden habersiz bir yerlerde öngörülebilirlikle ilgili şikâyetçi oldukları şeyleri söylüyorlar, şikâyetçiler de. Şikâyetçi oldukları için Turgut Beyciğim ne yaptılar? Danıştay'ı ve idari sözleşmeleri başka bir raya sok-

tular. İstemedikleri için mi? Hayır, benim öngördüğüm olsun, hakemle çözeyim diye.

Dolayısıyla öngörülebilirlik, belirlilik, bir yönüyle biçimsel önümü görmek istiyorum, ama önüm tümüyle bir felaket olabileceyse, o görmenin kendi başına çok da büyük bir değeri yok. Dolayısıyla gözüm kadar yolu da belki gündem maddesi yapmamız gerekir. O yol da kendi başına hukuk değil. O yol kendi başına hayatın içindeki başka disiplinlerle de bizim barışmamız ve onlara elimizi uzatmamız. Sosyoloji böyle bir şeydir, idare kültürü böyle bir şeydir, bürokrasi kültürü böyle bir şeydir. Bunlarla beraber olabilmeli.

Çok özür diliyorum fazla zorladım sabrınızı. Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-** Çok teşekkür ederiz. Çay kahve arasına 10 dakika var, bir ya da iki konuşmacı daha alabiliriz. Şimdi sıra Doç. Dr. Umut Şimşek'te, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim dalı.

**Doç. Dr. Umut ŞİMŞEK (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı)-**

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Ben bir iki konuya kısaca süreyi de dikkate alarak değinmek istiyorum. Birincisi, Sayın meslektaşımız Elif Hanımın kişisel verilerin korunması hakkında çok önemli değerlendirmelerine küçük bir ekleme anlamında olacak. Bilindiği üzere, ceza hukukunda kişisel verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi, kaydedilmesi, devredilmesi yasak. Peki, kişisel verilerin tabi olduğu hukuki rejim ne? Bu konu hukuki belirlilik ilkesi açısından nasıl değerlendirilebilir? Zira kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun henüz çıkmadı, umarım en kısa sürede çıkar.

İkinci husus da, çok saygıdeğer hocalarımız oldukça kapsamlı ve faydalı sunumlar yaptılar. Hukuk güvenliğini, hukuki belirlilik ilkesinin hukuk devleti açısından önemini çok ayrıntılı şekilde açıkladılar. Demek ki bu konular esas olarak

bilinen konular ve gerçekler de ortada. Buna karşılık başka bir gerçek daha var, o da torba yasa ya da süreklilik arz eden geçici maddeler gibi. Peki, çözüm ne olmalı? Acaba sadece pozitif hukuk metinleriyle bu sorunlar çözülebilir mi? Elbette ki pozitif hukuk metinleri son derece önemlidir, buradan hareket etmek gerekir, ancak aynı zamanda en az bunun kadar hukukun alt-yapısının da önemli olduğunu düşünüyorum.

Süreyi de fazla uzatmak istemediğimden, teşekkür ediyorum. Saygılarımla. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)**- Çok teşekkür ederiz. Son konuşmacımız Dr. Veysel Dinler, Hitit Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü.

Bu konuşmadan sonra çay kahve aramız var. Sonraki oturumda bildiri sunan meslektaşlarımız buraya gelip eleştiriler ve görüşler hakkında genel değerlendirme yapacaklar. Buyurun.

**Dr. Veysel DİNLER (Hitit Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü)**- Değerli hocalarım, değerli arkadaşlarım; hepinize iyi günler diliyorum. Şimdi hukuki güvenlik meselesi gerçekten çok önemli ve özellikle burada kanunların belirliliği de çok, yani iyi yazılmış olması. Bir kere özellikle ceza kanunlarının birbirleriyle çelişen maddeler olmaması çok önemli.

Çok yakında yaşadığımız bir olay var. İşte Gölcük'te terk edilen bir bebek, annesi çok sonra geldiği için ölüyor. Şimdi burada ceza hukukçuları iki farklı görüşe sahip. Birincisi, Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde yazan kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi suçundan mı cezalandırılacak bu kadın. Özellikle Tuğrul hocam bu konuda cevap verirse ben memnun olurum, onun fikrini merak ediyorum.

Bir de 97. maddede yaşlı veya hastalığı sebebiyle birini terk etmek suçu var. Şimdi iki madde tabii ne amaçla bu şekilde yazılmış veya muhakkak kanun koyucunun burada başka bir şeyi vardır, ama bir fiil hakkında hangi maddenin uygulanaca-

ğı konusunda bir tartışma var ise ki, bu birbirinden cezaların ağırlığı bakımından çok çok farklıysa, ortada ciddi bir sorun var demektir.

Bir diğeri de, 97. maddenin 2. fıkrası; “Eğer terk etme neticesinde hastalık veya ölüm meydana gelmişse, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümleri uygulanır” diye bir ibare yer alıyor. Şimdi Ceza Kanunu’nu ilk defa okuyan birisi veya ceza hukuku hakkında yeterli bilgisi olmayan birisi, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun ceza genel hükümlerinde yer alan, yani suçun niteliklerini düzenleyen bir madde olduğunu zanneder. Yani ne bilsin 87. maddede yaralama suçundan dolayı ölüm meydana gelirse, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olduğunu.

Yani burada bir kere, iki madde arasında çelişki olduğu gibi, bir madde başka bir özel hükme atıfta bulunuyor. Yani özel bir suç tipi, başka bir özel hükme atfedilmesi de ayrı bir garabet konusu diye düşünüyorum; yani kanunların açık yazılmasıyla ilgili olarak.

Şimdi bundan yaklaşık iki yıl önce Litvanya’da 226. maddenin 4. fıkrasının kanunilik ilkesine aykırılığı dolayısıyla hukuki belirsizlikle ilgili bir bildiri sunmuştum. O zaman tabii dinleyiciler çok merakla şunu sordular. Türkiye’de doğal olmayan yoldan cinsel ilişki ne demek acaba? Ben de bilmediğimi söyledim, bunun ne olduğunu bilmiyorum. Kanun yapılanaya kadar, kanunkoyucunun kafasından geçendir doğal olmayan yoldan cinsel ilişki, ama kanun yapıldıktan sonra da hâkimin kafasından ne geçiyorsa odur.

Nitekim 2008 yılında Pendik, şu an numarasını hatırlamıyorum, ama bir asliye ceza mahkemesi, çok özgürlükçü bir yaklaşımla çok farklı cinsel pozisyonların doğal olup olmamasının insan haklarını kısıtlayacağına hükmederek birçok şeyi dışarıda bırakarak bir karara vardı. Maalesef 2013 yılının başlarında da, Yargıtay’ın ilgili dairesi tam tersi, yani neredeyse affınıza sığınarak söylüyorum, misyoner pozisyonun dışındaki bir cinsel ilişkiyi doğal olmayan bir ilişki sayarak, kişilerin cezalandırılmasını istedi.



Bir de yine bu maddede başka bir şey daha var; bulundurma. Mesela ne yönde bulundurma? Örneğin, İsveç Ceza Kanunu pornografik verilerin, yani yasaklanmış pornografik verilerin başkalarına e-mail yoluyla gönderilmesini suç kabul ediyor. Yani bunu bir dağıtım aracı sayıyor. Şimdi örneğin, e-postama birisi göndermiş olsa, ben de bulundurmuş olacağım. O zaman diyebilirsiniz ki, baktın mı? Bakmadıysan sayılmaz; yani böyle bir garip durum. Yani ben de okunmadı diye işaretlerim, o zaman kurtulur muyum bu cezai sorumluluktan?

Şimdi bir başka konuya gelmek istiyorum. O da özellikle bazı hocalarımızın çok üzerinde durduğu, aslında hukuk güvenliğinin ne olduğunun, yani yasalar bakımından değil de, yasa altı normlar, daha doğrusu uygulayıcılar bakımından ne anlama geldiği. Ben bir kere şunu söyleyeyim: Türkiye’de iki bürokratik teşkilatta çalışmış birisi olarak, yani 8,5 yıl emniyet teşkilatında, 5 yıl da üniversitede çalışan biri olarak şunu söylüyorum. Uygulamada normlar hiyerarşisi tam tersidir gerçekten. Yani hani en üstte Anayasa, sonra yasalar, sonra tüzükler ve yönetmelikler, genelgeler vardır ya, uygulamacı açısından asıl olan amirin emridir. Sonra genelgeler, sonra yönetmelik, daha sonra varsa kanun. Anayasa hükmü bir kere uygulamacılar bakımından hiç önemsenen bir şey değildir.

Şimdi kanunda çok açık yönetmelik hükmü, memur tarafından uygulanacak olandır. Yani memur açısından Anayasa’da ne yazdığı, kanunda ne yazdığı hiç önemli değildir. Yönetmelikte yazıyorsa onu uygular, yazmıyorsa uygulamaz. Bir polis memuru için amiri ne emir vermişse aslolan odur. Bunun anayasaya aykırı olması, kanuna aykırı olması, genelgelere yönetmeliklere aykırı olması hiç önemli değildir. Genelge varsa, o uygulanır. Dolayısıyla asıl bunun üzerinde de durulması gerekir diye düşünüyorum.

Yaşadığım şok edici bir olayı da anlatmak istiyorum burada. Üniversitemde bazı memurlar, memuriyette yükselme sınavına girmek üzere kurs alıyorlardı, ben de o kursta bir ders veriyordum. Anayasa’nın 137. maddesindeki kanunsuz emirden bahsedeceğim, bahsediyorum daha doğrusu derste. Ondan



sonra hiçbir şekilde, yani hukuka aykırı emirleri yerine getirmez, yazılı olursa yerine getirir, ama suçu teşkil ediyorsa hiçbir şekilde yerine getirmez dedim. Oradan teknisyen yardımcılığından memurluğa geçmek isteyen, büyük ihtimalle ortaokul ve liseyi de dışarıdan okumuş bir arkadaşım “nasıl hocam, yani şimdi müdürümüz bize birisini öldür dese öldürmeyecek miyiz?” dedi. Üniversitede çalışan bir memurdan bahsediyorum. Hani kolluk olsa, yine anlaşılır bulunabilir belki.

Yani aslolan bu, gerçek hayatta olan bu; dolayısıyla yasaların belirsizliği gerçekten çok büyük problem Türkiye’de, ama uygulamacının nasıl olduğu, onların kafasının içinden geçenlerin neler olduğu çok daha büyük problem diye söylüyorum.

Son olarak torba yasalar konusuna değinmek istiyorum: Çok meşhur bazı kanunlarda ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılması hakkında kanun. Şimdi korkarak bakıyoruz kanunlara, ilgili mevzuatta bir çalışma yaptığımız zaman. Acaba bazı kanunlar hakkında değişiklik yapılmasına dair kanunla değiştirilmiş mi diye; çünkü bilmiyoruz. Yani onu muhakkak bizim bulmamız gerekiyor.

Örneğin, Ceza Kanunu’nda değişiklik yapılacaksa, Ceza Kanunu’nda değişiklik yapılmasına dair kanun olması lazım bu kanunun adı illaki, ama hep bazı kanunlarda olduğu için, böyle bir saçmalık oluyor.

Ben şöyle bir şey öneriyorum naçizane. Bir hocamızın, bir arkadaşımın ilgilenmesini çok arzu ederim işin gerçeği. Kanunlar nasıl sistematik olarak numaralandırılabilir? Örneğin, ben Amerika’da biraz bunun bir örneğini görüyorum. Şimdi 18-20 tane komisyonumuz var diyelim Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde. Her komisyonun ilgi alanına giren kanunlar, diyelim ki Anayasa ile ilgili olanlar bir, cezayla ilgili olanlar iki veya medeni hukukla ilgili olanlar üç; o şekilde başlayıp yani daha çok numaralı, işte 10-20-30 gibi böyle gider, ama biz oradan yani bir kütüphane sistemi gibi bir şey öneriyorum işin doğrusu.

VEYSEL DİNLER'İN  
KONUŞMASI

Bu kütüphane sistemine biz baktığımız zaman, o kanunda değişiklik olmuş mu, olmamış mı? Olmuşsa bile o kanunun numarası nedir? Onu anlayabiliriz. Ama şimdi işte 6549 oldu, belki o kadük kaldı 6550'ye geçilecek, çok ciddi bir garabet yaşanıyor.

Uzattığım için özür dilerim, saygılar. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)-**

Çok teşekkür ederiz. Ara verecektik ama son bir konuşma talebi var, bunu kabul etmek zorundayız. Çünkü söz isteyen Yrd. Doç. Dr. Nilay Arat dün geldiler Ankara'ya. Arabaları kaza yaptığı için ancak şu anda toplantımıza katılabiliyorlar. Nilay Arat'ı da dinleyelim ve ara verelim, buyurun efendim.

NİLAY ARAT'IN  
KONUŞMASI

**Yrd. Doç. Dr. Nilay ARAT (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-**

Teşekkür ederim Oktay hocam. Aslında ben burada çok fazla söz söyleme yetkisini kendimde bulmuyorum. Çünkü dün ufak bir kaza geçirdik ve dünkü bildirimleri dinleme şansımız olmadı, ama değerli hocam Cüneyt Ozansoy bir noktaya işaret etmeseydi eğer burada olmayacaktım.

Benim alanım idare hukuku olduğu için, o alana ilişkin çok kısa bir şekilde bir konuya değinmek istiyorum. Konumuz hukuki güvenlik ve benim de bir süre üstüne çalıştığım konuya dair kafamda çok büyük sorular var. Bu sorular ne yazık ki Anayasa'nın değişen hükümleri ve Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarıyla, yorumlarıyla daha fazla sorulara yol açıyor.

Mevzu idari yargının anayasal bir görev alanı olup olmadığı sorusuyla ilişkili. Burada hukuki güvenliğe ve belirliliğe ilişkin bir sorun olduğunu düşünüyorum. Çünkü Cüneyt (Ozansoy) hocam da belirttiler, bir anayasa değişikliğiyle idari uyumsuzluk niteliğinde olan birtakım uyumsuzluklar özel hukuk uyumsuzluğu haline, hatta tahkim yargılaması ve adli yargılamasının konusu haline gelebildi.

1999 anayasa değişikliğiyle böyle oldu, ama öncesinde Anayasa Mahkemesi 1995 yılında bir kanunun yap-işlet-devret

modeline ilişkin bir maddesini iptal ederek, niteliği idari olan bir uyuşmazlığın özel hukuk alanına kaydırılmayacağını, daha doğrusu yargılama yolunun adli yargıya kaydırılmayacağı noktasında bir kanaate varmıştı.

Fakat tabii ki kanunla yapılmaya çalışılan girişim başarılı olmayınca, Anayasa Mahkemesi'nden geri dönünce, anayasa değişikliği yapmak icap etti ve 1999 paketiyle hem birtakım idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesine döndürülebilmesi alanı açıldı, hem de Anayasa madde 125 ve 47 gereği, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin sözleşmelerin özel hukuk uyuşmazlığı olmasa bile tahkimle çözülebilmesinin yolu açıldı. Burada hukuki belirsizlik görüyorum ben. Niteliği idari olan bir uyuşmazlığı nasıl özel hukuk uyuşmazlığı gibi yargılayabiliriz, burada bir sıkıntı var. Daha sonra uygulamada da devam eden birtakım başka örnekler var. Karayolları Trafik Kanunu'na ilişkin olarak, tamamen idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan uyuşmazlıkların (sinyalizasyon koyulmaması gibi birtakım uyuşmazlıkların) kural olarak idari yargının görev alanına girmesi gerekirken, adli yargıya gittiğini görüyoruz.

Mesela bir Uyuşmazlık Mahkemesi ve bir Danıştay kararı yakın zamanda vakıf üniversitesi personelinin, aslında bir iş sözleşmesiyle vakıf üniversitesiyle hukuki bağ kurmasına rağmen, bu bağın şu an hâlihazırda, söz konusu olan bir kamu hizmeti olduğu için, idari yargıda görülebildiğini biliyoruz.

Dolayısıyla burada çok büyük bir belirsizlik görüyorum ben. Anayasa Mahkemesi önceleri hep daha "nitelik" temelli bir değerlendirme yaparken, son zamanlardaki kararlarında nitelik değerlendirmesinden kaydığını görüyoruz ve kanun ortaya koyduysa eğer, nitelik itibarıyla idari yargının alanında olacak uyuşmazlığın özel hukuk yargılamasına tabi olabileceğine ilişkin yorumlarda bulunduğunu görüyoruz. Ki "haklı neden" ve "kamu yararı" bu noktalarda kriter olarak kullanılıyor. Ancak Anayasa Mahkemesi, son olarak HMK madde 3'ü iptal ederken yine nitelik değerlendirmesine vurgu yapmıştır. Bu noktada hukuki belirsizlik ortadadır diye düşünüyorum.

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

NİLAY ARAT'IN  
KONUŞMASI

Bu hususta önemli bir anayasal temel aslında 1961 Anayasası'nda ifadesini bulup daha sonra 1971 değişikliğiyle yaşanan tabii hâkim-kanuni hâkim ilkelerindeki dönüşümdür diyebiliriz.

Dolayısıyla ben sadece aklımdaki soruların, burada sizlerin değerlendirmelerine sunmak için altını çizmek istedim. Sabrınıza teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Oktay UYGUN (Oturum Başkanı)**- Çok teşekkür ederiz. 11.30'da buluşmak üzere çay kahve molası veriyoruz.

Arkadaşlar, katılım belgeleri dışarıdaki masanın üzerinde var, oradan imza karşılı alabilirsiniz.

*(Çay kahve arası verildi)*

*Kamu Hukukçuları Platformu*

---

*Hukuk Güvenliği*

***İKİNCİ GÜN***

***İkinci Oturum***



**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-**

Bildiri sahibi arkadaşları bir kez daha yanıma alayım. Bu oturumu onlar belirleyecekler.

Değerli arkadaşlar, amatörce yürüttüğümüz bu gönüllü çalışmanın bazı cilveleri oluyor. Bir arkadaşımız, artan katılım belgelerinden birini bana getirdi. Belgede katılımcı olarak benim adım var. Sayın Fazıl Sağlam diye başlıyor. Altında da yine benim imzam yer alıyor. Tabii tüm geceyi bunların imzalanmasına ayırdığım için bakmadım kimlere imzalıyorum diye. Sonunda benim katılım belgem gelip beni buldu. Şimdi belki de bir belge daha lazım olacak.

Efendim, genel tartışmalar tamamlandı. Birazdan bildiriye sunan arkadaşlarımız, kendilerine ayrılan süre içinde - ki bu süre 20 dakikadır - bize son değerlendirmelerini sunacaklar.

Bildirileri okurken değişik notlar almıştım. Ama konuşmaların akışından o kadar etkilendim ki, tartışma bölümünde söz almayı ihmal etmişim. Aldığım notları hazırlanacak olan kitaba bir biçimde eklerim diye düşünüyorum. Ama izin verirseniz, hazır arkadaşlarımız genel değerlendirmelerini yapmadan önce birkaç nokta üzerinde durmak istiyorum.

**Selda Çağlar'ın bildiriyle ilgili olarak:** Selda Çağlar, bildirisinin bir yerinde “Somut uyuşmazlığa uygulanacak norm, makul gerekçelerle tolere edilemeyecek ölçüde aşırı adaletsizlik geliştiri-

*yorsa, yargıcın normu uygulamama, anayasa, uluslararası hukuk ve hukukun genel ilkeleri uyarınca norm yaratma yetkisi çerçevesinde sorunu çözmesi gerekir”* cümlesi yer alıyor. Yargıcın norm yaratması, Kara Avrupası hukuk sisteminde ancak özel hukuk çerçevesinde hukuki bir boşluğun ortaya çıkması halinde söz konusu olabilir. Kamusal yetkilerin ön planda olduğu kamu hukukunda hukuk yaratma kavramı pek yerine oturmuyor. Zaten Selda da yargıcın normu uygulamamasından söz ederken, bu anlamda boşluk olmadığı da dile getirmiş oluyor.

Bir başka yerde “kazanılmış haklara saygı” ile “haklı beklentilerin korunması” eş anlamda gibi kullanılmış. Oysa aynı cümlelerin biraz aşağısında kazanılmış hak kavramının diğerine göre daha dar kapsamlı olduğu belirtiliyor. Bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekir.

Bildiride “torba yasalar”la ilgili olarak yürütme organı bünyesinde bu tür yasaların uygulanışını, getirdiği ve götürdüklerini sayısal verilerle, bilimsel yöntemlerle değerlendirecek kurum ya da birimlerin oluşturulması öneriliyor. Ve bundan da torba yasa uygulamasının hukuki belirliliği ihlâl etmeyecek şekilde yapılandırılması ya da bu uygulamadan vazgeçilmesi gibi sonuçlar bekleniyor. Bu iyi niyetli, ama çok iyimser bir yaklaşım. Torba yasanın hukuku etkisizleştirerek daha geniş bir hareket serbestliği kazanma olanağı yarattığını da tartışmak gerekir.

Bildiride dilin, hukukta belirliliğin ve öngörülebilirliğin sağlanmasında önemli bir işlev üstlenebileceği varsayılıyor. Kısmen doğru bir tespit, ama dilin işlevi bence daha çok sınırlayıcı bir işlev. Hukuk devleti, dolayısıyla belirlilik ilkesiyle haklı kılınmış bir sınırlama işlevi. Ve bu sınırlama işlevi, normun metni üzerinde etkisini gösteriyor. Ama normun içinde genellikle yer alan nesnel alandaki değişimi dil her zaman kavrayamıyor. Dilsel ifade değişmediği halde bu alan (norm alanı) değişebiliyor. İşte bunun içindir ki normun sözü, bu değişimi kavramakta ve onu içerecek biçimde normu somutlaştırmakta yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle belirsizlik sorunu sadece normun soyut oluşundan değil, normun içerdiği nesnel ilişkiler



kesitinin dil ile doğrudan ifade edilemeyecek olan maddi yapısından kaynaklanıyor. Bu özellik, anayasal düzenlemelerde nesnel boyutun ağırlıklı yer tutması nedeniyle daha belirgin olduğundan anayasaları bu açıdan klasik hukuk dallarının kodifikasyonundan ayırmak gerekiyor.

Bildiride AYM'nin bir kararındaki karşıoy yazıma değinilmiş. Karşıoy yazımda idareye tanınan düzenleme yetkinin yargısal denetimi zayıflatmaması ya da bu imkânı ortadan kaldırmaması gerektiğinin altı çiziliyor. Yine aynı bağlamda AYM'nin 1982 Anayasası döneminde artık unutulmaya yüz tutmuş önemli bir yaklaşımı var. 1961 Anayasası döneminin sonlarına doğru verdiği kararlarda AYM, Anayasa'da yer alan sınırlama nedenlerinin somutlaştırma yapılmaksızın aynen yasalara geçirilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Burada temel gerekçe sınırlama nedenlerinin doğrudan yasama organına yönelik olması ve bunların somutlaştırmadan aynen yasalara geçirilmesiyle yargısal denetimin de zayıflatılmış olacağı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Selda'nın, başbakanı ya da onun görevlendireceği bakanı yayın yasağı koymakla yetkili kılan düzenleme ile ilgili olarak verdiği örnekler, AYM'nin bu içtihadından tamamen koştüğünü gösteriyor. Bunun sonucu olarak da yasama organı, kendisine yöneltmiş belirsiz kavramları somutlaştırma yetkisini idare makamlarına devretmiş ve idarenin takdir yetkisi alanına aktarmış oluyor. Oysa bu tür belirsiz kavramların Anayasa'daki muhatabı yürütme ya da idare değil yasama organıdır. Selda'yı bu yönde yaptığı eleştiriler ve doğru değerlendirmeler nedeniyle kutlamak gerekir.

Bildiride Müller öğretisine değinilirken norm metninin sunduğu çerçevede farklı unsurların da dikkate alınmasını gerektiği, bu unsurlar arasında diğer yorum yöntemlerinin getirdiği bakış açılarının da yer aldığı belirtiliyor. Müller öğretisinin özü, normun metni yanında maddi içeriğinin de gözönünde tutulmasıdır. Bildiride açıklanan ise, Müller öğretisiyle doğrudan ilgili değil. Savigny kanonları denen klasik yorum yöntemlerinin bütünlüğü ile ilgili açıklamalar. Müller bunları dışlamıyor, ama onları bir de normun nesnel boyutu ile tamamlıyor.

Bildiride hukuk devletine ilişkin aksaklıkların bir kısmının anayasal düzenden kaynaklandığının belirtilmesi, kısmen doğru bir yaklaşımdır. Ancak bir hususu gözden kaçırmamak gerekir: Laik, demokratik, sosyal hukuk devleti ile barışık siyasal aktörlerin yer aldığı bir ülkede hukuk devleti, mevcut anayasa çerçevesinde de sorunsuz uygulanabilirdi. Ama rejimle barışık olmayan siyasal iktidarlar elinde bu anayasa, karşı devrimi önlemek şöyle dursun, onu adeta besledi. Özellikle 2007 ve 2010 anayasa değişikliklerinden sonra egemen siyasal iktidar eliyle yapılacak yeni bir anayasanın, 2007 öncesini mumla aratacağını düşünüyorum.

**Tuğrul Katoğlu'nun bildiriyle ilgili olarak:** Katoğlu Anayasa'nın tutuklama ile ilgili 19. maddesinin 3. fıkrasının doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğunu söylüyor ve burada öngörülen, gecikmede tehlike koşulunun, Kanununun 100. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan suçlar söz konusu olduğunda da gözetilmesi ve gerçekleştiğinin somut olgularla kanıtlanması gerektiğini vurguluyor (AY m. 19/III: *"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir"*). Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca anayasa hükümlerinin yargı organını bağlaması karşısında yargılama makamlarının AY m. 19/III'te öngörülen koşullara uygun karar vermelerinin bir zorunluluk olduğunu belirtiyor. Ancak CMK m. 100'de yer alan "varsayılabilmek" ibaresi, anayasaya uygun yoruma cevaz verse de, madde iç yapısıyla, yargıcın 100. maddede belirtilen suçlarda kaçma ya da delillerin karartılmasını varsayılabilmek yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Anılan düzenleme, bu yapıyla ilgili suçlarda yargıca verilmiş açık bir yetki niteliği taşımaktadır. Bence başlıbaşına böyle bir yetkinin verilmesi anayasaya aykırıdır. Ve bu yetkiyi anayasaya uygun yorum yöntemiyle ortadan kaldırmak ne yazık ki mümkün değildir. Kısacası yargıcın gecikmede tehlike koşulunu gözetmesi mümkündür, ama zorunlu değildir. Çünkü CMK'nin 100/III maddesinde sayılan suçlar bakımından, bu suçların işlendiği yönünde kuvvetli şüphe se-

beplerinin bulunması halinde, tutuklama nedeninin varsayılabilceği açıkça belirtilmektedir.

Ayrıca bildirisinde yasada yer alan suç tanımlarıyla cezaların yönetmelikte tekrarlanması sakıncalı olduğunu vurguladı. Bunu biraz açarsa sevinirim.

**Funda Başaran Yavaşılar'ın bildirişiiyle ilgili olarak:** Temel hak ve özgürlükler sınırsız değildirler, kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılabilirler cümlesi yanlış anlamalara yol açacak niteliktedir. Funda Hanımın da belirttiği gibi, sınırlama kural değil, istisnadır. Ve sınırlama koşulları arasında yalnız yasal sınırlama yanında nedene bağlı sınırlama da yer alır. Bu nedenle kamu yararı her zaman değil, ilgili maddesinde yer aldığı oranda sınırlama dayanağı olabilir.

Bildiride isabetli olarak basit çoğunluklarla çıkarılan “geceyarısı yasaları”nın yasallık ilkesinin etkisinin azaltıldığına işaretle ediliyor ve vergide nitelikli çoğunluğun aranmasını öneriyor. Bence üzerinde düşünülmesi gereken bir öneri. Ama bunu kim yapacak? Vergi yasaları siyasal iktidarlar açısından biraz da “kendisi için yasa” özelliği taşıyor mu?

Yasal düzenlemenin zorunlu olduğu konusunda Alman uygulamasında ve öğretisinde geliştirilen, “önemlilik teorisi” ne Türkiye açısından bir gereklilik olup olmadığı noktasında biraz kuşkuluyum. Özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ancak kanunla yapılabileceği belirtildikten sonra ayrı bir kuram geliştirmeye gerek var mı? Esasen anayasa kurallarının bağlayıcılığı da 11. maddede çok açık ve kapsamlı olarak vurgulanmış. Belki düzenlemenin içeriği bakımından Türkiye’ye özgü bir kuramın getirtilme gereksiniminden söz edilebilir. Funda Hanım bildirisinde buna ilişkin göndermelerde bulunuyor.

Yasallık ilkesi tüm mali yükümlülükler bakımından AY md.73/III’te özel olarak düzenlenmiş olduğu için yargı kararlarında ve doktrinde bu ilkeyle ilgili tüm açıklamaların, 73. madde çerçevesinde yapılması doğal. Çünkü kendi alanı için

özel norm niteliği taşıyor. Ancak bir de şu var: Vergi hak ve yükümlülüğü siyasal haklar kategorisi içinde yer almakla zaten 11. maddeden bağımsız değil.

Bildiride vergilendirme alanında anayasa uyarınca Bakanlar Kurulu'na verilecek yetkinin koşulları kolay anlaşılacak biçimde sıralanıyor. Ancak bu bağlamda yapılan açıklamalar bir "yetki devri" olarak ifade ediliyor ki bu niteleme yanlış anlamalara elverişli: Bundan ilk bakışta yasama yetkisinin devri anlamı çıkarılabilir. Oysa burada yetki devri yok; kanunilik ilkesine getirilebilecek bir istisnadan söz edilmiş. Zaten kendisinin gönderme yaptığı AYM kararlarında da yetki devri, ancak anayasal sınırların aşılması haliyle sınırlı olarak kullanılmıştır.

Bildiride Bakanlar Kurulu kararı ile tüzük arasında hiyerarşik bir ilişki olup olmadığı ve varsa, ne şekilde olduğuna konusunda iki farklı görüşü savunmanın mümkün olduğu belirtilerek, konunun idare hukuku uzmanlarınca açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtiliyor.

Bu bana biraz da Kemal Gözler'in bir gözlemini hatırlattı. Aramızda bu toplantının konusu üzerinde tartışırken, Kemal Gözler biraz da vergi alanına açılmanın uygun olacağını belirtti ve arkasından şunu ekledi: "Bazen vergi hukukçuları öyle şeyler anlatıyorlar ki, ben hukukçu olarak bunları kavramakta aciz kalıyorum". Acaba "Bakanlar Kurulu kararı ile tüzük arasındaki hiyerarşi var mı?" tartışması bunlardan biri mi diye düşünmeden edemedim. Ama bu "konunun idare hukuku uzmanlarınca açıklığa kavuşturulması" görüşüne aynen katılıyorum.

Son olarak Funda Hanımın sonuç bölümünde vurguladığı iki noktaya dikkati çekmek istiyorum:

Birincisi, "vergiyi politikanın bir oyuncağı olarak algılama" eğilimleri. İşte vergide hukuk güvenliğini sarsan asıl tehlike burada yatıyor. Türkiye ile ilgili uluslararası raporlara kadar giren bu tespitin üzerine gidilmesini beklerdim. Ne yazık ki bu beklentim karşılanamadı.

İkinci olarak, yasakoyucunun görevini yerine getirmesini sağlamada AYM'nin rolünün yaşamsal bir önem taşıdığını, Mahkeme'nin, yasakoyucuyu, yasallık ilkesine aykırı davranma konusunda "cesaretlendirmemesi" gerektiğini vurguluyor. Son derece isabetli tespitler. Ama ne yazık ki gerçek bu: AYM sosyal devlette olduğu gibi başta mali konular olmak üzere ekonomik yaşama müdahaleden çekiniyor. Bu benim de görev sırasında edindiğim izlenimdir. Ama bu çekinme anayasal buyrukları ihmal edece boyutta olmamalıdır.

Evet, şimdi yorumlar ve tartışmalardan sonra genel değerlendirmelerini yapmak üzere arkadaşlarımıza aynı sırayla söz vereceğim. Selda Hanım ilk söz sizde.

### Yrd. Doç. Dr. Selda ÇAĞLAR-

Teşekkür ederim Sayın hocam. Ben öncelikle değerli hocam Rona Aybay'ın benim bildirimle ilgili yorumundan başlamak istiyorum. Rona Hoca iki şeyden söz etti. Birincisi, Amerikan hukuk sisteminde hukuki belirlilik kavramının kullanılabilirliğine ilişkin, böyle bir kavram kullanılmıyor dediğimde bir itirazı oldu: "Keşke kayıtlarda bulunamamıştır şeklinde ifade etseydin" dedi. Bu eleştiriyi bundan sonra dikkate alacağımı belirtmek isterim. Zira bir veri olup olmadığı ile ilgili "yoktur" demek biraz iddialı, ama bu konuya ilişkin biraz açıklama yapmak istiyorum.

"Hukuki belirlilik" (legal certainty), Amerikan hukuk sisteminde ve Avrupa hukuk sisteminde farklı içerikte kullanılıyor ve değerlendiriliyor. Örneğin, Avrupa hukuk sisteminde iki ayrı fonksiyona sahip. Birincisi, kişilerin hukuka uygun davranabilmelerine rehberlik etme fonksiyonu, diğeri ise yasa yapım yetkileriyle hukuku uygulama yetkisini kontrol altına alma fonksiyonu. Böylece kişileri devletin keyfi faaliyetlerine karşı koruma işlevi görmesi amaçlanıyor. Yani bir yandan kişilerin hukuku öngörebilmeleri ve hukukun kişilere rehberlik etme fonksiyonu üzerinde duruluyor bu kavramla, diğeri yandan yasa yapımı açısından. Daha açık ifade edersek, yasama ve uygulayıcı konumdaki yürütme organını, hatta uygulama

içine yargı organını da katarak hukuku uygulamakla yükümlü olan tüm organları da kontrol altına alma ve keyfiliği önleme amacı güdülmektedir.

Ama Amerikan İngilizcesi'nde *legal certainty* diye bir deyim yoktur, onun yerine *legal determinacy* deyimini kullanılır. Ancak Amerikan akademisyen ve hukukçuları arasında kavramın olumlu anlamı da Avrupa'daki kadar itibar görmemektedir. Kavrama başvurulacaksa, genelde olumsuz ekle (*legal indeterminacy*) kullanımı tercih edilmektedir. Kavramsal farklılık, basit bir tercih meselesi olarak algılanmamalıdır. Tercihin gerisinde Avrupa ve Amerika kıtalarının hukuki belirlilik kavramına yüklediği anlam yatmaktadır. Bir kere Avrupa hukuk sisteminde kullanılan *legal certainty*, Amerikan *legal indeterminacy* kavramına göre daha geniş kapsamlıdır. Avrupa hukukunda *legal certainty* iki ayrı fonksiyona sahiptir: (1) Kişilerin hukuka uygun davranabilmeleri için rehberlik etme. (2) Yasa yapım yetkisi (yasama) ile hukuku uygulama yetkisini (yürütme ve yargı) kontrol altına alma ve böylece kişileri devletin keyfi faaliyetlerine karşı koruma. *Legal indeterminacy* ise sadece ikinci fonksiyona sahiptir. Daha açık ifadeyle hukukun uygulanması, uygulamayla ortaya çıkacak sonuçların önceden belirlenebilmesiyle ilişkili bir anlama sahiptir. Amerikan hukuk sisteminde bu işlevlerden sadece ikinciye içeren, yani yasama, yürütme ve yargı organını kontrol altına alma amacına yönelik olarak hukukun belirli olması istenmektedir. Hukuki belirlilik kavramına ve bu kavrama verilen anlam açısından iki hukuk sistemi arasındaki bu farklılığı gözden kaçırmamak gerekir.

Hukuki belirlilik, Avrupa hukuk sisteminde yer alan ulusal ve uluslararası yargı organları dahil, uluslararası hukuk alanında çalışan kurum ve örgütlerde yaygın kullanılan ve son derece önem verilen bir ilkedir. Örneğin Avrupa Birliği (AB) hukukunda özellikle ön plana çıkarılan bu kavrama, 21. Yüzyılda hukuki ilişkilerin sihirli değneği gözüyle bakılmaktadır. Daha çok yasal düzenlemelere atıfla anlatılmasına rağmen, yine de yürütme ve yargı organında kontrol alma gibi bir güdüyle hukuki belirlilik çok yaygın bir kullanıma sahiptir.

Ece Göztepe'nin sorduğu sorulara gelirsek. Benim aldığım nota göre, kazanılmış hak ve hukuki güvenlik arasındaki ilişki ile kamu hukuku statüsüyle sosyal güvenlik ilişkisi içindeki kazanılmış hak kavramının yerinin ne olduğu soruldu. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kamu hukuku içinde, özellikle sosyal güvenlik hukuku alanında “kazanılmış hak” kavramı son derece önemlidir. Ama ben bildirimde tamamında kazanılmış hakkı hukukun sürekliliği veya geçmişe yürümezliğinin bir istisnası olarak değerlendirdim. Dolayısıyla bir istisnanın mutlaka dar yorumlanması gerektiği, yani kazanılmış hak kavramına ilişkin uygulamanın belirlenmesinde, az önce Fazıl hocamın söylediği gibi, hukuki belirlilikle adalet arasında bir gerilim yaşandığında hukuki belirlilik mi, adalet mi ön plana alınacak? sorusuna verilecek yanıtın da dikkate alınması gerekmektedir. Hukuki belirliliği çok fazla ön plana aldığımız zaman, eğer hukukun fazla belirli olması aşırı adaletsizlik üretiyorsa, bu durumda hukuki belirliliği geri plana kaydırmak kaçınılmaz olacaktır. Hukuki düzenlemelerin aşırı düzeyde adaletsizlik üretmesine engel olmak da hukuk devleti ilkesinin zorunlu unsurudur.

Bununla bağlantılı bir değerlendirme yapıldığında, kazanılmış hak kavramını adaletle, hukuk devletinin adalet sonucuyula ilintili olarak ele almamız gerektiğini söyledik. Fakat diğer yandan hukuki belirlilik ve geçmişe yürüme yasağı da hukuk devleti ilkesinin hukukta kesinliği sağlamaya yönelik temel unsurlarıdır. Bu nedenle hukuk düzeninde kazanılmış haklar son derece sınırlı bir kullanıma tabi tutulmalıdır. Yani ancak gerçek anlamda kazanılmış hak olarak değerlendirilebilen bir durumda istisnai olarak hükmün geçmişe yürütülebilmesi, uygulamanın geçmişten başlatılabilmesi mümkün olmalıdır. Sosyal güvenlik alanında özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda, kamusal kesimde çalışanlar için ise daha çok özlük haklarıyla bağlantılı olarak ihtiyaç duyulan “kazanılmış hak” kurumunu düzenlerken yasama organının, uygulayıcı olarak da idare ve yargı kurumlarının değerlendirmelerinde söz konusu dengeye önem vermeleri gerekmektedir.

Ece Göztepe'nin diğer sorusu, Anayasa'nın geçici 15. maddesinin gerçekten geçici madde niteliğinde olup olmadığına



ilişkindi. Bu konuda öncelikle geçici maddenin ne anlama geldiğine bakmak lazım. Anayasa Mahkemesi kararlarında geçici madde iki şekilde ele alınmış: Geçici hüküm kavramı birinci olarak, geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrıık hükümler olarak açıklanmıştır. Bu durumda geçici hükümler istisnai durumlara özgü kurallardır, asıl olan hükümlerin sürekliliğidir. Hukuki kesinlik açısından da bu zorunludur. Mademki istisna, o zaman dar yorumlanmalı. Bu yorum çerçevesinde geçici hükümleri Anayasa Mahkemesi de geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrıık hükümler olarak değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında geçici hüküm kavramıyla ilgili dikkat çeken bir diğer parametre, elde edilmek istenen sonuca varılıp varılmadığı, diğer deyişle süre açısından bir geçiciliktir. Dolayısıyla Mahkeme'nin yorumuna göre, bir hükümle elde edilmek istenen amaca varılıncaya kadar belli önlemlerin alınması gerekiyorsa, bunlar o geçici hükümle zikredilebilir.

Fakat Anayasa'nın geçici 15. maddesi acaba bu tanıma veya bilimsel literatürde kullanılan tanıma uygun mudur? Ben geçici 15. maddenin Anayasa'da bu nitelikte bir geçiciliği olmadığını düşünüyorum. Özellikle Anayasa Mahkemesi kararındaki geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulanma yöntemi açısından bakıldığında, zannediyorum Tuğrul hoca dün sözünü etti, geçici 15. madde daha çok bir imtiyaz, sorumsuzluk hükmü niteliğindedir. Ben sorumsuzluk doğuran bir sonuçtan öte, bir imtiyaz hükmü gibi değerlendirilebileceğini düşünüyorum. Çünkü geçici 15. maddeyle korunan işlemler ve kişiler açısından bakıldığında, söz konusu işlemler suç teşkil etse dahi, işlemlerin iptali, doğan zararların giderilmesi, kişilerin hukuki ya da cezai sorumluluğu olmayacaktır. Bu sorumsuzluk hali geçmiş bir döneme ilişkindir, ancak geçici değil, kalıcı bir imtiyazdır. Oysa bir takım hak ve özgürlükler olağanüstü dönemlerde bile Anayasa tarafından koruma altına alınmıştır. Çekirdek haklar olarak ifade edilen haklar kataloğu ile "temel hakların özü" deyimlerine en fazla ihtiyaç duyulan dönemler olağanüstü dönemlerdir. Anayasa'daki temel hak ve özgür-



lüklerin bir kısmı sert çekirdekli haklar olarak her dönem korunmaktadır. Bu koruma Anayasa'da ifade edilen diğer tüm hakların özü için de geçerlidir.

Eğer olağanüstü dönemlerde yapılan işlemler temel hak ve özgürlüklerin özünü ortadan kaldırmasına veya suç niteliğinde olmasına rağmen sorgulanamıyorsa, bu sonucu sağlayan Anayasa hükmünün ölçüsüz ve orantısız bir sorumsuzluk hali yarattığına kuşku yoktur. Yine bu durumda hukuki olarak açıklanabilecek bir sorumsuzluktan değil, olsa olsa hukuk dışı amaçlara dayalı bir imtiyaz ve dokunulmazlıktan söz edilebilir. Bu imtiyazların geçici bir hükümde ifade edilmesi, o hükmün geçici olarak nitelendirilmesini sağlamaz. Açıkladığımız gibi, ilgili hüküm bir geçiş dönemine ilişkin, belli bir uygulamanın yapılmasına fırsat vermek üzere konulan hüküm değildi. Anayasakoyucu farklı saiklerle, farklı gerekçelerle bunu o şekilde adlandırmış olabilir, ama biz adlar üzerinden değil, o kavramların bilimsel ve hukuki çerçevesi açısından bakmak ve değerlendirmelerimizi yapmak durumundayız. Nasıl ki adsız idari işlemler bakımından o işleme ne ad verildiğine değil, işlemin konusuna, kapsamına aldığı kişilere ve sonuçlarına bakarak adlandırma yapılıyorsa, benzer bir biçimde geçici hüküm denmesi ile hükmün geçici hüküm olduğu kanaatine varamayız.

Bunun dışında Ozan Ergül'ün sözünü ettiği gibi, bu durumu *ad hoc* yasa kavramıyla açıklayabilir miyiz diye de düşünülebilir. *Ad hoc* yasadan benim anladığım bir yasanın belli kişi/kişilere ya da özel bir duruma özgü yasalar olmasıdır. MİT Yasası'ndan örnekle böyle bir adlandırma yapıldı sanıyorum. MİT Yasası'ndan yola çıkarsak, yani MİT Yasası'ndaki değişikliğin yarattığı hukuki belirsizlik üzerinden gidersek, MİT Yasası'nda itiraz edilen 26. madde bana göre *ad hoc* yasanın bile ötesinde, adeta bireysel işlem niteliğinde bir hukuki işlemidir. Bireysel işlemden farklı olarak, işlemin somut bir kişiye özgü olmamasıdır ki, yapılan yasa özel bir yasa değilse, bu zaten yasaların genelliği ilkesinin gereği olarak ve yasa niteliğindeki işlemin doğasından kaynaklanan bir durumdur. Fakat ilgili yasa hükmü sonuçları bakımından bireysel işlemle aynıdır.

Yasemin Özdek hocanın yaptığı değerlendirmelerden yola çıkarak birkaç şeyden daha söz etmek istiyorum. Yasemin Özdek hocamız, *hukuk güvenliği, hukukun düzen fonksiyonundan hareketle ele alınır* dedi. Buradaki güvenlik, hukuk aracılığıyla güvenlik ve hukukun güvenilir olması. Bu yorum tabii ki doğrudur. Hukuk devleti ve az önce hukuki belirliliğin Avrupa hukuk sisteminde sahip olduğu iki fonksiyonla ilgili yaptığım açıklamalarda da belirttiğim gibi, aslında hukuki güvenlik söyleminin de hem hukukun rehberlik fonksiyonu, hem de devlet organlarını kontrol altına alma, hukukla sınırlama olgusu açısından sonuçta nihai olarak hukukta düzeni sağlamaya hizmet ettiği görülmektedir. Ama hukuki güvenlik kavramı, tabii bizim burada tartıştığımız güvenlik kavramı, hukuk aracılığıyla güvenlikten ziyade sanki hukukun güvenilir olmasına atıfla yapılan bir içeriğe sahipmiş gibi geldi bana. Özellikle benim anlatımım bakımından öyleydi. Yani hukuki belirliliği, kesinlik, geçmişe yürüme yasağı, tutarlılık, çelişmezlik gibi unsurlarla ele aldığımızda, hukukun güvenilir olması, sürekli olması, kesin olması gibi unsurlara daha ağırlık verdik diye düşünüyorum.

Bülent Yücel'in hukukçuların yetersizliğiyle ilgili değerlendirmelerine yüzde yüz katılıyorum. Torba yasalarla ilgili olarak aynı düşünceyi paylaşıyorum. Torba yasaları, bir bilmezliğin ya da özellikle takdir yetkisiyle bağlantılı bakıldığında, hukuku bilmemenin, yanlış bilmenin ürünü olarak değerlendirmek mümkün değildir. Torba yasa uygulamasının da ne kadar iyi niyetli veya amaca ne kadar hizmet ettiği bilinen bir gerçek. Genelde torba yasaları temel yasa uygulaması, yani özel yasama usulü dediğimiz hızlı yasalama süreci olarak değerlendiren yaklaşımlarda da iyi niyetli bir bakış göremiyoruz. Bu tür düzenlemeleri Meclis'in iş yüküyle açıklamak da artık mümkün değil. Meclis'in iş yükü elbette her ülkede olduğu gibi fazladır. Diğer dünya devletlerine göre Türkiye daha dinamik bir ülke olabilir. Türkiye ve dünyada her şeyin çok hızlı değişmesi, bu olguların hukuk düzeni içinde ifade edilmesini ve sisteme aktarılmasını gerektirdiği de doğrudur. Türkiye için Avrupa Birliği uyum yasaları gibi bir iş yükünün varlığı

da gerçektir. Fakat bunların hiçbirisi mazeret olarak ileri sürülemez. Adaletsiz sonuçlar üretecek veya hukuka aykırı yöntemlerle yasa yapmanın bir mazereti yoktur.

Torba yasalarda özellikle takdir yetkilerinin daha bir kötü niyetle konulduğunu ben de düşünmekteyim. Takdir yetkisindeki belirsizliğin, kavram kargaşasının özellikle yaratıldığını düşünüyorum; çünkü temel yasa usulü adı altında üzerinde fazlaca durulmadan, hüküm karmaşası içinde kimsenin gözüne çarpmadan yasalar geçirilmektedir.

Benim aldığım notlar arasında bir şey daha var. Az önce paylaştığımız gibi, kanun hükmünde kararnamelerin iptaliyle ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında kanun hükmünde kararnamenin konu bakımından Anayasa'nın 91. maddesine aykırı olup olmadığının temel alınması, eğer ilgili hükme aykırılık yoksa, başka hükümlerle ilgili ayrıca değerlendirme yapmaksızın talebin reddine karar verilmesi, acaba hukuk devleti ve onunla bağlantılı olarak hukuki belirlilik açısından nasıl bir soruna yol açmaktadır? Eğer ilgili kanun hükmünde kararname içinde hukuki belirsizlik açık ise, diğer deyişle açıkça görülüyorsa, Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu ret kararı vermesinin hukuk devleti, hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik adına daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Anayasa Mahkemesi'nin 91. Maddeye uygun olduğu gerekçesiyle kanun hükmünde kararnamenin iptali talebini reddettiği kararlarında KHK metni açısından gördüğü hukuki belirsizliklere de değinmesi yerinde olacaktır. Sonuçta kanun hükmünde kararname konu, yetki, şekil, amaç vb. açıdan anayasanın bu düzenleme türü için çizdiği sınırlara uygun olsa da, bir kanun niteliğindedir ve ilgili metnin içerik açısından da hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilke ve hükümlerine uygunluğunun araştırılması ve değerlendirilmesi gerekir. Bu yönde verilecek yorumlu ret kararları, Bakanlar Kurulu'nun hukuki işlemleri ile yasama tarafından çıkarılacak yasalarda hukuki belirlilik ilkesine bir daha dikkat çekilmesini sağlamak, hukuk devleti ilkesine aykırılıkların önüne geçmek bakımından etkili olabilecektir.

Şimdi en son Fazıl hocamın söylediğine gelirsek; hukuki belirlilik ile adalet arasında bir karşıtlık var tabii. Yani ben ilk slâyтта her ne kadar hukuki belirlilik, hukuk güvenliği ve bir adalet çarkı içinde bunu göstermeye çalıştıysam da, hukuki belirlilikle adalet arasında bir uzlaşma noktası bulmak kolay değildir. Hukuki belirliliğe aşırı ölçüde özen gösterildiğinde bazen adaletsizlik kaçınılmaz olacaktır. Ancak bazen aşırı adalet üretmek adına kazanılmış hak, geçici hükümler gibi kurum ve yöntemlere başvurarak hukuku belirsizleştirmekte adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Hattayasal düzenlemelerle idareye tanınan takdir yetkisini de adaletle bağlantılı değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla adaletle hukuki belirlilik arasındaki dengeyi kurulumunda temel yükümlülük yasa yapıcı organlara aittir. Bu yükümlülük bakımından yasa yapımında etkin rol oynayan hükümetleri de unutmamak gerekir. Söz konusu organların şekli adalet- maddi adalet bağlamında adaletin anlamı ve kapsamı açısından ortak bir uzlaşma içinde olmaları, hukuk devleti ilkesi hakkında da benzer bir değerlendirme içinde olmaları önemlidir.

Türkiye’de hukuk devletinin bazen Anayasa Mahkemesi kararlarında ve bilimsel çalışmalarda sihirli bir kavram gibi ele alındığını, alt unsurları ve içerik itibarıyla yeterince somutlaştırılmadığını görmekteyiz. Hukuk devleti her şeyi içeren bir kavram değildir, bir sınırı vardır ve bu sınır hukuk devletinin tarihsel süreçte ortaya çıkış nedenleri gözlenerek, işlevleri açısından değerlendirme yapılarak çizilebilir. Hukuk devletinden maddi adaleti de üretmesi bekleniyorsa, o zaman adalet, demokrasi, insan hakları gibi kavram ve kurumlara hiç ihtiyaç olmazdı. Bir devlete *hukuk devletidir* dediğimiz zaman, her sorunu çözmüş olurduk. Bu nedenle yasa yapıcıların ve uygulayıcıların (yargı dahil) hukuk devletinin anlam ve kapsamını belirleme üzerine Avrupa içtihatları ve bilimsel çalışmaların yardımıyla ciddi olarak eğilmesi, hukuk devletinin hangi anlamda adaleti içereceği, hukuki belirliliğin düzeyinin ne olması gerektiği konusunda çalışmaların yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Çok teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-**

Şimdi de 20 dakika hakkını kullanmadı, 15 dakikada bitirdi Selda Çağlar. Ama bu kez benim hiçbir uyarı notum olmadı. Kendisine teşekkür ediyoruz.

Bu vesileyle belki şunu eklememde yarar var. Gerçekten Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devletiyle ilgili bir şablonu var. O şablon karara göre değişiyor. Yani içeriğinde ufak tefek değişiklikler yapılıyor. Ama çoğu kararda somut olayın kullanılan şablona uygun ya aykırı olduğu belirtilmekle yetiniliyor. Ama niye uygun niye aykırı olduğu açıklanmıyor. Görev yaptığım sırada da dikkatimi çeken en büyük eksiklik buydu. Bu yaklaşımla belirsiz kavramların belirsizliği giderilemez. Eşitlik ilkesiyle ilgili şablon açısından da aynı şeyi söylemek mümkün.

Evet, şimdi söz sırası Tuğrul Katoğlu'nda.

**Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU-**

TUĞRUL KATOĞLU'NUN  
KONUŞMASI

Teşekkür ederim hocam. Ben önce dünkü oturumlarda yorumculardan Rona hocanın terimle ilgili tercihinine dair bir şeyler söyleyeceğim. Ben terim şovenisti değilim, mühim olan kavramın içeriği her şeyden önce. Ama hukuki güvenlik kavramının, güvenlik fikrinden hareketle salt statik bir içeriğe işaret eden bir ifade, bir terim ya da bir kavram olduğunu düşünmüyorum. Mevcut durumu korumayı ifade etmiyor sadece. Çünkü bileşenleri, gerek yaşamaya, gerek yürütmeye, gerek yargıya bir bütün olarak devletin erklerine bazı yükümlülükler getiriyor. Yükümlülük ya da ödev zaten geleceğe yönelik bir şeydir sonuç itibarıyla. Dolayısıyla ben bunun statik bir kavram olduğunu düşünmüyorum. Hukuki güvenlik teriminin sadece statik ve mevcut durumu korumaya yönelik bir terim olduğunu düşünmüyorum.

Bence terimler üzerinde bir uzlaşa sağlamak lazım. Yani bir kavramı birden çok terimle karşılamak belki bir zenginlik, bir çeşitlilik olarak anlaşılabilir, ama aynı içeriğe sahip kavramları farklı içeriğe sahipmiş gibi adlandırmak bence metodolojik

açıdan iyi bir şey değil. Hukuk bir bilim mi, değil mi? Onu bilemem, ben bilim olmadığını düşünenlerdenim. Önemsizleştiriyor hukuku, ama metod lazım bence. Dolayısıyla şu veya bu terim, ama bir üzerinde uzlaşa sağlanacak tek bir terim tercih edilmeli.

Muğlak suç tanımlarıyla ilgili dün konuşuldu. Elbette, bu muğlak suç tanımları veya muğlak normlar bazen beceriksizlik ürünü değil, kasten yapılmıştır. Nitekim Nasyonal Sosyalist dönemde Almanya ceza metinlerinin bir kısmının özellikle muğlak olduğunu, özellikle belirlilikten uzak olduğunu yazarlar tespit ederler. Amaca uygun, diledikleri şekilde uygulayabilsinler, genel kıyas yapılabilin diye. Yani kanunun hukuk düzeninin bütününden. Dün sanıyorum Berke Bey değindi. Alman Ceza Kanunu'nda o dönemde toplumun sağlıklı duyusunu da esas olarak yapılan kıyas örneği gibi. Öte yandan muğlaklık aynı zamanda bir şeyleri karartmaya da yarar. Kamu yönetimindeki karartmayı karşılamak için Fransa'da kullanılan obskürantizm deyimini de bunu ifade eder. O kadar çok metin çıkarırsınız ki, gerçek hukuki durumu sadece birkaç kişi bilir, kamu yönetiminin işleyiş usulünü karartırsınız.

Bunun ardından, hemen bir soru var. Prof. Dr. Işıl Özkan'dan: "*Kanunu bilmemek mazeret değildir ilkesinin istisnaları var mı?*". Ceza Kanunu bakımından cevaplayabilirim tabii esas itibarıyla. Bu mevcut kanuna kadar, aslında çok kategori olarak değerlendirilen bir yasaktı, ama yine de o zamanda bazı istisnalar değerlendirilirdi. Yani kişiler ancak bazı davranışların ceza müeyyidesi tehdidiyle yasaklandığını bilebilecek durumda oldukları takdirde sorumlu tutulabilirler. Yani kanunun bilinebilir, ulaşılabilir olması gerektiği düşüncesinden hareketle, bazı istisnalar vardı. Bu bilinebilirliğin objektif olarak imkânsız olduğu haller, afet, savaş ve benzer hallerde kanunlardan haberdar olamama durumu buna örnektir. Diğer de, yargının ve idarenin, bir fiilin meşru olduğu hususundaki istikrarlı tutumu. TCK'nin 30. maddesinde bir hüküm var. Açıkça fiilin suç niteliğinin bilinemeyecek olduğu durumlar bakımından öngörülmüş. Bir fiil üzerinde esaslı hatanın, kural

olarak kastı kaldırdığını kabul ediyoruz. Bunun özel hukuktan bir farkı da yok açıkçası. Ama kural üzerinde hata, kanunu bilmemek veya hukuki hatanın sonuç doğurabilmesi için söylediğim hallerden birinin gerçekleşmiş olması lazım.

Buradan Didem Yılmaz'ın tutum ve yorum değişiklikleri konusundaki tespitine geçelim. Yorum ve tutum değişikliklerinin hukuki güvenlik bakımından öneminden bahsettiler. Ben de dün değinmeye çalıştım. Gerek içtihat hukuku bakımından, gerek yorum kanunları bakımından bu konular ele alınmıştır.

Tabii ki mahkeme kararları da yorumdur netice itibariyle. Dolayısıyla bu yorumların değişikliği hususu, hep kanunilik ilkesi içinde düşünülmüştür ve ceza hukukunda geçmişe uygulama yasağı kapsamında da değerlendirilmiştir. Hatta biraz eksik, ama bir kısmı doğru; içtihadı birleştirme kararları var Yargıtay'ın lehe içtihadı birleştirme kararlarının zaman yönünden etkisiyle ilgili. Yargıtay, lehe içtihadı birleştirme kararının devam etmekte olan bir davada geçmişe uygulanabileceğini kabul etmiştir. Ancak maalesef ve yanlış olarak, sonraki lehe içtihadı birleştirme kararlarının kesin hükme etki etmeyeceğini de hükme bağlamıştır. Hâlbuki içtihadı birleştirme kararları neredeyse bir kanun gibi sonuç doğuruyor. Dolayısıyla bu tür tartışmalar ceza hukukunda da var.

Yorumun bu suretle değişmesi, Anglo-Amerikan hukuk evreninde de, Kıtada da yorumun aleyhe sonuçlar doğurmaması gerektiği kabul edilmiştir. Aynı şekilde, belli davranışların meşruiyeti konusunda idarenin ya da yargının, yürütmenin ya da yargının yarattığı inancın ve güvenin bir korunması gerektiği genellikle kabul edilir.

Bir şey daha var sizin sözünüzde. Ben onu çok önemsedim, o dönemde ben de fevkalade kızgındım. 12 Eylül referandumu yapılırken, referandum metninin değişmesi; bu bir rezalettir bence, büyük bir skandaldı. Yani insanlar Türkiye'de iki ayrı metni oyladılar ve toplamda o oylar sayıldı. Anayasa Mahkemesi ya da YSK de, verilen ilk oyların sanki esasa etkisi yok gibi bir değerlendirme yapmıştı. Ece Göztepe hatırlayacaktır.



Oyların bir kısmı referanduma sunulan önceki metne göre kullanılmıştı zaten. Ne demek esasa etki etmemek. Ben de şunu düşünmüştüm: Ben oy vermeyeceğim veya vermedim, bana bir gün ceza gelirse, bu gayrimeşru bir referandumdur, sen metni oylamaya başladıktan sonra değiştirdin, ondan sonra oylatmaya devam ettin. Bu gayrimeşrudur, onun için vermedim mesela diye argümanlar düşünüyorum. Sonra sizin söylediğimiz o acaba olur mu, yani hiç ceza kesilmemiş o güne kadar. Yani böyle acaba “désuétude” yani metrukiyet gibi bir şey mi. Tabii en azından meşru olduğu inancı ortaya çıkar mı? Bence meşru olduğu inancı zor, çünkü yasak var açıkça veya emir var. Yani oy verme, ama problemlili bir durum olduğu kesin. Hiç uygulanmamış veya belki daha önce azıcık uygulanmış filan.

Şimdi başka sorular vardı. Dün Ece Göztepe'nin dile getirdiği eleştirisi, geçici 15. maddeyle ilgili. Hemen ilk önce şunu söyleyeyim: Geçici 15. maddenin kaldırılması bizatihi bir geçmişe uygulama yasağı ihlali değildir. Turgut Bey (Kazan) o yönden eleştirdi benim açıklamamı, ama ben geçici 15. maddenin kaldırılmasını bizatihi bir geçmişe uygulama yasağı ihlali olarak görmedim, elbette kaldırılabilir. Geçici bir madde değil kesinlikle. Bir başka kanunla yürürlükten kaldırılıncaya kadar yürürlükte kalan kanun hükmü, yani bir sürekli kanun diyeceğimiz bir hüküm. Aynen de öyle oldu zaten, anayasa değişikliğiyle kaldırıldı.

Burada geçmişe uygulama yasağı ihlali benim açımdan, geçmişte yürürlükte olup da sonuç doğuran, yani sorumsuzluk yaratan, zamanında yürürlüğe girdiğinde etkiler doğuran kanunun, bu etkilerini, doğmuş olan bu etkilerini hiçe sayarak ceza davası açmaktır ve davayı yürütmektir. Benim açımdan geçmişe uygulama yasağının ihlali bu. Dolayısıyla Ece Hanımın da verdiği o zaman doğrusunu kullanarak şöyle düşüneceğiz: Fiilin işlendiği tarihte suç teşkil etmesi sizin argümanınızdı. Ondan sonra da suç teşkil ediyor, ama sonra bir sorumsuzluk hükmü geliyor. Ben sorumsuzluk maddesi olarak değerlendiriyorum ve bu madde etki doğuruyor. Sonra bu sorumsuzluk maddesi bir başka kanunla yürürlükten kaldırılıyor.



Lehe kanun suç olmaktan çıkararak kanun, ceza hukukunda kanunların birbirlerini izlemesi hipotezleri içinde önemli hipotezler. Burada bir suç olmaktan çıkarma, bir *abolitio criminis* yok. Geçici 15. madde, bazı fiilleri suç olmaktan çıkarmıyor. Ama lehe kanun hükmü. Lehe kanun hükümleri sadece cezanın tür ve miktarını lehe etkileyen türde hükümler değildir. Örneğin, şartla salıverme süresini kısaltan, dava zamanaşımı süresini kısaltan, cezai sonuçlarla ilgili lehe rejim getiren, sonuçta bütün ceza hukuku ceza sorumluluğu rejimi bütün bileşenleri bakımından lehe olan her düzenleme lehe kanundur. Sorumsuzluk öngören kanun lehe kanundur. Lehe kanun yürürlüğe girdi mi, fiil suç teşkil etse bile işlendiği tarihte, o kişileri sorumsuz kılan etki doğurmuştur. Daha sonra yürürlükten kaldırılrsa bile, o etki artık varlığını korur. *Lex intermedia*, yani ara kanunların etki doğurmasında olduğu gibi. Onu görmezden gelemeyiz; benim argümanım bu, hukuki argümanım bu.

Şimdi başka şeyler var, atlamadan gidelim istiyorum. Bu çerçevede benim alanım değil, ama izninizle haddimi aşarak, dün Yasemin hocamın (Özdek) söylediği o gizli yargılama dünyasının yaratılması veya bugün dile getirilen idari sözleşmelerin özel tahkim usulüne tabi kılınabilmesi. Ben aslında bir belirsizlik de görmüyorum orada. Orada ideolojik bir tercih var. Yani kamu hizmeti kavramına yönelik bir tercih. Ben öyle gördüm hep, 1999 değişikliğini de kamu hizmetinin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması, piyasalaştırılması sürecinde. Belki indirgemeci bulursunuz, ama burada idari yargının müdahaleleri, Cüneyt hocanın söylediği gibi, menfaat sahiplerinin öngörülerini bakımından problem yaratabiliyordu. Ayrıca kamu hizmeti kavramı ne demek? Eşit, esasen ücretsiz ve sürekli olması gereken bir hizmet. Bütün bu unsurların piyasa ile bağdaştırılması da herhalde çok mümkün değil. Dolayısıyla biraz haddimi aşarak gidiyorum.

Efendim başka, sanıyorum bu bebeğin bırakılmasıyla ilgili, terkiyle ilgili basına da yansıyan, Twitter âlemini de anlaşılan ilgilendiren fiil ne ola ki sorusu. Acaba ihmal suretiyle icra suçu, yani kasten öldürmenin ihmalen işlenmesi midir? Yoksa terk fiili olarak, onun sonuçları içinde mi değerlendirilmeli?

Aslında ben burada bir belirsizlik görmüyorum. Temel argüman oydu, yani iki ceza normunun da, suç yaratan iki ceza normunun da uygulanabilirliği üzerinden geliştirilen bir argümandı. Bu tür durumlar olabilir, belirsizlikler ceza normlarında olmaması gerekir, ama bence burada o yok. Burada failin kastından hareketle sorun çözülür. Nitekim terkle ilgili 97. maddede, koruma ihtiyacı olanın terk edilmesi suçun basit biçimi, ölüm sonucunun doğması da nitelikli biçimi olarak kabul edilmiş.

Sonucu nedeniyle ağırlaşan suç teknik bir ceza hukuku kavramı ben de çok teknik bir şey anlatmak istemiyorum. Zira bu toplantı bir ceza hukuku sempozyumu değil, ama sonucu nedeniyle ağırlaşan suçların bir özelliği var. Ceza Kanununun 23. maddesinde şöyle bir tanım yapılmış. Kast olunandan daha ağır bir sonucun gerçekleşmesi halinde, failin davranışı ile bu sonuç arasında da nedensel ilişki varsa, failin daha ağır sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için, en azından taksirli davrandığının tespiti gerekir.

Fakat öyle durumlar var ki, eğer zaten daha ağır sonuç kast olunmuşsa suç kategorisi değişir bazen. Örnek vereceğim, gebe olduğu bilinen kadın ya da gebe kadının öldürülmesi, nitelikli insan öldürme suçudur. Ancak kanuna aykırı bir şekilde gebelik sonlandırılması sırasında kadının ölmesi halinde sonucu ağırlaşan suç ortaya çıkar. Eğer zaten failin kastı kadını öldürmek idiyse, o gebe kadının öldürülmesi yani nitelikli insan öldürme olarak değerlendirilir. İnsan öldürme suçları içinde nitelikli bir hal ayrı kategori, öbürü ise gebelik sonlandırılırken kadının yaşamının da ortadan kalkması sona ermesi. Kasıt insan öldürme değil, ancak sonucu nedeniyle ağırlaşan çocuk düşürtme.

Burada eğer o anne bakımından olası kasıt varsa, elbette TCK m. 83 uyarınca, ihmal suretiyle kasten insan öldürme. Öldürme kastı yoksa, bu hüküm uygulanamaz. Dolayısıyla ben bir belirsizlik görmüyorum.

Bu bağlamda Cüneyt hocama (Ozansoy) söyleyeceğim bir şey var. Kavramlar üzerindeki tartışma ve belirginleştirme gayretinin de bir şeylere ışık tutabileceğine inanıyorum.

Şimdi hocam (Prof. Dr. Fazıl Sağlam), siz yönetmelikte suç tanımının tekrar edilmesinin ne sakıncası var dediniz. Şöyle bir sakıncası var; yönetmelikle yapılamayacak bir şeyin yapılması başlı başına bir sakınca. İsterse kanunda olsun aynısı, bir yönetmelikte yapamayacağınız bir şeyi yapmış olmanız vahim bir durum. İdarenin kötü alışkanlıklarına hizmet edecek bu. Buna derhal karşı çıkmak lazım, yok hükmünde de diyebilirsiniz, iptal ettirebilirsiniz.

Bir de şunu düşünün. Bu mesela ilgili kanundaki hükmün daha sonra değiştirildiğini, yönetmeliktekinin olduğu gibi unutulduğunu veya bunun kabahate dönüştürüldüğünü, yönetmeliktekinin kaldığını filan. Yani bütün bunları düşünelim. Bence zaten her şeyden önce metod olarak, yani bir prensip olarak buna karşı durmak lazım. Çünkü bu bir kötü örnek ve bizde kötü örnek daima örnek olur. Buna inanıyorum.

Bunun dışında hocam, dün Anayasa'nın 19. maddesiyle ilgili doğrudan uygulamayla ilgili önerime ilişkin eleştirinize yanıt vermek isterim. Anayasaya uygun yorumlanamaz bu 100. maddenin 3. fıkrası dediniz. Tabii benim söylemek istediğim şeylerden biri de şuydu orada: Önemli olan niyettir, yargıdaki niyet, irade. Yani ben tutuklama rejimini layıkıyla uygulayacak mıyım, uygulamayacak mıyım, iradem ne olacak? Hep tutuklayacak mıyım, yoksa ben hukukçu gibi davranıp elimdeki argümanları kullanacak mıyım? CMK m. 100/3 varsa aynı zamanda Anayasa 19 da var. Bunu uyguluyorum kardeşim risk koşulu, kaçma şüphesi var mı, delilleri karartma şüphesi var mı? Anayasa'nın gayet açık düzenlenmiş bir hükmü, 11. maddesi de var; bu bir irade ve niyet meselesi.

Aynı sorunu adli kontrol konusunda da yaşadık, dün değinemedim. Burada da niyet irade meselesi önemli. Bakın adli kontrol uygulamasında sınır kanuni sınırlama vardı. Kural olarak, ancak üç yılın altında hapis cezası öngörülen fiiller ba-

kımından adli kontrole başvurulabiliyordu. Bu nedenle adli kontrolden yararlanılamadığından yakınılıyordu. Hâlbuki yurtdışına çıkma yasağı bir adli kontrol tedbiri olarak hapis cezasının süresine bakılmaksızın bütün suçlar için öngörülmüştü. İstenseydi o zaman da uygulanırdı. Bu sınırlama kalktı, adli kontrol halen uygulanmıyor yeterince.

Dolayısıyla kanunları değiştirerek çok önemli şeyler yapıyoruz, ama hiçbir zaman tutum değişikliğini sağlayamıyoruz. Cüneyt hocaya doğru ben bu noktada biraz yaklaşıyorum galiba. Tutum değişikliği, burada asıl iş bu.

İkinci mesele de, dün değinemedim. Kanunilikte de, tutuklamada da, kanunilik ilkesinin ihlali halleri olarak verdiğim hallerin dışında bir hal var ki, suç olmayan fiilden dolayı cezalandırma, suç olmayan fiilden dolayı tutuklama. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması. Şu anda Türkiye'de yaşadığımız şey, suç fiilinin değil iradenin cezalandırılması; birçok vakada karşımıza çıkan şey. İşte kamuya yansıyan davalar. Ben açıkçası taraf tutarak esasa ilişkin filan bir şey söylemiyorum, hukuktan yana biraz taraf tutmaya çalışıyorum, ondan sonra görünen o. Netice itibariyle hazırlık hareketleri Ceza Kanunu'nda da istisnai olarak cezalandırılmakta. Bazı örnekleri var bunun. Sahtecilik fiillerinde, örneğin para basmak için gerekli filigranlı kâğıdın temini; bu vasıta temini, tedariki, hazırlık hareketi. Yani benzin alırsınız birini yakmak için de, yakıp yakmayacağınız belli değildir. Bundan dolayı kimse kimseyi cezalandıramaz.

Şimdi dolayısıyla bu hazırlık hareketlerinden değil, kanunda istisnaen cezalandırılan hazırlık hareketlerinden değil bizlerin önüne gelen vakalar. Dolayısıyla cezalandırılabilir teşebbüs olduğu çoğu vakada şüpheli ve cezalandırılabilir teşebbüsün olmadığı bir halde ceza hükmü vermek, hem kanunilik ilkesinin hem de davranışsız suç olmaz ilkesinin ihlali. Yani suç teşkil edecek şekilde dışa yansımış bir insan davranışı, elverişli icra hareketi. Bu ikinci sınıfta anlatılan bir şeydir ceza hukukunda ve temel hak ve özgürlüklerin de sınırındır, temel sınırı. Cezalandırılabilir fiilin sınırı, cezalandırılabilir teşebbüsün sı-

nırıldır. O zaman şöyle anlatırız; teşebbüs kurumu temel hak ve özgürlüklerle ilgili. Ceza hukuku iki türlü olabilir; otoriter ve özgürlükçü. Özgürlüğü teminat altına almak için ceza hukukçusu olabilirsiniz, otoritenin cezalandırma amacına hizmet etmek için ceza hukukçusu olabilirsiniz. Doğrusu bence ilkidir. Dolayısıyla tutuklamada da aynı şekilde suç şüphesinden bahsedilebilmesi için hazırlık hareketlerinden icra hareketlerine geçilmiş olmazı gerekir. Yani tutuklama kararı verebilmek için isnat olunan davranışın suç teşkil edebilmesi lazım önce. Suç işlendiğinden şüphe edilebilmesi için, o fiilin suç olabilme özelliğine sahip olması lazım. Birçoğunda ben bunu görmedim, nitekim farklı görüşlerde olan ceza hukukçuları da, hatta Adalet Bakanlığı'ndan hükümete yakınlığıyla bilinen bazı ceza hukukçuları da hatta muhalif sayılan yayın organlarında aynı yönde beyanlarda bulundular.

Ben sabrınız için çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-**

Ben de Tuğrul'a çok teşekkür ederim. Değerlendirmesini süresi içinde bitirdi. Benim sorumu da açıklığa kavuşturdu. Bildiribu ölçüde açık değildi; belki de "biliniyor" varsaydığı için.

Söz sırası Funda Başaran'da.

**Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)-** Dışarıda da, arada da sıkça duyduğum için, biraz canım yandı. O da şu: Sanki bizim burada hukuk, kavramlar ve benzeri problemlerle ilgili konuşmalarımızı, benim konuşmam sanki biraz dudak bükerek anmış gibi. Katiyen öyle bir niyet yok. Çok basitçe hep şunu söylemeye çalışıyorum. Metodolojik yaklaşımımı Tuğrul bilenlerden birisidir. Yolu görebilmek öngörebilmekle ilgilidir. Bunu görmek ve yaratmak zorundayız, ama kendi başına yolun niteliğini veya yolsuzluğu bu değiştirmez. Kastettiğim şey sadece ve sadece budur.

Yoksa senin öyle dedi Cüneyt hoca, ama yine de şuradayım demeni gerektiren bir nokta dahi yoktur Tuğrulcuğum; yani bundan ibaret. Çok teşekkür ederim.

CÜNEYT OZANSOY'UN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-** Evet, buyurun.

FUNDA BAŞARAN  
YAVAŞLAR'IN  
KONUŞMASI

**Doç. Dr. Funda BAŞARAN YAVAŞLAR-**

Teşekkür ederim. Öncelikle bildirim hakkında yorum yapan değerli hocalarım Prof. Dr. Nami Çağan ve Prof. Dr. Gülsen Güneş ile değerli genç meslektaşım Yrd. Doç. Dr. Burak Pınar'a, ayrıca, bildirimle bağlantılı olarak yorum, eleştiri ya da katkı yapan tüm Sayın hocalarım ve meslektaşlarıma teşekkürü bir borç biliyorum.

Şimdi öncelikle terim sorununa değinmek istiyorum. Bildirimde terim konusuna girmemekle birlikte, Tuğrul Beyin çalışmasında bu konuya girmiş olmasından büyük mutluluk duydum. Benim atladığım bir görev, en azından başka bir meslektaşım tarafından yerine getirilmiş gibi hissettim. Burada iki gün boyunca “hukuki güvenlik ilkesi”, “hukuk güvenliği ilkesi” ve “belirlilik ilkesi” terimlerinin aynı ya da benzer içeriği ifade etmek üzere kullanıldığına şahit olduk. Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, hem “hukuki güvenlik ilkesi”, hem de “hukuk güvenliği ilkesi” ibarelerinin kullanıldığını; vergi hukuku doktrininde ise, daha çok “hukuki güvenlik ilkesi”nden bahsedildiğini görmekteyiz. Benim açımdan her ikisi de kabul edilebilir terimlerdir. Ancak hem terim/kavram, hem de içeriği üzerinde uzlaşılması gerektiğine inanıyorum. Terim/kavram ve içeriği konusunda uzlaşma sağlanmaması, belirsizliğe neden olabilir. Belirlilik olmadığı sürece ise, ilkenin ne uygulanması sağlanabilir, ne de onun yardımıyla anayasal denetim gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla, ilke işsevsizleşir. Ayrıca, onun geliştirilebilmesi ve böylece ondan daha fazla yararlanılması imkânı azalır.

Bana gelen sorulara gelince, bunların daha çok yasama-yürütme ilişkileri konusunda oldukları görülmektedir. Genel itibariyle, iki ana görüşün ortaya çıktığı belirtilebilir: Bunlardan ilki, Sayın Burak Pınar tarafından dile getirilmiş olan, yasallık ilkesinin çok katı bir şekilde uygulanması görüşüdür. Öyle ki genç meslektaşım bu görüşünü, vergilendirmeye ilişkin temel

unsurların dahi Anayasa'da kazüistik yöntemle sayılması ve Bakanlar Kurulu'na AY md.7/IV ve AY md.167/II'de verilmiş olan yetkilerin ortadan kaldırılmasına kadar vardırı. Diğer görüş ise, Sayın hocam Nami Çağan ve biraz önce Sayın meslektaşım Adnan Gerçek tarafından dile getirilen, eğer ismini şu anda telaffuz etmediğim başka yorumcular da varsa lütfen affetsinler, yasallık ilkesine ihtiyacı ve vergilendirme temel hak ve özgürlüklere müdahale ettiği için zaten Anayasa md. 13 gereğince de onun zorunluluğunu kabul etmekle birlikte, yürütmeye de bir alan bırakılması gerektiği görüşüdür.

Öncelikle, ilkesel düzeyde bir yaklaşım ortaya koymak gerekirse, ben de yürütmeye yetki verilmesi gerektiği görüşündeyim. Çünkü ne anayasakoyucunun, ne de yasakoyucunun her konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenleyebilme imkânı vardır. Dolayısıyla, bir noktada yürütmeye güvenmek ve ona yetki vermek gerekir. Ancak bu yaklaşımla birlikte ortaya çıkan en önemli sorunlar, yürütmeye hangi konularda yetki verilebileceği, yetkinin nasıl ve hangi sınırlar içerisinde verilebileceği ve - bu toplantıda da çokça vurgulandığı üzere - uygulamanın nasıl olacağıdır. Uygulamacı, kendisine verilen yetkiyi nasıl kullanacak, ne tür düzenleyici işlemler yapacak ve o düzenleyici işlemleri nasıl hayata geçirecek? Bunlar, üzerinde çok iyi düşünülmesi ve - yasallık ilkesinin sağladığı temel güvenceleri zayıflatmayacak şekilde - hukuki güvenceye bağlanmaları gerekmektedir.

Yürütmeye verilecek/verilen yetkiyle ilgili olarak pozitif hukuk çerçevesinde yöneltilen sorulara cevap vermem gerekirse, öncelikle, bildirimde dile getirmiş olduğum "istisnalar dar yorumlanmalı" fikrine karşı olarak Sayın hocam Prof. Dr. Kemal Gözler tarafından AY md.73/IV'ten hareketle dile getirilen "vergi hukukunda istisnalar dar yorumlanmaz" görüşüne cevap vermek isterim. İtiraf etmeliyim ki, bu yaklaşım bana çok orijinal geldi, çünkü hoca şöyle bir bakış açısı sundu (kendisi şu an burada olmadığı için, söylediklerini tekrarlamak istiyorum): "*Devlete vergi vermemek asıldır. Vergi vermek sonradan çıkmıştır, dolayısıyla istisna vergi vermektir. Yasayla Bakanlar*



*Kurulu'na vergiyi kaldırma yetkisi verilebilir. Vergi kaldırılınca temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmıyor, aksine genişletiliyor. Bu nedenle yasaya ihtiyaç yok.*" Dolayısıyla, bu yaklaşım aslında, toptan yasallık ilkesini kaldırmaya kadar gitmektedir.

Ancak tüm orijinalliğine karşın, hem ilkesel olarak hem de pozitif hukuk bakımından bu görüşü savunabilmek mümkün değildir. Çünkü öncelikle, toplumsal sözleşmeyle birlikte biz vatandaşlar vergi alınmaması özgürlüğümüzden vazgeçtik. Lisans derslerinde de anlattığımız üzere, eğer devletin var olmasını istiyorsak, ki ona bir takım görevler vererek onları yerine getirsin diye var olmasını istiyoruz, ona bu görevleri yapabilmesi için bazı mali araçlar da vermek zorundayız. Dolayısıyla, verginin meşruiyeti düşüncesi devlet düşüncesiyle birlikte ilerlemektedir. Bu bağlamda, yasamanın vergilendirme yetkisine sahip olması artık istisna değil, aksine kuraldır. Vergi hukukunda, "vergi meşru değil, o halde yasallık ilkesine yer yok, yürütme istediğini yapsın" şeklinde bir anlayışa yer yoktur. Zaten pozitif hukuk da buna imkân vermemektedir. Zira AY md.73/III, hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde yasallık ilkesini "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*" şeklinde düzenlemekte ve 4. fıkrasında Bakanlar Kurulu'na sadece - yasada var olanı, belli konularda - "değiştirme" yetkisi vermektedir. Fıkraı anımsatmak gerekirse, "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin, muaflik istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir*". Görülmektedir ki, yasamanın vergilendirme yetkisi istisna değil, "asıl" dır. İstisna olan, yasayla getirilip düzenlenmesi zorunlu verginin, yalnızca dört unsurunu (muafiyet, istisna, indirim ve oranını), yasayla gösterilecek alt ve üst sınırlar çerçevesinde değiştirme yetkisinin, yasayla - sadece - Bakanlar Kurulu'na verilebilmesidir.

Buradan Bakanlar Kurulu'na verilebilecek yetkiyle ilgili başka bir soruna, Bakanlar Kurulu'na bir verginin oranını % 0'a (sıfıra) kadar indirme yetkisinin verilir verilemeyeceği so-



rusuna geçmek isterim. Kanaatimce, Bakanlar Kurulu'na yapılabilecek yetki devrinin istisnai niteliğine bağlı olarak, kapsamının belirlenmesinde AY md.73/IV'ün - lafzi değil - amaca uygun şekilde yorumlanması ve böyle bir yetki devrine olumsuz bakılması gerekir. Aksine bir yorum, o vergiyi "kaldırma" yetkisinin verilmesini onaylam anlamına gelmektedir. "Bakanlar Kurulu kendine tanınan yetkiyi kullanıp verginin oranını %0'a indirdiğinde, bu verginin sadece fiilen uygulanmaması anlamına gelmektedir, ama vergi hukukun mevcudiyetini sürdürmektedir" şeklindeki aksi argümana katılmamaktayım. Anayasakoyucu, vergiyi her türlü "kaldırma yetkisi"ni yasakoyucuya vermiş ve bu kaldırma yetkisinin devrine izin vermemiştir. Kaldı ki, aksi argümanı zayıflatan önemli hususlardan biri de, oranın ne kadar süreyle sıfır olarak uygulanacağı konusunda kural olarak hiçbir sınırlamanın bulunmamasıdır; Bakanlar Kurulu'nun yıllar boyunca oranı sıfır olarak tutması mümkündür. Böyle bir durumda, artık o vergi yoktur, "Bakanlar Kurulu tarafından kaldırılmıştır". Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararlarının aksine, Bakanlar Kurulu'nun vergi oranını sıfıra kadar indirme yetkisi olmadığına inanıyorum.

Bakanlar Kurulu'na vergi oranı konusunda verilebilecek yetkiyle ilgili olarak, dün bildirimden sonra gelen ve derslerde öğrenciler tarafından da yöneltilen ilginç bir soru, Bakanlar Kurulu'na vergi oranını % 0'a kadar değil, %1'e kadar indirme yetkisi verilmesinin anayasaya uygun olup olmadığıdır. Bu konuda, somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılması gerektiği görüşündeyim. Şöyle ki, eğer somut olaydaki verginin oranı % 5 ise, bunu %1'e kadar indirme yetkisinin verilmesi makul bir sınırdır, ama ilgili verginin oranı % 30 ise, bunun %1'e kadar indirilmesi yetkisinin verilmesi, neredeyse vergiyi kaldırma yetkisinin verilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla, burada ölçülülük ilkesini kullanarak bir denetim yapılması gerektiği düşüncesindeyim.

AY md.73/IV ile ilgili olarak bu toplantıda ifade edilen bir başka düşünce ise, "Bakanlar Kurulu'na muafiyet konusunda verilen yetkisinin uygulanamaz olduğu, bunun aslında verilmemesi

*gereken bir yetki olduğu” düşüncesidir. Hatırlatmak gerekirse, muafiyet, bir vergi mükellefinin, istisnaen vergi dışında tutulmasını ifade etmektedir. AY md.73/IV vergi muafiyeti konusunda Bakanlar Kurulu’na yetki devrine izin vermiştir. Ancak sorun, Bakanlar Kurulu’na böyle bir yetki verilirken yasada alt ve üst sınırların nasıl gösterileceğidir. Vergi oranı, indirimi ve istisnaları rakamsal değerlerle ifade edildikleri için, bunlar bakımından yasada alt ve üst sınırların gösterilmesi kolaydır. Buna karşılık, muafiyette rakam değil, vergi süjesi söz konusu olduğundan, alt ve üst sınırların gösterilmesi zordur.*

Aslında ben bu soruna bildirimde değinmiş ve uygulamadan vakıflarla ilgili bir örnek vermiştim. Şöyle ki, “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun”un 20. maddesinin1. ve 2. fıkralarında şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: “*Gelirlerinin en az üçte ikisini nevi itibariyle genel katma ve özel bütçeli idarelerin bütçeleri içinde yer alan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini amaç edinmek üzere kurulan vakıflara, Maliye Bakanlığının önerisi üzerine, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınabilir. Bunların vergi muafiyetinden yararlanması ve muafiyetlerinin kaybedilmesine ilişkin şartlar, usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.*” İşte burada verilen yetki çerçevesinde, Maliye Bakanlığı tarafından 1 Seri No’lu “Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Genel Tebliğ” çıkartılmış ve şartlar belirlenmiştir. Kanaatimce bu yasal düzenleme AY md.73/IV’e aykırıdır; çünkü vergi muafiyetinden yararlanma ve muafiyetin kaybedilmesi şartlarını yasakoyucunun değil, aksine Maliye Bakanlığının belirlemesini öngörmektedir. Yasa’ya göre, Maliye Bakanlığı muafiyetten yararlanma koşullarını belirleyip hangi vakfa muafiyet tanınacağını önerecek, onun önerisi üzerine Bakanlar Kurulu vergi muafiyeti tanıyacaktır. Böylece, vergi muafiyeti konusunda asli “belirleme yapma” yetkisi, bırakınız Bakanlar Kurulu’nu, hatta Maliye Bakanlığın’a devredilmiş olmaktadır. Ancak bu olumsuz örnek, AY md.73/IV’te muafiyetler konusunda verilen yetkinin uygulanamaz olduğunu göstermez. Muafiyet konusunda alt ve üst sınırların yasayla farklı şekillerde gösterilmesi mümkündür. Örneğin, *yasakoyucunun belirleyeceği*

kriterleri taşıyanlar arasından bazılarına, yine yasayla belirlenecek objektif ölçütler çerçevesinde, Bakanlar Kurulu'na muafiyet tanıma yetkisi verilmesi düşünülebilir. Dolayısıyla, görüşümce, muafiyetler konusunda AY md.73/IV'e uygun bir yetki devri, zor da olsa mümkündür.

Yine, AY md.73/IV'te Bakanlar Kurulu'na yetki devrinde bulunabilmesi imkânıyla ilgili olarak dile getirilen bir başka konu ise, anılan fıkrada "vergi oranlarını" değiştirme konusunda verilen yetkinin "vergi miktarı" nı da kapsayıp kapsamadığıdır. Bu, AY md.73/IV'ün hangi metotla yorumlanacağına bağlı olarak cevabı değişen bir sorundur. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuyu hiç tartışmadığına işaretle bildirimde de dile getirdiğim üzere, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu gibi bazı vergi kanunlarında, doğrudan vergi miktarı belirlenmiştir (maktu vergi). Lafzi yorum yapılırsa, Anayasa sadece "vergi oranı" dediğine göre, vergi miktarı konusunda yetki verilemeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir. Buna karşılık, amaçsal yorum yapılırsa, ki bu benim vergi hukukunda sık başvurduğum bir metottur, aksi sonuca ulaşmak mümkündür. Çünkü vergi oranı, neticede vergi borcu miktarını belirleyen bir unsurdur. AY d.73, f.4'de, Bakanlar Kurulu'na, oran üzerinden miktar üzerinde etkili olacak şekilde değişiklik yapma yetkisi verildiğine göre, doğrudan vergi miktarını - yasanın belirlediği alt ve üst sınırlar içinde - değiştirme yetkisinin de verilebileceği kabul edilebilir.

AY md.73/IV'le ilgili konulardan AY md.167/II ile ilgili olanlara geçmek istiyorum. Bu fıkrayla ilgili olarak bir soru yöneltildi, bir de farklı görüş dile getirildi. Sayın hocam Prof. Dr. Rona Aybay, Avrupa Birliği ile gerçekleşen Gümrük Birliği nedeniyle Anayasa md. 167/II anlamsızlaşmış mıdır veya ileride Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olması halinde anlamsızlaşacak mıdır sorusunu yönelttiler. Nami Çağan hocam ise, anılan düzenlemede Bakanlar Kurulu'na verilebilecek yetkinin kapsamıyla ilgili olarak "*ben bu şekilde düşünmüyorum*" diyerek, benim bildirimde ortaya koyduğumdan farklı bir görüş içinde olduklarını ifade ettiler. Öncelikle hatırlatmak gerekirse, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi

amacıyla, ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine - vergi ve benzeri mali yükümlülükler dışında - ek mali yükümlülükler “koyma ve kaldırma” konusunda Bakanlar Kurulu’na yasayla yetki verilmesine izin veren AY md.167/II, yasallık ilkesinin ikinci istisnasını teşkil etmektedir. Bu fıkra temelinde Bakanlar Kurulu’na ek mali yükümlülük getirme yetkisini veren düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılığı iddiası, Anayasa Mahkemesi’nin önüne ilki 1985 ve ikincisi 2012’de olmak üzere iki kez gelmiştir. Her iki kararında da Mahkeme lafzi yorum yapmış ve md.167/II’yi, AY md.73/III’ten tamamen bağımsız şekilde, Bakanlar Kurulu’na daha önce yasa tarafından öngörülmemiş bir ek mali yükümlülüğü getirme ve kaldırma yetkisinin verilebileceği şeklinde yorumlamıştır. Çünkü Anayasa Mahkemesi’ne göre, md.167/II “koyma”dan bahsettiğine, koyma ise mali yükümlünün türü ve miktarını belirleme anlamına geldiğine göre, Bakanlar Kurulu’na, yasayla daha önce hiç öngörülmemiş bir ek mali yükümlülüğü getirme yetkisi verilmesi Anayasa’ya uygundur.

1985 tarihli karara muhalif Anayasa Mahkemesi sayın üyelerinden birisi karşılığında, AY md.167/II’nin bu şekilde yorumlanamayacağını, yasallık ilkesiyle bağlantılı olarak yorumlanması gerektiğini ve bu çerçevede Bakanlar Kurulu’na sadece, yasayla temel unsurları belirlenmiş bir ek mali yükümlülüğün yürürlük zamanını belirleme yetkisinin verilebileceğini belirtmiştir. Ben de bu şekilde düşünüyorum. Aksi yönde bir düşünüşün, yasallık ilkesini tamamen devre dışı bırakmak anlamına geleceğine inanıyorum. Çünkü bugün ithalat ve ihracat işlemleri tamamen hayatımıza girmiş durumdadırlar. Herhangi bir ürün iç piyasada üretiliyor olsa bile, ham maddesi ya da yan maddesi çoğunlukla dışarıdan gelmektedir. İhracat giderek artmakta ve çeşitlenmektedir. Ek mali yükümlülükler konusunda Bakanlar Kurulu’na geniş bir yetki tanınması, dış ticaret işlemlerinin hayatımızın çok içinde olmasına bağlı olarak *pek çok* işlem veya ürün üzerine yürütme tarafından ek mali yükümlülük getirilmesi, dolayısıyla “mali yükümlünün yasayla getirilmesi güvencesi”nin dolaylı şekilde büyük ölçüde ortadan kaldırılması sonucuna yol açacaktır.

Gümrük Birliği veya Avrupa Birliği'ne üyelik nedeniyle AY md.167/II'nin anlamsızlaşp anlamsızlaşmadığı konusunda ise, düzenlemenin işleve sahip olduğu düşüncesindeyim. Bunun birden fazla nedeni bulunmaktadır: Öncelikle, Gümrük Birliği Anlaşması çerçevesinde bazı istisnalar söz konusu olabilmektedir; ikincisi, karşılıklı olarak birtakım konuların dışarıda bırakılması mümkündür; üçüncüsü, taraflar her zaman tam olarak yükümlülüklerini yerine getirmeyebilmektedirler. Dolayısıyla bu tür durumlarla bağlantılı olarak, md.167/II gibi düzenlemeler anlamsızlaşmayıp varlıklarını muhafaza etmektedirler. Bir gün Avrupa Birliği'ne üyelik gerçekleşirse, aynı durum orada da söz konusu olacaktır düşüncesindeyim.

Bildirimde dile getirdiğim konulardan biriyle ilgili hayret içeren bir değerlendirme, Sayın hocam Prof. Dr. Fazıl Sağlam'dan geldi. Kendisi, Prof. Dr. Kemal Gözler hocanın "vergi hukukçuları öyle şeyler konuşuyorlar ki hayret diyorum" sözlerine atfen, bu gerçekten de oluyormuş diyerek, bildirimde, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile tüzük arasındaki normlar hiyerarşisi konusunda vergi hukuku doktrinindeki farklı görüşler olmasına işaret etmeme değindiler.

Bu konuda öncelikle, vergi hukukunda Bakanlar Kurulu kararnamesinin çoğunlukla Anayasa md. 73/IV'ün uygulanmasıyla bağlantılı olarak gündeme geldiğini tekrar belirtmek gerekir. Bakanlar Kurulu, kendisine verilen yetkiyi kararname çıkartarak kullanmakta ve vergi hukukçularının gündemine de konu bu nedenle girmektedir. Vergi hukukunun bağlayıcı kaynaklarını normlar hiyerarşisine uygun şekilde sıralarken, bazı vergi hukukçuları Bakanlar Kurulu kararnamesine tüzüğün üstünde yer vermektedirler. Ben farklı görüşteyim. Çünkü Bakanlar Kurulu'nun - Anayasa'da yer verilen - olağan düzenleme aracı, tüzüktür. Bakanlar Kurulu kararnamesi, Anayasa'da yer almayan, olağanüstü bir düzenleme aracıdır; dolayısıyla tüzüğün altında yer alması gerekir.

Ancak benim tüzük ve Bakanlar Kurulu kararnamesi ile ilgili olarak bildirimde tartıştığım başka önemli bir nokta var ki, bildiri sunumunda çabuk geçtiğim bu hususa bu vesileyle

tekrar işaret etmek istiyorum: Anayasa md. 73/IV'te Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesine izin vermekte, ancak Bakanlar Kurulu'nun kendisine verilen yetkiyi nasıl kullanması gerektiğine ilişkin bir belirleme yapmamaktadır. Dolayısıyla, AY md.73/IV'ün uygulanmasıyla ilgili olarak uygulamada başvurulan Bakanlar Kurulu kararı, Bakanlar Kurulu'nun kendisinin bulduğu bir çözümdür. Aslında burada kullanması gereken aracın tüzük olduğunu belirtmek pekala mümkündür. Peki niçin tüzük kullanılmıyor? Bildirimi yazmaya başlarken, bu soruyla ilgili muhtemel iki cevap vardı kafamda. Birincisi, tüzüğün Danıştay incelemesine tabi olması ve yürütmenin böyle bir incelemeyi arzu etmiyor olması. İkincisi ise, ivedilik konusu; nasıl kanun hükmünde kararname bir meseleyi acilen halletme ihtiyacının ortaya çıkması nedeniyle sisteme girdiyse, Bakanlar Kurulu kararının kullanılmasının da belki ivedilik gerekçesiyle açıklanabileceği. Ancak hemen belirtelim, karname ile düzenlenen konulara bakıldığında, ivedilik çok güçlü bir gerekçe olma özelliğini çoğunlukla kaybetmektedir. Üçüncü muhtemel cevap ise, aslında idare hukuku hocalarımızın, meslektaşlarımızın tartışmasını çok arzu ettiğim ve sonradan aklıma gelen bir soruyla ilgili: tüzük ve Bakanlar Kurulu kararı arasında niteliksel bir farklılık olup olmadığı konusu. Bildirimde de işaret ettiğim üzere, Anayasa tüzüğün, yasaların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere çıkartılmasını emretmektedir. Ancak bundan neyi anlamak gerektiği Anayasa Mahkemesi kararlarında dahi somut bir şekilde ortaya konulmuş değildir. Yüksek Mahkeme kararlarında sürekli bir şekilde, uygulamanın uzmanlık gerektiren, teknik ve ayrıntılarına ilişkin konularında, yürütmeye düzenleme yetkisi verilebileceği şeklinde kalıp ifadeler kullanılmaktadır. Anca, alt alanların giderek arttığı ve buna bağlı olarak uzmanlaşmanın büyük önem taşıdığı günümüzde, pek çok mesele artık teknik bir mesele niteliğine sahiptir. O zaman bütün bu alanlarda yasama bir kenarda duracak ve yürütmeye düzenleme yetkisi mi verecektir? Ben, tüzüğü düzenleyen AY md. 115'i bu şekilde anlamamak, - daha önce de belirttiğim üzere - yürütmeye verilen yetkinin içerik, amaç, kapsam

ve uygulanma kriterlerini çok iyi belirlemek gerektiği düşüncesindeyim.

Şimdi bu sorudan üçüncü muhtemel cevaba dönecek olursam, belki, Bakanlar Kurulu kararnamesi ile tüzük arasındaki amaç ve işlev farkından hareketle, kararnamenin, tüzüğün cevap vermediği bir alanda görev yaptığını söylemek mümkün olabilir. Çünkü tüzüğün yasanın ne şekilde uygulanacağını gösterme amacına karşın, Bakanlar Kurulu kararnamelerinin yasanın ne şekilde uygulanacağını gösterme amacı bulunmamaktadır. Aksine, kararname ile vergi oranı, indirim, istisna ve muafiyetleri konusunda “yasada değişiklik” yapılmaktadır. Vergi oranı, indirim, istisna ve muafiyetleri konusunda yasadaki belirlemeleri - yasanın izin verdiği alt ve üst sınırlar içinde - “değiştirmek”, yasanın ne şekilde uygulanacağını göstermek anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, tüzük, yasadaki değişiklik yapmak üzere kullanılmayacağı için, yasadaki değişiklik yapma yetkisinin kullanılacağı tüzük dışında başka bir araca ihtiyaç var ki, bu da Bakanlar Kurulu Kararnamesi’dir şeklinde bir yorum belki yapılabilir.

Prof. Dr. Fazıl Sağlam hocanın “vergiyi politikanın oyuncağı olarak algılama konusunu çok somutlaştırmamış olduğum” şeklindeki eleştirisine ilişkin olarak ise, şunları söylemek isterim: Öncelikle, bildirim konusu yasallık ilkesi olduğu için, bu ilkeyle ilgili konular (ilkenin hukuki kökeni, anlamı, işlevi, istisnaları, yürütme organının düzenleme yetkisi) üzerinde durdum. İkinci olarak, vergiyi politikanın bir oyuncağı olarak algılama, Almanya dahil dünya üzerinde pek çok ülkede mevcut bir sorundur. Ben bildirimdeki o satırları, tabii ki hocanın bahsettiği durumlar da bunun içerisine giriyor ama, daha çok, vergi hukukunda sık sık yasa değişiklikleri yapılması ve bu yasa değişikliklerinin kişiye özel ya da belli bir lobiye özel yasa değişiklikleri olmasını düşünerek yazdım. Adnan Bey de işaret ettiler, vergi hukukunda çok sık değişiklik yapıyor ve bu değişikliklerin sistemle bir ilgisi yok. Bunlar, sistemi tamamen bozan düzenlemelerdir. Bu da, bence, vergiyi politikanın bir oyuncağı haline getirmek anlamına gelmektedir.



Geriyeye yürüme yasağı konusuyla ilgili olarak, dün Nami Çağan hocam, gerçek geriyeye yürüme-gerçek olmayan geriyeye yürüme şeklindeki ayırımın bizde Alman hukukundan alınarak yerleşmiş olduğunu ifade ettiler. Bu böyle olmakla birlikte, Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında 1983'ten bu yana farklı bir gelişim görülmektedir. Bildirimde bir dipnotta işaret ettiğim üzere, yeni kararlarda, artık "gerçek geriyeye yürüme-gerçek olmayan geriyeye yürüme" ayırımı değil, "hukuki sonuçların geriyeye yürümesi-vergiyi doğuran olay bakımından geriyeye bağlama" ayırımı yapılmaktadır. Gerçek geriyeye yürüme yerine "hukuki sonuçların geriyeye yürümesi", gerçek olmayan geriyeye yürüme yerine ise "vergiyi doğuran olay bakımından geriyeye bağlama" ayırımı kullanılmaktadır. Bunlardan ilki normun zamansal uygulama alanının geçmişe bağlanması (normla öngörülen hukuki sonuçların, normun ilanından önceki dönemler için de geçerli olması); ikincisi ise, konusal uygulama alanının geçmişe bağlanmasıyla (normun ilanından önce gerçekleşmiş durumların norm kapsamına dahil olması) ilgilidir. Alman doktrinine baktığımızda, hem eski hem de yeni terminolojinin eleştirildiği, bu tür ayırımlar yapılmaması gerektiği yönünde ciddi görüşler ortaya atıldığını görmekteyiz.

Bildirimde dipnotta örnek vererek açıkladığım ve dün sunuşumda da dile getirdiğim üzere, bence de bu tür ayırımlar yapmamak gerekir. Gerçek geriyeye yürüme-gerçek olmayan geriyeye yürüme ayırımı, zaten sadece dönemsel vergiler bakımından ortaya çıkmaktadır. Çünkü dönemsel vergilerde vergiyi doğuran olay bir anda olup bitmemekte, bir müddet devam ettikten sonra bitmektedir. İşte o devam esnasında yeni bir değişiklik ortaya çıktığında, bu nereden itibaren uygulanacak sorunu ortaya çıkmaktadır. Dün de belirttiğim üzere, hukuka olan güvenin korunması gerekir. Eğer kişi belli bir normun kendisine uygulanacağına inanarak bir işe başlamışsa, onun hukuka olan bu güveninin korunması şarttır. Ancak bir işe başlanırken, işle ilgili o normun değiştirileceğine yönelik ciddi tartışmalar yapılıyor, haberler veriliyorsa, burada artık belli bir güvenin oluştuğundan söz edilemez. Ya da - ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir - kamu yararı normun geçmişe



yönelik uygulanmasını gerektiriyorsa, o zaman da buna izin verilebilir. Ama bu tür sınırlı durumlar haricinde, vergi ödevlisinin, normun ortaya koyduğu hukuki rejimin kendisine uygulanacağına dair olan güvenin korunması mutlaklıdır. Kaldı ki, dün bahsettiğim vergiden kaçınma hakkının kullanılabilmesi için de, bu şekilde bir yorum zorunludur.

Sayın meslektaşım Doç. Dr. Sedat Çal Beyin bir sorusu vardı. Kendileri, belediye meclisi kararıyla mezarlık satma, gömü için belli bir yeri gösterme ve orayı satın alma için yapılan ödemeyi Anayasa Mahkemesi'nin mali yükümlülük olarak değerlendirmedini (AYM t.26.01.2011, E.2009/42) belirtip görüşümü sordular. Mali yükümlülük konusu çok önemli bir konudur. Buradan bu vesileyle, idare hukuku ve anayasa hukuku hocalarımıza, meslektaşlarımıza seslenmek istiyorum: Kitaplarında ve diğer çalışmalarında, belki de biraz teknik bir alan olarak nitelendirdikleri vergi hukukuna çok az yer ayırıyorlar. Bir vergi hukukçusu olarak, bunun artmasını diliyorum. Mali yükümlülük konusu da, anayasa hukuku ve idare hukuku ile yakın bağlantısına karşın, bu alandaki kitaplarda çok az yer verilen konulardan biridir. İdare hukuku kitaplarında halen "kamu hizmetlerinin meccaniliği ilkesi"nden bahsedildiği görülmektedir. Günümüzde kamu hizmetlerinin meccaniliği kalmamıştır. Tam aksine, görüldüğü kadarıyla kamu hizmetleri satılmakta, en azından belli bir bedel karşılığında ilgililere sunulmaktadır. Dolayısıyla, burada ilgililerden zorunlu olarak alınan bu parasal yükümlülüklerin nitelendirmesini doğru bir şekilde yapmak gerekir ki, bunların ne tür bir hukuki rejime tabi olduğu tespit edilebilsin. Bu açıklamalardan soruya gelmem gerekirse, kanaatimce, gömü için belli bir yeri gösterme, mezar yeri satma karşılığında ilgililerden alınan para "harç"tır. Çünkü ilgililerin, bir kamu malı (mezar yeri) ve/veya kamu hizmeti (gömü yeri gösterme, defin, vs.) karşılığında ödemek zorunda olduğu paraya "harç" denir. AY md.73/III gereğince harçlar bakımından da yasallık ilkesi geçerli olduğundan, alınan paranın "mezar ücret tarifesi" adı altında belediye meclisi tarafından belirlenmesi mümkün değildir.

Burada açıklamalarımı bitirmeden önce son olarak, bu sene vergi hukukuna yer açmış oldukları için Kamu Hukukçuları Platformu'na çok teşekkür ediyorum. Vergi hukukunun, diğer hukuk dalları arasında üvey evlat muamelesi gördüğü sıklıkla dile getirilir. Oysa vergi hukuku herkesi ilgilendiren bir alandır; herkes, vergi ve başka mali yükümlülükler ödemektedir. Dolayısıyla, kanaatimce hukukçuların buraya çok daha fazla ilgi göstermesi gerekir. Umut ediyorum bunu gelecekte görebiliriz.

Teşekkür ediyorum sağ olun. (Alkışlar)

### **Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-**

Çok teşekkür ederim. Bu vesileyle şunun altını çizmem gerektiğini düşünüyorum. Bu yılki toplantı anayasa hukukçusu arkadaşlarımız kendileriyle pek ilgili görmemişler. Çünkü hissedilir bir azalma var anayasa hukukçuları arasında. Bu yılki toplantımıza katılım bakımından, ama benim anlayamadığım bir şey bu. Yani şu anda dünden beri konuştuğumuz konularının hepsi anayasa hukuku ve bu burada kalmayacak bunu söyleyeyim açıkça. Şu anayasa şikâyeti eğer adam gibi uygulanırsa, o zaman bütün hukuk dallarında bir anayasallaşma süreci yaşacağız. Bakın bunu düşünün, gözünüzün önüne getirin. Yani anayasa hukukçusunun ilgilenmeyeceği hiçbir alan kalmayacak ve diğer hukuk dalları da anayasayla beraber faaliyetlerini yürütecekler. Aksi takdirde bireysel başvuruyla temel hak ihlal edildiği anda, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelecek; tabii Anayasa Mahkemesi bunu Almanya'da olduğu gibi veya İspanya'da olduğu gibi uygularsa. Onu bir geciktirme aracı olarak uygularsa o başka, o zaman farklı problemler çıkar.

Neyse bu yılki maratonumuzu aslında şu anda tamamlamış bulunuyoruz. Ama arkadaşlarım ayrılmadan önce, şu andan itibaren gelecek toplantılar için görüş ve öneriler alınması. Dedik ya, hazır buradayken arkadaşlarımız, bence onlardan başlayalım. Yani varsa söylemek istedikleri, bu alanda söylemek istedikleri bir şey. Evet, gelecek toplantılar için.

Yalnız şunu söyleyeyim: Gelecek toplantımız 2014 toplantısının konusu belli. Bu ondan sonrakiler için söz konusu. 2014'teki toplantımızın konusu Anayasa Mahkemesi'nin iki yıllık uygulamasının masaya yatırılması; yani Almanya ve İspanya örnek olaylarıyla, yani bu karar tahlili şeklinde olacak, bilgilendirme toplantısı değil yani. O kararların ne verdiği, ne getirdiği, onları masaya yatıracağız. O konu belli.

O konunun değişmesi bir şarta bağlı, eğer arkadaşlarımız bu iki yıllık birikim pek yeterli değil derlerse, değişme olasılığı olabilir tabii. Yani o zaman bir yıl daha mı bekleyelim filan diye bir sorun ortaya çıkabilir. Ben öyle yazmıştım, ama o kulak tırmaladığı için arkadaşlarımız onu bu şekle soktular. Ama değişme olasılığı teorik olarak var. Yani bu işi yapacak olan arkadaşlarımız derlerse ki, ya bu yeterli bir malzeme değil elimizdeki. O zaman değişebilir tabii. Bireysel başvurular iki yıldır uygulanıyor ya. Yani Anayasa Mahkemesi'nin iki yıl içinde verdiği karar, bireysel başvuru kararları malzeme olarak, yani masaya yatırmaya yeterli değil derlerse, o zaman vazgeçeriz. Yani öyle bir küçük tereddüdümüz var çünkü.

Ben Selda'dan başlayayım. Ben empoze etmek istemiyorum arkadaşlara, ama hazır buradayken önce onlardan başlayalım, ondan sonra onlar yerlerine oturabilirler.

### **Yrd. Doç. Dr. Selda ÇAĞLAR-**

SELD A ÇAĞLAR'IN  
KONUŞMASI

Teşekkür ederim Sayın hocam. Benim gelecek toplantılara ilişkin şu an itibariyle bir konu önerim yok, ama gelecek yılki toplantıların düzenlenmesiyle ilgili bir dileğim var. O da teknik organizasyonla bağlantılı bir konu: İnternet sitesinin hayata geçmesi ve verimli biçimde işletilmesi. Çünkü internet sitemiz, bizim bundan sonraki başvurular, kayıtlar ve tüm iletişimiz açısından önemli bir araçtır. Kamu Hukukçuları Platformu adını taşıyan bir birlikteliğin, yılda bir kez toplantıdan toplantıya faaliyet göstermekle yetinmemesi, Girişim ve İcra Kurulu'nun alacağı kararlara bağlı olarak, farklı bilimsel etkinlikler ya da en azından akademik paylaşımlara açık bir internet sayfasının Platformumuzu güçlendireceğini düşünüyorum.

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

SELDA ÇAĞLAR'IN  
KONUŞMASI

Onun dışında bu toplantıları çok değerli bulduğumu söylemek isterim. Bu nedenle her yıl, her ne olursa olsun katılmak ve işin içinde olmayı da çok önemsiyorum. Çünkü Fazıl hocamın girişimiyle ve çok büyük gayretle bu işin başladığını 4 yıl önce gördük, bunu hep birlikte sürdürebileceğiz. Bu Platform üç-beş kişilik bir kadro ile sınırlı değildir. Kuruluş amacı hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları alanında çalışan kamu hukukçularının tümünü birlikte düşünmek ve tartışmaya yönlendirmektir. Katılımın yıllar içinde artarak devam etmesini diliyorum. Siz katılımcıların donanımlı bir biçimde gelerek bu ölçüde güzel katkılar veriyor olması, gelişen dostluklar, birbirimizi tanımamız, hepsi bu Platform'un amacına iyi hizmet ettiğini gösteren olgular. Hepinize katıldığınız ve bu kadar saat dinlemeyi başarabildiğiniz için çok teşekkür ediyorum.

Gelecek yıl toplantıda görüşmek üzere.

**Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU-**

Ben sözü, kendi hissemi katılımcılara bırakmaktan yanayım. Beklentilerle geldiler. Onun için onlar beklenti sahibiydi, onlar değerlendirsin benim sözüm bu kadar.

FUNDA BAŞARAN  
YAVAŞLAR'IN  
KONUŞMASI

**Doç. Dr. Funda BAŞARAN YAVAŞLAR-** İki farklı düşünce var açıkçası kafamda benim. Bunlardan bir tanesi, bu toplantıda çok sık bir şekilde, öncelikle Sayın Baro Başkanımız tarafından dile getirildi; uygulamanın ne kadar önemli olduğu konusu. Bence buna eğilmek gerekiyor, bence bunu bir tartışmak gerekiyor. Hem yasal düzeyde, hem anayasal düzeyde, hem de bunun ne şekilde somutlaştırılabileceği anlamında. Mesela biraz önce Fazıl hocam da Tuğrul Beye soru yöneltirken dedi ki, işte yasadaki bir ifadenin aynen yönetmeliğe alındığını görüyoruz. Bu belirlilik ilkesine aykırı, çünkü normlar hiyerarşisine uygun bir şekilde aşağıya doğru inildikçe, normun somutlaştırılması gerekir aslında. Yani aynen yasadaki ibareyi siz alamazsınız ki oraya, böyle bir şey söz konusu olamaz. Dolayısıyla bence bu konunun ismi ne şekilde belirlenir bilmiyorum, ama masaya yatırılması çok doğru olacaktır diye düşünüyorum.

İkincisi, benim bir hukukçu olarak son yıllarda kendime fazlaca yönelttiğim bir soru, belki bütün akademisyenler de bunu yapıyorlardır; hukuk eğitimi konusu. Belki hani bu toplantı, bu Platform'un amaçlarına ne kadar uygun bilmiyorum, bu konu da girer mi girmez mi, ama bence bunu bir oturup tartışmak gerekiyor. Hukuk eğitimi nasıldır, nasıl yapılmalıdır, şu anda nasıl yapılıyor? Genç akademisyenlerimiz nasıl yetişiyor? Mesela bu Bologna sürecinden sonra ben sürekli bir şekilde kendimi de genç akademisyen arkadaşlarım da ha bire kağıt okur vaziyette buluyoruz. Sürekli sınav yapıyoruz, kâğıt okuyoruz. Ne zaman akademik gelişmeler için acaba vakit bulacaklar? Bütün bunların dediğim gibi oturup konuşulması gerektiğine inanıyorum ben.

Benim naçizane görüşlerim bunlar. Teşekkür ederim.

#### **Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-**

Bu konuda söz almış olan Rona Aybay var. O bana önerisini yazılı olarak getirdi, ama kendisi gelip burada açıklarsa daha iyi olur. Ama yine belirtmem gerekir ki önümüzdeki yılın toplantının belirlenmiş olması, aslında yeni bir şey değil. Şöyle bir gelişmeden kaynaklandı: Aşırı yorgun düştüğümü gerekçe göstererek, bu yıl için toplantı yapılmamasını, 2014 yılında ise anayasa şikâyetinin masaya yatırılmasını önermişim. Arkadaşlarım 2014 yılına ilişkin öneriyi benimsediler; ancak 2013 yılında toplantı yapılmamasına şiddetle karşı çıktılar. Kısacası bu toplantı arkadaşlarımın direktmesi ve ortak gayretiyle, bana rağmen yapıldı. Böylece kesintiye uğramadan dördüncü toplantımız da gerçekleşmiş oldu. Onlara teşekkür ediyorum.

#### **Prof. Dr. Rona AYBAY-**

Sayın Başkan önce bir eleştiri. Gündem maddesi yanlış yazıldığı için ben söz almış bulundum. Şöyle yazılmalıydı; beşinci toplantı hariç, Kamu Hukukçuları Platformu'nun gelecek toplantıları için görüş bildirilmesi. Çünkü beşinci toplantının konusu zaten belirlenmiş. Dolayısıyla ben bilmeyerek bir hata yaptım, ama sorumlusu ben değilim, gündem maddesinin yazılış tarzı.

Şimdi gelecek toplantı değil, ondan sonraki bir toplantının konusu henüz belirlenmemiş olduğu varsayımıyla, o toplantı için bir önerim var. Kaçınıcı toplantı için olduğunu bilemediğim bir şekilde bir öneri yapmak istiyorum.

Bu salonda yapılan TBB Genel Kurul toplantısı sonucunda Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu üyesi olarak seçildim. Dört-beş aydır da oldukça yoğun bir şekilde vaktimin aşağı yukarı üçte ikisini alan bir şekilde disiplin hukukuyla ilgileniyorum. Az önce Funda Hanım gibi bir teşekkür etmeyi ben de çok isterim. Kendisi bugüne kadar üvey evlat muamelesi görmüş mali hukuk dedi. Ben de aynı şeyleri disiplin hukuku için söylemek durumundayım. Akademisyenler bu önemli konuya gereken önemi bugüne kadar pek vermiş görünmüyorlar. En azından ben kaydına rastlamadım diyeyim, bu yoktur demek için. Elbet vardır da, benim gözümden kaçmıştır.

Durum şu arkadaşlar, yani disiplin hukuku başta devlet memurları, öğrenciler, özellikle son zamanlarda bu YÖK Disiplin Yönetmeliği'nde yapılan değişikliklerle oldukça güncel bir konu haline de gelen öğrenci disiplin hukuku, avukatlar, doktorlar vesaire meslek mensupları için önemli bir konu. Pek yabana atılır bir konu olduğunu sanmıyorum. Çünkü pek çok hukuk dalının kesiştiği bir nokta, yani dar bir konu sayılmamalı. Anayasa, idare, ceza ve genel olarak insan haklarını ilgilendiren çeşitli yönleri var disiplin hukukunun.

O bakımdan ben ilgiye değer görüyorum. Bizim gözümüzde her zaman takdir ettiğimiz, onur duyduğumuz bir kurum olan Danıştay'ın temsilcisi olarak aramızda bulunan emekli Danıştay Başsavcısı Turgut Beyle de bu konuda kısaca bir danışma yaptım. O disiplin hukuku konusunu biraz daha genişleterek, "idarenin yaptırım yetkisini" önerdi. Eğer lütfederlerse, açıklamayı benden çok daha yetkiyle yapacakları inancıyla sözü size bırakmak istiyorum. Lütfeder misiniz?

Buraya mı gelirsiniz bilmiyorum. Yani disiplin hukukunu da içermek üzere idarenin yaptırım yetkisi konusu.

**Turgut CANDAN (Danıştay E. Başsavcısı)-** Teşekkür ederim hocam, ama öneri sizin, öneriyi sahiplenmiyorum. Değerli hocam, bu disiplin hukuku konusunu bana sorduğunda, ben önce tabii kendisi de söyledi, çok yönlü bir alan. Hem anayasa hukukunu ilgilendiriyor, hem idare hukukunu ilgilendiriyor. İdari işlem teorisini belki ilgilendiriyor birçok yönüyle. O bakımdan ben de uygun gördüm naçizane, ama daha sonra düşündüm ki, bunu genişletmek de mümkün. İdarenin yaptırım yetkisi, yaptırım uygulama yetkisi dediğimiz zaman, işin içine başka şeyler de girecek. Mesela vergisel kabahatler ki, Funda Hanımın çok meşgul olduğu bir alan, uzman olduğu ve gündeme getirdiği bir alan.

İdari cezalar konusu girecek, kabahatler hukuku girecek daha doğrusu. Yalnızca onunla da kalmayacak, tabii o bağlamda Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında cezaları verme yetkisinin idareye verilip verilemeyeceği konusu tartışılacak. Bir Avrupalı hukukçu şunu söylemişti hatırlıyorum: "İdari cezalar, idarenin hem suçlayıcı, hem yargıç, hem de infaz memuru olduğu bir alan" demişti; bu bakımdan da anayasa hukukuna giren yönü oldukça fazla. Bunun yanında kuvvetler ayrılığı ilkesini ilgilendiren bir yönü var. Biliyorsunuz kabahatler hukukunda savcıya ve hâkime de idari ceza verme, idari yaptırım uygulama yetkisi tanınmış, o yönü filan var.

Bu bakımdan çok yönlü bir alan diye düşündüm, tartışma konusu olabilir diye düşündüm. Genişletme önerim bu bakımdan oldu.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-**

Söz istiyorsunuz, tamam. Ama bu bağlamda bir şey söylemek istiyor galiba. O zaman sözü Cüneyt'e verelim, ondan sonra Turgut Bey. Başka var mı söz almak isteyen?

**Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)-** Rona bBeye de, Turgut Beye de çok teşekkür ediyorum, çok canlı bir konu, ama şöyle bir mahsuru



da düşünerek tezekkür edilsin derim. Biz idare hukukçuları da, Danıştay da disiplin cezalarını klasik idari yaptırım görmez.

Bu şu demek: Rekabet Kurumu'nun verdiği kararlar, bir kamu kurumundaki görevlinin disiplin yaptırımı aynı şey değildir. Ayrım sadece şuradadır: Bir kurum içinde olmaktan kaynaklı bir yaptırıma, ki nihayetinde yaptırım ait alanla, diğer yaptırımlar farklı, keza Kabahatler Kanunu da. Görüşüm şu: Çok canlı ve güzel bir alan olmakla beraber, iki farklılıktan, nitelik farkından dolayı çok fazla geniş olabilir. Sadece bunu arz etmek istedim. Çünkü bayağı bayağı farklı alanlar sayılacak.

Turgut Bey de saydı, Kabahatler Kanunu kendi başına ciddi bir alan, idari yaptırımlar kendi başına büyük bir alan ve galiba Rona hocamın daha ağırlık tanıdığı, mesela kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında kendi başına bir büyük sorun, Barolar Birliği'nde değil. Barolar Birliği dışındaki hemen hemen bütün meslek kuruluşlarında sorun. Çünkü disiplin hukukuna ait en aşgari ilkeler, orada bilinmediği için de uygulanmıyor, ama işte böyle birkaç dalı var. Sadece bunu bir hatırlatayım dedim.

Teşekkür ederim.

**KONUŞMACI-** Eğer disiplin hukuku benimsenecekse, yani gündem olarak, ben de Turgut Beyin görüşüne katılmıyorum. Çünkü ikisi birbirinden farklıdır. Sadece eğer benimsenecekse, HSYK uygulamaları mutlaka içine alınabiliyorsa ancak o zaman öyle bir toplantının yararı olacaktır. Yoksa yalnız kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının disiplin hukuku çok büyük bir anlam taşımaz. Fakat o HSYK disiplini nasıl işletiyor? Onunla birlikte, eğer onu da tartışabilirsek o zaman güzel olur.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturma Başkanı)-**

Şu anda tespit ettiklerimizin görüşlerini alalım ve toplantıyı kapatalım. Çünkü artık 13.30'a geliyor saat. Evet söz Yıldırım Uler'de.



**Prof. Dr. Yıldırım ULER (KKTC Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Ben biraz daha prensip meselelerimdeyim gibi geliyor bana. Tabii disiplin önemli de, anayasacıların kurucu iktidar meselesi var. Şimdi kurucu iktidar meselesi, bence Türkiye için olağanüstü önlemler bir sorun. Çünkü bizim Cumhuriyet'in kurucusu Birinci ve İkinci Türkiye Büyük Millet Meclisleri. Bizim kurucu iktidar ve Cumhuriyet'in temel ilkeleri üzerinde özellikle durmamız uygun olur. Cumhuriyet'in temel ilkeleri hakikaten önemli, şu sıralarda çok çok önemli bir hale geldi gibi geliyor bana; yani kuruluş ideolojisi ve temel ilkeleri.

Şimdi altı ok sorunu var, altı ok bir bakıma yanlış algılanan bir şey. Şöyle ki, bu CHP'nin temel ilkeleri gibi, onun ilkelere gibi algılanıyor ve bir partiye mal ediliyor, ama öyle değil. Yani Cumhuriyet Halk Partisi Anadolu ve Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti'nin devamı olmak bakımından tabii ki öyle ve o altı okun hazırlanışında filan da rolü var, ama artık bu işin sahibi değil. 1937'de girmiş Anayasaya, 1961'de - bu benim değer yargım - ne yazık ki çıkartılmış.

Şöyle geri döneyim; şimdi 1921 ve 1924 Anayasalarının çizgisi, bizim 1789'umuz, çok önemli bir değişiklik. 1961'de ne oldu? Yenilendik bir bakıma, asıl Cumhuriyet bu 1921 ve 1924 çizgisinin devamı, yeni bir devlet kurulmadı. Şimdi kurucu iktidar denildiği zaman, bir hukuk boşluğundan söz ediliyor, ama bu hukuk boşluğu ne derecededir? 1921 ve 1924'te tam bir hukuk boşluğu vardır, başka bir devlet düzenine geçiyoruz. 1960 darbesi sonucu 1961 Anayasası böyle değil. Bir bakıma çağdaş bir şey ekleniyor oraya. İşte hukuk devleti, sosyal devlet, iyi birtakım eklemeler var, ama tam bir hukuk boşluğu yok 1961 aşamasında. Yani gerçek bir kurucu iktidar saymıyorum onu, asıl kurucu iktidar çünkü 1921 ve 1924'ün kurucuları.

1982 geldi aynı durumda. 1971 ve 1982 değişiklikleri farklı bir şey. Yani orada bazı güçlerin zayıflamış olmasından yararlanarak yapılmış değişiklikler var. Bizim Platformun bu cins meselelerle uğraşması gerekir. Tabii burada akademisyenlerin bireysel uğraş zannetmesi tehlikesi var. Ama zaten her yaptığı-

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

YILDIRIM ULER'İN  
KONUŞMASI

mız işte bu tehlike var. Takım çalışmasına dönmek gerekir. Biz aslında takım çalışması yapmayı da bilmiyoruz. Ama denemek bence çok önemli.

Ben de bunları söylemek için söz aldım. Tabii bireysel başvuru çok önemli, ama böyle şeyleri de ihmal etmeyelim. Bu bağlamda Tarık Zafer ve sevgili Bülent Tanör'ü anıyorum. Onların çalışmaları neler kattı bizim bilgimize, oradan devam edelim. Yoksa bazılarının dediği gibi, Batılı demokrasi ölçüleri içine girilirse, yani top oraya atılırsa, ne olduğunu ve olacağını onlar biliyorlar. Biz kendi Cumhuriyetimizle uğraşalım derim.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

ECE GÖZTEPE'NİN  
KONUŞMASI

**Doç. Dr. Ece GÖZTEPE (Bilkent Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı)-** Ben 2015 için aslında 2014'ün devamı niteliğinde olmak üzere, hem de Rona hocamın aslında hemen hemen her toplantıda bizi uyararak söylediği 90. maddenin konu olarak seçilmesini önerecektim. Çünkü 90. madde benim için ders anlatırken genel bir stres maddesi. O kadar kapsamlı ki, kaç hafta tutayım diye her sene bir stres yaşıyorum. Hem de özellikle 5. fıkrasının anlamı, yorumu ve uygulanması konusunda çok ciddi sorunları olan bir madde. Bir de üstüne 2010 Anayasa değişikliğinden sonra, Anayasa'nın 148. maddesindeki değişikliklerle, aslında anayasal yargı denetimindeki esas ve destek ölçü norm kriterlerini de değiştiren bir madde. O yüzden de 148. ve 90. madde arasındaki bağlantıyı gelecek sene umarım tartışacağımız bireysel başvuru ekseninde daha yoğun ve değişik hukuk disiplinleriyle beraber tartışmanın iyi olacağını düşünüyorum.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-**

Aslı Şimşek, Nilay Arat ve Sedat Çal, bunlarla kapatıyoruz artık.

ASLI ŞİMŞEK'İN  
KONUŞMASI

**Arş. Gör. Aslı ŞİMŞEK (Atılım Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı)-**

Değerli katılımcılar, önce kendimi tanıtayım. Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalındayım, adım Aslı Şimşek.

Benim 2015 için naçizane önerim günümüzde kamu hukuku ve özel hukuk ilişkilerinin giderek bulanıklaştığını da göz önünde bulundurarak söylemem gerekir ki, hukuk eğitimi. Özellikle “hukuk eğitiminde kamu hukukunun yeri nedir?” sorusu benim aklıma geliyor. Kamu hukuku akademisyenlerinin sorunları bu noktada nerede toplanıyor? Kamu hukuku birikimi nerede? Bugün artık kamu hukukunu tartışırken ekonomiyi eksik edemiyoruz. Mesela bunun nedeni nedir, neden ekonomi hukuk ilişkisi kamu hukukunun içine girmiş durumda gibi sorular aklıma geliyor.

Bir de iki gündür en çok tartıştığımız şey, hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleşmesinde Meclis'ten çıkan torba yasalar meselesidir. Meclisin beşte birinin hukukçu milletvekillerinden oluştuğunu düşünürsek, bu hukukçuların belli bir hukuk nosyonuna sahip olduğunu da hesaba katarsak ya da iddia ederse, o zaman hukuk eğitiminde ben bir sorun olduğunu düşünüyorum.

Hem hocalarımızın bu konuda birikiminden ve görüşlerinden faydalanmak için, hem de benim gibi genç, bu işte yeni olan akademisyenlerin sorunlarını tartışmak gerektiğini düşünüyorum ki, bir hocamız Bologna sürecinden bahsetti mesela. Bir sürü hukuk fakültesi açıldı. Bu hukuk fakültelerinde kimler ders veriyor? Hukukçu olmayan ya da akademisyen olmayan bir sürü insan var derse giren. Dolayısıyla belki şapkamızı önümüze koyup içe dönük bir toplantı olarak kamu hukukunun ve hukuk eğitiminde kamu hukukunun yerinin, güncel gelişmelerin değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)- Nilay Arat.**

**Yrd. Doç. Dr. Nilay ARAT (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı)-** Çok kısa, takdir yetkisinin kullanılması ve sınırları, ama sadece idare hukuku bağlamında kastetmiyorum, daha geniş ölçekli olarak parlamento yasama organını da işin içine alabiliriz, ama özellikle idarenin

## KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU

NİLAY ARAT'IN  
KONUŞMASI

ve yargıcın takdir yetkisinin nasıl kullanıldığı ve bunun sınırları nelerdir? Uzun süredir benim de kaynak topladığım güzel bir konu olduğunu düşündüğüm için öneriyorum.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-** Şimdi Sedat Bey aslında yazılı gönderiler, ama kendisine vereyim çok kısa bir açıklama yapsın, kayda geçsin.

SEDAT ÇAL'IN  
KONUŞMASI

**Doç. Dr. Sedat ÇAL-**

Teşekkür ederim hocam. Benim bir sonraki toplantı konusu olarak değerlendirilmesini teminen önermek istediğim konu, size yazılı olarak sunduğum gibi, “*boz kardeşin bildiği kırk türkü var, kırkı da ahlak üstüne*” derler; ben hep bunu öneriyorum her yerde, o da “yatırım tahkimi”, daha açarsam, yatırım tahkiminin kamusal boyutu. Yurtdışındaki yatırım tahkimi heyetlerinden çıkan kararların incelenmesi gerektiğini savlıyorum, bize yönelik, yani kamu hukukuna yönelik ve özellikle de idarenin işlemlerinin denetim mekanizmasına yönelik verilen tahkim heyeti kararlarına bir iyice nazar eylemek, herhalde gereklidir diye düşünüyorum. Bizim özellikle idare hukuku tarafında buna pek iltifat edilmiyor görünümü hâkim, ama biz ‘gitmesek de görmesek de’ o yatırım tahkimi bizim yatırım tahkimi oluyor maalesef ve bize yönelik sonuçlar üretiyor. Görmezden gelsek de, o tahkim kararları idare hukukunu etkiliyor, yerel idare hukukunu uluslararası yatırım tahkimi kendi keyfince hesaba çekiyor bir güzel. Dolayısıyla, bunu belki de uluslararası bir bağlantı çerçevesinde düşünüp yurtdışından hakemleri de çağırarak, hakemlik yapan kişileri, hatta ve hatta devletler özel hukukçuları bu konuya haliyle giriyor durumdadır, böylece özel hukukçuları da içine alan bir kardeşlemeyle bir sempozyum gerçekleştirilebilir diye düşünüyorum.

Saygıyla arz ederim.

(Cüneyt Ozansoy tarafından “bu konuyu avukatlar işliyor zaten” şeklinde yorum getirilmesi üzerine) hocam, onlar yapı-

yor da, onlar gerçekliğin ne kadarını içine alıyorlar? Ben o toplantılara da gittiğim için biraz biliyorum, ondan emin değilim.

### **Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Oturum Başkanı)-**

Toplantının sonuna gelmiş bulunuyoruz. Kapanış konuşması yapmak niyetinde değilim, Teşekkür etmek istiyorum hepinize. Kapanış konuşması yerine teşekkür konuşması diyelim. Çünkü artık geciktik.

Dördüncü toplantımızın gerçekleştirilmesine büyük katkı verdiniz. Bundan sonrakilere de aynı hevesle katılacağımızı umuyoruz ve hepinize bu iki günlük toplantıyı büyük bir dikkatle, âdeta eksilmeden izlediğiniz için teşekkür ediyorum. Bu bize cesaret veriyor. Yani o yorgunluğu hissediyoruz, ama ilgiyi gördükçe yorgunluk üzerimizden âdeta gidiyor. Bunu dile getirmek istedim. Hepinize tekrar tekrar teşekkür ediyorum. Bir dahaki yıl, sanıyorum Ekim ayı içinde olacak toplantı. Kasımın biraz sakıncalı olduğu ortaya çıktı. Kasım'da birçok genç arkadaşımız, ara sınav dönemine rastladığı için katılım beyanlarını iptal etmek zorunda kaldılar, ama onların yerini başka genç arkadaşlarımız doldurdu. Yani böyle bir potansiyel taşıyoruz. Biri gelmiyor, arkadan yedekte beklettiğimiz arkadaşlarla boşluğu dolduruyoruz. Bu potansiyel bize gerçekten sevk veriyor.

Tekrar tekrar hepinize teşekkür ederim. Şimdi son olarak birlikte yemek yiyeceğiz, ama yemeğin yerini bilmiyorum. Geçen yıl karşı taraftaydı. Aşağıda mı? Ona memnun oldum. Çünkü bir de karşı tarafta olursa iş karışıyor. Hep birlikte yemeğimizi yiyerek bu toplantımızı kapatmış olalım.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)





