



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Maliye Anabilim Dalı

**VERGİ CEZA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ (YÜKSEK
YARGI ORGANLARI KARARLARI BAĞLAMINDA BİR
DEĞERLENDİRME)**

Onur UÇAR

Doktora Tezi

Ankara, 2018

VERGİ CEZA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ (YÜKSEK YARGI ORGANI
KARARLARI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

Onur UÇAR

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Maliye Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ankara, 2018

KABUL VE ONAY

Onur UÇAR tarafından hazırlanan "Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Yüksek Yargı Organları Kararları Bağlamında Bir Değerlendirme)" başlıklı bu çalışma, 23/05/2018 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Mehmet YÜCE (Başkan)



Prof. Dr. Ahmet Burçin YERELİ (Danışman)



Doç. Dr. Ayşe Nil TOSUN



Doç. Dr. Oytun CANYAŞ



Dr. Öğr. Üyesi İbrahim Nihat BAYAR

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Musa Yaşar SAĞLAM

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kâğıt ve elektronik kopyalarının Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

- ☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- ☐ Tezim/Raporum sadece Hacettepe Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
- ☒ Tezimin/Raporumun 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

23/05/2018



Onur UÇAR

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin/raporumun tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kâğıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinlerin yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

o Tezimin/Raporumun tamamı dünya çapında erişime açılabilir ve bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir.

(Bu seçenekle teziniz arama motorlarında indekslenebilecek, daha sonra tezinizin erişim statüsünün değiştirilmesini talep etmeniz ve kütüphane bu talebinizi yerine getirirse bile, teziniz arama motorlarının önbelleklerinde kalmaya devam edebilecektir)

o Tezimin/Raporumun 23/05/2021 tarihine kadar erişime açılmasını ve fotokopi alınmasını (İç Kapak, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) istemiyorum.

(Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir, kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir)

• Tezimin/Raporumun 23/05/2021 tarihine kadar erişime açılmasını istemiyorum ancak kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisinin alınmasını onaylıyorum.

o Serbest Seçenek/Yazarın Seçimi

23/05/2018

Onur UÇAR



ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, **Prof. Dr. Ahmet Burçin YERELİ** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

Arş. Gör. Onur UÇAR



ÖZET

UÇAR, Onur. *Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Yüksek Yargı Organları Kararları Bağlamında Bir Değerlendirme)*, Doktora Tezi, Ankara, 2018.

Aristoteles'in adalet tanımlamasında yer alarak toplumsal hayata filiz veren ölçülülük ilkesi, zaman içerisinde felsefi ve doktrinel bir görüş olmaktan çıkıp evrensel hukuk normu niteliğini almıştır. Günümüzde ölçülülük ilkesi, çağdaş hukuk sistemlerince benimsenen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yön verici temel hukuka uygunluk kriteri hüviyetindedir. Bu ilke 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Türk hukuk sistemi açısından da genel hukuk prensibi olmaktan çıkarak, riyeti zorunluluk arz eden anayasal bir norm haline dönüşmüştür. Böylece yapılan düzenlemelerin ve takdir edilen cezaların meşruiyeti için ölçülülük ilkesine uygun olmasının mecburiyetine dair tereddütler bertaraf edilmiştir. İlkenin arz ettiği bu önem çalışmanın amacında da belirleyici bir rol oynamıştır. Bu noktada çalışmanın amacı: Vergi Ceza Hukuku kapsamında verilen cezaların ölçülülük ilkesine uygunluk derecesini Türk yüksek yargı organlarının kararları bağlamında değerlendirmektir. Ayrıca ölçülülük ilkesinin daha etkin bir şekilde uygulanabilmesi maksadıyla çözüm önerileri sunulması çalışmanın diğer amacını teşkil etmektedir.

Bu doğrultuda çalışmada öncelikle Vergi Ceza Hukuku kapsamında verilen cezalardan ve yapılan düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yüksek yargıya intikal edenleri tespit edilmiştir. Sonrasında tespit edilen uyuşmazlıkların çözümünde ölçülülük ilkesi denetiminin yapıldığı kararlar belirlenmiş ve belirlenen kararların ölçülülük ilkesine uygunluğu değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme neticesinde: Türk hukuk sistemi açısından teori ve uygulama bağlamında ölçülülük ilkesinin örtüşen ve ayrışan yönleri gün yüzüne çıkarılmıştır. Gerek çalışmanın detaylandırılması gerekse sunulan çözüm önerilerini daha etkin ve isabetli kılmak gayesiyle ölçülülük ilkesinin unsurları ayrı ayrı ele alınmıştır. Ayrıca çalışmada Türk hukuk sisteminin ölçülülük ilkesinin gerekliliklerini ne ölçüde kabullendiği ortaya koyulmuş ve ilkenin Türk hukuk sisteminde nasıl daha etkin hale getirileceğine ilişkin görüşler ileri sürülerek Türkçe literatüre bir katkı yapılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler

Ölçölülük, Ölçölülük İlkesi, Orantılılık, Vergi Ceza Hukuku, Vergi Suçu, Vergi Kabahati, Türk Ceza Kanunu, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.



ABSTRACT

UÇAR, Onur. *Principle of Proportionality in Tax Criminal Law (An Assessment within the Context of Higher Judicial Bodies Decisions)*, Ph.D. Dissertation, Ankara, 2018.

The principle of proportionality, which started taking place in social life with Aristotle's description of justice, has lost its philosophical and doctrinal feature and become a universal legal norm in time. The principal of proportionality has the fundamental legal principle characteristic of being acknowledged by contemporary legal systems and collimating the decisions of The European Court of Human Rights. This principal has become a constitutional norm of obligation rather than a fundamental legal principle in Turkish legal system with a constitutional amendment plan in 2001. Thus, hesitations about the necessity of legitimizing the regulations and penalties based on the principle of proportionality have been eliminated. This important feature of the principle of proportionality has also played a significant role in the purpose of this study. In this context, the objective of the study: Evaluating the fidelity of the penalties which are given within the context of tax criminal law to the principal of proportionality as part of the decisions of Turkish higher judicial bodies. Additionally, proposing solutions in order to practice the principle of proportionality more effectively is another objective of this study.

Accordingly, first, the disputes submitted to the higher jurisdiction caused by the given penalties and the regulations within the context of tax criminal law were identified. Thereafter, the decisions which was made with the audit of the principle of proportionality for these disputes were determined and their fidelity to the principle of proportionality were evaluated. As a result of this evaluation, the ways of compatibility and incompatibility of the principle of proportionality in theory and practice were brought to light within the context of Turkish legal system. The aspects of the principle of proportionality were discusses separatly in order to either detailing the study or make the proposed solutions more effective and accurate. Additionally, in what degrees that Turkish legal system accepts the necessities of the principle of proportionality were laid and opinions about how this principle could be made more effective in Turkish legal system were discussed in order to contribute to Turkish legal literature.

Keywords

Proportionality, The Principal of Proportionality, Tax Criminal Law, Tax Crime, Tax Misdemeanor, Turkish Criminal Law, Supreme Court, Council of State, Constitutional Court, European Courts of Human Rights



İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
BİLDİRİM.....	ii
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	iii
ETİK BEYAN	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT	viii
KISALTMALAR DİZİNİ.....	xiv
ŞEKİLLER DİZİNİ	xv
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: VERGİ SUÇ VE CEZALARI İLE CEZALANDIRMANIN AMACI	6
1.1. VERGİ SUÇ VE CEZALARI.....	6
1.1.1. Vergi Ceza Hukuku'nun Tanımı	6
1.1.2. Vergi Ceza Hukuku'nun Konusu.....	7
1.1.3. Vergi Ceza Hukuku'nun Kapsamı	8
1.1.4. Vergi Ceza Hukuku'nun Amaçları	8
1.1.5. Vergi Ceza Hukuku'nun Hukuki Dayanakları	9
1.1.6. Türkiye'de Vergi Ceza Hukuku'nun Tarihi Gelişimi	9
1.1.7. Vergi Ceza Hukuku'nun Hukuk Sistemi İçindeki Yeri	10
1.1.8. Vergi Ceza Hukuku'nun Diğer Hukuk Dalları İle İlişkisi	11
1.1.8.1. Vergi Ceza Hukuku'nun Anayasa Hukuku ile İlişkisi	11
1.1.8.2. Vergi Ceza Hukuku'nun Ceza Hukuku ile İlişkisi.....	12
1.1.8.3. Vergi Ceza Hukuku'nun Vergi Hukuku ile İlişkisi	13
1.1.8.4. Vergi Ceza Hukuku'nun İdare Hukuku ile İlişkisi	13
1.1.8.5. Vergi Ceza Hukuku'nun Uluslararası Hukuk ile İlişkisi.....	14
1.1.8.6. Vergi Ceza Hukuku'nun Yargılama Hukuku ile İlişkisi	14
1.1.8.7. Vergi Ceza Hukuku'nun Özel Hukuk İle İlişkisi.....	15
1.1.9. Vergi Ceza Hukuku'nun Kaynakları	15
1.1.9.1. Vergi Ceza Hukuku'nun Esas Kaynakları.....	16
1.1.9.1.1. Anayasa	16
1.1.9.1.2. Kanunlar	16
1.1.9.1.3. Uluslararası Anlaşmalar	17
1.1.9.1.4. Kanun Hükmünde Kararnameler	17
1.1.9.1.5. İçtihadı Birleştirme Kararları.....	18

1.1.9.1.6. Bakanlar Kurulu Kararları.....	19
1.1.9.1.7. Düzenleyici Genel Tebliğler.....	19
1.1.9.1.8. Anayasa Mahkemesi Kararları	20
1.1.9.2. Vergi Ceza Hukuku'nun Tali Kaynakları	20
1.1.9.2.1. Tüzükler	20
1.1.9.2.2. Yönetmelikler	21
1.1.9.2.3. Açıklayıcı Genel Tebliğler	21
1.1.9.2.4. Sirkülerler, Muktezarlar ve Genel Yazılar.....	22
1.1.9.2.5. Doktrin (Bilimsel Öğreti)	23
1.1.9.2.6. Örf ve Adet.....	23
1.1.10. Vergi Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanması.....	23
1.1.10.1. Zaman İtibariyle Vergi Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanması	24
1.1.10.2. Yer İtibariyle Vergi Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanması	25
1.1.10.3. Anlam İtibariyle Vergi Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanması (Yorum)	25
1.2. VERGİ CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA KABAHAT VE SUÇ KAVRAMLARI	27
1.2.1. Vergi Kabahatleri	27
1.2.1.1. Vergi Kabahatlerinin Unsurları	29
1.2.1.1.1. Kanuni Unsur.....	30
1.2.1.1.2. Maddi Unsur	30
1.2.1.1.3. Manevi Unsur	30
1.2.1.1.4. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	31
1.2.1.2. Vergi Usul Kanununca Düzenlenen Vergi Kabahatleri	31
1.2.1.2.1. Vergi Ziyatı Kabahati (VUK, Md. 341).....	31
1.2.1.2.1.1. Vergi Ziyatı Kabahatinin Unsurları ve Cezası.....	32
1.2.1.2.2. Usulsüzlük Kabahatleri	35
1.2.1.2.2.1. Genel Usulsüzlük Kabahatleri, Genel Usulsüzlük Kabahatlerini Teşkil Eden Fiiller ve Cezaları.....	36
1.2.1.2.2.2. Özel Usulsüzlük Kabahatleri, Özel Usulsüzlük Kabahatlerini Teşkil Eden Fiiller ve Cezaları	38
1.2.2. Vergi Suçları	39
1.2.2.1. Suçun Unsurları ve Vergi Suçları İle İltisatı	40
1.2.2.1.1. Kanuni Unsur.....	40
1.2.2.1.2. Maddi Unsur	41
1.2.2.1.3. Manevi Unsur (Kusurluluk)	41
1.2.2.1.4. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	42

1.2.2.2. Suçlarda Cezai Sorumluluk ve Vergi Suçları ile İltisatı	42
1.2.2.2.1. Vergi Suçları Bağlamında Gerçek Kişilerde Cezai Sorumluluk.....	43
1.2.2.2.2. Vergi Suçları Bağlamında Tüzel Kişilerde Cezai Sorumluluk	44
1.2.2.2.3. Suçlarda Ceza Ehliyetini Sınırlandıran Durumlar ve Vergi Suçları ile İltisatı	45
1.2.2.2.4. Suçlarda Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Durumlar ve Vergi Suçları ile İltisatı	47
1.2.2.2.5. Ceza Mahkemelerince Yargılanacak Vergi Suçları ve Cezaları	48
1.2.2.2.5.1. Kaçakçılık Suçu	49
1.2.2.2.5.1.1. Kaçakçılık Suçunun Unsurları	49
1.2.2.2.5.1.2. Kaçakçılık Suçunun Cezası	52
1.2.2.2.5.2. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu	52
1.2.2.2.5.2.1. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunun Unsurları	52
1.2.2.2.5.2.2. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunun Cezası.....	53
1.2.2.2.5.3. Mükellefin Özel İşlerini Yapma Suçu.....	53
1.2.2.2.5.3.1. Mükellefin Özel İşini Yapma Suçunun Unsurları.....	54
1.2.2.2.5.3.2. Mükellefin Özel İşini Yapma Suçunun Cezası	55
1.2.2.2.5.4. Haysiyet ve Şerefe Tecavüz Suçu.....	55
1.2.2.2.5.4.1. Haysiyet ve Şerefe Tecavüz Suçunun Unsurları.....	55
1.2.2.2.5.4.2. Haysiyet ve Şerefe Tecavüz Suçunun Cezası	56
1.2.2.2.5.5. Ekim Sayım Beyanlarını Denetlememe Suçu.....	56
1.2.2.2.6. Vergi Suçlarında Birleşme, Tekerrür, İştirak, Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme Müesseseleri	56
1.2.2.2.7. Vergi Suçu Cezalarından Kurtulma Yolları	59
1.3. CEZA KAVRAMI, CEZANIN AMACI VE NİTELİKLERİ	59
1.3.1. Ceza Kavramı	59
1.3.2. Cezanın Amacı	62
1.3.2.1. 18.Yüzyıl Öncesinde Cezanın Amacı Üzerine Görüşler	62
1.3.2.2. 18. Yüzyıl Sonrasında Cezanın Amacı Üzerine Görüşler	65
1.3.2.2.1. Toplumsal Önleme Teorisi	65
1.3.2.2.2. Mutlak Ceza Teorileri	67
1.3.2.2.3. Faydacı Cezalandırma Teorisi (Nispi Ceza Teorisi)	72
1.3.2.2.3.1. Özel Önleme Teorisi	72
1.3.2.2.3.2. Genel Önleme Teorisi	75
1.3.2.2.4. Karma Teoriler (Uzlaştırıcı Teoriler).....	78
1.3.2.2.5. Sosyal Savunma Teorisi	82

1.3.3. Cezanın Nitelikleri.....	84
2. BÖLÜM: LİTERATÜRDE VE İÇTİHATLARDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	88
2.1. TERMİNOLOJİ.....	88
2.2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ÖNEMİ.....	89
2.3. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DAYANAKLARI	90
2.3.1. Ölçülülük İlkesinin Felsefi Dayanakları	90
2.3.2. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Dayanakları	92
2.4. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TANIMI.....	94
2.5. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UNSURLARI (ALT İLKELERİ)	97
2.5.1. Elverişlilik İlkesi.....	99
2.5.2. Gereklilik İlkesi	104
2.5.3. Orantılılık (Dar Anlamda Ölçülülük) İlkesi	109
2.6. GENEL OLARAK HUKUKTA VE YARGILAMADA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	116
2.6.1. Anayasa Hukukunda ve Anayasa Yargısında Ölçülülük İlkesi:.....	116
2.6.2. İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi.....	121
2.6.3. İdari Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi.....	126
2.7. TÜRK HUKUK VE YARGI SİSTEMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN YERİ VE GELİŞİMİ	127
2.7.1. Türk Anayasa Hukuku Açısından Ölçülülük İlkesi	127
2.7.2. Türk İdare Hukuku Açısından Ölçülülük İlkesi	136
2.7.2.1. Genel Olarak.....	136
2.7.2.2. Danıştay Kararları Açısından Ölçülülük İlkesi.....	141
2.7.3. Yargıtay Kararları Açısından Ölçülülük İlkesi.....	144
2.8. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ AÇISINDAN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	148
3. BÖLÜM: VERGİ CEZA HUKUKU AÇISINDAN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	153
3.1. VERGİ SUÇLARI AÇISINDAN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	170
3.1.1. Genel Olarak	170
3.1.2. Elverişlilik ve Gereklilik İlkeleri Açısından Vergi Suçu ve Cezalarında Ölçülülük İlkesi Denetimi.....	176
3.1.3. Orantılılık İlkesi Açısından Vergi Suçu ve Cezalarında Ölçülülük İlkesi Denetimi.....	181
3.2. VERGİ KABAHAHATLERİ AÇISINDAN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	189

3.2.1. Genel Olarak	189
3.2.2. Elverişlilik ve Gereklilik İlkeleri Açısından Vergi Kabahatleri ve Cezalarında Ölçülülük İlkesi Denetimi	193
3.2.3. Orantılılık İlkesi Açısından Vergi Kabahatleri ve Cezalarında Ölçülülük İlkesi Denetimi	198
SONUÇ.....	211
KAYNAKÇA.....	220
EKLER.....	231
EK 1: TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU	231
EK 2: DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU	232



KISALTMALAR DİZİNİ

AATUHK	:	Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun
ABAD	:	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AIHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
CGTİHK	:	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun
CMUK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
DVK	:	Damga Vergisi Kanunu
FAAM	:	Federal Alman Anayasa Mahkemesi
GVK	:	Gelir Vergisi Kanunu
HMUK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İYUK	:	İdari Yargılama Usulü Kanunu
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
KK	:	Kabahatler Kanunu
Md.	:	Madde
RKHK	:	Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
VUK	:	Vergi Usul Kanunu

ŞEKİLLER DİZİNİ

Şekil 1. Ölçülülük İlkesinin İşleyişi	105
---	-----



GİRİŞ

Vatandaşlığına tabi olunan devletin yönetim şeklinden, benimsenen dinin öğretilerine, mensubu olunan toplumun kültürel değerlerinden; örfi kurallarına kadar, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını sınırlandıran resmi ve gayri resmi birçok durum ve kaide mevcuttur. Öyle ki, dünya üzerindeki hiçbir ülke ve bölgede temel hak ve özgürlüklerin sınırsızca kullanılması söz konusu değildir. Özgürlüğün sınırsızlığının ütöpik olduğu; resmi olmayan diğer bir ifade ile kanuna dayanmayan sınırlandırılmalara özgü yaptırımların genel geçer nitelik taşımadığının kabulünde; her egemen devlet, evrensel değerler ve kendine has özellikleri çerçevesinde, yasama organı marifetiyle temel hak ve hürriyetlere sınırlamalar getirmektedir. Söz konusu sınırlamalar, bazı ülkelerde çok dar kapsamlı tutulurken; bazılarında ise sınırlamaya dair normlar o kadar ayrıntılı düzenlenir ki özgürlük tali kalırken; sınırlamanın kendisi ise asıl hale gelebilmektedir. Sınırlamanın kapsamı ve genişliği ne olursa olsun; mevcut ve olası durumlar, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini devlete karşı koruyacak evrensel nitelikli bir müesseseyi gerekli kılmıştır. Bu gereklilikten doğan ihtiyaca binaen de *ölçülülük ilkesi* doğmuştur.

Kökeni ilkçağ filozoflarının eserlerine kadar dayanan ölçülülük ilkesi, esasında Aristoteles'in spontane nitelikteki bir düşüncesinin ürünüdür ve onun ve aşırılıkla eksikliği kötü olarak nitelerek bu iki zıt kutbun ortasında olmayı makul olarak kabul eden bir düsturdan ileri gelmektedir. Aristoteles ölçülülük ilkesini adaleti tanımlarken kullanmış ve ilkeye dair mülahazası topluma sirayet eder etmez hızla yayılarak, devrinin adalet yoksunu hukuk anlayışının, adalet temelli evrilmesinde büyük rol oynamıştır. Aristoteles'in, ölçülülük ilkesinin de yapı taşı kabul edilen bu düşüncesi, zaman içerisinde gelişim ve değişim gösterse de temel prensibi günümüzün çağdaş hukuk sistemlerinin vazgeçilmez nitelikleri arasında yerini almıştır. Bilhassa İdari Yargı ve Anayasa Yargısıncı benimsenen ölçülülük ilkesi, Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. ve 61. maddeleri vasıtasıyla da Yargıtay nezdinde hukukilik denetiminin başat ölçütlerinden birini teşkil eder hale gelmiştir. Hatta ilke, bireyler arasında herhangi bir üstünlüğün olmadığı varsayımının her daim vuku bulmadığının tecrübe edilmesiyle; başta İş Hukuku olmak üzere, özel hukuk alanında da sıklıkla müracaat edilen hukuka uygunluk kıstası olarak kabul görmeye başlamıştır.

Hukuk devleti ilkesinin esas niteliğini, temel hak ve özgürlüklere sağlanan güvenceler oluşturmaktadır. Devletin, yasama organı tarafından kanun ihdas etmek marifetiyle oluşturduğu bu güvenceler, bilhassa kendisine karşı, bağımsız yargı organları/hakimler tarafından denetlenmektedir. Söz konusu denetimlerde kullanılan en önemli araçlardan birini de ölçülülük ilkesi teşkil etmektedir.

İnsanlar toplum halinde yaşamaktadır ve toplumu oluşturan her birey, kendisine bahşedilen temel hak ve özgürlüklere sahiptir. Ancak bu hak ve özgürlüklerin kullanımı alabildiğine olmayıp; öteki bireylerin özgürlük alanlarına müdahale ettiği noktada sonlanması gerekmektedir. Bu durumun tabii bir sonucu ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının kaçınılmazlığıdır. Ölçülülük ilkesinin hem sınırlandırmaya dair yasal kaidelerin yasama organı tarafından ihdasında hem temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı nitelikteki eylemlerin yürütme eliyle icrasında hem de yerel mahkemelerin temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kararlarının yüksek yargı organları nezdindeki denetiminde büyük önemi haizdir.

Ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalara sınır tayin edici niteliği, söz konusu hukuksal değerlere güvence sağlarken; kendi içinde bir çelişkinin doğmasına da zemin hazırlamaktadır. Zira ilke, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin sınırını belirlemekte; ama aynı zamanda, belirlediği sınırlar dahilinde yapılan kısıtlamaları da hukuka uygun kabul etmektedir. Vergi suçlarına karşılık mahkemelerce; vergi kabahatlerine yönelik olarak idarece verilen cezalar da temel hak ve özgürlüklere müdahale edici nitelikte olup; söz konusu cezaların hukuka uygunluk şartlarından biri, cezalandırmaya yetkili mercilerin, ceza nev'ine ve/veya miktarına hükmederken ölçülülük ilkesine riayet etmesidir. Verilecek cezanın dayanağını, gerek genel bir kanun olarak Türk Ceza Kanunu gerekse özel bir kanun olarak Vergi Usul Kanunu teşkil etsin; uyuşmazlığın taraflarının birey (cezalandırılan) ve devletten (cezalandırandan) ileri gelmesi, ilke denetimi ile korunmak istenen hukuki değer, devlet iradesine karşı bireyin temel hak ve hürriyetleri olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Vergi borcunun ödenmesi ve vergilemeyle ilgili diğer şekli ödevlerin ifasına dair yükümlülükler, mükelleflere ve vergi sorumlularına kanun marifetiyle yüklenmiştir. Yasal bir zorunluluk arz eden bu mecburiyetlerin ifa edilmemesi, eksik ifa edilmesi, zamanında yerine getirilmemesi ya da ilgili kanunların suç olarak nitelediği birtakım yasa dışı fiillere müracaat edilerek söz konusu yükümlülüklerden kurtulma halleri için de yine kanunlarca düzenlenen hükümler çerçevesinde birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Kamu harcamalarına finansman sağlamak ve/veya toplumun içinde bulunduğu şartların gerektirdiği önlemleri almak şeklinde, kamusal fayda amacı güden vergisel yükümlülüklerin, bahsi geçen şekillerde yerine getirilmemesinin yasal müeyyidelere konu edilmesi tabii ve bu anlamıyla hukuka uygundur. Ancak özgürlüklerin kullanımının alabildiğine olmadığı gibi cezalandırma yetkisinin kullanımı da hudutsuz değildir. Somut olay bazında, hukuka uygunluğun sağlanabilmesi için öncelikle -gerek vergi suçunu gerek vergi kabahatini teşkil etsin- kanuna aykırı olan eylemler için takdir edilen müeyyidelerin nev'i ve/veya miktarının, temel hak ve özgürlüklerin özüne müdahale edici etkide olmaması gerekmektedir. Ancak tespit edilen cezanın hukuka uygun olması için bahsi geçen nitelikleri haiz olması da kafi

gelmemekte; temel hak ve özgürlüklerin özüne müdahale edici nitelik taşımasa da cezanın meşruiyeti ancak, cezalandırma yetkisinin icrasında ölçülülük ilkesine riayet edilmesiyle sağlanabilmektedir.

Hukukun tüm alanlarına sirayet eden ve evrensel nitelik arz eden ölçülülük ilkesinin, cezalandırmayı konu eden diğer hukuk dallarında olduğu gibi Vergi Ceza Hukuku için de büyük önemi haizdir. Cezayı tespit eden makam ister Vergi İdaresi ister yargı organı olsun, takdir yetkisi ile hükmettiği ceza nev'i ve/veya miktarının meşruiyet kazanarak hukuk aleminde varlığı sürdürmesi için ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. İlkenin, Vergi Ceza Hukuku bağlamında sahip olduğu bu kritik önem, çalışmanın konusunun da belirleyicisi olmuştur.

Çalışmanın amacı, yüksek yargı organları kararları bağlamında, Vergi Ceza Hukuku kapsamında verilen cezaların, ölçülülük ilkesine uygunluğunun değerlendirilmesi, teori ve uygulama açısından ilke denetimin işleyişinin kıyas edilmesi ve etkinliğinin arttırılması maksadıyla öneriler getirilmesidir. Söz konusu amacın hasıl olması için çalışmanın üç bölümden oluşması planlanmış olup; ilk bölümünü vergi suç ve cezaları ile cezalandırmanın amacı konuları oluşturmaktadır. Çalışma, Vergi Ceza Hukuku kapsamında verilen cezalarla sınırlandırılmış olduğundan, Vergi Ceza Hukuku'na dair kapsamlı bir literatür araştırmasının yapılması gerekli görülmüş; nitekim bu doğrultuda, öncelikle Vergi Ceza Hukuku, kavramsal açıdan incelemeye tabi tutularak; tanımına, konusuna, kapsamına, amaçlarına ve dayanaklarına dair açıklamalarda bulunulmuştur. Vergi Ceza Hukuku'nun Türkiye'deki tarihsel gelişimine değinilip; Türk hukuk sistemi içerisindeki yerinin tespitinin akabinde, diğer hukuk dallarıyla ilişkilerine ve kaynaklarına yer verilmiş; sonrasında ise Vergi Ceza Hukuku hükümlerinin zaman, yer ve anlam itibarıyla uygulanması hususlarına değinilmiştir. En nihayetinde bölüm, ölçülülük ilkesi denetiminin icrasında mühim nitelik arz eden Vergi Ceza Hukuku bağlamındaki kabahat ve suç ayrımı ile genel olarak cezalandırmanın amacına dair hususlara etraflıca yer verilerek sonlandırılmıştır.

Evrensel nitelik arz eden ve sınırlandırmanın sınırını tayin ederek; temel hak ve hürriyetlere kısıtlama getiren yaptırımlara meşruiyet kazandıran ölçülülük ilkesi, her şeyden evvel hukuki bir kavramdır. Haliyle, ilkenin doğuşundan; evrensellik hüviyetini kazanma sürecindeki tüm vakıalarının ve gerekliliklerinin dikkate alınması zorunluluk teşkil etmektedir. Zira, kökeni ilk çağ düşünürlerinin çalışmalarına kadar uzanan ölçülülük kavramının hukuk aleminde vücut bulmasını mecbur kılan sebeplerin belirlenmesi; günümüz şartlarında, ilkeye olan perspektifimizin de şekillenmesini sağlayacaktır. Söz konusu gerekçelerden ötürü; çalışmanın “Literatürde ve İçtihatlarda Ölçülülük İlkesi” başlıklı ikinci bölümünde, öncelikle ilkenin, yasallık teşkil etmediği; savunulan bir görüşten ibaret olduğu dönemlerde dahi toplumsal hayatın düzenlenmesinde etkili olmasını sağlayan felsefî dayanaklarına ve bu düşüncelerin etkisi ve

gelişimi sonucu, modern hukuk sistemlerinin hukuka uygunluk kriteri hüviyetine bürünmesine vesile olan hukuki dayanaklarına değinilecektir.

Bu çerçevede yapılacak açıklamalar, ölçülülük ilkesinin çağdaş hukuk sistemleri açısından menşei kabul edilen Alman hukuk sistemi esas alınarak gerçekleştirilmiş olup; Türk hukuk sistemine ve lüzum görüldüğü hallerde diğer ülkelere özgü durumlar ayrıca belirtilmiştir. Sonrasında ise çalışmanın üçüncü bölümünde verilen somut yargı organları kararlarının ölçülülük ilkesi açısından değerlendirilmesinde mühim nitelik arz eden ölçülülük ilkesi unsurları/alt ilkeleri, detaylı bir şekilde incelenmiştir. Bölüm, Alman hukuk sistemi baz alınarak yapılan genel açıklamaların ardından; Danıştay ve Yargıtay kararlarını da içerecek şekilde; Türk hukuk ve yargı sisteminde ölçülülük ilkesinin yeri ve gelişimine dair bilgilendirmelerle sürmüştür. Böylece, ölçülülük ilkesinin teorik temellerine dair açıklamalara ilaveten hem Alman yargı organları açısından hem de Türk yüksek yargı organları nazarında ilkeye atfedilen anlam ve denetiminde benimsenen kaideler tespit edilmiştir. Nihayetinde ölçülülük ilkesine yönelik teorik açıklamalardan elde edilen nitelikler ve uygulama bazında ilke denetimini konu edinen yargı kararlarının içeriğinden sağlanan denetim özellikleri, çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ele alınan, Vergi Ceza Hukuku kapsamındaki yasal düzenlemelere ve yaptırımlara dair mahkeme kararlarının değerlendirilmesinde kullanılacak doneleri oluşturmuştur.

Ölçülülük ilkesinin unsurları, esasında sacayakları misali hepsi bir araya geldiğinde ilkeyi oluşturmakta ve ancak tümü sağlandığında, denetime tabi tutulan sınırlamanın ölçülülük ilkesine –haliyle hukuka- uygunluğu kabul edilebilmektedir. Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarından oluşan ilkenin ilk iki unsuru, karar vericileri, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamada kullanılacak aracın, sınırlama amacına ulaşmada, elverişlilik arz eden araçlar arasından en yumuşak nitelikte olanı –temel hak ve özgürlüklere en az sınırlama getireni- seçmeye sevk etmekte; bu da onları, objektif karakterli kılmaktadır. Orantılılık unsuru ise yalnızca somut olay bazında ve ilgili olaya has şartlar dikkate alınarak değerlendirilen ve amaçla araç arasındaki oranın makullüğünün gözetildiği bir alt ilkedir. Bu durum, orantılılık unsuruna öznel bir nitelik kazandırır da gerek ölçülülük ilkesinin düzenlendiği Anayasa’nın 13. maddesi metninde geçen gerekse ilke denetiminin gerçekleştirildiği Anayasa Mahkemesi kararlarında sıklıkla müracaat edilen, “*sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması*” hükmü, bahsi geçen maddede ölçülülük ilkesinden müstakil olarak belirtilmiş olsa da bir nev’i ilke denetiminin uygulama alanının çerçevesini çizmektedir. Netice itibariyle, orantılılık ilkesi tek başına öznel bir karakter taşımasına rağmen, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından öte olamaması, orantılılık ilkesi denetiminin ancak nesnel sınırlar içerisindeki öznel durumlara göre değerlendirilebilmesine

müsaade etmekte; nihayetinde bu durum da ölçülülük ilkesinin objektif karakterine zeval getirmemektedir.

Çalışmanın üçüncü ve son kısmında ise önceki bölümlerden sağlanan veriler ışığında, pozitif hukuktaki düzenlemeler ve değişiklikler de dikkate alınarak, ölçülülük ilkesi denetiminin gerçekleştirildiği yüksek yargı organları kararları değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Çalışmada esas alınan teoriyle Türk yüksek yargı organlarının uygulamalarının kıyasına da yer verildiği bu bölümde ayrıca, ilke denetiminin işlerliği arttırmak maksadıyla öneriler sunulmuştur. Bu kısımda esas olarak, Vergi Ceza Hukuku kapsamında verilen cezaları konu eden yargı kararlarının değerlendirilmesi amaç edinilmekle birlikte; değerlendirme kapsamındaki mahkemelerin ilkeye bakış açısını ortaya koymak maksadıyla, ölçülülük ilkesi denetimini işlettikleri başkaca konulara dair kararlarına da yer verildiği de olmuştur. Ancak bu durumun, konu bütünlüğüne zeval vermediği; bilakis, konu ile ilgili kararlar üzerinde yapılan değerlendirmelerin daha isabetli ve tutarlı olmasına hizmet ettiğine kanaat getirilmiştir.

Vergi Ceza Hukuku açısından ölçülülük ilkesi denetimine dair yapılan değerlendirmeler, vergi suçu – vergi kabahati ayrımı gözetilerek gerçekleştirilmiştir. Bu doğrultuda, çalışmada, öncelikle vergi suçları açısından ölçülülük ilkesi denetimine yer verilmiş; yapılan genel açıklamaların sonrasında, Vergi Ceza Hukuku kapsamında verilen cezalardan ve yapılan yasal düzenlemelerden Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay’a intikal edenleri, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri bazında ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Vergi kabahatlerini konu eden yüksek yargı kararları için de aynı yol izlenmiş olup; en nihayetinde edinilen bulgulara ve geliştirilen çözüm önerilerine “Sonuç” başlığı altında yer verilmiştir.

1. BÖLÜM: VERGİ SUÇ VE CEZALARI İLE CEZALANDIRMANIN AMACI

1.1. VERGİ SUÇ VE CEZALARI

Vergi suçlarını ve kabahatlerini teşkil eden fiiller ve bu fiillere karşılık gelen cezalar ağırlıklı olarak Vergi Usul Kanununca¹ düzenlenmiş olsa da bilhassa Türk Ceza Kanunu² ve Kabahatler Kanunu³ bünyelerinde de söz konusu nev'inden fiillere ve bunlara özgülenen cezalara yer verilmiştir. Bu durum, literatürde “*Vergi Ceza Hukuku*” adını alan ve hemen hemen bütün vergi suç ve kabahatlerinin nitelikleri ile cezalarına yer vererek ona bağımsız bir hukuk dalı hüviyeti kazandıran çalışmaların meşruiyeti hususunda fikir ayrılıklarının doğmasına neden olmuştur.

Vergi Ceza Hukuku’nun müstakil bir hukuk dalı olduğu genel kabul görmekle birlikte; Vergi Usul Kanunu tarafından ihtiva edilen suçların, ceza hukuku bağlamında; kabahatlerin ise idari yaptırımlar açısından değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşlere rast gelmek de mümkündür. Bu çalışmada, bahse konu tartışmaya taraf olunmamış; ancak çalışmanın kapsamını ve sınırını daha belirgin biçimde ortaya koyabilmek amacıyla, Vergi Ceza Hukuku’nu bağımsız bir hukuk dalı olarak benimseyen, Şenyüz, Yüce ve Gerçek tarafından yazılmış olan “*Vergi Hukuku*” ve Şenyüz tarafından kaleme alınmış olan “*Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları*” kitaplarında yapılan tasnifler esas alınmıştır. Bu amaçla öncelikle Vergi Ceza Hukuku hakkında genel bilgi niteliği taşıyan açıklamalarda bulunmanın isabetli olacağına kanaat getirilmiş ve bu doğrultuda, Vergi Ceza Hukuku’nun tanımına, konusuna, kapsamına, amaçlarına, hukuki dayanaklarına, tarihi gelişimine, hukuk sistemi içindeki yerine, diğer hukuk dallarıyla ilişkisi ve kaynakları ile hükümlerinin uygulanması konularına yer verilmiştir. Akabinde ise Vergi Ceza Hukuku bağlamında kabahat ve suç kavramlarına dair detaylı açıklamalara yer verilmiştir.

1.1.1. Vergi Ceza Hukuku’nun Tanımı

Toplu halde yaşayan insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen ve kamu gücü marifetiyle kendisine uyulması müeyyidelerle desteklenmiş olan kurallar bütünü olarak tanımlanabilen hukuk, uygulandığı ilişkilere mensup sùjelerin nevilerine göre ikiye ayrılmaktadır (Yılmaz, 2011, s.4). Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku, Borçlar Hukuku gibi toplumda eşit haklara sahip ve eşit yükümlülükleri olan kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları özel hukuk alanını

¹ 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu. (1961). T. C. Resmi Gazete, 10703, 10 Ocak 1961.

² 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu. (2004). T. C. Resmi Gazete, 25611, 12 Ekim 2004.

³ 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu. (2005). T. C. Resmi Gazete, 25772, 30 Mart 2005.

meydana getirirken; Vergi Hukuku, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku gibi toplumda eşit hak ve yükümlülükleri haiz olmayan kişiler arasında, bilhassa birey-toplum ilişkilerini ve toplumsal örgütlenmeyi düzenleyen hukuk kurallarının oluşturduğu alana kamu hukuku adı verilmektedir (Bayraklı, 1999, s.5).

Vergi Hukuku, devlet veya diğer kamu kuruluşları ile kişilerin taraf olduğu vergi ilişkisini incelemektedir. Temellerinde devletin vergilendirme yetkisi yatan bu ilişkide, devletin üstünlüğü; diğer bir ifade ile tarafların eşitsizliği olmasından dolayı Vergi Hukuku'nun kamu hukukunun bir dalı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (Özbilen, 2013, s.4). Ceza Hukuku ise ceza müeyyidesinin uygulamasını gerekli kılan hukuki ihlallerin neler olduğunu tespit eden ve bu hususta uygulanması gereken usul ve esasları ihtiva eden hukuk dalıdır (Dönmezer ve Erman, 1966, s.7). Evveliyatında bireye ait olan cezalandırma yetkisinin, bireyden alınıp devlete verilmesiyle; işlenen her suç, devlete karşı işlenmiş olmakta ve bu durum da ceza hukukunu kamu hukuku alanına sokmaktadır (Bayraklı, 1999, s.5). Nitekim devletin egemenlik yetkisine dayanarak yaptığı her düzenleme ve uygulamalarda kişilere göre üstünlüğü söz konusudur.

Belirli bir miktar paranın kişilerden devlete aktarılmasından ibaret olan verginin özünde, devlet ile mükellef arasında kanundan doğan borç-alacak ilişkisi yatmaktadır (Şenyüz, 2011, s.12). Vergi Ceza Hukuku'nu da sözü geçen vergi ilişkisi neticesinde, devleti maddi kayba uğratan ve/veya kamu düzenini ihlal eden suçları ve bu suçlara tatbik edilecek cezaları ihtiva eden kurallar bütünü olarak tanımlamak mümkündür. Vergi ilişkisini oluşturan taraflardan birinin devlet olması, taraflar arasında sözleşme serbestisinin bulunmaması ve kamu yararının ön planda tutulması Vergi Ceza Hukuku'nun kamu hukuku alanında değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur (Bayraklı, 1999, s.6).

1.1.2. Vergi Ceza Hukuku'nun Konusu

Bir hukuk dalının konusunu, o hukuk dalının hangi taraflar arasında cereyan eden hangi hukuki ilişkileri düzenlediği, bu ilişkinin neleri kapsadığı ve ne şekilde sonra erdiği oluşturur. Buradan hareketle; Vergi Ceza Hukuku'nun konusunu, devlet ile yükümlüler arasında vergi ve/veya diğer mali yükümlülüklerden kaynaklı ceza ilişkisi, bu ceza ilişkisinde suç teşkil eden fiiller, söz konusu fiillere uygulanacak olan cezalar, cezalandırma işlemine karşı yükümlülerin hak arayacağı yollar ve merciler ile cezayı ortadan kaldıran durumlar oluşturur (Bayraklı, 1999, s.6, Şenyüz, 2011, s.14).

1.1.3. Vergi Ceza Hukuku'nun Kapsamı

Devletin gelir elde etme şekillerini düzenleyen hukuk dalı, “*Gelir Hukuku*” olarak adlandırılrsa da doktrinde, gelir hukukundan ziyade, kamu gelirleri içerisinde vergi gelirlerinin payının büyük olmasında dolayı “*Vergi Hukuku*” kavramı kullanılmaktadır. Ancak kamu gelirlerinin büyük bir kısmı vergilerden sağlansa dahi resim, harç ve diğer mali yükümlülüklerin de vergi hukukunun konusunu teşkil ettiğine; ilgili kanun maddelerinin bunlar için de geçerli olduğuna hükmedilmiştir (VUK, Md. 1). Benzer şekilde, Vergi Ceza Hukuku da sadece vergilere has suç ve cezaları değil; resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle dair suç ve cezaları da ihtiva etmektedir (Bayraklı, 1999, s.8).

Vergi Usul Kanunu'nun, başta vergiler olmak üzere, kamu gelirleri ile ilgili suçları ve kabahatleri düzenlemesi, onu hem özel ceza kanunu hem de özel kabahat kanunu niteliğine sokmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki her ne kadar vergilere ilişkin ceza hükümlerinin büyük bir kısmı Vergi Usul Kanunu bünyesinde bulunsun da bu Kanun haricinde birçok kanun kapsamında da vergi suç ve cezalarına yer verilmektedir (Şenyüz, 2011, s.11). Ayrıca, bu hususta gümrük idarelerince alınan vergi ve resimlere ilişkin ayrı bir düzenleme söz konusudur. Şöyle ki gümrük idarelerince elde edilen vergi ve resimlerle alakalı ceza hükümleri Vergi Usul Kanunu kapsamı dışına çıkarılmış olup; söz konusu gelirler dolayısıyla ortaya çıkan suç ve kabahatlere verilecek cezalar, kendi kanunlarında yer alan hükümlere göre tespit olunmaktadır. Bahsi geçen gelirlerle ilgili hükmedilen para cezalarına karşı açılacak davalar için ise yine vergi mahkemeleri görevlendirilmiştir (Şenyüz, 2011, s.18). Gümrük vergileriyle alakalı olan bu husus, çalışmamın kapsamı dahiline alınmamıştır.

1.1.4. Vergi Ceza Hukuku'nun Amaçları

Vergi Ceza Hukuku'nun uygulanma gayesi: devletin geçmişte yoksun kaldığı gelirlerinden kaynaklanan zararını telafi etmek ve yükümlülerin gelecekte zarar doğurma riski taşıyan fiillerini cezalandırmak suretiyle kamu düzenini korumaktır. Görüldüğü üzere, vergi cezaları, geçmişte uğranılan zararın bugün telafi edilmesini sağlarken; gelecekte uğranılma olasılığı taşıyan zararlar için de bugünden önleme vazifesi görmektedir. Ayrıca devlet ile yükümlüler arasındaki ceza ilişkisinin adalet, eşitlik ve genellik ilkelerine dayanmasının gerekliliği: Vergi Ceza Hukuku'nun uygulamacılara rehber olmasının yanında; yasama organına da söz konu ilkeleri daha güçlü kılabilmek ve aksayan yanlarını telefi edebilmek için yapılması gereken düzenlemeler hususunda yol gösterici olmaktadır (Bayraklı, 1999, s.9).

1.1.5. Vergi Ceza Hukuku'nun Hukuki Dayanakları

Vergiler, yasama organı marifetiyle, tek taraflı olarak konulsa da kanunlara ve Anayasa'ya⁴ aykırılık teşkil edemezler. Ceza Hukuku'nun “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” prensibi, vergiye ilişkin cezaların da muhakkak bir kanun maddesine dayanması gerektiği şartını koşmaktadır (Bayraklı, 1999, s.10).

Kanunların Anayasa'ya uygun olması prensibinden hareketle, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*” hükmü ile 3. fıkrasındaki “*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” hükümleri ve bu çerçevede düzenlenen Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesi⁵ hükümlerinin vergi cezaları için de geçerli olduğu söylenebilir. Zira Kanun'un 5. maddesinde “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” hükmüne yer verilmiştir. Haliyle vergi suç ve cezalarının büyük bir kısmını düzenleyen Vergi Usul Kanunu ile vergi suçlarını düzenleyen diğer kanunların da bahsi geçen hükümlerce belirlenen kaidelere uygun düzenlemelerde bulunması gerekmektedir.

1.1.6. Türkiye’de Vergi Ceza Hukuku’nun Tarihi Gelişimi

Osmanlı Devleti dönemine ait mevzuatlarda, doğrudan vergi usulüne yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Cumhuriyet döneminin ilk yıllarına kadar da geçerliliğini koruyan bu durum, 07.06.1949 tarihinde yürürlüğe giren 5432 Sayılı Vergi Usul Kanunu ile sona ermiştir (Can, 2015, s.91). Bu Kanun yürürlüğe girmeden önce vergi suç ve cezalarına ilişkin hükümler, her verginin kendi kanunu içinde düzenlenmekteydi. 5432 Sayılı Kanun'un, vergi ve diğer mali yükümlülükler için uygulanacak olan genel ceza hükümlerini ihtiva eden bir usul kanunu niteliğinde olması, dağınık olan mevzuatın büyük ölçüde bir araya getirilmesini sağlamıştır (Bayraklı, 1999, s.11).

1960 yılına kadar 5432 Sayılı Kanun, 5815 ve 6094 sayılı kanunlarla değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler sonucu vergi cezaları ağırlaştırılırken; hileli vergi suçu düzenlemesi mevzuatta yerini almıştır. Daha sonra, çeşitli kanunlarla da değişikliğe uğrasa da bugün dahi geçerliliğini

⁴ 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. (1982). T. C. Resmi Gazete, 17863 (Mükerrer), 9 Kasım 1982.

⁵ “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

koruyan 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 5432 Sayılı Kanun'un çoğu hükmünü⁶ aynen koruyarak 04.01.1961'de yürürlüğe girmiştir (Can, 2015, s. 93; Bayraklı, 1999, s.11).

Yürürlük tarihinden günümüze kadar, birçok değişikliğe uğrayan Vergi Usul Kanunu'na dair bazı önemli düzenlemeler şunlardır: 19/02/1963 tarihli ve 205 Sayılı Kanun ile uzlaşma müessesesi kabul edilmiş ve ilgili maddesi Kanun'a işlenmiştir. 31.12.1980 tarih 2365 Sayılı Kanun ile ağır kusur suçu ile hürriyeti bağlayıcı cezaların tüzel kişi temsilcilerinin adına kesilebileceği hükmü Kanun'da yerini almıştır. 22.07.1998 tarihli 4369 Sayılı Kanun ile adı daha sonra kaçakçılığa teşebbüs suçu olarak değiştirilen hileli vergi suçuna teşebbüs kaldırılırken; hileli vergi suçunu ihtiva eden hükümler kaçakçılık suç ve cezalarına özgü şekilde yeniden düzenlenerek; kamusal nitelikli suç ve cezalar olarak kabul edilmiş ve ağır kusur ile kusur cezaları kaldırılıp bunların yerini vergi ziyaı suçu almıştır. Ayrıca aynı Kanun ile katılma, birleşme ve tekerrür hükümlerinde de değişikliğe gidilmiştir (Bayraklı, 1999, s.12 ; Mutluer, 2006, s.288). 5228 sayılı kanun ile 31.07.2004 tarihinden itibaren iş yeri kapatma cezası uygulamasına son verilmiştir. 16.06.2009 tarihli 5904 sayılı kanun ile kaçakçılık suçunun asgari cezası 1 yıldan 18 aya çıkarılmıştır. Bahsi geçen değişikliklerle birlikte Vergi Usul Kanunu, 59 adet kanun ve kanun hükmünde kararname ile değişikliğe uğrayıp bugünkü halini alırken; Vergi İdaresi'nin (bu bölüm için bundan sonra: İdare) çıkardığı genel tebliğlerle de söz konusu Kanun'un ihtiva ettiği maktu vergi cezalarını düzenli bir şekilde güncellenmiştir (Can, 2015, s.92).

1.1.7. Vergi Ceza Hukuku'nun Hukuk Sistemi İçindeki Yeri

20. yüzyılın başlarında ortaya çıkan Vergi Ceza Hukuku, kamusal ihtiyaçların karşılanması için gerek duyulan kaynağın elde edilmesini sağlayan mali yükümlülüklerin ve bunlarla ilgili biçimsel ödevlerin yerine getirilmemesinden ya da eksik veya yanlış yerine getirilmesinden kaynaklanan hukuka aykırılıklara yönelik yaptırımları kapsamaktadır (Bayraklı, 1999, s.12 , Mutluer, 1979, s.4).

Vergi aslı ve cezası hususunda devlet ile mükellef arasında ast-üst ilişkisi söz konusudur. Mükelleflerin vergi ödevlerine karşı kişisel iradelerini ileri sürmeleri mümkün olmamakta; vergi kanunlarına kayıtsız şartsız riayet etmeleri gerekmektedir. Devlet, yasama erki ile vergilendirme tekeli elinde tutmasının yanında toplumu temsilen, cezalandırma yetkisini idari organlarınca

⁶5432 sayılı kanunda yer alan 417 madde 213 sayılı kanunla aynen korunmuştur. Ancak 100 maddesinde açıklık sağlamak amacıyla düzenlemelere gidilmiş; 43 maddesinde küçük değişiklikler yapılmış ve 20 maddesi ise yeniden ihdas edilmiştir.

ve/veya millet adına yargılama yapan bağımsız mahkemelerde kamu davası açmak suretiyle icra etmektedir (Bayraklı, 1999, s.13).

1.1.8. Vergi Ceza Hukuku'nun Diğer Hukuk Dalları İle İlişkisi

Verginin salınmasından, ödenmesine; vergi suçunun ya da kabahatinin doğuşundan ortadan kalkmasına kadar, icra edilen tüm eylemlerin kanuni bir temele dayanmasının mecburiyetinin ötesinde, kanunların Anayasa'ya uygun olmasının zarureti, Vergi Ceza Hukuku ile Anayasa Hukuku arasında bağ kurulmasını kaçınılmaz kılmıştır. Öte yandan, vergi kabahatlerine idarece verilen cezaların, idari işlem niteliğini haiz olması İdare Hukuku'nu; söz konusu idari işlemlere karşı açılacak davaların idare mahkemelerince görülecek olması ise İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu (İYUK)⁷ Vergi Ceza Hukuku ile ilişki içine sokarken; vergi suçlarına verilecek cezaların mahkemelerce takdir edilecek olması da Vergi Ceza Hukuku ile Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nu (CMUK)⁸ arasında bağlantı kurulmasına vesile olmaktadır. Ayrıca devletlerin, kendi milli paralarını basması gibi, egemenlik yetkilerinin bir göstergesi niteliğini taşıdığı düşünülen vergi koyma yetkisine ait sınırları, vergiye tabi mal ve hizmetlerin ithalat ve ihracata konu edilmesi sonucu birbirleriyle çatışır hale gelmektedir. Söz konusu durumda, meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde ise Uluslararası Hukuku'nun kaidelerine müracaat etmek zaruret arz etmektedir. Haliyle bu durum Vergi Ceza Hukuku ile Uluslararası Hukuk arasında ilişkinin doğmasına sebebiyet vermektedir.

Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere, Vergi Ceza Hukuku, çeşitli gerekçelerle birçok hukuk dalı ile ilişki içine girmektedir. Çalışmanın devamında, Vergi Ceza Hukuku ile bağlantılı hukuk dallarına, bağlantılı olma gerekçeleriyle birlikte yer verilmiştir.

1.1.8.1. Vergi Ceza Hukuku'nun Anayasa Hukuku ile İlişkisi

Vergi Ceza Hukuku ile Anayasa Hukuku arasındaki ilişki hem vergi hem de ceza açısından söz konusudur. Nitekim vergilerin kanunsuz salınamayacağı kuralı ilk anayasal düzenlemelerde dahi kendisine yer bulmaktadır (Bayraklı, 1999, s.14). Günümüzün medeni olarak tabir edilen ülkelerinin hepsinin anayasalarında vergilere özgü temel hükümler düzenlenmiştir (Mutluer, 1979, s.11). Ülkemizde de vergilerin kanuna dayandırılması kuralı Kanunu-i Esasi'ye⁹ kadar uzanmakla beraber; söz konusu kural 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında da kendine yer

⁷ 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu. (1982). *T. C. Resmi Gazete*, 17580, 20 Ocak 1982.

⁸ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (2004). *T. C. Resmi Gazete*, 25673, 4 Aralık 2004.

⁹ Kabul Tarihi: 7 Zilhicce 1293 (23 Aralık 1876), <https://anayasa.tbmm.gov.tr/1876.aspx> (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

bulmuştur¹⁰ (Bayraklı, 1999, s.14). Zira 1982 Anayasası'nın 73/3. maddesinde “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir, kaldırılır*” ibaresi yer almaktadır. Haliyle kanuna dayanmayan bir verginin salımı Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir¹¹.

Vergi cezaları açısından ise: vergi suçlarına uygulanacak yaptırımlar, hürriyeti bağlayıcı nitelikte de olsa para cezası şeklinde de uygulansa, kişilerin Anayasa ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine ölçsüz nitelikte sınırlamalar getirilememektedir. Haliyle Anayasa, söz konusu hak ve özgürlükleri tespit etmekle kalmamakta; onlara getirilecek sınırlamaların da azami düzeyini belirlemektedir (Bayraklı, 1999, s.15). Nitekim bu hususta Türk Ceza Kanunu'nun 38/1. maddesinde yer alan “*Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*” ve 2. fıkrasında yer alan “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” hükümleri, kanunsuz suç ve cezanın uygulanamayacağını emretmektedir. Netice itibariyle, vergisel düzenlemeler ancak Anayasa'ya uygun olarak çıkartılan kanunlarla gerçekleştirilebilirken; vergi suçlarına yönelik verilecek cezalar da ilgili kanunlara dayanılarak ve Anayasa'nın müsaade ettiği ölçüde verilebilmekte; zira çıkarılan hiçbir kanun Anayasa'ya aykırılık teşkil edememektedir (Bayraklı, 1999, s.15 ; Mutluer, 1979, s.11).

1.1.8.2. Vergi Ceza Hukuku'nun Ceza Hukuku ile İlişkisi

Vergi Hukuku ile Ceza Hukuku'nun kesişim noktasında olan Vergi Ceza Hukuku, genel olarak Vergi Usul Kanunu çerçevesinde düzenlenmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu düzenleme, onun Ceza Hukuku ile ilişkisini sonlandırmamıştır (Bayraklı, 1999, s.16 ; Mutluer, 1979, s.9-10).

Vergi Usul Kanunu hükümleri incelendiğinde, suçun yanı sıra; suça uygulanacak cezalar hakkında da ayrıntılı düzenlemeler ihtiva ettiği görülmektedir. Öyle ki Vergi Usul Kanunu'nun “*Vergi Suç ve Cezaları*” başlıklı 4. kitabı, vergi cezalarına ilişkin genel esasları belirlemenin yanında, suç türlerini, bunlara tatbik edilecek cezai yaptırımları ve cezaların sona erme yollarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Ancak Vergi Usul Kanunu'nun, vergi suç ve cezalarını bu denli

¹⁰ Kanuni Esasi'de yer alan “*tekalif'i devletin hiçbir kanun ile tayin olunmadıkça vaaz ve tevzi ve istihsal olunamaz*” ibaresi kanunsuz vergi olmayacağı ilkesine için ilk düzenleme örneğini teşkil etse de “*vergi*” ifadesine ilke kez 1924 Anayasası'nın “*vergiler ancak bir kanun ile tarh ve cibayet olunur*” hükmü ile yer verilmiştir.

¹¹Anayasa'nın 91. maddesi hükmüne göre: sıkıyönetim, savaş ve doğal afet gibi olağanüstü dönemlerde, cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kurulunca çıkartılan ve olağanüstü dönem kanun hükmünde kararname olarak kanun hükmünde kararname için bu hüküm için aykırılık teşkil etmekte, söz konusu kanun hükmünde kararname ile vergi ve diğer mali yükümlülüklerle yönelik düzenlemeler yapılabilmektedir.

ayrıntılı düzenlemiş olmasına rağmen genel ceza kanunlarına başvurulduğu ve söz konusu kanunların hükümlerinin uygulandığı durumlar da olabilmektedir¹². Zira Vergi Ceza Hukuku, genel ceza kanununun sadece bir bölümünü teşkil etmektedir (Mutluer, 1979, s.10). Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde “*Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” hükmünün de bu husustaki mevcut ve muhtemel tereddütleri bertaraf ettiği düşünülmektedir. Bu sebepten, genel suç teorisini oluşturan hükümler olan 1. İla 124. maddeleri, yalnızca bu Kanun'un ihtiva ettiği suçlar için değil; özel kanunlarda belirtilen suçlar ve cezalar için de uygulanabilmekte; bunun için de açık bir hükmün varlığına ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak unutmamak gerekir ki özel kanun hüviyetinde olan Vergi Usul Kanunu'nda bir düzenleme söz konusu ise hukuk ilkesi gereği öncelikle onun uygulanması gerekecektir (Mutluer, 1979, s.10-11 ; Bayraklı, 1999, s.17).

1.1.8.3. Vergi Ceza Hukuku'nun Vergi Hukuku ile İlişkisi

Vergi Ceza Hukuku'nun Vergi Hukuku ile Ceza Hukuku'nun kesişim kümesinde olduğu daha önce belirtilmişti. Vergi yükümlülüğünün doğuşundan, mükellefin ve sorumluların maddi ve şekli ödevlerin neler olduğuna ve yükümlülüğün sona ermesine kadar tüm hususlar Vergi Hukuku'nun konusu oluştururken; Vergi Ceza Hukuku, Vergi Hukuku'nda belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda tatbik edilecek yaptırımları barındırmaktadır. Nihayetinde Vergi Ceza Hukuku, kendine özgü kavram ve kurallara sahip olsa da Vergi Hukuku'nun yaptırımlara dair düzenlemeleri ihtiva eden bir alt dalını teşkil etmektedir (Bayraklı, 1999, s.16).

1.1.8.4. Vergi Ceza Hukuku'nun İdare Hukuku ile İlişkisi

Devletin, yasama ve yargılama faaliyetleri dışında, kamu harcamalarını gerçekleştirmekle görevli örgütlerinin, hukuki ilişkilerini konu eden kamu hukuku dalı olan İdare Hukuku, söz konusu örgütlere ait organların kurulması ve organize edilmesi, örgütün faaliyetlerini hayata geçirecek personelin istihdamı, kamusal hizmetlerin sunulması için ihtiyaç duyulan taşınır ve/veya taşınmaz malların sağlanması ve harcamaların yapılması hususlarında düzenlemeler ihtiva etmektedir (Bayraklı, 1999, s.18 ; Mutluer, 1979, s.11).

Vergi ve vergi cezalarına dair hükümleri uygulama görevi Maliye Bakanlığı'na bağlı İdare'ye aittir. İdare, bu görevini bir örgüt halinde, personelleri vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Bir nevi

¹² Vergi Usul Kanunu'nun 5, 246, 359, 362 ve 363 maddelerinde düzenlenmiş olan vergi suçları ile ilgili cezalar, ceza mahkemelerince Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre verilir (Şenyüz, Yüce ve Gerçek, 2012, s.229).

yürütme erkinin bir kolu olan İdare'nin personellerine dair sorunlar ise idari sorunlardır. Söz konusu personelin, vergi cezası kesmek gibi yaptığı her türlü işlem de birer idari işlem olmakta ve haliyle bu işlemlerin yetki, şekil, konu, sebep, maksat açılarından hukuka uygun olması gerekmektedir (Bayraklı 1999, s.18). Netice itibariyle bu durum Vergi Ceza Hukuku ile İdare Hukuku'nu yakın ilişki içerisine sokmaktadır.

1.1.8.5. Vergi Ceza Hukuku'nun Uluslararası Hukuk ile İlişkisi

Uluslararası Hukuk, devletlerin dış ilişkilerini konu almaktadır. Devletlerarası ekonomik ilişkilerin ve bunun beraberinde vergi ve vergi cezasına dair uygulamaların önemli ölçüde arttığı günümüzde hem Uluslararası Hukuk hem de Vergi Ceza Hukuku'nun konusuna giren olayların sayısı da ciddi oranda yükseliş göstermiştir (Bayraklı, 1999, s.19). Zira devletlerin vergilendirme ve ceza kesme yetkisi kendi egemen olduğu sınırlar içinde ve/veya vatandaşları üzerinde geçerlidir (Mutluer, 1979, s.13). Kişilerin ekonomik ilişkilerinin devletlerarası boyutlara çıkması Vergi Ceza Hukuku'na dair uygulamalar hususunda Vergi Ceza Hukuku ile Uluslararası Hukuk arasında bir bağ kurulmasına vesile olmuştur. Bu hususta, bilhassa çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik çalışmaların, devletler arası ikili anlaşmalarla gerçekleşmesi, bu anlaşmaların Uluslararası Hukuk'a uygun olması, söz konusu hukuk dalı ile Vergi Ceza Hukuku arasındaki ilişkinin gelişmesine de ortam sağlamıştır (Bayraklı, 1999, s.19 ; Mutluer, 1979, s.13).

Vergi Ceza Hukuku ile Uluslararası Hukuk arası ilişkilerin büyük ölçüde gelişmesi Uluslararası Vergi Hukuku adında yeni bir hukuk dalının da doğmasına sebep olmuştur (Mutluer, 1979, s.13). Vergi Hukuku ile Uluslararası Hukuk'un alt dalı olan Uluslararası Vergi Hukuku, iki ya da daha çok devleti ilgilendiren mali ve ekonomik ilişkiler sonucunda ortaya çıkan vergisel ilişkileri düzenleyen kurallar topluluğudur. Etkisi ulusal sınırları aşan vergisel ilişkileri ele alan Uluslararası Vergi Hukuku, Vergi Hukuku ile Uluslararası Hukuk'un Kesişim noktasında bulunur (Şenyüz ve Diğerleri, 2011, s.306). Haliyle Vergi Ceza Hukuku ile ilişkisi kaçınılmazdır.

1.1.8.6. Vergi Ceza Hukuku'nun Yargılama Hukuku ile İlişkisi

Yargılama görevinin icra edilmesi sonucu meydana gelen ilişkileri düzenleyen hukuk dalı olan Yargılama Hukuku (Yılmaz, 2011, s.818), Vergi Ceza Hukuku ile iki açıdan yakın ilişki içindedir. İlki, İdarece kesilen vergi cezalarına karşı açılacak vergi davalarında; diğer ise kaçakçılık, vergi mahremiyetini ihlal, mükellefin özel işlerini yapma ile haysiyet ve şerefe tecavüz suçlarına (vergi suçlarına) karşılık tatbik edilen hürriyeti bağlayıcı cezalara karşı açılan ceza davalarıdır. Haliyle Vergi Ceza Hukuku, vergi davasının açılması hususunda İYUK; hürriyeti bağlayıcı

cezalar hususunda da CMUK ile ilişki içindedir (Bayraklı, 1999, s.19-20 ; Öncel, Kumrulu ve Çağan, 2013, s.210).

İdarece kesilen vergi cezalarının hukuka aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla vergi mahkemesine açılan davalarda, İYUK’de düzenlenen hükümler tatbik edilmektedir. Vergi Yargılama Hukuku kurallarının büyük bir kısmı İYUK tarafından oluşturulsa da kendine has kavram ve kuralları da mevcuttur. Ayrıca Vergi Usul Kanunu’nda da yargılamaya ilişkin bazı hükümler ihtiva edilmektedir. Haliyle söz konusu ilişkiler, Vergi Ceza Hukuku’nun İYUK ile bağ kurmasına sebebiyet verirken; kaçınılmaz bir şekilde, Medeni Usul Hukuku ile de ilişki içerisine girmesine vesile olmaktadır. Zira İYUK hükümlerinin uygulanmadığı bazı konularda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HMUK)¹³ hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Bunun yanında, Vergi Ceza Hukuku’nun kapsadığı ve hürriyeti bağlayıcı nitelikte ceza gerektiren suçların kovuşturulmasının ve yargılanmasının CMUK’a göre yapılıyor olması da Vergi Ceza Hukuku ile Ceza Yargılama Hukuku arasında da bir bağ kurulmasının nedenini teşkil etmektedir¹⁴.

1.1.8.7. Vergi Ceza Hukuku’nun Özel Hukuk İle İlişkisi

Eşit hak ve yetkileri haiz olan kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü olan özel hukuk: Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku ve Devletler Özel Hukuku gibi alt dallara ayrılır (Gözler, 2011, s.47-48). Bu alt dallardan Medeni Hukuk, Vergi Ceza Hukuku’nun en çok ilişki içine girdiği hukuk dalıdır. Gerçek kişi –tüzel kişi ayrımı, ehliyet, velayet, kayyımlik, ikametgâh, ölümün tespit edilmesi gibi birçok konuda Vergi Ceza Hukuku, Medeni Hukuk’a atıfta bulunmuştur. Öte yandan diğer bir özel hukuk alt dalı olan Devletler Özel Hukuku da Uluslararası Vergi Hukuku’nun oluşmasında, ana ilkelerin belirlenmesi açısından Vergi Ceza Hukuku ile sıkı bağlantı içine girmiştir (Bayraklı, 1999, s21-22 , Mutluer, 1979, s.14-15).

1.1.9. Vergi Ceza Hukuku’nun Kaynakları

Hukuk biliminde kaynak denilince: tatbiki ve riyeti zorunlu olan kaideleri içeren belgelerle tüzük, yönetmelik, tebliğ gibi söz konusu kaidelerin uygulanış biçimlerinin açıklayan idari metinler anlaşılmaktadır (Erginay, 1971, s.27).

¹³ 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu. (1927). *T. C. Resmi Gazete*, 622, 623, 624, 2, 3, 4 Temmuz 1927. Tertip:3, Cilt:8, Sayfa760.

¹⁴ Vergi Usul Kanunu’nun “Yoklama ve İnceleme” başlıklı 7. kısmının aramayı düzenleyen 3. bölümünde yer 147. maddesinde “*Bu bölümde açıkça yazılı olmayan hallerde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun arama ile ilgili hükümleri uygulanır*” hükmü ile Vergi Usul Kanunu’nda yer almayan durumlar için CMUK hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Hukuk kaynakları arasında bir hiyerarşi söz konusu olup; bazı kaynakların diğerleri nazarında geçerliliği ve kuvveti daha üstündür. Vergi Ceza Hukuku için de geçerli olan bu kaidenin, bu kanunun hükümleri doğrultusunda karar almak durumunda olanlar için göz önünde tutulma zorunluluğu söz konusudur. Bu sebepten uygulamacıların, öncelikle bir normun esas mı (bağlayıcı) yoksa tali mi olduğunun (bağlayıcı olmayan) ayırımına gitmesi gerekmektedir (Bayraklı, 1999, s22 ; Mutluer, 1979, s.15). Çalışmada bu ayırım göz önüne alınarak öncelikle bağlayıcılık teşkil eden esas kaynaklara; akabinde de bağlayıcılıktan ziyade başvuru niteliği taşıyan tali kaynaklara yer verilecektir.

1.1.9.1. Vergi Ceza Hukuku'nun Esas Kaynakları

Vergi Ceza Hukuku'nun esas kaynakları, literatürde: Anayasa, kanunlar, uluslararası anlaşmalar, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri, içtihadı birleştirme kurulu kararları, Bakanlar Kurulu kararları, düzenleyici genel tebliğler ve Anayasa Mahkemesi kararlarından ibaret olup; çalışmanın devamında, çalışma konusu ile sınırlandırılmak kaydı ile söz konusu kaynaklara dair açıklamalara yer verilmiştir.

1.1.9.1.1. Anayasa

Devletin üç temel organı olan yasama, yürütme ve yargının kuruluşu, işleyişleri ve birbirleri ile ilişkileriyle vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü olan Anayasa, diğer bütün kanunlar nazarında üstünlüğe sahiptir. Söz konusu üstünlüğün doğal bir sonucu olarak, hiçbir kanun Anayasa'ya aykırılık teşkil edememektedir (Gözler, 2004, s.8-9). Vergilemeye ve vergi cezalarına dair kararların, ancak Anayasa'ya aykırı olmayan kanunlara dayanılarak alınabileceği kuralı hem vergileme hem de vergi cezası açısından Anayasa'nın, asıl kaynak niteliğini haiz olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

1.1.9.1.2. Kanunlar

Kanun: yasama organınca usulüne uygun olarak çıkartılan, aynı adlı, genel, soyut ve sürekli kurallardır (Yılmaz, 2011, s.820). Kanunsuz verginin de suçun da olmayacağı Anayasa'da düzenlenmiştir¹⁵. Bu doğrultuda, Vergi Usul Kanunu, vergi suç ve cezalarının büyük bölümünü

¹⁵Anayasa Madde 38: "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez..."

ihativa etse de Gelir Vergisi Kanunu (GVK)¹⁶, Emlak Vergisi Kanunu¹⁷, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu¹⁸, Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun (AATUHK)¹⁹, Damga Vergisi Kanunu (DVK)²⁰ gibi kanunlarda da vergi suç ve cezaları düzenlenmekte ve Vergi Ceza Hukuku için esas kaynak niteliği taşımaktadırlar (Mutluer, 1979, s. 17).

1.1.9.1.3. Uluslararası Anlaşmalar

Anayasa'nın 90. maddesi, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olacağına; bunlara karşı Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle dava açılmayacağına ve anlaşmanın kapsadığı konuya dair bir kanunun aksi bir hüküm ihtiva etmesi durumunda, uluslararası anlaşmaların geçerli olacağına hükmetmektedir. Haliyle bu durum Vergi Ceza Hukuku için de söz konusudur. Bugün 87 ülke ile uluslararası çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması imzalamış olan Türkiye için her anlaşma kanun hükmünde olmakta ve dolayısıyla Vergi Ceza Hukuku için asıl kaynak niteliği taşımaktadır²¹.

1.1.9.1.4. Kanun Hükmünde Kararnameler

Kanun hükmünde kararnameler (KHK) çıkarıldıkları dönem itibariyle ikiye ayrılmaktadır. İlk nevi olanları, KHK olarak adlandırıp; olağan zamanlarda çıkartılanlardır. Bunlar: Bakanlar Kurulu'nun yasama organından aldığı yetki kanunu ile yaptığı, genel ve düzenleyici nitelikteki işlemlerdir. Yetki kanununda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı, ilkeleri ile yetkinin süresinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Diğer KHK türü olan, sıkıyönetim ve olağanüstü dönemle çıkartılan Olağanüstü Dönem KHK'leri ise kanuna değil; Anayasa'ya dayanılarak çıkarılmaktadır (Yılmaz, 2011, s. 391 , Bayraklı, 1999, s.27).

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden dolayı, vergiler ancak kanunla salınabilirken; cezalar da ancak kanunda ilgili hüküm var ise tatbik olunabilmektedirler. Kanun dışındaki herhangi bir düzenleme ile herhangi bir vergi salınamaz, değiştirilemez ya da kaldırılamazken; herhangi bir ceza da verilemez. Buradan hareketle gerek vergi gerekse vergi cezası hususunda, KHK ile düzenlemelerde bulunulamaz ve haliyle KHK, Vergi Ceza Hukuku için esas kaynak niteliği

Anayasa Madde 73: "...Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır..."

¹⁶ 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu. (1960). T. C. Resmi Gazete, 10700, 6 Ocak 1961.

¹⁷ 1319 Sayılı Emlak Vergisi Kanunu. (1970). T. C. Resmi Gazete, 13576, 11 Ağustos 1970.

¹⁸ 197 Sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu. (1963). T. C. Resmi Gazete, 11342, 2 Şubat 1963.

¹⁹ 6183 Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun. (1953). T. C. Resmi Gazete, 8469, 28 Temmuz 1953.

²⁰ 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu. (1964). T. C. Resmi Gazete, 11751, 11 Temmuz 1964.

²¹ Yürürlükteki çifte vergilendirmeyi öneme anlaşmaları için bakınız: http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/uluslararasi_mevzuat/ULKELER_LIST.htm (E.T.: 07.11.2017)

taşıyamaz. Ancak Olağanüstü Dönem KHK'leri bu kurala istisna teşkil etmektedir. Sıkıyönetim ve olağanüstü hâl gibi durumlarda; ilgili durumun gerektirdiği konularla sınırlı olmak üzere, cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca çıkartılabilen Olağanüstü Dönem KHK'leri ile vergi ve vergi cezalarına yönelik düzenlemeler yapılabilmektedir. Netice itibariyle Olağanüstü Dönem KHK'leri Vergi Ceza Hukuku için esas kaynak niteliği taşımaktadır (Bayraklı, 1999, s.28-29).

1.1.9.1.5. İçtihadı Birleştirme Kararları

Yargıtay'ın veya Danıştay'ın daireleri arasında ya da aynı dairenin farklı zamanlarda verdiği kararlar arasında aykırılık söz konusu olması halinde veyahut mevcut içtihadın değiştirilmesinin lazım geldiği durumlarda, bunlarla ilgili kararlar yüksek yargı organlarınca ele alınır ve sonuçlandırılır. Sonuca ulaştıran karara da içtihadı birleştirme kararı denir. Kanunlar gibi Resmî Gazete'de yayımlanan içtihadı birleştirme kararları, tüm yargı organlarını bağlayan esas kaynak niteliğindedir (Mutluer, 1979, s.17-18).

Vergi cezaları açısından içtihadı birleştirme kararları, İdare'nin vermiş olduğu vergi cezalar hususunda Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu; vergi suçlarına karşı ceza mahkemelerince verilen cezalar hususunda ise Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ya da Yargıtay Genel Kurulunca verilir²². Yargıtayca verilen kararlar Adalet Bakanlığı'na bildirilirken; bakanlık, ilgili kararı tüm adli mahkemelere ve cumhuriyet savcılıklarına iletir. Böylece alınan karar, Yargıtay Genel Kurulu ve dairelerinin yanında, adli mahkemeler için de bağlayıcılık teşkil eder. Bu açıdan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararları ceza mahkemelerince yargılanan vergi suçları nezdinde Vergi Ceza Hukuku'na kaynaklık eder (Bayraklı, 1999, s.33-34). Danıştay başkanı, ilgili dava daireleri, idari veya vergi dava daireleri genel kurulları ile başsavcı tarafından istenebilen Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararlarının, alındığı tarihten itibaren 1 ay için Resmî Gazete'de yayımlanması gerekmektedir. Danıştay daire ve kurulları, idare ve vergi mahkemeleri ile Vergi İdaresi'ni bağlayan bu kararlar da Vergi Ceza Hukuku için esas kaynak niteliğindedir (Bayraklı, 1999, s.34 ; Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.35).

Vergilerle ilgili olarak, Danıştay daireleri ve Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunca verilen kararlar, kural olarak sadece ilgili vergi yükümlüsünü ile İdare'yi bağlamakta; başka mükellefler

²² Vergi Ceza Hukuku açısından, Yargıtay'ın Hukuk ve Ceza Genel Kurulunca birleştirilecek içtihatlar, iki ceza dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluğu ya da ceza dairesinin birisinin yerleşik içtihattan dönmek istemesinden veya benzer olaylara birbiriyle uymayan kararlar vermesinden doğan uyumsuzlukların çözümüne yönelik iken; Yargıtay Büyük Genel Kurulunca birleştirilecek içtihatlar, Ceza Genel Kurulu'nun benzer olaylar hususunda verdiği tutarsız kararlar ile Ceza Genel Kurulu'yla bir ceza ya da hukuk dairesi arasında meydana gelen içtihat uyumsuzluğudur.

nezdinde benzer bir durum cereyan ettiğinde; İdare'nin söz konusu daire veya kurulca verilen karara uyma yükümlülüğü olmamaktadır. Her ne kadar bahsi geçen kural esas kural olsa da Danıştay'ın belli olaylara aynı yönde karar vermesi halinde, İdare de genellikle bu kararlara uymaktadır. Bu özelliği itibariyle birleştirilmiş içtihatlar, Vergi Ceza Hukuku'nun esas kaynakları arasında yer almaktadır (Erginay, 1971, s.30).

1.1.9.1.6. Bakanlar Kurulu Kararları

Anayasa'nın 73. maddesi, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ancak kanunla konulmasına, değiştirilmesine ve kaldırılmasına hükmetmektedir. Ancak kanun koyucu, değişen ekonomik ve sosyal koşulların olumlu etkilerinden faydalanmak ya da olumsuz etkilerinin asgari düzeye çekebilmek amacıyla, Bakanlar Kurulu'na sınırlı yetkiler vererek bu kuralı esnetmiştir. Zira ülke ekonomilerinin dışa açık olmasının kaçınılmaz olduğu günümüzde, gelişmekte olan ülkelere ait ekonomilerin kırılgan yapıları, kendi dinamiklerine ilave olarak dünyadaki ekonomik ve sosyal gelişmelerden de kısa sürede ve yüksek derece etkilenmesine neden olmaktadır. İşte bu etkiye karşı da derhal müdahale edilmesi gerekmektedir. Bu yüzden kanun koyucu Bakanlar Kurulu'na belli sınırlar içerisinde vergi oranları, muaflık, istisna ve indirim hususlarında değişiklik yapabilme serbestisi getirmiştir. Bakanlar Kurulu'nun söz konusu sınırlı alanlarda aldıkları kararlar ise Vergi Ceza Hukuku için esas kaynak niteliği taşımaktadır.

1.1.9.1.7. Düzenleyici Genel Tebliğler

Genel tebliğler, vergi uygulamalarına açıklık getirmek, karşılaşılan ve karşılaşıma ihtimali olan belirsizlikleri gidermek amacıyla Maliye Bakanlığınca çıkartılıp Resmî Gazete'de yayımlanan metinlerdir. Genel tebliğlerin çıkarılması İdare'nin göreceği lüzum üzerine olabileceği gibi vergi yasalarının, bazı durumların açığa kavuşması hususunda Maliye Bakanlığı'na verdiği emirle de olabilmektedir (Akdoğan, 2013, s.22).

Çıkarılma gayesine bağlı olarak genel tebliğler, iki türdür: ilki, düzenleyici işlem yapmak üzere, çıkartılan “*düzenleyici genel tebliğler*” ikincisi ise vergi kanunların uygulanmasına açıklık getirmek için çıkartılan “*açıklayıcı genel tebliğler*”dir.

Vergi Hukuku'nun bağlayıcı kaynaklarından olanı ise kanun tarafından verilen yetki ile çıkartılabilen ve Vergi Ceza Hukuku'nun de esas kaynakları arasında yer alan düzenleyici genel tebliğlerdir. Ancak nev'i ne olursa olsun genel tebliğler, vergi yükünü etkileyici nitelikte olamaz. Düzenleyici genel tebliğlerle İdare, tek taraflı olarak mükelleflerin uymalarını istediği iradesini

açıklar. İcrai niteliği haiz olan düzenleyici genel tebliğler, iptal davasına konu olabilirler. Ancak iptal edilinceye kadar bağlayıcılığını ve haliyle Vergi Ceza Hukuku için esas kaynak olma vasfını korurlar (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.33). Yetkili makamların görüş ve kanaatini yansıtan genel tebliğe göre işlem yapan mükellefler, söz konusu görüş ve kanaatin sonradan değişmesi sonucu cezaya sebebiyet veren bir fiilin öznesi konumuna düşerlerse, yanılma hükümlerinden faydalanabilirler. Bu durum, düzenleyici genel tebliğin esas kaynak olma niteliğinden ileri gelmektedir (Bayraklı, 1999, s.36).

1.1.9.1.8. Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin başta gelen görevleri arasında; kanunların, KHK'lerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemek ve bireysel başvuruları karara bağlamak gelmektedir (Anayasa Md. 148). Kendiliğinden harekete geçmeyen Anayasa Mahkemesi'ne, vergi ile alakalı kanuni düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığına dair dava açıldığında; aykırılık denetimi sadece Anayasa'nın vergi ödevine ilişkin 73. maddesine göre değil; tüm maddeleri nezdinde gerçekleştirilmektedir. Yasama, yürütme, yargı organları başta olmak üzere, tüm idari makamlarla gerçek ve tüzel kişileri bağlayan Anayasa Mahkemesi kararları, Vergi Ceza Hukuku için de esas kaynak niteliğini haizdir. Zira diğer tüm kanunların olduğu gibi vergi ve vergi cezalarına ilişkin kanunların da Anayasa'ya uygun çıkarılması gerekmektedir (Bayraklı, 1999, s.21 ; Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.29).

1.1.9.2. Vergi Ceza Hukuku'nun Tali Kaynakları

Doktrin çalışmaları incelendiğinde; Vergi Ceza Hukuku'nun tali nitelikli kaynaklarının: tüzükler, yönetmelikler, açıklayıcı genel tebliğler, sirkülerler, muktezalar, genel yazılar, bilimsel öğretilerle örf ve adetlerden oluştuğu anlaşılmaktadır. Çalışmanın devam eden kısmında, bahsi geçen tali kaynaklara dair açıklamalara yer verilmiş olup; konu bütünlüğünü muhafaza edebilmek maksadıyla gerekli bilgilendirmeler Vergi Ceza Hukuku çerçevesinde yapılmıştır.

1.1.9.2.1. Tüzükler

Tüzük: Bakanlar Kurulu'nun, kanunların uygulamasının göstermek ya da emrettiği işleri belirtmek için, kanunlara aykırı olmayacak şekilde ve Danıştay incelemesinden geçirerek çıkardığı düzenleyici işlemlerdir (Yılmaz, 2013, s.775). Haliyle vergi alanında çıkartılacak bir

tüzük de bir vergi kanunun uygulanması veyahut kanunda ne emredilmişse onunla alakalı olmak durumundadır (Erginay, 1971, s.31). Cumhurbaşkanınca imza edilip Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren tüzükler süreli, soyut ve objektif hükümleri ihtiva etmektedir (Bayraklı, 1999, s.34 ; Gözler, 2004, s.317).

Tüzüklerin, Vergi Ceza Hukuku’nun esas kaynağı niteliğini taşıyabilmesi için vergilerin konulması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına dayanak teşkil etmesi gerekmektedir. Ancak vergilerin kanuniliği ilkesinden dolayı, tüzüğe dayanılarak bu niteliklerde bir düzenleye gitmek imkansızdır. Netice itibariyle tüzüklerin, vergilerin üzerinde, bahsi geçen nitelikte etkileri olmasa da düzenledikleri ve belirttikleri uygulamalar açısından, vergi kanunlarının daha iyi anlaşılmasını sağladıklarından ötürü tali kaynak niteliğinde olduklarını söylemek mümkündür (Erginay, 1971, s.31).

1.1.9.2.2. Yönetmelikler

Yönetmelikler: Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar ile tüzüklerin uygulanmasının sağlamak için, bunlara aykırılık teşkil etmeyecek şekilde çıkarılan düzenleyici işlemlerdir (Anayasa Md. 124). Yönetmeliklerin de tüzüklerde olduğu gibi vergi uygulayıcılarını ve yükümlülerini aydınlatıcı nitelik taşıdığından ve yalnızca var olan kanunlarla tüzüklerin uygulanış biçimlerini belirtip; herhangi bir vergisel düzenlemeler üzerinde etkide bulunamadığından tali kaynak niteliğini haizdirler (Bayraklı, 1999, s.35 ; Mutluer, 1979, s.21).

1.1.9.2.3. Açıklayıcı Genel Tebliğler

Vergi kanunları sayıca çok olmakla beraber, ekonomik ve sosyal yaşamın gerekleri doğrultusunda da sürekli değişiklik göstermektedir. Haliyle hem uygulayıcılar hem de yükümlüler nezdinde, meydana gelen değişikliklerin idrakini kolaylaştırmak ve oluşan veya oluşma ihtimali olan tereddütleri bertaraf ederek karışıklıkların önüne geçmek maksadıyla, yetkili kişilerce açıklama yapılması gereği duyulmaktadır. Bu doğrultuda Maliye Bakanlığı tarafından, kanun hükümlerinin yorumlanması ve açıklanması amacıyla açıklayıcı genel tebliğler yayımlanmaktadır. Vergi Hukuku alanının en çok başvuru alanı düzenleyici işlemlerden olan açıklayıcı genel tebliğlerin, ülke çapında vergi uygulamalarının birliğinin sağlanması hususunda da önemli rol oynadığı düşünülmektedir (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.31).

Açıklayıcı genel tebliğler, esas olarak Maliye Bakanlığı'nın iç işleri ile alakalı olduğundan; yükümlüler açısından hukuki bir durum yaratmazlar. Ancak, İdare'nin kendisi için emir niteliğinde olduğundan bağlayıcılık arz etmektedir (Erginay, 1971, s.33). Öte yandan açıklayıcı genel tebliğlerin mükellefler ve yargı organları üzerinde hiçbir bağlayıcılığı olmasa da Vergi Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku ile ilgili uygulamalardaki aksaklıkların giderilmesini sağlama vasfı onu, tali kaynak niteliğine büründürdüğü sonucuna varılmaktadır (Bayraklı, 1999, s.36).

1.1.9.2.4. Sirkülerler, Muktezalar ve Genel Yazılar

Muktezalar: mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergisel uygulamalar açısından sarıh olmayan ve tereddüde sebebiyet veren konular hususunda yazı ile bilgi istemeleri üzerine; yetkili makamların bizzat talepte bulunana verdikleri yazılı görüştür. Belirli bir konuda tereddüde düşen kişilerin çokluğu; diğer bir ifade ile aynı hususta çok sayıda muktezanın yazılması üzerine Gelir İdaresi Başkanlığı'nın, tereddüde düşülen hususlarda uygulamalara yön vermek ve açıklık getirmek için tüm mükelleflere yönelik olarak yayımladığı yazılara da sirküler adı verilmektedir (VUK, Md. 413). Muktezaya ve sirkülere uygun olarak yapılan işlemler ceza gerektirse dahi ilgiliye ceza verilmeyecektir (VUK, Md. 369).

Muktezalarca verilen cevaplar yalnızca ilgili mükellefe yönelik iken diğer mükellefler ve yargı kararları açısından herhangi bir bağlayıcılığı yoktur (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.39). Zira muktezalar sadece İdare'nin görüşünü ortaya koyan yazılardır. Bu hüküm sirkülerler için de geçerlidir. Ancak her ne kadar sirkülerler yeni bir kural veya hüküm getirmeden sadece yürürlükteki mevzuat hükümlerini açıklama amacını gütsede bu hususta yapılan açıklama ve yorumları vergi inceleme elemanı emir telakki etmektedir. Nihayetinde mukteza (ilgilisi hariç olmak üzere) ve sirkülerler vergi yükümlüsü ve yargısı için tali bir kaynak niteliğini teşkil ederken, sirkülerler İdare için esas kaynak mahiyetindedir (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.38-40).

Genelgeler / genel yazılar: Maliye Bakanlığı'nın örgüt düzeyinde uygulama birliğini sağlamak gayesiyle belli hususlara ilişkin gönderdiği yazılı emirlerdir. Uymak zorunda olunan emirleri ihtiva eden genelgeler İdare'nin birimleri için bağlayıcı olsa da mükellefler ve yargı organları için bağlayıcılık teşkil etmediğinden yalnızca tali kaynak niteliği taşımaktadır (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, 37-39).

1.1.9.2.5. Doktrin (Bilimsel Öğreti)

Doktrin ya da bilimsel öğreti: belirli bilim dalıyla meşgul olan kişilerin, o bilim dalına has sorunlar ve gelişmelere yönelik görüş ve açıklamalarını ifade eder. Herhangi bir bağlayıcılık teşkil etmeyen doktrin, idari uygulamaların şekillenmesi ve yargı kararların oluşmasıyla yetkililerin kanaatlerinin şekillenmesi gibi hususlarda sağladığı katkıdan dolayı tali kaynak olarak nitelendirilmektedir (Akdoğan, 2013, 26-27).

1.1.9.2.6. Örf ve Adet

Örf ve âdet: yazılı halde olmasa da toplumu oluşturan bireyler için riayeti zorunluluk arz edebilecek nitelikte olan gelenek, görenek ve davranış kalıplarının oluşturduğu kurallar bütünüdür. Hukuk sistemi bağlamında örf ve âdet kuralları ancak, kanunların kendilerine açıkça gönderme yaptığı durumlarda kaynak niteliğine dönüşebilmektedir. Bu durumlarda örf ve adetler İdare ve yargı organları için bağlayıcılık teşkil etse de vergi yükümlülükleri için bağlayıcılığı söz konusu olmayacaktır (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.36). Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku, Borçlar Hukuku alanları için sıklıkla asıl kaynak niteliğine bürünen örf ve adetler, Vergi Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku'nda kanunilik ilkesinin temel teşkil etmesinden ötürü; söz konusu hukuk dalları için asıl kaynak olma işlevi zayıf kalmaktadır. Haliyle örf ve adetler Vergi Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku açısından ancak tali kaynak niteliğine sahip olabilmektedir (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.37 ; Bayraklı, 1999, s.28).

1.1.10. Vergi Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanması

Kanunsuz vergi alınamayacağı gibi kanuna dayanmadıkça vergi cezasının da kesilmeyeceği kuralı, vergi suç ve cezalarını konu eden kanunların zaman, yer ve anlam bakımından uygulanmalarına dair hususlara açıklık getirilmesinin ehemmiyetini ortaya koymaktadır. Nitekim vergi cezası ihtiva eden bir kanunun; yürürlüğe girme veya yürürlükten kalkması durumlarında, hangi zaman dilimi öncesindeki ve sonrasındaki olaylara tatbik edileceğinin belirlenmesinin ve vergi aslı ve/veya cezasına dair işlemlerde bulunma yetkisinin sınırının, devletin siyasi sınırından ibaret olup olmadığının tespitinin Vergi Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku bağlamında hukuk düzeninin daha sağlıklı işlemesine katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Ayrıca, kanun normlarının anlam bakımından uygulamasının netleştirilmesinin de soyut hukuk normlarının somut olaya tatbikinde, kanunun öngörüsüyle cezalandırma gerekçesi arasındaki uyumun yakalanmasına hizmet edeceği kanaati hakimdir. Aşağıda, Vergi Ceza Hukuku hükümlerinin zaman, yer ve anlam itibarıyla uygulanması hususlarında detaylı açıklamalara yer verilmiştir.

1.1.10.1. Zaman İtibariyle Vergi Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanması

Kanunların zaman bakımından uygulanması, onların yürürlüğe konması ve yürürlükten kaldırılmasının yanında, yürürlük öncesi ve sonrası olaylara tatbik edilip edilemeyeceği ile de ilgilidir (Pehlivan, 2014, s.40).

Kanunlar çıkartılırken yürürlük tarihi ile ilgili düzenlemelere de yer verilir. Yürürlük maddesi adı verilen bu düzenleme mevcut değil ise kanunların, Resmî Gazete’de yayımladığı tarihten itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girdiği kabul edilir²³. Söz konusu kaideler, diğer hukuk dallarında olduğu gibi Vergi Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku için de geçerli olsa da vergi ve vergi cezalarına dair kuralları ihtiva eden bu kanunların uygulanması diğer kanunlara nazaran farklılık göstermektedir. Zira verginin kendisi ve cezasına yönelik düzenlenen Vergi Usul Kanunu maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra, her yıl uygulanabilmesi Bütçe Kanunu’nun C cetvelinde yer almasına bağlıdır. Belli bir yılda C cetvelinde yer almayan vergi kanunu, o bütçe yılı için uygulamaz. Diğer bir ifade ile askıda kalır. Kanunların yürürlükten kalması ise ya bu hususta bir başka kanunun yürürlüğe girmesi ya Anayasa Mahkemesi kararı ya da süreli kanunların yürürlük süresinin dolması ile mümkündür (Mutluer, 1979, s.23 ; Bayraklı, 1999, s45).

Ceza Hukuku açısından bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için yürürlükte bulunan kanunlara tabi olması gerekmektedir (TCK, Md. 2). Zira daha önce de bahsedildiği üzere, kanunsuz suç söz konusu olamamaktadır. Ancak, kural olarak kanunları geriye yürümezliği söz konusu olsa da suç sayılan bir fiilin, daha sonra yürürlüğe konan bir kanunla cezasının hafifletilmesi ya da ortadan kaldırılması durumunda, fail için lehe olan bu düzenleme geriye yürütülebilmektedir (TCK, Md. 7).

Kanunların yürürlüğe girmesi, yürürlükten kaldırılması, geriye yürütüp yürütülmemesi hususundaki tüm kaideler Vergi Ceza Hukuku için de geçerlidir. Vergi Usul Kanunu’nun Geçici 6. maddesinde yer alan “*Bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş fiiller hakkında, bu fiillerin işlendiği tarihte 5432, 5815 ve 6094 sayılı kanunların yürürlükte bulunan vergi cezalarına ve hileli vergi suçlarına müteallik hükümleriyle bu kanunun hükümlerinden hangisi mükellefin veya suçu işleyen kimsenin lehine ise o hüküm uygulanır. Yukarıdaki fıkra hükmü, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesilmiş olup da henüz kesinleşmemiş veya tahsil edilmemiş olan vergi cezalarıyla ceza mahkemelerince hükmolunan cezalara da şamildir*” hükmü

²³ 1322 Sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkındaki Kanun, madde 3.

bu görüşü destekler nitelikte olsa da daha sonra çıkarılan 2365 ve 4369 sayılı kanunlarla yerleşik olan bu ilkedен vazgeçilmiştir²⁴.

1.1.10.2. Yer İtibariyle Vergi Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanması

Yer bakımından hukuk kurallarının uygulanması, söz konusu kuralların uygulanacağı egemenlik sınırlarının tespitiyle ilgilidir. Vergi Ceza Hukuku özelinde ise bu uygulama, vergisel ve cezai nitelikleri göz önünde tutulmak suretiyle; hukuk kurallarının yer itibariyle uygulanmasını konu etmektedir (Bayraklı, 1999, s.39).

Esas olarak hukuk kuralları, ihdas olundukları devletlerin sınırları içerisinde geçerli olsa da seyahat özgürlüğünün anayasal güvencelerle korunduğu ve seyahat etme imkanlarının arttığı günümüzde devletler, yabancı ülkelerde bulunan vatandaşları üzerinde de denetim yetkisine sahip olmak istemektedirler. Buna müteallik, egemenlik yetkisinin en önemli göstergelerinden olan verginin kendisine has kanunların uygulaması hususunda iki ilke ortaya çıkmıştır. Bunlar: uygulamada siyasi sınırları esas alan, ilgili ülkenin vatandaşı olsun ya da olmasın vergi ehliyetini haiz olan herkese vergilendirme ve vergi cezası kesme yetkisi veren **mülkilik ilkesi** ve ilgili ülkeye vatandaşlık bağıyla bağlı olan kişilerden, o ülke dışında elde ettiği gelirleri de vergilendirme ve onlara vergi cezası kesme yetkisi veren **şahsilik ilkesidir** (Bayraklı, 1999, s.39-41 ; Mutluer, 1979, s.24-25).

Vergi Ceza Hukuku'nun yer itibariyle uygulanması hususunda, geçerli olan esas ilke mülkiliktir. Daha açık bir ifade ile kişiler, ilgili ülkenin vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın, ülkede geçerli olan vergi ve vergi cezasına yönelik kaidelere uymak zorundadırlar. Esas ilke mülkilik olsa da bu ilkenin istisnaları olduğu gibi şahsilik ilkesinin uygulandığı durumlar da söz konusudur²⁵ (Mutluer, 1979, s.25).

1.1.10.3. Anlam İtibariyle Vergi Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanması (Yorum)

Hukuk kurallarının uygulanması, soyut hukuk normunun, somut ve belirli bir olaya tatbikidir. Haliyle bunun için uygulanacak hukuk kuralının ne anlama geldiğinin belirlenmesi; diğer bir ifade ile yorumlanması lazım gelmektedir. Yorum: kanun maddelerini oluşturan metinlerden ve

²⁴ Detaylı bilgi için lütfen bakınız: H. Hüseyin Bayraklı, Vergi Ceza Hukuku, 1999, s.47-51.

²⁵ Gelir Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlenen "*Diplomat Muaflığı*" mülkilik ilkesini için istisna teşkil ederken; GVK'ye tabi, sübjektif nitelik arz eden tam mükellef gerçek kişilerin vergilendirilmesinde şahsilik ilkesi geçerlidir.

kanunun ruhundan yola çıkarak, bir metnin gerçek anlamını ve kapsamını belirlemek maksadıyla yapılan fikri çalışma olarak tanımlanmaktadır (Mutluer, 1979, s.25 , Bayraklı, 1999, s.51).

Yorum, yapan organa göre: yasama yorumu, yargı yorumu, idari yorum ve doktrin yorumu olacak şekilde, dörde ayrılmaktadır. Kanunların, kanun koyucu tarafından yorumlanması olan **yasama yorumu**, 1924 Anayasası'nda yer alsa da 1961 ve 1982 anayasalarınca ihtiva edilmemiştir. Zira 1961 Anayasası'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, kanunların yorumu yargı organının yetki alanında olup; yasamanın böyle bir yetkiyle donatılması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil edecektir. İdare'nin, vergi cezası ile ilgili hüküm ihtiva eden kanunların anlaşılmasına ve uygulanmasına dair yorumları **idari yorum** olarak adlandırılırken; yargı organlarının uyuşmazlıkların çözümü esnasında somut olay nezdinde yaptığı yorum da **yargı yorumudur**. Ayrıca, bilim adamları ve hukukçular tarafından, belli bir olaya dayanmaksızın, hukuk kurallarının anlaşılmasını ve uygulanması kolaylaştırmak amacıyla yapılan, yasama ve yargı organlarına yol gösterici nitelik taşıyan yorum ise **doktrin yorumu** olarak addedilmektedir (Öncel ve Diğerleri, 1999, s.8 , Bayraklı, 1999, s.54-55).

Yorum yapan organlar, bir kanun hükmünü yorumlarken çeşitli yöntemlere başvurmaktadırlar. Yorum yöntemleri olarak adlandırılan bu yöntemlerin ilki olan **lafzi yorum**, kanun metninin yazılış şeklinden, metni oluşturan kelimelerin, deyimlerin ve ifadelerin, cümle yapısı içindeki anlamlarının dilbilgisi kurallarının gözetilerek araştırıldığı yorum yöntemidir (Öncel Ve Diğerleri, 1999, s19). Yorumlanmak istenen metinde geçen ifadelerden kanunun anlamını ve amacını anlamak mümkünse başka bir yorum yöntemine lüzum yoktur (Pehlivan, 2014, s.43). Ancak bu yöntem çoğu zaman tek başına kâfi gelmemekte; diğer yorum yöntemleriyle desteklenmesi gerekmektedir (Öncel ve Diğerleri, 1999, s.43). Zira Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinde, vergi kanunların lafzı ve ruhuyla bir bütün olduğu belirtildikten sonra, lafzın açık olmadığı durumlarda, kanun hükmünün konuluşundaki maksat, hükmün kanun kapsamındaki yeri ve diğer madde hükümleri ile bağlantısı göz önünde tutularak yorumlanması gerektiğine hükmetmiş; ez cümle, lafzi yorumun yeterli olmadığı durumlarda, buna ilaveten hükmün özünün (ruhunun) de araştırılması gerektiğini belirtmiştir (Karakoç, 2004, s.114). **Amaçsal yorum** olarak adlandırılan bu yorum yönteminde genel gaye: kanunun konuluş amacının ortaya konularak anlamını belirlemektir (Pehlivan, 2014, s.43).

Diğer bir yorum türü olan **tarihsel yorum**: kanun koyucunun, kanunu yaptığı tarihteki maksadını, ilgili kanuna ait tasarı, gerekçe ve meclis görüşmelerinden yararlanarak ortaya koymayı amaçlayan yorum türüdür. Son olarak, bir nev'i diğer yorum türlerinin topluca uygulaması olan **sistematik yorum** ise yorumlanmak istenen kanun normunun, hukuk sistemi içerisindeki yeri,

işlevi ve diğer kanun hükümleri ile bağlantıları dikkate alınarak gerçekleştirildiği yorum yöntemidir (Karakoç, 2004, s.113 ; Pehlivan, 2013, s.44).

1.2. VERGİ CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA KABAHAT VE SUÇ KAVRAMLARI

İçinde yaşanan topluma özgü olarak oluşan ve hukukla korunan değerler, çeşitli eylemlerle ihlal edilebilmektedir. Hukuka aykırı nitelik taşıyan söz konusu eylemler, sebep oldukları ihlalin ağırlığına göre suç ve kabahat olarak sınıflandırılırlar. Bu sınıflandırmada: hukuk düzenini ağır derecede ihlal eden fiiller suçları; hafif derecede ihlal eden fiiller ise kabahatleri teşkil etmektedir. Haliyle bir eylemin kabahat ya da suç olabilmesi için öncelikle hukuka aykırı nitelikte olması gerekmektedir; eylemler arasındaki niteliksel ayrımı da niceliksel (ihlaldeki aykırılık derecesi) farkları belirlemektedir (Çağlayan, 2006, s.1 ; Şenyüz, 2011, s.3). Bu ayrım bilhassa verilecek cezaların da nitelik (hapis cezası – idari ceza) ve niceliği (hapis cezası süresi – para cezası miktarı) açısından çok önemlidir. Zira kabahat olarak addedilen hafif ihlaller için İdare Hukuku ilkelerine göre işlem yapılırken; suç olarak isimlendirilen ağır ihlaller için Ceza Hukuku ilkeleri uygulanmaktadır (Şenyüz, 2011, s.3-4). Buradan hareketle, vergi suçları için biçilecek ceza diğer alanlarda verilen cezalar gibi, cumhuriyet savcısının soruşturması üzerine ceza mahkemesi hakiminin kararı ile verilirken, vergi kabahatlerine verilecek olan ceza ise diğer kabahatler de olduğu gibi idari işlemle verilmektedir (Şenyüz, 2011, s.5).

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle vergi kabahatleri, vergi kaybına sebebiyet veren ve/veya vergi sisteminin işleyişini sekteye uğratan ve kanun koyucu nazarında ağır olmayan nitelikteki hukuka aykırı fiiller olarak tanımlanabilmektedir. Vergi suçları ise vergi gelirlerinde kayba sebebiyet vermesinin ötesinde kamusal düzende ciddi aksaklıklara neden olan ve kanun koyucuya göre niteliği ağır olan hukuka aykırı fiillerdir (Başaran Yavaşlar, 2009, s.285-286 ; Şenyüz, 2011, s.3). Çalışmanın bundan sonraki kısmında vergi suçlarına ve kabahatlerine dair detaylı açıklamalara yer verilmiştir.

1.2.1. Vergi Kabahatleri

Kabahatler, daha önce de bahsedildiği üzere, suçlar gibi hukuka aykırı olsalar da kamu düzenini hafif ihlal eden fiillerdir. Türk hukuk mevzuatında, daha önce yürürlükte olan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (Mülga) suçlar: fiilin ağırlık derecesine göre cürümler ve kabahatler olarak ayrılmış ve bunlarla ilgili genel kurallar aynı Kanun bünyesinde düzenlenmiş bulunmaktaydı. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabulüyle, kabahatler bu Kanun'un kapsamından çıkartılmıştır. Ancak, Türk Ceza Kanunu dışına çıkartılan kabahatler yaptırımsız bırakılmayıp;

müstakil bir kanun olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu içerisinde düzenlenmiştir. Kabahatler için genel kanunun niteliği taşıyan Kabahatler Kanunu’nun kabulüyle; suçların ve kabahatlerin hukuki kaynakları da ayrılmış bulunmaktadır (Çomaklı ve Ak, 2013, s.158 ; Şenyüz, 2011, s.6-7).

Kabahatler Kanunu, kabahati, “*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulamasını öngördüğü haksızlık*” olarak tanımlamıştır (KK Md. 2). İdari aykırılıklar olarak düzenlenen kabahatler, Kabahatler Kanunu dışında özel kanunlarca da ihtiva edilmiştir. Haliyle bir idari işlem olan vergi aslına ve cezasına dair işlemlere de Kabahatler Kanunu dışında, bu hususta düzenlemeler ihtiva eden özel kanunlar da dayanak teşkil etmektedir. Nitekim vergi hukukunun özelliği gereği; zamaşımı, kusur, sorumluluk gibi birçok konuya dair düzenlemeler, özel kanun niteliği taşıyan Vergi Usul Kanunu’nda yer almaktadır (Çomaklı ve Ak, 2013, s.159 ; Şenyüz, 2011, s.7). Hemen belirtmek gerekir ki vergi kabahatleri için evvela özel kanun hüviyetinde olan Vergi Usul Kanunu hükümleri dikkate alınmalı; ilgili konuya dair bu Kanun’da hüküm düzenlenmediği takdirde; Kabahatler Kanunu hükümleri doğrultusunda hareket edilmelidir. Bir idari işlem olan vergilemenin, kendine has tekniğinin olması, usul ve cezalandırma koduna sahip olması bu sonucu doğurmuştur (Şenyüz, 2011, s.27).

Çalışmanın esas konusunu oluşturan vergi kabahatleri ise vergi ile ilgili ödevlerin yerine getirilmemesine sebebiyet veren ve para cezası ya da idari tedbirlerle cezalandırılan fiillerdir²⁶. Vergisel idari düzenin sağlanması ve/veya korunması ile hazinenin gelirden mahrum kalmasını önlemek için getirilen bu cezalar, kabahati işleyen vergi mükelleflerine, vergi sorumlularına, bunlarla ilişkide bulunan üçüncü kişilere ve kanunda sayılan diğer kişilere tatbik edilebilmektedir (Candan, 2008, s.56 ; Şenyüz, 2011, s.21).

Vergi hukukunda iki tür zarardan söz etmek mümkündür. İlki, vergi ziyayı adı verilen ve aynı isimle anılan kabahate (vergi ziyayı kabahati) sebep olan; doğrudan parasal nitelikte vergi kaybı iken, ikinci tür zarar, hali hazırda parasal bir kayıp söz konusu olmasa da vergisel idari düzenin bozulması ve bunun sonucunda vergi ziyasının doğmasına sebebiyet verme tehlikesinin yaratılmasıdır. İleriye dönük bir vergi ziyayı olasılığı biçimde ortaya çıkan bu zarar da usulsüzlük kabahatinin sonucudur (Şenyüz, 2011, s.21).

Vergi kabahatlerinin amacı, Hazine’nin uğradığı zararı tazmin etmenin ötesinde, kabahatlere karşılık, zararı aşan tutarda cezanın hükmedilmesiyle, failler için caydırıcılık; suç işlemeye meyilli olanlar içinse tenkil niteliği teşkil etmesini sağlamaktadır. Zira kayba uğratılan vergi için

²⁶ Vergi ödevlerinin yerine getirilmesi hususunda, yalnızca kanunda yapılması emredilenlerin yapılmasını anlamamak gerekir; bunun yanında, yapılmaması emredilenlerin de yapmamak da vergi kabahati niteliğindedir. Öte yandan vergi kabahatine dair bir düzenleme tek bir fiili kapsadığı gibi vergi ziyayı kabahatinde olduğu gibi bir maddede sayılan birçok fiili de kapsayabilmektedir.

vergi aslına ilaveten gecikme faizinin alınması; uğratılan zararın giderilmesi için kâfi gelmekte iken; işlenen kabahat fiilinin niteliğine göre, vergi kaybının kendisi ya da üç katı tutarında ayrıca cezaya hükmedilmektedir. Diğer taraftan, Hazine zarara uğramamış olsa dahi ileride doğması muhtemel zararlara sebebiyet verecek fiillerin (tehlike suçu) cezalandırılması da kabahatlerinin amacının uğranılan zararının tazmininden ibaret olmadığına işarettir. Her iki durumda da vergi cezası, eğer sebep olunan zararın karşılığına yönelik olsaydı, vergi aslı gibi failin ölümüyle sona ermeyip mirasçılara geçerdi (Çomaklı ve Ak, 2013, s.160 ; Erginay, 1971, s.15 ; Şenyüz, 2011, s.21-22).

Vergi hukuku, kanunilik ilkesinin en keskin uygulandığı hukuk dallarından biridir. Kabahatler ve cezalarıyla ilgili düzenlemelerin İdare'nin ihdas edeceği düzenleyici işlemlerle yapılamaması; söz konusu düzenlemelerin ancak ve ancak kanunla mümkün olması, kanunilik unsurunun bir gereğidir. Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde, hangi fiillerin kabahat olduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceğinin yanında; çerçeve bir hüküm ile kapsam ve koşulları belirlenen kabahatin, İdarece çıkartılan genel düzenleyici işlemler marifetiyle de belirlenebileceğine hükmedilmiştir. Öte yandan aynı maddede, kabahatlere uygulanacak olan cezaların ise gerek türü gerek süresi gerekse miktarının sadece kanunla belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Netice itibariyle Kabahatler Kanunu, kabahat yaratılması konusunda İdare'ye bazı yetkiler vererek kanunilik ilkesini esnetse de cezalar hususunda bu türden bir serbesti tanımamıştır (Şenyüz, 2011, s.27-29).

1.2.1.1. Vergi Kabahatlerinin Unsurları

Daha önce de bahsedildiği üzere, suçu ve kabahati aynı nitelikli fiiller oluştururken; bir fiilin suç mu yoksa kabahat mı olduğunun tespitinde fiillerin ağırlıkları; diğer bir ifade ile fiiller arasındaki nicelik farkları belirleyici olmaktadır. O halde, suçun unsurları tanımlayan görüşler, kabahatin unsurlarına da kaynaklık etmektedir. Bu durumda kabahat açısından unsuru: kabahatin varlığı için olmazsa olmaz hususlar şeklinde tanımlamak mümkündür (Bayraklı, 1999, 74). Kabahatin tam olarak mevcut olması için de gerekli olan tüm unsurları bünyesinde barındırması gereklidir. Bunlardan biri ya da birkaçının var olmaması, ilgili fiili kabahat olmaktan çıkaracaktır. Bir fiilin kabahat olup olmadığının tespitinde ve tatbik edilecek cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak olan unsurlar ise: kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere dörde ayrılmaktadır. (Bayraklı, 1999, s74 ;Baykara, 2008, s.257) Çalışmanın devamında söz konusu unsurlara yer verilmiştir.

1.2.1.1.1. Kanuni Unsur

Tipiklik ve suç kalıbına uygunluk unsuru olarak da adlandırılan kanunilik unsuru, hukuka aykırı nitelikteki eylemin kanunda geçen tanıma uygun olmasıdır (Baykara, 2008, s.258). Daha açık bir ifadeyle: bir şeyin, vergi kanununda yapılmasının veya yapılmamasının emredilmesi ve söz konusu düzenlemelere aykırı davranışlarına verilecek cezaların gösterilmesidir (Edizdoğan ve Diğerleri, 2007, s.10). Kanundaki açık tarifine uymayan fiiller kabahat olarak nitelendirilemeyeceklerinden cezalandırılmazlar (Bayraklı, 1999, s.74-75 ; Baykara, 2008, s.258).

1.2.1.1.2. Maddi Unsur

Maddi unsur: dış dünyada değişikliğe sebep olan ve kanunda tanımlanan suç tarifi ile örtüşen insan eylemleridir. Maddi unsur, kendi içerisinde de hareket unsuru, sonuç unsuru ve illiyet bağı olmak üzere üç ögeden oluşmaktadır. Hareket unsuru, kanunun yapılmasını emrettiği davranışta bulunmamak (ihmal) ya da yapılmasını yasakladığı davranışları gerçekleştirmek (ihlal) iken; sonuç, hareketin sebebiyle meydana gelen, dış dünyadaki kanuni tarife uygun değişikliktir. İlliyet bağı ise dış dünyada meydana gelen değişikliğin, failin hareketleriyle bağdaştırılabilmesidir (Bayraklı, 1999, s.75-77 ; Baykara, 2008, s.258).

1.2.1.1.3. Manevi Unsur

Manevi unsur: kanunda suç sayılan ya da kanun hükmüne aykırılık teşkil eden fiil ile kişi arasındaki ilişkiye dayanmakta olup; suçun, fiili işleyen kişiye isnat edilebilmesidir (Edizdoğan ve Diğerleri, 2007, s.11 ; Bayraklı, 1999, s.77). Diğer bir ifade ile kabahatin söz konusu olabilmesi için kanunda tarif edilen fiilin gerçekleştirilmesi tek başına yeterli olmamakta; fiili işleyen kusurlu iradesinin varlığı da aranmaktadır. Daha açık bir ifade ile failin, fiiliyle kusurluluk ilişkisi içinde bulunması gerekmektedir. Vergi kabahatleri için kasıt veya ihmal sonucu oluşan kusurluluk hallerinden birinin varlığı, kabahatin işlenmiş sayılması için yeterli görülmüştür (Şenyüz, 2011, s.35). Zira Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesi, kanunda açık hüküm olmadıkça kabahatin hem kasıt hem de taksirle işlenebileceğine hükmetmektedir (KK Md. 9).

1.2.1.1.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık: ceza hükümlerini düzenleyen kanundaki tanıma uygun (kanunilik unsur), maddi ve manevi unsurları eksiksiz olan fiillerin gerek düzenlendiği kanun gerekse bütünüyle pozitif hukuka aykırı olmasıdır (Şenyüz, 2011,s.37 ; Baykara, 2008, s.262). Öyle ki Kabahatler Kanunu'nda kabahat olarak tanımlanan bir fiil, diğer yasal normlarca hukuka aykırı olmaktan çıkartılır ise söz konusu fiil, tüm hukuk sistemi bağlamında hukuka uygun hale gelmektedir (Bayraklı, 1999, s.77).

1.2.1.2. Vergi Usul Kanununca Düzenlenen Vergi Kabahatleri

Vergi kabahatlerinin düzenlenme amacı, vergisel idari düzenin sağlanması ve muhafazasıdır. Bu hususta, vergi kabahati nevilерinden biri olan vergi ziyai kabahati, vergi alacağının tahakkukunu korumak maksadıyla ihdas edilmişken; diğer kabahat türü olan usulsüzlük kabahatleri ise vergi tahakkukunun zamanında ve eksiksiz olarak gerçekleştirilmesi için getirilmiş olan kurallara riayet edilmesini sağlamak gayesiyle kanunda yer almaktadır. Diğer bir ifade ile vergi ziyai kabahati, vergisel idari düzenin sağlanması ve muhafazasında maddi ödevlerin yerine getirilmesine yönelik düzenlenmiş iken; usulsüzlük kabahatleri vergilemeye ilişkin şekli ödevlere karşı yapılacak ihlallerin önlenmesi için oluşturulmuştur. Zira şekli ödevlerin yerine getirilmemesi vergi alacağının zamanında tahakkuk ettirilmemesine ve/veya eksik tahakkuk ettirilmesine yol açabilecektir (Şenyüz, 2011, s.53).

Yukarıda da değinildiği gibi Vergi Usul Kanunu, kabahatleri: vergi ziyai kabahati ve usulsüzlük kabahati olmak üzere, -her ne kadar birbirini tamamlar nitelik teşkil etseler de- iki farklı şekilde düzenlemiştir. Çalışmanın devamında, vergiye ilişkin ödevlerin zamanında yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesi sonucu meydana gelen vergi kaybı hallerinde tatbik edilecek olan vergi ziyai cezası ile vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine riayet edilmemesi halinde uygulanacak olan usulsüzlük fiillerine ve bu fiillere uygulanacak cezalara yer verilmiştir.

1.2.1.2.1. Vergi Ziyai Kabahati (VUK, Md. 341)

1/1/1999 tarihli 4369 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle; evveliyatında kaçakçılık, ağır kusur ve kusur cezaları biçiminde, dereceler halinde ağırlaşan ceza uygulamalarından vazgeçilmiş; bunların yerine, vergi ziyai cezasının uygulanması öngörülmüştür (Edizdoğan ve Diğerleri, 2007, s.83). Vergi ziyanının oluşması, vergi borcunun var olmasına bağlı olduğundan; vergi ziyai kabahati

ancak, vergi mükellefleriyle sorumluları tarafından²⁷ işlenebilen ve vergi gelirlerinde azalmaya sebep olabilecek eylemlerin yasaklanmasını konu edinen vergi kabahati nev'idir. Nitekim Vergi Usul Kanunu'nun 341. maddesi vergi ziyayı kabahatini "...mükellefin veya sorumlunun vergilendirmeye ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi ya da eksik tahakkuk ettirilmesi..." şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca Kanun, "şahsi medeni haller ile aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyanlar ile sair suretlerle verginin noksan tahakkuk ettirilmesine veya haksız yere geri verilmesine sebebiyet verme..." hallerini de vergi ziyayı kabahati olarak kabul etmiştir (VUK, Md. 341/2).

1.2.1.2.1.1. Vergi Ziyayı Kabahatinin Unsurları ve Cezası

Çalışmanın önceki bölümlerinde, genel olarak vergi kabahatlerinin unsurlarına yer verildiğinden, burada, söz konusu unsurlarla alakalı olarak vergi ziyayı kabahati özelinde kısa açıklamalara değinilmekle yetinilmiştir.

Vergi ziyayı kabahatine sebep olacak fiillerin ve bu fiillere tatbik edilecek olan cezaların Vergi Usul Kanunu 344. maddesinde düzenlenmiş olması vergi ziyayı kabahati açısından kanunilik unsurunun yerine getirilmesi şartını sağlamaktadır (Şenyüz, 2011, s.55).

Kanunda tasvir edilen fiilin vuku bulmasıyla sağlanan maddi unsur ise daha önce de bahsedildiği gibi hareket²⁸ ve bu harekete bağlı olarak ortaya çıkan netice (sonuç) olmak üzere iki alt gruba ayrılmaktadır. Vergi ziyayı kabahatlerinde, ziyaa neden olan her türlü fiiller kabahatin hareket unsurunu teşkil etse de karşılığında verilen cezaların ağırlık dereceleri farklılık arz etmektedir. Söz konusu fiiller, incelenmelerinde kolaylık sağlamak maksadıyla literatürde, ağır, hafif ve orta nitelikli olacak şekilde üç gruba ayrılmıştır. Bunlar:

- **Ağır Nitelikli Fiiller:** Kaçakçılık suçunun da fiillerini teşkil eden gruptur. Kabahatin, söz konusu grubu oluşturan fiillerle işlenmesi, tatbik olunacak cezanın, diğer grupları haiz fiillere nazaran daha ağır olmasına sebep gösterilmektedir. Literatürde, karşılığında verilen cezanın ağır olmasından dolayı ağır nitelikli olarak tabir edilen bu fiillerin hem işlenmelerindeki kusur yoğunluğunun hem de niteliklerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Ağır nitelikli fiillerin suç teşkil etmesi için sebep olunan vergi ziyayının,

²⁷ Vergi ziyayı kabahatinin sadece belli vasıftaki kişilerin işleyebilmesi onu mahsus kabahat niteliğine sokmaktadır.

²⁸ Kanunlarda hareket unsuru ya tadadi olarak belirtilen ya da genel olarak açıklanan ve belli sonuçlara sebebiyet veren fiillerden oluşur. Vergi ziyayı kabahati için de ziyanın kanunda belirtilen hallerin en az biriyle meydana gelmesi yeterli görülmüştür.

vergi kanunlarınca tutulması, düzenlenmesi, saklanması ve ibrazı zorunlu olan defter ve belgeler üzerinden işlenmesi veya bunlara dayandırılması gerekmektedir. Aksi halde vergi ziyayı kabahatinden ve kaçakçılık suçundan bahsetmek mümkün değildir (Şenyüz, 2011, s.55). Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenen ağır nitelikli; diğer bir ifade ile kaçakçılık suçuna sebebiyet veren fiiller şunlardır: *“Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak. Gerçek ya da kayda konu olmayan kişiler adına hesap açmak. Çift defter kullanmak. Defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek veya gizlemek. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak. Defter, kayıt ve belgeleri yok etmek. Defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koymak ya da hiç yaprak koymamak. Sahte belge düzenlemek veya kullanmak. Anlaşması olmadığı halde belge basmak veya basılan belgeleri bilerek kullanmak.”*

- **Hafif Nitelikli Fiiller:** Aynı tutarda vergi ziyasına sebebiyet vermiş olsa dahi Kanun, bazı fiillerin niteliklerini göz önünde tutarak; bunlara, tatbik edilecek cezayı daha önce bahsedilen ve ağır nitelikli olarak isimlendirilen fiillere nazaran daha az belirlemiştir (Şenyüz, 2011, s.83-84). Anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla, literatürde hafif nitelik fiiller olarak tabir edilen bu fiil grubunu sadece *“vergi incelemesine başlanmasından veya takdir komisyonuna sevk edilmesinden önce verilenler hariç olmak şartıyla, beyannamenin kanuni süresinden sonra kendiliğinden verilmesi”* fiili teşkil etmektedir. Kanun, bahsi geçen bu fiil için sebep olduğu vergi ziyasının yarısını tutarında ceza öngörmektedir (VUK, Md. 344/son).
- **Orta Nitelikli Fiiller:** Vergi Usul Kanunu, netice itibariyle aynı sonucu; daha açık bir ifade ile vergi ziyayı doğursa da ağır ve hafif nitelikli fiilleri tek tek sayarken, orta nitelikli fiillerin hangileri olduğuna yer vermemiştir. O halde orta nitelikli fiiller için; *“vergi ziyasına sebebiyet veren ve kanunda sayılan hafif ve ağır nitelikli fiiller dışındaki dışında ki tüm fiiller”* şeklinde bir tanımlama yapmak mümkündür. Kanun, bu niteliği haiz fiilleri işleyenler için ise sebep oldukları vergi ziyayı tutarında vergi cezası öngörmüştür.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, maddi unsur hareket ve netice alt unsurlarından meydana gelmektedir. Vergi ziyayı kabahati bağlamında, hareket alt unsurunu meydana getiren fiiller her ne kadar niteliklerine göre üçe ayrılmış olsalar da vergi ziyayı kabahatinin oluşması için vergi kaybının (vergi ziyasının) varlığı şarttır. Diğer bir ifade ile hareket fiilinin ağırlığı ne olursa olsun, vergi kaybına yol açmıyorsa vergi kabahati oluşmayacaktır. Bu durum vergi ziyayı kabahatini netice kabahati haline sokmakta iken; kayba sebep olan hareketin, orta nitelikli fiillere dair açıklamalarda da görüldüğü üzere önemsiz olması kabahati, aynı zamanda serbest hareketli kabahat haline getirmektedir (Şenyüz, 2011, s.85-86). Özetle, ağır,

hafif ya da orta nitelikli fiillerle verginin eksik ya da geç tahakkuk ettirilmesi; bunun yanında kanunda bahsi geçen şekillerde verginin haksız yere geri verilmesine sebep olunması vergi ziyayı kabahatini doğururken; kabahat fiilinin ağır nitelikli olması sonucu vergi ziyanının üç katı, orta nitelikli olması vergi ziyanının bir katı, hafif nitelikli olması da sebep olunan vergi ziyanının yarısı tutarında ceza verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca Kanun, ağır nitelikli fiiliyle vergi ziyanına sebep olan faille, yaratılan vergi ziyayı hususunda faille kasten iş birliği içine giren iştirakçilere de sebep olunan vergi ziyayı kadar cezanın kesileceğine hükmetmiştir (VUK, Md. 344).

Vergi ziyayı kabahatini oluşturan son unsur ise kabahat fiilini gerçekleştiren mükellefin kusurluluk içinde olup olmadığının ortaya konulduğu manevi unsurdur. Kusurluluk halinin kasıt ve taksir olmak üzere iki türü olsa da vergi ziyayı kabahatinin meydana gelmesi için taksir kâfi olup; ayrıca kasıt aranmamaktadır. Kastın olup olmadığı, kabahat fiilinin niteliğinin ve haliyle uygulanacak cezanın miktarının belirlenmesinde gereklidir. Zira ağır nitelikli fiillerin kast olmadan işlenemeyeceği aşikâr olup; söz konusu fiiller için en ağır ceza olan vergi ziyanının üç katı tutarında ceza tatbik edilse de genel olarak kastın olmadığı fiiller orta nitelikli fiiller olduğundan; ceza, vergi ziyanının kendisi kadar olmaktadır (Şenyüz, 2011, s.99). Üstelik en ağır cezanın tatbiki için kaçakçılık suçunun işlendiğinin mahkemece tespit edilmesi ve bu yöndeki mahkeme kararının kesinleşmesi gerekmektedir (Donay, 2008, s.150-151).

Vergi ziyayı kabahatlerinde, ziyaya sebep olan hareket ile bu hareketin neticesi farklı zamanlarda tecelli edebilir. Böyle bir durumda kabahatin doğmuş olma anı, neticenin vuku bulduğu andır. Örneğin, sahte fatura kullanan bir mükellef için kabahat, söz konusu faturanın kayıtlara geçirilmesiyle (kullanılmasıyla) değil; tutulan kayıtlara dayanılarak oluşturulan matrah üzerinden hesaplanan verginin tahakkuk etmesiyle meydana gelmiş sayılır (Şenyüz, 2011, s.91). Öte yandan Danıştay, geç tahakkuk etmesine rağmen verginin kanuni süresi içinde ödenmesini vergi ziyayı olarak nitelendirmemektedir²⁹.

Vergi ziyayı kabahatinde, cezayı gerektiren fiil, farklı nevilere birden fazla vergide ziyaya sebebiyet vermiş ise ceza, her vergi nevi için ayrı ayrı uygulanacaktır. Örneğin, sahte fatura düzenleyip defterlerine kaydeden bir mükellef hem gelir vergisi hem de katma değer vergisi açısından vergi ziyayı kabahati işlemiş olacak ve her iki vergi türü için de ayrı ayrı vergi ziyayı cezasına çarptırılacaktır (Şenyüz, 2011, s.225).

Vergi ziyayı kabahati karşılığı verilen ceza, diğer tüm cezalarda olduğu gibi kişiyi, o suçu işlemekten alıkoymak, suç işlenmiş ise de failini ıslah ederek; suça yeniden yönelmesinin

²⁹ İlgili Danıştay kararı için bakınız: Danıştay 4. Daire, 12 Mart 1990 Tarih ve E. 1987/4476, K. 1990/830 Sayılı Karar.

önüne geçmek gibi gayelerle düzenlenmiştir. O halde kişi cezasını çekmiş olmasına rağmen; suç işlemekten geri durmuyorsa, cezalandırmadan beklenen gaye erişebilmek için bir takım yeni müesseselerin inşası gereklilik arz etmektedir. Nitekim, kişinin, kanunda yazan cezalardan daha ağır bir cezaya mahrum bırakılamayacağı Anayasa'nın 38. maddesince güvence altına alınmış olsa da bu hüküm ilk defa suç işleyenler için geçerlidir (Bayraklı, 1999, s.128). Zira işlediği bir suçtan dolayı mahkumiyeti kesinleşmiş birinin aynı suçu, belirli süreler içinde tekrar işlediğinde, tekerrür durumuna düşeceği ve karşılığında artırılmış cezaların tatbik edileceği birçok kanunda düzenlenmiştir. Vergi Usul Kanunu'nda da vergi ziyayı cezası ya da genel usulsüzlük cezası alan ve bu cezaları kesinleşen kişiler için “...cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere vergi ziyasında 5, genel usulsüzlükte 2 yıl³⁰ içinde tekrar ceza kesilmesi durumunda; vergi ziyayı cezasının %50, genel usulsüzlük cezasının ise %25 oranında arttırılmak suretiyle uygulanır.” Hükümü yer almaktadır (VUK, Md. 339). Belirtmek gerekir ki tekerrür uygulamasına esas almak bakımından, vergi ziyayı kabahati ile genel usulsüzlük kabahatinin hangisinin daha önce vuku bulduğunun önemi yoktur. Çalışmanın sonraki aşamalarında da değinildiği üzere vergi ziyayı kabahati ile genel usulsüzlük kabahati yapı itibariyle farklılık arz etse de tekerrür uygulanması hususunda işleniş sıraları dikkate alınmamaktadır (Şenyüz, 2011, s.233).

1.2.1.2.2. Usulsüzlük Kabahatleri

Vergi Usul Kanunu'nun: “*vergi kanunların şekle ve usule müteallik hükümlerine riayet edilmemesi*” şeklinde tanımladığı usulsüzlük kabahatleri (VUK, Md. 351); İdare'nin, mükelleflerinin mükellefiyetlerine dair işlemleri üzerindeki denetimlerini etkinleştirerek vergi kaçakçılığını asgari seviyeye düşürecek bir vergi güvenlik sistemi oluşturmak amacıyla düzenlenmiştir. Bu amaç doğrultusunda Kanun, vergi mükellef ve sorumlularına, yapma, yapmama, bildirimde bulunma, defter tutma, tasdik ettirme, belge tanzimi gibi yükümlülükler yüklemekte ve bu yükümlülüklerle aykırılık teşkil eden ve neticesi itibariyle sistemi işlevsiz hale getiren davranışları kabahat olarak nitelendirip cezalandırmaktadır (Candan, 2010, s.229).

Vergi ziyayı kabahatinin ön şartı olan vergi kaybı, onu **zarar kabahati** niteliğine sokmaktadır. Usulsüzlük kabahatleri için ise kanunda yapılması istenen hareketin yapılmaması ya da yapılmaması istenen hareketin yapılması kâfi gelmekte olup ayrıca vergi ziyasının varlığı aranmamaktadır. Söz konusu niteliğinden ötürü usulsüzlük kabahatleri **hareket kabahati** ya da

³⁰ Söz konusu yıllar, tekerrüre dair hükümlerin uygulanması için hesap edilecek sürenin başlangıcını değil bitişini tespit etmek üzere düzenlenmiştir. Haliyle kesinleşmenin vuku bulduğu takvim yılında meydana gelen tekerrürlerin amaçsal yorum ve evleviyet kuralı çerçevesinde uygulanacağı aşikardır.

neticesiz kabahat olarak addedilmektedirler (Öncel ve Diğerleri, 2013, s.211). Öte yandan usulsüzlük kabahatlerinde, kabahat filinin vukuu dışında ayrıca bir netice aranmamasından, diğer bir ifade ile neticenin hareketle bütünleşik olmasından dolayı, hareketin yapılması ile netice de gerçekleşmiş sayılmaktadır. Bu durum da söz konusu kabahatlerin **neticesi hareketle bitişik kabahat** olarak da anılmasına sebep olmuştur (Şenyüz, 2011, s.139). Ayrıca kabahatlerin, vergi kaybı ortaya çıkarma tehlikesi taşımasından dolayı **tehlike kabahati** şeklinde nitelendirildikleri de görülmektedir (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.213).

Vergi Usul Kanunu, usulsüzlük kabahatlerini, genel usulsüzlük kabahatleri ve özel usulsüzlük kabahatleri olmak üzere iki gruba ayırarak düzenleme yoluna gitmiştir. Çalışmanın devamında söz konusu vergi kabahati nevilerine dair açıklamalara yer verilmiştir.

1.2.1.2.2.1. Genel Usulsüzlük Kabahatleri, Genel Usulsüzlük Kabahatlerini Teşkil Eden Fiiller ve Cezaları

Genel usulsüzlük kabahatleri, ağırlıklarına; diğer bir ifade ile vergi kaybı yaratma tehlikelerine göre iki ayrı gruba ayrılmıştır (VUK, Md. 352). Birinci derece usulsüzlükler ve ikinci derece usulsüzlükler şeklinde yapılan bu ikili ayırmada, ikinci derece usulsüzlük fiillerine nazaran daha ağır olarak kabul edilen; başka bir deyişle vergi kaybı yaratma tehlikesi nispeten daha yüksek olan fiiller, birinci derece usulsüzlük kabahatleri grubunu; bu grup fiillere kıyasla, daha hafif nitelikli; vergi kaybı yaratma tehlikesi kıyasen daha az olan fiiller ise ikinci derece usulsüzlük kabahatleri grubunu meydana getirmektedir (Candan, 2010, s.231). Vergi Usul Kanunu'nun 352. maddesi söz konusu fiilleri tadadi olarak belirtmektedir.

Genel usulsüzlük kabahatlerinin cezası ise cezaya konu olan fiilin tabi olduğu gruba ve fiili işleyen mükellef grubuna bağlı olarak farklılık göstermektedir. Maktu olarak belirlenen ceza miktarları her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılarak "*Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği*" adı altında Resmî Gazetede yayımlanmak marifetiyle bildirilmektedir³¹.

Daha önce de bahsedildiği üzere, genel usulsüzlük kabahatinin doğması ve cezasının kesilmesi için vergi kaybının vuku bulması şart değildir. Ancak tehlike suçu olarak da addedilen genel usulsüzlük kabahatlerinin vergi ziyanına da sebebiyet vermesi halinde, yalnızca miktar itibarıyla ağır olan ceza kesilecektir (VUK, Md. 336)³². Türk Ceza Kanunu'nda "*fikri ıçtima*" adı verilen

³¹ 01.01.2018 tarihinden itibaren geçerli olacak olan genel usulsüzlük cezaları tutarları için lütfen bakınız: http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Yararli_Bilgiler/vergicezaları.pdf (E.T. 29.03.2018).

³² Genel usulsüzlük cezası kesilen bir fiilin, vergi ziyanına da sebep olduğu sonradan anlaşılması halinde, evveliyatında kesilmiş olan usulsüzlük cezası kıyaslama yapılır, kıyaslama sonrası noksan ceza kesildiğinin tespiti durumunda, noksan tutarın ikmaline gidilir (VUK Md. 336/2)

ve suçlar için geçerli kılınan bu müessese (TCK, Md. 44), Vergi Usul Kanunu'nda da belli grup fiiller için özellikli olarak düzenlenmiş ve “*birleşme*” olarak nitelendirilmiştir. Her iki kanun açısından da bu düzenleme, bir fiilin sebep olduğu birden fazla ihlaller sonucu vuku bulan farklı kabahat ya da suçların tek bir kabahat ya da suç teşkil edecek şekilde birleştirilip kaynaştırılmasını amaçlamaktadır (Şenyüz, 2011, s.221). Ancak Türk Ceza Kanunu'nda, cezaların ağırlık kıyaslaması nitelikleri yönünden olurken (Örneğin: hapis cezası-müebbet hapis cezası); Vergi Ceza Hukuku açısından parasal miktar (nicelik) kıyaslamaya esas alınmaktadır. Ayrıca bir takvim yılında, aynı nev'inden³³ birden fazla usulsüzlük cezası gerektiren fiilin işlenmesi durumunda, ikinci ve takip eden eylemler için, birinciye uygulanan cezanın dörtte biri oranında ceza kesilirken (VUK, Md. 337); usulsüzlük cezasının resen takdire sebep olması durumunda ceza iki kat olarak uygulanmaktadır (VUK, Md. 352).

Çalışmanın önceki bölümlerinde Vergi Usul Kanunu'nun tekerrür ile ilgili hükümlerinin vergi ziyayı kabahati ile genel usulsüzlük kabahatleri³⁴ için geçerli olduğuna değinilmiş ve her iki kabahat türü için de ortak olan hükümlere yer verilmişti. Burada ise tekerrür müessesesinin genel usulsüzlük kabahatine özgü hususlarına yer verilmekle yetinilmiştir.

Genel usulsüzlük cezasının aynı takvim yılında birden fazla işlenmesi durumunda, birden fazlasının her biri için birincisine ait cezanın dörtte biri kesilir (VUK, Md. 337/1). Tekerrürün resen takdire sebep veren bir fiile uygulaması hususunda ise Danıştay, tekerrür cezasının normal tutar üzerinden hesaplanması gerektiği görüşünde iken³⁵; İdare, cezanın artırımlı tutar üzerinden hesaplanması gerektiği görüşündedir (Şenyüz, 2011, s.242). Yukarıda değinildiği üzere Kanun, vergi ziyayı kabahati ile genel usulsüzlük kabahati için birleşme öngörerek, tek bir fiille vergi ziyaya ve genel usulsüzlük cezasına sebebiyet verilmesi durumunda miktar itibarıyla daha ağır olan cezanın kesilmesine hükmetmiştir (VUK, Md. 336). Böyle bir durumun tekerrür ile kesişmesi halinde, her ne kadar miktar itibarıyla az olan kabahat ötekini içinde erise de işlendiği aşikâr ve hukuken sabit olduğundan, kanunda öngörülen süre için yeniden kabahat fiili işlenmesi durumunda: eğer ikinci fiil vergi ziyayı kabahati fiili ise ceza %50; ikinci fiil genel usulsüzlük kabahati ise %25 artırımlı uygulanacaktır. Ancak ikinci fiilin aynı takvim yılında işlenmiş genel usulsüzlük kabahati olması halinde: önce dörtte bir oranında ceza kesilecek; elde edilen tutar üzerinden tekerrür hükümlerine göre artırıma gidilecektir (Şenyüz, 2011, s.240).

³³ Aynı nevi fiilden kasıt; derece ve fıkralar itibarıyla yekdiğeriyle mutabakat halinde bulunan fiillerdir.

³⁴ Kanunun ilgili maddesinde “...vergi ziyayına... veya usulsüzlükten...” ibareleri mevcuttur. Literatürdeki yaygın görüş ise söz konusu kanun maddesinin usulsüzlük kabahatlerinden sadece genel usulsüzlük kabahatlerini kapsadığı yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Şenyüz, 2011, s.231-233.

³⁵ İlgili Danıştay kararı için bakınız: Danıştay 4. Daire, 20 Nisan 1971 Tarih, E.1969/1590, K.1971/2183 Sayılı Karar.

1.2.1.2.2.2. Özel Usulsüzlük Kabahatleri, Özel Usulsüzlük Kabahatlerini Teşkil Eden Fiiller ve Cezaları

Özel usulsüzlük kabahatleri, genel usulsüzlük kabahati ile aynı amaç doğrultusunda düzenlenmiş olsalar da vergi yükümlülüğünü daha ağır noktalarda ihlal eden ve haliyle vergi kaybı yaratma anlamında daha uygun ortamlar yaratan fiillerdir. Bu özellikleri haiz olmaları sebebiyle “**yakın tehlike kabahati**” olarak da nitelendirilen özel usulsüzlük kabahatleri, haliyle genel usulsüzlük kabahatlerine nazaran daha ağır cezalara tabi tutulmaktadırlar (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.215).

Vergi Usul Kanunu’nun 353. maddesi, tek tek saydığı özel usulsüzlük kabahati fiillerinin; aynı zamanda cezalarını da tayin etmiş, söz konusu fiillerden bazıları için maktu; kalan kısmı için ise nispi cezalar öngörmüştür (VUK, Md. 353). Özel usulsüzlük kabahati cezaları için tespit olunan tutarlar ve nispi cezaların hesaplanmasında esas teşkil eden miktarlar, genel usulsüzlük kabahatlerinde olduğu gibi her yıl yeniden değerlendirilerek artırılarak aynı genel tebliğ ile Resmî Gazete’de ilan edilmektedir³⁶.

Vergi Usul Kanunu’nda öngörülen cezaların yanında noterler, damga vergisine konu olan kağıtlar hususunda işlem yapmadan önce, vergisinin ve/veya cezasının ödenip ödenmediğini kontrol etmek; ödenmemesi durumunda ilgili kağıtları tasdik etmemek veya bunların suretlerini vermemekle yükümlüdürler (DVK Md. 27). Sadece noterler için belirlenmiş olan bu yükümlülüğe aykırı hareket edenler kabahat işlemiş sayılacaklardır (Şenyüz, 2011, s.212)³⁷.

Kanun fiilleri tek tek saydığından ve her ikisi de netice değil hareket kabahati olduğundan özel ve genel usulsüzlük kabahatleri için birleşmeden söz edilemez. Özel usulsüzlük cezası gerektiren bir fiilin aynı zamanda vergi kaybına sebep olmasından dolayı vergi ziyaına sebebiyet vermesi halinde, vergi ziyaına ilişkin cezanın kesilmesi özel usulsüzlük cezasının kesilmesine engel teşkil etmediği gibi özel usulsüzlük cezasının kesilmesi de vergi ziyası cezasının kesilmesine mâni değildir. Kanun, vergi ziyası kabahati ile genel usulsüzlük kabahatini için içtimaa izin verirken; özel usulsüzlük için buna engel olmaktadır (Şenyüz, 2011, s.224). Cezalarda birleşme olarak da addedilen bu kuralda, adında da anlaşılabileceği üzere fiiller bağımsız olarak varlıklarını sürdürürken; cezalar niteliklerine göre toplanarak tayin edilmektedir (Bayraklı, 1999, s.122). Kanun koyucunun, özel usulsüzlük kabahati söz konusu olduğunda içtimaa müsaade etmemesinin, onun, belge düzenine ilişkin ihlalleri daha etkin cezalandırarak; kanuna aykırı fiillerin işlenmesinin

³⁶ 01.01.2018 tarihinden itibaren geçerli olacak olan özel usulsüzlük cezaları tutarları ve cezanın hesaplanması için belirlenen miktarlar için lütfen bakınız: http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Yararli_Bilgiler/vergicezaları.pdf (E.T. 29.03.2018).

³⁷ Özel Usulsüzlük cezası kapsamına giren bu fiili işleyenler; her bir kağıt için 1.1.2018’den itibaren geçerli olmak üzere; 2,00 TL’den az olmamak şartıyla; maktu vergilerde verginin %50’si; nispi vergiler de ise verginin %10 tutarında özel usulsüzlük cezasına çarptırılmaktadır (DVK Md. 27/2’nin atfıyla VUK Md. 355).

önlenmek niyetinden ileri geldiği düşünülmektedir (Şenyüz, 2011, s.224). Netice itibariyle kabahatler bazında birleşmenin mümkün olabilmesi için aynı fiille birden fazla kabahatin işlenmesi ve söz konusu kabahatlerden birinin genel usulsüzlük kabahati diğerinin ise vergi ziyat kabahati olması gerekmektedir.

Usulüne uygun olarak tespit olunan ve kesilen vergi kabahati cezasından kurtulmanın en olağan yolu cezanın ödenmesidir. Ancak ilgili mevzuatta, ödemenin dışında da cezadan kurtulmaya dair birtakım müesseseler düzenlenmiştir. Söz konusu müesseselerin bir kısmı ödeme gibi cezayı kısmen ya da tamamen ortadan kaldırırken; bir kısmı ise cezanın kesilmesini engelleyici niteliktedir. Kesilen vergi cezasını kısmen ya da tamamen ortadan kaldıranlar müesseseler: af, terkin, hata, cezalarda indirim, tarhiyat sonrası uzlaşma, dava açma iken; cezanın kesilmesine mâni olanlar ise tarhiyat öncesi uzlaşma, yanılma, mücbir sebep, kişiliğin sonra ermesi, pişmanlık, zamanaşımı ve ceza kesmeden vazgeçme müesseseleridir³⁸.

1.2.2. Vergi Suçları

Çalışmanın önceki bölümlerinde de bahsedildiği üzere, vergi kabahati ile vergi suçları, mahiyetleri itibariyle farklılık arz etmektedir. Bu farklılık, cezalandırılmaları hususundaki usul ve esasları da farklılaştırmıştır. Zira vergi kabahatlerinde cezalandırma yetkisi İdare’de olmasına rağmen; vergi suçlarında bu yetki, ceza mahkemelerine aittir.

Mali suç niteliğindeki vergi suçlarına, aynı nitelikteki cezaların tatbiki esastır. Ancak failin maddi yarar sağlamak maksadıyla sahtecilik gibi yollara başvurusu, kamu düzeninin bozulmasına neden olacağından; mali cezanın yanı sıra hürriyeti bağlayıcı cezalar da uygulanmaktadır (Şenyüz, 2011, s.340).

Vergi suçları genel olarak Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiştir. Ancak bunun yanında; başta, bütün suçların cezalandırma esasını belirleyen Türk Ceza Kanunu ve cezaların yargılanma sürecine ilişkin kaideleri ortaya koyan CMUK olmak üzere, birçok kanun bünyesinde, vergi suçlarını ilgilendiren hükümler yer almaktadır. Vergi suçları açısından genel kanun hüviyetinde olan Türk Ceza Kanunu hükümlerine, özel kanun hüviyetindeki Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmeyen haller için başvurulmaktadır³⁹. Ancak bu durum; daha açık bir ifade ile suç ve cezaya dair kuralların genel ceza kanunu olan Türk Ceza Kanunu’ndan ayrı olarak özel ceza

³⁸ Vergi cezalarından kurtulma yollarına dair ayrıntılı bilgi için lütfen bakınız: Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Kitapevi, 2013.

³⁹ Kanunların hükümlerinin uygulanmasında; özel kanun –genel kanun hükümlerinin çatışması durumunda, özel kanunun hükümlerinin uygulanır. Bu kural hukukun temel prensiplerinden olmasına rağmen Türk Ceza Kanunu bu hususta açık hüküm getirme yolunu tutmuştur.

kanunlarınca düzenlenmesi; suçu, suç olmaktan çıkarmamaktadır. Öyle ki vergi suçu, vergi kanunlarınca tanımlanan hareketlere aykırı davranmaktan doğmasına rağmen; sebep olunan suç, Türk Ceza Kanunu'nda tabir edilen suçlardan farksızdır (Şenyüz, 2011, s.341-342).

Çalışmanın devamında, vergi suçlarına geçmeden önce suçlara ve cezalara dair genel açıklamalara yer verilmiş ve bunların vergi suçları ile ilintisi ortaya konmaya çalışılmıştır.

1.2.2.1. Suçun Unsurları ve Vergi Suçları İle İlintisi

Suç, kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur (kusurluluk) ve hukuka aykırılık unsuru olacak şekilde dört unsurdan meydana gelmektedir. Söz konusu unsurlara dair açıklamalardan evvel, bunlarla yakın ilişki içindeki “*kanunilik ilkesi*”nden bahsedilmesinin yerinde olacağı düşünülmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun 2/1. maddesi “*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenli tedbiri uygulanamaz.*” hükmünü ihtiva ederken; aynı maddenin devam eden fıkrasında ise suç sayılan bir fiil için verilecek cezanın da yalnızca kanunun öngörmesi durumunda tatbik edilebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, suç teşkil eden fiiller ve onlara karşı uygulanacak cezalar ancak kanun marifetiyle yaratılabilmekte; bu da suç ve cezaların kanuniliği ilkesinden ileri gelmektedir. Her ne kadar Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesi İdare'ye, vergi kabahati tespit etme hususunda yetki tanısa da vergi suçları bağlamında böyle bir esneklik söz konusu değildir (Şenyüz, 2011, s.343-345). Vergi suçları bağlamında gerek İdare gerekse yürütmenin başı olan Bakanlar Kurulu (Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri haricinde) vergi suçu oluşturan fiil tespit edememekte, kanunca suç sayılan bir eylemi suç olmaktan çıkarmamakta, bir fiil için ceza tahsisinde bulunmamakta, var olan cezayı kaldırmamakta ya da kanunlarca öngörülen sınırlar haricinde ceza miktarında değişiklik yapamamaktadır. Çalışmanın sonraki bölümlerinde değinileceği üzere; vergi suçlarına sebebiyet veren fiillerle suçu işleyecek kişilerin vasıfları ve suçlar için öngörülmüş cezalar farklılık arz etse de aşağıda yer verilmiş olan, suçun unsurlarına hususundaki genel açıklamalar, tüm vergi suçları için geçerlilik arz edecektir.

1.2.2.1.1. Kanuni Unsur

Kanuni unsur, vergi kabahatlerinde olduğu gibi kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, hukuka aykırılık teşkil eden bir eylemin kanunda açıkça ortaya konulmuş olan tanım ile örtüşmesidir (Baykara, 2008,s.258 ; Bayraklı, 1999, s.61). Buna göre, kanunun açıkça belirttiği tanına uygun

düşmeyen eylemler, hukuka aykırılıkları aşikâr da olsa suç olarak nitelendirilemeyecek ve haliyle cezaya maruz bırakılmayacaktır. (Bayraklı, 1999, s.74-75 ; Şenyüz, 2011, s.346 ; Baykara, 2008, s.258). Vergi suçları bağlamında da kanuni unsur, vergi suçlarını düzenleyen Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin mevzuatta yerini almasıyla sağlanmıştır.

1.2.2.1.2. Maddi Unsur

Vergi suçları ile vergi kabahatleri arasındaki fark, mahiyetlerinin farklı olmasından kaynaklandığından, unsurları itibariyle örtüşmeleri son derece olağandır. Vergi kabahatlerinde olduğu gibi vergi suçlarında da maddi unsurdan söz edilebilmesi için failin, dış dünyada değişikliğe neden olan bir fiilin olmasının yanı sıra; söz konusu fiilin, kanunda tarif edilen suç tarifi ile uyuşması ve fiille, dış dünyada meydana gelen değişiklik arasında bir nedensellik (illiyet) bağının bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda kişinin, kanunun suç saydığı fiili işleme düşüncesi, dış dünyada değişikliğe sebep olamayacağından; toplumca tasvip edilmese dahi suç sayılmayacaktır.

Vergi suçunun bir unsurunu teşkil eden maddi unsur, kendi içinde de hareket (fiil) unsuru, netice unsuru ve illiyet bağı olmak üzere olarak üçe ayrılmaktadır. Vergi kabahatlerine dair kısımda açıklandığı haliyle hareket unsuru, kanunun yapılmasını emrettiği davranışta bulunmamak (ihmal); yapılmasını yasakladığı davranışları gerçekleştirmek (ihlal) iken; sonuç, hareketin sebep olduğu kanuni tarife uygun dış dünyadaki değişikliklerdir. Vergi suçları bağlamında söz konusu değişiklikler vergi kaybı ve/veya kamu düzeninin bozulmasıdır⁴⁰. İlliyet bağı ise dış dünyada meydana gelen değişikliğin, faalin hareketleriyle bağdaştırılabilmesidir (Bayraklı, 1999, s.75-77 ; Baykara, 2008, s.258 ; Şenyüz, 2013, s.347). Vergi suçlarının maddi unsurunu oluşturan fiiller, vergi ziyayı kabahatinin ağır nitelikli fiilleri ile aynı olup; Vergi Usul Kanunu 359. maddesinde düzenlenmiştir. Vergi kaybı yaratmasının ötesinde, kamu düzenini bozucu nitelik taşıyan bu fiillerin, isnat kabiliyeti haiz kişilerce işlenmesiyle vergi suçlarının maddi unsuru sağlanmış olmaktadır.

1.2.2.1.3. Manevi Unsur (Kusurluluk)

Çalışmanın önceki bölümlerinde de açıklandığı üzere, manevi unsur, kanunun suç saydığı veya kanun hükümlerine aykırı olan fiilin, failine isnat edilebilmesidir (Edizdoğan ve Diğerleri, 2007,

⁴⁰ Vergi kabahati olarak nitelendirilen vergi ziyayı suçunda sonuç vergi kaybı iken; diğer iki kabahat türü olan özel ve genel usulsüzlük suçları ile Vergi Usul Kanunu ve diğer kanunlarda düzenlenen ve Türk Ceza Kanunu'nun suç saydığı vergi suçlarında ise sonuç kamu düzeninin bozulmasıdır.

s.11 ; Bayraklı, 1999, s.77). Bu bağlamda, suçun doğması için kanunca tasvir edilen fiilin işlenmesi kâfi gelmemekte; aynı zamanda fiili işleyen kusurlu iradesinin varlığı da aranmaktadır (Şenyüz, 2011, s.355). Kanuna aykırı fiili işleyen kişi, fiilini işlerken kusurlu değilse ya da kusur⁴¹ kabiliyetini haiz değilse cezaya muhatap olması da söz konusu olmayacaktır.

Vergi suçunun doğması için kasıt ya da ihmalden birinin varlığı yeterlidir. Ancak taksirli hareketin cezalandırılabilmesi kanunun açık hükmüne bağlıdır. Bu kural kasıt için de geçerli olsa da genel olarak fiillerin cezalandırılmasında kast kural niteliğini almışken; taksir istisnai durumlarda cezalandırılmaya dayanak teşkil eder olmuştur (Şenyüz, 2011, s.355-357).

1.2.2.1.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, kanuni tarife uygun (kanunilik unsur), maddi ve manevi unsurları tam olan fiillerin, düzenlendiği kanuna ve pozitif hukuka aykırı olması; diğer bir ifade ile söz konusu fiilin hukuk düzenince kabul görmemesi halidir. Zira bir hukuk dalınca makbul görülen bir fiilin başka bir hukuk dalınca aykırı olarak nitelendirilmesi hukukun özüne ters düşmekte ve hukuku çelişkili hale getirmektedir (Bayraklı, 1999, s.77 ; Şenyüz, 2011,s.358 , Baykara, 2008, s.262). Üstelik bir kanun normunda suç olarak tanımlanan bir fiil, diğer normlarca hukuka aykırı olmaktan çıkartılır ise söz konusu fiil tüm hukuk sistemi bağlamında hukuka uygun hale gelmektedir (Bayraklı, 1999, s.77 ; Şenyüz, 2011, s.359).

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenerek kanunilik unsuru sağlanan ve söz konusu maddenin içeriği itibarıyla ile maddi unsur da tamam olan suç fiillerinin; manevi unsurunu karşılayacak şekilde işlenmesi durumunda, hukuka aykırılık unsuru da yerine gelmiş olmaktadır. Zira bu Kanun dışındaki diğer kanunlarda ve pozitif hukukta, vergi suçu fiillerini suç olmaktan çıkaran bir hüküm mevcut değildir.

1.2.2.2. Suçlarda Cezai Sorumluluk ve Vergi Suçları ile İltisat

Suç teşkil eden hareketi yapan kişi suçlu ya da fail olarak nitelendirilmektedir. Ceza hukuku bağlamında suçlu/fail ise devletin koyduğu kurallara karşı çıkan ve bu doğrultudaki arzu ve iradesini ortaya koyabilen, isnat kabiliyetine ve kusurluluğa sahip olan varlıklardır. Bahsi geçen melekeler yalnızca gerçek kişilerin (insanların) sahip olabilmesi; cezaların şahsiliği ilkesinin de

⁴¹ Kusur, kast ve taksir olarak ikiye ayrılmaktadır. Kast, failin suç fiilinin sonuçlarını bilerek işlemesi iken; taksirde failin, yaptığı fiilin neticesini öngöremediği veya öngörse dahi gerçekleşmesini istemediği durumlar söz konusudur. Taksirli olan faile suçun isnat edilmesinin temelinde ise neticenin gerçekleşmesinin önlemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermemesi yatmaktadır.

bir gereği olarak; hürriyeti bağlayıcı nitelikteki cezaların ancak gerçek kişiler için hükmedilebilmesi sonucu doğurmaktadır (Dönmezer ve Erman, 1966, s.444 ; Şenyüz, 2011, s.377). Zira Türk Ceza Kanunu, tüzel kişiler hakkında yalnızca güvenlik tedbirlerinin⁴² uygulanabileceğine; ceza yaptırımının uygulanamayacağına hükmetmiştir (TCK, Md. 20/2). Vergi suçlarına tatbik olunacak cezaların da hürriyeti bağlayıcı nitelikte olması, cezaya mahkûm edilecek kişinin gerçek kişi olmasını zorunlu kılmıştır.

1.2.2.2.1. Vergi Suçları Bağlamında Gerçek Kişilerde Cezai Sorumluluk

Vergi hukuku bağlamında gerçek kişilerde cezai sorumluluğa dair başat kaideler şunlardır:

- Kural olarak vergi cezalarından mükellefler sorumludur. Ancak mükellefler, noterde düzenlenen özel vekaletname aracılığıyla sorumluluklarını, iradi olarak müdür veya vekil gibi kişilere devredebilmektedir. Kendilerine yetki devrolunan kişiler ise vekaletnamenin kapsamını teşkil eden bir hususta, yaptıkları eylemlerle vergi suçuna sebebiyet vermeleri durumunda, tatbik olunan cezadan bizzat sorumlu tutulur hale gelmektedir (Edizdoğan ve Diğerleri, 2007, s.62). Ayrıca vergi suçunu doğuran fiil, işletme sahibi olan mükellefin direktifi doğrultunda yapılmış ise işletme sahibi adına da iştirak hükümleri uygulanacaktır (Şenyüz, 2011, s.379).
- Mükellefin küçük ya da kısıtlı olması durumunda, vergisel işlemlerinin yürütülmesi maksadıyla Türk Medeni Kanunu⁴³ hükümlerine göre kendisine kanuni temsilci atanmaktadır. Kendisine kanuni temsilci atanan mükellefler, vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden doğan vergi cezalarına karşı muhatap olmamakta; ceza, kanuni temsilcilerine verilmektedir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, vergi hukuku bağlamında taksir, suçun doğması için kâfi gelmemekte; kastın varlığı şart koşulmaktadır. Ancak, genel olarak; küçük ve kısıtlıların suçun maddi unsurlarını bilemediği; bu yüzden de kasten suç fiilini işlemediği kabul edilmektedir (Şenyüz, 2011, s.380 ; Mutluer, 1979, s.64-65 ; Çomaklı ve Ak, 2013, s.235).
- Ölümün vuku bulmasıyla; ölene ait vergi cezaları da ortadan kalkmaktadır. Mirasçılar ise reddi mirasta bulunmamış olsalar dahi cezaların kişiselliği gereği, murisin sağlığında gerçekleştirdiği fillerinden sorumlu tutulamamaktadır. Ancak bu kural suç fiilinin mirasçılarla ilişkilendirilemediği durumlar için geçerlidir. Aksi takdirde mirasçılar da cezaya muhatap olabilmektedir. Örneğin, murisin sağlığında düzenlediği sahte belgenin,

⁴² Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesine göre tüzel kişiler için uygulanacak güvenlik tedbirleri: faaliyette bulunması için özel hukuk tüzel kişisine verilen iznin iptali ile müsaderedir.

⁴³ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (2001). T. C. Resmi Gazete, 24607, 8 Aralık 2001.

mirasçılarca kanuni defterlere intikal ettirilmesi, onları suçun muhatabı haline sokmaktadır (Şenyüz, 2011, s.379-380 ; Edizdoğan ve Diğerleri, 2007, s.62).

- Tüzel kişiliği haiz olmayan adi şirketler, birden fazla şahsın ortak iradesi ile Borçlar Kanunu⁴⁴ hükümleri çerçevesinde, herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın kurulabilmektedir. Bu şirket türünde: her ortağın temsil ve yönetim yetkisi bulunmakta; bunun bir sonucu olarak da ortakların tümünün cezai sorumlulukları söz konusu olmaktadır. Şirketin tüzel kişiliğinin olmaması ortakların her birinin gerçek kişi niteliğinde sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır. Ancak ortakların, şirketin temsil yetkisini belli kişi ya da kişilere devretmesi durumunda, cezai sorumluluk temsil yetkisini devralan kişi ya da kişilere intikal etmektedir (Şenyüz, 2011, s.380 ; Edizdoğan ve Diğerleri, 2007, s.63).
- Cemaatler ve iş ortaklıkları gibi ortaklık şeklinde oluşturulan, ancak tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar da vergi kanunlarınca mükellef olarak kabul edilmiştir. Söz konusu kuruluşlarda vergisel işlemlerden, bu kuruluşları idare edenler sorumlu tutulmuş; (VUK, Md. 10) vergi suçları açısından ise suça sebep olan idareciler cezaya muhatap kılınmıştır (Şenyüz, 2011, s.381 ; Edizdoğan ve Diğerleri, 2007, s.63).

1.2.2.2.2. Vergi Suçları Bağlamında Tüzel Kişilerde Cezai Sorumluluk

Vergi hukuku bağlamında tüzel kişilerde cezai sorumluluğa dair başat kaideler şunlardır:

- Soyut niteliğe sahip olsalar da hukuken var olarak kabul edilen tüzel kişilerin, vergisel işlemleri gerçek kişilerden oluşan organları marifetiyle yerine getirilmektedir. Yapılan işlemlerin suç teşkil etmesi durumunda ise tüzeler kişiler birer hukuki varlık olduklarından yargılanamaz ve hapsolunamazlar. Haliyle yasa koyucu, bünyesinde vergi suçu işlenmiş tüzel kişilerin, suçun işlenmesine, eylemi ve/veya telkini ile sebep olan kanuni temsilcilerinin cezaya muhatap kılınacağına hükmetmiştir (VUK, Md. 333). Tüzel kişiliğin kanuni temsilcisinin tek olması ceza muhatabının tespitini kolaylaştırırken; birden fazla olması ve suçun, eylem ve fikir birliği içinde işlenmediğinin anlaşılması durumunda, cezaların şahsiliği ilkesi gereği suç fiilinin doğmasına eylemi ve/veya telkini sebep olan kanuni temsilci/temsilcilerin tespiti gerekmekte ve ancak tespit olunan kişi/kişiler cezalandırılabilir (Bayraklı, 1999, s.95 ; Şenyüz, 2011, s.381-382).
- Tüzel kişilerin yönetim ve temsil yetkisini kanuni temsilciler taşısa da faaliyetlerin sürdürülmesi için temsil yetkisini haiz olmayan personellerin de istihdamı mümkündür.

⁴⁴ 6098 Sayılı Borçlar Kanunu. (2011). T. C. Resmi Gazete, 27836,4 Şubat 2011.

Söz konusu personellerin, kanuni temsilcilerin emir ve talimatlarıyla hareket etmesi beklenmektedir. Ancak bu kişiler, kanuni temsilcilerin iradesi, isteği ve onayı dışında da işlem yapabilmekte ve bu işlemleriyle vergi suçu doğurabilmektedir. Bu durumda cezaların şahsiliği ilkesi gereği ceza, suç fiilini işleyen personele verilecektir. Ancak kanuni temsilcilerin, personelin kendiliğinden ve tüzel kişiliğin yazılı kurallarına, emirlere ve talimatlarına aykırı hareket ederek suç teşkil eden fiili işlediğini ispatlaması gerekmektedir. Aksi halde cezai sorumluluktan kurtulmaları söz konusu değildir (Şenyüz, 2011, s383-385).

1.2.2.2.3. Suçlarda Ceza Ehliyetini Sınırlandıran Durumlar ve Vergi Suçları ile İltisat

Ceza ehliyeti, suç işleyen kişinin cezaya muhatap kılınabilmesi için sahip olması gereken vasıfların bütünüdür ve işlenen suç fiilinin bir kimseye yüklenebilmesi için o kişinin (failin) taşıması gereken niteliklerin tamamı olarak tanımlanmaktadır. İsnat (kusur) kabiliyeti olarak da addedilen ve eylemin yapıldığı zaman, kişide olması gereken ceza ehliyeti, kişinin suç eylemini gerçekleştirirken, söz konusu eylemin anlamını kavrayabilme ve onu isteme kabiliyetini ortaya koymaktadır. Ceza ehliyetinin her kişide bulunması genel bir kural olsa da Türk Ceza Kanunu, ceza ehliyetini tamamıyla ortadan kaldıran veya sınırlandıran birtakım düzenlemelere gitmiştir. Kanunu'nun 31, 32, 33 ve 34. maddelerinde yapılan ceza ehliyetini sınırlandırıcı ve sonlandırıcı nitelikteki düzenlemeler, tüm suçlar için geçerli olduğu gibi vergi suçları içinde uygulanmaktadır (Şenyüz, 2011, s.388 ; Dönmezer ve Erman, 1966, s.159). Bahsi geçen maddelerde düzenlenen kurallar şunlardır:

Yaş Küçüklüğü (TCK, Md. 31): Yaş küçüklüğünün, ceza ehliyetini kaldıran ya da sınırlandıran bir etken olmasının sebebi, kavrayabilme ve isteyebilme kabiliyetinin ancak yaştan ilerlemesine bağlı olduğu görüşünden ileri gelmektedir. Buradan hareketle, kanun koyucu, yaştan isnat kabiliyeti üzerindeki etkisini dikkate alarak, ceza miktarlarını etkilemesi bağlamında dört yaş dönemi tespit etmiştir⁴⁵.

⁴⁵Birinci dönem, doğum ile başlayan ve 12 yaşın doldurulmasına kadar geçen süreyi kapsamaktadır. Fiilin işlendiği sırada 12 yaşını doldurmamış olan çocukların cezai sorumluluğu yoktur. Bunlar hakkında kovuşturma yapılamaz. Ancak niteliklerine özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir (TCK Md. 32(2)). İkinci dönem, 12 yaşının doldurulmuş olup 15 yaşının doldurulmadığı dönemdir. Suç fiilini işlediğinde yaşı söz konusu döneme isabet eden çocukların, işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hallerinde ceza sorumlulukları yoktur. Ancak güvenlik tedbirlerine muhatap kılınabilirler. Ancak bahsi geçen niteliklerin, fiili işleyen çocukta var olması halinde, suç karşılığı gereken ceza artırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa 12 yıldan 15 yıla; müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa 9 yıldan 11 yıla kadar hapis cezası şeklinde hükümlenirken; diğer cezaların yarısı indirilmekte ve indirim sonrası uygulanacak hapis cezası 7 yıldan fazla olamamaktadır (TCK Md. 21(2)). Üçüncü dönem, 15 yaşının doldurulmuş olup 18 yaşının doldurulmadığı dönemdir.

Akıl Hastalığı (TKC, Md. 32): Türk Ceza Kanunu’nun 32. maddesinin birinci fıkrası: “*akıl hastalığı sebebiyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak bu kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*” hükmü ile cezadan tamamen muaf tutulacak akıl hastalarının niteliklerini ortaya koyarken; aynı Kanun maddesinin son fıkrasında, ilk fıkrada belirtilen ölçüde olmamakla beraber; işleği fiiliyle alakalı olarak davranışlarına yön verebilme becerisi azalan kişilere indirimli cezalar uygulanacağını ya da cezanın güvenlik tedbirine dönüştürüleceğini bildirmiştir⁴⁶.

Sağır ve dilsizlik (TCK, Md. 33): Anayasa’nın 10. maddesi, herkesin kanun önünde eşit olacağına hükmetmektedir. Ancak ilgili hükmün her hukuki duruma uygulanmasının adalet mekanizmasının sekteye uğratacağı düşünülmektedir. Zira kişinin doğuştan ya da sonradan sahip olduğu birtakım özürler, o kişiyi sıradan kişiler nezdinde dezavantajlı bir konuma sokarken, yaptığı fiilin hukuki sonuçlarını kavramalarını da zorlaştırabilmektedir. Bu nedenlerden ötürü, kanun koyucu, yaşlarını ve isnat kabiliyetlerini dikkate alarak; ceza ehliyeti hususunda sağır ve dilsiz olanlara özgü ve onların lehine bir düzenlemede bulunmuştur. Yapılan düzenlemeyle; söz konusu kişilere tatbik edilecek cezaların, aynı fiili işleyen diğer kişilere nazaran daha yumuşak olması sağlanmıştır⁴⁷.

Geçici nedenler (TCK, Md. 34): Geçici nedenler: kişinin isnat kabiliyetini geçici olarak; kısmen ya da tamamen ortadan kaldıran nedenlerdir. Yasa koyucunun, kişinin iradesinin olup olmadığının tespitini esas aldığı düzenlemesinde: “*geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmış olan kişiye ceza verilmez.*” Hükmüne yer verilmiştir (TCK, Md. 34). Buna göre, irade kabilinde alınan alkol ve

Suç fiilini işlediği esnada yaşı bu döneme denk gelen çocuklar için suç; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren bir nitelikte olduğunda ceza 18 yıldan 24 yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği durumlarda ceza 12 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası olarak hükmolunurken; diğer cezaların üçte biri indirilir. Ancak indirim tabi tutulan ceza 12 yıldan fazla olamaz (TCK Md. 31(3)). Dördüncü dönem, 18 yaşının tamamlanmasından sonraki dönemdir. Suç fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmuş olan kişinin cezai ehliyeti tamdır (Şenyüz, 2011, s.389) ve cezalandırmada indirim söz konusu değildir.

⁴⁶İlgili kanun maddesinde belirtilen nitelikleri haiz kişiler için ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine 25 yıl; müebbet hapis cezası yerine 20 yıl hapis cezası uygulanması hüküm altına alınmıştır. Diğer hallerde verilecek cezaların ise altıda birden fazla olmamak üzere indirim tabi tutulabileceği ya da hapis cezası yerine; mahkum olunan ceza ile süresi aynı kalmak koşulu ile kısmen ya da tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin de tatbik edilebileceği düzenlenmiştir.

⁴⁷İlgili Kanun’a göre sağır ve dilsiz olan kişiler için; suç fiilini işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış çocuklara ilişkin hükümlerin 15 yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler hakkında; 12 yaşını doldurmakla beraber 15 yaşını doldurmamış çocuklara ilişkin hükümlerin 15 yaşını doldurmuş olmasına rağmen 18 yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler hakkında, 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte 18 yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümlerin 18 yaşını dolduran ancak 21 yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizlere uygulanacağına hükmederek; Kanun’un normal insanlar için getirdiği kıstaslara sağır ve dilsizler lehine artırımda (üçer yaş) bulunmuştur (TCK Md. 33).

uyuşturucu madde etkisi altındayken, suç fiilinin işlenmesi, cezalandırmaya konu edilecekken; bu maddelerin irade dışı kullanımı ya da iradeden bağımsız olarak isnat yeteneğı zayıflatan başkaca geçici nedenlerin varlığı durumunda cezalandırılama söz konusu olamayacaktır.

1.2.2.2.4. Suçlarda Kusurluluğı Ortadan Kaldıran Durumlar ve Vergi Suçları ile İlintisi

Türk Ceza Kanunu'na göre suç fiilinin işlenmesi halinde failin cezalandırılması, kusurunun olmasına bağıdır. Ancak fail kusur yeteneğini haiz olmasına rağmen başka şekilde hareket etme olanağı bulunmayan durumlarla karşı karşıya kalabilmektedir. Kusur yeteneğini sınırlandıran durumlar olarak adlandırılan bu haller: kaza ve tesadüf, mücbir sebep, cebir ve şiddet, ikrah ve tehdit ve hatadır. Genel kanun hüviyetinde olan Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bu müesseseler haliyle, vergi suçları dahil tüm suçlar için geçerlidir.

Kaza ve tesadüf: vukuu önceden tahmin edilemeyen ve önlenmesi imkân dahilinde olmayan netice olarak tarif edilmektedir (Bayraklı, 1999, s.107). Bahsi geçen nitelikleri haiz bir neticenin gerçekleşmesi için ise insan eyleminin varlığı ve sürekliliğı gerekmektedir. Zira heyelan, sel, deprem gibi insan eylemi dışında gerçekleşen olaylar kaza ve tesadüf olarak nitelendirilmemektedir. **Mücbir sebep** olarak addedilen bu tür olaylar meydana geldiğinde de kişi, yaptığı eylemin farkında olsa dahi mücbir sebebin yönlendirmesine riayet etmek durumunda kalmakta; iradesini ortaya koyamamaktadır (Şenyüz, 2011, s.393-396). Netice itibariyle, kaza ve tesadüf ile mücbir sebep kişinin kusurluluğunu ortadan kaldıran etmenlerdendir. Bu hallere maruz kalan failin öngöremediğı ve/veya önleyemediğı ya da kendi eylemi dışında gerçekleşip de iradesini ortaya koyamadığı olaylar karşısında kusurluluğı söz konusu olmadığından; cezaya muhatap kılınmaz.

Cebir, bir kimsenin karşı koyamayacağı ve kurtulamayacağı nitelikte maddeten zorlanarak bir suçu işlemeye mecbur kılınmasıdır (Bayraklı, 1999, s.108). Cebire ve aynı nitelikli şiddete maruz kalan kişinin bu hal ve şartlar altında kusurluluğı söz konusu olmayacağından cezalandırılmamakta; ceza, cebir ve şiddet uygulayana kesilmektedir. (TCK, Md. 28). Aynı şekilde **ikrah ve tehdit** altında işlenen suçlarda da kişinin kusurluluğı ortadan kalkmaktadır. Zira ikrar ve tehdit durumunda kişi, manevi olarak suç işlemeye zorlanmakta ve kendi iradesini ortaya koyamamaktadır. Cebir ve şiddet durumlarında olduğı gibi ikrar ve tehdit altında işlenen suçlarda da ceza, suçu işleyene değıl; kişiyi suç işleyemeye zorlayana verilmektedir (TCK, Md. 28). Vergisel işlemlerin ifasında da cebir, ikrar ve tehdit altında suç işlenebileceğinden, söz konusu kuralı vergi suçlarından müstakil kılarak uygulamak imkansızdır.

Diğer suçlarda olduğu gibi vergi suçlarında da kusurluluğu ortadan kaldıran bir diğer durum ise **hatanın varlığıdır**. Hata, hakikatin hiç bilinmemesi ya da yeteri kadar bilinmemesinden dolayı yanlış bir hüküm verilmesi halidir (Bayraklı, 1999, s.108). Mücbir sebep ile ikrar ve tehditten farklı olarak hata halinde kişi, suça sebebiyet verecek eylemi özgür iradesiyle ortaya koymakta; ancak bundan doğacak sonucun suç teşkil ettiğini bilememektedir (Şenyüz, 2011, s.397). Hata, ceza hukukuna dair normları bilmeme veya normları bilmekle beraber tam olarak kavranamamasından dolayı kaynaklanabilir. Hukuki hata olarak addedilen bu hata türü, kişinin cezalandırmaktan alıkoymaz. Çünkü mevcut kanun normlarını bilmemek, eksik ya da yanlış bilmek mazeret sayılmamaktadır. Ancak kanun normunun bilinmesine ve haliyle yaptığı eylemin suç olduğunun farkında olunmasına karşın; varlığına inandığı bazı şartlardan dolayı, yaptığı eylemin suç teşkil etmeyeceğinin düşünüldüğü durumlarda hataya sebebiyet verebilmektedir. Fiili hata olarak da addedilen bu hatanın varlığında ise faile ceza verilmemektedir. Nitekim failin, varlığına inandığı koşullardan dolayı yanlıya düşmemiş olsaydı, suç fiilini işlemeyeceğine inanılmaktadır. Örneğin defterlerin kanuni süresi içinde saklanması gerektiğini bilen birey, onları geri dönüşüm kağıtlarıyla karıştırarak geri dönüşüm tesisine göndermesi fiili hatadır ve fail buradan doğadan cezaya muhatap değildir. Zira fail, defter ve belgeleri yok olması için geri dönüşüm tesisine göndermemiş; olay, bir hata sonucu vukua gelmiştir (Şenyüz, 2011, s387-388).

1.2.2.2.5. Ceza Mahkemelerince Yargılanacak Vergi Suçları ve Cezaları

Türk Vergi Sistemi'nin benimsediği ana ilke, ekonomik suça ekonomik cezanın uygulanmasıdır. Ancak cezalandırmanın caydırıcılık fonksiyonunun sağlanmasının ve verilen cezanın kamu vicdanını tatmin edici nitelikte olmasının gerekliliği, vergilemede bazı suçlar için sadece ekonomik cezanın kâfi gelemeyeceği kanaatini doğurmuştur (Edizdoğan ve Diğerleri, 2007, s.150). Yaptığı düzenleyici işlemleri toplum adına gerçekleştiren devletin de vergilemeye ilişkin hukuk normlarının ihlal edilmesinin para cezası ile geçiştirmesi beklenmemelidir. Zira bu durumum, cezaların caydırıcılık işlevini yitirmesine sebep olurken; aynı zamanda toplum vicdanını rahatlatamadığı ve her şeyden önemlisi vergilemenin ve devlet olmanın ruhuna aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir (Çomaklı ve Ak, 2013, s.40). Bu sebepten, kanun koyucu bazı vergi suçlarının yargılanmasının ve cezalandırılmasının ceza mahkemeleri marifetiyle yapılmasına hükmetmiştir. Söz konusu suçlar, devlet adına en önemli egemenlik göstergelerinden olan vergileme işlevini sekteye uğratan ve aynı zamanda mevcut kamu düzenini bozucu etkide bulunan suçlardır (Candan, 2010, s.345). Vergi suçları, ağırlıklı olarak Vergi Usul Kanunu'nda düzenlense de diğer kanunlar bünyesinde de adli nitelik teşkil eden vergi suçlarına yer verilmiştir.

Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen vergi suçları: kaçakçılık suçu, vergi mahremiyetini ihlal suçu, mükellefin özel işlerini yapma suçu, haysiyet ve şerefte tecavüz suçu ve ekim sayım beyanlarını denetlememe suçlarından oluşmaktadır. Aşağıda söz konusu suçlara dair açıklamalara yer verilmiştir.

1.2.2.2.5.1. Kaçakçılık Suçu

Kaçakçılık suçu, karşılığında hürriyeti bağlayıcı nitelikte cezaların uygulandığı vergi suçlarının en ağır nitelikli olanıdır ve fiilleri, tatbik edilecek cezalarıyla birlikte Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenmiştir. Kaçakçılık suçu fiilleri, vergi ziyayı kabahati fiilleri ile hemen hemen örtüşse de vergi kaybının varlığı, vergi ziyayı kabahatinin oluşması için gerekli iken; kaçakçılık suçlarında hareketin icrası yeterli görülmüş, ayrıca vergi kaybının oluşması aranmamıştır (Candan, 2010, s.343 ; Şenyüz, 2011, s.404). Buradan hareketle, kaçakçılık suçunu: *“vergi ziyayı yaratılması şart olmamakla beraber; suçun kanunda yazan fiillerle ve objektif ölçütler bazında kasten işlendiği; işlenen fiillerin de devletin vergi alanında sağlamış olduğu kamu düzenini ihlal edici nitelikte olduğu suçlardır.”* şeklinde tanımlamak mümkündür (Bayraklı, 1999, s.229).

Çalışmanın önceki bölümlerinde, tüm suçlar için genellik teşkil eden ve haliyle vergi suçları içinde geçerli olan suç unsurlarından bahsedilmişti. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde, başta vergi kaçaklığı suçu olmak üzere vergi suçları özelinde, suç unsurları hakkında daha detaylı bilgiler sunulmuştur.

1.2.2.2.5.1.1. Kaçakçılık Suçunun Unsuruları

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenmesiyle kanuni unsuru yerine getirilmiş olan kaçakçılık suçunun, maddi unsurunun hareket kısmını ise aynı Kanun maddesinde, ağırlıklarına göre üç fıkra halinde sıralanmış fiiller teşkil etmektedir. Suçu oluşturan fiillerin tadadı olarak sayılması da onları seçimlik hareketli suç niteliğine sokmaktadır. Sonuç olarak, aynı takvim yılı içerisinde, aynı fıkra da yer alan fiiller birden çok defa işlense dahi tek suç doğmakta (tek suç esası) ve fail tek cezaya maruz kalmakta iken; aynı takvim yılında, farklı fıkralarda düzenlenen fiillerin işlenmesi durumunda ise fıkra bazında ayrı ayrı suç doğmakta ve ayrı ayrı ceza uygulanmaktadır. Örneğin, aynı takvim yılında bir kısım belgeler sahte düzenlenmiş (VUK, Md. 359(a)), bir kısım belgelerde ise tahrifat yapılmış ise (VUK, Md. 359(b)) bu fiiller birden çok defa da yapılmış olsa iki ayrı fıkra da düzenlendiklerinden suç, iki kez doğmuş olacak ve iki ayrı ceza verilecektir. Ayrıca farklı fıkra ya ait fiillerin aynı takvim yılında ve aynı belgede yapılması durumunda da iki ayrı suç ve bunlara tatbik edilecek iki ayrı ceza söz konusu olacaktır. Diğer

tarafından fiillerin, aynı fıkra düzenlenmesine rağmen; farklı takvim yıllarında işlenmesi halinde, her takvim yılı için ayrı ayrı suç meydana gelmiş olacaktır (Şenyüz, 2011, s.406-407).

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesi, ağırlıklarına ve karşılığında verilecek cezalarına göre üç fıkra (a, b ve c) yer verdiği fiilleri, Kanun maddelerine paralellik arz edecek şekilde üç gruba ayırmak mümkündür. Bunlar:

- I. Birinci Grup Kaçakçılık Suçu Fiilleri (VUK, Md. 359(a)): *“Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak⁴⁸. Defter ve kayıtlarda gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesaplar açmak. Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca, tutulması ve muhafazası zorunlu olan defterleri tutmak zorunda olan mükelleflerin, söz konusu defterlere kaydedilmesi gereken hesap ve işlemleri vergi matrahını azaltıcı sonuç doğuracak şekilde tamamen ya da kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına (harici bellek, CD, ajanda vs.) kaydetmek⁴⁹. Vergi Usul Kanunu tarafından tutulması ve düzenlenmesi zorunlu kılınan defter, belge ve kayıtları tahrif etmek⁵⁰. Defter veya belgeleri gizlemek⁵¹. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak⁵².”*

⁴⁸ Hesap ve muhasebe hileleri yapmak: vergiye esas kazancı olduğundan daha az göstermek maksadıyla gerçek ilişki, işlem ve hesapların defter ve/veya belgeler üzerinde yapılmış kasıtlı hareketlerle gizlenmesidir (Kızılot ve Kızılot, 2010, s.536). Kasıt, hatayı hileden ayıracak olan husustur. Niyet farkını teşkil eden bu husus, ceza yargılaması sonucu ortaya çıkartılır ve kastın varlığının sabit olması kaçakçılık suçunun işlendiğini gösterir (Şenyüz, 2011, s.413).

⁴⁹ Literatürde “çift defter kullanmak” şeklinde de addedilen bu suç fiili, kaçakçılık fiilleri arasında neticenin arandığı tek fiildir. Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere bu fiilin kaçakçılık suçunu doğurabilmesi için hem tutulması zorunlu defterlerde mevcut olmayan bir kaydın özel kayıt ortamında yer alması hem de bu işlemin vergi matrahını azaltması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile söz konusu fiilin maddi unsuru hareketin yapılmasıyla tamamlanmayıp vergi matrahının azalması neticesinin de gerçekleşmesi gerekmektedir. Haliyle çift defter kullanmak vergi kaçakçılığı bağlamında neticeli suç iken diğerlerinde hareketin varlığı yeterli olduğundan neticesi hareketle bitişik suçlardır.

⁵⁰ Tahrifatın söz konusu olabilmesi için, işlemlerin sahil olan defter, kayıt ve belgelerdeki bilgilerin, aslına uygun olarak geçirilmesinden sonra çeşitli yöntemlerle (kalem oynatma, kazıma, silme, rakam ekleme vs.) gerçeğe aykırılık teşkil edecek şekilde kasten değiştirilmesi gerekmektedir (Şenyüz, 2011, s.417-418). Tahrifat sonucu kaçakçılık suçunun doğması için vergi ziyanının doğması şart olmamakla birlikte, tahrifatı gerçekleştiren mükellefin de tahrif ettiği defter, kayıt ya da belgelerin kendisinin ya da üçüncü kişilerin kullanması da gerekli değildir. Ez cümle suçun doğması için tahrifat fiilinin gerçekleşmesi kafidir (Bayraklı, 1999, s.234).

⁵¹ Vergi Usul Kanunu, varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle (mahkeme kararları, ticaret odası kayıtları, vergi dairesi kayıtları vs.) sabit olmasına karşın, vergi incelemesi sırasında incelemeye yetkili olanlarca; kanuni saklama süresi (VUK’ye göre 5 yıl) dolmamış olan defter ve belgelerin talep edilmesine rağmen; ibraz edilmemesi gizleme olarak kabul edilmekte ve kaçakçılık suçunu teşkil etmektedir.

⁵² Vergi Usul Kanunu’na göre, gerçek bir muamele ya da duruma dayanmakla birlikte, bu muamele ve durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeği aykırı şekilde yansıtan belge muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir. Söz konusu belgenin, mükelleflerce Vergi Usul Kanunu’nda tarif edildiği şekilde düzenlenmesi ise kaçakçılık suçunu teşkil etmektedir. Belirtmek gerekir ki muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek fiili ancak Vergi Usul Kanunu kapsamındaki belgelerde ve belgenin düzenlenmesi esnasında oluşturulabilmektedir. Zira daha öncede de bahsedildiği üzere, belgenin düzenlenmesinden sonra yapılan gerçeğe aykırı değişiklikler tahrifat olarak nitelendirilmektedir (Aktaran: Şenyüz, 2011, s.427). Suç fiili aynı vergilendirme döneminde birden çok işlenmiş olsa dahi tek suç esası

- II. İkinci Grup Kaçakçılık Suçu Fiilleri (VUK, Md. 359(b)): “*Defter, kayıt ve belgeleri yok etmek ya da defter sayfalarını yok etmek suretiyle yerine başka sayfa koymak veya hiç yaprak koymamak*⁵³. Vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi ve kanuni süresi boyunca muhafazası zorunlu olan belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak (naylon fatura düzenlemek veya kullanmak)⁵⁴. ”
- III. Üçüncü Grup Kaçakçılık Suçu Fiilleri (VUK, Md. 359(c)): “*Maliye Bakanlığınca anlaşması olmayan matbaalarca basılan belgeleri bilerek kullanmak*⁵⁵. Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı halde belge basmak⁵⁶. ”

Şeklindedir.

Kaçakçılık suçunun meydana gelmesi için varlığı aranan son unsur ise kusurluluktur. Türk Ceza Kanunu, açık bir hüküm olmadıkça suç fiilinin taksir ile işlenemeyeceğine hükmetmiştir (TCK, Md. 22). Vergi suçlarının taksirle işlenebileceğine dair açık bir hükmün mevcut olmaması da bu suçların ancak kasıt ile işlenebileceği; diğer bir ifade ile failin suç fiilini işlerken bunu bilerek ve sonuçlarını isteyerek gerçekleştirdiği sonucunu doğurmaktadır (Candan, 2010, s.393).

geçerli iken; farklı vergilendirme döneminde işlenen suçlar ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Ayrıca muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgeyi düzenleyen mükellef aynı zamanda ilgili belgeyi kullanıyorsa ceza tek olacak; belgeyi düzenleyen ile kullananlar farklı kişiler ise ayrı ayrı ceza kesilecektir (Şenyüz, 2011, s.429).

⁵³Defter tutma ve belge düzenleme mecburiyetinde olan mükelleflerin, tutulması, düzenlemesi, saklanması ve ibrazı vergi kanunları uyarınca zorunlu olan defter ve belgeleri, kanuni saklama süresi içinde kısmen ya da tamamen yok etmek veyahut tamamen okunamayacak hale getirmek kaçakçılık suçunu teşkil etmektedir. Ayrıca kanun, yerine başka sayfa konulsun ya da konulmasın defter sayfalarının koparılmasını da kaçakçılık suçu olarak düzenlemiştir.

⁵⁴Belgenin kullanılması defterlere ve diğer kayıt ortamlarına intikali anlamına gelmektedir. Söz konusu suç fiilinin gerçekleşmesi için belgenin kısmen ya da tamamen sahte olarak düzenlenmesi yeterli olup ayrıca kullanılması şartı aranmamaktadır. Düzenleme ve kullanma fiili aynı fıkra hükmünde açıklandığından iki ayrı suç teşkil etmektedir. Ancak belgeyi düzenleyen ile kullanan aynı kişi olduğu durumlarda, aynı vergi döneminde birden çok defa da düzenlenmiş olsa dahi fiil ve haliyle ceza tek sayılacaktır. Ancak belgeyi düzenleyen ile kullananın farklı kişiler olması durumunda suç, her iki kişi nezdinde de vuku bulacak ve ceza ayrı ayrı tatbik edilecektir. Bahsi geçen suç fiiline sebep olan belge faturadan ibaret olmasa da uygulama bu suç daha çok fatura vasıtasıyla işlendiğinden naylon fatura düzenleme suçu olarak da addedilmektedir (Şenyüz, 2011, s.438).

⁵⁵ Mükellefler, yaptıkları işlemleri tevsik etmek için gerek duydukları bazı belgeleri iki yolla temin etmektedirler. Bu yollardan ilki piyasadan tedarik ettikleri belgeleri noterce tasdik ettirmek şeklinde iken; ikincisi Maliye Bakanlığı ile belge basma hususunda anlaşması bulunan matbaalara belge bastırmak şeklindedir (Şenyüz, 2011, 439). Mükelleflerin Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığını bildikleri bir matbaadan belge temin edip kullanması bu kanun hükmü bağlamında kaçakçılık suçuna delalettir.

⁵⁶ Kanunun lafzından da anlaşıldığı üzere, suçun faili bakanlıkça anlaşması olmadığı halde belge basan matbaalardır. Suçun doğması için anlaşmasız matbaalarca basılan belgelerin vergi ziyasına sebebiyet verme şartı aranmamakta; belgenin basılması yeterli görülmektedir.

1.2.2.2.5.1.2. Kaçakçılık Suçunun Cezası

Kaçakçılık suçunu teşkil eden fiillerin ağırlıklarına göre üç gruba ayrıldığından bahsedilmiştir. Kanun koyucu, hâkimin, failin kasıt yoğunluğu ve kamu düzenin ihlal derecesi göz önünde bulundurarak hüküm etmesi için her bir grup suçlar için azami ve asgari sınırları olan ceza aralıkları belirlemiştir. Buna göre: birinci gruptaki fiillerle kaçakçılığa sebebiyet verilmesi durumunda: 18 aydan 3 yıla kadar (VUK, Md. 359(a)); ikinci gruptaki fiillerle kaçakçılık suçunun işlenmesi halinde: 3 yıldan 5 yıla kadar (VUK, Md. 359(b)) ve üçüncü grup fiillerle vergi kaçakçılığının gerçekleştirilmesi durumunda ise: 2 yıldan 5 yıla kadar (VUK, Md.359(c)) hapis ceza verilmesi öngörülmektedir.

1.2.2.2.5.2. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu

Vergi suçlarının tatbikinde korunan hukuki yarar, genel olarak kamu menfaati olsa da vergi mahremiyetini ihlal suçu bu genellemeye istisnailik teşkil etmektedir. Zira vergi mahremiyetini ihlal suçunun düzenlenmesindeki amaç kamu yararının muhafazasından ziyade mükelleflerin kişisel yararını korumaktır (Sonsuzoğlu, 2000, s.133). Kanun, gerek vergileme gerek denetim gerekse yargılama aşamasında olsun, “*vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay’da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler, vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler*” şeklinde saydığı kişilerin, yürüttükleri görevler esnasında elde ettikleri, mükellef ve mükellefle ilişkili kişilerin ticari ve özel sırlarını ifşa etmelerinin ve kendileri ya da üçüncü şahıslar lehine kullanmalarının görevlerinden ayrılmış olsalar dahi yasak olduğuna hükmetmiştir (VUK, Md. 5). Zira bahsi geçen kişiler, yürüttükleri görevler esnasında, mükelleflere ait ticari sırları, formülleri, medeni halleri, servetleri, hesap durumları gibi iktisadi, mali, şahsi ve ailevi bilgileri edinebilmekte ve bilgilerin ifşası ve/veya aleyhte kullanılması da mükellefin ticari ve özel hayatını çıkmaza sokabilmektedir.

1.2.2.2.5.2.1. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunun Unsurları

Kanun, vergi mahremiyetine riayet etmek durumunda olan kişilerin ihlale sebebiyet verecek davranışta bulunmaları durumunda Türk Ceza Kanunu’nun “*Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması*” başlıklı 239. maddesi uyarınca cezalandırılacağına hükmederek; genel bir kural ihdas etmiştir (VUK, Md. 362). Bunun yanı sıra, sır niteliği taşısa da mükellefe ve mükellefiyete dair birtakım bilgilerin ifşa edilmesinin de hukuka

uygun olduğu hüküm altına alınmıştır⁵⁷. Gerek ilgili Türk Ceza Kanunu hükmü gerekse Vergi Usul Kanunu kapsamındaki düzenlemeler, vergi mahremiyetini ihlal suçunun kanuni unsurunu teşkil etmektedir.

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun maddi unsurunu teşkil eden ve ancak kasten işlenebilecek niteliği haiz olan fiillerden ilki; görevi ile ilişkili olmak kaydı ile öğrenilmiş olan vergi sırrının ve gizli kalması gereken hususların ifşa edilmesidir. Belirtmek gerekir ki suçun doğması için söz konusu niteliği haiz sırrın kullanılması şartı aranmamaktadır. Suça sebebiyet veren bir diğer fiil ise öğrenilen sırrın mükellefin zarar görme şartı gözetilmeksizin bizzat öğrenenlerin kendileri ya da üçüncü kişiler yararına kullanılmasıdır. Her iki fiilin de suç teşkil etmesinde; bilginin, görevin ifası sırasında edilmesi gerekli olmakla birlikte; bu şartlar altında elde edilen bilginin görevden ayrıldıktan sonra dahi ifşası ya da paylaşılması da suçun oluşması sonucunu doğuracaktır (VUK, Md. 5).

Vergi mahremiyetinin ihlal suçunun manevi unsurunu ise yukarıda da belirtildiği üzere kasıt oluşturmaktadır. Zira suç oluşturan fiiller dikkate alındığında taksir ile işlenemeyeceğinin aşikâr olduğu düşünülmektedir.

1.2.2.2.5.2.2. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunun Cezası

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun cezası Vergi Usul Kanunu'nun 362. maddesinde yer alan atıf gereği Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesi hükümleri çerçevesinde verilmektedir. İlgili maddeye göre: vergi mahremiyetini ihlal suçu için 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmektedir.

1.2.2.2.5.3. Mükellefin Özel İşlerini Yapma Suçu

Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmesi anayasal bir zorunluluktur. Anayasa'ya göre kanun önünde eşitlik ise herkesin dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç gibi sebeplerle hiçbir ayrıma tabi tutulmaması anlamına gelmektedir (Anayasa Md. 10). Vergi muameleleri, incelemeleri ve vergi yargısında görev alan ve devletin idari makamlarını temsil eden memurların da görev tanımına sadık kalması ve vatandaşlara eşit, tarafsız ve objektif muamelelerde bulunması beklenmektedir (Şenyüz ve

⁵⁷Söz konusu fiiller: vergi cetvellerinin vergi dairelerine asılması (VUK Md. 5/2), vergi levhasının asılması (VUK Md. 5/3), mükelleflerin vergi tarhına esas beyanları (VUK Md. 5/4), kesinleşen veya ödenmeyen vergi ve vergi cezaları (VUK Md. 5/4), adli ve idari soruşturma kapsamında bilgi ve belge istenmesi (VUK Md. 5/4) ve sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenlerin meslek kuruluşları ile mali müşavirlikler birlik ve odalarına bildirilmesidir (VUK Md. 5/4).

Diğerleri, 2013, s.230). Bu doğrultuda, kanun “*vergi muameleleri ve incelemeleri ile vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay’da görevli olanlar, mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini ücretsiz de olsa yapamazlar.*” Hükmünde bulunarak (VUK, Md. 6/son); söz konusu kişilerin mükellefler ve vergi sorumlularının özel işlerini yapmalarını yasak etmiş; aksi davranışların suç teşkil edeceğini bildirmiştir (VUK, Md. 363).

Mükellefin özel işlerini yapma fiilinin suç olarak tespit edilmesiyle hem bahsi geçen görevlilerin eşit, tarafsız ve objektif muamelelerde bulunması sağlanmakta hem de bu kişilerin, kendileriyle ilişkili olduğu kişilere, mevcut yasal boşluklardan faydalandırmalarının engellenmesi amaçlanmaktadır (Şenyüz, 2011, s.462).

1.2.2.2.5.3.1. Mükellefin Özel İşini Yapma Suçunun Unsurları

Mükellefin özel işlerini yapma suçunun manevi unsuru, söz konusu suçun Vergi Usul Kanunu’nun 363. maddesinde düzenlenmesiyle sağlanmıştır. İlgili madde, suçun failleri için Vergi Usul Kanunu’nun 6.; cezası için Türk Ceza Kanunu’nun 257. maddelerine atıfta bulunmuş; suçu oluşturan fiilin vergi ziyana sebebiyet vermesi durumunda da Vergi Usul Kanunu’nun 344. maddesi hükümlerince ayrıca vergi ziyai cezasının kesileceğine hükmetmiştir (VUK, Md. 363).

Suçun maddi unsurunu oluşturan fiil, yasal düzenlemeden de anlaşıldığı üzere mükellefin özel işlerini yapmaktır. Ancak kanun koyucu, söz konusu özel işlerin vergi kanunlarının uygulanmasına dair hesap, yazı ve sair işler olduğunu belirtmiş; fakat bunların hangi fiiller olduğunu ortaya koymamakla beraber; özel işin niteliğinin nasıl yapılacağına, sınırlarının ne şekilde çizilmesi gerektiğine dair açıklamalarda da bulunmamıştır. Bunun yanında, suç fiilinin ücret karşılığı yapıp yapılmadığı önem arz etmezken, arızı ya da sürekli yapılması da suçun doğması açısından fark teşkil etmemektedir (Şenyüz, 2011, s.462). Üstelik suçun meydana gelmesi için fiilin işlenmesi kâfi olmakla beraber fiil, vergi ziyana sebebiyet vermişse görevli memur, suça iştirak hükümleri nazarında ayrıca cezalandırılacaktır.

Mükellefin özel işlerinin yapma suçunun manevi unsurunu ise kasıt oluşturmaktadır. Mükellefin özel işini yapma suçunda fail, yaptığı eylemin suç olduğunu bilmekte ve doğacak neticeyi de istemektedir (Bayraklı, 1999, s.307).

1.2.2.2.5.3.2. Mükellefin Özel İşini Yapma Suçunun Cezası

Mükellefin özel işlerini yapma suçunun cezası, düzenlendiği Vergi Usul Kanunu'nun 363. maddesinin atfıyla Türk Ceza Kanunu'nun "*Görevi Kötüye Kullanma*" başlıklı 257/1. maddesi hükmü çerçevesinde verilmektedir. Söz konusu hükümce verilecek olan ceza ise altı aydan 2 yıla kadar hapis cezasıdır. Öte yandan yapılan özel iş, mükellef nezdinde vergi ziyana sebebiyet vermiş ise suça iştirak eden görevli hapis cezasının yanında; idari para cezasına (vergi ziyayı cezasına) da çarptırılacaktır (VUK, Md. 363).

1.2.2.2.5.4. Haysiyet ve Şerefe Tecavüz Suçu

Haysiyet ve şerefe tecavüz suçu, vergi mahremiyetini ihlal suçu müessesesi gibi kişisel yararın muhafazasına yönelik olsa da söz konusu suçun kapsamı dışında tutularak; ifşası hukuka uygun olduğu kabul edilen bilgilerin, ilgili mükelleflerin haysiyet ve şereflerine tecavüz etmek amacıyla kullanılmasını önlemek maksadıyla düzenlenmiştir (VUK, Md. 5). Söz konusu suç, nitelikleri itibarıyla Türk Ceza Kanunu'nun "*Şerefe Karşı Suçlar*" bölümünün "*Hakaret*" başlıklı 125. maddesinde düzenlenen fiillerin özel bir halidir (Şenyüz, 2011, s.465). Haliyle mükelleflerin vergilemeye dair bilgilerinin kullanılmasıyla suç işlenirse Vergi Usul Kanunu; vergi harici bilgilere dayanarak suç işlenirse Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırmaya gidilecektir (Edizdoğan ve Diğerleri, 2007, s.173). Cezaya muhatap kılınacak kişi (fail) için ise Kanun herhangi bir sınırlama öngörmemiştir; suçu işleyen fail sıfatını kazanmaktadır. Ancak bunun için mağdurun, fiili ve failini öğrendiğinden itibaren altı ay içinde şikâyetle bulunması zorunludur (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.249).

1.2.2.2.5.4.1. Haysiyet ve Şerefe Tecavüz Suçunun Unsurları

Haysiyet ve şerefe tecavüz suçunun kanuni unsuru, suçun Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasında düzenlenmesiyle yerine getirilmiştir. Neticeli suç niteliğinde olan haysiyet ve şerefe tecavüz suçunun maddi unsurunun sağlanabilmesi için saldırıya uğrayan kişinin maruz kaldığı hareketten ötürü maddi ya da manevi zarara uğraması gerekmektedir. Kanun, buna sebep olabilecek fiillere ayrıca yer vermemiş; vergilemeye dair gizlilik ilkesine istisnailik teşkil eden bilgileri kullanarak, mükellefi rencide edici, gururunu kırıcı ve manevi anlamda incitici her türlü kasti davranışın suçun doğmasına sebep olacağına hükmetmiştir. Suça sebep olacak davranışın ancak kasten işlenebilecek nitelikte olması da suçun manevi unsurunun kasta dayandığı sonucunu doğurmaktadır.

1.2.2.2.5.4.2. Haysiyet ve Şerefe Tecavüz Suçunun Cezası

Haysiyet ve şerefe tecavüz suçunun düzenlediği Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesinde, söz konusu suça herhangi bir yaptırım öngörülmediği gibi, cezanın tespiti için başka bir kanun maddesine de açık atıfta bulunulmamıştır. Ancak suçun, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenen hakaret fiillerinin özel bir hali olduğu düşünüldüğünde, tatbik edilecek cezanın da bu madde hükümlerince tespit olunacağına kanaat getirilmektedir (Şenyüz, 2011, s.468). Buradan yola çıkarak; suça verilecek ceza, Türk Ceza Kanunu 125. maddesinde düzenlenen ve “*Hakaret Suçu*” için öngörülen cezadır (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.230). İlgili Kanun hükmüne göre de faile, üç aydan 2 yıla kadar hapis ya da adli para cezası uygulanması öngörülmektedir (TCK, Md.125).

1.2.2.2.5.5. Ekim Sayım Beyanlarını Denetlememe Suçu

Gelir Vergisi Kanunu madde 54'de belirtilen işletme büyüklüğü ölçüsünün üzerinde zirai faaliyette bulunan çiftçiler, zirai işletmelerinin bulunduğu yer, ekilen arazinin genişliği, ekilen ürünün çeşidi, beslenen hayvanların cinsi ve miktarı, meyve veren ağaç sayısı gibi hususlara dair bilgileri ihtiva eden beyanlarını her yıl Kasım ayında, bulundukları köy ya da mahalle muhtarlarına vermek zorundadırlar (VUK, Md. 243). Kanun, yapılan beyanların doğruluğunun denetimi, yapılan yanlışlıkların düzeltilmesinin telkinini ve yapılmamış beyanların tespitiyle yapılmasına davet etmek görevlerini muhtarlara ve ihtiyar heyetlerinin sorumluluğuna bırakmış (VUK, Md. 245); görevlerini ihmal veya suiistimal eden muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri hakkında ise Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümler çerçevesinde ceza verilmesini hükmetmiştir (VUK, Md. 246). Buna göre: ekim sayım beyanlarını denetleme görevini kasten ihmal veya suiistimal eden muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri cezanın muhatabı olurken; söz konusu suç için öngörülen hapis cezasının da 1 ila 3 yıl olması hüküm altına alınmıştır (TCK, Md. 257).

1.2.2.2.6. Vergi Suçlarında Birleşme, Tekerrür, İştirak, Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme Müesseseleri

Vergi Suçlarında Birleşme: Failin, işlediği fiili ile birden çok kanun hükmünü ihlal edip ve haliyle birden çok neticeye sebebiyet vermesi durumunda, ihlal sayısının çokluğuna rağmen tek bir cezaya muhatap kılınması fikri içtimaa olarak addedilmektedir⁵⁸. Bu durumda, faile

⁵⁸ “Fikri” olarak nitelendirilmesinin sebebi, verilecek cezaların değil; suçların birleşmesinden ileri gelmektedir. Öte yandan vergi suçları bağlamında, suçların bağımsız ele alınıp; cezaların toplanmasını gerektiren gerçek içtima

uygulanacak olan ceza: sebep olduğu ihlaller için öngörülen cezaların en ağır olanıdır. Örneğin sahte belge düzenleme fiili hem Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin b bendi hem de Türk Ceza Kanunu'nun 207. maddesi açısından suç teşkil etmektedir. Her iki kanun nezdinde de fiil için öngörülen azami ceza miktarı üç yıl olsa da asgari ceza miktarı Türk Ceza Kanunu hükmünde bir yıl; Vergi Usul Kanunu hükmünde on sekiz ay olarak belirlenmiştir. Netice itibariyle bu olayda, suça tatbik edilecek kanun hükmü Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesi olacaktır⁵⁹. Öte yandan, suç işleme iradesinin ırcasında, aynı suçun birden fazla işlenmesi zincirleme suç olarak nitelendirilmiştir (TCK, Md. 43). Bu niteliği haiz suçların aynı dönem içinde birden fazla işlenmesi durumunda tek ceza; farklı dönemlerde birden fazla işlenmesi durumunda ise her dönem için ayrı ceza uygulanmasına gidilmesine hükmedilmiştir (Mutluer, 1979, s.84).

Vergi Suçlarında Tekerrür: Vergi suçu işleyen ve suçu kesinleşen kişinin, cezasının infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl içinde yeni bir vergi suçu ya da kasta dayanan başka bir suç işlemesi durumunda tekerrür hükümleri uygulanmaktadır (TCK, Md. 5/1-2)⁶⁰. Yeni ceza kanunu, tekerrür halinin varlığında, vergi kabahatlerinde geçerli olan ceza artırımı uygulamasından vazgeçerek cezanın, kişiye özel infaz rejimine göre çektirileceğine hükmetmektedir (TCK, Md. 58/6-7). Bu da 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun (CGTİHK)⁶¹ hükümlerince: infazdan sonra denetimli serbestlik uygulamak, koşullu salıvermeyi geciktirmek gibi hukuki imkanları azaltarak infaz koşullarının ağırlaştırılması şeklinde yapılmaktadır (CGTİHK Md. 108/1-c ve 3). Belirtmekte fayda vardır ki fiili işlediği esnada, failin on sekiz yaşını doldurmamış olması, tekerrür hükümlerinin -süre kısıtına bakılmaksızın- uygulanmasını engellemektedir (TCK, Md. 58/5).

Vergi Suçlarında İştirak: Bir kişi tarafından işlenebilecek bir suçun, birden çok kişi tarafından önceden yaptıkları anlaşma ve iş birliği çerçevesince gerçekleştirilmesi durumunda failer arası iştirakin varlığından söz edilirken; bu yolla gerçekleştirilen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar adı verilmektedir (Dönmezer ve Erman, 1966, s.481). Vergi suçlarında iştirakçilerin vergi mükellefi ya da sorumlusu olması şart olmamakta; yasanın öngördüğü biçimde suç fiilinin gerçekleştirilmesine katılan herkes iştirakçi sıfatını kazanmaktadır (Şenyüz, 2011, s.484). Yeni Türk Ceza Kanunu (37. ila 41. maddeleri) ile iştirak: suç fiilin işlenmesinde etkili olan

(birleşme) durumu, vergi suçlarının süreleri ve ilgili mevzuat hükümleri dikkate alındığında hemen hemen uygulanamaz niteliktedir (Şenyüz, 2011, 478-479).

⁵⁹ Uygulanacak olan kanunun belirlenmesinde dikkate alınan ceza süresi hakimın takdir ettiği değil; kanunun öngördüğü süredir.

⁶⁰ Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için cezanın infaz edilmiş olma şartı aranmazken; tekerrür süresinin başlama şartı cezanın infaz edilmesine dayanmaktadır. Ayrıca failin suç fiilini işlediği esnada on sekiz yaşını doldurmuş olması gerekmektedir.

⁶¹ 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun. (2004). *T. C. Resmi Gazete*, 25685, 29 Aralık 2004.

hakimiyetin derecesi nispetinde faillik, azmettirme ve yardım olmak üzere üç şekilde düzenlenmiştir (Şenyüz ve Diğerleri, 2013, s.232). Failin çoğulu anlamına gelen faillik kavramı, birlikte ve dolaylı faillik olacak şekilde iki çeşittir. Birlikte faillik: suç fiilinin fikir birliği içerisinde ve bir fiil üzerinde ortak hakimiyetin kurulmasıyla işlenmesidir. Bu durumda fiilin işlenmesine iştirak eden herkes fail olarak değerlendirilir ve aynı cezaya maruz bırakılır (TCK, Md. 37/1). Dolaylı faillik ise suç fiilini bizzat işlemese dahi suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan bir kişinin araç olarak kullanılmasından doğmaktadır⁶². Bu durumda ise suçu işleyen ceza ehliyeti olmadığından ceza almaz iken; arka plandaki kişi (dolaylı fail) asıl fail gibi cezaya muhatap kılınmaktadır (TCK, Md. 37/2).

Dolaylı failliğin arka planındaki kişiye benzer nitelikte olan, ancak kusur yeteneği bulunan bir kişiyi, hiç niyetinde yokken suç işlemeye sevk eden kişiye azmettirici adı verilir. Azmettirenin, suçun işlenmesinde karar verdirecek derecedeki etkisi, onun fail ile aynı cezayı almasını sonucunu doğurmuştur. Ancak vergi kaçakçılığı suçunda, azmettirenin maddi menfaati yok ise faile verilecek cezanın yarısına maruz bırakılmaktadır (VUK, Md. 360). Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen bu indirimin vergi kaçakçılığına yardım eden ve maddi menfaati bulunmayan kişiler (yardımcılar) için de uygulanacağı düşünülmektedir (Şenyüz, 2011, s.490-491 ; Mutluer, 1979, s.108).

Vergi Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme: Her iki müessese de suç fiilinin icrasının tamamlanmamasına yöneliktir. İcra hareketinin başlamasına rağmen dışarıdan gelen ve elde olmayan etkilerden ötürü suçun tamamlanamayıp; neticenin doğmaması teşebbüs hali (TCK, Md. 35); suç fiilin icrasının failin gönüllü olarak ve bizzat kendi çabalarıyla neticeye sebep olmadan sonlandırılması ya da icra eyleminin bitmiş olmasına rağmen neticenin gerçekleşmesine engel durumu ise gönüllü vazgeçmedir (TCK, Md. 36).

Vergi suçları genel itibariyle neticesi hareketle bitişik suçlardır. Diğer bir ifade ile suçun meydana gelmesi için hareketin yapılması yeterli olup; ayrıca netice aranmamaktadır. Haliyle teşebbüs müessesinin vergi suçları için kullanımı nadir görülen bir durumdur. Defter ve belgelerin yok edilmesi için kazana atılacağı sırada yakalanılması, kaçakçılık suçunun teşebbüs halinde kalması hali için örnek teşkil edebilecek ender durumlardan bir tanesidir. Söz konusu durumda, faile verilecek cezada dörtte bir ile dörtte üç arasında indirimle gidilmesi öngörülmüştür (TCK, Md. 35/2). Gönüllü vazgeçme de teşebbüs müessesesi ile aynı sebeplerden ötürü vergi suçlarında yaygın değildir. Gönüllü vazgeçmede, cezanın caydırıcı etkisinin geç de olsa zuhur ettiği ve ceza politikasının amacına ulaştığı düşünülmektedir. Neticenin vuku bulması engellendiğinden

⁶² Mükellefin kendi çocuğu üzerinde hakimiyetinden istifade ederek, Vergi Usul Kanunu'na göre tutulması zorunlu defterlerin yangın çıkarmak suretiyle yok olmasını sağlaması dolaylı failliğe örnek teşkil edebilir.

mütevellit de faile ceza verilmemektedir (Şenyüz, 2011, s494-495). Mükellefin, defter ve belgeleri yok etmek amacıyla işyerinin kalorifer kazanına atması, ancak sonradan kararından dönerek kazanı tutuşturmaması gönüllü vazgeçme hali için örnek verilebilir.

1.2.2.2.7. Vergi Suçu Cezalarından Kurtulma Yolları

Vergi suçlarından kurtulma yollarının en olağan yolu hüküm edilen ve kesinleşen cezanın infaz edilmesi suretiyle ortadan kalkmasıdır. Bunun dışında da vergi suçlarından: failin ölümü, cezanın ertelenmesi, koşullu salıverme, af, zamanaşımı, mağdurun şikâyetten vazgeçmesi, uzlaşma, pişmanlık ve mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurmak müesseseleri ile kurtulmak mümkündür⁶³.

1.3. CEZA KAVRAMI, CEZANIN AMACI VE NİTELİKLERİ

Günümüz hukuk sistemlerinde, cezanın kanun normuna dayanması meşruiyetinin başat şartını teşkil etmektedir. Ancak aşağıdaki bölüm de görüleceği üzere, yazılı kanunlarca teşkil edilen modern hukuk sistemlerinin inşasından evvel dahi, niteliği toplumdan topluma farklılık arz etse de ceza, bilhassa toplu halde yaşamının diyeti olarak her devir de uygulanagelmıştır.

Ceza, dönemden dönem farklı amaçlarla tatbik edilse de günümüzde daha çok faili ıslah edici ve onu topluma kazandırıcı nitelikte olması beklenen bir yaptırım halini almıştır. Çalışmanın bu bölümünde, genel olarak ceza kavramına, cezanın amacına ve niteliklerine dair açıklamalara yer verilmiştir. Böylece vergi kabahat ve suçları için verilen cezaların hangi teorik alt yapıya dayandığına dair çıkarımlarda bulunulmasına imkân sağlanmıştır. Bunun yanı sıra söz konusu açıklamaların, çalışmanın ikinci bölümünde kaleme alınan ölçülülük ilkesi içinde ön çalışma niteliği taşıması amaçlanmıştır.

1.3.1. Ceza Kavramı

Arapça kökenli bir kelime olan ceza, ukubet sözcüğü ile aynı anlama gelmekte olup; iyi veya kötüye karşılık manasındadır (Akşit, 1976, s.51). Bu yönüyle Arapçada ödül manasında dahi kullanılan ceza sözcüğü, Türkçede sadece kötüye verilen karşılık için kullanılagelmıştır. Latince ise cezaya karşılık gelen “*poema*” sözcüğü; elem, ızdırap, azap gibi anlamlar taşımaktadır (Dönmezer ve Erman, 1965, s.8).

⁶³ Ayrıntılı bilgi için lütfen bakınız: Doğan ŞENYÜZ, Vergi Ceza Hukuku, 2013.

Ceza kavramının tanımına dair doktrin görüşleri çeşitlilik arz etmektedir. Söz konusu görüşler, birbirlerinden, cezanın amacı ve işlevleri hususlarında farklılaşmakla birlikte; bazı yönlerden de benzerlik göstermektedir. Aşağıda, cezaya dair birtakım görüşlere yer verilmiştir.

Ceza müeyyidesinin zorunluluğunun tartışmaya dahi konu edilemeyeceğini; devletin ve toplumsal düzenin ancak cezai yaptırımlarla muhafaza edilebileceğini savunan Dönmezer/Erman'a göre: ceza hukukunun en önemli müeyyidesi olan **cezaya** ait tanımın; onu, diğer müeyyidelerden farklı kılacak birtakım özellikleri ihtiva etmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, Dönmezer/Erman cezayı şu şekilde tanımlamışlardır: “*ceza, topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı olarak devletin, kanun ile yarattığı ve izlediği diğer amaçlar yanında, bilhassa suçu işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılarak; toplumun, işlenen fiili tasvip etmeme tutumunu belirtmek üzere, bir yargı kararı ve failin sorumluluk derecesi ile orantılı olarak uygulanan, korkutucu bir müeyyidedir*” (Dönmezer ve Erman, 1981, s.664-665). Ceza müeyyidesinin gerekliliği hususunda aynı görüşü benimsemiş olan Centel/Zafer/Çakmut'a göre ise ceza, işlenen suça devletçe uygulanan yaptırım olarak tanımlanmıştır (Centel, Zafer ve Çakmut, 2010, s.523).

Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre ceza: suça sebebiyet veren fiili yüzünden suçluya; yargı organlarının hükmüyle uygulanan, ıslah edici, ızdırap verici, korkutucu ve caydırıcı nitelikteki müeyyidelerdir (Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, s.668).

Demirbaş nazarında ceza: toplumu zarara uğratan eylemlere karşılık devletin, kanun marifetiyle koyup; yargı eliyle kararlaştırdığı, bilhassa suçluyu birtakım mahrumiyetlere uğratma amacı güden ve toplumun tasvip etmediği hareketleri belirtici nitelik taşıyan ve suçla orantılı olan korkutucu müeyyidelerdir (Demirbaş, 2009, s513).

Taner, cezayı: suç işleyen kişiye toplum adına düzenlenen ve uygulanan yasal müeyyideler şeklinde tanımlamış ve cezanın, muhatabını, şahsına has birtakım mahrumiyetlere sevk etmesi ve cebre dayanması sebebiyle elem, ızdırap ve meşakkat verici nitelikleri haiz olduğunu belirtmiştir (Taner, 1949, s558-559).

Akşit'e göre ceza: yasa koyucunun, toplum yararı için yapılmasının men ettiği eylemleri gerçekleştirenler kanunda belirtilmiş acı çektirici ve korkutucu müeyyidelerdir (Akşit, 1976, s.51).

Donnedieu De Vabres'e göre ceza: faile tatbik edilen yaptırımdır. Donnedieu De Vabres, diğer zorlayıcı yöntemler nazarında, cezanın ayırt edici özelliğinin ızdırap verici niteliğinden kaynaklandığını düşünmektedir (Aktaran: Artuk ve Diğerleri, 2014, s.668).

Bouzat-Pinatel'e göre ceza: suçu işleyenin kendi şahsı, onuru ve mameleki üzerine etki eden cebri bir önlemdir (Aktaran: Artuk ve Diğerleri, 2014, s.668).

Bentham, her cezanın zarar verici olduğunu ve kötülük teşkil ettiğini dile getirmekle beraber; daha büyük kötülükleri engellediği ölçüde meşruluğunu ve gerekliliğini savunmaktadır (Hirssch, Ashwoerth and Roberts, 2009, s.56).

Suçlunun ıslahında, acının ancak geçici bir etkiyi haiz olduğu ve asgari düzeyde tutulması gerektiği kanaatinde olan Erem ise yaptığı ceza tanımlamasında acı, elem, ızdırap unsurlarını kapsam dışında tutulmuştur. Erem'e göre ceza, faili ıslah etmek amacıyla yasayla belirlenen ve yargı kararıyla tatbik edilen tedbirlerdir (Erem, 1985, s.153).

Öztürk/Erdem'e göre: yalnızca yasayla belirlenebilen ceza, suçluluğu yargı kararıyla sabit olan kişinin, kusuru ile orantılı olacak şekilde yine yargı eliyle korkutucu müeyyidelerle maruz bırakılmasıdır. Öztürk/Erdem, faili birtakım yoksunluklara uğratan ve ıslah edici (özel önleme) niteliği haiz olan bu müeyyidelerin, toplum açısından da genel önlemeyi sağlayıcı özellikler taşıdığını savunmaktadır (Öztürk ve Erdem, 2010, s.341).

Günter Jakops'a göre ceza: kanun normunu ihlal eden eylemlere verilen karşılıktır (Jakops, 2008, s.490).

Karakaş Doğan'a göre ceza: kanunun suç saydığı ve unsurlarını tanımladığı hareketi gerçekleştiren kişiye uygulanan hukuksal müeyyidedir (Karakaş Doğan, 2010, s.34).

Tella/Tella'a göre ceza: yasal olarak suç sayılan bir eylemi kasten gerçekleştiren faile, yetkili makamlar marifetiyle verilen ve faile ızdırap verecek, onda memnuniyetsizlik uyandıracak ve ona acı çektirecek nitelikteki yaptırımlardır (Tella ve Tella, 2006, s.7-15).

Fletcher'a göre ceza: failin kasti ya da öyle olduğu sanılan ve kanun normuna aykırı nitelik taşıyan hareketine karşılık; yine kanunun yetkili kıldığı kurumlar vasıtasıyla dayatılan ve faile acı veren ya da onda başkaca nahoş nitelikli hissiyatlar uyandıran müeyyidelerdir (Fletcher, 1998, s.33-34).

Cezanın tanımlanabilmesi için temel özelliklerinin ortaya konulması gerektiğini söyleyen Honderich'e göre ise ceza, kendi özgür iradesi ile kanun normunu ihlal eden failin, söz konusu eyleminden ötürü, cezalandırmaya yetkili otoritelerce acı verici ya da birtakım şeylerden mahrum bırakıcı yaptırımlara maruz kalmasıdır (Honderich, 2006, s.9).

1.3.2. Cezanın Amacı

Cezanın amacına dair esas çalışmalar, 18. yüzyıldan sonra beliren ve cezanın amacını fıkri bir temele dayandırma mücadelesi veren okulların görüşleri ile başlamıştır. Ancak, söz konusu dönemden önce de bu hususta geliştirilen ve bugün dahi etkisini gösteren birtakım görüşler mevcuttur (Üzülmez, 2001, s.260). Çalışmada, tarihsel ayrım dikkate alınarak; 18. yüzyıl öncesinde ve sonrasında cezanın amacı hususunda ileri sürülen görüşlere ayrı ayrı yer verilmiştir.

1.3.2.1. 18.Yüzyıl Öncesinde Cezanın Amacı Üzerine Görüşler

İnsanlar, toplu halde yaşamamanın en gelişmiş şekli olan devlet organizasyonu altında örgütlenmeden önce; aile, aşiret, kabile gibi topluluklar halinde yaşamaktaydı. Söz konusu topluluklar, doğası gereği, devlet ceza hukuku sistemine sahip değildi. Ancak, gelişmiş bir hukuk sistemleri olmasa dahi toplu halde yaşamlarının gereği olarak benimsedikleri; günümüze kıyasla ilkel kabul edilebilecek nitelikte ceza hukuku sistemine sahiptiler. Bahsi geçen niteliği haiz toplumlarda, başka bir bireye ya da toplumun kendisine karşı işlenen suçlar, başkan ya da hâkim olarak addedilen kişilerce cezalandırılmaktaydı. Her ne kadar devlet hukuk sisteminin yokluğundan ötürü cezalarda kanunilik ilkesi mevcut olmasa da başkan/hâkim keyfi cezalandırmalara gidememekteydi. Bahsi geçen dönemde cezalandırmalar, intikam yoluyla; bireysel tatminkârlık arzularıyla uygulanmaya başlasa da daha sonra bu anlayış, dini duyguların etkisiyle yerini, kefaret amaçlı ceza uygulamalarına bırakmıştı (Yarsuvat, 1965, s.82). Zira din ya da mensup olunan topluluğunun totemi gibi bağlayıcı nitelikteki inançlar, suçluların muhakkak cezalandırılması gerektiğine hükmederken; kefaretsiz, diğer bir ifade ile cezasız bırakılan suçun da felaketlere yol açacağını bildirilmekteydi (Dönmezer ve Erman, 1985, s.38-39 [cilt1]). Haliyle bu toplumlarda ceza, toplumsal düzenin devamlılığı için ve musibetlere gark olmamak için tatbik edilmekteydi.

Bireyin mensubu olduğu topluma ya da o toplumdan başka bir bireye karşı işlenen suçlarda cezalandırma sistemi kolaylıkla işletilebilirken; suç, başka bir topluma ya da başka bir toplumun üyesi durumdaki bir bireye karşı işlendiğinde, cezalandırmada birtakım güçlükler yaşanmaktaydı. Zira ilgili dönemde tek ve üstün otorite konumunu haiz olan devlet mevcut olmadığından; cezalandırma erkinin, birbirinden idari açıdan bağımsız ve müstakil konumda olan her iki topluluk için de mevcut olduğu kabul edilmekteydi. Ayrıca, dönemin şartları da öç alma hakkı, uyuşma gibi müesseselerin ortaya çıkmasına neden olmuştu (Dönmezer ve Erman, 1985, s.39 [cilt1]).

Cezanın başat amaçlarından birini teşkil eden öç alma saikli ceza uygulamalarında, zarara uğrayan kişinin veya onun üyesi olduğu topluluğun, zarar veren kişiye ya da onun üyesi olduğu topluluğa, zarar verici fiile karşılık bir tepki göstermesi (ceza uygulaması) söz konusuydu. Sorumluluğun kolektif nitelikte⁶⁴ olduğu bu dönemde, öç alma hakkının kullanılması ya da iştiraki, birtakım dinsel ve totemsel güdülerle desteklenmişti. Bu bağlamda, düzenlenecek faaliyetlere katılım da görev olarak addedilmiş ve bir savaş hali niteliğini almıştı. Öç alma hakkı, yapısı gereği sürekli karşılık doğurduğundan, barışın sağlanması ve sürdürülebilirliği güçleşmekteydi. Bunun için, suç işleyen kişinin mensubu olduğu topluluğu terk etmesi (gönüllü sürgün)⁶⁵; kovulması ya da mağdur ettiği topluluğa teslim edilmesi, kısas ilkesiyle cezalandırılması ya da işlenen suç karşılığında bir nevi maddi tazminat vererek⁶⁶ topluluklar arasında uyuşmanın sağlanması gibi yollara müracaat edilmişti (Dönmezer ve Erman, 1985, s.39-42 [cilt1]).

Eski Yunan dikkate alındığında; cezanın amacına dair bilinen ilk teorinin, Protagoras’a ait olduğu ortaya çıkmaktadır. Protagoras’a göre cezalandırmanın amacı, failin gelecekte yeni bir suç işlemesini önlemek (Honig, 1936, s.417) ve toplumun diğer bireylerinin de faile uygulanan cezadan ibret alarak benzer fiillerden sakınmalarının sağlamaktır (Honig, 1936, s.419). Protagoras, cezayı bir kefaret aracı değil; haksızlığa ve adaletsizliğe karşı bir tepki olarak görmektedir. O, devletin baki kalabilmesini, vatandaşlarının “*adaletli olmak*” ve “*iyi niyetli olmak*” gibi vasıflara sahip olmasından ileri geldiğini düşünmekteydi. Protagoras, bu tür vasıflara sahip olmayanların eğitime tabi tutulması ve hatta söz konusu vasıfları kazanıp düzelinceye kadar ceza verilmesi; buna rağmen düzelmeyenler de sürgün, müebbet hapis, idam gibi cezalara çarptırılması gerektiğini savunmaktaydı (Honig, 1936, s.416-417).

Suç, ruhun bir hastalığı olarak gören Platon, cezaların ıslah amacı taşıması gerektiği kanaatindeydi. Zira Platon, suçlunun, cahillik, nefret, yanlış ve kötü eğitim gibi çevresel etmenlerden etkilenerek suça yönelmiş olabileceği düşüncesindeydi (Şentuna ve Babür, 1992, s.27). Bu sebeple suçluya, suçla ilgili eğitim verip; onu, yerine göre para cezasına çarptırıp yerine göre para ile ödüllendirerek suçtan uzaklaştırılması gerektiğini savunmakta; ayrıca söz konusu süreçte, suçluya adalet sevgisinin aşılmasının onun ıslahını sağlayacağına inanmaktaydı (Honig, 1936, s.420). Tabiri caizse, olmuşa çare olmadığını görüşünde olan Platon, cezanın suça

⁶⁴ Sorumluluğun kolektif nitelikte olmasından kasıt, cezanın zarar veren yerine topluluğu oluşturan herhangi bir bireye verilmesi durumunda da ifa edilmiş olmasıdır.

⁶⁵ Gönüllü sürgünlükte fail, mensubu olduğu topluluğun (ailenin, kabilenin, aşiretin) bulunduğu ülkeden toplulukların kendir aralarına anlaşılmaya varacağı belirli bir tezkın süresince kendi rızasıyla ayrılmakta ve bu amaç doğrultusunda oluşturulan sığınma evlerine sığınmaktadır. Söz konusu evlere sığınanlar burada geçirdikleri süre zarfında dokunulmazlık hakkı elde etmektedir

⁶⁶ Devletin varlığının tedricen belirlemeye başladığı durumlarda uyuşma zorunlu hale gelmiş ve devlet uyuşmalarda pay almaya başlamıştır.

karşı uygulanacak yaptırımdan ziyade ileriye dönük bir uygulama olduğunu düşünmekteydi (Şentuna ve Babür, 1992, s.220).

Aristoteles ise insanların laftan ziyade cebire; ahlaki güzellikten ziyade cezaya itaat ettiklerini savunmuş; bu sebepten, kanunların varlığının gerekli ve zaruri olduğunu ileri sürmüştür (Honig, 1936, s.420). Aristoteles'e göre cezalar ıslah aracı olmalı ve cezayla ıslah olmayanlar ömür boyu sürgün edilmelidir (Honig, 1936, s.423).

Cezalandırmanın amacı mevzuu İslam Hukuku açısından ele alındığında, görülmektedir ki İslam ceza sisteminde cezayı belirleyen ilahi kudret olması ve inananların, mensubu olduğu dinin, emir ve yasaklarını küll halinde kabul etmeleri; cezalandırmanın amacının sorgulanmasını inanç sahipleri bazında imkânsız kılmıştır. Söz konusu durum göz ardı edildiğinde, İslam Hukuku'nda cezanın amacı kutsal kitabından, ayet, hadis ve ilgili doktrinden saptanabilir hale gelmekte; bu da cezanın amacına dair tartışmaların yapılmasına imkân vermektedir. Bu doğrultuda hareket eden İslam hukukçuları, ayetlerden, hadislerden ve cezaların uygulanış şekillerinden yola çıkarak cezalandırmanın amacına dair birtakım genellemelerde bulunmuşlardır (Akşit, 1976, s.35).

İslam alimlerinin ifadelerinden anlaşıldığı üzere, İslam'da cezalandırmanın genel amacı: insanların ıslahı, onların kötülük ve cehaletten sakınılması, yanlış yollara sapmalarını ve ilahi emirlere muhalefet etmelerinin engellenmesi, kanunlara uyarak toplumsal düzenin muhafazasının sağlanmasıdır. Söz konusu amaçları gerçekleştirmek için de bir takım ceza prensipleri benimsenmiştir (Karaman, 1974, s.152).

İslam ceza sisteminde, cezanın amacına dair temel esas, insanların suç işlemesine mâni olmaktır. Bunun yanında; suçun işlenmesi durumunda failin ıslah edilmesi, ıslah amacı doğrultusunda yapılacak uygulamaların da diğer insanlara ibret olması gerektiği vurgulanmıştır (Karaman, 1974, s.152). Ayrıca, söz konusu amaçları gerçekleştirebilmek maksadıyla verilecek olan cezanın miktarı da ne ihtiyacı aşacak ne de ihtiyacı karşılamada yetersiz kalacak derecede (bir nevi ölçülülük ilkesi ile bağdaşır nitelikte) diğer bir ifade ile toplumun menfaatleri ve ihtiyaçları ile sınırlı; olması gerektiği savunulmaktadır. Öyle ki, toplumun korunması ve var olan düzenin muhafazası, suçlunun idamı ya da hapsi ile mümkünse, ancak o zaman söz konusu cezaların tatbik edilmesinin lazım geldiği belirtilmiştir. İslam Hukuku'na göre ceza, failin ıslahına ve toplumsal düzenin muhafazasına hizmet etmiyorsa meşru değildir. Hemen belirtmek gerekir ki failin ıslahı, ona işkence etmek ya da ondan intikam almak olarak da nitelendirilmemelidir (Karaman, 1974, s.153).

İslam Ceza Hukuku, suçları, suçlunun durumu ve ıslahı ile toplumsal yararın sağlanması ve muhafazası hususlarını dikkate alarak iki açıdan ele almaktadır. İlk grup suçlar,

cezalandırılmasında suçludan ziyade toplumsal faydanın gözetildiği; doğrudan doğruya toplum düzenini bozucu niteliği haiz ve bedel olarak kısas, had ve diyet cezalarının öngörüldüğü, sayıları belirli suçlardır. İkinci grup suçlar ise toplumun faydası ve muhafazası göz ardı edilmeden; suçlunun durumunun ve ıslahının ön planda tutulduğu tazir suçlarından oluşmaktadır (Karaman, 1974, s.153). İşlenmesi yasaklanmış olan bu suçlar için Allah ve Hz. Peygamber tarafından belli bir ceza ön görülmemiş; söz konusu suçlara yönelik hükmolunacak cezalarda kanunilik esas koşulmuş ve belirtilen sınırlar dahilinde verilecek cezanın nev'i ve miktarının takdiri hâkime bırakılmıştır. Hâkim, verilecek cezayı takdir ederken, failinin kişiliğini de dikkate almak durumundadır. (Akşit, 1976, s.49-50)⁶⁷. İkinci grup suçların cezalandırılmasına dair yapılan açıklamalar göstermektedir ki bu minvaldeki cezalandırma işlemleri, çalışmanın ana konusunu teşkil eden ve daha sonra detaylı bir şekilde açıklanacak olan ölçülülük ilkesi bağdaşır niteliktedir.

1.3.2.2. 18. Yüzyıl Sonrasında Cezanın Amacı Üzerine Görüşler

18. yüzyılın sonundan günümüze kadar geçen süreyi kapsayan ikinci bölüm, cezaların amacı üzerine fikri tartışmaların arttığı; aynı fikri taşıyan kişilerin bir araya gelerek okulları oluşturduğu ve nihayet her okulun kendi görüşü doğrultusunda doktrin geliştirdiği bölümdür. Tüm bu okul mücadeleleri neticesinde, cezalandırmanın amacına dair başlıca üç cezalandırma teorisi ortaya çıkmıştır. Bunlar: cezayı, suç işlemeyi önleyici ve suçluyu ıslah edici bir araç (yöntem) olarak gören, *Faydacı Cezalandırma Teorisi (Nispi Ceza Teorisi)*; cezayı başlı başına bir amaç olarak ve suç sayılan eylemin bir kefareti olarak gören, *Mutlak Adalet Teorisi (Kefaretçi Cezalandırma Teorisi)* ve bahsi geçen teorilerinin herhangi birini salt olarak benimsenmesinin uygun olmayan sonuçlar doğuracağını, bu sebeple söz konusu teorileri birlikte değerlendirip; onların kendine has kurallarını çeşitli oranlarda benimsenmesi gerektiğini savunan *Karma (Uzlaştırıcı) Teoridir*. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde, söz konusu başat cezalandırma teorileri ve bunlara ilaveten, literatürde yerini almış diğer cezalandırma teorileri olan *Toplumsal Önleme Teorisi* ve *Sosyal Savunma Teorisi* üzerinde durulmuştur.

1.3.2.2.1. Toplumsal Önleme Teorisi

18. yüzyılda hâkim olan felsefe anlayışınca benimsenen *Toplumsal Önleme Teorisi*, dönemin ceza sistemleri üzerinde de kaçınılmaz bir şekilde etkili olmuştur. *Toplumsal Önleme Teorisi*'ni savunanlara göre cezalandırma yetkisi, kaynağını, bir arada yaşayan insanların bir kısım hak ve

⁶⁷ Kısas, had, diyet ve tazir suçları için lütfen bakınız Akşit, s.46-50.

özgürlüklerini üstün otorite olarak topluma devrettiğini gösteren sözleşmeden almaktadır (Erem, 1974, s.150).

Toplumsal Önleme Teorisi, esasları aynı kalsa da görüş farklılıklarından kaynaklı birtakım değişikliklere uğramıştır. Değişikliğe sebep olan görüşlerden biri, insanın tabiatında var olan kendini savunma hakkının, bahsi geçen toplumsal sözleşme ile dahil olduğu topluluğa devredilmesi ile ilgilidir. Söz konusu devrin kabul edilmez olduğuna inanan bir kısım düşünürler; devir gerçekleşmiş olsa dahi topluluğunun, kendisine devrolunan bu hakkı kullanmaması durumunda hakkın, kendilerince kullanılmasını saklı tutmuşlardır. *Toplumsal Önleme Teorisi*'nin farklılaşmasına sebep olan bir diğer görüş ise cezalandırma hakkının hali hazırda bireye ait kabul edilmesi ile alakalıdır. Zira bazı düşünürler, bu hakkın varlığının toplum halinde yaşama ile bağdaşmadığını ve haliyle cezalandırma hakkının sosyal sözleşme ile topluma intikal ettirildiğini ileri sürmektedirler. *Toplumsal Önleme Teorisi*'ni değişikliğe sevk eden bir başka görüş ise insanların kendi özgürlüklerinden feragat edip; iradelerinin bir kısmını, toplum otoritesine devretmelerinin nedenlerinden kaynaklanmıştır. Teoriyi bu veçheden ele alan düşünürler, kanunlar olmaksızın, cezalandırma hakkından mahrum bir şekilde kurulmuş olan düzenin sürdürülemez olduğunu ve dolayısı ile kişilerin bir takım hak ve özgürlüklerinden feragat ettiklerini düşünmektedirler (Erem, 1974, s.150-151).

Toplumsal Önleme Teorisi'ni eleştirenlere göre ise: söz konusu teorinin savunduğu: “*bireyden devrolunan, kendini savunma hakkının, toplum nazarında, cezalandırma hakkına dönüşmesi*” görüşü mantıki değildir. Zira onlara göre: bahse konu kavramların birbirlerinin yerine dönüşmesi bir yana; birbiri ile kıyas dahi yapılamayacak kadar ayrı kurumları temsil etmektedir. Ayrıca bu teori tarafından kabul edilmiş olan, bireyin cezalandırma hakkının da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği düşünülmekte; birinin, bir başkasına ceza verebilecek derece üstünlüğe sahip olması kabul edilememektedir. Son olarak, *Toplumsal Önleme Teorisi*'nin eleştirilen bir diğer yönü ise teorinin feragat edilmez nitelikte olduğu düşünülen; yaşama ve özgürlük hakkına dokunulmaması yönündeki ve kişiye haysiyetini zedelemeyen nitelikli cezaların verilmesi hususundaki kuralları haiz olmamasına yöneliktir. Teoriyi bu açıdan eleştirenler, bireye yalnızca vazgeçilmesi mümkün olan malları ve hakları üzerinden ceza verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar (Erem, 1974, s.151).

Tüm bu eleştirilerin ötesinde *Toplumsal Önleme Teorisi*'ne yapılan en genel tenkit ise toplumsal sözleşmelerin, insanın doğasına aykırı nitelik taşıyan varsayımsal kurumlar olduğu görüşünden ileri gelmektedir. Zira insan tabiatına en uygun yaşam şeklinin toplum halinde yaşamak olduğu genel kabul gören bir anlayıştır. Alınan ortak karar ile de söz konusu toplumun idaresinin kişi ya da topluluğa devredilebilir olduğu düşünülmektedir. Ancak iradeyi devralan kişi ya da topluluk

için, toplumun devamlılığı ve muhafazasından ziyade; toplum içinde sahip olduğu konumun ya da tabi olduğu teşkilatın muhafazası ve devamlılığının önemli hale gelmesi halinde, *Toplumsal Önleme Teorisi*'nin temelden sarstığı görüşü hakimdir (Erem, 1974, s.151).

1.3.2.2.2. Mutlak Ceza Teorileri

Cezanın bizatihi kendisinin amacını teşkil ettiği *Mutlak Ceza Teorilerinde*, cezanın tatbiki ile cezadan beklenen amacın yerine getirildiği düşünülmektedir. Söz konusu teorilerde, cezalandırmadan herhangi bir fayda ve sonuç beklenmediği gibi cezalandırma, suçlunun ıslahı, toplumun korunması gibi amaçlara da dayandırılmamıştır. Bu anlayışa göre: cezanın uygulanması ile failin, fiili sebebiyle sebep olduğu zararı giderilmekte ve kefareti ödenmektedir. Teorilerin, “iyilik yapanının iyilik bulduğu; kötülük yapanın karşılığını bulmasını gerektirdiği” şeklindeki adalet anlayışı; devletin, hiçbir fayda sağlamasa da suçluyu cezalandırması sonucunu doğurmuş ve cezanın gelecek için değil; failin toplum düzenini bozan nitelikteki fiili için uygulanması gerektiği savunulmuştur (Demirbaş, 2009, s.514 ; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, s.669 ; Centel ve Diğerleri, 2010, a.524 ; Önder, 1989, s.9 ; Karakaş Doğan, 2010, s.42).

Mutlak Ceza Teorilerinde, suçlunun acı çekerek, yaptığı kötülüğün cezasını çekmesi beklenirken; fiiliyle ihlal ettiği toplumsal düzenin de yeniden sağlanarak adaletin tekrardan tecelli edeceği düşünülmektedir (Willoughby, 1923, s.555-556). Bu teorilerde cezanın, halkın adalet ve kefarete beklentisini karşılayamaması bir yana; ilgili olduğu toplumda kargaşaların meydana gelmesine sebebiyet verebileceği düşünülmektedir (Cole ve Smith, 1998, s.405). Üstelik bu durumda toplumun, adaleti kendi elleriyle sağlama yolunu tutacağına inanılmaktadır.

Mutlak ceza teorisyenlerin bir kısmı cezayı: suçlunun, işlediği suça karşı ödemesi gereken bir kefarete olarak kabul ederken; bir kısmı ise adaletin tecellisinin yegâne anahtarı olarak görmektedir. Bu ayrım, *Mutlak Ceza Teorilerinin* esas aldıkları dayanaklara göre isimlendirilen: *Adalet Teorisi* ve *Kefaret Teorisi* olmak üzere iki alt kategoriye ayrılması sonucunu doğurmuştur.

Cezalandırmayı işlenen suça karşılık ödenen bir kefarete olarak gören *Kefaret Teorisi*, haliyle geçmişe dönük etkide bulunur. Diğer bir ifade ile bu yaklaşımda, cezalandırmanın meşruiyeti geçmişte yaşananlarla sağlanmaya çalışılmaktadır (Honderich, 2006, s.17 ; Dönmezer ve Erman, 1965, s.608-609 [Cilt 2] ; Aktaş, 2009, s.16 ; Erem, 1985, s.156). *Kefaret Teorisi*'nde, cezanın tatbikinin intikam duygularının tatmini için gerekli ve zorunlu olduğu kabul edilirken; ceza miktarının, failin kusuruyla orantılı olması da şart koşulmaktadır (Önder, 1989, s.9).

Kefaret Teorisi'ne göre hata yapan bedelini ödemelidir. Zira hata yapan, kanunlara riayet edenlerin mağduriyetlerinden istifade ederek hakkaniyete uymayan avantajlar elde eden kişilerdir. Cezanın tatbiki ile hata ödetilmekte ve mağduriyet giderilmektedir (Hirsch ve Ashworth, 2005, s.13).

David Boonin, cezalandırmayı bir kefarete olarak gören teorileri “*cezaya müstahak olma*”, “*hakkın sukutu*”, “*hakkaniyet*” ve “*diğer kefarete şekilleri*” olmak üzere dört açıdan ele almıştır (Aktaş, 2009, s.17). *Cezaya müstahak olma* açısından kefarete teorilerin cezalandırma gerekçesi: suç işleyenlerin cezalandırılmasının ahlaken uygun görülmesidir. Zira bu teoride, suç işleyen işledikleri suçtan dolayı cezaya müstahak olduğu anlayışı hakimdir (Boonin, 2008, s.87). *Hakkın sukutunu* esas alan teoriye göre ceza: bir hak kaybı vesilesidir ve söz konusu kayba fail, bilerek ve isteyerek sebep olmuş; bir nevi gönüllü olarak bazı haklarından vazgeçmiştir (Boonin, 2008, s.105). *Hakkaniyetin* temel alındığı teoride cezalandırma: dağıtıcı adalet açısından ele alınır ve suç, toplumda var olan çıkarlar ve sorumlulukların dağılımını bozucu bir faktör olarak görülürken; ceza, suçun sebep olduğu bozulmaya karşı onarıcı bir etmen olarak değerlendirilir. Bu anlamda ceza, suçluya yüklenen bir külfettir (Boonin, 2008, s.120). Boonin, bahsi geçen üç ana teoriden sonra, diğer teorileri “*diğer kefarete teorileri*” adı altında genellendirmektedir. Bu teorilerden birini teşkil eden *güven esaslı kefarete teorisine* göre, suç işleyen kişiler, toplumu oluşturan diğer bireylerin güven beklentilerini zedelerlerken; ceza, sebep olunan bu olumsuz etkiye karşı verilen bir tepki olarak uygulanmaktadır (Boonin, 2008, s.143-144).

Kefarete Teorisi'ni savunan düşünürlerin bir kısmı, ödenmesi gereken kefareti din ile ilişkilendirerek suçun, din kurallarının ihlali olduğunu ve devletin de tanrının yeryüzündeki temsilcisi olarak suçluya hak ettiği kefareti ödeteceği anlayışını benimsemişlerdir (Öner, 1989, s.9).

Mutlak Ceza Teorilerinin diğer nev'ini teşkil eden *Adalet Teorisi* cezayı, adaletin yerini bulması amacıyla ödetilen bir kefarete olarak kabul etmektedir. Söz konusu teoriyi savunan filozofların başında gelen Immanuel Kant'a göre: cezalandırmanın toplum ya da fail adına bir amacı olmasa da yalnızca adaletin yerine getirilmesi için dahi tatbiki kaçınılmazdır. Zira *Adalet Teorisi*'nin dayanağını kusur oluşturur ve fail, kusurlu olduğu için *Kefarete Teorisi*'nde olduğu gibi yalnızca kusuru oranında cezalandırılmalıdır. Bunun ötesinde cezanın, hukuksal yararı korumaya hizmet edecek kadar basit bir araç olmadığına inanılmaktadır (Öztürk ve Erdem, 2010, s.343 ; Karakaş Doğan, 2010, s.42).

Ceza hukukunu koşulsuz emirler olarak gören ve haliyle suç işleyenlerin cezalandırılmasının da aynı nitelikte bir emir olarak algılayan Kant, cezalandırmanın bizzat kendisinin bir amaç

olduğunu savunmaktadır. Öyle ki Kant’a göre devlet, hiçbir yararı olmasa dahi suçluyu, sadece suç işlediği için cezalandırmak zorundadır (İçel ve Donay, 2005, s.6 ; Aktaş, 2009, s.19). Zira adalet, suçlunun sebep olduğu kötülüğün kefareti muhakkak çekmesini diğer bir ifade ile cezalandırılmasını zorunlu kılmaktadır.

Adalet Teorisi’nde, toplumun korunması ya da suçlunun ıslahı gibi gayelerle ceza uygulanmamakta; daha önce de belirtildiği üzere, ancak adaletin sağlanması maksadıyla tatbik edilebilmektedir (İçel ve Donay, 2005, s.6). Adaletin gerekliliği ve bu hususta cezanın kaçınılmazlığının ehemmiyeti Kant’ın bir görüşünde şu şekilde ifade edilmiştir: “*bir adada yaşayan halk, oluşturdukları topluluğu tüm organlarıyla feshedip; dünyanın diğer taraflarına dağılarak, orada yaşama kararı vermiş olsa dahi, hapisyanede kalan son canının cezası infaz edilmeden fesih kararı alınmamalıdır*”. Çünkü Kant, bu uygulama ile halkın, hak edenin cezadan kaçamayacağını ve layıkıyla cezalandırılacağını idrakine vardığını savunmaktadır (Kant, 1875, s.198). Görüldüğü üzere Kant, cezalandırmanın meşrulaştırılmasında *faýdacı düşünce* yerine *cezalandırılmaya müstahak olma* kriterini esas almıştır. Kant’a göre cezalandırmadan ne kadar fayda sağlanırsa sağlansın bu, cezalandırmanın meşrulaştırılması için aranan bir kriter değildir. Cezalandırmayı haklı kılan; kişinin suç işleyerek cezalandırmaya müstahak olmasıdır (Wilson, 2002, s.55). Zira Kant’a göre: bir kimseye iftira atarsan, kendine atmış gibi; birinden bir şey çalarsan kendinden çalmış gibi; birine vurursan kendine vurmuş gibi ve birini öldürürsen kendini öldürmüş gibi olursun. Kant, cezanın işlenen suçla hak edildiğini savunurken; bozulan dengenin yeniden sağlanmasında, tatbik edilecek ceza için kısasa kısas prensibine göre hareket edilmesi gerektiğine inanmaktaydı (Kant, 1875, s.196).

Cezanın, işlenen suçlara kefaret olmasının yanında, evrendeki ahlak dengesinin restorasyonuna da katkı sağlamasını esasa alan *Adalet Teorisi*, Alman filozof Hegel tarafından da benimsenmiştir. Hegel, cezalandırmanın suçları ortadan kaldırarak; tahribata uğrayan hukuk düzeninin yeniden restore ettiğini savunmaktadır (Fletcher, 1998, s.32). Diğer bir ifade ile Hegel’e göre cezaların, yalnızca caydırıcı olması ya da failleri nazarında yalnızca ıslah edici niteliği haiz olması savunulamaz; o, cezalandırmanın kendisinin başlı başına bir amaç olduğu görüşündedir (Güriz, 2013 s. 230). Hegel’e göre ceza, mutlak olarak adaleti sağlama fonksiyonunu üstlenmekte yetersiz kalsa da mutlaka, ihlal edilen hakkın yerine getirilmesi; bir bakıma onarılmasına yönelik olmalıdır. *Adalet Teorisi*’ne göre suç, hukukun inkârı iken; ceza, inkara karşı inkardır; tepkidir (Güriz, 2013, s. 230 ; Erem, 1985, s.157).

Adalet Teorisi’ni savunan bir diğer düşünür Rossi’ye göre ise cezanın amacı, suçluyu ıslah etmek ve suçun sebep olduğu hasarı gidermektir. Rossi, cezalandırmanın toplum üzerindeki etkisini ikinci planda tutsa da cezaya hükümde adalet büyük önem atfetmiştir (Erem, 1985, s.157).

Mutlak Ceza Teorileri çeşitli yönlerden de eleştirilere maruz kalmıştır. Söz konusu eleştirilerin ilki, teorinin salt kefarete ve adalet üzerine temellendirilmesinden kaynaklıdır. Zira *Mutlak Ceza Teorilerine* bu yönde eleştiri getirenler, ceza hukukunun başat görevinin bozulan adaletin tecellisinin ve yapılan kötülüklerin kefaretinin ötesinde; toplumda var olan adaletin muhafazası olduğu kanaatindedirler. Onlara göre yapılan hukuki düzenlemeler söz konusu amaç doğrultusunda şekillenmelidir. Ayrıca cezanın, mutlak adaletin sağlanması için tatbik edilmesinin, cezalandırmada aşırılığa sebep olabileceği ve haliyle bu durumun ceza uygulamalarında ciddi sakıncalar doğurabileceği iddia edilmektedir (Cole ve Smith, 1998, s.405). Zira *Mutlak Ceza Teorilerinin*, failin ne zaman, ne tür hallerde ve hangi esaslar çerçevesinde cezalandırılacağı hususunda herhangi bir açıklama getirememesinin ve devletin cezalandırma yetkisini sınırlandıramamasının söz konusu duruma sebep olabileceği düşünülmektedir (Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2014, s.670 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.526).

Kefarete Teorisi'nin failin kusurunun ancak ceza ile giderilebileceği kuralının, günlük hayatta vuku bulan her kusurlu harekete teşmil edilememesi, *Mutlak Ceza Teorilerine* yöneltilen bir diğer eleştiridir. Öyle ki insanlar arası ilişkilerde birçok kusurlu hareket cereyan etmekte ve bahsi geçen ilişkinin sınırları içerisinde cezaya maruz bırakılmadan çözüme kavuşturulabilmektedir (Centel ve Diğerleri, 2010, s.526).

Yukarıda da bahsedildiği üzere, *Mutlak Ceza Teorilerinde*, faydasız da olsa salt adaletin tecellisi maksadıyla kötülüğün kefaretinin çektilmesi anlayışı hâkim olmuş ve bu gayenin ötesinde cezalandırmadan, suçlunun ıslahı ve toplumun muhafazasına dair herhangi bir amaç beklenmemiştir. Belirtmek gerekir ki yapılan kötülüğün giderilmesi, her toplumda arzu edilen bir durum olsa da bunun sadece prensip gereği yapılmasının cezalandırma için gerekli bir sebep teşkil etmediği düşünülmektedir. Öte yandan cezanın, adaleti tecelli ettirmek için tatbik edilmesi anlayışı da bir diğer eleştiri konusudur. Zira adalet değişken bir kavramdır ve zaman içerisinde aynı niteliği haiz suçların, farklı müeyyidelerle maruz bırakıldığı görülmüştür. Ayrıca adaletin zamanla değişmeyen mutlak bir ölçütünün olmamasından dolayı, uygulanan müeyyidelerin farklılığı da adaletsizlik olarak nitelendirilememektedir. Örneğin bazı hırsızlık türleri 18. yüzyılda ölüm cezasına çarptırılırken; günümüzde hukuk sistemlerinde, her türlü hırsızlığa verilebilecek en ağır ceza ancak hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmaktadır (Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2014, s.670 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.526).

Mutlak Ceza Teorilerine yönelik olarak geliştirilen bir diğer eleştiri, cezaya muhatap kılınacak olanların şahsi durumlarının göz ardı edilerek cezanın tatbik edilmesi ve bu şartlar dahilinde adaletin tecellisi gayesinin güdülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu doğrultuda, devletin bilhassa çocuklar ve gençlere yönelik müeyyidelerinde dikkate alması gereken hususun, adaletin

tecellisinden ziyade onların topluma yeniden kazandırılması olması gerektiği düşünülmektedir. Zira söz konusu teoriye göre cezalandırmadan feragat mümkün değildir. Ancak, ıslahı amaçlanan genç ya da çocuk yaştaki bir birey için affın daha etkili olabileceği kanısı hakimdir. *Mutlak Ceza Teorilerinde*, cezanın verilmesiyle sorunun çözüleceği inancı hakimken; failin yeniden topluma kazandırılması ve cezanın infaz şekil gibi hususlarla ilgilenilmemektedir. Öte yandan adaletin sağlanmasının bütün suçların kaçınılmaz bir şekilde yaptırma bağlanmasına dayanması; failin, fiili ile sebep olduğunu kötülüğün yanında birtakım sorunları da beraberinde getirebileceği düşünülmektedir. Örneğin suçun zamanaşımına uğramaması ve çok uzun zaman sonra dahi cezanın tazyikine gidilebilmesi, mağdur bazında huzursuzluklara sebep olabilirken; şikâyetle bağlı suçlarda, fail ile mağdurun müracaat etmelerine rağmen; cezanın uygulanmasının kaçınılmazlığı, cezalandırmaya müracaat etmeden toplumsal düzenin yeniden sağlanabilmesi imkanını ortadan kaldırmaktadır (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.670 ; Karakaş Doğan, 2010, s.44).

Mutlak Ceza Teorilerine göre cezanın kefaret niteliği taşımasının kaynağı insani duygulardır. Zira bu teoriyi savunanlar, suçlulara toplumu tatmin edecek ağırlıkta cezaların verilmemesi durumunda; adaletin sağlanması için bizzat toplumun kendisinin cezalandırma yoluna gidebileceğini savındadırlar. Bu görüşü destekleyenlere göre: kanunu ihlal edenler cezasız kalacak ise devletin kanun koyması fuzulidir. Ayrıca, cezanın mağdur yerine devlet eliyle verilmesi; failin suç fiili ile sebep olduğu kötülüğün bertaraf edildiğine dair inancı azaltacağı görüşü benimsenmiştir. Ancak bu anlayışın her suç için geçerli olmadığı düşünülmektedir. Örneğin, adam öldüren birinin kâfi derecede cezalandırılmamış olması, başta mağdurun ailesi olmak üzere, toplumu oluşturan bireyler nezdinde intikam duygusu oluştururken; uyuşturucu kullanan biri için böyle bir durum söz konusu değildir (Yenidünya, 2002, s.82). Zira devletin, uyuşturucu kullanıcısına hak ettiği cezayı vermemesi toplumun intikam duygularını harekete geçirmek bir yana; itirazına dahi konu edilmeyeceği iddia olunmakta ve bu durumun şiddet içermeyen ancak toplum üzerinde makul etki yapan diğer suçlar için de geçerli olacağı düşünülmektedir (Cole ve Smith, 1998, s.405; Erem, 1985, s.159 ; Önder, 1989, s.11).

Mutlak Ceza Teorilerinin eleştirilen yönlerinden bir diğeri ise adaletin ceza marifetiyle sağlanmasının düstur edinilmesine yöneliktir. Bu durumda, cezanın gayesi müspet karşılansa da esasında, ceza hukukunun ve haliyle cezanın öncelikli görevinin, toplumun bir arada ve barış içinde yaşamaları için benimsenen hukuksal değerlerin korunması olduğu düşünülmektedir. Bu bakımdan cezanın, salt olarak suçun karşılığını teşkil etmekten ziyade ilgili olduğu toplumu, gelecekte işlenebilecek suçlardan alıkoymak amacını gütmesi gerektiği savunulmaktadır. Haliyle toplumun korunması için ceza zorunluluk teşkil etmiyorsa; sırf adaletin tecelli edilmesi maksadıyla cezaya başvurulmaması gerektiğine, üstelik bu yöndeki anlayışın failin yeniden

topluma kazandırılmasına da hizmet edeceğine kanaat getirilmektedir (Öztürk ve Erdem, 2008, s.343).

1.3.2.2.3. Faydacı Cezalandırma Teorisi (Nispi Ceza Teorisi)

Nispi Ceza Teorisi olarak da bilinen *Faydacı Cezalandırma Teorisi*, cezanın, ileride işlenecek suçların önlenmesini sağlayan ve bu yolla toplum düzeninin korumasına hizmet eden bir araç olduğunun kabulü üzerine temellenmiştir (Önder, 1989, s.11). Cezada suçtan ziyade amaca odaklanıldığı bu teoriye göre, uygulamada fayda sağlamayan bir cezaya başvurulmaması gerekmektedir. Netice itibarıyla *Faydacı Cezalandırma Teorisi*, suça verilen cezayı sonuçları açısından değerlendirip meşru bir zemine oturtma çabasına girişmektedir (Aktaş, 2009, s.2 ; Karakaş Doğan, 2010, s.44).

Cezaların verilme amacını gelecekle ilişkilendirmiş olan *Faydacı Cezalandırma Teorisi*'ni savununlar arasında, cezanın önleyici/caydırıcı olma niteliği ve toplumsal yararı gözetmesi hususlarında hemfikirlik söz konusu olmakla birlikte; suçun ne şekilde ve kim açısından önleneceği ve bu amaç doğrultusunda hangi araçların kullanılacağına dair görüş birliği mevcut değildir. Bu durum, *Faydacı Cezalandırma Teorisi* bünyesinde çok sayıda nispi teorinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Söz konusu teoriler de karakteristik özellikleri bakımından, *Özel Önleme Teorisi* ve *Genel Önleme Teorisi* olarak ana iki kategori altında toplanmıştır. *Özel Önleme Teorisi*'ne göre ceza, etkisini suçlu üzerinde göstererek; onu, gelecekte suç işlemekten alıkoymayı hedeflerken; *Genel Önleme Teorisi*'nde ise cezanın amacı, toplumu oluşturan tüm bireyleri etkileyerek suç işlemekten caymalarını sağlamaktır (Önder, 1989, s.11 ; Aktaş, 2009, s.2 ; Öztürk ve Erdem, 2010 s.343). Çalışmanın devamında bahse konu teorilere dair daha detaylı açıklamalara yer verilmiştir

1.3.2.2.3.1. Özel Önleme Teorisi

Faydacı Cezalandırma Teorisi'nin ortaya çıkışı 18. yüzyıl sonralarına isabet etse de *Özel Önleme Teorisi*'ne dair görüşlerin çok daha eskilere dayandığı ileri sürülmektedir. Konu ile ilgili olarak, Seneca'nın (M.S. 3-65), Protagoras'ın (M.Ö. 485-415) düşüncesine dayanarak savunduğu; “akıllı insanların günahkâr olduklarından ziyade; günahkâr olmamaları için cezaya muhatap kılınmaları ve suç işlediklerinden değil; suç işlememesi için cezalandırılmaları gerektiği” görüşünün, bütün önleme teorileri için özdeyiş niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, Grotius'un (1585-1645) “geçmişin iadesinin imkânsız olduğu, ancak; geleceğe dair olumsuzlukların engellenmesinin muktedir olduğu” düşüncesi de *Özel Önleme Teorisi*

çerçevesinde değerlendirilmektedir. Cezanın amacına dair öne sürülen bu görüşler, *Kefaret Teorisi*'nin öneminin yitmesine sebep olurken; *Özel Önleme Teorisi*'nin doğmasına zemin hazırlamıştır. Bu bağlamda, Franz von Liszt'in hazırladığı 1882 tarihli Marburg Programı, dönemin kefarete esaslı ceza anlayışına alternatif teşkil etmiştir. Liszt, özel önlemenin; failerin tecrit edilerek toplumu güvence altına alma, onları ceza marifetiyle korkutarak başka suçlar işlemekten alıkoyma ve ıslahlarının sağlanarak yeniden suç işlemelerini engelleme olmak üzere üç şekilde olabileceğini ileri sürmüştür (Karakaş Doğan, 2010, s.46 ; Demirbaş, 2009, s.516-517 ; Centel ve Diğerleri, 2010, 527-528 ; Honig, 1936, s.419).

Yukarıdaki görüşlerden de anlaşıldığı üzere, *Özel Önleme Teorisi*, geleceğe yönelik olup; cezanın esas amacının “önleme” olduğu üzerine temellendirilmiştir. Bu doğrultuda suçlu, sadece işlediği suçtan mütevellit değil; gelecekte suç işlememesi için de cezalandırılabilir. *Özel Önleme Teorisi*'ne göre suç, cezanın sebebinden ziyade cezalandırmaya vesiledir. Söz konusu teoride, verilecek cezanın türünün ve ağırlığının tespitinde failin kusurluluğu dikkate alınmamakta; onun yeniden sosyalleşmesi için gerekli olduğuna kanaat getirilen tür ve ağırlıkta ceza tespit olunmaktadır (Centel ve Diğerleri, 2010, 527-528 ; Erem, 1985, s.162).

Beccaria, *Özel Önleme Teorisi*'nin, faili, suç fiilinden caydırmanın yanı sıra gerektiği durumlarda, suçlunun toplumdan tecrit edilip toplumun korunması; suçluyu ıslah ederek yeniden topluma kazandırılması ve varsa mağdurun zararının karşılanması amaçlarını da gütmesi gerektiğini savunmaktadır. (Beccaria, 1964, s.360).

Özel Önleme Teorisi'ni destekler nitelikli görüşler olduğu kadar; söz konusu teoriye eleştiriler de getirilmiştir. Bilhassa yukarıda bahsi geçen ve verilecek cezanın, türünün ve ağırlığının tespitinde, suç fiilinin niteliği ve failin kusurluluğu yerine; onun tehlikeliliğinin ve topluma yeniden kazandırılmasının (rehabilite edilmesinin)⁶⁸ dikkate alınmasının, cezalandırma için esas teşkil edecek ölçütlerin oluşmaması sonucunu doğurduğu; bu durumun da belirsizliklere ve adaletsizliklere sebebiyet vereceği ileri sürülmüştür. Zira bu şartlar altında, küçük bir suç dahi işlemiş olsa (hatta hiç suç işlememiş olsa) hakkında, gelecekte yeniden suç işleyeceğine kanaat getirilen kişinin, suç fiiliyle sebep olduğu zarara kıyasla, çok ciddi yaptırımlara maruz kalabileceği düşünülmektedir. Diğer taraftan bu anlayışın, tesadüfi ya da iradi olarak çok ağır bir suç işleyen ancak hakkında yeniden suç işleme tehlikesi olmadığına kanat getirilen kişinin de cezasız bırakılması sonuncu doğurabileceği iddia edilmektedir. Örneğin, pahaca düşük bedelli bir

⁶⁸Rehabiliteden kasıt, suçlulara işledikleri suçun kefaretinin ödetmek değil; tedavi etmektir. Ancak rehabilitasyonun suçlu üzerine yoğunlaşp; suç ile cezası arasında tutarlılığı dikkate almaması, hafif bir suç işlemesine rağmen, ıslahının sağlanmasının güç olacağı düşünülen fail için uzun süre mahkumiyete hükmedilmesine sebep olabilirken; adam öldürmek gibi ağır bu suç işlemesine rağmen, suçluyu suça iten nedenlerinin tedavi edildiğine kanat getirilmesi durumunda ise kısa süreli hapis cezası ile muhatap olunması sonucunu doğurabilmektedir (Cole ve Smith, 1998, s.409).

malı çalarken yakalanan bir kişinin, tutulan kayıtlardan, bu suçu daha önce de işlediği tespit olunur ve buradan hareketle, suçta tekerrüre gidebileceğine kanaat getirilirse, çok ağır bir cezaya maruz kalması söz konusu olurken; uğradığı hareket sonucu gaflete düşse de adam öldürmek gibi ciddi suç işleyen bir kişinin, daha önceden başka bir suç işlemediği saptanır ve gelecekte de başkaca suç işlemeyeceği kanısına varılırsa, tatbik edilecek cezanın miktarı cüzi olabileceği gibi söz konusu suç cezasız dahi bırakılabilecektir. Kişinin tekrar suç işlemeyeceğinden emin olunana kadar cezalandırılmasını ön gören bu anlayışta, cezayı belirleyen, failin öngörülmesi imkânsız nitelikteki hareketleridir. Haliyle kişi, ancak gelecekte yapacağı tahmin edilebilen bir davranışından dolayı cezaya muhatap kılınmaktadır (Cole ve Smith, 1998, s.409 ; Önder, 1989, s.13 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.529 ; Kararkaş Doğan, 2010, s.49).

Cezaları meşrulaştırmanın en modern şekli suçluyu rehabilite etme ideali olsa da cezaya yüklenen amacın, iktidarı elinde tutanların benimsedikleri yaşam biçiminin dikte edilmesinden ibaret olabileceği düşünülmektedir. Ayrıca, devletin, reşit insanların rızasını almadan; onları ıslaha tabi tutabilme yetkisinin mevcudiyetinin de tartışmalı olduğu ileri sürülmektedir. Zira bu hususta Alman Anayasa Mahkemesi devletin, suçluyu ıslah etmek gibi bir görevinin olmadığına hükmetmiştir (Önder, 1989, s.13 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.529).

Cezalandırmanın geçmişten ziyade geleceğe yönelik olması, geleceğin teminatı açısından önem arz etse de geçmişin tazmininde yeterli olup olmayacağı hususunda tereddütlere sebep olabileceği kanaati hakimdir. Nitekim suç işleyenin sebep olduğu adaletsizliğin, onun nedameti ile giderilemeyeceği düşüncesi bir yana; gösterilen nedametinin doğruluğunun tespitinin mümkün olamayacağı savunulmaktadır (Erem, 1985, s.163).

Cezanın verilip verilmeyeceğinin; verilecek ise tatbik edilecek cezanın belirlenmesinin, failin kusurundan ziyade toplum için zararlı olma niteliğine bağlanmasının, Özel Önleme Teorisi'ni işlevsiz kılacağı düşünülmektedir. Zira kişinin toplum için yararlı ya da zararlı olduğunun tespiti kolay değildir. Örneğin, ihtiyari olarak vergi kaçırın bir kişi, aynı zamanda fakirler için büyük bağışlar yapan bir hayırsever de olabilmektedir. Bahsi geçen niteliği haiz kişinin yaptığı bağışlarla topluma sunduğu yararın; kaçırıldığı vergilerle uğrattığı zarardan fazla olmasına rağmen cezaya muhatap kılınması, topluma yararlı olan birinin cezalandırması sonucunu doğurabilmekte ve bu durum, cezanın amacına aykırılık teşkil edebilmektedir. *Özel Önleme Teorisi'*ne dair diğer bir eleştiri konusu, ıslahı mümkün olmayan suçluların toplumdan tecrit edilmesi ve bu yolla toplumun korunmasının amaçlanmasından ileri gelmektedir. Zira bu uygulama, toplumun korunması amacına hizmet etse de bir insanın, ıslah edilemeyeceğine dair hükmün başka bir insanca verilmesinin tereddütlere sebep olmasının ötesinde kabul edilemez olduğu iddia edilmektedir (Centel ve Diğerleri, 2010, s.532).

Son olarak, *Özel Önleme Teorisi*, kişilerin bir fiili gerçekleştirmeden evvel sonuçları üzerinde tefekkür ettikleri varsayımına dayanmaktadır. Ancak kişiler, alkol ve uyuşturucu gibi geçici olarak irade hakimiyetlerini engelleyen durumların etkisi altında kalabilecekleri gibi, zihinsel ve ruhsal olarak hasta olabilmekte ve bunun sonucu olarak da kısmen ya da tamamen; sürekli veya geçici irade kaybı yaşayabilmektedirler. Kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldıran bu durumlar, yapılan fiilin sonuçlarının öngörülememesinden dolayı, modern ceza anlayışında cezayı da kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmaktadır (Cole ve Smith, 1998, s.407-408). Ancak *Özel Önleme Teorisi* savunular bu kaide göz ardı etmiştir.

1.3.2.2.3.2. Genel Önleme Teorisi

Temelleri Aristoteles ve Hobbes'un düşüncelerine dayanan ve bilimsel açıdan Feuerbach'ın geliştirdiği "*Manevi Cebir Teorisi*" tarafından ortaya konulmuş olan *Genel önleme Teorisi*, maliyet-fayda esasında dayanmaktadır. Bu teoride, bireylerin, suç teşkil eden fiillerini hayata geçirmeden önce, maliyet-fayda hesabı yaparak⁶⁹, fiili işlemekten cayacağı öngörülmektedir (Taner, 1949, s.29 ; Önder, 1989, s.12). Failin tekrar suç işleyeceği hususunda bir tehlike söz konusu olmasa da cezalandırmadan tamamen feragat edilemeyeceğini açıklayan bu teorinin amacı: potansiyel suçluları korkutmaktır (negatif genel önleme). Bu yüzden, suç karşılığı öngörülen cezalar son derece ağır ve infazlar halka açık gerçekleştirilmektedir (Gölcüklü, 1966, s.18-19 ; Karakaş Doğan, 2010, s.45). Cezaların ağırlığının, fitratında korku duygusu olan insan için önleyici niteliği haiz olduğundan; cezalara çarpılmak korkusunun kişiyi suç işlemekten alıkoyacağı düşünülmektedir (Erem, 1985, s.159). Ancak *Genel Önleme Teorisi* açısından, cezanın ağırlığından ziyade; kanunda açıkça yer almasına, soyut kanun normunun somut olayda hükmedilmesine ve ceza kovuşturulmasının kaçınılmazlığına önem atfedilmiştir (Cole ve Smith, 1998, s.40 ; Gölcüklü, 1966, s.16-17). Zira işlenen suçun cezasız kalmayacağı algısının yerleştiği bir toplumda, hukuk düzeninin sağlamlaşacağı ve toplumun hukuka olan güvenin güçleneceğine inanılmaktadır (pozitif genel önleme). Haliyle bu durum, cezanın korkutuculuğunu; kaçınılmazlığına nazaran önemsiz kılmaktadır (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.671 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.533).

⁶⁹Maliyet-fayda hesabı yapan birey, suç fiilini işlemesi sonucu kendisine tatbik olunan ceza dolayısıyla maruz kalacağı zarar ile suç fiilinden elde edeceği faydayı kıyaslar. Kıyaslama neticesinde uğranılan zarar; suç fiilinin işlenmesi sonucu elde edilecek olan faydaya nazaran büyük ise o fiilin icrasından vazgecektir. Bu anlayış, Jeremy Bentham'ın 18. yüzyılda ileri sürdüğü "*bireyin hareketlerini belirleyenin, davranışlarının getirisinin muhasebesidir*" prensibini temel almaktadır. Bentham, insan davranışını yönlendiren unsurların acı ve haz olduğunu; sonunda elde edeceği hazzı nazaran daha çok acı çekeceğini bile bile kişinin bu yönde bir davranış sergilemeyeceğini savunmaktadır (Taner, 1949, s.29 ; Önder, 1989, s.12).

Genel Önleme Teorisi'ne göre cezanın sadece suçlu üzerinde etkili olması kâfi gelmemekte; genel olarak toplumda suçun işlenmesine mâni olunmak istenmektedir. Kişinin, suç işlediği takdirde cezadan kaçamayacağını bilmesinin yanında; suçlulara verilen ağır cezaların toplum üzerindeki etkisi onu, suç işlemekten alıkoyacağına böylece toplumun korunacağına inanılmaktadır. Bu anlamda Bentham, cezanın, işlenen suça hiddetle verilen bir karşılık değil; toplumun selameti için yapılan bir fedakarlık olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünürken; cezanın, genel önlemenin yerine getirilebilmesinde etkili ve toplumun değerleri açısından adillik teşkil etmesi için korunması amaçlanan hukuksal değer nispetinde veya sebep olunan zarar ile orantılı olması gerektiğini savunmaktadır (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.671 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.533 ; Karakaş Doğan, 2010, s.45 ; Hirsch ve Ashwoeth, 2009, s.55-56). Bu görüşü ile Bentham, bir bakıma cezalandırma da ölçülülük ilkesi esaslarına riayetinin esas olması gerektiğini de vurgulamış bulunmaktadır.

Özel Önleme Teorisi'nde olduğu gibi *Genel Önleme Teorisi*'ni de savununlar kadar eleştirenler de mevcuttur. Söz konusu eleştirilerin ilki, teorinin potansiyel suçluları kokutmayı amaçlaması ve cezalandırmada üst sınırın tespit edilmemiş olması sonucu suçluya, verdiği zararı aşan ağırlıkta, adaletsizce ve hatta insan onuruyla bağdaşmayacak nitelikte cezaların verilmesine imkân sağlayıcı niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Öte yandan bireyin, bir araç gibi, toplumda caydırıcılığı sağlamak maksadıyla cezalandırılacağı düşüncesi, cezaların “devlet terörü” şeklinde nitelendirilebilecek kadar ağırlaştırılabileceği ihtimalini de doğurmaktadır. Ayrıca *Genel Önleme Teorisi* her ne kadar cezaların mümkün olduğunca ağırlaştırılmasını öngörse de suçtan kaçınmak isteyen birey için esas olanın, cezanın ağırlığından ziyade; yakalanma ihtimali olduğu düşünülmektedir (Öztürk ve Erdem, 2010, s.344 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.534-535). Zira cezaların en ağır olduğu zamanlarda dahi insanlar, suç işlemekten imtina etmemişler; bilakis cezanın şiddeti arttıkça daha çok mukavemet göstermişlerdir. Haliyle bu durum, salt korkutma esaslı cezalandırma anlayışının, suçun işlenmesine engel olamadığı; cezanın etkinliğinin ağırlığının ötesinde kovuşturulmasının kaçınılmazlığı ile bağlantılı olduğu görüşünü desteklemiştir (Gölcüklü, 1966, s.17 ; Erem, 1985, s.161).

Genel ve özel önleme etkisi marifetiyle bireylerin suç işlemekten caydırılmasına dayanan *Faydacı Cezalandırma Teorisi*'nin bütününe hitap eden görüşlerin başında Beccaria'nın görüşleri gelmektedir. Teorinin önde gelen savunucularından olan Beccaria, cezalandırma için dayanak oluşturan yasaların, yaradılışında özgür olma isteği olan insanoğlunu dahi bir araya getiren şartların bir neticesi olduğunu ileri sürer. Zira Beccaria'a göre, süregelen savaşlar ve bu durumun yarattığı belirsizlik ve güvensizlik ortamı, bireyleri toplumun bir parçası olmaya sevk etmiştir. Ancak bunun diyeti olarak da özgürlüklerinin bir kısmından feragat etmek durumunda kalmışlar

ve böylece özgürlüklerinden geriye kalan kısmını barış ve güvenlik içinde kullanabilme imkanına kavuşmuşlardır. Her bir bireyin feragat ettiği özgürlüklerin toplamı millet egemenliğini oluşturmakta ve söz konusu egemenlik milletçe meşru kabul edilen otoriteye teslim edilmektedir. Ancak bu teslimiyetin, bahsi geçen güvenlik teminatının sağlanması için yeterli olmadığı düşünülmektedir. Zira toplumda, kendi payına düşenle yetinmeyen ve başkalarının payına tecavüz etmeye meyilli olan bireylerin, potansiyel gasplarına karşı önlem almak da gerekmektedir. Beccaria, bireyleri despotizmden alıkoyan ve toplumun daha önce yaşadığı kaos ortamına dönmesini engelleyen birtakım güdülerin gerektiğini ve bu güdülerin de yasalara karşı suç işleyenlere yönelik uygulanan cezalar olduğunu savunmaktadır (Beccaria, 1819, s.15). Nihayetinde Beccaria'nın, cezaların, özgürlükleri koruma maksatlı geliştirilen bir araç olduğu görüşü ortaya çıkmaktadır (Aktaş 2009 s. 4).

Beccaria'ya göre ceza, mutlak bir gerekçeye dayanmadığı sürece, kendisi ile aynı görüşü savunan Montesque'nin de dediği gibi zorbalığa sebep olmaktadır (Beccaria, 1819, s.15). Beccaria, mutlak gerekçe olarak kamu özgürlüklerinin korunmasını esas alırken; tatbik edilecek cezaların, bahsi geçen özgürlüklerin kutsallığı ve değeri ile orantılı olacak şekilde verilmesini savunmakta ve adil olması için de cezaların şiddetinin diğer insanları suç işlemekten alıkoyacak derecede olması gerektiğini vurgulamaktadır (Aktaş, 2009, s.4 ; Beccaria, 1819, s.100-101). Görüldüğü üzere Beccaria, faydacı saiklerle hareket etmiş; bu sebepten işlenen suça karşılık olarak suçlunun, hangi cezayı hak ettiğinden ziyade; yeniden suç işlemesine engel olabilmek için suçluya ne tür bir cezanın verilmesi gerektiği ile ilgilenmiştir (Aktaş, 2009, s.8).

Cezalandırmada fayda ilkesini esas alan ve cezayı bir amaç olarak değil de araç olarak gören Bentham'a göre ise yasaların genel amacı, toplumun mutluluk seviyesini arttırmak iken; bu hususta yapılacak ilk iş mutsuzluğa yok açacak olan etmenleri mümkün olduğunca yok etmektir (Bentham, 1948, s.281). Ancak Bentham, cezalandırmanın kendisini de mutluluk seviyesini aşağıya çeken kötü bir etmen olarak kabul etmekte ve cezalandırmanın yalnızca, kendisinden daha büyük kötülükleri bertaraf etmek için uygulanması gerektiğini savunmaktadır (Bentham, 1948, s.281). Bu görüş Bentham'ın cezalandırmanın her iki amacını da (genel önleme amacı ve özel önleme amacı) benimsediğini ancak esas amacının genel önleme olması gerektiğini ortaya koymaktadır (Bentham, 1830, s.19). Zira Bentham, cezasız kalan bir suçun, failine yeniden o suçu işleme yolunu açmasının yanı sıra, suç işleme saiki ve imkanlarını haiz olan kişileri de aynı yola sevk edeceğinden, cezalandırmanın herkesi ilgilendiren bir güvenlik kaynağı olduğu sonucuna varmaktadır. Özel önleme açısından ise Bentham, cezanın: suçluyu suç işlemekten caydırma, ıslah etme ve suçlunun gözünü korkutma olarak üç amacı olduğunu dile getirmektedir (Bentham, 1830, s.20-21).

Bentham'ın cezalandırmayı, yukarıda bahsi geçen sebeplerle haklılaştırmaya çalışması, onu bir vasıta olarak görmesinden ileri gelmektedir. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere, Bentham için cezalandırma, daha vahim sonuçlar doğuracak fiilleri engellemek amacıyla uygulanan bir araçtır. Bentham'ın ceza hukukunun gelişmesinde etkili olan bu düşüncesi, çalışmanın önceki bölümünde değinilen ve cezayı yalnızca işlenen kötülüğün bir kefareti olarak gören görüşlerle uyuşmamaktadır (Aktaş, 2009, s.10).

1.3.2.2.4. Karma Teoriler (Uzlaştırıcı Teoriler)

Faydacı Cezalandırma Teorisi ile *Mutlak Ceza Teorilerinin* cezalandırmanın amacını açıklamakla yetinmeleri; cezanın içeriğinin ve sınırlarının adilce tespitinde yetersiz oluşları eleştirilere maruz kalmalarına sebebiyet vermiştir. Bir kısım felsefeci ve hukukçular, bahsi geçen noksanlıkların giderilmesinin, her iki teorinin üstün ve eksik yanlarını dikkate alarak birleştirilmesi ile sağlanacağını savunmuşlar ve bu doğrultuda ortaya, *Karma Teori* ya da *Uzlaştırıcı Teori* olarak addedilen ve esas olarak cezanın, işlenen suçların kefareti olduğu anlayışına dayanansa da genel ve özel önleme işlevlerinden de taviz vermeyen bir cezalandırma teorisi ortaya çıkmıştır (Önder, 1989, s.14).

Cezalandırmanın, salt *Mutlak Ceza Teorilerinin* ya da *Faydacı Cezalandırma Teorisi*'nin esas alınarak verilmesinin ortaya çıkaracağı sonuçların, cezalandırmadan beklenen tatminin uzağında kalınmasına neden olduğu düşünülmektedir (Yenidünya, 2002, s.89). Zira artık toplumda, verilen cezanın, işlenen suça kefaret teşkil etmesinin yanında; genel ve özel önleme özelliklerini de haiz olması; haliyle de hem geçmişe hem de geleceğe etkili olması arzulanır olmuş ve böylece toplum suçtan korunurken; failin de ıslah edilmesi istenmiştir (Artuk ve Diğerleri, 20 s.674-675). Bunun için de her iki teorinin bir potada eritildiği, yeni bir yaklaşımın geliştirilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Böylece, *Faydacı Cezalandırma Teorisi*'nin adaleti göz ardı edici niteliği ortadan kalkarken; *Mutlak Adalet Teorilerinin*, toplumun ihtiyaçlarını hesaba katlamamasından kaynaklı eksikliği de giderilmiş olacaktır (Taner, 1949, s.31-32). Görüldüğü üzere, cezanın hem adaleti yerine getirmek hem de toplumsal fayda sağlamak maksadıyla tatbik edilmesi gerektiğini savunan bir anlayışın gerekliliği hususunda fikir birliğine varılmakla birlikte; literatürde karma ya da uzlaştırıcı teori olarak anılan bu yaklaşımın bileşiminde hangi teorinin ilkelerine ne ölçüde bağlı kalınacağı konusunda genel kabul görmüş bir ölçüt söz konusu değildir (Dönmezer ve Erman [Cilt 1], 1965, s.64). Bu hususta benimsenen görüşlerden birinde, adalet gözetilmekle birlikte; toplumsal fayda ilk plana atılıp üstün tutulmakta; diğer bir görüşte ise toplumsal fayda göz ardı edilmeksizin adalet prensibi üstün tutulmaktadır (Aktaş, 2009, s.21-22).

Cezalandırma, salt faydacı esaslar üzerine temellendirildiğinde; masumların dahi ibret olması gayesiyle cezaya muhatap kılınması meşru hale gelmekte ve bu durum, toplumda yerleşmiş olan adalet duygusunu zedelemektedir (Aktaş, 2009, s.21)⁷⁰. Bundan dolayı cezalandırmada, *Mutlak Adalet Teorileri* ilkelerine öncelik vermekle beraber; faydacı amaçların da gözden uzak tutulmamasının gerektiği düşünülmektedir. Böylece suçsuzlar cezaya maruz kalmazken; suçlulara verilen cezaların da ister genel caydırıcılık ister özel caydırıcılık amacı gütsün suç ile orantılı olması sağlanabilecektir (Aktaş, 2009, s.22).

İşlenen suça kefarete olma amacı, ceza için mühim ve vazgeçilmez bir nitelik arz etse de bu özelliğin, mümkün mertebe cezanın insanileştirilmesine mâni olmaması beklenmektedir. Ayrıca, kefarete maksadıyla verilen bir cezanın, failin kusuru ve sebep olduğu zararın miktarı ile orantılı olması gerektiği de savunulmaktadır. *Karma Teori*'nin gelişmesi ve hukuk sistemlerince benimsenmesi ile de cezaların yumuşamasına ve hafifletici nedenlerin artmasına imkân sağlandığı düşünülmektedir (Karakaş Doğan, 2010, s.50).

Karma Teori'nin önde gelen savunucularında olan Herbert Lionel Adolphus Hart ve John Rawls, cezalandırmayı meşru kılmak için salt bir teoriden hareket etmemişler; *Karma Teori*yi benimsemişlerdir. Hart, cezalandırmanın nasıl yapılacağını şu üç soruya verdiği cevapların neticesine göre şekillendirmiştir. Bunlar: “*genel ceza uygulamasını meşrulaştıranın ne olduğu*”, “*cezanın kime uygulanacağı (cezanın sorumlusun kim olduğu)*” ve “*cezanın şiddetinin ne olduğudur*” (Honderich, 2008, s.166). Hart, ilk sorunun faydacılık esasına dayanılarak cevaplandırılması gerektiğini; bu doğrultuda, cezanın meşru kılınmasının, suç oranının azaltılması gibi, toplumsal sonuçlara bağlı olduğunu dile getirirken; ikinci soruda, mutlak adalet anlayışını esas alarak; cezanın, suçun failine yüklenebilmesi mecburiyetini savunmaktadır (Honderich, 2006, s.166)⁷¹. Son soruya ise Hart, kimsenin hak ettiğinden daha fazla cezaya muhatap olmaması gerektiğini göz önünde bulundurarak cevap aramış; bu hususta, *Mutlak Ceza Teorilerine* göre hareket ettiğini belirterek, *Faydacı Cezalandırma Teorisi*'nin adalet anlayışını zedeleyen sonuçlarını ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Netice itibarıyla Hart'a göre ceza, cezayı gerektiren suç fiilinin failine, hak ettiği nispette tatbik edilmelidir (Honderich, 2006, s.166 ; Aktaş, 2009, s.23).

Mutlak Ceza Teorileri ile *Faydacı Cezalandırma Teorisi*'ni bağdaştırmaya çalışan bir diğer düşünür olan John Rawls, Hart gibi hareket ederek bazı sorulara cevap arama yoluna gitmiştir.

⁷⁰ Adnan GÜRİZ “*Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*” adlı kitabında, masum bir insanın cezalandırılmasının toplumda meydana getireceği huzursuzluğun; cezalandırma ile önlenmesi istenen huzursuzluktan çok daha büyük olacağını savunmaktadır.

⁷¹ Ayrıca bakınız: <http://www.iep.utm.edu/punishme/print#SH3a> (E.T. 20.01.2015)

Rawls, belli bir kişiyi göz önüne alarak; onun neden hapsedildiği ve daha genel olarak; birtakım insanların ötekileri neden hapsettiği sorularına verdiği yanıtlarla düşüncesini yansıtmayı tercih etmiştir. Bu sorulardan ilki, yalnızca belli bir eylemin, bir kurala göre haklılaştırılmasını sorgularken; diğer soru ilgili kuralın haklılaştırılmasına yöneliktir (Zaibert, 2006, s.12). Rawls, bu sorulardan ilkinde: hapsedilen kişinin bir bankayı soyduğunu ve daha sonra gerçekleştirilen adil yargılama sonucunda hapsedilmeye hükmedildiği; diğerine ise iyi insanları kötü insanlara karşı korumak amacıyla birtakım insanların ötekileri cezalandırdığı şeklinde cevaplar vermiştir (Zaibert, 2006, s.13). Rawls, ilk soruya verdiği cevap ile geçmişe dönük işlem yapan hâkimin, yaptığı işlemin haklılaştırılmasını *Mutlak Adalet Teorilerine*; ikinci soruya verdiği cevapla da geleceğe dönük işlem yapan yasa koyucunun yaptığı işlemin haklılaştırılmasını, *Faydacı Cezalandırma Teorisi*'ne dayandırarak açıklamaya çalışmıştır (Zaibert, 2006, s.13). Ancak Rawls'ın, yasa koyucunun sadece Faydacı Cezalandırma Teorisi'ni gözeterek yaptığı işlemi, Uzlaştırıcı Teori ile bağdaşamayacağını ileri sürmesinin isabetli olmadığına kanaat getirilmektedir. Zira yasa koyucunun, suçları ve buna karşı verilecek cezaları belirlerken; her iki ölçütü göz önünde almak durumunda olduğu ve sonuç olarak *Uzlaştırıcı Teoriye* göre hareket ettiği düşünülmektedir (Aktaş, 2009, s.24).

Literatüre bakıldığında, genel olarak cezanın amacının *Karma Teoriler* ile açıklanması gerektiği görüşünün hâkim olduğu anlaşılmaktadır (Karakaş Doğan, 2010, s.51 ; Artuk ve Diğerleri, 2014, s.675 ; Demirbaş, 2009, s.517 ; Öztürk ve Erdem, 2008, s.345 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.536). Zira günümüz cezalandırma anlayışının idealinde, suçların uygun ıslah ve rehabilitasyon araçlarıyla topluma, yeniden suça yönelmeyecek şekilde kazandırılması yatmaktadır. Bunun için de cezanın kefaretilik niteliğinden feragat edilmezken; toplum düzeninin muhafazası için de genel önlemeye de hizmet edecek niteliği haiz olması gerektiği düşünülmektedir. Böyle bir ceza nev'inin de ancak, suçun niteliğine ve failin kişiliğine göre formüle edilecek olan *Karma Teorilere* dayandırılmak suretiyle oluşturulabileceğine kanaat getirilmektedir (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.675 ; Karakaş Doğan, 2010, s.51).

Türk Ceza Kanunu'nun ceza teorileri bağlamında değerlendirilmesi yapıldığında: *Karma Teori*'nin etkisinin hüküm sürdüğü ortaya çıkmaktadır. Zira Türk Ceza Kanunu'nun "Ceza Kanununun Amacı" başlıklı 1. maddesinde geçen "...suçun işlenmesini önleme" ibaresi ile genel ve özel önlemeye dikkat çekilmiştir. Bunun yanında Kanunu'nun "Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi" başlıklı 3/1. maddesinde geçen "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin diğer bir ifade ile mağdura verdiği zararın ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirleri hükmolunur." Cümlesiyle cezanın kefaretilik amacına vurgu yapılırken; toplumda zuhur edecek olan öç olma duygularının da yatıştırılması amaçlanmaktadır (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.675 ; Karakaş Doğan,

2010, s.51). Aynı Kanun maddesinin gerekçesine bakıldığında: suçun ağırlığı ile orantılı (ölçülülük ilkesine uygun) bir yaptırıma hükmedilmesiyle; suç işleyen kişinin işlediği suçtan pişmanlık duymasının sağlanabileceği ve böylece hem topluma yeniden kazandırılmasının mümkün olabileceği dile getirilmiş hem de Türk Ceza Kanunu'nun adaletçi bir yapıyı haiz olduğu vurgulanmıştır.

Türk Ceza Kanunu bağlamında, verilecek cezanın azami ve asgari miktarı arasındaki farkın geniş tutulması, cezanın kişiselleştirilmesini ve miktarının tespitinde suçlunun tehlikeliliğinin dikkate alınmasını mümkün kıldığından; özel önleme amacının ön planda olduğu söylenebilmektedir. Öte yandan Kanunu'nun, "*Cezanın Belirlenmesi*" başlıklı 61/1. maddesinde: somut cezanın tespitinde dikkate alınacak ölçütler arasında, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığıyla birlikte failin kusurluluğuna da yer verilmesi, cezalandırmada kefarete amacının güdüldüğü kanaatine varırmaktadır. Üstelik cezalandırmada, fiilin ağırlığını ön plana alan ölçütlere nazaran; kusur derecesinin dikkate alınmasının, failin ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılması hususunda daha etkin rol alacağı iddia edilmektedir. Bütünü itibariyle Türk Ceza Kanunu'nun, bazı maddelerinde kefarete esasının; bazı maddelerinde de genel ve özel önleme esasının ön plana alınarak *Karma Teori*'nin benimsediği sonucuna ulaşmak mümkündür (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.675 ; Karakaş Doğan, 2010, s.51 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.536-537).

Ceza ve Güvenlik Tedbirleri İnfazı Hakkındaki Kanun'da da Türk Ceza Kanunu'na paralellik arz edecek şekilde, *Karma Teori*'nin benimsendiğine dair hükümler ihtiva edilmektedir. Nitekim CGTİHK'nin "*İnfazda Temel Amaç*" başlıklı 3. maddesinde yer alan, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenen temel amacın belirtildiği; "*ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.*" Hükümüyle bilhassa özel önleme amacına atfedilen değer vurgulanmıştır (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.675).

Netice itibariye, Türkiye bağlamında yasa koyucu, suçu önleyebilmek amacıyla cezanın genel ve özel önleme işlevlerini ön planda tutarken; cezayı bir kefarete aracı olarak kullanmamayı tercih ettiğini de belirtmek istemektedir (Centel ve Diğerleri, 2010, s.537).

1.3.2.2.5. Sosyal Savunma Teorisi

Sosyal savunma kavramı: tehlikeli olma halinin cezalandırmaya dayanak teşkil ettiğini savunan bir düşüncenin ürünüdür. Sosyal savunma kavramının hukuk alemine doğmasını sağlayanlara göre suçlu: üyesi olduğu topluma karşı görevini ihlal eden; diğer bir ifade ile toplum yaşamına karşıtlık teşkil eden kişidir. İhlal ya da karşıtlık söz konusu olduğunda, ilgili kişi, kusur yeteneğini haiz ise cezaya muhatap kılınırken; bu yetenekten yoksun olması durumunda, kişiye uygun güvenlik tedbirlerinin tatbik edilmesi söz konusu olmaktadır (Dönmezer ve Erman, 1985, s.89 ; Karakaş Doğan, 2010, s.52).

Sosyal savunma, teori olarak yeni sayılsa da kavramsal olarak kökeni eskilere dayanmaktadır. Aristoteles'ten Hobbes'a ve Ramagnosi'ye kadar felsefecilerin görüşlerinde yer alan sosyal savunma kavramı, daha sonra pozitivistlerce geniş ölçüde kullanılmıştır (Gramatica, 2005, s.39-40). Pozitivistler, sosyal savunmayı, toplumun muhafazasını esas alan ve bu uğurda gerekirse suçlunun feda edilebileceğini savunan bir anlayış çerçevesinde kullanılmışlardır. Akabinde, sosyal savunma, Flippo Gramatica ve Marc Ancel öncülüğünü yaptığı hukukçuların görüşleri ile kavram olarak kullanılmasının ötesine geçerek; bağımsız bir teori olarak literatürde yerini almıştır.

*Kefaretçi Cezalandırma Teorisi'*ne karşı olarak geliştirilen *Sosyal Savunma Teorisi'*ne göre, devletin kefarete maksatlı ceza tayin etme hakkı yoktur. Onun, cezaya hükmetmesinin yegâne maksadı kendini korumak olması gerektiği düşünülmektedir (Erem, 1974, s.155).

20. yüzyılın ortalarına doğru, İtalyan hukukçu Flippo Gramatica'nın savunduğu *Sosyal Savunma Teorisi'*nde: sosyal savunma, toplumun suçlulardan korunmasından ziyade; suçluların toplumdan korunmasını amaç edinen birtakım önlemler olarak ele alınmıştır (Karakaş Doğan, 2010, s.52). Gramatica'ya göre, ceza hukuku lağvedilmeli ve onun yerini sosyal savunma hukuku almalıdır. Fransız Yargıtay üyelerinden Marc Ancel ise “*Yeni Sosyal Savunma*” adlı eserinde (1954): suçun önüne geçilmesine ve failin ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılmasına yönelik, insani nitelikli suç ve ceza politikalarının izlenmesini ve ceza sisteminin de bu yönde geliştirilmesini savunmuştur (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.53).

Benimsedikleri görüşler itibariyle Marc Ancel ve Flippo Gramatica, *Sosyal Savunma Teorisi'*nin iki ayrı kanadını temsil etmektedirler. Radikal kanadın temsilcisi olarak bilinen Gramatica'ya göre devlet, bireyleri huzursuzluğa sevk eden etmenleri ortadan kaldırmayı görev edinmelidir. Bu doğrultuda, devletin, cezalandırma otoritesinden ziyade; suçluları sosyalleştirme ödevlisi hüviyetinde olması gerektiği savunulmaktadır. Haliyle devlet, sosyalleştirme ödevini ifa ederken

cezayı değil; failin kişiliği ile uyumlu olmak üzere, önleyici, eğitici ve tedavi edici sosyal savunma önlemlerini araç olarak kullanmak durumundadır. Ayrıca, söz konusu önleme aracının tespitinde, bireyin topluma verdiği zararın değil; kişisel özelliklerin belirleyici olması gerektiği kanaati hakimdir (Gramatica, 2005, s.41).

Gramatica, geleneksel ceza yargılamasının ortadan kaldırılmasını; suç, suçlu, sorumluluk ve ceza kavramlarının toplum hayatından çıkarılmasını savunmuş ve işlenen her suç için bir ceza tatbik edilmesi yerine; suç işleyen her kişi için ona özgü bir takım toplumsal savunma önlemleri uygulanmasını istemiştir (Gramatica, 2005, 42-43).

Gramatica'nın suçlu kavramını reddetmesinin nedeni, suçun –dolayısı ile suçlunun- tayin sınırlarının, iktidardaki siyasal çoğunluğun iradesi doğrultusunda belirlenmesinden ileri gelmektedir. Zira dönemler itibariyle iktidarın da değişikliğe uğrayacak olması, yasaların değişmesine neden olurken; değişen yasalar da suçlu kavramının niteliğinin ve sınırlarının da farklılaşmasına yol açabilecektir. Haliyle söz konusu kavram, göreceli ve yapay bir niteliğe bürünmüş olacaktır. Ancak Gramatica'ya göre insan için suçlu ve suçlu olmayan şeklinde bir ayrıma gidilmesi mümkün değildir. Ona göre suçlu insan yoktur. Yalnızca toplum hayatına karşıtlık teşkil eden ve ıslah edilmesi gereken insan vardır (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.51).

Gramatica, toplumsal savunmanın yasaya dayandığını; diğer bir ifade ile kanunilik ilkesine bağlı kalınacağını ifade etse de hukukçular, teorinin, kişisel özgürlüklere zarar vereceği endişesini taşımaktadır. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere, suç ne kadar yapay ve değişken bir kavram dahi olsa sınırlarının tespiti için belirlenen soyut normlar, somut olaylar için ölçü niteliği taşımaktadır. Ancak “*bireyin sosyal yaşama karşıtlık teşkil etmesi hali*” hususunda belirli bir sınırın tayin edilmemiş olmasının, uygulamada keyfiliğe sebep olabileceği kanaatini doğurmaktadır. Haliyle bu durumun, teorinin savunduğu öğretinin suiistimal edilmesine ortam hazırlayacağına inanılmaktadır (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.53 ; Gramatica, 2005, s.74-75).

Sosyal Savunma Teorisi'nin diğer kanadını temsil eden Marc Angel'e göre ise ceza hukuku, toplumu suçluluğa karşı korurken; suç işleyenlerin de yeniden suça meyletme tehlikesini bertaraf etmeyi amaç edinmelidir. Marc Angel, ilgili tüm bilimlerden istifade edilerek; suçla mücadelenin akılcı bir şekilde sürdürülmesi gerektiğini savunmaktadır (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.53). Angel, sosyal savunma önlemlerinin, toplumu suça iten nedenleri minimize etmeye yönelik olması gerektiğini; ancak, bu hususta alınacak tedbirlerin de birey odaklı olmasının zorunluluğunu savunmaktadır. Diğer bir ifade ile suçluya uygulanacak güvenlik tedbirleri veya cezaların tespitinde, bireyi topluma yeniden kazandırma amacından taviz verilmemeli ve bu doğrultuda, somut olay göz önünde tutularak failin kişiliğine uygun tedaviye hükmedilmelidir. Netice

itibariyle gerek ceza gerek güvenlik tedbiri olsun her nevi yaptırımın gayesi suçluları toplumdan tecrit etmekten ziyade onları ıslah ederek yeniden sosyalleşmesini sağlamak olmalıdır⁷². Bu amaçla toplum yaşamına karşıtlık teşkil eden bireylerin (suçluların), hayatlarını, yasalara uygun bir şekilde idame etmesi sağlanabilmeli; bunun için de suçluların kişisel durumları göz önüne tutularak tespit olunan tedavilere tabi tutulmaları gerektiği düşünülmektedir (Artuk ve Diğerleri, 2014, s.54).

Sosyal Savunma Teorisi gerek Marc Angel'in görüşleri doğrultusunda gerekse teorinin radikal kanadını temsil eden Gramatica'nın savunduğu fikirlere göre evirilsin; bireyin ıslahı mutlak suretle gözetildiğinden, cezalandırmada özel önlemin esas amacı teşkil ettiği söylenebilmektedir. Ancak *Sosyal Savunma Teorisi*'ni savunanlar, cezalandırmada genel önleme amacını da gözden ırak tutmamıştır. Genel önleme amacın sağlanmasında ise failinin suçtan alıkonmasının, korkutma ve tehdit içeren suçluyu yıldırmaya yönelik yöntemler yerine; suçların cezasız kalmayacağı, diğer bir ifade ile ceza yargılamasının kaçınılmaz olduğunun idrakini sağlayıcı faaliyetlerin daha etkin olduğunu savunmuşlar ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan yaptırımlara karşı çıkmışlardır (Karakaş Doğan, 2010, s.54).

Sosyal Savunma Teorisi'ne yöneltilen bir diğer eleştiri ise korumanın ve cezalandırmanın iki ayrı husus olarak kabul edilmesinden ileri gelmektedir. Zira *Sosyal Savunma Teorisi*'ni bu veçheden eleştirenlere göre: devletin cezalandırma hakkı, toplumun korunması düşüncesinin sonlandığı yerde başlamaktadır. Kefaret maksatlı cezalandırmadan bahsedilebilmesi için ise cezayı gerektiren olayın vukuu gerekli iken; meydana gelmemiş olaylardan, toplumu muhafaza etmenin mantıken imkânsız olduğu düşünülmektedir (Erem, 1974, s.155).

1.3.3. Cezanın Nitelikleri

Devlet iradesinin hüküm sürebildiği hukuki alanda, meşruluk arz eden ve tipikliğin zuhur ettiği anda uygulanması zorunlu olan ceza, bizzat suçlunun şahsında zarar meydana getiren bir uygulamadır. İnsanlık tarihi kadar eski olan ceza, ilk uygulandığı dönemlerde, kişi eliyle verilmekte ve öç alma gayesi taşımaktaydı. Daha sonra cezalandırma, devlet tekeline bırakılmış olsa da bilhassa orta çağ döneminde benimsenen anlayışta, faile verilen cezanın, acı verme, onda elem ve ızdırap uyandırma gibi nitelikleri haiz olması benimsenmiştir. Ancak zaman içerisinde, toplumların gelişmesiyle, insanın suçlu da olsa doğuştan gelen birtakım haklarının olduğu ve kişi, idam mahkûmu dahi olsa, söz konusu haklara saygı gösterilmesi gerektiği anlayışı yerleşmeye

⁷²Marc Ancel, cezaların yerine tamamen güvenlik tedbirlerinin almasını kabul etmezken; aynı olay için her iki yaptırım türünün tatbik edilmesini de uygun görmemektedir.

başlamış ve bunun sonucunda, cezanın sahip olması gereken nitelikleri belirlenmiştir. Cezalandırmadan beklenen amacın yerine gelmesi, adaletin mümkün olduğunca tecelli etmesi ve toplumsal yararın azami düzeyde sağlanabilmesi için zaman içerisinde benimsenen bu nitelikler, mevcut şartlara, cezanın çeşidine, faile ve suç fiilinin ağırlığına göre bazı değişikliklere uğrasa da ceza için olmazsa olmaz yapıdadırlar. Söz konusu nitelikler ise şunlardır: (Hafızoğulları, 1996, s.187-191 ; Dömezer ve Erman, 1981, s.689):

-Cezanın, geçmiş dönem uygulamalarında esas alınan acı çektirici, ızdırap ve elem verici olma niteliği, günümüz hukuk düzeninde yerini; daha çok olumlu ve yapıcı özellikler taşıma esasına bıraksa da söz konusu menfî nitelikler, nispeten daha az şiddetli olmakla beraber; hala cezanın başat nitelikleri arasında yer almaktadır.

-Cezanın öncelikle işlenmiş ve kanunun suç saydığı bir fiilin varlığına dayanması gerekmektedir. Kanunda suç sayılmayan bir eylem için cezanın tatbik edilmeyeceği hem Anayasa madde 38’de ve hem Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenmiştir (Anayasa Md. 38 ; TCK, Md. 2). Cezalandırma erkinin yegâne sahibi olan yargı organları da cezaya hükmederken, Kanun’un belirlediği azami ve asgari sınırlara bağlı kalmak; failin kusurunu ve suç fiilinin niteliğini göz önünde tutmak zorundadırlar.

-Ceza ile suç teşkil eden fiil arasında nedensellik bağının mevcudiyeti şarttır. Bu ilişkide suç neden iken; ceza ise sonuçtur.

-Ceza, suça karşılık şeklinde vuku bulmaktadır. Suç, bireyin topluma (devlete) yönelik eylemi iken; ceza, toplumun (devletin) bireye karşı eylemidir. Bu anlamı ile ceza, bir bastırma olarak nitelendirilmektedir. Öyle ki bastırıcı olmayan bir ceza; ceza olarak kabul edilmemektedir.

-Ceza, uygulanmasına sebep olan fiilin özelliklerine karşılık teşkil edici niteliktedir. Bu çerçevede suç toplum için kötülük arz eden bir fiil olduğu kadar; ceza da söz konusu suçun faili için ferdiyet arz edecek şekilde kötülük barındırmaktadır. Cezanın, suç fiilinin sebep olduğu kötülüğe karşılık teşkil eden başka bir kötülük niteliğinde olması, onun bir ödetme olması sonucunu doğurmaktadır. Haliyle suça karşılık gelen eylemin, ceza olarak nitelendirilebilmesi için ödetmeli olması şarttır. Zira ödetmesiz ceza olamamaktadır.

-Şahsa yönelik bir kötülük olan cezanın; şahsın/failin suç fiilinden kaynaklanan toplumsal kötülüğe uygun olması ve onunla orantılılık teşkil etmesi gerekmektedir. Haliyle suç ile orantılı olmayan tepki (ceza), ceza değildir. Özü itibariyle ceza bir ödetme olduğundan; bu ödetmenin de suçlunun toplum nezdinde sebep olduğu zarar orantılı olmasını gerekmektedir. Bu hususta, hâkimin dikkate alması gereken ölçüt, suç fiilinin ağırlığı ile failin kusurluluk derecesidir.

-Ödetme niteliğinde olan cezanın şahsiliği teşkil etmesi zorunludur. Haliyle ceza, bizzat suç fiilinin failine verilmek durumundadır. Ceza, suçlu üzerinde etkili olmalı ve mecburi haller dışında masumları etkilememelidir. Cezaların şahsiliği ilkesinin gereği olan bu nitelik, Anayasa'nın 38. maddesiyle güvence altına alınmış olsa dahi uygulamasını tam anlamıyla sağlamak hemen hemen imkansızdır. Zira hakkında hapis cezasına hükmedilen birinin, ailesinin maddi destekten yoksun kalması, aile birlikteliğinin olumsuz etkilenmesi, kendisi ve ailesinin toplumda saygınlıklarını yitirmeleri gibi maddi ve manevi birçok kayıpları söz konusu olabilmektedir (Demirbaş, 2009, s.519).

-Ceza, eşit olmalıdır. Ancak eşitlikten kasıt mutlak manada eşitlik değil; kanun karşısında eşitliktir. Zira mutlak olarak eşitlik, kanunda suça karşılık konulmuş olan cezanın, her fail için aynı şekilde hükmedilmesi ve uygulanması manasına gelir ki bu durumun, cezaların bireyselleştirilmesine engel teşkil ettiği düşünülmektedir. Üstelik bireyselleştirilmeyen cezaların adalet ilkesine yeterince hizmet edemeyeceği görüşü hakimdir (Vidal-Mognol, 1969, s.445 ; Erem, Danışman ve Artuk, 1997, s.696). Cezaların eşit olması prensibinden kastedilmek istenen ise aynı ağırlıktaki suç fiilini, aynı kişisel özellikleri haiz kişilerin, aynı şartlar altında işlemeleri sonucunda alacakları cezanın aynı nitelikte olmasıdır. Öte yandan, cezaların bireyselleştirilmesi neticesinde aynı suçu işleyen bireylerin farklı cezalara maruz bırakılması durumunun da eşitsizlik manasına gelmeyeceği savunulmaktadır (Dönmezer ve Erman, 1981, s.673 ; Centel ve Diğerleri, 2010, s.544).

-Ceza, ahlaki ve insan haysiyetiyle ile bağdaşır nitelikte olmalıdır⁷³ (Mognol, 1946, s.444 ; Artuk ve Diğerleri, 1997, s.697-698). Zira zaman içerisinde teşhir, boyunduruk, dayak gibi vicdanen rahatsızlık veren cezaların, ahlaki olmadığı ve insan onuruna aykırılık teşkil ettiği genel kabul gören bir kaide haline gelmeye ve günümüz gelişmiş ülkelerin hukuk sistemleri dışında kalmaya başlamıştır (Dönmezer ve Erman, 1981, s.690).

-Ceza, bölünebilir olmalıdır. Zira sadece bu niteliği haiz bir cezanın ağırlığının, suçlunun kusurluluğu ve kişisel özellikleri nazarında belirlenebileceği; diğer bir ifade ile kişiselleştirilebileceği düşünülmektedir (Dönmezer ve Erman, 1981, s.690 ; Mognol, 1946, s.445).

⁷³Cezanın bu niteliği Anayasa'nın "...kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya ve işleme... tabi tutulamaz" hükmü ile güvence altına alınmıştır (AY madde 17/3). Ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (madde 5) (Resmî Gazete tarihi: 27.05.1949) ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (madde 3) (Resmî Gazete tarihi: 19.03.1954) de kimse için zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı niteliği haiz ceza verilemeyeceği ilke olarak benimsenmiştir.

-Ceza, sebep olduğu sonuçlar itibariyle tamir edilmesi ve geri alınması mümkün olmalıdır. Söz konusu nitelik, para cezaları bağlamında sağlanabilir iken; adli nitelikli cezalar için mutlak anlamda bir telafi söz konusu olamamaktadır (Demirbaş, 2009, s.520 ; Artuk ve Diğerleri, 1997, s.697). Bir görüşe göre “*hiçbir insan kudreti, haksız yere mahkûm edilen kişinin zindanda veya cezaevinde geçirdiği yılları geri getiremez; fakat ona ancak mali bir tazminat verebilir*” (Aktaran: Dönmezer ve Erman, 1981, s.690). Zira maddi cezanın telafisi faiz uygulamak suretiyle mümkün olabilmekte iken; hapis cezasının telefı etmeye yarayacak bir araç mevcut değildir. Hiçbir aracın hapiste geçen süreyi geri getirebilecek vasfa sahip olamayacağı aşıkardır.

-Cezanın etkisi çok yönlü olmalıdır. Ceza, failin tekrar suça yönelmesini önlediği gibi; toplumdaki diğer fertleri de suç işlemekten alıkoyacak etkiye sahip olmalıdır. Bunun için cezanın korkutucu olma özelliğini de haiz olması gerekmektedir (Mognol, 1946, s.444).

-Cezanın devlete mal olan külfeti mümkün mertebe az olmalıdır. Cezalandırmada güdülen amaç, ceza türlerinin herhangi birisinin tatbiki ile sağlanıyorsa devlet, söz konusu cezalardan kendisine en az külfet getireni tercih etmesi gerekmektedir. Bu durum, ceza türleri arasında daha çok basit suçlar için mümkün olabilmektedir. Bu tür suçlarda, aynı amaca ulaşmayı muktedir kılan para ve hapis cezası söz konusu ise, devlete yüklenen külfet açısından para cezasının tercih edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Zira hürriyeti bağlayıcı cezanın tatbiki, ceza evlerinin işletilmesinde tekel konumunda olan devlet için ciddi ölçüde maliyet teşkil etmesinin yanı sıra; hükümlüye de geri döndürülemez nitelikte zararlar verebilmektedir. Netice itibariyle, para cezası ile cezalandırmadan beklenen faydanın sağlandığı takdirde bu ceza tercih edilmesi gerektiği; hapis cezasına son çare olarak başvurulması gerektiği savunulmaktadır.

Yukarıda açıklanan niteliklerin tamamını ihtiva eden bir cezanın varlığı pek tabii mümkün değildir. Ancak gerek cezalandırmaya dair normları belirleyen kanun koyucuların gerekse cezaya hükmeden yargı organlarının, söz konusu işlemlerini icra ederken bu nitelikleri gözden uzak tutmamaları gerekmektedir.

2. BÖLÜM: LİTERATÜRDE VE İÇTİHATLARDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

2.1. TERMİNOLOJİ

“Ölçülülük” kavramı, Latince kökenli olan ve iki ya da daha fazla öge arasında uygun olan oran anlamına gelen “*pro portio*” kalıbından türemiştir (Panomariovas ve Losis, 2010, s.263). Sözlük anlamı olarak⁷⁴: ölçülü, dengeli olma durumu, ılımlı ve itidal (aşırı olmama durumu, ılımlılık) anlamlarını ifade eden ölçülülük, İngilizcede “*Proportionality*” (Hornby, 2000, s.1059); Almancada “*Mäßigkeit*” (Steurwald, 1988, s.894) şeklinde ifade edilmektedir.

“Ölçülülük ilkesi” kavramı, Alman hukukunda, çoğunlukla “*geniş anlamıyla orantılılık ilkesi*” (“*Verhältnismäßigkeitsprinzip im witeren Sinne*”), “ölçsüzlük yasağı” (“*Übermassverbot*”) ya da “*orantılılık ilkesi*” (“*Verhältnismäßigkeitsprinzip*”) terimleriyle ifade edilmektedir (Atamer, Oder, Oder ve Okutan, 2000, s.762). İlkenin, “*elverişlilik*” (“*Geeignetheit*”), “*gereklilik*” (“*Erforderlichkeit*”) ve “*dar anlamıyla orantılılık*” alt ilkelerinden meydana geldiği genel kabul görmekle birlikte; menşei kabul edilen Alman hukuk sisteminde dahi üzerinde uzlaşma sağlanmış bir terminolojisinden bahsetmek mümkün değildir. Örneğin Lerche, “*Übermassverbot*” kavramını kullanmayı tercih etmiş; ancak söz konusu kavramın kapsamına, “*gereklilik*” ve “*dar anlamla orantılılık*” ilkelerini dahil ederken; “*elverişlilik*” ilkesini hariç tutarak; onu müstakil bir ilke olarak değerlendirmiştir. Krauss genel kabul gören sınırlandırmayı benimserken; Gentz, ilkenin, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” ilkelerinden ibaret olduğunu gerekçe göstererek; “*elverişlilik*” ilkesini bu iki alt ilkeden ayırmıştır. Emiliou, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin (FAAM) elverişlilik, gereklilik ve dar anlamda orantılılık alt ilkelerini, geniş anlamda orantılılık ilkesi altında sınıflandırdığını dile getirirken (Emiliou, 1996, s.25); aynı çıkarımda bulunan Grabitz, karışıklığa mahal verilmemesi amacıyla, orantılılık ilkesi için “*Proportionalität*” kavramının kullanılmasını önermiştir (Aktaran: Sağlam, 1982, s.113).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS/Sözleşme) “*Proportionality*” terimi ile ifade edilen ölçülülük ilkesi (Yüzer, 2014, s.4845), Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarında da aynı kavram ile addedilen bir üst ilke niteliğindedir (Oğurlu, 2002, s.23). Avrupa Birliği Hukuku’nda ise ilke, zaman zaman orantılılık kavramı yerine kullanılmakla birlikte; “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*dar anlamıyla orantılılık*” unsurlarından oluşmaktadır (Atamer ve diğerleri, 2000, s.762). Ancak son alınan kararlarda daha da sık görülmekle beraber; Avrupa

⁷⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5965e4edb42020.20366061 (E.T. 12.07.2017)

İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının çoğunda, ölçülülük ilkesi bir üst ilke; orantılılık ilkesi de onun bir alt ilkesi olarak kullanılmaktadır.

Türk hukuk sisteminde ise Alman hukuk Sistemi'nde "*dar anlamda orantılılık*" olarak ifade edilen ilke, sadece "*orantılılık*" olarak ifade edilirken; bir kısım kaynaklarda aynı ilke için "*dar anlamda ölçülülük*" kavramının kullanıldığı da görülmektedir. Söz konusu münferit durum haricinde, başta Anayasa Mahkemesi kararları olmak üzere gerek içtihatlar gerekse doktrin dikkate alındığında, üst ilke olarak ölçülülük ilkesinin; onun unsurları olarak da elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca Türk hukuk sisteminde benimsenen bu kullanım şekli AİHM ve ABAD kararlarındaki kullanımlarla da benzeşim göstermektedir.

2.2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ÖNEMİ

Yönetim biçimlerinin birbirlerinden taban tabana zıt olmasına ilaveten, vatandaşlarının benimsediği sosyal, kültürel ve inanç değerleri farklılık arz etse dahi, dünya üzerindeki ülkelerin hiçbirinde, hak ve özgürlüklerin sınırsızca kullanılması söz konusu değildir. Her ülke, kendine has özellikler ve değerler çerçevesinde oluşturduğu hukuk sistemi marifetiyle hak ve özgürlüklerin sınırını tespit etmektedir. Özgürlüğün sınırsızlığının ütopyik bir varsayımdan ibaret olduğu kabul edilmekle beraber; kimi ülkelerde bu sınırlamalar çok dar kapsamlı tutulurken; kimisinde ise o denli geniş olur ki sınırlama asıl; özgürlük istisnai hale gelebilmektedir. Bu sebepten, sınırlamanın sınırını teşkil eden ölçülülük ilkesi bilhassa bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklere olan müdahalenin azami sınırını belirleyerek onları koruma altına almaktadır. İlkenin, bir üst norm olarak, genellikle anayasalarda düzenlenmesi de kendisine verilen önemi ortaya koymaktadır (Oğurlu, 2002, s.17).

Kamu hizmeti sunucusu olan idare, başta kolluk olmak üzere, yürüttüğü faaliyetler sebebiyle, egemenlik alanı altında olan kişilerin hak ve özgürlüklerine zorunlu olarak, sehven ya da keyfi sınırlandırmalarda bulunabilmektedir. Ancak niteliği ne olursa olsun, temel hak özgürlüklere getirilen sınırlamaların da sınırının tayin edilmesi beklenmektedir. Ölçülülük ilkesinin hukuk düzeninde yer almasıyla, bu beklentinin de büyük ölçüde karşılandığı düşünülmektedir. Öyle ki ölçülülük ilkesinin, demokratik devleti totaliter devletten ayıran başat kıstasların biri olduğu kanaati hakimdir (Oğurlu, 2002, s.17).

2.3. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DAYANAKLARI

Ölçülülük ilkesinin dayanaklarına iki başlık altında değinilmiştir. Öncelikle ilkenin, toplum tarafından kabul görüp; benimsenmeye başlandığı ve hukuki bir norm halini almazdan evvel dahi ahlaki bir kural ve toplumsal bir kaide olarak kabul edildiği döneme kadar uzanan “ölçülülük ilkesinin felsefi dayanakları” kısmına; daha sonra ilkenin hukuk alemine sirayet ettiği ve gelişim gösterdiği aşamaların açıklandığı “ölçülülük ilkesinin hukuki dayanakları” bölümüne yer verilmiştir.

2.3.1. Ölçülülük İlkesinin Felsefi Dayanakları

Hayatın pek çok alanına sirayet eden ölçülülük ilkesi, ilkçağ düşünürlerinin eserlerinin de başat konularından birisini oluşturmuştur. Zira insan, yaradılışı itibariyle maddi ve manevi ihtiyaçları haiz olan bir canlıdır. Söz konusu ihtiyaçlarını karşılarken de sıhhat ve mutluluğu için bedeni ve ruhi haddine ve ihtiyacının şiddetine uygun hareket etmek; diğer bir ifade ile ölçülü davranmak zorundadır. Bu hususta Aristoteles, Nikomakhos’a Etik adlı eserinde, aşırılık ile eksiklik arasında “*orta olma*” olarak tabir ettiği ve övgüye şayan olarak nitelediği bir tutumdan bahsetmiş ve aşırılıkla eksikliğin kötülüğü; orta olmanın ise erdeme özgü olduğunu dile getirmiştir. Ayrıca söz konusu durumu birçok şekilde örneklendirmiştir. Şöyle ki, aşırı ve eksik yapılan beden eğitiminin gücü yıprattığını söyleyen Aristoteles; hayada aşırıya kaçanın utangaç, eksiklik gösterenin ise yüz­süz olarak nitelendirileceğini ancak, bahsi geçen tutumların ortasında olabilenin, utanmayı bildiğini belirterek bu niteliğinin övgüye layık olduğunu da dile getirmiştir (Babür, 2005, 31-40). Ayrıca Aristoteles, ticaret ile spekülâtif hareketlerden istifade etme çabalarının, insanı ölçülü davranmaktan alıkoyduğunu ve bu yollarla ulaşılan zenginliklerin gayri meşru olduğunu savunmaktadır (Göze, 1982, s.59-60). Aristoteles’e göre toplumu meydana getiren tüm bireylerin “*oranlı bir eşitlik*” ile hayatlarını sürdürmeleri gerekmektedir (Aktaran: Oğurlu, 2002, s.19).

Aristoteles’in spontane nitelikte oluşan bir düşüncesinin ürünü olan ölçülülük ilkesi, bir anda ortaya çıkıp; hızla yayılarak, zamanın adaletsiz ve zalim hukuk anlayışı altında ezilen zihinlere ve kanayan vicdanlara merhem olmuştur. Tarihsel süreç boyunca Aristoteles’in ölçülülüğe dair düşüncesi evrilip, damıtılıp; değişikliğe uğrasa da temel prensipleri bugünün çağdaş hukuk anlayışının dahi yadsınamaz unsurları arasında olduğu kanaati hakimdir” (Engle, 2012, s.2). Aristoteles’e göre ölçülülük ilkesinin incelenmesi, adalete ulaşmada doğru yöne sevki sağlayan yegâne etmenlerdendir (Engle, 2012, s.4).

Cicero, Aristoteles’in ortaya koyduğu ölçülülük ilkesini keskin hatlarla özetleyip; somutlaştırarak pozitif hukukta yerini almasını sağlamıştır. Cicero’nun yaptığı somutlaştırma daha sonra Aquinas

tarafından biraz daha rafine edilmiştir. Aquinas’a göre bazı koşulların varlığında, adaletin sağlanması için zor kullanmak kaçınılmazdır. Ancak zor kullanmanın da aşırıya kaçmaması; ölçülü olunması ve zoru kullananın bu yetkiyi yasadan almış olması gerekmektedir. Meşru müdafaada da ölçülülüğün esas olması gerektiğini savunan Aquinas’ın bu düşüncesi, Greitos tarafından hukukun genel prensibi olarak kabul edilmiştir. Söz konusu prensip, ilgili dönemde, bireylerin karşılıklı ilişkilerinde kullanılmakla kalmayıp; ülkeler arası ilişkilere de tatbik edilmiştir (Engle, 2012, s.5).

Pythagoras, bireylerin mutluluğu yakalayabilmeleri için kendilerini, aşırı davranmaktan menederek; ölçülü davranmaya sevk etmelerini öğütlerken (Aktaran: Oğurlu, 2002, s.20); sofist filozofların önde gelen isimlerinden olan Protagoras, bilhassa siyasette ölçülü davranmaya vurgu yapmıştır (Göze, 1982, s.14). Yaşamın gayesini mutluluk olarak tanımlayan Sokrates ise, söz konusu amacın da ancak, kendisini bilen; kendisi ile uyum içinde bulunan, ne ile mutluluk olacağını ve neyden elem duyacağını bilincinde olan bireylerin, ölçülü davranarak ve iradesine sahip çıkarak gerçekleştirebileceğini dile getirmektedir (Göze, 1982, s.19).

Hazzı bedensel olarak acı çekmemek ve ruhsal olarak da huzursuzluk duymamak olarak tanımlayan Epiküros, gereksiz zevk ve korkularından arınan insanın özgür olacağını bunun da ancak ölçülü bir yaşam sürerek elde edileceğini savunmaktadır. Zira ona göre ölçü, tüm erdemlere kaynaklık etmektedir. Ölçü, insana doğru, akıllı ve iffetli yaşamadıkça mutlu olmanın; mutlu olmadıkça doğru, akıllı ve iffetli yaşamının imkânsız olduğunu öğretmektedir. Tüm bunlardan yola çıkarak Epiküros, siyasal ve sosyal görüşlerini ölçülü olma ve mutluluk üzerine temellendirmiş (Epikür, 1962, s.38) ve her şeyin başında gelen ve insanın en büyük zenginliği olarak tabir ettiği ölçülü olmayı, bilge kişilerle bilge olmayanları ayırt etmeye yarayan bir kıstas olduğunu savunmuştur. Ona göre ölçülü kişi, kendi kendine yeten, mal mülk hevesinde olmayan ve insanlar arasında ilah gibi yaşayan kişidir (Epikür, 1962, s.39).

Farabi ise insanın aşırılıktan ve noksanlıktan uzak bir yaşam sürdürmesini tavsiye etmiş ve bu türden bir hayata da ancak, davranışların “*ifrat ve tefrit*” olarak nitelendirdiği iki uç noktanın uzağında sergilenmesi sonucu erişilebileceğini dile getirmiştir. Örneğin Farabi’ye göre: yiğitlik, ödlelikle agresiflik arası; benzer şekilde, cömertlik de cimrilik ve müsriflik arasında nitelendirilecek erdemli bir davranıştır. Ölçülülük ise birbirlerine taban tabana zıt olan bu iki türden davranışların birbirlerine en uzak noktada dengelenmesi sonucu ulaşılan bir değerdir⁷⁵.

⁷⁵Farabi’nin Ahlak Felsefesi. (t.y.). Erişim: 14 Kasım 2017, <http://sunar.canalblog.com/archives/2016/07/30/34135415.html>

Montesquieu, aristokrasiye dair düşüncelerinde, azınlığın çoğunluğu ezmemesi için olmazsa olmaz ilkelerden birinin ölçülü davranma ilkesi olduğunu belirtmiştir. Zira Montesquieu'a göre: aristokraside ölçülü davranma, kanunlara saygılı olmayı gerekli kılan ve demokrasideki eşitlik ilkesinin yerini alan bir ilkedir. Ayrıca Montesquieu aristokrasiyi, monarşiye yaklaştığı derece kötü; demokrasiye yaklaştığı derecede iyi bir yönetim biçimi olarak nitelendirerek; yönetimi elinde tutan soylu sınıfı, keyfi davranmaktan alıkoyan ölçülü davranma ilkesinin mevcudiyetinin, toplumu demokrasiye yaklaştıran temel ilke olan siyasi erdeme ulaştırabilecek etkin bir anahtar olduğu görüşündedir (Göze, 1982, s.213-214). Jean-Jacques Rousseau ise aristokrasiye dayalı yönetimlerde, varlıklı kişilerin ölçülü davranmasını; fakirlerin ise aza kanaat etmeleri gerektiğini vurgulamaktadır (Göze, 1982, s.247).

2.3.2. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Dayanakları

Anayasalar, temel hak ve özgürlüklerin muhafazasına adanan hukuki metinler olarak nitelendirilmektedir. Zira Anayasa, devletin kendisini bir değer olarak dikkate almamakta; bilakis devlet, vatandaşlarının özgürlüğünü güvence altına almak suretiyle değer kazanmaktadır. Ölçülülük ilkesi de bireyin temel hak ve özgürlüklerinin gereğinden fazla sınırlanmasına mâni olmaya yarayan; hukuk devletinin temel prensiplerinden birisini teşkil etmektedir (Emiliou, 1996, s.41).

Ölçülülük ilkesinin hukuki dayanakları açısından çeşitli görüşler mevcut olsa da bu görüşlerden en belirgin olanı Anayasa⁷⁶ ile güvence altına alınmış olan **hukuk devleti ilkesi**dir. Buna göre, ölçülülük ilkesinin hukuk devletinin kaçınılmaz sonucu olduğu düşünülmekte ve hukuk devleti ilkesinin ölçülülük ilkesinin yaygın geçerliliğini açıklayan en uygun pozitif dayanak olduğu iddia edilmektedir (Sağlam, 1982, s.117-118). FAAM bir ilamında: aşırılık yasağı ve ölçülülük ilkelerinin, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olduğu; bu sebepten anayasal nitelik teşkil ettiği ve haliyle devletin tüm faaliyet ve fonksiyonlarının icrasında dikkate alması gereken temel kurallar olduğunu belirtmiştir (Aktaran: Rumpf, 1993, s.34).

Ölçülülük ilkesinin modern anlamdaki kökeninin Alman hukuk sistemine (19. yy) dayandığı düşünülmektedir. İlke, ilk olarak o zamanki adıyla Prusya Yüksek İdare Mahkemesi'nin polis hukuku alanında verdiği kararlarda görülmüştür. Söz konusu mahkeme, ölçülülüğe dair ilk kararını 1882'de vermiş ve bu karar, ilkenin modern anlamdaki doğuşunun ilk filizi olarak kabul edilmiştir. Zira ilgili davada mahkeme, polisin aldığı önlemlerin, bu önlemlerle ulaşılması hedeflenen gayeye nispetle orantılı olup olmadığını değerlendirme yoluna gitmiş; değerlendirme

⁷⁶ 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. (1982). *T. C. Resmi Gazete, 17863 (Mükerrer)*, 9 Kasım 1982.

neticesinde: polis tarafından alınan tedbirlerin kamu düzeninin korunması için zorunlu olduğunun kabulü yanında, haddi aşar nitelikte önlemlerin polisin görev tanımı içinde kabul edilemeyeceği kanaatine varılmıştır (Schwarze, 2006, s.685-686; Emiliou, 1996, s.23). Amaca ulaşmada kullanılacak aracın gerekliliğine vurgu yapan bu karar, mahkemelerce ilke olarak (gereklilik ilkesi) kabul edilmiş ve yıllar boyu geliştirilen içtihatlar marifetiyle daha belirgin bir hal almıştır. Ölçülülük ilkesi unsurlarından birini teşkil eden ve gerek idare gerekse polis hukukunca kabul gören gereklilik ilkesine ek olarak, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde orantılılık (dar anlamda ölçülülük) ilkesi de benimsenmiş ve gelişim göstermiştir (Schwarze, 2006, s. 686).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında, ölçülülük ilkesinin, hukuk devleti ilkesinin sonucu olduğu anlaşılmaktadır (Aktaran: Singh, 2010, s.161). Öyle ki, Alman hukuk sisteminde, ölçülülük ilkesinin uygulama alanı idare ve polis hukukundan ibaret kalmamış; ilke, zaman içerisinde yazılı olmayan anayasal bir prensip haline gelerek yasama organı için de kıstas teşkil eder hale gelmiştir. Haliyle, bir yasanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile FAAM’de iptal konusu olmaması için ilkeye aykırılık teşkil etmemesi ya da söz konusu ilke ile eşit veyahut ondan üstün bir başka anayasal ilkeye dayanması gerekir olmuştur (Schwarze, 2006, s.689 ; Emiliou, 1996, s.24).

Eşitlik ilkesi ve dağıtıcı adalet ilkelerinin de bünyelerinde, ölçülülük ilkesini barındıran hukuki dayanakların olduğu ileri sürülmektedir. Hatta adalet ve insan haysiyetine yaraşır hayat sürmeye dair anayasal ilkeler de ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilmekte ve haliyle ilkeye anayasal dayanak teşkil ettiğine kanaat getirilmektedir (Rumpf, 1993, s.44-45). Netice itibariyle, ölçülülük ilkesinin doğrudan ya da dolaylı olarak, bir şekilde hukukunun genel ilkelerince ihtiva edilmesi; onun pozitif dayanağı olmasa dahi hukuken uygulanabilecek bir ilke niteliğine büründürmüştür.

Ölçülülük ilkesinin bir diğer hukuki dayanağının, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunma yasağı ilkesince oluşturulduğu düşünülmektedir. Zira söz konusu ilke, kamu yararı mevcudiyeti olsa dahi hangi hal ve şartlarda; ne ölçüde devletin, vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerine müdahale edebileceğini düzenlemektedir (Oğurlu, 2002, s.25).

Sonuç olarak, Alman Anayasası’nda gerek ölçülülük ilkesinin kendisinden gerekse alt ilkelerinden açıkça bahsedilmemiş olsa dahi ilke, yazılı olmayan bir anayasal prensip haline almıştır (Aktaran: Atakan, 2006, s.88). Ancak, Alman Anayasası’nın hukuk devleti ilkesine sadece 28. maddesinde yer vermesi ve ilgili düzenlemenin belirsiz niteliği haiz olması, ölçülülük ilkesinin gerekçelendirilmesinin zorlaştırdığına dair görüşlerin de doğmasına sebep olmuştur (Aktaran: Metin, 2002, s.138).

Ölçülülük ilkesinin, 2001 yılında yapılan değişiklik sonucu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na girmesiyle⁷⁷; Türk hukuk sistemi açısından, yasal dayanağı somut bir şekilde ortaya konulmuştur. Değişiklik öncesi dönemde de ilke, fiili olarak Anayasa Yargısınca uygulanmış; haliyle ilke ile ilgili ilk kararlar Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir. Her ne kadar ilkenin Anayasa'da yer alması, anayasal olarak temel haklar rejimi meydana getirirse de temel hak ve özgürlüklerin güvencesini iç hukuk siteminde daha belirgin kılabilmek için benzer düzenlemelerin ilgili kanunlar nezdinde de yapılarak; kanuni açıdan da temel haklar rejiminin oluşturulması gerektiği düşünülmektedir (Bilgen, 1996, s.52)⁷⁸. Zira söz konusu düzenlemeler temel hak ve özgürlüklerin nasıl kullanılacağını belirteceğinden, bireye ilave koruma sağlayacaktır. Ölçülülük ilkesini gözetmesi beklenen kurum, öncelikle yasama organı olsa da yürüttüğü faaliyetlerle bireyi sürekli etki altına alabilen idarenin de kendisine gelen gerek idari gerekse adli davaları çözüme kavuşturmakla mükellef olan yargının da ölçülülük ilkesine dair esaslara riayet etmesi gerekmektedir (Tanör, 1990, s.253).

2.4. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TANIMI

Literatürde ve ilamlarda ölçülülük ilkesine dair birçok tanıma rastlanmaktadır. Söz konusu tanımlar, kapsam itibarıyla farklılık arz etse de niteliksel olarak ilkenin temel esaslarına sıkı sıkıya bağlıdır. Örneğin Engle'nin tanımına göre ölçülülük ilkesi: hukuki kuralların, hoş karşılanacak derecede makul olmasının yanında, temel insan haklarını haksız yere ihmal etmeyecek nitelikleri haiz olma durumudur (Engle, 2012, s.1).

Özbudun, ölçülülük ilkesini: bir özgürlüğe veya hakka getirilen sınırlandırmada kullanılan aracın, sınırlandırma ile elde edilmesi arzulanan amacı gerçekleştirmede elverişli olması; amaca ulaşmada gerekli olması ve araç ile amaç arasında makul bir oranın bulunması olarak tanımlanmaktadır (Özbudun, 2011, s.114). Görüldüğü üzere, ölçülülük ilkesinden bahsedilebilmesi için, sınırlandırma kullanılacak olan aracın elverişli, zorunlu ve gerekli olması aranırken; sınırlandırmayla hedeflenen gaye ile sınırlandırma aracının da tenasüp içerisinde olması beklenmektedir. Bu hususta, İsviçreli hukukçu Fritz Fleiner ölçülülük ilkesine dair açıklamalarında “*serçelerin topla vurulmaması*” şeklindeki tabiri (Aktaran: Kanadoğlu, 2002, s.164-165); Fransız hukukçu Guy Braibant da “*sineğin çekiçle ezilmemesi*” biçimindeki bir benzetmeyi kullanarak, dikkate değer bir vurguyla; araç ile amaç arasında aranan tenasübü çarpıcı bir şekilde ön plana çıkarmışlardır (Aktaran: Metin, 2001, s.20). Söz konusu tenasübü: “*hafif*

⁷⁷ 4709 sayılı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (2001) T. C. Resmi Gazete, 24556, 17 Ekim 2001.

⁷⁸ Temel hak ve özgürlüklerin iç hukuk sisteminde güvence altına alınmasının olmazsa olmaz bir diğer koşulu da yargısal güvence sağlanması ve bu güvencenin Anayasa'da belirtilmesidir.

sinek sıklet boksöre ağır sıklet rakip tayin edilmemesi” şeklinde teşbih etmek suretiyle de amaç ile araç arasında olması gereken dengeye dikkat çekmek mümkündür.

Atar ise ölçülülük ilkesini: kamu gücünün gereğinden fazla ve hadsiz bir biçimde kullanılmasına mâni olmak suretiyle, temel hak ve özgürlükleri korumayı amaç edinen sınırlama ilkesi olarak tanımlamıştır (Atar, 2009, s.128).

Ölçülülük ilkesini: bir temel hak ya da hürriyeti sınırlama amacı ile sınırlamada kullanılacak araç/araçlar arasındaki ilişkinin uygunluğunun denetiminde kullanılan anayasal ölçüt biçiminde tanımlamak da mümkündür. Bu ölçüte göre, özlerine dokunulmaksızın, bir temel hak ya da hürriyete getirilecek sınırlamaların Anayasa’da belirtilen sebeplere bağlı ve kanun marifetiyle gerçekleştirilmesi kâfi gelmemekte; ölçülülük ilkesine de uygun olması gerekmektedir. İlke denetimi yapılırken de sınırlamada kullanılacak yasal aracın/araçların sınırlama ile hedeflenen amacı gerçekleştirmede elverişli ve sınırlama aracının amaca erişmede gerekli olup olmadığının yanında; amaç ile araç arasında uygun bir oranın mevcudiyetinin varlığı da irdelenmektedir. Söz konusu üç unsuru karşılayan araç, ölçülülük ilkesi bağlamında Anayasa’ya uygunluk teşkil ederken; aksi durumlar Anayasa Mahkemesi nezdinde iptale konu olabilmektedir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında: alınan tedbirlerin, hedeflenen gaye ulaşmak için gerekli ve elverişli olmasının yanı sıra; ilgili kişilere aşırı yük getirmemesini ve nihayetinde onlar üzerinde makul bir etki bırakması gerektiğini vurgulayarak bir nevi ölçülülük ilkesini tanımlamıştır (Aktaran: Schwarze, 2006, s.686-687).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin kararında da olduğu gibi, bazı mahkeme kararlarında ve bir kısım yazarların görüşlerinde, makul olma kavramı ile ölçülülük prensibi arasında yakın ilişki kurulmuştur. Örneğin, Erhesen, kamu marifetiyle alınan bir tedbirin, kişiye yüklediği külfetin makul sınırlarda olduğu müddetçe ölçülü olarak nitelendirilebileceğini kabul ederken; Betterman, ölçülülük prensibini, makul olmayan külfetlerin sınırlandırılması şeklinde açıklamaktadır⁷⁹. Konu ile ilgili bir dava da ise Alman Federal Temyiz Mahkemesi, kendisine başvuranın, ödeyemediği 500 Mark değerindeki borcu için ipotek edilmiş olan arazisinin 60 bin Mark değere sahip olan kısmının icra yoluyla satışa çıkarılmasına dair kararı, ilgiliye makul olmayan bir külfet yükleyeceği gerekçesine dayanarak bozmuştur. FAAM de vergi danışmanları ile vergi acenteleri arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen yasayı konu eden bir davada, itiraza konu edilen sınırlayıcı nitelikteki düzenlemelerin, başvuranın mesleki faaliyetleri üzerinde makul olmayacak derece

⁷⁹Lücke, Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit (1974) DÜV 769, (Aktaran: Emiliou, 1996, s.37).

etkide bulunduğu, bu sebeple de ölçölölük ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönünde karar vermiştir (Aktaran: Emiliou, 1996, s.37-39).

Emiliou, mahkeme kararları ve doktrin görüşleri doğrultusunda, makullük kavramının ölçölölük ilkesi ile özdeş ya da söz konusu ilkeyi ikame edebilecek nitelikte olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca Emiliou, ölçölölük ilkesinin uygulanabilmesi için araç (tedbir/yöntem) ve araç ile ulaşılması hedeflenen amaç olmak üzere iki değişkenin varlığının gerekli olduğunu düşünmektedir. Emiliou'ya göre bu değişkenler elverişlilik, gereklilik, orantılılık alt ilkeleri altında belirlenen belli bir ilişki içindedirler. Haliyle ölçölölük ilkesinin varlığı ancak, amaç-arac ilişkisinin mukayesesini mümkün durumların davaya konu edilmesi hallerinde irdelenebilecektir (Emiliou, 1996, s.39).

Kanada Yüksek Mahkemesi de bir kararında, ölçölölük ilkesine dair tanımlara yol gösterir nitelikte birtakım hükümlerde bulunmuştur. Söz konusu kararda, ulaşmak istenen amacın gerçekleşmesi için alınan önlemlerin keyfiyetten uzak, haklı bir temele dayalı ve özenle tasarlanmış nitelikte olmasına vurgu yapılmış; bunun yanında alınan önlemler ile hedeflenen gaye arasında tenasüplük ilişkisinin zorunluluğu dile getirilmiş ve sınırlama araçlarından, temel hak ve özgürlükler üzerinde en az kısıtlama getirenin tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁰.

İdare Hukuku temelli yapılan bir tanımda ise ölçölölük ilkesi: idarenin, idari işlemiyle hedeflediği sonuçlara ulaşmak için kullanacağı araçların ve sarf edeceği imkanların, makul nispette tayin etmesidir (Erkut, 1996, s.108). İdare Hukuku çerçevesinde yapılan bir diğer tanıma göre ise ölçölölük ilkesi: idarenin, hukuka uygun olan amacına ulaşmak maksadıyla alınacak önlemler arasından mümkün olduğunca en az şiddetli olanını tercih etmesidir. Böylece idarenin, icra ettiği idari işlem ile bu işlemin icrası için kullandığı sınırlama aracının dengeli olması; diğer bir ifade ile idarenin idari işlemlerini ölçölölük ilkesi çerçevesinde uygulaması istenmektedir (Aktaran: Oğurlu, 2002, s.21). Zira kamu düzenini bozucu nitelik taşıyan durumların bertaraf edilmesi için temel hak ve özgürlükler üzerinde haddinden fazla sınırlandırılmalarda bulunuyorsa, söz konusu sınırlandırmaya vesile olan idari işlemin ölçüsüz olduğuna kanaat getirilmektedir (Erkut, 1996, s.108).

Çalışmanın önceki bölümlerinde de belirtildiği haliyle, ölçölölük ilkesinin kökeni, felsefi olarak çok eskilere dayansa da modern anlamdaki doğuşu 19. yüzyıl Alman hukuk sistemi içerisinde, Prusya Yüksek İdare Mahkemesi'nin polis hukuku alanında verdiği hükümlere dayanmaktadır.

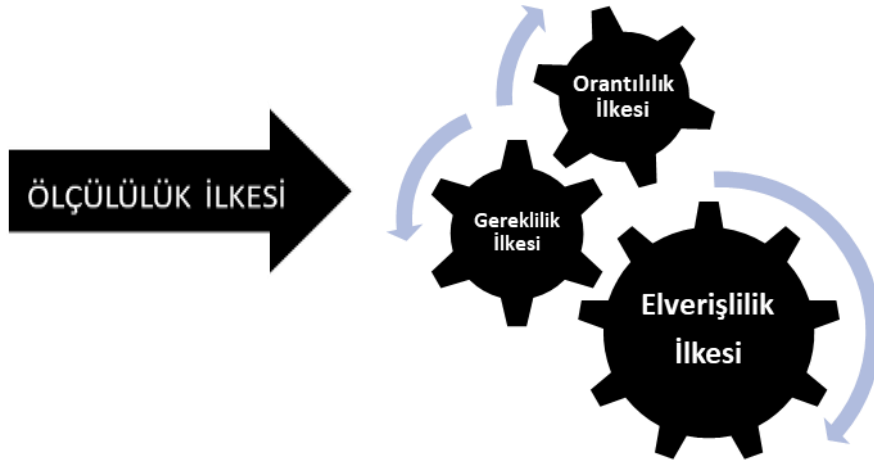
⁸⁰<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/117/1/document.do> Erişim Tarihi:04/04/2016

İlkenin klasik uygulama alanı İdare Hukuku olsa da Anayasa Yargısının kurulması ile Anayasa Hukuku'nda da uygulanmaya başlanmış ve bugün, bütün hukuk alemine sirayet etmiştir.

Bu çalışmada, günümüzde Avrupa hukuk sisteminin tamamına egemen olan ölçülülük ilkesiyle ilgili bütün açıklamalar, tanımı ile ilgili bölümde de olduğu üzere, bir nevi menşei olan Alman hukuk sistemi bağlamında yapılmış; Türk hukuk sistemine ve lüzum görüldüğü durumlarda diğer ülkelere dair hususlar ayrıca belirtilmiştir.

2.5. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UNSURLARI (ALT İLKELERİ)

Ölçülülük ilkesinin bugünkü anlamda evrensel bir hukuk normu halini alması, ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, nispeten uzun sayılacak bir süreye dayanmaktadır. İlke, gelişiminin ilk safhalarında idarenin, güdülen bir amaca ulaşmada elverişli olan araçlardan en elverişli olanının tercih etmesi manasındaydı. Ancak hemen belirtmek gerekir ki en elverişli araç, aynı zamanda ilgili bireye en az külfet yükleyen araç manasına da gelmemekteydi. Bundan dolayı zaman içerisinde mahkemelerce yeni bir ilke daha benimsenmiştir. Söz konusu ilkeye göre: amaca ulaşmada aynı derece etkiye sahip birden fazla ve elverişli araç arasından, bireye en az külfet yükleyeninin uygulanması gerekli kılınmıştır. Ölçülülük ilkesini oluşturacak üçüncü ve son unsur ise bireyin hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalenin; elde edilmek istenen netice göre orantısız olamaması; diğer bir ifade ile orantılı olmasıdır. Orantılılık olarak nitelendirilen ve İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde geliştirilmiş bu ilkeye, dar anlamda ölçülülük ilkesi de denilmiş ve en nihayetinde bu ilkeler, ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesini meydana getirmiştir. Netice itibariyle; belirlenen amaca ulaşmada tatbik edilecek olan aracın (önlemin/tedbirin/yöntemin) elverişli ve gerekli olmasının yanında, tatbik edilen birey üzerindeki etkisiyle ulaşılmak istenen amaç arasında da makul bir oranın gözetilmiş olması da gerekmektedir (Singh, 2010, s.160-161).



Şekil 1. Ölçülülük İlkesinin İşleyişi

Yukarıda betimlendiği haliyle, ölçülülük ilkesi: *elverişlilik ilkesi*, *gereklilik ilkesi* ve *orantılılık ilkesi* olmak üzere birbirini tamamlayan üç unsurdan (alt ilkeden) meydana gelmektedir (Gerven, 199, s.44 ; Xiuli, 2016, s.234). Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesince alınan bir karar, ilkenin Türk yargısınca da benimsendiğini ortaya koyarken; alt ilkelerinin neler olduğunu da belirtmektedir. Söz konusu karar: “...itiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili ‘ölçülülük ilkesinin’ alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen ‘orantılılık’ ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenle yerinde bulunmamıştır” şeklindedir⁸¹. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında da belirtildiği gibi ölçülülük ilkesi, *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri birbirleriyle bağlantılı ve birbirlerini tamamlar niteliktedirler. Haliyle yapılan bir düzenlemenin hukuken geçerli sayılması, diğer bir ifade ile iptale konu olmaması söz konusu düzenlemenin, ölçülülük ilkesinin her bir alt ilkesini ayrı ayrı tatmin etmesi ile mümkün olabilmektedir (Singh, 2010, s.163). Çalışmanın devamında bahsi geçen alt ilkeler detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

⁸¹ AYM. 23.06.1989 gün, E.1988/50, K.1988/27, RG.20302, 4.10.1989.

2.5.1. Elverişlilik İlkesi

Elverişlilik ilkesi, alınan sınırlayıcı nitelikteki tedbirin, hedeflenen meşru amaç için uygun olması ya da amaca ulaşmaya katkı sağlayıcı özellikleri taşımasıdır (Xiuli, 2006, s.234). Zira söz konusu tedbir, amaca ulaşmada etkisiz kalıyor ya da amaca ulaşmayı güçleştiriyorsa elverişsiz olarak nitelendirilirken (Metin, 2002, s.26); tedbirin hedefi bütünüyle gerçekleştirmeye yetmemesine rağmen kısmen gerçekleştirmeye katkı sağlıyor olması elverişli sayılması için yeterli görülmektedir (Xilui, 2007, s.636-637).

Elverişlilik ilkesinde dikkate alınan husus, amaç ve araç arasındaki ilişkidir. Diğer bir ifade ile uygulanmasına karar kılınan aracın, hedeflenen amacın gerçekleştirilmesi hususundaki uygunluğudur. Ancak yasama organının, yaptığı düzenleme ile hedeflediği amaç/amaçlar her zaman net olmayabilir. Bu tür durumların varlığında dahi elverişlilik ilkesinin denetiminde, Anayasa'ya uygun bir amacın tespitinin zorunlu olması, ilke denetimini zora sokmaktadır. Elverişlilik ilkesinin uygulanmasını zorlaştıran bir diğer husus ise amaca ulaşmada kullanılan aracın elverişsiz ya da elverişli olarak nitelendirilmesinin kesin bir ölçütünün olmamasıdır. Ayrıca, kanun koyucu marifetiyle alınan bir tedbirin, yasalaşma amacının henüz gerçekleşmemiş olması söz konusu tedbirin Anayasa'ya aykırı olduğu anlamına da gelmemektedir. Zira alınan tedbirin, alınma amacını derhal sağlaması beklenmemekle beraber; yasa koyucuya, geleceğe dair öngörülemeyen gelişmeleri de dikkate alarak, hata yapma payı tanınması gerektiği de düşünülmektedir. Bununla birlikte, alınan önlemin, amaca ulaşmada elverişsiz olduğu aşikâr nitelikte ise Anayasa'ya aykırılığının da pek tabii ileri sürülebileceği kanaati hakimdir. Ancak bir önleme aracının elverişli olup olmadığına dair verilen kararın varsayımdan ibaret olmasının kaçınılmazlığı, kanun koyucunun yanılmasını olağan kılmakla beraber; yapılan düzenlemenin geçerlilik süresinin uzun oluşu da yanılma derecesini arttırmaktadır (Metin, 2002, s.27-28).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, uzun yol seferi yapan araçlara özgü vergi getirilmesine ilişkin yasanın, iptal edilmesi talebi ile ilgili kararında: söz konusu yasanın ihdası ile vereceği karar arasında aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığına kanaatine varılabilecek kadar makul bir sürenin geçmediği gerekçesiyle, iptal talebini reddetmiştir (Aktaran; Metin, 2002, s.28).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi de daha önce belirtilen görüşlere uygun olarak; uygulanmasına karar verilen aracın, güdülen amacı kısmen sağlamasını elverişlilik ilkesi bağlamında yeterli bulmaktadır (Sağlam, 1982, s.114). Yukarıda da bahsedildiği üzere, araç ile ulaşılmak istenen sonuca yaklaşılabiliyorsa elverişlilik ilkesinin sağlandığı kabul edilmektedir.

Kanun koyucu tarafından alınan tedbirin, diğer bir ifade ile uygulanan önleme aracının, kendisinden beklenen amacı tamamen ya da kısmen yerine getirip getiremeyeceğinin, kısaca elverişli olup olmayacağının tespiti genellikle zorluk teşkil etmektedir. Bu sebepten, alınan tedbirlerin elverişliliğine kanaat getirecek olan hakimlerin de kanun koyucunun içinde bulunacağı bu muhtemel durumu dikkate almaları gerektiği düşünülmektedir. Bu hususta, bilhassa kanun koyucunun, ilgili dönemdeki, önleme aracını yasalaştırma konusundaki iradesinin tespitinin büyük önem arz ettiği düşünülmektedir (Metin, 2002, s.29).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi de elverişlilik ilkesinin denetimini kanun koyucu ile hemhal olmaya çalışarak gerçekleştirmeye çalışmış ve bu hususta çekimser bir tavır sergilemiştir. Zira kanun koyucu tarafından alınan tedbirin, gelecekteki etkilerinin tespitinin zorluğu ve millet iradesinin temsilcisi olan kanun koyucunun kararına duyulan saygı, FAAM'nin böyle bir tutum sergilemesine neden olmuştur. Netice itibariyle FAAM, kanun koyucuya gelişmelerin seyri hususunda hata yapma payı öngörmüş; yalnızca hatalı varsayıma dayanarak alınan tedbirlerin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceğini belirterek elverişliliği karine olarak kabul ettiğini ortaya koymuştur. Ancak FAAM, kanun koyucunun aldığı tedbirin yasalaştığı anda ya da yasalaştığı andaki şartlar dikkate alındığında elverişsiz olduğuna kesin kanaat getiriliyor ve somut deliller ile ispat ediliyorsa elverişsiz olduğu yönünde kanaat bildirerek ilgili tedbirin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilebilmektedir (Metin, 2002, s.29).

Örneğin, FAAM, şehirlerarası yolculuk yapacak olan hususi araç sahibiyle, aynı güzergahta yolculuk yapacak olan kişinin/kişilerin yol masrafına katılmak suretiyle ulaşım ihtiyacını gidermesine aracılık eden şirketlerin “*trafik güvenliği*” ve “*birlikte seyahat eden kişilerin korunması*” gibi maksatlarla faaliyetlerine son verilmesi ile ilgili yasa hükmünü, bahsi geçen amaçların gerçekleştirilmesi hususunda elverişsiz bularak iptal etmiştir (Aktaran; Emiliou, 1996, s.26). Bir başka örnekte ise FAAM, tüketicilerin korunması amacıyla perakende ürün ticareti yapanlar için ticarete konu ettikleri her ürün ile ilgili uzmanlık belgesi aranacağına dair düzenlemeyi amaca ulaşmada elverişsiz olduğu gerekçesi ile başından itibaren hükümsüz kılmıştır (Aktaran; Metin, 2002, s.29).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun, şahin, doğan, atmaca gibi eğitilmiş avcı kuşlarla yapılan avcılıkla, avlanabilir kuş türlerinin varlığını korumak ve avcı kuşların uygun olmayan yerlerde eğitilmesinin önüne geçmek amacıyla Federal Av Kanunu'na getirilen ve eğitilmiş şahin veya doğan ile yapılacak avlar için av belgesi verilmesini, silah tekniği ve silah hukuku ile ilgili gerekli bilgilere sahip olunduğunun ispat edilmesi şartına bağlayan hükümleri

içeren düzenlemeyi amaca ulaşmak bakımında elverişsiz bularak geçersiz kılmıştır⁸². Zira mahkeme, eğitilmiş yırtıcı kuş ile yapılan avlanmada, ateşli silah kullanılmadığından, amaca ulaşmak gayesiyle silah tekniği ve silah hukuku bilgisinin ispatını elverişlilik ilkesine aykırı bulmuştur (Atakan, 2006, s.50).

Elverişli olmadığı zamanla anlaşılacak bir önleme aracı hakkında ise ne türden bir karar verileceği net değildir. FAAM konuya dair bir kararında: yasalaşan düzenlemenin, somut bir olaya tatbikinden önce hatalı bir varsayıma dayanması durumunda, diğer bir ifade ile yasa koyucunun yanlış bir öngöründe bulunduğu anlaşılması halinde, ölçülülük ilkesi gereği anayasaya aykırılığın söz konusu olacağına hükmetmiştir. Ayrıca FAAM, bu durumda kanun koyucuya, güncel bilgiler ışığında ilgili düzenlemeyi değiştirme ya da topyekûn kaldırma seçeneğinin tanınması gerektiği görüşünü iletmış ve yapılan düzenlemenin amaca ulaşma bağlamında bugün ve gelecekte elverişsiz olduğunun tespiti ex ante olarak gerçekleşmişse iptale konu edilebileceğini belirtmiştir (Aktaran: Metin, 2002, s.30).

Yukarıda bahsi geçen görüş eleştiri konusu olmuştur. Grabitz, bu türden bir görüşün Anayasa Hukuku bağlamında kabul görmesinin mümkün olmadığını; kanunların yalnızca yapılış aşamasında değil, zaman içindeki uygulanış aşamasında da üstün norm olan anayasalara uygun olmasının zorunlu olduğunu, anayasa mahkemelerinin de kararlarını bu yönde vermesi gerektiğini iddia etmiştir (Aktaran: Metin 2002, s.30). Zira kanun koyucunun, anayasaya bağlılığının, bir kanunun hazırlık ve yürürlük aşamalarından anayasal sınırlar dahilinde geçirilmesi ile sonra ermediği; bunun yanında, anayasaya uygun olarak hazırlanarak; yürürlüğe giren yasaların, hukuk alemindeki yaşantısı süresince bu niteliğini taşıması gerektiği düşünülmektedir (Emiliou, 1996, s.26).

Elverişlilik ilkesi hususunda eleştiri konusu olan bir diğer durum ise kanun koyucunun, güdülen gayeye erişmede, elverişli olarak nitelendirdiği araçlar arasından uygun olduğunu düşündüğü herhangi bir aracı mı tercih edebileceği ya da söz konusu araçlar arasından en elverişli olanını mı seçmek zorunda olması hususudur. Her iki yaklaşımı savunan görüşler mevcut olmakla birlikte; FAAM, kanun koyucudan, amaca ulaşmada elverişli olarak nitelendirilebilen araçlardan mutlaka en uygun olanı seçmesini beklemek yerine; kendisi açısından uygun gördüğü bir aracın

⁸² “Söz konusu düzenlemenin eksikliği, silah tekniği bilgisi ve yeteneği konusunda istenen ispatın ne yırtıcı kuş beslemesiyle ne de eğitilmiş kuş ile yapılan avlanma ile maddi bir ilişki içinde bulunmamasıdır. Gerçi ispat yükümlülüğü daha az kişinin yırtıcı kuş beslemesini ve bunlarla avlanmasını sağlar, ancak bu tür faaliyetlerin yasa koyucu tarafından arzulanan işin özüne uygun şekilde yapılmasına hizmet etmemektedir. Bir izin için planlanan faaliyetle hiç ilgisi olmayan bilgi ve yetenekler istenmesi, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eder” (Aktaran; Metin, 2002, s.126).

uygulanmasına karar verebileceği yönünde bir yaklaşım sergileyerek; takdir yetkisinin muhafazasını sağlamıştır (Emiliou, 1996, s.28).

Elverişlilik ilkesinin arandığı yaptırımların başında idari yaptırımlar ve kolluk yaptırımları gelmektedir. Haliyle söz konusu alanlarda elverişlilik ilkesinin varlığına dair örneklerle sıklıkla rastlanmaktadır. Zira kamu düzenini ihlal edici eylemlerle (idari ihlallerle) tatbik edilecek önleme aracı (idari yaptırım) arasındaki dengenin sağlanmasında, yaptırımın ölçülü olmasının yanında ve ötesinde elverişli; diğer bir ifade ile yaptırımın ile hedeflenen amaca ulaşmada kısmen de olsa yeterli olması aranmaktadır (Oğurlu, 2002, s.36-37). Eğer alınan idari tedbir, güdülen amaca ulaşmaya hizmet etmiyor ya da amaca ters düşüyorsa hukuken kabul edilemeyecek nitelikte olduğu; bir başka deyişle elverişli olmadığı düşünülmektedir (Singh, 2010, s.163).

Yukarıda da bahsedildiği üzere, alınan bir önlemin, hukuken ya da olgusal olarak hedeflenen amaca ulaşması mümkün değil ise elverişsiz olduğu kabul edilmektedir (Singh, 2010, s.163). Örneğin, idarenin bir bitkinin doğası gereği yaşamasının mümkün olmadığı bir alana dikilmesi hususundaki düzenlemesi hukuka aykırılık teşkil edecektir (Emiliou, 1996, s.28). Söz konusu görüşe paralel olarak, bir kişiden özel hukuka göre sahip olmadığı bir yetkiyi sahipmiş gibi kabul ederek, özel hukukun düzenlemelerine aykırı olacak şekilde belli bir davranışta bulunması istenemez. Berlin Yüksek İdare Mahkemesi'nin bu doğrultuda verdiği bir kararında: idarenin, ortak mülkiyeti olan bir yapının, ortaklarının birinden kaldırılmasını talep edemeyeceği gibi bir kiracıdan, kiracılık vasfına dayanarak; kiraya konu mal üzerinde değişiklikler yapmasını da istemeyeceğine hükmetmiştir (Aktaran; Emiliou, 1996, s.28). Benzer şekilde, yerine getirilmesi kabul edilemez nitelikteki emir ve yasaklar kamu düzenini ihlal edici olarak kabul edilirken; söz konusu emir ve yasalara uyularak alınan tedbirlerin de elverişlilik ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir (Emiliou, 1996, s.28). Örneğin Lüneburg Yüksek İdare Mahkemesince verilen bir karara göre polisin, yakınlarda faaliyet gösteren köpek barınağından gelen gürültülerden rahatsızlık duyan bölge sakinlerinin şikâyeti üzerine; barınak sahibinden, köpekleri kulübelerine kapatmasını istemeyeceğine hükmetmiştir. Söz konusu mahkeme, kararının gerekçesinde, itiraza konu olan emirin, hayvanların korunmasını sağlayan ve onlara işkence yapılması yasaklayan kanuna aykırılık teşkil etmesine dayandırmıştır (Aktaran; Singh, 2010, s.164).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları değerlendirildiğinde, bir idari işlemin elverişsiz olduğu hükmünün nadir verildiği; bu durumun da ancak davayla ilgili somut durumların açık bir şekilde değerlendirildiği hallerde söz konusu olduğu görülmektedir (Emiliou, 1996, s.29).

Türkiye'deki yüksek yargı organlarının orantılılık ilkesi denetiminde bulunurken sıklıkla olmasa da elverişlilik ilkesini de göz önünde bulundurduğu görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi,

bir kararında⁸³ elverişliliği: hukuki önlemin, sınırlamadan beklenen amacın sağlanmasında elverişli olup olmaması biçiminde tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin elverişlilik ilkesine dair verdiği bir diğer kararında⁸⁴ ise, küçükler için zararlı içerik teşkil eden yayınların satış bedellerinin belli oranının Toplu Konut Fonu aktarılmasını düzenleyen yasal önlemin, fonda toplanan meblağın küçüklerin korunmasına katkı sağlayacağı gerekçesinden ötürü elverişli olarak nitelendirmiştir. Elverişlilik ilkesini, gereklilik ve ölçülülük ilkesi ile birlikte değerlendirdiği bir diğer Anayasa Mahkemesi kararında⁸⁵ ise mahkeme, hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama aracının, amacın sağlanması için elverişli ve gerekli olmasının yanında, kullanılan sınırlama aracı ile güdülen amaç arasında makul bir ölçünün gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Araçla amaç arasındaki elverişlilik ilişkisinin varlığının tespiti, söz konusu iki unsurun hukuken uygun olup olmadıklarının belirlenmesinden farklıdır. Bu iki durum arasında karışıklığa mahal vermemek için elverişlilik denetimini gerçekleştirmeden evvel amaç ile aracın Anayasa'ya uygun olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Zira herhangi biri, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmekte ise elverişlilik denetimine lüzum dahi görülmeden Anayasa Mahkemesi nezdinde iptale konu edilebilecektir (Kanadoğlu, 2000, s.164).

Kanun koyucu tarafından yapılan düzenlemelerde, güdülen amacın/amaçların çoğu zaman açık ve aşikâr olmadığı çalışmanın önceki bölümlerinde dile getirilmişti. Bunun yanında, birden çok amacın aynı düzenlemeye yüklendiği de görülmektedir. Bu tür durumların varlığında, düzenleme ile güdülen amaçların tespiti güçleşse de her birinin ortaya çıkartılması Anayasa'ya uygunluğun tespiti için zorunluluk teşkil etmektedir. Zira elverişlilik denetimi ancak anayasal açıdan uygun amacın ya da amaçların olması halinde gerçekleştirebilmektedir. Ayrıca kanun koyucunun, anayasal olarak meşru görülmeyen diğer bir ifade ile Anayasaca izin verilmeyen gayelere ulaşmaya çalışması da imkansızdır. Netice itibarıyla bir aracın elverişliliğin denetimi ancak o aracın, Anayasa'nın uygun gördüğü bir amaca ulaşılması maksadıyla kullanılması durumunda gerçekleştirilebilecektir (Atakan, 2006, s.46).

Örneğin, bir kamu binası önünde, yalnızca resmi plakalı araçların park etmesinin izin verildiğini belirten trafik levhalarının konulması, elverişlilik ilkesine aykırı olarak değerlendirilecektir. Zira burada, park yasağının esas amacının trafik güvenliğinin sağlanması ve ilgili kamu binasını ziyaret etmek isteyen kişilerin araçlardan inme binme işlemlerinin kolaylaştırılması olmasına

⁸³ AYM., 23.6.1989 gün, E. 1988/50, K.1988/27, RG. 20302, 4.10.1989.

⁸⁴ AYM., 11.2.1987 gün, E. 1986/12, K.1987/4, AMKD., S. 27/1, s. 27 vd.

⁸⁵ AYM., 10.1.1991 gün, E. 1990/25, K.1991/1, AMKD., S. 27/1, s. 97.

rağmen; düzenlemenin sadece resmi araçları kapsaması, uygulanan yasağın, amacına ulaşmasını elverişsiz kılacağı kanaatini doğuracaktır (Gören, 2006, s.373).

2.5.2. Gereklilik İlkesi

Ölçülülük ilkesini teşkil eden alt ilkelerin bir diğeri gereklilik ilkesidir. Söz konusu ilkeye: sınırlandırma aracı olarak en uygun ve en yumuşak elverişli aracın seçilmesi kastedilmektedir (Rumpf, 1993, s.30 ; Sağlam, 1982, s.115). Diğeri bir ifade ile bu ilke, aynı sonuçlara ulaşmayı sağlamakla birlikte daha az kısıtlayıcı bir önleme aracı mevcut ise o aracın seçilmesini uygun görmektedir (Steward, 1998, s.130-131). Gereklilik ilkesi, elverişlilik ilkesi denetiminin akabinde irdelenmektedir. Haliyle, gereklilik ilkesinin tespiti için birden çok ve elverişli olarak nitelendirilebilecek önleme aracının varlığı şarttır (Xiuli, 2007, s.636-637 ; Metin, 2002, s.30). Elverişlilik ilkesinde gözetilen; amaç – araç ilişkisinden kaynaklı nitelik ilişkisi, gereklilik ilkesinde, aynı niteliği sahip (elverişli) araçlar arasında seçimin yapılmasını sağlayan nicelik ilişkisine dönüşmüş bulunmaktadır.

Bir kez daha belirtmekte fayda vardır ki gereklilik denetiminin gerçekleştirilmesi için güdülen amaca tatbik edilebilir niteliği haiz birden çok elverişli aracın varlığı şarttır. Bu şartın yerine getirilmemesi durumunda gereklilik denetiminden bahsetmek mümkün değildir (Emiliou, 1996, s.29).

Ölçülülük ilkesinin tam manasıyla uygulanabilmesi için önleme aracının, hedefe ulaşmada elverişli olması tek başına yeterli olmamakta; gereklilik ilkesine uygunluğu da aramaktadır. Gereklilik ilkesine göre: eğer amaca, daha yumuşak bir araçla erişmek mümkün ise seçim o araçtan yana yapılmalıdır. Başka bir ifade ile güdülen gayeye ulaşmak bağlamında: elverişlilik ilkesine uygun sınırlama araçlarından daha az sınırlandırmaya sebebiyet veren veya daha iyi bir sonuca eriştiren aracın tercih edilmesi gerektiğine kanaat getirilirken; diğeri aracın/araçların gereksiz olduğu/oldukları düşünülmektedir (Gunn, 2005, s.467 ; Fendoğlu, 2002, s.132).

Ölçülülük ilkesinin menşei Alman hukuk sistemi olarak kabul edilmektedir (Poto, 2007, s.849). Söz konusu sistemin en önemli parçalarından olan FAAM bir kararında: amaca ulaşmak maksadıyla tatbikine karar verilen önleme aracının, eş değerde etkili olan diğeri önleme aracına/araçlarına kıyasla; temel hak ve özgürlükler üzerinde daha az kısıtlamaya sebebiyet veriyorsa gerekli olduğuna hükmederken; bir diğeri kararında, seçilen araç dikkate alındığında, amaca ulaşmada eş değeri etkiye sahip ve bireyler üzerinde daha az külfet yükleyen başka bir araç mevcut değilse söz konusu aracın gerekli olduğu kanaatine varmıştır (Aktaran; Metin, 2002, s.31). Ayrıca, gereklilik ilkesi, güdülen amaca ulaşmada, elverişlilik ilkesine uygun tedbirlerden

en yumuşak olanın uygulanmasını zorunlu kılarken; uygulanmasına karar verilen tedbirin, amaca ulaşmada yetersiz kalması durumunda ise yeni tedbirin, öncekine nazaran bir derece ağır olanlar arasından belirlenmesi kabul görmektedir. Zira FAAM'nin bu bağlamdaki bir kararında: olası bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla, kanun koyucunun daha yumuşak önleme araçlarına başvurmaksızın; genel yasaklama yoluna gitmesini, ölçülülük ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir (Serozan, 1970, s.244).

Çalışmada belirtilen kanaate göre gereklilik ilkesi: yasal amacın gerçekleştirilmesi için özdeş etkiyi haiz elverişli önleme araçlarından, temel hak ve özgürlükleri asgari düzeyde kısıtlayan aracın tatbik edilmesini işaret eden ölçülülük ilkesi unsuru iken; Lerche, ilkeyi: güdülen amaca erişimde kullanılan elverişli araçlardan, sadece en az müdahale gerektirenin tercih edilmesini zorunlu kılan hukuka uygunluk ölçütü biçiminde tanımlama yoluna gitmiştir (Aktaran: Metin, 2002, s.31).

Haverkate, gereklilik ilkesinin: neyin gerekli olduğunu belirleyen bir metot olmadığını; daha ziyade, belli bir amaca ulaşmak gayesiyle uygulanacak olan aynı derecede etkiyi haiz önleme araçları arasından seçim yapabilme hürriyeti tanıyan bir sınırlandırma ilkesi olduğunu dile getirmiştir (Emiliou, 1996, s.29 ; Schwarze, 2006, s.687). Örneğin, Baden- Württemberg İdare Mahkemesince verilen bir kararda: bir otelin çevreye verdiği rahatsızlığı kontrol altına almak maksadıyla para cezası vermek yerine; kapanış saatlerinde düzenlemeye gitmenin amaca ulaşmada daha etkili olduğu kanaatine varılmıştır (Aktaran: Singh, 2010, s.164). Aynı idare mahkemesince alınan bir diğer kararda ise turistlerin yoğun olarak ziyaret ettikleri dönemlerde, onların daha rahat ve huzurlu vakit geçirmelerini sağlamak amacıyla belirli sokaklarda, motorlu araç kullanımının belli saatler haricinde sınırlı olarak müsaade edilmesi dışında, birkaç ay boyunca tamamen yasaklanması makul bir önlem olarak kabul edilmiştir (Aktaran; Singh, 2010, s.29).

Sağlam, gereklilik ilkesini: sınırlandırmayla elde edilmek istenen amaca erişebilmek maksadıyla sınırlandırmaya tabi tutulacak temel hak ve özgürlükler için en yumuşak aracın seçilmesi hususunda yönlendirici etkiyi haiz ölçülülük ilkesi unsuru olarak tanımlamaktadır (Sağlam, 1986, s.115). Ayrıca, FAAM'nin bahsi geçen yumuşak araçların seçime konu olabilmesi için aynı derece etkili olması şartını “*temel hakkın sınırlama derecesi bakımından, karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Eğer bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hakkı en az sınırlayanın yasa koyucu tarafından seçilmiş olması gerekir. Aksi takdirde yapılacak sınırlandırma Anayasa'ya aykırı olur.*” Şeklindeki açıklamasıyla açığa kavuşturmaya çalışmıştır (Aktaran: Sağlam, 1986, s.115).

Onar ise idare hukukunu baz alarak; gereklilik ilkesine dair şu açıklamada bulunmuştur: “*Vasıta bakımından mevcut ikinci tahdit de maksatla vasıta arasındaki mutabakattır: Maksada varmak için daha hafif bir tedbir ve vasıta kâfi iken daha ağır bir vasıtaya başvurulamaz, bu takdirde fiil gene idari mahiyetini kaybederek haksız fiile veya suça inkılap etmiş olur*” (Onar, 1966, s.1510).

Amaca ulaşmada kullanılacak olan sınırlama aracı gerek “*temel hak ve özgürlüklere en az müdahale gerektiren*” olarak gerekse “*en yumuşak*” şeklinde nitelendirilsin, kastedilmek istenen aynı olmakla beraber; her iki tabir de somut olay bazında görecelik arz etmektedir. Söz konusu araçların hepsinin elverişli nitelikte olmaları da araç seçiminin bu aşamadaki belirleyici kıstasının temel hak ve özgürlüklere müdahalede hususundaki sınırlayıcılık dereceleri olması sonucunu doğurmuştur. Netice itibarıyla gereklilik ilkesinin esasını, hedeflenen gayeye ulaşmada elverişli olan araçların kıyaslanması teşkil etmektedir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, en yumuşak aracın seçilmesinde dikkate alınması gereken hususların ne olduğunu, gereklilik kavramını günlük konuşma dilindeki anlamından soyutlayarak açıklamıştır (Aktaran: Metin, 2002, s.33). Ayrıca FAAM, Alman hukuk teorisinin, kanun koyucuya temel haklar bakımından belirli ölçülerde takdir alanı tanıdığı olmasının, alınan yasal tedbirlerin mutlak manada gerekli olup olmadığı ayrımını önemsizleştirdiği görüşündedir (Emiliou, 1996, s.29-30).

Gereklilik denetimi: uygulanmasına karar kılınan önleme aracının, muhataplarına ve tüm topluma yükleyeceği maliyetlerinin tespit edilmesi; söz konusu önleme aracına ikame edilecek başka araçların olup olmadığının ve varsa bunların sebep olacağı dezavantajların ortaya konulması; buna ilaveten, gerek uygulanmasına karar kılınan gerekse alternatif tedbirlerin yaratacağı zararların karşılaştırılarak, güdülen amaca ulaşmada hak ve özgürlüklere en az müdahaleyi öngören önleme aracının seçilmesi şeklinde yürütülmektedir. Ancak, alınacak tedbirin hem muhatapları hem de toplum nezdinde en az müdahale gerektiren nitelikte olmasının güç olduğu düşünüldüğünden; biri için yumuşak niteliği haiz olması yeterli görülmektedir (Aktaran: Metin, 2002, s.32-33).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun, anayasal sınırlar dahilinde belirledikleri amaçlara ulaşmak için yasal düzenlemeler yapma yetkisini haiz olduğunu belirttikten sonra, gereklilik denetimini: söz konusu yasal düzenlemelerin mutlak suretle gerekliliği biçiminde değil; bu düzenlemelerle hedeflenen amaca ulaşmada vasıta kılınacak araçların yumuşaklığının irdelenmesi şeklinde tanımlamaktadır (Emiliou, 1996, s.29-30).

Elverişlilik denetiminde, kanun koyucuya, güdülen amacın tayininde serbestlik tanınmasına rağmen; gereklilik denetiminde ancak eş değerde elverişli olan araçlar arasından seçme hakkı

öngörülmekte ve söz konusu araçlardan da en yumuşak olanın seçilmesi beklenmektedir. Netice itibariyle FAAM'nin gereklilik ilkesi denetiminde esas aldığı husus: uygulanmasına karar kılınan önleme aracı ile eş değerde etkiye sahip başka araca/araçlara göre daha yumuşak olup olmadığı; diğer bir ifade ile hak ve özgürlüklere daha az müdahale edip etmediğidir. Zira kanun koyuncun belirlediği önleme aracına alternatif oluşturacak aracın/araçların amaca ulaşmada daha az elverişli ise gereklilik denetiminde dikkate dahi alınmayacaktır. Öte yandan bir önleme aracının başka bir önleme aracı ile eş etkili olduğunun soyut olarak ortaya koymanın imkânsız olduğu kanaatinde olan FAAM, somut olay bazında denetleme yapma yolunu tutmuştur (Aktaran; Metin, 2002, s.33-34).

Seçilecek önleme aracına alternatif teşkil eden aracın/araçların uygulanmasının daha yüksek maliyet gerektirip gerektirmediği hususunun, gereklilik ilkesinin denetiminde göz önünde tutulan bir kıstas olmadığı düşüncesi hakimdir. Bu doğrultuda görüş bildiren Alman hukukçu Rüdiger K. Albrecht, temel hak ve özgürlüklerin sağlanması ve korunması için gerekli tüm tedbirleri almakla mükellef olan devlet açısından evrensel nitelik arz eden bu değerler uğruna sarf edilecek bedellerin; devletlerin sahip olduğu imkanlardan müstakil olduğu görüşündedir (Aktaran: Metin, 2002, s.34).

Gereklilik ilkesinin denetiminde göz önünde tutulması gereken bir diğer husus ise eş değer etkiyi haiz iki veya daha fazla müdahale aracının seçiminde, sebep olunacak yan etkilerin dikkate alınması zorunluluğudur. Zira eş değer etkiye sahip olsalar da müdahale araçların farklılığı, beraberinde, farklı alanlarda yan etkide bulunulmaları sonucunu doğurabilmektedir. Gereklilik denetiminin tam manasıyla uygulanabilmesi için de denetime tabi tutulan araçların olası tüm yan etkilerinin dikkate alınması gerekmektedir (Aktaran: Metin, 2002, s.34-35). Örneğin; Mineralölbevorratungspflicht davasında, bağımsız olarak ithalatçılık yapan davacı, büyük satıcıların ihtiyacını karşılamak amacıyla getirilen stok tutma zorunluluğunun, kendisinin de içinde bulunduğu bağımsız ithalatçılar yerine; stok faaliyeti yapan depo işletenler için öngörülmüş olması durumunda, kanun koyuncunun temel hak ve özgürlükleri daha az müdahalede bulunarak hedeflenen amaca ulaşmada daha etkili olabileceğini iddia etmiştir. Öte yandan, aynı hukuki statüyü haiz olsun ya da olmasın kişilerin, farklı temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında aynı aracın kullanılması durumunda, o aracın eş değer etkili kabul edilip edilmeyeceği de sorun teşkil etmektedir. Hirschner'g'e göre bu nitelikteki durumların gerçekleşmesi halinde gereklilik denetimi başka kriterlerle desteklenmeden uygulanmamalıdır (Aktaran: Metin, 2002, s.128).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nde görülen, Mineralölbevorratungspflicht davası ile ilgili kararda, yargısal denetimin kapsamının, kanun koyucunun iktisadi düzene dair önlemlerini büyük

ölçüde kısıtladığı görülmüştür. Bu içtihat uyarınca, gereklilik denetiminden önce, kanunla varılmak istenen amaç dikkate alınmalı; amacın tespiti ardından da hâkim, yasal önleme aracıyla eş derecede etkiyi haiz alternatif araçların, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale derecelerini kıyaslayarak gereklilik denetimi gerçekleştirilmelidir. Ayrıca kararda: bireylerin, iktisadi faaliyetlerindeki hareket alanlarını kısıtlayan iktisadi düzen ile ilgili önlemlerde, bu önlemlerin teknik olarak meydana getirilmesinde ve tercih edilmesinde kanun koyucunun daha geniş takdir alanına sahip olmasının unutulmaması gerektiği açıklanmıştır. Belirtmek gerekir ki kanun koyucunun tercih ettiği önleme aracına ikame edilen aracın, çeşitli açılardan daha üstün ya da avantajlı olması, ikame olunanın Anayasa'ya aykırı olduğu sonucu doğurmamaktadır. Netice itibarıyla yasa koyucu tarafından belirlenen amaca ulaşmada her iki önleme aracında eş değerde etkili olsa da ikame edilen aracın tüm yönleriyle ikame olunan araca nazaran daha az kısıtlayıcı nitelikte olması gerekmektedir (Aktaran; Metin, 2002, s.128).

Gereklilik ilkesinin uygulanması hususunda örnek teşkil eden bir diğer olay, ilgili kamuoyunda Çikolatalı Şeker Davası (Chocolate Candy Case) olarak addedilen davadır. Yürürlüğe konulan Federal Tüketiciyi Koruma Kanunu, çikolatadan imal edilmiş birtakım ürünlerle; çikolata olmamasına rağmen öyle olduğu sanılan bazı gıda maddelerinin satışına yasak getirmiştir. Bu soyut hukuk normu; somut olarak, pirinç patlağı ve çikolatadan şeker imal eden bir şirkete uygulanmıştır. Bunun üzerine, söz konusu şirket, Anayasa'nın ilgili maddesine dayanarak şikâyetle bulunmuş ve şikâyeti FAAM'ce haklı görülmüştür. FAAM, başvurucuyu haklı bulduğu kararının gerekçesinde: davaya konu olan önlemin, bahsi geçen ürünlerin satışına mutlak bir yasak getirdiği için ölçüsüz bulunduğunu belirtilmiştir. Zira FAAM'ye göre toplum yararı ile ilgili makul endişeler, düzenlemeyi haklı kılmakla birlikte; uygulanmasına karar kılınan önleme araçlarının, kanunların çıkarılış amacına erişimde gerekli ve uygun olması zaruridir. Dava konusu olayda da yasağı ihtiva eden ilgili Kanun maddesi, söz konusu gerekliliği kısmen karşılayabilmiş ancak, daha az kısıtlayıcı önleme aracıyla amaca daha kolay ulaşmak mümkünken; davaya konu edinen yasağın ihdası yönünde karar kılınmasının, sahip olunan takdir alanının sınırlarını aştığını dile getirilmiştir (Aktaran: Kommers, 1997, s.279-280).

Çikolatalı Şeker Davası'nda FAAM, genel olarak, tüketicilerin korunmasına yönelik yapılan düzenlemelerin, toplumun faydasına olduğu ve bu sebepten iktisadi faaliyetlere getirilen kısıtlamaların hakkı olabileceği kanaatini taşımıştır. Ancak dava konusu olayda, ürün satışını tamamen yasaklayan düzenlemenin, tüketicileri korunması için alınabilecek en katı önlemlerden biri olduğu kabul edilerek; bunun yerine, yasağa konu ürünlerin içeriğine dair belirgin ve açıklayıcı nitelikte bir etiketlemenin yapılmasının, amaca ulaşmayı sağlamakla birlikte daha az kısıtlayıcı olacağı sonucuna varılmıştır. Zira bu uygulama ile tüketicileri aldatmaya yönelik

eylemlerin önüne geçilmesinin yanında; ürünlerin içeriği hakkında bilgiye kolay ulaşması sağlandığından, karışıklığa da mahal verilmemiş olacağı düşünülmektedir. Ayrıca FAAM, söz konusu normun düzenlenmesiyle katıksız çikolata ürünleri üretenler lehine sağlanmış olan rekabet avantajının da kabul edilebilir olmadığı kanaatindedir. Netice itibarıyla FAAM, davaya konu olayda: uygun etiketleme yapılmasına yönelik düzenlemenin, amaca ulaşmada yeterli ve tüketicinin korunması için gerekli bir tedbir olacağı sonucuna ulaşmış olup; daha kısıtlayıcı bir önlemin uygulanmasını haklı kılan bir dayanağın olmadığı; üstelik bir kısım üreticilerin faaliyetlerinin tamamen durdurulmasının göz ardı ederek; sadece tüketicinin korunması yönelik önlemlere başvurma makbul olamayacağı sonucuna ulaşarak ilgili yasa hükmünün iptaline karar vermiştir (Aktaran: Kommers, 1997, s.279-280)⁸⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, eş değer etkiye sahip birden fazla önleme aracından yalnızca bir tanesinin tatbik edileceğine dair bir kaidesi de mevcut değildir. Zaman içerisinde değişen şartların, önleme araçlarının kabul edildiği döneme nazaran elverişliliğini olumsuz yönde etkileyebileceğini düşünen FAAM, güdülen amaca erişmede, eş değer etkiye sahip birden çok önleme aracının kullanılması hususunda serbestlik tanımıştır (Aktara: Emiliou, 1996, s.31). Ancak bu durumun, FAAM'nin ex ante bir dönemde alınan tedbirlerin hepsini her zaman onaylayacağı anlamına gelmemesi gerektiği de ayrıca belirtilmektedir (Emiliou, 1996, s.31).

2.5.3. Orantılılık (Dar Anlamda Ölçülülük) İlkesi

Ölçülülük ilkesi denetiminin tam olarak yerine getirilebilmesi için sacayaklarının sonuncusu olarak tabir edilebilecek nitelikteki orantılılık ilkesinin de sağlanmış olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinin sonuncusunu teşkil eden ve ölçülülük ilkesi ile eşitlik ilkesi arasında bağlantı vazifesi gören orantılılık ilkesi, hukukun genel ilkelerinden biri olarak nitelendirilmekte ve haliyle hukuk devleti modelinin olmazsa olmaz sonucu olarak kabul görmektedir (Fendoğlu, 2000, s.369). Anayasa Mahkemesi bir kararında, orantılılık ilkesini: güdülen amaç ve bu amaca ulaşmada kullanılacak aracın, ölçüsüz bir oranı içerip içermediğinin ve bireye getirilen yükümlülükleri ölçüsüz olup olmadığının belirleyicisi olarak dile getirmiştir⁸⁷.

⁸⁶Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin, somut olaylarla ilgili hüküm verirken, makul olmayan varsayımlara göre hareket etmemesi, hükümlerini haklı gerekçelere dayandırması gerektiği görüşü hakimdir. Örneğin, tüketicilerin bir ürünü almaya karar verirken kıyaslama ve inceleme yapmadığı; ambalajına göre karar verdiği gibi varsayımlarla bireyleri korumak maksadıyla davaya konu ürünle benzer niteliği haiz her türlü ürünün satışının piyasadan men edilmesi makul olmayan varsayımlarla hüküm ihdas edilmesi anlamına gelebilecektir.

⁸⁷ AYM., 23.6.1989 gün, E.1988/50, K.1988/27, RG.20302, 4.10.1989.

Orantılılık ilkesi, alınan önlemin, ilgilisi olduğu bireye yüklediği külfet ile toplumun geri kalanının o önlem sayesinde elde ettiği kazanç arasında makul bir dengenin sağlanmasını gerekli kılmaktadır (Emiliou,1996, s.32 ; Aktaran; Singh, 2010, s.164). Gereklilik ilkesinde, amaca ulaşmak uğruna uygulanacak olan elverişli araçlar arasında kıyaslama yapılırken; orantılılık ilkesinde, kıyasa konu edilenler amaç ile araçtır. Diğer bir ifade ile amaç ve araç olmak üzere iki değişkenin karşılıklı ilişkisi değerlendirilmektedir (Metin, 2002, s.130). Bu doğrultuda, orantılılık ilkesi, önleme aracı ile güdülen gayenin orantısız bir ilişki içinde bulunmaması; diğer bir deyişle, önleme aracının, güdülen gaye ile makul oranda bir ilişki içinde olmasının gerekliliği anlamlarına gelmektedir (Aktaran: Sağlam, 1982, s.116).

Kanun koyucu veya idarenin kendilerine özgülenen yetkilerinin sınırının belirlenmesinde orantılılık ilkesi denetiminin büyük önemi haizdir (Oğurlu, 2002, s.38). Ancak belirtmek gerekir ki orantılılık ilkesi de gereklilik ilkesi gibi göreceli bir ölçüt sağlamaktadır (Emiliou, 1996, s.32). Ayrıca, orantılılık ilkesini dikkate almak durumunda olan hâkimin kişisel çıkarlar ve kamu yararı arasında denkleştirme sağlamaya gayret ederken; insan haysiyeti ve adalet ilkelerini de göz önünde bulundurması gerekmektedir (Rumpf, 1993, s.47).

Orantılılık ilkesine göre, sınırlama sonucu kişiye yüklenen yükümlülüklerin, kişi için katlanılamaz boyuta ulaşmaması gerekir. Tabiri caizse, kullanılan sınırlama aracının yarattığı kayıp ile sınırlandırma ile elde edilmesi beklenen fayda arasında bir denge oluşması gerekmektedir. Böyle bir denge söz konusu değilse; başvuru alan araç orantısızdır. Bu doğrultuda, bir idari karar verilmeden evvel, söz konusu idari kararın verilmesini gerekli kılan olayın ağırlık derecesi ile ilgililerin bu idari karar neticesinde uğradıkları veya uğramaları muhtemel zararlar ve kısıtlamalar arasındaki dengenin gözetilmesi zorunludur (Erkut, 1996, s.107). Bu doğrultuda, Çevre Kanunu'nun⁸⁸ 20. maddesi uyarınca; çevreyi kirleten gemilere uygulanacak idari para cezalarının tespitinde, geminin çevreye verdiği zarar yerine tonajının baz alınmasının, her zaman çevreye verilen zarar ile orantılı bir yaptırım uygulanacağı sonucu doğuramayacağından dolayı eleştirilmiştir (Oğurlu, 2002, s.38).

Orantılılık ilkesine dair gerek literatürde gerekse yargı içtihatlarında çeşitli tanımlamalar mevcuttur. Genel olarak, bu tanımlardaki ortak payda, amaç ve amaca ulaşmada kullanılacak aracın bariz bir orantısızlık içerisinde olmaması; diğer bir ifade ile amaç ve araç arasında makul ölçüde bir oranın olmasının gerekliliğidir. İlke, ayrıca amaca ulaşmada kullanılacak önleme aracının ilgililere, katlanabilecekleri nispette yükümlülükler yüklemesini; başka bir ifade ile

⁸⁸ 2872 Sayılı Çevre Kanunu. (1983). *T. C. Resmi Gazete*, 18132, 11 Ağustos 1983.

onları ölçüsüz yükümlülükleri yerine getirmek zorunda bırakmamasını da öngörmektedir (Metin, 2002, s.36).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin de orantılılığa dair görüşleri, genel olarak “*ilgileri ölçüsüz yükümlülükler yüklememe*” ve “*ilgilileri katlanamayacağı yükümlülüklerle mahkûm etmeme*” şeklindedir. Bu doğrultuda FAAM, orantılılık ilkesi bağlamında denetim yaparken; alınan tedbirin ağırlığı ile hedeflenen amacı dikkate almakta; hedeflenen amaç ile bu gayede kullanılacak aracın ölçüsüz bir oran içinde, diğer bir ifade ile ilgililer için katlanılamaz ağırlıkta olmaması şartını aramaktadır (Sağlam, 1982, s.116). Buradan orantılılık ilkesini, alınan bir önlemin, ilgililere, ölçüsüz bir yükümlülük yüklememesi; onlar için katlanılamaz nitelikte olmaması şeklinde tanımlamak mümkündür (Metin, 2002, s.130). Ayrıca orantılılık ilkesi için üst sınırını oluşturan katlanılabilirliğin bir nevi kriter teşkil etmesi, söz konusu ilkenin somutlaştırılmasına da imkân verdiği düşünülmektedir (Metin, 2002, s.38).

Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri açısından uygun olan bir sınırlamanın, sebep olduğu dezavantajlarla ölçülü bir oran içerisinde (orantılı) olup olmadığının tespiti, diğer iki alt ilkede olduğu gibi objektif nitelik arz eden amaç – araç ilişkisi ile değil; önleme aracı, önleme aracını kullanmayı gerekli kılan durum ve ilgililerin dikkate alındığı sübjektif bir değerlendirme sonucu gerçekleştirilebilmektedir. Değerlendirme neticesinde, kamu yararının sağlanması maksadıyla alınmış olan önlem ve söz konusu önlemin sonuçları, hukuken korunan varlıklardan olan ilgililer aleyhinde nitelikli orantısızlıklar teşkil ediyorsa; alınan önlemin orantılılık ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Orantılılık ilkesi ile ilgili öne çıkan görüşe göre ise amaç ile aracın mukayese edilmesi neticesinde, kullanılan aracın sebep olduğu dezavantajlar, amaçlanan faydaya nazaran ağır basmaktaysa alınan önlem orantısız olarak değerlendirilmektedir (Aktaran: Metin, 2002, s.37).

Orantılılık ilkesinde, amaca ulaşmak için alınan elverişli ve gerekli nitelikteki tedbirin şiddeti (bireylere getirdiği yükümlülüklerin ağırlığı) ile bu tedbirin alınmasını gerekli kılan sebeplerin mahiyeti (önlenmek istenen tehlikenin büyüklüğü) ve zorunluluğu mukayese edildiğinde aranan: oluşan şartların önleme aracının kullanılmasını haklı kılıp kılmadığı veya ilgililere yüklenen yükümlülüklerin katlanılamaz olması durumunda, müdahaleden vazgeçilip geçilmeyeceğinin denetlenmesidir (Metin, 2002, s.130-131). Katlanabilme haddinin bir ölçüt olarak ele alınması, alınan tedbirin, ilgililere etkisi hususunda bir kanıya varmaya imkân vermekte; elde edilen sonuç ile başvuru önlem arasında ilişki kurulmasını sağlamakta ve ilkenin somutlaştırılmasına vesile olmaktadır (Metin, 2002, s38).

Öte yandan, orantılılık ilkesi tanımsal olarak anlaşılabilir görünse de yapısı gereği, orantılılığının sınırının soyut olarak tespit edilmesinin imkân dahilinde olmadığı düşünülmektedir. Bu sebepten, orantılılık ilkesi denetimlerinin somut olay bazında ele alınması gerekmekte; bunu yaparken de kamu yararını muhafaza etmek gayesiyle alınan tedbir ile o tedbirin sınırladığı hak ve özgürlüklerin malikinin menfaati arasında meydana gelen çatışmaların kabul edilebilir bir oran dahilinde gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmeye çalışılmalıdır (Aktaran: Metin, 2002, s.38 ; Kanadoğlu, 2000, s.165). Nihayetinde, bireye yüklenen zararın ağırlığı ile toplumun o zarar karşılığında sağladığı faydanın büyüklüğü kıyaslandığında, birey aleyhine bariz bir orantısızlık söz konusu ise alınan önlemin orantılılık ilkesine ve haliyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilecektir (Kanadoğlu, 2000, s.165 ; Atakan, 2006, s.62).

Orantılılık ilkesinin denetiminde, imkânı mümkün görülmeyen hususlardan biri uygulanabilecek genel geçer nitelikli ölçütlerin belirlenmesidir. Bu durumu telafi etmek maksadıyla FAAM, orantılılık denetimini yaparken: önlemenin ağırlığı, aciliyeti, önleme sonucu beklenen kamu menfaatinin yoğunluğu ile temel haklar bazında somutlaşan kişisel faydaları göz önünde tutmaktadır (Aktaran: Metin, 2002, s.38).

Orantılılık ilkesi denetimine genellikle, mahkemelerin kesinlik kazanan hükümlerine karşı anayasal düzeyde yapılan şikayetlerin incelenmesinde müracaat edilmekte olup; inceleme esnasında, söz konusu hükümlerin orantılılık ilkesi çerçevesince verilip verilmedikleri tespit edilmeye çalışılmaktadır (Sağlan, 1987, s.117).

Almanya'da cereyan eden ve orantılılık ilkesine örnek teşkil edecek bir davada: dava ile ilgili soruşturma 5 yıldır sürmektedir ve soruşturmanın 76 yaşındaki emekli bir amiral olan şüphelisi, bu süre zarfında ikametgahında bir değişiklik yapmadığı gibi kendisinden her talep edildiğinde savcının bürosunda hazır bulunmuştur. Alman Ceza Usul Yasası'na göre: suçlu olduğundan şüphelenilen kişinin ancak kaçma ihtimalinin varlığında, görgü tanıklarını etkileme ya da delilleri karartma olasılığı söz konusu olduğunda veyahut cinayet işleme ya da kasıtsız adam öldürme şüphesinin olduğu durumlarda hâkim tarafından gözaltı kararı verebilirken; bahsi geçen kişi savaş yıllarında işlemiş olduğundan şüphelenilen cinayetten ötürü gözaltına alınmıştır. FAAM, kendisine anayasal şikâyet olarak gelen bu gözaltına alma kararını bozmuştur. Bozma kararında: şüphelinin kişisel özgürlüğünün Anayasa'nın ilgili maddelerince güvence altına alındığı, Ceza Usul Yargısı'nın konuya dair maddelerinde de ancak belli şartların varlığında hâkime gözaltına alma yetkisi verildiği ve bu yetkinin de ancak ölçülülük ilkesi uyarınca kullanılması gerektiği hususlarına dikkat çekilmiştir. Ayrıca, gözaltı kararını veren mahkemenin, şüpheliyi mahkemeye getirme konusunda daha az sınırlayıcı başka araçlara müracaat etme imkanına rağmen bu yönde

bir karar almasının, işlemin mevcut koşullarla orantılı olmadığına kanaat getirilmesine gerekçe olduğu belirtilmiştir (Aktaran: Kommers, 1997, s.335 ; Emiliou, 1996, s.56).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, orantılılık ilkesine ile ilgili bir diğer kararında; sağlık sigortası kapsamında faaliyet veren doktorların sayısının, 500 sigortalıya bir doktor düşecek şeklinde kısıtlanmasını düzenleyen yasa hükmünü, doktorluk mesleğinin icrasını, meslek seçme hürriyetini sınırlandırmasına sebebiyet verecek ölçüde kısıtladığı gerekçesiyle iptal etmiştir (Aktaran: Sağlam, 1987, s.117).

Bir yasal düzenlemenin bütünün orantılılık ilkesine aykırı olması hali nadiren rastlanılan bir durumdur. Uygulamada, çoğunlukla karşılaşılan ise kısmi aykırılıklardır. FAAM'nin Plichtexemplar davası için verdiği karar da orantılılık ilkesine kısmi aykırılık teşkil eden durumlara örnek verilebilir (Metin, 2002, s.131). Söz konusu davada: FAAM, yayıncılara, yayımladıkları eserlerin birer nüshasını devlet kütüphanelerine gönderme yükümlülüğü yükleyen yasal düzenlemenin, Anayasa'ya aykırı olup olmadığını incelemiş ve kısmen Anayasa'ya aykırı olduğuna kanaat getirmiştir. Zira FAAM'ye göre, nüsha gönderme yükümlülüğün yayımlanan her eser için geçerli olması durumunun büyük masraflara sebebiyet vermesinin yanında; belirli kişilere hitap eden, sanatsal, edebi ve bilimsel açılarından çok kıymetli olan, üretimi yüksek maliyet gerektiren, az sayıda basılan ve normal yayıncılık faaliyetlerinde nazaran mali riski yüksek eserleri de kapsamaktadır. Bundan dolayı FAAM, kütüphanelere nüsha gönderimine dair düzenlemede, kamu yararı söz konusu olsa dahi, yayıncıları bu nitelikte bir yükümlülüğe katlanmak zorunda bırakılmasının anayasal ilkelere aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır. Nihayetinde, yayıncıların menfaatleri ile kamu yararının orantılı olmasının gözetilmesini ve tek taraflı yükümlülükler yüklemekten imtina edilmesi gerektiğini vurgulayarak ilgili hükmün iptaline karar kılmıştır (Aktaran: Metin, 2002, s.131-132).

Orantılılık ilkesi denetiminin uygulanma alanı ve denetimin yoğunluğu, sınırlamanın doğasına ve etkilediği temel hak ve özgürlükleri kapsayan koruma alanının niteliğine göre farklılık göstermektedir. Örneğin, ekonomiye müdahale hususunda kanun koyuncun geniş yetkileri haiz olduğu kabul edilmekte (Aktaran; Emiliou, 1996, s.32) ve bundan dolayı FAAM, bu alanda yapılan düzenlemelerin yalnızca bariz yanlış varsayımlara dayanılarak yapıldığı, makul olmadığı ve toplum menfaatine yönelik bir amaç taşımadığı hallerinde orantılılık ilkesinin ihlal edildiği kanaatine varmaktadır. FAAM, ticari faaliyet alanını seçme hürriyeti, meslek seçme hürriyeti, ihtisaslaşma hürriyeti gibi diğer alanlarda ise kamu yararının "*makullük*", "*objektif nitelikte haklılık*", "*önemlilik*" gibi gerekçelere dayandırılrsa dahi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için yeterli olamayacağı; yalnızca toplumun menfaati için üstün öneme sahip sınırlandırmaların haklı kılınabileceği görüşündedir (Emiliou, 1996, s.32-33).

Orantılılık ilkesi gereği gözetilen bir diğer husus, idarelerin takdir yetkilerini, yalnızca kendilerince uygun olduğuna kanaat getirdikleri şekilde kullanmamalarıdır. Daha önce de bahsedildiği üzere idareler, bireysel çıkarlarla toplumsal çıkarlar arasında makul bir denge sağlanmakla yükümlendirilmişlerdir. Bu doğrultuda onlardan, bireylere telafisi zor nitelikte yükler getirecek davranışlardan kaçınmaları beklenmektedir. (Singh, 2010, s.165). Örneğin Almanya’da, ilgili Kanun hükümleri uyarınca, bireylerin bir eğitim kurumlarına kaydedilebilmeleri için yetkili kurumlarca düzenlenen karakter sertifikasını ibrazı etmeleri zorunlu kılınırken; kendisinden sertifika talep edilen kuruma da kişi/kişiler aleyhinde sürmekte olan ceza soruşturması mevcut ise bu talebi reddetme yetkisi verilmiştir. Bahsi geçen nitelikleri haiz bir olay vuku bulmuş ve karakter sertifikası vermeye yetkili kurum, ilgili kişinin talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Federal İdare Mahkemesi, reddetme işleminin anayasaca güvence altına alınmış olan meslek seçme hürriyetinden yoksun bırakma gibi kötü bir sonuca sebebiyet vermesinin yanında; bireye yüklenen külfetin, toplumun o külfetten elde edeceği faydadan büyük olduğu gerekçelerine dayanarak iptal kararı vermiştir (Aktaran: Singh, 2010, s.165-166).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, örnek teşkil edilecek bir diğer davada, idarenin Almanya’da ikamet ettikleri süreler boyunca, hafif nitelikli trafik suçları dışında suç işlemeyen kişileri, sırf bu suçlara dayanarak oturma izinlerini uzatmama yönündeki kararını orantılılık ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir. Zira FAAM, idarenin, aldığı kararın sebep olacağı zararlarını dikkate alması zorunlu olduğunu; bunu yaparken de ilgili kişilerin, mali durumunun, ekonomik ve sosyal entegrasyonunun, anavatanıyla ilişkilerinin ve bir bütün olarak davranışlarının göz önünde tutulması gerektiğini vurgulamış ve ancak bu şekilde bireyin uğrayacağı zarar ile toplumun elde edeceği fayda arasında orantılılık bağının kurulabileceğini ifade etmiştir (Aktaran: Emiliou, 1996, s.35).

İdari kararlar, orantılılık ilkesi bağlamında denetlenirken; genellikle kendilerine belirli bir ağırlık tanınmakta ve yalnızca bariz bir orantısızlık halinin varlığında müdahale edilmektedir (Emiliou, 1996, s.35). Ancak belirtmek gerekir ki kanun, belli olaylar karşısında, uygulanması gereken önleme araçlarını tespitinde idareye, bağlı yetki tanımış olabilmektedir. Söz konusu durumların varlığında ise bireye yüklenen külfet, toplumun istifade edeceği yarardan belirgin bir şekilde fazla olsa dahi, mahkemeler bu işlemlere müdahale edememektedir. Örneğin, 775 sayılı Gecekondu Kanunu’nun⁸⁹ 18. maddesinin ihtiva ettiği *“Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra, belediye sınırları içinde veya dışında, belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, daimi veya geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskan edilmiş*

⁸⁹ 775 Sayılı Gecekondu Kanunu. (1966). T. C. Resmi Gazete, 12362, 30 Temmuz 1966.

bulunsun, hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya Devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılır...” hükmü gereği kanuna aykırı olarak inşa edilmiş olan bir yapının yıkılmasında idare bağlı yetki sahibidir. Bu sebepten ifa edilecek bir yıkım kararında, açıkça bireysel zarar kamu yararından fazla olsa dahi orantılılık ilkesi varlığı aranamayacaktır. Aynı nitelikte hüküm Alman hukuk sisteminde de mevcut olup; iptale konu olan somut bir olayda, Alman Federal İdare Mahkemesi, kanuna aykırı olarak yapılmış bir bina için idarece verilen yıkım kararının, yasada açıkça belirtilen bir hükmün gereği olarak ve konu ile ilgili idareye takdir yetkisi tanımaksızın yerine getirilmesinde orantılılık ilkesi denetiminin işletilemeyeceğine ve haliyle ilkeye aykırılığın ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir (Aktaran: Emiliou, 1996, s.36).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, orantılılık ilkesi denetimlerini genellikle, olumsuz anlamda gerçekleştirme yoluna gitmektedir. Daha açık bir ifade ile FAAM, önleme aracı ile hedeflenen amaç arasında ölçülü bir oranın varlığını aramak yerine; önleme aracının orantısız olmamasını beklemektedir. Ancak denetim işlevinin bu şekilde uygulanmasının orantılılık ilkesinin uygulama alanını kısıtladığı düşünülmektedir (Sağlam, 1987, s.116 ; Emiliou, 1996, s.36). Grabitz, mahkemenin bu yaklaşımını, anayasal güvence altındaki değerlerin birbirleriyle çatışmaları halinde birinin, diğerinin ezilmesi uğruna öne çıkarılması yerine; her ikisinin de uyumlu hale getirilmesi anlayışına dayanan *Pratik Uyuşum İlkesi* ile kıyaslamış ve orantılılık ilkesinde, amaç ve aracın birbiriyle orantısız bir ilişki içinde olmamasının, aralarındaki ilişkinin optimal düzeyde olduğu manasına gelmediği sonucuna ulaşmıştır. FAAM’nin bu tutumu ayrıca, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin muhafazasında, mümkün olan en iyi korumayı sağlamadığı şeklindeki eleştirilere maruz kalmasına da zemin hazırlamıştır. Söz konusu görüşlerin yanında; FAAM’nin, demokratik düzenin kanun koyucuya sunduğu yetki alanının, kendi yargısal denetim alanını aşacağı endişesiyle de böyle bir tutum içinde girdiği ihtimaline üzerinde mutabık kalan görüşler de mevcuttur (Sağlam, 1987, s.116 ; Emiliou, 1996, s.36).

Kamusal fayda sağlanması maksadıyla bir hak ve özgürlüğe getirilen sınırlandırmanın sebep olacağı maliyetler ile aynı sınırlandırma ile önüne geçilen zararların veya elde edilmesi beklenen faydaların mukayesesinde, *Fayda Maliyet Analizinin* kullanılması gerektiğine dair görüşler de ileri sürülmektedir. Bu görüşlere göre, *Fayda Maliyet Analizi* sonucunda, alınan tedbir ile önlenmesi beklenen maliyet veya elde edilmesi beklenen fayda, sınırlandırma sonucu sebep olunan maliyetten fazla ise söz konusu tedbirin uygulaması tercih edilmelidir. Ancak değerlendirme yapılırken alınacak tedbir ile korunmak istenen hukuki değer ve hukuk düzeninin sakındığı diğer değerler, somut olay bazında birlikte değerlendirilerek bir karara varılmazdır (Aktaran; Metin, 2002, s.38-39).

2.6. GENEL OLARAK HUKUKTA VE YARGILAMADA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Çalışmamın bu başlığı altında, ölçülülük ilkesinin menşei kabul edilen Alman Hukuk Sistemi baz alınarak; ilkenin hukuk sistemi içindeki yerine ve ağırlıklı olarak dikkate alındığı yargılamadaki uygulamalarına dair açıklamalara yer verilmiştir.

2.6.1. Anayasa Hukukunda ve Anayasa Yargısında Ölçülülük İlkesi:

Alman Hukuk Sistemi'nde, bir temel hak ya da özgürlüğün kanun ile ya da kanuna dayanılarak sınırlanabilmesi için öncelikle, o hak veya özgürlüğe dair sınırlama yetkisi ve kapsamının Anayasa'da öngörülmüş olması gerekmektedir. Bu sebeple, temel hak veya özgürlüklere dair sınırlama getirilip getirilemeyeceğini; sınırlandırma söz konusu olacak ise bunun azami sınırını tespit etmek için ilgili hak ya da özgürlüğü koruma altına alan Anayasa maddesine göz atmak gerekecektir. İlgili Anayasa maddesi, temel hak veya özgürlüğe dair sınırlama yetkisi öngörmüş ise sınırlamanın sınırının belirlenmesi için de Anayasa'nın konuya dair maddesinde yer alan "*yasa kaydını*" irdelenmek gerekecektir. Bahse konu yasa kayıtları ise "*basit yasa kayıtları*" ve "*nitelikli yasa kayıtları*" olmak üzere iki ana kategoride ayrılmıştır (Sağlam, 1987, s.28-29).

İlk kategoriye teşkil eden basit yasa kayıtları, yasa koyucuya, bir yasa ya da yasa temelli başka bir şart veya kısıtlama ile temel hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisi vermektedir. Örneğin, Alman Anayasası'nın yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü konu eden 2/3. maddesi, yaşama hakkına ve vücut bütünlüğüne ancak bir yasaya dayanılarak müdahale edilebileceğine hükmetmektedir. Ancak bunun dışında, kanun koyucunun müdahale sınırına herhangi bir sınırlama da getirmemiştir. Basit yasa kayıtlarına dair bir diğer örnek ise aynı Anayasa'nın 8/2. maddesidir. Bu madde, açık havada yapılacak toplantıların ancak çıkarılacak bir yasa ile ya da mevcut yasalardan birine dayandırılmak suretiyle sınırlandırılabilceğini düzenlemektedir (Sağlam, 1987, s.29-30 ; Kommers, 1997, s.507-508)

İkinci kategoriye oluşturan nitelikli yasa kayıtlarında ise sınırlamanın yalnızca yasayla ya da yasaya dayanılarak yapılması koşulu yeterli görülmemekte; buna ek olarak, temel hakkın sınırlandırılan yasanın, belli şartları haiz olması veya belli amaçları gütmesi veyahut temel hakkın sınırlandırılmasında belli araçların kullanılması şartlarını da aranmaktadır (Aktaran: Kanadoğlu, 2000, s10 ; Sağlam, 1987, s.30). Örneğin, Alman Anayasası'nın 11/2. maddesinde, sınırlama yetkisini elinde tutan yasa koyucuya, seyahat etme özgürlüğünü ancak; yaşamın devamı için yeterli düzeyde geçim kaynaklarının bulunamadığı ve bunun toplum nezdinde özel bir yük gerektireceği durumlarda, federasyonun ya da bir eyaletin varlığını ve demokratik düzenin tehdit eden bir tehlikenin önlenmesi gereken hallerde, doğal afet, salgın hastalık ve çok ağır kazalardan

korunmayı gerektiren şartlarda, gençliğin sefalet ve aylaklıktan alıkoyma ve suç fiillerini önleme(...) sebepleriyle kısıtlayabileceğine hükmedilmektedir (Sağlam, 1987, s.30).

Basit ve nitelikli yasa kayıtlarının yanında; bazı temel haklar, doğrudan doğruya Anayasa'nın onlara özgü olarak düzenlenen maddeleri vasıtasıyla ya da başka anayasal normların içeriğine konu edilerek sınırlandırılabilir. Ancak yasa koyuncun, bu nitelikteki bir düzenlemenin varlığına rağmen; yasa maddesi ihdas etmek marifetiyle temel hak ve hürriyetlerin sınırlarını tespit ederek somutlaştırması, teknik anlamda sınırlandırma olarak nitelendirilmemektedir (Sağlam, 1987, s.30). Alman Anayasası'nın, 9/2. maddesinde geçen, amaçları ve faaliyetleri açılarından ceza kanunlarına aykırılık teşkil eden ya da anayasal düzene veya milletlerin anlaşması düşüncesine karşı olan derneklerin yasak olmasına dair düzenleme ile 5/3. maddesinde yer alan ve bilim, sanatsal araştırmalar ile eğitimin anayasaya sadakat yükümlülüğüne aykırı olamayacağını içeren hüküm, bahsi geçen nitelikteki sınırlamaya örnek verilebilir (Kommers, 1997, 508-509)

Yukarıda sözü edilen kategorilerin dışında, haklarında sınırlandırılmalarına dair hiçbir yasal kayıt bulunmayan temel hak ve özgürlükler de mevcuttur. Alman Anayasa'nın 1/1. maddesini teşkil eden, insan haysiyetinin dokunulmazlığı, madde 5/3'de yer alan bilim ve sanat hürriyeti ile 17/1. maddede düzenlenen dilekçe hakkı, söz konusu temel hak ve özgürlüğe örnek verilebilmektedir. Bunlar gibi sınırlandırılmalarına dair yasal kayıtları mevcut olmayan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sorunsalı, başta ölçülülük ilkesi olmak üzere Alman doktrinde çeşitli teorilerin doğmasına ve gelişmesine vesile olmuştur (Atakan, 2006, s.98-99).

Önemle belirtmek gerekir ki sınırlamalar ilgili anayasal hükümler gerek açık ve belirgin gerekse saklı ve üstü kapalı olsun, yasa koyucuya mülkiyet üzerinde değişik oranlarda sınırlama yetkisi tanımaktadır. Ancak her ne şekilde olursa olsun yasa koyucunun, kendisine tanınan bu yetkiyi temel hak ve özgürlüğün özüne dokununcaya değin, sınırsız bir şekilde kullanması mümkün olmayıp; ölçülülük ilkesine riayeti esastır (Sağlam, 1987, s.31).

Ölçülülük ilkesi: Alman Anayasası'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerinin, FAAM'ce verilecek kararların neredeyse tümüne tatbik edilir hale gelmesiyle, temel hak ve özgürlükler için sınırlamanın sınırını teşkil eden bir kaide hüviyetini almıştır (Aktaran: Kanadoğlu, 2000, s.162). Uygulamada, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan orantılılık ilkesine sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Söz konusu ilke, temel haklar bağlamında, çatışan birey menfaatlerinin kıyaslanmasında dikkate alınabileceği gibi birey ve toplum menfaatleri arasında meydana gelen çatışmalarda da tartım aracı olarak da kullanılmaktadır. Yapılan değerlendirmede,

alınan tedbirlerin, temel hakları orantısız bir biçimde kısıtladığı kanaatine varılıyorsa, uygulanan tedbirin anayasaya aykırılık teşkil ettiğini sonucuna varılmaktadır (Kanadoğlu, 2000, s.165-166).

Çatışan temel hakların çözüme kavuşturulması amacıyla kullanılan araçlardan bir diğeri de Hesse tarafından olan geliştirilmiş olan “*Pratik Uyuşum (Pratkishe Konkordanz) Prensibidir*”. Bu prensibe göre: bir temel hakkın; bir diğeri temel hak veya anayasaca muhafaza altına alınmış olan başka bir hukuki değer ile çatışması durumunda, getirilecek çözüm öyle nitelikte olmalıdır ki çatışmaya konu hukuki değerlerin varlığına zeval getirmediği gibi etkilerinin de optimal düzeyde kalmalarını sağlayabilmelidir (Sağlam, 1987, s.39-40). Pratik Uyuşum Prensibinde aranan şey: çatışan anayasal değerler arasındaki uyumun sağlandığı noktanın, her ikisinin de işlevselliğinin optimal düzeyde kısıtlandığı seviye olmasıdır. Bahsi geçen optimal seviyeye ulaşma yolunda dikkat edilecek husus ise hukuki değerler arasında hatalı tartım yapılmasından dolayı bir hukuki değer aleyhine olacak şekilde diğerine üstünlük tanınmasına veya bir hukuki değer diğerine kıyılması suretiyle hâkim duruma getirilmesine mâni olmaktır. Böylece çatışmaya konu hukuki değerlerin tamamı kendilerinden beklenen fonksiyonları mümkün olduğunca yerine getirebilecek; etkinlikleri azami düzeyde sağlanabilecek ve netice itibarıyla aralarındaki uyumun sağlanması için getirilecek kısıtlamanın derecesi makul seviyede kalacaktır. Bu amaçla, çatışan hukuki değerler arasında yapılacak tartımın da somut olaya özgü ve ölçülü yapılması öngörülmekte; bunun da ancak ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapılabileceği düşünülmektedir (Emiliou, 1996, s.55 ; Schwarze, 2006, s.690).

Netice itibarıyla Pratik Uyuşum İlkesi çerçevesinde ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma gayesi ile o gayeye erişmek maksadıyla kullanılacak araçlar arasındaki ilişkiyi değil; çatışmaya konu olmuş hukuki değerlerin etkin bir noktada dengeye gelmesi için yapılacak kısıtlamaların optimal düzeyde tutulmasını sağlamak için kullanılan bir araç halini almıştır (Schwarze, 2006, s.690). Anayasa Yargısı da ölçülülük ilkesini, birbiriyle çatışan değerlerin “*pratik uyuşumu*” nu sağlayan önemli bir etmen olarak nitelendirilmektedir (Kanadoğlu, 2000, s.171-172).

Temel hak ve özgürlükler bağlamında, ölçülülük ilkesine dair bir diğeri kaide de FAAM’nin içtihatlarına dayanan; “*Anayasa’ya Uygun Yorum Metodu*” olarak nitelendirilen ve ölçülülük ilkesinin etkisi altında şekillenen “*yorum ilkesi*”dir (Metin, 2002, s.141). Söz konusu mahkeme bir kararında, yorum ilkesine dair şu açıklamalarda bulunmuştur: “*Norm, yapılması mümkün tüm yorumlamalar neticesinde, Anayasa’ya aykırı olma niteliğini koruyor ise anayasaya aykırı olarak kabul edilir. Normun birden çok yorum yapmaya elverişli ve bu yorumların bir kısmı anayasaya uygun iken; bir kısmı anayasaya aykırılık teşkil etmekte ise söz konusu normun anayasaya uygun olduğuna kanaat getirilmeli ve o minvalde yorumlanmalıdır*” (Aktaran: Schwarze, 2006, s.691).

Bu karar da dahil olmak üzere, FAAM'nin genel görüşüne göre, anayasaya uygun yorumdan; diğer bir ifade ile yorum ilkesinden anlaşılması gereken husus: yasa koyucunun iradesine, onun amacının ön planda tutmak suretiyle saygı gösterilmesini sağlamaktır (Aktaran: Metin, 2002, s.142).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği yorum ilkesi metodu ile ölçülülük ilkesi, anayasal yorum alanında kullanılmaya başlanmış; bu doğrultuda, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan gereklilik ilkesi, anayasa hakimlerinin bozma kararlarının sınırını tayin eden bir ölçüt olarak kabul edilmiştir (Aktaran: Metin, 2002, s.142).

Konu ile ilişkilendirilebilecek bir olayda, FAAM'ye şikâyetle bulunan Lebach, Alman Silahlı Kuvvetlere ait bir kışlaya gerçekleştirilen ve o sırada nöbetçi olan askerlerden bir kısmının ölmesi bir kısmının ise yaralanması ile sonuçlanan bir silahlı soyguna katılması sonucu tutuklanarak 6 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Gerek bahse konu suç fiilinin kendisi gerekse faili kamuda da geniş yankı uyandırmıştır. Yıllar sonra, Lebach'ın mahkumiyetinin sonra ermesine aylar kala, bir Alman televizyonu, söz konusu suç üzerine bir belgesel serisi yayınlamayı tasarlamış ve bu belgeselde Lebach'ın adına, resimlerine ve homoseksüel eğilimlerine de yer vermiştir. Bunun üzerine Lebach, mahkemeye başvurarak belgeselin yayımlanmasının durdurulmasını istemiştir. Konu yüksek mahkemeye taşınsa da ilgili yüksek mahkeme Alman Anayasa'sının 5. maddesinde geçen yayın özgürlüğüne dayanarak davayı reddetmiştir. Lebach bunun üzerine, alınan kararın Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen kişilik haklarını ihlal ettiğini gerekçe göstererek, şikâyet yoluyla FAAM'ye başvurmuştur (Aktaran: Kommers, 1997, s.416).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kişilerin onurlu bir hayat sürmeleri ve kişiliklerini geliştirebilmeleri amacıyla, hukuken muhafaza altında olan gizliliğine ve dokunulmazlığına dair hak iddia edebilecekleri özel hayatlarının olduğunu dile getirmiş ve kişinin kendi resimleri, beyanatları gibi hususların kullanımını da şahsi iradesine ait olduğunu açıklamıştır. Ancak, bahsi geçen gizlilik ve dokunulmazlık hakkının, bütün özel hayatı kapsayan ve mutlak nitelikli bir hak manasına da gelemeyeceğini ayrıca ifade ederek; başka bireylerin özel hayatlarına müdahale eden ya da toplumun çıkarlarını ihlal eden kişilere ait olan özel hayatın, özüne dokunulmamak şartıyla müdahale ve kısıtlama konusu olabileceğine dile getirmiştir. Ayrıca, devletin de özel hayata müdahalesi, kamu menfaatinde ileri gelmiş olsa dahi her daim haklı olarak değerlendirilemeyeceğini de belirtmiştir (Aktaran: Kommers, 1997, s.416-417).

İki anayasal değer olan “*yayın özgürlüğü*” ve “*özel hayatın gizliliği*” arasında meydana gelen ve Lebach davasına konu olan bu çatışmanın çözümünde, her iki değer de demokratik düzenin olmazsa olmaz yapı taşlarından olduğu ve bu sebepten, birbirlerine karşı üstünlük talebinde

bulunulamayacağı; sadece dengeleme yoluna gidilebileceği; dengeleme yapılırken de anayasal değerlerin insan haysiyeti ile ilişkisinin başat kriter olarak dikkate alınacağı; dengelemenin tam manasıyla mümkün olmadığı durumlarda ise ilgili mahkemenin, davanın doğasını ve sahip olduğu özel koşullarını dikkate alarak, söz konusu anayasal değerlerden birinin ertelenmesine karar vermesi gerektiği düşünülmektedir (Aktaran: Kommers, 1997, s.417).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bahse konu olayın failine ait kimlik bilgilerinin ve görüntülerinin, işlediği suçla birlikte kamuoyuna sunulmasının, kişiliği üzerinde yaratacağı olumsuz imajın, özel hayatına ciddi bir müdahale anlamına geleceğine kanaat getirmiştir. Bununla birlikte; işlenen suçlar ve faileri konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesinin de mühim olduğu, nitekim suçların modern çağın kaçınılmaz bir unsurunu teşkil ettiği ve bunun kamuoyuna sunulmasının medyanın görevi olduğu görüşünü de beyan etmiştir. Bu doğrultuda, kamu menfaatinin daha üstün tutulması düşüncesinde olan mahkeme, toplumdaki huzur ve barış ortamını, vatandaşların fiziki bütünlüğünü ihlal etmek suretiyle bozan ve toplumun hukukun koruma altında tutulan menfaatlerini ihlal eden kişilerin, yasada öngörülen cezalara maruz bırakılmasının yanında; suç ve failer hakkında bilgi edinme menfaatine sahip olan topluma, bu menfaatin sağlanması maksadıyla yapılan yayınların da kabul edilebilir olduğunu dile getirmiştir. Ancak aynı mahkeme, faile verilen zararın, suçu ile orantılı olmak zorunda olduğunu; bilgi alma menfaati maksadıyla yapılan yayınların dahi kamuoyunun tatmin ihtiyacını karşılar dereceden öteye gitmemesi gerektiğini de hüküm altına almıştır (Aktaran: Kommers, 1997, s.418).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kişilik haklarının anayasa ile güvence altına alınmış olmasından dolayı medyanın, failin kimliği ve özel hayatına dair sınırsızca ve süresizce bilgi ifşa etmemesi gerektiği belirtmiştir. Nitekim FAAM'ye göre, ancak bu takdirde failin özel hayatının bir tartışma ve eğlence malzemesi olmasının önüne geçilerek; genel olarak özel hayata olan saygınlığın artabilecektir. Haliyle FAAM, kamuoyu tarafından tepki gösterilen bir suça sebebiyet veren ve ceza mahkemesince mahkûm edilen bir failin dahi kişisel alanına daha fazla müdahalede bulunulmasını haklı görmemektedir. Zira FAAM, mahkemelerin failerin cezalandırılmasının yanında; onların rehabilite edilmesini ve topluma yeniden kazandırılmasına da dikkat edilmesi gerektiğini bildirmektedir (Aktaran: Kommers, 1997, s.418).

Lebach Davası kararında FAAM, kamuoyunun haber alma menfaatinin dayanak gösterilerek; güncelliğini yitirmiş, faili tarafından toplumsal reaksiyonu deneyimlenmiş ve cezası çekilmekte olan bir suç olayına ve failine dair televizyon yayının yapılmasının, failin rehabilitasyonunu ve topluma yeniden kazandırılmasını engelleyecek nitelikte ise yapılmaması gerektiği görüşünü belirtmiş; ayrıca failin, topluma kazandırılması sonucu oluşan kişisel menfaati ile toplumun failin yeni statüsünden elde edeceği menfaatlerin; genellikle, vaktiyle işlenmiş bir suça dair başlatılacak

yeni bir tartışmadan elde edilebilecek olan faydalardan çok daha fazla olabileceği düşüncesi ile Lebach'ın talebini haklı bulmuştur (Aktaran: Kommers, 1997, s.419).

Ölçülülük ilkesine dair bir diğer FAAM kararında: dava konusu edilen küçük çaplı bir sahtekarlık olayında, davacının avukatı, şahitler çağırılmadan evvel, davalının temyiz kudretini haiz olup olmadığının tespitine yönelik bir dizi tıbbi testten geçmesini mahkemeden talep etmiştir. Bunun üzerine mahkeme bir uzman görevlendirmiş; görevlendirilen uzman, bu hususta bir kanaate hâkim olabilmenin yegâne yolunun, enfeksiyon riski taşıyan ve acı verici bir işlem olan beyin karıncığına hava pompalama operasyonu olduğunu açıklamıştır. Yerel mahkeme, davalının rıza göstermemesine rağmen, takdir yetkisini kullanarak, bahsi geçen testlerin uygulanmasına karar vermiştir. Temyiz mahkemesi de bu kararı onamıştır. Bunun üzerine davalı, anayasal şikâyet yoluna müracaat ederek FAAM'ye başvurmuştur. FAAM, şikâyet konu olan tıbbi işlemin, Anayasa'nın 2/2. maddesince güvence altına alınan kişilik dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiğine kanaat getirerek alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur. FAAM'nin bozma kararı incelendiğinde: kişilik haklarına bu denli bir müdahalenin ölçülülük ilkesi nazarında, işlendiği iddia edilen suç fiili ile orantılı olmadığı gerekçesinin öne sürüldüğü görülmektedir (Aktaran: Emiliou, 1996, s.48).

2.6.2. İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin ilk uygulama alanını teşkil eden idare hukuku, aynı zamanda ilkenin klasik uygulama alanıdır. Ölçülülük ilkesi, idare hukukunda, idarenin takdir yetkisi ile idari işlemin hukuka uygunluğu arasında köprü vazifesi görürken; Alman ve İsviçre hukuklarında, kanunilik ilkesi ile bağlantılı olarak ele alınmakta ve idarenin takdir yetkisinin denetiminde önemli bir ölçü görevini üstlenmektedir (Azrak, 1992, s.301). Belirtmek gerekir ki kanunilik ilkesi iki yönlüdür: *negatif yasallık* ve *pozitif yasallık*. *Negatif yasallık*, kanunilik ilkesi gereği idareye verilen yetkilerin hukuk devleti ilkesine uygun olması gerekliliği iken; *pozitif yasallık*, idareyle alakalı herhangi bir faaliyetinin yasal bir temele dayandırılması zorunluluğudur (Emiliou, 1996, s.48).

Negatif yasallık dikkate alındığında, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun ön koşulunun, ölçülülük ilkesine uygunluktan geçtiği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca ölçülülük ilkesi, FAAM içtihat hukukuna göre, anayasal bir prensip olduğundan, yasamanın yanında idarece de dikkate alınması gereken bir kıstas olduğuna kanaat getirilmektedir. *Pozitif yasallıkta* ise idarenin, temel hak ve özgürlükler alanına yapacağı müdahalenin ancak yasaya dayanması halinde mümkün olacağından; temel hak ve hürriyetlere müdahalede keyfi davranılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır (Atakan, 2006, s.113-114).

İdari işlemlerde pozitif yasallık prensibinin gözetilmesi gerektiği hususunda FAAM, 1959 yılının başında bir karar almıştır. Söz konusu kararda: hukuk devleti ilkesi gereği, kişilerin hak ve hürriyetlerine, yalnızca yasadan alınan ve içeriği, amacı, kapsamı ve konusu sınırlandırılmış olan bir yetki olması durumunda müdahale edilebileceğine hükmederek; ancak bu durumda yapılan müdahalenin ilgili vatandaşlar nezdinde ölçülebilir, hesaplanabilir ve öngörülebilir nitelikte olabileceği bildirilmiştir (Aktaran; Emiliou, 1996, s.63).

Kanunilik ilkesinin tam anlamıyla ve tutarlı bir şekilde uygulanabilmesi; olması muhtemel her durum için yasal bir düzenlemenin yapılmış olmasına bağlıdır. Ancak söz konusu durumun pratikte mümkün olmamasından dolayı, genel ilkeleri bünyesinde barındıran düzenlemeler ihdas edilmiş ve asayişin sağlanması gibi belli amaçlar için idareye tedbir alma ve müdahale etme yetkisi tanınmıştır. Elbette idare, söz konusu niteliği haiz bir düzenlemeyi öngörülen amaçlar dahilinde kullanılacak dahi olsa istenilen her türlü tedbiri almayı sağlayacak şekilde yetkilendirilemez. Düzenlemelerin sağladığı yetkinin, kanunun öngördüğü amaca erişmeye elverişli; o amaç için gerekli ve amaç ve araç arasındaki ilişkinin orantılı olduğu müdahaleleri almaya yönelik olması gerekmektedir. Haliyle, ölçülülük ilkesinin, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin muhafazasına yönelik idare hukuku kaidelerinin bir yorumu olduğu düşünülmektedir. Netice itibarıyla ölçülülük ilkesi, idari faaliyetlerin sınırını çizen bir ölçü niteliğinde olup; idareye temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda tanınan takdir yetkisinin icrasında büyük önemi haizdir (Aktaran: Metin, 2002, s.59).

Takdir yetkisi, Alman kamu hukukunda tartışma konusudur. Vatandaşların, idarenin keyfi işlemlerine karşı korunması için gerekli her konuda belirgin ve anlaşılır yasa hükümlerinin ihdas edilmiş olmasını savunanlara karşın; yasa koyuncun, olması muhtemel her özel durumu ve sorunu belirleyip; bunların çözümüne yönelik yasal düzenlemelere gitmesinin imkansızlığı gerekçesiyle, idareye belli ölçülerde de olsa takdir yetkisinin tanınmasının zorunlu olduğu yönünde görüş bildirenler de mevcuttur. Her iki görüşün de haklılık payının olması ve kendilerince sağlam temellere dayanması, birbirileri üzerinde üstünlük kurulabilmesine mâni olmaktadır. Ancak davaya konu olan olaylarda, takdir yetkisinin, özellikle de bireysel adaletin tecellisi bağlamında daha çok problemlere sebep olduğu görülmektedir. Bilhassa, çıkarların dengelemesi, bireysel haklar üzerindeki devlet müdahalesinin asgari düzeye çekilmesi ve muamelelerde homojenliğin sağlanması konuları, takdir yetkisine dair sorunların en çok tecrübe edildiği hususlardır. Ölçülülük ilkesinden de bahsi geçen konular başta olmak üzere, idareye, takdir yetkisini kullanırken rehber; verilecek idari kararların ölçüsü için de belirleyici kıstas olması beklenmektedir (Emiliou, 1996, s.61-62).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, yasama organınca yürütmeye belli konularda takdir yetkisi tanınmasını, hukuk devleti ilkesi ile örtüşmesi ve yasama-yürütme ilişkisinin ihlal etmemesi şartıyla kabul etmektedir (Aktaran: Schwarze, 2006, s.1444). Ancak FAAM, yürütmeye takdir yetkisi tanıyan yasaların, bu takdir yetkisinin kullanılma prensiplerini düzenlememiş olduğu durumlarda, Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceklerini dile getirmiştir. FAAM, başka bir kararında ise idarenin takdir yetkisinin bağımsız mahkemelerce denetlenebilmesinin, tolere edilebilmelerine katkıda bulunduğunu ifade etmiştir Aktaran: Emiliou, 1996, s.62).

Takdir yetkisi, idareye tanınan mutlak bir karar verme hürriyetinden ziyade; ona, hukuka uygun seçenekler arasından seçim yapma imkânı veren bir izindir. Elbette bu yetki, doğuran yasanın çizdiği sınırlamalar dahilinde kullanılacaktır. İlgili yasanın idareye verdiği yetkinin sınırları ne kadar geniş olursa olsun, amaca ve hukuk devleti ilkelerine bağlılık esas olacaktır (Emiliou, 1996, s.62). FAAM'nin bir kararından çıkarılabilecek sonuca göre: ölçülülük ilkesi gibi takdir yetkisini sınırlayan ilkelerin, kanunlarda açıkça belirtilmesi durumunda, idari işlemlerin bu ilkelere uygunluğunu mahkemelerce daha sıkı bir şekilde denetlenecek; ancak söz konusu ilkelerin yasalarda yer almadığı, yalnızca Anayasa ve hukuk devleti ilkesinden kaynaklandığı durumlarda ise denetim esnasında idareye tanınan yetkinin kapsamı daha geniş tutulacaktır (Aktaran; Emiliou, 1996, s.62). Ancak bahsi geçen ikinci halin dahi geçerli olması durumunda idare, takdir yetkisinin keyfi bir biçimde kullanamayacak, her ne şart altında olursa olsun, ölçülülük ilkesi de dahil olmak üzere anayasal ilkelere ve hukuk devleti ilkesine bağlı kalacaktır (Emiliou, 1996, s.62).

Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 114. maddesi, idarenin takdir yetkisini kullanarak verdiği kararların yargısal denetiminin hukuki dayanağını oluşturmaktadır. İlgili maddeye göre: idare, takdir yetkisini kullanmak marifetiyle idari işlem tesis etmekle yetkilendirildiğinde, mahkemeler de idari işlemin yerine getirilmesi ya da reddedilmesi veyahut ihmal edilmesi hallerini, takdir yetkisinin yasal sınırlarının aşarak kullanılması veya yetkinin kanunda belirtilen amaç dışında kullanılması nedenleriyle hukuka uygun olup olmadığını denetlemek durumundadırlar (Aktaran; Emiliou, 1996, s.63).

Alman hukukunda, idarenin takdir yetkisini aşması durumu, yetkinin kötüye kullanılması halinden ayrı tutulmuştur. Takdir yetkisinin aşılması, idareye bu yetkiyi veren kanunun tespit ettiği sınırları aşmak anlamına gelirken; takdir yetkisini kötüye kullanmak, kasten ya da sehven takdir yetkisini kullanılması hususunda belirlenmiş olan yasal sınırlara riayet edilmemesi şeklinde nitelendirilmektedir. Takdir yetkisinin kötüye kullanılması da *objektif kötüye kullanma* ve *sübjektif kötüye kullanma* olarak iki şekilde meydana gelebilmektedir. *Objektif kötüye kullanma*, anayasa ya da diğer hukuk ilkelerine riayet edilmemesi veya onların ihlal edilmesiyle meydana

gelirken; *sübjektif kötüye kullanma*, takdir yetkisinin öngörülen amaç dışında kullanılması ya da kötüye kullanılmasıdır. İdarenin takdir yetkisinin kötüye kullanımında, ölçülülük ilkesine aykırılık da *objektif kötüye kullanma* olarak nitelendirilmekte ve ilgili idari işlemi iptal olmasına sebebiyet vermektedir (Emiliou, 1996, s.63-64).

İdareye tanınan takdir yetkisi, pratikte, ölçülülük ilkesinin tüm alt unsurlarıyla birlikte denetime tabi tutulmakta ve denetim sonucunda, takdire konu seçeneklerden hukuka uygun olan sadece bir seçenek kalana dek takdir yetkisi daraltılabilmektedir (Schwarze, 2006, s.689).

İdare hukukunda ölçülülük ilkesi, idarenin kamu yararını gözetmek maksadıyla aldığı önlemlerle temel hak ve hürriyetlerin muhafazası arasındaki dengenin sağlanmasına yöneliktir. Bu sebepten, idarece alınan tedbirlerin aşırıktan uzak, ölçülü ve amaca ulaşmada gerekli olması yanında, ilgili kişiler nezdinde de katlanılabilir nitelik arz etmesi gerekmektedir. Kamuda düzeni tesis etmek maksadıyla bertaraf edilmek istenen tehlike ile temel hak ve hürriyetler arasında sağlanması gereken dengeye ve bu uğurda alınan tedbirlerin ölçülülüğüne dikkat etmesi gereken ilk kurum yasama olsa dahi; bu dikkat ve özeni sadece yasamadan beklenmesinin yeterli olmayacağı düşünülmektedir. Zira ekonomik ve sosyal hayatın hemen her safhasına nüfuz eden; bir tek bireyden, toplumun tamamına kadar herkesi etkileyebilen nitelikteki idari işlemlerin tesis edicisi konumundaki idarenin de tüm faaliyetlerinde ölçülülük ilkesini dikkate alması gerektiği kanaati hakimdir (Tanör, 1990, s.198).

Alman hukuk sisteminde, anayasal değerde temel bir hukuk prensibi olarak kabul edilen ölçülülük ilkesi, FAAM öncelikli olmak üzere, idare mahkemeleri dahil; tüm mahkemelerin vereceği kararlarda etkili olan ve tatbiki kaçınılmaz niteliği haiz bir denetim ölçütüdür. İlke, Alman hukukuna 19. yüzyılın başlarında polis hukuku vasıtasıyla girmiş, daha sonra idare hukuku alanına sirayet etmiş ve idarenin -bağlı yetkisinin olduğu durumlarda hariç- faaliyet gösterdiği her alanda uygulanmış ve uygulanmaktadır (Aktaran: Metin, 2002, s.60).

İdarece alınan bir tedbirin, ölçülülük ilkesi açısından denetime tabi tutulması gerekmektedir. Söz konusu denetim gerçekleştirilirken de ilkenin, tüm unsurları dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda, tatbikine karar kılınan bir tedbirin, amaca ulaşmada elverişli ve gerekli olup olmadığı ile orantılılığının irdelenmesi zorunluluk arz etmektedir. Elverişlilik bağlamında, idarenin kullandığı önleme aracının hedeflenen gayeye ulaşmadaki etkisi değerlendirilirken; gereklilik açısından, mevcut elverişli araçların hangisinin, kişiler özelinde ve toplum genelinde, temel hak ve hürriyetler üzerinde mümkün olan en asgari düzeyde olumsuz etki bıraktığı araştırılmaktadır. En nihayetinde idare tarafından, uygulanması hususunda mutabık kılınan ve güdülen amaca ulaşmada gerekli ve elverişli olduğu tespit edilen aracın, aynı zamanda hedeflenen gaye ile

ölçüsüz bir oran içinde olup olmadığı belirlenmekte; diğer bir ifade ile alınan tedbirden sağlanan toplumsal faydanın, tedbir sonucu ilgililer nezdinde ortaya çıkan zarar arasında ölçülü bir oranın varlığı ortaya konmaya çalışılmaktadır. Vurgulamak gerekir ki ölçülülük ilkesi ile ilgili yapılacak denetimlerin icrasında, denetime konu olan idari işlemin uygulandığı zamanın şartlarının dikkate alınması da ilke denetimi için büyük önem teşkil etmektedir (Aktaran: Metin, 2002, s.60-62).

Elverişlilik ilkesi açısından değerlendirilen bir örnekte, içerisinde ve çevresinde yaşayan insanları korumak maksadıyla, yıkılması muhtemel bir yapının bütününe tamirata ve tadilatı yerine çatısının onarılması konu edinen bir idari karar, binanın yalnızca çatısının değil; tamamının tehlike arz etmesinden ötürü amaca ulaşmada elverişsiz olarak nitelendirilecektir (Aktaran: Metin, 2002, s.60).

İdarece alınan tedbirlerin ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmesinde, dikkate alınan bir diğer ölçüt daha mevcuttur. Bu ölçüte göre, alınacak bir tedbirin icrası, hiç tedbir alamamaya nazaran daha ağır sonuçların doğmasına sebep olacak; diğer bir ifade ile alınan tedbir pahalıya mal olacak ise söz konusu tedbirin uygulanmasından vazgeçilmelidir. Konu ile ilgili olarak, Lüneberg Yüksek İdare Mahkemesi'nin, idarece alınan yıkım kararını iptal ettiği dava örnek gösterilebilir. Söz konusu davada idare, inşaat ruhsatına aykırı hareket ederek komşusunun arazisinin yaklaşık 6 cm işgal eden kişinin yapısını yıkmaya kararı vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, aşılın sınıırın önemsiz olduğu, üstelik sehven yapıldığı tespit edilen bu ihmalin ruhsat sahibine avantaj sağlamayacağı gibi arazisi ihlal edilen komşusuna hissedilebilir bir dezavantaj sağlamayacak nitelikte olduğu gerekçesi ile idarenin yıkım kararını iptal ederken; ihlali önemsiz ölçülerde olmasına karşın kasıt ile işlenmiş olması söz konusu olsaydı yıkım kararının onanacağını da ayrıca belirtmiştir (Aktaran: Metin, 2002, s.62).

Alman hukuk sisteminde olduğu gibi Avusturya hukuk sisteminde de ölçülülük ilkesi, başat hukuki kaidelerden birini teşkil etmektedir. İdari işlemler bağlamında da önem arz eden ilke, görevin yerine getirilip getirilmediğini değil; idari işlemin tesisi ile güdülen gayeye nasıl ulaşılacağı ile ilgilidir. Avusturya İdare Hukuku madde 2/1, yetkilendirilmiş idareleri, yasanın öngördüğü zorlayıcı nitelikteki yetkileri kullanırken, güdülen gayeyi gerçekleştirmek maksadıyla mümkün olan en yumuşak aracı seçmekle yükümlendirilmiştir. Buna göre, hedeflenen amaca ulaşmada elverişli olmayan bir önleme aracının kullanılması meşru kabul edilmemekle birlikte; elverişli olarak nitelendirilen araçlardan da temel hak ve özgürlükler üzerinde en az müdahale gerektiren aracın seçilmesi beklenmektedir. Hangi aracın nispeten daha az müdahale gerektireceği; diğer bir ifade ile daha yumuşak olacağı da ilgili olayın taşıdığı şartlara ve ilgilerin durumlarına göre tespit edilmesi gerekmektedir. Avusturya Kolluk İdaresi Kanunu'nun "Ölçülülük" başlıklı 29. maddesi, ilkenin somutlaştırmasına katkıda bulunmaktadır. Zira söz

konusu maddeye göre, temel hak ve özgürlüklere sınır getirici nitelikteki bir önleme aracı, ancak tatbikinin kaçınılmaz olduğu hallerde ve amaca ulaşılması için başka önleme araçlarının yetersiz kalacağı durumlarda uygulanabilecektir. İlgili madde ayrıca, güdülen gayeye erişmek için mümkün olan en yumuşak önleme aracının tercih edilmesine ve hedeflenen amaca ulaşılması sonucu elde edilecek fayda ile bu amaca ulaşmak için sebep olunan zarar arasında makul bir dengenin kurulması gerektiğine hükmetmiş, bunun yanında; uygulanmasına karar verilen önleme aracı ile hedeflenen gayeye erişilmesinin imkansız olduğunun anlaşılması durumunda, söz konusu aracın uygulanmasına son verilmesi gerektiğini de ayrıca belirtmiştir (Aktan: Metin, 2002, s.63-64).

2.6.3. İdari Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi

İdari Ceza Hukuku'nun⁹⁰, Ceza Hukuku'ndan müstakil değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışması bir kenara bırakıldığında, ölçülülük ilkesine en çok müracaat edilen alanların İdare Hukuku ile Ceza Hukuku olduğu karşı konulmaz bir gerçektir (Oğurlu, 2001, s.29 ; Oğurlu, 2002, s.90-91). Toplumsal düzeni “*vahim*” niteliğinde ihlal eden davranışlar, ceza yaptırımlarına maruz bırakılırken; daha küçük ihlallere yöneltilen ve önleyici özellik taşıyan cezalar ise idari yaptırımları teşkil etmektedir (Donay, 1971, s.245). Gerek ceza yaptırımları gerekse idari yaptırımlar olsun, yaptırımın niteliği ve şiddeti meydana gelen zarar ile orantılı; diğer bir ifade ile ölçülülük ilkesine uygun olmak durumundadır (Nazaroğlu, 1974, s.104).

İdari işlemin bir nev'i niteliğinde olan idari yaptırımlara dayanak teşkil eden yasa hükümlerinin, ölçülü yaptırımları içermesi gerekmektedir. Somut olayda ise hâkim, idari yaptırımın: sebep, konu ve amaç unsurları bakımından gerekliliğini denetlemekle yükümlüdür. Denetim sonucunda, idari yaptırımın, söz konusu unsurlar bağlamında meşru olduğu kanaatine varan hâkim; daha sonra, tatbik edilen yaptırımın kamuya sağlayacağı yarar ile yaptırıma maruz kalan kişinin uğrayacağı özel zarar arasındaki dengenin sağlanıp sağlanmadığını incelemekte; nitekim söz konusu denge, ölçüsüz bir şekilde kurulmuş ise işlemin iptaline hükmetmektedir. Örneğin kınama cezası alması gereken bir kamu görevlisinin, meslekten men edilmesi sonucu elde edilecek kamu yararı ile yaptırıma maruz kalan kişinin uğrayacağı şahsi zarar arasındaki dengenin kurulmasını imkânsız kılacağından, ilgili idari yaptırımın iptali söz konusu olabilecektir (Oğurlu, 2002, s.91-92).

⁹⁰Literatürde, İdare Hukuku'ndan ayrı olarak İdari Ceza Hukuku'nun mevcut bulunup bulunmadığına dair tartışmalar mevcuttur. Bu çalışmada, bahse konu tartışmaya taraf olmaksızın; sadece idari işlemlerin bir nevi olan idari yaptırımları ön plana çıkartıp anlatımı kolaylaştırmak gayesi güdülmüş; bu amaçla da Oğurlu'nun yaptığı tasnif esas alınarak İdare Hukuku-İdari Ceza Hukuku ayrımına gidilmiştir.

İdarenin hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedememesi, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunur ya da onları olumsuz etkiler nitelikte yaptırımlarda bulunamaması durumları da ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Zira idari yaptırımlar, adli cezalara nazaran küçük ve basit nitelikli ihlallere karşı dayatılan, önleyicilik arz eden yaptırımlar olarak tanımlanmakta ve haliyle bu niteliği haiz uygulamaların hürriyeti bağlayıcı ya da bir takım temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara neden olması, söz konusu yaptırımların “ölçsüz” olarak nitelendirilmesine sebebiyet vermektedir (Özay, 1985, s.114).

2.7. TÜRK HUKUK VE YARGI SİSTEMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN YERİ VE GELİŞİMİ

Türk hukuk sisteminin, hukuka uygunluk denetimi bağlamındaki başat kriterlerden birini teşkil eden ölçülülük ilkesi, anayasal bir norm haline gelmeden evvel de Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanmakta olan bir kaidedir. Bu sebepten, ölçülülük ilkesinin Türk hukuk ve yargı sistemindeki yeri ve gelişimine dair açıklamaların, ilkenin Anayasa’ya dahil olduğu Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası ayrımının gözetilerek ele alınmasının daha uygun olacağına kanaat getirilmiştir. Ayrıca ölçülülük ilkesi, gerek kamu hukuku gerekse özel hukukun tüm alanlarına sirayet etmiş olsa da ilkenin, Türk hukuk ve yargı sistemindeki yeri ve gelişimine dair genel açıklamalar, bu bölümün önceki kısımları ile örtüşecek şekilde Anayasa Hukuku (norm denetimi çerçevesinde) ve İdare Hukuku kapsamında yapılmış; somut olay ve durumlar bağlamında yapılan değerlendirmeler ise çalışmanın üçüncü bölümüne temel oluşturmak gayesi ile Danıştay ve Yargıtay kararları çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Bahsi geçen açıklamalara yer verildikten sonra; iç hukuk sistemini önemli derecede etkileyen AİHS ve AİHM kararlarında ölçülülük ilkesinin yeri ve önemine de değinilerek bölüm nihayete erdirilmiştir.

2.7.1. Türk Anayasa Hukuku Açısından Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin Anayasa’da açıkça düzenlemediği dönemlere tekabül eden Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde; ilkenin, uzun yıllar varlığını sürdüren ve anayasal temel haklar rejimine dahil olmadan dahi uygulanan bir müessese olduğu ortaya çıkmaktadır.

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte anayasal bir norm haline gelen ölçülülük ilkesine, değişiklik öncesi dönemde, Anayasa'nın 13/2.⁹¹ ve 15/1.⁹² maddelerinden sağlanan çağrışımların dayanak oluşturduğu düşünülmektedir. Bu doğrultuda, yapılacak sınırlamalar için Anayasa'nın 13/2. maddesinde belirtilen “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*” ve “*öngördükleri amaç dışında kullanılmama*” hükümlerinin, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin anayasal sınırını teşkil ettiği; diğer bir ifade ile sınırlandırmanın azami düzeyini belirlediği ileri sürülmektedir (Uygun, 1982, s.163). Zira uygulanacak sınırlandırmanın, sınırlandırma amacı dışında kullanılmaması hükmünün ölçülülük ilkesini andırdığı iddia edilerek; değişiklik öncesi, ilkeye pozitif bir temel oluşturduğu savunulmaktadır (Hakyemez, 2001, s.1307). Öte yandan, yapılan Anayasa değişikliği ile “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*” hükmü, metin içinde varlığını korurken; AİHS'ye de uygun olmasına ve temel hak ve özgürlüklerin muhafazasında, münasip koşullar yarattığını savunan görüşlere rağmen; “*öngördükleri amaç dışında kullanılmama*” hükmü, ilgili madde metninden kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin değişiklik sonrası döneme tekabül eden ve ölçülülük ilkesi denetimini işlettiği kararlarına bakıldığında: defaatle, ilkenin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda müracaat edilmesi gereken bir ölçüt olduğuna değinilmiş ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesinden müstakil bir şekilde düzenlenmiş olsa dahi söz konu iki ilke arasında sıkı bir ilişki olduğunu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, temel hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için lüzum gösterip göstermediği yanında; temel haklara en az müdahaleye imkân veren ölçülü bir sınırlama niteliğini haiz olup olmadığının da araştırılması gerekmektedir⁹³.

Türk hukuk sisteminde ölçülülük ilkesi, Alman hukuk sistemiyle özdeş nitelik arz edecek şekilde; gereklilik, elverişlilik ve orantılılık olarak üç alt ilkeden meydana gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin, gerek Anayasa değişikliği öncesi gerekse değişiklik sonrası birçok kararında yer

⁹¹ 2001 Değişikliği öncesi, Anayasa'nın “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması*” başlıklı bölümün 13/2'nci maddesi “*Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz*” hükmünü düzenlemekteydi.

⁹² Anayasa'nın “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması*” başlıklı bölümün 15/1'nci maddesinde: “*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*” hükmünü düzenlemekte olup; söz konusu düzenleme değişikliğe uğramamıştır.

⁹³ Örnek teşkil eden AYM kararı için bakınız: AYM., 12.7.2017 gün, E.2017/27, K.2017/117, RG. 22.9.2017, 30188

verdiği ölçülülük ilkesi tanımlarının da FAAM'nin ilkeye dair tanımı ile örtüştüğü görülmektedir⁹⁴

Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma gayeleri ile sınırlandırma için kullanılan araçlar arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır. Haliyle ölçülülük ilkesi denetimiyle; ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak, amaca ulaşmada tatbik edilecek aracın denetlenmesi esas alınmaktadır. Bu sebeple sınırlayıcı düzenlemenin, güdülen gayeye erişmede, elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı araştırılması gerekmektedir⁹⁵. Anayasa Mahkemesi'nin, hem değişiklik öncesinde hem de sonrasında kabul ettiği bu düsturu tescil eder nitelikteki bir kararında: genel sağlığı korumak maksadı ile düzenlenen eğitim programlarına katılmayan ya da katıldığı halde başarılı olamayan sağlık personeline, geçici veya sürekli olarak meslekten men edilme cezasının verilebilmesine müsaade eden düzenlemeyle çalışma hürriyetine yasal bir sınırlama getirdiğini bildirmiş; ancak söz konusu sınırlamanın amacı ile sınırlamada kullanılan araç arasında ölçüsüzlük bulunduğunu gerekçe göstererek ilgili düzenlemenin iptaline hükmetmiştir⁹⁶. Anayasa Mahkemesi'nin değişiklik sonrasında döneme isabet eden yakın tarihli kararlarında da sıklıkla belirttiği üzere, iptale konu olan düzenlemelerin yasal bir temele dayanması ve örnek verilen olayda olduğu gibi, genel sağlığın korunması şeklinde kamu yararı amacı taşıması, ilgili düzenlemenin hukukiliğinin sağlanması bağlamında yeterli olmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin unsurlarıdır. Bu nedenle devletin, öngörülen yaptırım ile bu yaptırım marifetiyle elde edeceği fayda arasında hakkaniyetli ve makul bir denge kurması; yaptırımın amaca ulaşmada elverişli olması gerekmektedir. Aksi halde ilgili düzenleme, Anayasa Mahkemesi nezdinde iptale konu olabilecektir⁹⁷.

Anayasa'nın 2001 yılında yapılan değişiklikten önceki 13. maddesinin gerekçesi⁹⁸, ölçülülük ilkesinin bütün alt ilkelerine yer vermesine karşın; söz konusu madde metninde ilkenin kendisi mevcut değildi. Öte yandan, AİHS ile 1982 Anayasası'nda düzenlenen temel hak ve özgürlüklere dair genel düzenlemeler, gerekçeleri de dikkate alınarak mukayese edildiğinde, Anayasa'nın, AİHS'de yer alan ilgili maddeleri neredeyse birebir olarak ihtiva etmekle kalmayıp; bir takım ek sınırlamalara da yer verildiği görülmektedir. Ancak AİHS'nin uygulanması esnasında, ölçülülük

⁹⁴ İlgili karar örnekleri için bakınız: AYM., 23.6.1989 gün, E:1088/50, K:1989/27, AMKD, Sayı:25, s.312., AYM., 28.1.2016 gün, E.2015/40, K.2016/5, R.G. 10.2.2016-29620, AYM., 7.11.2014 gün, E.2014/61, K.2014/166, R.G. 19.6.2015-29391, AYM., 21.1.1998 gün, E.1997/63, K.1998/2, RG. 15.12.1998-23554.

⁹⁵ AYM., 12.7.2017 gün, E.2017/27, K.2017/117, RG. 22.9.2017, 30188.

⁹⁶ AYM., 11.2.1987 gün, E.1987/16, K.1988/8, RG. 23.8.1988, 19908

⁹⁷ İlgili AYM kararları için bakınız: AYM., 22.4.2015 gün, E.2014/171, K.2015/41, RG. 21.05.2015, 29362,

⁹⁸ "...Maddenin ikinci fıkrası, son satırı, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlandırılmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır (...)" (Akad ve Dinçkol, 1998, s.72)

ilkesinin göz önünde bulundurulmasına ve 13. maddenin gerekçesinin, ilkenin tüm gereklerine yer vermesine rağmen; Anayasa’da, ölçülülüğe dair somut bir düzenleme mevcut değildi. Nihayetinde, yapılan Anayasa değişikliği neticesinde, söz konusu maddenin metni ile gerekçesi arasında tutarlılık da sağlanmıştır (Oğurlu, 2002, s.41).

Ölçülülük ilkesi ile bağdaştırılabilecek bir diğer Anayasa maddesi olan ve olağanüstü dönemlerde hak ve özgürlüklerin kullanılmasını düzenleyen 15. madde, söz konusu dönemlerde⁹⁹ dahi sınırlamanın ancak durumun gerektiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihmal edilmeyecek şekilde yapılmasına hükmetmektedir (Sağlam, 1988, s.436). Bahse konu hükmün, ilgili maddede geçen “*durumun gerektiği ölçüde*” ibaresinden kaynaklandığına kanaat getirilmektedir. Bu niteliği ile söz konusu maddenin, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan orantılılık ve gereklilik ilkeleri ile bağdaştığı kabul edilmekle birlikte; ilkeyi tam manasıyla karşılamadığı da düşünülmektedir (Oğurlu, 2002, s.42). Anayasa Mahkemesi’nin bu görüşü destekler nitelikteki bir kararında: Terörle Mücadele Kanunu’na¹⁰⁰ eklenen ve güvenlik güçlerine, failleri etkisiz bırakmak maksadıyla doğrudan ve tereddütsüz ateşli silah kullanma yetkisi veren düzenlemeyi ölçüsüz bularak iptal etmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi, faillerin de ateşli silaha sahip olup olmadığına bakılması gerektiğini; ayrıca daha az bir müdahale ile failleri etkisiz hale getirmek mümkün iken, ateşli silah kullanma yetkisinin genişletilmesinin ölçüsüz bir düzenleme olduğuna kanaat getirmiştir¹⁰¹.

Anayasa Mahkemesi’nin değişiklik öncesi döneme isabet eden kararlarını göz önünde tutulduğunda: ölçülülük ilkesi denetiminin, kimi zaman ilkenin tüm unsurlarının; kimi zaman da sadece bir unsurunun dikkate alınarak yapıldığı sonucu gün yüzüne çıkmaktadır. Değişiklik öncesi, 1982 Anayasası’nda olduğu gibi 1961 Anayasası’nda da ölçülülük ilkesini düzenleyen herhangi bir norm yer almamakta; diğer bir ifade ile ilkenin anayasal düzeyde pozitif temeli haiz bulunmamaktaydı. Ancak 1961 Anayasası döneminin Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, ölçülülük ilkesinin nadiren de olsa dikkate alındığı görülmektedir. Bu durum ilgili dönemde, ölçülülük ilkesinin içtihat yoluyla benimsendiği ve geliştirilmeye çalışıldığı neticesini ortaya koymakla birlikte; ilkenin gelişim gösteremediği, uygulamaların ancak somut olaylar bazında kaldığı sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin 1971 yılında verdiği,

⁹⁹ Anayasanın 15. maddesinin, olağanüstü dönemlerde getirilecek olan sınırlamaların sınırının belirlenmesi ile ilgili olması, maddenin olağan dönemde uygulanabilmesi hususunda literatürde iki ayrı görüşün doğmasına sebep olmuştur. Bir kısım yazarlar, olağanüstü dönemde yapılabilecek sınırlamalarının sınırını teşkil eden ölçülülük ilkesinin, olağan dönemlerde de evleviyetle uygulanması gerektiğini savunurken (Özbudun, 2011, s.114 ; Fendoğlu, 2002, s.131); bir kısım yazarlar ise söz konusu maddenin sadece olağanüstü dönemlere özgü olduğunu; olağan döneme özgü hususların Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş olmasının, Anayasa’nın başat kurallarından olan “*maddi varlık*” şartını sağlanmamasına sebebiyet verdiğini, bundan dolayı da olağan dönemlerde madde 15 esas alınarak ölçülülük ilkesinin denetimin yapılamayacağını savunmaktadırlar (Gözler, 2000, s.200).

¹⁰⁰ 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu. (1991). *T. C. Resmi Gazete*, 20843 *Mükerrer*, 12 Nisan 1991.

¹⁰¹ AYM., 6.1.1999 gün, E.1996/68, K.1999/1, RG. 19.1.2001, 24292.

bünyesinde “*insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza yaptırımının konulması olanağı yoksa da bu ilkenin hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımının, suçun ağırlığı ile orantılı olarak belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından kesin bir sınır teşkil edeceği düşünülemez.*”¹⁰² İfadesine yer verildiği karardan da anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin, orantılılık alt ilkesini baz alarak denetimde bulunmuş ve kararını bu doğrultuda vermiştir. Bu gelişmeler ekseninde Oğurlu, ölçülülük ilkesinin uygulanması için anayasal bir norm haline gelmesini lüzum olmadığını belirten görüşlere kısmen katıldığını dile getirmekle birlikte; ilkenin Anayasa’da yer bulmasıyla birlikte, yargılamada daha etkin kullanılacağına ve koruyuculuk görevinin güçleneceğine kanaat getirmektedir (Oğurlu, 2002, s.43).

Ölçülülük ilkesinin, Anayasa’da kendisine yer bulup; pozitif bir temele dayanması sonucu, varlığına ve uygulanmasına dair tereddütler de bertaraf edilmiştir. Üstelik bu durum, temel hak ve özgürlüklerin yasada yer almasının önemini vurgulayan ve bunlara getirilen sınırlamaların, kullanımlarını engellemekten ziyade kolaylaştırır nitelikte olduğunu savunan hâkim görüşe de uyumluluk göstermektedir. Elbette, ölçülülük ilkesinin öncesinde, temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların sınırı, bunların özlerine müdahale noktasıdır (Bilgen, 1996, s.48). Anayasa Mahkemesi, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu¹⁰³ ile alakalı bir hükmünde, öze müdahale ölçütüne ile ilgili: “*Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi suretle güçleştirici ve amaca ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte olmadıklarından hürriyetin özüne dokunulmadığı meydandır.*” Açıklamasını yaparak ne türde, nitelikte ve derece yapılan sınırlamanın bir hak ya da özgürlüğün özüne dokunmuş olarak değerlendirileceğine açıklık getirmiştir (Soysal, 1979, s.144-145). Diğer bir ifade ile bir hak ya da hürriyetin amacına uygun şekilde kullanılmasını azami derecede güçleştiren ya da kullanılmasını men eden bir sınırlamanın, ilgili olduğu hak ve hürriyetin özüne müdahale eder nitelikte olduğu sonucunu doğurmaktadır (Turhan, 1991, s.402). Öte yandan Anayasa Mahkemesi, bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının denetlenmesi için öncelikle, ilgili düzenlemenin hakkın özüne dokunmamış olması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre öze dokunur nitelikteki bir sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine evleviyetle aykırı olacağından söz konusu ilkeler bakımından ayrıca bir denetim yapmaya lüzum olmayacaktır¹⁰⁴.

¹⁰² AYM., 12.8.1971 gün, E.1970/22, K.1971/20, AMKD, S. 10, s. 18

¹⁰³ 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu. (1983). T. C. Resmi Gazete, 18185, 8 Ekim 1983.

¹⁰⁴İlgili AYM kararları için bakınız: AYM., 15.03.2017 gün, E.2016/165, K.2017/76, RG. 13.04.2017-30037, AYM., 14.12.2016 gün, E.2016/36, K.2016/187, RG. 13.1.2017, 29947 ve AYM., 10.02.2016 gün, E.2015/96, K.2016/9, RG. 23.02.2016, 29633.

Ölçülülük ilkesinin pozitif temele kavuştuğu Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesi incelendiğinde ise temel hak ve hürriyetler hususunda AİHS'nin esas alındığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, Anayasa'nın 13, 14, 19, 20, 21, 26, 31, 34, 36 ve 38. maddelerinin değişiklik gerekçelerinin temelinde de yine AİHS veya eklerinin yer aldığı vurgulanmıştır. Belirtmek gerekir ki değişiklik öncesi döneme tekabül eden ve ölçülülük ilkesini çağrıştıran düzenlemeler dikkate alındığında; söz konusu düzenlemelerin de AİHS'ye ve AİHM içtihatlarına uyum gösterdiği sonucu ortaya çıkmaktadır (Oğurlu, 2002, s.45).

Anayasa'nın değişiklik öncesi 13. maddesi devletin, ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, milli güvenliği, kamu düzenini, genel asayiş, kamu yararını, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması hususlarını içeren ve haliyle tüm temel hak ve özgürlükler için uygulanacak olan bir kısım genel nitelikli sınırlandırma gerekçelerini ihtiva etmekteydi. Yapılan değişiklik ile söz konusu genel sınırlama nedenleri, ilgili maddeden çıkarılarak; yerine *“Temel hak ve hürriyetler, özerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir.”* İbaresı eklenmiştir. Böylece, değişiklik öncesi; kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın korunması gibi genel gerekçelerle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesine hükmedilirken; değişiklik sonrasında, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetleri esas alan 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 34. maddelerine atıfta bulunularak; sınırlandırma gerekçeleri genel nitelikli olmaktan çıkarılıp; özel nitelikli hale getirilmiş ve en nihayetinde sınırlandırma ilkeleri meydana gelmiştir (Vuraldoğan, 2007, s.58 ; Fendoğlu, 2002, s.135 ; Aliefendioğlu, 2002, s.143-144).

Anayasa Mahkemesi'nin aldığı kararlarda, Anayasa değişikliği öncesine isabet eden dönemde dahi ölçülülük ilkesini gözetiliyor olması ilkenin, pozitif anayasal temele sahip olması hususunda öğretide çeşitli görüşlerin doğmasına sebep olmuştur. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin, değişiklikten evvel de bazı kararlarını, ölçülülük ilkesine dayandırmasının, söz konusu değişikliğin, ilkenin uygulanması hususunda herhangi bir yenilik getirmediğine dair savların doğmasına zemin hazırlamıştır (Bulut, 2001, s.60-61 ; Fendoğlu, 2002, s.133). Öte yandan, ölçülülük ilkesinin, Anayasa'da açıkça yer almasının, temel hak ve hürriyetlerin korunması bağlamında olumlu bir değişiklik olduğunu savunanlar olduğu gibi; ilkenin Anayasa'da yer almaması durumunda, yasa koyucu tarafından dikkate alınmayacağı; bu sebepten, ilgili düzenlemenin yerinde olmasının ötesinde geciktiği fikrinde olanlar da mevcuttur (Tülen, 2001, s.200 ; Oğurlu, 2002, s.48). Ayrıca ölçülülük ilkesinin Anayasa'da yer alması ile Anayasa Mahkemesi'ne tanınan alanın genişlediği yönünde fikir beyan edenler de vardır (Aliefendioğlu, 2002, s.144).

Sınırlamanın sınırının tayin edilmesinde önemli bir kriteri teşkil eden ölçülülük ilkesi, somut olarak Anayasa’da yer almazdan evvel de başta yargı olmak üzere, yürütme organı ve idarece de dikkate alınması zorunlu olan bir takım katı sınırlamaların bünyesinde kendine yer bulmuştur. Bu sınırlamalardan da kısaca bahsetmek gerekirse: ilk sırayı yaşama hakkı, din, vicdan ve düşünce özgürlüğü, işkenceden emin olmak hakkı, kişinin bedensel bütünlüğünün korunması hakkı gibi her ne suret ve amaçla olursa olsun sınırlandırılmaya konu edilemeyecek haklar ve özgürlüklerle ilgili kaideler gelmektedir. Anayasaca güvence altına alınan ve mutlak haklar olarak nitelendirilen bu hakların yanında, bunlar kadar katı olmamakla birlikte yine Anayasa tarafından birtakım ilave güvenceler verilerek alabildiğince sınırlandırılmasının önüne geçilen başka bazı haklar da mevcuttur. Bu kapsama giren, dernek kurma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı, basın özgürlüğü gibi haklara dair yasal düzenlemeleri, ölçülülük ilkesi öncesi getirilen ve sınırlamanın sınırını teşkil eden kaidelere örnek vermek mümkündür (Oğurlu, 2002, s.49-50).

Ölçülülük ilkesi öncesinde, sınırlamanın sınırını teşkil eden diğer anayasal kurallar, Anayasa’nın 2. ve 3. maddelerinin değiştirilmesinin ötesinde; değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğine dair hükümleri içeren Anayasa’nın 4. maddesi ve Anayasa’ya aykırı kanun çıkarılamayacağını hükmeden 11. maddesince ihtiva edilmektedir. Ayrıca kanun koyucunun, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, bahsi geçen sınırlar dahilinde de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma gerekçesi olarak kabul edilen “*kamu yararı*” ölçütünü gözden ırak tutmaması gerekmektedir (Oğurlu, 2002, s.50-51).

Yukarıda geçen ve sınırlandırmanın sınırını teşkil eden normların sonuncusu ise hakkın özünde dokunmama ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma kriterlerinin akabinde uygulanan ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesi denilince, idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılması anlaşılsa da öncelikli olarak, yetkisi sınırlandırılan kurum esasında yasama erkidir. Zira idareyi oluşturan tüm kurumlardan evvel, yasama organının, yapacağı düzenlemeleri hayata geçirirken ölçülü ve makul olması gerekmektedir.

2001 yılında yapılan anayasa değişikliği sonrası, anayasal bir norm halini alan ölçülülük ilkesi, ilgili olduğu maddeye eklenen “*öze dokunma yasağı*” kıstası¹⁰⁵ ve değişiklik öncesinde de var olan “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*” hükümleriyle birlikte etkin bir

¹⁰⁵Literatürde, değişiklik öncesi 1982 Anayasa’sının öze dokunmama kriterini ihtiva etmemiş olmasına rağmen, temel hak niteliğinde olan öze dokunmama ölçütünün yok sayılamayacağı görüşü de mevcuttu (Uygun, 1992, s187) Üstelik AYM, değişiklik öncesi dönemde verdiği bazı kararlarda (Örneğin: AYM., 23.06.1999 gün, E:1999/33, K.1999/51, RG. 29.06.2000-24094 ve 19.07.2001 gün, E:2001/303, K:2001/333, RG. 15.09.2001-24524) verdiği “*...Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaştığı kabul edilemez*” hükmüyle, 2001 değişikliği öncesi ilgili Anayasa maddesinde öze dokunma yasağına verilmemiş olmasına rağmen öz ölçütünü demokratik toplum düzeninin vazgeçilmez unsuru olarak gördüğünü aşikar etmiştir.

denetim hüviyetine kavuşmuştur. Nitekim temel hak ve özgürlüklere müdahalenin azami sınır düzeyini belirleyen bu kıstaslar, ölçülülük ilkesinin de aranacağı en son sınırını teşkil eder hale gelmişlerdir (Oğurlu, 2002, s.51-52).

Yukarıda, yapılan bir sınırlandırmanın, bir temel hak ve özgürlüğün kullanılmasını yasaklıyor ya da örtülü olarak kullanılamaz hale getiriyor veya o hak ve özgürlüğün amacının gerçekleşmesine mâni oluyor veyahut söz konusu hak ve özgürlüğü etkisiz kılıyorsa özüne dokunuyor olarak nitelendirileceğinden bahsedilmişti (Özbudun, 2011, s.115). Konuya dair bir Anayasa Mahkemesi kararında: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na (İYUK), 3622 sayılı Kanun¹⁰⁶ ile eklenen Ek 3. maddenin, Anayasa'ya aykırılığını incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi, itiraza konu ek madde ile eklenen *“Kanunlarda, bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri nezdinde itiraz edilebileceği belirtilen işlemlere karşı ilgililer tarafından işlemin tebliğinden itibaren 7 gün içinde bu kanunun yetki kurallarına göre davaya bakmaya yetkili olan İdari Yargı merciine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece tesis edilen işlemin yürürlüğünü durdurmaz. İtiraz halinde mahkemece evrak üzerinden inceleme yapılarak itirazın mahkeme kayıtlarına intikal tarihinden itibaren en geç bir ay içinde karar verilir. İtiraz üzerinde mahkemece verilen kararlar kesin olup, bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz.”* Biçimindeki hükmün, İdari Yargı'da ortaya çıkan uyuşmazlıkların hızlıca sonlandırılmasını amaçladığı belirtilmekle birlikte; bireysel fayda ile toplumun çıkarları arasında muhafaza edilmesi gereken dengeyi bozacağına, hak arama hürriyetini, özüne müdahale edici nitelikte sınırlandıracağına, idarenin yargısal denetimini daraltacağına ve bunların da hukuk devleti ilkesini zedeleyeceğine kanaat getirerek iptal etmiştir¹⁰⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin öze dokunur nitelik taşıdığı gerekçesiyle iptal yönünde hüküm verdiği bir diğer kararında, iptali istenen: Türk Eczacılar Birliği Yardımlaşma ve Dayanışma Sandığı Yönetmeliği'nin 58. maddesinde geçen *“Bu sandığa birlik azasının hepsi kaydedilmeye ve vecibelerini yerine getirmeye mecburdur.”* İfadesidir. Anayasa Mahkemesi, karar metninde¹⁰⁸, ölçülülük ilkesine sıklıkla değinmekle birlikte; ilkenin tatbiki için ilgili düzenlemenin öncelikle hakkın özüne dokunmaması gerektiğini belirtmiştir. İptale konu olayda ise sandık üyeliğinin, yalnızca bazı konularda ek güvence sağlayan ve başat gayesi özel çıkarları korumak olmasından dolayı özellik hukuk niteliği ağır basan bir müessese olduğunu tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, özel hukuk kurallarına tabi olduğunu belirlediği yardımlaşma sandığı üyeliği hususunda; irade hürriyetinin mevcut olması gerektiğini, bunun da Anayasa'daki karşılığının

¹⁰⁶ 3622 Sayılı 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun Bazı maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun. (1990). T. C. Resmi Gazete, 20488, 14 Nisan 1990.

¹⁰⁷ AYM., 1.10.1991 gün, E.1990/40, K.1991/33, RG. 7.2.1992-21135

¹⁰⁸ AYM., 8.10.2015 gün, E.2014/126, K.2015/86, RG. 22.10.2015-29510

sözleşme özgürlüğü olduğu açıklamalarında bulunmakla birlikte; ilgili düzenlemede: kişi iradesinin gözetilmesinin zorunluluğuna rağmen, dikkate almamasının; sözleşme hürriyetine yönelik olduğunu ve söz konusu düzenlemenin de bu hakkı kullanılamaz hale getirdiği kanaatine varmıştır. En nihayetinde ilgili düzenlemeyi, sözleşme hürriyetinin özüne dokunduğu ve Anayasa’da belirtilen öze dokunma yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir¹⁰⁹.

Bazı durumlarda, öze dokunma kavramının sınırları ile ölçülülük ilkesinin sınırlarının birbiri içerisine girmesi kaçınılmazdır. Zira daha önce de belirtildiği üzere, ölçülülük ilkesine aykırı bir sınırlandırmanın, hakkın özüne de dokunmuş olması ihtimal dahilinde olmakla beraber; aşırıya kaçmış bir sınırlandırma, hak üzerinde yukarıda sözü edilen sonuçlardan birini doğurmuş ve haliyle hakkın özüne dokunmuş ise halihazırda ölçülülük ilkesini de çiğnemiş olmaktadır. Netice itibarıyla hakkın özüne müdahale eden her bir sınırlandırma, aynı zamanda ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil etmekte iken; ölçülülük ilkesini ihlal etmiş olan bir sınırlandırmanın, hakkın özüne dokunmuş olması sonucu her zaman gerçekleşmemektedir. Bu sebepten, her iki ilke de ayrı ayrı değerlendirilmeli, bunu yaparken de öncelikle sınırlandırmanın hakkın özüne dokunup dokunmadığı tespit edilmelidir. Nitekim, hakkın özüne dokunan bir sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine aykırılığı da söz konusu olacağından; ilke denetimine lüzum görülmeden ilgili düzenlemenin hukuka aykırılığına karar verilebilecektir¹¹⁰.

Ölçülülük ilkesine dair bir diğer değerlendirmede: “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*” ve “*öze dokunma yasağı*” kıstaslarının temel hak ve hürriyetlerin azami sınırlandırma haddini gösterdiği; ölçülülük ilkesinin ise amaca ulaşmak için sınırlandırmanın mümkün olan en asgari düzeyde tutulmasını öngördüğünü belirtmektedir. Ölçülülük ilkesi, Alman öğretisinde ve FAAM içtihadında da düşmanın son hatta gelmeden; ilk hatta durdurulması olarak nitelendirilmekte ve sınırlamanın hakkın özünden önceki bir alana uygulanmasını esas alınmaktadır (Sağlam, 1987, s.145).

Türk Anayasa Yargısı uygulamalarında ölçülülük ilkesi varlığı, “*hakkın özü (öze dokunma yasağı)*” ilkesinden sonra “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ölçütlerinden önce aranmaktadır. Burada, “*hakkın özü*”, sınırlandırmanın nihai sınırının belirlenmesinde esas ölçütü teşkil edip; dokunulamaz nitelikteki alanın belirleyicisi olmakta iken, “*demokratik toplum gerekleri*” ölçütü ise ölçülülük ilkesinden önce devreye giren; bir ilkedir (Sağlam, 1987, s.111 ; Uygun, 1995 , s.167). Anayasa Mahkemesi de ancak hakkın özüne dokunulmaksızın, diğer bir

¹⁰⁹ Konuya örnek teşkil edecek bir diğer AYM kararı için bakınız: AYM., 10.02.2016 gün, E.2015/96, K.2016/9, RG. 23.02.2016-29633.

¹¹⁰Bu görüşü destekler nitelikteki AYM kararları için bakınız: AYM., 22.10.2015gün, E.2013/1, K.2014/161, RG. 11.11.2015-29529, AYM., 22.10.2015 gün, E.2015/10, K.2015/93, RG. 07.11.2015-29525,

ifade ile öze dokunma yasağına riayet edilerek hayata geçirilmiş bir düzenlemeyi, ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkeleri açısından denetime tabi tutmaktadır. Nitekim yukarıdaki kararlarında¹¹¹ da belirttiği üzere Anayasa Mahkemesi, hakkın özüne dokunan -hakkı ve özgürlüğü kullanılmaz hale getiren- sınırlamaları, ölçülülük ilkesi açısından denetlemeye lüzum dahi görmeden; onun hem hakkın öze dokunma yasağını hem de ölçülülük ilkesini ihlal ettiğine kanaat getirerek ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir. Belirtmek gerekir ki hakkın özüne müdahale eden bir düzenleme pek tabii Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğinden; o düzenlemenin ayrıca ölçülülük ilkesi denetimine konu edilmesi, ilkedan beklenen faydanın sağlanamayacağı, beyhude bir girişimden öte gidemeyecektir. Değnilen kararında¹¹² da görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi de sınırlandırmaların Anayasa'ya aykırılığını denetlerken, öncelikle öze dokunma yasağı kıstasını esas almakta; söz konusu sınırlama, hakkın özüne müdahale eder nitelikte değil ise ilgili düzenlemeyi ölçülülük ilkesini tüm alt ilkeleriyle birlikte denetime tabi tutmaktadır (Uygun, 1995, s.167).

2.7.2. Türk İdare Hukuku Açısından Ölçülülük İlkesi

Çalışmanın esasını, Vergi Ceza Hukuku kapsamında verilen cezaların yüksek yargı organları kararları açısından değerlendirilmesi oluşturduğundan, bu aşlık altında öncelikle ölçülülük ilkesinin genel olarak Türk idare hukukundaki yeri ve önemine değinilecek; akabinde bir yüksek yargı organı olarak Danıştay nezdinde ilkeye dair açıklamalarda bulunulacaktır.

2.7.2.1. Genel Olarak

Ölçülülük ilkesinin, başta kamu hukuku olmak üzere, hemen hemen tüm hukuk dalları tarafından kabul gördüğü ve temel bir ölçüt olarak baz alındığı söylenmektedir. Ancak ilkenin, işlevsel açıdan en yoğun kullanıldığı alanların başında; serpidiği iddia edilen alan olan İdare Hukuku gelmektedir (Erdem, 2013, s.972). Zira idari faaliyetlerin hukuka uygunluk şartı ve idarenin kanuniliği ilkesi, idareyi, kanunlar ve diğer hukuksal düzenlemeler çerçevesinde hareket etmeye zorlamaktadır. Üstelik kanunların yasama organı, tüzüklerin ise yürütme organınca çıkartılıyor olması, idarenin tabi olduğu bir takım düzenleyici işlemlerin, kendi dışında şekillenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, idari işlemleri görünüşte hukuka uygun kılsa da her idari işlemin her zaman ölçülü olacağı anlamına da gelmemektedir. Diğer bir ifade ile idari işlemler her zaman, hukuka uygunluk kriterinin bir nev'i olan, ölçülülük ilkesine uygun

¹¹¹AYM., 1.10.1991 gün, E.1990/40, K.1991/33, RG. 7.2.1992-21135

¹¹²AYM., 1.10.1991 gün, E.1990/40, K.1991/33, RG. 7.2.1992-21135

olmayabilmektedir. Ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eden idari düzenlemelerin de Anayasa Yargısı aşamasında iptal edilmesi gerekmektedir. Böylece idare, ölçülülük ilkesine aykırı düzenlemeleri yüklenmekten kurtulabilecektir (Oğurlu, 2002, s.55).

Çalışmanın önceki bölümlerinde de bahsedildiği üzere, bağımsız bir ölçüt olan ölçülülük ilkesinin, Türk İdare Hukuku'na sirayeti Anayasa Yargısı marifetiyle gerçekleşmiştir. Diğer bir ifade ile daha sonra Türk hukuk sisteminin bütününe işleyen ilkeye dair ilk kararlar Anayasa Mahkemesi tarafından verilmeye başlamıştır.

Sosyal düzeni ihlal eden “*vahim*” nitelikli ihlallere karşı uygulanan, tenkil amaçlı ceza yaptırımlarında olduğu gibi; söz konusu yaptırımlara konu olan fiillere nazaran daha hafif nitelikli ihlallere sebep olan eylemlere yönelik gerçekleştirilen; daha çok önleyici niteliğe sahip ve idare hukukunun konusunu oluşturan idari yaptırımların da doğan zarar ile orantılı olması gerekmektedir (Donay, 1970, s.425 ; Dönmezer ve Erman, 1976, s.337). Haliyle, idari yaptırım olarak sonuç doğuran bir idari işlem, ölçülülük ilkesi denetiminin İdare Hukuku'nda uygulanmasını sağlamaktadır. Denilebilir ki hafif nitelikli ihlallere karşı uygulanan idari yaptırımların, hürriyeti bağlayıcı nitelikte bir takım temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıran veyahut kullanılamaz hale getiren ağırlıkta olması, söz konusu yaptırımları ölçüsüz kılacaktır. Üstelik idarenin, hürriyeti bağlayıcı nitelikte ceza verme yetkisini de zaten haiz değildir (Özay, 1985, s.114).

Hakka ya da özgürlüğe getirilen kısıtlamaların Anayasaca yasaklanmamış bir amaca, diğer bir deyişle meşru bir hedefe yönelmiş olması zorunludur. Yasa koyucu, güdülecek amacın tespitinde ve bu amaca erişmek için kullanılacak aracın/araçların belirlenmesinde idareye nazaran daha geniş bir hareket alanına sahiptir. Zira idare, ancak pozitif düzenlemelerle sınırları tayin edilmiş alanda işlem yapma imkanını haizdir. Ancak söz konusu olan gerek yasal gerekse idari düzenleme menşeli bir araç olsun, mutlaka güdülen amaca ulaşmada elverişli, gerekli ve orantılı olmak durumundadırlar. Bundan dolayıdır ki, amaca ulaşmak için kullanılan önleme aracının, bu uğurda elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığına dair yapılacak bir ölçülülük ilkesi denetimi kapsamına, idare ve idarenin yetki aldığı yasal düzenlemeler de dahildir (Oğurlu, 2002, s.63).

Devletin üç büyük erkleri arasında, temel hak ve hürriyetleri en çok ihlal edenin yürütme ve dolayısı ile idare olduğu düşünülmektedir. Buna sebep olan en önemli etmen olarak da yürütmenin, yasama elinden çıkan düzenlemelerin uygulayıcısı konumunda olması gösterilmektedir. Zira yürütmenin kolu hüviyetindeki idare, idari işlemlerini icra ederken, bireylerle yüz yüze gelmekte ve yetkilerini kullanma usulü ve neticeleri olması gerekeni sağlamadığında, sıklıkla kişilerin hak ve hürriyetlerini zedelenmesine sebep olabilmektedir

(Oğurlu, 2002, s.64). Bu sebepten Anayasa, idarece getirilen kısıtlamaların olağanüstü dönemlerde dahi “*durumun gerektiği ölçüde*” yapılmasına hükmetmekte; diğer bir ifade ile sınırlandırmanın gerekli, elverişli ve orantılı olması; yani ölçülü olması gerektiğini düzenlemektedir (Tanör, 1990, s. 166).

İdari yaptırımlarda ölçülülük ilkesi dikkate alınırken, önlenmek istenen tehlike ile tatbik edilecek idari yaptırım arasında bir dengenin kurulması, diğer bir ifadeyle tehlike ile yaptırımı arasında makul bir ilişkinin varlığı esastır. Yaptırıma sebep olan kişinin sübjektif durumu ise ancak bahsi geçen dengenin sağlanması sonrası dikkate alınabilecek ve ancak o zaman uygulanacak müeyyidenin nev’ini ve şiddetini etkileyecek bir etken haline gelebilecektir. Netice itibariyle, yaptırım içerikli idari düzenlemeler, verilen zarar ile orantılı olmakla birlikte; ilgili kişinin sübjektif koşullarını dikkate alır nitelikte olmaktadır. Örneğin, Radyo, Televizyon Üst Kurulu’nun yerel bir televizyon kanalına, verdiği bir yanıltıcı haber dolayısıyla uygulayacağı yaptırımı belirlerken, sebep olunan zarar ile orantılı olmasının yanında, o kanalın maddi gücünü de dikkate alması beklenmektedir. Böylece ölçülülük ilkesinin hem orantılılık hem de elverişlilik unsuru sağlanmış olacaktır (Oğurlu, 2002, s.93-95).

Türk hukuk sistemi açısından ölçülülük ilkesi, anayasal bir norm niteliğini almazdan evvel, genel bir hukuk ilkesinden ibaretti. Bu niteliği ile ilke, hayatın belirli bir kısmını düzenleyen hukuki bir norm olarak değil; yalnızca öteki normlar yorumlanırken normatif olarak kapsamının tespitinde başvurulacak kurallar diziniydi. Ölçülülük ilkesinin bu hali, bir temel hak ve o temel hakka müdahalede bulunacak olan idarenin, müdahale sınırının tespitinde başvurulacak ve yasa koyucu ile idareyi yönlendirici nitelikte tali bir ölçütten ibaretti. Ancak ilke, anayasal bir norm halini almakla; bireylere, idare karşısında da objektif koruma sağlayan üst düzey bir kural hüviyetine bürünmüştür (Rumpf, 1993, s.46-47). Zira ilkenin somut bir anayasal norm halini alması, İdari Yargı hakimine, ilkenin uygulanmasında belirgin bir dayanak oluşturmuştur.

Ölçülülük ilkesinin, İYUK’ye işlenmiş olmamasına rağmen; Anayasa’da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmasının, uygulanmasındaki tereddütleri ve belirsizlikleri bertaraf etmek için yeterli olduğu görüşünü doğurmuştur. Nitekim bu görüşü savunanlara göre: ölçülülük ilkesi Anayasa’da yeterince açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlendiğinden, kanunlarda da ayrıca yer alması, kanun yapma tekniği bakımından yerinde bir uygulama olmayacaktır. Üstelik ilgili düzenlemenin açık olmadığı varsayılsa dahi; Anayasa Yargısı’nın ve Danıştay’ın değişikliğin çok öncesinden beri ilkeyi uyguluyor olması ve bunun sonucunda elde edilen deneyim ve oluşan içtihat, ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç bırakmadığı düşünülmektedir. Ancak, söz konusu durumların, ilkenin uygulanmasına dair çözüm sunsa da sunulan çözümün ancak geçici nitelikte

olacağı; asıl olanın ise yapılan Anayasa değişikliğinin yasal düzenlemelere işlenmesi olduğu yönünde karşıt savlar da ileri sürülmektedir (Oğurlu, 2002, s. 96).

Belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesinin Anayasa’da yer almasıyla *anayasal temel haklar rejimi* zenginlik kazandığı ancak da bu hususta, ayrıca *kanuni temel haklar rejiminin* oluşturulmasına da ihtiyaç olduğunu düşünen görüşler; kanun bazında uygulamanın lüzumsuzluğunu savunanlara nazaran ağırlıktadır. Söz konusu görüşlere göre: ölçülülük ilkesine dair düzenlemenin anayasal statüde ve haliyle üst bir norm niteliğinde oluşunun bireye sağlayacağı koruma aşikâr olmakla birlikte; kanun bazında düzenlemeye gidilmesi durumunda anayasal statüdeki bu norm nispeten somutlaşmış olacaktır. Zira kanuni temel haklar rejiminin oluşturulması ile sahip olunan temel hak ve özgürlüklerin kullanımına dair usuller belirtilecek ve bireyler, temel hak ve özgürlüklerine yapılan ihlallere ve tecavüzlere karşı daha belirgin bir korumaya sahip olacaklardır (Bilgen, 1996, s.48). Kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan bu tür müdahaleler, diğer bireylerden gelebileceği gibi idarenin kendisinden de kaynaklanabilmektedir. Haliyle ölçülülük ilkesinin, yasama organı kadar; günlük hayatın her noktasına sirayet eden ve aldığı kararlar yönlendirmelerde bulunan idare tarafından da benimsenmesi beklenmektedir. (Tanör, 1990, s.253).

Ölçülülük ilkesinin bireye, İdari Yargı aşamasında olduğu gibi idari başvuru aşamasında da koruma sağlayacağı kanaati hakimdir. Nitekim bir idari işlemdeki ölçüsüzlüğünün yargı yoluna gitmeden, idari başvuruya konu edilmesine mâni bir durumun olmadığı ve bu haliyle de uygulamanın, İdari Yargı öncesi bir öndenetim görevini üstleneceği düşünülmektedir (Bilgen, 1996, s.48).

Ölçülülük ilkesinin, anayasal bir norm haline gelmeden evvel dahi uygulanıyor olması, akabinde anayasal statüye kavuşması ve her iki dönemde de Anayasa Mahkemesi kararlarında doğrudan doğruya ölçü norm olarak kullanılması hallerinin gerek İdare Hukuku gerekse İdare Yargısı üzerinde tesiri olduğu düşünülmektedir (Erkut, 1996, s.110). Örneğin, Danıştay 5. Dairesi’nin 14.4.1988 tarihinde Anayasa’nın 13. maddesi ve gerekçesine dayanarak aldığı bir karar, söz konusu durum için örnek teşkil etmektedir. İlgili kararda, bu görüşün desteklendiği kısım ise:”*...anılan hükme göre, hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar demokratik toplum düzenine aykırı olmayacak; uluslararası sözleşmeler de ve bildiriler de bu konuda bir ölçü olarak kabul edilen ‘demokratik rejim’ anlayışı ile uzlaşılabilir bir nitelik taşıyacaktır. Getirilecek sınırlamalar öngörülen amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır.*” hükmüdür.

Temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı nitelikteki tedbirlerin şiddeti ile toplumun maruz kalacağı tehlike arasında makul bir ölçü olup olmadığını değerlendirmekle yetkili olan hâkim aynı zamanda, alınan tedbirin ile güdülen amaca erişmedeki elverişliliğini, gerekliliğini ve orantılılığını, diğer bir ifade ile ölçülülük ilkesine uygunluğunu denetlemekle yükümlü kılınmıştır (Metin, 2002, s.65).

Hâkimin, ölçülülük ilkesi denetimini üç aşamada neticelendirmesi gerektiği düşünülmektedir. Birinci aşama; ulaşılmak istenen amacın tespit edilmesidir. Amaç, açıkça belirtilmemişse, yorum usullerini kullanmak marifetiyle gün yüzüne çıkarılmalıdır. Belirlenen amacın Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi ikinci aşamayı teşkil ederken; üçüncü aşamada ise Anayasa'ya uygun olduğuna kanaat getirilen amacın, ölçülülük ilkesiyle uyumluluğu bağlamında; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık denetimine tabi tutulması söz konusudur (Aktaran: Oğurlu, 2002, s.96).

Ölçülülük ilkesi, bireylere ait hak ve özgürlüklerin sınırlarının korunması hususunda temel ölçüt teşkil etmesine rağmen; onlara sübjektif hak tanıyan bir norm özelliği göstermemektedir. Bununla beraber, genel nitelikte bir hukuk ilkesi olma vasfından dolayı, idareye de herhangi bir hak ve yetki de vermemektedir. Zira ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlüklerin kullanım alanı ile idarenin bu değerler üzerindeki müdahale edebilme serbestisi arasında bulunması gereken sınırı belirlemede dikkate alındığından, yalnızca kanun koyucu için değil; idare için de yönlendirici yardımcı ölçüt hüviyetine bürünmektedir (Oğurlu, 2002, s.96-97).

Anayasa'ya egemen olan ilkeler olarak sayabileceğimiz sosyal devlet, hukuk devleti gibi ilkeler gerek idarenin gerekse idare hakiminin kararlarında belirleyici rolü olan Danıştay kararlarını hem zenginleştirmekte hem de adil olması hususunda yönlendirici olmaktadır. Ölçülülük ilkesinin de bilhassa denetim açısından vereceği katkı sayesinde benzer bir rol üstleneceği düşünülmektedir. Örneğin, idarece uygulanan yaptırım, daha evvel belirlenen yasal sınırları aşacak derecede kısıtlama doğurmuşsa, buna sebebiyet veren idari işlem, sebep ve konu açılarından sakatlanırken; ölçülülük ilkesi de zedelenmiş olacak, hatta bu durumlarda ilke denetimine ihtiyaç dahi duyulmayacaktır. Ancak yaptırım, yasal sınırlar içerisinde kalmış olmasına rağmen üst sınırdan uygulanmış ise uygulama gerekçesini belirtmek zaruridir. Nitekim böylece ölçülülük ilkesi denetimin işletilmesine imkân ve kolaylık sağlanmış olunmaktadır. Zira kamu düzeninin muhafazasında ve/veya sağlanmasında alt sınırdan ceza verilmesi yeterli olduğu durumlarda: cezanın üst sınırdan verilmesi kanunen yerinde olmakla beraber ölçülülük ilkesinin gereklilik alt ilkesi açısından iptale konu olabilmektedir (Oğurlu, 2002, s.97-98). Belirtmek gerekir ki öngörülen en ağır cezanın verilmesi yasallık ilkesine uygun olsa da adaletin daha sağlam tecelli edebilmesi, yasallık denetiminden ziyade ölçülülük ilkesi denetimi ile mümkündür.

Sürekli gelişen ve değişen dünya düzeninde, hukuk kurallarının öngöremeyeceği durumların meydana gelmesinin doğallığı gerek idareye gerekse hakimlere yasalarla düzenlenmemiş olay veya konular karşısında karar verebilmeleri için serbesti tanınmasını zorunlu kılmıştır (Yayla, 1964, s.201). Takdir yetkisi olarak adlandırılan ve kanun ile idareye tanınmış olan bu serbesti, onlara daha esnek hareket kabiliyeti kazandırsa da bunun yasa ile belirlenmiş sınırlar içinde cereyan etmesi gerekmektedir. Söz konusu sınırları tayin eden düzenlemelerden biri olan ölçülülük ilkesi de idarenin takdir yetkisine yön veren sınırlarının belirlenmesinde büyük rol oynamaktadır. Bireye hukuksal koruma sağlayan ölçülülük ilkesiyle idareye yasayla tanınan takdir yetkisi de sınırlandırılmış olmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalede etkin olan ve her ikisi de yasadan doğan bu iki kurumun (takdir yetkisi-ölçülülük ilkesi) çatışması halinde oluşacak çıkmazın aşılmasının ise iki şekilde mümkün olabileceği öngörülmektedir. İlk yol: düzenlemelerden birini diğerinden normlar hiyerarşisinde üstün tutmak iken diğer bir yol da düzenlemeleri eş değer sayıp yararlar dengesi dikkate alarak birisine ağırlık vermektir (Rumpf, 1993, s.46).

2.7.2.2. Danıştay Kararları Açısından Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin anayasal bir kural haline gelmeden evvel de evrensel bir hukuk normu olarak Anayasa Mahkemesi kararlarına tesir etmiş olması ilkenin, İdari Yargı'da ve İdare Hukuku'nda kullanılmasını yüreklendirmiştir. İdari Yargı'nın üst mercii konumunda olan Danıştay'ın Anayasa değişikliği öncesi döneme ait kararları incelendiğinde ise tam anlamıyla olmasa da bir ya da iki unsuru bazında ölçülülük ilkesi denetimine başvurduğu görülmüştür. Bu hususta 1970'lere kadar geçmişe gidildiğinde Danıştay'ın, özellikle orantılılık ilkesi denetimine sıklıkla müracaat ettiği ve ölçülülük ilkesi olarak addetmese de olsa içerik itibarıyla ilke denetimini kısmen gerçekleştirdiği ortaya çıkmaktadır (Oğurlu, 2002, s.123-124).

Danıştay'ın ölçülülük ilkesi denetimini gerçekleştirdiği 1970 tarihli bir kararında¹¹³ dava, belediye encümeni tarafından, elektrik aboneliğinden alınan depozito tutarı belirlenirken; abone olma talebinde bulunan bankalardan 500.000 lira alınması kararını ihtiva eden yönetsel işlemin iptali için açılmıştır. Danıştay, kararında: söz konusu işlemin gerekçesiz olarak yapılmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmekle birlikte; depozito tutarının, kararında yer verdiği bir takım nesnel ölçütlerle tespit edilmesi gerektiğini ve davaya konu işlemde olduğu gibi depozitonun söz konusu ölçütlerle tespit olunandan daha fazla tutarda belirlenmesi durumunda, bu tutarın aşırı ve ölçsüz olacağına hükmetmiştir (Akıllıoğlu, 1983, s.41). Görüldüğü üzere bu karar, bugünkü

¹¹³ Danıştay 11. Daire, 24.Aralık 1970 Tarih ve E.1970/2401, K.1970/3088 Sayılı Karar.

manada ölçülülük ilkesinden ziyade günlük konuşma dilindeki “ölçüsüz” ifadesini içerse de kararın, muhteviyatı itibariyle ilkeye dair ilk örnekler arasında sayılabileceği düşünülmektedir (Oğurlu, 2002, s.124).

Danıştay’ın ölçülülük ilkesi denetimini gerçekleştirdiği davalara konu edilmiş olan işlemlerin çoğu disiplin hukuku alanındadır. Bu konuda Danıştay, idari yaptırımlardan elde edilecek sonuç ile idari yaptırıma sebep olan ihlaller arasında adil bir dengenin mevcudiyetini gözetmektedir. Yapmış olduğu ihlal gereği, okuldan uzaklaştırma cezası alması gereken bir öğrencinin okul ile ilişkisinin kesilmesi örneğinde¹¹⁴ olduğu gibi Danıştay, disiplin cezası ile cezayı gerektiren eylem arasında adil bir dengenin varlığını aramış ve idari işlemin (idari yaptırımın) sonucunun, olması gerekenden çok daha ağır öngörülmesini orantısızlık olarak değerlendirerek iptaline karar kılmıştır¹¹⁵. Danıştay’ın ölçülülük ilkesine dair ilk kararlarında ilkenin, diğer unsurları olan gereklilik ve elverişlilik ilkelerine müracaat etmeden sadece orantılılık denetimini uygulaması, ölçülülük ilkesi ile unsuru olan orantılılık (dar anlamda ölçülülük) ilkesinin bir tutulduğu, denetimin dar bir alanda, orantılılık adıyla gerçekleştirilmeye çalışıldığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır (Oğurlu, 2002, s.125-126).

Danıştay’ın eski tarihli bir diğer karında¹¹⁶ yer alan “*Devlet memuru olan davacıya, hizmetin özelliğine aykırı olan bu davranışı nedeniyle disiplin cezası verilmesi yerinde ise de suç ile verilen ceza arasında adil bir dengenin bulunması gerektiğinden, daha hafif bir ceza ile cezalandırılması hakkaniyet gereğidir.*” şeklindeki açıklamalardan da orantılılık ilkesi denetiminde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Danıştay’ın nispeten yeni sayılacak bir kararında ise ölçülülük ilkesi denetimi, bilhassa amaç-araç ilişkisi bağlamında derinlemesine gerçekleştirilmiş ve denetimin neticesi karara yön vermiştir¹¹⁷. İtiraza konu edilen olayda, düzenlenmesi planlan bir şenlik, iki karşıt grubun karşılaşmasına ortam hazırlayacağı gerekçesi ile Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 17. maddesine dayanılarak yasaklanmıştır. Ancak söz konusu madde de belirtildiği şekilde; açık, somut ve yakın tehlike durumu mevcut olmadığından; itiraza konu olay ancak ertelemeye sebep olabileceği ve ancak bu şekilde toplantı düzenleme hak ve özgürlüğünün özüne dokunulmamış

¹¹⁴ Danıştay 8. Daire, 5 Şubat 1990 Tarih ve E.1988/820, K.1990/1445 Sayılı Karar.

¹¹⁵ Aynı nitelikteki temyiz kararları için bakınız: Danıştay 12. Daire, 23 Şubat 2017 Tarih ve E. 2016/8855, K. 2017/461 Sayılı Karar, Danıştay 12. Daire, 26 Aralık 2006 Tarih ve E. 2003/3174, K. 2006/6690 Sayılı Karar, Danıştay 12. Daire, 21 Ocak 2016 Tarih ve E. 2012/5262, K. 2016/159 Sayılı Karar ve Danıştay 12. Daire, 16 Nisan 2014 Tarih ve E. 2013/3112, K. 2014/2759 Sayılı Karar.

¹¹⁶ Danıştay 8. Daire, 11 Aralık 1997 Tarih ve E.1995/3680, K.1997/3928 Sayılı Karar.

¹¹⁷ Danıştay 10. Daire, 15 Eylül 2008 Tarih ve E.2006/946, K.2008/6084 Sayılı Karar.

olacağı gerekçesiyle ilgili idari işlemin iptali için dava açılmış; davanın reddi üzerine de Danıştay'a müracaat edilmiştir.

Danıştay, ölçülülük ilkesinin düzenlendiği yasa metni olan Anayasa madde 13'ün içeriğine karar metnin de yer verdikten sonra, söz konusu madde metninde geçen “sınırlama” ibaresi için: *“belirli bir temel hak ve özgürlüğün norm alanı (güvence alanı) içinde var olan olanakların yasa koyucu tarafından daraltılmasının anlaşılması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, belli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları, onun sınırlandırılmasında sonra da devam etmektedir. Bu durum aynı zamanda, özgürlüklerin özüne dokunulmamış olduğunu da ifade etmektedir. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması veya özlerine dokunulması, bunlardan belirli bir süre yararlanılmaması veya kullanılmalarının olanaksızlaşması anlamına gelmektedir.”* açıklamasında bulunmuştur. Akabinde, ölçülülük ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kriterlerinden birini teşkil ettiğini ve ilkenin amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması; başka bir ifadeyle yapılan sınırlama ile bu sınırlamadan elde edilecek fayda arasında hakkaniyetli bir dengenin sağlanmasını gerekli kıldığını belirtmiştir¹¹⁸.

Danıştay, kararında: ölçülülük ilkesi denetiminin, sınırlama amacı ile bu uğurda kullanılan araç arasındaki ilişkinin aynı zamanda ilkenin unsurlarını da teşkil eden üç aşamada gerçekleştirildiğini açıklamıştır. Buna göre: tatbikine karar kılınan yasal önlemin, sınırlama amacına erişilmesinde elverişli olup olmadığının belirlenmesi (elverişlilik ilkesi); sınırlamada kullanılan aracın, amaca ulaşma ve demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından zorunlu olup olmadığının tespiti (zorunluluk ilkesi) ve araç ile amaç arasında ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığıyla ilgisine/ilgililerine ölçüsüz bir yük getirip getirmediğinin saptanması (orantılılık ilkesi) eylemlerinin bütününe ölçülülük ilkesi denetimini meydana getirdiğini ve sınırlamanın ölçülü olduğu sonucuna varabilmek için de tüm bu alt ilkelere uygunluğunun sağlaması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, itiraza konu olan, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki amacın: milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın, diğer bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla suç işlemenin önlenmesi iken; ilgili kanun hükmü söz konusu amaçların sağlanması için de toplantının ertelenmesini ya da yasaklanmasını öngörmektedir¹¹⁹. Haliyle, toplantının düzenlenmesi durumunda belirtilen amaçların gerçekleşmesi imkânsız hale gelecekse; ancak o zaman önleme araçlarının tatbiki zorunluluk arz edecektir. Bununla birlikte; alınan önlemin ölçülülük ilkesine uygunluğundan söz

¹¹⁸ Danıştay 10. Daire, 15 Eylül 2008 Tarih ve E.2006/946, K.2008/6084 Sayılı Karar.

¹¹⁹ Sınırlama amacı bu amaç uğruna kullanılacak araçlar Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, 17. maddesinde geçen “Bölge valisi, vali veya kaymakam, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın bir tehlike mevcut olması halinde yasaklayabilir.” hükmüyle belirlenmiştir.

edebilmek için önleme aracının uygulanması zorunluluğu tek başına kâfi gelmemekte; amaç ile araç arasında makul bir oranın var olması da gerekmektedir. En nihayetinde, her iki yasal önleme aracı da amaca ulaşmada elverişli olmakla beraber; itiraza konu olayda, açık, somut ve yakın tehlike oluşturacak bir durumun olmamasına rağmen; sadece toplantının, karşıt görüşlü grupların karşılaşmasına sebebiyet vereceği gerekçesiyle yasaklanmasının, ağır bir yaptırım olduğu; ertelenmesinin, sınırlama amacının gerçekleşmesinde yeterli iken yasaklama önlemine başvurulmasını ölçülülük ilkesine (Anayasa'nın 13. maddesine) aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşan Danıştay, itiraza konu işlemin iptaline hükmetmiştir¹²⁰.

Danıştay'ın gerek eski gerekse yakın tarihli kararları incelendiğinde öne çıkan kavramların başında; suç ile ceza arasında aranması beklenen “*makul ölçü*” ve “*adil oran*” kavramları gelmektedir. Söz konusu kavramlar dile getirilirken de ölçülülük ilkesinin (orantılılık alt ilkesi bazında) dikkate alındığı ve ilkeye aykırılık teşkil eden idari işlemlerin hukuka aykırı bulunarak iptal edildiği görülmektedir.

Netice itibarıyla Danıştay, ölçülülük ilkesine, özellikle orantılılık alt ilkesi özelinde ve daha çok disiplin hukuku alanında başvurmuştur. İlke denetimini yaparken de objektif değerlendirmelerle sebep, sonuç ve amaç unsurları arasındaki dengenin ölçülü olması gerektiğini belirtmiştir. Oğurlu'ya göre Danıştay'ın, gereklilik ve elverişlilik denetimini çoğu zaman ihmal ederek; sadece orantılılık denetimini yapması eksik bir ölçülülük ilkesi denetimi yaptığı anlamına gelmektedir (Oğurlu, 2002, s.130). Yakın dönem Danıştay kararları dikkate alındığında ise ölçülülük ilkesinin açıkça tabir edildiği kararlarında artış yaşansa da Yüksek Mahkeme'nin, ilkeye müracaat ederken genellikle başka ifadeler kullandığı görülmektedir (Erdem, 2013, s.997).

2.7.3. Yargıtay Kararları Açısından Ölçülülük İlkesi

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki azami haddi belirleyen ölçülülük ilkesi, bilhassa İdare Hukuku, Ceza Hukuku ve Devletler Genel Hukuku alanlarında kullanılmaktadır. Haliyle Danıştay gibi bir diğer yüksek yargı olan Yargıtay kararlarında da özellikle Ceza Hukuku kapsamında verilen cezalardan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde ölçülülük ilkesi denetiminde sıklıkla müracaat edilmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. maddesinde düzenlenen ve ceza yaptırımlarının taşınması gereken başat niteliklerinden olan, “... *İşlenen fiilinin ağırlığı orantılı ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*” kuralı, hem somut olay bazında cezayı tayin edecek olan yerel mahkeme hakimine

¹²⁰ Danıştay 10. Daire, 15 Eylül 2008 Tarih ve E.2006/946, K.2008/6084 Sayılı Karar.

yol göstermekte hem de uyuşmazlığın Yüksek Yargı'ya intikal etmesi durumunda Yargıtay'a, ölçülülük ilkesi denetiminin gerçekleştirmesi için hukuki zemin hazırlamaktadır. Nitekim Yargıtay, cezanın tayininde takdir yetkisini haiz olan hâkimin, suç için kanunda öngörülmüş olan azami ve asgari sınırlar dahilinde verdiği cezanın, hukuka uygunluğu hakkındaki kararını ölçülülük ilkesi denetimi vasıtasıyla vermektedir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, ölçülülük ülkesi 2001 Anayasa değişikliği ile birlikte anayasal norm hüviyetine kavuşmuş olsa da henüz kanunlar nezdinde bu statüyü haiz değildir. Ancak ilkenin anayasal norm niteliğinde olmasından kaynaklı, kanunlar nazarındaki üstün konumu, kanun metinlerinde yer alması dahi uygulanmasını pek tabii kaçınılmaz kılmaktadır.

Kanunlar nezdinde ölçülülük ilkesine özgü bir düzenlemeye henüz gidilmemiş olsa da 2001 yılı sonrasına tekabül eden bir takım kanun değişikliklerinin bu minvalde yapıldığı düşünülmektedir. Nitekim bir önceki paragrafta geçen ve ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilen madde 3/1, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (Mülga)¹²¹ yer almazken 2004 yılında yürürlüğe giren 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu tarafından ihtiva edilir olmuştur. Aynı amaç doğrultusunda, bazı hükümlerin Mülga Kanun'a nazaran daha ayrıntılı ve kapsamlı bir şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Öyle ki cezaların belirlenmesinde, faile özgü durumların dikkate alınması gerektiğini ve söz konusu durumların neler olduğunu düzenleyen madde 61'in, bahsi geçen durum için örnek teşkil ettiği düşünülmektedir.

Yapılan açıklamalar neticesinde, Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin de 3/1. maddesi gibi Yargıtay'a intikal eden uyuşmazlıkların çözümünde, ölçülülük ilkesi denetimine dayanak oluşturduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zira failin yaşı, akli durumu, sabıkalılık hali gibi durumlar, cezadan beklenen amaca ulaşıp ulaşılamayacağı ve failin ıslah olup olmayacağı hususlarında belirleyicilik arz ederken; aynı zamanda, ölçülülük ilkesinin unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyumun sağlanmasında da etkili olmaktadır. Örneğin, Kanunu'nun 142. maddesi, nitelikli hırsızlık suçu için üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Nitelikli hırsızlık suçundan yargılanan iki kişiden biri, söz konusu suçu ilk kez işlemekte ve bundan dolayı pişmanlığını bildirmekte iken; diğeri defalarca aynı suçtan hüküm giymiş bulunmakta ise failin ıslahı ve suça yeniden yönelmesinin engellenmesi gayesi çerçevesinde, her iki fail için de elverişlilik arz eden hapis cezasının, aynı zamanda cezanın miktarı bakımından, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun olup olmadığı fail nazarından değişiklik gösterecektir. Nitekim örnekte tanımlanan her iki fail için aynı miktarda cezaya hükmedilmesi halinde en az bir tane ölçülülük ilkesine aykırı durumun vuku bulmasına sebebiyet verilecektir.

¹²¹ 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), (1926). T. C. Resmi Gazete, 320, 1 Mart 1926.

Yargıtay'ın yukarıda geçen çıkarımları destekler nitelikteki bir kararında¹²²; yerel mahkeme hakiminin hırsızlık suçu için takdir ettiği ceza temyizen incelemiştir. Karar metninde Yüksek Mahkeme'nin, “5237 Sayılı TCK'nin “Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 3. maddesinde “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” denilmek suretiyle “Suç ve Cezada Orantılılık ve Ölçülülük İlkesi” benimsenmiştir.” şeklindeki açıklaması, madde 3/1'in ölçülülük ilkesi denetiminin gerçekleştirilmesi maksadıyla Anayasa'nın 13. maddesiyle bağlantıyı sağlayan bir köprü vazifesi gördüğü kanaatini perçinlemiştir.

Ayrıca Yargıtay, karar metninde¹²³, ölçülülük ilkesi denetiminin Türk Ceza Kanunu'ndaki kanuni alt yapısını teşkil eden madde 3/1'in, ilke denetimin tam manasıyla sağlanması için bir nevi tamamlayıcısı konumundaki madde 61'e de atıfta bulunarak; suç konusunun önem ve değerinin, temel cezanın tayininde kabul gören önemli kriterlerden olduğunu belirtmiştir¹²⁴.

Yargıtay'a intikal eden olayda, hırsızlık suçunun konusunu teşkil eden mal; 80.00 TL değere sahip bir bisiklet olsa da failin suçu işleme şekli ve özellikleri itibariyle yerel mahkemenin ceza vermeden vazgeçmeme yönündeki kararı Yargıtay tarafından uygun bulunmuştur. Ancak, malın değerinin az olmasından mütevellit, Türk Ceza Kanunu'nun 145. maddesi uyarınca sanığa verilen cezadan orantılılık ilkesiyle bağdaşır nispette ve makul bir oranda indirim yapılmamış olmasını yasaya ve haliyle hukuka aykırı bulan Yargıtay, ilgili mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir^{125,126}.

Ölçülülük ilkesi denetiminin gerçekleştirildiği bir diğer kararında Yargıtay; “...TCK 3. maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesi...” şeklinde ifade de bulunarak; açık bir şekilde Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesi ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkiyi ortaya koymuş ve verdiği bozma hükmünün gerekleri arasında verilen cezanın orantısız (ölçülülük ilkesine aykırı) oluşuna da yer vermiştir¹²⁷. Anlaşılmaktadır ki yerel mahkemelerce verilen kararın, hukuk alanında varlığını

¹²²Yargıtay On Üçüncü Ceza Dairesi, 12 Mart 2015 Tarih ve E.2014/36959, K.2015/4452 Sayılı Karar.

¹²³ Yargıtay On Üçüncü Ceza Dairesi, 12 Mart 2015 Tarih ve E.2014/36959, K.2015/4452 Sayılı Karar.

¹²⁴ Yargıtay, aynı karar metninde, itiraza konu olaya özgü olarak; Türk Ceza Kanunu'nun “Malın Değerinin Az Olması” başlıklı 145. maddesine de atıfta bulunmuş ve ilgili madde metninin; hırsızlık suçuna konu olan malın değerinin az olması durumunda; cezada indirim yapılabilmesi gibi; suçun işleniş şekli ve özellikleri dikkate alınarak cezalandırılmadan tamamen vazgeçilebileceğine hükmettiğine yer vererek; hakim, indirime gidebilmesi için malın değerinin az olmasının yeterli olduğunu ancak indirim miktarını tespit ederken, madde 3 hükümlerini dikkate alması gerektiğini; cezadan vazgeçme kararına hükmedecek ise malın değerinin az olması halinin tek başına yeterli olmadığını; buna ilaveten suçun işleniş şeklinin dikkate alınmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Yargıtay'a göre Türk Ceza Kanunu'nun 145. maddesi, her ne kadar hakime takdir yetkisi öngörse de hakim bu yetkisini keyfiliğe kaçmadan, somut olaya uygun şekilde, orantılı, yasal ve gerekçe göstererek yapmalıdır.

¹²⁵ Yargıtay On Üçüncü Ceza Dairesi, 12 Mart 2015 Tarih ve E.2014/36959, K.2015/4452 Sayılı Karar.

¹²⁶ Yargıtay'ın aynı nitelikli başka bir kararı için lütfen bakınız: Yargıtay On Yedinci Ceza Dairesi, 3 Mayıs 2017 Tarih ve E.2015/23013, K.2017/5233 Sayılı Karar.

¹²⁷ Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi, 11 Şubat 2014 Tarih ve E.2012/36256, K.2014/4199 Sayılı Karar.

sürdürebilmesi koşullarından bir tanesi, gerek Türk Ceza Kanunu 3. maddesi (ve ilgili diğer maddeler) gerekse doğrudan Anayasa 13. maddesi bazında olsun: ölçülülük ilkesi uygundur.

Cezanın suç fiiliyle orantılı olması dışında, kamu hukukunda, başta meşru müdafaa ve ıztırar hali gibi durumlar olmak üzere, uyuşmazlığa konu birçok durumun çözümünde de ölçülülük ilkesi denetimine başvurulduğu görülmektedir. Anayasa değişikliğinin akabinde, ölçülülük ilkesinin, kamu hukuku alanında uygulanmasına dair tereddütler bertaraf edilmiş; özel hukuk alanının ise hemen hemen her dalında ilke, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında başvuru başat kaideler arasında yerini almıştır (Oğurlu, 2002, s.29). Kazancı Hukuk Otomasyonu marifetiyle elde edilen ve ölçülülük ilkesi denetiminin gerçekleştirilip; hükme yansıtıldığı son on yılın Yargıtay kararları incelendiğinde; itiraza konu olan olayların, ağırlıklı olarak İş Kanunu¹²⁸ çerçevesinde yapılan fesih işlemlerinin ölçülülük ilkesine aykırılı olduğu; bundan dolayı işe iade istemlerini reddeden yerel mahkeme kararının iptali gerektiği yönünde talepleri içermektedir¹²⁹. Değerlendirmeye tabi tutulan kararların neredeyse tamamında Yargıtay'ın, itiraza konu fesih işlemini ölçüsüz bularak; söz konusu işlemi onaylayan mahkeme kararını bozduğu; feshi geçersiz kıldığı ve davacının işine iadesine hükmettiği görülmüştür. Netice itibarıyla; temel hak ve özgülerin korunmasında büyük önemi haiz olan ölçülülük ilkesinin, her ne kadar kanuni temel haklar rejimini haiz olmasa da bilhassa özel hukuk alanındaki etkinliğinin, oluşan ve istikrar kazanan içtihatla birlikte artış gösterdiği anlaşılmaktadır.

Ölçülülük ilkesi, Türk hukuk sisteminin tamamına egemen olan bir ilke hüviyetine kavuşmuş olsa da çalışmanın konusu gereği ve çalışma bütünlüğüne hanel gelmesi kaygısından ötürü, ilkenin

¹²⁸ 4857 Sayılı İş Kanunu, (2003). *T. C. Resmi Gazete*, 25134, 10 Haziran 2003.

¹²⁹ Örnek teşkil eden Yargıtay kararları için bakınız: Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 23 Ocak 2017 Tarih ve E.2017/639, K.2017/781 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 9 Kasım 2016 Tarih ve E.2016/13997, K.2016/19150 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 9 Kasım 2016 Tarih ve E.2016/13946, K.2016/19145 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 29 Haziran 2016 Tarih ve E.2016/11080, K.2016/13906 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 11 Mayıs 2016 Tarih ve E.2016/2575, K.2016/10588 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 11 Mayıs 2016 Tarih ve E.2016/2314, K.2016/10579 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 4 Mayıs 2016 Tarih ve E.2016/2305, K.2016/10018 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 13 Nisan 2016 Tarih ve E.2016/823, K.2016/8148 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 23 Mart 2016 Tarih ve E.2015/42411, K.2016/6949 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 18 Şubat 2016 Tarih ve E.2014/29293, K.2016/3137 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 17 Şubat Tarih ve E.2015/37498, K.2016/3446 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 17 Aralık 2015 Tarih ve E.2014/25637, K.2015/35796 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 14 Aralık 2015 Tarih ve E.2014/25613, K.2015/35340 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 2 Temmuz 2015 Tarih ve E.2015/15664, K.2015/23885 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 18 Mart 2015 Tarih ve E.2014/21298, K.2015/4936 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 22 Ocak 2015 Tarih ve E.2014/31724, K.2015/1912 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 27 Kasım 2014 Tarih ve E.2014/22074, K.2014/35926 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 13 Kasım 2014 Tarih ve E.2014/16418, K.2014/33973 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 24 Haziran 2014 Tarih ve E.2014/7930, K.2014/21403 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 16 Mart 2009 Tarih ve E.2008/36337, K.2009/6945 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 7 Temmuz 2008 Tarih ve E.2008/1943, K.2008/19011 Sayılı Karar, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 2 Haziran 2008 Tarih ve E.2007/38663, K.2008/13505 Sayılı Karar.

Yargıtay nezdindeki konumuna dair açıklamaların bu kapsamla sınırlı tutulmasının isabetli olacağına kanaat getirilmiştir.

2.8. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ AÇISINDAN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları dikkate alındığında, egemen olan ilkelerin başında; temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunma yasağı ve ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan orantılılık ilkesinin geldiği anlaşılmaktadır (Gölcüklü, 1990, s.264). Ölçülülük ilkesi, AİHM uygulamalarına Alman hukuk sistemi vasıtasıyla sirayet etmiş olsa da kısa sürede kabul görerek yaygın bir kullanım alanına kavuşmuştur. Öyle ki ilke, AB üyesi birçok ülkenin anayasa mahkemeleri tarafından iç hukukta; AİHM ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından da uluslararası alanda uygulanır olmuştur (Aktaran: Oğurlu, 2002, s.143-144). Pratikte AİHM, denetleme görevini icra ederken, AİHS'nin öngördüğü kamu düzeni ve güvenliği ile genel sağlık gibi sınırlama ölçütlerine yer vermekte; bunlara ilaveten ölçülülük, meşru bir amaç taşıma, makul olma, toplum için gerekli olma, orantılılık, öngörülebilirlik ve açık ve anlaşılır olma gibi ölçütlere de müracaat etmektedir (Memiş, 2000, s.131).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları açısından ölçülülük ilkesi: AİHS ile muhafaza altına alınmış olan bir hakkın, sınırlandırma amacına erişmek maksadıyla gerektiğinden fazla sınırlandırmaya maruz bırakmamak biçiminde algılanmaktadır (Aktaran: Oğurlu, 2002, s.143). Ayrıca AİHM, ölçülülük ilkesine bilhassa, demokratik toplum açısından değerlendirmeye tabi tutulan “*gereklilik*” alt ilkesi temelli denetimlerinde başvurmakta ve denetimin başlangıç noktasını olarak da burasını tayin etmektedir (Loucaides, 1995, s.197).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesi denetimine müracaat ettiği ilk kararı ise 23 Temmuz 1968 tarihli, kısaca “*Belgian Linguistic*” olarak addedilen “*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*” kararıdır¹³⁰. Ölçülülük ilkesi, zaman içerisinde AİHS'ye taraf olan devletlerin, takdir yetkisinden kaynaklanan farklı uygulamalarının AİHM tarafından denetlenir hale gelmesiyle, etkinliğin sağlanması maksadıyla tatbiki kaçınılmaz bir referans halini almıştır. Ayrıca ilke, AİHM içtihatlarının da tesiri ile AİHS'nin sağladığı korumadan faydalanılması hususunda başvuru genel bir kaideye dönüşmüştür (Dijk ve Hoof, 1990, s.81-82). Nihayetinde bugün, ölçülülük ilkesi denetiminin AİHM içtihatlarında kayda değer nispette yer tutar hale geldiğini söylemek mümkündür.

¹³⁰<http://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-223-Belgian-Linguistic-case-full-case.pdf> (E. T.: 20/11/2017).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ölçülülük ilkesini alt unsurlarıyla birlikte denetime tabi tutmakta; kılı kırk yararcasına hareket etmekte ve birçok unsuru denetime dahil etmektedir. Şöyle ki AİHM, sınırlamada kullanılan amaç ile sınırlama aracı arasındaki dengeyi incelerken, muhtemel durumlara karşı başkaca önlemlerin alınıp alınmadığını, önlemlerin kaldırılması söz konusu olduğunda karşılaşılabilecek durumların tespit edilip edilmediğini, önleme aracının uygulama şeklinin belirlenip belirlenmediğini, önlemenin ne nitelikte olduğunu, yaygınlığını, etki edeceği alanı ve olası zarar verici sonuçlarını dikkate almaktadır (Sunay, 2001, s.101). AİHM, AİHS’ye taraf olan devletlere takdir alanı tanımakla beraber, söz konusu takdir alanı ile AİHS’de öngörülen demokrasinin asgari standartları arasındaki keskin dengenin sağlanıp sağlanmadığını ölçülülük ilkesini kullanarak denetlemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ölçülülük ilkesi denetimini ince bir şekilde gerçekleştirse de ana hatları ile bakıldığında ilkeyi, çıkar çatışmaları arasında bir denge kurmak maksadıyla kullandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre, hedeflenen meşru amaç ile bu amaca ulaşmak gayesiyle müracaat edilen kısıtlayıcı araç arasında uygun bir oranın varlığı ve bunun yanında, kısıtlama neticesinde elde edile kamu yararı ile ilgili bireyin uğrayacağı zarar arasında bir dengenin mevcudiyeti aranmaktadır (Oğurlu, 2002, s.145).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde; ölçülülük ilkesine dair zengin bir içtihadın oluştuğu ve ilke baz alınarak verilen kararların zamanla artış gösterdiği anlaşılmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki AİHM, ölçülülük ilkesi denetimine dair tek tip uygulama yürütmemiş; kendisine intikal etmiş olan somut olayın özelliklerini dikkate alarak farklı uygulama şekillerine başvurmuştur. Ancak, ölçülülük ilkesi ile alakalı uygulama biçimi ne olursa olsun, denetim yaparken; “*adil bir denge*”nin var olup olmadığını her daim gözetmiştir. Öte yandan AİHM’nin ölçülülük ilkesi denetiminin yapıldığı kararları incelendiğinde; kararların tamamına yakınında, ilkenin öğretide geçen tanımına yer verildiği görülmektedir. Söz konusu tanımlarda: tatbik edilen önleme aracının elverişli, yeterli, makul ve orantılı olma gibi özellikleri yer alsa da uygulamada bu özelliklerin kimi zaman birine kimi zaman birkaçına başvurulmaktadır. Ayrıca dar anlamada ölçülülük ilkesi olarak da addedilen orantılılık ifadesi ise bazen ölçülülük ilkesi yerine kullanılırken bazen de ayrı bir ilke olarak kabul edilip uygulanmaktadır (Oğurlu, 2002, s.146-147 ; Oğurlu, 2001, s.507).

Yukarıda da bahsedildiği üzere AİHM, ölçülülük ilkesi denetimini yaparken alt ilkelerin birine, birkaçına ya da hepsine birden başvurabilmektedir. Ancak kararlarında, AİHS’nin farklı maddelerini de hukuksal dayanak olarak dikkate almakta ve tartışmaya konu etmektedir. Buna göre AİHS’ye taraf devletlerden birindeki yetkili bir organ ya da makamca yapılan bir uygulamanın, bu sözleşme muhafaza edilen temel hak ve hürriyetlerden birisini kısıtlaması

durumunda; bu kısıtlamanın sözleşmede yer alan meşru amaca/amaçlara erişmek için yapılıp yapılmadığının tespiti, denetimin birincil amacını oluşturmaktadır (Aktaran: Oğurlu, 2002 s.147-148). Daha sonra AİHM, sınırlandırmanın yasal olup olmadığını ve sınırlandırmada güdülen amaçları ortaya koymakta (Harris, O’Bole ve Warbrick, 1995, s.301); son olarak, güdülen amacın “zorlayıcı sosyal neden” den kaynaklandığının belirlenmesi durumunda da ölçülülük ilkesi denetimine başvurmaktadır (Loucaides, 1995, s.197).

Ölçülülük ilkesi ne AİHS’de ne de ek protokollerinde açıkça düzenlenmiş bir hüküm olup; ancak AİHS’nin bütününe değerlendirilmesi sonucu gün yüzüne çıkan bir hukuka uygunluk ölçütüdür (Metin, 2002, s.80). Bu durumun bilincine olan AİHM, ölçülülük ilkesini AİHS’de düzenlenen temel hak ve hürriyetlerinden üretmekle kalmayıp; ilkeyi, üstü kapalı olarak dahi olsa bahse konu edilmediği tüm hak ve hürriyetler alanında da kullanarak, uygulama alanını genişletmektedir (Gemalmaz, 1991, s.276-277).

Ölçülülük ilkesinin sarıh bir şekilde düzenlenmemiş olması, doktrinde farklı yorumlamaların doğmasına zemin hazırlamıştır. Örneğin Eissen, AİHS ve ek protokollerindeki ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilen maddeleri: ilkenin hafif örtülü şekilde düzenlendiği hükümler (örneğin, AİHS’nin 15. maddesi ile 8 ila 11. maddeler) ve potansiyel olarak ölçülülük kavramını barındıran hükümler (örneğin, 1. ek protokolün 1. maddesi) şeklinde iki sınıfa ayırmıştır (Aktaran: Metin, 2002, s.80). Eissen’in ayrımında olduğu gibi; AİHS’deki bazı maddeler, alınacak önlemlerin niteliğini “gerekli”, “zorunlu” ve “kesinlikle gerekli” olmalarına hükmederek doğrudan (Metin, 2002, s.80); bazıları ise yorum veya içtihat vasıtasıyla ölçülülük ilkesiyle ilişkilendirilip, ilke için hukuki dayanak oluşturmaktadır. Çalışmanın devamında, ölçülülük ilkesinde hukuki dayanak teşkil eden AİHS ve ek protokollerin ilgili maddelerine kısaca değinilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15 ile 18. maddelerinde dolaylı da olsa ölçülülük ilkesine yer verilmesiyle; yasama ve yürütme başta olmak üzere, AİHS’ye taraf devletlerin tüm organlarının yapacakları düzenlemelerde ve hayata geçirecekleri uygulamalarda ilkeye dair kurallara riayet etmeleri beklenir olmuştur. Söz konusu maddelerin muhteviyatına bakıldığında ise 15. maddede düzenlenen; savaş ve ulusun varlığına hanel getirici nitelikte başkaca genel tehlikelerin mevcudiyetinde, sözleşmeye taraf devletlerin, uluslararası hukuktan ileri gelen diğer yükümlülüklerine tezat oluşturmayacak şekilde ve madde metninde yer aldığı şekliyle “*durumun gerektirdiği nispette*” sözleşmede belirtilen yükümlülüklerle aykırı önlemler alabileceğine dair kural; olağanüstü hallerde yapılacak sınırlamaların dahi ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına hükmederek, ilke için açık hukuksal dayanak niteliğini almıştır. AİHM de söz konusu hal ve şartların sebep gösterilerek AİHS’de tanınan hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, durumun gerektirdiği nispette olup olmadığını ölçülülük ilkesi denetimi yaparak belirlemektedir

(Hakyemez, 2001, s.1301)¹³¹. Buna göre alınacak tedbirlerin en şiddetlilerine başvurmadan daha yumuşak nitelikte olanlarıyla çözüme kavuşmak mümkünse ve buna rağmen tercih daha şiddetli olandan yana ise ölçülülük ilkesine aykırı hareket ediliyor demektir (Gemalmaz, 1990, s.225).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 18. maddesinde ise Sözleşmece muhafaza altına alınmış olan temel hak ve hürriyetlerin, öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri dikkate alındığında “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*” ifadesinin, ölçülülük ilkesi denetiminin icrasına hukuksal bir zemin hazırladığı kanaatine ulaşılmaktadır. Örneğin, kural olarak kamu yararı amacı taşıması gereken bir kamulaştırma işleminin, yasal amaçlar haricinde (örneğin idari yaptırım olarak kamulaştırma yapılması, idareye gelir sağlamak amacıyla ya da yasa da öngörülmeleyen bir amaçla mülkiyet hakkının kısıtlanması) kullanılması, öngörülen yasal amaç dışında kullanıldığı sonucunu doğuracağı gibi gereklilik ve elverişlilik alt ilkeleri bazında ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Netice itibarıyla; “*öngörülen amaç*” ifadesi, gereklilik alt ilkesinin dolaylı da olsa bir göstergesi olmakta ve bu durum, AİHS'nin ilgili maddesinin ölçülülük ilkesi için hukuksal bir dayanak oluşturduğu kanaatini doğurmaktadır (Oğurlu, 2001, s.515 ; Oğurlu, 2002, s.159).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkraları, sözleşmede öngörülen hak ve hürriyetlerin “*demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ilkesi*” ile uyumluluk gösterecek şekilde ve ancak kamu yararının gerektirdiği durumlarda kısıtlanabileceğine hükmederek; ölçülülük ilkesine hukuksal dayanak teşkil etmektedir. Zira AİHM de yapılan sınırlamanın demokratik bir toplumda olması gereken kadar olup olmadığının denetimini ölçülülük ilkesine müracaat ederek gerçekleştirmektedir. Buna göre söz konusu haklara getirilecek sınırlandırmaların meşru bir amaca dayandırılması tek başına yeterli olmamakta; hedeflenen gayeye ulaşmada, gereken nispetten fazla olmamasını da zorunlu kılmaktadır. Diğer bir ifade ile sınırlamaların meşru ve zorunlu olması durumunda dahi bunların ulaşılacak istenen meşru amaç ile orantılı olması gerekmektedir (Metin, 2002, s.82).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihtiva ettiği hak ve hürriyetlerden, objektif ve mantıksal bir gerekçeye dayanmadığı sürece; hiçbir ayrıma tabi tutulmadan, eşitlik/ayrımcılık yasağı ilkesi gereği herkesin istifade edebilmesini düzenleyen Sözleşme'nin 14. maddesinin de ölçülülük ilkesine hukuki dayanak teşkil ettiği düşünülmektedir¹³². Nitekim AİHM'nin 1968 tarihli Belçika

¹³¹ Mahkeme, denetimini icra ederken 15. madde de düzenlenen “*kamusal tehlike*” ibaresine özellikle dikkat etmekte ve vatandaşların veyahut organize olmuş bir toplumun, yapısını etkiler nitelikteki “*olağanüstü, istisnai ve yakın tehlike*” oluşturacak hallerde, hayata geçirilecek kısıtlamaların ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını gözetmiş ve yapılan kısıtlamanın aşırı ve abartılı olmaması beklentisinde olmuştur (Aktaran: Oğurlu, 2001, s.504)

¹³² Esasında “*ölçülülük ilkesi*” ile “*eşitlik ilkesi*” farklı şeyler olsa da AİHM'nin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden durumların aynı zamanda ölçülülük ilkesi için de aykırı olduğu biçiminde, bu iki kavramı birbiriyle ilişkilendirdiği kararlarından ötürü, söz konusu maddenin ölçülülük ilkesine dayanak oluşturduğu ileri sürülmektedir (Aktaran: Oğurlu,

Dil Davasında verdiği “*Kullanılan araç ve güdülen amaç arasında ölçüsüz bir orantı olduğu tartışmasız tespit edilirse, bu halde 14. madde de ihlal edilmiş olur.*” hükmü söz konusu maddenin ilke için dayanak oluşturduğu görüşünü somut olarak ortaya koymaktadır (Doğru ve Nalbant, 2013, s.625).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Birinci Ek Protokolü’nün 1. maddesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusunda meydana gelen uyuşmazlıklarda, kamu yararının gerekleri ile temel hak ve hürriyetlerin muhafazasının zorunluluğu arasında uyumun sağlanması üzerinde durmaktadır. Söz konusu uyumun da ölçülülük ilkesi denetimi ile sağlanacağı kabul edildiğinden, yukarıda geçen maddeler gibi, bu maddenin de ölçülülük ilkesi için hukuki dayanak oluşturduğu sonucuna ulaşılmaktadır (Oğurlu, 2002, s.148 ; Oğurlu, 2001, s.511).

Son olarak; AİHS’nin 17. maddesinde öngörülen insan hakları ve demokrasi standartlarının, asgari düzeyde yerine getirildiği durumlarda, sözleşmeye taraf olan devletlerin, olağanüstü dönemlerde dahi, öngörülen bu güvencelerden daha az bir güvence alanı sağlayamayacağı; aksi hale sebebiyet verici işlem ve eylemlerin icra edilmesi durumunda ise bunların ölçüsüz olarak nitelendirileceği kabul edilmektedir. Bu yönüyle AİHS’nin 17. maddesinin de ölçülülük ilkesi için hukuki bir dayanak teşkil ettiği kabul edilmektedir (Hakyemez, 2001, s.1302). AİHM, AİHS’de bahsi geçen bu hükümleri esas alarak ölçülülük ilkesi denetimini gerçekleştirmektedir. Ayrıca, ölçülülük ilkesi için hukuki dayanak teşkil eden bu maddeler, belirgin olarak düzenlenmemiş olsa dahi AİHM, içtihat yoluyla ilkenin varlığını gün yüzüne çıkarmakta ve uygulamaktadır (Aktaran: Oğurlu, 2002, s.149).

2002, s.150). Ancak belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesi ile ayrımcılık yasağının bağdaştırılması kuramsal açıdan kuşku ile karşılanmış bir durumdur (Rumpf, 1993, s.31).

3. BÖLÜM: VERGİ CEZA HUKUKU AÇISINDAN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ölçülülük ilkesi, gerek vergi suçu ve vergi kabahati fiillerinin, suç ve kabahat ayrımından kaynaklanan nitelik farklarının kamu düzeni üzerinde sebep oldukları ihlal derecelerine uygunluğu bağlamında; gerek bunlar için öngörülen müeyyidelerin, özgülenen fiillere nazaran ağırlığı hususunda; gerekse söz konusu fiillere, kabahat açısından idarece; suç açısından ise mahkemece verilen ceza miktarları konusunda hukuka aykırı olup olmadıklarının tespitine imkân veren anayasal ölçüttür.

Çalışmanın bu bölümünde, ölçülülük ilkesine has kıstasların yasama ve yargı faaliyetleri ile idari faaliyetlere ne denli sirayet ettiğinin tespit edilmesi amaç edinilmiştir. Bu doğrultuda, vergi suçları ve vergi kabahatleri ayrımına gidilerek; yapılan soyut düzenlemelerin ve somut durumların, ölçülülük ilkesine uygunluğu, ilkenin unsurları bazında ayrı ayrı dikkate alınmış; değerlendirmeler ise Türk yüksek yargı organları kararları çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Nitekim ölçülülük ilkesine uygunluğun tespiti ancak yargısal denetimle mümkündür. Ancak bu kısma geçmeden evvel, yapılacak değerlendirmelerin dayanağını kuvvetlendirmek ve çalışmanın bütünlüğü açısından meydana gelebilecek eksiklikleri giderebilmek gayesiyle; ölçülülük ilkesinin Türk hukuk sistemine intikalini ve sistem dahilinde kökleşmesini sağlayan bazı hususlara yer verilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür. Bu amaçla, öncelikle Türk hukuk sistemin kökeninde var olan ya da sisteme dışarıdan entegre olarak ölçülülük ilkesine temel oluşturmuş konulara dair açıklamalarda bulunulmuş; bunların akabinde, yukarıda belirtildiği biçimde ilkeye dair değerlendirmelere geçilmiştir.

Çalışmada defaten dile getirildiği üzere ölçülülük ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na işlenmeden önce dahi Anayasa Mahkemesi kararlarının belirleyicisi olmuş ve onlara istikamet vermiş evrensel hukuki norm niteliğini taşımaktaydı. İlkenin, Türk hukuk sistemine ilk intikali ise Türkiye Cumhuriyeti'nin de kurucu üyelerinden olduğu Avrupa Konseyine mensup devletlerce düzenlenerek; 4 Kasım 1950 tarihinde İtalya'nın Roma kentinde imzalanıp; 3 Eylül 1953'de yürürlüğe giren ve tam adı İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme olan akdin ihtiva ettiği, mülkiyet hakkının muhafazasına dair hükümler marifetiyle gerçekleşmiştir¹³³. Ancak mülkiyet hakkına dair düzenlemeler, söz konusu sözleşmenin imza edilen ilk halinde mevcut değildi. Zira bahse konu tarihler İkinci Dünya Savaşı'nın hemen sonrasına tesadüf etmekte ve savaş kaynaklı iktisadi problemler

¹³³Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve sözleşme 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanunla onaylanarak; 8710 sayılı ve 19.03.1954 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir.

yaşanmaktaydı. Esasen, başat kuruluş amacı: savaşın sebep olduğu maddi ve manevi yıkımların telafisinde ihtiyaç duyulan uzlaş, güven ve iş birliği ortamını tesis etmek olan Konsey'in¹³⁴ - Konsey'e üye devletlerin-, mülkiyet hakkının muhafazasına yönelik önlemler almak gibi, çok büyük ve kapsamlı sorumluluk gerektiren bir yükün altına girmemesinin de dönemin şartları itibarıyla olağan karşılanabilecek bir durum olduğuna kanaat getirilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme), temel hak ve özgürlüklerin sağlanması hususundaki mücadelelerin en önemli kazanımları arasında yer alsa da İkinci Dünya Savaşı'nın sebep olduğu ekonomik yıkım, Avrupa'da mülkiyet hakkının kapsamının belirlenmesi sorunu ve haliyle mülkiyet hakkının muhafazasına dair bir düzenlemenin kabulünün yaratacağı külfet, Konsey üyesi devletleri, Sözleşme'nin imza edildiği dönemde, bu hakka yönelik bir düzenlemeyi hayata geçirmekten alıkoymuştur (Koçak, 2013, s.368). Ancak 20 Mart 1952'de Paris'te imzalanan ve 18 Mayıs 1954'de yürürlüğe giren “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek Protokol” isimli Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesiyle mülkiyet hakkının muhafazasına dair hükümler Sözleşme bünyesinde yerini almıştır^{135,136}.

Konseye üye devlet olarak Türkiye'nin de imzaladığı bu anlaşmalar, Türk hukuk sisteminin bağlayıcı kaynakları arasında yerini almaktadır. Nitekim daha önce de bahsedildiği üzere, Anayasa'nın 90/1. maddesinin ihtiva ettiği “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.” hükmü, anlaşmanın geçerlilik şartını belirlerken; 90/5. maddesinde düzenlenen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 Md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” hükmü ise hem uluslararası anlaşmaların kanun nezdindeki üstünlüğünü düzenlemekte hem de kişi hak ve özgürlüklerinin muhafazasında, ulusal bazda işletilen mekanizmalar yetersiz kaldığında; Anayasa'ya aykırılığı dahi ileri sürülemeyen uluslararası anlaşmalarca sağlanan koruma mekanizmalarının işletilmesinin teminatını oluşturmaktadır.

¹³⁴http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa (E.T.: 09.02.2018).

¹³⁵Türkiye imzaladığı bu anlaşmayı, yürürlüğe girmeden evvel 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile kabul edilen kanun marifetiyle onaylamış; söz konusu kanunun 19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanması ile de AİHS, Ek 1 No'lu Protokolü de kapsayacak şekilde “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun” adıyla yürürlüğe girmiştir.

¹³⁶AİHM, 1979 yılında gördüğü Marckx/Belçika davasında, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde marifetiyle korunan hakkın mülkiyet hakkı olduğunu belirterek mevcut ve olası kavramsal karışıklıkları bertaraf etmiştir. Nihayetinde, 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol ile de “mülkiyetin korunması” başlığı AİHS'de yerini almıştır (Sarı, 2006, s.2).

Haliyle Ek 1 No’lu Protokol’ün de ihdası ile mülkiyet hakkının muhafazasını da intikal eder hale gelen AİHS, temel hak ve hürriyetlerin korunmasında önemli bir ulusal üstü konuma kavuşmuştur.

Devletler mülkiyetin, kamunun menfaati doğrultusunda kullanılmasını temin etmek veya kamu harcamalarına finansman sağlamak üzere, kişisel mülkiyet kapsamındaki iktisadi kıymetlere dair birtakım önlemler alma haklarına sahiptirler. Söz konusu önlemlerin dikkate değer bir kısmını ise vergi ve vergi ceza politikaları kapsamında alınanlar oluşturmaktadır (Şimşek, 2010, s.324). Yasa koyucu eliyle hayat bulan bu önlemler, vergi kanunlarının ihdasından; vergilerin ve/veya cezalarının vergi idarelerince tahsil edilmesine kadar devam eden vergilendirme sürecinin her aşamasında, vergi ödevlilerinin mülkiyet haklarına müdahale edici nitelik taşımaktadır (Gümüştaya, 2010, s.103). Bahse konu önlemlerin mülkiyet hakkına müdahale edici bu niteliği ise yasal önlemin nesnesi konumundaki mükellefi; kişi hak ve özgürlükleri bakımından özne konumuna sokmaktadır. Zira mülkiyet hakkını düzenleyen AİHS’nin Ek 1 No’lu Protokolü’nün 1. maddesinin ihtiva ettiği *“Her gerçek ve tüzel kişinin, mal ve mülk dokunulmazlığına riayet edilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veyahut para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez.” şeklindeki hükümlerden de anlaşıldığı üzere düzenleme, ilgili devletlere: vergilerin, para cezalarının ve diğer katkıların tahsilinin sağlanması hususunda ihtiyaç duyduğu tüm önlemleri alma hakkı tanırken; aynı zamanda, alınacak önlemlere maruz kalacak olan bireylere de kalkan olmakta ve onlara, en temel haklarından olan mülkiyet hakkının¹³⁷ öznesi hüviyetini kazandırmaktadır (Şimşek, 2010, s.324).

Çalışmasında, konuyu vergisel açıdan ele alan Gemalmaz’a göre: uzun yıllardan beridir, gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonca (AİHK) gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından vergisel sorunlar ele alınagelmektedir. Ancak AİHK ve AİHM’nin, vergileme dair

¹³⁷ Madde metnin mülkiyet hakkı, mal ve *“mal ve mülk dokunulmazlığı”* olarak tanımlanmıştır. Belirtmek gerekir ki mal ve mülkten anlaşılması gereken yalnızca taşınır ve taşınmaz mallardan oluşan maddi varlıklar olmadığı; fikri mülkiyet ya da alacak hakları gibi fiziken var olmayan unsurların da mal ve mülk kapsamına dahil edilmesi gerektiği düşünülmektedir (Şimşek, 2010, s.326-327). Nitekim AİHM’nin, 23.02.1995 tarihinde, ödenmeyen vergi borcuna uygulanacak haciz işlemini konu edinen Gasus Dosier und Födertechnik GmbH/Hollanda davasında verdiği kararda, Ek 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinde yer alan *“mal ve mülk”* kavramının, fiziksel mallarının mülkiyeti ile sınırlı olmadığı; mal varlığını oluşturan diğer bir takım hak ve menfaatleri de kapsayan özerk bir anlamı olduğuna dair açıklamalarda bulunmuştur (AİHM, Gasus of Dosier ve Födertechnik GmbH/Hollanda, Başvuru no.: 15375/89, 23.02.1995).

uygulamaları, devletlerin kendilerine has egemenlik yetkisi kapsamında cereyan ettiğini kabul etmeleri; vergi salma ve salınan vergilerin toplanması hususundaki yetkilerine saygı göstermeleri onları, vergisel meselelere müdahale hususunda pasifize etmiş; vergisel problemlerin temelini araştırılmasında çekingen kılmıştır. Dönemin şartlarını göz önünde bulunduran Gemalmaz, Sözleşme'nin ilk imzalandığı halinde, mülkiyet hakkını barındırmamasını, bu nitelikte bir düzenlemenin devletlerin vergi salma ve toplama yetkilerini olumsuz yönde etkilemesinden çekinilmesine bağlamakta ve bu durumun Ek 1 No'lu Protokol'ün imzalanmasına kadar sürdüğüne kanaat getirmektedir (Gemalmaz, 2014, s.129).

Hükümlerini, tarihsel süreç boyunca edindiği tecrübelerin ışığında şekillendiren AİHM, vergiyi konu edinen kararları açısından da gerek mülkiyet hakkı gerekse adil yargılanma hakkı bağlamında olsun, yukarıda açıklanan pasif tutumundan kolayca vazgeçememiş ve bu tutumu, doktrinde uzun süre eleştiri konusu olmuştur. Günümüzde ise AİHM'nin bu tavrından sıyrıldığı görülmektedir. Bunun gerekçesi olarak da devlet yönetimlerinde şeffaflaşmaya gidilmesi, hesap verilebilirlik anlayışının yerleşmesi ve iyi yönetim kavramının benimsenmesi gösterilmektedir. Söz konusu gelişmelerin etkisi ile AİHM, artık vergilemeye dair işlemlerin, mutlak manada ilgili devletlerin yetkisi dahilinden sıyrıldığı; siyasi açıdan hatta yargısal bağlamda sorgulanamaz bir mesele olmadığı hususundaki görüşlerin etkisi altında kalarak; vergiye dayalı uyuşmazlıkların çözümünde daha etkin rol almaya başlamıştır. Üstelik AİHM, mülkiyet hakkı bağlamında, vergi aslının esasına dair etraflı değerlendirmelerde dahi bulunur olmuştur (Gemalmaz, 2014, s.129-130)¹³⁸.

Ancak AİHM kararları dikkate alındığında: devletlere, vergi ve haliyle vergi ceza politikaları uygulanması hususunda çok geniş takdir alanı tanıdığı anlaşılmakta (Yaltı, 2006, s.44) ve bu durumun da söz konusu niteliği haiz politikaların sosyal ve ekonomik açıdan arz ettiği önemin büyüklüğünden ileri geldiğine kanaat getirilmektedir. Ayrıca devletlere tanınan bu kapsamlı yetki AİHM'nin, vergi ve vergi ceza politikalarına dair tedbirleri, bariz bir şekilde yasal dayanaktan yoksun olduğu haller haricinde, sorgulamaksızın; kamunun menfaatine yönelik olduğunu kabul etmesi sonucunu doğurmaktadır (Grgic, Mataga, Longar ve Vilfan, 2007, s.7 ; Şimşek, 2010, s.324).

Kişinin, mal ve mülk dokunulmazlığına riayet edilmesini isteyebilmesini öngören mülkiyet hakkı, her ne kadar şahsa sıkı sıkıya bağlı medeni bir hak olsa da mutlak olmayıp; sınırlamaya tabi tutulabilmektedir. Nitekim Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde, hukukun genel ilkeleri

¹³⁸AİHM'nin vergi aslına dair bir uyuşmazlığı mülkiyet hakkının ihlali bağlamında değerlendirdiği kararı için bakınız N.K.M/ Macaristan, Başvuru No: 66529/11, K.T. 14.05.2013.

dahilinde mülkiyet hakkının da pek tabii sınırlandırılabilmesi öngörülmektedir¹³⁹. Bu durum, her ne kadar mülkiyet hakkının çerçevesinin ve kazanım usullerinin devletlerin kendi iç hukuk mekanizmaları marifetiyle belirlenebileceği anlamına gelse de yasal düzenlemeler yoluyla yapılacak sınırlamaların hukuken makbul olabilmesi, ulusal düzenlemeleri de aşarak; hukukun genel ilkeleri bağlamında yapılmasına bağlı olmaktadır (Dinç, 2004, s.134).

Vergi politikaların konu edinen yasal tedbirlerin mülkiyet hakkına etkisinin bariz olduğu iddia olunmaktadır. Zira bu konuda yasama eliyle yapılan her düzenleme, yargı mercilerinin vergi suçlarına verdiği her ceza ya da Vergi İdaresi'nin söz konusu yasal düzenlemelere dayanarak gerçekleştirdiği her idari işlem öyle ya da böyle mükelleflerin mal varlığını etkilendiğinden vergilendirme veya vergiden kaynaklı cezalandırma işlemi mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelmektedir (Yaltı, 2006, s.43 ; Güneş, 2008, s.51). Hem AİHK'nin faal olduğu dönemlerde verdiği bazı kararlarda hem de AİHM tarafından verilen hükümlerin bir kısmında vergisel işlemlerin mülkiyet hakkına müdahale olduğu açıkça belirtilmiştir¹⁴⁰.

Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi: mülkiyet hakkına müdahale edici nitelik taşımasına rağmen; Sözleşme'ye taraf devletlerin, vergi tahsil edebilme maksadıyla yasal düzenlemelerde bulunmasına mâni teşkil eden bir durum olmadığına işaret etmekle beraber, mülkiyet hakkına getirilecek kısıtlama hususunda devletlerin iç hukuk mekanizmalarına tanınan bu serbestinin alabildiğine olmadığını; metinde belirtilen bir takım ilke ve kurallarla sınırlandırıldığını da ayrıca belirtmektedir. Konu, Türkiye açısından ele alındığında, söz konusu sınırlamanın çerçevesinin: iç hukukta Anayasa'nın 35.¹⁴¹; uluslararası hukukta ise yukarıda da bahsedildiği haliyle, imzacısı olduğu AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesince belirlendiği görülmektedir. İlgili normların metinlerinden anlaşılacağı üzere, mülkiyet hakkına kısıt getirecek bir düzenlemenin

¹³⁹AİHM 23 Eylül 1982 yılında verdiği Sporrong et Lönnroth / İsveç kararında, Ek 1 No'lu Protokol'ü oluşturan üç cümle, esasında genel nitelikli üç ayrı kuralı ihtiva ettiğini dile getirmiş ve söz konusu kuralları açıklama yoluna gitmiştir. İlk kural, kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkını düzenlemekte iken; ikinci cümlede düzenlenen ikinci kural, kişiyi mülkiyetinden yoksun bırakabilmeyi ve bunun şartlarını düzenlemektedir. Nitekim söz konusu kurala göre bir kimse ancak kamu menfaatleri doğrultusunda ve ancak yasada öngörülen koşullar ve uluslararası hukukun genel ilkeleri doğrultusunda mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. İkinci fıkraya tekabül eden üçüncü cümle ise AİHS'ye taraf devletlerin, mal ve mülkün kullanımının ancak belli şartlar dahilinde kısıtlayabileceğine hükmetmektedir. Bu kurala göre devletler, mülkiyetin kamu yararına sarf edilebilmesi veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasal düzenlemelerde bulunabileceklerdir. Görüldüğü üzere AİHS'nin diğer maddelerinde olduğu gibi önce genel kural tespit edilmiş (mülkiyete saygı ilkesi); akabinde de bu kural için istisna teşkil edecek birtakım düzenlemelerde bulunulmuştur. AİHS, uygulamada genel kurala riayet edilip edilmediğinin öncesinde diğer iki kuralın hakkında hüküm vereceği somut olaya uygulanabilirliğini araştırmaktadır (http://www.danistay.gov.tr/upload/2_mulkiyethakki.pdf E.T.:12.02.2018).

¹⁴⁰Örnek teşkil eden kararlar için bakınız: Ricardo TRAVERS ve 27 diğer kişi/İtalya, Başvuru no.15117/89, 16.01.1995 ; Space S.R.o/Çek Cumhuriyeti, Başvuru no.26449/95, 09.11.1999 ; Eko Elda Avee / Yunanistan, Başvuru no. 10162/02, 09.03.2016 ; S. A. Drangeville /Fransa, Başvuru no. 36677/97, 16.04.2002 ; Sa Cabinet Diot ve Sa Gras Savoye/Fransa, Başvuru no. 49217/99, 49218/99, 22.07.2003.

¹⁴¹"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

kanun yoluyla ihdas edilmiş ve toplum menfaatine yönelik olması gereklidir. Ancak söz konusu kriteri haiz bir düzenlemenin hukuk alanında varlığını sürdürebilmesi için temel teşkil eden bir ilkenin varlığı daha aranmaktadır: **ölçülülük ilkesi**. Nitekim mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlüklerden olduğundan; mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemenin, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uygun olması gerekmektedir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında geçen *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeple bağli olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir...”* hükmü, Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesiyle birlikte dikkate alındığında: hem bu madde hükümlerini karşıladığı hem de Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi hükümleri ile uyumluluk gösterdiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinin devamında geçen *“...Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* hükmü ile Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan ve kişinin mal ve mülkünden yoksun bırakılabilmesi şartlarının sonuncusunu teşkil eden *“uluslararası hukukun genel ilkelerine aykırı olmama”* kriteri, kanun marifetiyle mülkiyet hakkına; kamu menfaati gözetilerek yapılan sınırlamanın hukukten geçerli olabilmesinin nihai şartını müştereken ortaya koymaktadırlar. Buna göre, söz konusu nitelikleri haiz bir düzenlemenin gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM nezdinde meşru kabul edilmesi için ölçülülük ilkesine riayeti zorunluluk arz etmektedir¹⁴².

Vergi aslı ve cezasının her ne şekilde olursa olsun tahsili, kişinin mal varlığında eksilmeye sebebiyet vereceğı ve bu durumun mülkiyet hakkına müdahale anlamına geleceğı tartışma götürmez nitelikte olsa da yapılan müdahalenin meşruluğı için aynı minvalde çıkarımda bulunmak mümkün olmamakta; bunun için somut olay bazında değerlendirmelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. AİHM de kendisine intikal eden başvurularda, AİHS'ye üye devletlerin mülkiyet haklarına yaptıkları müdahaleleri konu edinen olayların meşruluğı hakkında vereceğı hükmü, üç dereceli bir araştırmanın neticesine göre şekillendirmektedir.

Buna göre AİHM, hakkında hüküm vereceğı uyuşmazlığın Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında olduğunu ve mülkiyet hakkına; yoksun bırakma, kullanımını kısıtlama ya da özüne müdahale etme şekillerinden biriyle müdahale edildiğini tespit etmesinin akabinde; yapılan

¹⁴²Bu durum için örnek teşkil edebilecek bir kararında AİHM, kişiyi mülkiyet hakkından mahrum bırakan tedbirin, kanun marifetiyle ihdas edilip; kamunun menfaatine yönelik olmasının yeterli olmadığını; bunlara ilaveten, tedbir maksadıyla kullanılmasına karar kılınan araç ile hedeflenen amaç arasında adaletli dengeğin mevcudiyetinin aranması gerektiğini belirtmektedir (Aktaran: Dinç, 2004, s.140).

müdahalelerin meşruluğunu değerlendirme aşamasına geçmektedir (Dinç, 2004, s.139). AİHM’ye göre, belirtilen nitelikleri haiz bir müdahalenin meşru olması;

1. Hukuki bir alt yapıya dayanmasına,
2. Kamunun menfaatine ve genel yarara yönelik olmasına ve
3. Ölçülü olmasına,

Bağılıdır (Gümüşkaya, 2010, s.87).

Çalışmanın, ölçülülük ilkesinin teorik boyutunun ele alındığı kısmında yapılan ve ölçülülük ilkesini meydana getiren unsurların, birbirleriyle olan ilişkilerini konu edinen açıklamalar dikkate alındığında: söz konusu açıklamaların, esasında, yukarıda belirtilen ve mülkiyet hakkına müdahalenin meşru kabul edebilmesi için riyeti mecbur kılınan ilkelerle nitelik itibariyle paralellik teşkil ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim hem ölçülülük ilkesini oluşturan alt ilkeler hem de mülkiyet hakkına müdahaleyi meşru kılan kıstaslar arasında, hiyerarşi arz eden bir yapıdan ziyade; birbirlerinin tamamlayıcısı nitelikte bir ilişki mevcuttur ve söz konusu ilişkide bahse konu ilkelerin denetim sıraları mühim nitelik teşkil etmektedir. Bu durumda mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin AİHM nezdinde meşru kabul edilebilmesi için öncelikle, müdahalenin hukuka dayalı olması gerekmektedir¹⁴³. Devletlerin kendi iç hukuklarınca öngörülmemiş; keyfi nitelik taşıyan uygulamaların önüne geçebilmeyi ve hukuki öngörülebilirliği sağlamayı amaçlayan ve bu yönüyle hukuka uygunluk ilkesi olarak da nitelendirilebilecek bu ölçüt, mülkiyet hakkına müdahalenin meşruluğu bağlamında, denetimine başvuru ilk ilkedir. Haliyle AİHM, yapılan müdahalenin Sözleşme bağlamında hukuki bir alt yapıyı haiz olmadığına kanaat getirirse; diğer iki ölçüt açısından değerlendirme yapmaya lüzum görmeden; kararını, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde verecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için müdahalenin hukuki dayanağının olması yeterli olup; söz konusu düzenlemenin ilgili mevzuata uygunluğu ayrıca değerlendirilmemektedir. Ancak, müdahalenin iç hukukta bir temelinin tespit edilmesi de tek başına hukuka uygunluk ilkesini karşılamaya yetmemektedir. AİHS’ye göre müdahaleye dayanak teşkil eden hukuki

¹⁴³AİHS’nin ilgili maddesinde “law” terimi kullanılmıştır. Söz konusu ibare “kanun” teriminden daha geniş bir anlama tekabül ettiğinden; ilkenin “kanuna uygun olma” şeklinde değil de “hukuka uygun olma” biçimde nitelendirilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir. Nitekim AİHM kararlarında da “hukuk” teriminin geniş yorumladığı görülmüş; mahkeme, hukukun, yasama organlarının tasarrufundaki işlem (kanun çıkarma) ibaret olmadığını; yönetmelik, tüzük hatta meslek örgütlerince belirlenen kurallar gibi kanunlar nispetince bağlayıcılığı olmayan yazılı; örf ve adetler gibi yazılı olmayan kuralları da hukuk terimi kapsamına değerlendirilebileceğini belirtmiştir (ilgili AİHM kararı için bakınız: Leyla Şahin/Türkiye, Başvuru no. 44774/98, 26.06.2004 ; De Wilde, Ooms and Versyp/ Belçika, Başvuru no. 2832/66; 2835/66 ;2899/66, 18.06.1971 ; Bartold/Almanya, Başvuru no. 8734/79, 25.03.1985).

düzenlemenin, mülkiyet hakkı sahibi bağlamında aleni, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir (Şişman, 2016, s.2430).

Mülkiyet hakkına yönelik kısıtlayıcı müdahaleler ya mülkiyetten alıkoyma şeklinde ya da mülkiyetin kullanımını denetim altında tutmak/kısıtlamak biçiminde yapılabilirken; Ek 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesine göre: alıkoyma biçimindeki müdahaleler “*kamu menfaatine*”; denetlemek/kısıtlamak şeklindeki müdahaleler ise “*genel yarara*” uygunluk teşkil etmek zorundadır¹⁴⁴. Devletlerin, kendi bünyelerinde yer alan kuruluşlar marifetiyle, etki alanındaki toplumların ihtiyaçlarının neler olduğuna dair doğrudan bilgi temin edebilir konumda oluşları; onlara, hangi işlem veya eylemin “*Kamu menfaatine ve genel yarara uygunluk*” ilkesi ile bağdaşır nitelikte olduğunun tespitinde, uluslararası mahkeme yargıçlarına göre daha iyi bir konum kazandırdığı kural olarak benimsenmiştir. Nitekim AİHM’nin, davalı devletlerin davaya konu işlem ya da eylemin kamu yararına uygun olduğuna dair savlarına, istisnai durumlar mevcut olmakla birlikte¹⁴⁵, itibar ettiği görülmektedir (Gümüşkaya, 2010, s.92).

Mülkiyet hakkına, hukuki bir alt yapıya dayanılarak yapılan; kamu menfaatine ve/veya genel yarara hizmet edici nitelik taşıyan müdahalenin meşru kabul edilmesinin nihai koşulu ise ölçülü olması; daha açık bir ifade ile ölçülülük ilkesine uygun olmasıdır. Ölçülülük ilkesine dair düzenleme, AİHS ve ek protokollerinin bünyesinde doğrudan ve somut bir biçimde yer almasa da gerek AİHS hükümleri bir bütün olarak dikkate alındığında gerekse bu hükümler doğrultusunda verilen AİHM kararlarının içeriğinden ilkenin varlığı hususunda çıkarımda bulunmak mümkündür. Çalışmada detaylı bir şekilde ele alınan ve AİHM’nin hukuka uygunluk denetimlerinin başat kriterlerinden olan ölçülülük ilkesi, burada da mülkiyet hakkına getirilen sınırlayıcı müdahalelerin meşruluğunun belirleyicisi konumundadır. Öyle ki mülkiyet hakkına getirilen bir müdahale hukuki bir temel dayanmış; kamu menfaatine ya da genel yarara yönelmiş olsa dahi AİHS esasları nazarında ölçsüzlük arz ediyorsa; bu durum Ek 1 No’lu Protokol’ün 1.

¹⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 No’lu Protokol’ün resmi çevirisinde, genel yarar ve kamu menfaati ayrımına gidilmeksizin; hem ilk fıkrada yer alan “public interest” hem de sonraki fıkrada yer alan “general interest” kavramları “kamu menfaati” olarak ifade bulmuştur. Literatürde, söz konusu ayrım üzerinde tartışmalara vuku bulmuş olsa da (Bakınız: Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Kavramı Üzerine Düşünceler”, İstanbul, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 9, Sayı 1-3, 1998, s.15) AİHM bu kavramlar arasında esasa etki edecek nitelikte bir farkın olmadığı görüşünü savunmuş bu görüşünü kararlarına (Örneğin; Akkuş/Türkiye, Başvuru no. 19263/92, 09.07.1997) yansıtmıştır AİHM kararları dikkate alındığında vergi kaçakçılığıyla mücadele, devletin mali menfaatini müdafaa etmek gibi konuları kamu menfaati; ahlakın korunması, uyuşturucu kaçakçılığıyla müdahale niteliğindeki gibi hususları genel yarar kapsamında değerlendirildiği görülse de şehir planlaması gibi hem kamu menfaati hem de genel yarar kapsamında değerlendirdiği konulara da mevcuttur (Gümüşkaya, 2010, s.91-94).

¹⁴⁵ Örnek teşkil eden AİHM kararları için bakınız: Brumarescu/Romanya, Başvuru no. 28342/95, 28.10.1999 ve Zwierzynski/Polonya, Başvuru no. 34049/96, 19.06.2001. Belirtmek gerekir ki AİHM bu kararlarında, müdahalelerin meşru amaç taşımadığını belirtmektedir. Ancak kararların neticesinin “*ihlal*” olmasının gerekçesi adil dengenin sağlanamamasıdır. Bu da ölçülülük ilkesine riayetin ehemmiyetini ortaya koymaktadır.

maddesi ihlali anlamına gelmekte ve netice itibariyle AİHM, ilgili müdahalenin meşru olmadığı yönünde karar kılabilir.

Görüldüğü üzere mutlak bir hak olmayan mülkiyet hakkı pek tabii sınırlandırmaya konu edilebilmektedir. Ancak hakkın sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı onun, hukuki bir temele dayanmasına ve kamu menfaatine ya da genel yarara yönelik olmasına bağlı iken; söz konusu kriterleri taşıyarak yapılan bir sınırlandırmanın meşruluğu ise ancak sınırlamanın sınırını tayin eden ölçülülük ilkesine uygun olmasına bağlıdır. Ez cümle mülkiyet hakkına getirilecek bir müdahalenin AİHM nezdinde makbul olabilmesi için müdahalenin: ilgili devletlerin kendi iç hukuk sistemlerinde dayanağının olması, kamu menfaatine/genel yarara yönelik olması ve yapılan sınırlamanın Sözleşme bağlamında ölçülü olması gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesi ile mülkiyet hakkı arasındaki ilişki, ilkenin, orantılılık alt ilkesi vasıtasıyla kurulmaktadır. AİHM, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiaları konu eden davalarda genellikle, müdahaleden elde edilmesi amaçlanan toplumsal fayda ile müdahaleyle kendisine külfet yüklenecek olan bireyin mülkiyet hakkının korunmasının zorunluluğu arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini öngörmektedir¹⁴⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok kararında, mülkiyet hakkına yapılan sınırlayıcı müdahalenin meşruluğunun orantılılık ilkesine uygunluğundan ileri geleceği belirtilmiştir. Örneğin, Ashingdane kararında: gerek ilkesel gerekse somut olay bazında mülkiyet hakkına müdahale eden bir önlemin meşru sayılması için kamu menfaatine yönelik olmasının kâfi gelmeyeceği; önlemede kullanılan araç ile önleme ile hedeflenen amaç arasında orantılılık bağlamında makul bir ilişkinin varlığının da aranacağını bildirilmiştir¹⁴⁷. Söz konusu makul ilişki, AİHM'nin bir diğer kararında; "*genel yararın sağlanması ile temel bireysel hakların gerekleri arasında gözetilecek adil bir denge*" biçiminde ifade edilmiş olup; mülkiyet hakkına getirilen sınırlama, ilgili kişiyi katlanması gereken aşırı bir yükümlü baş başa bırakıyorsa, bahse konu dengenin bozulacağı dile getirilmiştir¹⁴⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının muhafazasına yönelik kararlarından yola çıkarak; söz konusu hakka müdahale anlamına geldiği tartışmasız olan vergi ve vergi cezalarının tatbikinin meşru kabul edilmesi için de onların, hukuki bir temele dayanması ve genel yarara/kamu menfaatine yönelik olması yeterli olmayıp; aynı zamanda vergi aslı ve/veya cezasının tahsili için ilgili kişinin mülkiyetine getirilen kısıtlamanın maliyeti ile o kısıtlama

¹⁴⁶Örnek teşkil eden AİHM kararı için bakınız: Sporrang ve Lönnorth/İsveç, Başvuru no. 7151/75; 7152/75, 23.09.1982

¹⁴⁷AİHM, Ashingdane/Birleşik Krallık, Başvuru no. 8225/78, 28.05.1985.

¹⁴⁸AİHM, Sporrang ve Lönnorth/İsveç, Başvuru no. 7151/75; 7152/75, 23.09.1982.

sonucu toplumun elde edeceği fayda arasında makul bir oranın sağlanmış olması gerekmektedir. Ayrıca sonuçlar bağlamında beklenen makullük, güdülen gaye ile bu gayeye erişebilmek için kullanılan araçlar arasında da aranmaktadır.

Henüz yasal bir norm niteliğine kavuşamamış olan ölçülülük ilkesinin, anayasal bir norm hüviyetinde olmadan dahi AİHS marifetiyle Türk hukuk sistemine nüfuz edip; Anayasa Mahkemesi kararlarına yön verdiğinden bahsedilmiştir. Türk hukuk sistemi bünyesinde, muhtelif Avrupa ülkelerinin, tercüme edilip; uyarlanan ve yaşanan dönemin şartları nazarında revize edilen kanunları önemli yer tutsa da üstüne kurgulandığı ve temelleri üzerine şekillendiği Osmanlı hukuk sistemi dikkate alındığında; ölçülülük ilkesine dair esasların çok daha eskilere dayandığı görülmektedir. Bu hususta, Osmanlı Devleti'nin ilk medeni kanunu olarak bilinen ve kısaca "*Mecelle*" olarak addedilen "*Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*"nin ihtiva ettiği hükümlerin ele alınmasının yerinde olacağı uygun görülmüştür. 1851 maddeden oluşan hükümler değerlendirildiğinde; Mecelle'nin, bugün dahi başta, bir nev'i halefi niteliğindeki Türk Medeni Kanunu olmak üzere, yürürlükteki tüm kanunlara tesir ettiği ve etkili olduğu konular arasında ölçülülük ilkesinin de önemli yer tuttuğu tespitinde bulunulmuştur. Çalışmanın devamında, ölçülülük ilkesinin Türk hukuk sitemine intikalinin ve sistem içerisinde kökleşmesinin sağlanmasında yadsınamaz etkiyi haiz olan Mecelle'nin ihtiva ettiği ve yapılan eylemin meşruluğu için ilkenin gözetilmesini mecbur kıldığı hükümlere yer verilmiştir.

Mecelle'nin, ölçülülük ilkesi denetiminin işletilmesini öngördüğü kurallarından ilki; zaruret halinde verilebilecek zarar ve bu zararın tazmini hususundadır. Mecelle, kişinin zorunluluk halinde, maddi menfaatlerini koruma gayesiyle, başkasının malindeki mallara tecavüz edebilmesine icazet vermekle birlikte; sebep olunan zararın tazmini mecburiyet arz ettiğinden, nispeten az kıymetli bir malı müdafaa etmek gayesiyle yüksek kıymetli bir mala zarar vermeyi de gayrimeşru kabul ederek yasaklamıştır (Yıldırım, 2001, s.83 ; Berki, 1978, s.21). Söz konusu durum değerlendirildiğinde, zaruret halinde dahi olsa zarar vermek suretiyle sebep olunan kısıtlamanın meşruiyetinin ancak ölçülülük ilkesine -bilhassa orantılılık alt ilkesine- riayetle mümkün olduğuna kanaat getirilmektedir. Mecelle'nin bu kaidesinin tazmin yükümlülüğünün icrası aşamasında da dikkate alınması gerektiği düşünülmekte olup; buna göre, evveliyatında zarurettten mütevellit az kıymetli bir mala verilen zararın tazmin edilebilmesi için çok daha kıymetli bir malın bu uğurda sarf edilmesinin de meşru görülmemesi gerekmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin de bu minvalde bir kararı mevcuttur. Söz konusu mahkeme kararında; başvuranın, ödeyemediği 500 Mark'lık borcu için ipotek edilmiş olan arazisinin 60 bin Mark değere sahip olan kısmının icra yoluyla satışa çıkarılmasına dair kararı, ilgiliye makul olmayan bir külfet yükleyeceği gerekçesine dayanarak boznuştur (Aktaran: Emiliou, 1996, s.37-39).

Ölçülülük ilkesi denetimine dair Mecellece ihtiva edilen bir diğer hükümde, toplumdaki bir kişiye veya birkaç kişiden oluşan gruplara ait menfaatlerin zedelenmesi pahasına; o toplumdaki herkesi etkileyen bir zararın bertaraf edilmesi maksadıyla alınmış/alınacak olan önlemler meşru kabul edilmektedir (Berki, 1978, s.21 ; Yıldırım, 2001, s.85). Elbette ölçülülük ilkesi, ceza hukuku ile bağdaşmış ve suç ile o suça verilen ceza arasındaki ilişkinin meşruluğunun tespitinde kullanılması alışlagelmiş bir hukuka uygunluk ilkesidir. Ancak ilkenin, Mecelle'nin bahsi geçen hükmü açısından da denetime konu edilebileceği düşünülmektedir. Zira Mecelle'nin bu kaidesinde, genel zararın bertaraf edilmesi için getirilecek sınırlamaların öncelikle elverişlilik ve gereklilik ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Örneğin, yıkılmaya yüz tutmuş bir evin, yoldan geçenlerin can güvenliği açısından yarattığı tehlikenin ortadan kaldırılması maksadıyla yıkılması, elverişlilik ilkesi bakımından uygunluk arz ederken; evin tadilatla onarılamayacak nitelikte oluşu ve haliyle tehlikenin ortadan kaldırılması için yıkılmasının yegâne çözüm arz etmesi de gereklilik ilkesini karşılamaktadır. Kural gereği; fiilin icrasından evvel sahibinin rızasının aranmasına lüzum görülmemekte ya da rızasının olmaması icraya engel teşkil etmemektedir. Nitekim tehlike arz eden bir evin yıkılması o toplumdaki herkesin faydasına iken; söz konusu eylemden doğan zarar, yalnızca malikine yüklenebilecektir. Malikin gerekli tedbirleri almayarak; evinin, toplum için tehlike arz edecek niteliğe gelmesine sebep olması suç fiilini; yıkma eyleminin ise cezasını teşkil ettiği varsayıldığında ve söz konusu cezadan, ilgisinin uğrayacağı zarar ile toplumun istifade edeceği yarar dikkate alındığında; alınan önlemin orantılılık ilkesi açısından da uygunluk arz ettiği kanaatine ulaşmak mümkündür. Böylece yapılan eylem, mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelse de ölçülülük ilkesi açısından meşru olduğu sonucuna varılmaktadır.

Mecelle, başka bir hükmünde, toplumun sağlığının korunması gerekçesiyle, doktorluk mesleğini ehliyetsiz icra edenlerin meslekten men edilmesini emretmektedir. Bu hükmün, öğretmenlik, gazetecilik, akademisyenlik gibi toplumun tamamını etkileme potansiyelini haiz tüm meslek grupları için geçerli olduğuna kanaat getirilmektedir. Zira halk sağlığı için tehlike arz eden ehliyetsiz doktorun meslekten men edilmesi ne denli gerekli ise öğrencilere verdikleri eğitimle ya da kamuoyuna yaptıkları açıklamalarla topluma yön verici statüyü haiz olan öğretmen, gazeteci gibi meslek erbaplarının da ehil olmalarının, belirli yeterliliklere sahip olmalarının; aksi takdirde görevlerinden uzaklaştırılmalarının da toplumun geleceği için o derece önemli olduğu düşünülmektedir. Nitekim günümüz şartlarında, bahse konu mesleklerin icra edilebilmesi için kendilerine özgü bir takım lisans ve/veya sertifika şartı aranmaktadır (Yıldırım, 2001, s.85 ; Berki, 1978, s.21). Mecelle'nin bu düzenlemesi, her ne kadar kendisine aykırılık teşkil eden olayların öznesi konumundaki kişilerin şahsi menfaatlerine zarar verici nitelik taşısa da toplumun tamamının faydasına yöneliktir. Bununla beraber; bir önceki paragrafta yer alan görüşe paralellik arz edecek şekilde; mesleğin ehliyetsiz/lisanssız icrasının suç fiilini teşkil ettiği; meslekten menin

ise o suçun cezası olduğu varsayıldığında, suç ve ceza arasında orantılılık ilkesine uygun bir ilişkinin mevcudiyetinden söz etmenin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Mecelle'nin ölçülülük ilkesiyle ilişkili olduğu düşünülen bir başka kuralı “*ehven-i şerreyn ihtiyar olunur*” hükmünü ihtiva etmektedir. Söz konusu hüküm, bir üçüncü alternatifin olmadığı durumlarda, iki şerden en ehveni olanının; daha açık bir ifade ile zarar verici nitelikteki iki eylemden daha az zarar verici niteliktekinin tercih edilmesini öngörmektedir. Söz konusu kural, bünyesinde, hafif olan zararın yeğlenerek diğerinin önlemesi ya da bertaraf edilmesi için tedbir alınması yoluna gidilmesi hükümlerini de barındırır da bu husus Mecelle’de münferit bir kaide¹⁵⁰ olarak ayrıca yer almaktadır (Berki, 1978, s.21 ; Yıldırım, 2001, s.89). Bahse konu her iki hükümde de ölçülülük ilkesi, bilhassa gereklilik unsuru bağlamında denetime konu edilmektedir. Nitekim alınan önlemin, diğer ifade ile tercih edilen zararın meşruluğu, gereklilik ilkesine uygunluğundan ileri gelmektedir. Öte yandan ağırlıkları farklılık arz etse de aynı niteliği haiz iki durumun varlığı elverişlilik ilkesi denetimini manasız kılarken; sağlanacak fayda ya da uğranacak zarar toplumun tümünü ilgilendirdiğinden ve bu durumun da kamusal fayda ve özel fayda bağlamında kıyasa imkân tanımadığından teorik anlamda orantılılık ilkesi denetimi de gerçekleştirilemeyecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, Türk hukuk sistemi açısından ölçülülük ilkesi, esasında kökenleri çok eskilere dayanan ve gerek Sözleşme’ye taraf olmak marifetiyle gerekse Anayasa’da değişikliğine gidip; ilkeye özgü anayasal alt yapı oluşturmak yoluyla etkinliği ve etkililiği arttırılan bir hukuka uygunluk denetimi ölçütüdür.

Ölçülülük ilkesinin, kanunların oluşumundan uygulanmasına; ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünden yaptırımlarının icrasına kadar, hukuk sistemini oluşturan dışlıların tamamına sirayet ederek sistemin işleyişini meşru kılan en mühim etkenlerden bir tanesi olduğu düşünülmektedir. Haliyle ilke, ilk derece mahkemelerinden yüksek yargıya ve tabi olunan uluslararası yargı mercilerine kadar, yargılamanın her safhasında uygulanmakta; ayrıca, yargı sisteminde yapılan yenilik ve değişiklikleri de hemen tesiri altına almaktadır. Nitekim Türk hukuk sistemi açısından nispeten yeni sayılan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yoluna yapılan itirazlar arasında dahi ölçülülük ilkesine aykırılığın ileri sürüldüğü şikayetlerin sayısının dikkate değer oluşunun, söz konusu tesirin varlığından ve etkisinin büyüklüğünden ileri geldiğine kanaat getirilmektedir.

Kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetlenme mercii olan Anayasa Yargısı’nın, bireylere doğrudan doğruya koruma sağlayamamasının sebep olduğu eksiklik, bireysel hak ihlali söz konusu olduğunda, hakkı ihlal olanın hukuki koruma talebiyle Anayasa Mahkemesi’ne

¹⁵⁰ “iki fəsat tearuz ettikdə ehaffi irtikab ilə a’zamin çaresinə bəkilir”

başvurabilmesinin yolunu açan anayasal şikâyet müessesinin ihdası marifetiyle giderilmiştir (Göztepe, 1998, s.3). Böylece Anayasa Mahkemesi nezdinde, temel hak ve hürriyetlerin hukuken muhafazası, anayasal düzenin korunmasının dolaylı bir sonucu olarak değerlendirilmeyip; doğrudan Anayasa Mahkemesi’nin koruma kapsamına dahil olmuştur (Uzun, 2012, s.5).

Kısaca “*bireysel başvuru*” ya da “*anayasa şikayeti*” olarak nitelendirilen ve temel hak ve hürriyetlerin ihlalini iç hukukta önlemenin yanında AİHM’nin Türkiye aleyhinde vereceği kararları azaltmak maksatlarını güden Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu, Türk hukuk sistemine, 12/09/2010 tarihinde yapılan halk oylamasında kabul edilen 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un, Anayasa’nın 148. ve 149. maddelerinde meydana getirdiği değişiklikler ve Geçici 18. maddesinin ihdası sonucu girmiştir. Bu değişikliklerle, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel olarak başvurabilmenin yolu açılırken; ilgili hükümler, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 23 Eylül 2012 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiş; bu tarihten sonra, olağan kanun yollarının tüketilmesiyle kesinleşen mahkeme kararları aleyhine yapılan bireysel başvurular kabul edilir hale gelmiştir. Mahkeme, 25.12.2012 tarihinde de bireysel başvuru ile alakalı ilk kararını vermiştir.

Anayasa’nın 148. maddesine göre: Anayasa şikayetinde bulunmak için bireylerin sadece aleyhlerinde kesinleşmiş mahkeme hükmünün bulunması kâfi gelmemekte; söz konusu hükmün ayrıca, ilgili bireyin Anayasaca güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden AİHS kapsamındaki herhangi birine kamu gücünün¹⁵¹ işlem, eylem ya da ihmali neticesinde halel getirilmiş olması gerekmektedir. Haliyle yasama işlemleri ile düzenleyici nitelikteki idari işlemler aleyhinde anayasal şikâyet yoluna başvurulamamaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki anayasal şikâyet, yeni bir dava yolu değil; verilen kararların ve icra edilen eylemlerin sonuç doğurucu sıfatını kazanana değin hukuka uygunluk açısından denetlendiği anayasal bir kanun yoludur (Uygun ve Gerçek, 2017, s.167 ; Sağlam, 2005, s.147).

Başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere, tüm ulusal hukuk mercileri için Anayasa’nın 148. maddesinin aleni olarak referans gösterdiği Sözleşme hükümleri kadar; AİHM kararlarının da büyük önemi haiz olduğu ve dikkate alınmasının gereklilik arz ettiği düşünülmektedir. Zira AİHM kararları, bir bakıma AİHS’ye taraf devletlerin insan hakları bağlamındaki notunun

¹⁵¹ Kılıç, AYM’ye bireysel başvuru yolunu, “*kamu gücü*” ifadesi daha açık ifade ederek; “*temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organlarının işlemleri tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu*” şeklinde tanımlamıştır (Kılıç, 2008, s.23).Acu ise biraz daha ayrıntılandırarak anayasal şikayeti “adli, idari ve askeri yargının kararlarında ve kamu gücünün işlem ve eylemlerinde, ihmal suretiyle yaptığı müdahalelerde, ihlal iddiasının irdelenerek insan hak ve özgürlüklerinin yargılanmasıdır” biçiminde tanımlandırma yoluna gitmiştir (Acu, 2014, s.404).

göstergesi niteliğini taşımakta; hükme dair belgelerin uluslararası kamuoyunun erişimine açık oluşu da ilgili devletleri, söz konusu notları yükseltebilmek gerekli önlemleri alma hususunda ödemeye mahkûm oldukları tazminatlardan daha etkili motivasyon sağladığı düşünülmektedir (Öncü, 2015, s.142). Ayrıca ilgili hükümlerde de belirtildiği gibi hem anayasal şikâyetle hem de AİHM'ye yapılan başvurularda esastan incelemeye geçilebilmesinin olmazsa olmaz şartı iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, AİHM nezdinde etkin bir hukuk yolu olarak değerlendirdiğinde, kendisine intikal eden başvurulardan anayasal şikâyetle konu edilmemiş olanları için iç hukuk yollarının tüketilmemiş olmasını gerekçe göstererek ret kararı verebileceği düşünülmektedir (Türkiye Barolar Birliği, 2011, s.146). Öte yandan, anayasal şikâyeti, AİHM'nin değerlendirmesine bırakmadan iç hukukun bir parçası olarak kabul eden görüşler de mevcuttur. Haliyle bu görüşler, bireysel başvuruyu AİHM'ye müracaat etmeden evvel tüketilmesi zorunluluk arz eden bir hukuk yolu olarak kabul etmektedir (Erdoğan, 2013, s.103).

Yukarıda, 5982 sayılı Kanun'un kabulü ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun ihdas edildiği; söz konusu kanun yolu ile Anayasaca güvence altına alınmış olan temel hak ve hürriyetlerden AİHS kapsamında olanların herhangi birinin kamu gücü marifetiyle ihlale uğratılmasının anayasal şikâyetle konu edileceği açıklanmıştı. Kaynağını Anayasa'nın 73. maddesinden alan vergilendirme işlemlerinin mülkiyet hakkına müdahale edici nitelik taşıması; mülkiyet hakkının da Anayasa'nın 35. maddesi ile AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesince düzenlenmiş olan temel hak ve hürriyetlerden oluşu gerek vergi aslı gerekse vergi cezasıyla alakalı olsun; vergilemeye dair tüm işlemlerin bireysel başvuruya konu edilebileceği sonucunu doğurmaktadır. Diğer taraftan, devletlere özgülenen vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin hududunu teşkil ettiğinden; söz konusu yetkinin kullanımı, temel hak ve hürriyetlerin ihlali/muhafazası bağlamında büyük önem arz etmekte; bu nokta da ölçülülük ilkesinin esasları ön plana çıkmaktadır.

Yapılan açıklamalar neticesinde: Vergi İdaresince gerçekleştirilen idari niteliği haiz eylemler, bireysel işlemler ve ihmallerle vergi yargısınca verilen kararların anayasal başvuru kapsamında olduğu çıkarımında bulunmak mümkündür (Gümüşkaya, 2011, s.48). Bu konuda ulaşılan bir diğer sonuç ise Gelir İdaresi'nin, ikmalen ya da re'sen tarh ettiği vergilerle kestikleri cezaların, hukuka uygun olmadıkları gerekçesi dava konusu edilmeleri ve açılan davalardan bir netice sağlanamaması halinde, aynı gerekçelere dayanılarak anayasal şikâyet yoluna müracaat edilebileceğidir. Nitekim defaten kaleme alındığı üzere bireyin, ancak temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesi halinde bireysel başvuru yoluna müracaat etmek hakkı doğmaktadır (Gerçek ve Bakar, 2015, s.19). Pratikte, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Yargısı'na intikal

etmiş; vergilendirmeye has konuların başında adil yargılanma hakkının ihlali gelmekle birlikte; özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, etkili başvuru hakkı ve seyahat özgürlüğü hakkı ile çalışmamızın bu bölümünün dolaylı olarak konusunu teşkil eden mülkiyet hakkına yönelik ihlallere dair itirazların da anayasal şikâyeteye konu edildiği görülmektedir.

Mülkiyet hakkı ihlalinin dolaylı olarak çalışmanın bu bölümünün konusu teşkil ettiği yönündeki çıkarım: ölçülülük ilkesi denetiminin neticesinin yön verdiği; vergilendirmeye alakalı bireysel başvuru kararlarının hemen hemen tümünün, bu temel hakka yönelik müdahaleleri konu etmiş olmasından ileri gelmektedir.

Bireysel başvuru yolunun açılmasından; bölümün kaleme alındığı tarih olan 21.03.2018'e değin, vergilendirmeye dair işlemleri konu eden ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin meşruluğunun tespitinde ölçülülük ilkesine denetiminin araç edildiği 6 adet anayasal şikâyet kararı tespit edilmiştir¹⁵². İlgili kararlarda: mülkiyetinden, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde mahrum bırakıldıkları iddiasında olan bireylerin, uğradıkları zarar ile toplumun söz konusu mahrumiyet/zarar neticesinde elde edeceği fayda arasında, başvuru aleyhine adil bir dengenin kurulamaması hallerinde, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Yapılan açıklamaları somutlaştırmak ama konu bütünlüğüne de zeval vermemek gayesiyle çalışmanın devamında, bahse konu kararların birkaçına yer verilmek suretiyle; ölçülülük ilkesinin Türk hukuk sistemindeki yerinin ve kökeninin ortaya konulmaya çalışıldığı bu kısım nihayete erdirilmiştir.

Mülkiyet hakkının ihlali iddiasına binaen ölçülülük ilkesi denetiminin gerçekleştirildiği bireysel başvuru kararlarının ilkinde başvuru, gümrük vergisi beyannamelerini ihtirazı kayıtlı verdiği; beyannamelere istinaden fazladan tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergilerini ödediğini; ödediği fazla verginin faizi ile beraber iadesini talep etmek amacıyla açtığı davalarda, ilgili mahkemenin faiz talebini reddettiğini belirtmiş ve ret olunan meblağın mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle de anayasal şikâyet yoluna başvurmuştur¹⁵³.

Alacak hakkını mülkiyet hakkı kapsamında değerlendiren Anayasa Mahkemesi, faiz alacağının da asıl alacağa bağlı fer'i nitelikli bir hak olması ve hak sahibine maddi menfaat sağlayıcı ekonomik bir değer teşkil etmesi hasebiyle mülkiyet hakkı kapsamında olduğuna ve mülkiyet

¹⁵² Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları, AYM'nin resmi internet sitesi üzerindeki *kararlar bilgi bankası* sekmesi marifetiyle elde edilenlerle sınırlandırılmıştır. (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> [E.T.: 21.03.2018]).

¹⁵³ AYM, BBY, Başvuru No: 2013\28, KT.25.02.2015.

hakkına sağlanan güvencelerden yararlanabileceğine hükmetmiştir¹⁵⁴. Kendisinden görüş istenen Adalet Bakanlığı da konu ile ilgili yazısında “*AİHM kararlarında fazla ödenen vergi iadelerinin faizsiz yapılması halinde ihlal kararı verilebildiği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (Sözleşme) Ek (1) No.lu Protokol’ün vergi konusunda devletlere geniş takdir yetkisi sağlandığı, bununla birlikte bu amaçla yapılan müdahalelerin de ölçülü olması ve paranın enflasyon karşısındaki değerinin korunması gerektiği ve Anayasa’nı 35. maddesine ilişkin şikayet incelenirken bu hususların göz önünde bulundurulması gerektiği...*” şeklinde beyanda bulunmuştur. Görüş yazısından da anlaşıldığı üzere, mülkiyet hakkına müdahale edici nitelik taşıyan vergisel işlemlerin, Anayasa Mahkemesi ve haliyle Anayasa –ve dolaylı olarak Sözleşme ve AİHM- nezdinde meşruiyet kazanmasının başat koşulunu: o işlemin, ölçülülük ilkesinin esasları çerçevesinde icra edilmesi oluşturmaktadır¹⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi, kararında, bir diğer bireysel başvuru kararından da alıntı yaparak: Anayasa 35. maddesine göre, kişisel mülkiyetlere yalnızca kamu menfaatinin bir gereği olarak; sadece kanunun öngördüğü usullerle ve bedeli ödenmek koşulu el konulabileceğini; ölçülülük ilkesini düzenleyen 13. maddeye göre ise bireylerin mülklerinden mahrum bırakmak koşuluyla sağlanacak kamu yararı ile söz konusu mahrumiyetin mülk sahibine yükleyeceği zarar arasında adil bir dengenin gözetilmesinin gerekliliğini belirtmiştir¹⁵⁶. Anayasa Mahkemesi ayrıca, mahkemece fazla ve yersiz olduğuna karar kılınan vergi tahsilatlarının iadesinde; tahsilatın gerçekleştirildiği tarih ile iadenin yapıldığı zaman arasında cereyan eden süredeki, enflasyonist etkilerin yaratacağı değer kaybının ve aynı süre zarfında, ilgili kişilerin iadeye konu tutarı tüketim için harcayamamalarından ya da tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden istifade edememelerinden kaynaklanan zararlarını telafi edilerek; iade tutarının reel değerde ödenmesini sağlamak maksadıyla, faiz ya da enflasyon farkının işletilmesinin mümkün olduğunu düşüncesini iletmiştir. Bahsi geçen hususları görmezden gelerek kişileri mülkiyet hakkından yoksun bırakmanın haksızlığa sebebiyet vereceği kanaatinde olan Anayasa Mahkemesi, davaya konu edilen somut olayda da mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olabilmesi için iade bedelinin, enflasyonun sebep olduğu değer azaltıcı etkilerden arındırılarak reel değerine kavuşturulması gerektiğine hükmetmiştir¹⁵⁷.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, fazla ve yersiz tahsil edilen verginin geri ödenmesinde faiz işletilmemesi halinin, alacaklı konumundaki başvurucuyu, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecek nitelikte aşırı ve haksız bir yüke maruz bıraktığı sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi

¹⁵⁴ AYM, BBY, Başvuru No: 2013\28, KT.25.02.2015, Md. 36.

¹⁵⁵ AYM, BBY, Başvuru No: 2013\28, KT.25.02.2015, Md. 24.

¹⁵⁶ AYM, BBY, Başvuru No: 2013\28, KT.25.02.2015, Md. 43.

¹⁵⁷ AYM, BBY, Başvuru No: 2013\28, KT.25.02.2015, Md. 45-46

bu kanaatine, söz konusu iade tutarından enflasyonun değer kaybettirici etkisinin bertaraf edilerek; onun, reel değerine kavuşturulması amacıyla talep edilen faizin reddedilmesinin, kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengeyi bozduğunun tespiti ile varmıştır. En nihayetinde, açıklanan gerekçeler ışığında, başvuru hakkı bulan Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkı üzerinde ölçülülük ilkesine aykırılıktan kaynaklı ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasına hükmetmiştir¹⁵⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin, vergilendirmeye dair işlemleri konu eden ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin meşruluğunun tespitinde ölçülülük ilkesine denetimini gerçekleştirdiği diğer iki kararı, aynı kişi tarafından farklı tarihlerde yapılan anayasal şikayetlere dayanmaktadır. Bu kararlarında da Anayasa Mahkemesi, bireylerin mülkiyet hakkından ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde mahrum bırakılmasının sebep olduğu kişisel zarar ile bu fiil neticesinde elde edilen toplumsal yarar arasında, adil bir dengenin sağlanamadığı sonucuna vararak, hak ihlalinin varlığı yönünde karar kılmıştır. Söz konusu kararların¹⁵⁹ her ikisinin de başvuru konuları ve hükümleri, yukarıda örneği verilen anayasal şikayetle¹⁶⁰ aynı olup; kararlara yön verici nitelikteki olay ve olgular kısımları ise yetkili idareler ve mahkemeler haricinde eşdeğer nitelik taşımaktadır. Bu sebeplerden ötürü, bir önceki örnek¹⁶¹ özelinde yapılan: mülkiyet hakkı ihlaliyle ölçülülük ilkesi arasındaki bağlantının varlığına ve idari işlemin meşruluğuyla ölçülülük ilkesine riayet arasındaki pozitif yönlü ilişkinin mevcudiyetine dair görüşlerin, bu kararlar tarafından da desteklendiği düşünülmektedir.

Çalışmanın bu kısmında yer verilen son bireysel başvuru kararında başvuru, Türkiye'de yerleşmiş bulunmadığı bildirilmesine rağmen; off-shore sistemine yatırdığı mevduatından elde ettiği faiz gelirinin vergiye tabi tutulduğunu; söz konusu vergileme işleminin de mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet verdiğini gerekçe göstererek anayasal şikâyetle bulunmuştur.¹⁶² Anayasa Mahkemesi, başvuru tarafından yapılan mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiayı ölçülülük ilkesi açısından değerlendirmiş ve netice olarak: mülkiyet hakkına, off-shore bankacığından elde edilen faiz gelirlerinin vergilendirilmesi yoluyla yapılan müdahalenin, kamu yararı bağlamında sağlayacağı fayda ile aynı müdahalenin başvuru nezdinde sebep olacağı zarar arasındaki adil dengeyi bozmadığı görüşüne ulaşmıştır. En nihayetinde Anayasa

¹⁵⁸AYM, BBY, Başvuru No: 2013\28, KT.25.02.2015, Md. 52-53.

¹⁵⁹AYM, BBY, Başvuru No: 2013\1993, KT.06.05.2015. RG. 27.06.2015-29399 ve AYM, BBY, Başvuru No: 2013\6361, KT.06.05.2015.

¹⁶⁰AYM, BBY, Başvuru No: 2013\28, KT.25.02.2015.

¹⁶¹AYM, BBY, Başvuru No: 2013\28, KT.25.02.2015.

¹⁶²AYM, BBY, Başvuru No: 2014\12080, KT.06.04.2017 m 1 ve 45.

Mahkemesi, müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olduğuna kanaat getirerek; mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına hükmetmiştir¹⁶³.

Yukarıda, ölçülülük ilkesinin Türk hukuk sistemine intikalini ve kökleşmesini sağlayan hususlara kısaca yer verilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın devamında, daha önce de belirtildiği üzere, vergi suçları ve vergi kabahatleri ayırımına gidilerek; yapılan soyut düzenlemelerin ve somut durumların, ölçülülük ilkesine uygunluğu; ilkenin unsurları bazında ayrı ayrı dikkate alınarak değerlendirmeye konu edilmiş; yapılan değerlendirmelerde ise Türk yüksek yargı organları kararları esas alınmıştır.

3.1. VERGİ SUÇLARI AÇISINDAN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1.1. Genel Olarak

Kökeni ilkçağ filozflarının eserlerine kadar dayanmakta olan ölçülülük ilkesi, başta hukuk alemi olmak üzere hayatın pek çok alanına sirayet etmiş ve etmektedir. Türk hukuk sistemi bağlamında ise ilke, Anayasa’da düzenlenmeden evvel de evrensel bir hukuk kuralı olmasından mütevellit Anayasa Mahkemesi tarafından gözetilmiş ve aldığı bazı kararlar için dayanak oluşturmuştur¹⁶⁴. Ölçülülük ilkesi, 2001 yılında yapılan değişiklik ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın¹⁶⁵ temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesi bünyesine eklenerek; hukuki bir zemine oturmuş ve sınırlamanın sınırını teşkil eden anayasal ilkeler arasında yerini almıştır. Böylelikle söz konusu düzenlemenin, gerekliliği ile ilgili görüş ayrılıkları bir yana; düzenlemenin vukua gelmiş olması, ölçülülük ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağına dair tartışmaları nihayete erdirmiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırını teşkil eden kıstaslardan biri olan ölçülülük ilkesinin, anayasal norm niteliğini haiz olması onun, devletin üç büyük erkinin tüm faaliyetlerine tatbikini mecbur kılmaktadır. Nitekim ölçülülük ilkesi, gerek yasa koyucunun, ismiyle müsemma olan işlevini yerine getirirken gerek yürüttüğü faaliyetlerle bireyi olumlu ya da olumsuz etkileyebilen idarenin, söz konusu faaliyetlerini icra ederken gerekse kendisine intikal eden adli

¹⁶³Örnek teşkil eden diğer bireysel başvuru kararları için bakınız: AYM, BBY, Başvuru No: 2014\10283, KT.05.04.2017 ve AYM, BBY, Başvuru No: 2014\3975, KT.05.07.2017.

¹⁶⁴ Örnek teşkil eden AYM kararları için bakınız: AYM. 11.2.1987 gün, E. 1986/12, K. 1987/4, RG.19641, 21.11.1987, 1.3.1985 gün, E.1984/12, K. 1985/6, RG.18757, 17.05.1985 ve 22.05.1987 gün, E. 1986/17, K. 1987/11, RG.19578, 18.09.1987.

¹⁶⁵2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. (1982). *T. C. Resmi Gazete, 17863 (Mükerrer)*, 9 Kasım 1982.

veya idari uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmakla mükellef olan yargı organlarının, görevlerinin gereklerini yaparken dikkate almaları zorunluluk arz eden anayasal bir ölçüt hüviyetindedir.

Çalışmanın, vergi suç ve cezalarını konu eden birinci ana bölümünde de bahsedildiği üzere, hukuka aykırı eylemler, sebep oldukları ihlalin ağırlığına göre “*kabahat*” ve “*suç*” olarak sınıflandırılmaktadır. Buna göre, hukuk düzenini ağır derece ihlal eden fiiller suçları oluştururken; hafif derece ihlal eden fiiller de kabahatleri teşkil etmektedir. Suç meydana getiren ağır nitelikli ihlaller için ceza hukukuna göre işlem yapılıp; uyuşmazlığın yerel mahkemece çözülemediği durumlarda temyiz mercii olarak Yargıtay görev alırken; suçlara dair bir diğer yargı yolunu Anayasa Mahkemesi oluşturmaktadır. Elbette vergi suçları için de aynı durum geçerlidir. Anayasa Mahkemesi de kendisine başvurulma usulüne göre kanunların Anayasa’ya uygunluğunu; “*soyut norm denetimi*”¹⁶⁶, “*somut norm denetimi*”¹⁶⁷ ve “*bireysel başvuru denetimi*” olarak üç şekilde denetlemektedir.

Anayasa’nın bağlayıcılığı ve bunun tabii bir sonucu olarak; tüm yasalar nezdinde üstünlüğü söz konusudur. Anayasa, bu üstünlüğünü bizzat kendisinden; 11. maddesinde düzenlenen “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” hükmünden almaktadır. Haliyle yasa koyucunun, çıkaracağı soyut hukuk normu niteliğindeki kanunların, hukuk aleminde var olması ve varlığını sürdürebilmesi için Anayasa’da belirtilen kıstaslara riayet etmesi olmazsa olmazdır. Temel görevi, kanunların ve Anayasa’da belirtilen diğer normların Anayasa’ya uygunluğunu denetlemek ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlamak olan Anayasa Mahkemesi için ölçülülük ilkesi, söz konusu görevlerini ifa ederken dikkate aldığı başat ölçütlerdendir.

Vergi suçlarıyla ilgili kanun hükümlerinin, ölçülülük ilkesine uygunluğunun değerlendirilmesinde; incelemeye tabi tutulan Anayasa Mahkemesi kararları erişime açık

¹⁶⁶ “*İptal davası*” olarak da bilinen soyut norm denetimi, cumhurbaşkanı, iktidar ve muhalefet partisi meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte birine tekabül eden üyeleri tarafından (Anayasa Md. 150) Anayasa’da belirtilen belli sürelerde başvurulabilen bir uygunluk denetimidir. Soyut norm denetiminde, denetime/iptale konu kanun henüz kabul edilmiş olup; somut herhangi bir dava ve olaya konu edilmemiştir. Zira söz konusu niteliği haiz bir kanunun, Anayasa’ya aykırılığı gerekçesi ile denetimi, herhangi bir davadan müstakil, soyut olarak gerçekleştirildiği için bu isimle anılmaktadır (Gözler, 2009, s.22-23).

¹⁶⁷ “*Def-i yolu*” ve “*Anayasa’ya aykırılık itirazı*” şeklinde de isimlendirilen somut norm denetimi, mahkeme önünde görülen bir davanın karara bağlanmasının, tatbik olunacak hukuk normunun Anayasa’ya uygunluğuna bağlı olduğu durumlarda gerçekleştirilen denetim nevidir (Kıratlı, 1966, s.35). Soyut norm denetimin aksine somut norm denetiminde, denetime konu olan hukuk normu yürürlükte ve uygulanmaktadır. Anayasa Mahkemesi haricindeki bir mahkeme, görmekte olduğu davaya uygulayacağı hukuk normunun Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına kendiliğinden ya da taraflardan gelen talep üzerine varırsa, bunu davanın devam etmesine mani olan bir “*ön sorun*” olarak tanımlamakta ve davayı durdurarak sorunun çözümü için Anayasa Mahkemesi’ne müracaat etmektedir (Gözler, 2009, s.22-23).

kaynaklardan¹⁶⁸ elde edilmiştir. Ölçülülük ilkesi denetimine yer veren bu kararlar incelendiğinde, itiraza konu kanunların ve olayların çok çeşitli olduğu görülmekte beraber; bahsi geçen kanunlar ve konular arasında vergi suçu cezalarına dair olanların sayıca çok az olduğu anlaşılmıştır.

Vergi suçları ile alakalı olarak, yerel mahkemelerce verilen hükümlerin, ölçülülük ilkesine uygunluğu açısından bir çıkarımda bulunabilmek için ise erişime açık kaynaklardan sağlanan ve söz konusu suçlara verilen cezaları konu edinen Yargıtay'ın, ölçülülük ilkesi denetimini içeren temyiz incelemeleri esas alınmıştır¹⁶⁹. Elde edilen temyiz kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde: Yargıtay'ın, temyiz incelemesinde bulunurken: ölçülülük ilkesinin yasa metinlerine işlendiği yegâne mevki olan Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde hüküm geliştirmede gibi Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesi denetimi gerçekleştirdiği kararlarına da atıf yapmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Yüksek Mahkeme, kararlarında, Anayasa madde 13 yerine; Türk Ceza Kanunu'nun "*Adalet ve hukuk önünde eşitlik*" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrası hükmü¹⁷⁰ ile "*Cezanın belirlenmesi*" başlıklı 61. maddesinin bilhassa birinci fıkrası hükmünü¹⁷¹ dikkate aldığı ve temyiz incelemelerinde ölçülülük ilkesi denetimini, bu hükümler nezdinde gerçekleştiği görülmüştür. Netice itibarıyla Yargıtay'ın, kararlarını Anayasa'nın 13. maddesine dayandırılmamış olması ölçülülük ilkesi denetimine başvurmadığı manasına gelmemiştir.

Anayasa 13. maddesi kanun koyucuya, temel hak ve hürriyetlere getireceği sınırlamaların çerçevesini çizerken; son hadde de sınırlamanın sınırı niteliğindeki ölçülülük ilkesine riayeti emretmektedir. Türk Ceza Kanunu ise 3/1. maddesinde: somut olay bazında karar verecek olan hâkime, suç fiilinin ağırlığı ile orantılı ceza verilmesini hükmederken; 61/1. maddesinde: temel cezanın belirlenmesinde, bu maddede düzenlenen ve her somut olay için ayrıca dikkate alınması

¹⁶⁸Anayasa Mahkemesi kararlarına, AYM'nin resmi internet sitesi üzerindeki *kararlar bilgi bankası* sekmesinden ulaşılmıştır. Mahkeme'nin konu ile ilgili kararları belirlenirken; kararların yayımlandıkları Resmi Gazete'lerin tarihleri dikkate alınarak, 05.01.2002 ila 19.07.2017 arasında, dava dilekçesinde ölçülülük ilkesine aykırılığın ileri sürüldüğü, esasa ilişkin kararda ölçülülük ilkesi denetiminin yapılarak hükme yansıtıldığı ya da üye veya üyelerce ortaya koyulan karşı oyun ölçülülük ilkesine dayandırıldığı kararlar tespit edilmeye çalışılmış ve bahsi geçen kriterleri haiz sadece 121 adet karar belirlenebilmiştir. (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> [E.T.: 31.07.2017]).

¹⁶⁹Yargıtay'ın bu husustaki karar örnekleri Kazancı Hukuk Otomasyonu marifetiyle elde edilmiştir. Otomasyon üzerinden ilke ile ilişkilendirilebilecek 2030 adet karar tespit edilirken; söz konusu kararlardan 218 tanesinin doğrudan ya da dolaylı olarak vergi ile alakalı bulunmuş; ancak, bunlardan spesifik olarak vergi suçu cezaları üzerine olanlarının sayısı çalışmanın devamında da görüleceği üzere bir elin parmaklarını geçememiştir.

¹⁷⁰“(1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.”

¹⁷¹“(1) Hakim, somut olayda;

a) Suçun işleniş biçimini,
b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,
d) Suçun konusunun önem ve değerini,
e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,
g) Failin güttüğü amaç ve saiki,
Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.”

gereken kıstasları düzenleyerek suçun bireyselleştirilmesini istemektedir. Sonuç olarak, söz konusu hükümler, kaynakları ile olay ve kişi bakımından ilgilileri dikkate alındığında farklılık arz etseler de tümü, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında esas alınması zorunlu olan hukuki metinlerdir. Elbette Anayasa'nın üstün ve bağlayıcı oluşu, kanun bazındaki düzenlemelerin anayasal ilkelere aykırılık gösteremeyeceğine işaret etmektedir. Haliyle, temel hak ve hürriyetlere getirilecek Türk Ceza Kanunu'nun bahse konu maddelerine dayalı sınırlamalar da ancak ve ancak ölçülülük ilkesini de ihtiva eden, Anayasa 13. maddesinin tespit ettiği hudutlar dahilinde yapılabilecektir.

Bugün, anayasal nitelik arz eden ölçülülük ilkesinin felsefi temelleri dikkate alındığında: “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.*” hükmüyle, ölçülülük ilkesi gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında sınır teşkil eden, Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. maddesinin, ilke için bir nev'i kanuni temel haklar rejimi oluşturduğu söylenebilir. Nitekim kökleri Aristoteles'e kadar uzanan ve onun spontane nitelikli bir düşüncesinin ürünü olarak kabul edilen ölçülülük ilkesi: ezcümle, aşırılığı ve eksikliği kötü olarak niteleyen; bu iki zıt ucun ortasında olmayı makul olarak değerlendiren bir temele dayanmaktadır. Aristoteles'in adaleti tanımlarken müracaat ettiği ölçülülük ilkesine dair mülahazası topluma sirayet eder etmez hızla yayılarak, devrinin adalet yoksunu hukuk anlayışının, adalet temelli evrilmesinde büyük rol oynamıştır. Aristoteles'in, ölçülülük ilkesinin de yapı taşı kabul edilen bu düşüncesi, zaman içerisinde evrilip, damıtılıp; değişikliğe uğrasa da temel prensibi günümüzün çağdaş hukuk anlayışının dahi vazgeçilmez niteliklerinden olmaya devam etmektedir. Ayrıca Aristoteles, ölçülülük ilkesi denetimine verdiği önemi ilkeyi, adaletin tecellisinde doğru yöne sevki sağlayan yegâne etmen olarak niteleyerek göstermiştir (Engle, 2012, s.4).

Günümüz çağdaş hukuk sistemlerinin çekirdeğinde, insan hak ve özgürlüklerinin muhafazası yer almakta; Türk hukuk sistemi de bu doğrultuda değişim ve gelişim göstermektedir. Nitekim 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa'ya giren ve çalışmamızın konusunu teşkil eden “*ölçülülük ilkesi*” temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını tayin ederek; onlara anayasal bir güvence sağlarken, 26.09.2004'de kabul edilen ve 12.10.2004'de yürürlüğe konulan 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda cezalandırmada adalet anlayışının genel felsefesi de aynı istikamette değişim göstermiştir. Örneğin bu Kanun öncesi yürürlükte olan, 765 sayılı Mülga Kanun'da öncelikli olarak devletin şahsiyetine karşı suçlara yer verilirken; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda kişiliğe ve insanlığa karşı işlenen suçlara öncelik tanınmaktadır¹⁷². Ayrıca, çalışmanın bu bölümünde yapılacak değerlendirmelere esas teşkil edecek olan madde 61'in,

¹⁷²<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/187.doc> (E.T. 28.09.2017).

Kanun'un değişen felsefesi doğrultusunda Mülga Kanun'da düzenlenen madde metnine (765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (Mülga) 29. maddesi) nazaran daha ayrıntılı düzenlendiği; Mülga Kanun'da yer almayan madde 3 ile de temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik yeni hükümler ihdas edildiği görölmektedir. Çalışmada ortaya konulan kanaate göre: ölçölülük ilkesinin Türk Ceza Kanunu bazındaki yasal temelini oluşturan bu hükümlerin detaylandırılması ve bir nev'i yoktan var edilmesi hem hâkimin söz konusu hükümlerce temel hak ve hürriyetlere getirilecek kısıtlamalarda ilkeyi daha belirgin bir şekilde göz önünde tutmasını sağlamış hem de temyize konu edilmiş kararların hukukiliğinin tespitinde ilke denetiminin önemini arttırmıştır.

Yargıtay'ın ölçölülük ilkesine dair kararlarına değinmeden evvel, ilke ile Yargıtay kararları arasında köprü vazifesi gören Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. ve 61/1. maddeleri arasındaki ilişkinin, söz konusu maddelerin gerekçeleri ve Kanun'un genel gerekçesi bağlamlarında ortaya konulmasının gerekli olduğu düşünölerek; çalışmanın devamında bu husustaki açıklamalara öncelik tanınmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun genel gerekçesi incelendiğinde: öncelikle, ceza kanunlarının Avrupa ölkelerinde cereyan eden gelişimlerine yer verilmiş ve oluşturulan kanunların bir takım ortak özellikler taşıdığına; bunların da en önemlilerinin: işkence usullerinin kaldırılması, ölüm cezası ve cezalarda şiddetin uygulandığı durumların azaltılması ile kişi hak ve özgürlüklerine üstün yer verilmesi olduğuna değinilmiştir. Gerekçede daha sonra, 1985'ten itibaren Ceza Kanunu tasarılarının hazırlanmasına girişildiği, bu doğrultuda başat hedefin insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak ve sağlanan güvenceyi daim kılmak olduğu; bunları gerçekleştirirken de toplumun savunmasından ödün verilmemesi ve en nihayetinde getirilecek sınırlamanın, kişi hak ve özgürlükleri ile toplumun savunması arasında kurulacak dengeyi bozmayacak şiddette ve nitelikte olmasını sağlamak olduğu belirtilerek bir bakıma ölçölülük ilkesinin temel esaslarına da atıfta bulunulmuştur.

Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesi dikkate alındığında: söz konusu Kanun hükmünün düzenlenme iradesinde, ölçölülük ilkesinin de barındırıldığı kanaatine varılabilir. Zira gerekçede: işlenen suç neticesinde bozulan toplum düzeninde adaletin yeniden tecellisinin ancak, faile haklı ve ölçölü bir ceza hukuku yaptırımının tatbik edilmesi sonucu sağlanabileceği, çünkü yalnızca söz konusu nitelikleri haiz bir yaptırımın failin, fiilinden pişmanlık duymasını sağlayabileceği ve böylece onun topluma yeniden kazandırılmasının mümkün olabileceği açıklanmıştır. Göröldüğü üzere amaç: fail bazında, ıslah edilip; topluma yeniden kazandırılması iken, toplum nezdinde ise bozulan adaletin tekrar sağlanmasıdır. Bu doğrultuda: Türk Ceza Kanunu'ndan ölüm cezasının kaldırılmasının, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'da (CGTİHK) istisna teşkil eden suçlar dışında; ağırlaştırılmış müebbet hapis

cezası için dahi koşullu salıverme hükümlerine yer verilmesinin ve bu minvaldeki diğer düzenlemelerin, infaz edilmiş bir cezanın, failin kalan yaşamı üzerinde etkili olmasına imkan tanıyacağına; bunun neticesinde de hem fail hem de toplum açısından verilen cezanın/yapılan sınırlamanın/alınan önlemin ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan elverişlilik ilkesine uygun olmasının sağlayacağına kanaat getirilmektedir. Ayrıca cezanın suç ile orantılılığında, işlenen suça nazaran cezanın aşırılığı, fail nezdinde cezadan beklenen amacın elde edilmesini engellerken; toplum açısından adalet duygusunun zedelenmesine sebebiyet vereceği; cezanın suça nazaran yetersiz ölçüde olması durumunda ise fail bazında cezanın caydırıcılığını; toplum tarafında ise hukuka olan güveni olumsuz etkileyeceği ve bu durumun da ölçülülük ilkesinin bir diğer alt ilkesi olan gereklilik ilkesinin sağlanmasına engel olacağı düşünülmektedir. Nihayet, ölçülülük ilkesini tamamlayan ve başvuru ceza ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir ölçünün varlığını şart koşan orantılılık ilkesine uyumun da ancak ceza hukukunun temel prensibi niteliğindeki orantılılığın sağlanması; diğer bir ifade ile suç ile orantılı bir cezaya hükmedilmesi ile mümkün olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Yukarıda açıklamalar göstermektedir ki Yeni Türk Ceza Kanunu'nun en önde gelen amacı: insan hak ve özgürlüklerinin muhafazası, toplumun savunulması ve bu iki gaye arasında dengenin sağlanmasıdır. 765 sayılı Mülga Kanun'da yer almayan ve esasında anayasal hükümlerden olan adalet ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesince düzenlenmiş olmasının da söz konusu amaca erişme niyetinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Zira ölçülülük ilkesi ile de ilintili olan bu ilkeler, madde 3'ün ihdasıyla kendilerine, kanunlar düzeyinde de yer bularak; somut olaylar bazında daha etkin hale gelmişlerdir.

Ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilebilecek diğer kanun maddesi, somut olay bazında temel cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik hükümler ihtiva eden; madde 61'dir. 765 sayılı Mülga Kanun'un 29. maddesinde de cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine dair hükümlere yer verilmiş olsa da yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin içeriği, söz konusu maddeye nazaran daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Hürriyeti bağlayıcı cezaların genel asgari ve azami hadlerine yer verilmesinden ve belirli suçlara özgülenen cezalarının alt ve üst sınırında indirimler içermesinden kaynaklanan bu farkın, Kanun'un genel gerekçesi dikkate alındığında: faile, amacını aşacak ölçüde ceza verilmesinin önüne geçerek; onun, ıslah edilip yeniden topluma kazandırılması gayesinin sonucu olduğuna kanaat getirilmektedir. Zira cezanın suç ile orantılı verilmesinin isabeti ile temel cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi arasında doğru orantı olduğu; bu korelasyondaki müspet gelişmenin de ölçülülük ilkesine uygunluk derecesini de arttıracığı düşünülmektedir.

Cezalandırmanın amacına erişmede, hükmedilen ceza miktarının Türk Ceza Kanunu 3. maddesine uygunluğu büyük önem teşkil etse de ölçülülük ilkesinin sağlanması bakımından yeterli değildir. Hükmolunan cezanın, ölçülülük ilkesine tüm unsurları bazında uygun olması gerekmektedir; bu da ancak madde 3 hükümlerinin ilaveten cezanın bireyselleştirilmesini konu edinen madde 61 hükümlerine riayet edilmesi ile mümkün olabilmektedir. Nitekim cezalandırmadaki amacın, failin ıslah edilip; tekrar aynı suça yönelmesinin engellenmesi olduğunun kabulünde; aynı yöntemle, aynı değere sahip bir malı özdeş nitelikli bir mülkten çalan; diğer bir ifade ile kişisel durumları dikkate alınmadığında aynı cezaya muhatap kılınması gereken iki kişinin; sabıka kaydı, yaş, ayırt etme derecesi, pişmanlık durumu, ıslah edilebilme hali gibi durumları gözetilmeksizin aynı cezaya maruz bırakılmaları en azından birisi için cezalandırmadan beklenen amacın sağlanması imkansız kılacaktır. Bu durumda: tespit edilen ceza elverişli olamayacağı gibi o cezanın gerekliliğinden ve orantılılığından da söz edilemeyecektir. Tüm bu gerekçelerden yola çıkarak; Türk Ceza Kanunu'nun 3. ve 61. maddelerinin, ölçülülük ilkesinin sağlanması için gerekli ve birbirini tamamlar nitelikte olan hükümlerden oluştuğu kanaati çalışmada ortaya konulmuştur. Üstelik Yargıtay'ın yakın tarihli kararları arasında da bu görüşü destekler nitelikli hükümler de mevcuttur¹⁷³.

Çalışmanın devamında, vergi suçları bağlamında ölçülülük ilkesi denetimini gerçekleştiren yüksek yargı kararlarına yer verilmiş; konu ile ilgili değerlendirmeler de ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri bazında ayırtırmaya gidilerek yapılmıştır.

3.1.2. Elverişlilik ve Gereklilik İlkeleri Açısından Vergi Suçu ve Cezalarında Ölçülülük İlkesi Denetimi

Ölçülülük ilkesinin ilk iki unsurunu elverişlilik ve gereklilik ilkeleri oluşturmaktadır. Nitekim başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmadığı; en azından amaca ulaşmaya katkı sağlayıcı nitelik taşımadığı bir durumda; söz konusu önlemin gerekliliğini irdelemek kifayetsiz kalırken; elverişli kabul edilen birden fazla önlem arasından, faile ve topluma en az külfet getirenin; diğer bir ifade ile temel hak ve özgürlükleri en az sınırlayanın tercih edilmemesi de gereklilik ilkesi açısından kabul görmemektedir. Netice itibarıyla orantılılık denetiminin yapılmasına lüzum dahi görülmeden, ilgili önlemin ölçülülük ilkesine aykırılığına karar verilebilmektedir.

¹⁷³Türk Ceza Kanunu'nun 3. ve 61. maddelerinin ölçülülük ilkesi denetimi için kanuni temel haklar rejimi oluşturduğu yönündeki kanaati destekleyici nitelikteki Yargıtay kararları için bakınız: Yargıtay On Üçüncü Ceza Dairesi, 12 Mart 2015 Tarih ve E.2014/36959, K.2015/4452 Sayılı Karar ve Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi, 11 Şubat 2014 Tarih ve E.2012/36256, K.2014/4199 Sayılı Karar.

Ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri, sacayakları misali ancak hepsi sağlandığında bir bütünü teşkil edip; etkin hale gelmektedir. İlkeler arasında bir hiyerarşinin varlığından söz etmek mümkün olmasa da kademeli bir yapının olduğu aşikardır¹⁷⁴. Nitekim yukarıda da bahsedildiği üzere, gereklilik ilkesi denetiminin yapılması için elverişlilik ilkesine aykırı olunmaması gerekirken; orantılılık ilkesi denetimi de ancak gereklilik ilkesine uygunluğun sağlandığı durumlarda gerçekleştirilebilmektedir.

Alınan önlemin; güdülen gayeye katkı sağlar niteliğinin dahi o önlemi elverişli kılması, elverişlilik ilkesini, ölçülülük ilkesinin en yumuşak karnı; sağlanması en kolay ön şartı olmasını sonucunu doğurmuştur. Zira çalışma kapsamında dikkate alınan yargı kararlarının hiçbirinde elverişlilik ilkesine aykırılık iddia edilmediği gibi ilgili mahkemelerce ilkeye uygunluğa dair varılan hüküm sayısı da ancak istisnai niteliktedir¹⁷⁵. Sonuç olarak, vergi suçları özelinde yapılan araştırmaların nihayete erdiği tarih dikkate alındığında, ulaşılan kararlar temelinde bir genellemeye varmak gerekirse: hem yasal düzenlemelerin hem de yasal düzenlemelere dayanılarak verilen cezaların hemen hemen tümünün elverişli olduğunun kabul edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Çalışmada esas alınan teori çerçevesinde: vergi suçları bağlamında, elverişlilik ilkesi için elde edilen bu neticenin gereklilik ilkesi için de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmakta; ancak bu durumun, söz konusu ilkenin niteliğinden değil; hukuki düzenlemelerin içeriğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Öyle ki esas alınan teoriye göre gereklilik ilkesi denetiminin gerçekleştirilebilmesi, temel hak ve hürriyetlere getireceği kısıtlamalar hususunda bir birileriyle kıyaslanabilecek en az iki elverişli önlemin varlığı ile mümkündür. Ancak vergi suçları için öngörülen cezalar açısından böyle bir durum söz konusu değildir¹⁷⁶. İlgili kanunlarda vergi suçları

¹⁷⁴ Bu görüşü destekler nitelikteki karşı oy yazısı için bakınız: AYM., 06.01.2011 gün, E. 2010/58, K.2011/8, RG.27858, 26.02.2011.

¹⁷⁵ Bu konu için örnek teşkil eden kararlar için bakınız: Danıştay 11. Daire, 23 Mayıs 2000 Tarih ve E. 1999/5908, K. 2000/2219 Sayılı Karar ve Danıştay 13. Daire, 27 Kasım 2015 Tarih ve E. 2015/6041, K. 2015/8087 Sayılı Karar.

¹⁷⁶ Çalışmanın tamamlandığı tarih itibarıyla; yargı kararlarına konu edilmiş olmasa da vergi suçları kapsamındaki “*Haysiyet ve Şeref Tecavüz Suçu*” (VUK Md. 5) için öngörülen cezalar, bahse konu durum için istisna teşkil etmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun 125. maddesinde düzenlenen “*hakaret*” suçlarının özel bir hali olarak değerlendirilen bu suç için; aynı madde çerçevesince, iki yıldan üç yıla kadar hapis **ya da** adli para cezası öngörülmüştür. Bahse konu suç için birbirleri için alternatif teşkil eden iki farklı ceza türünün varlığı, gereklilik ilkesi denetiminin gerçekleştirilmesine imkan vermektedir. Öte yandan, “*Vergi Mahremiyetine İhlal Suçu*” için öngörülen cezanın, Vergi Usul Kanunu’nun 362. maddesinde yapılan atıf gereği, Türk Ceza Kanunu’nun 239. maddesi hükümleri çerçevesince verilmesi ve bu madde de ilgili suç için üç yıla kadar hapis cezası ve bin güne kadar adli para cezası öngörmüş olması, söz konusu cezaları birbirinin ikamesi değil bir nevi tamamlayıcı niteliğine sokmakta nihayetinde bu durum genel kaideye halel getirmemektedir. Ayrıca Vergi Usul Kanunu’nun 359 düzenlenen “*Kaçakçılık Suçları*” için öngörülen hapis cezası yanında; sebep olunan vergi ziyaının üç katının da idari para cezasının verilmesi hususunda, İdare’ye, verilen para cezasının miktarını belirleme yetkisi tanınmadığından; ölçülülük ilkesi denetiminin ikinci aşaması olan gereklilik ilkesi denetimini bir bakıma devre dışı bırakmaktadır.

için öngörülen cezalar, yalnızca miktarı itibariyle değişkenlik gösteren hapis cezalarından ibarettir. Haliyle de bu durum, gereklilik ilkesi denetimini bu bağlamda imkânsız kılmaktadır.

Çalışmada ortaya koyulan kanaate göre: ölçülülük ilkesinin evrensel niteliği, iç hukukta artan etkinliği ve AİHM kararlarına yön veren başat ilkelerden oluşu, vergi suçlarına dair düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Nitekim ölçülülük ilkesinin sacayakları olarak tabir ettiğimiz elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin bir tanesinin dahi sağlam temellere dayanmaması, bilhassa yüksek yargı organları marifetiyle yapılan ölçülülük ilkesi denetimini hem iç hukuk hem de AİHM nezdinde tartışmalı hale getirebilecektir. Bu sebepten vergi suçu cezası olarak öngörülen hapis cezalarına ikame olacak şekilde bir takım alternatif ceza türlerinin ihdas edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Vergi suçları için öngörülecek alternatif cezaların ilgili mevzuata ihdası, gereklilik ilkesine işlerlik kazandırırken; ölçülülük ilkesi denetiminin daha sağlam temellere dayandırılmasına da vesile olabileceğine kanaat getirilmektedir¹⁷⁷.

Çalışma kapsamında temel alınan teoriden müstakil hareket edildiğinde: esasında, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kaçakçılık suçlarından ibaret olan vergi suçları için öngörülen ve azami-asgari sınırları tayin edilmiş hürriyeti bağlayıcı cezaların miktarının yargı organınca takdirinde de ölçülülük ilkesi denetiminin kendi içerisinde gerçekleştirilebileceği düşünülmektedir. Zira ilke unsurları arasındaki kademeli yapının kati olarak uygulanmasının, teşmil edileceği olayları sınırlandırdığı, bunun da hukuka uygunluk bağlamında mühim nitelik arz eden ilkenin uygulanma alanını daralttığına kanaat getirilmektedir. Netice itibariyle, bu durumda, her ne kadar elverişlilik ve gereklilik ilkeleri baypas edilmiş olsa da takdir edilen cezanın adli ve idari yargıda ölçülülük ilkesi denetiminin esasını oluşturan –hatta çoğu durumda ölçülülük ilkesi yerine kullanılan-orantılılık ilkesi denetimine konu edilmesinin yolu açılmış olmaktadır. En nihayetinde bu durumun ilkenin temel hak ve özgürlüklerin muhafazasındaki etkinliğini arttıracak savunulmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki çalışmanın, Orantılılık İlkesi Açısından Vergi Suçu ve Cezalarında Ölçülülük İlkesi Denetimi başlıklı bölümde yer verilen somut yüksek yargı organları kararlarından yola çıkarak: Türk hukuk sisteminin de vergi suçları bağlamında, bu minvalde faaliyet gösterdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira söz konusu kararlarda, ilke denetiminde dikkate alınan yegane hususun, alt ve üst sınırları kanunca öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın yargı organınca tespit edilen miktarının suç fiiline nazaran orantılılığının; diğer bir ifadeyle orantılılık ilkesine uygun olup olmadığının tespit edilmesi gayesi olduğu anlaşılmıştır. Ölçülülük ilkesinin,

¹⁷⁷ Benzer nitelikli bir görüş için bakınız: AYM., 10.02.2004 gün, E. 2001/143, K.2004/11, RG.25460, 12.05.2004 tanın Anayasa Mahkemesi kararında Fazıl SAĞLAM tarafından verilen karşı oy gerekçesi.

Alman hukuk sistemi bazı teorisine tam manasıyla bağlı kalınması halinde ise vergi suçları açısından ilke denetimini işletmek mümkün olmayacaktır.

Dikkatlere sunulması önem arz eden bir diğer husus: devletin yasama, yürütme ve yargıdan oluşan üç büyük erkenden ölçülülük ilkesini öncelikle esas alması gerekeninin yasama erki olduğudur. Yasama organınca yapılan ve cezaları konu edinen düzenlemeler, suça karşılık olarak alternatif cezalar öngörebileceği gibi cezanın azami ve asgari sınırlarını belirleyerek miktar tayinini hakime de bırakabilmekte ya da ceza türü ve miktarını tespit ederek cezalandırmaya yetkili mercii bağlı yetkili kılabilmektedir. Ancak niteliği ne olursa olsun söz konusu düzenlemelerin hukuk alanında varlığını sürdürebilmesinin mühim koşullarından bir tanesi ölçülülük ilkesi esaslarına uygun olmasıdır. Anayasa Mahkemesi de yasama organınca ihdas edilen cezanın, öngörüldüğü suç fiili için makul olup olmadığının denetimini genellikle ilkenin orantılılık unsuru çerçevesinde denetlemektedir.

Ölçülülük ilkesinin öncelikle yasama organınca dikkate alınmasının gerekliliği ve bir bakıma ilkenin esasını teşkil eden orantılılık unsurunun öngördüğü *“cezanın, ilgilisi olduğu bireye yüklediği külfet ile toplumun geri kalanının o cezadan elde ettiği kazanç arasında makul bir dengenin sağlanması”* kıstası, ilke ile sosyal refahın (toplam iktisadi etkinliğin) arttırılmasını amaç edinen ve hukuk kurallarının değerlendirilmesinde mikro iktisada has araçlardan istifade edilmesini savunan hukukun iktisadi analizi yaklaşımı arasında bir bağ kurulmasına vesile olmuştur. Nitekim her iki öğreti çerçevesinde gözetilen husus: yapılan düzenlemelerin/alınan önlemlerin nihai amacının toplumsal düzenin korunmasına ve haliyle toplumsal faydanın arttırılmasına hizmet edip etmediğidir. Bundan dolayı, çalışmanın bu kısmında, hukukun iktisadi analizi yaklaşımına kısaca, konu bütünlüğüne zeval vermeyecek ve ölçülülük ilkesi ile bağdaştırılabilecek şekilde yer verilmesinin isabetli olacağı düşünülmüştür.

Hukukun iktisadi analizi¹⁷⁸ yaklaşımına dair görüşlerin Becarria ve Bentham’ın cezalandırmaları konu eden çalışmalarına dayandığı ileri sürülmektedir (Shavell, 2004, s.4). Özellikle Bentham’ın, ölçülülük ilkesinde olduğu gibi, hukuk kurallarının meydana getirilmesinde ve değerlendirilmesinde, söz konusu kuralların sebep olacağı sonuçların ölçüt olarak dikkate alınması gerektiği görüşünün (Bentham, 1907); bu yaklaşımın oluşumunda ilham kaynağı olduğu düşünülmektedir (Shavell, 2004, s.4). Nitekim yaptığı çalışmalarla hukukun iktisadi analizi

¹⁷⁸Bazı kaynaklarda, “hukuk ve iktisat” ile “hukukun iktisadi analizi” aynı anlamda kullanılsa da literatürdeki ağırlıklı görüşe göre bu iki yaklaşım özellikle kapsamları itibarıyla birbirinden farklılaşmaktadır. Nitekim hukuk ve iktisat, hukuk kurallarının piyasa üzerinde etkili olduğu alanların dikkate alındığı bir yaklaşım iken; hukukun iktisadi analizinde: iktisadi yöntemlerin kullanımı, yalnızca hukukun piyasayla ilişkilendirilebilecek alanlarıyla sınırlı kalmamakta; tüm alanlarına teşmil edilmektedir (Ayata, 2014, s.37).

yaklaşımının literatürdeki yerini sağlamlaştıran¹⁷⁹ ve bu açıdan, söz konusu yaklaşımın öncüsü kabul edilen Richard A. Posner, hukuk kurallarının bu minvalde incelenmesi gerektiği görüşünde olmuş ancak, bu kuralların ihdasında ve uygulanmasında iktisat metodolojisinin kullanılması gerektiğini savunmuştur (Ayata, 2014, s.37).

Hukukun iktisadi analizi yaklaşımı, hukuk kurallarını fiyat teorisi marifetiyle incelemeye tabi tutmaktadır. Haliyle mikro iktisadın temel esasları, söz konusu yaklaşıma dair uygulamalarda da büyük önem arz etmektedir (Posner, 1987, s.5). Bahse konu temel esasların başında da bireylerin iktisadi faaliyetlerinde çıkarlarını gözetmeleri; daha formel bir ifadeyle bireysel fayda maksimizasyonu benimsemeleri varsayımı gelmektedir. Nitekim iktisat bilimi için önem arz eden tüm çıkarımların ve açılımların başlangıç noktasını oluşturan ve rasyonel davranış olarak nitelendirilen bu varsayım, hukukun ekonomik analizi yaklaşımı için de geçerlidir. Ayrıca bireylerin, iktisadi faaliyetleriyle kısıtlanmayıp; her alanda fayda maksimizasyonu peşinde koştuğunun kabulünde, fiyat mekanizmasının piyasa harici alanlara da teşmil edilebildiği görülmektedir. Buradan hareketle, hukuki düzenlemelerin de fiyatların oluşmasında belirleyici etken olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin fiyat belirleyici niteliğinin ise kişilerin faaliyetlerini, fayda ve maliyet değerlerini etkilemek suretiyle yönlendirmesinden ileri geldiği düşünülmektedir. Hırsızlık suçu vakalarının azaltılmasının istendiği durumda, suç işleme aşamasında olan kişi için suçun fiyatı (suç işlemenin maliyeti) niteliğinde olan cezasının artırılmasına ve/veya asayiş denetimlerinin yoğunlaştırılarak failin yakalanma riskinin yükseltilmesine yönelik düzenlemelerin bahse konu durum için örnek teşkil edeceğine kanaat getirilmektedir (Oğuz, 2002, s.6-7). Cooter ve Ulen de hukuki normların bazı davranışlar için zımni bir fiyat meydana getirdiğini; bu normların sonuçlarının da söz konusu fiyatlara verilecek tepki nispetince incelenmesi gerektiğini savunmaktadır. (Cooter ve Ulen, 2012, s.4). Bu çıkarımlar ve görüşler, fiyat teorisi bağlamında değerlendirildiğinde, esasında yapılan düzenlemelerin arz ve talebin değiştirilmesinden ibaret olduğu; ancak bu değişikliği bireyin davranışta bulunma ya da bulunmaktan caymaya etki edecek nitelikte önem arz ettiği sonucuna ulaşılmaktadır (Oğuz, 2002, s.7).

Sonuç olarak, kapsamı itibariyle hukuk ve iktisat öğretisini de ihtiva eden hukukun ekonomik analizi yaklaşımı: ez cümle, fayda maksimizasyonu güden bireyin, yaptırımları, hukuka aykırı eylemlerin fiyatı olarak kabul ettiği; fiyatı yükselen mala olan talebin azalış göstereceği gibi kendisini yüksek yaptırımlara maruz bırakılacak davranışlardan (suç fiillerini işlemekten)

¹⁷⁹ Bentham'dan sonra hukuk normlarının sonuçları itibariyle değerlendirmesini düstur edinen görüş, Chicago Üniversitesi'ne mensup Ronald Coase, Aaron Director ve takipçisi konumundaki Richard A. Posner tarafından oluşturulmuştur (Cooter ve Ulen, 2012). Bilhassa Posner'in başta "Hukukun Ekonomik Analizi" isimli kitabı olmak üzere, konuya dair yaptığı çalışmaları yaklaşımın "Chicago Okulu" olarak da anılmasını sağlamıştır (Savaş, 2004, s.4)

sakınmak için daha fazla çaba sarf edeceği anlayışı üzerine temellenmiştir. Haliyle hukuk kuralları marifetiyle desteklenen ya da sınırlandırılan fayda fonksiyonu, bu yaklaşımda kıstas olarak kullanılmaktadır¹⁸⁰. Görüldüğü üzere, hukukun ekonomik analizi yaklaşımı bireyden yola çıkıp onun, suç fiilini işlemeye dönük tercihlerini fiyat mekanizması marifetiyle yönlendirerek; başka bir değişle suç işlemekten caymasını sağlayarak toplumsal düzenin korunmasını ve bunun ötesinde toplumsal faydanın arttırılmasını öngörürken; ölçülülük ilkesi ise bireyin temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasına sınır getirip, faile yüklenecek külfet ile toplumun bu maliyetten sağlayacağı fayda arasında makul bir oranın sağlanmasını amaç edinmektedir. Netice itibariyle, hukuki düzenlemelerin denetimde kullandıkları araçlar farklılık arz etse de gerek hukukun iktisadi analizi yaklaşımı gerekse ölçülülük ilkesi, toplumsal faydanın arttırılması ile bunun bir ön şartı olarak toplumsal düzenin korunması amaçlarının hasıl olmasına yönelik müesseselerdir. Bu itibarla her ikisin de bilhassa kanun koyucu tarafından ve özellikle verilecek cezanın niteliğinin (para cezası – hürriyeti bağlayıcı ceza) tespiti hususunda dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir.

3.1.3. Orantılılık İlkesi Açısından Vergi Suçu ve Cezalarında Ölçülülük İlkesi Denetimi

Ölçülülük ilkesi denetiminin nihai aşamasını teşkil eden ve teorik olarak verilen cezanın faile yüklediği külfetle; toplumun bu cezalandırmadan elde edeceği fayda arasında makul bir dengenin varlığını arayan orantılılık ilkesi denetimi; vergi suçları bağlamında en sık müracaat edilen hukuka uygunluk kriteridir^{181,182}.

Yerel mahkemelerce hükmolunan cezalarla ilgili gerçekleştirilen ve ölçülülük ilkesi denetiminin işletildiği, Yargıtay'ın temyiz incelemeleri ele alındığında: temyize konu edilen uyuşmazlığın içeriğine göre ilke denetiminde odaklanılan hususlar farklılık arz etse de yapılan denetimlerin genellikle orantılılık ilkesiyle sınırlı tutulduğu görülmüştür. Yukarıda da bahsedildiği üzere, Yargıtay, bu denetimini Türk Ceza Kanunu 3/1. ve 61. maddelerinin hükümleri çerçevesince gerçekleştirmektedir. Çalışmanın bu kısmında, -vergi suçlarından bağımsız olarak- ölçülülük ilkesi ile Türk Ceza Kanunu'nun bahse konu hükümleri arasındaki ilişkiyi netleştirmek amaçlanmıştır; bu doğrultuda somut kararlar nezdinde temyiz incelemelerine sıkça konu olan

¹⁸⁰ <http://www.actecon.com/assets/upload/services/ardiyokhukukekonomi-pdf09032015085007.pdf> (E.T. 04/06/2018)

¹⁸¹ “*Dar anlamda ölçülülük*” hatta “*ölçülülük*” olarak da nitelendirilen orantılılık ilkesinin, teoride ve uygulamada, kimi zaman unsuru olduğu ölçülülük ilkesinden ayrıştırmaz şekilde kimi zaman ise doğrudan ölçülülük ilkesi yerine; ilkeyi bütünüyle temsil eder nitelikte kullanıldığı görülmektedir.

¹⁸² **Belirtmek gerekir ki Türk yüksek yargı organları kararları dikkate alındığında: orantılılık ilkesi denetimi uygulamalarında, kıyaslamaya tabi hususlar, teorisinin öngördüğü gibi cezaya muhatap kılınan failin uğrayacağı zarar ile o cezadan toplumun istifade edeceği yarardan oluşmamakta; ilke denetimi sadece, cezanın miktarı ile suç fiilinin ve failin niteliği ekseninde gerçekleştirilmektedir.**

uyuşmazlıklara yer verilerek; orantılılık alt ilkesi bağlamında, ölçülülük ilkesi esaslarının hangi ölçüde sağladığı tespit edilmeye çalışılmıştır.

Belirtilen kapsam doğrultusunda, Yargıtay kararları, bir bütün olarak ele alındığında: denetime en sık konu olan durumun –aksi yönde kararlar da olmakla birlikte- verilen cezanın şiddetinin suça konu olan malın değerine nazaran aşırı/orantısız olması hali olduğu görülmüştür. Bu duruma örnek teşkil eden bir davada¹⁸³: temyiz istemi ile Yargıtay’a sevk edilen bir “*dolandırıcılık suçu*” için Türk Ceza Kanunu’nun ilgili maddesinde hürriyeti bağlayıcı ceza yönünden 1 ila 5 yıl süreli hapis cezası öngörülürken; yerel mahkeme cezayı, üst sınır olan 5 yıl olarak tespit etmiş; alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi için de aynı nitelikteki suçtan çok sayıda sabıkası olan sanığın, suça meyilli olması ve ıslah olmadığının anlaşılması gibi durumları göstermiştir.

Yargıtay, yerel mahkemenin tespit ettiği temel ceza için suçun işleniş şeklini, suç fiilinin niteliklerini, suç konusunun önemini, kastın ağırlığı ve yoğunluğunu gerekçe göstermesinden ötürü; Türk Ceza Kanunu’nun 61. maddesi açısından verilen hükmün, dosya içeriği ile uygun, yeterli ve yasal olduğuna; bundan dolayı da cezanın tayin edilmesinde alt sınırdan uzaklaşılmasının şüphe götürmez şekilde isabet teşkil ettiğine kanaat getirmiştir. Ancak Yargıtay, her ne kadar yerel mahkemenin ceza tayin ederken alt sınırdan uzaklaşmasında kanuna aykırılık oluşturacak herhangi bir husus belirlemese de suça konu olan malın değerinin sadece 130 Türk Lirası olmasına rağmen; cezanın, üst limit olan 5 yıl olarak tespit edilmiş olmasını Kanun’un 3/1. maddesinde düzenlenen “*orantılılık*” ilkesine aykırı bularak bozma kararına hükmetmiştir¹⁸⁴. Ez cümle, Yargıtay’ın bozma kararının gerekçesi: yerel mahkemenin, ilgili dolandırıcılık suçu için karar verdiği hapis cezasının, suç fiili ile orantılı nispette olmaması; bunun da madde 3’e aykırı olduğu şeklinde metne yansımış olsa dahi arka planda, hükmolunan cezanın ölçülülük ilkesi nazarında da aykırılık teşkil eder niteliği haiz olduğunun gözden ırak tutulmaması gerekmektedir. Zira somut olay ölçülülük ilkesi açısından değerlendirildiğinde: cezanın hürriyeti bağlayıcı niteliği zımnen elverişli kabul edilse de takdir edilen şiddetinin suç fiiline nazaran orantısız olması, o cezadan beklenen amaca erişimi zorlaştıracığından (ya da imkânsız kılacağından) ölçülülük ilkesine uygunluktan söz edilemeyecektir¹⁸⁵.

Ölçülülük ilkesi denetimine sıkça yer verilen bir başka Yargıtay kararı nev’inde: faile verilen cezanın şiddeti ile suç fiiliyle mağdur duruma düşen kişinin mağduriyetinin derecesi arasındaki

¹⁸³ Yargıtay On Beşinci Ceza Dairesi, 12 Haziran 2008 Tarih ve E.2012/15-1280, K.2012/1864 Sayılı Karar.

¹⁸⁴ Yargıtay On Beşinci Ceza Dairesi, 12 Haziran 2008 Tarih ve E.2012/15-1280, K.2012/1864 Sayılı Karar.

¹⁸⁵ Benzer nitelik arz eden kararlar için lütfen bakınız: Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi, 26 Ocak 2012 Tarih ve E.2012/8-1241, K. 2012/92098 Sayılı Karar, Yargıtay Onuncu Ceza Dairesi, 11 Nisan 2013 Tarih ve E.2012/21021, K.2013/3316 Sayılı Karar, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi, 15 Ocak 2013 Tarih ve E.2011/438, K. 2013/512 Sayılı Karar, Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi, 19 Nisan 2013 Tarih ve E. 2012/35151, K. 2013/12554 Sayılı Karar.

orantısızlıklar konu edilmektedir. Bu niteliği haiz bir temyiz kararında¹⁸⁶ Yargıtay: yerel mahkemenin, sanığa, basit cinsel saldırı suçundan verdiği cezayı, mağdurun ruh sağlığını bozmasını gerekçe gösterilip; alt sınırdan uzaklaşarak takdir etmiş olmasına rağmen; ceza dosyasının kapsamını dikkate almadığını, cezanın başka gerekçelere dayandırmadığını ve bunların ötesinde madde 3/1’de öngörülen adalet ve orantılılık ilkesi gereğince, cezada makul oranda bir artırım yapmamış olduğunu gerekçe göstererek bozmuştur. Yargıtay’ın bu kararında, cezanın orantılılık ve haliyle ölçülülük ilkesi denetimine tabi tutulduğu yönü farklılık arz etse de bozma gerekçeleri yukarıdaki örnekle nitelik itibarıyla özdeştir. Zira görülmektedir ki başvuru alan önleme aracının, ölçülülük ilkesine uygunluğunun kabul edilebilmesi için verilen cezanın şiddetinin suç ile orantılı nispette belirlenmesi gerekmektedir. Bunun da ancak hâkimin, ceza tayininde madde 3/1 ve gerektiği durumlarda madde 61 hükümlerine tam manasıyla riayetiyle mümkün olabileceği ve yalnızca bu şekilde cezalandırmada kullanılan araç ile hedeflenen amaç arasında orantılılığın ve nihayetinde ölçülülüğün sağlanabileceği düşünülmektedir¹⁸⁷.

Temyize sıkça konu olan ve orantılılık ilkesi vasıtasıyla ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilebilecek bir diğer durum ise failin, suç ile orantılı olmayan; diğer bir ifade ile suç fiiline nazaran aşırılık arz eden cezalara çarptırılması halleridir. Bu konuda, Yargıtay’a intikal eden bir kararda¹⁸⁸: yerel mahkemenin, faile, sahte işyeri açma ve çalıştırma ruhsatı kullanmaktan ibaret olan eyleminden ötürü 4 yıl hapis cezasına hükmetmesi söz konusudur. Yargıtay, verilen bu cezanın madde 3’de öngörülen orantılılık ilkesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiş; bununla birlikte, cezanın alt sınırdan uzaklaştırılmasının gerekçesinde: madde 61 hükümlerine, somut olaya ve faile özgülenmeden yer verilmesini ve bu hükümler arasında yer almayan “*sanığın kişiliği ve sosyal durumu*” hususunu dikkate alınarak cezanın fazla tayin edilmesini yasaya aykırı bularak ilgili yerel mahkeme kararını bozmuştur. Anlaşıldığı üzere, ölçülülük ilkesinin Kanun nezdindeki hukuki alt yapısını oluşturan ve ilkeye uygunluğun sağlanmasında birbirini tamamlar nitelik arz eden madde 3 ve madde 61’e aykırılık, aynı zamanda orantılılık ilkesine aykırılık anlamında gelmektedir. Nihayetinde, bozma kararının, orantılılık ilkesine (dolayısı ile de ölçülülük ilkesine) aykırılıktan kaynaklı olduğuna kanaat getirilmiştir.

Temyize sevk edilen ve orantılılık ilkesi denetimine tabi tutulan yerel mahkeme kararları, yalnızca yukarıda bahsi geçen nitelikleri haiz konulardan ibaret değildir. Sıklıkla temyizine başvurulmuş bu tür kararlar yanında; muhtelif kararlar da mevcuttur¹⁸⁹. Ancak çalışma kapsamı

¹⁸⁶Yargıtay On Dördüncü Ceza Dairesi, 21 Şubat 2013 Tarih ve E.2012/13395, K. 2013/1661 Sayılı Karar.

¹⁸⁷ Benzer nitelikteki karar için lütfen bakınız: Yargıtay On Dördüncü Ceza Dairesi, 10 Nisan 2013 Tarih ve E.2011/10194, K.2013/4224 Sayılı Kararı.

¹⁸⁸ Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 18 Ocak 2013 Tarih ve E.2011/1000, K.2013/864 Sayılı Karar.

¹⁸⁹ Örnek teşkil eden diğer kararlar için bakınız: Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi, 28 Mart 2013 Tarih ve E. 2012/20201, K.2013/9156 Sayılı Kararı.

gereği söz konusu kararlara yer verilmemiştir. Zira yukarıda bahsi geçenlere çalışmada yer verilmiş olmasının yegâne gayesi de Yargıtay'ın, temyiz incelemesinde bulunurken, somut olay bazında denetimini yaptığı Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. ve 61. maddeleriyle orantılılık (ve haliyle ölçülülük) ilkesi arasındaki ilişkiyi daha belirgin bir şekilde ortaya koyabilme çabasından ibarettir. Çalışmanın bu bölümünün konusu vergi suçu ve cezaları ile sınırlı tutulduğundan; devam eden kısımda sadece bu hususu işleyen ve orantılılık ilkesinin denetiminin gerçekleştirildiği temyiz kararları değerlendirmeye alınmıştır.

Vergi suçu cezaları özelinde, temyize konu edilen ve somut olayın Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. ve 61. maddelerinin hükümleri nezdinde değerlendirilerek; bir nevi orantılılık ilkesi denetimin gerçekleştirildiği örnek Yargıtay kararlarının ilkinde *“sahte fatura kullanma”* suçu konu edilmiştir. Yargıtay, bahse konu kararında¹⁹⁰: vergi denetimi neticesinde, 2005 takvim yılında sahte fatura kullandığı tespit edilen ve bu gerekçe ile kendisine, ilgili Kanun'da öngörülen en yüksek haddeden cezaya hükmedilen vergi mükellefi sanığın itirazını incelemiştir. İnceleme neticesinde Yargıtay, *“TCK'nin 61. maddesi uyarınca suça uygulanacak cezanın belirlenmesinde tahdidi olarak sayılmış kriterler getirilmiştir. Her somut olayda, ilgili suç tanımında belirlenen cezanın alt ve üst sınırı arasında ceza tayin edilirken, cezanın belirlenmesine ve bireyselleştirilmesine ilişkin ilgili maddenin 1. fıkrasında yedi bent halinde sayılan bu hususlar göz önünde bulundurularak ve somut gerekçeler tek tek belirtilmek suretiyle takdir hakkı kullanılacaktır.”* hükmünde bulunmuş ve yerel mahkemenin, ölçülülük ilkesi denetiminin Türk Ceza Kanunu bazındaki dayanağını oluşturan düzenlemelerden biri olan 61. madde hükümlerini dikkate almadığını tespit etmiştir. Ayrıca Yargıtay, itiraza konu olayda, ilke için aynı nitelikleri haiz bir diğer madde olan ve temel cezanın belirlenmesinde esas alınan Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. maddesine riayetin zorunlu olduğunu belirttikten sonra; dosya içeriğinden, söz konusu fıkra hükmünde geçen orantılılık ilkesine aykırı davranılarak cezanın üst sınırdan tayin edildiği; bunun da temyiz itirazını haklı kıldığı sonucuna varmış ve nihayetinde somut olaya özgü diğer aykırılık gerekçelerini de belirtmek suretiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Görüldüğü üzere, her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nda ölçülülük ilkesine özgü spesifik bir düzenleme olmasa da Yargıtay, Kanunu'nun 3/1. ve 61/1. maddelerinin hükümlerinin somut olay bazında uygulanıp uygulanmadığını araştırarak; bir nev'i orantılılık ilkesi vasıtasıyla ölçülülük ilkesi denetiminde bulunmuştur. Bu durum da bozma kararına dayanak teşkil edecek ağırlıkta olan ilkenin ehemmiyetini ortaya koymaktadır.

¹⁹⁰ Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 4 Aralık 2013 Tarih ve E.2013/19212, K.2013/18390 Sayılı Kararı.

Vergi suç ve cezalarında orantılılık ilkesi denetiminin uygulandığı bir diğer temyiz incelemesinde¹⁹¹ Yargıtay, somut olayın tahliline geçmeden önce; yukarıdaki örneğin doğrudan alıntılanan kısmına, özdeş cümlelerle bu kararında da yer vererek; hakimın, suç için ilgili kanunca öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında bir takdirde bulunacağını; ancak bu eylemini Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin ilk fıkrasınca düzenlenen kriterleri somut olay bazında değerlendirmeye tabi tutarak gerçekleştirmesi gerektiğini belirtmiş; akabinde ise *“temel ceza belirlenirken aynı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” şeklinde ifade edilen “orantılılık” ilkesi de gözetilmelidir.”* hükmüne yer vererek, ceza tayin edilirken, belirtilen hususlara ilaveten orantılılık ilkesinin de gözden uzak tutmamasının zorunluluğunu dile getirmiştir. Dikkat edildiği üzere Yargıtay'ın konu ile ilgili hemen hemen her kararında hakimlerin, önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde: eğer uyuşmazlığa konu suça özgü olarak, ilgili Kanun'da öngörülen ceza için asgari ve azami sınırlar öngörülmüşse, cezanın belirlenmesinde, Türk Ceza Kanunu bazında ölçülülük ilkesi denetiminin hukuki alt yapısını oluşturan ve birbirlerini tamamlayıcı nitelik arz eden 3/1. ve 61. maddelerine mutlak manada riayet etmeleri gerektiğini önemle vurgulanmaktadır. Somut olayda ise Yargıtay, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/a. maddesinde düzenlenen *“defter ve belgeleri gizlemek”* suçunun mahkemede sübut bulunduğunu, ilgili hakimın *“suçun işleniş biçimi, sanığın kastı, sanığın aynı suçu işlemeyi meslek haline getirmiş olması, mahkememizde aynı suçtan devam eden birden fazla dosyalarının bulunması, suç sebepleri, sanığın şahsi ve sosyal durumu, geçmişi, sebep, saik ve sair haller”* şeklinde, Türk Ceza Kanunu'nun 61/1. maddesinde düzenlenen ve temel cezanın belirlenmesinde kullanılan kriterlere benzer nitelikli hususlara dayanarak; söz konusu suç için Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen cezanın asgari haddinden uzaklaşıp, cezayı önce 2 yıl 6 ay hapis cezası olarak tespit ettiğini ve daha sonra madde 62'de düzenlenen; *“failin sosyal geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi”* nedenler söz konusu olduğunda, hakimın takdir yetkisini kullanarak fail lehine, cezanın aynı kanun maddesinde belirtilen şekil ve oranlarda hafifletilmesine yetki veren hükümler çerçevesinde nihai cezayı 2 yıl 1 ay hapis cezası olarak takdir ettiğini ifade etmiştir¹⁹². Yargıtay,

¹⁹¹ Yargıtay On Dokuzuncu Ceza dairesi, 4 Kasım 2015 Tarih ve E.2015/2787, K.2015/6622 Sayılı Kararı.

¹⁹² Türk Ceza Kanunu'nun 62. maddesinin de 3/1. ve 61. maddeleri gibi bu Kanun bazında ölçülülük ilkesi denetimine dayanak teşkil eden üçüncü düzenleme olduğu düşünülmektedir. Zira farklı mercilerce de olsa madde 62 hükümleri de ilkeyi de ihtiva eden Anayasa madde 13 gibi temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında esas alınmaktadır. Madde 62, madde 61'de olduğu gibi temel cezanın belirlenmesinde, somut olaya tatbik edilecek ölçütleri tek tek belirlemeyip; örnek teşkil edecek birkaç takdiri indirim nedenine madde metninde yer verdikten sonra kullandığı *“gibi”* ibaresi ile benzer nitelikteki durumların da takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir. Bilhassa *“cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri”* hususunun örnek takdiri indirim nedeni olarak madde metninde yer verilmesi ve bunun gibi durumların da takdiri indirim nedeni olarak esas alınabilecek olması söz konusu maddenin özellikle cezanın şiddetinin belirlenmesi açısından ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilebileceği ve ilke denetimi için dayanak teşkil edebileceği kanaatini doğurmaktadır.

yerel mahkemenin cezayı belirlerken alt sınırdan uzaklaşmasını, madde 61’de düzenlenen kriterlere dayandırdığı gerekçesini kabul etmekle birlikte; alt sınırdan uzaklaşma derecesini, diğer bir ifade ile cezanın miktarını suç fiilinin ağırlığı ile orantılı olmayacak nispette fazla tayin etmesini ve sanığa ek savunma hakkı vermemesini kanuna aykırı bularak bozma kararı vermiştir.

Görüldüğü üzere, her ne kadar kanun, hâkime, suç fiili için öngördüğü alt sınırdan, üst sınırdan veya alt ve üst sınırlar arasından ceza tayin etme serbestisi vermişse de bu serbesti belirli hudutlar dahilinde de olsa alabildiğine değildir. Bu kaide, yukarıdaki örnek için de pek tabii geçerlidir. Ölçülülük ilkesinin anayasal niteliği, yasa koyucunun, defter ve belgeleri gizlemek suçu için verilecek cezanın asgari ve azami sınırını tespit ederken; ilkeye riayetini zorunlu kılmıştır. İlgili düzenlemede de her ne kadar defter ve belgeleri gizleme suçu için verilebilecek minimum ve maksimum cezalar, soyut anlamda ilkeye uygun olarak belirlenmiş kabul edilse de hâkimin somut olay için takdir ettiği cezanın, ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının da ayrıca denetlemesi gerekmektedir. Birçok kez dile getirildiği üzere, Türk Ceza Kanunu bakımından bu denetim 3. ve 61. maddeleri çerçevesince yerine getirilmektedir. Temyize konu örnekte de Yargıtay, yerel mahkemenin cezayı tespit ederken asgari sınırdan uzaklaşılmasında Türk Ceza Kanunu’nun 61. maddesini dayanak göstermesini kanuna uygun bulurken; cezanın miktarının suç fiiline nazaran orantısız (aşırı) tespit edilmesinin aynı Kanun’un 3. maddesine -ve haliyle orantılılık ilkesine- aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile bozmuştur. Açıklamalardan da anlaşıldığı gibi niteliği gereği Yargıtay, bozma gerekçesini yasaya (Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesinde düzenlenen orantılılığa) aykırılığa dayandırsa da esasında bozma kararının temelinde anayasal temeli haiz olan ölçülülük ilkesinin orantılılık alt ilkesine uygunsuzluğun yattığı sonucuna ulaşılmıştır.

Orantılılık ilkesi denetiminin esas alındığı bir diğer Yargıtay kararında¹⁹³, “*sahte fatura düzenlemek*” suçundan kurulan mahkûmiyet hükmüne karşı, davanın iki sanığından biri tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuştur. Yargıtay, yukarıda bahsi geçen kararlarında olduğu gibi bu kararında da temyize konu somut olaya özgü niteliklere değinmeden evvel; hâkimin, suçun yasal tanımında asgari ve azami sınırları öngörülmüş olan ceza ölçeğinden temel cezayı belirlemek için dikkate alacağı hususları düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun 61. maddesine ve suç ile orantılı ceza verilmesini hükmeden 3/1. maddesine atıfta bulunarak; bir nevi ölçülülük ilkesi denetiminde bulunacağını ifade etmiştir¹⁹⁴. Bu doğrultuda, somut olay

¹⁹³ Yargıtay Yirmi Birinci Ceza Dairesi, 13 Ekim 2016 Tarih ve E.2016/1724, K.2016/6138 Sayılı Kararı.

¹⁹⁴ Yargıtay, bu kararında “*kanunda öngörülen alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirlemek hakim takdir ve değerlendirme yetkisi içindedir, ancak Anayasanın 141, 5271 Sayılı CMK’nin 34, 230 ve 289. maddeleri uyarınca hükümde bu takdirin denetime olanak sağlayacak biçimde, hak ve nefaset kurallarına uygun, dosya içeriği ile uyumlu yasal ve gerekli gerekçesinin gösterilmesi zorunludur. Yasa metinlerindeki ifadelerin tekrarı bu metinlerdeki genel nitelikli ölçütler somut olaya ve failine özgülenmediği müddetçe yeterli bir gerekçe değildir*” hükmüne de yer vermiştir. Yargıtay’ın başka kararlarında da belirtilen bu hükmün, yerel mahkemece takdir edilen cezanın gerekçelendirilmesi ve

değerlendirildiğinde: vergi suçu raporu ve ekindeki belgelerden, davada adı geçen limited şirketin yetkilerinin, biri temyiz başvurusunda bulunan sanık diğeri de onun halefi olan sanık olmak üzere, farklı tarih aralıklarında farklı kişilerce devralındığı ve temyiz talebinde bulunan sanığın yetkili olduğu dönemde sadece iki adet sahte fatura düzenlenirken; diğer sanık döneminde ise çok sayıda sahte fatura düzenlediği ortaya çıkarılmıştır. Ancak yerel mahkeme, düzenlenen sahte fatura adedindeki belirgin farka rağmen; her iki sanığa da eşit oranda temel cezaya hükmetmekle birlikte; Türk Ceza Kanunu’nun 43. maddesi uyarınca da neden göstermeksizin aynı nispette ceza artırımında bulunmuştur. Anlaşıldığı üzere, sanıklar, nitelik olarak aynı suçu işleseler de nicelik olarak (düzenledikleri sahte fatura sayısı açısından) birbirlerinden ayrılmakta ve haliyle haklarında farklı miktarlarda cezaların hükmedilmesi gerekirken; aynı ölçüde cezaya muhatap kılınmış bulunmaktadır. Bu şartlar altında Yargıtay da daha az suç fiili işlemesine rağmen, diğeri ile aynı cezayı alan sanık için hükmedilen fazla cezayı orantılılık ilkesine aykırı bularak; yerel mahkeme kararının bozmuştur. Nitekim somut cezaya dair tüm gerekçeler değerlendirme dışı bırakılıp; yalnızca düzenlenen sahte fatura adetleri açısından bir değerlendirme yapıldığında dahi, aynı cezanın her iki sanığa verilmemesi gerektiği; verilmesi durumunda ise kaçınılmaz olarak sanıklardan biri için suç ile orantısız bir ceza verilmiş olacağı aşikardır. Bu durumda ya daha çok suç fiili işleyen nazarında eksik cezaya hükmedilmesi ya da temyize konu olayda olduğu gibi daha az suç fiili işleyene fazla ceza verilmesi şeklinde bir orantısızlık vuku bulacaktır.

Bu bölüm boyunca Türk Ceza Kanunu’nun 3/1. ve 61. maddeleri hükümleri ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkiye dair yapılan açıklamalar bir bütün halinde dikkate alındığında: somut olayda¹⁹⁵, Yargıtay’ın bozma kararına gerekçe gösterilen, temyize başvuran sanık aleyhindeki orantısızlık halinin, doğal olarak ölçülülük ilkesi için de aykırılık teşkil ettiği kanaatine ulaşmak mümkündür. Öte yandan, sadece işlenen suç fiilleri ve verilen cezalar açısından bir değerlendirme yapıldığında da ilkeye aykırılığın varlığı aşikardır. Zira çok sayıda suç fiili icra etmiş sanığa verilen ceza orantılı ise ona nazaran daha az suç fiili işlemiş sanığa aynı şiddette cezaya hükmedilmesi haliyle orantısız olacak ve bu durum en nihayetinde ölçülülük ilkesine uygun düşmeyecektir.

Orantılılık ilkesi denetimi için örnek teşkil edecek bir diğer temyiz incelemesinde¹⁹⁶ sanıklar, haklarında, “*sahte fatura kullanma*” suçundan verilen mahkûmiyet hükmüne karşı itirazda bulunmuşlardır. Yargıtay’ın diğer tüm örneklerinde olduğu gibi burada da somut olayla ilgili hüküm verilmeden önce, ölçülülük ilkesi denetiminin Türk Ceza Kanunu bazında hukuki temelini

elde edilen gerekçelerin somut olay bazında ölçülülük ilkesine uygunluğunun tespiti açısından da büyük önemi haiz olduğu kanaatindeyiz.

¹⁹⁵ Yargıtay Yirmi Birinci Ceza Dairesi, 13 Ekim 2016 Tarih ve E.2016/1724, K.2016/6138 Sayılı Kararı.

¹⁹⁶ Yargıtay Yirmi Birinci Ceza Dairesi, 7 Haziran 2016 Tarih ve E.2016/5278, K.2016/4971 Sayılı Karar.

oluşturan; madde 61 ile madde 3/1 hükümlerine yer verilmiş ve sonrasında, bir önceki örnek kararda olduğu gibi hâkimin takdirinin vücut bulmuş hali olan yerel mahkeme kararının denetlenebilmesi için geçerli bir şekilde gerekçelendirilmiş olmasının zorunluluğu, yasal dayanakları ile birlikte belirtilmiştir. Somut olayda: yemek üretimi ve ticareti faaliyetinde bulunan bir anonim şirketin ortağı olan sanıklar hakkında, üç yıl için yönetim kuruluna seçildikleri ve bu süre zarfında, sahte fatura düzenledikleri belirlenen otuz dört mükelleften elde ettikleri faturaları, yasal defterlere kaydedip; Katma Değer Vergisi beyannamesinde indirim konusu yaparak 2005 takvim yılında sahte fatura kullanma suçu işledikleri iddiasıyla kamu davası açılmıştır. Dava sonucu verilen mahkumiyetler daha sonra temyize intikal ederken; en nihayetinde Yargıtay, yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay'ın bozma kararına dayanak teşkil eden nedenlerin çalışmanın konusunu ilişkilendiren kısmında: yerel mahkemenin, kararını gerekçelendirirken sanıklar ve olay bazında özgüleme yapmadan, yasadaki genel nitelikli ibarelere yer vermekle yetindiğini, haliyle cezanın bireyselleştirilmesinde kullanılan ölçütlerin somutlaştırılmadığını; sonuç olarak hak ve nefaset kuralları ile orantılılık ilkesine aykırı olacak şekilde fazla ceza tayin ettiğini belirtilmiştir. Aynı şekilde, ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil eden bu durum ve diğer temyiz incelemesi örnekleri göstermektedir ki Yargıtay'ın büyük değer attığı orantılılık ilkesi, yerel mahkeme kararlarının hukuk alemindeki varlığı için de kritik öneme sahiptir. Zira mahkeme kararının orantılılık ilkesine uygunluğu ile o kararın Yargıtay tarafından onanması arasında pozitif bir ilişki mevcuttur. Öte yandan ilke denetiminin icra edilebilmesi için mahkeme kararlarının, Yargıtay kararında¹⁹⁷ belirtilen özellikleri taşıyacak şekilde gerekçelendirmesi de olmazsa olmaz nitelik arz etmektedir.

Erişime açık kaynaklardan sağlanan veriler ışığında, bu bölümün nihayete erdirildiği tarih olan 02.10.2017'e kadar, yerel mahkemelerce vergi suçlarına verilen cezaların, temyize yansıyan ve burada Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. ve 61. maddeleri ile zaman zaman da 62. maddesinin hükümlerine dayanılarak orantılılık ilkesi denetimi marifetiyle ölçülülük ilkesi denetimine tabi tutulanlar, yukarıda bahsi geçen kararlardan ibaret olsa da Yargıtay kararları incelendiğinde, birçok konuda ölçülülük ilke denetime başvurulduğu görülmüştür¹⁹⁸. Anlaşılan odur ki anayasal nitelik arz eden ölçülülük ilkesine aykırılık, Yargıtay nezdinde bozma nedenidir. Haliyle hakimlerin ceza takdirinde bulunurken; ilkeye mutlak manada riayet etmeleri esastır. Böylece kararlarında istikrar sağlanmasının yanında hem kamu hem de fail nezdinde adalet ve vicdan

¹⁹⁷ Yargıtay Yirmi Birinci Ceza Dairesi, 13 Ekim 2016 Tarih ve E.2016/1724, K.2016/6138 Sayılı Kararı.

¹⁹⁸ Örnek kararlar için bakınız: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 3 Kasım 2015 Tarih ve E.2014/7-370, K.2015/371 Sayılı Kararı, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi, 3 Mart 2016 Tarih ve E.2014/20015, K.2016/3377 Sayılı Kararı, Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, 16 Ekim 2014 Tarih ve E.2013/5039, K.2014/9805 Sayılı Kararı, Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, 16 Mart 2015 Tarih ve E.2013/7116, K.2015/8280 Sayılı Kararı, Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, 1 Ekim 2015 Tarih ve E.2013/11129, K.2015/14699 Sayılı Kararı.

algısına olumlu etki yapacak hükümlerin verileceği ve bu durumun da suçlunun ıslahına ve topluma yeniden kazandırılmasına imkân sağlayacağı düşünülmektedir.

3.2. VERGİ KABAHAHLERİ AÇISINDAN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.2.1. Genel Olarak

Soyut kanun normlarında öngörülen idari yaptırımların, kanunca tanımlanan tarife uygun somut olaya tatbikinin icracısı konumundaki idarenin, bu doğrultuda aldığı her karar temel hak ve hürriyetler üzerinde sınırlayıcı etkiyi haizdir. Haliyle idarenin, bu nev'i deki kararlarını ifa ederken ölçülülük ilkesine riayeti zorunluluk arz etmekte; aksi takdirde, söz konusu kararların hukuka aykırılığı ileri sürülebilir hale gelmektedir.

Ölçülülük ilkesi, bir taraftan idarenin, kamu yararı maksadıyla aldığı tedbirlerle temel hak ve özgürlüklerin muhafazası arasında denge kurulmasında temel teşkil ederken; öte yandan idare hukukundaki takdir yetkisiyle, hukuka uygunluk arasında köprü vazifesi görmektedir (Aktaran: Metin, 2002, s.58).

Temel hak ve özgürlüklere, yasal hükümlere dayanmadan müdahale edilemeyeceği gibi, hayatın olağan akışı içerisinde vuku bulabilecek her duruma özgü bir düzenlemenin yapılması da mümkün değildir. Bu nedenle, birçok durum için genel ilkelerin belirlendiği yasal düzenlemelerde bulunularak; idareye, karar verme hususunda serbesti tanınma yoluna gidilmiştir. Takdir yetkisi olarak addedilen bu serbesti: amaca erişmek için idareye mevcut yasal araçlar arasından seçim yapma imkanının tanınması olarak tanımlanmaktadır (Kahn, 1980, s.524). Takdir yetkisi, idarenin, belirli bir olay karşısında, ne yönde hareket edeceğinin önceden yasayla sınırlandırılmadığı durumlarda, mevcut çözüm yollarından istediği birini seçebilmesini öngörmektedir (Aktaran: Karatepe, 1991, s.70). Ancak idarenin, seçme iradesine bırakılan araçların tümü yasal bir temele dayanmış olsa da eylemin icrasında idare, tam manasıyla hür değildir. Nitekim öngörülen amaca ulaşmak için sunulan her türlü önleme başvuru yetkisini sınırlandıran anayasal bir ölçüt mevcuttur: **ölçülülük ilkesi**. Bundan mütevellit idare, takdir yetkisini kullanırken; icrasına karar kıldığı aracın, hedeflenen amaç için elverişli, gerekli ve orantılı diğer bir ifade ile ölçülülük ilkesine bağdaşır nitelikte olmasına dikkat etmek zorundadır. Haliyle ölçülülük ilkesi, idareye kanun marifetiyle bahşedilen hareket alanına hudut çizmektedir.

Doktrin kaynaklarına göre, idarenin takdir yetkisinin üç niteliği haiz olması gerekmektedir. Niteliklerden ilki, takdir yetkisinin kanun marifetiyle düzenlenen bir alanda icra edilmesi iken;

ikincisi, söz konusu düzenlenmenin tüm ihtimalleri kapsayacak derece ayrıntılı olmaması; bazı alanları boş ya da eksik bırakılmış olmasıdır. Sonuncu nitelik ise hukuk kurallarınca tespit edilen sınırlar dahilinde idareye birden çok alternatif arasından en uygun olduğuna kanaat getirdiğini seçme yetkisinin tanınmasıdır (Kaya, 2006, s.257 ; Gerçek, 2006, s.14). Canyaş, üçüncü niteliğin bir bakıma idareye verilen “*en uygun çözümü bulma ve uygulama yetkisi*” olduğunu dile getirmiştir (Canyaş, 2011, s.13). Çalışmada, Canyaş’ın görüşüne katılmakla birlikte; uygun çözüme ulaştıracak yegâne yolun, elverişlilik arz eden yasal önleme araçlarından (elverişlilik ilkesine uyum), ilgisine ve topluma en az külfet getirenin tercih edilmesinden (gereklilik ilkesine uyum); bunu yaparken de tatbikine karar kılınan önleme aracı ile amaç arasında makul bir oranın gözetilmesinden (orantılılık ilkesine uyum); ez cümle ölçülülük ilkesine riayet edilmesinden geçtiği düşünülmektedir.

Temel hak ve özgürlüklere müdahale hususunda, idareye tanınan takdir yetkisi alanının genişliği ile ölçülülük ilkesine bağlılığın derecesi ve ilkenin etkinliği arasında pozitif bir ilişki mevcuttur. Dolayısıyla; idarenin, bağlı yetkili¹⁹⁹ olduğu bir konuda, takdir kabiliyetinden yoksun olması ve bunun bir neticesi olarak; kendisinden sadece hukukun emrettiği şekilde davranmasının beklenmesi; vereceği kararlar hakkında ölçülülük ilkesi denetiminin işletilmesini İdare Hukuku açısından imkânsız ve manasız kılmaktadır. Örneğin Kabahatler Kanunu madde 33’de geçen “*Dilencilik yapan kişiye elli Türk lirası idari para cezası verilir*” hükmünde olduğu gibi idare, söz konusu kanun hükmü karşısında takdir alanına sahip olmadığından; burada İdare Hukuku bağlamında ölçülülük ilkesinin varlığından ve ilke denetiminden söz edilemeyecektir²⁰⁰. Teorik açıdan çalışmanın üzerine temellendirildiği Alman hukuk sistemi dikkate alındığında, sağlanan bu çıkarım İdare Hukuku açısından ilke esasları ile uyumluluk göstermektedir. Ancak vergi suçlarına dair kısımda da belirtildiği üzere, ölçülülük ilkesi unsurları arasında kademeli bir yapının gözetilmesini zorunlu kılan bu teori, ilke denetiminin uygulanma alanına vergi kabahatleri bağlamında da dikkate değer ölçüde kısıt getirmektedir. Yine vergi suçlarında olduğu

¹⁹⁹ Bağlı yetki, kanun tarafından belirlenen durumların vuku bulması halinde, yine kanunca öngörülen işlemin icra edilmesi mecburiyetidir (Oytan, 1985, s.37). Bağlı yetkinin, kavramsal olarak zıttı konumundaki takdir yetkisi ile kıyas edilerek daha belirgin bir şekilde ortaya konulacağı düşünülmektedir. Bu bağlamda, takdir yetkisini normun ihdas edilme gayesinde erişimde açık ve anlaşılır olmadığı durumlarda uygulanırken; bağlı yetki, söz konusu duruma tezatlık arz eden diğer bir ifade ile amacın belirsiz olduğu durumlarda kullanılmaktadır. Zira bağlı yetkinin mevcut olduğu durumda, ilgili kanun normu, hangi işlemin tesis edilerek amaca ulaşacağı düzenlediğinden; idarenin ayrıca bir değerlendirmede bulunmasına mahal yoktur. Ez cümle bağlı yetkinin varlığı, idarenin seçim yapma yetkisinin olmadığını manasına gelmektedir (Canyaş, 2011, s.23).

²⁰⁰ Konu ile ilgili bir Danıştay kararında; davacının, ilgili idarece verilen idari para cezasının makul olmadığını öne sürerek; iptal edilmesi talebiyle idare mahkemesine açtığı dava haklı görülüp; davaya konu cezanın iptaline karar kılınmış; bunun üzerine cezayı veren idare, yerel mahkemece verilen iptal kararının hukuka aykırı olduğunu öne sürerek; temyiz isteminde bulunmuş ve söz konusu kararın bozulmasını talep etmiştir. Danıştay, yaptığı inceleme neticesinde, idarenin, verdiği para cezası konusunda bağlı yetkili olduğu; haliyle cezanın tayininde kendisine takdir yetkisi tanınmadığı; bundan dolayı da vereceği kararın makul/ölçülü olup olmadığına dair bir değerlendirmenin yapılamayacağı gerekçesiyle yerel mahkemenin, cezanın makul olmadığını gerekçe göstererek iptal yönünde verdiği kararı bozmuştur (Danıştay 6. Daire, 15 Aralık 2006 Tarih ve E. 2004/5684, K. 2006/6195 Sayılı Karar)

gibi vergi kabahati cezalarına dair düzenlemelerin de yasama eliyle hayat bulması, vergi kabahatleri bağlamında ilkeyi gözetmek zorunda olan birincil merciinin yasama organı olması sonucunu doğurmaktadır. Yasamaca ihdas edilen ve cezalandırmayı konu edilen düzenlemelerde: cezanın niteliği ve miktarı ne olursa olsun bilhassa orantılılık ilkesi bağlamında ölçülülük ilkesi denetimine konu edilmesinin hukuka uygunluğu bağlamında büyük önem arz ettiği düşünülmekle beraber; bahse konu teoriden bağımsız hareket edildiğinde, ilke denetiminin, öngörülen ceza özelinde ve orantılılık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmesinin önünde hiçbir engel olmadığı düşünülmektedir. Elbette bu aşamada, denetimin konusunu, soyut hukuk normunda yer alan ceza teşkil ettiğinden, orantılılık –haliyle ölçülülük- ilkesi denetimini gerçekleştirecek olan yüksek yargı organı Anayasa Mahkemesi olacaktır.

İdareye takdir yetkisinin tanınması ise idare hukuku açısından ölçülülük ilkesi denetiminin tatbik edilebilir hale gelmesini sağlarken; tanınan takdir yetkisinin kullanılacağı alanın sınırları genişledikçe ya da takdir yetkisini çerçevesinde seçilecek alternatif önleme araçlarının sayısı arttıkça ilkenin etkinliği de artış gösterecektir. Örneğin Kabahatler Kanunu madde 42/1’de geçen *“Meydanlara veya parklara, cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait duvar veya alanlara, rızası olmaksızın özel kişilere ait alanlara, bez, kâğıt ve benzeri afiş ve ilan asan kişiye, yüz Türk Lirasından üç bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.”* hükmüne göre idareye alt ve üst sınırları kanunca belirlenmiş ceza tutarları arasında tayin yetkisi tanınmıştır²⁰¹. İdareden de bu makas arasından ölçülülük ilkesi ile bağdaşır nispette bir cezaya hükmetmesi beklenmektedir. Söz konusu niteliği haiz olmayan ceza miktarının takdirinde, toplumun adalet duygusunun sarsılmasının yanında cezalandırmadan beklenen amaç da yerine gelemeyecek ve ceza, Anayasa madde 125/1’de geçen *“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”* hükmü bağlamında, dava konusu edilerek; ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilebilecektir. Nitekim takdir yetkisi kapsamında icra edilen idari işlemler –takdir yetkisi çerçevesince verilen kararın yerindeliği hariç olmak üzere- yargısal denetime tabidir (Canyaş, 2011, s.20).

İdarenin bağlı yetkiyi haiz olduğu durumlarda İdare Hukuku açısından uygulanamayan ölçülülük ilkesinin; takdir yetkisinin söz konusu olduğu hallerde uygulanabilmesi için kanun nezdinde düzenlemelerin varlığının zaruret teşkil etmediği düşünülmektedir. Zira ilkenin anayasal nitelikte oluşu, yasalar nezdinde düzenlemese dahi idare hukuku da dahil olmak üzere hukukun tüm alanlarında uygulanmasını zorunlu kılmış; Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında, ilkeyi *“doğrudan ölçü norm”* olarak kullanması da idare hukuku ve idare hâkimi üzerinde tesiri

²⁰¹Kanun, söz konusu makas aralığı ne kadar geniş belirlerse, kullanılacak takdir yetkisi sınırları da o denli artacak ama aynı zamanda, ölçülülük ilkesinin hassasiyeti aynı yönde değişim gösterecektir.

olmuştur (Metin, 2002, s.65). İdare hâkimi, ilkeye, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, idarenin takdir yetkisi, kolluk ve disiplin hukuku alanlarında başvurmaktadır. Danıştay içtihatlarında²⁰² da idarenin takdir yetkisinin: hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, mutlak olmadığı, ilgili hizmetin gerekleri ve kamu menfaatiyle sınırlı olduğu; objektif değerlendirmeler neticesinde ve hukuk kuralları çerçevesinde kullanılması gerektiği kabul edilmekte; ayrıca söz konusu yetki, ölçülülük ilkesi denetimine tabi tutulmaktadır (Erkut, 1996, s.118-120).

Çalışmanın, vergi kabahatleri ve cezaları açısından ölçülülük ilkesi denetiminin konu edildiği bu bölümünde: vergi suçları ve cezalarına dair kısımda olduğu gibi gerekli değerlendirmeler yüksek yargı organları kararları esas alınarak yapılmıştır²⁰³. Bu maksatla, vergi suçları ve cezaları kısmında belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarına ilaveten; Danıştay'ın temyiz kararları²⁰⁴ incelemeye tabi tutulmuştur. Erişme açık kaynaklardan edinilen bu temyiz kararları değerlendirildiğinde: hemen hemen tamamının doğrudan doğruya vergi kabahatleri ve cezalarında ölçülülük denetimini içermediği sonucuna ulaşılmış; ancak bu durumun olağan karşılanmıştır. **Zira İdare Hukuku açısından, bir uyuşmazlığın kaynağının idari bir işleme dayanmış olması, o uyuşmazlığın Danıştay'ın temyiz incelemesine konu edilebilmesinin yolunu açarken; aynı uyuşmazlık için ölçülülük ilkesi denetiminin gerçekleştirilebilmesi için idarenin temyize konu işleminde takdir yetkisini haiz olması ve bu yetki çerçevesinde hareket etmiş olması gerekmektedir. Ancak vergi kabahatleri ve cezalarının hemen hemen tamamını ihtiva eden Vergi Usul Kanunu, idareye takdir yetkisi tanımamıştır.**

Kabahatler Kanunu, kanun yolları dışında kalan ve idari para cezası yaptırımını gerektiren tüm kabahat fiillerine uygulanacak hükümleri ihtiva eden genel karakterli bir kanundur. Kabahatler Kanunu'nun bu niteliği onun, vergi kabahatlerine tatbikini, ancak vergi, resim ve harçlara dair özel kanun hüviyetinde olan Vergi Usul Kanunca ihtiva edilmemiş olay ve durumların varlığında mümkün kılmaktadır. Ancak Vergi Usul Kanunu'nun çok kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş

²⁰² Bu doğrultudaki kararlara örnek teşkil etmesi için bakınız: Danıştay 8. Daire, 5 Ekim 1981 Tarih ve E. 1980/3358, K. 1981/2915 Sayılı Karar

²⁰³ Kabahat olarak nitelendirilen hafif nitelikli ihlaller için yargı denetimi İdari Yargı olabileceği gibi adli yargı da olabilmektedir. Bu hususta, genel hükümleri ihtiva eden Kabahatler Kanunu, aynı zamanda diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça idari yaptırımlara yönelik kanun yolunu da düzenlemektedir. Çalışmanın konusu teşkil eden vergi kabahatleri ve cezaları bağlamında ise Vergi İdaresince verilen idari para cezalarının temyiz merci olarak Danıştay'a müracaat edilmektedir. Bu konuda bir uyuşmazlığın temyiz mercii olarak Danıştay'a intikal edebilmesi için de öncelikle, uyuşmazlığa konu cezanın Vergi İdaresince kesilmiş ve tebliğ edilmiş olması; yasal süresi içerisinde vergi mahkemesinde dava edilmiş olması ve Mahkeme'nin kurul halinde verdiği kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz başvurusunda bulunulmuş olması gerekmektedir. Danıştay'ın kendisine temyiz yoluyla intikal eden bir uyuşmazlığın çözümünde, ölçülülük ilkesi denetiminde bulunabilmesi için ise Vergi İdaresi'nin uyuşmazlığa konu cezayı tespit ederken, bağlı yetki ile karar vermemiş olması; asgari ve azami sınırları kanunla belirlenmiş olan ceza aralığından kendisine tanınan takdir yetkisi ile hüküm vermiş olması gerekmektedir.

²⁰⁴ İlgili temyiz kararları, Kazancı Hukuk Otomasyonu marifetiyle elde edilmiştir. Otomasyon üzerinden ilke ile ilişkilendirilebilecek 1986 adet karar belirlenirken; bu kararlardan 516 tanesi vergi ile ilintili olduğu tespit edilmiş; ancak tespit olunan kararların hiçbirisi doğrudan doğruya vergi kabahatleri ve cezalarında ölçülülük denetimini içermemiştir.

olması ve kabahat fiilinin özellikleri, vergi kabahati fiilinin işlenişindeki kusurluluk halleri (Kılıç 2014, s.344) gibi kabahatlere dair yalnızca sınırlı sayıdaki hususu içermemiş olmasından dolayı; vergi kabahati cezaları konusunda Kabahatler Kanunu hükümlerine müracaat edilememektedir. Zira Vergi Usul Kanunu'nun 344. ila 358. maddeleri dikkate alındığında; vergi kabahati cezası gerektirecek tüm fiillere ve müeyyidelerine tek tek belirtmek suretiyle yer verdiği görülmektedir.

Vergi İdaresince kesilen kabahat niteliğindeki fiillerin ve cezalarının Vergi Usul Kanunu tarafından net bir şekilde belirlenmiş olması, idarenin bağlı yetkili olduğu; diğer bir ifade ile cezanın tayininde takdir yetkisini haiz olmadığı anlamına gelmektedir. Netice itibariyle, Vergi İdaresinin takdir yetkisinden yoksunluğu, verdiği cezalarda ölçülülük ilkesi denetimini uygulanmasını doğası gereği imkânsız ve manasız kılmaktadır. En nihayetinde de bu durum, Danıştay'ın ölçülülük ilkesi denetimi işlettiği temyiz incelemelerine vergi kabahat ve cezalarının konu edilmeme sebebini de ortaya koymaktadır. İlgili mevzuatta değişikliğe gidilip; Vergi İdaresi'ne takdir yetkisi tanınmadığı müddetçe de İdare Hukuku açısından vergi kabahatlerine özgülenen cezalar hususunda, ilke denetiminin gerçekleştirilmesi beklentisinde olmak da beyhude niteliktedir. Ancak belirtmek gerekir ki idare bir bütündür ve Vergi İdaresi, o bütünü teşkil eden parçalardan sadece bir tanesidir. İdareyi oluşturan diğer bazı kurumlar, ilgili kanunlar uyarınca kendilerine verilen takdir yetkisi marifetiyle, ağırlıkları farklı idari müeyyideler arasından cezayı ya da bir idari müeyyide için öngörüşmüş ölçek aralığından ceza miktarını tespit edebilmektedirler. Üstelik bu konuda yargıya intikal etmiş ve ölçülülük ilkesi denetimi açısından içtihat oluşturmuş çok sayıda karar da mevcuttur²⁰⁵. Yapılacak bir yasa değişikliği ile Vergi İdaresi'ne takdir yetkisi tanınması durumunda, idarenin diğer kurumları nazarında oluşan bu içtihatlarının, vergi kabahatlerine verilen cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için de yol gösterici nitelik taşıyacağı düşünülmektedir.

3.2.2. Elverişlilik ve Gereklilik İlkeleri Açısından Vergi Kabahatleri ve Cezalarında Ölçülülük İlkesi Denetimi

Yukarıda yapılan açıklamalar, ölçülülük ilkesi denetiminin, İdare Hukuku bağlamında ve vergi kabahatleri özelinde, Danıştay'ın temyiz incelemesine konu edilmeme gerekçelerini açıkça ortaya koymuş olsa da incelenen kararlar arasında, zımnen de olsa bu durum için istisna teşkil eden bir ilama²⁰⁶ rast gelinmiştir. İlke denetiminin elverişlilik ilkesi bağlamında gerçekleştirildiği bu

²⁰⁵Takdiri yetkiyi haiz idarelerce bu yetkileri kapsamında alınan kararlardan yüksek yargıya intikal edip ölçülülük ilkesi denetimine konu edilmiş olan karar örnekleri için bakınız: Danıştay 12. Daire, 15 Şubat 2017 Tarih ve E. 2016/8859, K. 2017/321 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 27 Kasım 2015 Tarih ve E. 2015/6041, K. 2015/8087 Sayılı Karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 1 Nisan 2013 Tarih ve E. 2009/1637, K. 2013/1160 Sayılı Karar ve Danıştay 13. Daire, 14 Nisan 2009 Tarih ve E. 2007/11975, K. 2009/4349 Sayılı Karar.

²⁰⁶ Danıştay 11. Daire, 23 Mayıs 2000 Tarih ve E. 1999/5908, K. 2000/2219 Sayılı Karar.

kararda: pişmanlık dilekçesiyle beyan edilen vergi için ilgili kanun maddesine göre hesaplanan zam miktarı ile verginin yasal süresinde ödenmemesinden dolayı kesilen vergi ziyayı cezasını uygun bulan vergi mahkemesi kararı, itiraza konu edilmiştir.

Danıştay, incelemesinde: aynı niteliği haiz olaylara uygulanması gereken yasal hükümlere yer verdikten sonra²⁰⁷, somut olay bazında değerlendirmelerde bulunmuştur. Daha sonra Danıştay tarafından dosya incelemesi üzerinden, yükümlü şirketin, 1999/Mart dönemine ait KDV beyannamesini vermesinin akabinde; bahse konu beyannamenin hatalı olduğunu fark ettiği; bundan mütevellit 6.5.1999 tarihinde, pişmanlık dilekçesiyle birlikte ek beyanname verdiği; aynı anda tahakkuk eden vergi ve pişmanlık zammını ise yasa da belirtilen 15 günlük sürenin bitiminden sonraki bir tarihe tekabül eden 25.5.1999'da ödemesine rağmen; vergi dairesi müdürlüğü tarafından, pişmanlık koşullarının ihlal edildiği gerekçesiyle vergi ziyayı cezası kesildiğini belirlemiştir²⁰⁸.

Danıştay, temyiz incelemesinde: itiraza konu durumlarla ilgili hükümlerin düzenlendiği yasa maddelerinde pişmanlık koşullarına yer verildiğini ancak; bu koşulların ihlal edilmesi durumunda uygulanacak yaptırımlara dair herhangi bir normun barındırılmadığını dile getirmiştir. Danıştay'ın somut olaya özgü değerlendirmesinde ise yükümlü şirketin, yasal sürenin dolmasından sonra yaptığı vergi ve pişmanlık zammı ödemesini, davalı idarenin kabul ettiğini belirtmekle birlikte; ödemenin geç yapılması hususunun takdire ve incelemeye sevk edilmemesinden dolayı; kesilen vergi ziyayı cezasının hukuka aykırı olduğuna kanaat getirmiştir. Danıştay'ın bu yöndeki kararının temelinde, kamu alacaklarına dair ödemelerin geç yapılması karşılığında verilecek cezaların 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun'un (AATUHK) 51. maddesinde düzenlenmesi yatmakta; Yüksek Mahkeme de kararını söz konusu maddeye dayandırmaktadır. Zira Danıştay'a göre yükümlünün, pişmanlık talebinin kabul edilmesi göz önünde tutulduğunda: beyan üzerine tahakkuk eden verginin geç ödenmesinin yaptırımı, gecikmeden kaynaklı zammın tatbikinden ibaret olacak; aksi istikametteki bir değerlendirme hem pişmanlık talebinin kabulü hem de vergi ziyayı cezasının kesilmesi sonucunu doğuracak ve bu durumun pişmanlık müessesesinden beklenen amacın gerçekleştirilmesini

²⁰⁷ "213 sayılı Yasası 371. maddesinde beyana dayana vergilerde vergi ziyayı cezasını gerektiren kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber veren mükelleflere bu maddede yazılı kayıt ve koşullarla vergi ziyayı cezası kesilemeyeceği hükmü yer almış, anılan maddenin 5. bendinde ise, mükellefçe haber verilen ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin ödenmesinin geçtiği her ay kesri için, 6183 sayılı Kanunun 51. Maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranında bir zam ile birlikte haber verme tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenmesi gerektiği, bu koşullar arasında sayılmıştır."

²⁰⁸ Danıştay 11. Daire, 23 Mayıs 2000 Tarih ve E. 1999/5908, K. 2000/2219 Sayılı Karar.

imkânsız kılacaktır. Danıştay'ın bu düşüncesi, ilgili vergi mahkemesi kararını bozmasıyla eyleme dökülmüştür²⁰⁹.

Çalışmada ortaya koyulan kanaate göre: Danıştay'ın, yukarıda geçen yerel mahkeme kararını bozma iradesinin temelinde elverişlilik ilkesine aykırılık yatmaktadır. Zira Danıştay'ın kararında da belirttiği üzere, pişmanlık talebinin kabulüne rağmen, vergi ziyayı cezasının tatbiki, pişmanlık müessesesinde beklenen amacı bertaraf etmektedir.

Ölçülülük ilkesi, cezanın uygulanıp uygulanmaması sorunu ile ilgilenmeyip; sadece cezalandırma ile hedeflenen amaca nasıl erişileceğini esas almaktadır. Haliyle ulaşılmak istenen amaca erişmede, elverişli olmayan bir tedbirin meşru sayılamayacağı gibi (Aktaran; Metin, 2002, s.63) elverişli tedbirler arasından en yumuşak olanına müracaat edilmemesi de gereklilik ilkesi açısından makbul olmayacaktır. Hangi önleme aracının daha yumuşak nitelikte olacağı ise tatbik edilecekleri olayın şartlarına göre şekillenmektedir.

Danıştay'ın bu kararında²¹⁰ olduğu gibi pişmanlık zammı, geç ödemenin bir yaptırımı olarak değerlendirildiğinde, bunun ve vergilendirme ile ilgili ödevlerin zamanında yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesinden dolayı verginin eksik veya geç tahakkuk ettirilmesinin müeyyidesi olan vergi ziyayı cezasının başat amacı, vergiye uyumun sağlanması ve vergisel düzenin muhafazasıdır. Söz konusu müeyyideler, bahsi geçen amaçlara erişmek için elverişli olsalar da ilgili karara konu olan somut olay bazında değerlendirme yapıldığında: yükümlü şirketin, yasada belirtilen sürenin dolmasından sadece 4 gün sonra, vergi borcunu gecikme zammı ile birlikte ödemiş olması durumunun, vergi uyumunun sağlanması ve vergisel düzenin muhafazası amaçlarına erişimi engelleyecek nitelikte bir iradenin mevcut olmadığı düşüncesini hâkim kılmaktadır. Nitekim yaptırımdan beklenen amaca, bahsi geçen 4 günlük farkı da kapsayan bir gecikme zammının hesaplanmasıyla ulaşılmaması mümkün iken; yerel mahkemenin, vergi ziyayı cezasını onaması; söz konusu amaçlara erişimde gereklilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. En nihayetinde, dolaylı da olsa ölçülülük ilkesine aykırı olan bu idari karar, Danıştay'ın temyiz incelemesi marifetiyle bozularak hukuk aleminden silinmiştir²¹¹.

²⁰⁹ Danıştay 11. Daire, 23 Mayıs 2000 Tarih ve E. 1999/5908, K. 2000/2219 Sayılı Karar.

²¹⁰ Danıştay 11. Daire, 23 Mayıs 2000 Tarih ve E. 1999/5908, K. 2000/2219 Sayılı Karar.

²¹¹ Anayasa madde 125/4'de geçen "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir suretle yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütmenin görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak sınırlandırılacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremez." ile "İYUK madde 2/2'nin ihtiva ettiği "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslar uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler." hükümleri dikkate alındığında; İdari Yargı denetiminin hukuka uygunluk/hukukilik denetiminden ibaret olduğu; yerindelik denetiminin kapsamadığının açıkça düzenlendiği görülmektedir. Üstelik her iki madde metninde de geçen "idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler" hükmü ile hukukilik

Yukarıda bahsi geçen; istisnai durum haricinde, bağlı yetkiyi haiz Vergi İdaresi'ne ait kararlar, doğası gereği Danıştay'ın ölçülülük ilkesi denetimini kapsayan temyiz incelemelerine konu edilememiştir. Vergi İdaresi özelinde, bu nitelikteki kararlar mevcut olmasa da daha önce de bahsedildiği üzere, genel olarak “idare” dikkate alındığında; kendisini meydana getiren birçok kişi ve kurum tarafından alınmış kararların Danıştay tarafından ölçülülük ilkesi denetimine tabi tutulduğu görülmüştür.

Danıştay'ın ölçülülük ilkesine bakış açısını ve ilke denetiminde dikkate aldığı hususları ortaya koyabilmek amacıyla; Vergi İdaresi dışındaki diğer idarelerce alınan ve Danıştay tarafından ölçülülük ilkesi denetiminin uygulandığı kararların dikkate alınmasının isabetli olacağı düşünülmektedir. Nitekim, gelecekte yapılacak bir kanun değişikliği ile Vergi İdaresi'nin takdir yetkisi ile donatılması, başta vergi kabahati cezaları olmak üzere, söz konusu idarece alınan kararları da ölçülülük ilkesi denetime tabi tutulabilir hale getirecektir. Elbette, böyle bir durumun varlığında, Danıştay'ın başka idareler için aldığı, ölçülülük ilkesi denetimi içeren mevcut kararları; vergi suç ve cezaları açısından alacağı müstakbel kararlarına rehberlik edecektir²¹².

Anayasa Mahkemesi'nin, vergi kabahati cezaları özelinde gerçekleştirdiği ölçülülük ilkesi denetimlerinin dikkate alındığı genel kurul kararları incelendiğinde ise Anayasa Mahkemesi'nin aykırılığa dair ileri sürülen hiçbir iddiayı, doğrudan doğruya ölçülülük ilkesinin düzenlendiği madde olan Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde değerlendirmede; başka maddeler temelinde, dava konusunu ölçülülük ilkesiyle ilişkilendirip hükmüne yansıttığı görülmüştür²¹³.

denetimin sınırlarının da tayin edilmesi amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ancak Danıştay'ın, bu kararında, yerindelik denetiminde bulunduğu düşünüldüğü belirtilmekle beraber; çalışmanın kapsamı gereği, sadece cezalandırma ile hedeflenen amaca nasıl erişileceği esas alındığından, bu durum göz ardı edilerek karara dair değerlendirmeler ölçülülük ilkesi ekseninde sınırlı tutulmuştur. Aynı nitelikteki başka bir karar için bakınız: Danıştay 13. Daire, 27 Kasım 2015 Tarih ve E. 2015/6041, K. 2015/8087 Sayılı Karar

²¹² Söz konusu nitelikleri haiz kararlar için bakınız: Danıştay 12. Daire, 15 Şubat 2017 Tarih ve E. 2016/8859, K. 2017/321 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 27 Kasım 2015 Tarih ve E. 2015/6041, K. 2015/8087 Sayılı Karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 1 Nisan 2013 Tarih ve E. 2009/1637, K. 2013/1160 Sayılı Karar ve Danıştay 13. Daire, 14 Nisan 2009 Tarih ve E. 2007/11975, K. 2009/4349 Sayılı Karar.

²¹³ Çalışmada, bireysel başvuru kararlarında dair de bir araştırma gerçekleştirilmiştir. Bireysel başvuru kararları da genel kurul kararlarında olduğu gibi AYM'nin resmi internet sitesi marifetiyle elde edilmiştir. Bu uğurda yapılan araştırma için AYM'nin bireysel başvuru hususunda verdiği ilk hükmün Resmi Gazete'de ilanı olan 25.12.2012 ile genel kurul kararları için geçerli kılınan 19.07.2017 tarihleri esas alınmıştır. Bireysel başvuru kararları incelenirken, genel kurul kararları incelemesine paralel olarak; dava dilekçesinde ölçülülük ilkesine aykırılığın ileri sürüldüğü, esasa ilişkin kararda ölçülülük ilkesi denetiminin yapılarak hükmüne yansıtıldığı ya da üye veya üyelerce ortaya koyulan karşı oyun ölçülülük ilkesine dayandırıldığı kararlar tespit edilmeye çalışılmış ve söz konusu nitelikleri haiz 43 adet karar belirlenmiştir. Kararlar incelendiğinde, başvuruya konu kanunların ve olayların ağırlıklı olarak: daha hafif bir koruma tedbiri olan tutuksuz yargılama yerine tutuklu olarak yargılama yapılmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, yasal tutukluluk süresinin aşıldığı, makul sürede yargılamanın yapılmadığı savlarının yanı sıra ifade ve haberleşme özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının, mülkiyet hakkının, özel yaşamın gizliliğinin ihlal edildiği iddiaları ile yeniden yargılama talepleri ve kamulaştırma bedellerinin eksik belirlendiği iddialarından oluştuğu görülmüştür. Ancak kararlara konu edilmiş olan olaylar ve konuların çeşitlilik yelpazesi bu denli geniş olsa da bunlar arasında çalışmanın

Söz konusu duruma örnek teşkil edecek bir kararda, itirazın konusunu: 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 355. maddesine, 16.7.2004 tarihli ve 5228 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle eklenen dördüncü fıkrasında yer alan "...*bu maddeye göre uygulanan cezalardan az olmamak üzere...*" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptal edilmesi talebi oluşturmaktadır²¹⁴.

İptal başvurusuna konu olan olayda, işyeri kira bedelinin belge ile tevsik zorunluluğuna riayet edilmeden ödendiğinin yoklama neticesinde tespit edilmesi sonucu, davacı adına özel usulsüzlük cezası kesilmiştir. Kesilen cezanın iptali için kendisine başvuru Edirne Vergi Mahkemesi, cezanın tutarının kira bedeli ile orantılı olmadığı ve bu durumun da hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan "*adalet*" ve "*hakkaniyet*" ilkeleri ve "*mali güce göre vergilendirme*" ilkesi ile örtüşmediği gerekçesi ve Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğu kanısıyla ilgili kuralın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur²¹⁵.

Anayasa Mahkemesi, ilgili kararında: kanun koyucu tarafından ihdas edilen düzenlemelerde hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine bağlı kalınması gerektiğini belirtmiş ve ilkenin "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden meydana geldiğini dile getirdikten sonra, bu ilkelere dair kısa açıklamalarda bulunmuştur. Söz konusu açıklamaların akabinde Anayasa Mahkemesi, iptale konu edilen ibareyi ihtiva eden madde hükmü marifetiyle vergi matrahının doğru tespit edilip; vergi kayıp ve kaçığının önlenerek mali düzenin muhafazası için mükelleflere, tahsilat ve ödemelerine ilişkin finansal işlemlerinin belgelendirilmesi ödevi yüklenerek; onları etkin bir şekilde kontrol altında tutulmasının amaçlandığını belirtmiş ve bu yükümlülüğe riayet edilmemesi durumunda verilecek cezanın da caydırıcı nitelik taşıması gerektiği kanaat getirerek; itiraz konusu kuralda, ceza miktarının belirlenmesinde asgari bir seviye tespit edilmesinin, hedeflenen gaye açısından elverişli ve gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır²¹⁶.

Netice itibarıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptali istenen kuralın, 73. madde ile ilgisinin olmadığına hükmederken; 2. madde çerçevesinde yaptığı değerlendirmede ise esasında bir nevi ölçülülük ilkesi denetimi gerçekleştirmiştir. Sonuç olarak, mükelleflere yüklenen finansal işlemlerin belgelendirilmesi ödevinin, kamu yararının sağlanması ve muhafazası amacıyla verildiğini, buna riayet edilmemesi

konusu ilişkilendirilebilecek bir karara rastlanılmamış ve haliyle bireysel başvuru kararları açısından vergi suçu ve kabahatleri ile cezalarının, ölçülülük ilkesine uygunluğuna dair bir değerlendirmede bulunmak mümkün olmamıştır.

²¹⁴ AYM., 7.9.2016 gün, E.2016/124, K.2016/155, RG.29854, 11.10.2016.

²¹⁵ AYM., 7.9.2016 gün, E.2016/124, K.2016/155, RG.29854, 11.10.2016.

²¹⁶ AYM., 7.9.2016 gün, E.2016/124, K.2016/155, RG.29854, 11.10.2016.

durumunda, verilecek cezanın ağırlığının tespitinde dikkate alınması istenen asgari tutarın ise kuraldan beklenen amacın gerçekleşmesi için uygun ve zorunlu olduğuna kanaat getirerek; itiraza konu kanun hükmünün elverişlilik ve gereklilik ilkeleri açısından hukukla bağdaştığı sonucuna varmış ve itirazın reddine karar vermiştir²¹⁷.

3.2.3. Orantılılık İlkesi Açısından Vergi Kabahatleri ve Cezalarında Ölçülülük İlkesi Denetimi

Vergi kabahati cezaları ile alakalı olarak, orantılılık ilkesi denetimi çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacak mahkeme kararlarının ilki, elverişlilik ve gereklilik ilkelerine dair kısımda geçen ve Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu ilkelere uygunluğuna hükmettiği karardır. Bahse konu kararda Anayasa Mahkemesi, ilgili bölümde belirtilen durumlara ilaveten; 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 355. maddesine, 16.7.2004 tarihli ve 5228 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle eklenen "...*bu maddeye göre uygulanan cezalardan az olmamak üzere...*" ibaresi hakkında: mükellefler için bu Kanun'da gösterilen ekonomik büyüklük ölçütleri nazara alınarak tespit edilen sınıflara göre kademeli ceza miktarlarının belirlenmesi yoluna gidildiği, bundan dolayı da itiraza konu olan kuralca öngörülen yaptırım ile cezanın caydırıcılık fonksiyonunu sağlaması amacı arasındaki orantılılığın makul seviyelerde olduğu ve bu sebepten, söz konusu kuralın ölçülü olmasının yanı sıra adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile de bağdaşır nitelik taşıdığı kanaatine varmıştır²¹⁸.

En nihayetinde Anayasa Mahkemesi, Vergi Usul Kanunu'nun, cezanın belirlenmesinde muhataplarının ekonomik büyüklüklerinin dikkate alındığı aşamalı bir sistem öngörmüş olmasının, cezanın caydırıcılık fonksiyonu ile doğru orantılık arz ettiği ve sistemin bu niteliğinin, ceza şiddetini makul seviyelerde belirlenmesine hizmet ederek; ölçülülük ilkesini oluşturan sacayaklarının sonuncusu konumundaki orantılılık ilkesinin sağlanmasına vesile olduğu sonucuna varmıştır. Böylece, ölçülülük ilkesi denetimini tüm yönleri ile tamamlamış olan Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak Anayasa'ya aykırılığın olmadığına hükmetmiş ve iptal talebini reddetmiştir²¹⁹.

Görüldüğü üzere, ölçülülüğün sosyal hayatın hemen hemen her aşamasına sirayet eden ve varlığı aranan bir nitelik olması gibi ölçülülük ilkesi de yalnızca ihtiva edildiği Anayasa'nın 13.

²¹⁷ AYM., 7.9.2016 gün, E.2016/124, K.2016/155, RG.29854, 11.10.2016.

²¹⁸ AYM., 7.9.2016 gün, E.2016/124, K.2016/155, RG.29854, 11.10.2016.

²¹⁹ AYM., 7.9.2016 gün, E.2016/124, K.2016/155, RG.29854, 11.10.2016.

maddesinde değil; Anayasa'nın birçok maddesinin bünyesine tüm unsurlarıyla işleyen ve dolaylı da olsa denetime konu edilen; genel bir hukuk kuralı hüviyetindedir.

Vergi kabahati cezaları ile alakalı olarak orantılılık ilkesi denetiminin gerçekleştirildiği bir diğer Anayasa Mahkemesi kararında, Vergi Usul Kanunu'nun 120. maddesinin son fıkrasının son cümlesinde geçen “...bir yıl.” ibaresinin Anayasa'nın 2., 35., ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi talep edilmiştir²²⁰.

İlgili olayda davacı, hukuka aykırı olarak kendisinden haciz yoluyla tahsili gerçekleştirilen meblağın iadesi hususundaki talebini, kanunda öngörülen sürede ileri sürmediği gerekçesiyle idarece reddedilmesi işleminin iptali istemiyle Kırıkkale Vergi Mahkemesi'ne açtığı davada Mahkeme, itiraza konu kuralın, Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur²²¹.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itirazın gerekçesinde, bir önceki örnekte Anayasa Mahkemesi'nin esastan kararına dayanak teşkil eden, “...yasa koyucunun, düzenlemelerde bulunurken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ölçülülük ilkesine bağlı kalması...” kuralına ve aynı şekilde ölçülülük ilkesinin alt ilkelerine dair açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca gerekçede, ölçülülük ilkesinin hukuk devletinin unsurlarından birini teşkil etmesi dolayısıyla devletin, öngördüğü yaptırım ile hedeflediği amaç arasında makul bir denge kurması gerektiğini belirtilerek; itiraza konu kuralın, kazanılmış haklara saygı ve ölçülülük ilkesine riayete göre değerlendirildiğinde, mükelleflerden haksız ve yersiz olarak yapılan tahsilatların iadesinde, onlara, düzeltme fişinin kendilerine tebliğinden itibaren, başvuru yapmaları için bir yıllık süre tanınmasının ve söz konusu sürenin dolması durumunda başvuru hakkını sonlandırılmasının ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürülmüştür. Zira bu savda bulunan mahkeme tarafından; iptale konu kuralca ihtiva edilen sürenin, diğer kanunlarca düzenlenen zamanaşımı sürelerine nazaran kısıtlı olduğunu; haliyle bu durumun, elverişli bir başvurma imkânı sağlamadığını ve bir yıllık sürenin idarece amaçlanan sonuç için orantılı bir zaman olmadığını iddia edilmiştir²²².

Başvuru kararında, ilgili kuralda geçen “...bir yıl...” ibaresinin, Anayasa'nın 2., 35., ve 36. maddelerine dayanılarak iptale konu edilmesi talep edilmiş olsa da Anayasa Mahkemesi, söz konusu ibareyi, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında

²²⁰ AYM., 22.04.2015 gün, E.2014/171, K.2015/41, RG.29362, 21.5.2015

²²¹ AYM., 22.04.2015 gün, E.2014/171, K.2015/41, RG.29362, 21.5.2015.

²²² AYM., 22.04.2015 gün, E.2014/171, K.2015/41, RG.29362, 21.5.2015

Kanun'un²²³ 43. maddesinin üçüncü fıkrasına²²⁴ dayanarak; ilişkili olduğuna kanaat getirdiği Anayasa'nın 13. maddesi açısından da incelemeye tabi tutacağını bildirmiştir²²⁵.

Kararın esasında, Anayasa Mahkemesi, itiraza konu edilen ve iptali istenen bir yıllık hak düşürücü sürenin, temel hak ve özgürlüklerden olan ve ancak toplum yararına sınırlandırılabilir nitelikteki mülkiyet hakkına da müdahale anlamına geldiğini kabul etmekle beraber; getirilecek sınırlamaların her ne kadar toplumun yararına da olsa mutlak olamayacağını ve ancak Anayasa'nın 13. maddesinin koyduğu sınırlar çerçevesince yapılabileceğini belirtmiştir. Buna göre, yapılacak olan sınırlandırma, kanun marifetiyle gerçekleştirilecek, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığı nispette olacak, hakkın özüne müdahale etmeyecek, Anayasa'nın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve nihayetinde ölçülülük ilkesine aykırı olmayacaktır²²⁶.

Anayasa Mahkemesi, konu ile ilgili verdiği “*vergi hukukunun kendine özgü nitelikleri nedeniyle, bu alanda özel hukuka göre farklı süreler öngörülmesi gerekebilir. Kamu hizmetlerinin finansmanında istikrarın sağlanması bakımından, vergilendirme sürecinin belirli bir düzen dahilinde işlemesi ve sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda çeşitli süreler öngörülerek, mükelleflerin vergi ilişkisinden doğan hak ve ödevlerini daha dikkatli takip etme zorunluluğu getirilmektedir. Kuralla getirilen süre sınırlaması ile de Devletle mükellef arasında vergi hatasından doğan alacak-borç ilişkisinin uzun zaman askıda kalması önlenerek vergi ilişkisinde istikrar sağlanması amaçlanmaktadır. Bu itibarla itiraz konusu kuralın kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.*” şeklindeki hükmüyle, iptale konu kuralın mülkiyet hakkına bir sınırlama getirdiğini ancak bu sınırlamanın vergi ilişkisinde istikrar sağlayarak; vergi düzeninin korunması amacını taşıması dolayısıyla, Anayasaca belirtilen kamu yararı ilkesi ile örtüştüğü sonucuna varmıştır. Ancak, ilgili kuralda ayrıca, iptale konu edilen bir yıllık hak düşürücü sürenin, alacağın doğumu ile değil de Vergi İdaresi'nin, bir bakıma borcunu ödemeye hazır olduğunun beyanı anlamına gelen düzeltme fişinin mükellefe tebliği ile başlayacak olması, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu sürenin vergi iadesinin talebi için makul olduğu ve hakkın özüne müdahale edici nitelik taşımadığına kanaat getirmesi sonucunu doğurmuştur. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi, getirilen bu sınırlamanın, mükelleflerin vergi hatalardan kaynaklı alacaklarını uzun süre sürüncemede

²²³2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun. (1983). T. C. Resmi Gazete, 18220,13 Kasım 1983.

²²⁴“Mahkemenin, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, talebe bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.”

²²⁵AYM., 22.04.2015 gün, E.2014/171, K.2015/41, RG.29362, 21.5.2015

²²⁶AYM., 22.04.2015 gün, E.2014/171, K.2015/41, RG.29362, 21.5.2015

bırakarak sebep olacağı belirsizlikleri önleyeceği, bu durumun da vergi düzenin muhafazasına katkı sağlayacağından ötürü, demokratik toplum düzeni açısından da alınması gereken tedbirlerden olduğunu düşünmektedir²²⁷.

Bir önceki paragrafta, doğrudan alıntı yapılarak yer verilen hükme göre Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeni açısından alınması gerekli önlemlerden biri olarak kabul ettiği bir yıllık süre kısıtlamasının, mülkiyet hakkına sınırlama getirdiğini kabul etmekle birlikte; mükelleflere, haksız olarak tahsil edilmiş olan paralarının iade talebi için makul bir süre öngörmüş olduğunu, sınırlama aracının sınırlama amacına erişmede uygun ve orantılı bir nitelik arz ettiğini ve vergi düzeninin muhafazası ile kişilerin mülkiyet hakkı arasındaki makul dengenin sağlanarak ölçülülük ilkesine uygunluğun sağlandığını da dile getirmiş ve bu kanaatlerini hükmüne yansıtmıştır²²⁸.

Netice itibarıyla her ne kadar iptali istenen kuralda öngörülen “...bir yıl...” ibaresi mülkiyet hakkına sınırlama getirirse de söz konusu sınırlamanın hakkın özüne müdahale eder nitelikte olmadığı, demokratik toplum düzeninin ve hukuk devletinin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmediği gerekçesiyle itiraza konu kuralın Anayasa’nın 2., 13., ve 35. maddelerine aykırılık savı kabul edilmeyerek, iptal istemi reddedilmiştir²²⁹.

Devlet ile mükellef arasında vergi ilişkisinden kaynaklı ve sehven doğan borç-alacak ilişkisinin uzun süre geçerliliğini koruması istikrar bozucu nitelik taşıdığı; bu sebeple, getirilen kısıtlamanın kamu yararı amacı güttüğünün aşikâr olduğuna kanaat getirilmektedir. Bununla birlikte, kullanılan önleme aracının hedeflenen amaca erişmede en azından katkı sağlayıcı niteliği haiz olması da onu elverişli kılarken; hak düşürücü sürenin işlemeye başlayacağı tarihin, yapılan hatalı tahsilata dair iadenin, ilgisine tebliğine endekslenmesi; hesaplanan süreyi, ilgilisi olan mükellef bazında kabul edilebilir olmasını sağladığı düşünülmektedir. Bu açıklamalar ışığında makul olarak değerlendirilen bu düzenleme için orantılılık ilkesini sağladığı sonucuna varmak da mümkündür²³⁰.

Doğrudan doğruya vergi kabahati cezası niteliğinde olmasa da vergisel işlemlerden kaynaklı bir idari yaptırım olarak ele alınabilecek ve özetle vergi borçlularının yurt dışına çıkışlarını yasaklayan 15.7.1950 günlü, 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nun²³¹, 28.5.1988 günlü, 3463 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin birinci fıkrasındaki “...vergiden borçlu olduğu pasaport

²²⁷AYM., 22.04.2015 gün, E.2014/171, K.2015/41, RG.29362, 21.5.2015.

²²⁸AYM., 22.04.2015 gün, E.2014/171, K.2015/41, RG.29362, 21.5.2015.

²²⁹AYM., 22.04.2015 gün, E.2014/171, K.2015/41, RG.29362, 21.5.2015.

²³⁰ Hükümde, gereklilik ilkesinin sağlanıp sağlanmadığının tespiti için alternatif elverişli kısıtlama araçlarına yer verilememesi, gereklilik ilkesi denetimini imkansız kılmıştır.

²³¹ 5682 Sayılı Pasaport Kanunu. (1950). T. C. Resmi Gazete, 2243,24 Temmuz 1950.

vermeye yetkili makamlara bildirilenlere...” bölümünün Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptali istendiği dava, çalışmanın bu bölümünde işlenen konu ile bağlantılı olduğuna kanaatiyle değerlendirmeye tabi tutulmuştur²³².

İptale konu bölümü ihtiva eden madde, pasaport ve seyahat vesikası verilmesinin yasak olduğu halleri düzenlemektedir. Söz konusu yasa maddesinin, çalışmayla ilişkilendirilen kısmı dikkate alındığında: vergi borcu olan kişilerin kimlik bilgilerinin, ilgili kurumlarca pasaport vermeye yetkili makamlara bildirileceği; bu makamların da bahsi geçen kişilerin yurt dışına çıkışlarını engelleyeceği ya da kendilerine pasaport veya seyahat belgesi vermeyeceği; eğer daha önce verilmiş ise geri alacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca aynı madde hükmü uyarınca, yurt dışına çıkmaları yasak edilenlerin, yasağın konulduğu tarihte yurt dışında bulunmakta iseler, süreleri dolan pasaportları yenilemeyeceğine ve Türkiye’ye dönmeleri için kendilerine seyahat vesikası verileceğine hükmedilmiştir²³³.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuruda: “...Yasa’yla getirilen sınırlamanın vergi borcu bakımında açık ve net olmadığı, vergi ödevinin hangi aşamasında, hangi yetkililerce ve hangi ölçülere göre yasak konulacağı belirtilmeksizin, yetersiz ve belirsiz bir ifade ile sınır getirildiği, anayasal koruma altında bulunan yurt dışına çıkma özgürlüğünün soyut nitelikteki sınırlamalarla ihlal edildiği, yapılan sınırlamanın soyut, yetersiz ve ölçüsüz olduğu, daha hafif ve uygun yöntemler mevcut iken en ağır yöntemin seçilmesi sonucunda anayasal koruma altında bulunan temel hak ve özgürlüklerden seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasını doğuracak biçimde yurt dışına çıkışın yasaklanmasında vergi borcunun tahsili amacı için aranan gereklilik, elverişlilik ve oranlılık unsurları bakımından ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği, sınırlama için savaş seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hal gibi nedenler de bulunmadığı bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 5., 6., 10., 13., 15., 23., 36., 38., 40., 48., 49., 73., ve 125. maddelerine aykırı olduğu” ileri sürülerek söz konusu ibarenin iptali istenmiştir²³⁴.

Anayasa Mahkemesi, vergi borcundan kaynaklı yurt dışı çıkış yasağı uygulamasının, vergisel yükümlülüklerin yerine getirilmesi, vergi tahsilatında istikrarın sağlanarak vergi gelirlerindeki aksamaların engellenmesi, kamu alacağının güvence altına alınması ve tahsilatın daha seri bir şekilde gerçekleştirilmesi amaçlarını güttüğü ve haliyle kamu yararına hizmet ettiği kanaatine varmakla beraber; iptale konu bölümde: verginin nev’i, vergi borcunun cinsi, tutarı veya asgari düzeyi, vadesi, niteliği, resim, harç ya da benzer mali yükümlülüklerden kaynaklı borçlar için de yasağın uygulanıp uygulanmayacağı, yasak talebinin borcun hangi evresinde bulunulacağı, yargı

²³² AYM., 18.10.2007 gün, E.2007/4, K. 2007/81, RG.26724, 05.12.2007.

²³³ AYM., 18.10.2007 gün, E.2007/4, K. 2007/81, RG.26724, 05.12.2007.

²³⁴ AYM., 18.10.2007 gün, E.2007/4, K. 2007/81, RG.26724, 05.12.2007.

aşamasında yasak talebinde bulunulup bulunulamayacağı, yasal temsilcilerin veya müteselsil sorumluların durumu, zamanaşımı, yasak talebinde bulunulacak idare, yasağın bildirilme biçimi ve süresi, yasağın kim tarafından ve hangi şartlar altında kaldırılacağı gibi hususları içeren herhangi bir ibareye yer verilmemesinin, söz konusu hükmün düzenlenme amacından uzaklaşılmasına neden olabileceğine kanaat getirmiştir²³⁵.

Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde ayrıca, idareye vergi borcundan kaynaklı yurt dışına çıkış yasağı uygulaması hususunda yasal dayanağı haiz herhangi bir yetki tanınmadığı halde de factoda, Maliye Bakanlığı'nın, AATUHK'ı baz alarak konuyla alakalı tahsilat genel tebliğleri vasıtasıyla düzenlemelerde bulunulduğunu, Gümrük Müsteşarlığı tarafından da aynı konuya dair tebliğler yayımlandığını; netice itibarıyla yurt dışı çıkış yasağına ilişkin icraatların, idarenin takdir ve tercihleri doğrultusunda şekillendiğinin anlaşıldığı görüşüne yer vermiştir. Öte yandan yurt dışına çıkışının yasaklanmasının alacağın tahsiline imkân sağlayıp sağlamayacağı kanaatinin, vergi borcu açısından eş durumda olan kişilerden hangilerine yasak getirilip; hangilerine getirilmeyeceği ve alacağın farklı şekilde tahsili için başkaca girişimlerde bulunup bulunulmayacağı kararının da idarenin takdirine ve tercihinin bırakıldığını belirtmiştir²³⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesi denetimi yaptığı diğer kararlarında olduğu, bu kararında da ilkenin tanımına ve unsurlarına dair açıklamalara yer verdikten sonra, iptale konu kuralda, yurt dışına çıkışın yasaklanma sebebi olarak belirlenen vergi borcunun, Anayasa marifetiyle vatandaşlara yüklenen bir ödev olduğu ve ancak vergi ödeme yükümlülüğünün vaktinde ve tam olarak yerine getirilmesi halinde kamu hizmetlerinin sağlanabileceği ve buna ilişkin olarak da kamu düzeninin ve toplumu oluşturan tüm bireylerin hak ve hürriyetlerinin muhafazasının sekteye uğratılmadan sürdürülebileceğine dikkat çekilmiştir. Ancak yapılan değişiklik ile getirilen sınırlamanın²³⁷ vergi borcunu ödemeye zorlayıcı nitelik arz etmesi, onun, anayasal nitelikte meşru bir amaç taşıdığını gösterse de yurt dışına çıkış yasağı, bir diğer anayasal hak ve özgürlük olan seyahat hürriyetini kısıtlamıştır. Bundan dolayı, vergi borcundan mütevellit yurt dışına çıkış yasağı uygulamasının sebep olduğu kısıtlamanın, kamu yararı amacına erişilmesinde temel hak ve hürriyetlere asgari düzeyde müdahale eden, ölçülü bir sınırlama özelliği taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi gerekli olduğu vurgulanmıştır²³⁸.

²³⁵ AYM., 18.10.2007 gün, E.2007/4, K. 2007/81, RG.26724, 05.12.2007.

²³⁶ AYM., 18.10.2007 gün, E.2007/4, K. 2007/81, RG.26724, 05.12.2007.

²³⁷ Anayasa Mahkemesi kararında yer verdiği: *"Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların yasa koyucu tarafından daraltılmasıdır. Başka bir anlatımla, sınırlamada, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanılma veya kullanımlarının olanaksızlığını anlatır."* açıklaması ile sınırlama ve durdurma arasındaki farkı ortaya koyarak kararına belirginlik kazandırmıştır.

²³⁸ AYM., 18.10.2007 gün, E.2007/4, K. 2007/81, RG.26724, 05.12.2007.

Nihayetinde Anayasa Mahkemesi, “Yurt dışı çıkış yasağında, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünü sınırlamanın amacı, vergi borcunun tahsilinin sağlanması, araç ise yurt dışına çıkışın yasaklanmasıdır. Amaç ile araç arasında makul bir ilişkinin bulunduğu söylenmesi için yurt dışına çıkış ile vergi alacağının tahsilinin zorluğu veya olanaksızlığı arasında bağ aranması gereği açıktır. Yasak hiçbir koşul öngörülmez, hatta vergi borcunun tutarı dahi belirtilmeden, vergi borcunun ödenmemesine bağlı olarak kendiliğinden uygulandığı zaman amaç ile araç arasındaki makul ilişki ve denge ortadan kalkar.” açıklamasında bulunduktan sonra, uygulamalarda keyfiyeti önlemek maksadıyla yapılacak yasal düzenlemenin yeterince açık ve somut olması gerektiğini üzerinde durmuştur. Zira Anayasa Mahkemesi, soyut ve belirsiz nitelikteki düzenlemelerin amaç-araç ilişkisi denetimini güçleştireceğini belirtmiş; iptale konu bu kuralda da sınırlama amacı ve bu uğurda kullanılacak olan araçların açık, belirgin ve somut bir şekilde öngörülmediği ve amaç ile araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurulamacağından ölçülülük ilkesinin de gereklerinin yerine getirilemediğine kanaat getirerek, söz konusu kuralın Anayasa’nın 2., 13., ve 23. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varmış ve ilgili bölümün iptaline karar kılmıştır²³⁹.

Ölçülülük ilkesi ile devlete, sınırlandırma neticesinde elde edeceği kamu yararı ile cezaya maruz bırakacağı bireyin hak ve özgürlüğü arasında adil ve orantılı bir denge kurma ödevi yüklenmiştir. Amaç ve araç arasında hakkaniyetli bir dengenin varlığını ifade eden ölçülülük ilkesi, aynı zamanda, getirilen yasal kısıtlamanın amaca ulaşmaya elverişli ve gerekli olmasını; amaçla araç arasındaki ilişkinin ölçülü bir oran dahilinde olmasını ve kısıtlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleri doğrultusunda yapılmasını öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın ölçülülük ilkesi için belirlediği sınırların açık ve net olduğunu göz önünde tutarak; iptaline hükmettiği kuralın, söz konusu sınırlara riayet edip etmediğinin tespitini neredeyse imkânsız kılacak nitelikte soyut ve icrasına dair tüm kararların, yetkisi yasaca açıkça tayin edilmemiş bir idarenin uhdesine bırakılacak derecede hudutsuz olmasına rağmen; ilke denetimini gerçekleştirmiştir. Ancak bu denetim, ilgili kuralın niteliklerinden ötürü, ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkeleri bazında etraflıca gerçekleştirilememiştir. Nihayetinde Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünü, ölçülülük ilkesine aykırılık tespit ettiği için değil; bilhassa orantılılık ilkesi bağlamında ilkeye uygunluğu tespit edemediğinden ötürü vermiştir.

Çalışmanın elverişlilik ve gereklilik ilkeleri açısından vergi kabahatlerinde ölçülülük ilkesi denetiminin değerlendirildiği bir önceki bölümünde yapılan detaylı açıklamalardan, idare hukukunun konusuna dahil olan uyumsuzlukların Danıştay nezdinde çözümünde, doğası gereği

²³⁹ AYM., 18.10.2007 gün, E.2007/4, K. 2007/81, RG.26724, 05.12.2007.

orantılılık ilkesi denetiminin işletilmesinin de mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Daha önce de bahse konu edilen ve Vergi İdaresi'nin, vergi kabahatlerine ceza tayininde bağlı yetkiyi haiz olmasından kaynaklanan bu durumun, Vergi İdaresi'ne takdir yetkisi öngören muhtemel yasal düzenlemelerle değişikliğe uğraması da pek tabii mümkündür. Bundan mütevellit elverişlilik ve gereklilik ilkesi denetimlerine dair kısımda güdülen aynı gayelerle; bu bölümde de bahse konu nitelikte bir yasa değişikliğinin vuku bulması durumunda, Danıştay başta olmak üzere yargı organlarına yol gösterici olması amacıyla, orantılılık ilkesi denetimini konu eden Danıştay içtihatlarının dikkate alınmasının isabetli olacağı düşünülmektedir²⁴⁰. Nitekim idareyi meydana getiren kişi ve kurumların yapısı ve faaliyet alanı ne olursa olsun, cezalandırma başta olacak şekilde, takdiri yetki ile yaptıkları tüm idari işlemlerin hukukiliği, ölçülülük ilkesine uygunluğu ile doğru orantılıdır. Haliyle idare, verdiği kararın hukuk aleminde varlığını sürdürebilmesi için farklı ağırlıkları haiz yaptırım çeşitlerinden birine ya da azami ve asgari sınırları kanunca belirlenmiş bir cezanın miktarına hükmederken, ilgili fiilin niteliği, failin kastının/kusurunun ağırlığı, cezanın fail nezdinde ve toplum üzerindeki etkisi gibi somut olaya özgü özellikleri dikkate almalı ve ceza ile suç fiili arasında makul bir orantıyı gözeterek hükümde bulunmalıdır. Bu da ancak ölçülülük ilkesine riayetin sağlanmasıyla mümkündür.

Çalışmanın bu kısmında dile getirilmesinin isabet teşkil ettiği düşünülen bir diğer husus: 1982 Anayasası'nda mevcut olmasa da ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku alanlarında benimsenen ve evrensel nitelik arz eden “*non bis in idem*” (aynı suçtan ötürü mükerrer yargılama ve cezalandırma yasağı) ilkesinin, vergi ceza hukuku kapsamındaki suçlara, Vergi Usul Kanunu'nun “*Suçlarda birleşme*” başlıklı 340. maddesi hükmü²⁴¹ gereği uygulanamayışı ve

²⁴⁰ Söz konusu nitelikleri haiz Danıştay kararları için bakınız: Danıştay 12. Daire, 23 Şubat 2017 Tarih ve E. 2016/8855, K. 2017/461 Sayılı Karar, Danıştay 12. Daire, 26 Aralık 2006 Tarih ve E. 2003/3174, K. 2006/6690 Sayılı Karar, Danıştay 12. Daire, 21 Ocak 2016 Tarih ve E. 2012/5262, K. 2016/159 Sayılı Karar, Danıştay 12. Daire, 16 Nisan 2014 Tarih ve E. 2013/3112, K. 2014/2759 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 18 Kasım 2009 Tarih ve E. 2009/692, K. 2009/10139 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 27 Nisan 2009 Tarih ve E. 2008/3035, K. 2009/4642 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 4 Mayıs 2009 Tarih ve E. 2008/6155, K. 2009/4791 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 20 Mayıs 2009 Tarih ve E. 2008/3505, K. 2009/5472 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 16 Haziran 2009 Tarih ve E. 2008/5201, K. 2009/6684 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 9 Ocak 2017 Tarih ve E. 2016/3616, K. 2017/64 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 26 Nisan 2005 Tarih ve E. 2005/149, K. 2005/2325 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 31 Mayıs 2005 Tarih ve E. 2005/5919, K. 2005/2891 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 20 Nisan 20010 Tarih ve E. 2008/3258, K. 2010/3381 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 25 Mayıs 2009 Tarih ve E. 2007/15542, K. 2009/5739 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 9 Mart 2005 Tarih ve E. 2005/144, K. 2005/1412 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 26 Mart 2013 Tarih ve E. 2009/7107, K. 2013/842 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 6 Aralık 2011 Tarih ve E. 2008/3462, K. 2011/5617 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 26 Nisan 2005 Tarih ve E. 2005/149, K. 2005/2325 Sayılı Karar, Danıştay 13. Daire, 25 Kasım 2008 Tarih ve E. 2006/1950, K. 2008/7422 Sayılı Karar.

²⁴¹ “Bu kanunda yazılı vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekrir hükümleri bakımından birleştirilemez.

Bu Kanunla vergi cezasıyla cezalandırılan fiiller, aynı zamanda 359 uncu maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi cezası kesilmesi söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılmasına engel olmaz.”

bunun bir sonucu olarak cezaya muhatap kılınanlar yönünden orantısız cezalara hükmedilebilmesi durumudur²⁴².

Non bis in idem ilkesi, Ek 7. Protokol'ün 4. maddesi²⁴³ marifetiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dahil edilmesiyle, evrensel nitelikli bir hukuk kuralı olmanın ötesinde; tatbiki zorunluluk arz eden bir üst norm niteliğini almıştır. Bu durumun, ilkeyle alakalı mevcut ve muhtemel tenakuzları bertaraf etmek ve ona hukukun her alanında işlerlik kazandırmak maksadıyla, kendisiyle uyumluluk arz edecek birtakım düzenlemelerin hayata geçirilmesini zorunlu kıldığı düşünülmektedir. Zira böylece hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne intikal eden davaların bu bağlamdaki handikapı giderilmiş olacak hem de aynı suça ikinci bir cezanın verilmesinden kaynaklanabilecek orantısızlıkların önüne geçilmiş olacaktır. İlk durum, ancak başka bir çalışmanın konusu olabileceğinden, burada sadece Non bis in idem ilkesine aykırılığın sebep olduğu cezalarda orantısızlık hususu dikkate alınmıştır.

Türk hukuk mevzuatının vergi cezalarına dair kısmı incelendiğinde: bazı hallerde, kişinin suç teşkil eden tek bir eylemine karşın birden fazla müeyyideye maruz kaldığı görülmektedir. Non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil eden bu uygulamalar, ilgili bireylerin orantısız cezalara çarptırılmasına sebebiyet verebilmektedir (Geçer, 2016, s.318). Vergi Ceza Hukuku açısından, bu durumun müsebbibinin Vergi Usul Kanunu'nun 340. maddesi olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili kanun maddesinde: vergi kabahatleriyle vergi suçlarının birleştirilemeyeceğine hükmedilmektedir. Söz konusu hükme göre: kişinin tek bir eylemi hem vergi kabahatini hem de vergi suçunu doğuruyorsa o kişi, kabahatinden dolayı para cezasına; suçundan ötürü ise hapis

²⁴² Non bis in idem ilkesi her şeyden evvel evrensel bir hukuk prensibidir. Bundan dolayı, Anayasa bünyesinde doğrudan yer almasa da birçok kanun normuna sirayet etmiştir (Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172/2. ile 223/7. maddeleri). Fakat ilkenin henüz anayasal temel haklar rejimine sahip olmaması, kendisine aykırılık teşkil eden ceza kanunlarının hukuk sisteminde varlığını sürdürmesini de mümkün kılmaktadır. Non bis in idem ilkesinin evrensel bir hukuk kuralı niteliğinde olmasının yanında; Anayasa'nın, hukukun koyduğu ilkelere bağlı bir devlet olmasının esasını kabul eden 2. maddesinin öngördükleri arasında insan haklarına saygılı bir hukuk devleti prensibinin yer alması onun, Anayasa Mahkemesi kararlarına tesir etmesini sağlamıştır. Lakin Yüksek Mahkeme, ilkenin anayasal norm niteliğini haiz olmamasından dolayı, uygulanıp uygulanmamasının takdirini yasa koyucuya bırakmıştır ([http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2282550-ne-bis-in-idem E. T. 06.06.2018](http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2282550-ne-bis-in-idem-E.-T.-06.06.2018)). Ancak Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne eklenen ve 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe giren Ek 7 No'lu Protokol'ün "*Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı*" başlıklı 4. maddesi, Non bis in idem ilkesinin insan haklarından olduğunu açıkça kabul etmiştir. Böylece ilke, kanunlar nazarında üstünlük kazanırken; Anayasa'ya aykırılığının dahil ileri sürülemeyeceği bir hukuk normu hüviyetine kavuşmuştur. Bu durum ilkenin uygulanabilirliğine dair tereddütleri bertaraf ederken; başta Vergi Usul Kanunu'nun suçlarda "*Suçlarda birleşme*" başlıklı 340. maddesinden kaynaklanmak üzere iç hukukta birtakım tenakuzların doğmasına da sebebiyet vermiştir.

²⁴³ "1. Hiç kimse; bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat edildiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceli muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılama usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engelleyemez.

3. Sözleşmenin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile öngörülen yükümlülöklere aykırı hiçbir tedbir alınamaz."

cezasına çarptırılacaktır. Haliyle, uyuşmazlığın çözümüne dair sürecin, İdari Yargı (vergi cezasına yönelik) ve Adli Yargı (hürriyeti bağlayıcı cezaya yönelik) olmak üzere birbirinden bağımsız şekilde ama eş zamanlı sürdürülmesi zorunluluk arz edecektir. Üstelik Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesinin son fıkrasının ihtiva ettiği kural²⁴⁴ gereği, aynı fiilden kaynaklanan bu yargılamalar neticesinde, birbiriyle çelişen kararlar verilmiş olsa dahi, kararların birbirlerini bağlamayacağı; müstakil olarak değerlendirilecekleri hüküm altına alınmıştır (Geçer, 2016, s.318). Öte yandan aynı yargı kolunun (İdari Yargı) görev alanına girse de kişinin, tek bir fiiliyle hem özel usulsüzlük kabahatine hem de vergi ziyai kabahatine sebebiyet vermesi durumunda ilgili cezalara ayrı ayrı uygulanacağı öngörülmektedir (VUK, Md. 353).

Yukarıda bahsedildiği üzere, vergi kaçakçılığı suçunu işleyen kişi hakkında, Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesi uyarınca hapis cezasına hükmedilirken; aynı kişinin aynı fiiliyle sebep olduğu vergi kaybından ötürü vergi ziyai cezasına ve buna ilaveten yaptığı ihlallerden dolayı da usulsüzlük cezasına muhatap kılınması söz konusudur. Vergi ziyai cezası, ziyaa sebep olunan tutar kadar olmakla birlikte; ziyaa sebep olan fiil ikmalen, resen ya da idarece tarhi da gerektirmişse vergi aslı üzerinden ayrıca gecikme faizi uygulanmaktadır. Daha açık bir ifade ile kişi ödemediği vergiyi faizi birlikte ödemek durumunda kalırken; faizsiz tutar kadar da vergi ziyai cezası ödemek zorundadır. Ancak Vergi Usul Kanunu, vergi ziyayına 359. maddesinde yazılı fiillerle (kaçakçılık suçu fiilleri) sebebiyet verilmesi halinde cezanın üç kat uygulanacağına hükmedilmiştir (VUK, Md. 344).

Adli ve idari nitelikli cezaların verilmesine neden olmakla birlikte, vuku bulacak uyuşmazlıkların çözümü için birden fazla yargılamanın yapılmasını gerektiren ve bu haliyle non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil eden kaçakçılık suçuna dair düzenlemelerin bu bağlamda, ölçülülük ilkesiyle de bağdaşmayacak sonuçlara sebebiyet vereceği düşünülmektedir. Nitekim vergilendirmenin amacının kamu harcamalarına finansman sağlamak ve/veya toplumun içinde bulunduğu şartların gerektirdiği önlemleri almak olduğunun kabulünde, kaçakçılık fiiliyle vergi ziyayına sebep olarak bahse konu amacın hasıl olmasını sekteye uğratan failin, kayba uğratılan verginin aslı ve faizine ilaveten üç katı tutarında vergi ziyai cezasına maruz bırakılmasının dahi orantılılık ilkesi bağlamında ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna kanaat getirilirken; aynı suç fiilinden dolayı fail için hürriyeti bağlayıcı nitelikte cezaya da hükmedilmesinin orantısızlığın ölçüsünü arttırdığı düşünülmektedir. Lakin bu çıkarımın ötesinde, söz konusu durumun ölçülülük ilkesinin denetim kapasitesini da aştığı ileri sürülebilmektedir. Zira ilke denetiminden temelde

²⁴⁴ "Ceza mahkemesi kararları, bu kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem var kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hakimini bağlamaz"

beklenen, suç fiiline tatbik edilecek cezanın taraflar nezdinde (fail – toplum) makul olup olmadığının belirlenmesi iken; kaçakçılık suçu bağlamında farklı amaçlarla ihdas edilmiş farklı nitelikteki cezaların (para cezası ve hürriyeti bağlayıcı ceza) aynı kişiye aynı fiili için aynı anda tatbiki söz konusudur.

Sonuç olarak Vergi Usul Kanunu’nun 340. maddesinin, non bis in idem ilkesine uygun olarak revize edilmesinin gereklilik arz ettiği kanaatine varılmaktadır. Böylece hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne intikal eden uyuşmazlıkların bu bağlamdaki ihlallerinin önüne geçilmiş olunacak hem de söz konusu kanun normunun ölçülülük ilkesine ve denetime daha uygun hale gelmesi sağlanabilecektir.

Ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilebildiğinden ötürü çalışma kapsamında dikkate alınan son husus; zincirleme suç²⁴⁵ müessesesidir. Esasında ceza hukukunun temel prensibi suç tanımıyla örtüşecek şekilde gerçekleşen her neticenin ayrı bir suçu teşkil etmesi ve failin gerçekleşen netice sayısınca suç işlediğinin kabul edilerek her biri için ayrı ayrı cezalandırmaya gidilmesidir. Fakat bazı durumlarda gerçekleşen netice sayısı birden fazla olsa dahi faile yalnızca bir ceza verilmesiyle yetinilmektedir. Söz konusu durumlardan birisini de zincirleme suçlar oluşturmaktadır. Zincirleme suçta fail tek bir cezaya maruz kalmakta ama ceza, ilgili kanunun öngördüğü tutarda artırımlı uygulanmaktadır. Zincirleme suçtan söz edilebilmesi için ortada birden çok kez işlenmiş suçların olması; bu suçların aynı kanun hükmünü ihlal etmesi ve suçların aynı suç işleme kararından ileri gelmiş olması gerekmektedir. Suç işleme kararından anlaşılması gereken ise kanunun aynı hükmünü çeşitli kereler ihlal etmek konusunda evveliyatında kurulmuş olan bir planın ya da bir niyetin mevcudiyetidir²⁴⁶.

Zincirleme suçta özgülünen cezanın basit hareketli suçta nazaran artırımlı oluşu, mükellef aleyhine bir durum yaratmış gibi görünse de esasında tam tersi bir neticeye sebebiyet vermektedir. Zira zincirleme suç kapsamı dışında, birden fazla suç işlemiş olan kişiye verilen ceza, bu suç dahilinde olup da birden çok suç işleyenlere verilen cezaya kıyasen daha fazla olmaktadır (Dönmezer, 2003, s.113). Söz konusu durum ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirildiğinde: ilgili yasal düzenlemeyle ilke arasında bir uyumsuzluğun varlığına kanaat getirilmektedir. Bu çıkarımın dayanağını ise: aynı maksatla ihdas edilmiş ve aynı nitelikleri haiz olsa da suçların kanun

²⁴⁵ Türk Ceza Kanunu’nun “Suçların İctimai” başlığı altında yer verdiği zincirleme suçu “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır...” şeklinde açıklamıştır (TCK, Md. 43/1).

²⁴⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5 Mart 2002 Tarih ve E. 2002/11-28, K. 2002/179 Sayılı Karar.

tarafından zincirleme suç olarak değerlendirilip değerlendirilmediğinden kaynaklanan ceza miktarları farklarının oluşturduğuna kanaat getirilmektedir.

Konuyu, çalışma bağlamında somutlaştırmak amacıyla, kaçakçılık suçu çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında: kaçakçılık suçunu oluşturacak fiillerden, aynı kanun maddesinin aynı bendine tabi olup da aynı takvim yılı²⁴⁷ içerisinde (farklı vergi dönemlerine tekabül etse dahi) ve aynı suç işleme kararına bağlı olarak icra edilenlerinin zincirleme suç niteliğini aldıkları sonucuna ulaşılmaktadır²⁴⁸. Mesela Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin a ya da b bentlerinden herhangi birinde tarif edilen suç fiilinin birden fazla işleyen kişi için suçlar zincirleme suç olarak değerlendirildiğinden artırımlı olmak kaydıyla bir kez cezaya hükmedilecektir. Nitekim Yargıtay da kararlarında, kaçakçılık suçunu fiillerinden olan sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge suçu için her bir hesap döneminin ve takvim yılının zincirleme suç kapsamında dikkate alınacağına hükmetmiştir²⁴⁹. Öte yandan yasa koyucu, aynı kanun maddesince ihtiva edilmiş olsa dahi farklı bentlerde düzenlenen suçları aynı anda veya farklı zamanda işlemiş olan kişinin, işlediği suç fiili kadar cezaya çarptırılacağına hükmetmektedir (Yüce, 2018, s.36).

Zincirleme suç kapsamında işlenen suçların failleri ile bu kapsamda olmayan suçların icracılarına verilecek ceza miktarlarının farklılaşması, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecek durumların doğmasına sebebiyet verebilmektedir. Örneğin, aynı takvim yılı içerisinde sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanmak suçunu onlarca kez işlemiş olan bir mükellefe, yalnızca ilgili

²⁴⁷ Gelir Vergisi Kanunu’nda “*takvim yılı*” ibaresi kullanılırken; Kurumlar Vergisi Kanunu’nda aynı husus “*hesap dönemi*” kavramıyla geçmektedir.

²⁴⁸ Fiili ve hukuki kesintinin akabinde icra olunan eylemlerin yeni bir suç teşkil ettiğinin de önemle belirtilmesi gerekmektedir. Zincirleme suç hali, takvim yılı içinde, örneğin dava açılmak marifetiyle nihayete ermiş ise davanın açıldığı tarih zincirleme suçun kesintiye uğradığı tarih olmaktadır. Bu durumda, dava tarihinin sonrasında icra olunan fiiller ayrı suç teşkil etmektedirler (Şenyüz, 2011, s.484). Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı ise şu şekildedir: “...*Sanık, sahte müstahsil makbuzu düzenleyip komisyon karşılığında satmış olup sanık hakkında sahte belge düzenlemek suçundan kamu davası açıldığı ve yargılama sonucunda 2007 ve 2008 takvim yıllarında sahte müstahsil makbuzu düzenlediğinin kabul edilmesi karşılığında, sanığın sübutu kabul edilen eyleminin, her takvim yılı için zincirleme şekilde sahte belge düzenlemek suçunu oluşturduğu gözetilmeden muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi doğru değildir.*” (Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 13 Mayıs 2015 Tarih ve E.2015/3038, K.2015/1503 Sayılı Kararı).

²⁴⁹ Suçların zincirleme suç kapsamında değerlendirilme şartlarından biri olan: “*aynı takvim yılında icra olunma*” kıstasına dair Yargıtay Genel Kurulunca bir karar alınmıştır. Genel Kurul’a intikal eden itiraz, söz konusu karardan aynen alındığı haliyle: “...*katma değer vergisi indiriminde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge yanıltıcı fatura kullanma eylemlerinin her vergilendirme tarh dönemi için ayrı bağımsız suçlar mı oluşturduğu, yoksa bir hesap dönemi – takvim yılı içerisinde teselsül eden bir suç şeklinde mi kabulü gerektiği...*” üzerinedir. Yaptığı değerlendirmeler neticesinde: vergi döneminin, verginin türünün yanı sıra ticari faaliyetin özelliğine ve vergilendirme usulüne göre değişkenliğin göstereceği çıkarımında bulunan Yargıtay Genel Kurulu, Maliye Bakanlığı’na vergilendirme dönemini aşağıya çekme hususunda verilen yetkiyi de dikkate alarak “...*sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçlarının oluşumu bakımından vergilendirme-tarh döneminin esas alınmasının vergilerin türleri ve hatta aynı vergi türü bakımından farklı uygulamalara, sonuçta eşitsizliğe, içtima kuralı da nazara alındığında adaletsizliğe yol açacağı anlaşılmaktadır.*” kanaatine varmış; ayrıca ilgili kanunların konuya dair hükümlerinin lafızlarından da suçların oluşumu bakımından hesap döneminin- takvim yılının esas alınması gerektiğinin anlaşıldığını belirterek kararını bu yönde şekillendirmiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5 Mart 2002 Tarih ve E. 2002/11-28, K. 2002/179 Sayılı Karar).

kanunda belirtilen tutarlarda arttırılacak bir ceza verilmesi öngörülürken; aynı suçu farklı takvim yıllarında birer defa işleyerek aynı miktarda vergi kaybına sebebiyet vermiş olan başka bir mükellefin ayrı ayrı iki cezaya muhatap kılınması söz konusu olacaktır. Netice itibariyle her iki mükellef de aynı suçu birden fazla defa işleyerek aynı tutarda vergi kaybına neden olmuş olsa dahi suç fiilleri, zincirleme suç kapsamında değerlendirilen mükellef bir defada ve daha az ceza ödeyeceğinden bu durum, verilen cezalar bağlamında bir orantısızlığa sebebiyet verecektir. Bu yönüyle, orantılılık unsuru bağlamında ölçülülük ilkesine aykırı sonuçlar doğuran zincirleme suç müessesesinin, elverişlilik ve haliyle gereklilik ilkeleriyle de örtüşmeyen neticelere mahal verdiği düşünülmektedir. Nitekim zincirleme suçun sağladığı yasal avantajlar, vergiye uyumlu olan mükelleflerin bu avantajlardan istifade edebilmek adına bahsi geçen suçlara meyletmesine sebebiyet verebilecektir. En nihayetinde bu durum vergi kaybının ve kamusal düzenin sağlanması gayesiyle ihdas edilen düzenlemelerin elverişliliğini tartışmalı hale getirmektedir. Sonuç olarak, hem failler nezdinde orantısızlığa sebep olan hem de dürüst mükellefler açısından kanuna aykırı hareket etmeye bir bakıma teşvik sağlayan zincirleme suç müessesesinin, bu sonuçlara sebebiyet vermeyecek şekilde yeniden dizayn edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak yapılacak düzenlemeler, zincirleme suçun dile getirilen handikaplarını bertaraf etmede yetersiz kalacaksa, son çare olarak, Türk hukuk sisteminden silinmesinin isabet teşkil edeceği düşünülmektedir.

SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını tayin eden ölçülülük ilkesi, anayasal norm hüviyetinde olmazdan evvel de evrensel hukuk normu niteliğini taşımasından mütevellit Anayasa Mahkemesi kararlarına tesir etmiştir. İlkenin, kanunlar üstü statüyü haiz olan Anayasa’da yer almasıyla, uygulanıp uygulanmaması hususundaki tartışmalar nihayete erse de ilkeye dair düzenlemelerin kanunlar nezdinde de hayata geçirilmesinin etkinliğini arttıracacağı; bunun da temel hak ve hürriyetlerin muhafazasında ilkeyi daha etkili kılacağı düşünülmektedir.

Çalışmada, vergi ceza hukuku kapsamına giren ve temel hak ve hürriyetler üzerinde sınırlayıcı etkide bulunan adli ve idari yaptırımların ölçülülük ilkesine uygunluğu, yüksek yargı organları kararları bağlamında; kabahat-suç ayrımı gözetilerek değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Yasa koyucu marifetiyle ihdas edilen kanunların hukuk aleminde varlığını sürdürebilmesi için Anayasa’da belirtilen kıstaslara uygun olması zorunluluk arz etmektedir. Meşruiyet için gerekli olan bu mecburiyet: esas görevi, kanunların ve Anayasa’da belirtilen diğer normların Anayasa’ya uygunluğunu denetlemek ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlamak olan Anayasa Mahkemesi’nin, hukuka uygunluk şartı olarak ölçülülük ilkesi denetimine büyük önem atfetmesine neden olmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, itiraza konu edilen ve ölçülülük ilkesi denetimine tabi tutulan kanunların ve olayların çeşitlilik arz ettiği görülmekte beraber; bahsi geçen kanunlar ve konular arasında vergi suçu cezalarına dair olanlarının sayıca çok az olduğu tespit edilmiştir.

Yerel mahkemeler tarafından, vergi suçlarına karşılık verilen cezaların, ölçülülük ilkesine uygunluğunun değerlendirilmesi ise Yargıtay’ın bu nitelikteki cezaları konu edinen temyiz incelemeleri baz alınarak gerçekleştirilmiştir. Konuya ilişkin temyiz kararlarında Yargıtay, ölçülülük ilkesi açısından gerçekleştirdiği hukuka uygunluk denetimini, ilkenin yasa metinlerine işlendiği yegâne mevki olan Anayasa madde 13’e dayandırmamakla birlikte; Anayasa Mahkemesi’nin ilke denetimini gerçekleştirdiği kararlarına da atıfta bulunmamıştır. Söz konusu kararlar incelendiğinde: Yargıtay’ın, ilke denetimini Türk Ceza Kanunu’nun “*Adalet ve hukuk önünde eşitlik*” başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrası ile “*Cezanın belirlenmesi*” başlıklı 61. maddesinin bilhassa ilk fıkrası hükümleri uyarınca gerçekleştirdiği sonucuna ulaşılmıştır. Çalışmada ortaya koyulan kanaate göre: Yargıtay’ın, kararlarını Anayasa’nın 13. maddesine dayandırmaması, ölçülülük ilkesi denetiminin icra edilmediği manasına gelmemektedir. Nitekim söz konusu madde, kanun koyucuya, temel hak ve hürriyetlere getireceği sınırlamaların çerçevesini çizirken; son hadde de sınırlamanın sınırı niteliğindeki ölçülülük ilkesine riayeti

emretmektedir. Türk Ceza Kanunu ise 3/1. maddesinde: somut olay bazında karar verecek olan hâkime, suç fiilinin ağırlığı ile orantılı ceza vermesini hükmederken; 61/1. maddesinde: temel cezanın belirlenmesinde, bu maddede düzenlenen ve her somut olay için ayrıca dikkate alınması gereken kıstasları düzenleyerek suçun bireyselleştirilmesini istemektedir. Netice itibarıyla, söz konusu hükümler (Anayasa Md. 13, TCK Md. 3/1 ve TCK Md. 61/1); kaynakları ile olay ve kişi bakımından ilgilileri dikkate alındığında farklılık arz etse de tümü, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında esas alınması zorunlu olan hukuki metinleri teşkil etmektedir.

Elbette Anayasa'nın bağlayıcılığı ve bunun neticesi olarak kanunlar nazarındaki üstün konumu, kanun bazındaki düzenlemelerin anayasal ilkelere aykırılık gösteremeyeceği sonucunu doğurmakta ve haliyle bu durum, temel hak ve hürriyetlere getirilecek Türk Ceza Kanunu'nun yukarıda geçen maddelerine dayalı sınırlamaların ancak ve ancak Anayasa 13. maddesinin tespit ettiği hudutlar dahilinde yapılabileceği anlamına gelmektedir. Ayrıca, bugün anayasal niteliğe kavuşmuş olan ölçülülük ilkesinin felsefi kökenleri esas alındığında; *“Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.”* hükmüyle, kendisi gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında sınır teşkil eden, Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. maddesinin, ilke için bir nev'i kanuni temel haklar rejimi oluşturduğu kanaatine varmak mümkündür. Zira Aristoteles'in spontane nitelikli bir düşüncesinin ürünü olarak kabul edilen ve adaleti tanımlarken kullandığı ölçülülük ilkesi; ezcümle, aşırılığı ve eksikliği kötü olarak niteleyen; bu iki zıt ucun ortasında olmayı makul olarak değerlendiren bir esasa dayanmaktadır.

Öte yandan, 26.09.2004'de kabul edilen ve 12.10.2004'de yürürlüğe konulan 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda, cezalandırmada adalet anlayışının genel felsefesi de aynı minvalde değişim göstermiştir. Öyle ki madde 61, Kanun'un değişen felsefesi doğrultusunda mülga kanunda düzenlenen madde metnine (765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (mülga) 29. maddesi) nazaran daha ayrıntılı düzenlenmiş; Mülga Kanun'da yer almayan madde 3 ile de temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik yeni hükümler ihdas edilmiştir. Ölçülülük ilkesinin Türk Ceza Kanunu bazındaki yasal temelini oluşturan bu hükümlerin detaylandırılması ve bir nevi yoktan var edilmesiyle hem hâkimin söz konusu hükümlere dayanarak temel hak ve hürriyetlere getirilecek kısıtlamalarda ilkeyi daha belirgin bir şekilde göz önünde tutması sağlanmış hem de temyize konu edilmiş kararların hukukiliğinin tespitinde ilke denetiminin önemini arttırmıştır. Ayrıca çalışmanın ikinci bölümünde detaylı bir şekilde açıklanan Türk Ceza Kanunu'nun genel gerekçesi ile 3. ve 61. maddelerinin gerekçeleri dikkate alındığında; aslında yapılan düzenlemelerinin ölçülülük ilkesinin temel esaslarına dayandığı anlaşılmış; bunun neticesinde de ölçülülük ilkesi denetimi bağlamında, birbirini tamamlayıcı nitelik teşkil eden Türk Ceza Kanunu'nun söz konusu maddelerinin ilke ile Yargıtay kararları arasında köprü vazifesi gördüğü

ortaya çıkarılmıştır. En nihayetinde bu durum, çalışmada ileri sürülen ve bahse konu kanun maddelerinin ilke denetimin kanuni alt yapısını oluşturduğunu savunan savı doğrulamıştır.

Bir temel hak ya da hürriyeti sınırlama amacı ile sınırlamada kullanılacak araç arasındaki ilişkinin makullüğünün denetiminde kullanılan anayasal kıstas olan ölçülülük ilkesinin teorik olarak, aralarında hiyerarşi mevcut olmasa da birbirlerinin tamamlar nitelikte üç unsuru mevcuttur. Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinden oluşan bu unsurlar, sacayakları misali, ancak birlikte sağlandığında ölçülülük ilkesine uygunluk söz konusu olabilmektedir. Belirtmek gerekir ki bahse konu unsurlar arasında hiyerarşi olmasa da kademeli bir yapı mevcuttur ve bu durum, aranan şartlar itibariyle, unsur bazında gerçekleştirilecek denetimlerde de belirli bir sıranın gözetilmesini gerekli kılmaktadır. Örneğin, gereklilik ilkesi denetiminin icrası, ancak elverişlilik kriterini sağlayan birden fazla önleme aracının mevcudiyetinde mümkündür. Netice itibariyle başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmaması durumunda gereklilik ilkesini irdelenmek kifayetsiz kalırken; orantılılık denetiminin yapılmasına lüzum dahi görülmeden, ilgili önlemin ölçülülük ilkesine aykırılığına hükmedilebilecektir.

Çalışmada esas alınan teorinin, ölçülülük ilkesi denetiminin işleyişini yukarıda belirtildiği gibi kat'î bir kalıba oturtmuş olması, ilke denetiminin uygulama alanını büyük ölçüde daraltmaktadır. Nitekim bu durumda, yasama organınca çıkartılan alternatifsiz yaptırımlar gereklilik ve özellikle de orantılılık ilkesi denetimine konu edilemeyeceğinden, ölçülülük ilkesi denetimi gerçekleştirilemeyecek ve haliyle, söz konusu niteliği haiz cezalarla sınırlandırılan temel hak ve özgürlükler, ilkenin sağlayacağı korumadan mahrum kalacaklardır. Çalışmada belirtilen kanaate göre: ölçülülük ilkesi denetiminin nihai aşamasını teşkil etmekle beraber; tatbik olunan cezanın hukuka uygunluğu bağlamında ilkenin, bir bakıma mihenk taşı niteliğini taşıyan ve temel hak ve özgürlüklerin muhafazasında temel unsurunu oluşturan orantılılık ilkesi denetiminin, elverişlilik ve gereklilik ilkesi denetimlerini baypas ederek doğrudan devreye sokulmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Hatta bu durumun temel hak ve özgürlüklere daha etkin koruma sağlanacağı düşünülmektedir. Ayrıca bu çıkarım, ölçülülük ilkesi esaslarını birincil derece dikkate alması gereken organın yasama organı olduğu görüşünü de belirgin hale getirmektedir. Zira niteliği ne olursa olsun yasama organı marifetiyle düzenlenen yaptırımın, öngördüğü fiillere nazaran orantısız oluşu, ilgili düzenlemenin hukuk alemindeki varlığını sonlandırabilecektir.

Netice itibariyle, temel hak ve özgürlüklerin muhafazası söz konusu olduğundan, yaptırım öngören yasal düzenlemeler, elverişlilik ve gereklilik ilkeleri denetimlerine uygun nitelik taşımaları dahi ölçülülük ilkesi denetiminin; orantılılık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Çalışma kapsamında verilen yüksek yargı organları kararlarında da genellikle, bu görüşe paralellik arz edecek şekilde, ölçülülük ilkesi denetiminin orantılılık ilkesi

denetimi çerçevesinde gerçekleştirildiği ve hükümlerine de bu ilke denetiminin neticesinin yön verdiği görülmüştür²⁵⁰.

Elverişlilik ve gereklilik ilkelerine dair yapılan genel değerlendirmelerde: tatbikine karar kılınan önleme aracının, hedeflenen amaca erişmeye katkı sağlayıcı nitelik taşımasının dahi o aracı elverişli kılması; elverişliliği, ölçülülük ilkesinin sağlanması en kolay unsuru niteliğine sokmuştur. Bunun bir neticesi olarak, çalışma kapsamında dikkate alınan yüksek yargı organı kararlarının hiçbirinde, elverişlilik ilkesine aykırılık iddia edilmediği gibi ilgili mahkemelerce bu ilkeye uygunluk hususunda verilen hüküm sayısının da istisnai nitelik teşkil edebilecek kadar olduğu görülmüştür. Çalışma da esas alınan teori açısından aynı tespiti, gereklilik ilkesi bağlamında da ulaşılmış: ancak bu durumun gereklilik ilkesinin niteliğinden değil; hukuki düzenlemelerin içeriğinden kaynaklandığı anlaşılmıştır. Öyle ki teoriye göre gereklilik ilkesi denetiminin gerçekleştirilebilmesi için temel hak ve hürriyetlere getireceği kısıtlamalar hususunda bir birileriyle kıyaslanabilecek birden fazla elverişli önlemin varlığı şarttır. Ancak vergi suçlarına öngülenen yaptırımlar için böyle bir durum söz konusu değildir. Zira ilgili kanunlarda vergi suçları için öngörülen cezalar, yalnızca miktarı itibarıyla değişkenlik gösteren hapis cezalarından ibarettir. Haliyle de bu durum, vergi suçları açısından gereklilik ilkesi denetimini bu bağlamında imkânsız kılmıştır. Belirtilen kanaate göre: ölçülülük ilkesinin evrensel niteliği, iç hukukta artan etkinliği ve AİHM kararlarına yön veren başat ilkelerden oluşu, vergi suçlarına dair düzenlemeleri yeniden gözden geçirmeyi zorunlu kılmaktadır. Nitekim ölçülülük ilkesinin sacayakları olarak tabir ettiğimiz elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin bir tanesinin dahi sağlam temellere dayanmaması, bilhassa yüksek yargı organları marifetiyle yapılan ölçülülük ilkesi denetimini hem iç hukuk hem de AİHM nezdinde tartışılmalı hale getirebilecektir. Bu sebepten vergi suçu cezası olarak öngörülen hapis cezalarına ikame olacak şekilde bir takım alternatif ceza türlerinin ihdas edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Vergi suçları için öngörülecek alternatif cezaların ilgili mevzuata yerini almasıyla: ölçülülük ilkesi denetimini, gereklilik ilkesi bağlamında cılız bırakan bu durum giderilmiş olacağına kanaat getirilmekte; ayrıca gereklilik ilkesinin işlerlik kazanarak ölçülülük ilkesi denetiminin daha sağlam temellere dayanacağı iddia olunmaktadır.

Çalışma kapsamında temel alınan teoriden bağımsız hareket edildiğinde: esasında, vergi suçları için öngörülen ve alt-üst sınırları tayin edilmiş hapis cezalarının miktarının yargı organınca takdirinde de ölçülülük ilkesi denetiminin işletilebileceği düşünülmektedir. Zira ilke unsurları

²⁵⁰ Çalışma kapsamında değerlendirilen Anayasa Mahkemesi kararlarında: Yüksek Mahkeme'nin ölçülülük ilkesi denetimini icra ettiği hemen hemen her kararında çalışmada esas alınan teoriyle örtüşecek şekilde, ilkenin tüm unsurlarını açıklama yoluna gittiği; ancak ilkeye dair değerlendirmesini orantılılık ilkesi denetimi ile sınırlı tuttuğu görülmüştür.

arasındaki kademeli yapının, teşmil edileceği olayları kısıtladığı, bunun da ilkenin uygulanma alanını daralttığına kanaat getirilmektedir. Sonuç olarak, bu durumda, her ne kadar elverişlilik ve gereklilik ilkeleri ölçülülük ilkesi denetimi sistemi dışında tutulmuş olsa da takdir edilen cezanın adli ve idari yargıda ölçülülük ilkesi denetiminin esasını oluşturan –hatta çoğu durumda ölçülülük ilkesi yerine kullanılan- orantılılık ilkesi denetimine konu edilmesinin yolu açılmış olacak ve böylece ilkenin, temel hak ve özgürlüklerin muhafazasındaki etkinliğinin artması sağlanabilecektir.

Ölçülülük ilkesi denetimi, orantılılık ilkesini denetiminin icrasıyla tamamlanmaktadır. Teorik olarak, verilen cezanın faile yüklediği külfetle; toplumun bu cezalandırmadan elde edeceği fayda arasında makul bir dengenin varlığını arayan bu denetim hem vergi suçları hem de vergi kabahatleri bağlamında en sık müracaat edilen hukuka uygunluk denetimidir. Ancak Türk yüksek yargı organları kararları dikkate alındığında: orantılılık ilkesi denetimi uygulamalarında, kıyaslamaya tabi hususların, teorinin öngördüğü gibi cezaya muhatap kılınan failin uğrayacağı zarar ile o cezadan toplumun istifade edeceği yarardan oluşmadığı; ilke denetiminin sadece, cezanın miktarı ile suç fiilinin ve failin niteliği ekseninde gerçekleştirildiği görülmüştür.

Yargıtay'ın temyiz incelemeleri ele alındığında: temyiz edilen uyuşmazlığın içeriğine göre, ölçülülük ilkesi denetiminde odaklanılan hususlar farklılık arz etse de yapılan denetimlerin genellikle orantılılık ilkesi denetimiyle sınırlı tutulduğu; söz konusu denetimlerin de Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. ve 61. maddelerinin hükümleri çerçevesince gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. Öte yandan, çalışmada verilen temyiz kararları aynı zamanda, söz konusu kanun maddeleri ile ölçülülük ilkesi denetimi arasındaki ilişkin varlığını orantılılık ilkesi açısından teyit etmiştir.

Netice itibarıyla, Türk Ceza Kanunu'nda ölçülülük ilkesine özgü spesifik bir düzenleme ihdas edilmiş olmasa da Yargıtay, bu Kanun'un 3/1. ve 6/1. maddelerinin hükümlerinin somut olay bazında uygulanıp uygulanmadığını araştırarak, bir bakıma orantılılık ilkesi vasıtasıyla; ölçülülük ilkesi denetiminde bulunmaktadır.

Vergi suçları bağlamında, ölçülülük ilkesi denetiminin icra edildiği Yargıtay kararları irdelendiğinde, sahte fatura kullanma ve/veya düzenlemek, defter ve belgeleri gizlemek fiillerinden kaynaklı suçların ağırlıkta olduğu görülmüştür. Yargıtay, ilke denetimini gerçekleştirildiği hemen hemen her kararında hakimlerin, önlerine gelen uyuşmazlıkları çözerken; diğer bir ifade ile uyuşmazlığa konu edilen suça tatbik edilecek cezayı tayin ederken; Türk Ceza Kanunu bazında ölçülülük ilkesi denetiminin hukuki alt yapısını oluşturan ve birbirleri için tamamlayıcı nitelik arz eden Türk Ceza Kanunu'nun 3/1. ve 61. maddeleri hükümlerine mutlak manada riayet etmeleri gerektiğini önemle vurgulamıştır.

Yargıtay kararlarına göre: ilgili kanun, hâkime, suç fiili için öngördüğü alt sınırdan, üst sınırdan veya alt ve üst sınırlar arasından ceza tayin etme serbestisi vermişse de bu serbesti belirli hudutlar dahilinde de olsa alabildiğine değildir. Hâkimin, cezayı alt sınırdan uzaklaşarak hatta üst sınırdan takdir etmesi yasal iken; söz konusu cezanın suç fiiline nazaran orantısızlığı, orantılılık ilkesine ve haliyle anayasal bir norm olan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden; hukuka aykırı bulunarak bozulmaktadır. İlkenin bu etkinliği de hukuk alemindeki ehemmiyetini ortaya koymaktadır. Hakimlerin ceza takdirinde bulunurken; ilkeye mutlak manada riayet etmelerinin esası da buradan kaynaklanmaktadır. Böylece, kararlarda istikrar sağlanarak hem kamu hem de fail nezdinde adalet ve vicdan algısında olumlu etki bırakacak hükümler verilebilecek ve bu durum da suçlunun ıslahına ve topluma yeniden kazandırılmasına imkân sağlayabilecektir.

Vergi kabahatleri hususunda ise ölçülülük ilkesine dair değerlendirmeler: soyut kanun normlarında öngörülen idari yaptırımların, kanunca tanımlanan tarife uygun somut olaya tatbikinin icracısı konumundaki idarenin, bu doğrultuda ve takdiri yetkisi marifetiyle aldığı; temel hak ve hürriyetleri sınırlayıcı nitelikteki (idari) kararlarından yüksek yargı organlarına intikal edenleri bağlamında gerçekleştirilmiştir.

İdareye özgülenen takdir yetkisi ona, karar verme konusunda serbesti tanısa da söz konusu serbesti, daha önce de bahsedildiği üzere, yasal sınırlar dahilinde dahi olsa alabildiğine değildir. Diğer bir ifadeyle idarenin, seçme iradesine bırakılan önleme araçlarının tümü yasal bir temele dayanmış olsa da seçme eyleminin icrasında idare, tam manasıyla hür değildir. Nitekim öngörülen amaca ulaşmak maksadıyla sunulan her türlü önleme başvuru yetkisini sınırlandıran anayasal bir ölçüt mevcuttur: **ölçülülük ilkesi**. Bundan mütevellit idare, takdir yetkisini kullanırken; icrasına karar kıldığı aracın, hedeflenen amaç için elverişli, gerekli ve orantılı diğer bir ifade ile ölçülülük ilkesine bağdaşır nitelikte olmasına dikkat etmek zorundadır. Haliyle ölçülülük ilkesi, idareye kanun marifetiyle bahsedilen hareket alanına hudut çizerek; onun hukuka uygun sınırlarda tutmaktadır. Bu niteliği ile ölçülülük ilkesi, bir taraftan idarenin kamu yararı maksadıyla aldığı tedbirlerle temel hak ve özgürlüklerin muhafazası arasında denge kurulmasında temel teşkil ederken; öte yandan idare hukukundaki takdir yetkisiyle, hukuka uygunluk arasında köprü vazifesi görmektedir.

Temel hak ve özgürlüklere müdahale konusunda, idareye tanınan takdir yetkisi alanının genişliği ile ölçülülük ilkesine bağlı olmanın derecesi ve ilkenin etkinliği arasında pozitif bir ilişki mevcuttur. Dolayısıyla; idarenin, bağlı yetkili olduğu bir konuda, takdir kabiliyetinden yoksun olması ve bunun bir neticesi olarak; kendisinden sadece hukukun emrettiği şekilde davranmasının beklenmesi; vereceği kararlar hakkında ölçülülük ilkesi denetimi işletilmesini imkânsız ve manasız kılacaktır. İdareye takdir yetkisinin tanınması ise ölçülülük ilkesi denetimini işler hale

getirirken; tanınan takdir yetkisinin kullanılacağı alanın sınırları genişledikçe ya da takdir yetkisi çerçevesinde, seçilecek alternatif önleme araçlarının sayısı arttıkça ilkenin etkinliği de artış gösterecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki idarenin bağlı yetkiyi haiz olduğu durumlarda uygulanamayan ölçülülük ilkesinin; takdir yetkisinin söz konusu olduğu hallerde, uygulanabilmesi için kanun nezdinde düzenlemelerin varlığı olmazsa olmaz değildir. Zira ilkenin anayasal nitelikte oluşu onu, yasalar nezdinde düzenlemese dahi idare hukuku da dahil olmak üzere hukukun tüm alanlarında uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Belirtmek gerekir ki vergi suçları için öngörülen cezaların olduğu gibi vergi kabahatlerine karşılık düzenlenen cezalar da yasama organı marifetiyle hukuk aleminde hayat bulmaktadır. Haliyle bu cezaların hukuka uygunluğunda, ölçülülük ilkesi denetimini öncelikli olarak dikkate alması gereken merci yasama organıdır.

Vergi kabahati ve cezaları özelinde vuku bulan uyuşmazlıkları konu edinen Danıştay temyiz incelemeleri değerlendirildiğinde; hiçbirisinin doğrudan doğruya vergi kabahatleri ve cezalarında ölçülülük denetimini içermediği sonucuna ulaşılmış; ancak bu durum olağan karşılanmıştır. Zira bir uyuşmazlığın kaynağının idari bir işleme dayanmış olması onun, İdare Hukuku bağlamında Danıştay'ın temyiz incelemesine konu edilmesinin yolunu açarken; aynı uyuşmazlık için ölçülülük ilkesi denetiminin gerçekleştirilebilmesi; idarenin temyize konu işleminde takdir yetkisini haiz olmasına ve bu yetki çerçevesinde hareket etmiş olmasına bağlıdır. Ancak vergi kabahatleri ve cezalarını hemen hemen bütününe ihtiva eden Vergi Usul Kanunu, idareye takdir yetkisi tanımamıştır.

Vergi İdaresince kesilen kabahat niteliğindeki fiillere yönelik cezaların Vergi Usul Kanunu tarafından net bir şekilde belirlenmiş olması, idarenin bağlı yetkili olduğu; diğer bir ifade ile cezanın tayininde takdir yetkisini haiz olmadığı anlamına gelmektedir. Netice itibariyle, idarenin takdir yetkisinden yoksunluğu, verdiği cezalarda ölçülülük ilkesi denetiminin uygulanmasını doğası gereği imkânsız ve manasız kılmaktadır. En nihayetinde de bu durum, Danıştay'ın ölçülülük ilkesi denetimi işlettiği temyiz incelemelerine vergi kabahat ve cezalarının konu edilmeme sebebini ortaya koymaktadır. İlgili mevzuatta değişikliğe gidilip; Vergi İdaresi'ne takdir yetkisi tanınmadığı müddetçe de vergi kabahati cezaları hususunda, Danıştay nezdinde ilke denetiminin gerçekleştirilmesi beklentisinde olmak da beyhude olacaktır. Ancak daha önce de açıklandığı ve çalışma kapsamında verilen ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında da görüldüğü üzere, kanun koyucunun vergi kabahatleri için öngördüğü cezalar (yasal düzenlemeler), bilhassa orantılılık ilkesi bağlamında ölçülülük ilkesi denetimine konu edilerek; hukuka uygun olup olmadığı belirlenmektedir.

İdare bir bütündür ve Vergi İdaresi, o bütünü teşkil eden parçalardan sadece bir tanesidir. İdareyi oluşturan diğer bazı kurumlar, ilgili kanunlar uyarınca kendilerine verilen takdir yetkisi marifetiyle, ağırlıkları farklı idari müeyyideler arasından cezayı ya da bir idari müeyyide için öngörüşmüş ölçek aralığından ceza miktarını tespit edebilmektedirler. Üstelik bu konuda yargıya intikal etmiş ve ölçülülük ilkesi denetimi açısından içtihat oluşturmuş çok sayıda karar da mevcuttur. Yapılacak bir yasa değişikliği ile Vergi İdaresi'ne takdir yetkisi ile donatılması durumunda, idarenin diğer kurumları nazarında oluşan içtihatların, vergi kabahati cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için de yol gösterici nitelik taşıyacağı düşünülmektedir.

Genel olarak Danıştay'ın ölçülülük ilkesi denetimini gerçekleştirdiği temyiz kararları dikkate alındığında, ilkenin orantılılık unsurunun açık, kesin ve hükmün niteliğine tesir edecek derece etkili olduğu anlaşılmaktadır. Haliyle idari kararların geçerliliği, öncelikle karar vermeye yetkili mercilerin yetkilerini kullanırken orantılılık ilkesine riayet etmelerinden geçmektedir. Zira orantılılık ilkesinin esasları gerek uyuşmazlık konusu fiillerin kanunda tanımlanan eylemlerle örtüştürülerek uygun yaptırımın belirlenmesinde gerekse fiil ile tatbik olunan ceza arasında makul bir orantılılığın sağlanmasında belirleyici olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin vergi kabahatiyle cezalarını konu edinen ve ölçülülük ilkesi denetimini gerçekleştirdiği genel kurul kararları incelendiğinde ise Yüksek Mahkeme'nin, ilkeye aykırılığın ileri sürüldüğü hiçbir iddiayı, doğrudan doğruya ilkenin düzenlendiği hukuksal metin olan Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde değerlendirmede; ancak, Anayasa'da yer alan başka maddeler temelinde davaya konu düzenlemeyi ölçülülük ilkesiyle ilişkilendirip hükmüne yansıttığı ortaya çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, vergi kabahatleri özelinde kendisine intikal eden itirazlarla alakalı olarak; ölçülülük ilkesinin elverişlilik ve gereklilik alt ilkeleri bazında denetimlerde bulunsa da bu bağlamlarda aykırılık yönünde herhangi bir karara hükmetmediği görülmüştür. Orantılılık alt ilkesi denetimi ise ölçülülük ilkesi denetiminde en sık başvurulmuş hatta Anayasa Mahkemesi kararlarının çoğunda ölçülülük ilkesi denetiminin yerini alacak şekilde kullanılan hukuka uygunluk denetimi olmuştur. Görüldüğü üzere, Türk hukuk sistemindeki uygulama, genel olarak orantılılık ilkesi denetimi çerçevesinde gerçekleşse de teorik olarak öngörülen: sırasıyla elverişlilik ve gereklilik ilkeleri denetiminin sağlanmasının akabinde, orantılılık ilkesi denetiminin icra edilmesidir. Böylece, ölçülülük ilkesi denetimi tüm yönleri ile tamamlanmış olacak; ilkenin hukuk devletinin unsurlarından birini teşkil etmesi dolayısıyla da itiraza konu edilen önlemlerin, Anayasa'ya ve haliyle hukuka aykırı olup olmadığına dair hüküm, sağlam bir temele dayandırılabilir.

Anayasa Mahkemesi, vergi kabahati ve cezalarında orantılılık ilkesi denetimini gerçekleştirirken, yaptırım şiddeti ile cezanın caydırıcılık fonksiyonunun sağlaması amacı arasındaki oranın makul bir seviyede tutulmasını gözetmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, getirilecek sınırlamalar her ne kadar toplumun yararına da olsa, mutlak olamayacak ve ancak Anayasa'nın 13. maddesinin koyduğu sınırlar çerçevesince yapılabilecektir. Buna göre, sınırlandırma, kanun marifetiyle gerçekleştirilecek; demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığı nispette olacak; hakkın özüne müdahale etmeyecek, Anayasa'nın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve nihayetinde ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

Yapısı gereği, vergi kabahatlerine karşılık gelen cezalar mülkiyet hakkına sınırlama getirmektedir. Ancak sadece bu gerekçenin varlığı, cezanın iptaline sebep olamayacağı gibi; söz konusu sınırlamanın kamu yararı niteliğini haiz olması durumu da tek başına, cezanın uygulanmasını kabul edilebilir kılamayacaktır. Tekerrür etmekte fayda vardır ki yapılacak bir sınırlamanın hukuk alanında geçerliliğini koruyabilmesi, hakkın özüne müdahale eder nitelikte olmadığı, demokratik toplum düzeninin ve hukuk devletinin gerekleri ile ölçülülük ilkesine ve haliyle hukuka aykırılık teşkil etmediği durumların varlığına bağlıdır.

Son olarak; Anayasa'nın ölçülülük ilkesi için belirlediği sınırların açık ve net olduğu görüşünü taşıyan Anayasa Mahkemesi, soyut ve belirsiz nitelikteki düzenlemelerin amaç-araç ilişkisi denetimini güçleştirdiği ve haliyle ölçülülük ilkesi denetimini etkisiz kıldığı kanaatindedir. Nitekim çalışmada yer verilen bir Anayasa Mahkemesi kararında²⁵¹ da görülmüş olduğu üzere, Yüksek Mahkeme'nin bozma yönünde verdiği hüküm, yapılan düzenlemenin/alınan önlemin ölçülülük ilkesine aykırılığının tespit edilmesinden değil; bilakis, ilgili düzenlemenin/önlemin muğlaklığından mütevellit ilkeye uygun olup olmadığını belirlenemediğinden verilmiştir. AYM, söz konusu hükmüne yön veren bu durumu, kararın gerekçesinde de açıklanmıştır.

Çalışmada belirtilen kanaate göre: hakim, uyuşmazlığın çözümünde her ne kadar zımnen ya da alenen ölçülülük ilkesinden istifade etse de bilhassa ilke denetiminde izlenecek yöntemin belirlenmesi ve uygulamada istikrar sağlanması gayesiyle ilkeye has düzenlemelerin kanunlara, tereddüte mahal vermeyecek nispette belirgin ve berrak bir şekilde işlenerek; kanuni temel haklar rejiminin oluşturulmasının isabetli olacağı savunulmaktadır.

²⁵¹ Bahse konu AYM kararı için bakınız: AYM., 18.10.2007 gün, E.2007/4, K. 2007/81, RG.26724, 05.12.2007.

KAYNAKÇA

- Acu, M. (2014). Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 110(1). 403-434.
- Akad, M. , Dinçkol, A. (1998). 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları. İstanbul: Alkım Yayınevi.
- Akdoğan, A. (2013). Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Akıllıoğlu, T. (1983). Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar. *Amme İdaresi Dergisi*. 16(3). 32-47.
- Akıllıoğlu, T. (2012). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler. *İdare ve Hukuk İlimleri Dergisi*, 15(2). 9-27.
- Akşit, C. (1976). İslam Ceza Hukuku ve İnsanı Esasları. İstanbul: Edebiyat Fakültesi Matbaası
- Aktaş, S. (2009). Cezalandırmanın Amacı Üzerine. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 13(1-2). 1-25
- Aliefendioğlu, Y. (2002). 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 19(1). 141-176.
- Artuk, M. E., Gökcen, A., Yenidünya, C. (2014). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Atakan, A. (2006). Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- Atar, Y. (2005). Türk Anayasa Hukuku. Konya: Mimoza Yayınları.
- Ayata, Z. (2014). Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4(1). 35-54.
- Azrak, A. Ü. (1992). İdari Yargı Kararlarında Anayasa'ya Uygunluk Sorunu. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 9(1). 323-340.
- Berki, A.H. (1978). Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye). Hikmet Yayınları: İstanbul.
- Babür, S. (2005). Aristoteles Nikomakhos'a Etik. Ankara: Kebikeç Yayıncılık.
- Başaran Yavaşlar, F. (2009). Vergi Usul Kanununda Yer Alan Vergi Kabahat ve Yaptırımlar.
- A. Uluşan, İ. Ve Başaran Yavaşlar, F. (Ed.). T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu. (s.285-297). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Batum, S. (1993). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Basımevi.
- Baykara, B. (2009). Teori ve Pratik Yönleri İle Vergi Ceza Hukuku. İstanbul: Maliye ve Hesap Uzmanları Derneği.
- Bayraklı, H. H. (1999). Vergi Ceza Hukuku Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Afyon: Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayınları.
- Beccaria, C. (1964). Beccaria Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi (M. Göklü, Çev.). İstanbul: Nurgök Matbaası. (1764).
- Beccaria, C. (1819). An Essay On Crimes and Punishments. (M. D. Voltaire, Çev.). Philadelphia: Philip H. Nicklin (1764).
- Bentham, J. (1907). An Introduction to the Principles of Moral and Legislation. Oxford: Oxford University Press.
- Bentham, J. (1948). A fragment on Government and An Introduction to The Principles Of Morals And Legislation (Editör: Wilfrid Harrison). Oxford: Basil Blackwell.
- Bilgen, P. (1996). İdare Hukuku Dersleri. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Bulut, N. (2001). 4709 Sayılı Kanun’la Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi. Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi. 1(4). 37-64.
- Boonin, D. (2008). The Problem Of Punishment. New York: The Cambridge University Press.
- Bouzat, P., Pinatel, J. (1970). Traité de Droit Pénal et de Criminologie Tome I. Paris: Dalloz.
- Can, İ. (2015). Türk Vergi Usul Hukuku Mevzuatı Tarihçesi ve Vergi Usul Kanunu İçin Değişiklik Önerleri. Vergi Sorunları Dergisi, (318), 90-103.
- Candan, T. (2010). Vergi Suç ve Cezaları. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları
- Candan, T. (2008). Danıştay Kararlarında Vergi Suçu Algılaması. Vergi Sorunları Dergisi. Özel sayı: Vergi Ceza Sistemi.
- Canyaş, O. (2011). Vergi İdaresinin Takdir Yetkisinin Saptanması. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2010). Türk Ceza Hukukuna Giriş. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Cole, F. G., Smith, E. C. (1998). The American System of Criminal Justice. Belmont: Wadsworth Publishing Company.
- Cooter, R., Ulen, T. (2012). Law and Economics. Boston: Pearson Education.
- Çağlayan, R. (2006). İdari Yaptırımlar Hukuku Kabahatler Kanunu Yorumu. Ankara: Asil Yayın Dağıtım.

- Çomaklı, Ş. E., Ak, A. (2013). Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler. Erzurum: Erzurum Barosu Yayınları.
- Demirbaş, T. (2009). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dijk, P. V. , Hoof, G. J. H. V. (1990). Theory and Practice of The European Convention on Human Rights. Deventer – Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Dinç, G. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 51(1). 133-151.
- Doğru, O , Nalbant, A. (2013). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt 2. Ankara: T.C. Yargıtay Başkanlığı ve Avrupa Konseyi.
- Donay, S. (1971). İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 1(4). 411-427.
- Donnedieu de Vabres, H. (1947). Traité de Droit Criminal et de Législation Pénale Comparée.Paris: Recueil Sirey.
- Dönmezer, S. , Erman, S. (1976). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 1. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Dönmezer, S. , Erman, S. (1976). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 1. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Dönmezer, S., Erman, S. (1965). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. I. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Dönmezer, S., Erman, S. (1966). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I. İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Dönmezer, S., Erman, S. (1966). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II. İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Dönmezer, S., Erman, S. (1981). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Dönmezer, S. (2003). Genel Ceza Hukuku Dersleri. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.
- Donay, S. (2008). Ceza Mahkemesince Yargılanan Vergi Suçları. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Edizdoğan, N., Taş, M., Çelikkaya, A. (2007). Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku. Bursa: Ekin Kitapevi.
- Ejder, Y. (2014). Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Emiliou, N. (1996). The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study. London: Kluwer Law International.

- Engle, E. (2012). The History Of The General Principle Of Proportionality: An Overview. The Dartmouth Law Journal. 10(1).
- Epikür (1962). Mektuplar ve Maksimler (H. Örs, Çev.). İstanbul: Remzi Kitapevi.
- Erdem, J.G. (2013). Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 62(4). 971-1005.
- Erem, F. (1974). Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt II Genel Hükümler, Ankara: Sevinç Matbaası.
- Erem, F. (1985). Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku C.II Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Kitapevi.
- Erem, F., Danışman, A., Artuk, M. E. (1997). Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Seçkin Yayınevi: Ankara.
- Erdoğan, V. (2013). Vergi Uyuşmazlıklarında Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu. Mali Çözüm Dergisi, 117(1). 99-109
- Erginay, A. (1971). Vergi Hukuku. Ankara: Sevinç Matbaacılık.
- Erkut, C. (1996). Hukuka Uygunluk Bloku İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi. İstanbul: Kavram Kitapevi.
- Fendoğlu, H. T. (2000). Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu. Anayasa Yargısı Dergisi. 17(1). 363-384.
- Fendoğlu, H. T. (2002). 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Anayasa'nın 13. Maddesi). Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi.1(1). 111-149.
- Fletcher, G. P. (1998). Basic Concepts of Criminal Law. New York: Oxford University Press.
- Gerçek, A. (2006). Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi. Yaklaşım Yayıncılık: Ankara.
- Gerçek, A., Bakar, F. (2015). Mükellef Haklarının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararları Işığında Korunmasının Değerlendirilmesi. Prof. Dr. Metin Taş'a Armağan. Gazi Kitapevi: Ankara.
- Geçer, A. E. (2016). Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 65(2). 315-348.
- Gemalmaz, M. S. (1990). Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-e Jura Ayrımı. Cahit Talas'a Armağan. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını.
- Gemalmaz, M. S. (1991). Latin Amerika'da İnsan Hakları. İstanbul: Kavram Yayınları.
- Gemalmaz, H. B. (2014). Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Macaristan'a Karşı 14 Mayıs 2013

Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi. İstanbul Barosu Dergisi, 88(2). 128-143.

Gerven, W. V. (1999). The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe. E. Ellis (Ed.). The Principle of Proportionality in Laws of Europe (s. 37-65). North America (US and Canada): Hard Publishing.

Gölcüklü, F. (1990). Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemesi Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990 4.cilt Devlet Yüksek Mahkemeler ve Benzeri Kurumların Raporu. (255-285). Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Gören, Z. (2006). Anayasa Hukuku: T.C. Anayasası ve TBMM İç Tüzüğü Eki İle. Ankara: Seçkin Kitapevi.

Gözler, K. (2011). İdare Hukukuna Giriş. Ekin Kitapevi: Bursa.

Gözler, K. (2009). Kısa Anayasa Hukuku. Ekin Kitapevi: Bursa.

Göztepe, E. (1998). Anayasa Şikâyeti. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: Ankara.

Göze, A. (1982). Siyasal Düşünce Tarihi. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Gözler, K. (2004). Anayasa Hukukuna Giriş. Bursa: Ekin Kitapevi.

Gözler, K. (2011). İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları. Bursa: Ekin Kitapevi.

Gözler, K. (2004). Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku. Bursa: Ekin Kitapevi.

Gramatica, F. (2005). Toplumsal Savunma İlkeleri (Çev.: Sami Selçuk). Ankara: İmge Kitapevi.

Grgic, A., Mataga, Z., Longar, M., Vilfan, A. (2010). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap) Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Numara 10.Erişim: 10 Nisan 2018, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı Ağ Sitesi: http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitapları/mulikiyet_kilavuz.pdf

Gunn, J. T. (2005). Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis. Emory International Law Review. 19(2). 465-498.

Gümüşkaya, G. (2010). Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Kişisel Başvuru. On İki Levha Yayıncılık: İstanbul.

Gümüşkaya, G. (2011). Vergi Ödevlisinin Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurusunun Kabul Edilebilirlik Koşulları. Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 17(3-4). 33-57.

Güneş, G. (2008). Verginin Yasallığı İlkesi, On İki Levha Yayıncılık: İstanbul.

- Güriz, A. (2013). Hukuk Başlangıcı. Ankara: Siyasal Kitapevi.
- Hafizoğulları, Z. (1996). Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni. Ankara: US-A Yayıncılık.
- Hakyemez, Y. Ş. (2001). Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi. Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı. 2. Cilt Özel Hukukun Diğer Dalları ve Kamu Hukuku. (1287-1337). İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Harris, D. J. , O'Boyle, M. , Warbrick, C. (1995). Law of the European Convention on Human Rights. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths.
- Hızlı, Y. (1984). Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Hirsch, A., Ashworth, A. (2005). Proportionate Sentencing: Exploring the Principles. Oxford University Press: Oxford.
- Hirsch, A., Ashwoerth, A., Roberts, J. (2009). Principled Sentencing Readings on Theory and Policy. Oxford: Hart PublishingHornby, A. S. (2000). Oxford Advanced Learne's Dictionary of Current English. Oxford: Oxford University Press.
- Honderich, T. (2006). Punishment the Supposed Justification Revisited.London: Pluto Press.
- Honig, R. (1936). Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair (Çev.: Yavuz Abadan). İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 1(3-4). 413-426.
- İçel, K., Donay, S. (2005). Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım. İstanbul: Beta Basın Yayıncılık.
- Jakops, G. (2008). Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku. (Ozansü, M. C., Çev.) Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Editör: Yener Ünver). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kahn, J. (1971). Discretionary Power and Administrative Judge. The International and Comparative Law Quarterly. 29(2/3). 521-530.
- Kanadoğlu, O. K. (2000). Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması. İstanbul: Palme Yayıncılık.
- Kant, I., (1785). The Philosophy of Law. (W. Hastie Çev.). Edinburgh: T & T Clark (1887).
- Karakaş Doğan, F. (2010). Cezanın Amacı ve Hapis Cezası. İstanbul: Legal Yayıncılık
- Karakoç, Y. (2004). Genel Vergi Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Karaman, H. (1974). Mukayeseli İslam Hukuku. İstanbul: İrfan Matbaası.
- Karatepe, Ş. (1991). İdarenin Takdir Yetkisi. Türk İdare Dergisi, 392(1). 63-121.
- Kaya, C. (2001). İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi. Nuri Çelik'e Armağan Cilt 1. Beta Yayınları: İstanbul.

- Kılıç, A. (2014). Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 18(1). 299-348.
- Kılınç, B. (2008). Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 25(1). 19-59.
- Kıratlı, M. (1966). Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi. Ankara: AÜSBF Yayınları.
- Kırbaş, S. (2012). Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar. Ankara: Siyasal Kitapevi.
- Kızılot, Ş., Kızılot, Z. (2010). Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık.
- Koçak, T. N. (2013). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Yargılamasında Mülkiyet Hakkı. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 15(1). 365-380.
- Kommers, D. P. (1997). The Constitutional of the Federal Republic of Germany. Durham: Duke University Press.
- Loucaides, L. G. (1995). Essays on the Developing Law of Human Rights. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Memiş, E. (2000). İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimleri Analizi. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 17(1). 130-172.
- Metin, Y. (2002). Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Mutluer, M. K. (1979). Vergi Ceza Hukuku. Eskişehir: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Basımevi.
- Mutluer, M. K. (2006). Vergi Genel Hukuku. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Mercan, E, Dündar, M. (2009). Temel Vergi Hukuku. Ankara: Ankara SMMM Odası Yayınları.
- Mognol, V. (1946). Ceza Hukuku. (Şinasi Z. Devrin Çev.). Yeni Cezaevi Matbaası: Ankara.
- Nazaroğlu, Y. (1974). Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri. *Danıştay Dergisi*. 37(14-15). 96-109
- Oğurlu, Y. (2001). AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi". Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan. (485-521). İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını
- Oğurlu, Y. (2002). Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Oğurlu, Y. (2001). İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvurma Yolları. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Oğuz, F. (2002). Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme. *Piyasa*. 2(1). 3-23.

- Onar, S. S. (1966). İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I. İstanbul: İsmail Akgün Matbaa ve Kitapçılık Müesseseleri.
- Oytan, M. (1985). Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları. Türk İdare Dergisi, 366(1). 17-57.
- Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N. (1999). Vergi Hukuku. Ankara: Turhan Kitapevi.
- Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N. (2013). Vergi Hukuku. Ankara: Turhan Kitapevi.
- Öncü, G. A. (2015). Vergi Hukuku Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Bir Analiz. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 20(1). 139-190.
- Önder, A. (1989). Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt III. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Öner, E. (2014). Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, B., Erdem, M. R. (2010). Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. Ankara: Seçkin Kitapevi.
- Öyaz, İ. H. (1985). İdari Yaptırımlar Kurumsal Bir Deneme. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Özbudun, E. (2011). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Özbilen, Ş. (2013). Vergi Hukuku. Ankara: Gazi Kitapevi.
- Özyer, M. A. (2004). Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması. İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği.
- Pehlivan, O. (2014). Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi. Trabzon: Celepler Matbaacılık.
- Posner, R. A. (1987). The Law and Economics Movement. The American Economic Review. 77(2). 1-13.
- Panomariovas, A., Losis, E. (2010). Proportionality: From The Concept to The Procedure. Jurisprudencia/Jurisprudence. 2(120). 257-272.
- Poto, M. (2007). The Principle of Proportionality in Comparative Perspective. Germa Law Journal. 8(9). 835-870.
- Rumpf, C. (1993). Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği. Anayasa Yargısı Dergisi. 10(1), 25-48.
- Sağlam, F. (1988). 1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar. Bahri Savcı’ya Armağan. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları.
- Sağlam, F. (1982). Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

- Sağlam, M. (2005). Bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi). Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 60(1). 139-168.
- Savaş, V. F. (2004). Hukuk ve İktisat. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 1(2). 3-13.
- Schwarze, J. (2006). European Administrative Law. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, Sweet & Mazwell.
- Serozan, R. (1970). Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. 3(6). 243-253.
- Shavell, S. (2004). Foundations of Economic Analysis of Law. Massachusetts: Harvard University Press.
- Singh, M. P. (2010). German Administrative Law in Common Law Perspective. Berlin; New York: Springer.
- Sonsuzoğlu, E. (2000). Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi. Vergi Sorunları Dergisi. (141). 116-134.
- Soysal, M. (1979). 100 Soruda Anayasanın Anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınevi.
- Steuerwarld, K. (1998). Türkisch-Deutsches Wörterbuch/ Almanca Türkçe Sözlük. Wiesbaden: Otto Harrassowitz Wiesbaden.
- Steward, E. T. (1998). The Proportionality Principle Post-Apartheid South Africa. Temple Political & Civil Rights Law Review.8(113). 113-139.
- Sunay, R. (2001). Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.
- Şimşek, S. (2010). Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Maliye Dergisi, 159(1). 323-345.
- Şişman, G. (2016). Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Vergi Hukukunda Öngörülebilirlik. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 65(4). 2423-2444.
- Şentuna C., Babür, S. (1992) Platon Yasalar II (VII. Ve XII. Kitaplar). İstanbul: Ara Yayıncılık.
- Şenyüz, D., Yüce, M., Gerçek, A. (2013). Vergi Hukuku. Bursa: Ekin Kitapevi.
- Şenyüz, D. (2011). Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları. Bursa: Ekin Kitapevi.
- Taner, M. T. (1949). Ceza Hukuku Umumi Kısım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Tanör, B. (1990). Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. İstanbul: BDS Yayınları.
- Tekinalp, G. , Tekinalp, Ü. , Atamer, Y. M , Oder, B. E. , Oder, B. , Okutan, G. (2000). Avrupa Birliği Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık.

- Tella, M. J. F., Tella, F. F. (2006). (Çev. Peter Muckley). Punishment and Culture A Right to Punish?. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Turhan, M. (1991). Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri. Anayasa Yargısı Dergisi. 8(1). 401-420.
- Tülen, H. (2001). 3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanun’la Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme. Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi. 1(4). 191-243.
- Türkiye Barolar Birliği. (2011). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti / Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar). Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- Uygun, O. (1992). 1982 Anayasası’nda Temel Hak Ve Özgürlüklerin Genel Rejimi. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A. Ş.
- Uygun, E., Gerçek, A. (2017). Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 29(1). 167-191.
- Uygun, O. (1995). Kanada Yüksek Mahkemesi Kararında Ölçülülük İlkesi. T. Tarhanlı (Haz.). Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Adalet Edip F. Çelik’e Armağan (s. 391-403). İstanbul: Engin Yayıncılık.
- Uzun. C. D. (2012). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikâyeti) Beklentiler ve Riskler. Ankara: Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı.
- Ünsal, H. (2012). Vergi Hukuku Türk Vergi Sistemi. Ankara: Başkent Yayıncılık.
- Üzülmez, İ. (2001). Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri. Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-4). 259-294.
- Vuraldoğan, K. (2007). 2001 Anayasa Değişikliği Işığında 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması. Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Xiuli, H. (2006). Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration. James Cook University Law Review. 13(1-2). 233-258.
- Xiuli, H. (2007). The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico. Chinese Journal of International Law. 6(3). 635-652
- Willoughby, W. W., (1923). A Survey Of Ethical Theories Of Punishment. Wighmore, J. H., Kocourek, A. (Ed.). Rational Basis of Legal Institutions (s.555-571). New York: Sentry Press
- Wilson, W. (2002). Cental Issue In Criminal Theory. Portland: Hart Publishing.
- Yaltı, B. (2006). Vergi Yükümlüsünün Hakları. Beta Yayıncılık: İstanbul.
- Yarsuvat, D. (1966). Yeni İctimai Müdafaa Doktrini. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 32(1), 79-100.

- Yayla, Y. (1964). İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. (İdarenin Takdir Yetkisi) 30(1-2) 201-211
- Yenidünya, A. C. (2002). Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Yüce, M. (2018). Vergi Kaçakçılığı Suçu Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu ve Yargılama Usulü. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yüzer, D. (2015). Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16(Özel Sayı) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan. 4843-4898.
- Yıldırım, M. (2001). Mecelle'nin Külli Kaideleri. İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları: İzmir.
- Yiğit, U. (2004). Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Zaibert, L. (2006). Punishment and Retribution. Hants: Ashgate Publishing Group <http://www.iep.utm.edu/punishme/print#SH3a> (E.T.:20/01/2015).

EKLER

EK 1: TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU

 HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU
HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MALİYE ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA
Tarih: 24/04/2018
Tez Başlığı: Yargılamada Ölçülülük İlkesi: Türk Vergi Yargısı Açısından Bir Değerlendirme Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam: 1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır, 2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanıldığını gerektirmemektedir. 3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir. 4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir. Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim. Gereğini saygılarımla arz ederim.
Adı Soyadı: Onur UÇAR Öğrenci No: N11161072 Anabilim Dalı: Maliye Programı: Maliye Statüsü: ☐ Yüksek Lisans ☐ Doktora ☒ Bütünleşik Doktora 24/04/2018 
<u>DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI</u> Etik kurulu iznine gerek olmadığı düşünülmektedir. Prof. Dr. Ahmet Burçin YERELİ  Detaylı Bilgi: http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr Telefon: 0-312-2976860 Faks: 0-3122992147 E-posta: sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr

EK 2: DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

 HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MALİYE ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA
Tarih: 12/06/2018
Tez Başlığı : Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Yüksek Yargı Organları Kararları Bağlamında Bir Değerlendirme) Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 220 sayfalık kısmına ilişkin, 12/06/2018 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezin benzerlik oranı % 6'dır Uygulanan filtrelemeler: 1- ☐ Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç 2- ☒ Kaynakça hariç 3- ☒ Alıntılar hariç 4- ☐ Alıntılar dâhil 5- ☒ 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim. Gereğini saygılarımla arz ederim.
12/06/2018 Adı Soyadı: Onur UÇAR Öğrenci No: N11161072 Anabilim Dalı: Maliye Programı: Doktora Statüsü: ☐ Doktora ☒ Bütünleşik Dr.
DANIŞMAN ONAYI UYGUNDUR.  Prof. Dr. Ahmet Burçin YERELİ